

**Gläubigerschutz bei zuziehenden EU-
Auslandsgesellschaften – erörtert am Beispiel der
englischen private company Limited by shares**

Dissertation

**zur Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät der Universität Augsburg**

**Vorgelegt von
Franziska Kienzl**

Erstgutachter:
Zweitgutachter:

Prof. Dr. Herbert Buchner
Prof. Dr. Rainer Kanzleiter

Tag der mündlichen Prüfung:

28.02.2008

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2007/2008 der juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation vorgelegt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Herbert Buchner sowie meinem Zweitkorrektor Herrn Prof. Dr. Rainer Kanzleiter.

Weiterhin möchte ich den zahlreichen unmittelbaren und mittelbaren Helfern danken, welche die Erstellung dieser Arbeit auf vielfältige Weise ermöglicht haben. Für das Verständnis und die Unterstützung bedanke ich mich insbesondere bei Herrn Dr. Andreas Mairock, meiner Schwester Julia Kienzl, meinen Eltern Lore und Hermann Kienzl sowie Frau Daniela Hollrotter.

I. EINFÜHRUNG	1
II. EUROPARECHTLICHER RAHMEN, ART. 48, 43, 46 EG	3
1) Art. 48 EG	3
(1) Struktur und Funktion des Art. 48 EG	3
(2) Begriff der juristischen Person im Europarecht	3
(3) Bedeutung des Erwerbszwecks in Art. 48 EG	4
(4) Tatbestandsvoraussetzung des Art. 48 EG	4
a) Gesellschaftsgründung nach dem Recht eines Mitgliedstaates	4
b) Satzungssitz, Hauptniederlassung, Hauptverwaltung innerhalb der Gemeinschaft	5
c) Sekundäre Niederlassungsfreiheit, Ansässigkeit innerhalb der Gemeinschaft, Art. 48 EG i.V.m. Art. 43 I 2 EG	5
(5) Rechtsfolge des Art. 48 EG	6
2) Art. 43 EG	6
(1) Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit	6
a) Räumlicher Anwendungsbereich	7
b) Personeller Anwendungsbereich	7
c) Sachlicher Anwendungsbereich	7
(a) Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit und Abgrenzung von der Dienstleistungsfreiheit	7
(b) Primäre und sekundäre Niederlassungsfreiheit	8
d) Ergebnis	8
(2) Tatbestand und Rechtsfolge des Art. 43 EG	8
(3) Gewährleistungsinhalt	9
a) Unmittelbare Wirksamkeit	9
b) Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot	9
(a) Diskriminierung	9
(b) Beschränkung	10
3) Teleologische Reduktion des Schutzbereiches	10
a) Einschränkung des Schutzbereiches bei der Waren- und Kapitalverkehrsfreiheit	11
b) Übertragbarkeit auf die Niederlassungsfreiheit	12
(a) Argumente für eine Übertragbarkeit	12
(b) Ergebnis	12
4) Rechtfertigung	13
(1) Rechtfertigung über Art. 46 EG	13
a) Vorschriften des Ausländerrechts	14
b) Schutzgüter des Art. 46 EG	14
c) Berührung der Grundinteressen der Gesellschaft	15
d) Qualifizierte Gefährdung	15
e) Fehlen von sekundärem Gemeinschaftsrecht	15
f) Verhältnismäßigkeit	15
g) Ergebnis	15
(2) Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls	15
a) Allgemeines	15
b) Tatbestandsvoraussetzungen	17
(a) Geeignetheit	17
(b) Erforderlichkeit	17
(c) Diskriminierungsfreiheit	18
(d) Zwingende Gründe des Allgemeinwohls	18
(e) Ergebnis	18
5) Rechtsmissbrauch	18
(1) Europäische Ebene	19
(2) Nationale Ebene	19

(3) Ergebnis	20
III. SEKUNDÄRES EUROPARECHT	21
1) Richtlinien	21
(1) Abschließende Wirkung	21
(2) Einzelne Bestimmungen der 11. Richtlinie	22
a) Art. 2	22
b) Art. 6	22
c) Art. 12	23
2) Verordnungen	23
(1) EuGVVO	23
a) Allgemeine internationale Zuständigkeit	24
b) Ausschließliche internationale Zuständigkeit	24
c) Zuständigkeitsvereinbarung	25
d) Schiedsklausel	25
(2) EuInsVO	25
a) Insolvenzeröffnung	26
b) Anzuwendendes Insolvenzrecht	27
c) Probleme im Zusammenhang mit der Anwendung des deutschen Insolvenzrechts	27
(a) Verknüpfung des deutschen Insolvenz- und Gesellschaftsrechts	27
(b) Entstehung von Schutzlücken	27
IV. INTERNATIONALES GESELLSCHAFTSRECHT	29
1) Sitztheorie	30
(1) Ermittlung des Gesellschaftsstatuts	30
(2) Stellungnahme	30
2) Gründungstheorie	32
(1) Ermittlung des Gesellschaftsstatuts	32
(2) Stellungnahme	32
a) Vorteile	32
b) Nachteile	32
c) Ergebnis	33
3) Möglichkeiten der Anwendung nationalen Rechts	33
(1) Ordre-public, Art. 6 EGBGB	33
(2) Rechtsmissbrauch durch Gesetzumgehung	34
(3) Reichweite des Gesellschaftsstatuts	35
(4) Europarechtliche Rechtfertigung	36
(5) Ergebnis	36
V. DAS RECHT DER ENGLISCHEN LIMITED	37
1) Gründung der Gesellschaft	38
(1) Gründungsablauf	38
a) Gründungsvoraussetzungen	38
b) Gründungskosten	38
c) Mantelkauf	38
d) Stellungnahme	39
(2) Gesellschaftsvertrag	39
a) Memorandum	40
b) Articles	40
c) Stellungnahme	41

2) Kapital der Gesellschaft	42
(1) Kapitalaufbringung – Paying up of Capital	42
(2) Kapitalerhaltung – Maintenance of Capital	43
a) Kapitalherabsetzung	43
b) Gewinnausschüttung	43
c) Erwerb eigener Anteile, Unterstützung des Erwerbes eigener Anteile	44
d) Stellungnahme	44
3) Organe – Direktoren, Gesellschafterversammlung	45
(1) Director	45
a) Bestellung und Abberufung des directors	45
(a) Bestellung	45
(b) Abberufung	46
b) Treue- und Sorgfaltspflichten, Pflichten nach dem CA 1985	46
c) Überblick über die persönliche Haftung des directors	47
d) Stellungnahme	48
(2) Members	48
a) Gesellschaftsversammlung	48
b) Stellungnahme	49
(3) Secretary	50
a) Ernennung und Aufgaben des secretary	50
b) Stellungnahme	50
4) Minderheitenschutz	50
(1) Minderheitenschutz über s. 459 CA 1985	51
(2) Personal und derivative action	51
(3) Stellungnahme	52
5) Haftung	52
(1) Haftung der Gesellschaft	52
(2) Haftung der Gesellschafter	52
(3) Durchgriffshaftung	53
(4) Stellungnahme	53
6) Staatsaufsicht	54
(1) Staatsaufsicht bei einer in England ansässigen englischen Limited	54
(2) Stellungnahme	54
7) Publizität und Rechnungslegung	55
(1) Buchführung (accounting)	55
(2) Jahresabschluss (annual account)	55
(3) Jahresbericht (annual return)	56
(4) Laufende Berichts- und Mitteilungspflichten	56
(5) Stellungnahme	56
8) Companies Directors Disqualification Act 1986	57
(1) Einordnung des CDDA	58
(2) Disqualifizierungstatbestände	59
(3) Folgen der Disqualifizierung	59
(4) Parallelen und Unterschiede des deutschen Gesellschaftsrechts zum englischen CDDA	60
a) Parallelen des CDDA zum deutschen Gesellschaftsrecht	60
b) Unterschiede des CDDA zum deutschen Gesellschaftsrecht	61
(5) Stellungnahme	61
9) Materielles Insolvenzrecht	62
(1) Fraudulent trading, s. 213 IA 1986	62
(2) Wrongful trading, s. 214 IA 1986	63
(3) Misfeasance proceeding, S. 212 IA 1986	64

(4) Wiederverwendung der Firma einer insolventen Gesellschaft, ss. 216, 217 IA 1986	64
(5) Stellungnahme zum englischen Insolvenzrecht	65
a) Vergleich des englischen und des deutschen Insolvenzrechts	65
b) Vergleich Gläubigerschutz im englischen und im deutschen Recht	65
c) Anwendungsprobleme infolge eines Grenzüberschritts	66
10) Abschließende Stellungnahme zum englischen Gesellschaftsrecht	67
(1) Englischs Gesellschaftsrecht als günstigere Rechtsordnung	67
(2) Komplikationen und Mehraufwand auf Grund der Entscheidung für die Rechtsform der englischen Limited	67
(3) Rechtsunsicherheit	68
(4) Resümee	68
VI. RECHTSPRECHUNG DES EUGH VON DAILY MAIL BIS INSPIRE ART – AUSWIRKUNG AUF DAS NATIONALE RECHT	69
1) Daily Mail	69
(1) Sachverhalt	69
(2) Beurteilung der Entscheidung in der Literatur	71
(3) Stellungnahme	72
a) Beurteilung der Entscheidung Daily Mail	72
b) Beurteilung der Urteilsinterpretation durch die Literatur	73
2) Centros	74
(1) Sachverhalt	74
(2) Betroffene Rechtsfrage	75
(3) Reaktionen in der deutschen Literatur auf die Entscheidung Centros	76
a) Abkehr von der Sitztheorie	77
(a) Argumente für einen Wandel in der Rechtsanwendung	78
(b) Stellungnahme	79
aa) Abkehr von der Sitztheorie	79
bb) Bedenken gegen eine weit gefasste Interpretation der Entscheidung Centros	80
(aa) Vergleichbarkeit von Daily Mail und Centros	80
(bb) Fehlender Hinweis auf eine Abkehr von Daily Mail	81
b) Beibehaltung der Sitztheorie	82
(a) Argumente	82
aa) Grad der Rechtsangleichung	82
bb) Centros als Einzelfallentscheidung	82
cc) Definition von Begrifflichkeiten	83
dd) Keine Aussagen zur Rechtmäßigkeit der Verwaltungssitzanknüpfung	83
ee) Nichterwähnung des Art. 293 EG	83
ff) Vereinbarkeit der Beschränkung der Sitzverlegung mit Art. 43, 48 EG	83
gg) Überbewertung der Entscheidung Centros	84
hh) Fortbestand der Entscheidung Daily Mail, Vorrang des nationalen Rechts	84
ii) Rechtfertigung der Sitztheorie	86
(b) Stellungnahme	86
aa) Centros und das internationale Gesellschaftsrecht	86
bb) Fortgeltung der Entscheidung Daily Mail	87
(aa) Nichterwähnung einer Rechtsprechungsänderung	87
(bb) Wiederholung der Entscheidungsgründe	87
cc) Dänemark und England als Gründungstheorie Staaten	87
dd) Begünstigte der Niederlassungsfreiheit	88
ee) Anwendung der Sitztheorie als gerechtfertigte Beschränkung	88
ff) Sekundäres Gemeinschaftsrecht	89
gg) Subsidiaritätsprinzip	89
hh) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	89
c) Teilweiser Übergang auf die Gründungstheorie bzw. auf eine niederlassungsfreundliche Theorie	90
(a) Argumente	90

aa) Partielle Anwendung der Gründungstheorie	90
(aa) Vergleichbarkeit der Rechtsfolgen bei Versagung der Eintragung und Verweigerung der Anerkennung	90
(bb) Niederlassungsfreiheit und das Vorliegen eines Missbrauchs- bzw. Betrugsfalls	91
bb) Fehlende Erforderlichkeit eines Übergangs auf die Gründungstheorie	92
(aa) Sitztheorie nach Centros weiterhin anwendbar	92
(bb) Rn. 38 der Entscheidungsbegründung zu Centros	92
(cc) Centros nur für die Handelsregistereintragung einer EU-Auslandsgesellschaft entscheidend	93
(b) Stellungnahme	93
aa) Eingeschränkte Reichweite der Entscheidung Centros	93
bb) Auswirkung der Entscheidung Centros auf das internationale Gesellschaftsrecht	93
cc) Identitätswahrende Umwandlung der zuziehenden Gesellschaft	94
(4) Ergebnis	94
3) Überseering BV	95
(1) Sachverhalt	95
(2) Betroffene Rechtsfragen	96
a) Versagung der Rechts- und Parteifähigkeit	96
b) Anerkennung nach dem Recht des Gründungsstaats	97
(3) Auswirkung auf das nationale Recht	97
a) Vertreter der Sitztheorie	98
(a) Argumente für die Beibehaltung der Sitztheorie	98
aa) Reichweite der Entscheidung Überseering	98
bb) Keine Geltung des Leitsatzes 1 der Entscheidung	98
cc) Verpflichtung zur Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit	99
dd) Leitsatz 2 der Entscheidung Überseering	99
ee) Statutenwechsel; Kompetenz des EuGH	100
ff) Behandlung als inländische Personengesellschaft	100
gg) Gerechtfertigte Beschränkung	101
(b) Stellungnahme	101
aa) Bedeutung des Leitsatzes 1 und 2 der Entscheidung Überseering	101
bb) Anerkennung der Rechtsfähigkeit	102
cc) Kollisionsrecht durch Überseering nicht betroffen	103
dd) Behandlung einer ausländischen Gesellschaft als inländische Personengesellschaft	104
ee) Modifizierte Sitztheorie als gerechtfertigte Beschränkung	104
ff) Ergebnis	105
b) Vermittelnde Ansicht	106
(a) Argumente für eine vermittelnde Auslegung	106
aa) Bedeutung der Entscheidung für das Kollisionsrecht	106
bb) Bedeutung der Entscheidung für die Rechts- und Parteifähigkeit	107
(b) Wahrung der inländischen Schutzinteressen	108
(c) Stellungnahme	108
aa) Bedeutung der Entscheidung für das internationale Gesellschaftsrecht	108
bb) Bedeutung der Entscheidung für die Rechts- und Parteifähigkeit	109
cc) Ergebnis	110
c) Vertreter der Gründungstheorie	110
(a) Auswirkung der Entscheidung Überseering auf das internationale Gesellschaftsrecht	110
aa) Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit nach dem Recht des Gründungsstaats	110
bb) Kein Regelungsvorbehalt zu Gunsten der Mitgliedstaaten	111
cc) Klarstellung der Reichweite der Entscheidung Daily Mail	112
dd) Anwendung des deutschen Rechts als Ausnahmefall	112
ee) Sitztheorie als nicht zu rechtfertigende Beschränkung der Niederlassungsfreiheit	112
ff) Fehlende Vereinbarkeit der modifizierten Sitztheorie mit der Entscheidung Überseering	114
gg) Übergang auf die Gründungstheorie durch den BGH	114
(b) Wahrung der inländischen Schutzinteressen	115
(c) Stellungnahme	116
(aa) Subsidiarität des Art. 293 EG	116
(bb) Klarstellung der Interpretation der Entscheidung Daily Mail	117

(cc) Auswirkungen der Entscheidung auf das Kollisionsrecht	117
(dd) Ergebnis	117
4) Inspire Art Ltd.	118
(1) Sachverhalt	118
(2) Betroffene Rechtsfrage	120
(3) Auswirkung auf das internationale Gesellschaftsrecht	120
a) Fortgeltung der Sitztheorie	121
(a) Beibehaltung der Sitztheorie	121
aa) Fehlende Entscheidungskompetenz	121
bb) Rn. 93, 97 der Urteilsbegründung zu Inspire Art	122
cc) Praktische Schwierigkeiten der Gründungstheorie	122
(b) Eigene Stellungnahme	123
aa) Fehlende Entscheidungskompetenz	123
bb) Praktische Schwierigkeiten der Gründungstheorie	123
cc) Rn. 93, 97 der Entscheidungsbegründung zu Inspire Art	124
dd) Ergebnis	124
b) Übergang auf eine niederlassungsfreundliche international gesellschaftsrechtliche Theorie	125
(a) Anzuwendende international gesellschaftsrechtliche Theorie	125
aa) Übergang auf die Gründungstheorie	125
(aa) Umfassende Geltung des Gründungsrechts	125
(bb) Behandlung als inländische Personengesellschaft	126
bb) Stellungnahme	126
(aa) Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für das internationale Gesellschaftsrecht	126
(bb) Rückschlüsse aus der EuGH-Rechtsprechung	126
(b) Schwierigkeiten bei der Sicherung nationaler Interessen	127
aa) Auftreten von Schutzlücken	127
(aa) Schutzlücken im Bereich des Strafrechts	127
(bb) Administrativer Gläubigerschutz	128
(cc) Kollisionsrecht und Entscheidungseinklang	128
bb) Durchbrechung des Gründungsstatuts	128
(aa) Orientierung an der Keck-und-Mithouard-Rechtsprechung	129
(bb) Sanktionierung der Verletzung gesellschaftsrechtlicher Verhaltenspflichten	129
aaa) Informationsmodell	130
bbb) Kritik am Informationsmodell	131
ccc) Rechtfertigung im konkreten Einzelfall	131
(cc) Anwendung inländischer Vorschriften bei Missbrauch oder Betrug	132
(dd) Rechtfertigung von Normen außerhalb des Gesellschaftsstatuts	132
cc) Eigene Stellungnahme	133
(aa) Schutzlücken	133
(bb) Durchsetzung nationaler Vorschriften	133

VII. ANWENDBARE NATIONALE RECHTSNORMEN UND RECHTSFIGUREN 135

1) Publizitätspflichten	135
(1) Eintragung einer Zweigniederlassung	136
a) Regelungsgehalt der §§ 13d ff HGB	136
(a) Anwendbarkeit der §§ 13d ff HGB	136
(b) Struktur der § 13d ff HGB	137
(c) Begriff der Zweigniederlassung	137
b) Probleme im Zusammenhang mit der Zweigniederlassungsrichtlinie	138
(a) Angabe des Unternehmensgegenstandes gem. § 13g III HGB	139
(b) Vorlage einer staatlichen Genehmigung	139
(c) Stellungnahme	140
c) Konsequenzen einer unterlassenen Eintragung	141
(a) Analoge Anwendung des § 14 HGB	142
(b) Analoge Anwendung des § 11 II GmbHG	143

(c) Eigener Ansatz	144
(2) Angaben auf Geschäftsbriefen	145
a) Europarechtlicher Rahmen	145
b) Nationale Umsetzung	146
c) Sanktionsmöglichkeiten bei Nichtbeachtung	148
d) Stellungnahme	148
(3) Publizität der Rechnungslegungspflichten	149
a) Europarechtlicher Rahmen	149
b) Nationale Umsetzung	149
c) Sanktion bei Nichtbeachtung	149
d) Stellungnahme	150
2) Firmierung	150
(1) Internationales Privatrecht	151
a) Anknüpfungsmöglichkeiten	151
b) Stellungnahme	152
(a) Anknüpfung an den Ort der Niederlassung	152
(b) Vermittelnde Ansicht	152
(c) Anknüpfung an das Gründungsrecht	153
(d) Schutz des inländischen Rechtsverkehrs	153
(2) Möglichkeit der Sonderanknüpfung an inländisches Firmenrecht	153
a) Firmenwahrheit und -unterscheidbarkeit	154
(a) Firmenwahrheit und -unterscheidbarkeit im nationalem Recht	154
(b) Möglichkeit der Sonderanknüpfung	154
b) Firmeneinheit	155
(a) Erörterung der Firmeneinheit	155
(b) Möglichkeit der Sonderanknüpfung	156
c) Firmenbeständigkeit	156
(a) Nicht sonderanknüpfungsfähige Normen	157
(b) Möglichkeit zur Sonderanknüpfung	157
(c) Mittelbare Bedeutung des Grundsatzes der Firmenbeständigkeit	157
d) Firmenfortführung	158
e) Ergebnis	158
(3) Firma	159
a) Rechtsformzusatz der Auslandsgesellschaft	159
b) Originalsprache oder Übersetzung des Rechtsformzusatzes	160
c) Offenlegung des Gesellschaftsstatuts	160
d) Erforderlichkeit eines Zweigniederlassungszusatzes	162
e) Ergebnis	163
3) Haftungsfiguren und Handlungspflichten	164
(1) Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften	164
a) Keine Anwendbarkeit der Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften	165
b) Anwendbarkeit der Kapitalerhaltungsvorschriften	166
(a) Novellenregeln	167
(b) Kapitalerhaltung, Anwendung der §§ 30, 31, 43 III GmbHG	168
c) Eigene Stellungnahme	169
(a) Kapitalaufbringung	169
(b) Kapitalerhaltung	170
(2) Durchgriffshaftung	171
a) Anwendbarkeit der Durchgriffshaftung	173
(a) Deliktsrechtliche Einordnung	173
(b) Insolvenzsrechtliche Einordnung	175
(c) Gesellschaftsrechtliche Qualifikation der Durchgriffshaftung	177
(d) Durchgriffshaftung als allgemein gültiger Grundsatz	178
b) Ablehnung der Anwendung der Durchgriffshaftung	179
(a) Missbrauch der Niederlassungsfreiheit	179
(b) Rechtfertigung	180

c) Eigene Stellungnahme	180
(a) Ablehnung der Durchgriffshaftung	180
aa) Ausnutzung eines Regelungsgefälles	180
bb) Zusammenhang mit den Kapitalschutzvorschriften	181
cc) Informationsmodell	181
(b) Befürwortung der Durchgriffshaftung	182
aa) Zuordnung zum Delikts- oder Insolvenzstatut	182
bb) Zuordnung zum Gesellschaftsstatut	182
cc) Durchgriffshaftung als allgemein gültiger Grundsatz	183
dd) Anwendbarkeit der Existenzvernichtungshaftung auf Grund der Nähe zur vorsätzlichen Existenzvernichtung	184
ee) Abschließende Stellungnahme	185
(3) Insolvenzantragspflicht	186
a) Anwendbarkeit der Insolvenzantragspflicht	187
b) Ablehnung der Geltung der Insolvenzantragspflicht	188
c) Eigene Stellungnahme	189
(a) Statutzugehörigkeit	189
(b) Vereinbarkeit der Antragspflicht mit dem Europarecht	190
(c) Lösungsvorschlag	191
(4) Insolvenzverschleppungshaftung	191
a) Anwendbarkeit der Insolvenzverschleppungshaftung	192
(a) Zuordnung der Insolvenzverschleppungshaftung zum Insolvenzstatut	192
(b) Zuordnung der Insolvenzvernichtungshaftung zum Deliktsstatut	193
(c) Zuordnung der Insolvenzvernichtungshaftung zum Gesellschaftsstatut	194
(d) Zuordnung der Insolvenzverschleppungshaftung zum Verkehrsrecht	194
b) Ablehnung der Anwendbarkeit der Insolvenzverschleppungshaftung	195
(a) Fehlende Rechtfertigungsmöglichkeit	195
(b) Vergleich mit der Entscheidung Inspire Art	196
c) Eigene Stellungnahme	196
(a) Statutzugehörigkeit	196
aa) Zuordnung zum Deliktsstatut	196
bb) Zuordnung zum Gesellschaftsstatut	197
cc) Zuordnung zum Verkehrsrecht	197
dd) Zuordnung zum Insolvenzstatut	198
(b) Maßgeblichkeit des Europarechts für die Anwendbarkeit der Insolvenzverschleppungshaftung	198
aa) Europarechtliche Bedenken	199
bb) Vereinbarkeit mit dem Europarecht	200
(c) Ergebnis und eigener Lösungsvorschlag	201
(5) Massesicherung, § 64 II GmbHG	201
a) Anwendbarkeit der Massesicherungspflicht	201
(a) Bedenken gegen die Anwendbarkeit	201
(b) Anwendbarkeit der Massesicherungspflicht	202
b) Stellungnahme	202
4) Öffentliches Wirtschaftsrecht	203
(1) Berufsregeln	204
a) Umgehung nationaler Berufsregeln	204
(a) Umgehung beruflicher Vorschriften	204
(b) Anwendbarkeit der inländischen Berufsregeln	204
b) Bestellungsverbote	205
(a) Anwendbarkeit deutscher Bestellungsverbote	205
(b) Eigener Lösungsvorschlag	207
aa) Einheitliche europäische Lösung	207
bb) Lösungsmöglichkeiten auf nationaler Ebene	208
(2) Gewerberecht	209
a) Pflichten nach der GewO	209
(a) Grundsatz der Gewerbefreiheit, Genehmigungs- und Anzeigepflicht	210
aa) Genehmigungspflicht	210

bb) Anzeigepflicht	210
cc) Geltung bei einer inländischen englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft	211
(b) Gewerbeuntersagung	211
aa) § 15 II GewO	211
(aa) Tatbestände des § 15 II GewO	211
(bb) Europarechtskonformität des § 15 II 1 GewO	212
bb) § 35 GewO	212
(aa) Unzuverlässigkeit	213
(bb) Schwächen der Gewerbeordnung und eigene Lösungsvorschläge	214
aaa) Beschränkung auf einen Gewerbebetrieb	214
bbb) Rechtsfolgen der GewO	214
(cc) Europarechtliche Unbedenklichkeit des § 35 GewO	215
b) Pflichtmitgliedschaft und Kammerbeiträge	215
(3) Strafrecht	217
a) Berufsverbot gem. § 70 StGB	217
b) Schwächen des Berufsverbots und Lösungsmöglichkeiten	218
c) Vereinbarkeit mit dem Europarecht	219

VIII. ENTWURF EINES GESETZES ZUR MODERNISIERUNG DES GMBH-RECHTS UND ZUR BEKÄMPFUNG VON MISSBRÄUCHEN (MOMIG) 220

1) Hintergrund der Entstehung des MoMiG	220
2) Einblick in die wesentlichen Vorschläge des MoMiG und der damit einhergehenden Folgeänderungen	221
(1) Gründung	221
a) Mindestkapital	221
(a) Regelung im GmbHG-RefE/RegE	221
aa) Absenkung des Mindestkapitals	221
bb) Verzicht auf ein Mindestkapital/Unternehmergesellschaft	223
(b) Zweck der Änderung und Stellungnahme	223
aa) Zweck der Änderung	223
(aa) § 5 GmbHG-RefE/RegE	223
(bb) § 5a GmbHG-RegE	224
bb) Kritik	224
(aa) § 5 GmbHG-RefE/RegE	224
(bb) § 5a GmbHG-RegE	224
cc) Lösungsvorschlag	225
b) Form des Gesellschaftsvertrags	226
(a) Regierungsentwurf	226
(b) Stellungnahme	226
c) Anforderungen an den Geschäftsführer, § 6 GmbHG	226
(a) Referentenentwurf/Regierungsentwurf	226
aa) Bestellungsverbot bei dem Geschäftsführer einer nationalen Kapitalgesellschaft	226
bb) Bestellungsverbot bei den organschaftlichen Vertretern einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft	227
(b) Eigene Stellungnahme	227
aa) Änderung des § 6 GmbHG	227
bb) Anwendbarkeit auf die organschaftlichen Vertreter einer EU-Auslandsgesellschaft	228
(aa) Vereinbarkeit der §§ 13e III, 13f II, 13g II HGB-RefE/RegE mit der Zweigniederlassungsrichtlinie	228
(bb) Europarechtliche Vereinbarkeit der Geltung der deutschen Bestellungsverbote auch auf eine EU-Auslandsgesellschaft	229
d) Änderung bei der Handelsregistereintragung	230
(a) Genehmigungserfordernis	230
aa) § 8 I Nr. 6 GmbHG-RefE	230
bb) Eigene Stellungnahme	230
(b) Angabe der inländischen Geschäftsanschrift	231

aa) Referentenentwurf/Regierungsentwurf	231
bb) Stellungnahme	232
(c) Inländischer Empfangsberechtigter	233
aa) Referentenentwurf/Regierungsentwurf	233
bb) Stellungnahme	233
(2) Veräußerung und Erwerb von Geschäftsanteilen	233
a) Referentenentwurf/Regierungsentwurf	234
(a) § 5 GmbHG-RefE/RegE	234
(b) § 17 GmbHG-RefE	234
(c) § 16 GmbHG-RefE/RegE	234
aa) § 16 I GmbHG-RefE/RegE	234
bb) § 16 III GmbHG-RefE/RegE	235
b) Stellungnahme	235
(a) Beurteilung des Referentenentwurfs/Regierungsentwurfs	235
aa) Änderung des § 5 GmbHG	235
bb) Änderung des § 16 GmbHG	236
(aa) § 16 I GmbHG-RefE/RegE	236
(bb) § 16 III GmbHG-RefE/RegE	237
(b) Auswirkung auf den Zuzug englischer Limiteds nach Deutschland	238
(3) Kapitalerhaltung	238
a) § 30 I GmbHG	238
(a) Cash-Pooling	239
aa) § 30 I 2 GmbHG-RefE/RegE	239
bb) Eigene Stellungnahme	239
(aa) Beurteilung der Neuregelung	239
(bb) Auswirkungen auf den Zuzug englischer Limiteds nach Deutschland	240
(b) Aufhebung der Rechtsprechungsregeln	240
aa) § 30 I 3 GmbHG-RefE/RegE	240
bb) Eigene Stellungnahme	241
b) §§ 32a, b GmbHG	242
(a) Aufhebung der §§ 32a, b GmbHG	242
(b) Folgeänderungen in der Insolvenzordnung und im Anfechtungsgesetz	242
aa) Folgeänderungen	242
(aa) §§ 39 I Nr. 5 InsO-RefE/RegE	242
(bb) § 39 IV, V InsO-RefE/RegE	242
(cc) § 44a InsO-RefE/RegE	243
(dd) § 135 InsO-RefE/RegE	243
(ee) §§ 6, 6a AnfG-RefE/RegE	243
bb) Eigene Stellungnahme	244
(aa) §§ 39 I Nr. 5, InsO-RefE/RegE	244
(bb) § 39 IV 1 InsO-RefE/RegE	244
(cc) § 39 IV 2, V InsO-RefE/RegE	244
(dd) § 44a InsO-RefE/RegE	245
(ee) § 135 InsO-RefE/RegE	245
(ff) § 6 AnfG-RefE/RegE	245
(gg) § 6a AnfG-RefE/RegE	246
(hh) Auswirkung auf den Zuzug englischer Limiteds	246
(4) Missbrauch der Kapitalgesellschaft, Firmenbestattung	246
a) Darstellung des Referentenentwurfs/Regierungsentwurfs	247
(a) Erleichterung der Zustellung	247
aa) Inländische Geschäftsanschrift	247
bb) Öffentliche Zustellung	248
(b) Maßnahmen bei Führungslosigkeit der Gesellschaft	248
aa) Passive Vertretungsbefugnis	248
bb) Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags	249
(c) Haftung bei Ausplünderung der Gesellschaft	249
(d) Ergänzung der Bestellungshindernisse für Geschäftsführer	249
b) Eigene Stellungnahme	249

(a) Öffentliche Zustellung	250
(b) Führungslosigkeit einer Gesellschaft	250
(c) Haftung bei der Ausplünderung der Gesellschaft	251
(d) Ergänzung der Bestellungshindernisse für einen Geschäftsführer	251
(e) Auswirkungen der vorgenannten Änderungen auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft	251
(5) Insolvenzreife	252
a) Referentenentwurf/Regierungsentwurf	252
(a) Insolvenzantragspflicht, § 64 I GmbHG	252
(b) Massesicherung, § 64 II GmbHG	253
b) Eigene Stellungnahme	253
(a) § 64 I GmbHG-RefE/§ 15a InsO-RegE	253
(b) § 64 II GmbHG-RefE/§ 64 GmbHG-RegE	254
(c) Auswirkung der Änderungen des § 64 GmbHG auf den Zuzug englischer Limiteds	255
aa) Anwendbarkeit des § 64 I GmbHG-RefE/§ 15a InsO-RegE auf eine EU-Auslandsgesellschaft	255
bb) § 64 II GmbHG	256
cc) Resümee	257
3) Abschließende Stellungnahme zum Referentenentwurf/Regierungsentwurf	257
(1) Positive und negative Aspekte des Referentenentwurfs/Regierungsentwurfs	257
(2) Lösungsvorschlag	258
IX. ZUSAMMENFASSUNG	260
1) Eintragung, Publizität	260
(1) Registereintragung	260
(2) Angaben auf Geschäftsbriefen	261
(3) Offenlegung der Rechnungslegung	261
2) Firmierung	262
3) Weitere Haftungsfiguren und Handlungspflichten	262
(1) Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung	262
(2) Durchgriffshaftung	263
(3) Insolvenzantrag	263
(4) Insolvenzverschleppungshaftung	264
(5) Massesicherung	265
4) Öffentliches Wirtschaftsrecht	265
(1) Berufsregeln	265
a) Nationale Berufsanforderungen	265
b) Bestellungsverbote	265
(2) GewO	266
a) Anzeige- und Genehmigungspflichten, Gewerbeuntersagung	266
b) Pflichtmitgliedschaften und Kammerbeiträge	267
(3) Strafrecht	267
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	I
LITERATURVERZEICHNIS	IV

I. Einführung

Die englische private limited company by shares - nachfolgend englische Limited - ist in Deutschland schon lange keine Unbekannte mehr. Neu ist allerdings der enorme Zuwachs, den diese Rechtsform in jüngster Zeit im Inland erfahren hat. Schätzungen zufolge gibt es gegenwärtig ca. 40.000 in Deutschland niedergelassene englische Limiteds, deren Anzahl täglich steigt¹. Dabei handelt es sich regelmäßig um Scheinauslandsgesellschaften², d.h. um Gesellschaften, die in ihrem Heimatland gegründet worden sind und deren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt wurde, wobei sich deren wirtschaftlicher Schwerpunkt ausschließlich/nahezu ausschließlich im Inland befindet und im Gründungsstaat lediglich ein Briefkasten verbleibt.

Dabei ist dieses Phänomen der Scheinauslandsgesellschaften nur durch eine längere Entwicklung in der Rechtsprechung des EuGH möglich geworden. Hierfür waren insbesondere die Entscheidungen in den Rechtssachen (Daily mail³), Centros⁴, Überseering⁵ und Inspire Art⁶ wesentlich, da es einer Auslandsgesellschaft erst hierüber möglich wurde, ihren Verwaltungssitz in einen anderen Staat als den Gründungsstaat zu verlegen ohne nachhaltig in ihrer rechtlichen Organisation berührt zu werden (Näheres dazu in den nachfolgenden Kapiteln).

Allerdings wirft diese wachsende Freiheit bezüglich des Imports ausländischer Gesellschaftsformen eine Reihe ungeklärter Fragen auf, die sich insbesondere daraus ergeben, dass in diesem Bereich bisher weder eine ausreichende Rechtsvereinheitlichung erfolgt ist noch hinreichende Staatsverträge zwischen den Mitgliedstaaten abgeschlossen worden sind⁷. Ferner

¹ Vgl. hierzu m.w.N. Happ ZHR 169 (2005), 6 ff; Wachter BB 2006, 1462 ff; Knöfel BB 2006, 1233 ff; Westhoff GmbH 2006, 525 ff; Westhoff GmbH 2007, 474 ff; Bayer/Hoffmann GmbH 2007, 414 ff; Römermann NJW 2006, 2065 ff; Rönnau ZGR 2005, 832 ff; des Weiteren geht Römermann in GmbH 2006, 673 ff sogar davon aus, dass seit 2003 30.000 Limiteds ausschließlich zu deutschen Zwecken neu gegründet wurden und nach Westhoff GmbH 2006, 525 ff werden es monatlich ca. 1.200 englische Limiteds mehr. Walterscheid DZWIR 2006, 95 ff ebenso wie Schmidt RIW 2005, 827 ff, Lieder DZWIR 2005, 399 ff und Eidenmüller ZGR 2007, 168 ff führen in ihren Aufsätzen an, dass ca. jede vierte neu gegründete Gesellschaft in der Rechtsform der britischen Limited gegründet wird. Ferner weist Knöfel in BB 2006, 1233 ff auf die Gefahren bei dem Einsatz von Gründungsagenturen für englische Limiteds hin. Allerdings ist zu beachten, dass die Nennung einer exakten Zahl der in Deutschland niedergelassenen englischen Limiteds schwierig ist, da weder sämtliche in Deutschland ansässigen englischen Limiteds tatsächlich in einem deutschen Handelsregister eingetragen sind – Kornblum GmbH 2006, 28 ff, ebenso wie Knöfel BB 2006, 1233 ff, weisen darauf hin, dass an manchen Gerichtsorten ca. 75 % der von Limited-Gründungsagenturen betreuten Gründungen nicht in das Handelsregister eingetragen werden – noch in Deutschland ein zentrales Register geführt wird (insofern werden sich allerdings mit der Einführung des EHUG zum 1.1.2007 Änderungen ergeben, siehe hierzu auch Schlotter BB 2007, 1 ff; Clausnitzer/Blatt GmbH 2006, 1303 ff; Seibert/Wedemann GmbH 2007, 17 ff).

² Die Bezeichnung Scheinauslandsgesellschaft ist allerdings spätestens seit der Entscheidung Inspire Art nicht mehr korrekt, da der EuGH diese Gesellschaften als echte Auslandsgesellschaften anerkennt. Jedoch kann dieser Begriff die Situation sehr gut und bildlich umschreiben, weshalb er dennoch in der Einleitung verwendet wird.

³ EuGH, Urt. v. 27.9.1988 – Rs. 81/87 (Daily Mail). Die Entscheidung Daily Mail hat nach damals nahezu einhelliger Auffassung in Deutschland die Sitztheorie verfestigt und damit den Zuzug ausländischer Gesellschaftsformen nicht erleichtert. Auf der anderen Seite gab es auch kritische Stimmen hinsichtlich der vorgenommenen Interpretation. Diese ergaben sich primär auf Grund des zugrunde liegenden Sachverhaltes (die betroffenen Mitgliedstaaten folgten der Gründungstheorie und der Entscheidung lag primär ein steuerrechtliches Problem und kein gesellschaftsrechtliches zu Grunde). Die Entscheidung Daily Mail wird insbesondere deshalb aufgeführt, weil die Interpretation der nachfolgenden Urteile Centros, Überseering und Inspire Art immer wieder auf die Entscheidung Daily Mail Bezug nimmt.

⁴ EuGH, Urt. v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 (Centros).

⁵ EuGH, Urt. v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00 (Überseering).

⁶ EuGH, Urt. v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 (Inspire Art).

⁷ Im Jahre 1968 wurde der Versuch unternommen, auf der Grundlage des Art. 293 EG (damals 220 EG) ein EWG Übereinkommen im Bereich des internationalen Gesellschaftsrecht zu schließen (siehe zum Gesetzeswortlaut BGBl.

befinden sich die entscheidenden Problemstellungen oftmals an den Schnittstellen zwischen dem internationalem Privatrecht, dem nationalem Gesellschafts- und Insolvenzrecht sowie dem Europarecht, so dass auf Grund der daraus resultierenden Komplexität die Auffindung einer umfassend befriedigenden Lösung erhebliche Schwierigkeiten bereitet.

Vor diesem Hintergrund wird sich die Arbeit mit der Frage nach dem Umgang mit im Inland niedergelassenen EU-Auslandsgesellschaften⁸ – dargestellt am Beispiel der englischen Limited – befassen. Dabei werden die auf die zuziehende Gesellschaft anzuwendende Rechtsordnung ermittelt und die aus dem Aufeinandertreffen unterschiedlicher Rechtssysteme folgenden Probleme (Kompatibilität, Regelungslücken) bearbeitet werden. Die Dissertation wird sich auf die Möglichkeiten zur Verwirklichung des Gläubigerschutzes konzentrieren und insbesondere steuerrechtliche und arbeitsrechtliche Überlegungen außen vor lassen.

Hierfür wird nachfolgend unter den Kapiteln II und III der europarechtliche Rahmen abgesteckt. Im Anschluss daran erfolgt unter Kapitel IV eine Besprechung des internationalen Gesellschaftsrechts. Des Weiteren wird unter Kapitel V das Recht der englischen Limited behandelt. Kapitel VI beschäftigt sich mit der EuGH-Rechtsprechung in den Rechtssachen Daily Mail, Centros, Überseering und Inspire Art. Unter Kapitel VII erfolgt eine Untersuchung der auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft anwendbaren nationalen Rechtsnormen. Ferner wird unter Kapitel VIII eine Auseinandersetzung mit dem Referentenentwurf zum MoMiG vorgenommen. Abschließend werden unter Kapitel IX eine Zusammenfassung der gewonnenen Erkenntnisse und Lösungsvorschläge hinsichtlich der Wahrung des inländischen Gläubigerschutzes bei einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft präsentiert.

1972 II, S. 370). Dabei ging es um die gegenseitige Anerkennung von juristischen Personen und Gesellschaften. Dabei sollte die Anerkennung über eine Kombination von Gründungs- und Sitztheorie erreicht werden. Allerdings scheiterte das Übereinkommen an der fehlenden Ratifizierung durch die Niederlande und ist damit nicht in Kraft getreten. Der Vorentwurf für eine 14. gesellschaftsrechtliche Richtlinie, die die Sitzverlegung regeln sollte, ist nicht umgesetzt worden und ist in der damaligen Ausgestaltung bereits durch die EuGH-Rechtsprechung überholt. Siehe zur 14. Richtlinie: Text abgedruckt in ZGR 1999, 159 ff; Di Marco ZGR 1999, 3 ff; Meilicke GmbHR 1998, 1053 ff; Neye ZGR 1999, 13 ff; Schmidt ZGR 1999, 20 ff.

⁸ Hierunter sind Gesellschaften zu verstehen, die in einem anderen Mitgliedstaat der EU gegründet wurden.

II. Europarechtlicher Rahmen, Art. 48, 43, 46 EG

Ausgangspunkt der gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten und Probleme ist das Europarecht. Ob ein Gesellschaftsgründer eine englischen Limited nach Deutschland importieren und vom Inland aus über diese ausländische Rechtsform wirtschaftlich tätig werden kann, hängt entscheidend von der Niederlassungsfreiheit der Gesellschaft ab. Diese richtet sich nach den Art. 48, 43 EG. Folglich wird unter 1) die Bedeutung und die Voraussetzung des Art. 48 EG erarbeitet und unter 2) der Inhalt und die Reichweite der Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EG dargestellt. Die Unterkapitel 3), 4) und 5) beschäftigen sich mit der Möglichkeit zur Beschränkung der Niederlassungsfreiheit⁹.

1) Art. 48 EG

(1) Struktur und Funktion des Art. 48 EG

Zunächst ist festzustellen, dass dem Art. 48 EG eine doppelte Funktion zukommt, da er die dort aufgelisteten Gesellschaften unter den Voraussetzungen des Art. 48 I EG den natürlichen Personen gleichstellt und darüber hinaus für diese Gesellschaften den Anwendungsbereich der Art. 43-47 EG eröffnet¹⁰. Folglich kann sich eine englische Limited, wenn sie durch Art. 48 EG erfasst wird, auf die Art. 43 ff EG und damit die Niederlassungsfreiheit berufen.

(2) Begriff der juristischen Person im Europarecht

Damit muss zunächst hinsichtlich des Anwendungsbereichs des Art. 48 EG der hierin verwendete Begriff der juristischen Person näher untersucht werden¹¹.

Die Begrifflichkeit in Art. 48 EG kann insofern zu Verwirrungen führen, als Abs. I von „Gesellschaften“ spricht und Abs. II diese als „juristische Personen“ bezeichnet, hierunter allerdings auch Gesellschaftstypen subsumiert, die nach nationalem Verständnis Personengesellschaften sind¹². Jedoch verfolgt das Europarecht eine vom nationalen Recht unabhängige Definition der juristischen Person, wonach eine solche bereits dann gegeben ist, wenn eine hinreichende Verselbstständigung vorliegt und die Möglichkeit zum Handeln unter eigenem Namen im Rechtsverkehr besteht. Danach ist z.B. auch eine deutsche GbR oder OHG eine juristischen Person i.S.d. Art. 48 EG¹³.

Demzufolge kann eine englische Limited ohne weiteres als juristischen Person i.S.d. Europarechts eingestuft werden.

⁹ Vgl. hierzu m.w.N. Rehm in Eidenmüller, S. 30 ff; Eidenmüller RabelsZ 70 (2006), 474 ff; Eidenmüller/Rehm ZGR 2004, 159 ff; Leible ZGR 2004, 531 ff; Hofmeister WM 2007, 868 ff.

¹⁰ Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 48 Rn 1.

¹¹ Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art 48 Rn. 7.

¹² Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art 48 Rn. 7; Troberg/Tiedje in von der Groeben/Schwarze, Art. 48 Rn. 2; Geiger, Art 48 Rn. 2.

¹³ Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art 48 Rn. 7; Troberg/Tiedje in von der Groeben/Schwarze, Art. 48 Rn. 2; Geiger, Art 48 Rn. 2; a.A. Bröhmer in Calliess/Ruffert, Art 48 Rn. 4.

(3) Bedeutung des Erwerbszwecks in Art. 48 EG

Ferner werden nach dem Wortlaut des Art. 48 II EG diejenigen Gesellschaften aus dem Anwendungsbereich ausgenommen, die keinen Erwerbszweck verfolgen.

Allerdings wird die Bedeutung dieses einschränkenden Tatbestandsmerkmals auf Grund des Verweises des Art. 48 EG auf Art. 43 EG, worin in Absatz II ebenfalls eine Erwerbstätigkeit gefordert wird, unterschiedlich beurteilt¹⁴.

Da jedoch eine in Deutschland niedergelassene englische Limited gerade dafür gegründet wurde, um hierüber im Inland wirtschaftlich tätig werden zu können, stellt das Tatbestandsmerkmal des „Erwerbszwecks“ in Art. 48 EG kein Problem dar.

(4) Tatbestandsvoraussetzung des Art. 48 EG

Des Weiteren kann sich nur diejenige Gesellschaft auf die Niederlassungsfreiheit berufen, welche die in Art. 48 EG aufgeführten Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt. Danach muss eine Gesellschaft a) nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründet sein, b) ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben und c) bei der Inanspruchnahme der sekundären Niederlassungsfreiheit im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates ansässig sein.

Damit ist nachfolgend zu überprüfen, ob eine englische Limited, die sich in Deutschland niederlassen möchte, die vorgenannten Voraussetzungen erfüllt.

a) Gesellschaftsgründung nach dem Recht eines Mitgliedstaates

Folglich muss eine Gesellschaft, die sich auf Art. 48 EG beruft, nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet worden sein. Damit kann die englische Limited ohne weiteres dem Anwendungsbereich des Art. 48 EG unterfallen, da sie nach englischem und damit nach mitgliedstaatlichem Recht zur Entstehung gelangt ist.

Allerdings stellt sich auf Grund des in Art. 48 EG enthaltenen Verweises auf das nationale Recht die strittige Frage, ob sich nur die Gesellschaftsgründung¹⁵ oder auch deren Fortexistenz¹⁶ nach dem nationalen Recht richten soll. Wäre beispielsweise auch die Fortexistenz der Gesellschaft umfasst, müsste eine in Deutschland niedergelassene englische Limited allein wegen des Art. 48 EG nach ihrem Heimatrecht behandelt werden.

¹⁴ Siehe hierzu Kommentierung bei Grabitz/Hilf Art. 48 Rn. 8: Eine weit verbreitete Ansicht verneint eine eigenständige Bedeutung des Erwerbszwecks in Art. 48 II EG, da danach die Tatbestandsvoraussetzungen in Art. 48 EG und in Art. 43 EG die gleiche Funktion erfüllen, nämlich die Niederlassungsfreiheit auf wirtschaftliche Sachverhalte zu beschränken. Dagegen kommt nach Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 48 Rn. 8, dem Erwerbszweck in Art. 48 II EG eine eigene Funktion zu, da sich der Erwerbszweck auf die Binnenstruktur der Gesellschaft bezieht, so dass gemeinnützige Einrichtungen grundsätzlich aus dem Anwendungsbereich ausgeschlossen werden. Durch die Herausnahme gemeinnütziger Einrichtungen können Wettbewerbsverzerrungen vermieden werden, da die Gefahr ungerechtfertigter Vorteilgewährung bei gemeinnützigen Einrichtungen auf Grund möglicher Quersubventionierungen besonders groß ist. Sollte eine Wettbewerbsverzerrung ausgeschlossen sein, kann eine Benachteiligung anhand einer teleologischen Reduktion verhindert werden.

¹⁵ Hierfür u.a. Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 48 Rn. 12; Forsthoff in Hirte/Bücker, S. 53; Brödermann, Rn. 225; Forsthoff EuR 2000, 167 ff.

¹⁶ Siehe hierzu Behrens IPRax 1999, 323 ff.

Jedoch ist der Verweis auf das nationale Recht nicht über seinen Wortlaut hinaus zu verstehen und kann damit nur für die Gesellschaftsgründung Bedeutung entfalten¹⁷. Dies ergibt sich bereits auf Grund der angestrebten einheitlichen Tragweite des Gemeinschaftsrechts, die bei einer so extensiven Auslegung gefährdet wäre¹⁸. Folglich ist eine in Deutschland niedergelassene englische Limited nicht allein wegen des Art. 48 EG nach ihrem Heimatrecht zu behandeln.

b) Satzungssitz, Hauptniederlassung, Hauptverwaltung innerhalb der Gemeinschaft

Ferner muss eine Gesellschaft, um in den Anwendungsbereich des Art. 48 EG zu gelangen, ihren Satzungssitz, ihre Hauptniederlassung oder ihre Hauptverwaltung innerhalb der Gemeinschaft haben. Insofern dienen die vorgenannten Voraussetzungen - ebenso wie die Staatsangehörigkeit bei natürlichen Personen - der Zuordnung zu der Rechtsordnung eines Staates. Dabei wird den unterschiedlichen Gegebenheiten in den Mitgliedstaaten durch die alternative Anknüpfung Rechnung getragen¹⁹. Allerdings können hierdurch nicht die für die Gesellschaft einschlägigen Vorschriften bestimmt werden, sondern hierüber ist lediglich eine Zuordnung zu der Gemeinschaft möglich²⁰.

Insofern unterfällt die englische Limited unproblematisch dem Geltungsbereich des Art. 48 EG, da sie ihren Satzungssitz in England und damit innerhalb der Gemeinschaft hat.

c) Sekundäre Niederlassungsfreiheit, Ansässigkeit innerhalb der Gemeinschaft, Art. 48 EG i.V.m. Art. 43 I 2 EG

Des Weiteren muss eine Gesellschaft, die von der sekundären Niederlassungsfreiheit (hierzu Näheres im nachfolgenden Kapitel) Gebrauch machen möchte, gemäß Art. 48 EG i.V.m. Art. 43 I 2 EG in einem Mitgliedstaat ansässig sein.

Dabei ist dann von der Ausübung der sekundären Niederlassungsfreiheit Art. 43 I 2 EG auszugehen, wenn eine Gesellschaft unter der Beibehaltung der Hauptniederlassung in ihrem Ursprungsstaat eine abhängige Zweigstelle in einem anderem Mitgliedstaat eröffnet²¹. Folglich fällt eine in Deutschland niedergelassene englische Limited, die in Deutschland - unter Beibehaltung ihrer Hauptniederlassung in England - eine Zweigniederlassung betreibt, unter den Anwendungsbereich der sekundären Niederlassungsfreiheit und muss damit für die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit in einem Mitgliedstaat ansässig sein.

Da allerdings eine in Deutschland niedergelassene englische Limited ihre wirtschaftlichen Aktivitäten regelmäßig in Deutschland oder England betreibt, kann sie das Kriterium der Ansässigkeit unproblematisch erfüllen. Denn nach weit überwiegender Meinung²² ist das Kriterium der Ansässigkeit bei Gesellschaften ebenso zu verstehen wie bei natürlichen Personen, so dass hierüber nur diejenigen Gesellschaften von der Freiheit ausgenommen werden sollen, die vorwiegend in die Volkswirtschaft von nicht EU-Staaten integriert sind. Dies ist bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited eindeutig nicht der Fall und das Kriterium der Ansässigkeit kann unproblematisch erfüllt werden.

¹⁷ Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 48 Rn. 12.

¹⁸ Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 48 Rn. 12.

¹⁹ Großfeld in BGB/EGBGB/IPR, IntGesR, XII. Europäische Union Rn. 121.

²⁰ Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 48 Rn. 20; Forsthoff in Hirte/Bücker, S. 53.

²¹ Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 43 Rn. 46 ff.

²² Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 48 Rn. 23; Troberg/Tiedje in von der Groeben/Schwarze, Art. 48 Rn. 11 f; GA La Pergola in EuGH Rs.-212/97, Centros, Slg. 1999, I-1459 Anm. 12; a.A. wohl Kieninger ZGR 1999, 724 ff.

(5) Rechtsfolge des Art. 48 EG

Nachdem nun die Anwendungsvoraussetzungen des Art. 48 EG festgestellt worden sind, wird anschließend auf seine Rechtsfolgenseite eingegangen. Dabei werden hierzu zwei voneinander abweichende Meinungen vertreten. Nach einer Ansicht²³ ist Art. 48 EG lediglich als Verweisungsvorschrift auf die Art. 43 ff EG einzuordnen, wohingegen nach einer anderen Ansicht²⁴ Art. 48 EG als eine das nationale Kollisionsrecht ganz oder teilweise verdrängende Kollisionsnorm einzustufen ist. Damit wäre nach letzterer Ansicht eine in Deutschland niedergelassene englische Limited allein auf Grund der Bedeutung des Art. 48 EG nach ihrem Gründungsrecht zu behandeln.

Allerdings ist das Verständnis des Art. 48 EG als Kollisionsnorm abzulehnen. Hierfür kann bereits auf die Formulierung des Art. 48 EG, der allein als Verweisungsvorschrift ausgestaltet ist („Für die Anwendung dieses Kapitels...“), hingewiesen werden. Ferner geht aus der in Art. 48 vorgenommenen Aufzählung der unterschiedlichen international privatrechtlichen Anknüpfungsmöglichkeiten (Gründung, Sitz) hervor, dass bei der Entstehung des Art. 48 EG mehrere Kollisionstheorien bekannt waren und auch grundsätzlich akzeptiert worden sind. Folglich ist nicht davon auszugehen, dass über Art. 48 EG eine Entscheidung zwischen den Theorien getroffen werden sollte²⁵. Des Weiteren ist eine Einordnung des Art. 48 EG als Kollisionsnorm auch nicht erforderlich, da sich die nationalen Vorschriften ohnehin auf Grund des Vorrangs des Europarechts an den Freiheiten messen lassen müssen. Folglich ist Art. 48 EG nur als Verweisungsnorm auf die Art. 43 ff EG zu verstehen.

Dementsprechend kann eine englische Limited über den in Art. 48 EG vorgenommenen Verweis dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit unterfallen.

2) Art. 43 EG

Insofern werden nachfolgend der Inhalt und die Reichweite der Niederlassungsfreiheit ermittelt. Dabei haben die Gesellschaften die Möglichkeit, sich im Rahmen der Freiheit in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen. Gleichzeitig ist es auch die Niederlassungsfreiheit selbst, welche den Ländern Befugnisse und Grenzen für die Einschränkung der Freiheit aufzeigt.

Folglich müssen sich sowohl die englische Limited hinsichtlich ihres Zuzuges als auch Deutschland als Niederlassungsland bezüglich seiner Maßnahmen zur Wahrung nationaler Interessen an der Niederlassungsfreiheit orientieren.

Damit wird nachfolgend unter (1) der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften dargestellt, unter (2) Systematik, Tatbestand und Rechtsfolge des Art. 43 EG erörtert und unter (3) der Gewährleistungsinhalt aufgezeigt.

(1) Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit

Dementsprechend ist zunächst der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit zu ermitteln, da erst hieraus zu entnehmen ist, ob sich die englische Limited tatsächlich auf die Freiheit

²³ Kindler in MüKo, IntGesR Rn. 367; Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 48 Rn. 24; Forsthoff in Hirte/Bücker, S. 53; EuGH Rs. C-70/95, Sodemare, Slg. 1997, I-3395, 3422 Rn. 25.

²⁴ Behrens IPrax 1999, 323 ff.

²⁵ Scheuer in Lenz/Borchert, Art. 48 Rn. 2; Troberg/Tiedje in von der Groeben/Schwarze, Art. 48 Rn. 1.

berufen kann. Dabei ist der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit nach räumlichen, personellen und sachlichen Gesichtspunkten zu bestimmen.

a) Räumlicher Anwendungsbereich

In räumlicher Hinsicht erfasst die Niederlassungsfreiheit die in Art. 299 EG aufgezählten Länder. Da hierin sowohl die Bundesrepublik Deutschland als auch England mit enthalten sind, bestehen in der vorliegenden Konstellation für die englische Limited keine Probleme.

b) Personeller Anwendungsbereich

Des Weiteren müsste die englische Limited auch in den persönlichen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fallen. Dieser bestimmt sich für Gesellschaften nach Art. 48 EG und erfährt für den Fall, dass sich die Gesellschaft auf die sekundäre Niederlassungsfreiheit beruft, durch Art. 43 I 2 EG eine Ergänzung. Da die englische Limited - wie bereits oben ausgeführt - sämtliche erforderlichen Voraussetzungen erfüllt, fällt sie unter den persönlichen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit.

c) Sachlicher Anwendungsbereich

Ferner ist der sachliche Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit zu ermitteln, da sich vorliegend die englische Limited nur dann auf die Freiheit berufen kann, wenn die Errichtung einer Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat von dem sachlichen Geltungsbereich erfasst ist.

(a) Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit und Abgrenzung von der Dienstleistungsfreiheit

Hierfür ist zunächst die Niederlassungsfreiheit allgemein zu definieren, wofür auf die in Art. 43 II EG vorgenommene Umschreibung der Freiheit zurückzugreifen ist, da im Europarecht keine ausdrückliche Definition enthalten ist.

Danach umfasst die Niederlassungsfreiheit neben der Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeit auch die Gründung und Leitung von Unternehmen. Insofern sind nicht nur die Errichtung und der Betrieb einer Niederlassung geschützt, sondern es sind grundsätzlich auch Beschränkungen, die sich aus Umfeldregeln ergeben, verboten²⁶. Folglich ist eine Niederlassung - insbesondere in Abgrenzung zur Dienstleistungsfreiheit - eine feste Einrichtung, die bei Eingliederung in die nationale Volkswirtschaft der tatsächlichen Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit zu dienen bestimmt ist²⁷. Dabei soll das Tatbestandsmerkmal der tatsächlichen bzw. beabsichtigten Ausübung²⁸ einer Erwerbstätigkeit dazu beitragen, Vorhaben, die nicht in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fallen sollen, auszugrenzen. Insofern ist für die Annahme einer Erwerbstätigkeit in Anlehnung an Art. 2 EG eine Tätigkeit des Wirtschaftslebens erforderlich und die Ausübung ist dann als tatsächlich einzustufen, wenn die von der Niederlassung ausgehenden Aktivitäten nicht als geringfügig einzustufen sind. Des Weiteren ist über die Voraussetzung der Eingliederung in die Volkswirtschaft²⁹ eine Abgrenzung der Niederlassungs- von der Dienstleistungsfreiheit möglich, da sich der auf die Dienstleistungsfreiheit Berufende gerade nicht dauerhaft in die Volkswirtschaft integrieren möchte.

²⁶ Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 43 Rn. 63.

²⁷ Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 43 Rn. 13: Des Weiteren ist hierbei zu berücksichtigen, dass die Niederlassungsfreiheit bei Auslegungsfragen weit zu verstehen ist.

²⁸ Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 43 Rn. 14 f.

²⁹ Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 43 Rn. 22 ff; Rehm in Eidenmüller, S. 32 f.

Damit wird eine in Deutschland ansässige englische Limited grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fallen können, da sie die vorgenannten Voraussetzungen regelmäßig erfüllen wird. Insbesondere soll die englische Limited durch die Errichtung einer inländischen Zweigniederlassung dauerhaft in die deutsche Volkswirtschaft integriert werden und sich umfänglich am nationalen Wirtschaftsleben beteiligen.

(b) Primäre und sekundäre Niederlassungsfreiheit

Ferner kann die Niederlassungsfreiheit in zwei unterschiedlichen Ausgestaltungen³⁰, nämlich der primären und der sekundären, in Anspruch genommen werden.

Dabei versteht man gem. Art. 43 I 1 EG unter der primärer Niederlassungsfreiheit die Neugründung oder die Übersiedelung der Hauptniederlassung in einen anderen Mitgliedstaat, wohingegen gem. Art. 43 I 2 EG bei der Ausübung der sekundären Niederlassungsfreiheit die Hauptniederlassung im Ursprungsland beibehalten und eine abhängige Zweigstelle in einem anderem Mitgliedstaat eröffnet wird. Dabei wurde ursprünglich seitens der Literatur³¹ für die Abgrenzung zwischen Haupt- und Zweigniederlassung/primärer und sekundärer Niederlassungsfreiheit auf den wirtschaftlichen Schwerpunkt einer Gesellschaft abgestellt. Allerdings muss dieses Vorgehen seit der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Centros³² korrigiert werden, da es danach hierfür nicht mehr auf den wirtschaftlichen Schwerpunkt, sondern primär auf den Willen der Gesellschaftsgründer ankommt.

Da die Rechtsprechung des EuGH zur sekundären Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften wesentlich großzügiger ist als zur primären Niederlassungsfreiheit (hierzu Kapitel VI), stellt die Ausweitung des Anwendungsbereichs der sekundären Niederlassungsfreiheit für eine Gesellschaft, die in einen anderen Mitgliedstaat umziehen möchte, eine erhebliche Vergrößerung ihrer Möglichkeiten dar. Damit kann sich eine in Deutschland niedergelassene englische Limited selbst dann auf den Schutz der sekundären Niederlassungsfreiheit berufen, wenn sie sämtliche wirtschaftlichen Aktivitäten von ihrer in Deutschland errichteten Niederlassung aus betreibt und in ihrem Gründungsland nur noch einen Briefkasten unterhält. Denn auch in einer solchen Konstellation darf der Briefkasten im Gründungsland als Hauptniederlassung und der Gesellschaftsteil in Deutschland als Zweigniederlassung deklariert werden, wodurch der Anwendungsbereich der sekundären Niederlassungsfreiheit eröffnet wird.

d) Ergebnis

Damit kann abschließend festgestellt werden, dass die englische Limited, die in Deutschland eine Zweigniederlassung errichten möchte, in den räumlichen, persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fällt.

(2) Tatbestand und Rechtsfolge des Art. 43 EG

Nachdem nun der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit ermittelt worden ist, werden nachfolgend der Tatbestand und die Rechtsfolge des Art. 43 EG erörtert.

Dabei ist der Tatbestand des Art. 43 I 1 EG dann erfüllt, wenn die freie³³ Niederlassung von Gesellschaften i.S.d. Art. 48 EG im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates beschränkt

³⁰ Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 43 Rn. 46 ff.

³¹ Eyles, S. 42 f; Lackhoff, S. 172.

³² EuGH Rs. C-212/97, Centros, Slg.1999, I-1459.

³³ Dabei stellt das Beiwort „frei“ lediglich die Bezeichnung des Zielzustandes dar.

wird³⁴. Lässt sich folglich eine englische Limited in Deutschland nieder und wird sie dabei in der Ausübung ihrer Niederlassungsfreiheit behindert, ist der Tatbestand des Art. 43 EG verwirklicht.

Als Rechtsfolge sieht Art. 43 I 1 EG das Verbot dieser Beschränkungen vor. Allerdings ist hierbei zu berücksichtigen, dass bei dem Verbot die nachfolgenden Bestimmungen des Vertrages, d.h. Art. 44 ff EG, zu berücksichtigen sind und nach dem Wortlaut des Art. 43 II EG die Ausübung der Niederlassungsfreiheit lediglich nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine eigenen Angehörigen eröffnet ist. Damit würde sich die Niederlassungsfreiheit auf ein Recht auf Inländergleichbehandlung reduzieren³⁵. Jedoch ist diesbetreffend die Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen, da sich hieraus ergibt, dass der Art. 43 EG über seinen Wortlaut hinaus auch als Beschränkungsverbot zu verstehen ist. Damit kommt dem Art. 43 EG eine weitreichende Verbotswirkung zu (siehe hierzu den nachfolgenden Abschnitt (3) b) (b)).

(3) Gewährleistungsinhalt

Des Weiteren wird nachfolgend auf den Gewährleistungsinhalt der Niederlassungsfreiheit eingegangen. Dabei wird unter a) die unmittelbare Wirksamkeit der Freiheit besprochen und unter b) die Bedeutung der Niederlassungsfreiheit als Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot erörtert.

a) Unmittelbare Wirksamkeit

Dabei ist zunächst festzustellen, dass die Niederlassungsfreiheit seit der Entscheidung Reyners³⁶ ein unmittelbar wirksames Recht ist. Demzufolge kann sich ein durch die Freiheit Begünstigter direkt auf Art. 43 EG berufen und hieraus - unabhängig von einer sekundärrechtlichen Harmonisierung - seine Rechte herleiten. Folglich kann sich eine nach Deutschland zuziehende englische Limited unmittelbar auf Art. 43 EG stützen.

b) Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot

Ferner darf eine nach Deutschland zuziehende englische Limited infolge der Niederlassungsfreiheit grundsätzlich weder diskriminiert noch beschränkt werden.

(a) Diskriminierung

Dabei erfasst das Diskriminierungsverbot³⁷ sowohl direkte als auch indirekte Diskriminierungen.

Insofern versteht man unter einer direkten Diskriminierung bei einer natürlichen Person die Anknüpfung der Ungleichbehandlung an deren Staatsangehörigkeit, wohingegen bei einer indirekten Diskriminierung nicht die Staatsangehörigkeit ausschlaggebend ist, sondern die Folgen lediglich typischerweise nur Ausländer treffen³⁸.

Da eine Gesellschaft nicht wie eine natürliche Person eine Staatsangehörigkeit besitzt, wird deren Sitz mit der Staatsangehörigkeit gleichgestellt³⁹. Folglich darf zur Vermeidung einer

³⁴ Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 43 Rn. 5; Forsthoff in Hirte/Bücker, S. 54 f.

³⁵ Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 43 Rn. 5; Forsthoff in Hirte/Bücker, S. 54 f.

³⁶ EuGH Rs. 2/74, Reyners, Slg. 1974, 631, 650 ff. Rn. 10-32.

³⁷ Geiger, Art. 43 Rn. 12 ff.

³⁸ Geiger, Art. 43 Rn. 12 ff.

³⁹ EuGH Rs. C-212/97, Centros, Slg. 1999, I-1459, 1491 Rn. 20. Ferner wird durch Forsthoff EWS 2001, 59 ff vorgeschlagen, danach zu differenzieren, ob die Sitzanknüpfung mit dem Wohnsitz oder der Staatsangehörigkeit einer natürlichen Person vergleichbar ist und je nachdem von einer indirekten (Wohnsitz) bzw. einer direkten (Staatsangehörigkeit) Diskriminierung auszugehen.

Diskriminierung der in Deutschland niedergelassenen englischen Limiteds grundsätzlich nicht an deren Sitz eine Ungleichbehandlung angeknüpft werden.

(b) Beschränkung

Darüber hinaus wird die Niederlassungsfreiheit seit den EuGH-Entscheidungen Vlassopoulou⁴⁰, Kraus⁴¹ und Gebhard⁴² nicht nur als Diskriminierungs-, sondern auch als Beschränkungsverbot verstanden. Folglich darf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited nicht durch die Anwendung inländischer Normen in ihrer Freiheit beschränkt werden.

Dabei ist dann von einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit auszugehen, wenn die auf In- und Ausländer gleichermaßen angewendeten nationalen Vorschriften zu einer Beeinträchtigung der Freiheit führen. Demgemäß darf eine Norm des Zuzugsstaats die Ausübung der Niederlassungsfreiheit weder unterbinden noch behindern oder weniger attraktiv machen⁴³.

Demnach hat sich die Rechtsprechung des EuGH über den Wortlaut des Art. 43 EG hinaus entwickelt. Denn in Art. 43 EG wird lediglich eine Inländergleichbehandlung gefordert, wohingegen eine Gleichbehandlung nicht zwingend genügt, um eine Beschränkung zu verhindern. Folglich ist die derzeitige Rechtslage strenger als der eigentliche Gesetzestext (siehe hierzu bereits oben unter (2)).

3) Teleologische Reduktion des Schutzbereiches

Damit geht aus den vorangegangenen Ausführungen deutlich hervor, dass der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit, insbesondere wegen des Verständnisses des Art. 43 EG als Beschränkungsverbot, sehr weit gefasst ist. Folglich kann die Anwendung inländischer Normen auf eine in Deutschland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft schnell zu einem Eingriff in die Niederlassungsfreiheit führen.

Dabei ist ein solcher Eingriff grundsätzlich gemäß Art. 43 EG verboten (s.o.), außer wenn die Beeinträchtigung der Freiheit gerechtfertigt werden kann. Allerdings sind die an eine Rechtfertigung gestellten Voraussetzungen sehr hoch, weshalb die Mehrzahl der Beeinträchtigungen hierüber nicht statthaft werden wird (hierzu Nachfolgendes unter 4)).

Folglich würde die Niederlassungsfreiheit zur Kontrollinstanz sämtlicher inländischer Vorschriften erhoben, welche wirtschaftliche Vorgänge berühren und eine Vielzahl nationaler Regelungen, wie z.B. solche des Delikts-, Wettbewerbs- oder Gewerberechts, könnten mit der Niederlassungsfreiheit in Konflikt geraten. Dementsprechend sind erhebliche praktische Probleme vorprogrammiert, die zur Sicherstellung der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften nicht zwingend auftreten müssten. Die Niederlassungsfreiheit soll zwar den Gesellschaften den Umzug von einem Mitgliedstaat in einen anderen erleichtern, nicht aber den inländischen Rechtsverkehr und die inländische Rechtssicherheit unverhältnismäßig beeinträchtigen. Infolgedessen müssen Möglichkeiten zur Vermeidung dieser massiven Schwierigkeiten erarbeitet werden.

⁴⁰ Vgl. hierzu m.w.N. EuGH Rs. C-340/89 (Vlassopoulou), Slg. 1991, I-2357, 2383 Rn. 15.

⁴¹ Vgl. hierzu m.w.N. EuGH Rs. C-19/92 (Kraus), Slg. 1993, I-1663, 1697 Rn. 32.

⁴² Vgl. hierzu m.w.N. EuGH Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, I-4165, Rn. 37 ff.

⁴³ EuGH Rs. C-439/99 (Kommission/Italien), Slg. 2002, I-305, Rn. 22; EuGH Rs. C-19/92 (Kraus), Slg. 1993, I-1663, Rn. 32.

Hierfür würde sich insbesondere die Einengung des Beschränkungsverbot anbieten, da dieses für die praktischen Probleme hauptverantwortlich ist. Insofern ist darauf hinzuweisen, dass die Dogmatik der Niederlassungsfreiheit teilweise mit derjenigen von anderen Grundfreiheiten wie z.B. der Waren- und Kapitalverkehrsfreiheit vergleichbar ist, die ebenfalls als Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot ausgestaltet sind. Des Weiteren hat auch bei der Waren- und Dienstleistungsfreiheit gerade die Ausgestaltung als Beschränkungsverbot zu erheblichen Schwierigkeiten geführt, mit denen sich jedoch – anders als bei der Niederlassungsfreiheit – bereits der EuGH auseinandergesetzt und eine Lösung erarbeitet hat.

Damit wird nachfolgend unter a) auf die durch den EuGH entwickelte Möglichkeit zur Einschränkung des Schutzbereiches bei der Waren- und Kapitalverkehrsfreiheit eingegangen und daran anschließend unter b) untersucht, ob dieses Vorgehen auf die Niederlassungsfreiheit übertragen werden kann.

a) Einschränkung des Schutzbereichs bei der Waren- und Kapitalverkehrsfreiheit

Hinsichtlich der Einschränkung des Schutzbereichs bei der Waren- und Kapitalverkehrsfreiheit kann maßgeblich auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Keck und Mithouard⁴⁴ verwiesen werden.

Im Rahmen dieser Entscheidung hat der EuGH zur Einengung des Schutzbereichs der Waren- und Kapitalverkehrsfreiheit zwischen vertriebs- und produktbezogenen Beschränkungen differenziert und Verkaufsmodalitäten, d.h. vertriebsbezogene Beschränkungen, nicht als verbotene Maßnahmen gleicher Wirkung i.S.v. Art. 28 EG eingestuft, sofern sie „...für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, gelten und sofern sie den Absatz inländischer Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren“⁴⁵. Ausgangspunkt dieser Äußerung war die Überlegung, dass die Anwendung entsprechender Normen auf EU-ausländische Waren europarechtlich unbedenklich ist, da die vertriebsbezogenen Regelungen, anders als produktbezogene, nicht dazu geeignet sind, den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern als dies bei inländischen Erzeugnissen der Fall ist⁴⁶.

Durch diese Feststellung macht der Gerichtshof deutlich, dass er geringe Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit, die unterschiedslos zur Geltung gelangen und den Marktzugang weder versperren noch stark behindern, von der strengen Rechtfertigungsnotwendigkeit ausnehmen möchte. Dabei hat der EuGH für die Möglichkeit von geringen Einschränkungen der Freiheit auf Grund der Differenzierung von vertriebs- und produktbezogenen Maßnahmen dem Kriterium der Marktzugangschwerung eine entscheidende Bedeutung beigemessen. Diese Feststellung kann auch durch die Entscheidungen des Gerichtshofs zur Kapitalverkehrsfreiheit in den Rechtssachen Kommission/Vereinigtes Königreich⁴⁷ und Kommission/Spanien⁴⁸ gestützt werden. Denn auch im Rahmen dieser Urteile, denen vom Sachverhalt her eine ähnliche Ausgangssituation wie bei der Entscheidung Keck und Mitouard zugrunde lag, wurde dem Kriterium der Marktzugangschwerung für die Einschränkungsmöglichkeit einer Grundfreiheit erhebliches Gewicht beigemessen.

⁴⁴ EuGH verb. Rs. C-267/91 und 268/91 (Keck/Mithouard), Slg. 1993, I-6097.

⁴⁵ Rn. 16 der Urteilsbegründung zu Keck/Mithouard.

⁴⁶ Rn. 17 der Urteilsbegründung zu Keck/Mithouard.

⁴⁷ EuGH Rs. C-98/01 (Kommission/Vereinigtes Königreich) Rn. 47; Entscheidung ist noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, kann aber unter www.curia.eu.int abgefragt werden.

⁴⁸ EuGH Rs. C-463/00 (Kommission/Spanien) Rn. 61, Entscheidung ist noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, kann aber unter www.curia.eu.int abgefragt werden.

Folglich hat sich der EuGH bereits selbst mehrfach mit der Eingrenzung des Schutzbereichs europäischer Grundfreiheiten auseinander gesetzt und dies positiv verbeschieden, so dass die Einengung einer Freiheit aus dem EG-Vertrag grundsätzlich denkbar ist.

b) Übertragbarkeit auf die Niederlassungsfreiheit

(a) Argumente für eine Übertragbarkeit

Ob allerdings die vorgenannten Grundsätze auch auf die Niederlassungsfreiheit übertragen werden können, ist nach wie vor offen, da der Europäische Gerichtshof hierzu noch nicht Stellung genommen hat. Da jedoch die besseren Argumente für eine Übertragbarkeit sprechen, soll auch der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit eingengt werden können⁴⁹.

Insofern ist zunächst festzustellen, dass es sich bei der Warenverkehrsfreiheit ebenso wie bei der Niederlassungsfreiheit um Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote handelt, weshalb bei ihnen wegen ihres weiten Schutzbereichs hinsichtlich der Anwendung nationaler Vorschriften vergleichbare Problemstellungen auftreten⁵⁰.

Ferner kommt der Niederlassungsfreiheit zwar im Rahmen des Gemeinschaftsrechts eine wesentliche Rolle zu, dennoch erscheint es nicht angemessen, sie als Generalnorm über sämtliche nationalen wirtschaftlich bedeutsamen Normen zu erheben⁵¹.

Darüber hinaus ist auf den Telos der Niederlassungsfreiheit zu verweisen. Danach sollen die Art. 43, 48 EG eine freie Standortwahl zulassen, nicht aber den Wirtschaftsteilnehmern eine Möglichkeit an die Hand geben, die Standortbedingungen gegenüber den nationalen Wettbewerbern zu modifizieren⁵².

Zusätzlich ist zu bedenken, dass bei der Niederlassungsfreiheit eine Beschränkung des Schutzbereiches bzw. die restriktive Annahme eines Eingriffs noch dringender geboten ist als bei anderen Grundfreiheiten, da sich der durch die Niederlassungsfreiheit Begünstigte – vorliegend also die englische Limited - dauerhaft in den entsprechenden Mitgliedstaat integriert. Damit ist der Aufnahmestaat wesentlich stärker als bei anderen Grundfreiheiten betroffen⁵³.

Des Weiteren werden durch die Wahl des Standortes grundsätzlich auch die Standortbedingungen akzeptiert, so dass an den Begünstigten größere Anforderungen gestellt werden können⁵⁴.

(b) Ergebnis

Folglich sind die zur Warenverkehrsfreiheit im Rahmen der Keck-und-Mitouard-Rechtsprechung entwickelten Grundsätze auch auf die Niederlassungsfreiheit anwendbar und der Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit kann eingegrenzt werden. Damit kann sich eine in Deutschland niedergelassene englische Limited nicht bei jeglichen Beschränkungen ihrer Freiheit auf einen Verstoß gegen die Art. 43, 48 EG berufen, sondern die Art. 43, 48 EG

⁴⁹ Für die Anwendung der Keck-Grundsätze bzw. der diesen zugrundeliegenden Gedanken: Eidenmüller in Eidenmüller, S. 52; Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 43 Rn. 89 ff, 100 ff; Schanze/Jüttner AG 2003, 666 ff; Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff; Ulmer NJW 2004, 1201 ff; gegen die Anwendung der Keck-Grundsätze: Lenz in Scheuer, Art 43 Rn. 10; Tiedje in Ehlers, § 10 Rn. 54.

⁵⁰ Forsthoff in Hirte/Bücker, S. 65.

⁵¹ Eidenmüller in Eidenmüller, S. 50.

⁵² Forsthoff in Hirte/Bücker, S. 65.

⁵³ Eidenmüller in Eidenmüller, S. 52.

⁵⁴ Eidenmüller in Eidenmüller, S. 52.

untersagen nur das Eingreifen derjenigen Vorschriften, die den Marktzugang der Gesellschaft verhindern oder ihn im Vergleich zu inländischen Gesellschaften rechtlich oder tatsächlich wesentlich erschweren⁵⁵.

Dabei kann dann von einem Marktzugangshindernis ausgegangen werden, wenn die anzuwendende inländische Norm korporative Wirkung entfaltet, z.B. weil sie in die Haftung der Gesellschaft oder ihrer Organe eingreift oder die Gesellschaftsstruktur als solches betrifft. Ferner können manche tätigkeitsbezogene Maßnahmen ein bedeutsames Marktzugangshindernis schaffen.

Umgekehrt können diejenigen Normen, die alle Wirtschaftsverkehrsteilnehmer gleichermaßen und gering belasten und den Marktzugang für EU-ausländische Gesellschaften weder verhindern noch übermäßig erschweren, auch auf eine im Inland niedergelassene englische Limited Anwendung finden, da sie den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit nicht berühren bzw. keinen Eingriff darstellen.

4) Rechtfertigung

Damit ist die Anwendung einer Norm, welche die vorgenannten Voraussetzungen nicht erfüllt und zu einem Eingriff in die Niederlassungsfreiheit führt, grundsätzlich gemäß Art. 43, 48 EG verboten. Allerdings kann sich dann etwas anderes ergeben, wenn die Vorschriften, die bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited (bzw. einer anderen EU-Auslandsgesellschaft) Geltung beanspruchen sollen, anhand des Europarechts gerechtfertigt werden können. Diesbezüglich stehen geschriebene und ungeschriebene Rechtfertigungsgründe zur Verfügung.

Dabei stellen Art. 46 EG – der über Art. 48 EG auch für Gesellschaften entsprechend anwendbar ist⁵⁶ – einen geschriebenen und die zwingenden Gründe des Allgemeinwohls einen ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund dar⁵⁷. Somit wird nachfolgend unter (1) auf Art. 46 EG und unter (2) auf die zwingenden Gründe des Allgemeinwohls eingegangen.

(1) Rechtfertigung über Art. 46 EG

Dabei erfüllt Art. 46 I EG den Zweck, den Mitgliedstaaten eine Möglichkeit zu eröffnen, ihre nationalen Interessen gegenüber den Vorgaben der Niederlassungsfreiheit durchzusetzen⁵⁸. Allerdings ist hierbei der Ausnahmecharakter des Art. 46 EG zu berücksichtigen, infolgedessen Art. 46 EG⁵⁹ stets eng auszulegen ist, um eine Aushöhlung der Niederlassungsfreiheit, die einen fundamentalen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts darstellt, zu vermeiden.

⁵⁵ So auch Eidenmüller in Eidenmüller, S. 52.

⁵⁶ EuGH Rs. 79/85, Segers, Slg. 1986, 2375, 2388 Rn. 17; Forsthoff, EWS 2001, 59 ff; Schlag in Schwarze, Art. 46 Rn. 4; Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze, Art. 46 Rn. 5 f.

⁵⁷ Forsthoff in Hirte/Bücker, S. 71.

⁵⁸ Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art 46 Rn. 1.

⁵⁹ So die ständige Rechtsprechung des EuGH. Siehe hierzu m.w.N EuGH Rs. 36/75, Rutili, Slg. 1975, 1219, 1231 Rn. 26/28; EuGH Rs. C-348/96, Calfa, Slg. 1999, I-11, 30 Rn. 23.

a) Vorschriften des Ausländerrechts

Des Weiteren ist festzustellen, dass Art. 46 I EG in seinem originären Anwendungsbereich nur Vorschriften des Ausländerrechts erfasst⁶⁰. Hierunter versteht man diejenigen Normen, die spezielle Regelungen für Ausländer enthalten.

Ob darüber hinaus über Art. 46 EG weitere Vorschriften auf eine in Deutschland domizilierende englische Limited zur Anwendung gelangen können ist umstritten. Dies wird nach einer Ansicht⁶¹ grundsätzlich abgelehnt, außer wenn bestimmte Normen des nationalen Rechts eine Situation betreffen, in der der Unterschied zwischen Ausländern und Staatsangehörigen ebenso signifikant hervortritt wie im Ausländerrecht. Dahingegen erstreckt sich nach einer anderen Ansicht⁶² bereits der reguläre Anwendungsbereich des Art. 46 I EG auch auf Normen außerhalb des Ausländerrechts. Jedoch ist nach dieser Ansicht Art. 46 EG in diesem Bereich sehr restriktiv zu handhaben. Damit weisen die vorgenannten Ansichten jedenfalls hinsichtlich des Ergebnisses keine gravierenden Unterschiede auf. Nach beiden Meinungen können nationale Normen, die nicht dem Ausländerrecht angehören, nur äußerst zurückhaltend über Art. 46 EG auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft zur Anwendung gelangen.

Da sich allerdings die Mehrzahl der gläubigerschützenden Normen außerhalb des Ausländerrechts befindet, wird Art. 46 EG bei der Verwirklichung des Gläubigerschutzes bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited keine tragende Rolle spielen können.

b) Schutzgüter des Art. 46 EG

Ferner kommt eine Rechtfertigung über Art. 46 EG nur dann in Betracht, wenn die öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit betroffen sind⁶³.

Dabei versteht man unter der öffentlichen Sicherheit den Schutz der Allgemeinheit und des Einzelnen gegen Bedrohungen des Bestandes des Staates und seiner Einrichtungen sowie des Lebens, der Gesundheit, der Freiheit, der Ehre und des Vermögens.⁶⁴

Die öffentliche Ordnung erfasst den Schutz vor Gefahren für ein geordnetes menschliches und staatsbürgerliches Zusammenleben, auch wenn dieses durch ungeschriebene Regeln für das Verhalten der Menschen in der Öffentlichkeit gesichert wird und diese Sicherung die unerlässliche Voraussetzung eines geordneten Gemeinschaftslebens ist⁶⁵.

⁶⁰ Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 46 Rn. 2; Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze, Art. 46 Rn. 1.

⁶¹ Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 46 Rn. 7, 10.

⁶² Jarrass RIW 1993, 1 ff; Scheuer in Lenz, Art. 46 Rn. 5; Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze, Art. 46 Rn. 4; Schlag in Schwarze, Art. 46 Rn. 3; Bröhmer in Calliess/Ruffert, Art. 46 Rn. 1.

⁶³ Bei der Begriffsbestimmung der Schutzgüter besteht Uneinigkeit, ob diese nach Gemeinschafts- (hierfür Bröhmer in Calliess/Ruffert, Art. 46 Rn. 3; Schlag in Schwarze, Art. 46 Rn. 7) oder nach nationalem Recht (hierfür Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 46 Rn 17 f) zu erfolgen hat. Allerdings kommt diesem Streit für die Mitgliedstaaten selbst nur eingeschränkte Bedeutung zu, da ihnen in beiden Varianten ein gewisser Spielraum verbleibt, innerhalb dessen sie die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts beachten müssen (bei gemeinschaftsrechtlichem Verständnis würde ihnen ein Beurteilungsspielraum eingeräumt, wohingegen sie bei nationaler Bestimmung die durch das Gemeinschaftsrecht gesetzten Grenzen beachten müssten). Jedoch ist wegen des Grundsatzes der einheitlichen Geltung des Gemeinschaftsrechts zu einer gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung zu tendieren. Als Auslegungshilfe kann auf die RL 64/221/EWG zurückgegriffen werden, die auf Grund des Art. 46 II EG erlassen worden ist.

⁶⁴ Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze, Art. 46 Rn. 18 f.

⁶⁵ Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze, Art. 46 Rn. 19.

c) Berührung der Grundinteressen der Gesellschaft

Des Weiteren kann über Art. 46 I EG eine Maßnahme nur dann gerechtfertigt werden, wenn die Grundinteressen der Gesellschaft⁶⁶ berührt werden. Dadurch werden, anders als im nationalen Recht, die Begriffe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit eingeengt⁶⁷.

d) Qualifizierte Gefährdung

Zusätzlich muss die öffentliche Sicherheit und Ordnung einer qualifizierten Gefahr ausgesetzt sein⁶⁸. Hierfür ist eine tatsächliche und gegenwärtige, nicht nur generelle Gefährdung erforderlich. Darüber hinaus muss die Beeinträchtigung eine gewisse Intensität erreichen, d.h. die Grundinteressen der Gesellschaft berühren⁶⁹.

e) Fehlen von sekundärem Gemeinschaftsrecht

Ferner kommt ein Rückgriff auf Art. 46 EG nur dann in Betracht, wenn der in Frage stehende Bereich nicht bereits über sekundäres Gemeinschaftsrecht geregelt ist. Werden hierüber verbindliche Maßnahmen vorgeschrieben, kann Art. 46 EG kein abweichendes Vorgehen rechtfertigen⁷⁰.

f) Verhältnismäßigkeit

Darüber hinaus müssen sich die über Art. 46 I EG ergriffenen Maßnahmen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bewegen⁷¹.

g) Ergebnis

Damit ist abschließend festzustellen, dass es einem Mitgliedstaat bei der Erfüllung der vorgenannten Voraussetzung möglich ist Maßnahmen zu ergreifen, welche die Niederlassungsfreiheit beeinträchtigen und die damit grundsätzlich gem. Art. 43 EG verboten sind⁷². Jedoch werden auf Grund der oben angeführten Tatbestandsvoraussetzungen die Fälle, bei denen Art. 46 EG bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited zur Verwirklichung des Gläubigerschutzes beitragen kann, selten sein, so dass die Bedeutung des Art. 46 EG für die vorliegende Arbeit gering ist.

(2) Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls

a) Allgemeines

Allerdings stellt Art. 46 EG nicht die einzige Möglichkeit dar, die Anwendung bestimmter nationaler Regelungen, welche zu einer Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft führen, zu

⁶⁶ EuGH Rs. C-114/97, Kommission/Spanien, Slg. 1998, I-6717; EuGH Rs. C-355/98, Kommission/Belgien, Slg. 2000, I-1221.

⁶⁷ Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze, Art. 46 Rn. 21; Scheuer in Calliess/Ruffert, Art. 46 Rn. 2.

⁶⁸ EuGH Rs. C-348/96, Calfa, Slg. 1999, I-11, 30 Rn. 21; Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 46 Rn. 19; Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze, Art. 46 Rn. 17.

⁶⁹ Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze, Art. 46 Rn. 23; Schlag in Schwarze, Art. 46 Rn. 5 f; Scheuer in Calliess/Ruffert, Art. 46 Rn. 2.

⁷⁰ EuGH Rs. C-421/98, Kom/Spanien, Slg. 2000, I-10375, Rn. 42; Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze, Art. 46 Rn. 16; Scheuer in Lenz/Borchardt, Art. 46 Rn. 2.

⁷¹ Bröhmer in Calliess/Ruffert, Art. 46 Rn. 1; Schlag in Schwarze, Art. 46 Rn. 6; Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze, Art. 46 Rn. 17.

⁷² Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 46 Rn. 31.

rechtfertigen. Insofern steht nämlich noch der durch den EuGH entwickelte ungeschriebene Rechtfertigungsgrund der zwingenden Gründe des Allgemeinwohls zur Verfügung. Dabei erkennt der Gerichtshof im Rahmen dieses Rechtfertigungsgrundes nicht nur einige wenige Belange an, sondern eröffnet den Mitgliedstaaten einen weiten Beurteilungsspielraum, innerhalb dessen sie ihre schützenswerten Interessen definieren und durchsetzen können⁷³.

Allerdings ist im Rahmen der zwingenden Gründe des Allgemeinwohls umstritten, ob bzw. inwieweit hierüber Diskriminierungen zu rechtfertigen sind.

Insofern kann nach einer Ansicht⁷⁴ weder eine direkte noch eine indirekte Diskriminierung gerechtfertigt werden. Dabei wird dieses restriktive Vorgehen damit begründet, dass die Mitgliedstaaten nicht durch die Eröffnung zusätzlicher Rechtfertigungsmöglichkeiten belohnt werden sollen, wenn sie eine Ungleichbehandlung vornehmen, die nicht durch die geschriebenen Gründe zu rechtfertigen ist und die gleichzeitig die Intensität einer Diskriminierung erreicht⁷⁵. Zusätzlich wird auf die in diese Richtung weisende Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen Masgio⁷⁶ und Leclerc⁷⁷ verwiesen. Allerdings kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden⁷⁸. Dies ergibt sich bereits daraus, dass in zahlreichen EuGH-Entscheidungen⁷⁹ zumindest indirekte Diskriminierungen über die „zwingenden Gründe“ gerechtfertigt worden sind.

Dahingegen plädiert eine weitere Ansicht sowohl für eine Rechtfertigungsmöglichkeit direkter als auch indirekter Diskriminierungen⁸⁰. Allerdings ist auch diese Meinung abzulehnen. Dies ergibt sich daraus, dass der vorgenannte Vorschlag vor allem im Hinblick auf das in Art. 12 I EG aufgeführte Diskriminierungsverbot, das einen der Grundpfeiler des Vertrages bildet, zu weitreichend ist. Eine direkte Diskriminierung führt zu einer besonders starken Einschränkung der europäischen Freiheiten, so dass eine Ausweitung der Rechtfertigungsmöglichkeiten über die im Gesetz vorgesehenen Fälle hinaus nicht zu unterstützen ist⁸¹.

Damit ist dafür einzutreten über die zwingenden Gründe des Allgemeinwohls neben den Freiheitsbeschränkungen nur indirekte Diskriminierungen zu rechtfertigen⁸². Hierüber kann ein gerechter Ausgleich zwischen den schützenswerten nationalen Interessen und den europäischen Freiheiten erzielt werden. Denn auf diese Weise ist es möglich, umsetzungswürdige Ziele der Mitgliedstaaten durchzusetzen⁸³, ohne einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Europarecht herbeizuführen. Dabei wird diese Auffassung auch durch zahlreiche Urteile des EuGH⁸⁴, u.a. in der Rechtssache Chassis de Dijon⁸⁵, unterstützt.

⁷³ Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 43 Rn. 108; Forsthoff in Hirte/Bücker, S. 72 f.

⁷⁴ Müller-Graf in GTE, Art. 30 Rn. 196; EuGH Rs. C-10/90, Masgio, Slg. 1991, I-1119, 1141 Rn. 24.

⁷⁵ Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, vor Art. 39-55 Rn. 139.

⁷⁶ EuGH Rs. C-10/90, Masgio, Slg. 1991, I-1119, 1141 Rn. 24.

⁷⁷ EuGH Rs. 229/83, Leclerc, Slg. 1985, I, 35 Rn. 26, 29.

⁷⁸ Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, vor Art. 39-55 Rn. 139.

⁷⁹ Vgl. hierzu m.w.N. EuGH Rs. 120/78, Cassis de Dijon, Slg. 1979, 649; EuGH Rs. C-350/96, Clean Car, Slg. 1998, I-2521, 2549f. Rn. 39 ff.

⁸⁰ Vgl. hierzu m.w.N. Weiß EuZW 1999, 493 ff.; Jarass EuR 2000, 705 ff.

⁸¹ Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, vor Art. 39-55 Rn. 140; Gundel Jura 2001, 79 ff.

⁸² So auch Gundel Jura 2001, 79 ff.; Oppermann, S. 522 f.; Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, vor Art. 39-55 Rn. 139.

⁸³ Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, vor Art. 39-55 Rn. 139.

⁸⁴ Vgl. hierzu m.w.N. EuGH Rs. 120/78, Cassis de Dijon, Slg. 1979, 649; EuGH Rs. C-350/96, Clean Car, Slg. 1998, I-2521, 2549 f. Rn. 39 ff.

⁸⁵ EuGH Rs. 120/78, Cassis de Dijon, Slg. 1979, 649.

Insofern kann über die zwingenden Gründe des Allgemeinwohls bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited die Anwendung von Normen, die zu einer Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit oder zu einer indirekten Diskriminierung der Gesellschaft führen, gerechtfertigt werden.

b) Tatbestandsvoraussetzungen

Ferner kann das Eingreifen nationaler Normen bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited nur dann gerechtfertigt werden, wenn vier durch den EuGH in seinem Gebhard-Urteil⁸⁶ entwickelte und u.a. in der Entscheidung Centros⁸⁷ bestätigte Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen. Danach muss eine nationale Maßnahme zur Erreichung des Ziels (a) geeignet und (b) erforderlich sein, sie darf (c) nicht diskriminierend wirken und hat (d) der Sicherung zwingender Gründe des Allgemeinwohls zu dienen.

(a) Geeignetheit

Dabei muss zunächst die Anwendung einer nationalen Norm auf die im Inland niedergelassene englische Limited eine geeignete Maßnahme darstellen.

Dies ist dann gegeben, wenn durch das staatliche Vorgehen das angestrebte Ziel erreicht werden kann. Hierfür ist eine vollständige Zielverwirklichung nicht nötig⁸⁸, da den Mitgliedstaaten ein gewisser Gestaltungsspielraum zusteht⁸⁹. Allerdings ist eine Maßnahme nur dann geeignet, wenn sie konsequent⁹⁰ verfolgt wird. Das Regelungsanliegen muss generell durchgesetzt werden, ohne dass in einzelnen Teilbereichen vollständig auf die Verwirklichung verzichtet wird.

(b) Erforderlichkeit

Des Weiteren muss die Maßnahme, d.h. die Anwendung der nationalen Norm auf die englische Limited, auch erforderlich sein. Hierfür darf die Zielerreichung nicht über ein weniger einschneidendes Vorgehen möglich sein⁹¹. Dabei ist die Erforderlichkeit zu verneinen, wenn der angestrebte Erfolg auf eine andere Weise, die allerdings keine gleichermaßen vollständige und effektive Umsetzung gewährleisten muss, erreicht werden kann⁹². Zusätzlich ist für die Erforderlichkeit die Transparenz der Handlung notwendig, so dass aus der jeweiligen mitgliedstaatlichen Regelung die von ihr ausgehende Belastung deutlich hervorgehen muss⁹³.

Allerdings besteht zu Gunsten der Mitgliedstaaten eine seitens des EuGH nicht näher konkretisierte Einschätzungsprärogative. Demnach wird der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten entscheidend davon beeinflusst, ob ein politisches Konzept, eine politische Priorität betroffen wird, oder ob es sich um technische Fragen bezüglich des mildesten Mittels handelt. Denn je mehr ein politisches Anliegen im Vordergrund steht, desto größer muss der Spielraum des Mitgliedstaats sein⁹⁴.

⁸⁶ EuGH Rs. C-55/94, Gebhard, Slg. 1995, I-4165, 4197 Rn. 37.

⁸⁷ EuGH Rs. C-212/97, Centros, Slg. 1999, I-1459, 1495 Rn. 34.

⁸⁸ EuGH Rs. C-52/79, Debaue, Slg. 1980, 833, 858 Rn. 19.

⁸⁹ Epiney in Calliess/Ruffert, Art. 30 Rn. 52.

⁹⁰ Epiney in Calliess/Ruffert, Art. 30 Rn. 52; Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, vor 39-55 Rn. 184; Forsthoff in Hirte/Bücker, S. 81.

⁹¹ Epiney in Calliess/Ruffert, Art. 30 Rn. 54.

⁹² EuGH Rs. C- 250/95, Futura, Slg. 1997, I-2471, 2503f Rn. 36 ff.

⁹³ EuGH Rs. C-118/96, Safir, Slg. 1998, I-1897, 1928 f Rn. 32 f; Forsthoff in Hirte/Bücker, S. 81.

⁹⁴ Epiney in Calliess/Ruffert, Art. 30 Rn. 56; Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, vor Art. 39-55 Rn. 172.

(c) Diskriminierungsfreiheit

Ferner darf die nationale Maßnahme die in Deutschland niedergelassene englische Limited nicht diskriminieren (siehe hierzu bereits oben unter 2) (3) b) (a)).

(d) Zwingende Gründe des Allgemeinwohls

Darüber hinaus muss die auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited anzuwendende nationale Norm durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden können.

Dabei erkennt der EuGH als zwingenden Grund des Allgemeinwohls nicht nur einige wenige Belange an, sondern eröffnet den Mitgliedstaaten hierüber einen weiten Beurteilungsspielraum, worüber diese ihre schützenswerten Belange definieren und durchsetzen können. Dabei können u.a. der Gläubigerschutz, die Arbeitnehmerinteressen und auch die fiskalischen Belange unter den Begriff des zwingenden Grundes des Allgemeinwohls subsumiert werden⁹⁵.

(e) Ergebnis

Folglich kann eine nationale Norm bei Erfüllung der vorgenannten Voraussetzungen auch dann auf eine im Inland niedergelassene englische Limited zur Anwendung gelangen, wenn ihr Eingreifen zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit führt und ihre Geltung damit grundsätzlich gemäß Art. 43 EG verboten wäre.

5) Rechtsmissbrauch

Des Weiteren kann auch bei dem Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs⁹⁶ die Anwendung nationaler Vorschriften auf eine in Deutschland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft möglich sein bzw. der Gesellschaft die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit versagt werden.

Dabei umfasst der Oberbegriff des Rechtsmissbrauchs im Gemeinschaftsrecht den Missbrauch sekundärrechtlich verliehener Rechte und die missbräuchliche Berufung auf die Grundfreiheiten⁹⁷. Da im Rahmen der Niederlassung einer englischen Limited in Deutschland vorwiegend im Zusammenhang mit den Art. 48, 43 EG Probleme auftreten können, ist nachfolgend hauptsächlich die zweite Gruppe von Interesse.

Damit werden im Anschluss unter (1) die Möglichkeit der Versagung der Berufung auf die Freiheit und unter (2) die Aussichten zur Anwendung nationaler Vorschriften auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited besprochen.

⁹⁵ Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 43 Rn. 108; Forsthoff in Hirte/Bücker, S. 72 f.

⁹⁶ Ferner ist die dogmatische Einordnung des Rechtsmissbrauchs auf europäischer ebenso wie auf nationaler Ebene nicht zweifelsfrei geklärt. Insofern könnte der Missbrauch als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts oder als eigenständige dogmatische Figur oder als ein Anwendungsfall der teleologischen Reduktion der europäischen Freiheit anzusehen sein. Da jedoch der Klärung dieser Frage praktisch keine wesentliche Bedeutung zukommt und die dogmatische Durchdringung schwierig und weitreichend ist, soll dieses Problem, dem für die vorliegende Arbeit keine Bedeutung zukommt, offen gelassen werden.

⁹⁷ Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf vor Art. 39-55 Rn. 125; allgemein zum Rechtsmissbrauch auch Roth NZG 2003, 1081 ff; Fleischer JZ 2003, 865 ff.

(1) Europäische Ebene

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH⁹⁸ muss eine Berufung auf das Gemeinschaftsrecht dann ausscheiden, wenn die Anwendung des Gemeinschaftsrechts in missbräuchlicher bzw. betrügerischer Weise erfolgen würde. Damit ist in einem solchen Fall der Geltungsbereich der Freiheiten verschlossen (immanente Schranke der Niederlassungsfreiheit) und eine nach Deutschland zuziehende englische Limited könnte sich unter den vorgenannten Voraussetzungen nicht auf die Niederlassungsfreiheit stützen.

Allerdings ist diese klare Aussage des Gerichtshofs nur von geringem praktischem Wert, da der EuGH ein sehr enges Verständnis hinsichtlich des Vorliegens eines Missbrauchs vertritt. Hierüber soll sichergestellt werden, dass nicht durch eine großzügige Annahme von Missbrauchsfällen seitens der nationalen Gerichte eine zu starke Einschränkung des Geltungsbereiches des Gemeinschaftsrechts erfolgt und damit die volle Wirksamkeit und die einheitliche Anwendung des Europarechts gefährdet wird⁹⁹.

Folglich wird einer englischen Limited im Grunde nie die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit vollständig versagt werden, wenn sie hierüber nach Deutschland zuziehen möchte.

(2) Nationale Ebene

Ferner ist zu erörtern, ob bei dem Vorliegen eines Missbrauchs durch die zuziehende englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft zumindest auf nationaler Ebene eine Sanktion denkbar ist.

Dabei bereitet jedoch auch auf nationaler Ebene die Feststellung eines Missbrauchs durch die zuziehende EU-Auslandsgesellschaft Schwierigkeiten. Hierbei kann nur dann von einem Missbrauch der Niederlassungsfreiheit gesprochen werden, wenn deren Inanspruchnahme nicht mehr mit der Zielsetzung der Freiheit vereinbar ist. Jedoch begründet nach Auffassung des EuGH¹⁰⁰ selbst die gezielte Wahl eines regelungsärmeren Mitgliedstaates zur Umgehung der strengen nationalen Vorschriften keinen Rechtsmissbrauch¹⁰¹. Folglich wird auch auf nationaler Ebene das Vorliegen eines Missbrauchsfalls eine Ausnahme bleiben.

Allerdings hat der EuGH unter anderem in der Entscheidung Centros¹⁰² grundsätzlich die Möglichkeit zur Ergreifung nationaler Maßnahmen zur Vermeidung eines Missbrauchs durch die zuziehende EU-Auslandsgesellschaft anerkannt, so dass hierüber die Anwendung nationaler Vorschriften jedenfalls nicht ausgeschlossen ist¹⁰³.

⁹⁸ Siehe u.a. EuGH Rs. C-212/97, Centros, Slg. 1999, I-1459, 1492 Rn. 24.

⁹⁹ Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, vor Art. 39-55 Rn. 122; Forsthoff in Hirte/Bücker, S. 68 ff.

¹⁰⁰ EuGH Rs. C-212/97, Centros, Slg. 1999, I-1459, 1493 Rn. 27; EuGH Rs. C-167/01, Inspire Art, Rn. 98, 139; Rehm in Eidenmüller, S. 33.

¹⁰¹ EuGH Rs. C-212/97, Centros, Slg. 1999, I-1459, 1491, 1493 Rn. 18, 25-27.

¹⁰² EuGH Rs. C-212/97, Centros, Slg. 1999, I-1459, 1496 Rn. 36; Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, vor Art. 39-55 Rn 136.

¹⁰³ EuGH Rs. C-212/97, Centros, Slg. 1999, I-1459, 1496 Rn. 36; Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, vor Art. 39-55 Rn 136.

(3) Ergebnis

Folglich kann die Rechtsfigur des Missbrauches eine Möglichkeit eröffnen, bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited die Anwendung nationaler Rechtsvorschriften zu rechtfertigen und damit zur Verwirklichung des Gläubigerschutzes beizutragen.

III. Sekundäres Europarecht

Ferner kommt es für die Frage nach der Reichweite der Niederlassungsfreiheit und den daraus resultierenden Möglichkeiten für die zuziehende EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited und den Reaktionsmöglichkeiten des jeweiligen Zuzuglandes neben dem primären auch auf das sekundäre Europarecht an¹⁰⁴.

Daher werden nachfolgend ausgewählte Richtlinien und Verordnungen behandelt, die für die Entscheidung, ob die Gründung einer in- oder ausländischen Rechtsform vorzugswürdig ist, mitbestimmend sein können. Hierfür wird unter 1) auf die 11. gesellschaftsrechtliche Richtlinie, unter 2) auf die EuGVVO (Verordnung über die Zuständigkeit und die Anerkennung von Vollstreckung) und unter 3) auf die EuInsVO (Europäische Insolvenzverordnung) eingegangen.

1) Richtlinien

Dabei kommt der 11. Richtlinie 89/666/EWG des Rates vom 21.12.1989¹⁰⁵ (Zweigniederlassungsrichtlinie)¹⁰⁶ sowohl für die zuziehende Gesellschaft als auch für den Aufnahmestaat entscheidende Bedeutung zu, da diese umfangreiche Bestimmungen über die Offenlegungspflichten der Gesellschaft enthält.

Damit wird im Rahmen der folgenden Besprechung zunächst unter (1) auf die – sowohl für die niederlassungswillige Gesellschaft als auch für den Zuzugsstaat wichtige – abschließende Wirkung der Richtlinie eingegangen und im Anschluss daran unter (2) auf einzelne, für den weiteren Verlauf der Arbeit wesentliche Artikel der Richtlinie eingegangen.

(1) Abschließende Wirkung

Insofern ist vorab festzustellen, dass die 11. Richtlinie seit der Entscheidung Inspire Art als abschließend zu behandeln ist¹⁰⁷. Dabei ist dieser Umstand sowohl für die Zuzugsstaaten als auch für die niederlassungswilligen Gesellschaften von grundlegender Bedeutung, da infolgedessen ein Zuzugsstaat von der niederlassungswilligen Gesellschaft nur noch die Offenlegung der in der Richtlinie explizit aufgeführten Umstände verlangen kann und eine Abweichung hiervon nur in Betracht kommt, wenn in der Richtlinie selbst Ausnahmen vorgesehen sind. Damit kann eine in Deutschland niedergelassene englische Limited ausschließlich zur Offenlegung der in der Richtlinie vorgesehenen Tatsachen verpflichtet werden.

Dabei hat der EuGH zur Begründung der abschließenden Wirkung zunächst auf den Umstand verwiesen, dass der Rat die Zweigniederlassungsrichtlinie gem. Art. 54 III g EG (heute Art. 44 II g EG) erlassen habe und diese Norm gerade die Koordinierung und gleichwertige Gestaltung derjenigen Schutzbestimmungen in den einzelnen Mitgliedstaaten vorsehe, die den

¹⁰⁴ Zum Sekundärrecht: Rehm in Eidenmüller, S. 41 ff; zu den völkerrechtlichen Vorgaben und Staatsverträgen: Rehm in Eidenmüller, S. 13 ff.

¹⁰⁵ Amtsblatt Nr. L 395 vom 30/12/1989 S. 0036 – 0039.

¹⁰⁶ Zur 11. Richtlinie: Kindler NJW 1993, 3301 ff; Rehm in Eidenmüller, S. 41 f; Zur Eintragung einer ausländischen Gesellschaft in Deutschland: Herchen RIW 2005, 529 ff; Wachter MDR 2004, 611 ff; Schaub NZG 2000, 953 ff; Süß DNotZ 2005, 180 ff; Lehmann NZG 2005, 580 ff; Schröder in Heckschen S. 91 ff.

¹⁰⁷ EuGH, UrT. v. 30.9.2003 – Rs. C-167 / 01 (Inspire Art), Rn. 69 der Entscheidungsbegründung.

Gesellschaften im Interesse der Gesellschafter und Dritter auferlegt worden seien¹⁰⁸. Dabei wäre aber insbesondere dann eine gleichwertige Gestaltung nicht möglich, wenn es den einzelnen Mitgliedstaaten anheim stehen würde, darüber hinausgehende Bestimmungen zu treffen.

Zusätzlich hat der EuGH auf die vierte und fünfte Begründungserwägung zur 11. Richtlinie verweisen, da hierin betont werde, dass unterschiedliche Rechtsvorschriften in den einzelnen Mitgliedstaaten, insbesondere im Bereich der Offenlegung, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit störe¹⁰⁹.

Abschließend argumentiert der Gerichtshof mit der Formulierung des Art. 2 I, II der 11. Richtlinie. Dabei würden nämlich in Absatz I die zwingend zu fordernden Offenlegungspflichten angeführt, wohingegen Absatz II eine Aufzählung fakultativer Offenlegungsmaßnahmen enthalte. Damit mache die Wortwahl des Absatzes II nur Sinn, wenn die Richtlinie grundsätzlich als abschließend zu verstehen sei¹¹⁰.

(2) Einzelne Bestimmungen der 11. Richtlinie

Nachdem nun auf die abschließende Wirkung der 11. Richtlinie eingegangen worden ist, werden nachfolgend einzelne Bestimmungen der Richtlinie näher erläutert. Hierfür wird unter a) auf Art. 2, unter b) auf Art. 6 und unter c) auf Art. 12 der 11. Richtlinie eingegangen.

a) Art. 2

Dabei werden in Art. 2 der 11. Richtlinie diejenigen Umstände aufgezählt, deren Offenlegung ein Zuzugsstaat von der sich niederlassenden Gesellschaft verlangen kann. Allerdings ist insofern zwischen den in Absatz I und Absatz II aufgeführten Tatsachen zu differenzieren als der Zuzugsstaat gem. Art. 2 I der 11. Richtlinie dazu verpflichtet ist, die Offenlegung der in diesem Absatz angeführten Umstände zu verlangen, wohingegen er über die Offenlegung der in Absatz II enthaltenen Faktoren frei entscheiden kann.

Hierbei muss nach Art. 2 I u.a. die Anschrift und die Tätigkeit der Zweigniederlassung, der Register, bei dem die nach Art. 3 der Richtlinie 68/151/EWG¹¹¹ bezeichneten Akten der Gesellschaft angelegt sind, sowie die Nummer der Eintragung in diesem Register offen gelegt werden. Dahingegen kann nach Art. 2 II u.a. die Offenlegung der Unterschrift der in Art. 2 I e, f bezeichneten Personen sowie des Errichtungsakts verlangt werden.

Allerdings kann ein Mitgliedstaat auf Grund der abschließenden Wirkung der Zweigniederlassungsrichtlinie keine über Art. 2 der Zweigniederlassungsrichtlinie hinausgehenden Pflichten für die zuziehende Gesellschaft aufstellen.

b) Art. 6

Des Weiteren enthält Art. 6 der 11. Richtlinie Bestimmungen darüber, welche Tatsachen eine Gesellschaft auf Geschäftsbriefen und Bestellscheinen offen zu legen hat.

Damit müssen die Mitgliedstaaten, d.h. vorliegend Deutschland, die zuziehenden Gesellschaften, d.h. die englische Limited, dazu verpflichten, dass sie – neben den Anforderungen in Art. 4 der

¹⁰⁸ Erster Erwägungsgrund zur 11. Richtlinie; Entscheidungsbegründung zu Inspire Art Rn. 67.

¹⁰⁹ Siehe Entscheidungsbegründung zu Inspire Art Rn. 68.

¹¹⁰ Siehe Entscheidungsbegründung zu Inspire Art Rn. 70.

¹¹¹ Amtsblatt Nr. L 065 vom 14/3/1968 S. 0008- 0012.

ersten Richtlinie 68/151/EWG¹¹² – auf Geschäftsbriefen und Bestellscheinen das Register bezeichnen, bei dem die Akte¹¹³ für die Zweigniederlassung angelegt worden ist und die Nummer der Eintragung in diesem Register angeben.

c) Art. 12

Darüber hinaus werden die Mitgliedstaaten durch Art. 12 der 11. Richtlinie dazu verpflichtet, u.a.¹¹⁴ für den Fall des Unterbleibens der vorgenannten Offenlegungspflichten geeignete Maßnahmen anzudrohen.

Allerdings sind die Mitgliedstaaten diesbezüglich in ihrer Gestaltung nicht völlig frei, sondern gem. Art. 10 EG verpflichtet, alle notwendigen und geeigneten Maßnahmen zu treffen, die für die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts erforderlich sind. Dabei müssen Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln geahndet werden wie nach Art und Schwere gleiche Verstöße gegen nationales Recht. Ferner müssen Sanktionen stets wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein¹¹⁵. Folglich muss Deutschland in seinem nationalen Recht geeignete Schritte vorsehen, um die Durchsetzung der vorgenannten Offenlegungspflichten gewährleisten zu können.

Insofern werden jedoch in Deutschland unterschiedliche Ansichten zur Durchsetzung/Sanktion einer unterbliebenen Eintragung¹¹⁶ einer ausländischen Zweigniederlassung im Handelsregister diskutiert. Dabei reichen die einzelnen Auffassungen von einer analogen Anwendung des § 11 II GmbHG bis zur entsprechenden Anwendung des § 14 HGB¹¹⁷. Des Weiteren herrscht auch hinsichtlich der Sicherstellung der erforderlichen Angaben auf Briefen und Bestellscheinen Streit. Allerdings ist an dieser Stelle nur auf die in Deutschland bestehende Problematik hinzuweisen, da eine ausführliche Auseinandersetzung mit dieser Thematik erst in den Kapiteln VII 1) (1) und VII 1) (2) erfolgen wird.

2) Verordnungen

Im Anschluss an die Besprechung der Zweigniederlassungsrichtlinie wird nun unter (1) ein Überblick über die EuGVVO (Verordnung über die Zuständigkeit und die Anerkennung von Vollstreckung) und unter (2) über die EuInsVO (europäische Insolvenzverordnung) vermittelt.

(1) EuGVVO

Dabei kann gerade die EuGVVO bei der Entscheidung eines Gesellschaftsgründers zwischen einer in- und einer ausländischen Rechtsform von erheblicher Bedeutung sein. Dies ergibt sich daraus, dass die vorgenannte Verordnung grundlegende Fragen hinsichtlich der gerichtlichen Zuständigkeit bei einer ausländischen Gesellschaftsform behandelt¹¹⁸ und insbesondere der Ort,

¹¹² Siehe Amtsblatt Nr. L 065 vom 14/3/1968 S. 008- 0012.

¹¹³ Bezüglich der Akte siehe Art. 3 der 1. Richtlinie 68/151/EWG.

¹¹⁴ Die Verpflichtung aus Art. 12 der 11. Richtlinie bezieht sich daneben auch auf die Durchsetzung der aus den Art. 1, 3, 7, 8, 9, 10 folgenden Offenlegungspflichten.

¹¹⁵ Siehe Entscheidungsgründe zu Inspire Art Rn. 62; EuGH Slg. 1989, 2965 Rn. 23 f (Kommission/Griechenland).

¹¹⁶ Zu den Eintragungspflichten siehe §§ 13d ff HGB.

¹¹⁷ Süß DNotZ 2005, 180 ff; Wachter DStR 2005, 1817 ff; Lehmann NZG 2005, 580 ff.

¹¹⁸ Insofern kann zwischen der internationalen und der örtlichen Zuständigkeit differenziert werden, wobei sich die örtliche Zuständigkeit nach dem nationalen Recht und damit vorwiegend nach der ZPO richtet. Insofern kommt dem § 17 ZPO eine maßgebliche Rolle zu. Danach ist gemäß § 17 I 1 ZPO für die örtliche Zuständigkeit der Satzungssitz und bei Fehlen eines solchen gemäß § 17 I 2 ZPO der Verwaltungssitz entscheidend. Jedoch muss diesbezüglich

an dem auftretende Rechtsstreitigkeiten ausgetragen werden müssen, einen erheblichen Einfluss auf den jeweiligen Zeit- und Kostenaufwand bei der Durchsetzung eines Anspruches nehmen wird¹¹⁹. Folglich wird auch die Attraktivität einer englischen Limited davon abhängen, in welchem Land bestehende Forderungen geltend gemacht werden müssen.

Damit wird bei der nachfolgenden Besprechung der internationalen Zuständigkeit zunächst unter a) auf die allgemeine internationale Zuständigkeit, unter b) auf die ausschließliche internationale Zuständigkeit, unter c) auf die Gerichtsstandsvereinbarungen und unter d) auf die Schiedsklauseln eingegangen werden.

a) Allgemeine internationale Zuständigkeit

Dabei ist für die allgemeine internationale Zuständigkeit Art. 2 EuGVVO, der für juristische Personen durch den Art. 60 EuGVVO ergänzt wird, maßgeblich.

Damit ist gemäß Art. 2 I EuGVVO das Gericht des Ortes allgemein international zuständig, an dem die betreffende Person ihren Wohnsitz hat¹²⁰. Dieser richtet sich bei einer juristischen Person nach Art. 60 EuGVVO. Danach kann gemäß Art. 60 I EuGVVO alternativ zwischen dem satzungsmäßigen Sitz, der Hauptverwaltung oder der Hauptniederlassung gewählt werden. Ferner wird durch Art. 60 II EuGVVO für das Vereinigte Königreich und Irland und damit für die englische Limited der satzungsmäßige Sitz konkretisiert. Dieser soll sich danach entweder am registered office, oder, bei dem Fehlen eines solchen, am place of incorporation, d.h. am Ort des companies house, oder an dem Ort, nach dessen Recht die Gründung erfolgt ist, befinden.

Folglich besteht für den Kläger bei einer Klage gegen eine in Deutschland niedergelassene englische Limited, die am allgemeinen Gerichtsstand der Gesellschaft ausgetragen werden kann, eine Wahlmöglichkeit zwischen dem Land, in dem die Verwaltung der Gesellschaft erfolgt und dem, in dem die Gesellschaft gegründet worden ist. Damit ist eine in Deutschland niedergelassene englische Limited entweder in Deutschland oder in England zu verklagen.

b) Ausschließliche internationale Zuständigkeit

Des Weiteren bestehen neben der allgemeinen auch ausschließliche internationale Zuständigkeiten. Solche sind beispielsweise in Art. 22 Nr. 2, 3 EuGVVO bei Register- und zum Teil auch bei Binnenstreitigkeiten in der Gesellschaft geregelt.

Dabei ist gem. Art. 22 Nr. 3 EuGVVO bei Registerstreitigkeiten der Mitgliedstaat ausschließlich zuständig, in dem das öffentliche Register geführt wird. Das heißt Streitigkeiten über die Eintragung einer englischen Limited in das Register des companies house müssen in England ausgetragen werden, wohingegen solche, die sich aus der deutschen Handelsregistereintragung ergeben, in Deutschland zu klären sind. Damit können Registerstreitigkeiten, wenn sie sich aus der Eintragung in das englische Register ergeben, mit einem erheblichen Zeit- und Kostenaufwand verbunden sein.

eine berichtigende Auslegung vorgenommen werden, da anderenfalls, trotz der internationalen Zuständigkeit des Staats des Verwaltungssitzes, bei Vorliegen eines Satzungssitzes in dem Staat des Verwaltungssitzes kein Gerichtsstand begründet wäre. Folglich kann nur ein solcher Gerichtsstand einschlägig sein, der in dem Land der internationalen Zuständigkeit liegt.

¹¹⁹ Siehe zur EuGVVO: Zöllner GmbHHR 2006, 1 ff, Wagner in Lutter, S. 223; Lehmann, GmbHHR 2005, 978 ff; Schillig IPRax 2005, 117 ff; Kessler/Eicke DStR 2005, 2101 ff.

¹²⁰ Vgl. hierzu m.w.N BayObLG, Beschl. v. 3.8.2005 – 1 Z AR 147/05; Altmeyden/Wilhelm DB 2004, 1083 ff.

Ferner sind Auseinandersetzungen, welche die Gültigkeit, Nichtigkeit oder Auflösung einer Gesellschaft sowie die Gültigkeit von Beschlüssen ihrer Organe betreffen, in dem Mitgliedstaat auszutragen, in dem die Gesellschaft ihren Sitz hat. Dabei ist der Gesellschaftssitz gem. Art. 22 Nr. 2 S. 2 EuGVVO nach dem jeweiligen internationalen Privatrecht zu bestimmen. Damit befindet sich unter Anwendung der Gründungstheorie – von deren Geltung auf Grund der EuGH-Rechtsprechung auszugehen ist (siehe hierzu die folgenden Kapitel VI 2), 3), 4)) – der Sitz einer englischen Limited in deren Gründungsstaat und damit in England. Folglich müssen Binnenstreitigkeiten einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited ausschließlich in England ausgetragen werden. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass Streitigkeiten, die Beschlüsse in einer Gesellschafterversammlung zum Gegenstand haben und bei einer deutschen Kapitalgesellschaft zu einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage führen, vielfach vorkommen. Folglich sind die damit einhergehenden Nachteile, d.h. insbesondere der Zeit- und Kostenaufwand, für die Gesellschafter einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited durchaus beachtlich.

c) Zuständigkeitsvereinbarung

Allerdings sind auch gem. Art. 23 EuGVVO Zuständigkeitsvereinbarungen möglich. Jedoch muss ein solches Vorgehen gemäß Art. 23 V EuGVVO dann ausscheiden, wenn eine gesetzlich vorgeschriebene ausschließliche Zuständigkeit besteht. Das heißt in den vorgenannten Fällen hat eine in Deutschland niedergelassene englische Limited ihre Streitigkeiten in England austragen.

d) Schiedsklausel

Jedoch kann durch die Vereinbarung einer Schiedsklausel (§§ 1025ff ZPO) erreicht werden, dass z.B. Binnenstreitigkeiten, trotz der in Art. 22 Nr. 2 EuGVVO festgesetzten ausschließlichen Zuständigkeit, in einem anderen als in Art. 22 Nr. 2 EuGVVO vorgesehenem Land ausgetragen werden, da Schiedsvereinbarungen grundsätzlich neben einer ausschließlichen Zuständigkeit möglich sind.

Allerdings wird in Deutschland durch den BGH¹²¹ die Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten bezweifelt. Folglich bleibt den Gesellschaftern einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited nur die Möglichkeit bei Beschlussmängelstreitigkeiten als Schiedsort beispielsweise Österreich zu vereinbaren, um damit die Austragung der entsprechenden Streitigkeiten vor dem international zuständigen Gericht und damit England zu vermeiden. Allerdings wird auch die Beilegung der jeweiligen Streitigkeit in einem Nachbarland mit Nachteilen für die Gesellschafter verbunden sein.

(2) EuInsVO

Ferner ist die EuInsVO für eine in Deutschland niedergelassene insolvente englische Limited von erheblicher Bedeutung. Dabei ist es das Ziel der europäischen Insolvenzverordnung¹²², grenzüberschreitende Insolvenzen zu koordinieren¹²³ und die Verlagerung von

¹²¹ BGH v. 29.3.1996 – II ZR 124/94.

¹²² Verordnung Nr. 1346/2000. Abgedruckt im Schönfelder Ergänzungsband Nr. 110b. Die Verordnung ist am 31.05.2002 in Kraft getreten und gilt für alle Mitgliedstaaten außer Dänemark. Deutschland hat in den §§ 335 ff ein eigenes autonomes internationales Insolvenzrecht. Diese Regelungen laufen weitgehend parallel mit der EuInsVO. Das deutsche internationale Insolvenzrecht kann ansonsten grundsätzlich nur dann zur Anwendung gelangen, wenn die EuInsVO keine bzw. keine abweichenden Regelungen enthält.

¹²³ Siehe zur Nachtragsliquidation des inländischen Vermögens einer englischen Kapitalgesellschaft Knütel RIW 2004, 503 ff; siehe zur Anerkennung eines ausländischen Hauptinsolvenzverfahrens, zum Verstoß gegen den ordre-public-Vorbehalt, zum COMI und zur Erschwerung der Flucht deutscher Unternehmen ins englische Insolvenzrecht

Vermögensgegenständen und Rechtsstreitigkeiten in andere Mitgliedstaaten (forum shopping) zu verhindern¹²⁴. Allerdings enthält die Verordnung kein materiell vereinheitlichtes Recht, sondern umfasst lediglich Bestimmungen, in welchem Mitgliedstaat das Insolvenzverfahren zu eröffnen ist und damit welche nationalen Vorschriften in der Insolvenz zur Anwendung gelangen müssen. Des Weiteren wird die Anerkennung von Insolvenzverfahren geregelt¹²⁵.

a) Insolvenzeröffnung

Insofern wird nach Art. 3 EuInsVO das für die Insolvenzverfahrenseröffnung international zuständige Gericht bestimmt¹²⁶.

Dabei ist gemäß Art. 3 I 1 EuInsVO das Gericht desjenigen Mitgliedstaates international zuständig, in dem der Schuldner den Mittelpunkt seines hauptsächlichen Interesses hat¹²⁷. Diesbetreffend besteht gem. Art. 3 I 2 EuInsVO für Gesellschaften und juristische Personen eine widerlegliche Vermutung zu Gunsten des Ortes, an dem sich der satzungsmäßige Sitz der Gesellschaft/juristischen Person befindet. Danach müsste bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited mit Satzungssitz in England das Verfahren in England eröffnet werden.

Allerdings muss die Vermutung des Art. 3 I 1 EuInsVO dann als widerlegt betrachtet werden, wenn eine Gesellschaft ihren Verwaltungssitz nicht in dem Mitgliedstaat hat, in dem sich ihr Satzungssitz befindet, und sie sämtliche wirtschaftlichen Aktivitäten vom Verwaltungssitz aus betreibt. In einem solchen Fall wird die Gesellschaft den Mittelpunkt ihres hauptsächlichen Interesses in dem Staat des Verwaltungs- und nicht des Satzungssitzes haben¹²⁸.

Folglich wird bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited, die in Deutschland hauptsächlich/ausschließlich wirtschaftlich aktiv wird, in der Regel das Insolvenzverfahren durch ein deutsches Gericht eröffnet werden.

AG Nürnber, Beschl. v. 15.8.2006 – 8004 IN 1326 – 1331/06; Duursma-Kepplinger EWiR 2007, 81 f; Paulus EWiR 2007, 175 f; Ballmann BB 2007, 1121 ff; siehe zu den Zuständigkeitsfragen nach der Europäischen Insolvenzordnung Paulus ZIP 2003, 1725 ff.

¹²⁴ Erwägungsgründe 2, 3, 4 der Verordnung.

¹²⁵ Siehe hierzu z.B. Lanzius, S. 209 ff; Müller NZG 2003, 414 ff; Paulus RabelsZ 70 (2006), 458 ff; Weller ZHR 169 (2005), 570 ff; Schilling DZWIR 2005, 143 ff; dabei geht Schilling ausführlich auf das englische Insolvenzeröffnungsverfahren im Anwendungsbereich der EuInsVO ein und vergleicht dieses mit dem deutschen Insolvenzeröffnungsverfahren.

¹²⁶ Hierzu u.a. Walterscheid DZWIR 2006, 95 ff; Duursma-Kepplinger DZWIR 2006, 177 ff; Zerres DZWIR 2006, 356 ff; Lieder DZWIR 2005, 399 ff.

¹²⁷ Hierzu Grundsatzentscheidung des EuGH, Urteil vom 2.5.2006 – Rs. C-341/04, Eurofood IFSC Ltd; hierzu auch Mankowski BB 2006, 1753 ff; Freitag/Leible RIW 2006, 641 ff; Paulus NZG 2006, 609 ff; Paulus RabelsZ 70 (2006), 458 ff; Duursma-Kepplinger DZWIR 2006, 177 ff; Smid DZWIR 2006, 325 ff; zur internationalen Zuständigkeit für insolvenzrechtliche Anfechtungsklagen Thole ZIP 2006, 1383 ff; zum Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen einer Limited bei Einstellung der werbenden Tätigkeit SG Hamburg, Beschl. v. 1.12.2005 - 67 a IN 450/05; AG Hamburg, Beschl. v. 1.12.2005 – 67a IN 450/05 (rechtskräftig); Herweg/Tschauener EWiR 2006, 169 f; Danach bleibt für den Fall einer ausschließlich in Deutschland tätigen englischen Limited das deutsche Insolvenzgericht auch dann für die Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens i.S.d. Art. 3 I EuInsVO international zuständig, wenn die werbende Tätigkeit vor Insolvenzantragsstellung vollständig eingestellt wird.

¹²⁸ Zur Verlegung des Mittelpunkts des hauptsächlichen Interesses des Schuldners nach Stellung des Insolvenzeröffnungsantrags aber vor der Entscheidung über die Eröffnung: BGH, Beschl. v. 9.2.2006 – IX ZB 418/2; EuGH, Urt. v. 17.1.2006 – Rs. C-1/04 (Susanne Staubitz-Schreiber); Kindler IPRax 2006, 114 ff; Vogel EWiR 2006, 141 f; Duursma-Kepplinger DZWIR 2006, 177 ff; Das Gericht der Antragsstellung bleibt trotz Verlegung des Mittelpunkts des hauptsächlichen Interesses weiterhin für die Entscheidung über die Insolvenzeröffnung zuständig.

b) Anzuwendendes Insolvenzrecht

Des Weiteren kann Art. 4 EuInsVO entnommen werden, welches Recht für das Insolvenzverfahren einschlägig ist¹²⁹.

Danach findet gemäß Art. 4 I grundsätzlich das Insolvenzrecht desjenigen Mitgliedstaates Anwendung, in dem das Verfahren eröffnet worden ist (lex fori concursus). Diesem sind gem. Art. 4 II 1 EuInsVO die Voraussetzungen für die Eröffnung, Durchführung und Beendigung des Insolvenzverfahrens zu entnehmen. Ferner enthält Art. 4 II 2 EuInsVO einen – nicht abschließenden – Beispielkatalog, welche Maßnahmen nach dem einschlägigen Insolvenzrecht geregelt werden.

Damit wird bei einer in Deutschland niedergelassenen insolventen englischen Limited in der Regel das deutsche Insolvenzrecht Geltung beanspruchen können¹³⁰.

c) Probleme im Zusammenhang mit der Anwendung des deutschen Insolvenzrechts

Allerdings kann die Anwendung des deutschen Insolvenzrechts auf eine im Inland niedergelassene englische Limited zu einer Vielzahl schwieriger Fragen führen. Hierbei sind insbesondere zwei Problemkonstellationen anzusprechen, die an dieser Stelle nur kurz vorgestellt werden, da sie im Rahmen des folgenden Kapitels VII 3) ausführlich diskutiert werden.

(a) Verknüpfung des deutschen Insolvenz- und Gesellschaftsrechts

Insofern ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sich aus einer teilweise bestehenden Verknüpfung des deutschen Insolvenzrechts mit dem deutschen Gesellschaftsrecht Schwierigkeiten ergeben können.

Dabei besteht eine solche Verbindung beispielsweise bei § 135 InsO. Dieser beschäftigt sich mit kapitalersetzenden Darlehen, die allerdings in §§ 32 a, b GmbHG¹³¹ ausführlich geregelt sind. Daraus ergibt sich das Problem, nach welchem Recht die Vorfrage nach dem eigenkapitalersetzenden Charakter eines Darlehens zu beantworten ist. Hierbei ist sowohl die Anwendung des deutschen als auch des englischen Rechts denkbar, da sich das Insolvenzrecht nach deutschem, dafür aber das Gesellschaftsrecht nach englischem Recht richtet.

(b) Entstehung von Schutzlücken

Ferner können sich auch aus dem Umstand, dass in den Mitgliedstaaten einzelne Rechtsfragen teilweise in unterschiedlichen Rechtsgebieten (z.B. Insolvenz-/Gesellschaftsrecht) einer Lösung zugeführt werden, Probleme ergeben, da die Kombination mehrerer Rechtsordnungen zur Entstehung von Schutzlücken führen kann.

Dabei ist beispielsweise auf eine in Deutschland niedergelassene insolvente englische Limited, die ausschließlich in Deutschland wirtschaftlich aktiv war, wegen der EuInsVO deutsches

¹²⁹ Hierzu u.a. Walterscheid DZWIR 2006, 95 ff; Zerres DZWIR 2006, 356 ff; Paulus RabelsZ 70 (2006), 458 ff; Lieder DZWIR 2005, 399 ff.

¹³⁰ Siehe hierzu Flitsch NZG 2006, 1805 ff und Wellensiek BB 2006, Heft 34, Die Erste Seite zum Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des deutschen Insolvenzverfahrens.

¹³¹ Allerdings sind hinsichtlich der Verortung der §§ 32a, b GmbHG durch den Referentenentwurf zum MoMiG dahingehende Änderungen vorgesehen, dass diese Regelungen – inhaltlich modifiziert – in das Insolvenzrecht übergeführt werden sollen. Hierzu Näherer in Kapitel VII zum MoMiG. Hierin wird insbesondere auf das Problem eingegangen, dass allein eine neue Verortung der vorgenannten Regelungen noch nicht dazu geeignet ist, sämtliche im Zusammenhang mit einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft (d.h. Gesellschaft aus einem anderen EU-Mitgliedstaat) bestehenden Probleme zu beheben.

Insolvenzrecht und auf Grund der Gründungstheorie (hierzu unter Kapitel VI) englisches Gesellschaftsrecht anzuwenden. Werden nun aber in England Probleme über das Insolvenzrecht erfasst, die in Deutschland im Gesellschaftsrecht geregelt werden, wird die vorgenannte Kombination aus englischem Gesellschaftsrecht und deutschem Insolvenzrecht zwangsläufig zur Entstehung von Schutzlücken führen.

IV. Internationales Gesellschaftsrecht

Im Anschluss an die Besprechung des primären und sekundären Europarechts soll nun auf das internationale Gesellschaftsrecht, das Teil des nationalen Rechts ist, eingegangen werden¹³². Dabei hat das internationale Gesellschaftsrecht die Aufgabe, die auf eine EU-Auslandsgesellschaft¹³³ – und damit auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited – anzuwendende Rechtsordnung zu ermitteln.

Allerdings hat bei einem grenzüberschreitenden Sachverhalt die Bestimmung der maßgeblichen Rechtsordnung nur dann nach dem internationalem Privatrecht/Gesellschaftsrecht zu erfolgen, wenn der entsprechende Bereich nicht durch gemäß Art. 3 II EGBGB vorrangige völkerrechtliche Vereinbarungen¹³⁴ oder durch materielles Einheitsrecht geregelt worden ist¹³⁵. Da dies jedoch bei der Sitzverlegung einer Gesellschaft von einem Mitgliedstaat in einen anderen nicht der Fall ist, muss die einschlägige Rechtsordnung nach dem internationalen Gesellschaftsrecht ermittelt werden.

Insofern existiert jedoch in Deutschland kein geschriebenes Recht, so dass auf Gewohnheitsrecht zurückgegriffen werden muss. Dieser Umstand führt dazu, dass eine Vielzahl unterschiedlicher Theorien vertreten werden, wobei die Praxis lange Zeit durch zwei Strömungen, nämlich die Sitz- und die Gründungstheorie, beherrscht worden ist. Dabei sind die kontinental europäischen Staaten (insbesondere Deutschland) vorwiegend der Sitztheorie gefolgt, wohingegen der angloamerikanische Rechtsraum (u.a. England) von der Gründungstheorie geprägt war. Die daneben bestehenden zahlreichen Unterformen und Abwandlungen der Sitz- und Gründungstheorie konnten in der Vergangenheit keine entscheidende Rolle spielen. Diese Situation hat sich zwar auf Grund der jüngeren EuGH-Urteile in den Rechtssachen Centros, Überseering und Inspire Art (hierzu ausführlich unter Kapitel VI) deutlich zu Gunsten der vermittelnden Theorien verbessert, dennoch muss infolge der Entscheidung Inspire Art (hierzu Kapitel VI 4)) die Gründungstheorie als die heute prägende Theorie eingestuft werden.

Damit wird sich die nachfolgende Besprechung auf die beiden großen international gesellschaftsrechtlichen Theorien, die 1) Sitztheorie und die 2) Gründungstheorie, konzentrieren. Hinsichtlich der vermittelnden Theorien wird u.a. auf die Vorschläge von Behrens¹³⁶, Grothe¹³⁷, Sandrock¹³⁸, Grasman¹³⁹, Moser¹⁴⁰, Staehelin¹⁴¹, Wiedmann¹⁴², Zimmer¹⁴³, Beitzke¹⁴⁴, von

¹³² Vgl. hierzu m.w.N. Bungert RIW 1995, 489 ff; Hofmeister WM 2007, 868 ff.

¹³³ Unter EU-Auslandsgesellschaft sollen diejenigen Gesellschaften verstanden werden, die aus einem anderen EU-Mitgliedstaat stammen.

¹³⁴ Im Jahre 1968 wurde der Versuch unternommen, auf der Grundlage des Art. 293 EG (damals 220 EG) ein EWG-Übereinkommen im Bereich des internationalen Gesellschaftsrechts zu schließen (siehe zum Gesetzeswortlaut BGBl. 1972 II, S. 370). Dabei ging es um die gegenseitige Anerkennung von juristischen Personen und Gesellschaften. Dies sollte über die Möglichkeit einer Kombination von Gründungs- und Sitztheorie erreicht werden. Das Übereinkommen scheiterte an der fehlenden Ratifizierung durch die Niederlande und ist folglich nicht in Kraft getreten. Der Vorentwurf für eine 14. gesellschaftsrechtliche Richtlinie, welche die Sitzverlegung regeln sollte, ist nicht umgesetzt worden und in der damaligen Ausgestaltung bereits durch die EuGH-Rechtsprechung überholt. Siehe zur 14. Richtlinie: Text abgedruckt in ZGR 1999, 159 ff; Di Marco ZGR 1999, 3 ff; Meilicke GmbH 1998, 1053 ff; Neye ZGR 1999, 13 ff; Schmidt ZGR 1999, 20 ff.

¹³⁵ Zur Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums Mansel ReblsZ 70 (2006), 651 ff.

¹³⁶ Behrens in Hachenburg Allg. Einl. Rn. 125 ff.

¹³⁷ Grothe, S. 125 ff.

¹³⁸ Sandrock BerDtGesVR 18 (1978), 169 ff; Sandrock-Austermann RIW 1989, 249 ff.

¹³⁹ Grasman, S. 977 ff.

¹⁴⁰ Moser, S. 283 ff.

¹⁴¹ Staehelin, S. 59.

Halen¹⁴⁵ und Höfling¹⁴⁶ verwiesen. Jedoch wird eine eigene Darstellung unterbleiben, da aus der Besprechung des EuGH-Urteils in Kapitel VI und hierbei insbesondere aus der Entscheidung Inspire Art (Kapitel VI 4) hervorgehen wird, dass letztlich zur Wahrung der Europarechtskonformität auf eine nach Deutschland zuziehende englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft die Gründungstheorie angewendet werden muss.

Allerdings kann allein aus der Geltung der Gründungstheorie nicht abschließend gefolgert werden, dass nicht in Ausnahmefällen deutsches Recht neben dem englischen Gesellschaftsrecht zur Geltung gelangen kann. Hierauf wird in Abschnitt 3) eingegangen.

1) Sitztheorie

Damit wird nachfolgend zunächst auf die Sitztheorie eingegangen. Zwar kann diese Theorie auf Grund der neueren EuGH-Rechtsprechung (hierzu Kapitel VI) nicht mehr auf eine nach Deutschland zuziehende EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited angewendet werden. Dennoch soll die Sitztheorie inhaltlich kurz erläutert werden, da hierüber das deutsche Rechtsverständnis bezüglich des Umgangs mit zuziehenden Auslandsgesellschaften verdeutlicht werden kann und damit die gegenwärtigen Probleme im Umgang mit EU-Auslandsgesellschaften offensichtlich werden.

(1) Ermittlung des Gesellschaftsstatuts

Dabei war in Deutschland die Sitztheorie¹⁴⁷ lange Zeit – d.h. zumindest bis zur Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Centros aus dem Jahre 1999 (hierzu unter VI 2)) – die vorherrschende und nahezu einhellig befürwortete international gesellschaftsrechtliche Theorie. Nach dieser richtete sich die auf eine Gesellschaft anzuwendende Rechtsordnung danach, in welchem Land die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz begründet hatte.

Damit wäre unter Zugrundelegung der Sitztheorie bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited mit Verwaltungssitz im Inland das deutsche Gesellschaftsrecht einschlägig gewesen und die Gesellschaft hätte sich vollständig hieran messen lassen müssen.

Diese Rechtsfolge der Sitztheorie hat dazu geführt, dass es in Deutschland grundsätzlich keine gesonderten Schutzbestimmungen für den Zuzug ausländischer Gesellschaftsformen gibt, da die ausländische Gesellschaft unter der Geltung der Sitztheorie ohnehin vollständig dem inländischen Recht unterworfen worden wäre und die nationalen Schutzinteressen hierin Berücksichtigung gefunden hätten.

(2) Stellungnahme

Allerdings muss heute die Sitztheorie – auch wenn sie durchaus positive Seiten aufweisen kann¹⁴⁸ – auf Grund ihrer Unvereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit abgelehnt werden (hierzu ausführlich unter Kapitel VI 2), 3), 4))¹⁴⁹.

¹⁴² Wiedemann in FS für Kegel, S. 197 ff.

¹⁴³ Zimmer, S. 232 ff.

¹⁴⁴ Beitzke, S. 94 ff.

¹⁴⁵ von Halen, S. 233 ff.

¹⁴⁶ Höfling, S. 242 ff.

¹⁴⁷ Kindler in MüKo/BGB, IntGesR, Einleitung, Rn. 263, 312; von Hoffmann/Thorn, S. 289 Rn. 24.

¹⁴⁸ Für die Anwendung der Sitztheorie u.a. Kindler in MüKo/BGB, IntGesR, Einleitung, Rn. 313 f; von Hoffmann/Thorn, S. 290 Rn. 24; Looschelders, Anh. zu Art. 10 EGBGB Rn. 8; Großfeld in Staudinger

Unter der Geltung der Sitztheorie wird die Mobilität einer Gesellschaft erheblich erschwert und eine grenzüberschreitende Sitzverlegung ist nur unter größtem Aufwand möglich. Dabei hat sich der EuGH in seinen Entscheidungen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* eindeutig zu Gunsten der Niederlassungsfreiheit, die einen Grundpfeiler des EG-Vertrags darstellt, geäußert (hierzu ausführlich unter Kapitel VI). Dadurch sind etliche durch die Sitztheorie hervorgerufenen Rechtsfolgen wie z.B. die Verweigerung der Anerkennung der Rechtsfähigkeit oder die Anwendung der inländischen Mindestkapitalvorschriften (Näheres hierzu im Rahmen der jeweiligen Urteilsbesprechungen) nicht mehr mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar. Der EuGH hat sich in seinen Entscheidungen zwar nicht mit dem Kollisionsrecht sondern mit dem hierüber ermitteltem Sachrecht beschäftigt, jedoch ist ein Rückschluss auf das Kollisionsrecht unumgänglich. Damit müsste die Sitztheorie, um keine europarechtswidrigen Rechtsfolgen hervorzurufen, in so vielen Punkten verändert werden, dass von ihrem ursprünglichen Gehalt nahezu nichts mehr übrig bleiben würde.

Ferner sind gegen die Sitztheorie – eventuell auftretende – Probleme bei der Bestimmung des tatsächlichen Verwaltungssitzes anzuführen. Dabei versteht man unter dem tatsächlichen Verwaltungssitz den Ort, an dem die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden¹⁵⁰. Hierfür ist der Tätigkeitsort der für das Tagesgeschäft zuständigen Mitglieder des Verwaltungsorgans maßgeblich. Eine Anknüpfung an die Betriebs- oder Produktionsstätte scheidet aus, denn hier werden die unternehmerischen Entscheidungen nicht getroffen, sondern nur umgesetzt¹⁵¹. Allerdings ist gerade für Dritte der Verwaltungssitz oftmals schwer zu bestimmen. Dies ergibt sich u.a. daraus, dass die Gesellschafter die Gesellschafterbeschlüsse abwechselnd in verschiedenen Ländern fassen bzw. den Verwaltungssitz periodisch wechseln können. Als Beispiel sei nur der – ehemalige – Unternehmenszusammenschluss der Daimler-Benz AG mit der Chrysler-Corporation erwähnt. In dem Vertrag über den Zusammenschluss werden zwei Hauptverwaltungen, nämlich in Deutschland und den USA angeführt¹⁵².

Damit ist aus den vorgenannten Gründen die Anwendung der Sitztheorie auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited abzulehnen (hierzu Näheres auch im Rahmen der Besprechung der EuGH-Entscheidungen in Kapitel VI). Diese Tatsache führt zu dem bereits oben geschilderten Problem, dass die deutsche Rechtsordnung in Bezug auf den Umgang mit zuziehenden ausländischer Gesellschaften – vorliegend der englischen Limited – nicht

EGBGB/IPR, IntGes Rn. 21, 41 f; Kropholler, S. 25; Lanzius, S. 27 ff. Dabei werden für die Geltung der Sitztheorie folgende Argumente angeführt: Zunächst werde dem Schutzinteresse des am meisten betroffenen Staates optimal Rechnung getragen, indem seine Rechtsordnung zur Anwendung gelangt. Dadurch ist es diesem Mitgliedsland möglich, eine Art Wächteramt über die in seinem Hoheitsgebiet ansässigen Gesellschaften auszuüben. Darüber hinaus gelangt das sachnächste Recht zur Anwendung, wodurch die Einfachheit und Effizienz gefördert wird. Auf Grund der einheitlichen Anwendung inländischen Rechts können Wettbewerbsverzerrungen zwischen in- und ausländischen Gesellschaften verhindert werden. Die Schutzinteressen der Gläubiger, Arbeitnehmer und Minderheitengesellschafter werden verwirklicht, da ein Ausweichen auf laxere Rechtsordnungen untersagt ist. Die Sitztheorie verhindert die Förderung der Entscheidungsfreiheit der Gründer zu Lasten Dritter und kommt dadurch dem Vertrauensschutz zugute. Zusätzlich kann ein Gleichlauf des Kollisionsrechts mit Teilen des materiellen Rechts erreicht werden. Dies beweisen etwa §§ 22, 80 BGB, Art. 28 II 1 EGBGB, § 4 a II GmbHG, § 17 I 2 ZPO, die ebenfalls auf den Verwaltungssitz abstellen. Als weiterer Punkt für die Sitztheorie wird angeführt, dass dem Gesellschaftsrecht eine entscheidende Bedeutung für die Vermögens- und Industriestruktur eines Landes zukommt. Diese wesentlichen Gestaltungsmöglichkeiten überlässt die Sitztheorie dem am stärksten betroffenen Hoheitsgebiet.

¹⁴⁹ von Hoffmann/Thorn, S. 290 Rn. 24; Großfeld in Staudinger EGBGB/IPR, IntGes Rn. 45 ff; Knobbe-Keuk ZHR 154 (1990), 325 ff.

¹⁵⁰ BGHZ 97, 269, 272; Kropholler, S. 557 f.

¹⁵¹ Lanzius, S. 30.

¹⁵² Lanzius, S. 31.

hinreichend entwickelt ist, da unter der Geltung der Sitztheorie die nationalen Schutzanliegen bereits über die Anwendung der nationalen Normen sichergestellt werden konnten. Folglich muss als Konsequenz dieser veränderten international gesellschaftsrechtlichen Situation insbesondere die Möglichkeit zur Wahrung der inländischen Schutzanliegen neu überdacht werden (hierzu ausführlich in Kapitel VII).

2) Gründungstheorie

(1) Ermittlung des Gesellschaftsstatuts

Folglich ist vor allem auf Grund der Unvereinbarkeit der Sitztheorie mit dem Europarecht näher auf die Gründungstheorie einzugehen. Dabei ist nach dieser Theorie, die traditionell im angloamerikanischen Rechtsraum Anwendung findet, das Gesellschaftsstatut nach derjenigen Rechtsordnung zu bestimmen, die am Ort der Gesellschaftsgründung einschlägig ist¹⁵³.

Demzufolge wäre eine in Deutschland niedergelassene englische Limited nach dem englischen Gesellschaftsrecht zu behandeln.

(2) Stellungnahme

Allerdings ist auch hinsichtlich der Gründungstheorie festzustellen, dass diese neben eindeutigen Vorteilen auch entscheidende Schwächen aufweist, die im Folgenden zu besprechen sind.

a) Vorteile

Dabei ist zu Gunsten der Gründungstheorie anzumerken, dass hierüber die auf die zugezogene Gesellschaft anzuwendende Rechtsordnung leicht zu bestimmen ist, da über die Errichtung einer Gesellschaft stets schriftliche Dokumente geführt werden. Dadurch wird die Rechtsklarheit und Rechtssicherheit gefördert¹⁵⁴.

Ferner kann die Gründungstheorie den Gesellschaften ein hohes Maß an Mobilität gewähren, da sie, unabhängig von ihrem momentanen Niederlassungsort, nach dem Recht ihres Gründungslandes behandelt werden müssen. Damit können sich die Gesellschaften leicht zwischen den Mitgliedstaaten bewegen¹⁵⁵.

b) Nachteile

Jedoch bringt die Gründungstheorie auch eine Reihe von Nachteilen¹⁵⁶ mit sich. Insofern ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Gründungstheorie heute¹⁵⁷ insbesondere auch von finanzschwachen Unternehmen dazu genutzt wird, den strengen Vorschriften des Heimatstaates

¹⁵³ Kindler in MüKo/BGB, IntGesR, Einleitung, Rn. 263; von Hoffmann/Thorn, S. 289 Rn. 24.

¹⁵⁴ Kindler in MüKo/BGB, IntGesR, Einleitung, Rn. 267 f; von Hoffmann/Thorn, S. 290 Rn. 24; Großfeld in Staudinger EGBGB/IPR, IntGesRn. 22.

¹⁵⁵ Kindler in MüKo/BGB, IntGesR, Einleitung, Rn. 267 f; von Hoffmann/Thorn, S. 290 Rn. 24; Großfeld in Staudinger EGBGB/IPR, IntGesRn. 22.

¹⁵⁶ Großfeld in Staudinger EGBGB/IPR, IntGesRn. 45 ff; Kindler in MüKo/BGB, IntGesR, Einleitung, Rn. 269 ff; von Hoffmann/Thorn, S. 290 Rn. 24.

¹⁵⁷ Die Gründungstheorie hatte ihren Ursprung in der Kolonialzeit und sollte es damals gerade finanzstarken Unternehmen erleichtern, ihre Anliegen in den Kolonien zu verwirklichen, indem sie ihre Rechtsordnung mitnehmen konnten. Die von den Gesellschaften ausgehenden Risiken waren dabei gering, da grundsätzlich solvente Gesellschaften von der Gründungstheorie Gebrauch gemacht haben.

zu entgehen. Damit kann die Gründungstheorie zu einer Suche nach der regelungsärmsten Rechtsordnung führen („race to the bottom“¹⁵⁸) und so die Parteiautonomie der Gründer zu Lasten Dritter stärken.

Darüber hinaus kann auf diese Art eine Rechtsordnung ausschließlich zur Anwendung gelangen, in deren Rechtsgebiet der Sachverhalt nicht hineinreicht, da es möglich ist, eine Gesellschaft in einem Hoheitsgebiet zu gründen, aber die gesamten wirtschaftlichen Tätigkeiten in einem anderen Land auszuüben. Damit bleibt unter Umständen die tatsächliche Verankerung der Gesellschaft bei ihrer rechtlichen Einordnung völlig außer Betracht.

Zusätzlich weichen die Gesellschaftsrechtsordnungen in den Mitgliedstaaten oftmals erheblich voneinander ab und sind damit nicht zwingend austauschbar. Der Import einer fremden Rechtsordnung kann damit einen erheblichen Eingriff in das System begründen und zur Entstehung von Schutzlücken führen.

c) Ergebnis

Damit ist abschließend festzustellen, dass auf Grund der nachfolgend unter Kapitel VI zu behandelnden Rechtsprechung des EuGH auf eine nach Deutschland zuziehende englische Limited grundsätzlich die Gründungstheorie anzuwenden ist. Allerdings ist wegen der vorgenannten Schwierigkeiten die uneingeschränkte Geltung der Gründungstheorie abzulehnen. Insbesondere kann bei einem kompromisslosen Eingreifen der Gründungstheorie den Schutzinteressen des Zuzugsstaates nicht immer hinreichend Rechnung getragen werden. Folglich müssen auch bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited Möglichkeiten gefunden werden, wie neben dem englischen Gesellschaftsrecht zumindest teilweise das deutsche Recht zur Anwendung gelangen kann¹⁵⁹.

3) Möglichkeiten der Anwendung nationalen Rechts

Dementsprechend werden nun allgemeine rechtliche Möglichkeiten erörtert, wie trotz Geltung der Gründungstheorie das nationale Recht zumindest in Teilbereichen zur Anwendung gelangen kann. Hierfür wird unter (1) auf den ordre-public-Vorbehalt, unter (2) auf den Rechtsmissbrauch infolge einer Gesetzesumgehung, unter (3) auf die Möglichkeiten der Einengung des Gesellschaftsstatuts und unter (4) auf die europarechtliche Rechtfertigung der Anwendung bestimmter nationaler Rechtsnormen eingegangen.

(1) Ordre-public, Art. 6 EGBGB

Insofern wird also zunächst der ordre-public-Vorbehalt des Art. 6 EGBGB¹⁶⁰ behandelt. Dabei eröffnet dieser dann eine Möglichkeit, nationales Recht auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited zur Geltung zu bringen, wenn das Ergebnis der Anwendung einer

¹⁵⁸ Dieses Thema wurde ausführlich im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsrecht der USA diskutiert und ist insofern auch als Delaware-Effekt bekannt. Das ergibt sich daraus, dass die einzelnen Staaten der USA der Gründungstheorie folgen und Delaware wohl das regelungsärmste Gesellschaftsrecht hat. Allerdings herrscht in diesem Zusammenhang keine Einigkeit, ob der Wettbewerb der Rechtsordnungen von Vor- oder von Nachteil ist. Für beide Seiten werden triftige Gründe aufgeführt. Siehe hierzu u.a.: Lanzius, S. 111 ff.

¹⁵⁹ Dennoch sehr starke Tendenzen zu Gunsten der Gründungstheorie. Insofern spricht sich das OLG Hamm, Urt. v. 26.5.2006 – 30 U 166/05 (nicht rechtskräftig) sogar teilweise für die Anwendung der Gründungstheorie auch bei dem Zuzug von Gesellschaften aus nicht EU/EWR-Staaten aus. Hierzu kritisch Wachter BB 2006, 2489 ff.

¹⁶⁰ Koppenteiner, S. 130 ff; Deville RIW 1986, 295 ff; Neumayer ZVglRWiss 83 (1984) 129 ff.

ausländischen Norm im konkreten Einzelfall¹⁶¹ durch die deutsche Rechtsordnung missbilligt wird und im krassen Widerspruch zu dem deutschen Gerechtigkeitsgefühl steht¹⁶², so dass das Eingreifen nationalen Rechts unverzichtbar erscheint¹⁶³.

Damit machen bereits die vorgenannten Voraussetzungen für das Eingreifen des ordre-public-Vorbehalts deutlich, dass die an diese Rechtsfigur gestellten Anforderungen sehr hoch sind und nur in den seltensten Fällen erfüllt sein werden.

Des Weiteren kann der Weg über den ordre-public-Vorbehalt auch deshalb nicht befriedigen, weil hierüber keine hinreichende Rechtssicherheit gewährleistet werden kann. Dies ergibt sich daraus, dass auf Grund der Notwendigkeit, auf den konkreten Einzelfall abzustellen, kein allgemein gültiges Konzept entwickelt werden kann. Darüber hinaus ist Art. 6 EGBGB als inhaltlich konkretisierungsbedürftige Generalklausel formuliert, wodurch die Rechtsunsicherheit weiter vergrößert wird¹⁶⁴.

Folglich kann zwar grundsätzlich den bei einer im Inland niedergelassenen englischen Limited bestehenden Problemen über den ordre-public-Vorbehalt entgegengetreten werden, aber auf Grund der vorgenannten Schwierigkeiten wird dieser Weg jedenfalls keine umfassend befriedigende Lösung liefern können.

(2) Rechtsmissbrauch durch Gesetzumgehung

Ferner kommt die Anwendung deutschen Rechts auf eine im Inland niedergelassene englische Limited auch dann in Betracht, wenn infolge einer Gesetzesumgehung von einem Rechtsmissbrauch der zuziehenden Gesellschaft auszugehen ist (hierzu bereits oben unter II 5) (2)).

Dabei ist dann von einer Gesetzesumgehung auszugehen, wenn die Auswahl einer ausländischen Rechtsordnung in der Absicht erfolgt, die inländischen Vorschriften zu vermeiden¹⁶⁵. Allerdings hat der EuGH in seiner Entscheidung Centros (näher hierzu unter VI 2)) selbst die bewusste Wahl einer regelungsärmeren Rechtsordnung zur Umgehung der strengeren inländischen Rechtsordnung unter den Schutz der Niederlassungsfreiheit gestellt und nicht als rechtsmissbräuchlich eingeordnet. Folglich sind kaum noch Fälle denkbar, in denen der EuGH die Umgehung einer Rechtsnorm als missbräuchlich einstufen wird, so dass hierüber die Anwendung inländischer Normen nahezu ausgeschlossen ist.

Darüber hinaus bestehen auch an der Praktikabilität der vorgenannten Rechtsfigur Zweifel, da der für eine missbräuchliche Umgehung erforderliche Nachweis einer Umgehungsabsicht nur selten zu führen sein wird¹⁶⁶.

Demzufolge ist zwar der vorgenannte Weg zur Durchsetzung der Anwendung inländischer Normen auf eine zuziehende EU-Auslandsgesellschaft grundsätzlich gangbar, jedoch wird er insbesondere auf Grund der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Centros kaum noch erfolgversprechend sein.

¹⁶¹ BGHZ 39, 173, 177; Sonnenberg in MüKo-BGB, Art. 6 EGBGB Rn. 90; Heldrich in Palandt, Art. 6 EGBGB Rn. 5.

¹⁶² Kindler in MüKo/BGB, IntGesR, Einleitung, Rn. 277 f.

¹⁶³ Lanzius, S. 119.

¹⁶⁴ Kindler in MüKo/BGB, IntGesR, Einleitung, Rn. 277 f.

¹⁶⁵ Kindler in MüKo/BGB, IntGesR, Einleitung, Rn. 282.

¹⁶⁶ Kindler in MüKo/BGB, IntGesR, Einleitung, Rn. 282.

(3) Reichweite des Gesellschaftsstatuts

Des Weiteren haben u.a. Borges¹⁶⁷ und Müller¹⁶⁸ vorgeschlagen, über eine Einengung des Gesellschaftsstatuts, welches sich auf Grund der Geltung der Gründungstheorie nach englischem Recht richtet, zu einer verstärkten Anwendung des deutschen Rechts bei einer im Inland niedergelassenen englischen Limited zu gelangen.

Hierfür sollen diejenigen Normen, welche zwar im Gesellschaftsrecht verortet sind, aber nach ihrem Sinn und Zweck auch einen Bezug zu einem anderen Statut aufweisen, aus dem Gesellschaftsstatut herausgenommen und dem anderen Statut zugeordnet werden. Richtet sich sodann das neue Statut nach deutschem Recht, könnten die jeweiligen Normen unabhängig von der Geltung der Gründungstheorie auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited zur Anwendung gelangen¹⁶⁹.

Dabei ist zu Gunsten der vorgenannten Lösung anzuführen, dass der Stellung einer Norm im Gesetzestext eine gewisse Zufälligkeit anhaften kann¹⁷⁰ und durch die statutarische Zuordnung nach dem Sinn und Zweck ein Ausgleich hierzu möglich ist.

Jedoch ist dieser Vorschlag europarechtlich nicht völlig unbedenklich, da durch die entscheidende Bedeutung der Norminterpretation für die Frage nach der Anwendbarkeit einer Regelung die Gefahr besteht, dass eine europäische Freiheit allein auf Grund einer nationalen Zweckbestimmung eingeschränkt wird¹⁷¹.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass eine Norm unabhängig von ihrer Statutzugehörigkeit auch dann nicht auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited zur Anwendung gelangen kann, wenn sie zu einem nicht zu rechtfertigendem Eingriff in das – vorrangige – Europarecht führt. Damit kann aber der Statutzugehörigkeit einer Norm auch nur Indizwirkung für ihre Anwendbarkeit zugesprochen werden.

¹⁶⁷ Borges ZIP 2004, 733 ff.

¹⁶⁸ Müller NZG 2003, 414 ff.

¹⁶⁹ Insofern kann die Insolvenzantragspflicht nach § 64 I GmbHG als viel diskutiertes Beispiel angeführt werden. Diese ist im GmbH-Gesetz verortet und könnte damit dem Gesellschaftsstatut unterfallen. Damit wäre ihr Eingreifen auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited unter Geltung der Gründungstheorie grundsätzlich ausgeschlossen. Da die Insolvenzantragspflicht jedoch auch den Rechtsverkehr vor mittellosen Gesellschaften schützen soll und dies gerade ein grundsätzliches Anliegen der Insolvenzordnung ist, könnte § 64 I GmbHG auch dem Insolvenzstatut zugeordnet werden, das sich auf Grund der Art. 3, 4 EuInsVO bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited in der Regel nach deutschem Recht richtet.

¹⁷⁰ Borges ZIP 2004, 733 ff. Dabei kann die Zufälligkeit der Verortung anhand der Entstehungsgeschichte des § 64 I GmbHG erläutert werden: Bereits Mitte des 19. Jahrhunderts wurde über Art. 240 III ADHGB eine der heutigen Insolvenzantragspflicht vergleichbare Norm eingeführt. Diese ist im Jahre 1900 inhaltsgleich in § 240 II HGB übernommen und 1937 bei der Ausgliederung eines eigenen Aktienrechts in § 83 II AktG – dem heutigen § 92 II AktG und dem wortgleichen § 64 I GmbHG – übergeführt worden. Bereits Mitte des 19. Jahrhunderts war die ursprüngliche Einordnung der Insolvenzantragspflicht umstritten. Im Rahmen der Beratung des ADHGB ist ein Antrag auf Streichung des Art. 240 III ADHGB auf Grund seiner Zugehörigkeit zum Konkursrecht gestellt worden. Jedoch bestand zu dem Zeitpunkt noch kein vereinheitlichtes Konkursrecht, sondern die jeweiligen Einzelstaaten trafen ihre eigenen Regeln. Insofern wurde der Antrag ohne Begründung abgelehnt. Eine sinnvolle Alternative zum ADHGB existierte nicht. Seitdem erfolgte keine kritische Überdenkung der Verortung der Insolvenzantragspflicht mehr, obwohl auf Grund der heutigen Insolvenzordnung ein bundesweit einheitliches Regelwerk geschaffen wurde.

¹⁷¹ Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

(4) Europarechtliche Rechtfertigung

Folglich ist es für die Geltung einer nationalen Regelung auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft entscheidend, ob diese mit dem Europarecht vereinbar ist. Damit wird eine Norm – unabhängig von der Geltung der Gründungstheorie – jedenfalls dann auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft zur Anwendung gelangen können, wenn ihr Eingreifen europarechtlich unbedenklich ist, weil sie entweder zu keiner Beeinträchtigung der Freiheit führt oder diese gerechtfertigt werden kann (siehe hierzu oben die ausführliche Besprechung unter II 4)).

Dabei sind jedoch – wie bereits oben unter II 4) erörtert – die Anforderungen an eine europarechtliche Rechtfertigung hoch, so dass hierüber nur eingeschränkt und mit einem gewissen Prüfungsaufwand inländisches Recht auf eine EU-Auslandsgesellschaft zur Anwendung gebracht werden kann. Dennoch ist dies der sicherste und auf Grund des Vorrangs des Europarechts der einzig gangbare Weg.

(5) Ergebnis

Damit ist abschließend festzustellen, dass in Ausnahmefällen trotz der Geltung der Gründungstheorie inländische Normen auf eine zugezogene englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft zur Anwendung gelangen können. Allerdings ist dies auf Grund des erforderlichen Prüfungsaufwands regelmäßig mühsam und wegen des Fehlens einer festgeschriebenen allgemeingültigen und durch den EuGH überprüften Lösung stets mit einer gewissen Rechtsunsicherheit verbunden.

Jedoch wird sich der Bedarf an der Anwendung nationaler Rechtsnormen auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft entscheidend danach richten, wie die zuziehende ausländische Gesellschaftsform rechtlich ausgestaltet ist. Können die inländischen Schutzinteressen bereits durch das über die Gründungstheorie anzuwendende ausländische Recht hinreichend gewahrt werden, wird keine Notwendigkeit für eine ergänzende Anwendung der nationalen Normen bestehen. Ferner wird auch nur dann ein nachhaltiger Import ausländischer Rechtsformen nach Deutschland zu erwarten sein, wenn sich diese für einen Gesellschaftsgründer im Vergleich zu einer inländischen Gesellschaftsform als attraktiver erweisen.

V. Das Recht der englischen Limited

Damit wird sich dieses Kapitel ausführlich mit der Rechtsform der englischen Limited befassen. Hierfür wird das Recht der englischen Limited von deren Gründung bis zur Insolvenz dargestellt, um so einen Vergleich mit der deutschen GmbH zu ermöglichen und die durch den Import dieser Rechtsform nach Deutschland auftretenden Schutzlücken aufdecken zu können¹⁷².

Dabei wird das Recht der englischen Limited maßgeblich durch den englischen Companies Act 1985 (CA 1985)¹⁷³, den Insolvency Act 1986 (IA 1986) sowie durch den Directors Disqualification Act 1986 (DDA 1986) bestimmt. Ferner werden die vorgenannten Regelungen durch das Sonderrecht des trusts (Treuhand), der agency (Stellvertretung), der equity (Billigkeitsrecht) und der umfangreichen englischen Rechtsprechung ergänzt und vervollständigt¹⁷⁴. Zusammenfassend wird in England das Recht der Kapitalgesellschaften – nicht aber das der Personengesellschaften (partnerships) – als company law bezeichnet.

Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass die in Großbritannien seit längerer Zeit diskutierte Gesellschaftsrechtsreform¹⁷⁵ konkrete Züge annimmt. Insofern wurde am 1.11.2005 ein Gesetzentwurf in das Parlament eingebracht. Ferner hat am 11.1.2006 die zweite Lesung des Entwurfs im Oberhaus stattgefunden und am 8.11.2006 erhielt der CA 2006 überraschend früh den sog. Royal Assent. Dabei handelt es sich bei der Company Law Reform Bill bzw. bei dem CA 2006 um eine komplette Neufassung des englischen Gesetzes über das Recht der Gesellschaften. Allerdings werden dabei die Regelungen des CA 1985 ca. zu 2/3 inhaltsgleich bzw. nur in sprachlich neu gefasster Form übernommen¹⁷⁶. Da die Gesetzesreform erst im Oktober 2008 in Kraft treten soll¹⁷⁷, wird nachfolgend weiterhin auf den CA 1985 eingegangen und an den entsprechenden Stellen auf die geplanten Änderungen hingewiesen.

Um nun einen Einblick in die Rechtsform der englischen Limited gewähren zu können, wird nachfolgend unter 1) auf deren Gründung, unter 2) auf die Kapitalausstattung, unter 3) auf ihre Organe, unter 4) auf den Minderheitenschutz, unter 5) auf die Staatsaufsicht, unter 6) auf die Publizitäts- und Rechnungslegungspflichten, unter 7) auf die Disqualifizierung von Direktoren und unter 8) auf die Insolvenz eingegangen.

¹⁷² Vgl. hierzu m.w.N. Höfling, S. 134 ff; Triebel, S. 209 ff; von Bernstorff S. 216 ff; Heinz, S. 11 ff; Rehm in Eidenmüller, S. 327 ff; Kasolowsky in Hirte/Bücker, S. 120 ff; Neuling, S. 45 ff, 205 ff; Lanzius, S. 154 ff; Heckschen in Schröder, S. 94 ff; Happ/Holler DStR 2004, 730 ff; Dierksmeier BB 2005, 1516 ff; Römermann NJW 2006, 2065 ff; zum Gläubigerschutz im englischen Gesellschaftsrecht Micheler ZGR 2004, 324 ff; Güthoff, S. 20 ff, 61 ff; Übersichtstabelle bei Mellert BB 2006, 8 ff; Vergleich englische Limited und deutsche GmbH: Kallmeyer DB 2004, 636 ff; Heinz AnwBl 2004, 612 ff; Spahlinger/Wegen, S. 277 ff, S. 313 ff; Lembeck NZG 2003, 956 ff; Michalski DStR 1991, 1660 ff; Schall ZIP 2005, 965 ff; Shearman GmbH 1992, 149 ff; Wachter NZG 2005, 338 ff; Kadel MittBayNot 2006, 102 ff; Kadel MittBayNot 2006, 111 ff; praxisorientierte Darstellungen der englischen Limited: Heinz; Just; Triebel/von Hase/Meierski; zu den Problemen bei der Anwendung ausländischen Rechts vor deutschen Gerichten Trautmann ZEuP 2006, 283 ff; Grüters BB 2005, 1523 ff; Rönnau ZGR 2005, 832 ff.

¹⁷³ Ferner unterscheidet und behandelt der CA 1985 drei unterschiedliche Gesellschaftstypen, nämlich die private company limited by shares, die public company limited by shares sowie die company limited by guarantee und enthält für die einzelnen Gesellschaftstypen Sonderregeln. Allerdings ist für die vorliegende Arbeit lediglich die private company limited by shares (englische Limited) von Interesse.

¹⁷⁴ Allgemeine Einführung in das englische Recht bei von Bernstorff, S. 1 ff; Henrich, S. 1 ff.

¹⁷⁵ Hierzu Micheler ZGR 2004, 324 ff; Wachter GmbH 2006, R 317 f.

¹⁷⁶ Siehe hierzu Kadel MittBayNot 2006, 111 ff; Kadel MittBayNot 2006, 102 ff; Dierksmeier BB 2006, 1516 ff; Vorpeil RIW 2006, 540 ff; Vorpeil RIW 2005, 850 ff.

¹⁷⁷ Grand Committee, 2 November 2006, Vol. 686, Cols. 428 – 510 at 433 per Lord Sainsbury of Turville.

1) Gründung der Gesellschaft

(1) Gründungsablauf

Im Rahmen der Besprechung der Rechtsform der englischen Limited ist zunächst auf deren Gründung¹⁷⁸ einzugehen, die bei weitem weniger aufwendig ist als bei einer deutschen GmbH¹⁷⁹.

a) Gründungsvoraussetzungen

Insofern genügt für die Gründung der englischen Limited bereits die Ausstellung einer Gründungsurkunde (certificate of incorporation), s. 13 CA 1985, durch den registrar¹⁸⁰ (Beamter des Wirtschaftsministeriums) des Companies House in Cardiff oder London.

Dabei müssen die Gründer (promoters) für den Erhalt der Gründungsurkunde die Gesellschaft anmelden, eine Gründungsgebühr entrichten und den Gesellschaftsvertrag (siehe Unterabschnitt (2)) sowie eine Liste mit den Namen der directors (vergleichbar dem deutschen Geschäftsführer), des companys secretary (für die Position eines secretary gibt es im deutschen Gesellschaftsrecht keine Entsprechung. Hierunter ist am ehesten ein Urkundsbeamter der Gesellschaft zu verstehen) und der Angabe des Gesellschaftssitzes vorlegen. Ferner ist eine eidesstattliche Versicherung (statutory declaration)¹⁸¹ des directors, des secretary oder eines mit der Gründung beauftragten Anwalts abzugeben, in der die Erfüllung der Gründungsvoraussetzungen bestätigt wird, ss. 10, 12 CA 1985. Des Weiteren überprüft der registrar vor der Ausstellung des certificate of incorporation die formelle Ordnungsmäßigkeit der Gründungsvoraussetzungen¹⁸².

Konnte die Gründung sodann nach den vorgenannten Voraussetzungen erfolgen, macht sie der registrar in der Londoner Gazette bekannt.

b) Gründungskosten

Dabei entstehen den Gründern für die Errichtung der Gesellschaft Kosten in Höhe von ca. 50 Pfund für die Registrierung sowie weitere Ausgaben für den Druck der Gesellschaftsverträge, die Anschaffung des company's seals und der Geschäftsbücher¹⁸³. Insgesamt entstehen daher regelmäßig nur geringe Gründungskosten.

c) Mantelkauf

Ferner können die an einer englischen Limited interessierten Personen auch statt einer Neugründung einen bereits bestehenden Gesellschaftsmantel erwerben (buying off the shelf). Dieser Vorgang ist anders als in Deutschland unproblematisch möglich, da an eine englische

¹⁷⁸ von Bernstorff, S. 220 f; Höfling, S. 134 ff; Heinz, S. 33; Triebel, S. 220 ff; Heinz AnwBl 2004, 612 ff; Dannemann in Schröder, S. 13 ff; Walterscheid DZWIR 2006, 95 ff; Dierksmeier BB 2005, 1516 ff; Römermann NJW 2006, 2065 ff.

¹⁷⁹ Insofern ist zusätzlich darauf hinzuweisen, dass durch die Company Law Reform Bill die Online-Gründung und allgemein die Möglichkeit, in elektronischer Form zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern sowie zwischen Gesellschaft und Gesellschaftsregister zu kommunizieren erweitert werden soll. Hierzu auch Kadel MittBayNot 2006, 111 ff; zu den Haftungsrisiken im Gründungsstadium einer „deutschen“ Limited Schmidt RIW 2005, 827 ff.

¹⁸⁰ Der registrar ist ein Beamter des Department of Trade and Industrie, vergleichbar dem deutschen Wirtschaftsministerium.

¹⁸¹ Allerdings soll diese statutory declaration auf Grund der geplanten Gesetzesänderung durch die Notwendigkeit der Abgabe eines statement of compliance ersetzt werden. Dadurch würde die Notwendigkeit der Beglaubigung entfallen. Siehe hierzu auch Kadel MittBayNot 2006, 111 ff.

¹⁸² Walterscheid DZWIR 2006, 95 ff; Kadel MittBayNot 2006, 102 ff; Römermann NJW 2006, 2065 ff.

¹⁸³ von Bernstorff, S. 220 f; Höfling, S. 134 ff; Heinz, S. 33; Triebel, S. 220 ff.

Limited keine Mindestkapitalanforderungen gestellt werden (siehe hierzu in Abschnitt 2)) und damit im Gegensatz zum Mantelkauf bei einer deutschen GmbH keine Bedenken hinsichtlich der Umgehung von Schutzvorschriften bestehen¹⁸⁴.

d) Stellungnahme

Damit weist die Gründung einer englischen Limited im Vergleich zu der Gründung einer deutschen GmbH durchaus Vorteile auf.

Insofern ist zunächst auf den geringeren zeitlichen Aufwand bei der Errichtung der Gesellschaft hinzuweisen. Dieser ergibt sich daraus, dass die englische Limited bereits mit der Aushändigung des certificate of incorporation wirksam gegründet ist und nicht wie bei einer deutschen GmbH das zeitaufwändigere Eintragungsverfahren abgewartet werden muss.

Allerdings bleibt hierbei oftmals unberücksichtigt, dass gerade der Import der englischen Limited nach Deutschland den zeitlichen Vorteil zunichte machen kann, da die inländische Zweigniederlassung – was jedoch keine Gründungsvoraussetzung darstellt – gem. §§ 13d ff HGB in das Handelsregister einzutragen ist (siehe hierzu Kapitel III 1) und VII 1))¹⁸⁵.

Des Weiteren werden an die Gründung einer englischen Limited in finanzieller Hinsicht geringere Anforderungen gestellt, da im Gegensatz zur deutschen GmbH kein Mindestkapital erbracht werden muss.

Diesbezüglich ist jedoch zu berücksichtigen, dass auch bei einer deutschen GmbH ein relativ geringes Mindestkapital von derzeit 25.000 € erforderlich ist, von dem bei der Eintragung nur die Hälfte und damit 12.500 € aufgebracht werden müssen. Ferner soll dieser Betrag auf Grund des MoMiG auf 10.000 € und damit bei der Eintragung auf 5.000 € gesenkt werden (zum MoMiG siehe Kapitel VIII). Darüber hinaus dürfen die Gesellschaftsgründer das Mindestkapital z.B. in das Anlagevermögen der Gesellschaft investieren, so dass das Geld ohnehin unmittelbar der Gesellschaft selbst zugute kommen kann.

Dennoch hat und wird sich eine Vielzahl von Gesellschaftsgründern durch die fehlende Notwendigkeit zur Aufbringung eines Mindestkapitals und den geringen zeitlichen Gründungsaufwand für die Errichtung einer englischen Limited entscheiden (siehe hierzu die unter Kapitel I angeführten aktuellen Zahlen der in Deutschland niedergelassenen englischen Limiteds).

(2) Gesellschaftsvertrag

Des Weiteren wird nachfolgend auf den bei einer englischen Limited ebenfalls erforderlichen Gesellschaftsvertrag eingegangen.

Dabei setzt sich dieser aus zwei Teilen, nämlich dem memorandum of association und den articles of association, zusammen. Das memorandum regelt das Außenverhältnis der Gesellschaft, wohingegen die articles für das Innenverhältnis zuständig sind¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Heinz, S. 33; Triebel, S. 223; Römermann NJW 2006, 2065 ff.

¹⁸⁵ Hierzu auch Müller BB 2006, 837 ff. Jedoch stellt diese Eintragung keine Gründungsvoraussetzung dar, da die zuziehende Gesellschaft bereits in England wirksam errichtet wurde und dies auf Grund der Entscheidung Inspire Art (siehe hierzu Kapitel VII 4)) im Inland anerkannt werden muss (zu dem Problem der Durchsetzung der Eintragung einer zuziehenden Gesellschaft Kapitel VII 1) (1)).

¹⁸⁶ Triebel, S. 226; Walterscheid DZWIR 2006, 95 ff; Kadel MittBayNot 2006, 102 ff.

Ferner genügt für den Gesellschaftsvertrag der englischen Limited – im Gegensatz zur deutschen GmbH (siehe § 2 I GmbHG, notarielle Form) – die Schriftform¹⁸⁷.

a) Memorandum

Der Inhalt des memorandums¹⁸⁸ wird in s. 2 CA 1985 festgeschrieben. Danach müssen in dem memorandum der Firmenname¹⁸⁹, der Sitz (registered office), der Gesellschaftszweck, die Haftungsbeschränkung und – falls vorgesehen – auch das Mindestkapital bezeichnet werden. Dabei ist vor allem die Aufnahme einer Haftungsbeschränkungsklausel (veil of incorporation) unerlässlich, da anderenfalls eine unbeschränkte Haftung eintritt (unlimited). Des Weiteren wird regelmäßig der Gesellschaftszweck ausführlichst dargestellt. Dabei ist dieses Verhalten auf die frühere Geltung der ultra-vires-Doktrin zurückzuführen, wonach das memorandum nicht nur die Vertretungsmacht der directors, sondern auch die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft begrenzt hat. Danach konnte ein Handeln außerhalb der Zweckbestimmung auf Grund der fehlenden Rechtsfähigkeit weder im Innen- noch im Außenverhältnis wirksam werden und war auch keiner Genehmigung zugänglich. Jedoch wurde die ultra-vires-Doktrin durch den EG-Beitritt Englands im Jahre 1972 stark eingeschränkt, so dass der director die Gesellschaft heute grundsätzlich auch dann wirksam verpflichten kann, wenn er damit den Gesellschaftszweck überschreitet (Außenverhältnis).

Ferner sind diesbetreffend in der Company Law Reform Bill/CA 2006 etliche Änderungen vorgesehen. Danach soll zunächst eine Gesellschaft, die in ihrem Gesellschaftsvertrag keinen Unternehmensgegenstand angeführt hat, zur Betreibung jedes Geschäftszwecks berechtigt sein (s. 33)¹⁹⁰. Darüber hinaus soll im memorandum künftig nur noch die Gesellschaftsgründung und die Anteilsübernahme zum Ausdruck gebracht werden, wohingegen alle weiteren Umstände in die articles überführt werden. Dadurch wird auf Grund der leichteren Abänderbarkeit der articles (hierzu nachfolgend unter b)) eine bessere Anpassung möglich. Jedoch muss dann bei der Handelsregisteranmeldung eine gesonderte Urkunde beigelegt werden (application for registration), aus der die wesentlichen Rahmendaten der Gesellschaft hervorgehen (Firma, Haftungsbeschränkung,...)¹⁹¹.

b) Articles

Des Weiteren enthält der Companies Regulation Act 1985 in Table A eine Standardsatzung mit 118 articles¹⁹². Darüber hinaus ist durch die geplante Neuordnung des englischen Gesellschaftsrechts die Einführung unterschiedlicher Musterarticles geplant, wodurch eine bessere Anpassung an die einzelnen Gesellschaftsformen ermöglicht werden soll¹⁹³.

¹⁸⁷ Kallmeyer DB 2004, 636 ff; Römermann NJW 2006, 2065 ff.

¹⁸⁸ von Bernstorff, S. 222 f; Höfling, 135 ff; Römermann NJW 2006, 2065 ff.

¹⁸⁹ Bezüglich des Namens sind die ss. 25ff CA 1985 zu beachten. Gem. s. 349 CA 1985 muss auf der Korrespondenz der Gesellschaft, auf Urkunden und sonstigen Publikationen der Name angeführt werden. Anderenfalls kann es zu einer persönlichen Haftung der directors kommen.

¹⁹⁰ Siehe hierzu Kadel MittBayNot 2006, 111 ff; Wachter GmbHHR 2006, R 317 f; Torwegge GmbHHR 2006, 919 ff; Torwegge GmbHHR 2007, 195 ff.

¹⁹¹ Siehe hierzu Kadel MittBayNot 2006, 111 ff; Wachter GmbHHR 2006, R 317 f; Torwegge GmbHHR 2006, 919 ff.

¹⁹² Insofern beurteilt Wicke ZIP 2006, 977 ff die Möglichkeit der Verwendung einer Mustersatzung als negativ, da viele Gründer diese einfach verwenden würden und damit eine optimale Anpassung an die tatsächlichen Interessen der Gesellschafter unterbliebe. Dadurch würde die zusätzliche Schaffung von schuldrechtlichen Nebenabreden begünstigt, wodurch eine Verkomplizierung eintrete. Demzufolge warnt Wicke vor der Einführung einer solchen Möglichkeit in das deutsche Recht.

¹⁹³ Siehe hierzu Kadel MittBayNot 2006, 111 ff.

Allerdings gelangen die Musterarticles nur insoweit zur Anwendung als die Gründer keine eigenen articles formuliert haben, s. 8 CA 1985¹⁹⁴. Damit haben die Gesellschaftsgründer die Wahl, ob sie ihr Innenverhältnis vollständig, teilweise oder überhaupt nicht nach den Musterarticles regeln wollen.

Des Weiteren sind die articles grundsätzlich frei änderbar und eine Selbstverpflichtung der Gesellschaft, dies nicht zu tun, ist unwirksam. Jedoch stehen die articles in der Normenhierarchie unter dem Gesetzestext und dem memorandum, so dass hierüber Einschränkungen der Dispositionsmöglichkeiten vorgesehen werden können¹⁹⁵.

c) Stellungnahme

Damit ist abschließend festzustellen, dass die Erstellung eines Gesellschaftsvertrags bei einer englischen Limited im Vergleich zu Anfertigung eines solchen bei einer deutschen GmbH durchaus Vorzüge aufweist.

Insofern ist zunächst darauf hinzuweisen, dass das Vorhandensein einer vorformulierten Standardsatzung im englischen Recht einen erheblichen Vorteil darstellt. Hierdurch können die Gründer einer englischen Limited auf eine durchdachte Mustersatzung zurückgreifen und müssen diese nur noch ihren Bedürfnissen entsprechend vervollständigen bzw. anpassen. Dieser Umstand wird sich für die Gesellschafter sowohl in zeitlicher als auch in finanzieller Hinsicht positiv auswirken¹⁹⁶.

Des Weiteren ist die Errichtung des Gesellschaftsvertrags einer englischen Limited kostengünstiger als bei einer deutschen GmbH. Dies ergibt sich daraus, dass das englische Recht im Gegensatz zum deutschen keine notarielle Beurkundung¹⁹⁷ des Vertrages fordert, sondern die Schriftform ausreichen lässt.

Allerdings ist die fehlende Notwendigkeit einer notariellen Beurkundung nicht nur vorteilhaft, da damit auch keine sachkundige Beratung durch einen Notar erfolgen kann. Dementsprechend ist zwar die Errichtung eines Gesellschaftsvertrages einer englischen Limited kostengünstiger, jedoch u.U. in rechtlicher Hinsicht weniger sicher und ausgefeilt.

Folglich sollte im deutschen Recht zur Erhaltung der Konkurrenzfähigkeit die Einführung einer Standardsatzung überdacht werden, wohingegen hinsichtlich der Form des Gesellschaftsvertrages auf Grund der Vorteile einer sachkundigen Beratung an der notariellen Beurkundung festzuhalten ist.

¹⁹⁴ Rehm in Eidenmüller, S. 334; Römermann NJW 2006, 2065 ff.

¹⁹⁵ Rehm in Eidenmüller, S. 334.

¹⁹⁶ Allerdings beurteilt Wicke ZIP 2006, 977 ff die Möglichkeit des Zurückgreifens auf eine Mustersatzung als negativ, da viele Gründer diese unreflektiert verwenden würden und damit eine optimale Anpassung an die tatsächlichen Interessen der Gesellschafter unterbliebe. Dadurch würde die zusätzliche Schaffung von schuldrechtlichen Nebenabreden begünstigt, wodurch eine Verkomplizierung eintrete. Demzufolge warnt Wicke vor der Einführung einer solchen Möglichkeit in das deutsche Recht.

¹⁹⁷ Für die Sinnhaftigkeit der notariellen Beurkundung Wicke ZIP 2006, 977 ff.

2) Kapital der Gesellschaft

Des Weiteren ist auf die Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung bei einer englischen Limited einzugehen¹⁹⁸.

(1) Kapitalaufbringung – Paying up of Capital

Insofern sieht das englische Recht für die Gesellschafter/Gründer einer englischen Limited keine Verpflichtung zur Aufbringung eines Mindestkapitals vor. Damit sind diese in ihrer Gestaltung grundsätzlich frei¹⁹⁹.

Dabei ist eine Entscheidung der Gesellschafter betreffend der Höhe und der Stückelung (shares²⁰⁰) eines Nominalkapitals (share capital) der Gesellschaft im memorandum anzugeben. Das Nominalkapital (share capital) stellt allerdings lediglich eine Prognosezahl dar, die den Höchstbetrag²⁰¹ (authorised share capital) der Anteile nennt, die eine Gesellschaft ausgeben darf²⁰².

Künftig sollen jedoch infolge der geplanten Gesetzesänderung auch diese Angaben im memorandum verzichtbar werden, so dass die Gesellschafter nur noch im Rahmen eines statement of share capital Aussagen bezüglich des tatsächlich von den Gründern übernommenen Kapitals tätigen müssen²⁰³.

Ferner ist das Nominalkapital von dem tatsächlich gezeichnetem Kapital (issued share capital)²⁰⁴ zu unterscheiden. Dieses stellt die Haftungssubstanz der Gesellschaft²⁰⁵ dar und muss folglich zum Schutz der Gläubiger eingebracht und erhalten werden (siehe nachfolgender Unterabschnitt). Demzufolge ist die Erfüllung der Einlagepflicht die wichtigste Pflicht eines Gesellschafters. Folglich dürfen die Anteile gem. s. 100 CA 1985 weder unter ihrem Nennwert ausgegeben werden noch kann ein Gesellschafter von seiner Pflicht zur Einlageleistung befreit werden²⁰⁶.

¹⁹⁸ von Bernstorff, S. 226 ff; Rehm in Eidenmüller, 338 f; Triebel, 237 ff; Heinz, 37 ff; Kasolowsky in Hirte/Bücker, S. 138 ff; Höfling, S. 152 ff; Schumann DB 2004, 743 ff; Wilhelmi GmbHR 2006, 13 ff; Kallmeyer DB 04, 636 ff; Heinz AnwBl 2004, 612 ff; Dannemann in Schröder, S. 117 ff; Walterscheid DZWIR 2006, 95 ff; Kadel MittBayNot 2206, 102 ff.

¹⁹⁹ Triebel, S. 237 ff; Höfling, 152 f; Rehm in Eidenmüller, S. 337 ff; Kasolowsky in Hirte/Bücker, S. 138 ff; Micheler ZGR 2004, 324 ff.

²⁰⁰ Das englische Recht kennt unterschiedliche Arten von shares: die ordinary, preferred und deferred shares. Die Art des shares hat u.a. Auswirkung auf die Gewinnausschüttung.

²⁰¹ Für eine Erhöhung müsste das memorandum entsprechend geändert werden, s. 121 CA 1985. Bei der Ausgabe junger Anteile haben die Anteilsinhaber ein Bezugsrecht, allerdings nur gegen Bareinlage. Anders als im deutschen Recht kann dieses ohne besonderen Grund ausgeschlossen werden. Nicht gezeichnetes Nominalkapital kann durch außerordentlichen Gesellschafterbeschluss, wenn diese Möglichkeit in den articles vorgesehen ist, aufgelöst werden, s. 135 CA 1985.

²⁰² Das Nominalkapital muss nicht auf englische Währung lauten, sondern kann gleichfalls eine ausländische Währung bezeichnen. Des Weiteren erfolgt seine Stückelung regelmäßig in sehr kleine Beträge (z.B. 1 Pfund). Hierzu auch Walterscheid DZWIR 2006, 95 ff.

²⁰³ Hierzu Kadel MittBayNot 2006, 111 ff.

²⁰⁴ Nicht gezeichnetes Kapital: unissued share capital.

²⁰⁵ Walterscheid DZWIR 2006, 95 ff.

²⁰⁶ Micheler ZGR 2004, 324 ff.

Des Weiteren kann die Einlageleistung als Geld- oder Sacheinlage sowie in Form einer Dienstleistung erbracht werden. Dabei erfolgt die Feststellung des Wertes einer Sacheinlage – anders als im deutschen Recht – durch die Gesellschafter selbst bzw. durch den director²⁰⁷.

Die Gesellschafter haften nur bis zum Nennwert der gezeichneten Anteile (shares) und eine Einzahlung, bzw. eine teilweise Einzahlung ist – anders als im deutschen Recht – nicht bei der Gesellschaftsgründung erforderlich. Dabei werden die bereits geleisteten Einlagen als paid-up capital und die noch ausstehenden als unpaid oder uncalled capital bezeichnet, die später, z.B. auf Anforderung des directors, geleistet werden müssen.

(2) Kapitalerhaltung – Maintenance of Capital

Da das gezeichnete Kapital (issued shares capital) die Haftungssubstanz der Gesellschaft darstellt, kann hierüber ein Beitrag zum Gläubigerschutz geleistet werden. Infolgedessen hat sich in England bereits im Jahre 1887 in der Entscheidung Trevor v. Whitworth²⁰⁸ der Grundsatz und die Verpflichtung zur Aufbringung und weitgehenden Erhaltung des gezeichneten Kapitals entwickelt. Ferner sind hieraus die nachfolgenden Rechtsgedanken hinsichtlich der a) Kapitalherabsetzung, b) Gewinnausschüttung und c) dem Erwerb eigener Anteile entstanden²⁰⁹.

a) Kapitalherabsetzung

Damit ist bei einer englischen Limited auf Grund des Gedankens der Kapitalerhaltung die Herabsetzung des gezeichneten Kapitals (issued share capital) nur unter strengen Voraussetzungen möglich. Hierfür muss die Kapitalherabsetzung zunächst in den articles vorgesehen sein und gem. ss. 135 ff CA 1985 durch einen gerichtlichen Beschluss erlaubt werden²¹⁰. Des Weiteren können die Gläubiger einer Kapitalherabsetzung widersprechen, wenn sie dadurch eine Benachteiligung fürchten²¹¹.

b) Gewinnausschüttung

Ferner ist bei einer englischen Limited nur die Ausschüttung der Geschäftsgewinne möglich, s. 263 CA 1985. Hierunter versteht man die realisierten Gewinne abzüglich aller realisierten Verluste inklusive der bereits erfolgten Ausschüttungen (profits available for distribution). Damit ist ein nicht verwirklichter Gewinn, z.B. ein Buchgewinn, nicht ausschüttungsfähig²¹².

Darüber hinaus wird im englischen Recht der Begriff der Gewinnausschüttung weit verstanden und erfasst unter anderem auch die verdeckten Ausschüttungen²¹³ (dressed-up returns of capital), z.B. in Form von überhöhten Geschäftsführergehältern²¹⁴.

²⁰⁷ Micheler ZGR 2004, 324 ff; Walterscheid DZWIR 2006, 95 ff; Höfling, S. 155: Wird ein überbewerteter Gegenstand in die Gesellschaft eingebracht, kann hierin ein Verstoß gegen die directors duties liegen (misapplication of property).

²⁰⁸ Trevor v. Whitworth (1887) 12 App. Cas. 409.

²⁰⁹ Vgl. hierzu m.w.N. Rehm in Eidenmüller, 339 f; Höfling, 155 f; Triebel, S. 238 ff; Heinz, S. 39 ff; Kasolowsky in Hirte/Bücker, S. 142 ff.

²¹⁰ Unter den Begriff der Kapitalherabsetzung fällt nur das issued share capital. Das unissued share capital (nicht gezeichnete Nominalkapital) kann durch Änderung des memorandums ermäßigt werden.

²¹¹ Siehe hierzu allerdings die geplanten Änderungen in der Company Law Reform Bill; hierzu Wachter GmbH 2006, R 317 f.

²¹² Walterscheid DZWIR 2006, 95 ff; Micheler ZGR 2004, 324 ff.

²¹³ Heinz, S. 40: Die Rechtsprechung in Großbritannien hat diesem Problem wesentlich weniger Aufmerksamkeit geschenkt als die Rechtsprechung in Deutschland. Die Entscheidung fordert zunächst ein krasses Missverhältnis zwischen der Leistung der Gesellschaft und des Gesellschafters. Wurde durch die Ausschüttung die steuerliche Seite betroffen, hat die Rechtsprechung rein objektive Maßstäbe angelegt. Hinsichtlich der Frage der unzulässigen

Liegt demnach eine solche verdeckte Gewinnausschüttung vor, können die Gesellschafter sowohl auf Rückerstattung als auch auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden. Ferner können sich die directors wegen der Verletzung ihrer fiduziarischen Pflichten haftbar machen.

c) Erwerb eigener Anteile, Unterstützung des Erwerbes eigener Anteile

Des Weiteren kann die Gesellschaft gemäß s. 143 CA 1985 ihre Anteile²¹⁵ grundsätzlich weder zeichnen noch kaufen (acquisition of the company's own shares), da das einer Rückgewährung des gezeichneten Kapitals (issued share capital) gleichkäme²¹⁶. Aus dem gleichen Grund ist es der Limited im Allgemeinen untersagt, den Erwerb eigener Anteile zu unterstützen²¹⁷ (financial assistance, s. 151 CA 1985)²¹⁸.

d) Stellungnahme

Damit ist abschließend festzustellen, dass das englische Recht hinsichtlich des Umgangs mit dem Gesellschaftskapital teilweise geringere, aber zum Teil auch höhere Anforderungen aufstellt als das deutsche Recht.

Dabei haben die Gesellschafter/Geschäftsführer einer englischen Limited insbesondere hinsichtlich der Aufbringung des Mindestkapitals und der Art der Einlageerfüllung einen größeren Gestaltungsspielraum als die Gesellschafter/Geschäftsführer einer deutschen GmbH.

Allerdings findet die liberale Ausgestaltung der Kapitalaufbringung bei einer englischen Limited einen Ausgleich in den Kapitalerhaltungsvorschriften. Diese Regelungen sind größtenteils²¹⁹ strenger als diejenigen des deutschen Rechts. Insofern ist beispielsweise eine Kapitalherabsetzung – anders als im deutschen Recht (siehe hierzu §§ 58 ff GmbHG) – nur bei dem Vorliegen eines gerichtlichen Beschlusses möglich. Des Weiteren sind die Vorgaben hinsichtlich des ausschüttungsfähigen Gewinns strenger, da nur realisierte Gewinne ausgekehrt werden können, wohingegen bei einer deutschen GmbH auch Rücklagen, die keine aktuellen Gewinne darstellen, grundsätzlich²²⁰ auszahlungsfähig sind.

Damit ist das Recht der englischen Limited betreffend das Gesellschaftskapital nicht generell vorteilhafter als das Recht der deutschen GmbH. Zwar sind die englischen

Kapitalabschöpfung seitens der Gesellschafter legte die Rechtsprechung zu den objektiven Kriterien z.T. auch einen subjektiven Maßstab an, wodurch die Haftung deutlich eingeschränkt wurde.

²¹⁴ s. 263 CA 1985.

²¹⁵ Höfling, S. 156 ff

²¹⁶ Voraussetzungen, unter denen der Erwerb eigener Anteile möglich sein kann: s. 162 ff CA 1985, s. 171 ff CA 1985.

²¹⁷ Vorpeil RIW 2005, 63 ff; Höfling, S. 158 ff; Micheler ZGR 2004, 324 ff; Triebel, S. 240: Unterstützt ein director den Erwerb eigener Anteile, z.B. Darlehensgewährung zum Anteilserwerb, kann eine Treupflichtverletzung vorliegen, die sodann zu einem Schadenersatzanspruch führt. Siehe hierzu allerdings die geplanten Änderungen in der Company Law Reform Bill; hierzu Wachter GmbH 2006, R 317 f.

²¹⁸ Ausnahmen von dem Verbot der financial assistance siehe s. 152 ff CA 1985 (whitewashing), beachte die im Jahr 2008 in Kraft tretenden Änderungen über das CA 2006; hierzu auch Tal GmbH 2007, 254 ff.

²¹⁹ Jedoch enthält das GmbH-Gesetz zumindest vereinzelt die strengeren Kapitalerhaltungsnormen. Dies ergibt sich aus einem Vergleich des s. 277 CA 1985 und des § 31 II GmbHG. Denn gemäß s. 277 CA 1985 wird die Rückzahlung derjenigen Beträge angeordnet, die unter Verstoß gegen die ss. 263 ff CA 1985 (ausschüttungsfähiger Gewinn, s.o.) ausgereicht wurden und bei denen der Empfänger wusste bzw. vernünftige Gründe zur Annahme hatte, dass ein solcher Verstoß vorlag. Im Gegensatz dazu lässt § 31 II GmbHG den Gutgläubenseinwand nur dann zu, wenn der ausgezahlte Betrag nicht zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass s. 277 CA 1985 weitere Ansprüche, insbesondere solche gegen die directors wegen der Verletzung von Sorgfaltspflichten (duties of care and diligence), nicht ausschließt. Hierzu ausführlich Höfling, S. 153 f.

²²⁰ Eine Auszahlung ist dann nicht möglich, wenn hierdurch die Stammkapitalziffer unterschritten werden würde, §§ 30, 31 GmbHG.

Kapitalaufbringungsregeln liberaler als die deutschen, jedoch unterliegt die englische Limited dafür in weiten Teilen strengeren Kapitalerhaltungsnormen.

3) Organe – Direktoren, Gesellschafterversammlung

Nachdem nun auf die Gründung und die Kapitalausstattung in der englischen Limited eingegangen worden ist, sollen anschließend die Organe, durch welche die englische Limited als juristische Person handlungsfähig wird, behandelt werden²²¹.

Dabei sind im Recht der englischen Limited zwei Organe, nämlich die Gesellschafterversammlung (general meeting) als oberstes Organ der Willensbildung und der Geschäftsführer (board of directors) als Leitungsorgan, vorgesehen.

Des Weiteren muss jede Gesellschaft neben den vorgenannten Organen mindestens einen Sekretär (secretary) haben²²².

(1) Director

Insofern ist zunächst auf den/die director(s)²²³ einer englischen Limited einzugehen²²⁴. Dabei sind diese grundsätzlich²²⁵ mit den Geschäftsführern einer GmbH vergleichbar²²⁶ und haben die Aufgabe, die Gesellschaft im Rahmen der Gesellschaftssatzung zu leiten und zu vertreten²²⁷. Dabei kann die Position des Geschäftsführers durch einen Gesellschafter ausgeübt werden, ebenso wie auch eine Fremddorganschaft möglich ist²²⁸. Des Weiteren kann eine juristische Person als director fungieren. Allerdings sind in der Company Law Reform Bill/CA 2006 dahingehende Änderungen vorgesehen, dass künftig mindestens ein director eine natürliche Person sein und das sechzehnte Lebensjahr vollendet haben muss²²⁹.

a) Bestellung und Abberufung des directors

(a) Bestellung

Dabei ist zur Erlangung der Position des directors die Wahl durch die Gesellschafterversammlung²³⁰ erforderlich. Handelt es sich allerdings um den ersten director der Gesellschaft, kann dieser in den articles bestimmt werden²³¹.

²²¹ Heinz, S. 25 ff; Kasolowsky in Hirte/Bücker, 126 ff; Rehm in Eidenmüller, S. 342 ff; Triebel, S. 263 ff; Heinz AnwBl 2004, 612 ff.

²²² Heinz, S. 25 ff; Kasolowsky in Hirte/Bücker, 126 ff; Rehm in Eidenmüller, S. 342 ff; Triebel, S. 263 ff; Heinz AnwBl 2004, 614; Römermann NJW 2006, 2065 ff.

²²³ Das heißt eine englische Limited kann einen oder mehrere (board of directors) directors haben

²²⁴ Heinz, S. 25 ff; Kasolowsky in Hirte/Bücker, S. 126 ff; Rehm in Eidenmüller, S. 343 ff; Triebel, S. 267 ff; Kadel MittBayNot 2006, 102 ff; Römermann NJW 2006, 2065 ff; Stöber GmbHR 2006, 1146 ff.

²²⁵ Zumindest soweit es sich bei dem director um einen managing director handelt.

²²⁶ Walterscheid DZWIR 2006, 95 ff.

²²⁷ Siehe zu den zumeist nur sprachlichen Veränderungen der Vertretungsvorschriften für die directors durch das Company Law Reform Bill Kadel MittBayNot 2006, 111 ff.

²²⁸ Heinz, S. 25 ff; Kasolowsky in Hirte/Bücker, S. 126 ff; Rehm in Eidenmüller, S. 343 ff; Triebel, S. 267 ff.

²²⁹ Hierzu Kadel MittBayNot 2006, 111 ff; Wachter GmbHR 2006, R 317 f; Torwegge GmbHR 2006, 919 ff.

²³⁰ Insofern sieht die Mustersatzung des Table A einen Beschluss der Gesellschafter mit einfacher Mehrheit (ordinary resolution) vor.

²³¹ Heinz, S. 25 ff; Kasolowsky in Hirte/Bücker, S. 126 ff; Rehm in Eidenmüller, S. 343 ff; Triebel, S. 267 ff; Kadel MittBayNot 2006, 102 ff; Stöber GmbHR 2006, 1146 ff; Stöber GmbHR 2006, 746 ff.

(b) Abberufung

Dahingegen kann ein director nach der in Table A aufgeführten Mustersatzung von seiner Position abberufen (removal) werden, wenn er insolvent oder geschäftsunfähig geworden ist, wenn er von einem Gericht disqualifiziert wurde oder der Versammlung des board of directors ohne Genehmigung länger als sechs Monate ferngeblieben ist. Ferner ist der director seiner Stellung zu entheben, wenn er eine Kündigung ausgesprochen hat oder wenn er durch einfache Mehrheit in der Gesellschafterversammlung²³² (ordinary resolution) abgesetzt²³³ worden ist²³⁴.

b) Treue- und Sorgfaltspflichten, Pflichten nach dem CA 1985

Des Weiteren unterliegen die directors einer englischen Limited bei der Erfüllung ihrer Verpflichtungen Treue-, Sorgfalts- (directors duties: fiduciary duty, duty of care and skill) und weiterer aus dem CA 1985 folgender Pflichten²³⁵.

Dabei orientieren sich die Treue- und Sorgfaltspflichten primär an den Gesellschaftsinteressen und da die Gesellschaft wirtschaftlich betrachtet den Anlegern gehört, kommt es hierbei vorwiegend auf die Wünsche der Anleger (in der Regel Profitmaximierung) an. Allerdings müssen gem. s. 309 CA 1985 die Bedürfnisse der Arbeitnehmer ebenfalls berücksichtigt werden und aus der neueren englischen Rechtsprechung²³⁶ folgt, dass auch die Gläubigerinteressen Bestandteile der directors duties sein können. Dabei ist dies dann der Fall, wenn eine Gesellschaft in die Insolvenz bzw. in die Gefahr der Insolvenz geraten ist, da ab diesem Zeitpunkt die Interessen der Gesellschaft maßgeblich durch diejenigen der Gläubiger geprägt werden, so dass sich ab diesem Zeitpunkt die directors duties primär an den Gläubigerinteressen zu orientieren haben²³⁷.

Des Weiteren sind die directors auf Grund der fiduciary duties²³⁸ verpflichtet, im guten Glauben und im Interesse der Gesellschaft (s.o.) zu handeln (to act bona fide in the best interest of the company). Dabei kommt es bei der Bestimmung des besten Interesses der Gesellschaft auf die Ansicht des directors an²³⁹ und eine gerichtliche Überprüfbarkeit ist insoweit nur eingeschränkt möglich.

Ferner können Insichgeschäfte²⁴⁰ des directors seitens der Gesellschaft angefochten werden, außer wenn der director vor dem jeweiligen Geschäftsschluss seine Interessen offengelegt bzw. die Gesellschafterversammlung eine Genehmigung ausgesprochen hat.

Des Weiteren macht sich ein director, der Gesellschaftseigentum zweckfremd gebraucht (misapplication of corporate property)²⁴¹, wie ein Treuhänder (trustee) schadenersatzpflichtig.

²³² Hierfür bedarf es einer besonderen Ladungsfrist. Des Weiteren darf der director eine Stellungnahme abgeben und die personelle Veränderung ist dem registrar binnen 14 Tagen mitzuteilen.

²³³ Für die Abberufung durch die Gesellschafterversammlung ist kein besonderer Grund erforderlich.

²³⁴ Kadel MittBayNot 2006, 102 ff; Stöber GmbH 2006, 1146 ff; Stöber GmbH 2006, 746 ff.

²³⁵ Heinz, S. 25 ff; Kasolowsky in Hirte/Bücker, S. 126 ff; Rehm in Eidenmüller, S. 343 ff; Triebel, S. 267 ff; Walterscheid DZWIR 2006, 95 ff; Kadel MittBayNot 2006, 102 ff; zu den Treuepflichten der directors auch Vorpeil RIW 2006, 540 ff; Vorpeil RIW 2005, 370 ff.

²³⁶ Hierzu u.a.: Winkworth v. Edward Baron Development Co. Ltd. (1987) 1 All.E.R.114, 118; Brady v. Brady (1987) 3 B.C.C. 535, 552; West Mercia Safetywear Ltd. v. Dodd (1988) B.C.L.C. 250.

²³⁷ Höfling, S. 139 f.

²³⁸ Höfling, S. 141 ff.

²³⁹ Re Smith & Fawcett Ltd. (1942) Ch. 304 (C.A.).

²⁴⁰ Transvaal Lands Co. v. New Belgium (Transvaal) Land and Development Co. (1914) 2 Ch. 488, C.A.; Wachter NZG 2005, 338 ff.

²⁴¹ Bishopsgate Investment Management Ltd. (in liq) v. Maxwell (No. 2) (1993) B.C.L.C. 1282 (C.A.).

Darüber hinaus ist auch der Empfänger bei Kenntnis der entsprechenden Tatsachen als Treuhänder von Rechts wegen (constructive trustee) zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet.

Zusätzlich folgt aus den fiduciary duties die Verpflichtung des Geschäftsführers, diejenigen Gewinne, Sachen, oder Rechte an die Gesellschaft herauszugeben, die er auf Grund seiner Position erlangt hat (secret profits and corporate opportunities)²⁴². Dabei ist das Geschäft, wenn die Gesellschaft dieses rechtlich und tatsächlich selbst vornehmen hätte können, auch keiner Genehmigung zugänglich. Konnte allerdings die Gesellschaft das Geschäft aus tatsächlichen (z.B. mangelnde finanzielle Mittel) oder rechtlichen Gründen ohnehin nicht wahrnehmen, so kann dieses, wenn es durch den Geschäftsführer vorgenommen wurde, genehmigt werden. Jedoch ist der Geschäftsführer auch in einer solchen Konstellation zunächst einem Haftungsrisiko ausgesetzt, da eine Haftung nur dann von Anfang an ausgeschlossen ist, wenn die Gesellschaft die Geschäftschance erkannt und sich guten Glaubens dagegen entschieden hat²⁴³.

Zuletzt ist ein director verpflichtet, sich sein freies Ermessen hinsichtlich seiner Entscheidungen zu bewahren (unfettered discretion)²⁴⁴.

Ferner werden als Maßstab für die zu erfüllende Sorgfalt des directors (common law duties of care and skill) diejenigen Anforderungen herangezogen, die an einen durchschnittlichen director in derselben Position gestellt werden. Allerdings können besondere subjektive Kenntnisse zu Lasten des directors Berücksichtigung finden²⁴⁵. Wird danach eine Sorgfaltspflicht verletzt, kann dies eine Verschuldenshaftung auslösen.

Des Weiteren sind in den ss. 312-316, 317, 319, 320-322, 323 CA 1985 zusätzliche gesetzliche Pflichten des directors vorgesehen.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass durch das Company Law Reform Bill/CA 2006 eine umfassende Kodifizierung der Pflichten und der Haftungstatbestände der directors, die derzeit auf Rechtsprechungsgrundsätzen beruhen, vorgesehen ist²⁴⁶.

c) Überblick über die persönliche Haftung des directors

Nachdem nun ein Überblick über die dem director einer englischen Limited obliegenden Pflichten erstellt worden ist, wird nachfolgend auf die Gefahren einer persönlichen Haftung eingegangen²⁴⁷.

Dabei kommt unter anderem dann eine persönliche Haftung des directors in Betracht, wenn er gemäß s. 214 IA 1986 den Tatbestand des wrongful trading erfüllt. Hierzu muss er bei bestehender Zahlungsunfähigkeit und Unvermeidbarkeit der Insolvenz, von welcher er wusste/hätte wissen müssen, die Geschäfte fortgeführt haben, anstatt ein Insolvenzverfahren einzuleiten (hierzu ausführlich unter Kapitel 9) (2))²⁴⁸.

Ferner kann ein director, wenn er auf Grund einer betrügerischen Geschäftsführung die Insolvenz der Gesellschaft herbeigeführt hat, gemäß s. 213 IA 1986 (fraudulent trading) einer

²⁴² Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver (1942) 1 All E.R. 378.

²⁴³ Die Geschäftschancenlehre in England ist folglich weiter als die in Deutschland, da die rechtliche oder tatsächliche Möglichkeit zur Wahrnehmung eines Geschäfts für die Haftung ohne Bedeutung ist.

²⁴⁴ Fulham Football Club Ltd. v. Cabra Estates plc. (1994) 1 BCLC 363 (C.A.).

²⁴⁵ Norman v. Theodore Goddard (1991) B.C.L.C. 1027.

²⁴⁶ Siehe hierzu Kadel MittBayNot 2006, 111 ff; Torwegge GmbH 2006, 919 ff; Wachter GmbH 2006, R 317 f.

²⁴⁷ Walterscheid DZWIR 2006, 95 ff; Kadel MittBayNot 2006, 102 ff.

²⁴⁸ Walterscheid DZWIR 2006, 95 ff; Kadel MittBayNot 2006, 102 ff.

persönlichen Haftung ausgesetzt sein (Näheres hierzu unter 9) (1))²⁴⁹. Da dem director allerdings die Betrugsabsicht nachgewiesen werden muss, wird diese Rechtsfigur in der Praxis selten erfolgsversprechend sein.

Des Weiteren hat derjenige director mit einer persönlichen Haftung zu rechnen, der trotz einer Disqualifizierung²⁵⁰ einen Direktorenposten bekleidet (Näheres hierzu unter Kapitel 8)).

Darüber hinaus kann auch die Verletzung der oben angeführten Treue- oder Sorgfaltspflichten zu einer persönlichen Haftung der directors führen.

d) Stellungnahme

Damit kann unter Berücksichtigung der vorgenannten Pflichten und Haftungsrisiken eines directors einer englischen Limited festgestellt werden, dass insoweit eine englische Limited im Vergleich zu einer deutschen GmbH keine Vorteile aufweist. Denn bei beiden Gesellschaftsformen unterliegen die jeweiligen Geschäftsführer einer Vielzahl von Verpflichtungen und damit auch Risiken, ebenso wie es sowohl bei einer englischen Limited als auch bei einer deutschen GmbH in Ausnahmefällen zu einer persönlichen Haftung der Geschäftsführer kommen kann.

(2) Members

Nachdem nun die Aufgaben und Risiken eines directors einer englischen Limited besprochen worden sind, wird nachfolgend auf die Anteilseigner²⁵¹ (shareholders) und hierbei auf deren Recht auf Abstimmung in der Gesellschaftsversammlung, worüber sie auf die Gesellschaft Einfluss nehmen können, eingegangen²⁵².

a) Gesellschaftsversammlung

Dabei üben die Anteilseigner ihr Abstimmungsrecht regelmäßig entweder in einer ordentlichen Jahreshauptversammlung²⁵³ (Annual General Meeting, AGM, die im Normalfall ein Mal im Jahr stattfinden muss) oder in einer außerordentlichen Gesellschaftsversammlung²⁵⁴ (Extraordinary General Meeting, EGM, wie all diejenigen Versammlungen bezeichnet werden, bei denen es sich nicht um eine AGM handelt) aus. Dabei ergehen die in der Versammlung getroffenen Entscheidungen entweder in Beschlussform (resolution) oder auf schriftlichem Wege (written resolution). Ferner wird bei der Beschlussfassung je nach den erforderlichen Mehrheitsverhältnissen zwischen einfachen Beschlüssen (ordinary resolution, einfache Mehrheit), Sonderbeschlüssen (special resolution, $\frac{3}{4}$ -Mehrheit), außerordentlichen Beschlüssen

²⁴⁹ Walterscheid DZWIR 2006, 95 ff; Kadel MittBayNot 2006, 102 ff.

²⁵⁰ Die Disqualifizierung ist geregelt im Company Disqualification Act 1986 (CDDA 1986). Ein disqualifizierter Direktor darf diese Position für die Zeit der Disqualifizierung, höchstens 15 Jahre, nicht bekleiden (Berufsverbot). Der Disqualifizierungsbeschluss wird vom Gericht erlassen und steht z.T. im gerichtlichen Ermessen, z.T. ist das Gericht zum Erlass verpflichtet. Das Berufsverbot kann durch eine ausdrückliche Erlaubnis wieder außer Kraft gesetzt werden.

²⁵¹ Dabei ist für den Erwerb von Anteilen anderes als im deutschen Recht (siehe § 15 III GmbHG) keine notarielle Form erforderlich, sondern es genügt die Schriftform. Ferner muss eine Umschreibung im Gesellschaftsregister erfolgen.

²⁵² Heinz, S. 28 f; Rehm in Eidenmüller, S. 342 f; Triebel, S. 263 ff; Kasolowsky in Hirte/Bücker, S. 133 ff; Römermann NJW 2006, 2065 ff.

²⁵³ Auf Grund eines besonderen Wahlbeschlusses der Gesellschafter kann auf eine AGM verzichtet werden, außer ein Gesellschafter besteht auf ihrer Abhaltung, s. 377A CA 1985.

²⁵⁴ Wann eine EGM stattfinden muss, wird grundsätzlich in den articles geregelt. Unter bestimmten Voraussetzungen berufen die directors eine EGM auf Aufforderung der Gesellschafter ein.

(extraordinary resolution, ¾-Mehrheit) und einstimmigen Entscheidungen (elective resolution) unterschieden, wobei special, extraordinary, elective und z.T. ordinary resolutions binnen 15 Tagen nach ihrem Ergehen dem registrar mitgeteilt werden müssen²⁵⁵.

Zusätzlich ist für die Beschlussfähigkeit einer Versammlung die Anwesenheit einer bestimmten Zahl von Gesellschaftern – die entweder in der Satzung festgelegt worden ist oder die anderenfalls der Mustersatzung (Table A, Art. 40: danach genügen zwei Gesellschafter bzw. deren Vertreter) entnommen werden kann – erforderlich²⁵⁶.

Ferner sind bei der Ladung²⁵⁷ (notice) der Anteilseigner bestimmte Fristen zu beachten und gewisse Anforderungen bezüglich des Ladungsinhaltes zu erfüllen. Hierauf ist vor allem deshalb genau zu achten, da bei einer unvorschriftsmäßigen Ladung die in der Versammlung getroffenen Beschlüsse unwirksam sind.

Des Weiteren soll in den articles die Art der Abstimmung, d.h. nach Köpfen oder Anteilen, bestimmt werden. Werden keine Vereinbarungen getroffen, hat auf Grund der Mustersatzung die Abstimmung nach Köpfen zu erfolgen.

Darüber hinaus ist über jede Versammlung ein Protokoll (minutes) zu führen, das bei dem registered office zu hinterlegen ist.

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass in dem Company Law Reform Bill/CA 2006 Änderungen bezüglich der Gesellschaftsversammlungen vorgesehen sind. Danach sollen – in Anpassung an die Realität bei kleineren Gesellschaften – keine jährlichen Gesellschaftsversammlungen (AGM) mehr abgehalten werden müssen. Stattdessen soll die Möglichkeit eines schriftlichen Beschlussverfahrens (written resolution) eröffnet werden, das lediglich in speziellen Fällen – wie z.B. der Abberufung eines directors – ausgeschlossen ist. Ferner ist die Abschaffung der Unterscheidung zwischen extraordinary und special resolutions vorgesehen²⁵⁸

b) Stellungnahme

Dennoch kann trotz der in der Company Law Reform Bill/CA 2006 geplanten Erleichterungen festgestellt werden, dass die Rechtsform der englischen Limited in Bezug auf die Abhaltung einer Gesellschaftsversammlung gegenüber einer deutschen GmbH keine Vorteile aufweist. Vielmehr entsteht den Gesellschaftern einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited unter anderem deshalb ein Mehraufwand im Vergleich zu einer deutschen GmbH, weil bestimmte Beschlüsse dem registrar in England mitgeteilt und das Protokoll über die Gesellschaftsversammlung beim registered office in England hinterlegt werden muss. Ferner ist zu berücksichtigen, dass Beschlussstreitigkeiten bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited grundsätzlich vor einem englischem Gericht ausgetragen werden müssen

²⁵⁵ Kadel MittBayNot 2006, 102 ff.

²⁵⁶ s. 370 IV CA 1985.

²⁵⁷ Die Einzelheiten der Ladung regelt die Satzung. Die Mustersatzung sieht die Ladung der Anteilseigner vor. Sie hat schriftlich oder elektronisch zu erfolgen. Sie soll Art der Versammlung (AGM, EGM), Zeit, Ort und Tagesordnungspunkte nennen. Die Frist beträgt bei einer AGM mindestens 21 Tage, kann aber auch abgekürzt werden. Für eine EGM sind 14 Tage Minimum vorgesehen. Sollen elective oder special resolutions gefasst werden, muss eine Frist von 21 Tagen gewahrt werden. Auch diese Fristen können abgekürzt werden. Soll ein Direktor oder ein Rechnungsprüfer abberufen werden, muss eine besondere Ladungsfrist (special notice) von 28, bzw. 21 Tagen eingehalten werden (siehe auch s. 378, 369 CA 1985).

²⁵⁸ Siehe hierzu Kadel MittBayNot 2006, 111 ff; Wachter GmbHHR 2006, R 317 f.

(siehe hierzu oben unter Kapitel III 2) (1)), weshalb in diesem Punkt die Verwendung einer englischen Limited in Deutschland sogar nachteilig sein kann.

(3) Secretary

a) Ernennung und Aufgaben des secretary

Des Weiteren muss in jeder englischen Limited ein secretary²⁵⁹ – an dessen Qualifikation allerdings keine besonderen Anforderungen gestellt werden – vorhanden sein.

Dabei wird der erste²⁶⁰ secretary der Gesellschaft bei der Anmeldung der Gesellschaft ernannt, wohingegen die nachfolgenden laut Mustersatzung von dem board of directors zu bestimmen sind. Allerdings darf bei einer Gesellschaft, die nur durch einen director geleitet wird, dieser gemäß s. 283 I, II CA 1985 nicht gleichzeitig das Amt des secretary bekleiden²⁶¹.

Dem secretary obliegen verwaltende und formelle Aufgaben der Gesellschaft, so dass seine Verpflichtungen in etwa denjenigen eines Schriftführers entsprechen. Demnach ist er u.a. mit der Protokollführung, der Überwachung der Formalitäten bei einer Gesellschafter- oder Direktorenversammlung, sowie mit der Vorbereitung und Unterzeichnung der Mitteilungen an den registrar betraut.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass in der Company Law Reform Bill/CA 2006 die Abschaffung des secretary (s. 247) bei einer englischen Limited geplant ist. Danach sollen dann die Gesellschaft und damit im Grunde die directors die Aufgaben eines secretarys wahrnehmen²⁶².

b) Stellungnahme

Damit ist auf Grund der Notwendigkeit der Bestellung eines secretarys das Betreiben einer englischen Limited zum Teil aufwändiger und kostspieliger als bei einer deutschen GmbH, bei der für das Amt eines secretary kein Pendant existiert.

4) Minderheitenschutz

Im Anschluss an die Besprechung der Gesellschaftsorgane wird nun auf den Minderheitenschutz²⁶³ im englischen Gesellschaftsrecht – dem allerdings nur eine verhältnismäßig geringe Bedeutung zukommt – eingegangen.

Dabei folgt die eingeschränkte Bedeutung des Minderheitenschutzes bereits daraus, dass grundsätzlich keine Treuepflicht der Anteilseigner gegenüber der Gesellschaft besteht. Insofern wird das Stimmrecht der Anteilseigner als Eigentumsrecht eingeordnet, das der Eigner selbst dann zu seinem Vorteil ausüben darf, wenn der Gesellschaft dadurch ein Nachteil entsteht. Des Weiteren ist beispielsweise auch eine Stimmabgabe bei einem starken persönlichen Interesse an dem konkreten Beschluss möglich und Stimmrechtsbindungen sind zulässig²⁶⁴.

²⁵⁹ Heinz, S. 27; Rehm in Eidenmüller, S. 345; Triebel, S. 274 f; Kasolowsky in Hirte/Bücker, S. 132 f; Kadel MittBayNot 2006, 102 ff; Römermann NJW 2006, 2065 ff.

²⁶⁰ Eine englische Limited benötigt bereits mit ihrer Entstehung einen secretary.

²⁶¹ Heinz, S. 27; Rehm in Eidenmüller, S. 345; Triebel, S. 274 f; Kasolowsky in Hirte/Bücker, S. 132 f.

²⁶² Siehe hierzu Kadel MittBayNot 2006, 111 ff; Wachter GmbHHR 2006, R 317 f; Torwegge GmbHHR 2006, 919 ff.

²⁶³ Höfling, S. 150 ff; Rehm in Eidenmüller, S. 341 f; Triebel, S. 255 ff.

²⁶⁴ Triebel, S. 255.

Damit wird nachfolgend unter (1) auf den Minderheitenschutz über s. 459 CA 1985 und im Anschluss unter (2) auf den Schutz über eine personal oder derivative action (persönliche Klage; Klage im Namen der Gesellschaft) eingegangen.

(1) Minderheitenschutz über s. 459 CA 1985

Insofern ist festzustellen, dass der Minderheitenschutz bei einer englischen Limited primär über s. 459 CA 1985 verwirklicht wird.

Dabei liegt die Antragsberechtigung für ein derartiges Abhilfeverlangen sowohl bei dem einzelnen, als auch bei einer Gruppe von Gesellschaftern und zusätzlich gem. s. 460 CA 1985 bei dem secretary of state. Antragsgegner wird in der Regel der Mehrheitsgesellschafter oder der Geschäftsführer sein.

Somit kann sich ein Gesellschafter gem. s. 459 CA 1985 mit dem Vorbringen an ein Gericht wenden, dass die Führung der Angelegenheiten der Gesellschaft ihm gegenüber unfairly prejudicial erfolgt ist. Dabei ist eine Maßnahme dann unfairly prejudicial, wenn sie die Interessen eines Teils der Mitglieder unredlich beeinträchtigt bzw. eine Handlung/ein Unterlassen diese Interessen entsprechend tangiert.

Diesbetreffend wurde in der englischen Rechtsprechung u.a. dann ein unfair prejudice angenommen, wenn ein gravierendes Missmanagement²⁶⁵ vorlag, wenn trotz großer Gewinne keine Dividenden gezahlt worden sind und der Grund eine Benachteiligungsabsicht der Minderheitsgesellschafter war²⁶⁶, wenn unverhältnismäßig hohe Geschäftsführergehälter ausgezahlt wurden²⁶⁷ sowie bei dem Missbrauch von Gesellschaftsvermögen oder von Geschäftschancen²⁶⁸.

In solchen Fällen kann das Gericht gem. s. 461 CA 1985 eine angemessene Abhilfe²⁶⁹ anordnen. Hierbei ist insbesondere der Erlass einer buy-out order, wodurch der Antragsgegner bzw. die Gesellschaft zum Erwerb des Anteils des Antragsstellers verpflichtet wird, besonders häufig. Des Weiteren kann das Gericht z.B. die Vornahme bestimmter Handlungen verlangen oder Richtlinien für die künftige Geschäftsleitung vorgeben²⁷⁰.

(2) Personal und derivative action

Des Weiteren kann der Minderheitenschutz im prozessualen Bereich durch die Möglichkeit einer personal oder einer derivative action (persönliche Klage; Klage im Namen der Gesellschaft) ergänzt werden.

Dabei können die Gesellschafter über eine personal action die Verletzung eigener Rechte geltend machen, wohingegen eine derivative action die Möglichkeit eröffnet, den director oder andere Gesellschafter zur Erfüllung ihrer Pflichten gegenüber der Gesellschaft aufzufordern.

²⁶⁵ Re Marco (Ipswich) Ltd. (1994) B.C.L.C. 354 (Chancery Division).

²⁶⁶ Re Sam Weller Sons Ltd. (1990) Ch. 682.

²⁶⁷ Re Cumana Ltd. (1986) B.C.L.C. 430.

²⁶⁸ Re London Scholl of Electronics Ltd (1986) Ch. 211.

²⁶⁹ Dabei steht dem Gericht ein weiter Beurteilungsspielraum zu.

²⁷⁰ Höfling, S. 150 ff.

Allerdings ist die Möglichkeit des Vorgehens über einen derivative action auf Grund der Rechtsprechung in Foss v. Harbottle²⁷¹ beschränkt, da hierin festgelegt worden ist, dass grundsätzlich nur die Gesellschaft selbst die Pflichterfüllung ihr gegenüber gerichtlich einklagen kann²⁷².

Damit kann der Weg über eine personal oder derivative action nur einen eingeschränkten Minderheitenschutz gewähren.

(3) Stellungnahme

Demnach ist abschließend festzustellen, dass das Recht der deutschen GmbH grundsätzlich einen umfassenderen Minderheitenschutz als das Recht der englischen Limited gewährt. Insofern ist beispielhaft auf die §§ 50 I, II, III; 61 II 2 GmbH zu verweisen. Ferner ist es einem Gesellschafter nach dem deutschen Gesellschaftsrecht grundsätzlich nicht gestattet, bei Beschlüssen mitzustimmen, an denen er selbst ein starkes persönliches Interesse hat und auch Stimmrechtsbindungen sind im Grunde nicht möglich.

Allerdings muss festgestellt werden, dass sich ein Gesellschaftsgründer bei der Wahl seiner Rechtsform kaum entscheidend von dem Gedanken des Minderheitenschutzes leiten lassen wird. Folglich wird dieser Punkt schwerlich eine Verringerung der Zahl der zuziehenden englischen Limiteds bewirken können.

Jedoch ist gerade unter dem Gesichtspunkt des Minderheitenschutzes die Niederlassung einer englischen Limited in Deutschland relativ unbedenklich, da der eingeschränkte Schutz lediglich die Gesellschaftsinterna betrifft und sich ein Gesellschafter bewusst in diese Situation begeben und sie damit akzeptiert hat.

5) Haftung

Nachfolgend wird nun ein Überblick über die Haftung²⁷³ bei einer englischen Limited erstellt.

(1) Haftung der Gesellschaft

Zunächst ist festzustellen, dass die englische Limited mit der Gründungsbescheinigung (certificate of incorporation) eine eigene Rechtspersönlichkeit erhält und damit ab diesem Zeitpunkt selbst mit ihrem gesamten Vermögen für ihre Verbindlichkeiten haftet.

(2) Haftung der Gesellschafter

Dahingegen ist die Haftung der Gesellschafter einer englischen Limited ab dem Zeitpunkt, in dem die Gesellschaft Rechtsfähigkeit erlangt hat (d.h. Erteilung eines certificate of incorporation), grundsätzlich auf die Einlageschuld beschränkt (veil of incorporation). Allerdings muss hierfür eine Haftungsbeschränkungsklausel (liability clause, s. 2 CA 1985) in dem

²⁷¹ Foss v. Harbottle (1843) 2 Ha. 461.

²⁷² Jedoch haben sich hierzu – u.a. bei Höfling, S. 146 ff und Triebel, S. 258 f nachzulesende – Ausnahmen entwickelt.

²⁷³ Heinz, S. 35 f, 45 f; Rehm in Eidenmüller, S. 345 f; Triebel, S. 233 ff; Kasolowsky in Hirte/Bücker, S. 130 f; Höfling, S. 173 ff; Wachter DStR 2005, 1817 ff; Heinz AnwBl. 2004, 612 ff; Schall ZIP 2005, 965 ff.

Gesellschaftsvertrag aufgenommen worden sein, da anderenfalls eine unbeschränkte Haftung eintritt (siehe hierzu bereits oben unter Kapitel 1) und 2 (1)).

(3) Durchgriffshaftung

Jedoch kann – unabhängig von der Erfüllung der vorgenannten Voraussetzungen – in Ausnahmefällen im Wege des Haftungsdurchgriffs eine persönliche Haftung der Gesellschafter/Geschäftsführer eintreten (lifting the veil of incorporation). Da diese Fälle jedoch nur unzureichend gesetzlich geregelt sind, kommt es hierfür vorwiegend auf die englische Rechtsprechung und damit auf das englische Fallrecht an. Dabei ist vor allem die Entscheidung *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*²⁷⁴ aus dem Jahr 1897 wegweisend, nach der ein Haftungsdurchgriff nur äußerst zurückhaltend erfolgen darf.

Dennoch wurde seitens der englischen Rechtsprechung insbesondere in den nachfolgend aufgeführten Konstellationen²⁷⁵ eine Durchgriffshaftung bejaht. Danach ist ein Durchgriff beispielsweise möglich, wenn ein überragendes öffentliches Interesse die persönliche Haftung eines Gesellschafter/Geschäftsführers erforderlich macht²⁷⁶. Des Weiteren kommt eine Durchgriffshaftung bei der Umgehung rechtlicher Verpflichtungen²⁷⁷ (z.B. Gründung der Gesellschaft allein zu betrügerischen Zwecken) ebenso wie bei einem Missbrauch der gesellschaftsrechtlichen Form zur Verschaffung eines unberechtigten Haftungsvorteils (z.B. Einsetzen einer Gesellschaft als formellen Vertragspartner, obwohl tatsächlich allein der einzige Gesellschafter am Vertrag interessiert ist²⁷⁸) in Betracht.

Zusätzlich ist ein Durchgriff in den gesetzlich geregelten Fällen möglich. Hierzu gehört insbesondere die Haftung eines directors wegen wrongful trading²⁷⁹, s. 214 IA 1986, und wegen fraudulent trading, s. 213 IA 1986 (hierzu nachfolgend unter Kapitel 9) (1), (2)). Ferner beinhaltet der CDDA 1986 Durchgriffstatbestände (hierzu unter Kapitel 8)) und eine persönliche Haftung kommt auch nach den common law Regeln bei der Verletzung der directors' duties for the benefit of creditors²⁸⁰ in Betracht.

(4) Stellungnahme

Damit ergibt sich aus den vorangegangenen Ausführungen, dass die englische Limited in Bezug auf die Haftung keine entscheidenden Vorteile im Vergleich zu einer deutschen GmbH aufweist.

Bei beiden Gesellschaftsformen haftet die Gesellschaft ab dem Zeitpunkt der Erlangung der Rechtsfähigkeit selbst und mit ihrem gesamten Vermögen für ihre Verbindlichkeiten.

²⁷⁴ *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.* (1897) A.C. 22, H.L.

²⁷⁵ Die Einteilung in Fallgruppen ist insofern schwierig, als in der englischen Literatur und Rechtsprechung nicht einheitlich vorgegangen wird. Allerdings liegen die Probleme schwerpunktmäßig in der Fallgruppenbildung und weniger darin, wann ein Durchgriff möglich ist (wobei auch diesbezüglich viele Unsicherheiten bestehen).

²⁷⁶ *Daimler Co. Ltd. v. Continental Tyre and Rubber Co. (Great Britain) Ltd.* (1916) 2 A.C. 307 (H.L.).

²⁷⁷ *Creasey v. Breachwood Motors Ltd.* (1993) B.C.L.C. 480.

²⁷⁸ *Woolfson v. Strathclyde Regional Council* 1978 S.L.T. 159, H.L.Sc.

²⁷⁸ Rehm in Eidenmüller, S. 347 ff; Höfling, S. 167 ff.

²⁷⁹ Rehm in Eidenmüller, S. 347 ff; Höfling, S. 167 ff.

²⁸⁰ Dabei sind die directors duties for the benefit of creditors den Grundsätzen des wrongful trading funktionell sehr nah. Danach kann sich der Geschäftsführer der Gesellschaft schadenersatzpflichtig machen, wenn er in der Krise zu Ungunsten der Gläubiger die Geschäfte der Gesellschaft fortführt. Allerdings haben sich die genauen Tatbestandsmerkmale noch nicht abschließend herauskristallisiert.

Des Weiteren ist sowohl bei der englischen Limited als auch bei der deutschen GmbH die Haftung der Gesellschafter ab dem Zeitpunkt der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft auf die Einlageverpflichtung beschränkt. Insofern sind zwar die Gesellschafter einer englischen Limited hinsichtlich der Gestaltung der Einlageverpflichtung freier, dafür müssen sie jedoch im Gegensatz zu den Gesellschaftern einer deutschen GmbH zwingend eine Haftungsbeschränkungsklausel in den Gesellschaftsvertrag aufnehmen, da sie anderenfalls einer unbeschränkten persönlichen Haftung ausgesetzt sind.

Darüber hinaus kennt sowohl das englische als auch das deutsche Recht Durchgriffstatbestände, die in beiden Rechtsordnungen äußerst restriktiv gehandhabt werden.

Folglich können aus haftungsrechtlicher Sicht keine grundlegenden Vorteile zu Gunsten der englischen Limited angeführt werden.

6) Staatsaufsicht

Im Anschluss an die Besprechung der Haftung bei einer englischen Limited wird nun auf die Staatsaufsicht im englischen Gesellschaftsrecht eingegangen²⁸¹.

(1) Staatsaufsicht bei einer in England ansässigen englischen Limited

Die Staatsaufsicht über eine in England ansässige Gesellschaft untersteht dem Department of Trade and Industry (englisches Wirtschaftsministerium). Sie dient der Kontrolle der Gesellschaften und leistet damit einen erheblichen Beitrag zur Rechtssicherheit und zum Gläubigerschutz.

Hierfür stehen der Aufsichtsbehörde gem. Part XIV CA 1985 grundsätzlich zwei unterschiedliche Vorgehensweisen zur Verfügung. Die Aufsichtsbehörde kann entweder gemäß s. 447 CA 1985 auf informellem Weg oder aber gemäß ss. 431 ff CA 1985 über die Ernennung von Inspektoren, welche die Angelegenheiten der Gesellschaft untersuchen, zu Informationen über eine Gesellschaft gelangen.

Bestätigen sich durch die vorgenannten Untersuchungen Vorwürfe gegenüber einer Gesellschaft, können der Gesellschaft zivil- und strafrechtliche Konsequenzen drohen. Zusätzlich ist die Disqualifizierung des directors (hierzu ausführlich unter Kapitel 8)) möglich und bei einer unzumutbaren Schädigung der Anteilseigner können Anweisungen für ein künftiges Geschäftsgebaren erteilt werden. In Extremfällen ist eine Auflösung der Gesellschaft möglich.

(2) Stellungnahme

Damit ist festzustellen, dass das englische Recht teilweise strenger ist als das deutsche, das keine vergleichbare Staatsaufsicht kennt. Das englische Recht ist folglich ebenso wie das deutsche um einen ausgewogenen Rechtsschutz und einen Ausgleich zwischen den Gesellschafts- und Gläubigerinteressen bemüht, auch wenn hierfür andere Wege eingeschlagen werden als im deutschen Recht.

Allerdings kann es bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited deshalb zu Problemen kommen, weil das englische Schutzsystem durch einen Grenzübergang in seiner

²⁸¹ Siehe hierzu Rehm in Eidenmüller, S. 345 ff; Kasolowsky in Hirte/Bücker, S. 130 ff; Höfling, S. 173 ff.

Funktionstauglichkeit beeinträchtigt wird. Hiervon ist gerade die englische Staatsaufsicht massiv betroffen, da diese auf Grund der territorialen Beschränkung der Hoheitsgewalt bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited keine Wirksamkeit entfaltet. Damit entsteht die Gefahr, dass das englische Gesellschaftsrecht – entgegen seiner Zielsetzung – die Gesellschaft einseitig zu Lasten der Gläubiger bevorzugt.

Demzufolge müssen im deutschen Recht Ausgleichsmechanismen zur Schließung der mit dem Wegzug einer englischen Limited aus England entstehenden Schutzlücken gefunden werden. Diese Thematik wird nachfolgend unter Kapitel VII ausführlich behandelt.

7) Publizität und Rechnungslegung

Nachfolgend ist auf die Publizität und die Rechnungslegung im englischen Gesellschaftsrecht einzugehen. Dabei ist es Sinn der Offenlegungspflichten, den Gläubigern und Geschäftspartnern eine Möglichkeit zu eröffnen, sich über ihren Vertragspartner zu informieren, um dadurch die eigenen Geschäftsinteressen entsprechend anpassen zu können. Damit kann die Offenlegung einen nicht unerheblichen Beitrag zum Gläubigerschutz leisten²⁸².

(1) Buchführung (accounting)

Dabei ist eine englische Limited gem. s. 221f CA 1985 zur Buchführung verpflichtet (accounting)²⁸³. Die Bücher müssen die finanzielle Situation der Gesellschaft widerspiegeln und die Geschäfte der Gesellschaft erläutern²⁸⁴. Des Weiteren muss es einem director auf Grund der in den Büchern vorgenommenen Aufzeichnungen möglich sein, Bilanzen (balance sheet) und Gewinn-und-Verlust-Rechnungen (profit and loss account) zu erstellen²⁸⁵.

(2) Jahresabschluss (annual account)

Ferner hat eine englische Limited gem. s. 226 CA 1985 einen Jahresabschluss (annual account) zu erstellen, der aus einer Bilanz (balance sheet), einer Gewinn-und-Verlust-Rechnung (profit and loss account), dem Geschäftsbericht²⁸⁶ der directors (directors' report) und dem Prüfungsbericht eines Wirtschaftsprüfers²⁸⁷ (auditors' report) besteht²⁸⁸.

²⁸² Heinz, S. 47 ff; Rehm in Eidenmüller, S. 349 f; Triebel, S. 276 ff; Kasolowsky in Hirte/Bücker, S. 146 ff, Kessler/Eicke DStR 2005, 2101 ff; Heinz AnwBl. 2004, 612 ff; Kadel MittBayNot 2006, 102 ff; Dierksmeier BB 2005, 1516 ff.

²⁸³ Heinz, S. 47 ff; Rehm in Eidenmüller, S. 349 f; Triebel, S. 276 ff; Kasolowsky in Hirte/Bücker, S. 146 ff, Kessler/Eicke DStR 2005, 2102 f; Heinz AnwBl. 2004, 614 f; Kadel MittBayNot 2006, 102 ff.

²⁸⁴ Heinz, S. 47 ff; Rehm in Eidenmüller, S. 349 f; Triebel, S. 276 ff; Kasolowsky in Hirte/Bücker, S. 146 ff, Kessler/Eicke DStR 2005, 2101 ff; Heinz AnwBl. 2004, 612 ff; Kadel MittBayNot 2006, 102 ff.

²⁸⁵ Heinz, S. 47 ff; Rehm in Eidenmüller, S. 349 f; Triebel, S. 276 ff; Kasolowsky in Hirte/Bücker, S. 146 ff, Kessler/Eicke DStR 2005, 2101 ff; Heinz AnwBl. 2004, 612 ff; Kadel MittBayNot 2006, 102 ff.

²⁸⁶ Obligatorischer Inhalt: ss. 234-234A CA 1988 (Anteile der Direktoren, Veränderung des Anlagevermögens, Umsatz...). Vergleichbar mit § 289 HBG.

²⁸⁷ S. 384 CA 1985: Jede Gesellschaft muss einen unabhängigen Rechnungsprüfer (auditor) bestellen. Dieser wird von der Gesellschafterversammlung benannt. Allerdings können die Gesellschafter mittels einer elective resolution auf ihr Recht verzichten und die Befugnis an den director abgeben, s. 386 CA 1985. Wird kein Beschluss gefasst, gelten die Prüfer des Vorjahres als bestellt.

²⁸⁸ Ferner ist der Jahresabschluss der Gesellschafterversammlung vorzulegen. Hierauf kann verzichtet werden, wobei der Jahresabschluss dann zugesandt werden muss, ss. 252, 379 A CA 1985.

Darüber hinaus müssen gem. s. 244 CA 1985 innerhalb von zehn Monaten nach Beendigung des Geschäftsjahres die Unterlagen bei dem Companies House eingereicht werden. Kommen die directors dieser Verpflichtung nicht nach, droht ihnen und der Gesellschaft selbst gem. ss. 242, 242A CA 1985 eine Strafe und ein Bußgeld. Allerdings gelten gem. s. 246f CA 1985 für englische Limiteds, die eine bestimmte Größe nicht überschreiten, vereinfachte Berichtspflichten²⁸⁹.

(3) Jahresbericht (annual return)

Zudem muss die Gesellschaft, d.h. der director oder secretary, gem. ss. 364, 364A CA 1985 einen Jahresbericht (annual return²⁹⁰), der eine Übersicht über allgemeine Informationen liefert, erstellen und bei dem Companies House einreichen. Dabei ist der annual return zum Jahrestag der Gesellschaftsgründung bzw. innerhalb der 28 folgenden Tage einzureichen. Anderenfalls kann ein Bußgeld erhoben werden. Zusätzlich ist dem Jahresbericht ein Scheck zur Deckung der jährlich anfallenden Gebühr (filing fee) beizulegen²⁹¹.

(4) Laufende Berichts- und Mitteilungspflichten

Darüber hinaus bestehen bei einer englischen Limited laufende Berichts- und Mitteilungspflichten an die Registerbehörde, die unter anderem Modifikation des memorandums oder der articles, Veränderungen bezüglich der directors oder eine Änderung des registered office betreffen²⁹². Zusätzlich sind auch special, extraordinary und z.T. ordinary²⁹³ resolutions sowie ähnliche Entscheidungen der Registerbehörde zu melden (hierzu bereits oben unter Kapitel 3) (2)).

Dabei werden die vorgenannten Mitteilungen durch die Registerbehörde in der Londoner Gazette veröffentlicht. Die Gesellschaft kann sich erst im Anschluss daran Dritten gegenüber, die von den Änderungen keine positiven Kenntnisse besessen haben, auf diese berufen.

Kommt es zu einem Verstoß gegen die Meldepflichten, kann dieses Verhalten eine Geldstrafe für die Gesellschaft nach sich ziehen.

(5) Stellungnahme

Die vorgenannten Publizitäts- und Rechnungslegungspflichten sind grundsätzlich auch auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited anwendbar. Allerdings können hierbei infolge des Grenzübertretes in mehrfacher Hinsicht Probleme auftreten, wodurch für einen Gesellschaftsgründer die Errichtung einer englischen Limited an Attraktivität einbüßen kann²⁹⁴.

²⁸⁹ Heinz, S. 47 ff; Rehm in Eidenmüller, S. 349 f; Triebel, S. 276 ff; Kasolowsky in Hirte/Bücker, S. 146 ff, Kessler/Eicke DStR 2005, 2101 ff; Heinz AnwBl. 2004, 612 ff; Kadel MittBayNot 2006, 102 ff; Dierksmeier BB 2005, 1516 ff.

²⁹⁰ Der Inhalt ergibt sich im Einzelnen aus den ss. 364, 364A CA 1985. Der Jahresbericht führt u.a. die Adresse des registered office, den Namen und die Adressen der directors und secretaries auf.

²⁹¹ Heinz, S. 47 ff; Rehm in Eidenmüller, S. 349 f; Triebel, S. 276 ff; Kasolowsky in Hirte/Bücker, S. 146 ff, Kessler/Eicke DStR 2005, 2101 ff; Heinz AnwBl. 2004, 612 ff; Kadel MittBayNot 2006, 102 ff.

²⁹² Heinz, S. 47 ff; Rehm in Eidenmüller, S. 349 f; Triebel, S. 276 ff; Kasolowsky in Hirte/Bücker, S. 146 ff, Kessler/Eicke DStR 2005, 2101 ff; Heinz AnwBl. 2004, 612 ff; Kadel MittBayNot 2006, 102 ff.

²⁹³ s. 380 CA 1985.

²⁹⁴ Siehe hierzu Eidenmüller/Rehberg ZVglRWiss 105 (2006), 427 ff.

Zunächst müssen bei einer in Deutschland niedergelassenen englische Limited, die ihre Bücher außerhalb Großbritanniens führt, die entsprechenden Unterlagen in regelmäßigen Abständen an das registered office nach England gesendet werden und bei Nichtbeachtung dieser Verpflichtung drohen strafrechtliche Konsequenzen. Bereits deshalb kann das Betreiben einer englischen Limited in Deutschland im Vergleich zu einer deutschen GmbH einen Mehraufwand begründen und ein erhöhtes Risiko darstellen.

Des Weiteren besteht für die Gesellschafter einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited Unsicherheit darüber, ob sich die Buchführung der Gesellschaft nach deutschem oder nach englischem Recht richten muss. Insofern plädiert eine Ansicht²⁹⁵ für die Anwendung der deutschen Vorschriften und begründet dies darüber, dass die Buchführungsregeln öffentlich-rechtlich zu qualifizieren seien. Dahingegen geht die wohl herrschende Meinung²⁹⁶ von einer gesellschaftsrechtlichen Qualifikation der Normen und damit der Maßgeblichkeit des englischen Rechts aus.

Ferner muss eine in Deutschland niedergelassene englische Limited – unabhängig davon, welcher Ansicht man hinsichtlich der Buchführungsregelungen folgt – sowohl nach deutschem als auch nach englischem Recht bilanzieren. Dadurch entsteht gegenüber der Führung einer deutschen GmbH ein zusätzlicher Aufwand²⁹⁷. Darüber hinaus setzt sich bei der Überprüfung der Bilanz der oben angeführte Streit über die einschlägige Rechtsordnung fort und schafft damit zusätzliche Rechtsunsicherheit²⁹⁸.

Insbesondere können Fehler im Rahmen der Offenlegung und Publizität weitreichende Konsequenzen nach sich ziehen. Die directors selbst können mit einem Bußgeld belegt werden. Ferner ist in England die Löschung der Gesellschaft möglich, wodurch die Gesellschafter durch den Wegfall der juristischen Person einer persönlichen Haftung ausgesetzt werden können²⁹⁹.

Damit zeigt sich, dass die Führung einer englischen Limited in Deutschland jedenfalls bezüglich der Publizitäts- und Rechnungslegungspflichten aufwändiger und risikobelasteter als das Betreiben einer deutschen GmbH sein kann.

8) Companies Directors Disqualification Act 1986

Nachfolgend wird auf den Companies Directors Disqualification Act 1986 (CDDA) eingegangen. Dabei leistet der CDDA einen wesentlichen Beitrag zum Schutz des Rechtsverkehrs, da hierüber Mindeststandards für directors einer englischen Limited aufgestellt werden und durch die Möglichkeit der Disqualifizierung und Entfernung ungeeigneter directors ein Gegengewicht zur beschränkten Haftung geschaffen wird³⁰⁰.

Dabei ist nach dem CDDA dann eine Disqualifizierung vorgesehen, wenn ein director die mit dem Haftungsprivileg einhergehenden Verpflichtungen, sei es aus Böswilligkeit oder aus

²⁹⁵ Kindler, in MüKo-BGB, IntGesR, Rn. 183; Ebert/Levedage GmbHR 2003, 1337 ff.

²⁹⁶ Hirsch/Britain NZG 2003, 1100 ff.

²⁹⁷ Graf von Bernstorff RIW 2004, 498 ff; Just, S. 60.

²⁹⁸ Großfeld in Staudinger, IntGesR, Rn. 366: Gesellschaftsrechtliche Qualifikation mit der Folge der Anwendung der englischen Vorschriften; Ebert/Levedage GmbHR 2003, 1337 ff: Öffentlich-rechtliche Qualifikation: Anwendung der deutschen und englischen Vorschriften.

²⁹⁹ Wachter MDR 2004, 611 ff; Wachter DStR 2005, 1817 ff; Kallmeyer DB 2004, 636 ff; Heinz AnwBl. 2004, 612 ff.

³⁰⁰ Höfling, S. 183 ff; Walterscheid DZWIR 2006, 95 ff.

Inkompetenz, nicht erfüllen kann³⁰¹. Als Konsequenz einer Disqualifizierung kann die betroffene Person für einen bestimmten Zeitraum nur noch unbeschränkt persönlich haftend am Wirtschaftsleben teilnehmen. Damit unterliegt der leichte Zugang zu einer Kapitalgesellschaft einer späteren Kontroll- und Korrekturmöglichkeit³⁰².

Im Anschluss wird nun unter (1) auf die Einordnung des CDDA, unter (2) auf die verschiedenen Tatbestände der Disqualifizierung, unter (3) auf die Folgen einer Disqualifizierung und unter (4) auf die Parallelen und Unterschiede des deutschen Gesellschaftsrechts und des englischen CDDA eingegangen. Unter (5) erfolgt eine abschließende Stellungnahme.

(1) Einordnung des CDDA

Zunächst ist auf die Einordnung des CDDA einzugehen. Dabei kommt der Zuordnung des CDDA deshalb eine wesentliche Bedeutung zu, weil der CDDA, wenn er unter das Gesellschaftsrecht fallen sollte, bereits auf Grund der Geltung der Gründungstheorie auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited zur Anwendung gelangen könnte.

Allerdings weist der CDDA sowohl zum Gesellschafts- als auch zum Insolvenzrecht eine Verbindung auf. Dies ergibt sich daraus, dass die Disqualifizierung eines directors zunächst im CA (Companies Act) geregelt war, später aber auch einige Normen in den IA (Insolvency Act) aufgenommen wurden und erst im Anschluss die Disqualifizierungsregelungen in einem eigenen Gesetz, dem CDDA, zusammengefasst worden sind³⁰³. Dabei lässt sich für eine insolvenzrechtliche Einordnung des CDDA anführen, dass die Disqualifikation oftmals an die Eigenschaft als director einer insolventen Gesellschaft anknüpft. Allerdings ist für eine Disqualifizierung die Insolvenz einer Gesellschaft nicht zwingend erforderlich. Vielmehr soll der CDDA primär die Durchsetzung der Pflichten und Obliegenheiten eines directors sicherstellen und Verstöße hiergegen sanktionieren. Da jedoch die Aufgaben eines directors maßgeblich im Gesellschaftsrecht definiert werden, liegt eine Zuordnung des CDDA zum Gesellschaftsrecht ebenfalls nahe³⁰⁴.

Da sowohl für eine insolvenzrechtliche als auch für eine gesellschaftsrechtliche Zuordnung gewichtige Argumente angeführt werden können, kann die Frage nach der Einordnung des CDDA nicht mit endgültiger Sicherheit geklärt werden. Allerdings wiegt dieser Umstand deshalb so schwer, weil der CDDA bei einer gesellschaftsrechtlichen Einordnung auf Grund der Geltung der Gründungstheorie auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited zur Anwendung gelangen würde, wohingegen dies bei einer insolvenzrechtlichen Einordnung grundsätzlich ausscheiden müsste, da sich das Insolvenzrecht bei einer inländischen englischen Limited regelmäßig gemäß Art. 3, 4 EuInsVO nach dem deutschen Recht richtet (siehe hierzu bereits oben unter III 2) (2))³⁰⁵. Damit wird sowohl im Folgenden Abschnitt (5) als auch unter Kapitel VII auf die Frage nach der Anwendbarkeit des CDDA bzw. auf die Schaffung alternativer Schutzmechanismen vertieft eingegangen.

³⁰¹ Höfling, S. 183 ff.

³⁰² Davies AG 1998, 346 ff.

³⁰³ Höfling, S. 183 ff.

³⁰⁴ Höfling, S. 183 ff.

³⁰⁵ Allerdings für die Geltung des CDDA auch bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited Rönnau ZGR 2005, 832 ff.

(2) Disqualifizierungstatbestände

Nachfolgend werden die zur Disqualifizierung führenden Tatbestände³⁰⁶ dargestellt. Dabei wird besonderes Augenmerk auf den Tatbestand der unfitness gerichtet, da dieser in der Praxis am häufigsten zu einer Disqualifizierung eines directors führt.

Danach ist eine Disqualifizierung eines directors möglich, wenn dieser wegen einer Straftat in Verbindung mit der Gründung, Leitung oder Liquidation einer Gesellschaft verurteilt worden ist³⁰⁷. Ferner kommt eine Disqualifizierung in Betracht, wenn ein Verstoß gegen die Buchführungs- und Publizitätspflichten vorliegt oder einem director ein wrongful oder fraudulent trading nachgewiesen werden kann (hierzu nachfolgend unter Kapitel 9) (1), (2)). Darüber hinaus führt die Eigenschaft als nicht entlasteter Konkurschuldner zu einer Disqualifizierung.

Des Weiteren kommt eine Disqualifizierung in Betracht, wenn einem director unfitness nachgewiesen werden kann. Dabei können von diesem Tatbestand nicht nur die directors selbst sondern auch die shadow und de facto directors³⁰⁸ erfasst werden³⁰⁹. Wann allerdings eine unfitness vorliegt, ist nicht ohne weiteres festzustellen und unterliegt in weiten Teilen der gerichtlichen Beurteilung. Dabei sind in der Rechtsprechung beispielsweise erhebliche Unzulänglichkeiten bei der Buchführung und Rechnungslegung, Konkursverschleppung oder eine im Hinblick auf den Gesellschaftszweck bereits von Anfang an bestehende Unterkapitalisierung der Gesellschaft als Verdachtsmomente für das Vorliegen einer unfitness herangezogen worden³¹⁰. Ferner können dem Gesetz in s. 9 CDDA 1986 i.V.m. Schedule 1 weitere Indizien für die unfitness eines directors entnommen werden. Danach kann u.a. dann von einer unfitness ausgegangen werden, wenn dem director ein Verstoß gegen die directors' duties und die fiduciary duties vorzuwerfen ist. Des Weiteren liegt eine unfitness nahe, wenn der director Handlungen vorgenommen hat, die in der Insolvenz angefochten werden können.

(3) Folgen der Disqualifizierung

Wird ein director einer englischen Limited disqualifiziert, so ist es ihm dadurch für einen bestimmten Zeitraum untersagt, das Amt eines directors, liquidators, administrators, receivers oder managers zu bekleiden. Darüber hinaus darf er gemäß s. 1 (1) CDDA weder direkt noch indirekt an der Gründung oder Leitung einer Gesellschaft teilnehmen³¹¹.

Missachtet der disqualifizierte director die vorgenannten Verbote und wird beispielsweise erneut als director einer englischen Limited tätig, so zieht dieses Verhalten gemäß s. 13 f CDDA strafrechtliche Konsequenzen nach sich. Darüber hinaus wird er gemäß s. 15 CDDA einer persönlichen Haftung ausgesetzt, so dass die Disqualifizierung zu einer gesetzlich geregelten Durchgriffshaftung führen kann³¹².

Ferner führt der Verstoß gegen die Disqualifizierung nicht nur bei dem betroffenen director, sondern daneben auch bei denjenigen Personen, die Anweisungen des disqualifizierten directors

³⁰⁶ Siehe hierzu ss. 2, 3, 4, 6, 7, 8, 10, 11 CDDA 1986.

³⁰⁷ Siehe hierzu u.a. Vorpeil RIW 2005, 850 ff.

³⁰⁸ s. 6 (3), s. 22 (4) CDDA 1986.

³⁰⁹ Höfling, S. 183 ff.

³¹⁰ Höfling, S. 183 ff.

³¹¹ Höfling, S. 183 ff.

³¹² Höfling, S. 183 ff.

entgegengenommen haben bzw. bereit sind, danach zu handeln, und direkt oder indirekt an der Geschäftsleitung teilnehmen, zu einer persönlichen Haftung³¹³.

Allerdings sind die Wirkungen des CDDA nur auf die Zukunft gerichtet. Dafür wird jedoch durch den CDDA die Geltendmachung weitere Ansprüche nicht ausgeschlossen³¹⁴.

(4) Parallelen und Unterschiede des deutschen Gesellschaftsrechts zum englischen CDDA

Nachdem der CDDA in seinen Grundzügen dargestellt wurden, werden anschließend unter a) die Parallelen und unter b) die Unterschiede des CDDA zum deutschen Gesellschaftsrecht aufgezeigt. Durch diese Gegenüberstellung soll verdeutlicht werden, dass das englische und das deutsche Recht deutliche Gemeinsamkeiten aufweisen, wobei das englische Recht sogar in Teilen erheblich strenger und auch ausgefeilter ist.

a) Parallelen des CDDA zum deutschen Gesellschaftsrecht

Dabei kann zunächst zwischen dem § 6 II 3 GmbHG bzw. dem § 76 III 3, 4 AktG des deutschen Rechts und der Disqualifizierung eines directors wegen der Verurteilung auf Grund einer Straftat eine Ähnlichkeit ausgemacht werden. In beiden Rechtsordnungen wird eine Person, die wegen einer bestimmten Straftat verurteilt worden ist, für eine begrenzte Dauer von der Ausübung des Amtes eines directors/Geschäftsführers ausgeschlossen. Allerdings ist das englische Recht insofern weitreichender, als der disqualifizierte director bei einer Zuwiderhandlung der persönlichen Haftung ausgesetzt wird³¹⁵.

Des Weiteren weisen die Disqualifizierung wegen mangelhafter Buchführung nach englischem Recht und die Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung nach deutschem Gesellschaftsrecht erhebliche Ähnlichkeit auf. Denn die Umstände, die nach englischem Recht zu einer Disqualifizierung führen, können im deutschen Recht eine Durchgriffshaftung begründen. Dazu ist es in beiden Rechtsordnungen erforderlich, dass es den Gläubigern der Gesellschaft – entweder auf Grund der ungenügenden Buchführung oder infolge der Vermögensvermischung – nicht länger möglich ist, die finanzielle Lage der Gesellschaft zu überblicken und ihr Verhalten daran anzupassen, ebenso wie es dem director/Geschäftsführer der Gesellschaft wegen der unübersichtlichen Vermögenslage unmöglich sein muss, adäquat auf die finanzielle Situation der Gesellschaft zu reagieren. Darüber hinaus führt sowohl die Disqualifizierung wegen mangelhafter Buchführung – allerdings nur bei Zuwiderhandlungen gegen die Disqualifizierung – als auch die Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung zu einer persönlichen Haftung der verantwortlichen Personen.

Ferner sieht das englische Recht eine Disqualifizierung desjenigen directors vor, dem ein Handeln auf Kosten der Gläubiger vorzuwerfen ist. Dabei kann insbesondere dann von einem Handeln auf Kosten der Gläubiger ausgegangen werden, wenn die Gesellschaft im Hinblick auf ihren Gesellschaftszweck eine völlig unzureichende Kapitalausstattung aufweist. Demnach muss der director zur Vermeidung einer Disqualifizierung und einer persönlichen Haftung dafür Sorge tragen, dass die Gesellschaft angemessen kapitalisiert ist. Damit entspricht die vorgenannte

³¹³ Höfling, S. 183 ff.

³¹⁴ Höfling, S. 183 ff.

³¹⁵ Insofern ist zwar durch das MoMiG (hierzu unter Kapitel VIII) eine Erweiterung des § 6 GmbHG vorgesehen, jedoch wird § 6 GmbHG auch für den Fall der Umsetzung des MoMiG nicht an die Strenge des CDDA heranreichen.

Disqualifizierung der in Deutschland diskutierten – aber zumindest seitens der Rechtsprechung abgelehnten – Fallgruppe der Durchgriffshaftung wegen qualifizierter Unterkapitalisierung.

b) Unterschiede des CDDA zum deutschen Gesellschaftsrecht

Allerdings weisen der englische CDDA und das deutsche Gesellschaftsrecht auch Unterschiede auf.

Insofern ist zunächst auf den zeitlichen Wirkungsbereich des CDDA und des entsprechenden deutschen Rechts einzugehen. Während die Disqualifizierung nur für die Zukunft Bedeutung entfaltet, reagiert das deutsche Gesellschaftsrecht auf vergangene Ereignisse. Jedoch fällt diese Abweichung deshalb nicht wesentlich ins Gewicht, weil der CDDA u.a. durch das Insolvenzrecht (siehe nachfolgend unter Kapitel 9)) ergänzt wird, das wiederum Sachverhalte in der Vergangenheit erfassen kann.

Des Weiteren sind der englische CDDA und das entsprechende deutsche Gesellschaftsrecht hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs teilweise verschieden. Während der englische CDDA nur die directors einer Gesellschaft erfasst, können über die entsprechenden deutschen Durchgriffstatbestände auch die Gesellschafter einer Haftung ausgesetzt werden. Allerdings ist diese Abweichung deshalb nicht so gravierend, weil unter einem director im Sinne des CDDA grundsätzlich auch der shadow und de facto director zu verstehen ist, wohingegen der Anwendungsbereich der entsprechenden deutschen Durchgriffshaftung auf diejenigen Gesellschafter beschränkt ist, die eine gewisse Einflussmöglichkeit auf die Gesellschaft besitzen³¹⁶. Damit nähert sich auch der persönliche Anwendungsbereich der deutschen Durchgriffshaftung dem des englischen CDDA deutlich an.

(5) Stellungnahme

Damit zeigen die vorangegangenen Ausführungen, dass das englische Gesellschaftsrecht keinesfalls einseitig nur die Gesellschaftsinteressen fördert. Das englische Recht ist zwar in Teilbereichen – wie z.B. bei der Kapitalaufbringung – großzügiger als das deutsche, jedoch wird dafür an anderer Stelle – wie beispielsweise dem CDDA – erfolgreich ein Ausgleich geschaffen.

Dementsprechend darf die Entscheidung zwischen einer englischen Limited und einer deutschen GmbH niemals nur auf einen Teilbereich gestützt werden, sondern es ist stets das gesamte einschlägige Recht in die Überlegung mit einzubeziehen. Fällt beispielsweise deshalb die Wahl auf eine englische Limited, weil das englische Recht keine Verpflichtung zur Aufbringung eines Mindestkapitals enthält, so darf hierbei nicht übersehen werden, dass das englische Recht dafür bei einer gläubigerschädigenden Unterkapitalisierung eine Disqualifizierung und eine persönliche Haftung vorsieht (s.o. unter (2)). Damit können die deutschen Mindestkapitalaufbringungsvorschriften je nach dem Gegenstand des Unternehmens sogar geringere Anforderung an die Kapitalausstattung einer Gesellschaft stellen. Darüber hinaus liefert das deutsche Recht klare Vorgaben, bei deren Erfüllung ein Gesellschafter – auf Grund der Nichtanerkennung der Durchgriffshaftung wegen qualifizierter Unterkapitalisierung – grundsätzlich keine persönliche Haftung zu fürchten hat, wohingegen die im englischen Recht für die Vermeidung einer Disqualifizierung und einer persönlichen Haftung erforderliche Feststellung einer zureichenden Kapitalisierung stets mit einer gewissen Unsicherheit belastet ist.

³¹⁶ Schmidt, S. 243.

Allerdings ist die Anwendung des strengen englischen CDDA auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited nicht unstrittig, da der CDDA – wie bereits oben erörtert – sowohl eine Nähe zum Gesellschafts- als auch zum Insolvenzstatut aufweist. Nur wenn der CDDA gesellschaftsrechtlich einzuordnen ist, können dessen Regelungen auf Grund der Geltung der Gründungstheorie auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited zur Anwendung gelangen. Jedoch bringt dieser Umstand für einen director einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited keinen Vorteil, da er dadurch stets mit der Unsicherheit hinsichtlich der Geltung des CDDA belastet ist.

Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass, wenn der CDDA nicht anwendbar sein sollte, in jedem Fall mit einer Schließung der daraus entstehenden Schutzlücken zu rechnen ist. Die Niederlassungsfreiheit schützt zwar seit der Entscheidung Centros (hierzu nachfolgend unter Kapitel VI 2)) die Wahl einer regelungsärmeren Rechtsordnung, nicht aber die Ausnutzung vorhandener Defizite bei der Europäisierung. Da aber die Nichtanwendung des CDDA darauf zurückzuführen wäre, dass noch keine hinreichende Abstimmung zwischen den nationalen Rechtsordnungen, dem internationalem Privatrecht/Gesellschaftsrecht und den europäischen Freiheiten erfolgt ist, wäre von einem Mangel bei der Europäisierung auszugehen. Auf die Möglichkeiten zur Lückenschließung wird nachfolgend unter Kapitel VII ausführlich eingegangen.

9) Materielles Insolvenzrecht

Im Anschluss an die Besprechung des CDDA 1986 wird nun auf das englische Insolvenzrecht eingegangen. Dabei unterteilt sich dieses in den bankruptcy und den insolvency, je nachdem ob eine natürliche (bankruptcy) oder juristische Person (insolvency) betroffen ist. Dementsprechend wird nachfolgend nur der für juristische Personen maßgebliche Teil des englischen Insolvenzrechts behandelt. Des Weiteren erfolgt eine Konzentration auf die für den Gläubigerschutz wesentlichen Rechtsfiguren³¹⁷. Damit wird unter (1) das fraudulent trading, unter (2) das wrongful trading, unter (3) das misfeasance proceeding und unter (4) die Wiederverwendung der Firma einer insolventen Gesellschaft besprochen.

(1) Fraudulent trading, s. 213 IA 1986

Das fraudulent trading ist in s. 213 IA 1986 geregelt. Dabei ist der Tatbestand des s. 213 IA 1986 dann erfüllt, wenn ein director oder eine andere Person absichtlich eine betrügerische Handlung vornimmt, während sich die Gesellschaft in Abwicklung – nicht zwingend in der Insolvenz – befindet³¹⁸. Als Rechtsfolge kann das fraudulent trading zur persönlichen Haftung der betrügerisch handelnden Person führen und stellt damit einen gesetzlich geregelten Fall der Durchgriffshaftung dar.

Allerdings ist die Bedeutung dieses Haftungsinstruments in der Praxis gering, da der Nachweis der Betrugsabsicht regelmäßig mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist und oftmals misslingt.

³¹⁷ Ausführlich zum englischen Insolvenzeröffnungsverfahren im Anwendungsbereich der EuInsVO Schilling DZWIR 2005, 143 ff.

³¹⁸ Höfling, S. 223 f.

(2) Wrongful trading, s. 214 IA 1986

Des Weiteren stellt auch die in s. 214 IA 1986 geregelte Haftung wegen wrongful trading eine gläubigerschützende Rechtsfigur dar³¹⁹.

Dabei ist der persönliche Anwendungsbereich des wrongful trading – anderes als bei dem fraudulent trading – auf die directors einer Gesellschaft beschränkt, wobei jedoch gemäß s. 214 VII IA 1986 auch die shadow und de facto directors miterfasst werden.

In tatbestandlicher Hinsicht setzt die Haftung wegen wrongful trading die Eröffnung eines Insolvenzverfahren wegen Überschuldung (Zahlungsunfähigkeit als Insolvenzgrund genügt nicht) voraus (s. 214 VI IA 1986). Zusätzlich musste der director erkennen bzw. hätte erkennen müssen³²⁰, dass keine vernünftige Aussicht auf Insolvenzabwendung bestanden hat. Dabei bereitet die Bestimmung des Zeitpunkts, ab dem ein director die drohende Insolvenz hätte vorhersehen müssen, Schwierigkeiten. Insofern können aber eine mangelhafte Buchführung und damit eine erschwerte Vorhersehbarkeit den Moment nicht beeinflussen. Die gesetzliche Pflicht zur Rechnungslegung besteht unabhängig von ihrer tatsächlichen Vornahme und führt demnach stets zu einer Wissenszurechnung. Ferner kann, wenn eine Gesellschaft schon bei ihrer Gründung qualifiziert unterkapitalisiert war, bereits zu diesem Zeitpunkt die Insolvenz vorhersehbar gewesen sein und damit die beschränkte Haftung rückwirkend entfallen.

Hat jedoch ein director alle vernünftigen Schritte unternommen, um den Schaden für die Gläubiger gering zu halten, kommt eine Haftung wegen wrongful trading nicht in Betracht³²¹.

Ist sodann nach den vorgenannten Voraussetzungen der Tatbestand des wrongful trading erfüllt, können die directors einer englischen Limited mit unterschiedlichen Rechtsfolgen belastet werden. Insofern beinhaltet s. 214 I IA 1986 die praktisch relevanteste Rechtsfolge, nämlich die contribution order. Danach setzt das Gericht eine in seinem Ermessen stehende Beitragspflicht des directors fest. Dabei kommt es für die Höhe der Beitragspflicht grundsätzlich nicht auf die Schuld des directors, sondern auf den Schaden der Gläubiger an, da s. 214 IA 1986 dem Normzweck nach kompensatorischen und nicht strafenden Charakter hat. Demnach soll die contribution order nur den ungesicherten Gläubigern der Gesellschaft (unabhängig davon, ob sie Alt- oder Neugläubiger sind) zugute kommen. Ferner gehört der Anspruch nicht zum Vermögen der Gesellschaft, sondern wird vom liquidator treuhänderisch für die Gläubiger verwaltet³²². Darüber hinaus kann die Erfüllung des Tatbestandes des wrongful trading gem. ss. 4, 10 CDDA 1986 zu einer Disqualifizierung des directors führen.

³¹⁹ Höfling, S. 224 ff.

³²⁰ Insofern ist ein gemischt subjektiv/objektiver Maßstab heranzuziehen, wonach es auf die Fähigkeiten eines durchschnittlichen director in derselben Position ankommt, wobei gemäß s. 214 IV IA 1986 besondere Kenntnisse des directors (zu seinem Nachteil) zu berücksichtigen sind.

³²¹ Ist allerdings die Vorhersehbarkeit der Insolvenz zu bejahen, greift eine Beweislastumkehr ein und ein director muss für seine Enthftung die Vornahme sämtlicher vernünftigen Maßnahmen darlegen.

³²² Da der Anspruch nicht zum Vermögen der Gesellschaft gehört, darf er gem. s. 115 IA 1986 nicht aus der Masse finanziert werden. Dementsprechend schrecken die liquidators oftmals von der Geltendmachung des Anspruchs zurück bzw. machen sie von der Finanzierung durch die Gläubiger abhängig. Allerdings hat die Praxis gezeigt, dass Ansprüche gegen den director oftmals nicht erfolversprechend sind, da diese nicht selten ebenfalls insolvent sind.

(3) Misfeasance proceeding, S. 212 IA 1986

Des Weiteren besteht über die verfahrensrechtliche Norm des s. 212 IA 1986 eine Möglichkeit des liquidators, Rechte der Gesellschaft geltend zu machen und dadurch einen Beitrag zum Gläubigerschutz zu leisten³²³.

Dabei kann ein liquidator über s. 212 IA 1986 verfahrensrechtlich vorgehen, wenn ein director im Insolvenzverfahren seine duties of care and skill verletzt hat. Diese sind objektiv zu ermitteln und richten sich ab dem Zeitpunkt der drohenden Insolvenz nach den Gläubiger- und nicht nach den Gesellschafterinteressen, da sich ab diesem Moment eine Sorgfaltspflichtverletzung wirtschaftlich betrachtet primär zu Lasten der Gläubiger auswirkt³²⁴.

Ferner steht der Rechtsbehelf der Gesellschaft selbst zu, so dass alles was hierüber erlangt werden kann zum Vermögen der Gesellschaft gehört und damit der Befriedigung sämtlicher Gläubiger dient³²⁵.

Der liquidator hat die freie Wahl zwischen den möglichen Verfahren, wobei sich Ansprüche, die über s. 212 IA 1986 durchgesetzt werden, und Ansprüche aus s. 214 IA 1986 gegenseitig reduzieren können, wenn sie auf dem gleichen Sachverhalt beruhen. Allerdings kann über s. 214 IA 1986 nur der Betrag erlangt werden, der zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, wohingegen ein darüber hinausgehender Schaden u.U. über das Verfahren nach s. 212 IA 1986 geltend gemacht werden kann³²⁶.

(4) Wiederverwendung der Firma einer insolventen Gesellschaft, ss. 216, 217 IA 1986

Abschließend ist auf die ss. 216, 217 IA 1986 einzugehen. Diese dienen ebenfalls der Gläubigersicherung zahlungsunfähiger Gesellschaften, indem hierüber dem sogenannten phoenix-syndrome entgegengewirkt werden kann. Hierunter versteht man Vorgänge, bei denen ein director eine Gesellschaft absichtlich hoch verschuldet, um dadurch eine freiwillige Auflösung (voluntary winding up) herbeizuführen. Die Auflösung der Gesellschaft wird sodann von einem dem Geschäftsführer wohlgesonnenen liquidator (cowboy liquidator) geleitet, so dass die Vermögensgegenstände zu Niedrigstpreisen an eine eigens dafür neu gegründete Gesellschaft verkauft werden können. Diese Gesellschaft ist hinsichtlich der Gesellschafter und directors mit der abzuwickelnden identisch und führt regelmäßig einen ähnlichen Gesellschaftsnamen. Damit ist die neue Gesellschaft bis auf die Schulden mit der aufgelösten deckungsgleich (phoenix-syndrome)³²⁷. Die Gläubiger haben damit kaum eine Aussicht, hinsichtlich ihrer Forderungen befriedigt zu werden, da der aufgelösten Gesellschaft und damit ihrem Schuldner die Wertgegenstände zu Niedrigstpreisen entzogen worden sind und die neue Gesellschaft nicht als Schuldner in Anspruch genommen werden kann.

Um einen derartigen Vorfall zu verhindern, werden in den ss. 216, 217 IA 1986 strenge Verhaltenspflichten für die directors und shadow directors, die diese Position in den letzten 12 Monaten vor der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft innehatten, vorgesehen³²⁸. Danach ist es einem director einer insolventen Gesellschaft gemäß s. 216 IA 1986 untersagt, sich innerhalb

³²³ Höfling, S. 230 ff.

³²⁴ Höfling, S. 230 ff.

³²⁵ Höfling, S. 230 ff.

³²⁶ Höfling, S. 230 ff.

³²⁷ Höfling, S. 199, 235 ff.

³²⁸ Höfling, S. 199, 235 ff; Vorpeil RIW 2005, 850 ff.

von fünf Jahren nach Beginn der Zahlungsunfähigkeit an der Gründung oder Leitung einer neuen Gesellschaft mit einem gem. s. 216 II IA 1986 verbotenen Namen zu beteiligen, außer wenn hierzu eine gerichtliche Erlaubnis vorliegt. Dabei ist ein Name dann verboten, wenn dieser innerhalb der letzten 12 Monate von der insolventen Gesellschaft geführt worden ist bzw. diesem so ähnlich ist, dass er eine Verbindung mit der ursprünglichen Gesellschaft nahe legt³²⁹.

Missachtet ein director die vorgenannte Verhaltenspflicht, droht ihm gemäß s. 216 IV IA 1986 eine Strafe und der Verstoß kann gemäß s. 217 I IA 1986 zu seiner persönlichen Haftung führen. Darüber hinaus können auch diejenigen Personen mit einer persönlichen Haftung belastet werden, die an der Geschäftsführung teilnehmen und wissentlich auf Weisung der vorgenannten directors handeln³³⁰.

(5) Stellungnahme zum englischen Insolvenzrecht

Nachdem das für eine englische Limited einschlägige englische Insolvenzrecht besprochen worden ist, wird dieses nachfolgend einer abschließenden Stellungnahme unterzogen.

a) Vergleich des englischen und des deutschen Insolvenzrechts

Insofern ist zunächst festzustellen, dass das englische Insolvenzrecht in weiten Teilen strenger ist als das deutsche. Dabei ergibt sich dies vor allem aus den im IA 1986 enthaltenen Tatbeständen, die eine persönliche Haftung oder Disqualifizierung der directors, shadow und de facto directors sowie die persönliche Haftung der Gesellschafter herbeiführen können.

Damit wird erneut deutlich, dass sich das englische Recht durchaus um einen umfassenden Gläubigerschutz bemüht und nicht die Gesellschaft/directors/Gesellschafter einseitig bevorzugt. Allerdings hat das englische Recht hierfür einen anderen Weg als das deutsche gewählt. Das englische Gesellschaftsrecht enthält ein großzügiges und gesellschafterfreundliches Gründungsrecht und gewährt damit – anders als das deutsche Recht – einen Vertrauensvorschuss. Erweist sich der Begünstigte dann nicht als würdig, wird u.a. in der Insolvenz durch eine persönliche Haftung und durch eine Disqualifizierung eine Korrektur und ein Ausgleich vorgenommen.

b) Vergleich Gläubigerschutz im englischen und im deutschen Recht

Ob nun das deutsche Gesellschaftsrecht mit seinen strengen Gründungsregelungen oder das umfassende englische Insolvenzrecht den Gläubigern mehr Sicherheit gewähren kann, ist schwer zu beantworten, da beide Konzepte Vor- und Nachteile aufweisen.

Das deutsche Recht greift insbesondere über die Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsnormen regulativ ein. Die Gründer einer deutschen GmbH müssen ein bestimmtes Stammkapital aufbringen, welches den Gläubigern als Sicherheit dienen soll. Dies ist grundsätzlich eine sinnvolle Einrichtung. Allerdings wird das Stammkapital auf Grund seiner geringen Höhe (derzeit € 25.000) regelmäßig in Kürze verwirtschaftet sein, so dass dieses letztlich nur selten ausreichend zur Gläubigerbefriedigung beitragen kann.

Dahingegen soll der Gläubigerschutz im englischen Recht nicht über ein bestimmtes Mindestkapital sondern u.a. durch eine persönliche Haftung in der Insolvenz sichergestellt werden. Dieses Konzept hat den Vorteil, dass sich ein Gläubiger, insbesondere wenn eine

³²⁹ Höfling, S. 199, 235 ff.

³³⁰ Höfling, S. 199, 235 ff.

Befriedigung aus der Masse nicht mehr erfolgversprechend ist, unter bestimmten Voraussetzungen direkt an den director und z.T. an die Gesellschafter wenden kann. Allerdings hat die Praxis gezeigt, dass die zur persönlichen Haftung heranzuziehenden Personen oftmals selbst zum maßgeblichen Zeitpunkt (d.h. Insolvenz der Gesellschaft) insolvent sind, so dass auch dieses Konzept häufig nur theoretisch Schutz bieten kann.

Damit zeigen die vorangegangenen Ausführungen, dass sich beide Rechtsordnungen um einen umfassenden Gläubigerschutz bemühen, der in der Praxis dennoch oftmals scheitert. Demzufolge kann keiner der beiden Rechtsordnungen der klare Vorzug eingeräumt werden.

c) Anwendungsprobleme infolge eines Grenzübertritts

Allerdings wird sich bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited mit wirtschaftlichem Schwerpunkt im Inland auf Grund der Art. 3, 4 EuInsVO regelmäßig nicht die Frage nach der Geltung des englischen Insolvenzrechts stellen, da infolge der vorgenannten Normen nur das deutsche Insolvenzrecht zur Anwendung gelangen wird (siehe hierzu bereits oben unter III 2 (2)). Jedoch kann gerade dieser Umstand zu erheblichen Problemen und Schutzlücken führen³³¹, die nachfolgend erörtert werden.

Zunächst ist festzustellen, dass bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft auf Grund der neueren EuGH-Rechtsprechung und hierbei insbesondere der Entscheidung Inspire Art (siehe hierzu nachfolgend unter Kapitel VI 4)) die Gründungstheorie Geltung beansprucht. Damit ist eine zuziehende Gesellschaft nach ihrem Gründungsrecht, d.h. eine in Deutschland niedergelassene englische Limited nach englischem Gesellschaftsrecht, zu behandeln.

Dahingegen richtet sich das auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited anwendbare Insolvenzrecht nach den Art. 3, 4 EuInsVO. Hat demnach die ausländische Gesellschaft ihren wirtschaftlichen Schwerpunkt im Inland, ist im Falle ihrer Insolvenz das deutsche Insolvenzrecht einschlägig.

Jedoch kann gerade die Kombination aus englischem Gesellschafts- und deutschem Insolvenzrecht zu erheblichen Problemen und Schutzlücken führen, da die beiden Rechtsordnungen ihre Schutzvorkehrungen häufig gegenläufig verorten. Das englische Gesellschaftsrecht ist in weiten Teilen großzügiger als das deutsche, da dafür in anderen Rechtsbereichen wie u.a. dem Insolvenzrecht ausgleichende Schutzbestimmungen vorgesehen sind. Dahingegen enthält das deutsche Gesellschaftsrecht eine hohe Reglungsdichte und muss dementsprechend in anderen Bereichen wie z.B. dem Insolvenzrecht nicht mehr in dem Maße wie das englische Recht gläubigerschützende Regelungen aufnehmen. Damit kann sich ein Gesellschaftsgründer durch die Wahl der Rechtsform einer englischen Limited und deren Import nach Deutschland sowohl das großzügige englische Gesellschaftsrecht als auch das weniger strenge deutsche Insolvenzrecht zu Nutze machen.

Jedoch fällt ein solches Verhalten nicht unter die seit der Entscheidung Centros (hierzu nachfolgend unter Kapitel VI 2)) durch die Niederlassungsfreiheit geschützte Wahl einer regelungsärmeren Rechtsordnung. Der Gründer entscheidet sich nämlich gerade nicht für eine regelungsärmere Rechtsordnung, sondern versucht durch einen geschickten Grenzübertritt die für ihn günstigen Teilbereiche der jeweiligen Rechtsordnungen herauszulösen. Dabei ist ein solches Vorgehen nur deshalb möglich, weil auf Grund noch vorhandener Defizite bei der Europäisierung ungewollte Regelungslücken bestehen. Diese müssen jedoch aus

³³¹ Vgl. hierzu m.w.N. Müller BB 2006, 837 ff.

europarechtlicher Sicht nicht hingenommen werden. Vielmehr ist in derartigen Fällen eine sinnvolle Lösung zur Lückenschließung zu erarbeiten. Hierauf wird nachfolgend in Kapitel VII ausführlich eingegangen.

10) Abschließende Stellungnahme zum englischen Gesellschaftsrecht

Nachdem das Recht der englischen Limited – in komprimierter Form – dargestellt und hierbei insbesondere auf die Vor- und Nachteile im Vergleich zum deutschen Recht eingegangen worden ist, wird dieses nun einer abschließenden Stellungnahme unterzogen.

(1) Englisch-Gesellschaftsrecht als günstigere Rechtsordnung

Dabei ist zunächst auf die für einen Gesellschaftsgründer höchst relevante Frage, ob das englische Gesellschaftsrecht im Vergleich zum deutschen die günstigere Rechtsordnung darstellt, einzugehen.

Insofern kann jedoch den oben vorgenommenen Ausführungen entnommen werden, dass das englische Recht ein weitgehend ausgewogenes System ist, das keinesfalls einseitig nur die Gesellschaft/Gesellschafter/directors begünstigt, sondern an vielen Stellen ausgleichende Schutzbestimmungen enthält. Diesbezüglich kann beispielhaft auf die strengen Anforderungen an den director einer englischen Limited und auf die zahlreichen Haftungs- und Disqualifizierungstatbestände verwiesen werden (siehe hierzu u.a. unter Kapitel 5), 8), 9)).

Allerdings haben die obigen Darstellungen auch gezeigt, dass das englische Recht verglichen mit dem deutschen teilweise geringere Anforderungen stellt. Diesbetreffend sind vor allem die Kapitalaufbringungsvorschriften zu nennen. Das Recht der englischen Limited macht den Gesellschaftsgründern keine Vorgaben hinsichtlich der Mindestkapitalausstattung und zusätzlich können die Gesellschafter ihre Einlageverpflichtung unkompliziert als Geld- oder Sacheinlage und sogar als Dienstleistung erbringen. Insoweit gewährt das englische Recht den Gründern eine wesentlich größere Gestaltungsfreiheit als das Recht der deutschen GmbH, das strenge Vorgaben hinsichtlich des aufzubringenden Mindestkapitals und der Erfüllung der Einlageverpflichtungen enthält.

Damit ist das englische Recht durchaus in Teilbereichen gesellschaftsfreundlicher als das deutsche, jedoch enthält es an anderen Stellen kompensatorische Schutzbestimmungen, die über das für eine deutsche GmbH bekannte Maß hinausgehen können. Der Gestaltungsfreiheit der Gründer steht oftmals ein größeres Maß an Selbstverantwortung gegenüber, da die Gründer bei Missachtung der Interessen Dritter unter Umständen mit strengen Rechtsfolgen wie z.B. der persönlichen Haftung oder Disqualifizierung rechnen müssen.

(2) Komplikationen und Mehraufwand auf Grund der Entscheidung für die Rechtsform der englischen Limited

Des Weiteren kann sich für die Gesellschafter/directors einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited gerade aus dem Betreiben einer ausländischen Rechtsform im Inland ein Mehraufwand ergeben.

Insofern kann u.a. auf die teilweise bestehende Notwendigkeit der Austragung von Rechtsstreitigkeiten in England verwiesen werden (siehe hierzu oben unter III 2) (1)). Dieser Umstand bringt für einen in Deutschland wohnhaften Gesellschafter auf Grund der zeit- und kostenintensiven Anreise zu dem Gerichtsort, den sprachlichen Problemen und der fehlenden Vertrautheit mit der englischen Rechtsprechung beachtliche Unannehmlichkeiten mit sich.

Darüber hinaus können durch die Wahl der ausländischen Rechtsform zusätzliche Kosten entstehen. Diese ergeben sich beispielsweise aus der Notwendigkeit, bestimmte Dokumente für die Eintragung im deutschen Handelsregister übersetzen zu lassen. Ferner müssen bei rechtlichen Fragen besondere, mit dem englischen Recht vertraute, Anwälte zu Rate gezogen werden. Zusätzlich können für die notwendige Bestellung eines secretarys weitere Kosten entstehen, da dieses Amt sinnvollerweise an einen englischen Rechtsanwalt übertragen wird.

Ferner kann auf die Gesellschafter auch dadurch ein Mehraufwand und Mehrkosten zukommen, dass bei dem Betreiben einer englischen Limited in Deutschland bestimmte Verpflichtungen doppelt ausgeführt werden müssen. Hierfür ist u.a. auf die Änderung eintragungspflichtiger Tatsachen zu verweisen, die sowohl in England als auch in Deutschland zur Eintragung zu bringen sind. Darüber hinaus können den Gesellschaftern/directors auch doppelte Buchführungspflichten obliegen.

(3) Rechtsunsicherheit

Abschließend ist noch auf die bei dem Betreiben einer englischen Limited in Deutschland bestehende Rechtsunsicherheit zu verweisen. Diese ergibt sich insbesondere aus den oben angesprochenen ungewollten Schutzlücken, die aus dem Grenzübertritt und dem nicht vorhandenen Gleichlauf der unterschiedlichen Rechtsordnungen folgen (siehe hierzu u.a. die oben besprochenen Probleme im Zusammenhang mit dem CDDA 1986 und dem IA 1986).

Damit stellt sich die bis heute noch nicht abschließend geklärte Frage, wie diese Schutzdefizite behoben werden können, d.h. welche Regelungen auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited zur Anwendung gelangen.

Demzufolge sind die Gesellschafter/directors einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited mit der Unsicherheit belastet, dass sie die für sie relevanten Rechtsnormen nicht mit Sicherheit im Voraus ermitteln können.

(4) Resümee

Damit machen die vorangegangenen Ausführungen deutlich, dass die Wahl einer ausländischen Rechtsform – vorliegend der englischen Limited – gut und umfassend überlegt sein muss. Das englische Recht bietet seinen Gründern zwar an manchen Stellen Vorteile (Kapitalaufbringung), allerdings stehen diesen zumeist auch Nachteile in Form von ausgleichenden Schutzbestimmungen gegenüber. Folglich kann das englische Recht für einen Gesellschaftsgründer nicht uneingeschränkt als die günstigere Rechtsordnung bezeichnet werden. Vielmehr handelt es sich um eine Abwägungsfrage, auf welche Möglichkeiten ein Gründer besonderen Wert legt. Allerdings wird die Entscheidung für die Rechtsform der englischen Limited für kleine, ausschließlich in Deutschland tätige Unternehmen in der Regel auf Grund des damit einhergehenden Aufwands und der Rechtsunsicherheit nicht von Vorteil sein.

VI. Rechtsprechung des EuGH von Daily Mail bis Inspire Art – Auswirkung auf das nationale Recht

Nachdem die vorangegangenen Kapitel ergeben haben, dass der Umgang mit einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft in Bezug auf die Wahrung zwingender nationaler Schutzanliegen und hierbei insbesondere den Gläubigerschutz Probleme bereitet und Unsicherheiten aufwirft, wird nachfolgend auf die für die Entwicklung der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften maßgebliche neuere Rechtsprechung des EuGH eingegangen, da die Reichweite dieser Urteile für die Möglichkeiten und Grenzen der Umsetzung nationaler Interessen – z.B. über die Anwendung inländischen Rechts – entscheidend ist.

Hierfür werden die vier großen gesellschaftsrechtlichen Entscheidungen der vergangenen Jahre, nämlich 1) Daily Mail³³², 2) Centros³³³, 3) Überseering³³⁴ und 4) Inspire Art³³⁵ behandelt. Dabei geht aus diesen Urteilen die im Laufe der Jahre gewandelte Einstellung des EuGH in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften hervor, die wiederum ausschlaggebenden Einfluss auf die von den Mitgliedstaaten anwendbare international gesellschaftsrechtliche Theorie und damit auch auf die Möglichkeiten zur Wahrung der nationalen Schutzinteressen hat.

1) Daily Mail

Dabei wird mit der Besprechung des insofern ältesten Urteils des EuGH, der Entscheidung Daily Mail aus dem Jahre 1988, begonnen.

Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass diese Entscheidung zwar im Grunde aus dem Rahmen der vorliegenden Arbeit fällt, da Daily Mail die primäre Niederlassungsfreiheit und vor allem einen Wegzugsfall (s.u.) behandelt, wohingegen sich die Arbeit mit Zuzugsfällen, die sich auf die sekundäre Niederlassungsfreiheit stützen, befasst. Dennoch wurde das Urteil Daily Mail bewusst in die Besprechung einbezogen, da es im Zusammenspiel mit den folgenden Entscheidungen den Wandel der EuGH-Rechtsprechung von einer tendenziell niederlassungsfeindlichen hin zu einer niederlassungsfreundlichen Grundhaltung wiedergibt und dieser Umstand für die Behandlung einer nach Deutschland zuziehenden englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft von erheblicher Bedeutung ist.

Damit wird nachfolgend unter (1) auf den Sachverhalt der Entscheidung Daily Mail eingegangen, unter (2) ein Überblick über die Reaktionen in der deutschen Literatur erarbeitet und unter (3) eine eigene Stellungnahme abgegeben.

(1) Sachverhalt

Dabei lag dem Ausgangsverfahren der EuGH-Entscheidung vom 27.9.1988³³⁶ ein Streit vor dem High Court of Justice zwischen der nach englischem Recht gegründeten Investmentgesellschaft Daily Mail and General Trust PLC mit verwaltungs- und satzungsmäßigem Sitz im Vereinigten

³³² EuGH, Urt. v. 27.9.1988 – Rs. 81/87, (Daily Mail).

³³³ EuGH, Urt. v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97, (Centros).

³³⁴ EuGH, Urt. v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00, (Überseering).

³³⁵ EuGH, Urt. v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01, (Inspire Art).

³³⁶ EuGH, Urt. v. 27.9.1988 – Rs. 81/87, (Daily Mail).

Königreich (Kl.) und dem britischen Finanzministerium (Bekl.) zu Grunde. Ursprung der Auseinandersetzung war die nach dem britischen Einkommens- und Körperschaftssteuergesetz von 1970 erforderliche Zustimmung des Ministeriums bei einer Verlegung der – steuerrechtlich relevanten – Geschäftsleitung von England ins Ausland. Die Klägerin, die eben diese aus Steuerersparnisgründen³³⁷ in die Niederlande verlagern wollte, hatte nach Verweigerung der Erlaubnis Klage eingereicht und diese auf eine Verletzung der Art. 52, 58 EWGV (aF) gestützt. Auf Grund ihres Rechts auf freie Niederlassung müsse es ihr möglich sein, ohne Zustimmung des Finanzministeriums die Geschäftsleitung zu verlegen.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass sowohl England als auch die Niederlande der Gründungstheorie gefolgt sind, weshalb der Umzug in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht grundsätzlich keine Probleme aufgeworfen hat. Allerdings ist der Sitz einer Gesellschaft neben der Frage nach dem einschlägigen Gesellschaftsstatut auch noch für die unbeschränkte Steuerpflicht entscheidend, so dass sich der Streit – jedenfalls ursprünglich – im Spannungsverhältnis zwischen steuerrechtlichen Einschränkungsmöglichkeiten³³⁸ und der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften bewegt hat³³⁹.

Damit hat der High Court of Justice das Verfahren auf Grund seiner europarechtlichen Relevanz ausgesetzt und dem EuGH gem. Art. 177 EWGV (aF) folgende Fragen zur Entscheidung vorgelegt:

1. Ist es einem Mitgliedstaat durch die Artikel 52 bis 58 EWG-Vertrag verwehrt, einer juristischen Person, die ihre Geschäftsleitung in diesem Mitgliedstaat hat, zu verbieten, diese ohne vorherige Zustimmung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen, sofern einer der folgenden Umstände oder auch beide vorliegen, nämlich
 - (i) die Zahlung von Steuern auf bereits eingetretene Gewinne möglicherweise unterbleibt,
 - (ii) in dem Fall, dass die Gesellschaft ihre Geschäftsleitung verlegt, Steuern, die möglicherweise entstünden, wenn die Gesellschaft ihre Geschäftsleitung in diesem Mitgliedstaat beibehielte, nicht anfielen?
2. Gibt die Richtlinie 73/148/EWG des Rates einer juristischen Person mit Geschäftsleitung in einem Mitgliedstaat das Recht, ihre Geschäftsleitung unter den in der Frage 1 genannten Gründen zu verlegen?
3. Darf ein Mitgliedstaat, wenn eine solche Zustimmung verlangt werden darf, diese aus den in der Frage 1 genannten Gründen verweigern?
4. Ändert sich etwas dadurch, dass nach den einschlägigen Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats keine Zustimmung erforderlich ist, wenn eine natürliche Person oder eine Personengesellschaft ihren Wohnsitz bzw. Sitz verlegt?

Dabei ist der EuGH im Rahmen seiner Entscheidung – nachdem er die erste Frage in zwei Teile, nämlich das Bestehen eines Rechts auf freie Niederlassung und die Möglichkeit dieses zu beschränken, untergliedert hat – zu dem Ergebnis gelangt, dass eine Gesellschaft nicht aus den Art. 52, 58 EWGV ein Recht auf Verlegung ihrer Geschäftsleitung herleiten kann und ihr auch

³³⁷ Hintergrund ihres Vorhabens war der geplante Verkauf von Papieren aus dem Betriebsvermögen, da bei einer unveränderten Beibehaltung des Sitzes der Geschäftsleitung in England die durch den Verkauf aufgedeckten stillen Reserven einer Besteuerung unterlegen wären. Zwar hätte der Verkauf nach Verlegung der Geschäftsleitung ebenfalls eine Steuerschuld ausgelöst, allerdings nicht nach englischem, sondern nach niederländischem Recht. Danach hätte als Gewinn nicht die Differenz des Buchwerts zum tatsächlichen Wert, sondern lediglich der Wertzuwachs seit der Verlegung der Geschäftsleitung herangezogen werden müssen.

³³⁸ Sinn der englischen Regelung war, zu verhindern, dass sich ein Aufschub der Besteuerung stiller Reserven in einen Steuerverzicht wandelt, da die Verlegung des für die unbeschränkte Einkommens- und Körperschaftsteuer relevanten Sitzes in steuerlicher Hinsicht zu einer Entstrickung führt.

³³⁹ Bayer BB 2003, 2360 ff.

auf Grund der Richtlinie 73/148/EWG keine entsprechende Möglichkeit zusteht, da diese nur natürlichen Personen zugute kommt. Infolge der vorgenannten Antworten war eine Auseinandersetzung mit dem zweiten Teil der ersten Vorlagefrage und den Fragen drei und vier hinfällig geworden.

(2) Beurteilung der Entscheidung in der Literatur

Innerhalb der deutschen Literatur hat die Entscheidung Daily Mail für großes Aufsehen gesorgt. Dabei herrschte auf Grund der umfassenden Aussagen des EuGH zum Thema Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften weitgehend Einigkeit³⁴⁰ darüber, dass das Urteil als Bestätigung der (zur damaligen Zeit) in Deutschland geltenden Sitztheorie aufgefasst werden müsse³⁴¹. Für diese Urteilsinterpretation wurde vorwiegend auf die unter den Rn. 19-25 der Entscheidungsbegründung zu Daily Mail vorgenommene Argumentation des EuGH hingewiesen, durch welche der Gerichtshof u.a. nach Ansicht von Großfeld/Luttermann³⁴² und Ebenroth/Eyles³⁴³ den nationalen Vorschriften den Vorrang gegenüber dem Recht auf primäre Niederlassungsfreiheit eingeräumt habe, so dass die Sitztheorie nicht in Konflikt mit der Niederlassungsfreiheit geraten könne³⁴⁴.

Dabei hat der EuGH in den Ausführungen unter Rz. 19 den Unterschied zwischen natürlichen und juristischen Personen hervorgehoben und betont, dass juristische Personen jenseits ihrer nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und Existenz regelt, keine Realität haben. Des Weiteren hat der EuGH in Rn. 20, 21 darauf hingewiesen, dass in den einzelnen Mitgliedstaaten bezüglich der Gründung und Existenz einer Gesellschaft erhebliche Unterschiede bestünden und diese Tatsache im Europarecht Berücksichtigung gefunden habe. Insofern seien in Art. 58 EWGV die unterschiedlichen Anknüpfungskriterien aufgenommen worden und aus Art. 220 EWGV ergebe sich die Notwendigkeit zum Abschluss von Übereinkommen zwischen den Mitgliedstaaten zur Überwindung der vorhandenen Schwierigkeiten bei der Sitzverlegung einer Gesellschaft. Allerdings seien bislang keine derartigen Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten abgeschlossen worden. Darüber hinaus hat der EuGH in Rn. 22 auf Art. 54 III g EWGV verwiesen. Hierin sei der Erlass von Richtlinien zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts vorgesehen, worüber die Probleme im Zusammenhang mit der Sitzverlegung beseitigt werden sollten. Jedoch sei auch eine solche Richtlinie nicht ergangen. Damit kommt der EuGH in der unter den Rn. 23, 24 angeführten Erläuterung zu dem Schluss, dass die Probleme im Zusammenhang mit der Sitzverlegung einer Gesellschaft nicht über die Niederlassungsfreiheit, sondern über eine Rechtssetzung oder einen Vertragsschluss zwischen den Mitgliedstaaten gelöst werden müssen und dementsprechend eine Gesellschaft aus den Art. 53, 58 EWGV kein Recht auf freie Niederlassung herleiten könne.

³⁴⁰ Vgl. hierfür m.w.N. Sandrock/Austermann RIW 1989, 249 ff; Everling DB 1990, 1853 ff; Behrens RabelsZ 1988, 498 ff; Behrens RIW 1986, 590 ff; Behrens IPRax 1989, 354 ff; Ebenroth/Eyles DB 1989, 363 ff; Ebenroth/Eyles DB 1989, 415 ff; Großfeld/König RIW 1992, 433 ff; BayVerfGH, NJW 1985, 2894.

³⁴¹ Allerdings wird dieser Umstand differenziert beurteilt. Positiv insbesondere Großfeld/König RIW 1992, 433 ff; BayVerfGH NJW 1985, 2894 ff; Großfeld/Luttermann JZ 1989, 386 ff; Ebenroth/Eyles DB 1989, 363 ff. Dahingegen kritisch u.a. Sandrock/Austermann RIW 1989, 249 ff; Everling DB 1990, 1853 ff; Behrens RabelsZ 1988, 498 ff; Behrens RIW 1986, 590 ff; Behrens IPRax 1989, 354 ff.

³⁴² Großfeld/Luttermann JZ 1989, 386 ff.

³⁴³ Ebenroth/Eyles DB 1989, 363 ff.

³⁴⁴ Ebenroth/Eyles DB 1989, 363 ff; Großfeld/Luttermann JZ 1989, 386 ff.

(3) Stellungnahme

Nachdem die wesentlichen Passagen der Entscheidung Daily Mail und die Interpretation des Urteils in der deutschen Literatur vorgestellt wurden, wird nachfolgend unter a) zu der Entscheidung und im Anschluss daran unter b) zu deren Auslegung durch die deutsche Literatur Stellung genommen.

a) Beurteilung der Entscheidung Daily Mail

Dabei muss im Rahmen der Beurteilung der Entscheidung Daily Mail festgestellt werden, dass der Gerichtshof in seinem Urteil – insbesondere unter den Rn. 19-25 – Äußerungen getätigt hat, die tiefgreifende Probleme und Fragen insbesondere hinsichtlich des Verhältnisses von nationalem zu gemeinschaftlichem Recht und damit zur Bedeutung der Niederlassungsfreiheit aufgeworfen haben. Als Ausgangspunkt dieser Schwierigkeiten ist vor allem die – zwar logisch nachvollziehbare, aber auf Grund der Vorlagefrage nicht erforderliche³⁴⁵ – Aufspaltung der ersten Vorlagefrage festzumachen. Erst durch dieses Vorgehen musste der Gerichtshof zu dem Problem des Bestehens eines Rechts auf primäre Niederlassungsfreiheit Stellung nehmen³⁴⁶.

Insofern ist zu Gunsten des durch den EuGH eingeschlagenen Weges anzuführen, dass sich die Gesellschaft Daily Mail im Ausgangsverfahren auf die Niederlassungsfreiheit berufen und damit die Thematik aufgeworfen hat. Zusätzlich ist das Bestehen eines gemeinschaftlichen Rechts auf Niederlassungsfreiheit – unabhängig von den international gesellschaftsrechtlichen Gegebenheiten in England und den Niederlanden – von erheblichem Interesse, da sich, wenn ein solches Recht bestünde, eine Behinderung an diesem messen lassen müsste. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die konkrete Formulierung der Vorlage eindeutig gegen ein derartiges Vorgehen des EuGH spricht. Die Frage lautete, ob die Art. 52, 58 EWGV eine Behinderung des Umzuges einer juristischen Person verbieten³⁴⁷ und nicht, ob die Art. 52, 58 EWGV einer juristischen Person ein Recht auf primäre Niederlassungsfreiheit gewähren. Folglich sollte nur geklärt werden, ob eine Behinderung der Niederlassungsfreiheit grundsätzlich zulässig ist und ob eine solche durch steuerliche Aspekte zu rechtfertigen sein kann. Dementsprechend ist bereits dieses Vorgehen des EuGH deutlich zu kritisieren³⁴⁸.

Nachdem sich der EuGH jedoch entschieden hat, die Ausgangsfrage aufzuspalten und zur primären Niederlassungsfreiheit Stellung zu nehmen, ist es vor allem bedauerlich, dass sich der Gerichtshof, anstatt sich ausführlich mit der Auslegung der Art. 52, 58 EWGV und damit der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften auseinander zu setzen, schwerpunktmäßig mit den Art. 220, 54 III lit. g EWGV beschäftigt hat³⁴⁹. Darüber hinaus hat es der Gerichtshof hierbei versäumt, das Verhältnis der unmittelbaren Wirkung der Niederlassungsfreiheit – welche er unter Rn. 15 der Entscheidungsbegründung betont hat – zu den Harmonisierungsvorschriften zu durchleuchten. Dies wäre allerdings – gerade auf Grund der unmittelbaren Wirksamkeit der Niederlassungsfreiheit – unumgänglich gewesen, so dass auch aus diesem Grund die Entscheidungsfindung des EuGH nicht überzeugen kann³⁵⁰.

Ferner ist die Entscheidung deshalb unbefriedigend, weil der EuGH³⁵¹ zunächst die besondere Bedeutung der Niederlassungsfreiheit betont und ihre unmittelbare Wirkung hervorgehoben hat

³⁴⁵ So auch Behrens IPRax 1989, 354 ff.

³⁴⁶ Siehe Rn. 11 der Entscheidungsgründe.

³⁴⁷ Siehe Rn. 9 Vorlagefrage 1 der Entscheidungsbegründung.

³⁴⁸ So auch Behrens IPRax 1989, 354 ff.

³⁴⁹ Siehe Rn. 21-23 der Entscheidungsbegründung.

³⁵⁰ So auch Sandrock/Austermann RIW 1989, 250; Behrens IPRax 1989, 354 ff.

³⁵¹ Siehe hierzu unter Rn. 15 der Entscheidungsbegründung.

(Rn. 15), dann aber dennoch ohne nähere Erläuterungen den möglichen künftigen Bemühungen der Länder den Vorrang vor der Niederlassungsfreiheit eingeräumt hat (Rn. 19-25). Indem der EuGH³⁵² die Verwirklichung der primären Niederlassungsfreiheit vollständig in die Hände der Mitgliedstaaten gelegt hat (siehe hierzu insbesondere die Erläuterung des EuGH unter Rn. 23: keine Problemlösung durch das Gemeinschaftsrecht, sondern nur durch Rechtssetzung und Vertragsschlüsse der Mitgliedstaaten), hat er diesen Bereich ohne ersichtlichen Grund aus dem Gemeinschaftsrecht herausgelöst. Für eine derart weitreichende Aussage hat durch die Vorlagefrage kein zwingender Anlass bestanden, so dass dieses Verhalten weder nachvollzogen noch unterstützt werden kann³⁵³.

Demnach muss auf Grund der vorangegangenen Erwägungen die Entscheidung Daily Mail insbesondere in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit als nur eingeschränkt gelungen bezeichnet werden.

b) Beurteilung der Urteilsinterpretation durch die Literatur

Des Weiteren ist festzustellen, dass nicht nur die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Daily Mail nicht vollumfänglich überzeugt, sondern auch die Behandlung des Urteils durch die deutsche Literatur zumindest teilweise kritisch zu betrachten ist. Hierbei ist insbesondere auf die teilweise fehlende Würdigung der Gesamtumstände, die der Entscheidung zu Grunde gelegen haben, zu verweisen.

Insofern ist eine Überbetonung der Ausführungen des EuGH unter den Rn. 19-25 und eine Vernachlässigung weiterer entscheidungserheblicher Fakten zu kritisieren. Insbesondere darf bei der Urteilsinterpretation nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Entscheidung eine Vorlagefrage zu Grunde gelegen hat, die keinen Bezug zum internationalen Gesellschaftsrecht aufgewiesen hat. Bereits unter diesem Gesichtspunkt hätte bei der Entscheidungsauslegung angezweifelt werden müssen, ob dem Urteil eine nahezu uneingeschränkte Bedeutung für diesen Bereich zugesprochen werden kann.

Ferner sind beide betroffenen Mitgliedstaaten der Gründungstheorie gefolgt, weshalb der Wegzug der Gesellschaft Daily Mail jedenfalls aus international gesellschaftsrechtlicher Sicht keine Probleme bereitet hat und der Streit zwischen Sitz- und der Gründungstheorie für die Entscheidung ohne Bedeutung war. Dennoch wurde auf diesen Umstand häufig nicht bzw. nur sehr knapp eingegangen und der Entscheidung trotzdem in international gesellschaftsrechtlicher Hinsicht umfassende Wirkung zugesprochen.

Des Weiteren wurde der Tatsache, dass es sich bei der Entscheidung Daily Mail (nur) um einen Wegzugsfall gehandelt hat keine bzw. nur marginale Beachtung geschenkt und dem Urteil nicht selten sowohl für Weg- als auch für Zuzugsfälle gleichermaßen Bedeutung eingeräumt. Bei einem derartigen Vorgehen wäre es zumindest erforderlich gewesen, anhand weiterer Ausführungen zu belegen, woraus sich ein so weitreichendes Verständnis ableiten lässt.

Darüber hinaus hat das Urteil Daily Mail nur den Fall der Geltendmachung der primären Niederlassungsfreiheit betroffen. Dennoch wurde der Entscheidung zumeist umfassende Wirkung für die Niederlassungsfreiheit zugesprochen und nur vereinzelt eine differenzierte Behandlung von primärer und sekundärer Niederlassungsfreiheit vorgenommen. Jedoch wäre auch in diesem Zusammenhang eine genaue Analyse der Reichweite des Urteils unumgänglich gewesen.

³⁵² Siehe hierzu unter Rn. 23 der Entscheidungsgründe.

³⁵³ So auch Behrens IPRax 1989, 354 ff.

Damit kann auf Grund der oben angeführten Bedenken einer Interpretation der Entscheidung als uneingeschränkte Bekräftigung der Sitztheorie nicht zugestimmt werden. Sicherlich hat das Urteil Daily Mail das Fortschreiten der Europäisierung beeinträchtigt, insbesondere da die Rn. 19-25 so allgemein formuliert waren, dass ihnen eine weiter reichende Aussagekraft zugesprochen werden konnte und die Entscheidung damit der nationalen Rechtsordnungen einen nicht unerheblichen Spielraum eingeräumt hat. Die eigentliche Schwierigkeit des Urteils muss allerdings gerade in der Bestimmung, wie weitgehend die nationale Beurteilungsfreiheit ausgestaltet sein soll, festgemacht werden. Insofern ist vor allem auf die oben angesprochenen Punkte hinsichtlich Sachverhalt und Vorlagefrage zu verweisen. Ferner hat der Gerichtshof selbst in Rn. 23 der Urteilsbegründung die Notwendigkeit der Harmonisierung betont und damit seine Zielvorstellung für die Zukunft zum Ausdruck gebracht. Auch deshalb erscheint eine allzu europafeindliche Interpretation der Entscheidung nicht für angebracht.

2) Centros

Am 9.3.1999 und damit über zehn Jahre nach der spektakulären Entscheidung Daily Mail hat der Europäische Gerichtshof durch sein Urteil in der Sache Centros³⁵⁴ eine weitere aufsehenerregende Entscheidung im Bereich des Gesellschaftsrechts getroffen. Dabei markiert dieses Urteil den Beginn einer zunehmend niederlassungsfreundlichen Einstellung des EuGH, so dass der Rechtssache Centros für die Frage nach der anwendbaren international gesellschaftsrechtlichen Theorie und dadurch auch für die Beurteilung, ob eine inländische Norm auf eine zuziehende englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft zur Geltung gelangen kann, wegweisende Bedeutung zukommt.

Insofern wird nachfolgend zunächst unter (1) auf den der Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt, unter (2) auf die durch das Urteil betroffenen Rechtsfragen und unter (3) auf die Reaktion in der deutschen Literatur³⁵⁵ eingegangen. Unter (4) erfolgt eine abschließende Stellungnahme.

(1) Sachverhalt

Dabei musste sich der EuGH bei seiner Entscheidung in der Rechtssache Centros³⁵⁶ mit folgendem Sachverhalt befassen: Das dänische Ehepaar Bryde hat im Jahre 1992 in England eine englische Limited (Centros) gegründet, die jedoch in ihrem Gründungsland niemals eine Geschäftstätigkeit aufgenommen hat.

Noch im Jahre 1992 hat Frau Bryde bei der Zentralverwaltung in Dänemark die Eintragung einer Zweigniederlassung der von ihr und ihrem Ehemann betriebenen englischen Limited beantragt. Dabei wurde die durch das dänische Ehepaar gegründete englische Gesellschaft nach dänischem Recht als ausländische Gesellschaft mit beschränkter Haftung anerkannt. Ferner haben gem. § 117 des Anpartsselskabslov (Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung)

³⁵⁴ EuGH, Urt. v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 (Centros Ltd./Erhvervsog Selskabsstyrelsen).

³⁵⁵ Vgl. zu Centros m.w.N.: Leible NZG 1999, 300 ff; Kindler NJW 1999, 1993 ff; Ulmer JZ 1999, 662 ff; Geyrhalter EWS 1999, 201 ff; Roth ZIP 1999, 861 ff; Werlauff ZIP 1999, 867 ff; Neye EWiR 1999, 259 f; Ebke JZ 1999, 656 ff; Lange DNotZ 1999, 599 ff; Zimmer ZHR 164 (2000) 23 ff; Bungert DB 1999, 1841 ff; Borges RIW 2000, 167 ff; Freitag EuZW 1999, 267 ff; Cascante RIW 1999, 450 f; Höfling EuZW 2000, 145 ff; Höfling DB 1999, 1206 ff; Steindorff JZ 1999, 1140 ff; Görk GmbHR 1999, 793 ff; Kieninger NZG 1999, 724 ff; Sedemund/Hausmann BB 1999, 809 ff; Meilicke DB 1999, 625 ff; Behrens IPRax 1999, 323; Behrens IPRax 2000, 384 ff; Sandrock BB 1999, 1337 ff; Forsthoff EuR 2000, 167 ff; Henze WM 2006, 1653 ff.

³⁵⁶ EuGH, Urt. v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 (Centros Ltd./Erhvervsog Selskabsstyrelsen).

ausländische Gesellschaften mit beschränkter Haftung ebenso wie inländische Gesellschaften gleicher Rechtsform das Recht, in Dänemark eine Zweigniederlassung zu betreiben. Allerdings hat die dänische Zentralverwaltung die Eintragung der englischen Gesellschaft verweigert, weil Centros in England keine Geschäftstätigkeit entfaltet und damit nicht die Eintragung einer Zweig- sondern einer Hauptniederlassung begehrt habe. Ferner wurde von dänischer Seite angenommen, dass die Motivation dieses Vorgehens in einer Umgehung der nationalen Vorschriften, insbesondere derjenigen über die Mindestkapitalausstattung, begründet liege.

Gegen diesen Bescheid hat Centros erfolglos Klage beim Ostre Landsret und sodann Rechtsmittel vor dem Højesteret eingelegt. Dabei stützt Centros ihr Vorgehen auf den § 117 Anpartsselskabslov und auf die Art. 52, 58 EWGV und begründete ihr Bestreben damit, dass sie die Voraussetzungen für die Gründung einer Zweigniederlassung erfüllt habe und darüber hinaus, da sie in England errichtet worden sei, unter dem Schutz der Niederlassungsfreiheit stünde. Ferner verwies sie hinsichtlich der fehlenden Geschäftstätigkeit in England auf das Segers-Urteil³⁵⁷ des EuGH, in dem der Gerichtshof die fehlende Geschäftstätigkeit für die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit nicht als maßgeblich erachtet habe.

Dahingegen war die dänische Zentralverwaltung der Ansicht, dass sich Centros nicht auf die Art. 52, 58 EWGV berufen könne, da im Vorgehen der Centros eine Umgehung der nationalen Vorschriften und insbesondere derjenigen über die Mindestkapitalausstattung zu sehen sei. Zusätzlich führte die dänische Zentralverwaltung zur Rechtfertigung ihres Vorgehens den Gläubigerschutz und die Bekämpfung des betrügerischen Bankrotts an.

Daraufhin hat der Højesteret im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 177 EWGV dem Europäischen Gerichtshof folgende Fragen vorgelegt:

„Ist es mit Art. 52 i.V.m. Art. 56 und 58 EWGV vereinbar, die Eintragung einer Zweigniederlassung einer Gesellschaft, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat und mit einem Gesellschaftskapital von 100 UKL (etwa 1000 DKR) nach dem Recht dieses Mitgliedstaates rechtmäßig errichtet worden ist und besteht, abzulehnen, wenn die Gesellschaft selbst keine Geschäftstätigkeit betreibt, die Zweigniederlassung aber in der Absicht errichtet wird, die gesamte Geschäftstätigkeit in dem Land zu betreiben, in dem die Zweigniederlassung errichtet wird, und wenn davon auszugehen ist, dass dieses Vorgehen statt der Errichtung einer Gesellschaft in dem letztgenannten Mitgliedstaat gewählt wurde, um die Einzahlung eines Mindestgesellschaftskapitals von 200 000 DKR, heute 125 000 DKR, zu vermeiden?“

Insofern war der Gerichtshof zu dem Ergebnis gelangt, dass die Verweigerung der Eintragung der Zweigniederlassung gegen die Art. 52, 58 verstoße. Allerdings hat der EuGH festgestellt, dass es durch diese Auslegung der Niederlassungsfreiheit nicht ausgeschlossen sei, geeignete Maßnahmen zu Verhinderung und Verfolgung von Betrügereien zu treffen.

(2) Betroffene Rechtsfrage

Nachdem nun der dem EuGH Urteil Centros zu Grunde liegende Sachverhalt dargestellt wurde, werden nachfolgend die durch die Entscheidung betroffenen Rechtsfragen zusammenfassend aufgeführt.

³⁵⁷ Urteil vom 10.7.1986 – Slg.1986, 2375 (Segers): Der EuGH stellte in diesem Urteil fest, dass es gegen die Art. 52, 58 EWGV verstoße, wenn die zuständige Stelle in einem Mitgliedstaat dem Geschäftsführer einer Gesellschaft den Anschluss an ein nationales Krankenversicherungssystem nur aus dem Grund verweigere, weil die Gesellschaft ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat habe, auch wenn sie dort keine Geschäftstätigkeiten entfalte.

Dabei lag die Besonderheit des Falles Centros zunächst darin, dass die Gesellschaft in ihrem Gründungsstaat England keinerlei Geschäftstätigkeit entfaltet hat, da diese ausschließlich über die in Dänemark einzutragende Zweigniederlassung ausgeübt werden sollte. Damit hat es sich nach herkömmlichem Verständnis bei der in Dänemark begehrten Eintragung faktisch um die Eintragung einer Haupt- und nicht einer Zweigniederlassung gehandelt. Infolgedessen haben die dänische Handelskammer und die nachfolgend entscheidenden dänischen Gerichte die Ansicht vertreten, dass sich die Centros nicht auf § 117 des dänischen GmbHG berufen könne, da die Vorschrift nur für Zweig- und nicht für Hauptniederlassungen Wirksamkeit entfalte.

Hierbei hat sich allerdings der EuGH in bahnbrechender Art und Weise für die Eintragungsfähigkeit der Centros in Dänemark ausgesprochen und die Verweigerung der Eintragung als einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit bezeichnet. Des Weiteren hat der EuGH überraschenderweise festgestellt, dass die Versagung der Eintragung nicht – wie auf Grund der faktischen Errichtung einer Hauptniederlassung zu erwarten gewesen wäre – gegen die primäre, sondern vielmehr gegen die sekundäre Niederlassungsfreiheit verstoße.

Darüber hinaus musste der EuGH in seiner Entscheidung zu der Frage, ob der Gesellschaft auf Grund der Absicht, die strengeren inländischen (d.h. vorliegend die dänischen) Gründungsvorschriften zu umgehen, die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit versagt werden könne, Stellung beziehen. Hierbei hat sich der EuGH umfassend zugunsten der Niederlassungsfreiheit ausgesprochen, indem er selbst die gezielte Wahl einer regelungsärmeren Rechtsordnung zur Umgehung der strengeren inländischen Schutzbestimmungen als von dem Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit erfasst ansah.

(3) Reaktionen in der deutschen Literatur auf die Entscheidung Centros

Wie bereits die oben vorgenommenen Ausführungen erahnen lassen, hat das Centros-Urteil in der deutschen Literatur große Beachtung gefunden. Allerdings herrschte selten zuvor eine derartige Bandbreite an unterschiedlichen, teilweise geradezu diametralen Auffassungen hinsichtlich der Auslegung einer Entscheidung. Jedoch können im deutschen Schrifttum drei Hauptströmungen ausgemacht werden, die nachfolgend näher beleuchtet werden. Allerdings müssen die hierfür angeführten Nachweise auf Grund der Reichhaltigkeit der dieses Thema behandelnden Literatur auf ausgewählte Belege beschränkt werden.

Damit wird zunächst unter a) auf diejenigen Autoren eingegangen, die durch die Entscheidung Centros die Notwendigkeit gekommen sahen, eine Kehrtwende im internationalen Gesellschaftsrecht zu vollziehen. Nach dieser Ansicht ist ein unverändertes Festhalten an der Sitztheorie nicht mehr möglich, sondern es muss eine Umorientierung hin zu den niederlassungsfreundlichen Theorien erfolgen.

Im Anschluss daran wird unter b) diejenige in der Literatur vertretene Auffassung besprochen, nach der durch die Entscheidung Centros das internationale Gesellschaftsrecht völlig unberührt geblieben ist. Demzufolge könnte in Deutschland weiterhin die Sitztheorie angewendet und der Gläubigerschutz durch das Eingreifen der nationalen Regelungen sichergestellt werden.

Abschließend wird unter c) auf die Autoren eingegangen, die eine vermittelnde Ansicht vertreten. Danach wären infolge der Entscheidung Centros eine vollständige Aufgabe der Sitztheorie und ein Umschwenken auf die Gründungstheorie nicht grundsätzlich erforderlich. Allerdings müsse auch ein uneingeschränktes Festhalten an der Sitztheorie insbesondere in Konstellationen, die derjenigen der Centros-Entscheidung entsprechen, ausscheiden.

a) Abkehr von der Sitztheorie

Damit werden zunächst diejenigen in der Literatur³⁵⁸ zu Centros vorgetragene Argumente behandelt, aus denen sich eine Abkehr von der Sitztheorie und den Aussagen des Gerichtshofs in der Entscheidung Daily Mail und eine Hinwendung zu niederlassungsfreundlicheren Theorien ergibt.

Dabei lässt sich vorab feststellen, dass unter den Vertretern dieser Interpretationsrichtung insoweit Einigkeit herrschte, als es ihrer Auffassung nach einer EU-ausländischen Gesellschaft/englischen Limited infolge der Entscheidung Centros möglich sein muss, sich in Deutschland unter Wahrung ihrer Identität niederzulassen.

Allerdings zeigt sich bei einer Sichtung der für diese Ansicht vorgetragene Argumente, dass auch teilweise unterschiedliche Meinungen vertreten wurden. Diese Differenzen bezogen sich u.a. darauf, ob dem Centros-Urteil für Drittstaaten Bedeutung zugesprochen werden kann und ob neben der Niederlassungsfreiheit noch weitere europäische Grundfreiheiten berührt wurden³⁵⁹. Ferner wurden unterschiedliche Auffassungen hinsichtlich der konkret auf Grund der Entscheidung Centros anzuwendenden international gesellschaftsrechtlichen Theorie vertreten. Hierbei war man sich zwar einig, dass in mitgliedstaatlichen Zuzugsfällen grundsätzlich nicht mehr die Sitztheorie angewendet werden könne, ob jedoch die reine Gründungstheorie oder eine Modifikation hiervon zur Anwendung gelangen sollte, war umstritten³⁶⁰.

³⁵⁸ Vgl. hierzu m.w.N. Neye, EWiR 1999, 259 f. Nach Neye hat die Sitztheorie zumindest soweit ihre Bedeutung verloren, als es um die Behandlung von EU-Auslandsgesellschaften geht. Der Argumentation, dass die Daily Mail-Entscheidung als Billigung der Sitztheorie zu verstehen sei, habe der EuGH eine Absage erteilt. Ebenso greife der in Daily Mail vorgenommene Hinweis auf die mangelnde Harmonisierung für den Vorrang des nationalen Rechts nicht mehr. Die Art. 52 ff EWGV verleihen unmittelbar ein Recht auf Niederlassungsfreiheit und beanspruchen insoweit den Vorrang. Nach Freitag, EuZW 1999, 267 ff führt die Centros-Entscheidung ebenfalls zur Aufgabe der Sitztheorie im deutschen Gesellschaftsrecht. Die Gründungstheorie müsse zumindest insoweit maßgeblich sein, als es sich um ausländische juristische Personen aus dem Binnenmarkt handle. Allerdings ist die Ansicht Freitag insoweit erstaunlich als er aus der EuGH-Entscheidung ein unmittelbares aus Art. 58 EWGV abgeleitetes Recht auf primäre Niederlassungsfreiheit entnimmt, obwohl der EuGH in Rn. 27 der Entscheidungsbegründung nur von der sekundären Niederlassungsfreiheit spricht. Es ist zwar richtig, dass das Verständnis des Zweigniederlassungsbegriffs durch den EuGH die Grenzen verlaufen lässt, dennoch erscheint es zu weitgehend, explizit die primäre Niederlassungsfreiheit durch das Urteil als geschützt anzusehen. Ebenfalls für eine Hinwendung zur Gründungstheorie Werlauff, ZIP 1999, 867 ff; Geyrhalter, EWS 1999, 201 ff. Geyrhalter geht davon aus, dass jedenfalls in „Centros-Konstellationen“ die Gründungstheorie anzuwenden sei. Da die Entscheidung nur einen Teil der Niederlassungsfreiheit betroffen habe, sei eine vollständige Unanwendbarkeit der Sitztheorie noch nicht abschließend geklärt. Jedoch mache der EuGH in seinem Urteil deutlich, dass er im internationalen Rechtsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten denjenigen den Vorrang einräume, die der Gründungstheorie folgen, so dass Geyrhalter davon ausgeht, dass der EuGH dieses Vorgehen auch auf weitere Entscheidungen ausweiten werde. Nach Kieninger, ZGR 1999, 724 ff genieße eine Gesellschaft auf Grund der Centros-Entscheidung das Recht, überall in der Gemeinschaft ihre Hauptniederlassung und damit ihren tatsächlichen Sitz zu begründen. Diese Möglichkeit solle auch dann bestehen, wenn der Aufnahmestaat der Gesellschaft auf Grund seines Kollisionsrechts die Rechtsfähigkeit verweigere. Der Einwand der zwingenden Gründe des Allgemeinwohls werde einer strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung unterworfen und vermutlich bis auf das Mitbestimmungsgesetz keine weiteren Schutzvorschriften passieren lassen. Innerhalb der EU gelte damit grundsätzlich die Rechtswahlfreiheit für Gesellschaftsgründungen. Der Sitztheorie sei damit wohl der Boden entzogen und die unbeschränkte Anwendung der Niederlassungsfreiheit auf eine Sitzverlegung lediglich eine Frage der Zeit.

³⁵⁹ Vgl. hierzu m.w.N. Behrens IPRax 1999, 323 ff; Meilicke DB 1999, 625 ff; für die Auswirkung des Centros-Urteils auf die primäre Niederlassungsfreiheit: Freitag, EuZW 1999, 267 ff: Freitag geht in seiner Besprechung des Centros-Urteils davon aus, dass der EuGH unmittelbar aus Art. 58 EWGV auch ein Recht auf primäre Niederlassungsfreiheit entnommen habe. Denn der EuGH habe einen Sachverhalt unter den Begriff der Zweigniederlassung subsumiert und damit dem Geltungsbereich der sekundären Niederlassungsfreiheit unterstellt, der nach herkömmlichem Verständnis als Hauptniederlassung eingeordnet und dadurch in den Anwendungsbereich der primären Niederlassungsfreiheit gefallen wäre.

³⁶⁰ Vgl. hierfür m.w.N. Behrens IPRax 1999, 323 ff; Sandrock BB 1999, 1337 ff.

Da die vorgenannten Meinungsverschiedenheiten jedoch für diese Arbeit keine Bedeutung entfalten, werden sie nachfolgend nicht näher erläutert. Für den Gläubigerschutz bei einer heute in Deutschland niedergelassenen/zuziehenden englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft ist es ohne Belang, ob die Entscheidung Centros auch Drittstaaten betroffen hat und ob neben der Niederlassungsfreiheit weitere Grundfreiheiten von den Aussagen des Centros-Urteils berührt wurden. Ebenso verhält es sich mit dem Problem, welche Variante der Gründungstheorie nach der Entscheidung Centros am sinnvollsten zur Anwendung gelangen sollte, da insofern insbesondere die neueren Urteile des EuGH in den Rechtssachen Überseering und Inspire Art (hierzu nachfolgend unter Kapitel 3) und 4)) maßgeblich mitzuberücksichtigen sind. Damit kommt es für die Frage, wie heute der Gläubigerschutz bei einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft/englischen Limited verwirklicht werden soll, vorwiegend darauf an, zu dokumentieren, dass sich der EuGH zunehmend niederlassungsfreundlich geäußert hat und infolgedessen Beschränkungen der Freiheit nur eingeschränkt möglich sind/waren.

(a) Argumente für einen Wandel in der Rechtsanwendung

Das Centros-Urteil wird u.a.³⁶¹ von Sandrock³⁶², Behrens³⁶³ und Neye³⁶⁴ dahingehend interpretiert, dass aus ihm eine Abkehr von der Entscheidung Daily Mail und damit auch von der Sitztheorie folge und gleichzeitig – auf Grund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht – eine Hinwendung zu einer niederlassungsfreundlichen Theorie stattfinden müsse. Hierfür könne insbesondere auf die in den Rn. 27, 28 getroffenen Aussagen des Gerichtshofs verwiesen werden³⁶⁵.

Insofern führe der EuGH in Rn. 27 der Entscheidungsbegründung zu Centros an, dass das Recht, eine Gesellschaft nach den Vorschriften eines Mitgliedstaates zu errichten und in einem anderen eine Zweigniederlassung zu gründen, unmittelbar aus der vom EG-Vertrag gewährleisteten Niederlassungsfreiheit folge. Hieraus ist u.a. nach Sandrock³⁶⁶ zu entnehmen, dass der EuGH von der maßgeblichen Bedeutung der Grundfreiheiten ausgeht, so dass entgegenstehendes nationales Kollisionsrecht nicht länger beachtlich/europarechtswidrig ist.

Des Weiteren könne zur Untermauerung des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts und der Abkehr des EuGH von seinen Aussagen in der Entscheidung Daily Mail auf die Ausführungen des Gerichtshofs unter Rn. 28 der Entscheidungsbegründung hingewiesen werden. Hierin befasse sich der EuGH – wie schon in der Entscheidung Daily Mail³⁶⁷ – mit der Bedeutung der Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechte. Allerdings erkläre der EuGH in der Entscheidung Centros – im Gegensatz zu der Entscheidung Daily Mail – die fehlende

³⁶¹ Sandrock, BB 1999, 1337 ff; Behrens IPRax 1999, 323 ff; Neye, EWiR 1999, 259 f. Nach Neye habe die Sitztheorie zumindest soweit ihre Bedeutung verloren, als es um die Behandlung von EU-Auslandsgesellschaften geht. Der EuGH habe der Argumentation, dass die Daily Mail-Entscheidung als Billigung der Sitztheorie zu verstehen sei, eine Absage erteilt. Ebenso greife der in Daily Mail vorgenommene Hinweis auf die mangelnde Harmonisierung für den Vorrang des nationalen Rechts nicht mehr. Die Art. 52 ff EWGV verleihen unmittelbar ein Recht auf Niederlassungsfreiheit und beanspruchen insoweit den Vorrang; Freitag EuZW1999, 267 ff; Werlauff ZIP 1999, 867 ff; Geyrhalter EWS 1999, 201 ff. Geyrhalter geht davon aus, dass zumindest in „Centros-Konstellationen“ die Gründungstheorie anzuwenden sei. Da die Entscheidung nur einen Teil der Niederlassungsfreiheit betroffen habe, sei die vollständige Unanwendbarkeit der Sitztheorie noch nicht abschließend geklärt. Jedoch mache der EuGH in seinem Urteil deutlich, dass er im internationalen Rechtsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten denjenigen den Vorrang einräume, die der Gründungstheorie folgen. Dem entsprechend werde der EuGH nach Geyrhalter dieses Vorgehen auch auf weitere Entscheidungen ausweiten.

³⁶² Sandrock BB 1999, 1337 ff.

³⁶³ Behrens IPRax 1999, 323 ff

³⁶⁴ Neye EWiR 1999, 259 f.

³⁶⁵ Sandrock BB 1999, 1337 ff; Behrens IPRax 1999, 323 ff; Meilicke DB 1999, 625 ff.

³⁶⁶ Sandrock BB 1999, 1337 ff.

³⁶⁷ Siehe hierzu unter Rn. 21-23 der Entscheidungsbegründung zu Daily Mail.

Harmonisierung für unbeachtlich und mache damit deutlich, dass er sich von seiner früher vertretenen Auffassung distanzieren. Damit werde die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit nicht länger auf Grund der fehlenden Rechtsvereinheitlichung abgelehnt, sondern eine Gesellschaft könne unabhängig davon direkt aus den Art. 56, 58 EWGV ein Recht herleiten³⁶⁸.

Damit gehen u.a. Sandrock³⁶⁹, Meilicke³⁷⁰ und Behrens³⁷¹ auf Grund der vorgenannten Argumente davon aus, dass die Sitztheorie – jedenfalls in Zuzugsfällen und bei der Geltendmachung der sekundären Niederlassungsfreiheit durch eine Gesellschaft aus einem Mitgliedstaat – ausgedient hat. Der EuGH habe sich bezüglich der in Art. 58 EWGV aufgeführten Gesellschaften für das Bestehen eines unmittelbar aus Art. 52 EWGV folgenden Rechts auf Niederlassungsfreiheit ausgesprochen. Um jedoch aus der Niederlassungsfreiheit ein subjektives Recht herleiten zu können, müsse die Rechtssubjektseigenschaft und damit die Gesellschaft anerkannt werden³⁷². Da allerdings die Sitztheorie der zuziehenden Gesellschaft die Anerkennung versage, werde eine identitätswahrende Sitzverlegung unmöglich und die Sitztheorie führe damit zu einem europarechtswidrigen Ergebnis.

Ferner kann die Anwendung der Sitztheorie nach Meilicke³⁷³ auch nicht durch den Gläubigerschutz gerechtfertigt werden. Denn aus dem Urteil Centros gehe hervor, dass der EuGH die Sitztheorie für die Verwirklichung des Gläubigerschutzes als ungeeignet eingestuft habe. Dies ergebe sich daraus, dass die ausländische Gesellschaft bei einer Geschäftstätigkeit in ihrem Gründungsland (vorliegend England) ohne weiteres in ihrem Zuzugsland (vorliegend Dänemark) eingetragen worden wäre, obwohl die Gläubiger in einem solchen Fall mindestens in gleicher Weise einer Gefährdung ausgesetzt gewesen wären.

Damit müsse nach der vorbezeichneten Ansicht auf Grund der Entscheidung Centros eine niederlassungsfreundliche international gesellschaftsrechtliche Theorie in Deutschland zur Anwendung gelangen³⁷⁴.

(b) Stellungnahme

Nachdem die für diese Interpretationsrichtung vorgebrachten Argumente dargestellt wurden, werden diese nachfolgend einer eigenen Stellungnahme unterzogen.

aa) Abkehr von der Sitztheorie

Hierbei lässt sich zunächst feststellen, dass für eine Abkehr von der Sitztheorie und der gleichzeitigen Hinwendung zu einer niederlassungsfreundlichen Theorie primär zwei Argumentationsblöcke, nämlich die Ausführungen des EuGH unter Rn. 27 und unter Rn. 28 der Urteilsbegründung zu Centros, angeführt worden sind. Dabei wurde auf Grund der in den Rn. 27, 28 getätigten Äußerungen des EuGH ein Vergleich zu der Rechtsprechung in der Sache Daily Mail gezogen und ein Rückschluss auf die international gesellschaftsrechtliche Lage vorgenommen.

Dabei hat der EuGH in Rn. 27 der Entscheidungsbegründung zu Centros festgestellt, dass „das Recht, eine Gesellschaft nach den Vorschriften eines Mitgliedstaates zu errichten und in einem

³⁶⁸ Sandrock BB 1999, 1337 ff; Behrens IPRax 1999, 323 ff; Meilicke DB 1999, 625 ff.

³⁶⁹ Sandrock BB 1999, 1337 f.

³⁷⁰ Meilicke DB 1999, 625 ff.

³⁷¹ Behrens IPRax 1999, 323 ff.

³⁷² Sandrock BB 1999, 1337 ff; Behrens IPRax 1999, 323 ff.

³⁷³ Meilicke DB 1999, 625 ff.

³⁷⁴ Vgl. hierzu m.w.N. Sandrock BB 1999, 1337 ff; Behrens IPRax 1999, 323 ff; Meilicke DB 1999, 625 ff; Neye, EWiR 1999, 259 f.

anderen Mitgliedstaat Zweigniederlassungen zu gründen, (...) im Binnenmarkt unmittelbar aus der vom EG-Vertrag gewährleisteten Niederlassungsfreiheit (folgt)“. Ferner ergibt sich aus Rn. 28 der Entscheidungsbegründung, dass die nicht vollständige Harmonisierung im Gesellschaftsrecht für die Ausübung der oben angeführten Rechte nicht länger erheblich sein soll.

Dahingegen hat sich der EuGH bezüglich der oben angeführten Punkte – Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht und Auswirkung der fehlenden Harmonisierung – noch in seiner Entscheidung Daily Mail abweichend geäußert. Denn aus den Rn. 21-24 der Entscheidungsbegründung zu dem Urteil Daily Mail war zu entnehmen, dass auf Grund der unterschiedlichen Handhabung der Anknüpfungsmomente in den Mitgliedstaaten und der fehlenden Harmonisierung die daraus resultierenden Probleme nicht über das Gemeinschaftsrecht zu beheben seien, sondern einer Lösung im Wege der Rechtssetzung oder des Vertragsschlusses durch die Mitgliedstaaten gefunden werden müsse. Demzufolge waren weite Teile in der Literatur von einem Vorrang des nationalen Rechts und damit auch der Unbedenklichkeit der Sitztheorie überzeugt.

Damit ist es auf Grund dieser – infolge der Entscheidung Daily Mail – überraschenden Rechtsprechung des EuGH nachvollziehbar und naheliegend, für eine grundlegend veränderte international gesellschaftsrechtliche Situation einzutreten, zumal wegen des niederlassungsfeindlichen Charakters der Sitztheorie erhebliche Zweifel an deren Europarechtskonformität bestehen. Zwar ist darauf hinzuweisen³⁷⁵, dass der EuGH auf Grund seiner auf die Auslegung des EG-Vertrages beschränkten Entscheidungskompetenz keine Aussage zu dem konkret anzuwendendem internationalen Gesellschaftsrecht tätigen kann. Jedoch lassen die Feststellungen des Gerichtshofs Rückschlüsse zu, welche Ergebnisse nationaler Rechtsanwendung mit dem Europarecht vereinbar sind und welche nicht. Da die Sitztheorie einer zuziehenden EU-Auslandsgesellschaft die Anerkennung verweigern und diese vollständig dem nationalen Recht unterwerfen würde, ist davon auszugehen, dass ihre Geltung zu einem europarechtswidrigen Ergebnis führen würde und infolgedessen ein Übergang auf eine niederlassungsfreundliche Theorie geboten erscheint.

bb) Bedenken gegen eine weit gefasste Interpretation der Entscheidung Centros

Allerdings können bezüglich der oben angeführten Argumentation auch Bedenken angemeldet werden.

(aa) Vergleichbarkeit von Daily Mail und Centros

Diesbezüglich ist vor allem auf den Umstand einzugehen, dass die entscheidende Wendung im internationalen Gesellschaftsrecht aus einem Vergleich der Rechtsprechung in der Sache Centros und in der Sache Daily Mail abgeleitet wird.

Dabei wirft jedoch ein Vergleich der beiden vorgenannten Urteile deshalb Probleme auf, weil den Entscheidungen wesentlich unterschiedliche Sachverhalte zu Grunde gelegen haben. Während sich der EuGH bei Daily Mail mit einer Wegzugsbeschränkung und der primären Niederlassungsfreiheit beschäftigt hat, standen bei der Rechtssache Centros der Zuzug einer Gesellschaft und die sekundäre Niederlassungsfreiheit im Vordergrund.

Des Weiteren ist bei der Entscheidung Centros zu beachten, dass – wie bei der Vorgängerentscheidung Daily Mail – die jeweils betroffenen Mitgliedstaaten der

³⁷⁵ Behrens IPRax 1999, 323 ff.

Gründungstheorie gefolgt sind. Demzufolge kann an der umfassenden Bedeutung der Entscheidungen für das internationale Gesellschaftsrecht durchaus gezweifelt werden.

Allerdings muss zu Gunsten der oben erörterten Urteilsinterpretation angeführt werden, dass in der Rechtssache Centros die Formulierung sowohl des Urteilstenors als auch der Entscheidungsgründe teilweise sehr allgemein gehalten worden ist³⁷⁶, weshalb es nicht abwegig erscheint, dem Urteil grundlegende Bedeutung für das internationale Gesellschaftsrecht zuzusprechen.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass der EuGH in der Entscheidung Centros klare Aussagen getroffen hat, wie ein bestimmter Sachverhalt zu behandeln ist, damit ein europarechtskonformes Ergebnis erzielt werden kann. Demnach steht einer Gesellschaft aus einem Mitgliedstaat unmittelbar aus der Niederlassungsfreiheit ein Recht zu, ihren Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen (Rn. 27). Allerdings sind nicht sämtliche international gesellschaftsrechtlichen Theorien gleichermaßen geeignet, um das durch den EuGH vorgegebene Ergebnis zu erreichen. Gerade die Sitztheorie, die einer zuziehenden ausländischen Gesellschaft die Anerkennung versagt, kann den Vorgaben des EuGH nicht gerecht werden und damit auch zu keinem europarechtskonformen Ergebnis führen. Demnach kann der Entscheidung Centros jedenfalls eine indirekte Aussage für das internationale Gesellschaftsrecht entnommen werden.

(bb) Fehlender Hinweis auf eine Abkehr von Daily Mail

Allerdings kann an der von den vorgenannten Autoren vertretenen Auffassung auch deshalb gezweifelt werden, weil ihre Ansicht in nicht unerheblicher Weise darauf beruht, dass sich der EuGH von seinen Äußerungen in der Entscheidung Daily Mail distanziert habe. Allerdings hat der Gerichtshof in der Entscheidung Centros nicht auf eine gegenüber Daily Mail geänderte Rechtsauffassung hingewiesen, obwohl er hierauf in der Regel aufmerksam macht und dies auch begründet (siehe z.B. Keck). Darüber hinaus hat sich der Gerichtshof in der Entscheidung Daily Mail durch die Formulierung „...beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts...“³⁷⁷ den Weg offen gehalten, später eine geänderte Rechtsauffassung zu vertreten, so dass man auch deshalb annehmen könnte, er würde einen Hinweis vornehmen.

Jedoch darf hierbei nicht übersehen werden, dass der EuGH weder in sämtlichen früheren Urteilen auf eine Rechtsprechungsänderung hingewiesen hat noch dazu verpflichtet ist. Damit kommt es bei der Frage, ob von einer geänderten Rechtsprechung auszugehen ist, nicht allein auf eine entsprechende Erklärung, sondern vielmehr auf die einzelnen durch den Gerichtshof angeführten Argumente an.

Insofern können in der Entscheidung Centros triftige Gründe für einen Rechtsprechungswechsel festgemacht werden. Dabei ist vor allem auf die Rn. 27, 28 der Urteilsbegründung zu Centros zu verweisen. Hierunter wurden zwar die gleichen Themen wie unter Rn. 21-24 der Entscheidungsbegründung zu Daily Mail behandelt, aber abweichend beurteilt. Während der EuGH in der Centros-Entscheidung den Gesellschaften unmittelbar aus der Niederlassungsfreiheit ein Recht zur Verlegung ihres Verwaltungssitzes einräumt und die fehlende Harmonisierung nicht länger als Hindernis betrachtet, hat der Gerichtshof noch in der Entscheidung Daily Mail die fehlende Harmonisierung zum Anlass genommen, um dem nationalem Recht gegenüber dem Gemeinschaftsrecht den Vorrang einzuräumen. Infolgedessen

³⁷⁶ Insbesondere der Tenor der Entscheidung bezieht sich insgesamt auf die Art. 52, 58 EG, ohne den entsprechenden Absatz und Satz für die sekundäre Niederlassungsfreiheit zu bezeichnen. Andererseits wird im Tenor nur von einer Zweigniederlassung und nicht allgemein von einer Niederlassung gesprochen.

³⁷⁷ Siehe Urteilstenor zu Daily Mail.

kann davon ausgegangen werden, dass sich der EuGH in seiner Entscheidung Centros von seiner in der Entscheidung Daily Mail vertretenen Rechtsauffassung distanziert hat.

b) Beibehaltung der Sitztheorie

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass auf Grund der Entscheidung Centros nicht einhellig von der Notwendigkeit, einen Wandel im internationalen Gesellschaftsrecht zu vollziehen, ausgegangen wurde. Vielmehr haben u.a.³⁷⁸ Ebke³⁷⁹, Ulmer³⁸⁰ und Görke³⁸¹ die Auffassung vertreten, dass die Entscheidung Centros auf die in Deutschland geltende Sitztheorie keinen Einfluss habe. Folglich könne sich eine EU-ausländische Gesellschaft/englische Limited weiterhin nicht unter Wahrung ihrer Identität in Deutschland niederlassen.

Damit werden nachfolgend unter (a) die wesentlichen Argumente für das vorgenannte Verständnis der Entscheidung Centros angeführt und im Anschluss unter (b) einer eigenen Stellungnahme unterzogen.

(a) Argumente

aa) Grad der Rechtsangleichung

Dabei stützt Ebke³⁸² die oben angeführte Interpretation der Entscheidung Centros – d.h. die fehlende Notwendigkeit im internationalem Gesellschaftsrecht einen Wandel von der Sitztheorie hin zu einer niederlassungsfreundlichen Theorie zu vollziehen – darauf, dass nach wie vor kein entsprechender Grad an Rechtsangleichung zwischen den Mitgliedstaaten erreicht worden sei. Infolgedessen könne die Sitztheorie – bis eine Harmonisierung zwischen den Mitgliedstaaten erfolgt sei – weiterhin unverändert zur Anwendung gelangen.

bb) Centros als Einzelfallentscheidung

Des Weiteren haben Ebke³⁸³ ebenso wie Lang³⁸⁴ in Bezug auf die Entscheidung Centros darauf aufmerksam gemacht, dass es sich bei dem Urteil lediglich um eine Einzelfallentscheidung handle, der dementsprechend auch keine derart weitreichende Bedeutung eingeräumt werden könne.

Diesbezüglich argumentiert Ebke³⁸⁵ damit, dass der EuGH zur Begründung seiner Urteile in der Regel auf vorangegangene Entscheidungen hinweise, um dadurch die Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit seiner Rechtsprechung zu stärken. Jedoch fehle gerade im Bereich der Niederlassungsfreiheit eine reichhaltige systembildende Jurisdiktion. Folglich sei davor zu

³⁷⁸ So auch Lange DNotZ 1999, 599 ff.

³⁷⁹ Ebke JZ 1999, 656 ff.

³⁸⁰ Ulmer JZ 1999, 662 ff.

³⁸¹ Görk GmbH 1999, 793 ff; Nach Görk darf in Deutschland die Sitztheorie unverändert angewendet werden. Dies ergebe sich aus der Tatsache, dass die Centros-Entscheidung weder ausgehend vom Sachverhalt noch von der Vorlagefrage Anlass dazu geboten habe, zum internationalen Gesellschaftsrecht Stellung zu nehmen. In der Centros-Entscheidung werde das kollisionsrechtliche Vorgehen Englands und Dänemarks als Ausgangspunkt der Urteilsfindung herangezogen. Eine eigene Beschäftigung mit den international privatrechtlichen Vorfragen finde nicht statt. Das Daily Mail-Urteil verliere durch das Centros-Urteil nichts von seiner Bedeutung. Die hierin getroffenen Aussagen, dass der Art 58 EWGV die unterschiedlichen Anknüpfungen in den Mitgliedstaaten gleich achte und dieses Problem nicht über die Bestimmungen der Niederlassungsfreiheit, sondern im Wege der Rechtssetzung oder des Vertragsschlusses gelöst werden müsse (Rn. 17, 18 der Entscheidungsbegründung), würde unverändert beibehalten.

³⁸² Ebke JZ 1999, 656 ff.

³⁸³ Ebke JZ 1999, 656 ff.

³⁸⁴ Lange DNotZ 1999, 599 ff.

³⁸⁵ Ebke JZ 1999, 656 ff.

warnen, aus einer einzelnen Entscheidung zur Niederlassungsfreiheit das zum Ausdruck kommende geltende Recht und die rechtspolitischen Erwägungen zu vermengen.

cc) Definition von Begrifflichkeiten

Darüber hinaus habe der EuGH in der Entscheidung Centros keine Aussage zum internationalen Gesellschaftsrecht getroffen, sondern lediglich die im Europarecht verwendeten Begrifflichkeiten der Zweig- und Hauptniederlassung definiert³⁸⁶. Folglich sei über die Möglichkeiten einer Sitzverlegung mangels kollisionsrechtlicher Relevanz der Aussage des EuGH nicht entschieden worden³⁸⁷ und der Gerichtshof habe damit die Sitzverlegung einer Gesellschaft auch nicht unter den Schutz der Art. 52, 58 EWGV gestellt³⁸⁸.

dd) Keine Aussagen zur Rechtmäßigkeit der Verwaltungssitzanknüpfung

Zusätzlich hat Ebke³⁸⁹ darauf hingewiesen, dass die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Verwaltungssitzanknüpfung niemals zur Diskussion gestanden habe, da weder die wirksame Gründung der Gesellschaft in England noch deren Fortbestand in Dänemark ein Problem aufgeworfen habe. Sowohl der Wegzugs- als auch der Zuzugsstaat seien der Gründungstheorie gefolgt, weshalb eine Anerkennung der Centros als ausländische Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Dänemark – wie sich auch aus Rn. 4 der Entscheidungsbegründung zu Centros entnehmen lasse – niemals zweifelhaft gewesen sei. Demzufolge sei die Europarechtskonformität der Anknüpfung an den effektiven Verwaltungssitz weder direkt noch indirekt im Rahmen des Centros-Urteils zur Beurteilung und Entscheidung gestanden³⁹⁰.

ee) Nichterwähnung des Art. 293 EG

Des Weiteren könne die fehlende Erwähnung des Art. 293 EG in der Entscheidung Centros als ein Indiz für die nicht erfolgte Auseinandersetzung des EuGH mit der grenzüberschreitenden Sitzverlegung angeführt werden³⁹¹. In Art. 293 Spiegelstrich 3 EG werde für die Anerkennung einer EU-ausländischen Gesellschaft bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegungen der Abschluss von Übereinkommen zwischen den Mitgliedstaaten vorgesehen. Da ein solches Abkommen jedoch noch nicht geschlossen sei, könne der Entscheidung – insbesondere auf Grund der Nichterwähnung der vorbezeichneten Norm – keine Aussage hinsichtlich einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung entnommen werden³⁹².

ff) Vereinbarkeit der Beschränkung der Sitzverlegung mit Art. 43, 48 EG

Ferner hat u.a. Ebke³⁹³ darauf hingewiesen, dass der EuGH in der Entscheidung Daily Mail die Beschränkung der identitätswahrenden Sitzverlegung – z.B. durch das nationale Kollisionsrecht – nicht als Widerspruch zu den Art. 43, 48 EG eingeordnet habe. Demzufolge könne auch nach der Entscheidung Centros der effektive Verwaltungssitz nur dann von einem Mitgliedstaat in einen anderen verlegt werden, wenn die zuziehungswillige Gesellschaft nach dem Kollisionsrecht des Aufnahmestaates, d.h. nach dem hierüber berufenen Gesellschaftsstatut, fortbestehen würde. Da jedoch Deutschland der Sitztheorie folge und damit für eine wirksame Errichtung einer Gesellschaft deren Gründung nach den nationalen

³⁸⁶ Ebke JZ 1999, 656 ff.

³⁸⁷ Für die Annahme, dass das Kollisionsrecht betroffen sei, wird vorgebracht, dass die Centros in Dänemark faktische ihre Haupt- und nicht ihr Zweigniederlassung errichten wollte. Folglich hätte der EuGH die Möglichkeit der Sitzverlegung unter den Schutz der Art. 52, 58 EWGV gestellt und damit über das Kollisionsrecht befunden. Ebke sieht diese Einschätzung als nicht haltbar an.

³⁸⁸ Ebke JZ 1999, 656 ff.

³⁸⁹ Ebke JZ 1999, 656 ff.

³⁹⁰ Ebke JZ 1999, 656 ff.

³⁹¹ Ebke JZ 1999, 656 ff.

³⁹² Ebke JZ 1999, 656 ff.

³⁹³ Ebke JZ 1999, 656 ff.

Gesellschaftsrechtsvorschriften erforderlich sei, könne sich eine EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited nicht identitätswahrend in Deutschland niederlassen.

gg) Überbewertung der Entscheidung Centros

Des Weiteren weisen Ebke³⁹⁴ und Ulmer³⁹⁵ darauf hin, dass der in Rn. 28 der Entscheidungsbegründung zu Centros erfolgte Hinweis auf die Unerheblichkeit der nicht vollständigen Harmonisierung der Normen des Gesellschaftsrechts in den einzelnen Mitgliedstaaten³⁹⁶ für die Möglichkeit der Sitzverlegung einer Gesellschaft nicht überbewertet werden dürfe. Dies ergebe sich bereits daraus, dass sich die Entscheidung Centros nicht mit dem Thema der grenzüberschreitenden Sitzverlegung beschäftigt habe (siehe hierzu oben unter cc)).

Darüber hinaus habe der EuGH in seiner Entscheidung Daily Mail gerade die fehlende Harmonisierung zum Anlass genommen, um den mitgliedstaatlichen Gesellschaften ein aus den Art. 52, 58 EWGV folgendes Recht auf identitätswahrende Sitzverlegung zu verweigern³⁹⁷. Da jedoch seitdem Urteil Daily Mail keine entscheidenden Vereinheitlichungsfortschritte im Gesellschaftsrecht erzielt worden seien, bestehe kein Anlass für eine abweichende Beurteilung³⁹⁸.

Zusätzlich sei im Centros-Verfahren die fehlende Harmonisierung der Normen des Gesellschaftsrechts nicht als Rechtfertigungsgrund für eine Beschränkung herangezogen worden, weswegen aus dem kurzen Hinweis des Gerichtshofs unter Rn. 28 der Entscheidungsbegründung nicht von einer geänderten Rechtsauffassung des EuGH ausgegangen werden könne³⁹⁹.

hh) Fortbestand der Entscheidung Daily Mail, Vorrang des nationalen Rechts

Des Weiteren ist u.a. nach Kindler⁴⁰⁰ sowie nach Lang⁴⁰¹ davon auszugehen, dass das Centros-Urteil auch deshalb keinerlei Bedeutung für die Sitztheorie-Staaten entfaltet, weil in der Entscheidung Centros – wie bereits im vorangegangenen Unterpunkt angesprochen – keine Abkehr von den in Daily Mail getroffenen Aussagen erfolgt ist. Dementsprechend würden die dort aufgestellten Grundsätze im Wesentlichen fortgelten, so dass dem nationalen Recht gegenüber der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften weiterhin der Vorrang einzuräumen sei.

Dabei ergebe sich diese Annahme zunächst aus den Gepflogenheiten des EuGH, auf Rechtsprechungsänderungen hinzuweisen, wie u.a. anhand des Urteils Keck belegt werden könne. Da der Gerichtshof jedoch in der Entscheidung Centros keinerlei dahingehenden

³⁹⁴ Ebke JZ 1999, 656 ff.

³⁹⁵ Ulmer JZ 1999, 662 ff.

³⁹⁶ Siehe unter Rn. 28 der Entscheidungsgründe zu Centros.

³⁹⁷ Siehe unter Rn. 24 der Entscheidungsgründe zu Daily Mail.

³⁹⁸ Ebke JZ 1999, 656 ff.

³⁹⁹ Dieser Auffassung Ebkes im Wesentlichen folgend: Ulmer JZ 1999, 662 ff. In diesem Aufsatz stellt Ulmer zunächst fest, dass den Ausführungen Ebkes nichts hinzuzufügen sei. Sodann beschäftigt er sich mit der Frage, wie mit dem Centros-Urteil in Deutschland umzugehen wäre, wenn ihm doch die gegenteilige Aussage – Maßgeblichkeit der Gründungstheorie – entnommen werden müsste. Hierbei ermittelt er die hieraus resultierenden Gefahren, um entsprechende Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen. Gefahren sieht Ulmer insbesondere für den Gläubigerschutz und die Mitbestimmung. Als Lösungsmöglichkeit führt er einen rechtsordnungsübergreifenden Grundsatz der Durchgriffshaftung an, der Fälle völlig unzureichender Kapitalausstattung erfassen soll. Diese Lösung würde nach seiner Auffassung nicht der Niederlassungsfreiheit zuwider laufen, da sie – anders als im Falle Centros – die Anerkennung der Gesellschaft im Inland nicht unmöglich mache, sondern lediglich die negativen Folgen für den Gläubigerschutz kompensiere.

⁴⁰⁰ Kindler NJW 1999, 1993 ff.

⁴⁰¹ Lange DNotZ 1999, 599 ff.

Anmerkungen getroffen habe, sei nicht von einer vollständigen Abkehr des EuGH von seinen Aussagen in der Entscheidung Daily Mail auszugehen⁴⁰².

Ferner könne auf das Subsidiaritätsprotokoll zum Vertrag von Amsterdam vom 2.10.1997 hingewiesen werden. Hierin werde der Kommission in den Nummern 4 und 9 aufgegeben, sämtliche Rechtssetzungsvorhaben unter dem Aspekt des Subsidiaritätsprinzips besonders zu begründen. Demzufolge könne ein solches Vorgehen erst recht seitens des Gerichtshofs erwartet werden. Da jedoch die Centros-Entscheidung keine dahingehende gesonderte Begründung enthalte, sei nicht von einem subsidiaritätsrelevanten Urteil auszugehen⁴⁰³.

Zusätzlich habe der EuGH in der Centros-Entscheidung zutreffend festgestellt, dass nur diejenigen Gesellschaften Träger der Niederlassungsfreiheit seien, die rechtmäßig errichtet wurden. Dies richte sich allerdings nach nationalem und nicht nach gemeinschaftlichem Recht. Dabei sei die maßgebliche nationale Rechtsordnung über das jeweilige internationale Gesellschaftsrecht zu bestimmen, das dem Gemeinschaftsrecht ebenfalls vorgehe. Der EuGH habe den Vorrang des internationalen Gesellschaftsrechts in seiner Daily Mail-Entscheidung⁴⁰⁴ eindeutig herausgestellt und diese Tatsache in seinem Centros-Urteil bestätigt, indem er sich an das in Dänemark geltende internationale Gesellschaftsrecht – nämlich der Gründungstheorie – gehalten und folgerichtig die Centros Limited anerkennt habe. Demzufolge werde der Vorrang des nationalen Rechts im Bereich der Niederlassungsfreiheit nicht angetastet⁴⁰⁵.

Darüber hinaus lasse sich der Vorrang des nationalen Rechts auch anhand des sekundären Gemeinschaftsrechts belegen, da z.B. Art. 5 und Art. 7 des Verordnungsvorschlags zur SE ebenfalls an den tatsächlichen Sitz anknüpfen⁴⁰⁶.

Ferner sei zur Begründung des Vorrangs des nationalen Rechts im Bereich des internationalen Gesellschaftsrechts auf den Maastrichter Vertrag zu verwiesen. Dieser habe das Subsidiaritätsprinzip in den EG-Vertrag eingebracht. Insofern führe jedoch das Subsidiaritätsprinzip, ebenso wie das Verhältnismäßigkeitsprinzip, zur Unantastbarkeit des mitgliedstaatlichen Kollisionsrechts. Diese Ansicht habe der Gerichtshof auch in der Entscheidung Daily Mail bestätigt, indem er den Art. 44 II lit. g, 293 EG (siehe hierzu Rn. 21, 22 der Entscheidungsbegründung zu Daily Mail) und damit dem mitgliedstaatlichen Recht den Vorrang eingeräumt habe⁴⁰⁷. Darüber hinaus müsste eine international privatrechtliche Kollisionsregel im EG-Primärrecht als unverhältnismäßig eingestuft werden, da auf diese Weise auch diejenigen Vorschriften des Gesellschaftsrechts betroffen würden, die nicht bzw. wenig integrationsrelevant seien⁴⁰⁸.

Darüber hinaus ergebe ein Vergleich der Entscheidungsgründe von Daily Mail und Centros, dass sich die neuere Rechtsprechung nicht von der alten distanziert habe. Insofern könne auf Rn. 20 der Entscheidungsbegründung zu Centros und auf Rn. 21 der Entscheidungsbegründung zu Daily Mail verwiesen werden. Beide Male werden nahezu wortgleich die alternativ bestehenden Anknüpfungsmerkmale des satzungsmäßigen Sitzes, der Hauptverwaltung bzw. der Hauptniederlassung aufgezählt⁴⁰⁹.

⁴⁰² Kindler NJW 1999, 1993 ff; Lange DNotZ 1999, 599 ff.

⁴⁰³ Kindler NJW 1999, 1993 ff.

⁴⁰⁴ Siehe hierzu unter Rn. 19, 21 der Entscheidungsbegründung zu Daily Mail.

⁴⁰⁵ Kindler NJW 1999, 1993 ff; Lange DNotZ 1999, 599 ff.

⁴⁰⁶ Kindler NJW 1999, 1993 ff.

⁴⁰⁷ Kindler NJW 1999, 1993 ff.

⁴⁰⁸ Kindler NJW 1999, 1993 ff.

⁴⁰⁹ Kindler NJW 1999, 1993 ff; Lange DNotZ 1999, 599 ff.

ii) Rechtfertigung der Sitztheorie

Zusätzlich hat Lang⁴¹⁰ darauf hingewiesen, dass die Sitztheorie auch deshalb mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar sei, weil sie die vier im Gebhard-Urteil aufgestellten Rechtfertigungskriterien des EuGH erfülle. Die Sitztheorie werde diskriminierungsfrei auf in- und ausländische Gesellschaften gleichermaßen angewendet, sie sei durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt und müsse darüber hinaus als geeignet und erforderlich eingestuft werden.

(b) Stellungnahme

Nachdem die wesentlichen Begründungen für eine unveränderte Beibehaltung der Sitztheorie vorgetragen worden sind, werden diese nachfolgend einer eigenen Stellungnahme unterzogen.

aa) Centros und das internationale Gesellschaftsrecht

Hierfür wird zunächst auf das Argument, die Entscheidung Centros habe das internationale Gesellschaftsrecht nicht betroffen, eingegangen.

Dabei kann zu Gunsten dieser Aussage angeführt werden, dass sowohl England als auch Dänemark der Gründungstheorie gefolgt sind, weshalb Centros in Dänemark als ausländische Gesellschaft mit beschränkter Haftung anerkannt wurde (siehe hierzu die Ausführungen unter Rn. 4 der Entscheidungsbegründung zu Centros). Allerdings ist der Centros dennoch die Handelsregistereintragung versagt worden, ohne die eine Gesellschaft in Dänemark nicht wirtschaftlich tätig werden kann. Damit führte die Nichteintragung einer Gesellschaft in Dänemark grundsätzlich⁴¹¹ zu demselben Ergebnis wie die Sitztheorie, die einer ausländischen Gesellschaft die Anerkennung versagt. Infolgedessen können aus der Entscheidung durchaus Rückschlüsse auf die Vereinbarkeit einer bestimmten international gesellschaftsrechtlichen Theorie mit dem Europarecht gezogen werden.

Ferner ist zu bedenken, dass die Bewertung des Sachverhaltes durch den EuGH selbst dann einen Rückschluss auf das Kollisionsrecht zulässt, wenn man davon ausgeht, dass der Gerichtshof nur das Ergebnis eines international gesellschaftsrechtlichen Vorgangs als Ausgangspunkt seiner Überprüfung herangezogen hat. Der EuGH hat die Verweigerung der Handelsregistereintragung für europarechtswidrig erklärt. Da einer nach Deutschland zuziehenden EU-Auslandsgesellschaft unter der Geltung der Sitztheorie ebenfalls die Eintragung in das Handelsregister verweigert werden würde, müsste dies ebenfalls als europarechtswidrig eingestuft werden. Folglich können aus der Entscheidung Centros jedenfalls indirekte Vorgaben entnommen werden, welche international gesellschaftsrechtliche Theorie europarechtlich bedenklich sein kann.

Des Weiteren ist Dänemark zwar grundsätzlich der Gründungstheorie gefolgt, hat aber dennoch in Teilbereichen – wie u.a. dem Mindestkapital – versucht, das Sitzrecht durchzusetzen. Dieses Vorgehen hat in seiner Wirkungsweise der Sitztheorie entsprochen und wurde durch den EuGH als europarechtswidrig abgelehnt. Damit betrifft die Entscheidung auch deshalb indirekt das internationale Gesellschaftsrecht.

Folglich ist das Argument, die Entscheidung Centros habe das internationale Gesellschaftsrecht nicht berührt, abzulehnen. Zwar kann der EuGH auf Grund seiner auf die Auslegung des EG-Vertrages beschränkten Entscheidungskompetenz nicht unmittelbar in das nationale Recht

⁴¹⁰ Lange DNotZ 1999, 599 ff.

⁴¹¹ Abweichung insofern möglich, als in Deutschland etliche Vertreter der Sitztheorie eine ausländische Gesellschaft nicht als nicht existent, sondern als Personengesellschaft mit den daraus folgenden Haftungsregime betrachten.

eingreifen, aber seine Feststellungen bezüglich der Auslegung des Vertrages lassen Rückschlüsse auf die Europarechtskonformität des internationalen Gesellschaftsrechts zu.

bb) Fortgeltung der Entscheidung Daily Mail

(aa) Nichterwähnung einer Rechtsprechungsänderung

Des Weiteren wurde von den oben angeführten Autoren die Fortgeltung der Sitztheorie auch darauf gestützt, dass der EuGH in der Urteilsbegründung der Rechtssache Centros nicht auf die Entscheidung Daily Mail, d.h. auf eine Rechtsprechungsänderung, eingegangen sei, weshalb die in der Entscheidung Daily Mail getroffenen Aussagen⁴¹² weiterhin Gültigkeit beanspruchten. Damit genieße das nationale Recht gegenüber dem Gemeinschaftsrecht unverändert den Vorrang, weshalb die Sitztheorie nicht in Konflikt mit der Niederlassungsfreiheit gerate.

Allerdings ist diesem Vorbringen grundlegend zu widersprechen. Zwar weist der EuGH in der Regel auf eine Rechtsprechungsänderung hin, er ist hierzu aber weder verpflichtet noch hat er in der Vergangenheit stets danach verfahren. Demzufolge kann für die Feststellung, ob eine Rechtsprechungsänderung eingetreten ist, nicht allein auf das formale Kriterium eines Hinweises abgestellt werden, sondern es müssen vor allem auch die Urteilsgründe Berücksichtigung finden. Insofern ergibt sich aus den Ausführungen des EuGHs unter Rn. 27, 28 der Urteilsbegründung der Entscheidung Centros eine gegenüber der Entscheidung Daily Mail wesentlich geänderte Rechtsauffassung (siehe hierzu ausführlich bereits oben unter a) (c)). Damit ist das oben angeführte Argument abzulehnen.

(bb) Wiederholung der Entscheidungsgründe

Darüber hinaus ist für eine inhaltliche Fortgeltung der Entscheidung Daily Mail auf eine in dem Urteil Centros teilweise vorgenommene inhaltliche Wiederholung der Entscheidungsgründe hingewiesen worden. Insofern seien sowohl in Rn. 20 der Centros-Entscheidung als auch in Rn. 21 der Rechtssache Daily Mail die in Art. 48 EG angeführten Kriterien des satzungsmäßigen Sitzes, der Hauptverwaltung und der Hauptniederlassung aufgeführt worden.

Jedoch lässt sich auch aus diesem Umstand nicht die Fortgeltung der in Daily Mail getätigten Aussagen herleiten, insbesondere da die Ausführungen unter Rn. 21 der Urteilsbegründung zu Daily Mail und diejenigen unter Rn. 20 der Entscheidung Centros in ihrer Bedeutung nicht identisch sind. Denn während in der Entscheidung Daily Mail die aus Art. 48 EG folgenden Kriterien als unterschiedliche Anknüpfungsmomente gleichermaßen geachtet werden, diene die Aufzählung der vorbezeichneten Merkmale in der Entscheidung Centros nur der Zuordnung einer Gesellschaft zu einer Rechtsordnung, so wie das bei natürlichen Personen über die Staatsangehörigkeit vorgenommen wird.

cc) Dänemark und England als Gründungstheorie Staaten

Ferner wird seitens der vorbezeichneten Autoren als Argument für eine unveränderte Situation in den Sitztheorie-Staaten angeführt, dass die durch die Centros-Entscheidung berührten Mitgliedstaaten England und Dänemark der Gründungstheorie gefolgt seien, weshalb das Urteil für die Sitztheorie-Staaten keine Wirksamkeit entfalte.

Allerdings ist hierbei zu bedenken, dass auch in der Rechtssache Daily Mail die betroffenen Mitgliedstaaten die Gründungstheorie angewendet haben. Dennoch wurde der Entscheidung für

⁴¹² Der EuGH habe hierin insbesondere unter den Rn. 19, 21-24 die unterschiedlichen Anknüpfungsmomente in den Mitgliedstaaten anerkannt. Zusätzlich habe der Gerichtshof festgestellt, dass diesbezüglich das nationale Recht den Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit vorgehe. Diese Entscheidung sei durch das Centros-Urteil nicht aufgehoben worden.

die Sitztheorie-Staaten Bedeutung zugesprochen. Damit erscheint es wenig überzeugend, eine kollisionsrechtlich identische Ausgangslage gegenläufig zu beurteilen.

Folglich müssen auch bei der Ermittlung der Aussagekraft der Entscheidung Centros die weiteren Umstände und hierbei vor allem die Urteilsgründe mitberücksichtigt werden. Dabei kann bei der Entscheidung Centros insbesondere auf die Ausführungen des Gerichtshofs unter Rn. 27, 28 verwiesen werden. Hierin trifft der EuGH allgemeine Feststellungen zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften und der Bedeutung der fehlenden Rechtsangleichung in den Mitgliedstaaten. Infolgedessen muss davon ausgegangen werden, dass der EuGH seiner Entscheidung über den zu Grunde liegenden Ausgangssachverhalt hinaus Bedeutung zukommen lassen wollte.

dd) Begünstigte der Niederlassungsfreiheit

Als weiteres Argument gegen die Bedeutung der Entscheidung Centros für die Sitztheorie-Staaten wurde angeführt, dass sich eine ausländische Gesellschaft, die sich in einem Sitztheorie-Staat niederlassen wolle, nicht auf den Schutz der Niederlassungsfreiheit berufen könne, da sie mangels wirksamer Errichtung nicht Begünstigte der Niederlassungsfreiheit sei. Wegen der Fortgeltung der Entscheidung Daily Mail gelte eine Gesellschaft in einem Sitztheorie-Staat nämlich nur dann als wirksam errichtet, wenn sich ihre Gründung nach den Vorschriften des Sitztheorie-Staates vollzogen habe. Da dies aber bei einer inländischen Auslandsgesellschaft, die nach den Regelungen ihres Heimatlandes gegründet wurde, nicht der Fall sei, könne sie auch nicht unter den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit fallen.

Allerdings muss auch dieses Argument abgelehnt werden. Die vorgenannte Begründung stützt sich maßgeblich auf das Bestehen eines aus der Entscheidung Daily Mail folgenden Vorrangs des nationalen Rechts vor dem Gemeinschaftsrecht. Jedoch ist auf Grund der Entscheidung Centros von einer gegenüber der Entscheidung Daily Mail geänderten Rechtsauffassung des EuGH auszugehen, weswegen das nationale Recht nicht mehr den Vorrang genießt (s. o.). Damit ist dem vorbezeichnetem Argument die Grundlage entzogen.

ee) Anwendung der Sitztheorie als gerechtfertigte Beschränkung

Des Weiteren wurde für die fortbestehende Möglichkeit der Anwendung der Sitztheorie vorgebracht, dass diese – selbst wenn die Centros-Entscheidung für alle Mitgliedstaaten Wirksamkeit entfalte – auf Grund der Möglichkeit einer Rechtfertigung anhand des durch den EuGH in den Entscheidungen Kraus⁴¹³ und Gebhard⁴¹⁴ entwickelten Vier-Kriterien-Tests⁴¹⁵ weiterhin angewendet werden könne.

Allerdings ist auch diesem Vorbringen nicht zu folgen. Insofern ist die Anerkennung einer derartigen Argumentation vor dem EuGH unwahrscheinlich. Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof den Vier-Kriterien-Test bisher nur zur Überprüfung einzelner nationaler Maßnahmen und nicht zur Rechtfertigung ganzer Konzepte herangezogen hat. Dieser spezielle Rechtfertigungsgrund soll den Mitgliedstaaten lediglich eine Möglichkeit eröffnen, einen ihnen besonders wichtigen Einzelfall, nicht aber ganze Konzepte, gegen die Niederlassungsfreiheit durchzusetzen.

⁴¹³ EuGH, Slg. 1993, I-1663 (Kraus).

⁴¹⁴ EuGH, Slg. 1995, I-4165 (Gebhard).

⁴¹⁵ Für eine europarechtliche Rechtfertigung der Anwendung einer nationalen Norm nach dem Vier-Kriterien-Test muss die jeweilige Norm zwingenden Gründen des Allgemeinwohls dienen, ihre Anwendung muss diskriminierungsfrei erfolgen und sie muss zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich sein.

Darüber hinaus hat der EuGH in der Entscheidung Centros bereits der Anwendung der dänischen Mindestkapitalvorschriften mangels Geeignetheit und Erforderlichkeit die Rechtfertigung versagt⁴¹⁶. Die Sitztheorie würde jedoch ebenfalls den bestehenden Kapitalschutzvorschriften zur Anwendung verhelfen. Allein daraus müssen sich Zweifel an der allgemeinen Rechtfertigungsmöglichkeit der Sitztheorie ergeben.

ff) Sekundäres Gemeinschaftsrecht

Des Weiteren ist auch die Argumentation über das sekundäre Gemeinschaftsrecht und hierbei den Art. 5, 7 des SE-Verordnungsentwurfs abzulehnen, da die Unbedenklichkeit der Sitztheorie nicht über einen Hinweis auf das sekundäre Gemeinschaftsrecht begründet werden kann.

Insofern ist zunächst festzustellen, dass das primäre Gemeinschaftsrecht gegenüber dem sekundären den Vorrang genießt. Demzufolge scheidet eine inhaltliche Bestimmung des primären Rechts über das sekundäre aus. Das sekundäre Gemeinschaftsrecht kann zwar Anhaltspunkte für eine Interpretation des primären Gemeinschaftsrechts liefern, sich aber nicht gegenüber dem primären Recht durchsetzen. Demzufolge ist für die Ermittlung der Reichweite der Niederlassungsfreiheit maßgeblich auf die Art. 43, 48 EG abzustellen, deren Auslegung wiederum in den Händen des Gerichtshofs liegt. Dieser hat in seiner Entscheidung Centros unter den Rn. 27, 28 der Urteilsbegründung ausgeführt, dass eine Gesellschaft – unabhängig von der Harmonisierung der Gesellschaftsrechte in den Mitgliedstaaten – unmittelbar aus der Niederlassungsfreiheit ein Recht herleiten kann. Demzufolge darf die Ausübung der Niederlassungsfreiheit nicht durch das nationale Recht ausgeschlossen werden.

gg) Subsidiaritätsprinzip

Ferner ist dem Vorbringen, dass die vorrangige Anwendung der Niederlassungsfreiheit gegen das in Art. 5 EG festgeschriebene Subsidiaritätsprinzip verstoße und der Niederlassungsfreiheit auch die Art. 44, 293 EG entgegenstünden, nicht zu folgen.

In Art. 5 EG wird zwar das Subsidiaritätsprinzip festgeschrieben, allerdings bezieht sich dieses auf Maßnahmen der Gemeinschaft und nicht auf Rechtsnormen des EG-Vertrags.

Des Weiteren ist es richtig, dass das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten in den Art. 44, 293 EG eine Möglichkeit zum Tätigwerden im Bereich des internationalen Gesellschaftsrechts einräumt. Allerdings sollen die Art. 44, 293 EG von ihrem Sinn und Zweck her die Ausübung der Niederlassungsfreiheit erleichtern, nicht erschweren. Bereits deshalb können die Art. 44, 293 EG der Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit nicht im Wege stehen. Ferner ist die Niederlassungsfreiheit – wie in Daily Mail⁴¹⁷ festgestellt und in Centros bestätigt⁴¹⁸ – ein unmittelbar wirksames Recht und damit von Maßnahmen der Mitgliedstaaten unabhängig. Dies hat der Gerichtshof auch in seiner Entscheidung Centros unter Rn. 28 der Urteilsbegründung klargestellt. Eine fehlende Harmonisierung der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ist danach für die Anwendung der Niederlassungsfreiheit unerheblich.

hh) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Des Weiteren kann auch das Argument, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stünde einem Übergang auf die Gründungstheorie entgegen, nicht überzeugen.

Insofern ist es zwar richtig, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz durch die Einstufung der Niederlassungsfreiheit bzw. des Art. 48 EG als Kollisionsnorm tangiert werden könnte, da das

⁴¹⁶ Siehe unter Rn. 35, 37 der Entscheidungsbegründung zu Centros.

⁴¹⁷ Darauf wurde auch bereits in der Daily Mail-Entscheidung unter Rn. 15 der Urteilsbegründung hingewiesen.

⁴¹⁸ Siehe hierzu die Ausführungen des EuGH unter Rn. 20 der Entscheidungsbegründung zu Centros.

Gemeinschaftsrecht dadurch auch Regelungsbereiche des nationalen Rechts erfassen würde, die keiner Vereinheitlichung bedürfen.

Allerdings ist nicht davon auszugehen, dass der EuGH die Art. 48, 43 EG als Kollisionsnormen interpretiert hat. Der Gerichtshof hat in seiner Entscheidung Centros lediglich festgestellt, dass einer Gesellschaft unmittelbar aus den Art. 48, 43 EG ein Recht auf freie Niederlassung zusteht⁴¹⁹. Damit muss sich das nationale Recht und dementsprechend auch das nationale Kollisionsrecht anhand der Niederlassungsfreiheit überprüfen lassen. Von einer Ersetzung des nationalen Kollisionsrechts ist dahingegen nicht auszugehen, zumal ein solches Vorgehen die Kompetenz des EuGH – Auslegung des EG-Vertrags – überschreiten würde.

c) Teilweiser Übergang auf die Gründungstheorie bzw. auf eine niederlassungsfreundliche Theorie

Nachdem nun diejenigen Vertreter in der deutschen Literatur, die für einen vollständigen Übergang auf eine niederlassungsfreundliche international gesellschaftsrechtliche Theorie eingetreten sind und diejenigen, die für eine unveränderte Fortgeltung der Sitztheorie plädiert haben, dargestellt wurden, wird anschließend auf eine weitere, vermittelnde Ansicht eingegangen. Nach dieser Auffassung lässt die Centros-Entscheidung die Sitztheorie-Staaten nicht unberührt, ohne aber eine umfassende Veränderung der international gesellschaftsrechtlichen Lage zu bewirken.

Allerdings sind auch innerhalb dieser vermittelnden Auffassung erhebliche Unterschiede bezüglich der Interpretation der Entscheidung Centros aufgetreten. So wurde von Teilen der Literatur für die Anwendung der Gründungstheorie in Centros-Konstellationen plädiert, wohingegen nach anderer Ansicht weiterhin an der Sitztheorie festgehalten und diese lediglich in ihren Rechtsfolgen modifiziert werden sollte.

Damit werden nachfolgend unter (a) die einschlägigen Argumente für die oben angeführten Interpretationsrichtungen vorgestellt, wobei hierfür wegen der zu diesem Thema vorhandenen Vielzahl an Literatur einige wesentliche Vertreter herausgegriffen und exemplarisch besprochen werden. Daran anschließend erfolgt unter (b) eine eigene Stellungnahme.

(a) Argumente

Zunächst werden unter aa) die Argumente für einen partiellen Übergang auf die Gründungstheorie und daran anschließend unter bb) die Gründe für eine Beibehaltung der Sitztheorie vorgestellt.

aa) Partielle Anwendung der Gründungstheorie

(aa) Vergleichbarkeit der Rechtsfolgen bei Versagung der Eintragung und Verweigerung der Anerkennung

Dabei hat u.a.⁴²⁰ Leible⁴²¹ die Auffassung vertreten, dass die Sitztheorie im Bereich der sekundären Niederlassungsfreiheit dann nicht mehr zur Anwendung gelangen könne, wenn

⁴¹⁹ Siehe unter Rn. 20 der Entscheidungsbegründung zu Centros.

⁴²⁰ So auch Zimmer ZHR 164 (2000), 23 ff: Nach Zimmer sind die Mitgliedstaaten in Zweigniederlassungsfällen allgemein verpflichtet, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats wirksam gegründete Gesellschaft anzuerkennen. Allerdings sei eine Abweichung des EuGH von der Daily Mail-Entscheidung abzulehnen. Dies ergebe sich daraus, dass der EuGH das vorgenannte Urteil nicht erwähnt habe, obwohl auf Grund der Zeit bis zur Urteilsverkündung und der Besetzung des EuGH bei seiner Entscheidungsfindung von einem sorgfältigen Urteil auszugehen sei. Der EuGH habe in der Regel immer auf eine Rechtsprechungsänderung hingewiesen und diese begründet (siehe Keck aus dem Jahre 1993). Ferner gebe es auch keinen Grund, diese Änderung „heimlich“

hierüber einer zuziehenden, wirksam gegründeten EU-Auslandsgesellschaft mit Satzungssitz in ihrem Heimatland die Anerkennung versagt werde.

Auf Grund der Entscheidung Centros dürfe es einer in einem Mitgliedstaat wirksam errichteten Gesellschaft, die in diesem weiterhin ihren statutarischen Sitz habe, nicht durch einen anderen Mitgliedstaat versagt werden, ihre gesamte wirtschaftliche Tätigkeit über eine Zweigniederlassung in dessen Hoheitsgebiet auszuüben. Insofern habe der EuGH in der Entscheidung Centros festgestellt, dass die Verweigerung der Handelsregistereintragung einer wirksam errichteten EU-Auslandsgesellschaft, die in Dänemark Voraussetzung für die Teilnahme am Wirtschaftsleben ist, nicht mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar sei⁴²².

Demzufolge müsse – obwohl im Ausgangssachverhalt der Entscheidung Centros wegen der beiderseitigen Anwendung der Gründungstheorie eine Anerkennungsproblematik nicht vorgelegen habe⁴²³ und die Sitztheorie nicht direkt zur Entscheidung gestanden sei – dieser Schluss auch für die Sitztheorie-Staaten gezogen werden. Dies ergebe sich bereits aus den allgemein gehaltenen Formulierungen der Entscheidung Centros, weswegen sich der Richterspruch nicht auf die konkret zu Grunde gelegene Problematik beschränkt habe. Vor allem führe aber die Verweigerung der Handelsregistereintragung in Dänemark ebenso wie die Versagung der Anerkennung in einem Sitztheorie-Staat zur Unmöglichkeit der Teilnahme einer EU-Auslandsgesellschaft am Wirtschaftsverkehr. Daraus ergebe sich die Vergleichbarkeit der Rechtsfolgen, so dass die Grundaussage der Entscheidung Centros auch für die Sitztheorie-Staaten Geltung beanspruche.

Damit müsse die Sitztheorie zumindest im Bereich der sekundären Niederlassungsfreiheit eine erhebliche Einschränkung hinnehmen. Ob allerdings der EuGH der Gründungstheorie über diesen Bereich hinaus zur Anwendung verhelfen wolle, bleibt nach Ansicht Leibles offen und kann nur durch weitere Vorlagefragen geklärt werden⁴²⁴.

(bb) Niederlassungsfreiheit und das Vorliegen eines Missbrauchs- bzw. Betrugsfalls

Darüber hinaus kann nach Cascante⁴²⁵ die Sitztheorie auch deshalb nicht mehr uneingeschränkt zur Anwendung gelangen, weil wegen der Entscheidung Centros die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit nur versagt werden darf, wenn ein Betrugs- oder Missbrauchsfall vorliegt⁴²⁶.

vorzunehmen, da gerade das Daily Mail-Urteil hinsichtlich seiner Wirkungsdauer durch den Hinweis auf den „derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts“ selbst einen Vorbehalt enthalte. Als Grund für die unterschiedlichen Aussagen in Daily Mail und Centros führt Zimmer an, dass die Sachverhalte grundlegend verschieden seien, da sich Centros mit der sekundären Niederlassungsfreiheit beschäftigt habe, wohingegen Daily Mail die primäre Niederlassungsfreiheit betreffe. Die Entscheidung Centros könne auch für die Sitztheorie-Staaten nicht unerheblich sein, da für eine derart eingeschränkte Geltung die Formulierung der Entscheidung zu allgemein sei. Die Tatsache, dass zwei Gründungstheorie-Staaten betroffen waren, könne ebenfalls zu keiner anderen Beurteilung führen, zumal auch bei der Entscheidung Daily Mail beide Staaten der Gründungstheorie gefolgt seien. Ungeachtet dessen wurde auch dieser Entscheidung eine Aussage für die Sitztheorie-Staaten entnommen. Dennoch erlange die Gründungstheorie auch nach Centros keine allgemeine Geltung, da die Aussage der Entscheidung Daily Mail fortgelte und Centros nur die sekundäre Niederlassungsfreiheit betreffe.

⁴²¹ Leible NZG 1999, 300 ff.

⁴²² Leible NZG 1999, 300 ff.

⁴²³ Der Zuzugsstaat Dänemark folgt der Gründungstheorie, so dass eine Anerkennung einer ausländischen, wirksam gegründeten Gesellschaft ohne weiteres erfolgen kann. Siehe hierzu unter Rn. 4 der Entscheidungsbegründung.

⁴²⁴ Leible NZG 1999, 300 ff.

⁴²⁵ Cascante RIW 1999, 450 ff.

⁴²⁶ Siehe hierzu u.a. Rn. 24 der Entscheidungsbegründung zu Centros.

Allerdings stelle nach Auffassung des Gerichtshofs selbst die bewusste Ausnutzung eines Regelungsgefälles zwischen den Mitgliedstaaten keinen Betrugs- oder Missbrauchsfall dar, da ein solches Verhalten als Teil der im Binnenmarkt gewährten Niederlassungsfreiheit geschützt sei. Demnach dürfe die Eintragung einer EU-Auslandsgesellschaft selbst dann nicht verweigert werden, wenn die Gesellschaft in ihrem Gründungsland nur noch als Briefkastenfirma bestehe⁴²⁷.

Damit hat nach Cascantes⁴²⁸ die Centros-Entscheidung die Möglichkeit der Anwendung der Sitztheorie erheblich beeinträchtigt und könnte sogar deren Ende bedeuten. Allerdings kann nach seiner Ansicht die Auswirkung des Urteils noch nicht endgültig abgesehen werden, so dass eine abschließende Äußerung zum internationalen Gesellschaftsrecht nicht möglich ist.

bb) Fehlende Erforderlichkeit eines Übergangs auf die Gründungstheorie

(aa) Sitztheorie nach Centros weiterhin anwendbar

Dahingegen hat Borges⁴²⁹ die Ansicht vertreten, dass zwar auf Grund der Entscheidung Centros eine Abkehr von der Sitztheorie in ihrer bisherigen Form erforderlich sei, ohne aber einen Übergang auf die Gründungstheorie zu erzwingen.

Nach Borges⁴³⁰ hat der EuGH in der Entscheidung Centros die aus der Niederlassungsfreiheit resultierenden Folgen für die Anerkennung einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates wirksam errichtet wurde, nicht auf die Gründungstheorie beschränkt. Vielmehr habe der Gerichtshof bewusst auf kein bestimmtes Kollisionsrecht Bezug genommen, so dass die aus dem Urteil folgenden Konsequenzen unabhängig von der Anwendung der Gründungs- oder Sitztheorie Geltung beanspruchen. Demnach könne weiterhin an der Sitztheorie festgehalten werden, jedoch dürfe dies nicht zu einem europarechtswidrigen Ergebnis führen.

(bb) Rn. 38 der Entscheidungsbegründung zu Centros

Des Weiteren hat u.a. Roth⁴³¹ darauf hingewiesen, dass die Entscheidung Centros zwar zu einer Einschränkung der Sitztheorie führe, ohne aber die Anwendung des nationalen Rechts auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft vollständig zu untersagen. Dies ergebe sich daraus, dass das Urteil durchaus Passagen enthalte, aus denen die Möglichkeit zur Durchsetzung des nationalen Rechts folge.

Auf Grund der Entscheidung Centros müsse es einer EU-ausländischen Gesellschaft zwar möglich sein, über eine Zweigniederlassung im Inland eine Geschäftstätigkeit zu entfalten. Darüber hinaus stehe jedoch nicht eindeutig fest, ob die Gesellschaft hierbei nach ausländischem oder nach deutschem Gesellschaftsrecht zu behandeln sei. Unter Rn. 38 der Entscheidungsbegründung zu Centros habe der Gerichtshof angeführt, dass ein Mitgliedstaat geeignete Maßnahmen zur Verhinderung oder Verfolgung von Betrügereien treffen könne, so dass – jedenfalls teilweise – das inländische Recht zur Anwendung gelangen könne⁴³².

Folglich kann nach Roth⁴³³ weiterhin an der Sitztheorie festgehalten werden. Diese führe bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung weiterhin zu einem Statutenwechsel, allerdings müsse der zuziehenden Gesellschaft auf Grund der Niederlassungsfreiheit die identitätswahrende Umgründung möglich sein.

⁴²⁷ Cascante RIW 1999, 450 ff.

⁴²⁸ Cascante RIW 1999, 450 ff.

⁴²⁹ Borges RIW 2000, 167 ff.

⁴³⁰ Borges RIW 2000, 167 ff.

⁴³¹ Roth ZIP 1999, 861 ff.

⁴³² Roth ZIP 1999, 861 ff.

⁴³³ Roth ZIP 1999, 861 ff.

(cc) Centros nur für die Handelsregistereintragung einer EU-Auslandsgesellschaft entscheidend
Ferner wurde u.a. von Bungert⁴³⁴ die Ansicht vertreten, dass der Entscheidung Centros jegliche Bedeutung für das internationale Gesellschaftsrecht fehle, da dieses in dem Urteil nicht erwähnt worden sei und insbesondere in der Entscheidung keine Frage nach der Vereinbarkeit der Sitztheorie mit der Niederlassungsfreiheit zu Grunde gelegen habe⁴³⁵. Demzufolge könne von der Fortgeltung der aus der Entscheidung Daily Mail folgenden Grundsätze ausgegangen werden, so dass das internationale Gesellschaftsrecht weiterhin den Vorrang gegenüber der Niederlassungsfreiheit genieße.

Allerdings ist auch nach der Auffassung Bungerts⁴³⁶ die Entscheidung Centros für die Sitztheorie-Staaten nicht völlig ohne Belang. Demnach müssen sich die Rechtsfolgen der Anwendung des nationalen Rechts anhand der Niederlassungsfreiheit überprüfen lassen. Infolgedessen dürfe in Centros-Konstellationen nicht länger die Eintragung einer Zweigniederlassung mangels Rechtsfähigkeit verweigert werden. Auf alle anderen dem Gesellschaftsstatut unterfallenden Maßnahmen dürfe jedoch das Recht des effektiven Verwaltungssitzes angewendet werden.

(b) Stellungnahme

Nachdem nun die Argumente, die für eine vermittelnde Auslegung der Entscheidung Centros angeführt worden sind, vorgestellt wurden, werden diese anschließend einer eigenen Stellungnahme unterzogen.

Hierbei ist der vorgenannten Ansicht insoweit zuzustimmen, als sie der Centros-Entscheidung für die Sitztheorie-Staaten Aussagekraft zuspricht, gleichzeitig aber das Urteil in seiner Reichweite beschränkt. Allerdings müssen gerade die vorgenommenen Einschränkungen der Urteilswirkung auch kritisch betrachtet und insbesondere anhand des Europarechts auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft werden.

aa) Eingeschränkte Reichweite der Entscheidung Centros

Dabei kann jedoch der Feststellung zugestimmt werden, wonach dem Centros-Urteil auf Grund des zu Grunde liegenden Sachverhalts keine uneingeschränkte Wirkung zukommt. Der EuGH musste sich nur mit der sekundären Niederlassungsfreiheit und mit Zuzugsbeschränkungen befassen. Damit war – was zwingend bei der Urteilsauslegung berücksichtigt werden musste – eine darüber hinausgehende Entscheidung des Gerichtshofs nicht notwendig.

bb) Auswirkung der Entscheidung Centros auf das internationale Gesellschaftsrecht

Allerdings darf die Wirkung der Entscheidung auch nicht zu eng gefasst werden. Insofern ist vor allem die Versagung jeglichen Einflusses des Urteils auf das internationale Gesellschaftsrecht abzulehnen.

Hierbei ist es zwar richtig, dass die betroffenen Staaten der Gründungstheorie gefolgt sind, weswegen die Anerkennung der Gesellschaft (siehe hierzu unter Rn. 4 der Entscheidungsbegründung) und damit das internationale Gesellschaftsrecht im Grunde nicht zur Entscheidung standen. Allerdings muss dem Urteil jedenfalls eine mittelbare Aussagekraft für das internationale Gesellschaftsrecht zugesprochen werden. Der EuGH hat die Versagung der Handelsregistereintragung der Centros als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit gewertet. Da diese jedoch in Dänemark Grundvoraussetzung für die Teilnahme am Wirtschaftsverkehr ist,

⁴³⁴ Bungert DB 1999, 1841 ff.

⁴³⁵ Bungert DB 1999, 1841 ff.

⁴³⁶ Bungert DB 1999, 1841 ff.

führt die Verweigerung der Eintragung einer Gesellschaft zur selben Konsequenz wie deren Nichtanerkennung durch die Sitztheorie-Staaten. Folglich ist ein Rückschluss auf die Sitztheorie nicht nur möglich, sondern sogar zwingend erforderlich. Die Entscheidung Centros hat der Sitztheorie damit jedenfalls teilweise eine Absage erteilt.

Des Weiteren muss der allgemein gehaltene Wortlaut der Entscheidung Centros berücksichtigt werden. Hieraus ist der Wille des Gerichtshofs zu entnehmen, dem Urteil eine umfassendere Bedeutung zukommen zu lassen.

Ferner ist die Ansicht, nach der die Grundsätze der Entscheidung Daily Mail (Vorrang des nationalen Rechts vor dem Gemeinschaftsrecht)⁴³⁷ auch nach der Entscheidung Centros weiterhin fortgelten, abzulehnen⁴³⁸. Insofern ist es zwar richtig, dass in der Entscheidung Centros kein Hinweis auf eine Rechtsprechungsänderung enthalten war, allerdings ist ein solcher auch nicht zwingend erforderlich. Bei der Beurteilung der Frage, ob der EuGH eine geänderte Rechtsauffassung vertritt, müssen auch die Urteilsgründe maßgeblich mitberücksichtigt werden. Dabei sind bei der Entscheidung Centros insbesondere die unter den Rn. 27, 28 der Entscheidungsbegründung getätigten Feststellungen des EuGH zu berücksichtigen. Unter den Rn. 27, 28 wurden zentrale Aspekte der Entscheidung Daily Mail (Bedeutung der fehlenden Harmonisierung; Möglichkeit unmittelbar aus der Niederlassungsfreiheit ein Recht herzuleiten) erneut aufgegriffen und abweichend beurteilt (näher hierzu bereits oben). Allein auf Grund dieser Tatsache kann nicht von einer unveränderten Fortgeltung der Grundsätze aus der Entscheidung Daily Mail ausgegangen werden.

cc) Identitätswahrende Umwandlung der zuziehenden Gesellschaft

Ferner kann der Ansicht Roths⁴³⁹ nicht gefolgt werden, nach der trotz der Entscheidung Centros weiterhin an der Sitztheorie festgehalten werden kann und auf Grund des Urteils lediglich eine identitätswahrende Umwandlung der zuziehenden EU-Auslandsgesellschaft möglich sein muss.

Unabhängig von der Frage, ob ein vollständiger Statutenwechsel auf Grund der erheblich beschränkenden Wirkung mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar ist, muss der Vorschlag einer identitätswahrenden Umwandlung bereits aufgrund des § 1 II UmwG abgelehnt werden. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift ist das Umwandlungsgesetz einer analogen Anwendung nicht zugänglich.

Darüber kann durch eine Umwandlung der zuziehenden Auslandsgesellschaft in eine Gesellschaft inländischer Rechtsform auch nicht deren Identität gewahrt werden. Wandelt sich z.B. eine englische Limited in eine deutsche GmbH, weisen die beiden Gesellschaftstypen sowohl hinsichtlich des Innen- als auch bezüglich des Außenverhältnisses so viele Unterschiede auf, dass nicht mehr von der identischen Gesellschaft gesprochen werden kann.

(4) Ergebnis

Abschließend muss das Urteil Centros als Ausgangspunkt einer entscheidenden Wende im internationalen Gesellschaftsrecht betrachtet werden. Hierdurch hat die Sitztheorie an Einfluss verloren und die Erforderlichkeit eines Umdenkens im internationalen Gesellschaftsrecht ist deutlich hervorgetreten.

⁴³⁷ So auch Zimmer ZHR 164 (2000), 23 ff.

⁴³⁸ So u.a. Bungert DB 1999, 1841 ff; teilweise auch Zimmer ZHR 164 (2000), 23 ff.

⁴³⁹ Siehe hierzu Roth ZIP 1999, 861 ff.

Jedoch konnte allein aus der Centros-Entscheidung sicher nicht die Notwendigkeit eines radikalen Übergangs auf die reine Gründungstheorie entnommen werden. Dennoch hat die Entscheidung maßgeblich dazu beigetragen, dass in der darauf folgenden Zeit eine verstärkte Auseinandersetzung mit der Frage erfolgt ist, wie die berechtigten Interessen der einzelnen Mitgliedstaaten und die aus der Niederlassungsfreiheit resultierenden Möglichkeiten in Einklang gebracht werden können.

Insofern kann die Entscheidung Centros als ein wesentlicher Schritt zur Förderung und Fortentwicklung der Europäisierung im Gesellschaftsrecht bezeichnet werden. Gleichzeitig hat auf Grund der Unsicherheit hinsichtlich der Geltung der Sitztheorie die Problematik der Sicherstellung des Gläubigerschutzes bei einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft erheblich an Bedeutung gewonnen, da nicht mehr zweifelsfrei von der Anwendbarkeit sämtlicher nationaler Rechtsnormen auf eine in Deutschland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft ausgegangen werden konnte.

3) Überseering BV

Nur drei Jahre nach der spektakulären Entscheidung Centros hat der EuGH erneut durch sein Urteil in der Rechtssache Überseering⁴⁴⁰ für erhebliches Aufsehen gesorgt, indem er sich bei einer gesellschaftsrechtlichen Vorlagefrage erneut sehr niederlassungsfreundlich geäußert hat.

Dabei wurde die an die Entscheidung anschließende Diskussion aufs Neue intensiv von der Frage nach dem maßgeblichen internationalen Gesellschaftsrecht bestimmt. Allerdings zeichnete sich hierbei immer deutlicher eine starke Tendenz zu einem Übergang auf eine niederlassungsfreundlichere Theorie ab. Infolgedessen rückte die Problematik, wie bei einer veränderten international-gesellschaftsrechtlichen Lage die nationalen Schutzinteressen gewahrt werden können, zunehmend in den Vordergrund.

Um das Urteil vollumfänglich erfassen zu können, wird nachfolgend unter (1) auf den Sachverhalt, unter (2) auf die betroffenen Rechtsfragen und unter (3) auf die Bedeutung der Entscheidung für das nationale Recht eingegangen.

(1) Sachverhalt

Die Überseering ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung niederländischen Rechts. Diese erwarb im Jahre 1990 in Düsseldorf ein Grundstück zur gewerblichen Nutzung. Diesbezüglich beauftragte sie 1992 die Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC) mittels Generalübernahmevertrag zu Sanierungsaufgaben. Die Leistungen wurden erbracht, jedoch machte die Überseering Mängel bei den Malerarbeiten geltend⁴⁴¹.

Im Jahre 1994 erwarben zwei deutsche Staatsangehörige sämtliche Geschäftsanteile an der Gesellschaft Überseering.

Da die NCC bis zum Übergang der Geschäftsanteile der Mängelbeseitigung nicht nachgekommen war und die Überseering diese hierzu auch anschließend vergeblich aufforderte, erhob die Überseering 1996 Klage vor dem Landgericht Düsseldorf. Das Landgericht wies die Klage ab.

⁴⁴⁰ EuGH, Urt. v. 5.11.2002, Rs. C-208/00 (Überseering BV).

⁴⁴¹ EuGH, Urt. v. 5.11.2002, Rs. C-208/00 (Überseering BV).

Daraufhin reichte die Überseering Berufung zum Oberlandesgericht Düsseldorf ein. Das Gericht hielt die Klage für unzulässig und wies die Berufung zurück. Die Überseering sei nicht rechts- und damit auch nicht parteifähig, § 50 ZPO. Durch den Erwerb aller Geschäftsanteile durch zwei deutsche Staatsangehörige habe die Überseering ihren tatsächlichen Verwaltungssitz von den Niederlanden nach Deutschland verlegt und damit ihre Rechts- und Parteifähigkeit eingebüßt.

Gegen dieses Urteil legte die Überseering Revision zum BGH ein. Dieser folgte in ständiger Rechtsprechung der Sitztheorie. Damit war zur Ermittlung der Rechts- und Parteifähigkeit das Recht des Ortes, an dem sich der tatsächliche Verwaltungssitz befand, maßgeblich. Demnach wurde eine Gesellschaft, die in einem anderen Mitgliedstaat wirksam gegründet wurde und ihren tatsächlichen Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt, nicht als rechts- und damit auch nicht gem. § 50 ZPO als parteifähig angesehen. Allerdings stellte sich für den BGH hierbei die Frage, ob ein solches Vorgehen gegen die Art. 43, 48 EG verstößt. Da der BGH die Antwort nicht aus der vorangegangenen Rechtsprechung des EuGH entnehmen konnte, legte er dem Europäischen Gerichtshof im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens folgende Fragen vor:

1. Sind die Art. 43 und 48 EG dahingehend auszulegen, dass es im Widerspruch zur Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften steht, wenn die Rechtsfähigkeit und die Parteifähigkeit einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats wirksam gegründet worden ist, nach dem Recht des Staates beurteilt werden, in den die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz verlegt hat, und wenn sich aus dessen Recht ergibt, dass sie vertraglich begründete Ansprüche dort nicht mehr gerichtlich geltend machen kann?
2. Sollte der Gerichtshof diese Frage bejahen:
Gebietet es die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften (Artikel 43 und 48 EG), die Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit nach dem Recht des Gründungsstaates zu beurteilen?

Der EuGH beantwortete die Vorlagefragen dahingehend, dass die Versagung der Rechts- und Parteifähigkeit im geschilderten Fall gegen die Niederlassungsfreiheit verstoße (Leitsatz 1) und die Rechts- und Parteifähigkeit nach dem Recht des Gründungsstaates anzuerkennen sei (Leitsatz 2).

(2) Betroffene Rechtsfragen

Ausgangspunkt des Rechtsstreits war folglich die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes der Überseering von den Niederlanden nach Deutschland.

a) Versagung der Rechts- und Parteifähigkeit

Da die deutsche Rechtsprechung noch von der Anwendbarkeit der Sitztheorie ausging, galt eine Gesellschaft nur dann als wirksam errichtet, wenn die Gründung nach den nationalen Vorschriften erfolgt war. Da jedoch die Überseering nach niederländischen Normen zur Entstehung gelangte, wurde ihr in Deutschland die Rechts- und Parteifähigkeit und damit die Klagebefugnis versagt.

Dieses Vorgehen wurde durch den EuGH als nicht mit den Art. 43, 48 EG vereinbar eingestuft. Nach Auffassung des Gerichtshofs muss eine EU-ausländische Gesellschaft, die in ihrem Heimatland wirksam errichtet wurde, auch im Inland als rechts- und parteifähig anerkannt werden.

b) Anerkennung nach dem Recht des Gründungsstaats

Die zweite für die Entscheidung Überseering maßgebliche Rechtsfrage hat sich mit der Thematik auseinandergesetzt, ob die Rechts- und Parteifähigkeit einer EU-Auslandsgesellschaft nach deren Gründungsrecht zu beurteilen ist. Dabei haben sich hieraus die bei weitem größeren Probleme ergeben, da der Gerichtshof gem. Art. 234 I a EG nur zur Auslegung des EG-Vertrages befugt ist, d.h. der EuGH darf überprüfen, ob ein Ergebnis nationaler Rechtsanwendung in der Interpretation des EG-Vertrages enthalten ist, nicht aber unmittelbar in das nationale Recht eingreifen.

Damit kann der Gerichtshof nur indirekte Vorgaben für das nationale Recht aufstellen, wobei er hierbei regelmäßig nicht auf den Weg, sondern nur auf das Ergebnis der nationalen Rechtsfindung Einfluss nimmt. Geht beispielsweise der EuGH in der Entscheidung Überseering von der Europarechtswidrigkeit der Versagung der Rechts- und Parteifähigkeit einer wirksam gegründeten EU-ausländischen Gesellschaft aus, muss das nationale Recht so ausgestaltet werden, dass es zu dem durch den EuGH vorgegebenem Ergebnis – Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit – führt (indirekte Vorgabe für das nationale Recht). Auf welchem Weg die nationale Rechtsordnung zu dem Ziel gelangt, d.h. ob das Gründungsrecht herangezogen oder das nationale Recht modifiziert wird, berührt die Vertragsauslegung grundsätzlich nicht und ist deshalb dem nationale Recht vorbehalten.

Demnach hat sich der EuGH mit seiner im Leitsatz 2 der Entscheidung Überseering getätigten Äußerung – Achtung der Rechts- und Parteifähigkeit einer Gesellschaft nach dem Recht des Gründungsstaates – auf gefährliches Terrain begeben. Denn die vorgenannte Aussage entbehrt nur schwerlich einer gewissen kollisionsrechtlichen Relevanz, so dass sich der Gerichtshof damit dem Vorwurf einer Kompetenzüberschreitung ausgesetzt hat.

Allerdings hat gerade dieser Leitsatz 2 der Entscheidung Überseering stärker als je zuvor die Frage nach einer europarechtlich gebotenen Abkehr von der Sitztheorie aufgeworfen und damit für eine nachhaltige Diskussion in der deutschen Literatur gesorgt.

(3) Auswirkung auf das nationale Recht

Damit wird nachfolgend auf die Auswirkung der Entscheidung Überseering auf das nationale Recht eingegangen. Hierbei lassen sich erneut drei Hauptströmungen bei der Urteilsauslegung festmachen: Insofern wird unter a) auf die in der Literatur vertretene Ansicht eingegangen, die weiterhin für ein Festhalten an der Sitztheorie eingetreten ist. Unter b) werden die Argumente behandelt, die für eine vermittelnde Ansicht vorgetragen wurden und unter c) werden die Begründungen derjenigen Autoren erläutert, die für einen Übergang auf die Gründungstheorie plädiert haben. Dabei werden sich die für die jeweilige Interpretationsrichtung angeführten Literaturnachweise auf Grund der enormen Zahl an vorhandenen Schriften auf ausgewählte Belege beschränken⁴⁴².

⁴⁴² Hierzu m.w.N. Großerichter DStR 2003, 159 ff; Kersting NZG 2003, 9 ff; Heidenhain NZG 2002, 1141 ff; Geyrhalter/Gänßler NZG 2003, 409 ff; Müller NZG 2003, 414 ff; Wernicke EuZW 2002, 758 ff; Wertenbruch NZG 2003, 618 ff; Weller IPRax 2003, 520 ff; Weller IPRax 2003, 324 ff; Lutter BB 2003, 7 ff; Meilicke GmbHR 2000, 693 ff; Rehberg IPRax 2003, 175 ff; Kallmeyer DB 2002, 2521 ff; Forsthoff BB 2002, 318 ff; Forsthoff DB 2003, 979 ff; Forsthoff DB 2002, 2471 ff; Zimmer BB 2000, 1361 ff; Zimmer BB 2003, 1 ff; Schulz/Sester EWS 2002, 545 ff; Schulz NJW 2003, 2705 ff; Ebke JZ 2003, 927 ff; Ebke JZ 2000, 203 ff; Leible/Hoffmann DB 2002, 2203 ff; Leible/Hoffmann BB 2003, 543 ff; Leible/Hoffmann RIW 2002, 925 ff; Leible/Hoffmann ZIP 2003, 925 ff; Kindler RIW 2000, 649 ff; Kindler NJW 2003, 1073 ff; Kindler IPRax 2003, 41 ff; Roth ZIP 2000, 1597 ff; Roth IPRax 2003, 117 ff; Roth EWIR 2000, 793 f; Eidenmüller ZIP 2002, 2233 ff; Eidenmüller JZ 2003, 526 ff; Eidenmüller ZIP 2002, 75 ff; Sandrock DB 2002, 1601 ff; Paefgen EWIR 2003, 571 f; Paefgen WM 2003, 561 ff; Paefgen DB

a) Vertreter der Sitztheorie

Demnach werden zunächst diejenigen Vertreter in der deutschen Wissenschaft behandelt, die trotz der Entscheidung Überseering weiterhin für die Anwendung der Sitztheorie in relativ unveränderter Form eingetreten sind. Hierfür werden unter (a) die für die Fortgeltung der Sitztheorie angeführten Argumente vorgestellt und unter (b) einer eigenen Stellungnahme unterzogen.

(a) Argumente für die Beibehaltung der Sitztheorie

aa) Reichweite der Entscheidung Überseering

Dabei hat u.a. Kindler⁴⁴³ die Ansicht vertreten, dass die Entscheidung Überseering nur insoweit Bedeutung entfaltet, als ein Mitgliedstaat hierüber zur Achtung der Rechts- und Parteifähigkeit einer zuziehenden Gesellschaft verpflichtet wird. Ob dies jedoch über die Gründungstheorie oder durch eine inhaltlich modifizierte Sitztheorie erfolge, sei Sache der Mitgliedstaaten. Beide Alternativen wären mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar⁴⁴⁴.

Insofern habe sich Deutschland durch das BGH-Urteil vom 1.7.2002⁴⁴⁵ für die Geltung einer modifizierten Sitztheorie entschieden. Danach werde eine zuziehende Kapitalgesellschaft als rechts- und parteifähige inländische Personengesellschaft behandelt. Damit habe Deutschland über eine Modifikation der Sitztheorie die Vorgaben des EuGH erfüllt, so dass ein Übergang auf die Gründungstheorie nicht erforderlich sei⁴⁴⁶.

bb) Keine Geltung des Leitsatzes 1 der Entscheidung

Ferner haben Roth⁴⁴⁷ und Kindler⁴⁴⁸ darauf hingewiesen, dass sich Deutschland auf Grund der Entscheidung des BGH vom 1.7.2002⁴⁴⁹ bereits außerhalb des Geltungsbereiches des Leitsatzes 1 der Entscheidung Überseering befinde⁴⁵⁰.

Auf Grund des Urteils des BGHs vom 1.7.2002 werde in Deutschland die Rechts- und Parteifähigkeit einer ausländischen Gesellschaft anerkannt, indem die Gesellschaft als Personengesellschaft deutschen Rechts behandelt werde. Damit liege in Deutschland die durch den EuGH als unzulässige Beschränkung der Art. 43, 48 EG gewertete Situation – Notwendigkeit einer Neugründung der zuziehenden Gesellschaft für die Erlangung der Rechts- und Parteifähigkeit⁴⁵¹ – nicht mehr vor⁴⁵². Infolgedessen werde Deutschland auch nicht durch die unter Leitsatz 1 der Entscheidung Überseering getätigte Aussage des EuGH betroffen⁴⁵³.

2003, 478 ff; Colomer NZG 2002, 16 ff; Halbhuber ZEuP 2003, 418 ff; Montag/v. Bonin NJW 2003, 2712 ff; Emde EWiR 2002, 971 f; Baudenbacher/Buschle IPRax 2004, 26 ff; Neye EWiR 2002, 1003 f; von Halen EWS 2002, 107 ff; von Halen WM 2003, 571 ff; Merkt RIW 2003, 458 ff; Hirte EWS 2002, 573 ff; Haack MDR 2003, 96 ff; Mankowski EWiR 2003, 273 f; Knapp DStR 2003, 85 ff; Henze WM 2006, 1653 ff.

⁴⁴³ Kindler NJW 2003, 1073 ff; Kindler RIW 2000, 649 ff; Kindler IPRax 2003, 41 ff; so auch Neye EWiR 2002, 1003 f.

⁴⁴⁴ Kindler NJW 2003, 1073 ff; Roth IPRax 2003, 117 ff.

⁴⁴⁵ BGH, 1.7.2002 – II ZR 380/00.

⁴⁴⁶ Kindler NJW 2003, 1073 ff.

⁴⁴⁷ Roth IPRax 2003, 117 ff; Roth EWiR 2000, 793 f; Roth ZIP 2000, 1597 ff.

⁴⁴⁸ Kindler NJW 2003, 1073 ff.

⁴⁴⁹ BGH, 1.7.2002 – II ZR 380/00.

⁴⁵⁰ Roth IPRax 2003, 117 ff; Roth EWiR 2000, 793 f; Roth ZIP 2000, 1597 ff; Kindler NJW 2003, 1073 ff.

⁴⁵¹ Siehe hierzu unter Rn. 79, 81, 82 der Entscheidungsbegründung zu Überseering.

⁴⁵² Roth IPRax 2003, 117 ff.

⁴⁵³ Roth IPRax 2003, 117 ff; Roth EWiR 2000, 793 f; Roth ZIP 2000, 1597 ff.

cc) Verpflichtung zur Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit

Des Weiteren hat Kindler⁴⁵⁴ die Ansicht vertreten, dass die modifizierte Sitztheorie auch deshalb – trotz der Entscheidung *Überseering* – auf eine in Deutschland niedergelassene EU-ausländische Gesellschaft zur Anwendung gelangen könne, weil der EuGH nur über die Frage nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft entschieden habe⁴⁵⁵. Diesbezüglich ergebe sich allerdings bereits aus Art. 293 EG, dass die Anerkennung einer Gesellschaft als solche von der Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit zu unterscheiden sei. Nur wenn die Anerkennung der Gesellschaft als solche gefordert werde, müsse das Gründungsstatut der zuziehenden Gesellschaft beibehalten und damit ein Übergang auf die Gründungstheorie erfolgen. Da jedoch die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit ausreiche, könne in Deutschland an der modifizierte Sitztheorie festgehalten werden⁴⁵⁶.

Hierfür kann nach Kindler auf die Ausführungen des Gerichtshofs unter den Rn. 83 ff der Urteilsbegründungen verwiesen werden. Aus diesen Erläuterungen des EuGH gehe eindeutig hervor, dass der Gerichtshof seine Überlegungen vor dem Hintergrund der Verweigerung der Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit angestellt habe und auch allein diesen Umstand beseitigen wollte⁴⁵⁷.

Ferner könne der Umstand angeführt werden, dass der Gerichtshof überhaupt die erste Vorlagefrage beantwortet habe. Hätte nämlich dem Leitsatz 2 die Anerkennung der zuziehenden Gesellschaft nach dem Gründungsrecht entnommen werden sollen, wäre eine Beantwortung der ersten Vorlagefrage nicht erforderlich gewesen. Durch die Verpflichtung zur Anerkennung der Gesellschaft als solche wäre die Wahrung der Rechts- und Parteifähigkeit zwangsläufig mitumfasst gewesen⁴⁵⁸.

dd) Leitsatz 2 der Entscheidung *Überseering*

Darüber hinaus haben Roth⁴⁵⁹ und Kindler⁴⁶⁰ darauf hingewiesen, dass der Leitsatz 2 der Entscheidung *Überseering*, in dem die Achtung der Rechts- und Parteifähigkeit nach dem Recht des Gründungsstaates gefordert werde, für Deutschland ohnehin keine Wirksamkeit entfalte.

Dies ergibt sich ihrer Ansicht nach bereits aus der Formulierung der Vorlagefrage zu Leitsatz 2. Danach sollte nur dann über die zweite Vorlagefrage entschieden werden, wenn die erste Vorlagefrage positiv – d.h. Vorlage eines Verstoßes gegen die Art. 43, 48 EG durch die Nichtanerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit einer zuziehenden Gesellschaft – verbeschieden wurde („Bejahendenfalls...“)⁴⁶¹. Da Deutschland jedoch auf Grund des Übergangs auf die modifizierte Sitztheorie⁴⁶² die Rechts- und Parteifähigkeit anerkenne, unterfalle es nicht dem Geltungsbereich des Leitsatzes 1 und damit auch nicht dem des Leitsatzes 2⁴⁶³. Dieser

⁴⁵⁴ Kindler NJW 2003, 1073 ff.

⁴⁵⁵ Kindler NJW 2003, 1073 ff.

⁴⁵⁶ Kindler NJW 2003, 1073 ff.

⁴⁵⁷ Kindler NJW 2003, 1073 ff.

⁴⁵⁸ Kindler NJW 2003, 1073 ff.

⁴⁵⁹ Roth IPRax 2003, 117 ff.

⁴⁶⁰ Kindler NJW 2003, 1073 ff.

⁴⁶¹ Siehe zur Formulierung der Vorlagefrage die Sachverhaltsschilderung zu *Überseering*.

⁴⁶² Hierzu u.a. Emde EWiR 2002, 971 f.

⁴⁶³ Roth IPRax 2003, 117 ff; Kindler NJW 2003, 1073 ff; Neye EWiR 2002, 1003 f sieht durch die Entscheidung *Überseering* das Urteil des BGH vom 1.7.2002 bestätigt. Hätte bereits der VII. Senat entsprechend entschieden, wäre die Vorlage an den EuGH vermeidbar gewesen. Dass das Urteil des EuGH dennoch so streng ausgefallen ist, führt er auf den späten Zeitpunkt des Entscheidungserlasses des II. Senats zurück. Dem EuGH sei wahrscheinlich die Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht bekannt gewesen, so dass sie keine Berücksichtigung gefunden habe.

könne nur für diejenigen Mitgliedstaaten Bedeutung entfalten, die einer zuziehenden Gesellschaft die Rechts- und Parteifähigkeit versagen⁴⁶⁴.

ee) Statutenwechsel; Kompetenz des EuGH

Ferner haben Roth⁴⁶⁵, Neye⁴⁶⁶ und Kindler⁴⁶⁷ vorgetragen, dass auch deshalb an der Anwendung der modifizierten Sitztheorie keine Bedenken bestünden, weil der Entscheidung Überseering kein kollisionsrechtliches Verbot eines Statutenwechsels⁴⁶⁸ – der bei der Geltung der modifizierten Sitztheorie zwangsläufig eintrete – entnommen werden müsse⁴⁶⁹.

Dies ergibt sich ihrer Ansicht nach bereits daraus, dass der EuGH gem. Art. 234 EG über die Auslegung und die Gültigkeit des Gemeinschaftsrechts und nicht des innerstaatlichen Rechts zu entscheiden hat. Führe die Anwendung des nationalen Rechts zu gemeinschaftsrechtswidrigen Ergebnissen, so sei es Sache der Mitgliedstaaten dies künftig zu vermeiden. Dementsprechend habe der BGH in seiner Entscheidung vom 1.7.2002 die europarechtswidrige Versagung der Rechts- und Parteifähigkeit einer zuziehenden Auslandsgesellschaft behoben, indem er diese nun über die modifizierte Sitztheorie als rechts- und parteifähige inländische Personengesellschaft anerkenne⁴⁷⁰.

Darüber hinaus habe sich die Vorlagefrage des VII. Senats auch nicht auf die Vereinbarkeit der Sitztheorie und eines daraus resultierenden Statutenwechsels mit der Niederlassungsfreiheit bezogen. Folglich könnten dem Leitsatz 1 keine dahingehenden Äußerungen entnommen werden⁴⁷¹.

ff) Behandlung als inländische Personengesellschaft

Des Weiteren haben u.a. Kindler⁴⁷² und Neye⁴⁷³ die Ansicht vertreten, dass auch auf Grund der Formulierung des Leitsatzes 1 der Entscheidung Überseering den Vorgaben des EuGH durch die Behandlung der zuziehenden EU-Auslandsgesellschaft als rechtlich verselbstständigte rechts- und parteifähige Personengesellschaft des nationalen Rechts genüge getan sei⁴⁷⁴.

In Leitsatz 1 der Entscheidung stelle der Gerichtshof nämlich nur fest, dass es gegen die Art. 43, 48 EG verstoße, wenn ein Mitgliedstaat einer in einem anderen Mitgliedstaat wirksam gegründeten Gesellschaft die Rechts- und Parteifähigkeit abspreche. Hätte der Gerichtshof dahingegen die Behandlung der zuziehenden Gesellschaft als inländische Personengesellschaft verhindern wollen, hätte er sich bei der Formulierung des Leitsatzes 1 an der Wortwahl des Leitsatzes 2 orientiert und die Achtung der Rechts- und Parteifähigkeit nach dem Recht des Gründungsstaats gefordert⁴⁷⁵.

⁴⁶⁴ Roth IPRax 2003, 117 ff; Kindler NJW 2003, 1073 ff.

⁴⁶⁵ Roth IPRax 2003, 117 ff.

⁴⁶⁶ Neye EWiR 2002, 1003 f.

⁴⁶⁷ Kindler NJW 2003, 1073 ff.

⁴⁶⁸ Nach Roth IPRax 2003, 117 ff muss für den Fall, dass sich ein Verbot eines Statutenwechsels ergebe, das deutsche internationale Gesellschaftsrecht auf das Gründungsrecht verweisen.

⁴⁶⁹ Kindler NJW 2003, 1073 ff; Roth IPRax 2003, 117 ff; Neye EWiR 2002, 1003 f.

⁴⁷⁰ Kindler NJW 2003, 1073 ff.

⁴⁷¹ Roth IPRax 2003, 117 ff.

⁴⁷² Kindler NJW 2003, 1073 ff.

⁴⁷³ Neye EWiR 2002, 1003 f.

⁴⁷⁴ Kindler NJW 2003, 1073 ff; Neye EWiR 2002, 1003 f.

⁴⁷⁵ Kindler NJW 2003, 1073 ff.

An dem vorbezeichneten Ergebnis ändert sich nach Kindler⁴⁷⁶ auch nichts auf Grund der durch den EuGH in Rn. 76 getätigten Äußerung, wonach die zuziehende Gesellschaft als juristische Person fortbestehen muss. Dieser Begriff umfasse im Europarecht – anders als im nationalen Recht – auch die rechtsfähigen Personengesellschaften, da in Art. 48 II EG die GbR und alle Handelsgesellschaften mit den sonstigen juristischen Personen gleichgestellt werden.

gg) Gerechtfertigte Beschränkung

Allerdings hat Roth⁴⁷⁷ die Ansicht vertreten, dass die durch die modifizierte Sitztheorie herbeigeführte Umwandlung der ausländischen juristischen Person in eine inländische Personengesellschaft und der damit einhergehende Statutenwechsel zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit führe, die allerdings europarechtlich gerechtfertigt werden könne.

Dabei ergebe sich die beschränkende Wirkung zunächst aus den haftungsrechtlichen Konsequenzen, da ein Gesellschafter infolge der Umwandlung der ausländischen juristischen Person in eine inländische Personengesellschaft das Privileg der beschränkten Haftung verlöre. Darüber hinaus verursache diese Umwandlung nicht unerhebliche zusätzliche Kosten.

Jedoch sei der Statutenwechsel durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls und hierbei vor allem durch den Gläubigerschutz gerechtfertigt. Denn insofern stünden keine weniger beschränkenden Alternativen zur Verfügung und der Weg über eine Sonderanknüpfung bestimmter inländischer Normen müsse abgelehnt werden. Eine Sonderanknüpfung setze das Fehlen eines äquivalenten Schutzes im ausländischen Recht voraus, was sich wiederum nur über einen umfassenden Rechtsvergleich feststellen lasse. Da jedoch hinsichtlich des ausländischen Rechts fachkundiger Rat schwierig zu erlangen und damit die Möglichkeit der Anwendung des inländischen Rechts unsicher sei, könne dieser Weg im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit nicht beschritten werden⁴⁷⁸.

(b) Stellungnahme

Nachdem nun die für die Beibehaltung der Sitztheorie angeführten Argumente vorgetragen wurden, werden diese einer abschließenden Stellungnahme unterzogen.

aa) Bedeutung des Leitsatzes 1 und 2 der Entscheidung Überseering

Hierbei muss zunächst die u.a. von Kindler und Roth vertretene Ansicht, Deutschland werde weder durch den ersten, noch durch den zweiten Leitsatz der Entscheidung Überseering betroffen, abgelehnt werden.

Dabei ist es zwar durchaus richtig, dass Deutschland auf Grund des Urteils des II. Senats die Rechts- und Parteifähigkeit einer zuziehenden ausländischen Gesellschaft im Inland – jedenfalls als Personengesellschaft – geachtet hat, ebenso wie es zutreffend ist, dass der VII. Senat die zweite Vorlagefrage nur für den Fall der positiven Verbescheidung der erste Frage zur Entscheidung gestellt hat. Dennoch entfalten sowohl der erste als auch der zweite Leitsatz des Urteils Überseering für Deutschland volle Wirksamkeit. Die Ansicht, Deutschland werde auf Grund der vorgenannten Umstände nicht durch den Urteilstenor erfasst, muss als zu formalistisch zurückgewiesen werden.

⁴⁷⁶ Kindler NJW 2003, 1073 ff.

⁴⁷⁷ Roth IPRax 2003, 117 ff.

⁴⁷⁸ Roth IPRax 2003, 117 ff; ferner geht auch Kindler in NJW 2003, 1073 ff davon aus, dass die Behandlung einer ausländischen Kapitalgesellschaft als inländische Personengesellschaft keine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ist.

Hierfür kann zunächst darauf verwiesen werden, dass der Gerichtshof die zweite Vorlagefrage beantwortet hat, obwohl er – auf Grund der Formulierung der Vorlagefrage – hierzu nicht verpflichtet gewesen wäre. Allein diese Tatsache verdeutlicht die besondere Wichtigkeit dieser Aussage. Offensichtlich war es dem Gerichtshof ein Anliegen, diesbezüglich eine umfassende Klärung herbeizuführen und sicherzustellen, dass die Rechts- und Parteifähigkeit einer inländischen Auslandsgesellschaft gerade nach dem Recht des Gründungslandes geachtet wird.

Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass der EuGH seine Antwort gerade im Hinblick auf Deutschland erteilt hat. Hierbei ist der Gerichtshof zwar von einer falschen Voraussetzung – Versagung der Rechts- und Parteifähigkeit – ausgegangen, dennoch wollte er gerade auch für Deutschland einen Weg vorgeben, wie künftig die Achtung der Rechts- und Parteifähigkeit zu erfolgen hat.

Darüber hinaus hätte gem. Art. 234 III EG auf Grund der wegen des Urteils des II. Senats bestehenden Unsicherheiten ein erneutes Vorabentscheidungsverfahren eingeleitet werden müssen, damit die u.a. von Roth und Kindler vertretene niederlassungsfeindliche Interpretation Bestand haben kann. Für die Notwendigkeit eines solchen Verhaltens spricht insbesondere die Tatsache, dass die Entscheidung des BGH nicht mehr mit innerstaatlichen Rechtsmitteln angreifbar war.

Ferner würde es gegen die aus Art. 10 II EG resultierende Verpflichtung zu einem gemeinschaftstreuen Verhalten verstoßen, eine Urteilsinterpretation zu Lasten des Gemeinschaftsrechts vorzunehmen, ohne dem EuGH die Möglichkeit einzuräumen, zur Auslegung des EG-Vertrags erneut Stellung zu beziehen. Die Mitgliedstaaten sollen gem. Art. 10 II EG alle Maßnahmen, welche die Verwirklichung der Ziele der Gemeinschaft gefährden, unterlassen. Insofern kann eine niederlassungsfeindliche, innerstaatlich nicht mehr überprüfbare und mit Unsicherheiten behaftete Interpretation der Entscheidung Überseering, bei der dem EuGH nicht gem. Art. 234 EG die Möglichkeit zur Vertragsauslegung eingeräumt wird, nicht als gemeinschaftstreu Verhalten eingestuft werden.

Damit ist auf Grund der vorgenannten Argumente das Vorbringen, die Leitsätze 1 und 2 entfalten für Deutschland keine Wirksamkeit, abzulehnen.

bb) Anerkennung der Rechtsfähigkeit

Des Weiteren haben die Vertreter der Sitztheorie ihre Ansicht darauf gestützt, dass der EuGH in der Entscheidung Überseering nur über die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit, nicht aber über die Anerkennung der Gesellschaft als solche befunden habe. Dies ergebe sich aus dem zu Grunde liegenden Sachverhalt und aus Art. 293 EG.

Dabei ist der vorgenannten Ansicht insofern zuzustimmen, als im Ausgangsverfahren nur Probleme im Zusammenhang mit der Rechts- und Parteifähigkeit vorgelegen haben und in Art. 293 EG der Begriff der Anerkennung so differenziert verstanden wird, dass hierbei zwischen der Anerkennung der Rechtsfähigkeit und der Anerkennung der Gesellschaft als solches zu unterscheiden ist.

Allerdings erweist sich die Begründung der vorgenannten Ansicht über Art. 293 EG als überaus problematisch. Denn insbesondere aus den unter Rn. 53 ff getätigten Ausführungen des Gerichtshofs geht hervor, dass die Niederlassungsfreiheit als unmittelbar wirksames Recht nicht auf Grund des Art. 293 EG eine Einschränkung erfahren kann, da dieser Norm nur eine ergänzende Funktion zukommt. Die oben vorgenommene Interpretation der Entscheidung

Überseering führt jedoch gerade durch die Heranziehung des Art. 293 EG zu einem niederlassungsfreiheitbeschränkenden Ergebnis und ist deshalb abzulehnen.

cc) Kollisionsrecht durch Überseering nicht betroffen

Ferner haben die Vertreter der Sitztheorie zur Unterstützung ihrer Ansicht angeführt, dass die Entscheidung Überseering das internationale Gesellschaftsrecht nicht betroffen habe. Dem EuGH steht gem. Art. 234 EG keine Entscheidungskompetenz für einen Eingriff in das nationale Kollisionsrecht zu und die Vorlagefragen habe auch keinen Anlass zu einer Entscheidung über die Vereinbarkeit des internationalen Gesellschaftsrechts mit dem Europarecht gegeben.

Dabei ist der oben angeführten Argumentation insoweit zuzustimmen, als sich die Entscheidungskompetenz des EuGH gem. Art. 234 EG auf die Auslegung des Gemeinschaftsrechts beschränkt. Der Gerichtshof kann daher feststellen, ob ein bestimmtes Ergebnis nationaler Rechtsanwendung – vorliegend Versagung der Rechts- und Parteifähigkeit – noch in der Interpretation des EG enthalten sein kann. Dahingegen ist der Weg, d.h. wie ein europarechtskonformes Ergebnis zu erreichen ist, allein Sache des nationalen Gesetzgebers, so dass das internationale Gesellschaftsrecht ausschließlich in die Verantwortung der Mitgliedstaaten fällt.

Jedoch ist zu bedenken, dass sich auch das internationale Gesellschaftsrecht als Teil des nationalen Rechts an den europäischen Freiheiten messen lassen muss. Dabei kann zwar grundsätzlich nur das Sachrecht zu einer unmittelbaren Beschränkung der Freiheiten führen, allerdings entscheidet das internationale Gesellschaftsrecht über das anzuwendende Sachrecht und kann damit mittelbar eine europarechtsbeschränkende Wirkung entfalten.

Zusätzlich sind nicht alle im nationalen Recht vorhandenen Lösungswege – vorliegend Sitz- und Gründungstheorie – gleichermaßen geeignet, um die Vorgaben des Gerichtshofs im nationalen Recht umzusetzen. Insofern lässt sich feststellen, dass die modifizierte Sitztheorie keine optimale Möglichkeit darstellt. Zwar versagt sie einer zuziehenden ausländischen Gesellschaft nicht die Rechts- und Parteifähigkeit, jedoch führt sie weiterhin u.a. auf Grund ihrer haftungsrechtlichen Folgen (unbeschränkte persönliche Haftung der Gesellschafter anstatt eines Haftungsausschlusses) zu einer erheblichen Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und damit zu keinem europarechtskonformen Ergebnis.

Als ein weiteres Argument tragen die Vertreter der Sitztheorie vor, dass die Vorlagefrage das internationale Gesellschaftsrecht nicht betroffen habe. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Allerdings wird hierbei vernachlässigt, dass die Frage der Versagung der Rechts- und Parteifähigkeit sehr eng mit dem internationalen Gesellschaftsrecht verbunden ist. Zwar entscheidet letztlich das Sachrecht darüber, ob eine Gesellschaft als rechts- und parteifähig behandelt wird, jedoch ist es das Kollisionsrecht, welches die anzuwendenden Sachnormen bestimmt.

Damit machen die vorangegangenen Ausführungen deutlich, dass die Entscheidung Überseering mittelbar erhebliche Bedeutung für das internationale Gesellschaftsrecht entfaltet. Das nationale Recht und damit auch das internationale Gesellschaftsrecht müssen sich an dem Europarecht messen lassen und da die Sitztheorie weder in ihrer ursprünglichen noch in ihrer modifizierten Form zu europarechtskonformen Ergebnissen führen kann, ist ein Übergang auf eine niederlassungsfreundliche international gesellschaftsrechtliche Theorie unumgänglich.

dd) Behandlung einer ausländischen Gesellschaft als inländische Personengesellschaft

Ferner wurde von den Vertretern der Sitztheorie angeführt, dass der Entscheidung Überseering in Deutschland bereits durch das BGH-Urteil vom 1.7.2002 Rechnung getragen wurde. Denn die auf Grund der Geltung der modifizierten Sitztheorie erfolgende Behandlung der zuziehenden ausländischen Gesellschaft als inländische Personengesellschaft erfülle die europarechtlichen Vorgaben, da – wie in Leitsatz 1 der Entscheidung Überseering gefordert – die Rechts- und Parteifähigkeit der zuziehenden Auslandsgesellschaft anerkannt werde. Dabei sei es unerheblich, dass die Rechts- und Parteifähigkeit nicht nach dem Gründungsrecht, sondern nur nach dem inländischen Recht geachtet werde, da der Leitsatz 1 keine entsprechenden Anforderungen aufstelle und Deutschland gleichzeitig nicht unter den Anwendungsbereich des Leitsatzes 2 falle. Dieser gelte infolge der Vorlagefrage nur für diejenigen Mitgliedstaaten, die – anders als Deutschland – von dem Anwendungsbereich des Leitsatzes 1 erfasst werden, d.h. die Rechts- und Parteifähigkeit der zuziehenden Gesellschaft nicht achten. Hätte der EuGH zwingend die Behandlung der zuziehenden Gesellschaft nach dem Gründungsrecht gewünscht, hätte er sich bei der Formulierung des Leitsatzes 1 am Leitsatz 2 orientiert.

Dabei kann der vorgenannten Argumentation insofern zugestimmt werden, als allein dem Leitsatz 1 noch nicht die Notwendigkeit zur Achtung der Rechts- und Parteifähigkeit nach dem Gründungsrecht zu entnehmen ist.

Allerdings wird dabei zu Unrecht die Geltung des Leitsatzes 2, dem die Verpflichtung zur Orientierung am Gründungsrecht zu entnehmen ist, für Deutschland abgelehnt. Wie bereits oben ausführlich erörtert, macht gerade der Umstand, dass der EuGH auf die zweite Vorlagefrage eine Antwort erteilt hat, obwohl er hierzu nicht verpflichtet war, die Bedeutung dieser Aussage deutlich. Der EuGH wollte in diesem Bereich eine umfassende Klärung herbeiführen und hat die in Leitsatz 2 getätigten Feststellungen insbesondere auch im Hinblick auf Deutschland vorgenommen. Bereits deshalb ist das oben angeführte Argument nicht überzeugend.

Darüber hinaus kann der oben angeführten Argumentation auch unabhängig von der Anwendbarkeit des Leitsatzes 2 nicht zugestimmt werden. Denn das Ergebnis nationaler Rechtsanwendung muss sich stets an der Niederlassungsfreiheit messen lassen (s.o.). Da jedoch die ausländische Kapitalgesellschaft durch die Behandlung als inländische Personengesellschaft ihrer unveränderten Fortexistenz beraubt und erheblichen haftungsrechtlichen Nachteilen ausgesetzt wird (unbeschränkte persönliche Haftung), wird die Niederlassungsfreiheit schwerwiegend beschränkt. Daran kann auch die in Art. 48 II EG vorgenommene begriffliche Gleichstellung von Personen- und Kapitalgesellschaften auf europäischer Ebene nichts ändern. Insofern ist es zwar richtig, dass – rein begrifflich – bei der Umqualifizierung einer ausländischen Kapitalgesellschaft in eine inländische Personengesellschaft ihr Charakter als juristische Person i.S.d. Art. 48 II EG erhalten bleibt. Jedoch definiert Art. 48 II EG nur die durch die Niederlassungsfreiheit begünstigten Gesellschaften, ohne aber eine Aussagen zum Inhalt und zur Reichweite der Niederlassungsfreiheit zu treffen. Damit kann Art. 48 II EG nicht die europarechtliche Unbedenklichkeit der Umwandlung einer ausländischen Kapitalgesellschaft in eine inländische Personengesellschaft begründen.

ee) Modifizierte Sitztheorie als gerechtfertigte Beschränkung

Ferner sind auch die Ausführungen Roths, der zwar richtigerweise die Geltung der modifizierten Sitztheorie als eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit einstuft, diese jedoch insbesondere durch den Gläubigerschutz und auf Grund des Fehlens milderer Mittel als gerechtfertigt ansieht, abzulehnen.

Zunächst vernachlässigt die Argumentation Roths, dass die modifizierte Sitztheorie stets und unabhängig davon, ob im konkreten Fall tatsächlich eine Gläubigergefährdung eintreten kann, zur Anwendung gelangen soll. Durch diese generelle Handhabung können Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit eintreten (z.B. Haftung, s.o.), denen kein adäquates Schutzinteresse gegenübersteht.

Zusätzlich berücksichtigt Roth bei der Frage nach der Rechtfertigung der modifizierten Sitztheorie über den Gläubigerschutz nicht den Umstand, dass teilweise auch das ausländische Recht einen vergleichbaren Rechtsschutz bietet. In einem solchen Fall wäre die Anwendung inländischer Vorschriften bereits per se nicht erforderlich und eine Rechtfertigung der modifizierten Sitztheorie müsste ausscheiden.

Des Weiteren ist einer kategorischen Ablehnung der Möglichkeit einer Sonderanknüpfung als milderer Mittel mit dem Hinweis auf Beratungsschwierigkeiten und einer daraus resultierenden Rechtsunsicherheit nicht zu folgen. Es ist zwar richtig, dass die Konfrontation mit dem ausländischen Recht mit Erschwernissen verbunden sein kann. Jedoch werden sich diese mit der Zeit auf Grund der eintretenden Routine verringern. Ferner besteht in Deutschland eine hinreichende Zahl internationaler Anwaltskanzleien, so dass Beratungsschwierigkeiten letztlich kaum auftreten werden.

Darüber hinaus ist nicht zu erwarten, dass der inländische Rechtsverkehr mit einer Vielzahl ausländischer Rechtsordnungen konfrontiert werden wird, da sich nicht jede ausländische Gesellschaftsform zum Import eignet. Denn neben einer liberalen Gesellschaftsrechtsordnung spielen hierfür noch weitere Faktoren wie z.B. sprachliche Hindernisse eine wesentliche Rolle. Folglich werden als Gründungsländer bevorzugt Mitgliedstaaten gewählt werden, deren Sprache zumindest vertraut ist. Dementsprechend hat sich aus deutscher Sicht England besonders als Gründungsland angeboten, wie durch die weit überwiegende Zahl englischer Gesellschaftsformen in Deutschland bestätigt wird.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass sich der Durchschnittsbürger weder mit dem ausländischen noch mit dem inländischen Gesellschaftsrecht auskennt. Folglich wird sich ein seriöser Gesellschaftsgründer stets – unabhängig von der gewählten Rechtsform – rechtlich beraten lassen müssen.

Dementsprechend kann die pauschale Anwendung der modifizierten Sitztheorie keinesfalls als gerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit eingestuft werden, so dass das dahingehende Vorbringen Roths abzulehnen ist.

ff) Ergebnis

Damit ist abschließend festzustellen, dass der Ansicht, die für eine Fortgeltung der modifizierten Sitztheorie eintritt, nicht zu folgen ist. Auch wenn die hierfür vorgetragenen Argumente nachvollziehbare Ansätze aufweisen, können sie letztlich nicht überzeugen. Eine zu eingeschränkte und formalistische Betrachtung der Entscheidung Überseering erscheint konstruiert und nicht auf Dauer tragfähig. Die Europäisierung schreitet voran und insofern macht es keinen Sinn, sich dieser Entwicklung zu verschließen. Des Weiteren ist – nicht zuletzt aus Gründen der Rechtssicherheit – zu berücksichtigen, dass das Bestehen eines derartigen Vorgehens vor dem EuGH, der sich zunehmend niederlassungsfreundlich zeigt, höchst zweifelhaft ist und auch deshalb abgelehnt werden muss.

b) Vermittelnde Ansicht

Nachdem die Argumente für eine Beibehaltung der Sitztheorie vorgestellt wurden, wird anschließend unter (a) auf die Gründe, die für eine vermittelnde Urteilsauslegung – d.h. keine Notwendigkeit zum Übergang auf die Gründungstheorie, aber auch keine Befugnis, unverändert an der Sitztheorie festzuhalten – sprechen, eingegangen. Unter (b) werden die im Zusammenhang mit der Wahrung der inländischen Schutzinteressen bestehenden Probleme erörtert und unter (c) werden die für die vermittelnde Ansicht angeführten Argumente einer eigenen Stellungnahme unterzogen.

(a) Argumente für eine vermittelnde Auslegung

aa) Bedeutung der Entscheidung für das Kollisionsrecht

Dabei wird zunächst auf die nach dieser Ansicht bestehende Bedeutung der Entscheidung Überseering für das internationale Gesellschaftsrecht eingegangen. Hierbei waren sich die Vertreter der vorbezeichneten Ansicht einig, dass das Urteil Überseering für das internationale Gesellschaftsrecht keine bahnbrechenden Neuheiten bringt⁴⁷⁹.

Diesbetreffend hat u.a. Zimmer⁴⁸⁰ die Ansicht vertreten, dass dem Urteil Überseering keine Klärung der Frage nach der Anwendbarkeit bzw. nach einem Anwendungszwang des Gründungsrechts zu entnehmen sei.

Des Weiteren sind Wernicke⁴⁸¹ und Großerichter⁴⁸² davon ausgegangen, dass die Entscheidung Überseering das Kollisionsrecht nicht betrifft.

Dabei hat Wernicke⁴⁸³ seine Ansicht auf die unter Rn. 95 vorgenommene Urteilsbegründung und auf den Leitsatz 2 der Entscheidung gestützt. Der EuGH habe es sowohl bei den Ausführungen unter Rn. 95 als auch bei der Formulierung des Leitsatzes 2 vermieden, in der Sprache des Kollisionsrechts die Anerkennung einer ausländischen Gesellschaft zu fordern und habe stattdessen den kollisionsrechtlich neutralen Begriff des Achtens verwendet. Folglich könne dem Urteil keine kollisionsrechtliche Bedeutung zugesprochen werden.

Dahingegen hat Großerichter⁴⁸⁴ seine Ansicht mit einem Vergleich der zweiten Vorlagefrage und der darauf erteilten Antwort begründet. Der BGH habe durch seine Vorlagefrage angefragt, ob die Rechts- und Parteifähigkeit einer zuziehenden Gesellschaft nach dem Gründungsrecht zu beurteilen sei. Dabei habe der BGH durch die Verwendung des Wortes „beurteilen“ dem EuGH die Möglichkeit eingeräumt, Vorgaben hinsichtlich der Methode der Ergebnisgewinnung aufzustellen. Allerdings habe der EuGH in seiner Antwort nur die Achtung der Rechts- und Parteifähigkeit gefordert und sich damit auf die Festlegung des zu erreichenden Ergebnisses beschränkt. Ist eine Gesellschaft in ihrem Gründungsland rechts- und parteifähig und ändere sich hieran auf Grund des Wegzuges nichts, so müsse dies auch der Aufnahmestaat hinnehmen. Eine Anweisung, wie dies umzusetzen sei, enthalte die Antwort nicht, auch wenn der Entscheidung eine Vorliebe des Gerichtshofs für die Gründungsanknüpfung entnommen werden könne⁴⁸⁵.

⁴⁷⁹ M.w.N. Zimmer BB 2000, 1361 ff; Zimmer BB 2003, 1 ff; Wernicke EuZW 2002, 758 ff; Großerichter DStR 2003, 159 ff.

⁴⁸⁰ Zimmer BB 2000, 1361 ff; Zimmer BB 2003, 1 ff.

⁴⁸¹ Wernicke EuZW 2002, 758 ff.

⁴⁸² Großerichter DStR, 2003, 159 ff.

⁴⁸³ Wernicke EuZW 2002, 758 ff.

⁴⁸⁴ Großerichter DStR, 2003, 159 ff.

⁴⁸⁵ Allerdings beurteilt Haack MDR 2003, 96 ff gerade diese Wortwahl in der Antwort auf die zweite Vorlagefrage grundlegend anders. Nach seiner Ansicht kommt dem Streit um die Frage nach Sitz- oder Gründungstheorie gar

bb) Bedeutung der Entscheidung für die Rechts- und Parteifähigkeit

Ferner waren sich die Vertreter der vermittelnden Ansicht⁴⁸⁶ einig, dass auf Grund der Entscheidung Überseering die Rechts- und Parteifähigkeit einer inländischen Auslandsgesellschaft nach Maßgabe des Gründungsrechts anzuerkennen sei.

Hierfür hat Zimmer⁴⁸⁷ auf den Inhalt des Leitsatzes 2 und auf die unter Rn. 80 angeführten Entscheidungsgründe verwiesen. Unter Leitsatz 2 der Entscheidung fordere der EuGH die Achtung der Rechts- und Parteifähigkeit der zuziehenden Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaates und auf Grund der unter Rn. 80 vorgenommenen Ausführung sei die Gesellschaft Überseering berechtigt, als Gesellschaft niederländischen Rechts in Deutschland von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen. Infolgedessen müsse der Niederlassungsstaat die Rechts- und Parteifähigkeit der zuziehenden Gesellschaft nach dem Gründungsstatut achten.

Dahingegen hat Wernicke⁴⁸⁸ seine Ansicht auf die unter Rn. 81 getroffenen Feststellungen des EuGH gestützt. Danach könne eine Gesellschaft als Produkt des nationalen Gesellschaftsrechts jenseits des Rechtssystems, dem sie ihr Bestehen verdanke, nicht existieren. Folglich seien für die Beurteilung des grundlegenden Charakters einer Gesellschaft sowie für ihre Existenz ausschließlich die Regelungen der Rechtsordnung maßgeblich, die der Errichtung der Gesellschaft zu Grunde gelegen haben. Da die Überseering nach niederländischem Recht rechtsfähig sei und sich hieran durch den Wegzug nichts ändere, könne dies auch nicht durch die Anwendung einer nationalen Theorie beeinflusst werden. Denn bezüglich der Existenz könne eine Gesellschaft als Rechtsprodukt nur innerhalb des sie hervorbringenden Systems beurteilt werden. Demzufolge sei die Überseering auch in Deutschland als Gesellschaft niederländischen Rechts zu behandeln.

Dementsprechend haben Zimmer⁴⁸⁹, Wernicke⁴⁹⁰ und Großerichter⁴⁹¹ die Ansicht vertreten, dass eine Umqualifizierung der zuziehenden ausländischen Gesellschaft in eine inländische Personengesellschaft und damit die Achtung der Rechts- und Parteifähigkeit nach dem inländischen statt nach dem ausländischen Recht als eine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit abzulehnen sei. Die durch den II. Senat des BGH vorgeschlagene modifizierte Sitztheorie könne nicht als europarechtskonforme Lösung angesehen werden. Insbesondere müsse die aus der Umwandlung resultierende persönliche Haftung der Gesellschafter als nicht zu rechtfertigende Beschränkung der Niederlassungsfreiheit eingestuft werden.

keine Relevanz zu, da das jeweilige internationale Gesellschaftsrecht als Beurteilungsmaßstab nicht mehr zur Anwendung gelangt. Die Durchsetzung der Niederlassungsfreiheit hänge nicht länger von Theorien ab. Zu dieser Überzeugung gelangt Haack auf Grund der Wortwahl des EuGH bei der Antwort auf die zweite Vorlagefrage. Nach Auffassung des Autors bleibe der Gerichtshof hierbei hinter den Erwartungen des BHG zurück. Die Rechts- und Parteifähigkeit sei nicht nur nach dem Gründungsrecht „zu beurteilen“, sondern „zu achten“. Nach Haack stelle „achten“ ein Minus zu „beurteilen“ dar, da die Beurteilung den nationalen Gerichten die Möglichkeit eröffnet hätte zu überprüfen, ob die ausländische Gesellschaft nach ihrem Gründungsrecht wirksam besteht. Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit ist für die Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit elementar (siehe hierzu z.B. unter Rn. 59). Eine Rechtsprüfung sei nicht erforderlich, sondern es erfolge lediglich eine Tatsachenfeststellung. Die Tatsache, ob eine Gesellschaft im Ausland wirksam gegründet wurde, hätten die nationalen Gerichte in Zukunft (gem. § 293 ZPO nach deutschem Recht) festzustellen, dieses Ergebnis zur Kenntnis zu nehmen und zu achten.

⁴⁸⁶ M.w.N. Zimmer BB 2000, 1361 ff; Zimmer BB 2003, 1 ff; Wernicke EuZW 2002, 758 ff.

⁴⁸⁷ Zimmer BB 2000, 1361 ff; Zimmer BB 2003, 1 ff.

⁴⁸⁸ Wernicke EuZW 2002, 758 ff.

⁴⁸⁹ Zimmer BB 2000, 1361 ff; Zimmer BB 2003, 1 ff.

⁴⁹⁰ Wernicke EuZW 2002, 758 ff.

⁴⁹¹ Großerichter DSr 2003, 159 ff.

(b) Wahrung der inländischen Schutzinteressen

Des Weiteren haben die Vertreter der vermittelnden Ansicht⁴⁹² einhellig darauf hingewiesen, dass die Entscheidung *Überseering* – trotz ihrer in international gesellschaftsrechtlicher Hinsicht eingeschränkten Bedeutung – nicht unproblematisch sei. Infolge der aus dem Urteil hervorgehenden niederlassungsfreundlichen Grundhaltung des EuGH sei bei einer zuziehenden EU-Auslandsgesellschaft die Wahrung der inländischen Schutzinteressen deutlich erschwert.

Die Ausweitung der Niederlassungsfreiheit und die damit zusammenhängende verstärkte Anwendung des ausländischen Rechts führten zu einer eingeschränkten Geltung der inländischen Regelungen bei einer zuziehenden EU-Auslandsgesellschaft. Da jedoch die einzelnen Mitgliedstaaten ihre nationalen Schutzanliegen auf unterschiedliche Art und Weise sicherstellen, könne eine Vermischung von ausländischem und inländischem Recht zu Sicherheitslücken im Zuzugsstaat führen⁴⁹³.

Allerdings wird auf die Frage nach der Wahrung der inländischen Schutzinteressen erst unter Kapitel VII und damit im Anschluss an die Besprechung der Entscheidung *Inspire Art* ausführlich eingegangen. Da sich die Entscheidung *Inspire Art* (hierzu nachfolgend unter 4)) erneut durch eine auffallend niederlassungsfreundliche Haltung des EuGH auszeichnet, kann nur nach der Besprechung dieser Entscheidung beurteilt werden, welche Vorgehensweisen zur Sicherstellung der nationalen Schutzanliegen vor dem EuGH Aussicht auf Bestand haben.

(c) Stellungnahme

Nachdem nun die durch die Vertreter der vermittelnden Ansicht angeführten Argumente dargestellt wurden, werden diese im Anschluss einer wertenden Stellungnahme unterzogen.

aa) Bedeutung der Entscheidung für das internationale Gesellschaftsrecht

Dabei kann der oben angeführten Ansicht, dass die Entscheidung *Überseering* für das internationale Gesellschaftsrecht kaum bzw. keine Bedeutung entfalte, nicht zugestimmt werden.

Insofern ist zwar die Einschätzung Zimmers, aus dem Urteil *Überseering* sei nicht eindeutig zu entnehmen, inwieweit das Gründungsrecht angewendet werden müsse, nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Allerdings dürfen die vielen in der Entscheidung *Überseering* enthaltenen Hinweise, die einen Übergang auf eine niederlassungsfreundliche Theorie nahe legen und damit auch die Reichweite der Entscheidung konkretisieren, nicht unberücksichtigt bleiben. Insofern ist u.a. auf die Ausführungen des Gerichtshofs unter Leitsatz 2 und den Rn. 59, 60 ff, 80 ff hinzuweisen. Unter Leitsatz 2 fordert der Gerichtshof die Achtung der Rechts- und Parteifähigkeit einer zuziehenden Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaates und unter Rn. 59 stellt der EuGH fest, dass eine Gesellschaft für die Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit zwingend von allen Mitgliedstaaten, in denen sie sich niederlassen will, anzuerkennen sei. Unter den Rn. 60 ff nimmt der EuGH zu der Entscheidung *Daily Mail* Stellung und engt deren Bedeutung wesentlich ein. Des Weiteren weist der EuGH unter den Rn.

⁴⁹² Zimmer BB 2000, 1361 ff; Zimmer BB 2003, 1 ff; Wernicke EuZW 2002, 758 ff; Großerichter DStR 2003, 159 ff.

⁴⁹³ Zimmer BB 2000, 1361 ff; Zimmer BB 2003, 1 ff; Wernicke EuZW 2002, 758 ff; Großerichter DStR 2003, 159 ff. Insofern hat Zimmer für eine identitätswahrende Umwandlung der zuziehenden Gesellschaft zur Sicherstellung der inländischen Schutzinteressen plädiert. Dahingegen hat Wernicke einen Übergang auf die modifizierte Gründungstheorie angeregt, um hierüber im Wege einer Sonderanknüpfung einzelne inländische Normen auf eine im Inland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft zur Anwendung zu bringen. Des Weiteren hat sich auch Großerichter für einen Übergang auf die Gründungstheorie ausgesprochen und die Wahrung der inländischen Schutzinteressen u.a. durch die Anwendung der Durchgriffshaftung wegen materieller Unterkapitalisierung und der Handelndenhaftung angeregt.

80 ff darauf hin, dass die in den Niederlanden wirksam gegründete Überseering aus den Art. 43, 48 EG ein Recht herleiten könne, sich in Deutschland als Gesellschaft niederländischen Rechts niederzulassen und dass ihre Existenz untrennbar mit ihrer Eigenschaft als Gesellschaft niederländischen Rechts verbunden sei. Damit tätigt der EuGH keine direkten Aussagen zu dem in einem Mitgliedstaat anzuwendenden internationalen Gesellschaftsrecht – wozu er auf Grund der Reichweite seiner Entscheidungskompetenz auch nicht befugt ist –, jedoch lassen die Ausführungen klare Schlüsse zu, welche international gesellschaftsrechtliche Theorie die oben angeführten Vorgaben des EuGH erfüllen kann und welche nicht. Dabei kann insbesondere die Sitztheorie – auch in modifizierter Form – den oben angeführten Anforderungen des EuGH nicht gerecht werden (hierzu bereits oben unter a) (b)), so dass ein Übergang auf eine niederlassungsfreundliche international gesellschaftsrechtliche Theorie unumgänglich ist.

Dementsprechend ist auch die Ansicht Wernickes und Großerichters, die der Entscheidung Überseering jegliche Bedeutung für das Kollisionsrecht absprechen, abzulehnen.

Wernicke führt zur Begründung seiner Überlegung die kollisionsrechtlich neutrale Formulierung des Leitsatzes 2 und der unter Rn. 95 getätigten Ausführungen (achten statt anerkennen) an. Insofern muss jedoch berücksichtigt werden, dass der EuGH keine Entscheidungskompetenz für das internationale Gesellschaftsrecht besitzt (s.o.) und sich allein daraus die teilweise neutral gehaltene Formulierung des Gerichtshofs erklärt. Allerdings dürfen zur Ermittlung des tatsächlichen Willens des Gerichtshofs – gerade wegen seiner eingeschränkten Entscheidungskompetenz – die weiteren Umstände nicht außer Betracht gelassen werden. Hierfür ist insbesondere auf die oben ausgeführten Äußerungen des Gerichtshofs unter den Rn. 59 (anerkennen) und 80 ff (Betonung der Eigenschaft als Gesellschaft niederländischen Rechts) hinzuweisen, aus denen das Bestreben des EuGH, eine kollisionsrechtliche Veränderung herbeizuführen, deutlich erkennbar wird.

Ferner gelangt Großerichter auf Grund der Auslegung des im Leitsatz 2 verwendeten Wortes „achten“ zu der Überzeugung, dass das internationale Gesellschaftsrecht durch die Entscheidung Überseering nicht berührt worden ist. Allerdings ist Großerichter bereits deshalb nicht zu folgen, weil die vorgenannte Interpretation des Wortes „achten“ nicht unumstritten⁴⁹⁴ ist und dementsprechend für diese Auslegung weitere Umstände und hierbei vor allem die Entscheidungsgründe herangezogen werden müssen. Aus diesen geht jedoch – wie bereits oben ausgeführt – der Wille des EuGH hervor, ein niederlassungsfreundliches Verhalten durchzusetzen. Damit ist davon auszugehen, dass der EuGH auch durch den Leitsatz 2 die Europäisierung vorantreiben wollte und ein enges Verständnis des Wortes „achten“ nicht der Intuition des Gerichtshofs entspricht⁴⁹⁵.

bb) Bedeutung der Entscheidung für die Rechts- und Parteifähigkeit

Allerdings sind die vorgenannten Autoren⁴⁹⁶ davon ausgegangen, dass eine zuziehende EU-Auslandsgesellschaft auf Grund der Entscheidung Überseering nach Maßgabe ihres Gründungsrechts als rechts- und parteifähig behandelt werden müsse.

⁴⁹⁴ Nach Haack MDR 2003, 96 ff hat der EuGH durch die Formulierung „achten“ die Befugnis der deutschen Gerichte beschränkt, da diese dadurch nur noch über eine Tatsachenfeststellung ermitteln dürfen, ob die zuziehende Gesellschaft im Gründungsland als rechts- und parteifähig behandelt wird. Ob dahingegen das Gründungsland zu Recht von der Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft ausgehe, dürfe nicht nachgeprüft werden.

⁴⁹⁵ So auch Haack MDR 2003, 96 ff.

⁴⁹⁶ Zimmer BB 2000, 1361 ff; Zimmer BB 2003, 1 ff; Wernicke EuZW 2002, 758 ff; Großerichter DSStR 2003, 166 ff.

Dieser Einschätzung ist uneingeschränkt zuzustimmen. In den Ausführungen unter dem Leitsatz 2 und unter Rn. 95 fordert der EuGH die Achtung der Rechts- und Parteifähigkeit der zuziehenden Gesellschaft nach dem Recht des Gründungsstaates, so dass die Anerkennung beispielsweise nach dem nationalen Recht nicht ausreicht.

cc) Ergebnis

Abschließend ist festzustellen, dass der vermittelnden Ansicht, trotz teilweiser überzeugender Ansätze, nicht uneingeschränkt zugestimmt werden kann.

Dabei ist vor allem die Annahme, die Entscheidung entfalte für das Kollisionsrecht keine bzw. nur eingeschränkt Bedeutung, abzulehnen. Es ist zwar richtig, dass die Vorlagefrage keinen unmittelbaren Anlass zur Stellungnahme zum internationalen Gesellschaftsrecht geboten hat und dem EuGH diesbezüglich die Entscheidungskompetenz fehlt. Allerdings lassen die Ausführungen des EuGH deutliche Schlüsse zu, welche international gesellschaftsrechtliche Theorie zu einem europarechtskonformen Ergebnis führen kann und welche nicht. Damit hat die Entscheidung Überseering indirekt erheblichen Einfluss auf das Kollisionsrecht.

Dahingegen kann den Ausführungen zur Bedeutung der Entscheidung Überseering für die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der zuziehenden Gesellschaft uneingeschränkt zugestimmt werden.

c) Vertreter der Gründungstheorie

Abschließend – nachdem die Vertreter der Sitztheorie und diejenigen, die für eine vermittelnde Auslegung eingetreten sind, vorgestellt wurden – wird auf die Vertreter im deutschen Schrifttum eingegangen, die infolge der Entscheidung Überseering für einen Übergang auf die Gründungstheorie bzw. eine niederlassungsfreundliche Theorie plädiert haben.

Hierfür wird zunächst unter (a) auf die für diese Ansicht vorgetragenen Argumente eingegangen⁴⁹⁷, unter (b) werden die Probleme im Zusammenhang mit der Wahrung der inländischen Schutzinteressen erörtert und unter (c) werden die vorgenannten Argumente einer eigenen Stellungnahme unterzogen.

(a) Auswirkung der Entscheidung Überseering auf das internationale Gesellschaftsrecht

aa) Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit nach dem Recht des Gründungsstaats

Dabei wurde durch die Vertreter der Gründungstheorie⁴⁹⁸ zur Begründung ihrer Ansicht vor allem auf die Feststellungen des EuGHs unter den Rn. 59, 80, 81, 95 und den Leitsatz 2 der Entscheidung Überseering verwiesen.

Der EuGH habe unter Rn. 95 und in Leitsatz 2 der Entscheidung festgestellt, dass die Nichtanerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit⁴⁹⁹ einer – mit Hilfe der Niederlassungsfreiheit

⁴⁹⁷ Siehe hierzu auch Baudenbacher/Buschle IPRax 2004, 26 ff; Emde EWiR 2002, 971 f; Montag NJW 2003, 2712 ff; Halbhuber ZEuP2003, 422 ff.

⁴⁹⁸ M.w.N. Forsthoff BB 2002, 318 ff; Forsthoff DB 2002, 2471 ff; Forsthoff DB 2003, 979 ff; Weller IPRax 2003, 324 ff; Weller IPRax 2003, 520 ff.

⁴⁹⁹ Nach Meilicke GmbHR 2000, 693 ff ergibt sich die Antwort auf die Frage nach der Rechts- und Parteifähigkeit bereits aus der Europäischen Menschenrechtskonvention. Danach müsse eine nach dem Heimatrecht rechtsfähige juristische Person vor Gericht anerkannt werden und als Partei auftreten können.

– zuziehenden EU-Auslandsgesellschaft nach Maßgabe ihres Gründungsrechts einen Eingriff⁵⁰⁰ in die Art. 43, 48 EG darstelle, wenn die Gesellschaft nach dem Recht eines Mitgliedstaates wirksam gegründet wurde und sie in dessen Hoheitsgebiet ihren satzungsmäßigen Sitz habe. Damit habe der Gerichtshof nicht nur ein Ergebnis nationaler Rechtsanwendung – Versagung der Rechts- und Parteifähigkeit – missbilligt, sondern zusätzlich den Weg zur Aufhebung dieser Beschränkung vorgegeben, indem er die Achtung ausländischer Gesellschaften nach dem Recht des Gründungslandes vorgeschrieben habe⁵⁰¹. Nach Auffassung der vorgenannten Autoren wird dadurch weniger das materielle Recht als vor allem das nationale Kollisionsrecht betroffen. Dieses dürfe nicht länger zu einem Statutenwechsel führen, so dass die Verlegung des Verwaltungssitzes unter Wahrung des Gesellschaftsstatuts grundsätzlich möglich sein müsse⁵⁰².

Ferner wurde zur Unterstützung der vorbezeichneten Ansicht auf die unter den Rn. 59, 80, 81⁵⁰³ der Entscheidungsbegründung getätigten Äußerungen des EuGH verwiesen. Dabei fordere der EuGH unter Rn. 59 für die Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit die zwingende Anerkennung der Gesellschaften durch die Mitgliedstaaten und in Rn. 80 gewähre der Gerichtshof einer ausländischen Gesellschaft das Recht, als solche im Inland von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen. Darüber hinaus weise der EuGH unter Rn. 81 darauf hin, dass die Existenz der Überseering untrennbar mit ihrer Eigenschaft als Gesellschaft niederländischen Rechts verbunden sei und dass das Erfordernis einer Neugründung der Negierung der Niederlassungsfreiheit gleichkäme⁵⁰⁴.

Damit erkläre der Gerichtshof im Grunde die Sitztheorie selbst und nicht nur ihre Auswirkungen als nicht mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar⁵⁰⁵.

bb) Kein Regelungsvorbehalt zu Gunsten der Mitgliedstaaten

Des Weiteren wird die oben angeführte Ansicht⁵⁰⁶ – Übergang auf eine niederlassungsfreundliche international gesellschaftsrechtliche Theorie – darauf gestützt, dass der EuGH unter den Rn. 53 ff der Urteilsbegründung zu Überseering die Bedeutung des Art. 293 EG erneut zu Gunsten der Niederlassungsfreiheit eingeengt habe.

Dabei habe der Gerichtshof insbesondere unter Rn. 60 der Urteilsbegründung festgestellt, dass Art. 293 EG keinen Regelungsvorbehalt zu Gunsten der Mitgliedstaaten hinsichtlich der streitbefangenen Materie – Niederlassungsfreiheit und internationales Gesellschaftsrecht – begründe. Art. 293 EG sei keine *lex specialis* gegenüber der Niederlassungsfreiheit, sondern regle nur die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten für den Fall, dass anderweitige Maßnahmen nicht zum Erfolg führen⁵⁰⁷. Diese Interpretation könne zusätzlich durch einen Erst-Recht-Schluss

⁵⁰⁰ Zur Fragen der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit siehe unter Rn. 78-82 der Entscheidungsbegründung zu Überseering.

⁵⁰¹ Siehe hierfür insbesondere unter Rn. 95 der Urteilsbegründung.

⁵⁰² M.w.N. Forsthoff BB 2002, 318 ff; Forsthoff DB 2002, 2471 ff; Forsthoff DB 2003, 979 ff; Weller IPRax 2003, 324 ff; Weller IPRax 2003, 520 ff.

⁵⁰³ Schulz/Sester EWS 2002, 545 ff argumentiert insbesondere über die Ausführungen unter Rn. 81 der Entscheidungsbegründung zu Centros.

⁵⁰⁴ M.w.N. Forsthoff BB 2002, 318 ff; Forsthoff DB 2002, 2471 ff; Forsthoff DB 2003, 979 ff; Weller IPRax 2003, 324 ff; Weller IPRax 2003, 520 ff.

⁵⁰⁵ Leible/Hoffmann RIW 2002, 925 ff; so grundsätzlich auch Lutter BB 2003, 7 ff; Kallmeyer DB 2002, 2521 ff; wesentlich zurückhaltender: Hirte EWS 2002, 573 f; Hirte geht davon aus, dass eine ausländische Gesellschaft im Inland als rechts- und parteifähig behandelt werden muss. Dies könne aber grundsätzlich auch durch die Umqualifizierung in eine inländische Personengesellschaft erfolgen. Dabei müsse die Frage, ob dieses Vorgehen zu einer unzulässigen Beschränkung führe, anhand einer erneuten Vorlagefrage geklärt werden. Allerdings sei es nicht unwahrscheinlich, dass dieses Vorgehen vor dem EuGH keinen Bestand haben werde.

⁵⁰⁶ Leible/Hoffmann RIW 2002, 925 ff; Lutter BB 2003, 7 ff; Eidenmüller ZIP 2002, 2233 ff.

⁵⁰⁷ Leible/Hoffmann RIW 2002, 925 ff; Lutter BB 2003, 7 ff.

aus Art. 44 II lit. g EG untermauert werden, da Art. 44 II lit. g EG ebenfalls nicht den Anwendungsbereich und die Reichweite der Art. 43, 48 EG konturieren könne⁵⁰⁸.

Damit kann nach dieser Ansicht⁵⁰⁹ Art. 293 EG die aus der Niederlassungsfreiheit folgenden Möglichkeiten ergänzen, nicht aber einschränken.

cc) Klarstellung der Reichweite der Entscheidung Daily Mail

Darüber hinaus kommt u.a. nach Leible/Hoffmann⁵¹⁰ und Lutter⁵¹¹ der unter den Rn. 62-73 der Urteilsbegründung zu Überseering vorgenommenen Richtigstellung der Auslegung der Entscheidung Daily Mail wesentliche Bedeutung zu.

Unter den Rn. 62-73 habe der EuGH festgestellt, dass sich die Entscheidung Daily Mail nur auf Beschränkungsmöglichkeiten des Gründungsstaates bei einem identitätswahrenden Wegzug einer Gesellschaft bezogen habe. Dahingegen seien Einschränkungsmöglichkeiten der Niederlassungsfreiheit durch den Zuzugsstaat weder betroffen gewesen noch gebilligt worden⁵¹².

Infolgedessen könne die Entscheidung Daily Mail bei Zuzugsbeschränkungen nicht als Argument gegen die Notwendigkeit eines Übergangs auf eine niederlassungsfreundliche international gesellschaftsrechtliche Theorie herangezogen werden⁵¹³.

dd) Anwendung des deutschen Rechts als Ausnahmefall

Ferner hat Kallmeyer⁵¹⁴ die Notwendigkeit eines Übergangs auf eine niederlassungsfreundliche international gesellschaftsrechtliche Theorie mit den unter Rn. 92 f vorgenommenen Ausführungen des EuGH in der Entscheidung Überseering begründet. Danach dürfe das deutsche Recht nur in besonderen Fällen zur Anwendung gelangen.

Kann das deutsche Recht allerdings nur in Ausnahmefällen eingreifen, muss der EuGH nach Ansicht Kallmeyers⁵¹⁵ bei der Bestimmung der Rechts- und Parteifähigkeit der zuziehenden EU-Auslandsgesellschaft von der Maßgeblichkeit des Gründungsstatuts ausgegangen sein. Damit müssten – auf Grund der Unteilbarkeit der Rechtsform – alle weiteren Fragen ebenfalls dem Gründungsrecht unterfallen und ein entsprechender Übergang im internationalen Gesellschaftsrecht sei unumgänglich.

ee) Sitztheorie als nicht zu rechtfertigende Beschränkung der Niederlassungsfreiheit

Des Weiteren wurde u.a.⁵¹⁶ von Eidenmüller⁵¹⁷, Ebke⁵¹⁸ und Heidenhain⁵¹⁹ angeführt, dass ein Übergang auf eine niederlassungsfreundliche international gesellschaftsrechtliche Theorie auch

⁵⁰⁸ Leible/Hoffmann RIW 2002, 925 ff; Lutter BB 2003, 7 ff.

⁵⁰⁹ Leible/Hoffmann RIW 2002, 925 ff; Ebke JZ 2003, 927 ff; Ebke JZ 2000, 203 ff; auch Eidenmüller ZIP 2002, 2233 ff sieht in Art. 293 EG keinen Regelungsvorbehalt zugunsten der Mitgliedstaaten. Allerdings erscheint ihm das Wortlautargument des EuGH unter Rn. 53 f zu vordergründig. Die in Art. 293 EG verwendete Formulierung „Soweit erforderlich.“ sei im Zusammenhang mit der Rechtsangleichung zu sehen. Wenn weder die dezentrale Rechtsetzung der Mitgliedstaaten noch die zentrale Rechtsetzung durch die Gemeinschaft die Ziele des Art. 293 EG erreichen könnten, greife der in Art. 293 EG normierte Handlungsauftrag ein.

⁵¹⁰ Leible/Hoffmann RIW 2002, 925 ff.

⁵¹¹ Lutter BB 2003, 7 ff.

⁵¹² Leible/Hoffmann RIW 2002, 925 ff; Lutter BB 2003, 7 ff.

⁵¹³ Leible/Hoffmann RIW 2002, 925 ff; Lutter BB 2003, 7 ff.

⁵¹⁴ Kallmeyer DB 2002, 2521 ff.

⁵¹⁵ Kallmeyer DB 2002, 2521 ff.

⁵¹⁶ Siehe hierzu die Ausführungen des EuGH unter den Rn. 79, 81, 82, 92, 93 der Entscheidungsbegründung zu Überseering.

⁵¹⁷ Eidenmüller ZIP 2002, 2233 ff.

⁵¹⁸ Ebke JZ 2003, 927 ff.

deshalb erforderlich ist, weil die Anwendung der Sitztheorie zu einer nicht zu rechtfertigenden Beschränkung der Niederlassungsfreiheit führe.

Die Sitztheorie müsse sich – ebenso wie das übrige Kollisionsrecht – auf Grund des Vorrangs des Europarechts einer Kontrolle anhand der europäischen Freiheiten unterziehen. Dabei könne das Kollisionsrecht zwar nicht unmittelbar, dafür aber mittelbar, zu einer Beschränkung der europäischen Freiheiten führen. Dieses entscheide über das anzuwendende Sachrecht, welches unmittelbar freiheitsbeschränkende Wirkung entfalten könne⁵²⁰.

Damit könne festgestellt werden, dass die Anwendung der Sitztheorie in ihrer ursprünglichen Form zu einer nicht zu rechtfertigenden Beschränkung der Niederlassungsfreiheit führe. Unter der Geltung der Sitztheorie werde einer zuziehenden EU-Auslandsgesellschaft die Anerkennung versagt und dadurch die Rechts- und Parteifähigkeit abgesprochen. Dies komme nach den unter Rn. 93 angeführten Feststellungen des EuGH einer Negierung der Niederlassungsfreiheit gleich und sei damit keiner Rechtfertigung zugänglich⁵²¹.

Darüber hinaus trägt nach Eidenmüller⁵²², Ebke⁵²³ und Heidenhain⁵²⁴ auch die Geltung der modifizierten Sitztheorie – insbesondere auf Grund ihrer Folgen für die Gesellschafterhaftung und die Organisationsverfassung – zu einer nicht zu rechtfertigenden Beschränkung der Niederlassungsfreiheit bei.

Handle es sich bei der zuziehenden EU-Auslandsgesellschaft um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, werde diese im Inland auf Grund der modifizierten Sitztheorie nur als nationale Personengesellschaft anerkannt. Dadurch würden die Gesellschafter einer persönlichen Haftung ausgesetzt, weshalb sie bei weitem weniger sitzverlegungsfreudig sein würden. Dies führe zu einer erheblichen mittelbaren Beschränkung der Gesellschaft selbst. Die Anwendung der modifizierten Sitztheorie und die daraus resultierende persönliche Haftung der Gesellschafter würde damit den Gläubigerschutz in nicht zu rechtfertigender Weise zu Lasten der Niederlassungsfreiheit ausdehnen, insbesondere da die Haftung der Gesellschafter unabhängig von einer konkreten Gläubigergefährdung, der Kapitalausstattung der Gesellschaft sowie dem Bestehen alternativer Schutzinstrumente nach dem Gründungsrecht eintreten würde⁵²⁵.

Darüber hinaus rufe die modifizierte Sitztheorie auch in Bezug auf die Organisationsverfassung einer zuziehenden EU-Auslandsgesellschaft eine nicht zu rechtfertigende Beschränkung hervor. Die Sitztheorie führe zu einem Statutenwechsel (Wandel von einer ausländischen juristischen Person in eine inländische Personengesellschaft), der wiederum erhebliche Kosten und einen nicht zu unterschätzenden Anpassungsaufwand nach sich ziehe⁵²⁶. Da jedoch die Gläubiger, die Minderheitengesellschafter, der Fiskus und die Arbeitnehmer durch das Aufzwingen einer anderen Organisationsverfassung nicht besser geschützt würden, sei auch insofern eine Rechtfertigung abzulehnen⁵²⁷.

⁵¹⁹ Heidenhain NZG 2003, 1141 ff.

⁵²⁰ Eidenmüller ZIP 2002, 2233 ff.

⁵²¹ Eidenmüller ZIP 2002, 2233 ff.

⁵²² Eidenmüller ZIP 2002, 2233 ff.

⁵²³ Ebke JZ 2003, 927 ff; Ebke JZ 2000, 203 ff.

⁵²⁴ Heidenhain NZG 2003, 1141 ff.

⁵²⁵ Eidenmüller ZIP 2002, 2233 ff; Heidenhain NZG 2003, 1141 ff.

⁵²⁶ Eidenmüller ZIP 2002, 2233 ff.

⁵²⁷ Eidenmüller ZIP 2002, 2233 ff; Heidenhain NZG 2003, 1141 ff.

ff) Fehlende Vereinbarkeit der modifizierten Sitztheorie mit der Entscheidung Überseering

Des Weiteren muss u.a.⁵²⁸ nach Ebke⁵²⁹ die Geltung der modifizierten Sitztheorie⁵³⁰ in Deutschland auch deshalb ausscheiden, weil diese – auf Grund der Notwendigkeit der Umwandlung der zuziehenden ausländischen juristischen Person in eine inländische Personengesellschaft – den in der Entscheidung Überseering aufgestellten Vorgaben des EuGH nicht entspreche.

Dies ergibt sich nach Ebke insbesondere aus den Ausführungen des Gerichtshofs unter Rn. 80 und Rn. 95 sowie aus dem Leitsatz 2 des Urteils Überseering. Der EuGH habe unter Rn. 80 festgestellt, dass die Überseering, die in den Niederlanden wirksam gegründet wurde und dort ihren satzungsmäßigen Sitz habe, auf Grund der Art. 43, 48 EG das Recht genieße, als Gesellschaft niederländischen Rechts in Deutschland von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen. Zusätzlich müsse infolge der Ausführungen des Gerichtshofs unter Leitsatz 2 und unter dem Rn. 95 die Rechts- und Parteifähigkeit der EU-ausländischen Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaates geachtet werden.

Die modifizierte Sitztheorie könne jedoch diesen Vorgaben nicht gerecht werden. Die zuziehende ausländische juristische Person werde in eine inländische Personenhandelsgesellschaft umgewandelt und verlöre dadurch ihre durch das Gründungsland verliehene Rechts- und Parteifähigkeit. Bereits deshalb sei die modifizierte Sitztheorie nicht mit der Entscheidung Überseering vereinbar⁵³¹.

gg) Übergang auf die Gründungstheorie durch den BGH

Darüber hinaus hat u.a. Ebke⁵³² zur Unterstützung der vorgenannten Interpretation der Entscheidung Überseering darauf hingewiesen, dass auch der VII. Zivilsenat des BGHs in seinem nach Abschluss des Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH ergangenen Urteil vom 13.3.2003⁵³³ einen Wechsel auf die Gründungstheorie vollzogen habe.

Dabei sei davon auszugehen, dass der VII. Senat deshalb auf eine niederlassungsfreundliche international gesellschaftsrechtliche Theorie übergegangen sei, weil er dies auf Grund der Entscheidung Überseering für europarechtlich erforderlich gehalten habe. Damit müsse der BGH

⁵²⁸ Nach Eidenmüller ZIP 2002, 22333 ff ebenso wie nach Merkt RIW 2003, 458 ff scheidet die Behandlung als Personengesellschaft deutschen Rechts aus. Hierüber werde zwar die Rechts- und Parteifähigkeit geachtet, nicht aber – wie in der Entscheidung vorgegeben – nach den Vorschriften des Gründungslandes. Das Urteil sei für den BGH und die mit dem Fall befassten Gerichte präjudiziell. Würde der BGH deshalb anders entscheiden wollen, weil er davon ausgehe, dass der EuGH annehme, Deutschland verweigere grundsätzlich die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit, wäre eine erneute Vorlage gem. Art. 234 EG erforderlich. Bei der Behandlung der Überseering als OHG, GbR müsste der BGH auch deshalb vorlegen, weil er als letztinstanzliches Gericht entscheide.

⁵²⁹ Ebke JZ 2003, 927 ff; Ebke JZ 2000, 203 ff.

⁵³⁰ BGHZ 151, 204.

⁵³¹ Merkt RIW 2003, 458 ff; Forsthoff BB 2002, 318 ff; Forsthoff DB 2002, 2471 ff; Forsthoff DB 2003, 979 ff; wesentlich zurückhaltender Hirte in EWS 2002, 573 f. Seiner Ansicht nach trifft der EuGH nur insoweit eine Aussage, als es um die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit ausländischer Gesellschaften im Inland geht. Dahingegen werde bezüglich der Behandlung als Kapitalgesellschaft keine Feststellung getroffen, so dass eine Umqualifizierung in eine inländische Personengesellschaft, wie es der II. Senat in seiner Entscheidung vom 1.7.2002 vorgenommen habe, grundsätzlich weiterhin möglich sei. Ob allerdings eine Umqualifizierung in eine Personenhandelsgesellschaft eine unzulässige Beschränkung darstelle, müsse durch eine erneute Vorlage geklärt werden. Dabei gebe der Gerichtshof in seinem Urteil zu erkennen, dass er wohl auch diesen Schritt bei nächster Gelegenheit vornehmen werde. Folglich erscheine die Anerkennung einer Auslands-Kapitalgesellschaft als solches geboten; ebenfalls gegen die Behandlung einer ausländischen juristischen Person als inländische Personengesellschaft Rehberg IPRax 2003, 175 ff.

⁵³² Ebke JZ 2003, 927 ff.

⁵³³ BGH, Urt. v. 13.3.2003 – VII ZR 370 98 (Überseering).

aus der Entscheidung *Überseering* die gleichen/ähnlichen Schlussfolgerungen gezogen haben wie die oben angeführten Vertreter der deutschen Literatur.

Des Weiteren bestehen nach Ansicht Ebkes⁵³⁴ gegen die Entscheidung des VII. Senats auch keine rechtlichen Bedenken, da – infolge wesentlich unterschiedlicher Sachverhalte – trotz des Übergangs auf die Gründungstheorie durch den VII. Senat und der Anwendung der modifizierten Sitztheorie durch den II. Senat keine gem. § 132 GVG vor dem großen Senat vorlagepflichtigen divergierenden Entscheidungen ergangen seien. Das Urteil des II. Senats habe, anders als das Urteil des VII. Senats, keine durch die Art. 43, 48 EG begünstigte Gesellschaft zum Gegenstand gehabt. Der II. Senat musste sich mit einer Gesellschaft der Kanalinsel Jersey beschäftigen, die – anders als die niederländische Gesellschaft *Überseering* – auf Grund des Art. 299 Abs. 6 lit. c EG i.V.m. dem Protokoll Nr. 3 betreffend die Kanalinseln und die Insel Man zur Beitrittsakte Großbritanniens von 1972 nicht unter den Anwendungsbereich der Art. 43, 48 EG gefallen sei.

(b) Wahrung der inländischen Schutzinteressen

Nachdem die Argumente für einen Übergang auf eine niederlassungsfreundliche Theorie vorgestellt wurden und sich die Vertreter der vorgenannten Ansicht darüber einig waren, dass die Entscheidung *Überseering* für die Europäisierung als positiv bewertet werden kann, haben diese Autoren jedoch auch darauf hingewiesen, dass die Entscheidung *Überseering* in nationaler Hinsicht nicht unproblematisch sei. Durch die Veränderung im internationalen Gesellschaftsrecht sei nämlich die Wahrung der inländischen Schutzinteressen bei einer zuziehenden EU-Auslandsgesellschaft deutlich erschwert worden⁵³⁵.

Die Ausweitung der Niederlassungsfreiheit und die damit zusammenhängende verstärkte Anwendung des ausländischen Rechts führten zu einer eingeschränkten Geltung der inländischen Regelungen bei einer zuziehenden EU-Auslandsgesellschaft. Da jedoch die einzelnen Mitgliedstaaten ihre nationalen Schutzanliegen auf unterschiedliche Art und Weise sicherstellten, könne die Anwendung des ausländischen Rechts zu Sicherheitslücken im Zuzugsstaat führen⁵³⁶.

Allerdings wird auf die Frage nach der Wahrung der inländischen Schutzinteressen erst unter Kapitel VII und damit im Anschluss an die Besprechung der Entscheidung *Inspire Art* ausführlich eingegangen. Da sich die Entscheidung *Inspire Art* (hierzu nachfolgend unter 4)) erneut durch eine auffallend niederlassungsfreundliche Haltung des EuGH auszeichnet, kann erst nach der Besprechung dieser Entscheidung beurteilt werden, welche Vorgehensweisen zur Durchsetzung der nationalen Schutzanliegen vor dem EuGH Bestand haben können.

⁵³⁴ Ebke JZ 2003, 927 ff.

⁵³⁵ M.w.N. Leible/Hoffmann RIW 2002, 925 ff; Lutter BB 2003, 7 ff; von Halen WM 2003, 571 ff; von Halen EWS 2002, 107 ff; Forsthoff BB 2002, 318 ff; Forsthoff DB 2002, 2471 ff; Geyrhalter/Gänßler NZG 2003, 409 ff; Paefgen WM 2003, 561 ff; Paefgen DB 2003, 487; Paefgen EWIR 2003, 571 f; Weller IPRax 2003, 324 ff; Weller IPRax 2003, 520 ff; Merkt RIW 2003, 458 ff; Geyrhalter/Gänßler NZG 2003, 409 ff; Ebke JZ 2003, 927 ff.

⁵³⁶ Für die Wahrung der inländischen Schutzinteressen über eine Sonderanknüpfung von Halen WM 2003, 571 ff; von Halen EWS 2002, 107 ff; Forsthoff BB 2002, 318 ff; Forsthoff DB 2002, 2471 ff; Geyrhalter/Gänßler NZG 2003, 409 ff; a.A. Ebke JZ 2003, 927 ff; zurückhaltend Leible/Hoffmann RIW 2002, 925 ff; für die Anwendung der Durchgriffshaftung zur Sicherstellung der inländischen Interessen Merkt RIW 2003, 458 ff; Hirte EWS 2002, 573 ff; Paefgen DB 2003, 487 ff; a.A. Weller IPRax 2003, 324 ff; Weller IPRax 2003, 520 ff; für die Einführung von Aufsichts- und Kontrollpflichten des Gründungsstaates Mankowski EWIR 2003, 273 ff; für die Sicherstellung der nationalen Interessen über einen Gesetzeserlass auf europäischer Ebene Kersting NZG 2003, 9 ff; Paefgen WM 2003, 561 ff und Schulz NJW 2003, 2705 ff; für die Wahrung nationaler Interessen über das Deliktstatut; Müller NZG 2003, 414 ff; Schulz NJW 2003, 2705 ff; Weller IPRax 2003, 520 ff für die Sicherstellung der nationalen Schutzanliegen über das nationale Insolvenzrecht.

(c) Stellungnahme

Nachdem die Argumente für einen Übergang auf eine niederlassungsfreundliche international gesellschaftsrechtliche Theorie dargestellt wurden, werden diese abschließend einer eigenen Stellungnahme unterzogen.

Dabei kann vorab festgestellt werden, dass infolge der Entscheidung Überseering einem Übergang auf eine niederlassungsfreundliche international gesellschaftsrechtliche Theorie zuzustimmen ist. Allerdings ist hierbei zu berücksichtigen, dass aus der Entscheidung Überseering nicht unmittelbar eine Verpflichtung zur Anwendung einer bestimmten international gesellschaftsrechtlichen Theorie entnommen werden kann. Die Entscheidungskompetenz des EuGH ist auf die Auslegung des Gemeinschaftsrechts beschränkt, wohingegen es sich bei dem Kollisionsrecht um einen Teil des nationalen Rechts handelt. Demzufolge hätte der EuGH, wenn er durch seine Entscheidung unmittelbar in das Kollisionsrecht eingegriffen hätte, seine Entscheidungskompetenz überschritten, wovon nicht auszugehen ist.

Ferner ist das Kollisionsrecht selbst grundsätzlich nicht dazu geeignet, das Europarecht zu verletzen, da sich dessen Aufgabe auf die Ermittlung des anwendbaren Sachrechts beschränkt. Allerdings können sich aus dem geltenden Sachrecht Europarechtsverletzungen ergeben, so dass das internationale Gesellschaftsrecht mittelbar auf die europarechtliche Verträglichkeit des Ergebnisses einer nationalen Rechtsanwendung Einfluss nimmt. Dementsprechend sind die Rechtsfolgen der Sitztheorie, ebenso wie die der modifizierten Sitztheorie, vielfach nicht mehr mit dem Europarecht vereinbar, da sie zu massiven Behinderungen der Niederlassungsfreiheit führen (siehe hierzu bereits die oben besprochenen haftungsrechtlichen Folgen bei der Geltung der modifizierten Sitztheorie), so dass bereits deshalb ein Wandel im internationalen Gesellschaftsrecht unumgänglich ist.

(aa) Subsidiarität des Art. 293 EG

Hierfür ist zunächst auf die in den Rn. 53 ff der Entscheidungsbegründung zu Überseering vorgenommenen Ausführungen des EuGH hinsichtlich der Bedeutung des Art. 293 EG einzugehen. Dabei lehnt der Gerichtshof eindeutig und völlig zu Recht einen aus Art. 293 EG resultierenden Rechtssetzungsvorbehalt zu Gunsten der Mitgliedstaaten ab.

Bei der aus den Art. 43, 48 EG folgenden Niederlassungsfreiheit handelt es sich um ein unmittelbar anwendbares Recht, so dass eine Gesellschaft direkt aus den Art. 43, 48 EG ein Recht herleiten kann. Infolgedessen darf es einem Mitgliedstaat nicht möglich sein, über das – gegenüber dem Europarecht nachrangige – nationale Recht die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit auszuschließen.

Des Weiteren lässt sich das vorgenannte Ergebnis auch über den Wortlaut des Art. 293 EG und über einen Vergleich der vorgenannten Norm mit Art. 44 II lit. G EG begründen. Art. 293 EG räumt den Mitgliedstaaten nur „soweit“ ein Recht ein, als dies für die Verwirklichung der Freiheit erforderlich ist. Da die Niederlassungsfreiheit jedoch bereits durch die unmittelbare Anwendbarkeit der Art. 43, 48 EG gewährleistet ist, ist „soweit“ keine weitere Regelung durch einen Mitgliedstaat notwendig. Die Mitgliedstaaten können damit über Art. 293 EG die bei der Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit noch bestehenden Probleme beseitigen oder abmildern, nicht aber die Ausübung der Freiheit erschweren. Dabei kann die Richtigkeit der Aussage auch durch einen Vergleich des Art. 293 EG mit Art. 44 II lit. g EG belegt werden. Über Art. 44 II lit. g EG erhalten der Rat und die Kommission die Möglichkeit, die Ausübung der Freiheit zu erleichtern, nicht aber diese zu behindern. Damit kann es einem Mitgliedstaat erst recht nicht offen stehen, über Art. 293 EG den Geltungsbereich des Europarechts einzuschränken.

Damit hat der Gerichtshof bereits durch diese Ausführungen indirekt der Anwendbarkeit der Sitztheorie eine Absage erteilt. Die Sitztheorie, ebenso wie die modifizierte Sitztheorie, führen zu erheblichen – nicht zu rechtfertigenden (s.o.) – Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, zu denen ein Mitgliedstaat nicht berechtigt ist.

(bb) Klarstellung der Interpretation der Entscheidung Daily Mail

Darüber hinaus ist auch die unter den Rn. 61 ff der Entscheidungsbegründung zu Überseering vorgenommene Klarstellung der Reichweite der Entscheidung Daily Mail zu begrüßen und als Schritt in Richtung einer niederlassungsfreundlichen Theorie zu werten.

Der EuGH hat durch die Berichtigung der Interpretation der Entscheidung Daily Mail deren Wirkungskraft wesentlich eingegrenzt. Demnach kann dem Urteil Daily Mail nur noch für das Verhältnis einer Gesellschaft zu ihrem Gründungs-, nicht aber zu dem jeweiligen Zuzugsland Bedeutung zugesprochen werden und Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit sind damit nicht mehr grundsätzlich durch das Urteil Daily Mail zu rechtfertigen. Insbesondere hat der EuGH durch seine Ausführungen unter den Rn. 72 der Entscheidungsbegründung zu Überseering klargestellt, dass, trotz des allgemein gefassten Wortlauts der Ausführungen unter Rn. 23 der Urteilsbegründung zu Daily Mail, den Mitgliedstaaten nicht die Möglichkeit eingeräumt werden sollte, die Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit von der Beachtung des nationalen Rechts abhängig zu machen.

Damit kann die Fortgeltung der Sitztheorie bzw. deren europarechtliche Unbedenklichkeit nicht mehr unverändert über die Aussagen des Gerichtshofs in der Entscheidung Daily Mail begründet werden.

(cc) Auswirkungen der Entscheidung auf das Kollisionsrecht

Des Weiteren wurden die Äußerungen des Gerichtshofs unter den Rn. 59, 80, 81, 95 sowie unter dem Leitsatz 2 der Entscheidung Überseering zu Recht als Indiz für die Notwendigkeit eines Übergangs auf ein niederlassungsfreundliches Kollisionsrecht angeführt.

Unter Rn. 59 hat der EuGH festgestellt, dass eine niederlassungswillige Gesellschaft als Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit von den Mitgliedstaaten anerkannt werden müsse. Des Weiteren hat der Gerichtshof unter Leitsatz 2 und unter Rn. 95 die Achtung der Rechts- und Parteifähigkeit einer zuziehenden Gesellschaft nach dem Recht des Gründungsstaates gefordert. Ferner hat der Gerichtshof unter Rn. 80, 81 der Entscheidungsbegründung festgestellt, dass die Überseering auf Grund der Art. 43, 48 EG ein Recht habe, als Gesellschaft niederländischen Rechts in Deutschland von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen und dass ihre Existenz sogar untrennbar von ihrer Eigenschaft als Gesellschaft niederländischen Rechts abhängt.

Folglich hat sich der Gerichtshof in der Entscheidung Überseering dafür ausgesprochen, eine zuziehende EU-ausländische Gesellschaft auf Grund der Niederlassungsfreiheit nach dem Recht ihres Gründungsstaates zu beurteilen. Da dieses Ergebnis am sinnvollsten über eine Gründungsanknüpfung zu erreichen ist, muss ein Übergang auf eine niederlassungsfreundliche international gesellschaftsrechtliche Theorie erfolgen.

(dd) Ergebnis

Abschließend ist festzustellen, dass der EuGH durch seine Entscheidung Überseering der Sitztheorie, ebenso wie der modifizierten Sitztheorie, die Grundlage entzogen hat. Insbesondere kann die Anwendung der vorgenannten Theorien auf Grund der Ausführungen des Gerichtshofs

unter den Rn. 53 ff und unter Rn. 61 ff weder über Art. 293 EG noch über die Entscheidung Daily Mail gerechtfertigt werden.

Gleichzeitig hat der Gerichtshof durch seine Feststellungen unter den Rn. 59, 80, 81, 95 und unter dem Leitsatz 2 bei einer zuziehenden wirksam errichteten EU-Auslandsgesellschaft auf Grund der Niederlassungsfreiheit weitgehend die Geltung des Gründungsrechts gefordert. Damit kann durch einen Übergang auf eine niederlassungsfreundliche international gesellschaftsrechtliche Theorie bestmöglich ein europarechtskonformes Ergebnis erzielt werden.

Allerdings wird durch die Entscheidung Überseering nicht eine uneingeschränkte Anwendung des Gründungsrechts erforderlich, da der Gerichtshof unter Rn. 92 festgestellt hat, dass zur Wahrung zwingender Gründe des Gemeinwohls Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt werden können. Damit können – in Ausnahmefällen – bestimmte nationale Rechtsnormen auf eine zuziehende wirksam gegründete EU-Auslandsgesellschaft eingreifen. Auf diese Möglichkeit wird nachfolgend unter Kapitel VII ausführlich eingegangen.

4) Inspire Art Ltd.

Nur gut zehn Monate nach der Entscheidung Überseering⁵³⁷ hatte der EuGH erneut die Gelegenheit, in der Rechtssache Inspire Art Ltd.⁵³⁸ zu der Niederlassungsfreiheit Stellung zu nehmen⁵³⁹.

Mit seinem Urteil vom 30.9.2003 verfolgte der Gerichtshof weiterhin seine niederlassungsfreundliche Linie und machte es damit den einzelnen Mitgliedstaaten zunehmend schwerer, ihre nationalen Interessen – insbesondere durch die Anwendung inländischer Vorschriften – gegenüber zuziehenden EU-ausländischen Gesellschaft durchzusetzen.

Damit werden nachfolgend unter (1) der Sachverhalt, unter (2) die betroffenen Rechtsfragen und unter (3) die Bedeutung der Entscheidung Inspire Art für das internationale Gesellschaftsrecht erörtert.

(1) Sachverhalt

Die Gesellschaft Inspire Art Ltd. wurde am 28.7.2000 als Gesellschaft englischen Rechts mit Sitz in Folkestone (Vereinigtes Königreich) gegründet. Ihr einziger Gesellschafter war in den Niederlanden wohnhaft.

⁵³⁷ EuGH, Urt. v. 5.11.2002, Rs. C-208/00 (Überseering BV).

⁵³⁸ EuGH, Urt. v. 30.9.2003 – Rs. C – 167/01 Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/Inspire Art Ltd.

⁵³⁹ Vgl. hierzu m.w.N.: Zöllner GmbHR 2006, 1 ff; Wilhelmi GmbHR 2006, 13 ff; Fröhlich/Strasser ZIP 2006, 1182 ff; Strasser/Fröhlich Stbg 2006, 301 ff; Goette DStR 2005, 197 ff; Alber DB 2003, 377 ff; Horn NJW 2004, 893 ff; Zimmer NJW 2003, 3585 ff; Bayer BB 2003, 2357 ff; Ziemons ZIP 2003, 1913 ff; Ries AnwBl 2005, 53 ff; Reck StuB 2004, 989 ff; von Bernstorff RIW 2004, 498 ff; Forst EStB 2005, 113 ff; Eidenmüller JZ 2004, 24 ff; Roth NZG 2003, 1081 ff; Kindler NZG 2003, 1086 ff; Hirsch/Britain NZG 2003, 1100 ff; Ulmer NJW 2004, 1201 ff; Maul/Schmidt BB 2003, 2297 ff; Probst/Kleinert MDR 2003, 1265 ff; Kieninger ZEuP 2004, 685 ff; Triebel BB 2003, 2409 ff; Veit/Wichert AG 2004, 14 ff; Weller IPRax 2003, 207 ff; Spindler RIW 2003, 850 ff; Spindler/Berner RIW 2003, 949 ff; Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff; Behrens IPRax 2003, 193 ff; Behrens IPRax 2004, 20 ff; Binge/Thölke DNotZ 2004, 21 ff; Kanzleiter DNotZ 2003, 885 ff; Geyrhalter/Gänßler EWiR 2003, 569 f; Hirte EWS 2003, 521 f; Bitter WM 2004, 2190 ff; Fischer ZIP 2004, 1477 ff; Drygala ZEuP 2004, 337 ff; Drygala EWiR 2003, 1029 f; Sandrock BB 2003, 2588 f; Sandrock BB 2004, 897 ff; Sandrock AG 2004, 57 ff; Merkt RIW 2004, 1 ff; Altmeppen/Wilhelm DB 2004, 1083 ff; Altmeppen NJW 2004, 97 ff.

Knapp einen Monat nach ihrer Gründung nahm die Gesellschaft Inspire Art über eine Zweigniederlassung ihre geschäftliche Tätigkeit in den Niederlanden auf, wobei sie außerhalb der Niederlande, insbesondere in England, keine geschäftlichen Aktivitäten entfaltete.

Die Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister von Amsterdam erfolgte ohne den für formal ausländische Gesellschaft i.S.d. Art. 1 WFBV (Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen) erforderlichen Zusatz. Da jedoch die Handelskammer diesen Vermerk für erforderlich erachtete, beantragte sie beim Kantongericht Amsterdam die Eintragung gemäß den Vorgaben des WFBV zu vervollständigen. Hiergegen wendete sich die Gesellschaft Inspire Art, da sie nach ihrer Ansicht nicht die Voraussetzungen des Art. 1 WFBV erfülle und folglich des Attributs „formal ausländische Gesellschaft“ nicht bedürfe. Sollte das Kantongericht anderer Ansicht sein, würde sie sich hilfsweise auf die Gemeinschaftswidrigkeit des WFBV berufen.

Daraufhin stellte das Kantongericht in seinem Beschluss vom 5.2.2001 die Eigenschaft der Inspire Art als Gesellschaft i.S.d. Art. 1 WFBV fest. Hinsichtlich der Vereinbarkeit der Vorschriften des WFBV mit dem Gemeinschaftsrecht setzte es das Verfahren aus und legte gem. Art. 234 EG dem EuGH folgende Fragen zur Entscheidung vor:

1. Sind die Art. 43 EG und 48 EG so auszulegen, dass sie den Niederlanden untersagen, aufgrund der Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen vom 17.12.1997 zusätzliche Vorschriften wie die Art. 2 bis 5 dieses Gesetzes für die Errichtung einer niederländischen Zweigniederlassung einer Gesellschaft zu erlassen, die in der alleinigen Absicht im Vereinigten Königreich errichtet worden ist, bestimmte Vorteile zu erlangen, die sich im Verhältnis zu einer Unternehmung ergeben, die nach niederländischem Recht errichtet worden ist, das für die Errichtung und die Volleinzahlung strengere Bestimmungen enthält als das Recht des Vereinigten Königreichs, wobei das niederländische Gesetz die genannte Absicht aus der Tatsache herleitet, dass die Gesellschaft ihre Tätigkeit vollständig oder nahezu vollständig in den Niederlanden ausübt und daneben keine tatsächliche Bindung an den Staat hat, in dem das Recht gilt, nach dem sie errichtet worden ist?
2. Muss, wenn die Auslegung dieser Artikel ergibt, dass die Regelung in der Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen mit ihnen unvereinbar ist, Art. 46 EG in der Weise ausgelegt werden, dass die Art. 43 EG und 48 EG die Anwendbarkeit der niederländischen Regelung in der Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen nicht beeinträchtigen, weil diese Regelung Vorschriften enthält, die aus den vom niederländischen Gesetzgeber genannten Gründen gerechtfertigt sind?

Dabei ist zu berücksichtigen, dass in den Art. 2 bis 5 des WFBV nicht nur die Eintragung des Zusatzes „formal ausländische Gesellschaft“ vorgesehen war, sondern auch weitere Verpflichtungen für eine ausländische Gesellschaft enthalten waren. Insbesondere musste auf Grund der vorgenannten Normen die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, die Angabe der Eigenschaft als formal ausländische Gesellschaft auf Schriftstücken und die Erstellung, Gestaltung und Offenlegung von Jahresabschlüssen und Jahresberichten erfolgen. Ferner wurden hierin bestimmte Anforderungen an das Mindestkapital der Gesellschaft aufgestellt und für den Fall der Nichtbeachtung der vorgenannten Bestimmungen Sanktionen in Form der Geschäftsführerhaftung vorgesehen. Infolgedessen erlangte die Vorlagefrage über den ursprünglichen Streit hinaus insbesondere für die Mindestkapitalanforderungen und die Haftungsfragen entscheidende Bedeutung.

Der Gerichtshof hat auf die vorgelegten Rechtsfragen folgendermaßen geantwortet:

1. Art. 2 der Elften Richtlinie 89/666/EWG des Rates vom 21.12.1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen, steht einer Regelung eines Mitgliedstaates wie der Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen vom 17.12.1997 entgegen, die Zweigniederlassungen einer nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft Offenlegungspflichten auferlegt, die nicht in dieser Richtlinie vorgesehen sind.
2. Die Art. 43 EG und 48 EG stehen einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen entgegen, die die Ausübung der Freiheit zur Errichtung einer Zweigniederlassung in diesem Staat durch eine nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründete Gesellschaft von bestimmten Voraussetzungen abhängig macht, die im innerstaatlichen Recht für die Gründung von Gesellschaften bezüglich des Mindestkapitals und der Haftung der Geschäftsführer vorgesehen sind. Die Gründe, aus denen die Gesellschaft in dem anderen Mitgliedstaat errichtet wurde, sowie der Umstand, dass sie ihre Tätigkeit ausschließlich oder nahezu ausschließlich im Mitgliedstaat der Niederlassung ausübt, nehmen ihr nicht das Recht, sich auf die durch den EG-Vertrag garantierte Niederlassungsfreiheit zu berufen, es sei denn, im konkreten Fall wird ein Missbrauch nachgewiesen.

(2) Betroffene Rechtsfrage

In der Entscheidung Inspire Art musste sich der EuGH, ausgelöst durch den Streit zwischen der Gesellschaft Inspire Art und der niederländischen Handelskammer um die Eintragung des Zusatzes „formal ausländische Gesellschaft“ in das niederländische Handelsregister, sowohl mit der Niederlassungsfreiheit als auch mit der Reichweite der 11. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (Zweigniederlassungsrichtlinie) auseinandersetzen.

Dabei war eine Überprüfung des niederländischen WFBV anhand der 11. Richtlinie zwingend, da einer in den Niederlanden niedergelassenen ausländischen Gesellschaft über das WFBV Offenlegungspflichten auferlegt wurden, die über die Vorgaben der Zweigniederlassungsrichtlinie hinausgingen. Dementsprechend musste der EuGH die Frage klären, ob die Zweigniederlassungsrichtlinie Mindeststandards enthalte oder als abschließend zu betrachten sei, da erst dadurch die Europarechtskonformität der entsprechenden Regelungen des WFBV beurteilt werden konnte.

Ferner hat das Kantongericht weitere Normen des WFBV, welche die Errichtung einer Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft in den Niederlanden betroffen haben, im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens zur Entscheidung gestellt. Damit hatte der Gerichtshof die Möglichkeit, zur Europarechtskonformität der auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft anzuwendenden Mindestkapital- und Haftungsvorschriften Stellung zu nehmen.

(3) Auswirkung auf das internationale Gesellschaftsrecht

Nachdem der EuGH in der Entscheidung Inspire Art seine – bereits in den vorangegangenen Urteilen Centros und Überseering eingeschlagene – niederlassungsfreundliche Grundhaltung beibehalten hat, haben sich – wie nachfolgend unter a) zu erörtern – nur noch wenige Vertreter in der deutschen Literatur für eine Beibehaltung der Sitztheorie ausgesprochen, wohingegen – wie unter b) zu besprechen – die Mehrzahl für einen Übergang auf die Gründungstheorie bzw. eine niederlassungsfreundliche Theorie eingetreten ist.

a) Fortgeltung der Sitztheorie

Dabei haben sich insbesondere⁵⁴⁰ Altmeppen⁵⁴¹ und Kindler⁵⁴² für die fortbestehende Möglichkeit der Anwendung der Sitztheorie in Deutschland ausgesprochen.

Hierfür werden anschließend unter (a) die von Kindler und Altmeppen angeführten Argumente vorgestellt und diese unter (b) einer eigenen Stellungnahme unterzogen.

(a) Beibehaltung der Sitztheorie

Nach Altmeppen⁵⁴³ und Kindler⁵⁴⁴ ist – auch im Anschluss an die Entscheidung Inspire Art – noch die Anknüpfung an den effektiven Verwaltungssitz zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts möglich, selbst wenn es sich bei der betreffenden im Inland ansässigen Kapitalgesellschaft um eine solche aus einem anderen Mitgliedstaat handelt⁵⁴⁵.

aa) Fehlende Entscheidungskompetenz

Dies ergibt sich nach Kindler⁵⁴⁶ und Altmeppen⁵⁴⁷ bereits daraus, dass den Urteilen Centros, Überseering und Inspire Art keine Feststellung hinsichtlich der anzuwendenden gesellschaftsrechtlichen Theorie zu entnehmen ist, da dem Gerichtshof hierfür die Entscheidungskompetenz fehle⁵⁴⁸.

Allerdings räumen Kindler⁵⁴⁹ und Altmeppen⁵⁵⁰ ein, dass die geltende kollisionsrechtliche Theorie, die Teil des inländischen Rechts sei, nicht gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen dürfe. Dementsprechend müssten bei der Anwendung der Sitztheorie etliche Besonderheiten beachtet werden.

Danach müsse auf Grund der Niederlassungsfreiheit und als Konsequenz aus der Entscheidung Inspire Art jeder Mitgliedstaat Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten den Zuzug in das eigene Hoheitsgebiet gestatten, ohne hierbei die inländischen Gründungsvoraussetzungen

⁵⁴⁰ Auch Hirte geht in EWS 2003, 521 ff davon aus, dass nach Inspire Art die Sitztheorie weiterhin fort gilt, bezeichnet dies aber als misslich. Lediglich einzelne Elemente würden auf Grund der EuGH-Rechtsprechung durch die Gründungsvorschriften überlagert. Dennoch nimmt Hirte zum Missbrauch und zur Anwendbarkeit nationaler Sonderregelungen Stellung. Nach seiner Ansicht liegt ein Missbrauch u.a. vor, wenn eine Person, der die Vertretung einer Kapitalgesellschaft, z.B. auf Grund des § 6 GmbHG untersagt ist, dieses Verbot durch die Nutzung einer im Inland ansässigen Auslandsgesellschaft umgeht. Ebenfalls als missbräuchlich wertete Hirte die Kombination des attraktiveren englischen Gründungsrechts mit dem deutschen Insolvenzrecht, dem eine Vorschrift für das wrongful trading fehle. Als weitere Schutzmöglichkeit empfiehlt Hirte, die Möglichkeiten der 11. Richtlinie auszuschöpfen.

⁵⁴¹ Altmeppen NJW 2004, 97 ff.

⁵⁴² Kindler NZG 2003, 1086 ff.

⁵⁴³ Altmeppen NJW 2004, 97 ff.

⁵⁴⁴ Kindler NZG 2003, 1086 ff.

⁵⁴⁵ Altmeppen NJW 2004, 97 ff; Altmeppen DB 2004, 1083 ff: Altmeppen geht davon aus, dass die Sitztheorie im Sinne eines allgemeinen Leitgedankens zu verstehen ist. Danach müsse entweder inländisches oder ausländisches Recht gelten, je nach dem wie dies durch die Natur der Sache gerechtfertigt sei. Das heißt kollisionsrechtlich sei an den Sitz eines Rechtsverhältnisses bzw. einer Streitigkeit anzuknüpfen. Altmeppen betont, dass eine derartige Sichtweise nichts mehr mit der früheren Sitztheorie als „Nichtanerkennungstheorie“, die bestimmte Handlungssubjekte gezeugnet habe, zu tun habe. Bei der Gründung einer juristischen Person seien der Sitz dieses Rechtsverhältnisses im Gründungsland und damit das Gründungsrecht maßgeblich, wohingegen bei einer ausschließlichen geschäftlichen Aktivität im Zuzugsstaat der Sitz des Rechtsverhältnisses zu den Gläubigern in diesem liege, so dass inländisches Recht eingreife. Ein einheitliches Gesellschaftsrecht sei bei einer Divergenz von Satzungs- und Verwaltungssitz nicht möglich.

⁵⁴⁶ Kindler NZG 2003, 1086 ff.

⁵⁴⁷ Altmeppen NJW 2004, 97 ff.

⁵⁴⁸ Altmeppen NJW 2004, 97 ff; Kindler NZG 2003, 1086 ff.

⁵⁴⁹ Kindler NZG 2003, 1086 ff.

⁵⁵⁰ Altmeppen NJW 2004, 97 ff.

durchzusetzen. Ferner dürften an die Nichterfüllung der inländischen Gründungsvorschriften keine Sanktionen, wie z.B. die persönliche Haftung, anknüpfen. Des Weiteren müsse auch die Gesellschaftsverfassung, das Erlöschen und die Umwandlung der Gesellschaft nach dem Gründungsrecht beurteilt werden⁵⁵¹.

Dahingegen seien alle weiteren Fragen wegen der Fortgeltung der Sitztheorie nach dem inländischen Recht zu entscheiden⁵⁵².

bb) Rn. 93, 97 der Urteilsbegründung zu Inspire Art

Des Weiteren hat Kindler⁵⁵³ für die Fortgeltung der Sitztheorie auf die durch den Gerichtshof unter den Rn. 97 und 93 der Urteilsbegründung getätigten Ausführungen verwiesen.

Der EuGH habe nämlich unter Rn. 97 der Urteilsbegründung zu Inspire Art auf die unterschiedlichen Anknüpfungsmomente des Art. 48 I EG hingewiesen und dadurch die Achtung des innerstaatlichen Kollisionsrechts zum Ausdruck gebracht. Infolgedessen könne auch die Sitztheorie weiterhin zur Anwendung gelangen⁵⁵⁴.

Darüber hinaus hat Kindler darauf hingewiesen, dass der EuGH die ihm in der Entscheidung Inspire Art gebotene Möglichkeit, der Sitztheorie eine Absage zu erteilen, nicht genutzt habe, so dass sich auch deshalb keine Bedenken gegen die Anwendbarkeit der Sitztheorie ergäben. Die Gesellschaft Inspire Art habe nämlich unter Rn. 93 zur Begründung ihrer Ansicht – Europarechtswidrigkeit des WFBV – auf die fehlende kollisionsrechtliche Bedeutung des WFBV hingewiesen. Damit habe die Gesellschaft ihrer Befürchtung Ausdruck verliehen, dass für den Fall der Einordnung des WFBV als Kollisionsnorm deren EG-rechtliche Unbedenklichkeit feststehe. Da eine formal ausländische Gesellschaften i.S.d. WFBV regelmäßig ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in den Niederlanden habe, führe die im WFBV festgeschriebene Kollisionsregel („Tätigkeit in den Niederlanden“) in einer Vielzahl von Fällen zu dem gleichen Ergebnis wie die Verwaltungssitzanknüpfung bei der Sitztheorie. Hätte demnach der EuGH die Verwaltungssitzanknüpfung im WFBV für europarechtswidrig erklärt, wäre auch die Sitztheorie betroffen gewesen. Da der Gerichtshof jedoch diese Vorgabe nicht aufgegriffen habe, sei das Kollisionsrecht – und damit die Sitztheorie – von der Entscheidung Inspire Art unberührt geblieben⁵⁵⁵.

cc) Praktische Schwierigkeiten der Gründungstheorie

Ferner hat Altmeppen⁵⁵⁶ gegen die Geltung der Gründungstheorie und der damit verbundenen umfassenden Anwendung des Gründungsrechts erhebliche praktische Schwierigkeiten und die oftmalige Inkompatibilität der unterschiedlichen Rechtsordnungen angeführt.

Insofern sei zunächst zu berücksichtigen, dass bei dem Eingreifen der Gründungstheorie die mit dem Wirtschaftsrecht befassten Richter und Rechtsanwälte im Grunde das Gesellschaftsrecht sämtlicher Mitgliedstaaten beherrschen müssten. Dies sei jedoch rein praktisch kaum möglich⁵⁵⁷.

⁵⁵¹ Altmeppen NJW 2004, 97 ff; Kindler NZG 2003, 1086 ff.

⁵⁵² Insbesondere hat Altmeppen in NJW 2004, 97 ff sehr detailliert ausgeführt, wie sich bei einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft die Anwendung der Insolvenzverschleppungshaftung, der Existenzvernichtungshaftung, der Kapitalerhaltungshaftung und der Kapitalersatzregeln begründen lasse. Allerdings ist für die Geltung der vorgenannten Rechtsfiguren nicht zwingend die Anwendbarkeit der Sitztheorie erforderlich, sondern bei entsprechender Begründung ist ihre Geltung auch bei einem Übergang auf die Gründungstheorie möglich.

⁵⁵³ Kindler NZG 2003, 1086 ff.

⁵⁵⁴ Kindler NZG 2003, 1086 ff.

⁵⁵⁵ Kindler NZG 2003, 1086 ff.

⁵⁵⁶ Altmeppen NJW 2004, 97 ff.

⁵⁵⁷ Altmeppen NJW 2004, 97 ff.

Des Weiteren führe die teilweise unterschiedliche Ausgestaltung der Gesellschaftsrechtsordnungen der Mitgliedstaaten dazu, dass eine Transformation der Normen von einem Staat in einen anderen nicht immer sinnvoll möglich sei. Dies könne anhand des englischen Rechts belegt werden: Die englische Gesellschaftsrechtsordnung sei in einen privat- und einen öffentlich rechtlichen Bereich zweigeteilt, wohingegen dem deutschen Recht eine solche Aufteilung fremd sei. Infolgedessen könne das englische Recht im Inland nicht vollständig und damit auch nicht sinnvoll zur Anwendung gebracht werden⁵⁵⁸.

(b) Eigene Stellungnahme

Allerdings kann den vorangegangenen Ausführungen zur Fortgeltung der Sitztheorie in Deutschland nicht zugestimmt werden.

aa) Fehlende Entscheidungskompetenz

Es ist zwar richtig, dass dem EuGH die Entscheidungskompetenz für einen unmittelbaren Eingriff in das internationale Gesellschaftsrecht der jeweiligen Mitgliedstaaten fehlt, da sich seine Befugnisse auf die Auslegung des Europarechts beschränken. Allerdings trifft der Gerichtshof über die Interpretation des EG-Vertrages Aussagen über die Vereinbarkeit des Ergebnisses nationaler Rechtsanwendung mit dem Europarecht. Damit kann der EuGH, da der nationale Gesetzgeber dafür Sorge tragen muss, dass aus der Anwendung der nationalen Gesetze keine europarechtswidrigen Ergebnisse folgen, mittelbar auf die nationale Rechtsordnung Einfluss nehmen.

Diesbezüglich ist insbesondere auf den jeweiligen Leitsatz 2 der Entscheidungen *Überseering* und *Inspire Art* zu verwiesen. Auf Grund der Entscheidung *Überseering* ist die Rechts- und Parteifähigkeit einer zuziehenden Gesellschaft nach ihrem Gründungsrecht zu achten und infolge der Entscheidung *Inspire Art* dürfen bei einer zuziehenden EU-Auslandsgesellschaft nicht die innerstaatlichen Gründungsvorschriften bezüglich des Mindestkapitals und der Haftung der Geschäftsführer zur Anwendung gelangen.

Nun ist zwar die Umsetzung dieser Vorgaben Sache des nationalen Gesetzgebers, der auch grundsätzlich die Sitztheorie beibehalten und deren Folgen derart modifizieren kann, dass hierüber ein europarechtskonformes Ergebnis zu erreichen ist. Jedoch wären hierzu so viele Abweichungen von der ursprünglichen Theorie erforderlich, dass diese ihren originären Charakter vollständig verlieren würde und ihre Fortgeltung keinen Vorteil bringt (siehe hierzu ausführlich in dem Kapitel über die international privatrechtlichen Theorien, zur Sitztheorie IV 3) (1)). Dahingegen kann die Gründungstheorie die europarechtlich notwendigen Ergebnisse wesentlich besser umsetzen, weshalb ihr der Vorzug einzuräumen ist. Allerdings ist es richtig, dass die Anwendung einer niederlassungsfreundlichen international gesellschaftsrechtlichen Theorie zur Entstehung von Schutzlücken im Zuzugsstaat führen kann, weshalb künftig verstärkt das Augenmerk auf einen Ausgleich zwischen den zwingenden nationalen Interessen und der Niederlassungsfreiheit gerichtet werden muss (hierzu ausführlich im folgenden Kapitel VII).

bb) Praktische Schwierigkeiten der Gründungstheorie

Des Weiteren ist der Argumentation Altmeppens⁵⁵⁹, der die Gründungstheorie auf Grund praktischer Schwierigkeiten und der teilweisen Inkompatibilität der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen ablehnt, nicht zu folgen.

⁵⁵⁸ Altmeppen NJW 2004, 97 ff.

⁵⁵⁹ Altmeppen NJW 2004, 97 ff.

Gerade das Eingreifen der Sitztheorie würde erhebliche Probleme mit sich bringen, da – wie bereits oben angeführt – derart viele Ausnahmen von der Geltung des inländischen Rechts erforderlich wären, dass als Konsequenz kaum noch von einer klaren und nachvollziehbaren Theorie gesprochen werden könnte.

Darüber hinaus wird sich auch unter der Geltung der Gründungstheorie nicht die Notwendigkeit ergeben, das Gesellschaftsrecht sämtlicher Mitgliedstaaten zu beherrschen. Denn es werden sich nur wenige Gesellschaftstypen herauskristallisieren, die sich für den Import eignen. Dies ergibt sich insbesondere auf Grund der bestehenden Sprachprobleme und lässt sich anhand der weit überwiegenden Zahl englischer Gesellschaftstypen in Deutschland belegen.

Ferner ist zwar der Feststellung Altmepens bezüglich der teilweisen Inkompatibilität der Rechtsordnungen zuzustimmen, jedoch kann diese Schwierigkeit nicht durch die Beibehaltung der Sitztheorie behoben werden. Denn die Sitztheorie könnte wegen der neueren Entscheidungen des EuGH auch nicht mehr vollständig die Anwendung des inländischen Rechts sicherstellen, so dass diese ebenfalls das Nebeneinander unterschiedlicher Rechtsordnungen zulassen müsste und damit die von Altmepen beschriebenen Probleme keinesfalls geringer wären.

Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Geltung der Gründungstheorie die klarere Lösung bieten kann, da hierüber die sich niederlassende ausländische Gesellschaft grundsätzlich nach ihrem Heimatrecht zu behandeln ist. Selbstverständlich ergeben sich infolge der Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtsordnungen und als Konsequenz der Fortentwicklung der Niederlassungsfreiheit Probleme und auch Schutzlücken. Jedoch ist es die Aufgabe der Mitgliedstaaten, die sich auf dem Weg zur Verwirklichung eines gemeinsamen Marktes ergebenden Schwierigkeiten einer zeitgemäßen Lösung zuzuführen und damit die Europäisierung voranzutreiben.

cc) Rn. 93, 97 der Entscheidungsbegründung zu Inspire Art

Zusätzlich kann auch der Verweis Kindlers⁵⁶⁰ auf die Ausführungen des Gerichtshofs unter den Rn. 93 und Rn. 97 der Entscheidung Inspire Art nicht als durchschlagendes Argument für die Beibehaltung der Sitztheorie gewertet werden.

Selbst wenn der EuGH unter Rn. 97 durch einen Verweis auf Art. 48 EG die Achtung der unterschiedlichen Anknüpfungsmomente in den Mitgliedstaaten zum Ausdruck gebracht haben sollte und die sich unter Rn. 93 dargestellte Möglichkeit zur Ablehnung der Sitztheorie nicht genutzt hat, ändert das nichts an der Tatsache, dass er insbesondere in seinen Entscheidungen Centros, Überseering und Inspire Art klare Vorgaben hinsichtlich der europarechtlichen Vereinbarkeit der Ergebnisse nationaler Rechtsanwendung getätigt hat. Da diese allesamt sehr niederlassungsfreundlich ausgestaltet sind, ist deren Erreichung wesentlich sinnvoller über die Anwendung der Gründungstheorie möglich.

dd) Ergebnis

Damit ist abschließend festzustellen, dass spätestens seit der Entscheidung Inspire Art ein Festhalten an der Sitztheorie grundlegend abzulehnen ist. Ein solches Vorgehen bringt auf Grund der Notwendigkeit zahlreicher Ausnahmen keinen Vorteil, sondern verkompliziert die international gesellschaftsrechtliche Lage. Zwar kann das Spannungsverhältnis zwischen der Gewährung der Niederlassungsfreiheit und der Sicherung der inländischen Schutzinteressen zu erheblichen Problemen führen, doch müssen für die Lösung dieser Schwierigkeiten neue

⁵⁶⁰ Kindler NZG 2003, 1086 ff.

niederlassungsfreundliche Wege erarbeitet werden. Hierauf wird anschließend unter Kapitel VII ausführlich eingegangen.

b) Übergang auf eine niederlassungsfreundliche international gesellschaftsrechtliche Theorie

Nachdem im vorangegangenen Abschnitt die Argumente für eine Beibehaltung der Sitztheorie angeführt wurden, wird im Folgenden eine Auseinandersetzung mit den für einen Übergang auf ein niederlassungsfreundliches Kollisionsrecht vorgetragenen Gründen erfolgen⁵⁶¹.

Hierzu wird zunächst unter (a) auf die Beurteilung der international gesellschaftsrechtlichen Lage eingegangen und unter (b) werden die mit dem Übergang auf die Gründungstheorie verbundenen Probleme erörtert.

(a) Anzuwendende international gesellschaftsrechtliche Theorie

Vorab lässt sich feststellen, dass seit der Entscheidung Inspire Art innerhalb der deutschen Literatur weitgehend Einigkeit darüber herrscht, dass eine zuziehende EU-Auslandsgesellschaft nach dem Gesellschaftsrecht ihres Gründungsstaats zu behandeln ist und demzufolge ein Übergang auf die Gründungstheorie bzw. eine niederlassungsfreundliche Theorie erfolgen muss⁵⁶².

Damit werden nachfolgend unter aa) die Argumente für einen Übergang auf die Gründungstheorie vorgestellt und diese unter bb) einer eigenen Stellungnahme unterzogen.

aa) Übergang auf die Gründungstheorie

(aa) Umfassende Geltung des Gründungsrechts

Dabei haben u.a. Bayer⁵⁶³, Zimmer⁵⁶⁴, Spindler/Berner⁵⁶⁵ und Behrens⁵⁶⁶ für einen Übergang auf die Gründungstheorie angeführt, dass der EuGH in der Entscheidung Inspire Art – insbesondere durch seine Beurteilung der Europarechtsverträglichkeit des WFBV – der Beschränkung von Zugangsmöglichkeiten einer in der EG wirksam errichteten Gesellschaft umfassend eine Absage erteilt habe.

Infolge der Entscheidung Inspire Art sei eine zuziehende Gesellschaft nicht mehr nur im Hinblick auf ihre Rechts- und Parteifähigkeit (Überseering), sondern grundsätzlich hinsichtlich ihres gesamten Gesellschaftsstatuts nach dem Recht ihres Gründungsstaates zu achten⁵⁶⁷. Hierfür könne vor allem auf die Ausführungen des EuGH unter dem Leitsatz 2 und unter den Rn. 95 ff und Rn. 131 ff der Entscheidung Inspire Art verwiesen werden. Danach liege bereits dann eine

⁵⁶¹ Vgl. hierzu m.w.N. Maul/Schmidt BB 2003, 2297 ff; Probst/Kleinert MDR 2003, 1265 ff; Geyrhalter/Gänßler EWiR 2003, 569 f; Schall ZIP 2005, 956 ff; Dierksmeier BB 2005, 1516 ff.

⁵⁶² Vgl. hierzu m.w.N. BGHZ 154, 154, 185, 190; Kindler in MüKo/IntGesR2006, Rn. 125; Zimmer NJW 2003, 3585 ff; Bayer BB 2003, 2357 ff; Ebke BB 2005, Heft 23, Die Erste Seite; Horn NJW 2004, 893 ff; Eidenmüller JZ 2004, 24 ff; Ulmer NJW 2004, 1201 ff; Kieninger ZEuP 2004, 685 ff; Riegger ZGR 2004, 510 ff; Weller IPRax 2003, 207 ff; Ziemons ZIP 2003, 1913 ff; Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff; Spindler/Berner RIW 2003, 949 ff; Spindler RIW 2003, 850 ff; Behrens IPRax 2004, 20 ff; Leible/Hoffmann EuZW 2003, 677 ff; Kiethe RIW 2005, 649 ff; Lieder DZWIR 2005, 399 ff; Rönnau ZGR 2005, 832 ff; Walterscheid DZWIR 2006, 95 ff; Zerres DZWIR 2006, 357 ff; Schmidt RIW 2005, 827 ff; Teichmann NJW 2006, 2444 ff; Leuring ZRP 2006, 201 ff; Drouven/Mödl NZG 2007, 7 ff; Hofmeister WM 2007, 868 ff.

⁵⁶³ Bayer BB 2003, 2357 ff.

⁵⁶⁴ Zimmer NJW 2003, 3585 ff.

⁵⁶⁵ Spindler/Berner RIW 2003, 949 ff.

⁵⁶⁶ Behrens IPRax 2004, 20 ff.

⁵⁶⁷ Vgl. hierzu m.w.N. Zimmer NJW 2003, 3585 ff; Spindler/Berner RIW 2003, 949 ff; Behrens IPRax 2004, 20 ff.

nicht zu rechtfertigende Beschränkung der Art. 43, 48 EG vor, wenn ein Zuzugsstaat auf eine zuziehende EU-Auslandsgesellschaft eigene Sonderregeln betreffend das Gesellschaftskapital und die Geschäftsführerschaft anwende. Dementsprechend sei – insbesondere bei einer Zusammenschau mit den Aussagen des EuGH in den Urteilen Centros und Überseering (s.o. unter 2) und 3)) – jedenfalls in Fällen des Zuzugs von Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten ein Umstieg auf die Gründungstheorie unumgänglich⁵⁶⁸.

(bb) Behandlung als inländische Personengesellschaft

Dementsprechend könne die seit der Entscheidung Überseering andauernde Diskussion, ob nicht bereits die Umqualifizierung der zuziehenden EU-Auslandsgesellschaft in eine inländische Personengesellschaft den Vorgaben des Gerichtshofs genüge, als abschließend geklärt angesehen werden. Infolge der Entscheidung Inspire Art müsse auf die zuziehende Gesellschaft grundsätzlich das Gründungsrecht angewendet werden, so dass die Behandlung als inländische Personengesellschaft europarechtswidrig wäre⁵⁶⁹.

bb) Stellungnahme

Nachdem die Argumente für einen Übergang auf die Gründungstheorie dargestellt wurden, werden diese einer abschließenden Stellungnahme unterzogen. Hierbei kann bereits vorab festgestellt werden, dass einem Übergang auf die Gründungstheorie eindeutig zuzustimmen ist.

(aa) Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für das internationale Gesellschaftsrecht

Allerdings ist diesbetreffend darauf hinzuweisen, dass keiner der vorgenannten EuGH Entscheidungen eine unmittelbare Verpflichtung zur Anwendung einer bestimmten gesellschaftsrechtlichen Theorie zu entnehmen ist. Hierfür fehlt dem Gerichtshof bereits die Entscheidungskompetenz, da er zwar gem. Art. 234 EG die Normen des EG-Vertrags auslegen darf, nicht aber direkt in das nationale Recht eingreifen kann. Ferner wurde auch in keiner der oben angeführten Urteile das internationale Gesellschaftsrecht zur Entscheidung vorgelegt.

Jedoch ist nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen, dass der Rückschluss nahe liegt, der Gerichtshof habe auf Grund seiner Urteilsformulierungen – insbesondere des Leitsatzes 2 der Entscheidung Überseering, in dem der EuGH die Achtung der Rechts- und Parteifähigkeit der zuziehenden Gesellschaft nach dem Recht des Gründungsstaats fordert – direkt auf das internationale Gesellschaftsrecht Einfluss nehmen wollen.

Allerdings besteht kein zwingender Anlass davon auszugehen, dass der Gerichtshof seine Entscheidungskompetenz überschritten hat. Denn der EuGH spricht in seinen Urteilen das internationale Gesellschaftsrecht nicht direkt an, sondern macht lediglich Angaben bezüglich der europarechtlichen Vereinbarkeit bestimmter Ergebnisse nationaler Rechtsanwendung (z.B. Rechts- und Parteifähigkeit, Haftung, Mindestkapital). Hieraus lässt sich zwar mittelbar die Vereinbarkeit bestimmter international gesellschaftsrechtlicher Theorien mit dem Europarecht ableiten, aber ohne dass der Gerichtshof hierfür direkt die Anwendung einer bestimmten Theorie gefordert hätte.

(bb) Rückschlüsse aus der EuGH-Rechtsprechung

Diesbezüglich entfalten insbesondere die Entscheidungen Überseering und Inspire Art besondere Aussagekraft für das internationale Gesellschaftsrecht. Denn in der Entscheidung Überseering ist der EuGH bei der Auslegung des EG-Vertrags zu dem Schluss gelangt, dass einer sich auf die Niederlassungsfreiheit berufenden Gesellschaft im Zuzugsland nicht die Rechts- und

⁵⁶⁸ Bayer BB 2003, 2357 ff; Zimmer NJW 2003, 3585 ff; Spindler/Berner RIW 2003, 949 ff; Behrens IPRax 2004, 20 ff.

⁵⁶⁹ Zimmer NJW 2003, 3585 ff; Bayer BB 2003, 2357 ff; Horn NJW 2004, 893 ff; Ziemons ZIP 2003, 1913 ff.

Parteifähigkeit versagt werden dürfe, sondern diese nach Maßgabe des Gründungsrechts zu achten sei. Ferner dürfe – nach den Feststellungen des Gerichtshofs in der Entscheidung Inspire Art – die Ausübung der Niederlassungsfreiheit einer zuziehenden Gesellschaft nicht von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht werden, die im innerstaatlichen Recht für die Gründung von Gesellschaften bezüglich des Mindestkapitals und der Haftung der Geschäftsführer vorgesehen sind.

Insofern liegt jedoch die Umsetzung der durch den Gerichtshof getätigten Vorgaben im Aufgabenbereich der Mitgliedstaaten. Dementsprechend können diese hierfür grundsätzlich frei zwischen den einzelnen international gesellschaftsrechtlichen Theorien wählen. Jedoch wird die Anwendung der Sitztheorie kaum zu einem vernünftigen Ergebnis führen. Zu viele Bereiche, welche die Sitztheorie dem nationalen Recht unterstellt (Gründungsvoraussetzungen, Haftung, Kapitalschutz), müssten nun dem Gründungsrecht zugeordnet werden. Die Sitztheorie müsste so viele Ausnahmen zulassen, dass von ihr nahezu nichts mehr übrig bliebe und sie im Grunde sinnentleert wäre. Damit kann ihre Geltung keinesfalls zur Rechtssicherheit im Inland beitragen.

Dahingegen bietet sich die Gründungstheorie zur Umsetzung der durch den EuGH aufgestellten Vorgaben an. Hierüber wird die Rechts- und Parteifähigkeit der zuziehenden Gesellschaft nach Maßgabe des Gründungsrechts geachtet (Überseering) und die Haftungsfragen und die erforderliche Kapitalausstattung der EU-Auslandsgesellschaft werden nach dem Recht des Gründungslandes beurteilt (Inspire Art). Zwar führt der – infolge der niederlassungsfreundlichen Einstellung des EuGHs erforderliche – Übergang auf die Gründungstheorie derzeit noch zu innerstaatlichen Problemen bei der Wahrung der zwingenden nationalen Schutzinteressen, jedoch darf dieser Umstand nicht dazu führen, dass sich ein Mitgliedstaat den Vorgaben des EuGH entzieht. Vielmehr müssen die auf dem Weg der Errichtung eines gemeinsamen Marktes im Zusammenhang mit der Niederlassungsfreiheit auftretenden Schwierigkeiten neuen, europarechtskonformen Lösungen zugeführt werden. Hierauf wird nachfolgend unter Kapitel VII ausführlich eingegangen.

(b) Schwierigkeiten bei der Sicherung nationaler Interessen

Wie bereits angeführt, wird ein Übergang auf die Gründungstheorie und damit die Behandlung einer zuziehenden EU-Auslandsgesellschaft/englischen Limited nach ihrem Heimatrecht zu Problemen bei der Wahrung zwingender nationaler Interessen führen. Dementsprechend werden nachfolgend die auftretenden Schwierigkeiten dargestellt und allgemeine Lösungsmöglichkeiten vorgestellt (zu den konkret anwendbaren nationalen Rechtsnormen zur Sicherstellung der nationalen Schutzanliegen nachfolgend unter Kapitel VII).

aa) Auftreten von Schutzlücken

Diesbezüglich hat u.a. Weller⁵⁷⁰ darauf hingewiesen, dass durch die Tätigkeit einer EU-Auslandsgesellschaft im Inland insbesondere im Bereich des Strafrechts, des administrativen Gläubigerschutzes und auf der Ebene des Kollisionsrechts erhebliche Schutzdefizite entstünden.

(aa) Schutzlücken im Bereich des Strafrechts

Dabei ergeben sich diese nach Weller⁵⁷¹ im Bereich des Strafrechts vor allem aus dem nulla poena sine legem Grundsatz. Da die inländischen Strafrechtsnormen teilweise rechtsformspezifisch (z.B. § 84 GmbHG) formuliert seien, müsste ihre Anwendbarkeit auf ausländische Rechtsformen ausscheiden. Gleichzeitig wäre es jedoch den deutschen

⁵⁷⁰ Weller IPRax 2003, 207 ff.

⁵⁷¹ Weller IPRax 2003, 207 ff.

Strafverfolgungsbehörden versagt, sich auf die entsprechenden ausländischen Vorschriften zu berufen. Damit entstünden erhebliche Rechtsschutzdefizite, die es zu beheben gelte.

(bb) Administrativer Gläubigerschutz

Zusätzlich können nach Ansicht Wellers⁵⁷² bei dem Bestehen administrativer Gläubigerschutzmaßnahmen im Gründungsland diese im Zuzugsland nicht zur Anwendung gelangen. Denn auf Grund des Territorialitätsprinzips seien diese Maßnahmen auf das Hoheitsgebiet des Herkunftslandes beschränkt. Gewähre beispielsweise England durch staatliche Aufsichts- und Kontrollmaßen Gläubigerschutz, so würden diese Schutzinstrumente bei einem Umzug der englischen Gesellschaft nach Deutschland nicht länger greifen und für die Gläubiger entstünde ein Schutzdefizit. Auch insofern sei Abhilfe dringend geboten.

(cc) Kollisionsrecht und Entscheidungseinklang

Des Weiteren ist nach Weller⁵⁷³ durch den Übergang auf die Gründungstheorie der Entscheidungseinklang im Kollisionsrecht gefährdet, woraus sich ein Normenmangel ergeben könne, der wiederum zum Auftreten von Schutzlücken im nationalen Recht führe.

Insofern hat Weller darauf hingewiesen, dass auf Grund des Auseinanderfallens von Satzungs- und Verwaltungssitz mehrere Anknüpfungsmomente entstünden und dementsprechend die Anwendbarkeit unterschiedlicher Rechtsordnungen auf einen einheitlichen Lebenssachverhalt möglich sei. Verwirkliche nun aber ein Land z.B. den Gläubigerschutz durch das Zusammenspiel verschiedener Bereiche der nationalen Rechtsordnung (z.B. Gesellschafts- und Insolvenzrecht), könne das Auseinanderfallen der anzuwendenden Rechtsordnungen zu einem Normenmangel und damit zu einer Gläubigergefährdung führen⁵⁷⁴.

Hierfür könne beispielhaft auf die Haftung eines directors einer englischen Limited wegen wrongful trading verwiesen werden: Habe eine Gesellschaft ihren Satzungssitz in England und verlege sie ihren Verwaltungssitz nach Deutschland, müsse die Gesellschaft auf Grund der Gründungstheorie in Deutschland nach ihrem englischen Gesellschaftsrecht behandelt werden. Übe die Gesellschaft sodann von ihrem tatsächlichen Verwaltungssitz sämtliche wirtschaftliche Aktivitäten aus, würde auf sie gem. Art. 3, 4 EuInsVO in der Regel das Insolvenzrecht des Niederlassungsstaates eingreifen. Folglich käme auf die in Deutschland niedergelassene englische Limited deutsches Insolvenz- und englisches Gesellschaftsrecht zur Anwendung. Da allerdings in England die Haftung eines directors wegen wrongful trading (§ 214 Insolvency Act 1986) dem Insolvenz- und nicht dem Gesellschaftsrecht zuzuordnen sei, würde diese Rechtsfigur auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited wohl keine Anwendung finden. Gleichzeitig sei jedoch die deutsche Insolvenzverschleppungshaftung, die ähnliche Schutzanliegen wie die Haftung wegen wrongful trading verfolge, im deutschen Gesellschaftsrecht verortet, so dass ihre Geltung infolge der Gründungstheorie jedenfalls fraglich sei. Damit könne ein Normenmangel auftreten und dementsprechend eine zu behebende Rechtsschutzlücke entstehen⁵⁷⁵.

bb) Durchbrechung des Gründungsstatuts

Des Weiteren haben u.a. Horn⁵⁷⁶ und Eidenmüller⁵⁷⁷ die Ansicht vertreten, dass sich Probleme bezüglich der Wahrung der inländischen Schutzanliegen auch aus der – spätestens seit der

⁵⁷² Weller IPRax 2003, 207 ff.

⁵⁷³ Weller IPRax 2003, 207 ff.

⁵⁷⁴ Weller IPRax 2003, 207 ff.

⁵⁷⁵ Weller IPRax 2003, 207 ff.

⁵⁷⁶ Horn NJW 2004, 893 ff.

⁵⁷⁷ Eidenmüller JZ 2004, 24 ff.

Entscheidung Inspire Art – nur noch sehr eingeschränkt möglichen Sonderanknüpfung⁵⁷⁸ an das Sitzrecht ergäben. Denn nach Horn⁵⁷⁹ und Eidenmüller⁵⁸⁰ ist die Durchsetzung inländischen Rechts grundsätzlich nur dann zulässig, wenn die Anwendung der nationalen Normen gerechtfertigt werden kann. Hieran stelle der EuGH jedoch sehr hohe Anforderungen (Vier-Kriterien-Test), weshalb sich die Sicherstellung der inländischen Schutzanliegen als schwierig erweise.

(aa) Orientierung an der Keck-und-Mithouard-Rechtsprechung

Insofern haben u.a. Eidenmüller⁵⁸¹ und Spindler/Berner⁵⁸² zur Entschärfung des oben angeführten Problems vorgeschlagen, sich bei der Rechtfertigung von Beschränkungen, die außerhalb des gesellschaftsrechtlichen Regelungsbereiches liegen, an der Keck und Mithouard Rechtsprechung des EuGH⁵⁸³ zu orientieren (s.o. unter II 4)). Im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit differenziere der Gerichtshof zwischen vertriebs- und produktbezogenen Maßnahmen und unterstelle die vertriebsbezogenen, die den Marktzugang nicht behindern, nur einem Diskriminierungs- und nicht dem strengeren Beschränkungsverbot, so dass an die Anwendbarkeit vertriebsbezogener Maßnahmen wesentlich geringere Anforderungen gestellt werden⁵⁸⁴.

Übertrage man diese Grundsätze auf die Niederlassungsfreiheit, so müssten diejenigen nationalen Vorschriften, die den Marktzugang der ausländischen Gesellschaft nicht behindern und deren Geltung diskriminierungsfrei erfolgt, nicht der strengen Rechtfertigungskontrolle durch den Vier-Kriterien-Test (siehe hierzu bereits oben unter II 4) (2)) unterworfen werden, nach dem eine Norm nur dann zur Anwendung gelangen kann, wenn sie – zusätzlich zur Diskriminierungsfreiheit – durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt und zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich ist⁵⁸⁵.

(bb) Sanktionierung der Verletzung gesellschaftsrechtlicher Verhaltenspflichten

Allerdings ist nach Eidenmüller⁵⁸⁶ ebenso wie u.a. nach Leible/Hoffmann⁵⁸⁷ die Anwendung nationaler Normen, welche gerade die Verletzung spezifisch gesellschaftsrechtlicher

⁵⁷⁸ Nach Eidenmüller JZ 2004, 24 ff muss für eine Sonderanknüpfung zum Schutz zwingender Allgemeininteressen ermittelt werden, unter welchen Voraussetzungen die Anwendung inländischer Vorschriften als geeignet und erforderlich einzustufen ist. Hierfür dürfe keine mildere Maßnahme, die gleichermaßen zum Schutz des konkreten Allgemeininteresses geeignet sei, vorhanden sein. Zusätzlich scheide eine Sonderanknüpfung aus, wenn das Gründungs- oder das Gemeinschaftsrecht dem Schutzinteresse ebenfalls Rechnung trage, auch wenn das mit anderen Mitteln oder in geringerer Intensität erfolge. Die Gemeinschaft sei ein Zusammenschluss unter gleichen, so dass alle mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen grundsätzlich als gleichwertig anzusehen seien. Im Falle eines kollisionsrechtlich begründeten Normenmangels – d.h. auf Grund des Kollisionsrechts könne das nationale Schutzinteresse weder über das Gründungs- noch über das Sitzrecht verwirklicht werden – sei der Sitzstaat jedenfalls dann zur Anwendung seiner Schutzvorschriften berechtigt, wenn die Gesellschaft auch in ihrem Heimatland mit einer vergleichbaren Belastung rechnen müsse.

⁵⁷⁹ Horn NJW 2004, 893 ff.

⁵⁸⁰ Eidenmüller JZ 2004, 24 ff.

⁵⁸¹ Eidenmüller JZ 2004, 24 ff.

⁵⁸² Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

⁵⁸³ EuGH, Ur. v. 24.11.1993 – verb. Rs. C – 267/91 und 268/91 (Keck und Mithouard), Slg. 1993, I – 6097.

⁵⁸⁴ Allerdings stehen einer zu großzügigen Übertragung der Grundsätze aus der Entscheidung Keck und Mithouard jüngere EuGH-Entscheidungen entgegen. Hierfür kann u.a. auf EuGH, Ur. v. 6.7.1995 – Rs. C-470/93, Slg. 1995, I-1923, 1941 (Mars) verwiesen werden, das die Keck-Rechtsprechung relativiert. Ferner ist auf EuGH, Ur. v. 13.5.2003 – Rs. C-463/00 (Kommission/Spanien) hinzuweisen, worin eine uneingeschränkte Übernahme auf andere Grundfreiheiten abgelehnt wird.

⁵⁸⁵ Eidenmüller JZ 2004, 24 ff.

⁵⁸⁶ Eidenmüller JZ 2004, 24 ff.

⁵⁸⁷ Leible/Hoffmann EuZW 2003, 677 ff.

Verhaltenspflichten sanktionieren, nur möglich, wenn diese die durch den EuGH aufgestellten Rechtfertigungsvoraussetzungen des Vier-Kriterien-Tests erfüllen⁵⁸⁸.

Insofern könne zwar u.a. auf Grund der Feststellungen des EuGH unter dem Rn. 92 der Entscheidungsbegründung zu Überseering der Gläubigerschutz als Bestandteil der zwingenden Allgemeininteressen gewertet werden, jedoch werde der Gläubigerschutz infolge der Entscheidung Inspire Art nur noch selten die Anwendbarkeit des inländischen Rechts rechtfertigen können⁵⁸⁹.

aaa) Informationsmodell

Denn nach der u.a. unter Rn. 135 der Entscheidungsbegründung zu Inspire Art angeführten Auffassung des Gerichtshofes lasse sich der Gläubigerschutz bei einer inländischen Auslands-Gesellschaft bereits durch die Möglichkeit zur Informationserlangung verwirklichen (Informationsmodell), die wiederum nach Behrens⁵⁹⁰ dadurch sichergestellt ist, dass der EuGH in der Entscheidung Inspire Art erneut die faktische Hauptniederlassung einer inländischen EU-Auslands-Gesellschaft als Zweigniederlassung bezeichnet habe, wodurch die 11. Richtlinie - die nur für Zweigniederlassungen gelte - auch auf diese zur Anwendung gelange. Da die 11. Richtlinie eine Gesellschaft zur Offenlegung bestimmter Informationen verpflichte, werde hierüber die Möglichkeit eines Gläubigers sichergestellt, sich über eine Gesellschaft zu unterrichten⁵⁹¹. Habe ein Gläubiger jedoch von der Auslandseigenschaft einer Gesellschaft Kenntnis, müsse er damit rechnen, dass die deutschen Vorschriften möglicherweise nicht eingreifen und er könne sich gegebenenfalls selbst schützen⁵⁹².

Folglich wird u.a. nach Eidenmüller⁵⁹³, Spindler/Berner⁵⁹⁴, Behrens⁵⁹⁵ und Leible/Hoffmann⁵⁹⁶ der Gerichtshof in der Regel die Anwendung der inländischen Schutzvorschriften zur Sicherstellung des Gläubigerschutzes an der Erforderlichkeit scheitern lassen⁵⁹⁷. Danach seien die Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht mehr dazu befugt, ihr nationales Recht über eine generalisierte Sonderanknüpfung zur Geltung zu bringen. Gerade eine derartige Überlagerung des Gründungsrechtes sei in der Entscheidung Inspire Art als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit gewertet worden, indem der EuGH die Anwendung der im WFBV enthaltenen Vorschriften betreffend die Gesellschaftsgründung und diejenigen betreffend die Sanktion bei einem Absinken des gesetzlichen Mindestkapitals während der Tätigkeit der Gesellschaft als nicht mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar eingestuft habe⁵⁹⁸.

⁵⁸⁸ Dahingegen ist nach Ulmer NJW 2004, 1201 ff der Vier-Kriterien-Test nur dann erforderlich, wenn ein Gläubigerschutzinstrument, das dem Gesellschaftsstatut zuzuordnen ist, auf eine ausländische Gesellschaft Anwendung finden soll.

⁵⁸⁹ So auch Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

⁵⁹⁰ Behrens IPRax 2004, 20 ff.

⁵⁹¹ So wohl auch Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

⁵⁹² Siehe hierzu insbesondere die Rechtsprechung zu Inspire Art und hierbei u.a. die Ausführungen unter Rn. 135 der Entscheidungsbegründung.

⁵⁹³ Eidenmüller JZ 2004, 24 ff.

⁵⁹⁴ Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

⁵⁹⁵ Behrens IPRax 2003, 193 ff; Behrens IPRax 2004, 20 ff.

⁵⁹⁶ Leible/Hoffmann EuZW 2003, 677 ff.

⁵⁹⁷ Ebenso weißt Kieninger ZEuP 2004, 685 ff auf die starke Einschränkung der Rechtfertigungsmöglichkeiten hin, da der Gerichtshof hinsichtlich der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Anwendung einer Norm sehr restriktiv vorgehe.

⁵⁹⁸ So auch Zimmer NJW 2003, 3585 ff, der allerdings ausdrücklich die Anwendung von Sonderregeln zur Realisierung nationaler Schutzstandards bezüglich der Firmierung hinzunimmt.

Demnach kann nach Leible/Hoffmann⁵⁹⁹ die Anwendung nationaler Vorschriften auf eine ausländische Gesellschaft zur Sicherstellung des Gläubigerschutzes grundsätzlich nur noch dann möglich sein, wenn die ausländische Gesellschaft im Zuzugsland als inländische Gesellschaft aufträte. In diesem Fall wäre es für die Gläubiger nicht ersichtlich, dass es sich bei der Gesellschaft um eine solche des ausländischen Rechts handle, weshalb ihnen keine Möglichkeit zur Ergreifung von Selbstschutzmaßnahmen verbleibe.

bbb) Kritik am Informationsmodell

Allerdings haben u.a. Eidenmüller⁶⁰⁰ und Leible/Hoffmann⁶⁰¹ darauf hingewiesen, dass durchaus Konstellationen auftreten können, in denen das Informationsmodell nicht überzeuge⁶⁰².

Insofern lasse sich beispielsweise die Situation anführen, dass ein Gläubiger durch eine EU-Auslandsgesellschaft deliktisch geschädigt werde. Da der deliktische Gläubiger⁶⁰³ vorab keine Möglichkeit habe, Informationen über seinen Schuldner einzuholen, könne er sich nicht entsprechend selbst schützen und das Informationsmodell müsse leerlaufen⁶⁰⁴.

Ferner haben Spindler/Berner⁶⁰⁵ auch bei bestimmten vertraglichen Gläubigern Zweifel an der Effektivität des Informationsmodells geäußert. Zwar gehe der EuGH von einem mündigen Gläubiger aus, der zur Informationserlangung und zum Selbstschutz fähig sei, weshalb sich bei vertraglichen Gläubigern die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch die Anwendung inländischer Schutzmechanismen grundsätzlich nicht rechtfertigen lasse. Allerdings müsse hierbei berücksichtigt werden, dass beispielsweise ein Arbeitnehmer oder ein Kleingläubiger auf Grund seiner regelmäßig schwächeren Verhandlungsposition wenig Möglichkeiten zum Selbstschutz habe.

ccc) Rechtfertigung im konkreten Einzelfall

Allerdings vertreten sowohl Leible/Hoffmann⁶⁰⁶ als auch Behrens⁶⁰⁷ und Bayer⁶⁰⁸ die Ansicht, dass im Einzelfall die Möglichkeit zur Rechtfertigung (nach dem Vier-Kriterien-Test, s.o.) von Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit bestehen müsse.

Insofern ist jedoch u.a. nach Behrens⁶⁰⁹ und Bayer⁶¹⁰ stets zu berücksichtigen, dass eine Verdoppelung des Schutzes (d.h. sowohl Gründungs- als auch Niederlassungsland enthalten entsprechende Vorschriften) am Verhältnismäßigkeitsprinzip scheitern muss. Somit könne nur dann auf das nationale Recht zurückgegriffen werden, wenn tatsächlich Schutzlücken vorhanden seien⁶¹¹.

Dabei muss nach Ansicht Kieningers⁶¹² die oben beschriebene Situation eines Normenmangels sogar so gelöst werden, dass nicht das inländische Recht zur Lückenschließung herangezogen werde, sondern im Gründungsland eine Umqualifizierung bestimmter Rechtsfiguren erfolge,

⁵⁹⁹ Leible/Hoffmann EuZW 2003, 677 ff.

⁶⁰⁰ Eidenmüller JZ 2004, 24 ff.

⁶⁰¹ Leible/Hoffmann EuZW 2003, 677 ff.

⁶⁰² So auch Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

⁶⁰³ Für die Differenzierung der Gläubiger bereits Halbhuber.

⁶⁰⁴ Eidenmüller JZ 2004, 24 ff; Leible/Hoffmann EuZW 2003, 677 ff; Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

⁶⁰⁵ Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

⁶⁰⁶ Leible/Hoffmann EuZW 2003, 682 ff.

⁶⁰⁷ Behrens IPRax 2004, 20 ff.

⁶⁰⁸ Bayer BB 2003, 2357 ff.

⁶⁰⁹ Behrens IPRax 2004, 20 ff.

⁶¹⁰ Bayer BB 2003, 2357 ff.

⁶¹¹ So auch Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

⁶¹² Kieninger ZEuP 2004, 685 ff.

damit hierüber dann das jeweilige ausländische Recht im Inland zur Anwendung gelangen könne.

Dahingegen soll nach Bitter⁶¹³ aus Praktikabilitätsgründen das inländische Recht bereits dann anwendbar sein, wenn das Heimatrecht der Gesellschaft vergleichbare Normen enthält. Denn wenn die Gesellschaft in ihrem Gründungsland mit der Geltung entsprechender Vorschriften rechnen müsse, könne das Eingreifen deutscher Gläubigerschutzinstrumente nicht als rechtswidrige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gewertet werden⁶¹⁴.

Im Übrigen müssen sich nach Bitter⁶¹⁵ die Anforderungen an die Rechtfertigung der Anwendbarkeit inländischer Normen entscheidend nach ihrer niederlassungsfreiheitsbeschränkenden Wirkung richten. Je geringer eine Einschränkung ausfalle, umso niedrigere Anforderungen seien an ihre Rechtfertigung zu stellen. Dementsprechend müsse zwischen dem allgemeinem Verkehrsrecht, das bereits nach der Keck-Rechtsprechung keine Beschränkung begründe (s.o.), den leicht zu rechtfertigenden Beschränkungen der Tätigkeitsausübung und den selten zu rechtfertigenden Zutrittsbeschränkungen differenziert werden. Hierbei seien die Informationskosten und -risiken der Gläubiger als ein wesentlicher Aspekt mit zu berücksichtigen. Denn die Problematik des Gläubigerschutzes liege weniger im Vorhandensein gleichwertiger ausländischer Haftungsregeln als in der oftmals schwierigen Durchsetzbarkeit. Dies folge aus der mangelnden Kenntnis der Gläubiger und der fehlenden Möglichkeit, sich innerhalb eines vertretbaren Rahmens hierüber zu unterrichten⁶¹⁶.

(cc) Anwendung inländischer Vorschriften bei Missbrauch oder Betrug

Des Weiteren kann u.a. ⁶¹⁷ nach Horn⁶¹⁸, Kieninger⁶¹⁹ und Leible/Hoffmann⁶²⁰ das Eingreifen inländischer Normen dann in Betracht kommen, wenn im konkreten Fall ein Missbrauch⁶²¹ nachgewiesen werde, der die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit ausschließe⁶²².

Darüber hinaus ist u.a. ⁶²³ nach Eidenmüller⁶²⁴ die Anwendung nationaler Normen bei dem Vorliegen eines Betrugs möglich.

(dd) Rechtfertigung von Normen außerhalb des Gesellschaftsstatuts

Zusätzlich führt nach Eidenmüller⁶²⁵ ebenso wie u.a. nach Bitter⁶²⁶, Kieninger⁶²⁷ und Spindler/Berner⁶²⁸ die Qualifikation einer nationalen Norm als nicht gesellschaftsrechtlich nicht

⁶¹³ Bitter WM 2004, 2190 ff.

⁶¹⁴ Bitter WM 2004, 2190 ff; a.A. Kieninger ZEuP 2004, 685 ff.

⁶¹⁵ Bitter WM 2004, 2190 ff.

⁶¹⁶ Bitter WM 2004, 2190 ff.

⁶¹⁷ So auch Ziemons ZIP 2003, 1913 ff.

⁶¹⁸ Horn NJW 2004, 893 ff.

⁶¹⁹ Kieninger ZEuP 2004, 685 ff.

⁶²⁰ Leible/Hoffmann EuZW 2003, 677 ff.

⁶²¹ Auch nach Leible/Hoffmann EuZW 2003, 682 ff ist auf Grund des Informationsmodells des EuGH eine Sonderanknüpfung grundsätzlich auf den Fall eines konkreten Missbrauchs beschränkt.

⁶²² Horn NJW 2004, 893 ff; ebenso wie Horn geht auch Kieninger ZEuP 2004, 685 ff davon aus, dass die Anwendung nationaler Normen nur noch bei dem Vorliegen eines Missbrauchs oder aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls möglich sei.

⁶²³ Auch Ziemons ZIP 2003, 1913 ff geht davon aus, dass die Anwendung nationaler Normen nur möglich ist, wenn im Einzelfall ein Betrug oder Missbrauch nachgewiesen werde. Darüber hinaus habe sich jede Sonderanknüpfung anhand der vier durch den EuGH aufgestellten Kriterien (nicht diskriminierend, zwingende Gründe des Allgemeinwohls, geeignet und erforderlich) messen zu lassen. Das darin liegende Verhältnismäßigkeitsprinzip verlange den Nachweis im konkreten Fall, dass eine nicht anders zu schließende Schutzlücke nach dem Gründungsrecht bestehe.

⁶²⁴ Eidenmüller JZ 2004, 24 ff.

⁶²⁵ Eidenmüller JZ 2004, 24 ff.

automatisch zu deren uneingeschränkter Geltung auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft. Denn auch die Anwendung von Regelungen außerhalb des Gesellschaftsstatuts könne eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit hervorrufen, da es insofern allein auf die Reichweite der Niederlassungsfreiheit ankomme⁶²⁹. Hierfür könne auch auf die Entscheidungen Centros, Überseering und Inspire Art verwiesen werden, in denen der EuGH allein danach entschieden habe, ob ein bestimmtes Ergebnis nationaler Rechtsanwendung – unabhängig von der Statutzugehörigkeit der betroffenen Norm und dem einschlägigen Kollisionsrecht – eine europäische Freiheit in nicht zu rechtfertigender Weise beschränke⁶³⁰.

Dahingegen hat u.a. Ulmer⁶³¹ die Ansicht vertreten, dass deutsche Gläubigerschutzinstrumente jedenfalls dann auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft eingreifen dürfen, wenn diese zur Materie des Insolvenz- oder des für jedermann geltenden Verkehrsrechts gehören. Dementsprechend müssten sich nur diejenigen Schutzvorschriften, die gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren seien, dem Vier-Kriterien-Test unterziehen.

cc) Eigene Stellungnahme

Nachdem nun die aus der Geltung der Gründungstheorie folgenden Probleme für die Verwirklichung der zwingenden nationalen Schutzinteressen bei einer im Inland niedergelassenen EU-Auslandsgesellschaft dargestellt und einzelne in der Literatur vertretenen allgemeinen Lösungsansätze besprochen wurden, werden diese anschließend einer eigenen Stellungnahme unterzogen.

(aa) Schutzlücken

Dabei ist zunächst festzustellen, dass ein uneingeschränkter Übergang auf die Gründungstheorie eine Vielzahl von Problemen mit sich bringt, da dann die Wahrung der zwingenden nationalen Schutzinteressen kaum noch hinreichend sichergestellt werden kann.

Zwar ist davon auszugehen, dass jeder Mitgliedstaat seine inländischen Interessen durch seine Rechtsordnung entsprechend sichert, jedoch kann dieser Schutz – worauf Weller⁶³² zu Recht hingewiesen hat (s.o.) – durch einen Grenzübertritt seine Wirksamkeit verlieren. Dementsprechend können im Zuzugsland Schutzlücken entstehen, die nicht auf die Reichweite der Niederlassungsfreiheit einer zuziehenden Gesellschaft zurückzuführen sind, sondern die aus der noch nicht hinreichenden Europäisierung folgen.

Insofern muss zur Wahrung der zwingenden nationalen Schutzanliegen eine europarechtskonforme Lückenschließung angestrebt werden, die darüber hinaus auch dem Europarecht zugute kommt, da sie die Gefahr einer missbräuchlichen Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit minimiert.

(bb) Durchsetzung nationaler Vorschriften

Allerdings haben die im vorangegangenen Abschnitt behandelten Autoren⁶³³ richtigerweise auf die sehr hohen Anforderungen hingewiesen, die der EuGH an die Durchsetzung nationaler

⁶²⁶ Bitter WM 2004, 2190 ff.

⁶²⁷ Kieninger ZEuP 2004, 685 ff.

⁶²⁸ Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

⁶²⁹ Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

⁶³⁰ Kieninger ZEuP 2004, 685 ff.

⁶³¹ Ulmer NJW 2004, 1201 ff.

⁶³² Weller IPRax 2003, 207 ff.

⁶³³ Vgl. hierfür m.w.N.: Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.; Eidenmüller JZ 2004, 24 ff.; Bitter WM 2004, 2190 ff.; Leible/Hoffmann EuZW 2003, 677 ff.; Horn NJW 2004, 893 ff.

Vorschriften stellt. Infolgedessen kann das Recht des Sitzstaates nur sehr eingeschränkt auf eine im Inland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft zur Anwendung gelangen.

Hierbei ist der vorgenannten Ansicht⁶³⁴, wonach sich eine nationale Norm unabhängig von ihrer Statutzugehörigkeit einer Kontrolle anhand der Niederlassungsfreiheit unterziehen muss, uneingeschränkt zuzustimmen. Denn das nationale Recht kann auf Grund seiner Nachrangigkeit gegenüber dem Europarecht nur dann bei einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft Geltung beanspruchen, wenn hierüber kein bzw. ein zu rechtfertigender Eingriff in die Niederlassungsfreiheit erfolgt. Ob jedoch eine nationale Regelung zu einem Eingriff in die Niederlassungsfreiheit führt, hängt nicht von deren Statutzugehörigkeit, sondern von der Reichweite der Niederlassungsfreiheit und dem Regelungsgehalt der nationalen Norm ab.

Um jedoch einen gerechten Ausgleich zwischen der Niederlassungsfreiheit und den zwingenden nationalen Schutzanliegen herstellen zu können, ist dem oben angeführten Vorschlag⁶³⁵, bei der Ermittlung der anwendbaren Rechtsnormen eine differenzierte Rechtfertigungsprüfung nach dem Vorbild der Keck-Rechtsprechung vorzunehmen, zuzustimmen. Der durch den EuGH entwickelte Vier-Kriterien-Test stellt an die Rechtfertigung nationaler Normen sehr hohe Anforderungen, die jedoch infolge der unterschiedlichen Eingriffsintensität der einzelnen nationalen Regelungen nicht immer angemessen sind. Vielmehr muss sich der jeweilige Rechtfertigungsmaßstab an der Schwere des hervorgerufenen Eingriffs in die Niederlassungsfreiheit orientieren.

Allerdings muss bei der Rechtfertigungskontrolle das durch den EuGH in der Entscheidung *Inspire Art* entwickelte Informationsmodell berücksichtigt werden⁶³⁶. Danach wird die Anwendung nationaler Normen auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft zur Sicherstellung des Gläubigerschutzes nur zurückhaltend möglich sein, da sich die Gläubiger nach Auffassung des Gerichtshofs grundsätzlich hinreichend selbst schützen können. Da jedoch das Informationsmodell⁶³⁷ offensichtliche Schwächen z.B. bei der Sicherung deliktischer Gläubiger oder bei Gläubigern, die gegenüber der Gesellschaft eine deutlich schwächere Verhandlungsposition innehaben, aufweist, ist eine Versagung der vereinzelt Durchsetzung nationaler Rechtsnormen zur Wahrung des inländischen Gläubigerschutzes infolge des Informationsmodells abzulehnen. Das Informationsmodell ist zwar zu berücksichtigen, ohne aber die teilweise Geltung des nationalen Rechts vollständig auszuschließen.

Ferner muss bei der Überprüfung der Anwendbarkeit des nationalen Rechts auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft der bereits über das ausländische Recht gewährte Rechtsschutz mitberücksichtigt werden. Jedoch darf hierbei die Praktikabilität⁶³⁸ der vorgeschlagenen Lösung nicht aus den Augen verloren werden. Der EuGH hat den Gläubigerschutz als einen Belang der zwingenden nationalen Schutzanliegen anerkannt. Ist allerdings bei einer Rechtsstreitigkeit mit einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft stets ein umfassender Rechtsvergleich erforderlich, um überhaupt das geltende Recht zu ermitteln, kann letztlich auf Grund des Kosten- und Zeitaufwands nicht mehr von einer Sicherstellung des Gläubigerschutzes ausgegangen werden. Infolgedessen muss auch nach der Entscheidung *Inspire Art* eine einzelfallbezogene, zurückhaltende, das Europarecht beachtende Anwendung der nationalen Normen möglich sein.

⁶³⁴ Hierfür u.a. Eidenmüller JZ 2004, 24 ff; Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff; Bitter WM 2004, 2190 ff; Kieninger ZEuP 2004, 685 ff.

⁶³⁵ Hierzu m.w.N. Eidenmüller JZ 2004, 24 ff.

⁶³⁶ So auch Eidenmüller JZ 2004, 24 ff; Kieninger ZEuP 2004, 685 ff; Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

⁶³⁷ Eidenmüller JZ 2004, 24 ff; Kieninger ZEuP 2004, 685 ff; Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

⁶³⁸ Hierfür auch Bitter WM 2004, 2190 ff.

VII. Anwendbare nationale Rechtsnormen und Rechtsfiguren

Nachdem im vorangegangenen Kapitel die Bedeutung der Entscheidung Inspire Art für das internationale Gesellschaftsrecht besprochen und hieraus die Notwendigkeit eines Übergangs auf die Gründungstheorie abgeleitet wurde, befasst sich dieses Kapitel mit der dadurch entstehenden Problematik der Sicherstellung der zwingenden nationalen Schutzanliegen bei einer im Inland niedergelassenen englischen Limited⁶³⁹/EU-Auslandsgesellschaft.

Dabei wird das Hauptaugenmerk auf die Ermittlung der auf die vorbezeichneten Gesellschaften anwendbaren nationalen Normen gerichtet⁶⁴⁰ und hierfür unter 1) auf die Publizitätsvorschriften, unter 2) auf die Normen betreffend die Firmierung, unter 3) auf weitere Haftungsfiguren und Handlungspflichten und unter 4) auf das öffentliche Wirtschaftsrecht eingegangen.

1) Publizitätspflichten

Nachdem es nach den Entscheidungen Überseering und Inspire Art als geklärt angesehen werden muss, dass Gesellschaften ausländischen Rechts in Deutschland auch dann unter Wahrung ihrer Rechtsform tätig werden können, wenn sie in ihrem Heimatland nur registriert sind und ansonsten sämtliche Aktivitäten von Deutschland aus betreiben (s.o.), ist das Bedürfnis des Handels- und Wirtschaftsverkehrs nach Informationen über diese Gesellschaften erheblich gestiegen⁶⁴¹. Damit haben die Vorschriften bezüglich der Publizität von Gesellschaften beträchtlich an Bedeutung gewonnen⁶⁴².

Insofern werden anschließend unter (1) die §§ 13d ff HGB – die Vorgaben für die Eintragung der Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft enthalten⁶⁴³ –, unter (2) § 35a GmbHG – der die Angaben auf Geschäftsbriefen regelt – und unter (3) § 325a HGB – der die Rechnungslegung betrifft – besprochen.

⁶³⁹ Zu den Vor- und Nachteilen einer englischen Limited m.w.N. Hirsch/Britain NZG 2003, 1100 ff; Ries AnwBl 2005, 53 ff; Reck StuB 2004, 989 ff; Graf von Bernstorff RIW 2004, 498 ff; Binge/Thölke DNotZ 2004, 21 ff; Kanzleiter DNotZ 2003, 885 ff; Forst EStB 2005, 113 ff; Kessler/Eicke DSStR 2005, 2101 ff; Triebel/von Hase BB 2003, 2409 ff; Veit/Wichert AG 2004, 14 ff.

⁶⁴⁰ Vgl. hierzu m.w.N. Zimmer NJW 2003, 3585 ff; Horn NJW 2004, 893 ff; Weller IPRax 2003, 207 ff; Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff; Spindler/Berner RIW 2003, 949 ff; Spindler RIW 2003, 850 ff.

⁶⁴¹ Siehe zur Einführung und zu den Problem im Zusammenhang mit dem elektronischen Handels-, Genossenschafts- und Unternehmensregisters Spindler WM 2006, 109 ff; Schlotter BB 2007, 1 ff; Seibert/Wedemann GmbHHR 2007, 17 ff.

⁶⁴² Überblick über die Probleme bei der Rechnungslegung und Publizität bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited: Lutter in Lutter, S. 1 f; Müller BB 2006, 837 ff; Leuring ZRP 2006, 201 ff; Müller/Müller GmbHHR 2006, 640 ff; Westhoff GmbHHR 2006, 525 ff; Rüdiger GmbHHR 2006, 1202 ff; zu den Vorzügen des deutschen Handelsregisters im Vergleich zum anglo-amerikanischen Rechtskreis Bormann/Apfelbaum ZIP 2007, 946 ff; AG Charlottenburg, Beschl. v. 20.12.2005 – 99 AR 5223/05 B zum Konkretisierungsgrad bei der Angabe des Gegenstands der Zweigniederlassung einer englischen Limited; Kögel GmbHHR 2006, 237 ff; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 29.12.2005 – 20 W 315/05.

⁶⁴³ Beachte hierzu Kapitel VIII zum MoMiG. Hierin werden unter Abschnitt 2) (1) c) die geplanten Änderungen bezüglich der Eintragung inländischer EU-Auslandsgesellschaften besprochen.

(1) Eintragung einer Zweigniederlassung

Dementsprechend werden zunächst die §§ 13d ff HGB⁶⁴⁴, welche die Eintragung einer Zweigniederlassung betreffen, auf ihre Anwendbarkeit bei einer nach Deutschland zuziehenden englischen Limited / EU-Auslandsgesellschaft überprüft⁶⁴⁵.

a) Regelungsgehalt der §§ 13d ff HGB

Dabei wird durch die §§ 13d ff HGB⁶⁴⁶ – die in Umsetzung der Zweigniederlassungsrichtlinie (11. RL⁶⁴⁷) ergangen sind und sich deshalb bezüglich ihrer Auslegung, jedenfalls soweit Gesellschaften aus der EU und dem EWR betroffen sind, an der Richtlinie orientieren⁶⁴⁸ müssen – die Anmeldung einer inländischen Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit Sitz im Ausland geregelt⁶⁴⁹.

(a) Anwendbarkeit der §§ 13d ff HGB

Dabei wird die Anwendbarkeit der §§ 13d ff HGB auf eine im Inland niedergelassene ausländische Gesellschaft allgemein anerkannt, auch wenn hierbei hinsichtlich der Begründung Uneinigkeit herrscht.

Nach einer Ansicht⁶⁵⁰ handelt es sich bei den §§ 13d ff HGB um Vorschriften des Ausländerrechts, so dass deren Anwendbarkeit bereits unmittelbar aus den Normen selbst folgt. Dahingegen rechnet eine andere Ansicht⁶⁵¹ die §§ 13d ff HGB dem Gesellschaftsstatut zu und begründet deren Geltung über eine Sonderanknüpfung an das nationale Recht. Eine weitere Ansicht⁶⁵² sieht die Eintragungsvorschriften als Normen des öffentlichen Rechts, die bereits deshalb Gültigkeit beanspruchen, wohingegen wieder andere⁶⁵³ das Eingreifen der vorgenannten

⁶⁴⁴ Beachte hierzu Kapitel VIII zum MoMiG. Hierin werden unter Abschnitt 2) (1) c) die geplanten Änderungen bezüglich der Eintragung inländischer EU-Auslandsgesellschaften besprochen.

⁶⁴⁵ Siehe zur Eintragung einer Zweigniederlassung m.w.N.: Höfling, S. 250 ff; Lanzius, S. 190 ff; Herchen RIW 2005, 529 ff; Süß DNotZ 2005, 180 ff; Schaub NZG 2000, 953 ff; Lehmann NZG 2005, 580 ff; Wachter MDR 2004, 611 ff; Wachter DStR 2005, 1817 ff; Leible/Hoffmann EuZW 2003, 677; Mankowski in Hirte/Bücker, S. 347 ff; Lutter in Lutter, S. 1 ff; Rehm in Eidenmüller, S. 153 ff; Spahlinger/Wegen in Spahlinger/Wegen, S. 146 ff; Mankowski in Hirte/Bücker, S. 348 ff; Heckschen in Schröder, S. 97 ff; Borges ZIP 2004, 733 ff; Kadel MittBayNot 2006, 102 ff; Drouven/Mödl NZG 2007, 7 ff; Wachter GmbHR 2007, 205 f; Liese NZG 2006, 201 ff, allerdings plädiert Liese dafür, die EU-Auslandsgesellschaft, die ihre Geschäftstätigkeit schwerpunktmäßig in Deutschland erbringt, mit ihrer Hauptniederlassung ins Handelsregister einzutragen; ferner verweist Knöfel BB 2006, 1233 ff in diesem Zusammenhang auf den Umstand, dass an manchen Gerichtsorten eine Quote von bis zu 75 % der von den Gründungsagenturen betreuten englischen Limiteds nicht wie geplant mit der Zweigniederlassung in das deutsche Handelsregister eingetragen werden.

⁶⁴⁶ Siehe zu den §§ 13d ff HGB: Roth in Koller/Roth/Morck; Krafka in MüKo; Ruß in Heidelberger Kommentar; Hopt in Baumbach/Hopt; Spahlinger/Wegen in Spahlinger/Wegen, S. 164 ff; Römermann NJW 2006, 2065 ff.

⁶⁴⁷ Elfte Richtlinie 89/666/EWG vom 21.12.1989 (ABl. Nr. L395/36).

⁶⁴⁸ Lutter in Lutter, S. 3; Röhrich/Graf von Westphalen, vor § 13 R. 4; Pentz in Ebenroth/Boujong/Joost, § 13 Rn. 1.

⁶⁴⁹ Zur Möglichkeit der Eintragung der Befreiung vom Verbot des Selbstkontraktion gem. § 181 BGB OLG München, Beschl. v. 4.5.2006 – 31 Wx 023/06; Wachter EWIR 2006, 401 f; Werner GmbHR 2006, 1202 ff; OLG München, Beschl. v. 17.8.2005 – 31 Wx 049/05; OLG Celle, Beschl. v. 14.4.2005 – 9 W 14/05; Willer/Krafka MittBayNot 2006, 434 ff; Schall NZG 2006, 54 ff; Wachter NZG 2005, 338 ff; OLG Frankfurt a.M. Beschl. v. 28.7.2006 – 20 W 191/06 zur Möglichkeit der Eintragung der Befreiung von § 181 BGB bei einer Ltd. & Co. KK (NJW-Spezial 2006, 510); Zur Übersetzung von Gesellschaftsverträgen einer englischen Limited für die Eintragung gem. § 13g II 1 HGB LG Chemnitz, Beschl. v. 8.3.2006 – 2 HK T 431/05.

⁶⁵⁰ Lanzius, S. 193.

⁶⁵¹ Höfling, S. 251.

⁶⁵² Hopt in Baumbach/Hopt, § 13d Rn. 2; Rehm in Eidenmüller, S. 154; Spahlinger/Wegen in Spahlinger/Wegen, S. 146.

⁶⁵³ Mankowski in Hirte/Bücker, S. 348; Ruß in Heidelberger Kommentar, § 13b Rn. 2; Ebert/Levedag GmbHR 2003, 1337 ff.

Normen daraus ableiten, dass es sich bei dem Registerverfahren um ein Verwaltungsverfahren handelt und sich Verwaltungsverfahren auf Grund des kollisionsrechtlichen Territorialitätsprinzips⁶⁵⁴ stets nach dem nationalen Recht der betroffenen Verwaltungsbehörde bzw. des betroffenen Gerichts richten⁶⁵⁵.

Allerdings kann – unabhängig von der konkreten Begründung – jedenfalls insoweit von der Anwendbarkeit der vorbezeichneten Regelungen auf eine im Inland niedergelassene englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft ausgegangen werden, als diese die 11. Richtlinie umsetzen, da sich die Durchsetzung dieser Normen gerade im Interesse des Europarechts befindet.

(b) Struktur der § 13d ff HGB

§ 13d HGB stellt die Grundnorm für die Eintragung einer Zweigniederlassung mit Sitz oder Hauptniederlassung im Ausland dar. Dabei wird § 13d HGB bei der Eintragung einer Kapitalgesellschaft durch die §§ 13e, f, g HGB ergänzt. Hierbei enthält § 13e HGB allgemeine Bestimmungen für eine Kapitalgesellschaft mit Sitz im Ausland, wohingegen in den §§ 13f, g HGB spezielle Regelungen für die Eintragung einer AG und einer GmbH vorgesehen sind⁶⁵⁶.

Ob eine ausländische Kapitalgesellschaft als Aktiengesellschaft bzw. als Gesellschaft mit beschränkter Haftung i.S.d. vorgenannten Normen zu verstehen ist, muss danach ermittelt werden, mit welcher inländischen Rechtsform die ausländische Gesellschaft vergleichbar ist (Substitution)⁶⁵⁷. Hierfür können im EU-Raum die 1. (Publizitätsrichtlinie⁶⁵⁸) und die 12. Richtlinie (Einpersonen-GmbH-Richtlinie⁶⁵⁹) wichtige Anhaltspunkte liefern.⁶⁶⁰

Insofern wird nach einhelliger Ansicht die englische Limited als mit der GmbH vergleichbar angesehen und unterfällt damit den Vorschriften über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung⁶⁶¹.

(c) Begriff der Zweigniederlassung

Ferner ist für das Eingreifen der §§ 13d ff HGB das Vorliegen einer Zweigniederlassung erforderlich. Allerdings ist der Begriff der Zweigniederlassung weder in den §§ 13d ff HGB noch in der 11. Richtlinie⁶⁶² definiert.

⁶⁵⁴ Mankowski in Hirte/Bücker, S. 348; Ruß in Heidelberger Kommentar, § 13b Rn. 2; Ebert/Levedag GmbH 2003, 1337 ff.

⁶⁵⁵ Insofern kann auf EuGH, Urt. v. 1.6.2006 – Rs C-453/04 verwiesen werden. Danach darf bei der Eintragung einer Zweigniederlassung einer englischen Limited in das deutsche Handelsregister ein Kostenvorschuss verlangt werden, ohne dass diese Vorgehensweise gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt. Dieser Umstand sollte allerdings von einem Gründer maßgeblich berücksichtigt werden, da auf Grund der oftmals langen Geschäftsgegenstände bei einer englischen Limited erhebliche Kosten entstehen können. Ebenso darauf hinweisend Römermann NJW 2006, 2065 ff.

⁶⁵⁶ Hopt in Baumbach/Hopt, § 13d Rn. 1.

⁶⁵⁷ Kindler NJW 1993, 3301 ff; Seibert DB 1993, 1705 ff; Spahlinger/Wegen in Spahlinger/Wegen, S. 165.

⁶⁵⁸ Erste Richtlinie 68/151/EWG vom 9.3.1968 (ABl. Nr. L 65/8).

⁶⁵⁹ Zwölfte Richtlinie 89/667/EWG vom 21.12.1989 (ABl. Nr. L 395/40).

⁶⁶⁰ Lanzius, S. 191; Kindler NJW 1993, 3301 ff: Kindler weist darauf hin, dass Art. 1 I der elften Richtlinie nur auf die Publizitätsrichtlinie, nicht aber auf die Einpersonengesellschaftsrichtlinie verweist. Allerdings wäre es sachlich nicht gerechtfertigt, die in letzterer Richtlinie genannten Gesellschaften vom Anwendungsbereich der 11. Richtlinie auszunehmen, da diesen Gesellschaften gegenüber ebenfalls der durch die Zweigniederlassungsrichtlinie angestrebte Rechtsschutz verwirklicht werden soll.

⁶⁶¹ Vgl. hierzu m.w.N. KG Berlin GmbH 2004, 116 f; Spahlinger/Wegen in Spahlinger/Wegen, S. 165; Mankowski in Hirte/Bücker, S. 357; Ulmer in Hachenburg, § 12 Rn. 33; Winter in Scholz, § 12 Rn. 41.

⁶⁶² Kindler hat in NJW 1993, 3302 ff darauf hingewiesen, dass bei den Verhandlungen bezüglich der 11. Richtlinie der Begriff der Zweigniederlassung umstritten war.

Nach deutschem Rechtsverständnis liegt dann eine Zweigniederlassung vor, wenn eine Gesellschaft eine gegenüber der Hauptniederlassung räumlich selbstständige Niederlassung betreibt, diese sachlich gleichartige Geschäfte wie die Hauptniederlassung tätigt, nicht nur Hilfs- und Ausführungsgeschäfte vornimmt, von gewisser Dauer ist und eine eigene sachliche und personelle Einrichtung aufweist (echte Zweigniederlassung, Außenstelle eines Stammhauses)⁶⁶³.

Folglich setzt eine Zweigniederlassung nach deutschem Verständnis das Bestehen einer Hauptniederlassung voraus, die mindestens die gleichen Voraussetzungen erfüllen muss wie die Zweigniederlassung.

Allerdings bestand in den Rechtssachen Centros, Überseering und Inspire Art gerade keine Hauptniederlassung im oben genannten Sinn. Sämtliche wirtschaftlichen Betätigungen erfolgten bei der förmlich als Zweigniederlassung angemeldeten Gesellschaft (Centros, Inspire Art) bzw. bei der faktischen Hauptniederlassung (Überseering). Dennoch ist der EuGH vom Bestehen einer Zweigniederlassung ausgegangen. Daraus ergibt sich, dass das deutsche Rechtsverständnis von dem Vorliegen einer Zweigniederlassung nicht zwingend mit dem europarechtlichen übereinstimmen muss. Allerdings hat sich die Auslegung der §§ 13d ff HGB – auf Grund des Rangverhältnisses der Rechtsordnungen – am Europarecht und hierbei insbesondere an der 11. Richtlinie, auf der die vorgenannten Normen beruhen, zu orientieren.

Da es der Gesetzeszweck der 11. Richtlinie ist, Personen zu schützen, die über eine Zweigniederlassung mit einer ausländischen Gesellschaft in Kontakt treten⁶⁶⁴, ist es jedenfalls erforderlich, dass die ausländische Gesellschaft im Inland tätig ist. Ferner folgt aus der 11. Richtlinie, dass eine Hauptniederlassung europarechtlich nur am Satzungssitz bestehen kann und jede andere Niederlassung als Zweigniederlassung zu qualifizieren ist. Damit fällt eine inländische Niederlassung bereits dann unter den Begriff der Zweigniederlassung, wenn im Ausland ein Satzungssitz besteht. Demnach sind die Begriffe Sitz und Hauptverwaltung in den §§ 13d ff HGB so auszulegen, dass hierfür bereits der formale Satzungssitz im Ausland genügt⁶⁶⁵.

Damit fällt eine in Deutschland niedergelassene englische Limited, die in England ihren Satzungssitz unterhält und ansonsten sämtliche wirtschaftlichen Aktivitäten von Deutschland aus betreibt, ohne weiteres unter den Begriff der Zweigniederlassung⁶⁶⁶ i.S.d. §§ 13d ff HGB⁶⁶⁷.

b) Probleme im Zusammenhang mit der Zweigniederlassungsrichtlinie

Nachdem im vorangegangenen Abschnitt die grundsätzliche Geltung der §§ 13d ff HGB auf eine im Inland niedergelassene englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft festgestellt wurde, wird anschließend auf europarechtliche Bedenken hinsichtlich der Anwendbarkeit einzelner Regelungen eingegangen.

⁶⁶³ Hopt in Baumbach/Hopt, § 13 Rn. 3; Staub/Hüffer, vor § 13 Rn. 9 ff; ausführlich zum Begriff der Zweigniederlassung Kögel DB 2004, 1763 ff.

⁶⁶⁴ 6. Erwägungsgrund der 11. Richtlinie.

⁶⁶⁵ Lutter in Lutter, S. 4 f.

⁶⁶⁶ So wohl allgemeine Ansicht. Vgl. hierzu m.w.N. Lutter in Lutter, S. 8; Leible/Hoffmann EuZW 2003, 677 ff; Wachter GmbHR 2004, 88 ff; Rehberg in Eidenmüller, § 5 Rn. 18; a.A. Ebert/Levedag GmbHR 2003, 1337 ff. Ebert/Levedag gehen davon aus, dass in derartigen Fällen die primäre Niederlassungsfreiheit betroffen ist, so dass die §§ 13 d ff HGB mangels Zweigniederlassung nicht anwendbar sind. Dieser Ansicht kann allerdings nicht gefolgt werden.

⁶⁶⁷ Siehe OLG Hamm, Beschl. v. 21.7.2006 – 15 W 27/06 zu den Nachweisen bei der Anmeldung einer deutschen Niederlassung einer englischen Limited; zu der Möglichkeit der Einforderung eines Vorschusses bei zu erwartenden Kosten bei der Veröffentlichung des Geschäftsgegenstands der inländischen EU-Auslandsgesellschaft EuGH, Urt. v. 1.6.2006 – Rs. C-453/04 (innoventif Limited); Rüdiger EWiR 2006, 1202 ff.

Dabei ergeben sich insbesondere in Bezug auf § 13e II 2 HGB und § 13g III HGB Zweifel an deren Europarechtskonformität. Denn hierüber werden einer zuziehenden EU-Auslandsgesellschaft Offenlegungspflichten auferlegt, die über die Vorgaben der Zweigniederlassungsrichtlinie hinausgehen. Da jedoch der EuGH die Zweigniederlassungsrichtlinie in der Entscheidung Inspire Art⁶⁶⁸ als abschließend erklärt hat, sind die vorgenannten Normen problematisch und ihre Europarechtskonformität hängt entscheidend davon ab, ob – trotz der Aussagen des EuGH in der Entscheidung Inspire Art – Konstellationen denkbar sind, in denen einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft Offenlegungspflichten auferlegt werden dürfen, die über die Angaben in der Zweigniederlassungsrichtlinie hinausgehen.

Hierfür werden nachfolgend unter (a) und (b) die vorgenannten Normen näher erörtert und unter (c) einer eigenen Stellungnahme unterzogen, bei der insbesondere auf die Europarechtskonformität eingegangen wird.

(a) Angabe des Unternehmensgegenstandes gem. § 13g III HGB

Dabei hat eine nach Deutschland zuziehende englische Limited gem. § 13g III HGB i.V.m. § 10 I GmbHG den Gegenstand des Unternehmens zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, der sodann im Bundesanzeiger und im Amtsblatt publiziert werden muss.

Dahingegen ist in der Zweigniederlassungsrichtlinie unter Art. 2 I lit. b – der durch § 13e II 3 HGB im inländischen Recht umgesetzt wurde – nur die Offenlegung des Gegenstandes der Zweigniederlassung und nicht auch die Offenlegung des Gegenstandes des Unternehmens vorgesehen.

Allerdings kann gerade bei einer englischen Gesellschaft der Unternehmensgegenstand auf Grund der begrenzten Fortgeltung der *ultra vires doctrine*⁶⁶⁹ sehr umfangreich sein, wodurch bei der Bekanntmachung im Bundesanzeiger erhebliche Kosten verursacht werden⁶⁷⁰. Da nun aber diese Offenlegungspflicht über die Vorgaben in der Zweigniederlassungsrichtlinie hinausgeht, ist zweifelhaft⁶⁷¹, ob § 13g III HGB i.V.m. § 10 I GmbHG tatsächlich auf EU-ausländische Gesellschaften angewendet werden kann.

(b) Vorlage einer staatlichen Genehmigung

Des Weiteren bestehen auch an der Europarechtskonformität des § 13e II 2 HGB Bedenken. § 13e II 2 HGB verlangt im Anmeldeverfahren die Vorlage einer staatlichen Genehmigung, wenn der Gegenstand des anzumeldenden Unternehmens oder die Zulassung zum Gewerbebetrieb im Inland der staatlichen Genehmigung bedarf⁶⁷².

⁶⁶⁸ Siehe hierzu unter Rn. 65 ff der Entscheidungsbegründung zu Inspire Art.

⁶⁶⁹ Früher hat die *ultra vires doctrine* dazu geführt, dass die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft nur insoweit anerkannt wurde, wie ihr Unternehmensgegenstand gereicht hat. Auch wenn heute die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft uneingeschränkt anerkannt wird, kommt dem Unternehmensgegenstand weiterhin im Innenverhältnis bezüglich der Haftung des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft wesentliche Bedeutung zu.

⁶⁷⁰ Süß DNotZ 2005, 182 ff.

⁶⁷¹ Gegen das Bestehen einer dahingehenden Verpflichtung zur Anmeldung und Eintragung: Wachter GmbHR 2005, 100 ff.

⁶⁷² Darüber hinaus herrscht Uneinigkeit darüber, ob für den Fall, dass trotz der 11. Richtlinie eine Genehmigung verlangt werden darf, sich die Notwendigkeit der Einholung am Unternehmensgegenstand der Gesellschaft (Pentz in Ebenroth/Boujong/Joost, § 13g Rn. 69) oder an demjenigen der angemeldeten Zweigniederlassung (so OLG Thüringen GmbHR 1999, 822) bemisst.

Da jedoch in der 11. Richtlinie keine dahingehende Verpflichtung vorgesehen ist, ergeben sich auch hinsichtlich der Europarechtskonformität des § 13e II 2 HGB Zweifel⁶⁷³.

(c) Stellungnahme

Nachdem nun die Probleme im Zusammenhang mit den §§ 13g III, 13e II 2 HGB dargestellt wurden, werden diese insbesondere im Hinblick auf ihre Anwendbarkeit auf eine inländische englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft einer abschließenden Stellungnahme unterzogen.

Zunächst ist festzustellen, dass sich die Eintragungspflichten nach der Umsetzung der Zweigniederlassungsrichtlinie grundsätzlich nach deutschem Recht und damit nach den §§ 13d ff HGB richten.

Allerdings hat der EuGH in der Entscheidung Inspire Art unter den Rn. 65 ff die abschließende Wirkung der Zweigniederlassungsrichtlinie festgestellt. Folglich besteht für die Mitgliedstaaten kein Gestaltungsspielraum, außer die Zweigniederlassungsrichtlinie selbst hat einen solchen vorgesehen (siehe z.B. Art. 8 der Richtlinie für Drittstaaten). Damit sind Diskrepanzen und Unklarheiten allein nach den europarechtlichen Vorgaben zu lösen⁶⁷⁴.

Demnach müssen die § 13e II 2 Hs. 2 HGB und § 13g III HGB – jedenfalls wenn eine EU-Auslandsgesellschaft betroffen ist – richtlinienkonform ausgelegt werden. Da jedoch die darin geforderten Offenlegungspflichten über die Vorgaben des Art. 2 der Zweigniederlassungsrichtlinie hinausgehen und diesbezüglich die Richtlinie keine Öffnungsklausel enthält, dürfen die vorgenannten Vorschriften nicht auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft zur Anwendung gebracht werden⁶⁷⁵.

Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass – selbst wenn man § 13e II Hs. 2 HGB nicht als durch die Zweigniederlassungsrichtlinie verdrängt ansehen würde – dennoch Bedenken in Bezug auf die Vereinbarkeit der Norm mit der Niederlassungsfreiheit bestünden. Das Genehmigungserfordernis stellt eine Markteintrittsschranke dar und kann folglich nicht als bloße „Niederlassungsmodalität“ eingeordnet werden. Damit stellt § 13e II 2 Hs. 2 HGB eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar. Für eine Rechtfertigung würde es aber bereits an der konsequenten Zielverfolgung fehlen, da Kapitalgesellschaften einer Vorab-Kontrolle unterzogen werden, wohingegen Personengesellschaften und Einzelunternehmen hiervon ausgenommen sind, § 7 HGB⁶⁷⁶.

⁶⁷³ Hierzu ausführliche Auseinandersetzung bei OLG Thüringen, Beschl. v. 9.3.2006 – 6 W 693/05. Dabei beschäftigt sich der Beschluss des OLG Thüringen vorwiegend mit dem Problem, ob die Eintragung der inländischen Zweigniederlassung der EU-ausländischen Gesellschaft dann verweigert werden kann, wenn dem Registergericht das Bestehen eines inländischen Gewerbeverbots bekannt ist (sehr strittig); vgl. hierzu m.w.N. Mankowski BB 2006, 1173 ff; Leuring ZRP 2006, 201 ff; OLG Celle v. 1.12.2006 – 9 W 91/06; Rüdiger GmbHR 2007, R 37.

⁶⁷⁴ Rehm in Eidenmüller, S. 157.

⁶⁷⁵ So auch Rehberg in Eidenmüller, S. 243 f und zum Unternehmensgegenstand u.a. OLG Frankfurt/M., Beschl. v. 29.12.2005 – 20 W 315/05 (rechtskräftig; LG Darmstadt); Wachter EWiR 2006, 345 f; Mankowski EWIR 2006, 145 f; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.2.2006 – I-3 Wx 210/05 (rechtskräftig; LG Düsseldorf); Wachter GmbHR 2005, 100 ff; hinsichtlich der fehlenden Verpflichtung eines directors einer englischen Limited zur Abgabe einer Versicherung i.S.d. § 8 III i.V.m. § 6 II 3, 4 GmbHG OLG Thüringen, Beschl. v. 9.3.2006 – 6 W 693/05; dahingegen soll u.a. nach Riegger ZGR 2004, 510 ff und Römermann NJW 2006, 2065 ff die Vorlage einer öffentlich-rechtlichen Genehmigung bei der Eintragung verlangt werden können.

⁶⁷⁶ Rehberg in Eidenmüller, S. 244; Wachter GmbHR 2004, 88 ff.

Damit unterliegt eine sich in Deutschland niederlassende englische Limited nicht den §§ 13e II 2 HGB, 13g III HGB⁶⁷⁷. Folglich muss die Gesellschaft weder bei ihrer Anmeldung zum Handelsregister eine eventuell erforderliche staatliche Genehmigung vorlegen noch hat sie neben dem Gegenstand der Zweigniederlassung auch den Gegenstand des Unternehmens zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden.

c) Konsequenzen einer unterlassenen Eintragung

Nachdem in den vorangegangenen Abschnitten auf die Bedeutung der Eintragung für den Gläubigerschutz (Informationsmodell) bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited hingewiesen wurde, beschäftigt sich das folgende Kapitel mit den rechtlichen Konsequenzen der Nichtbeachtung der Eintragungspflicht.

Dabei herrscht innerhalb der deutschen Literatur Einigkeit darüber, dass ein Druckmittel zur Durchsetzung der Eintragungspflicht vorhanden sein muss. Wie jedoch eine Sanktion bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft ausgestaltet sein soll, ist unklar. Nach einer Ansicht⁶⁷⁸ ist bei der Missachtung der Eintragungspflicht gem. § 14 HGB ein Zwangsgeld festzusetzen, wohingegen eine andere Ansicht⁶⁷⁹ für das Eingreifen einer persönliche Haftung analog § 11 II GmbHG plädiert.

Allerdings sind die Mitgliedstaaten gem. Art. 12 der 11. Richtlinie dazu angehalten, geeignete Maßnahmen für den Fall anzudrohen, dass die erforderliche Offenlegung der Zweigniederlassung im Aufnahmestaat unterbleibt. Dabei sind die Mitgliedstaaten nach ständiger Rechtsprechung des EuGH gem. Art. 10 EG verpflichtet, wenn eine Bestimmung des Gemeinschaftsrechts für den Fall ihrer Verletzung keine eigene Sanktionsbestimmung enthält oder insoweit auf nationale Rechts- oder Verwaltungsvorschriften verweist, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten. Dabei verbleibt den Mitgliedsländern die Wahl der Sanktion, wobei sie nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln vorgehen müssen wie bei nach Art und Schwere gleichen Verstößen gegen das nationale Recht. Ferner muss die Sanktion wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein⁶⁸⁰. Dabei ist es Sache der nationalen Gerichte festzustellen, ob eine vorgesehene Sanktion dieser Anforderung entspricht, da die Auslegung nationaler Regeln den nationalen Gerichten obliegt⁶⁸¹.

⁶⁷⁷ A.A. Mankowski in Hirte/Bücker, S. 355 f; Kallmeyer DB 1004, 636 ff. Die vorgenannten Autoren gehen davon aus, dass eine in Deutschland niedergelassene ausländische Gesellschaft sehr wohl gem. § 13 II 2 Hs. 2 HGB eine behördliche Genehmigung beizubringen hat, wenn der Geschäftsgegenstand der Zweigniederlassung genehmigungsbedürftig ist.

⁶⁷⁸ BGH, Urt v. 14.3.2005, II. ZR 5/2003; Bruns EWiR 2005, 431 f; OLG Hamm, Urt. v. 27.1.2006 – 12 U 108/05 (NJW-Spezial 2006, 511); Lanzius, S. 192; Lehmann NZG 2005, 580 ff; Spahlinger/Wegen in Spahlinger/Wegen, S. 148, 168; Just ZIP 2006, 1251 ff; Kadel MittBayNot 2006, 102 ff; Lieder DZWIR 2005, 399 ff.

⁶⁷⁹ von Halen, S. 237 f, 260; Leible/Hoffmann EuZW 2003, 677 ff; Leible/Hoffmann RIW 2005, 544; Paefgen GmbHR 2005, 957 ff; Kallmeyer DB 2004, 637 ff; Wand BB 2005, 1017 f; Wachter DStR 2005, 1819 ff; a.A. Kiethe RIW 2005, 649 ff; Lieder DZWIR 2005, 399 ff; Goette ZIP 2006, 541 ff; BGH, Urt. v. 14.3.2005: Danach ist die Limited im Companies House eingetragen und muss in Deutschland als rechtsfähige Gesellschaft mit beschränkter Haftung anerkannt werden. Ein Vergleich mit einer noch nicht eingetragenen GmbH muss ausscheiden; hierzu auch Henze WM 2006, 1653 ff.

⁶⁸⁰ Siehe hierzu unter Rn. 61, 62 der Entscheidungsbegründung zu Inspire Art.

⁶⁸¹ Siehe hierzu unter Rn. 63 der Entscheidungsbegründung zu Inspire Art; Lutter in Lutter, S. 10; Rehberg in Eidenmüller, § 5 Rn. 105.

(a) Analoge Anwendung des § 14 HGB

Demnach ist es jedoch zweifelhaft, ob der oben angeführte Vorschlag bezüglich der Festsetzung eines Zwangsgeldes gem. § 14 HGB i.V.m. §§ 132 ff FGG⁶⁸² den durch den Gerichtshof aufgestellten Anforderungen entspricht⁶⁸³.

Insofern ergeben sich deshalb Bedenken an der Effektivität der Durchsetzung der Eintragung der ausländischen Zweigniederlassung über ein Zwangsgeldverfahren, weil das Registergericht oftmals keine Kenntnis von dem Bestehen einer Zweigniederlassung haben wird. Zwar wissen in der Regel die Finanzämter und Gemeinden von der Existenz der Zweigniederlassung Bescheid, diese sind jedoch zu einer Mitteilung an die Registergerichte weder berechtigt noch verpflichtet⁶⁸⁴.

Darüber hinaus haben die Registergerichte, wenn sie von einer nicht eingetragenen Zweigniederlassung erfahren, diese nur unter Androhung eines Zwangsgeldes zur Eintragung aufzufordern und der Gesellschaft hierfür eine angemessene Frist zu setzen. Erfolgt die Anmeldung rechtzeitig, entfällt das angedrohte Zwangsgeld und die Verzögerung der Anmeldung unterliegt keiner Sanktion⁶⁸⁵. Nur wenn die Eintragung nicht innerhalb der gesetzten Frist vorgenommen wird, ist ein Zwangsgeld festzusetzen und die frühere Verfügung unter erneuter Androhung eines Zwangsgeldes zu wiederholen, § 132 I, II FGG. Allerdings macht die Erfüllung der Eintragungspflicht die Vollstreckung des festgesetzten Zwangsgeldes unzulässig und das Zwangsgeld ist aufzuheben⁶⁸⁶, da es sich bei der Zwangsgeldfestsetzung nur um ein Beugemittel zur Durchsetzung der vorgeschriebenen öffentlich-rechtlichen Pflichten handelt. Eine Säumnis soll hierüber nicht bestraft werden⁶⁸⁷. Folglich muss der von der Zwangsgeldfestsetzung ausgehende Anreiz zu einer unverzüglichen Handelsregistereintragung als sehr gering eingeschätzt werden.

Des Weiteren leidet die Effektivität der Zwangsgeldfestsetzung auch dadurch, dass Ordnungsvorschrift nur in Deutschland, nicht aber im Ausland – auch nicht im EU-Ausland – vollzogen werden können⁶⁸⁸.

Da jedoch die Anmeldung und Eintragung der zuziehenden EU-ausländischen Gesellschaft in das deutsche Handelsregister mit Zeit und Kosten verbunden ist und gleichzeitig, mangels effektiver Sanktionen, eine Motivation zur unverzüglichen Eintragung fehlt, kann sich hieraus ein erhebliches Missverhältnis zwischen den in Deutschland registermäßig erfassten und den tatsächlich vorhandenen ausländischen Zweigniederlassungen ergeben. Insofern liegen zwar derzeit keine genauen statistischen Angaben vor, aber Schätzungen zufolge sind im Zeitraum Anfang 2004 bis Mitte 2005 ca. 20 000 englische Limiteds⁶⁸⁹ in Deutschland errichtet worden,

⁶⁸² Zum Zwangsgeldverfahren Keidel/Krafka/Willer, Rn. 2351 ff; zu § 14 HGB: Roth in Koller/Roth/Morck, § 14; Krafka in MüKo, § 14.

⁶⁸³ So u.a. Leible/Hoffmann EuZW 2003, 677 ff; Wachter DStR 2005, 1817 ff.

⁶⁸⁴ Wachter DStR 2005, 1817 ff.

⁶⁸⁵ Wachter DStR 2005, 1817 ff.

⁶⁸⁶ Roth in Koller/Roth/Morck, § 14 Rn. 5.

⁶⁸⁷ Krafka in MüKo, § 14 Rn. 1.

⁶⁸⁸ Lutter in Lutter, S. 9; Rehberg in Eidenmüller, S. 156: Das Zwangsgeld kann zwar gegen eine Person im Ausland festgesetzt werden, dennoch läuft das Zwangsgeldverfahren in diesen Situationen regelmäßig leer, insbesondere da die Ordnungsgewalt an der Staatsgrenze endet. Mankowski schlägt in Hirte/Bücker, S. 359 f diesbezüglich vor, dass man zur Problembehebung an die Einrichtung einer Abwesenheitspflegschaft gem. §§ 8, 10 ZustErgG denken könnte.

⁶⁸⁹ Wachter DStR 2005, 1817 ff; die Zahlen beruhen auf einer Schätzung des Companies House. Da dort Scheinauslandsgesellschaften nicht gesondert geführt werden, wurde die Anzahl derjenigen Neugründung zugrunde gelegt, bei denen die directors ihren Wohnsitz in Deutschland haben.

wobei im Jahr 2005 nicht mehr als ca. 5000 Limiteds registermäßig erfasst waren⁶⁹⁰. Bereits diese Zahlen lassen an der Effektivität der Zwangsgeldfestsetzung erhebliche Zweifel aufkommen. Zusätzlich könnte dieses Problem durch die Rechtsprechung des BGH vom 14.3.2005⁶⁹¹ (hierzu gleich), in der die persönliche Haftung bei Nichteintragung ablehnt wird, weiter verstärkt werden.

Folglich kann die analoge Anwendung des § 14 HGB nicht gem. Art. 10 EG die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts gewährleisten, da das Zwangsgeldverfahren die Eintragung nicht effektiv sicherstellt⁶⁹².

(b) Analoge Anwendung des § 11 II GmbHG

Allerdings stehen auch der analogen Anwendung des § 11 II GmbHG zur Durchsetzung der Handelsregistereintragung der zuziehenden EU-Auslandsgesellschaft Bedenken entgegen⁶⁹³. § 11 II GmbHG bewirkt in seinem originären Anwendungsbereich die persönliche Haftung derjenigen, die vor der Eintragung der deutschen GmbH im Namen der Gesellschaft gehandelt haben. Dabei folgt diese Haftung daraus, dass die Gesellschaft vor ihrer Eintragung noch nicht als juristische Person besteht. Damit müsste – um die Haftung nach § 11 II GmbHG auf eine in Deutschland niedergelassene, noch nicht ins Handelsregister eingetragene englische Limited anwenden zu können – die Eintragung einer EU-ausländischen Zweigniederlassung ins deutsche Handelsregister mit der erstmaligen Eintragung einer deutschen GmbH vergleichbar sein.

Dabei kann für eine Vergleichbarkeit der vorgenannten Konstellationen angeführt werden, dass sowohl bei der Ersteintragung einer deutschen GmbH als auch bei der Eintragung der ausländischen Zweigniederlassung noch keine registermäßige Erfassung im Inland erfolgt ist. Jedoch kommt gerade der erstmaligen Offenlegung entscheidende Bedeutung für den Rechtsverkehr zu, da dieser erst hierüber die Möglichkeit erhält, sich über die Gesellschaft zu informieren. Ferner wird die besondere Bedeutung der Ersteintragung auch durch Art. 5 der 11. Richtlinie hervorgehoben, da hierin nur bei der ersten Eintragung eine vollumfängliche Offenlegung gefordert wird, wohingegen bei weiteren Eintragungen ein Verweis genügt⁶⁹⁴.

Zusätzlich sind die Ersteintragung einer deutschen GmbH und die Eintragung einer englischen Limited auch insofern vergleichbar, als es in beiden Fällen zumindest im Grunde um die Eintragung einer Hauptniederlassung geht. Dies ergibt sich daraus, dass von der in Deutschland niedergelassenen englischen Limited die gesamte wirtschaftliche Tätigkeit ausgehen soll und in England lediglich der Satzungssitz unterhalten wird. Damit errichtet die englische Gesellschaft in Deutschland faktisch ihre Hauptniederlassung, weshalb von einer Vergleichbarkeit gesprochen werden kann.

Ferner kann für die analoge Anwendung des § 11 II GmbHG auf Art. 7 der Publizitätsrichtlinie verwiesen werden. Danach haften die Handelnden vor Erlangung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft persönlich. Im deutschen Recht wird jedoch gem. § 11 I GmbHG die Rechtsfähigkeit an die Eintragung der Gesellschaft geknüpft. Das Privileg des Erlöschens der persönlichen Haftung wird letztlich mit der Erfüllung der Offenlegungspflichten verbunden.

⁶⁹⁰ Da die Handelsregister regional zuständig sind, liegen keine genauen Zahlen hinsichtlich der eingetragenen englischen Limiteds vor. Jedoch wurden selbst in den größeren Registergerichten nur wenige Limiteds eingetragen. Klose-Mokroß DStR 2005, 971 ff; Amtsgericht München 2005 ca. 120 Eintragungen, Amtsgericht Berlin ca. 250 Eintragungen.

⁶⁹¹ BGH vom 14.3.2005, II. ZR 5/2003.

⁶⁹² Wachter DStR 2005, 1817 ff.

⁶⁹³ Hirte EWS 2003, 521 ff; Kindler NZG 2003, 1086 ff; Eidenmüller in Eidenmüller, § 4 Rn. 15 f; Rehberg in Eidenmüller, § 5 Rn. 82, 105.

⁶⁹⁴ Leible/Hoffmann EuZW 2003, 677 ff.

Auch diese Tatsache könnte für eine persönliche Haftung eines ausländischen Gesellschafters bei fehlender Eintragung sprechen⁶⁹⁵.

Allerdings bleibt zu berücksichtigen, dass die Auslandsgesellschaft in ihrem Heimatland ihrer Eintragungspflicht nachgekommen ist und dadurch in ihrem Gründungsland Rechtsfähigkeit erlangt hat. Diese muss auf Grund der Niederlassungsfreiheit im Inland anerkannt werden. Damit spricht dieser Umstand gegen eine Vergleichbarkeit der Rechtslagen, da für eine Haftung nach § 11 II GmbHG ebenso wie für eine Haftung nach Art. 7 der Publizitätsrichtlinie der Gesellschaft die Rechtsfähigkeit fehlen muss.

Darüber hinaus kann auch durch die §§ 13d ff HGB – anders als bei der erstmaligen Eintragung einer Hauptniederlassung – nicht die Rechtsfähigkeit begründet werden, da den §§ 13d ff HGB rein deklaratorische und – anders als bei der Ersteintragung – keine konstitutive Wirkung zukommt⁶⁹⁶.

Des Weiteren ist gegen die analoge Geltung des § 11 II GmbHG auf eine zuziehende EU-Auslandsgesellschaft anzuführen, dass die Haftung der Geschäftsleiter kollisionsrechtlich dem Herkunftslandprinzip unterfällt und damit nach dem Gründungsrecht zu beurteilen ist.

Ferner ist § 11 II GmbHG nach heute herrschender Meinung⁶⁹⁷ gesellschaftsrechtlich und nicht öffentlich-rechtlich einzuordnen, da die Handelndenhaftung nicht länger als Druckmittel zur Durchsetzung der Eintragung verstanden wird. Allerdings ist spätestens seit Inspire Art auf eine EU-Auslandsgesellschaft grundsätzlich ihr heimisches und damit nicht das deutsche Gesellschaftsrecht anzuwenden⁶⁹⁸.

Folglich ist auf Grund der vorgenannten Überlegungen auch die analoge Anwendung des § 11 II GmbHG auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft zur Durchsetzung ihrer Handelsregistereintragungspflicht abzulehnen.

(c) Eigener Ansatz

Da weder die Anwendung des § 14 HGB noch die des § 11 II GmbHG zur Durchsetzung der Handelsregistereintragung einer inländischen englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft vollumfänglich überzeugen kann, muss hierfür eine alternative Lösungsmöglichkeit gefunden werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Sicherstellung der Informationsgewinnung eine wesentliche Bedeutung zukommt, da der EuGH – u.a. in der Entscheidung Inspire Art – von der Verwirklichung des Gläubigerschutzes über eine umfassende Aufklärungsmöglichkeit (Informationsmodell) ausgeht⁶⁹⁹. Durch die Gewährleistung der Transparenz⁷⁰⁰ der Rechtsverhältnisse soll die Sicherheit des Handelsverkehrs in Europa ermöglicht werden, so dass eine sofortige und vollständige Erfüllung der Offenlegungspflichten der Beteiligten zwingend erforderlich ist⁷⁰¹.

Da von dem Konzept der Handelndenhaftung gem. § 11 II GmbHG auf Grund der vorgenannten Gründe kein Gebrauch gemacht werden kann, muss als Ausgangspunkt für die Sicherstellung der

⁶⁹⁵ Leible/Hoffmann EuZW 2003, 677 ff.

⁶⁹⁶ Lutter in Lutter, S. 13.

⁶⁹⁷ Lutter/Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 11 Rn. 21; Hueck/Fastrich in Baumbach Hueck, § 11 Rn. 41; Schmidt in Scholz, § 11 Rn. 92.

⁶⁹⁸ Eidenmüller in Eidenmüller, § 4 Rn. 16.

⁶⁹⁹ Wachter DStR 2005, 1817 ff.

⁷⁰⁰ Insbesondere durch Eintragung, Firmierung und Angaben auf Geschäftsbriefen.

⁷⁰¹ Wachter DStR 2005, 1817 ff.

Eintragung einer ausländischen Gesellschaft das in § 14 HGB geregelte Zwangsgeldverfahren herangezogen werden. Dieses ist jedoch grundlegend zu verbessern, da anderenfalls – wie bereits oben erläutert – die Effektivität der Durchsetzung der Handelsregistereintragung nicht sichergestellt werden kann.

Dabei ist es zur Verbesserung des Zwangsgeldverfahrens gem. § 14 HGB zunächst erforderlich, dass die Registergerichte zuverlässig von einer ausländischen Zweigniederlassung Kenntnis erlangen. Insofern sollte eine Meldepflicht der Finanz- und Gewerbeämter eingeführt werden⁷⁰².

Darüber hinaus ist ein Anreiz für die sofortige Anmeldung zur Eintragung zu schaffen. Hierfür ist insbesondere die Verzögerung der Eintragung zu sanktionieren. Dies könnte über die Erhebung eines angemessenen Bußgeldes erfolgen⁷⁰³, dessen Höhe im Vergleich zu den durch die Anmeldung und Eintragung entstehenden Kosten so bemessen sein muss, dass die rechtzeitige Erfüllung der Registerpflichten das geringere Übel darstellt.

Zusätzlich sollte der Höchstbetrag des gem. § 14 HGB zu erhebenden Zwangsgeldes angehoben werden⁷⁰⁴.

Damit die Europarechtskonformität der Maßnahmen sichergestellt werden kann, sind zur Vermeidung von Diskriminierungen ausländischer Zweigniederlassungen die oben angeführten Reformansätze auch gegenüber inländischen Zweigniederlassungen einzuführen. Darüber hinaus sind die vorgenannten Maßnahmen und Sanktionen verhältnismäßig und der Entwurf ist, da hierüber die Erfüllung der Eintragungspflicht grundsätzlich sichergestellt werden kann, auch geeignet. Des Weiteren ist dieses Vorgehen erforderlich, da bei der Anwendung von geringerem Druck nicht mit der Erfüllung der Eintragungspflicht gerechnet werden kann.

(2) Angaben auf Geschäftsbriefen

Neben den Pflichten zur Handelsregistereintragung enthält das nationale Recht weitere Vorschriften, welche die Informationsgewinnung fördern und dadurch den Rechtsverkehr erleichtern. Hierzu zählen unter anderem diejenigen Normen, die gewisse Angaben auf Geschäftsbriefen verlangen⁷⁰⁵.

a) Europarechtlicher Rahmen

Dabei sind in Art. 6 der Zweigniederlassungsrichtlinie, der seinerseits ergänzend auf Art. 1 der Publizitätsrichtlinie verweist, Informationspflichten der Gesellschaften auf Geschäftsbriefen und Bestellscheinen vorgesehen.

Danach haben die Gesellschaften gem. Art. 6 der 11. Richtlinie das Register, bei dem der Akt der Zweigniederlassung geführt wird, sowie die Nummer der Eintragung anzuzeigen. Zusätzlich ist gem. Art. 4 der 1. Richtlinie das Register anzugeben, bei dem der Akt gem. Art. 3 der 1. Richtlinie angelegt worden ist, sowie die Nummer der Eintragung in dieses Register. Des Weiteren müssen die Rechtsform und der Sitz der Gesellschaft aufgeführt werden und für den

⁷⁰² Vgl. hierfür m.w.N. Wachter DStR 2005, 1817 ff; Wachter GmbHR 2006, 793 ff; Leuering ZRP 2006, 201 ff.

⁷⁰³ Wachter DStR 2005, 1817 ff.

⁷⁰⁴ So auch Wachter DStR 2005, 1817 ff; Eidenmüller ZGR 2007, 168 ff.

⁷⁰⁵ Beachte hierbei die seitdem 1.1.2007 in Kraft getretenen Erweiterungen bei den Angaben auf Geschäftsbriefen. Durch das Gesetz über das elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister sind die §§ 37a, 125a HGB, 80 AktG, 35a GmbHG 25a GenG neu gefasst worden. Danach müssen E-Mails, Faxe und Postkarten, die Geschäftsbriefe ersetzen, ebenso wie alle übrigen Geschäftsbriefe die gesetzlichen Pflichtangaben enthalten.

Fall, dass sich die Gesellschaft in Liquidation befindet, ist auch diese Tatsache kenntlich zu machen. Ist auf dem Schriftstück das Gesellschaftskapital angegeben, muss das gezeichnete und eingezahlte Kapital mitgeteilt werden.

Damit stellt sich die Frage, ob im nationalen Recht nur die Vorgaben der Richtlinie umgesetzt werden dürfen oder weiter reichende Anforderungen aufgestellt werden können. Dabei ist dies auf Grund der Formulierung des Art. 6 der 11. Richtlinie („Die Mitgliedstaaten *schreiben vor*⁷⁰⁶ ...“) wesentlich schwerer festzustellen als im Rahmen des Art. 2 I der 11. Richtlinie („Die Pflicht zur Offenlegung nach Artikel 1 erstreckt sich *lediglich*⁷⁰⁷ ...“).

Dennoch kann wohl auf Grund eines Vergleichs des Art. 6 der 11. Richtlinie mit Art. 8 der 11. Richtlinie und Art. 2 der 1. Richtlinie von der abschließenden Wirkung des Art. 6 ausgegangen werden. Sowohl in Art. 8 der 11. Richtlinie als auch in Art. 2 der 1. Richtlinie wird durch die Verwendung des Wortes „mindestens“ eindeutig betont, dass die Richtlinie einen Mindeststandard setzt und darüber hinausgehende Anforderungen möglich sind. Damit muss als Umkehrschluss davon ausgegangen werden, dass bei dem Fehlen eines entsprechenden Hinweises die abschließende Wirkung feststeht⁷⁰⁸.

Darüber hinaus ist der Sinn und Zweck der Zweigniederlassungsrichtlinie zu berücksichtigen. Danach soll die Zweigniederlassungsrichtlinie nicht nur dem Geschäftspartner der Gesellschaft über die Möglichkeit der Informationserlangung Schutz gewähren, sondern auch den Gesellschaften selbst Sicherheit bieten, indem die an sie zu stellenden Anforderungen klar umrissen werden.

Zusätzlich ist auf die Ausführungen des EuGH unter den Rn. 66 und 69 der Entscheidung Inspire Art zu verweisen. Der EuGH hat unter Rn. 66 die Frage nach der abschließenden Harmonisierung der Offenlegungspflichten durch die Zweigniederlassungsrichtlinie aufgeworfen und ist dabei insbesondere auf die Art. 2 und Art. 6 (Offenlegung bei Geschäftsbriefen und Bestellscheinen) der Richtlinie eingegangen. Ferner ist der Gerichtshof in seinen unter Rn. 69 aufgeführten Erörterungen zu dem Schluss gelangt, dass von einer abschließenden Harmonisierung ausgegangen werden muss. Zwar stand insofern vorwiegend Art. 2 der 11. Richtlinie zur Diskussion, allerdings erscheint ein Rückschluss auf Art. 6 der Zweigniederlassungsrichtlinie möglich, da der EuGH unter Rn. 66 neben Art. 2 der 11. Richtlinie explizit auch auf Art. 6 der 11. Richtlinie hingewiesen hat.

b) Nationale Umsetzung

Im nationalen Recht bestehen mehrere Normen⁷⁰⁹, welche die Angaben auf Geschäftsbriefen regeln, wobei insbesondere die § 35a GmbHG⁷¹⁰ und § 37a HGB⁷¹¹ für die Geschäftsbriefe von Gesellschaften von Bedeutung sind⁷¹².

⁷⁰⁶ Hervorgehoben durch die Verfasserin.

⁷⁰⁷ Hervorgehoben durch die Verfasserin.

⁷⁰⁸ Rehberg in Eidenmüller, S. 159 f.

⁷⁰⁹ Weitere Normen bezüglich Angaben auf Geschäftsbriefen: u.a. § 15a GewO, § 25a GenG, § 125a HGB, § 80 AktG. Da die vorgenannten Bestimmungen allerdings für die vorliegende Konstellation nicht relevant sind, werden sie auch nicht weiter besprochen.

⁷¹⁰ Für die Anwendung des § 35a GmbHG Wachter NotBZ 2004, 41 ff; siehe allgemein zu § 35a GmbHG Schmidt in Achilles/Ensthaler/Schmidt, § 35a; Altmeppen in Altmeppen/Roth, § 35a; Spahlinger/Wegen in Spahlinger/Wegen, S. 168.

⁷¹¹ Für die Anwendung von § 37a HGB Rehberg in Eidenmüller, S. 160; siehe allgemein zu § 37a HGB Krebs in MüKo, § 37a; Ruß in Heidelberger Kommentar, § 37a; Hopt in Baumbach/Hopt, § 37a.

⁷¹² Beachte hierbei die seitdem 1.1.2007 in Kraft getretenen Erweiterungen bei den Angaben auf Geschäftsbriefen. Durch das Gesetz über das elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das

Dabei soll über diese Vorschriften zur Erleichterung und Sicherung des Rechtsverkehrs die Offenlegung eines Mindestmaßes an Informationen sichergestellt werden⁷¹³. Folglich muss der Begriff des Geschäftsbriefes weit ausgelegt werden und erfasst damit jede schriftliche Mitteilung⁷¹⁴, welche die geschäftliche Betätigung nach außen betrifft. Hierfür muss das Schriftstück an einen bestimmten Empfänger gerichtet sein, ohne dass ein individueller Zuschnitt oder eine bestimmte Art des Zugangs erforderlich wäre. Jedoch ist ein interner oder privater Schriftverkehr genauso wenig ausreichend wie ein allgemeines Werbeschreiben⁷¹⁵.

Allerdings enthalten beide vorgenannten Normen Offenlegungspflichten, die über dasjenige hinausgehen, was in der 11. Richtlinie vorgesehen ist. Dabei handelt es sich bei § 37a HGB um die Angaben bezüglich der Firma und den Ort der Niederlassung und bei § 35a GmbHG um die in Abs. I geforderten Informationen betreffend den Geschäftsführer und – bei Bestehen eines Aufsichtsrates – den Aufsichtsratsvorsitzenden. Da jedoch die Zweigniederlassungsrichtlinie und damit auch Art. 6 der Richtlinie abschließend ist (s.o.), können die vorbezeichneten Angaben nicht von einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft verlangt werden.

Umgekehrt umfasst § 37a HGB nicht alle Angaben, die in Art. 6 der Zweigniederlassungsrichtlinie i.V.m. Art. 4 der Publizitätsrichtlinie vorgesehen sind. So sind gem. § 37a HGB – in Abweichung zu den oben bezeichneten Richtlinien – keine Äußerungen bezüglich des Satzungssitzes und der Rechtsform zu tätigen. Allerdings muss zur Erzielung eines europarechtskonformen Ergebnisses bei einer in Deutschland niedergelassenen EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited die Offenlegung all derjenigen Tatsachen gefordert werden, die in der 11. Richtlinie enthalten sind⁷¹⁶.

Damit sollte für die in Deutschland niedergelassene englische Limited § 35a IV GmbHG und nicht § 37a HGB herangezogen werden. § 35a GmbHG ist bereits deshalb besser geeignet als § 37a HGB, weil er auf Kapitalgesellschaften zugeschnitten ist, wohingegen sich § 37a HGB auf den Einzelkaufmann bezieht. Dabei gilt § 37a HGB zwar auf Grund des § 33 I, IV HGB auch für juristische Personen, allerdings nur für solche, die nicht bereits Formkaufmänner i.S.d. § 6 II HGB sind. Damit fallen z.B. der ein Handelsgewerbe betreibende rechtsfähige Verein (§§ 21 ff BGB), der wirtschaftliche Verein (§ 22 BGB) und der Idealverein unter § 33 HGB. Dahingegen ist § 33 HGB nicht auf eine AG und eine GmbH anwendbar, da für diese Gesellschaftsformen nur die Vorschriften der jeweils einschlägigen Gesetze eingreifen sollen⁷¹⁷. Da die englische Limited keinerlei Ähnlichkeiten mit denjenigen juristischen Personen aufweist, die unter § 33 I HGB subsumiert werden, umgekehrt aber mit einer deutschen GmbH vergleichbar ist, ist auf eine englische Limited § 35a GmbHG und nicht § 37a HGB anzuwenden. Darüber hinaus hat der § 35a GmbHG durch das Gesetz zur Umsetzung der Zweigniederlassungsrichtlinie der EG einen entsprechenden Abs. IV erhalten, der sich speziell mit der Thematik einer Zweigniederlassung

Unternehmensregister sind die §§ 37a, 125a HGB, 80 AktG, 35a GmbHG 25a GenG neu gefasst worden. Danach müssen E-Mails, Faxe und Postkarten, die Geschäftsbriefe ersetzen, ebenso wie alle übrigen Geschäftsbriefe die gesetzlichen Pflichtangaben enthalten.

⁷¹³ Schmidt in Achilles/Ensthaler/Schmidt, § 35a Rn. 1.

⁷¹⁴ Beachte hierbei die seitdem 1.1.2007 in Kraft getretenen Erweiterungen bei den Angaben auf Geschäftsbriefen. Durch das Gesetz über das elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister sind die §§ 37a, 125a HGB, 80 AktG, 35a GmbHG 25a GenG neu gefasst worden. Danach müssen E-Mails, Faxe und Postkarten, die Geschäftsbriefe ersetzen, ebenso wie alle übrigen Geschäftsbriefe die gesetzlichen Pflichtangaben enthalten.

⁷¹⁵ Schmidt in Achilles/Ensthaler/Schmidt, § 35a Rn. 2 f.

⁷¹⁶ Rehberg in Eidenmüller, S. 159.

⁷¹⁷ Hopt in Baumbach/Hopt, § 33 Rn. 1.

auseinandersetzt, wohingegen weder § 33 HGB noch § 37a HGB hierfür eine Regelung enthalten.

c) Sanktionsmöglichkeiten bei Nichtbeachtung

Sollte man dennoch § 37a HGB auf eine EU-ausländische Gesellschaft zur Anwendung bringen, so sieht diese Norm in Abs. IV als Sanktion für ihre Nichtbeachtung/nicht vollständige Beachtung das Eingreifen des § 14 HGB und damit die Festsetzung von Zwangsgeld vor⁷¹⁸.

Stützt man dahingegen die Offenlegungspflichten bei Geschäftsbriefen und Bestellscheinen auf § 35a GmbHG, so erfolgt bei einem Verstoß ebenfalls – allerdings gem. § 79 I GmbHG – die Festsetzung von Zwangsgeld⁷¹⁹.

Damit führt eine Zuwiderhandlung gegen die vorbezeichneten Normen⁷²⁰ nur zur Festsetzung von Zwangsgeld, nicht aber zur Unwirksamkeit der Willenserklärungen, da es sich bei den Regelungen um Ordnungsvorschriften, nicht aber um Wirksamkeitsvoraussetzungen handelt⁷²¹.

d) Stellungnahme

Wie allerdings bereits im Rahmen der Offenlegungspflichten bei der Registereintragung aufgeführt wurde, bestehen an der Effektivität der Zwangsgeldandrohung Zweifel (s.o.).

Gleichzeitig sind die Mitgliedstaaten jedoch – ebenso wie bei der Registereintragung – gem. Art. 12 der 11. Richtlinie verpflichtet, geeignete Maßnahmen für den Fall anzudrohen, dass die vorgeschriebenen Angaben auf den Geschäftsbriefen und Bestellscheinen fehlen. Darüber hinaus sind die Mitgliedstaaten nach ständiger Rechtsprechung des EuGH gem. Art. 10 EG dazu angehalten, wenn eine Bestimmung des Gemeinschaftsrechts für den Fall ihrer Verletzung keine eigenen Sanktionsbestimmung enthält oder insoweit auf nationale Rechts- oder Verwaltungsvorschriften verweist, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten. Den Mitgliedsländern verbleibt die Wahl der Sanktion, wobei sie dabei nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln vorgehen müssen, wie bei nach Art und Schwere gleichen Verstößen gegen nationales Recht. Die Sanktion muss wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein⁷²².

Insofern ist anzuregen, die Zwangsgeldandrohung in Anlehnung an den Vorschlag bei Verstößen gegen die Registerpflicht zu verschärfen. Demnach soll bereits eine Verzögerung sanktioniert und die Höhe des einzelnen Zwangsgeldes angehoben werden.

Um die Europarechtskonformität zu gewährleisten und eine diskriminierungsfreie Anwendung sicherzustellen, sollten Zuwiderhandlungen inländischer Gesellschaften, die ebenfalls entsprechende Angaben auf den Geschäftsbriefen und Bestellscheinen machen müssen, gleichermaßen geahndet werden.

⁷¹⁸ Schmidt in Achilles/Ensthaler/Schmidt, § 35a Rn. 13; Altmeppen in Altmeppen/Roth, § 35a Rn. 7 ff.

⁷¹⁹ Schmidt in Achilles/Ensthaler/Schmidt, § 35a Rn. 13; Altmeppen in Altmeppen/Roth, § 35a Rn. 7 ff.

⁷²⁰ Siehe zu den zivilrechtlichen Folgen einer Zuwiderhandlung u.a. Altmeppen in Altmeppen/Roth, § 35a Rn. 8; Schmidt in Achilles/Ensthaler/Schmidt, § 35a Rn. 14. Der Verstoß gegen die Angabepflicht auf Geschäftsbriefen und Bestellscheinen kann zu einer Rechtscheinhaftung führen. Darüber hinaus ist an die Möglichkeit der Anfechtung gem. §§ 119, 123 BGB sowie an Schadenersatzansprüche über § 311 II BGB zu denken. Zusätzlich könnte eine Haftung gem. § 823 II BGB (§ 35a GmbHG ist entsprechend seinem Zweck ein Schutzgesetz) oder § 826 BGB in Betracht kommen

⁷²¹ Schmidt in Achilles/Ensthaler/Schmidt, § 35a Rn. 13; Altmeppen in Altmeppen/Roth, § 35a Rn. 7.

⁷²² Siehe hierzu unter Rn. 61, 62 der Entscheidungsbegründung zu Inspire Art.

(3) Publizität der Rechnungslegungspflichten

Eine weitere Publizitätspflicht ergibt sich für eine in Deutschland niedergelassene englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft aus § 325a HGB⁷²³.

a) Europarechtlicher Rahmen

§ 325a HGB regelt die Publizität der Rechnungslegungspflichten und ist – ebenso wie §§ 13d ff HGB – durch eine Umsetzung der 11. Richtlinie (Art. 3 der Zweigniederlassungsrichtlinie) in das nationale Recht aufgenommen worden⁷²⁴.

b) Nationale Umsetzung

Demnach sind die inländischen Zweigniederlassungen von Gesellschaften mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat gem. § 325a HGB verpflichtet, die Unterlagen der Rechnungslegung der Hauptniederlassung, die nach dem für die Hauptniederlassung maßgeblichen Recht erstellt, geprüft und offengelegt wurden, nach den §§ 325, 328, 329 I HGB offenzulegen. Allerdings bezieht sich diese Verpflichtung nur auf Informationen der Hauptniederlassung, wohingegen die Offenlegung der Unterlagen der Zweigniederlassung nicht von § 325a HGB erfasst wird⁷²⁵.

Da die Vorschriften zur Aufstellung, Prüfung und Offenlegung im Anwendungsbereich des § 325a HGB weitgehend durch EG-Richtlinien⁷²⁶ harmonisiert wurden, ist die Aussagekraft der veröffentlichten Informationen weitgehend gesichert.

Gem. § 325a I 3 HGB sind die Unterlagen grundsätzlich in deutscher Sprache einzureichen, wobei gem. § 325a I 4 HGB auch die Einreichung in englischer Sprache möglich ist.

Allerdings bestehen gegen § 325a I 4 HGB europarechtliche Bedenken, da dieser zu einer indirekten Diskriminierung von Gesellschaften aus Mitgliedstaaten führt, die ihre Rechnungslegung weder auf deutsch noch auf englisch vornehmen. Folglich ist § 325a I 4 HGB europarechtskonform auszulegen, so dass es zur Vermeidung einer Diskriminierung allen mitgliedstaatlichen Gesellschaften möglich sein muss, ihre Unterlagen in ihrer Heimatsprache einzureichen. Etwas anderes wird nur dann der Fall sein, wenn sich der deutsche Gesetzgeber dazu entschließt, die Privilegierung der englischen Sprache aufzuheben und dadurch einen diskriminierungsfreien Zustand herzustellen⁷²⁷.

c) Sanktion bei Nichtbeachtung

Verstößt eine Gesellschaft gegen die in § 325a HGB geregelte Offenlegungspflicht, sind in § 335a HGB Sanktionen vorgesehen⁷²⁸.

⁷²³ Siehe hierzu m.w.N. Kirnberger in Heidelberger Kommentar, § 325a; Morck in Koller/Roth/Morck, § 325 a; Merkt in Baumbach/Hopt, § 325a; Fehrenbacher in MüKo, § 325a; Spahlinger/Wegen in Spahlinger/Wegen, S. 152 f, 169; Riegger ZGR 2004, 511 ff; Drouven/Mödl NZG 2007, 7 ff.

⁷²⁴ § 325a HGB wurde durch das Gesetz zur Umsetzung der 11. Richtlinie vom 27.7.1993 in das HBG eingeführt. Siehe hierzu auch BGBl. 1993 I S. 1281.

⁷²⁵ Fehrenbacher in MüKo, § 325a Rn. 2, 9; Merkt in Baumbach/Hopt, § 325a Rn. 1.

⁷²⁶ 4. EG-Richtlinie (Bilanzrichtlinie vom 25.7.1978, ABLEG Nr. L 222/11); Harmonisierung der Bilanzierung; 7. EG-Richtlinie (Konzernrichtlinie vom 13.6.1983 ABLEG Nr. L 193/1); Vereinheitlichung der Konzernrechnungslegung; 8. EG-Richtlinie (Abschlussprüfungsrichtlinie vom 14.4.1984): Angleichung der Qualifikation der Prüfer und der durchzuführenden Prüfung.

⁷²⁷ Rehberg in Eidenmüller, S. 161.

⁷²⁸ Siehe hierzu: Fehrenbacher in MüKo, § 325a Rn. 26; Quedenfeld in MüKo, § 335a.

Danach ist gem. 335a 1 Nr. 2 HGB i.V.m. § 140a II FGG ein Ordnungsgeld anzudrohen und eine Frist von sechs Wochen festzusetzen, innerhalb derer die gesetzliche Verpflichtung zu erfüllen oder Einspruch einzulegen ist. Eine Fristverlängerung ist nicht möglich.

Dabei wird – anders als beim Zwangsgeldverfahren gem. § 14 HGB – nach ergebnislosem Fristablauf das Ordnungsgeld festgesetzt und unabhängig von einer späteren Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtungen beigetrieben. Allerdings erledigt sich auch das Ordnungsgeld, wenn innerhalb der Frist der Offenlegungspflicht nachgekommen bzw. Einspruch eingelegt wird, so dass eine Verspätung allein – wie auch beim Zwangsgeldverfahren – keinen negativen Konsequenzen nach sich zieht.

Des Weiteren erfolgt das Ordnungsgeldverfahren nur auf Antrag, wobei die Antragsstellung durch jedermann erfolgen und der Antrag nicht zurückgenommen werden kann.

d) Stellungnahme

Damit ist zur Verbesserung der Umsetzung der Offenlegungspflichten aus § 325a HGB eine Verschärfung des § 335a HGB anzuregen.

Hierfür sollte bereits die verspätete Erfüllung der Offenlegungspflichten sanktioniert und das Registergericht vom Amts wegen tätig werden können. Dadurch könnte eine zuverlässigere und zeitnahe Erfüllung der Publizitätspflichten gewährleistet werden.

Um jedoch die Europarechtskonformität sicherzustellen und eine diskriminierungsfreie Anwendung zu gewährleisten, müsste eine dahingehende Gesetzesänderung für in- und ausländische Kapitalgesellschaften gleichermaßen eingreifen.

2) Firmierung

Neben den Fragen betreffend die Publizitätspflichten einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft, stellen sich auch im Zusammenhang mit der Firmierung der ausländischen Gesellschaft zahlreiche weitere Probleme⁷²⁹.

Dabei versteht man im deutschen Recht unter der Firma einer Gesellschaft den Namen, unter dem ein Kaufmann⁷³⁰ seine Geschäfte führt und prozessual in Erscheinung tritt⁷³¹, wobei die Bildung und Verwendung der Firma des Kaufmanns in den §§ 17 ff HGB geregelt wird.

Die Firma einer Gesellschaft ist deshalb von großer Bedeutung, weil sie im Geschäftsverkehr Außenwirkung entfaltet und damit zur Vertrauensbildung bei anderen Marktteilnehmern

⁷²⁹ Sieht hierzu u.a.: Süß DNotZ 2005, 180 ff; Mankowski in Hirte/Bücker, S. 366 ff; Hopt in Baumbach/Hopt, § 13d Rn. 4, § 17 Rn. 48 f; Spahlinger/Wegen in Spahlinger/Wegen, S. 149 ff; Rehberg in Eidenmüller, S. 141 ff; Heckschen in Schröder, S. 106 ff; Schmidt in Lutter, S. 16 ff; LG Limburg/Lahn, Beschl. v. 15.9.2005 – 6 T 2/05; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 29.12.2005 – 20 W 315/05.

⁷³⁰ Betreibt eine in Deutschland niedergelassene englische Limited ein Handelsgewerbe, so ist sie nach deutschem Recht als Kaufmann gem. § 1 HGB anzusehen. Durch die Eintragung der Zweigniederlassung im Handelsregister wird gem. § 5 HGB unwiderleglich vermutet, dass das von der Gesellschaft betriebene Gewerbe ein Handelsgewerbe i.S.d. § 1 HGB darstellt. Darüber hinaus finden auf eine in Deutschland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft in der Regel – im Wege der Substitution – § 6 I HGB i.V.m. § 13 III GmbHG (bzw. § 3 I AktG) Anwendung.

⁷³¹ Hopt in Baumbach/Hopt, § 17 Rn. 4.

beitragen kann. Sie ermöglicht die Identifikation des Marktteilnehmers und bezweckt zusätzlich über die Grundsätze der Firmenwahrheit und -klarheit den Schutz der Marktordnung⁷³².

Dementsprechend wird in zahlreichen Vorschriften, wie z.B. in den §§ 13d ff HGB (s.o.), die Offenlegung der Firma verlangt. Allerdings enthalten die entsprechenden Normen regelmäßig keine eigene Definition des Firmenbegriffs, sondern lehnen sich insoweit an die Vorgaben der §§ 17 ff HGB an.

Allerdings lässt sich aus den europäischen Richtlinien – wie z.B. der Zweigniederlassungsrichtlinie –, auf denen etliche nationale Bestimmungen wie auch die §§ 13d ff HGB beruhen (s.o.), keine Bezugnahme auf einen allgemeingültigen Firmenbegriff entnehmen. Verlangt jedoch zum Beispiel Art. 2 d der Zweigniederlassungsrichtlinie die Offenlegung der Firma, kann nicht allein auf nationales Recht zurückgegriffen werden, sondern es ist primär die Richtlinie als Maßstab heranzuziehen⁷³³. Darüber hinaus ist die Zweigniederlassungsrichtlinie seit Inspire Art als abschließend zu betrachten⁷³⁴. Abweichungen hiervon sind nur möglich, wenn ausdrücklich Ausnahmen von diesem Grundsatz vorgesehen werden. Damit dürfen die Mitgliedstaaten den EU-Auslandsgesellschaften keine über die Richtlinie hinausgehenden Verpflichtungen auferlegen (s.o.)⁷³⁵.

Deshalb stellen sich nachfolgend die Fragen, wie (1) das Firmenrecht international privatrechtlich anzuknüpfen ist, (2) welche Möglichkeiten einer Sonderanknüpfung gegeben sind und (3) wie eine zulässige Firma im Einzelnen auszusehen hat.

(1) Internationales Privatrecht

Hierfür ist zunächst zu ermitteln, wie das Firmenrecht in international privatrechtlicher Hinsicht zu beurteilen ist.

a) Anknüpfungsmöglichkeiten

Dabei herrscht jedoch in Bezug auf die international privatrechtliche Einordnung des Firmenrechts Uneinigkeit.

Nach einer Ansicht⁷³⁶ ist das Firmenrecht dem Gesellschaftsstatut zuzuordnen, so dass für die Firma das Heimatrecht – und damit bei einer englischen Limited das englische Recht – einschlägig wäre. Dies ergebe sich aus Art. 10 EGBGB, da der Name einer Person anhafte und dementsprechend grundsätzlich dem Personalstatut unterliegen müsse. Zwar beziehe sich Art. 10 EGBGB nur auf natürliche Personen, jedoch sei die analoge Anwendung auf juristische Personen durchaus denkbar⁷³⁷.

⁷³² Eidenmüller/Rehm ZGR 2004, 159 ff.

⁷³³ Rehberg in Eidenmüller, S. 141.

⁷³⁴ Leible/Hoffmann EuZW 2003, 677 ff befürworten auf Grund der Schutzziele der 11. RL diese Interpretation. Hierüber sollen die Personen, die mit der Gesellschaft in Kontakt treten durch Informationen geschützt und die niederlassungsberechtigten Gesellschaften vor übermäßigen Offenlegungspflichten bewahrt werden. Ohne die abschließende Wirkung könnte das für die Gesellschaften erklärte Schutzziel nicht erreicht werden.

⁷³⁵ Rehberg in Eidenmüller, S. 142; Zimmer NJW 2003, 3585 ff; Ausführungen des EuGH unter Rn. 66 ff der Entscheidungsbegründung zu Inspire Art.

⁷³⁶ Mankowski in Hirte/Bücker, S. 366; Hopt in Baumbach/Hopt, § 17 Rn. 48; Rehberg in Eidenmüller, S. 142; Eidenmüller/Rehm ZGR 2004, 159 ff; Geyrhalter/Gänßler NZG 2003, 409 ff; Hirsch/Britain NZG 2003, 1100 ff; Leible/Hoffmann EuZW 2003, 677 ff.

⁷³⁷ Mankowski in Hirte/Bücker, S. 366; Hopt in Baumbach/Hopt, § 17 Rn. 48.

Dahingegen ist das Firmenrecht nach einer anderen Ansicht⁷³⁸ gebietsbezogen anzuknüpfen, so dass bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited das deutsche Recht maßgeblich wäre. Zur Begründung dieser Ansicht wird primär darauf hingewiesen, dass es sich bei dem Firmenrecht um Ordnungsrecht handle, weshalb eine gebietsbezogene Anknüpfung vorzunehmen sei⁷³⁹.

Nach einer weiteren Ansicht⁷⁴⁰ muss bei der Anknüpfung des Firmenrechts danach differenziert werden, ob eine Vorschrift die Berechtigung zur Namensführung betrifft oder ob einer Norm eine marktordnungsrechtliche Klarstellungs- und Warnfunktion zukommt. Ersterenfalls müsse das Firmenrecht auf Grund des Art. 10 EGBGB dem Gesellschaftsstatut zugeordnet werden, wohingegen zweiterenfalls wegen des ordnungsrechtlichen Charakters eine gebietsbezogene Anknüpfung vorzunehmen sei⁷⁴¹.

b) Stellungnahme

Nachdem im vorangegangenen Abschnitt die unterschiedlichen international privatrechtlichen Anknüpfungsmöglichkeiten vorgestellt wurden, werden diese nachfolgend einer abschließenden Stellungnahme unterzogen.

(a) Anknüpfung an den Ort der Niederlassung

Dabei ist mit dem Hinweis auf den stark ordnungsrechtlichen Bezug und den keinesfalls rein privatrechtlichen Charakter der Firma ein triftiges Argument für die Anwendung des Firmenrechts am Orte der Niederlassung vorgetragen worden.

Allerdings wird bei dieser Ansicht der Zusammenhang zwischen der Gesellschaft an sich und ihrem Namen nicht hinreichend berücksichtigt. Ferner kann die uneingeschränkte Anwendung des deutschen Firmenrechts zu einer unzulässigen Doppelbelastung der ausländischen Gesellschaften führen. Die Gesellschaft würde bei ihrer Gründung firmenrechtlich zunächst dem Recht ihres Heimatlandes unterliegen, da die Firma bei der Registereintragung der Gesellschaft nach dem Gründungsrecht überprüft wird. Zusätzlich wäre die zuziehende Gesellschaft aber dann auch noch dem deutschen Firmenrecht unterworfen. Eine derartige Belastung kann jedoch nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt werden.

Folglich ist die Ansicht, die bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited uneingeschränkt das deutsche Firmenrecht zur Anwendung bringen möchte, abzulehnen.

(b) Vermittelnde Ansicht

Dahingegen ist zu Gunsten der vermittelnden Ansicht anzuführen, dass es hierüber möglich ist, die Hauptargumente der beiden anderen Ansichten zusammenzuführen und damit die positiven Aspekte beider Argumentationslinien zu vereinen.

Allerdings weist der vermittelnde Vorschlag insofern einen entscheidenden Nachteil auf als seine praktische Umsetzung Probleme bereiten würde. Denn hierbei stellt sich die Frage, welche Normen des Firmenrechts der Klarstellungs- und Warnfunktion dienen (Sitzrecht) und welche sich mit der Berechtigung zur Namensführung beschäftigen (Gründungsrecht). Da jedoch die

⁷³⁸ Spahlinger/Wegen in Spahlinger/Wegen, S. 149; Kindler NJW 2003, 1073 ff; Zimmer in Ebenroth/Boujong/Joost, Anh. § 17 Rn. 29; Hopt in Baumbach/Hopt, § 17 Rn. 48; Borges ZIP 2004, 733 ff; Ebert/Levedag GmbH 2003, 1337 ff; LG Limburg/Lahn, Beschl. v. 15.9.2005 – 6 T 2/05.

⁷³⁹ Spahlinger/Wegen in Spahlinger/Wegen, S. 149; Kindler NJW 2003, 1073 ff.

⁷⁴⁰ Eidenmüller/Rehm NZG 2004, 183 ff.

⁷⁴¹ Eidenmüller/Rehm NZG 2004, 183 ff.

Vorschriften des Firmenrechts oftmals in beide Bereiche hineinreichen, kann eine eindeutige Zuordnung erhebliche Schwierigkeiten bereiten.

Demzufolge muss auch diese Ansicht abgelehnt werden.

(c) Anknüpfung an das Gründungsrecht

Damit hat die Beurteilung der Firma nach dem Gründungsstatut⁷⁴² zu erfolgen.

Hierfür ist zunächst auf das oben angeführte Argument aus Art. 10 EGBGB zu verweisen. Darüber hinaus kann dieses Ergebnis auch aus der Niederlassungsfreiheit selbst begründet werden. Auf Grund der neueren EuGH-Entscheidungen (insbesondere Überseering und Inspire Art) hat das Zuzugsland die EU-ausländische Gesellschaft anzuerkennen. Da jedoch der Name der Gesellschaft ein wesentlicher Bestandteil ihrer Identität ist, muss auch dieser grundsätzlich nach ihrem Heimatrecht geachtet werden. Damit würde die Notwendigkeit, die Firma an das jeweilige Niederlassungsland anzupassen, eine erhebliche und nicht zu rechtfertigende Einschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen. Eine mögliche Zersplitterung des Namens würde den Aufbau eines good will und die Marktrepputation der eingeführten Firma wesentlich erschweren, so dass sich eine Gesellschaft bereits deshalb an dem Gebrauch der Niederlassungsfreiheit gehindert sehen könnte.

(d) Schutz des inländischen Rechtsverkehrs

Darüber hinaus kann der Schutz des inländischen Rechtsverkehrs auch dann gewährleistet werden, wenn nicht ausschließlich das jeweilige nationale Recht maßgeblich ist.

Diesbezüglich ist zunächst darauf hinzuweisen, dass auf eine ausländische Gesellschaft die Vorschriften des inländischen Firmenschutzes Anwendung finden können. Zwar richtet sich der Schutz einer festgestellten Firma grundsätzlich ebenfalls nach dem Gesellschaftsstatut, aber auf Grund der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (PVÜ) bildet gem. §§ 2, 8 PVÜ das Recht am Deliktort eine Obergrenze. Damit ergibt sich rein praktisch der Schutz der ausländischen Firma nach inländischem Recht⁷⁴³. So muss sich z.B. die ausländische Firma am deutschen Wettbewerbs- und Markenrecht messen lassen, wodurch unter anderem Irreführungen und Verwechslungsgefahren entgegengewirkt werden kann.

Zusätzlich ist teilweise eine Sonderanknüpfung an das deutsche Firmenrecht möglich (siehe hierzu den nachfolgenden Abschnitt).

(2) Möglichkeit der Sonderanknüpfung an inländisches Firmenrecht

Nachdem im vorangegangenen Abschnitt geklärt wurde, dass sich die Firma der zuziehenden EU-Auslandsgesellschaft grundsätzlich nach deren Heimatrecht richtet, ist in diesem Kapitel zu ermitteln, wie – trotz der Geltung des Gründungsrechts – die inländischen Schutzinteressen hinreichend gewahrt werden können. Hierfür wird nachfolgend auf die Möglichkeit der gesonderten Anknüpfung bestimmter Regelungen des deutschen Firmenrechts eingegangen⁷⁴⁴.

Dabei ist bei der Prüfung der Sonderanknüpfungsfähigkeit bestimmter Normen des deutschen Firmenrechts entscheidend zu berücksichtigen, dass das deutsche Firmenrecht vielfach

⁷⁴² Damit ist für eine englische Limited grundsätzlich der Business Names Act 1985, der Company and Business Names Regulations 1981 und der Companies Act 1985 einschlägig.

⁷⁴³ Mankowski in Hirte/Bücker, S. 366.

⁷⁴⁴ Mankowski in Hirte/Bücker, S. 367 f.

öffentliche Anliegen verfolgt, wodurch eine Sonderanknüpfung begünstigt wird⁷⁴⁵. Hierbei ist insbesondere an diejenigen Vorschriften des deutschen Firmenrechts zu denken, die der Identifikation der Gesellschaft dienen und eine Irreführung vermeiden sollen.

Folglich werden anschließend die Kerngedanken des deutschen Firmenrechts, namentlich a) die Firmenwahrheit und -unterscheidbarkeit, b) die Firmeneinheit, c) die Firmenbeständigkeit und Firmenöffentlichkeit sowie d) die Firmenfortführung, besprochen und auf ihre Sonderanknüpfungsfähigkeit überprüft. Anschließend wird unter e) das Ergebnis der vorangegangenen Erörterungen zusammengefasst.

a) Firmenwahrheit und -unterscheidbarkeit

Zunächst wird auf die Firmenwahrheit und -unterscheidbarkeit eingegangen⁷⁴⁶.

(a) Firmenwahrheit und -unterscheidbarkeit im nationalem Recht

Dabei fordert § 18 I HGB für die Firmenwahrheit und -unterscheidbarkeit die Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft der Firma. Dadurch soll eine individuelle Zuordnung des jeweiligen Marktteilnehmers möglich sein.

Ferner wird die vorgenannte Norm durch § 30 I, III HGB ergänzt, der seinerseits die Unterscheidbarkeit der einzutragenden Firma von den am selben Ort oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden Firmen verlangt.

Des Weiteren wird die Verschiedenheit der Firmen für den überörtlichen Bereich über § 15 III MarkenG sichergestellt.

Zusätzlich darf eine Firma gem. § 18 II HGB keine Angaben enthalten, die geeignet sind, über die geschäftlichen Verhältnisse, die für den angesprochenen Verkehrskreis wesentlich sind, irrezuführen. Hierdurch soll ein unlauterer Wettbewerb mit firmenrechtlichen Mitteln bekämpft werden. Darüber hinaus können insofern die §§ 1, 3 UWG und §§ 5 II 1 Var. 2, 15 MarkenG auch für den überörtlichen Bereich Schutz bieten.

(b) Möglichkeit der Sonderanknüpfung

Nachdem die im deutschen Recht enthaltenen Vorschriften zur Sicherstellung der Firmenwahrheit und -unterscheidbarkeit dargestellt wurden, wird anschließend auf deren Sonderanknüpfungsfähigkeit eingegangen.

Dabei sollen diese – trotz der Geltung des Firmenrechts des Gründungslandes – grundsätzlich auch auf eine im Inland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft zur Anwendung gelangen können. Dies folgt aus der Tatsache, dass über die vorbezeichneten Regelungen starke öffentliche Interessen verfolgt werden, die eine Anknüpfung an den Ort der Niederlassung ermöglichen⁷⁴⁷.

Ergibt sich allerdings aus dem Eingreifen der Grundsätze der Firmenwahrheit und -unterscheidbarkeit die Notwendigkeit, die Firma einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft

⁷⁴⁵ Rehberg in Eidenmüller, S. 143.

⁷⁴⁶ Siehe hierzu u.a. Schmidt in Lutter, S. 27 ff; Rehberg in Eidenmüller, S. 143 ff; Mankowski in Hirte/Bücker, S. 368 ff.

⁷⁴⁷ Rehberg in Eidenmüller, S. 143 ff; Schmidt in Lutter, S. 29 ff.

umzugestalten, muss sich dies am Europarecht und hierbei an den Art. 43, 48 EG messen lassen⁷⁴⁸.

Da die Änderung der Firma mit erheblichen Nachteilen für die zuziehende Gesellschaft – z.B. bezüglich des good will – verbunden sein kann, ist insofern von einer rechtfertigungsbedürftigen Beschränkung der Niederlassungsfreiheit auszugehen.

Allerdings muss ein durch die Grundsätze der Firmenwahrheit und -unterscheidbarkeit initiiertes Eingreifen in die Niederlassungsfreiheit als grundsätzlich gerechtfertigt eingestuft werden. Hierüber können die Lauterkeit des Handelsverkehrs und der Verbraucherschutz sichergestellt werden, die wiederum durch den Gerichtshof als zwingende Allgemeininteressen anerkannt sind⁷⁴⁹. Dabei ist jedoch das durch den EuGH zu Grunde gelegte Verbraucherleitbild eines vernünftigen, umsichtigen, sorgfältigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers, der Informationen kritisch aufnehmen und bewerten kann, zu berücksichtigen⁷⁵⁰. Damit hat eine europarechtskonforme Auslegung zu erfolgen, die insbesondere über das Merkmal der Wesentlichkeit in § 18 II HGB vorgenommen werden kann. Daraus ergibt sich, dass u.a. an das Irreführungsverbot nicht die strengen deutschen Maßstäbe angelegt werden dürfen, sondern eine europarechtskonforme Beurteilung erfolgen muss. Nicht jede Firmenbezeichnung, die nach deutschen Maßstäben als irreführend einzustufen wäre, kann damit auch bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited als irreführend beurteilt werden⁷⁵¹. Des Weiteren ist die Geltung der Grundsätze der Firmenwahrheit und -unterscheidbarkeit auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft auch deshalb gerechtfertigt, weil eine diskriminierungsfreie Anwendung sichergestellt ist – die Firma einer deutschen Gesellschaft wird von den vorgenannten Grundsätzen gleichermaßen betroffen – und das Eingreifen der oben angeführten Vorschriften zur Wahrung der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes geeignet und erforderlich ist.

b) Firmeneinheit

Nachdem im vorangegangenen Kapitel festgestellt wurde, dass die Grundsätze der Firmenwahrheit und -unterscheidbarkeit auch auf eine in Deutschland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft Anwendung finden können, wird nun im folgenden Abschnitt auf den Grundsatz der Firmeneinheit eingegangen und dessen Geltung auf eine zuziehende ausländische Gesellschaft überprüft.

(a) Erörterung der Firmeneinheit

Dabei folgt aus dem Grundsatz der Firmeneinheit der Umstand, dass eine Handelsgesellschaft nur eine Firma führen kann. Die Firma soll die Identifikation einer Gesellschaft ermöglichen, wofür der Grundsatz der Firmeneinheit zwingende Voraussetzung ist.

Allerdings kann die Zweigniederlassung einer Gesellschaft, die zwar nur ein unselbstständiger Teil eines Gesamtunternehmens ist, als Ausnahme von dem Grundsatz der Firmeneinheit eine eigene Firma führen. Jedoch muss aus der Firma der Zweigniederlassung die Zugehörigkeit der Gesellschaft zur Hauptniederlassung erkennbar sein⁷⁵².

⁷⁴⁸ Dahingegen kann hierfür der Zweigniederlassungsrichtlinie keine Bedeutung zukommen, da diese die Aspekte der Irreführung und Unterscheidbarkeit nicht behandelt.

⁷⁴⁹ Siehe hierzu die Ausführungen unter Rn. 140 der Entscheidungsbegründung zu Inspire Art.

⁷⁵⁰ Siehe hierzu z.B. die Entscheidung Clinique EuGH Rs. C-315/92, Slg. 1994, I-317 Rn. 22 f.

⁷⁵¹ Rehberg in Eidenmüller, S. 145.

⁷⁵² Ob hierfür ein entsprechender Zusatz ausreicht oder ein einheitlicher Firmenkern verwendet werden muss, ist streitig, siehe hierzu u.a. BayObLG 19.3.1992, BayObLGZ 1992, 59, 61 f.

(b) Möglichkeit der Sonderanknüpfung

Damit stellt sich auch hier die Frage, ob bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited der Grundsatz der Firmeneinheit einschlägig ist.

Hierbei ist zunächst festzustellen, dass die Firma als Name des Handelsgeschäfts dem Personalstatut zuzuordnen ist und damit bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited dem englischen Recht unterliegt (s.o.).

Dennoch ist von dem Eingreifen des Grundsatzes der Firmeneinheit auf eine in Deutschland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft auszugehen, da insofern eine Sonderanknüpfung möglich sein muss. Der Grundsatz der Firmeneinheit soll Irreführungen (ähnlich wie bei §§ 18, 30 HGB) verhindern und eine eindeutige Identifikation ermöglichen. Da hierüber gerade dem öffentlichen Interesse Rechnung getragen wird, muss eine Sonderanknüpfung an das nationale Recht grundsätzlich zulässig sein.

Darüber hinaus treten bei der Geltung des Grundsatzes der Firmeneinheit bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited keine europarechtlichen Bedenken auf, da die durch die Anwendbarkeit dieses Grundsatzes hervorgerufenen wirtschaftlichen Beeinträchtigungen nur als Niederlassungsmodalität einzustufen sind. Denn der Anforderung der Firmeneinheit ist bereits dann genüge getan, wenn die Gesellschaft im Inland den gleichen Namen führt wie in ihrem Gründungsland. Insofern kann nicht von einer Einschränkung der Niederlassungsfreiheit ausgegangen werden und ein Verstoß gegen die Art. 43, 48 EG scheidet aus. Darüber hinaus können die Gesellschaften, unabhängig von der von ihnen geführten Firma, unterschiedliche Ladenbezeichnungen führen, so dass auch deshalb eine wesentliche Beeinträchtigung ausgeschlossen ist.

Zusätzlich ist auf Art. 2 I d) der Zweigniederlassungsrichtlinie hinzuweisen, aus dem sich ebenfalls ergibt, dass eine Gesellschaft grundsätzlich nur eine Firma führen darf⁷⁵³.

Folglich ist der in Deutschland geltende Grundsatz der Firmeneinheit auch auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited anwendbar.

c) Firmenbeständigkeit

Des Weiteren gilt in Deutschland der Grundsatz der Firmenbeständigkeit, der wiederum in den §§ 21-24 HGB geregelt ist.

Dabei verfolgt der Grundsatz der Firmenbeständigkeit den Zweck, den Firmenwert zu erhalten, wofür sogar teilweise eine Durchbrechung des Grundsatzes der Firmenwahrheit möglich ist⁷⁵⁴. Allerdings stößt der Grundsatz der Firmenbeständigkeit dann an seine Grenzen, wenn die Firmenbeständigkeit zu einer Irreführung führen kann⁷⁵⁵.

Damit stellt sich erneut die Frage, ob auch der Grundsatz der Firmenbeständigkeit auf eine in Deutschland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited Anwendung finden kann.

⁷⁵³ Rehberg in Eidenmüller S. 146.

⁷⁵⁴ Rehberg in Eidenmüller, S. 146 f.

⁷⁵⁵ Hopt in Baumbach/Hopt, § 22 Rn. 1.

(a) Nicht sonderanknüpfungsfähige Normen

Allerdings ist hierbei erneut zu bedenken, dass die Vorschriften betreffend die Firmenbeständigkeit dem Firmenrecht unterfallen und damit grundsätzlich dem Personalstatut der Gesellschaft unterliegen. Demnach ist bei einer englischen Limited im Grunde das englische Firmenrecht einschlägig.

Des Weiteren dienen die §§ 21 ff HGB durch die Erhaltung des Firmenwertes vorwiegend den Interessen der Gewerbetreibenden und kommen damit weniger dem Schutz des allgemeinen Wirtschaftsverkehrs zugute⁷⁵⁶.

Infolgedessen ist eine vollständige Sonderanknüpfung der §§ 21 ff HGB bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited nicht möglich⁷⁵⁷.

(b) Möglichkeit zur Sonderanknüpfung

Jedoch muss eine Sonderanknüpfung der vorbezeichneten Normen insoweit möglich sein, als eine Regelung neben der Sicherstellung der Firmenbeständigkeit auch dem Verkehrsschutz dient.

Diesbezüglich ist insbesondere an § 23 HGB zu denken, der die Veräußerung der Firma ohne das dazugehörige Handelsgeschäft untersagt. Damit kann § 23 HGB vor Leerübertragungen der Firma schützen und dadurch verhindern, dass die Öffentlichkeit darüber getäuscht wird, wer tatsächlich hinter der Firma steht. Ferner bleibt durch die Unterbindung des Auseinanderfallens von Unternehmen und Kennzeichnung die Funktion der Firma als Herkunftsangabe erhalten⁷⁵⁸.

Damit kommt § 23 HGB auch dem Verkehrsschutz zugute, so dass eine Sonderanknüpfung des § 23 HGB möglich ist und diese Norm grundsätzlich auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft zur Anwendung gelangen kann. Insbesondere ist die Geltung des § 23 HGB auf eine EU-Auslandsgesellschaft auch unter europarechtlichen Gesichtspunkten zulässig. § 23 HGB stellt lediglich eine Niederlassungsmodalität dar, da hierüber nicht die Veräußerung der Firma untersagt wird, sondern hierfür nur bestimmte Vorgaben aufgestellt werden, die zu europarechtlich unbedenklichen Einschränkungen führen⁷⁵⁹.

(c) Mittelbare Bedeutung des Grundsatzes der Firmenbeständigkeit

Nachdem im vorangegangenen Abschnitt festgestellt wurde, dass die Normen betreffend die Firmenbeständigkeit nun eingeschränkt sonderanknüpfungsfähig sind, muss in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen werden, dass den §§ 21 ff HGB für eine in Deutschland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft dennoch mittelbare Bedeutung zukommen kann⁷⁶⁰. Denn den §§ 21 ff HGB kann für die inhaltliche Bestimmung ausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe Aussagekraft zukommen. Ist beispielsweise zu ermitteln, ob eine bestimmte Tatsache irreführend ist und damit zu einem Verstoß gegen den – oben ausgeführten und auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft anwendbaren – Grundsatz der Firmenwahrheit führt, ist zu berücksichtigen, ob für den Fall der Geltung der §§ 21 ff HGB die gleiche Konstellation durch den Grundsatz der Firmenbeständigkeit gedeckt wäre. Müsste danach eine Irreführung ausscheiden, ist auch bei einer im Inland niedergelassenen englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft eine Irreführung abzulehnen⁷⁶¹.

⁷⁵⁶ Rehberg in Eidenmüller, S. 146 f.

⁷⁵⁷ Rehberg in Eidenmüller, S. 146 f.

⁷⁵⁸ Hopt in Baumbach/Hopt, § 23 Rn. 1, 2.

⁷⁵⁹ Rehberg in Eidenmüller, S. 147.

⁷⁶⁰ Rehberg in Eidenmüller, S. 147.

⁷⁶¹ Rehberg in Eidenmüller, S. 147.

d) Firmenfortführung

Des Weiteren kann es im deutschen Recht gem. § 25 HGB zu einer Haftung derjenigen Personen kommen, die ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz fortführen. Dabei umfasst die Haftung grundsätzlich alle im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers⁷⁶².

Damit stellt sich erneut die Frage, ob § 25 HGB auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft anwendbar ist.

Hierbei bereitet jedoch bereits die rechtliche Einordnung des § 25 HGB große Schwierigkeiten, da bezüglich der Festlegung des Haftungsgrundes Uneinigkeit besteht⁷⁶³. Allerdings ist eine Zuordnung der vorgenannten Haftungsfigur elementar um festzustellen, ob § 25 HGB auch auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft zur Anwendung gelangen kann.

Diesbezüglich hat die frühere Rechtsprechung⁷⁶⁴ angenommen, dass der Grund für eine Haftung nach § 25 HGB darin begründet liegt, dass es sich bei der Geschäfts- und Firmenfortführung um eine Einstehensklärung an die Öffentlichkeit handelt. Dahingegen geht die neuere Rechtsprechung teilweise davon aus, dass es sich hierbei um eine typisierte Rechtsscheinhaftung handelt. Des Weiteren reichen die im Schrifttum vertretenen Meinungen von einer Schuldübernahme durch typisierte Erklärung⁷⁶⁵ bis hin zur Erfüllungsübernahme mit dispositiver Außenwirkung⁷⁶⁶. Ferner wird die Ansicht vertreten, dass der Grund für eine Haftung in der Kontinuität des Unternehmens nach außen – Fortführung des Handelsgeschäfts und der Firma – begründet liegt⁷⁶⁷.

Allerdings muss maßgeblich berücksichtigt werden, dass § 25 HGB von seinem Schutzzweck her das Anliegen verfolgt, den Gläubigern die Aktiva eines Unternehmens zu sichern. Denn die Gegenleistung bei einem Verkauf – zumeist Geld – stellt für die Gläubiger keinen adäquaten Haftungersatz dar, da das Risiko, dass das durch den Verkauf erlangte Geld anderweitig verbraucht wird, groß ist⁷⁶⁸. Demnach stellt § 25 HGB eine gläubigerschützende Norm dar, die, da sie die Grundstruktur der Gesellschaft berührt, dem Gesellschaftsstatut zuzuordnen ist. Das Gesellschaftsstatut bestimmt sich jedoch spätestens seit der Entscheidung Inspire Art nach dem Gründungsrecht der zuziehenden Gesellschaft.

Dementsprechend ist in diesem Bereich bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited das englische Gesellschaftsrecht einschlägig⁷⁶⁹ und die Anwendbarkeit des § 25 HGB scheidet grundsätzlich aus⁷⁷⁰.

e) Ergebnis

Damit lässt sich abschließend feststellen, dass die Kerngedanken des deutschen Firmenrechts nur teilweise auf eine in Deutschland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited eingreifen können.

⁷⁶² Hopt in Baumbach/Hopt, § 25 Rn. 1.

⁷⁶³ Siehe hierzu Hopt in Baumbach/Hopt, § 25 Rn. 1.

⁷⁶⁴ BGH 29, 3; 32, 62; 38; 47.

⁷⁶⁵ Säcker ZGR 1973, 121 ff.

⁷⁶⁶ Lieb in MüKo, § 25 Rn. 9.

⁷⁶⁷ So wohl Hopt in Baumbach/Hopt, § 25 Rn. 1.

⁷⁶⁸ Rehberg in Eidenmüller, S. 148.

⁷⁶⁹ Rehberg in Eidenmüller, S. 148.

⁷⁷⁰ Rehberg in Eidenmüller, S. 148.

Dabei sind die Grundsätze der Firmenwahrheit und -unterscheidbarkeit ebenso wie der Grundsatz der Firmeneinheit auch auf eine in Deutschland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft anwendbar (siehe hierzu a) und b)).

Dahingegen kann der Grundsatz der Firmenbeständigkeit nur eingeschränkt eingreifen, da insofern nur diejenigen Normen des HGB Geltung beanspruchen können, die auch dem Schutz des allgemeinen Wirtschaftsverkehrs dienen (siehe hierzu unter c)).

Ferner wird eine Haftung wegen einer Firmenfortführung bei einer in Deutschland niedergelassenen EU-Auslandsgesellschaft in der Regel ausscheiden (siehe hierzu unter d)).

(3) Firma

Nachdem im vorangegangenen Abschnitt die Grundsätze des deutschen Firmenrechts behandelt wurden, wird im Folgenden die Bildung der Firma einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft erörtert.

Hierfür wird unter a) auf die Frage eingegangen, ob bei der Firma einer inländischen englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft der Rechtsformzusatz auszuschreiben oder abzukürzen ist, unter b) ob der Rechtsformzusatz in Originalsprache geführt oder übersetzt werden muss, unter c) ob das Gesellschaftsstatut in der Firma offenzulegen ist und unter d) ob eine Zweigniederlassung auch einen entsprechenden Zusatz in der Firma zu führen hat.

a) Rechtsformzusatz der Auslandsgesellschaft

Insofern ist zunächst auf die Frage nach der Notwendigkeit zur Führung eines Rechtsformzusatzes einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft einzugehen.

Dabei ordnen die §§ 4 GmbHG, 279 AktG, 19 II HGB, 3 GenG im deutschen Rechtsraum im Interesse des Verkehrsschutzes für die Firma beschränkt haftender Gesellschaften die Aufnahme der Rechtsform und der Haftungsbeschränkung an. Allerdings muss hierbei der Rechtsformzusatz nicht ausgeschrieben werden, sondern es genügt eine allgemein verständliche Abkürzung.

Allerdings kann hinsichtlich der Frage, ob und wie eine in Deutschland niedergelassene englische Limited einen Rechtsformzusatz zu führen hat, nicht ohne weiteres auf die oben angeführten Normen verwiesen werden, da sich die Firma der ausländischen Gesellschaft grundsätzlich nach dem jeweiligen Gründungsrecht richtet (s.o.).

Jedoch muss eine Auslandsgesellschaft – unabhängig von ihrem Gründungsrecht – auf Grund der Art. 2 I d), 8 f) und Art. 6 der Zweigniederlassungsrichtlinie i.V.m. Art 4 Spiegelstrich 2 der Publizitätsrichtlinie – worin eine Offenlegung der Rechtsform vorgesehen ist – einen Rechtsformzusatz führen⁷⁷¹.

⁷⁷¹ Ulmer JZ 1999, 662 ff; für Aktiengesellschaften aus EU-Mitgliedstaaten gilt das bereits auf Grund Art. 1 I 2 der Zweiten (Kapital-)Richtlinie 77/91/EG des Rates vom 13.12.1976. Allerdings ist hinsichtlich der Frage, wie der Rechtsformzusatz auszusehen hat, das Gründungsrecht entscheiden. Das heißt danach richtet es sich, ob z.B. eine englische Limited Ltd oder Ltd. bzw. ltd oder ltd. abzukürzen ist. Beachte zu der Möglichkeit einer Geschäftsleiterhaftung wegen des Weglassens eines Rechtsformzusatzes BGH, Urt. v. 5.2.2007 – II ZR 84/05 (OLG Köln); Altmeppen ZIP 2007, 889 ff.

Allerdings ist die Ausgestaltung des Rechtsformzusatzes umstritten. Insofern wird teilweise aus Gründen der Rechtssicherheit für eine ungekürzte Aufnahme der Rechtsform in Originalsprache plädiert, außer wenn hinsichtlich der Abkürzung eine hinreichende Bekanntheit im Rechtsverkehr eingetreten ist⁷⁷².

Dieser Ansicht kann jedoch nicht zugestimmt werden. Auf Grund der Maßgeblichkeit des Gründungsrechts muss eine im Inland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft jedenfalls dann ihren Rechtsformzusatz abkürzen können, wenn das Gründungsrecht eine entsprechende Möglichkeit vorsieht⁷⁷³. Ferner muss eine EU-Auslandsgesellschaft auch dann zur Abkürzung ihres Rechtsformzusatzes berechtigt sein, wenn eine vergleichbare inländische Rechtsform hierzu befugt ist. Anderenfalls würde sich hieraus eine nicht zu rechtfertigende Diskriminierung der ausländischen Gesellschaft ergeben⁷⁷⁴. Ferner ist zu bedenken, dass auch ein unbekannter Rechtsformzusatz Warnfunktion entfaltet, da er dem Verbraucher die Möglichkeit eröffnet, sich über die Rechtsnatur der Gesellschaft kundig zu machen. Dies ist insbesondere im Hinblick auf das moderne Verbraucherleitbild (s.o.) ausreichend.

Da die englische Limited mit einer deutschen GmbH vergleichbar ist (s.o.) und die deutsche GmbH gem. § 4 GmbHG zur Abkürzung ihres Rechtsformzusatzes berechtigt ist, muss dies auch einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited möglich sein⁷⁷⁵.

b) Originalsprache oder Übersetzung des Rechtsformzusatzes

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob eine inländische EU-Auslandsgesellschaft den Rechtsformzusatz in ihrer Firma in Originalsprache oder in deutscher Übersetzung führen muss.

Dabei ist für die Verwendung der Originalsprache zu plädieren. Denn die Übersetzung in eine andere Sprache birgt immer die Gefahr einer Irreführung und ist folglich abzulehnen⁷⁷⁶.

Damit hat eine in Deutschland niedergelassene englische Limited den Zusatz Ltd., bzw. Limited zu verwenden und muss nicht z.B. die Bezeichnung Gesellschaft mit beschränkter Haftung englischen Rechts wählen.

c) Offenlegung des Gesellschaftsstatuts

Darüber hinaus ist zu klären, ob von einer ausländischen Gesellschaft die Offenlegung ihres Herkunftslandes in der Firma verlangt werden kann⁷⁷⁷.

⁷⁷² Kindler NJW 2003, 1073 ff; Ulmer JZ 1999, 662 ff; LG Göttingen, Beschl. v. 12.7.2005 – 3 T 1/05 für die Ausschreibung zumindest gegenüber Endverbrauchern. Bei der Verwendung gegenüber anderen Unternehmen darf die Abkürzung verwendet werden.

⁷⁷³ So auch Rehberg in Eidenmüller, S. 149; a.A. dahingegen Kindler NJW 2003, 1073 ff; Ulmer JZ 1999, 662 ff, die für die Verwendung eines ungekürzten und in Originalsprache abgefassten Firmenzusatzes plädieren, außer wenn hinsichtlich der Abkürzung bereits eine Verkehrsdurchsetzung eingetreten ist.

⁷⁷⁴ Rehberg in Eidenmüller, S. 149.

⁷⁷⁵ Rehberg in Eidenmüller, S. 149.

⁷⁷⁶ Heckschen in Schröder, S. 107; Spahlinger/Wegen in Spahlinger/Wegen, S. 150; Bokelmann in MüKo, § 13d Rn. 19.

⁷⁷⁷ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass es durchaus fraglich ist, ob durch die Angabe des Gründungslandes positive Effekte für den Gläubigerschutz erzielt werden könne. Der durchschnittliche Verbraucher wird auch bei Kenntnis der Nationalität der Gesellschaft keine Rückschlüsse für seine Entscheidung ziehen bzw. sich dadurch inspirieren lassen, Informationen einzuholen. Dies folgt daraus, dass in der Regel wohl keine besonderen Kenntnisse bezüglich der einzelnen ausländischen Rechtsformen vorhanden sind. Folglich ist ein positiver Effekt eines solchen Zusatzes tendenziell abzulehnen. Ebenso auch Rehberg in Eidenmüller, S. 150.

Insofern enthält das geltende deutsche Recht keine entsprechende Norm⁷⁷⁸. Dies ergibt sich bereits aus § 13e II 4 Nr. 4 HGB, der nur für Gesellschaften aus Drittländern die Offenlegung des Gründungslandes vorschreibt, so dass im Umkehrschluss für eine EU-Auslandsgesellschaft keine parallele Verpflichtung besteht⁷⁷⁹.

Wollte man folglich auch bei einer EU-Auslandsgesellschaft die Offenlegung des Gründungslandes verlangen, müsste eine entsprechende Norm in das deutsche Recht eingeführt werden. Ein solches Vorgehen muss jedoch auf Grund der Zweigniederlassungsrichtlinie als unzulässig abgelehnt werden. Denn gem. Art. 2 d) der Zweigniederlassungsrichtlinie hat eine EU-Auslandsgesellschaft bei ihrem Zuzug in ein anderes Mitgliedsland nur ihre Firma und ihre Rechtsform, nicht aber das Gesellschaftsstatut offen zu legen. Zu einer so weitgehenden Aufklärung sind gem. Art. 8 c) der Zweigniederlassungsrichtlinie nur solche Gesellschaften verpflichtet, die aus einem Drittland stammen. Da jedoch die Zweigniederlassungsrichtlinie infolge der Entscheidung Inspire Art als abschließend betrachtet werden muss, kann das nationale Recht keine darüber hinausgehenden Anforderungen aufstellen, so dass die Pflicht zur Offenlegung des Herkunftslandes bei einer mitgliedstaatlichen Gesellschaft grundsätzlich ausscheidet.

Allerdings muss eine Abweichung von dem vorgenannten Grundsatz zulässig sein, wenn aus dem Rechtsformzusatz die Auslandseigenschaft der Gesellschaft nicht erkennbar wird und damit die Gefahr der Verwechslung mit einer inländischen Rechtsform besteht. Der Firmenzusatz kann dann nicht länger eine Warnfunktion entfalten und dem Gläubiger/Geschäftspartner ist eine Möglichkeit zum Selbstschutz verwehrt. Dabei könnte sich eine solche Verwechslungsgefahr beispielsweise bei einer in Deutschland niedergelassenen österreichischen GmbH ergeben, so dass die Verpflichtung zur Angabe des Gründungsstatuts zulässig sein muss. Dahingegen besteht bei einer inländischen englischen Limited keine Gefahr der Verwechslung mit einer nationalen Gesellschaftsform. Ferner muss der Rechtsformzusatz auch keinen eindeutigen Rückschluss auf das Herkunftsland ermöglichen, so dass allein der Umstand, dass die Bezeichnung Limited nicht nur in England, sondern beispielsweise auch in Irland verwendet wird, nicht dazu berechtigt, Angaben bezüglich des Herkunftslandes zu verlangen. Denn nach dem Informationsmodell genügt die Erkennbarkeit als Auslandsgesellschaft, da sich hieraus die Möglichkeit zur Anstellung weiterer Nachforschungen ergibt⁷⁸⁰.

Damit darf bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited keine Offenlegung des Herkunftslandes in der Firma gefordert werden⁷⁸¹.

⁷⁷⁸ A.A. Ulmer JZ 1999, 662 ff; Paefgen DB 2003, 487 ff; Kindler NJW 2003, 1073 ff.

⁷⁷⁹ Rehberg in Eidenmüller, S. 150.

⁷⁸⁰ Eidenmüller/Rehm NZG 2004, 183 ff; Leible/Hoffmann EuZW 2003, 677 ff; Spahlinger/Wegen in Spahlinger/Wegen, S. 151; Mankowski in Hirte/Bücker, S. 374 f; a.A. Rehberg in Eidenmüller, S. 151: Rehberg geht davon aus, dass die Angabe des Herkunftslandes mit dem Europarecht vereinbar (aber auch nicht zwingend nötig) ist. Zu diesem Ergebnis gelangt er u.a. auf Grund der Äußerung des EuGH unter Rn. 135 der Entscheidungsbegründung zu Inspire Art. Des Weiteren kann nach seiner Ansicht dem Art. 8 c) Zweigniederlassungsrichtlinie keine dahingehende Aussage entnommen werden, dass eine Angabe des Gründungslandes bei EU-Gesellschaften unzulässig ist. Dies begründet er damit, dass bei einer Gesellschaft aus einem Drittstaat das Herkunftsland evtl. nicht bereits durch eine Registerangabe ersichtlich sei, da nicht alle Drittländer ein derartiges Register führen. Folglich müsse auf europäischer Ebene sichergestellt werden, dass das Gründungsland ermittelt werden könne, zumal gerade der Erkennbarkeit des Herkunftslandes großer Stellenwert zukomme.

⁷⁸¹ So auch Leible/Hoffmann EuZW 2003, 677 ff (die allerdings eine dahingehende Offenlegung begrüßen würden); LG Göttingen, Beschl. v. 12.7.2005 – 3 T 1/05.

d) Erforderlichkeit eines Zweigniederlassungszusatzes

Darüber hinaus ist es bei der Firmenbildung einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft streitig⁷⁸², ob diese einen ihre Eigenschaft als Zweigniederlassung anzeigenden Zusatz enthalten muss.

Insofern haben sich u.a. Spahlinger/Wegen⁷⁸³ für die Verwendung eines entsprechenden Zusatzes ausgesprochen. Denn nach ihrer Ansicht ist ein solcher Zusatz zur Sicherung der Grundsätze der Firmenwahrheit und -klarheit erforderlich. Erst ein Zweigniederlassungszusatz könne die wahren Rechtsverhältnisse offenbaren und damit die Gefahr einer Täuschung verhindern.

Allerdings kann der vorgenannten Argumentation nicht gefolgt werden. Die Grundsätze der Firmenwahrheit und -klarheit machen einen Zusatz bereits deshalb nicht erforderlich, weil es sich bei der Zweigniederlassung um einen rechtlich unselbstständigen Teil eines Unternehmens handelt. Damit berechtigten und verpflichten Verträge mit der Zweigniederlassung das Unternehmen als Ganzes. Rein rechtlich besteht damit im Grunde kein Unterschied, ob mit der Haupt- oder der Zweigniederlassung kontrahiert wird. Dementsprechend kann auch nicht von einer Täuschung gesprochen werden⁷⁸⁴. Des Weiteren ist ein solcher Zusatz auch nicht grundsätzlich bei der Zweigniederlassung einer deutschen Gesellschaft erforderlich, so dass die generelle Notwendigkeit eines entsprechenden Zusatzes zu einer nicht zu rechtfertigenden Beschränkung der Niederlassungsfreiheit führen könnte.

Dahingegen soll nach einer anderen Ansicht⁷⁸⁵ ein Zweigniederlassungszusatz für eine in Deutschland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft nur dann notwendig sein, wenn auch eine deutsche Zweigniederlassung einen entsprechenden Zusatz führen müsste, d.h. wenn die Hauptniederlassung und die Zweigniederlassung unterschiedlich firmieren. Insofern sei wegen des Grundsatzes der Firmenwahrheit ein solcher Zusatz erforderlich, da anderenfalls ein Zusammenhang der Zweigniederlassung mit der Hauptniederlassung nicht erkennbar sei.

Dabei ist in Bezug auf die vorgenannte Ansicht festzustellen, dass die Notwendigkeit zur Verwendung eines Zweigniederlassungszusatzes auf Grund der Gleichbehandlung einer inländischen und einer ausländischen Zweigniederlassung keine diskriminierende Wirkung entfalten würde. Des Weiteren ist der Grundsatz der Firmenwahrheit auch auf eine in Deutschland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft anzuwenden (s.o.) und zur Wahrung dieses Grundsatzes könnte in den vorgenannten Fällen die Führung eines entsprechenden Zusatzes durchaus erforderlich sein.

Dahingegen hält eine weitere Ansicht⁷⁸⁶ die Verwendung eines Zweigniederlassungszusatzes grundsätzlich nicht für notwendig. Ein solcher könne freiwillig geführt werden und sei nur in Einzelfällen aus § 30 III HGB erforderlich⁷⁸⁷. Zunächst sei zu bedenken, dass es sich bei der im Inland niedergelassenen Auslandsgesellschaft in der Regel um eine Zweigniederlassung handle.

⁷⁸² Für die Notwendigkeit eines solchen Zusatzes: Spahlinger/Wegen in Spahlinger/Wegen, S. 150; gegen einen Zweigniederlassungszusatz: Heckschen in Schröder, S. 107 f.

⁷⁸³ Spahlinger/Wegen in Spahlinger/Wegen, S. 149.

⁷⁸⁴ Heckschen in Schröder, S. 108.

⁷⁸⁵ So für die Zweigniederlassung einer inländischen Gesellschaft Ammon in Röhrich/Graf von Westphalen, § 13 Rn. 7; in diese Richtung auch für Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften das LG Frankfurt a.M. in seinem Beschluss vom 3.2.2005 – 3 – 16 T 42/04. Allerdings bleibt in der Entscheidung offen, ob tatsächlich ein Zusatz erforderlich ist, wenn die Niederlassung eine unterschiedliche Firma führt.

⁷⁸⁶ Rehberg in Eidenmüller, S. 152 f; Roth in Koller/Roth/Morck, § 13d Rn. 7; Heckschen in Schröder, S. 108.

⁷⁸⁷ Rehberg in Eidenmüller, S. 152 f; Roth in Koller/Roth/Morck, § 13d Rn. 7; Heckschen in Schröder, S. 108.

Ihre Eigenschaft als Zweigniederlassung sei dann aber aus dem Register und den Geschäftsbriefen ersichtlich, da auf Grund des Art. 2 I a), b) und des Art. 6 der Zweigniederlassungsrichtlinie die Anschrift und die Tätigkeit der Gesellschaft beim Register sowie das Register und die Eintragsnummer auf den Geschäftsbriefen offen gelegt werden müssten. Ferner sei zu bedenken, dass ein Zweigniederlassungszusatz die Eigenschaft der Gesellschaft als Zweigniederlassung besonders betone und damit gerade bei einer inländischen Scheinauslandsgesellschaft eine Irreführung hervorrufen könne, da im Gründungsstaat gerade keine Niederlassung im wirtschaftlichen Sinne bestehe⁷⁸⁸. Zusätzlich könne auf § 13d II Hs. 2 HGB verwiesen werden. Danach sei bei der Firma einer Zweigniederlassung ein entsprechender Zusatz nur dann in das Handelsregister einzutragen, wenn der Firma auch tatsächlich ein solcher Zusatz beigefügt sei. Folglich gehe der Gesetzgeber nicht zwingend von der Notwendigkeit der Eintragung/Führung eines Zweigstellenzusatzes aus⁷⁸⁹.

Damit ist abschließend festzustellen, dass auf Grund der Rechtsprechung des EuGH und wegen des Inhalts der Zweigniederlassungsrichtlinie der letztgenannten Ansicht zu folgen ist. Dementsprechend soll ein Zweigniederlassungszusatz grundsätzlich nicht erforderlich sein. Der EuGH hat in der Entscheidung Inspire Art unter der Rn. 135 festgestellt, dass es ausreichend ist, wenn die Auslandseigenschaft einer Gesellschaft erkennbar ist⁷⁹⁰. Hierfür genügt jedoch bereits der Rechtsformzusatz. Die Eigenschaft der Gesellschaft als Zweigniederlassung spielt insofern keine Rolle. Ferner folgt aus Art. 2 I d) der Zweigniederlassungsrichtlinie – umgesetzt durch § 13 d II Hs. 2 HGB – nur dann die Pflicht zur Offenlegung der Firma der Zweigniederlassung, wenn diese von der Hauptniederlassung abweicht. Daraus ergibt sich, dass die Firma der Zweigniederlassung mit derjenigen der Hauptniederlassung übereinstimmen kann, aber nicht muss. Die Zweigniederlassungsrichtlinie ist abschließend (s.o.). Sieht die Richtlinie eine bestimmte Offenlegung nicht vor, kann sie – außer die Richtlinie enthält selbst eine Ausnahme – nicht verlangt werden. Zwar regelt die Richtlinie nur die Offenlegung und nicht die Firmenbildung, dennoch ist ihr wohl die fehlende Erforderlichkeit der Aufnahme eines Zusatzes zu entnehmen⁷⁹¹.

Folglich genügt es für eine in Deutschland niedergelassene englische Limited, einen Rechtsformzusatz zu führen, aus dem die Eigenschaft als Auslandsgesellschaft erkennbar wird. Ein weiterer Zusatz, der sie als Zweigniederlassung auszeichnet, ist nur ausnahmsweise erforderlich.

e) Ergebnis

Damit können in Bezug auf die Firmierung einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft folgende abschließenden Feststellungen getroffen werden. Die in Deutschland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited ist dazu verpflichtet, in ihrer Firma einen Rechtsformzusatz zu führen. Dabei muss dieser allerdings nicht ausgeschrieben werden, sondern kann auch in verständlicher Weise abgekürzt werden. Ferner ist der Rechtsformzusatz in Originalsprache und nicht in deutscher Übersetzung in die Firma aufzunehmen. Des Weiteren muss die Gesellschaft grundsätzlich nicht ihr Gesellschaftsstatut in der Firma offen legen und die Firma muss auch regelmäßig keinen Zweigniederlassungszusatz enthalten.

⁷⁸⁸ Rehberg in Eidenmüller, S. 152 f; Roth in Koller/Roth/Morck, § 13d Rn. 7; Heckschen in Schröder, S. 108.

⁷⁸⁹ Wachter BB 2005, 1289 ff.

⁷⁹⁰ Siehe hierzu die Entscheidungsgründe zu Inspire Art; Wachter BB 2005, 1289 ff.

⁷⁹¹ Wachter BB 2005, 1289 ff.

3) Haftungsfiguren und Handlungspflichten

Nachdem nun in den vorangegangenen Abschnitten die Publizitätspflichten und die Firmierung bei einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft/englischen Limited besprochen wurden, beschäftigt sich das folgende Kapitel mit der Anwendbarkeit (1) der inländischen Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften, (2) der Durchgriffshaftung, (3) der Insolvenzantragspflicht, (4) der Insolvenzverschleppungshaftung, (5) der Massesicherung und (6) des Verkehrsrechts auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited⁷⁹².

(1) Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften

Zunächst wird auf die Anwendbarkeit der deutschen Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften bei einer im Inland niedergelassenen englischen Limited eingegangen⁷⁹³. Hierfür werden die deutschen Vorschriften vorab knapp erläutert und die europarechtlichen Bedenken bezüglich ihrer Geltung auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft dargelegt⁷⁹⁴.

Dabei kann hinsichtlich der deutschen Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsnormen festgestellt werden, dass diese der Förderung des Gläubigerschutzes dienen, da sie der Gesellschaft ein Vermögen verschaffen und erhalten (wollen), das grundsätzlich nicht das gesetzliche Mindeststammkapital unterschreiten darf.

Hierfür müssen die Gesellschaftsgründer zunächst gem. §§ 3 I Nr. 4, 5 GmbHG durch die Übernahme von Stammeinlagen ein Stammkapital der Gesellschaft aufbringen. Des Weiteren sind zum Schutz des Gesellschaftsvermögens Sacheinlagen genau zu bezeichnen (§ 5 IV GmbHG), um hierdurch das Risiko einer Überbewertung zu minimieren. Ferner greift gem. § 9 GmbHG für den Fall, dass der Wert einer Sacheinlage dennoch zu hoch angesetzt wurde, eine Differenzhaftung ein. Zusätzlich setzt § 7 II, III GmbHG eine Mindesteinlagepflicht fest, die vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister erfüllt sein muss. Ferner ist im Recht der GmbH zur Sicherung des Gesellschaftskapitals eine Vorbelastungs- und Verlustdeckungshaftung vorgesehen. Darüber hinaus kann die Einlagepflicht nicht erlassen und gem. §§ 19 ff GmbHG auch keine Aufrechnung vorgenommen werden. Damit soll im Interesse der Gläubiger sichergestellt werden, dass der GmbH zumindest ein dem Stammkapital entsprechendes Vermögen in bar, in Sachwerten oder als vollwertige Einlageforderung erhalten bleibt. Des Weiteren wird das Gesellschaftsvermögen dadurch geschützt, dass gem. § 30 GmbHG an die Gesellschafter keine Auszahlungen geleistet werden dürfen, wenn und soweit nicht das Gesellschaftsvermögen das Stammkapital übersteigt. Zu Unrecht geleistete Auszahlungen müssen gem. § 31 GmbHG zurückerstattet werden⁷⁹⁵. Ferner können gem. §§ 32a, b GmbHG u.a. Darlehen, die der Gesellschaft von einem Gesellschafter zu einem Zeitpunkt gewährt wurden, zu dem der Gesellschaft Eigenkapital zugeführt werden musste, in der Insolvenz nur als nachrangige Insolvenzforderungen geltend gemacht werden (§ 39 I Nr. 5 InsO)⁷⁹⁶.

⁷⁹² Siehe hierzu bei Vetter ZGR 2005, 788 ff eine ausführliche Auseinandersetzung mit der GmbH-Gesellschafterhaftung. Dabei zielt der Aufsatz zwar nicht speziell auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited ab, obwohl auch dieses Thema angesprochen wird, jedoch bietet der Aufsatz einen grundlegenden Einblick zu den unterschiedlichen Möglichkeiten des Gläubigerschutzes bei Kapitalgesellschaften.

⁷⁹³ Vgl. hierzu m.w.N. Borges ZIP 2004, 733 ff; Ulmer NJW 2004, 1201 ff; Vetter BB 2006, Heft 36, Die Erste Seite; Lieder DZWIR 2005, 399 ff; Merkt ZGR 2004, 305 ff.

⁷⁹⁴ Beachte allerdings Kapitel VIII zur Besprechung des MoMiG. Hierbei wird unter Abschnitt 2) (3) auf die vorgesehenen Änderungen bezüglich der Kapitalerhaltung eingegangen.

⁷⁹⁵ Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, Einl. Rn. 20.

⁷⁹⁶ Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, Einl. Rn. 21.

Damit zeigt sich, dass das deutsche Recht einen umfassenden Normenkomplex zur Sicherstellung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung enthält. Allerdings weisen die oben angeführten Normen insofern eine entscheidende Schwäche auf, als hierüber nicht gewährleistet werden kann, dass der Gesellschaft ein dem Geschäftsvolumen angemessenes Stammkapital zur Verfügung steht. Infolgedessen verbleibt für die Gläubiger der Gesellschaft trotz der oben angeführten Normen ein erhebliches Ausfallrisiko.

Ferner ist hinsichtlich der Frage, ob die vorgenannten Normen auf eine im Inland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft angewendet werden können, zu berücksichtigen, dass die Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsnormen teilweise beträchtlich in die Struktur der zuziehenden Kapitalgesellschaft eingreifen. Insofern ist insbesondere auf die zahlreichen Verpflichtungen der Gesellschafter und deren Haftungsrisiken hinzuweisen. Folglich kann die Geltung der vorgenannten Normen auf eine in Deutschland domizilierende englische Limited zu einer Beeinträchtigung des Rechts auf freie Niederlassung führen.

Demnach herrscht innerhalb der deutschen Literatur bezüglich der inländischen Kapitalaufbringungsvorschriften – insbesondere auch auf Grund der Entscheidung Inspire Art, in welcher der Gerichtshof die Anwendbarkeit der niederländischen Mindestkapitalvorschriften auf die zuziehende englische Limited als nicht mit der Niederlassungsfreiheit der Gesellschaft vereinbar angesehen hat – grundsätzlich Einigkeit darüber, dass diese nicht auf eine zuziehende EU-Auslandsgesellschaft anwendbar sind.

Dahingegen ist die Frage nach der Geltung der inländischen Kapitalerhaltungsnormen bei einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft weiterhin unklar und wird in der deutschen Literatur unterschiedlich beurteilt. Dementsprechend werden nachfolgend unter a) diejenigen Argumente erörtert, die gegen und unter b) diejenigen, die für die Geltung der inländischen Kapitalerhaltungsnormen angeführt wurden. Unter c) erfolgt sodann eine eigene Stellungnahme.

a) Keine Anwendbarkeit der Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften

Dabei haben sich u.a.⁷⁹⁷ Bayer⁷⁹⁸, Kieninger⁷⁹⁹ und Eidenmüller⁸⁰⁰ grundsätzlich gegen die Anwendbarkeit der nationalen Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsnormen sowie der damit verbundenen Haftungssanktionen auf eine im Inland domizilierende EU-Auslandsgesellschaft ausgesprochen. Denn infolge der Entscheidung Inspire Art dürften die vorgenannten Regelungen nicht mehr zur Verwirklichung des inländischen Gläubigerschutzes herangezogen werden, da der EuGH den Gläubigerschutz⁸⁰¹ bereits hinreichend durch das Auftreten der Auslandsgesellschaft unter ihrer ausländischen Firmenbezeichnung verwirklicht sehe. Die Gläubiger seien hierdurch ausreichend gewarnt und könnten sich dadurch entsprechend selbst schützen (Informationsmodell⁸⁰²).

⁷⁹⁷ Vgl. hierzu m.w.N. Kiethe RIW 2005, 649 ff; Lieder DZWIR 2005, 399 ff; Fischer ZIP 2004, 1477 ff; Drouven/Mödl NZG 2007, 7 ff.

⁷⁹⁸ Bayer BB 2003, 2357 ff.

⁷⁹⁹ Kieninger ZEuP 2004, 685 ff.

⁸⁰⁰ Eidenmüller JZ 2004, 24 ff; Eidenmüller RabelsZ 70 (2006), 474 ff.

⁸⁰¹ Nach Bayer BB 2003, 2357 ff liegt die Vermutung nahe, dass den Feststellungen des EuGH eine grundsätzlich ablehnende Haltung gegenüber dem Konzept des Gläubigerschutzes durch Kapitalaufbringung und -erhaltung zu Grunde liegt.

⁸⁰² Dieses greift nach Kieninger ZEuP 2004, 685 ff selbst dann ein, wenn – wie in der Entscheidung Überseering – nicht eine Zweigniederlassung, sondern der tatsächliche Verwaltungssitz der Gesellschaft im Inland errichtet wird, da auch dann die Publizität hinreichend über die 1. Richtlinie (Publizitätsrichtlinie) gewahrt wird.

Allerdings vertritt Bayer⁸⁰³ ebenso wie Eidenmüller⁸⁰⁴ die Ansicht, dass die Argumentation des Gerichtshofs dann nicht überzeugen könne, wenn beispielsweise ein deliktischer Gläubiger betroffen sei, dem keine Möglichkeit zur Informationserlangung und damit zum Selbstschutz offen stehe. Demnach muss nach Eidenmüller⁸⁰⁵ in den vorbezeichneten Fällen eine Sonderanknüpfung an das nationale Recht möglich sein, wenn eine inländische Norm zur Verwirklichung des Gläubigerschutzes geeignet und erforderlich ist. Dabei könne auf Grund der gläubigerschützenden Wirkung der Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsnormen von deren Geeignetheit ausgegangen werden (s.o.). Allerdings werfe die Erforderlichkeit Probleme auf, da diese nur dann gegeben sei, wenn das Gemeinschafts- oder Gründungsrecht keinen angemessenen (wenn auch evtl. geringeren) Gläubigerschutz enthalte. Demnach sei nur bei einem offensichtlich unzureichenden Gesamtkonzept des ausländischen Rechts oder bei einem kollisionsrechtlich ausgelösten Normenmangel eine Sonderanknüpfung an das Sitzrecht möglich⁸⁰⁶.

Dahingegen vertritt Kieninger⁸⁰⁷ die Ansicht, dass auch bezüglich deliktischer Gläubiger von der Unanwendbarkeit der vorgenannten Normen ausgegangen werden muss. Der Gerichtshof demonstrierte bereits seitdem Centros-Verfahren eine kritische Einstellung hinsichtlich des Nutzens der Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften für den Gläubigerschutz, weshalb selbst dann nicht von der Geltung der vorgenannten Bestimmungen ausgegangen werden könne, wenn das Argument des Selbstschutzes nicht greife⁸⁰⁸.

Ferner hat Fischer⁸⁰⁹ die Ansicht vertreten, dass insofern die Anwendbarkeit der inländischen Kapitalerhaltungsregeln auf eine EU-Auslandsgesellschaft nicht völlig ausgeschlossen sein kann. Allerdings müsse zwischen der Rechtsprechungs-⁸¹⁰ und der Novellenregelung⁸¹¹ differenziert werden. Die Geltung der Rechtsprechungsregeln müsse – im Gegensatz zu den Novellenregeln (siehe nachfolgender Abschnitt) – ausscheiden, da sich der aus ihnen folgende Rückgewähranspruch am Stammkapital orientiere. Da jedoch die Stammkapitalvorschriften nicht auf eine EU-ausländische Gesellschaft anwendbar seien, könnten diese auch nicht über die Rechtsprechungsregeln zur Anwendung gebracht werden.

b) Anwendbarkeit der Kapitalerhaltungsvorschriften

Nachdem im vorangegangenen Abschnitt diejenigen Autoren vorgestellt wurden, die sich grundsätzlich gegen die Geltung der inländischen Kapitalerhaltungsnormen ausgesprochen haben, werden im folgenden Kapitel die Stimmen in der Literatur behandelt, die zumindest in

⁸⁰³ Bayer BB 2003, 2357 ff.

⁸⁰⁴ Eidenmüller JZ 2004, 24 ff.

⁸⁰⁵ Eidenmüller JZ 2004, 24 ff.

⁸⁰⁶ Eidenmüller JZ 2004, 24 ff.

⁸⁰⁷ Kieninger ZEuP 2004, 685 ff.

⁸⁰⁸ Kieninger ZEuP 2004, 685 ff.

⁸⁰⁹ Fischer ZIP 2004, 1477 ff.

⁸¹⁰ Siehe hierzu das Grundsatzurteil BGHZ 31, 258. Durch die Rechtsprechungsregel ist es möglich, formelles Fremdkapital in Eigenkapital umzuqualifizieren. Dabei hat der BGH Gesellschafterdarlehen, die einer notleidenden GmbH gewährt wurden, wie haftendes Eigenkapital behandelt und nach §§ 30, 31 GmbHG analog der Vermögensbindung unterzogen. Die Rechtsprechungsregeln beanspruchen auch nach der GmbH-Novelle aus dem Jahre 1980 weiterhin Geltung, da die Einführung der Novellenregeln §§ 32a, b GmbHG hinter dem Schutzniveau der Rechtsprechungsregeln zurückgeblieben sind und der Gesetzgeber durch die Gesetzesänderung das Schutzlevel nicht absenken wollte.

⁸¹¹ Der Gesetzgeber hatte die Rechtsprechungsregeln im Zuge der Gesetzesänderung im Jahre 1980 als Vorbild genommen, um u.a. die §§ 32a, b GmbHG einzuführen. Dabei hat er aber durch die Einführung der §§ 32a, b GmbHG die Rechtsprechungsregeln nur lückenhaft umgesetzt, da die vorgenannten Normen nur im Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren greifen, wohingegen die analoge Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG hiervon unabhängig war.

Teilbereichen die Geltung der Kapitalerhaltungsregeln auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft befürworten⁸¹². Hierfür wird zunächst unter (a) auf die Novellenregeln und unter (b) auf die Geltung der §§ 30, 31, 43 III GmbHG eingegangen.

(a) Novellenregeln

Insofern haben sich u.a.⁸¹³ Lieder⁸¹⁴, Ulmer⁸¹⁵, Röhrich⁸¹⁶ und Fischer⁸¹⁷ für die grundsätzliche Geltung der Novellenregeln⁸¹⁸ auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited ausgesprochen⁸¹⁹.

Nach Fischer⁸²⁰ ergibt sich das Eingreifen der §§ 32 a, b GmbHG aus ihrer Zuordnung zum Insolvenzrecht, das sich bei einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft grundsätzlich gem. Art. 3, 4 EuInsVO nach deutschem Recht richte. Denn nach den Art. 3, 4 EuInsVO sei dann das deutsche Insolvenzrecht maßgeblich, wenn sich das Hauptinteresse des Schuldners im Inland befinde⁸²¹. Werde damit eine EU-Auslandsgesellschaft ausschließlich in Deutschland wirtschaftlich aktiv, so befinde sich regelmäßig auch das Hauptinteresse der Schuldner der Gesellschaft in Deutschland.

Dabei folgt nach Ulmer⁸²² und Fischer⁸²³ die Zugehörigkeit der §§ 32 a, b GmbHG zum deutschen Insolvenzrecht daraus, dass sich die Rechtsfolgen der vorgenannten Regelungen ausschließlich auf die Insolvenz bezögen und von einem Garantiekapital unabhängig seien. Ferner lasse sich hierfür die enge Verbindung der §§ 32a, b GmbHG zu § 135 InsO anführen. § 135 InsO unterfalle dem Anfechtungsrecht, wofür gem. Art. 4 II 2 lit. m EuInsVO das Recht der Verfahrenseröffnung und damit das deutsche Recht einschlägig sei. Da § 135 InsO⁸²⁴ die Anfechtung von Handlungen im Zusammenhang mit kapitaleretzenden Darlehen regle, müssten hierüber auch die §§ 32 a, b GmbHG auf eine im Inland niedergelassene Auslandsgesellschaft/englische Limited eingreifen⁸²⁵.

⁸¹² Vgl. hierzu m.w.N.: Fischer ZIP 2004, 1477 ff; Ulmer NJW 2004, 1201 ff; Bitter WM 2004, 2190 ff; zu diesem Thema kann auch auf Haas ZIP 2006, 1373 ff verwiesen werden. Allerdings plädiert Haas dafür, der Insolvenzanfechtung neben den Kapitalerhaltungsvorschriften eine größere Beachtung zu schenken. Dabei erörtert er in seinem Aufsatz die Möglichkeit der parallelen Anwendung der Kapitalerhaltungsregeln und der Insolvenzanfechtung und zeigt darüber hinaus auf, dass die Insolvenzanfechtung teilweise einen weiter gehenden Schutz als die Kapitalerhaltungsregeln bietet und hierüber auch der Gläubigerschutz bei inländischen Auslandsgesellschaften besser gewahrt werden kann.

⁸¹³ So auch Lieder DZWIR 2005, 399 ff; Ulmer NJW 2004, 1201 ff; Paulus ZIP 2002, 729 ff; Röhrich ZIP 2005, 505 ff.

⁸¹⁴ Lieder DZWIR 2005, 399 ff.

⁸¹⁵ Ulmer NJW 2004, 1201 ff.

⁸¹⁶ Röhrich ZIP 2005, 505 ff.

⁸¹⁷ Fischer ZIP 2004, 1477 ff.

⁸¹⁸ Siehe hierzu unter Kapitel VIII die durch das MoMiG geplanten Änderungen.

⁸¹⁹ A.A. Borges ZIP 2004, 733 ff; Paefgen ZIP 2004, 2253 ff; Schall ZIP 2005, 965 ff.

⁸²⁰ Fischer ZIP 2004, 1477 ff.

⁸²¹ Die Durchführung des Hauptinsolvenzverfahrens wird bei Scheinauslandsgesellschaften in der Regel gem. Art. 3 I 1, 4 I EuInsVO im Inland und nach inländischem Recht erfolgen. Gem. Art. 3 I 1 EuInsVO sind für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Gerichte des Mitgliedstaates zuständig, in dem der Schuldner den Mittelpunkt seines hauptsächlichen Interesse hat. Die in Art. 3 I 2 EuInsVO festgeschriebene Vermutung, dass dies der Staat des Satzungssitzes ist, kann und wird bei Scheinauslandsgesellschaften normalerweise widerlegt werden. Für eine insolvenzrechtliche Beurteilung des Eigenkapitalersatzrechts auch Walterscheid DZWIR 2006, 95 ff. Allerdings begründet Walterscheid seine Ansicht damit, dass im Grunde hierfür nicht erst auf die §§ 32a, b GmbHG zurückgegriffen werden muss, da sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen bereits in den §§ 135, 39 I Nr. 5 InsO geregelt seien, die über Art. 4 I EuInsVO direkt zur Anwendung gelangen.

⁸²² Ulmer NJW 2004, 1201 ff.

⁸²³ Fischer ZIP 2004, 1477 ff.

⁸²⁴ Des Weiteren besteht auch ein sehr enger Zusammenhang der §§ 32a, b GmbHG mit § 39 InsO.

⁸²⁵ Fischer ZIP 2004, 1477 ff.

Dahingegen hat sich Zimmer⁸²⁶ gegen die vorgenannte Argumentation ausgesprochen. Seiner Ansicht nach muss die in § 135 Nr. 2 InsO aufgeworfene Vorfrage nach dem eigenkapitalersetzenden Charakter eines Darlehens dem ausländischen Recht entnommen werden. Diese Frage sei eng mit dem Kapitalisierungserfordernis einer Gesellschaft verbunden, wofür das ausländische Recht maßgeblich sei. Folglich müsse eine gesonderte Anknüpfung an das deutsche Gesellschaftsrecht ausscheiden und eine Unterwerfung der inländischen EU-Auslandsgesellschaft unter das deutsche Kapitalersatzrecht könne nicht gerechtfertigt werden⁸²⁷.

(b) Kapitalerhaltung, Anwendung der §§ 30, 31, 43 III GmbHG

Darüber hinaus gehen u.a. Ulmer⁸²⁸ und Bitter⁸²⁹ von der Anwendbarkeit der §§ 31, 43 III GmbHG auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited aus.

Dabei sind nach Ulmer⁸³⁰ die §§ 30, 31 und § 43 III GmbHG zwar dem Gesellschaftsrecht zuzuordnen, jedoch kann ihre Geltung auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft anhand des Vier-Kriterien-Tests gerechtfertigt werden⁸³¹.

Insofern sei zunächst festzustellen, dass der EuGH bei der Rechtfertigungsprüfung – anders als in Missbrauchsfällen – auf die konkrete Einzelfallbezogenheit verzichte, so dass eine generelle Überprüfung der vorgenannten Normen auf ihre Europarechtskonformität möglich sei⁸³².

Dabei ergebe sich die Anwendbarkeit der oben angeführten Regelungen aus folgender Überlegung: Die Geltung des § 31 GmbHG führe nicht zu einer indirekten Verwendung der Vorschriften über die Mindestkapitalausstattung auf die EU-Auslandsgesellschaften, da sich die §§ 30, 31 GmbHG nicht auf das gesetzliche Mindestkapital, sondern auf das jeweilige Stammkapital bezögen⁸³³. Von der Existenz eines satzungsmäßigen Stammkapitals – das allerdings auch unter dem deutschen Mindestkapital liegen könne – sei auch bei einer Auslandsgesellschaft auszugehen. Dementsprechend verlange § 13 g III, VI HGB, der auf der 11. Richtlinie beruhe, die Angabe der jeweiligen Kapitalziffer. Diese gehöre zu den publizitätspflichtigen Daten, denen insbesondere im Rahmen des durch den EuGH favorisierten Informationsmodells erhebliche Bedeutung zukomme. Folglich könne davon ausgegangen werden, dass sich die Anwendung der §§ 30, 31, 43 III GmbHG auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited rechtfertigen lasse⁸³⁴.

Des Weiteren geht auch Bitter⁸³⁵ von der Anwendbarkeit der nationalen Kapitalerhaltungsregeln auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft aus. Dabei begründet Bitter – im Gegensatz zu Ulmer – seine Ansicht vor allem durch einen Blick auf das englische Recht, das zwar für eine englische Limited keine Mindestkapitalanforderung enthalte, aber dennoch eine Vermögensbindung vorschreibe. Dabei muss nach Bitter⁸³⁶ im Rahmen der Vermögensbindung zwischen derjenigen im Gesellschafter- und derjenigen im Gläubigerinteresse differenziert werden:

⁸²⁶ Zimmer NJW 2003, 3585 ff.

⁸²⁷ A.A. Haas NZI 2002, 466 ff; Paulus ZIP 2002, 729 ff.

⁸²⁸ Ulmer NJW 2004, 1201 ff.

⁸²⁹ Bitter WM 2004, 2190 ff.

⁸³⁰ Ulmer NJW 2004, 1201 ff.

⁸³¹ So auch Bitter WM 2004, 2190 ff.

⁸³² Ulmer NJW 2004, 1201 ff.

⁸³³ So auch Bitter WM 2004, 2190 ff.

⁸³⁴ Ulmer NJW 2004, 1201 ff; Bitter WM 2004, 2190 ff. Allerdings weist Ulmer darauf hin, dass bei einem extensiven Verständnis der Art. 43, 48 EG durchaus ein abweichendes Ergebnis denkbar ist.

⁸³⁵ Bitter WM 2004, 2190 ff.

⁸³⁶ Bitter WM 2004, 2190 ff.

Im Gesellschafterinteresse bestehe ein verschuldensunabhängiger Rückgewähranspruch bei der Gewährung von Sondervorteilen an einzelne Gesellschafter. Der Anspruch ergebe sich aus der gemeinsamen Zweckverfolgung der Gesellschafter innerhalb der Gesellschaft, d.h. aus dem Wesen der Gesellschaft selbst und sei damit auch notwendiges Element jeder ausländischen Rechtsordnung⁸³⁷.

Dahingegen greife im Rahmen des Gläubigerschutzes eine Vermögensbindung erst ab der „Null-Grenze“ (Überschuldung) ein⁸³⁸. Insofern ist nach Bitter⁸³⁹ die Anwendung des deutschen Rechts dann als beschränkungsfrei einzustufen, wenn es gegenüber dem ausländischen Recht gleich streng oder milder ist. Allerdings solle aus Gründen der Praktikabilität die notwendige Überprüfung des ausländischen Rechts vermieden werden, indem auf einen gemeinsamen Mindestmaßstab für alle juristischen Personen abgestellt werde. Hierfür könne die Null-Grenze (Überschuldung) als Richtschnur herangezogen werden. Decken nämlich die Aktiva die Passiva nicht mehr und werde dennoch Vermögen an die Gesellschafter ausgeschüttet, sei dieses – unabhängig von z.B. den §§ 30, 31 GmbHG – allein auf Grund des Wesens einer jeden Kapitalgesellschaft zurückzuerstatten. Denn Zahlungen, die zu einer Überschuldung führen oder diese vertiefen, erfolgten allein auf Kosten der Gläubiger. Die Gesellschafter seien nicht länger am Risiko beteiligt, sondern eigneten sich über die Rechtsform der juristischen Person fremdes Vermögen an⁸⁴⁰.

c) Eigene Stellungnahme

Nachdem nun die unterschiedlichen Ansichten bezüglich der Geltung der deutschen Kapitalschutzvorschriften auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited vorgetragen wurden, werden diese anschließend einer eigenen Stellungnahme unterzogen. Insofern wird zunächst unter (a) auf die Anwendbarkeit der Kapitalaufbringungs- und unter (b) auf das Eingreifen der Kapitalerhaltungsvorschriften eingegangen.

(a) Kapitalaufbringung

Dabei ist der Ablehnung der Geltung der Kapitalaufbringungsnormen auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft bereits infolge der Entscheidungen *Überseering* und *Inspire Art* vollumfänglich zuzustimmen.

Auf Grund der Entscheidung *Überseering* ist die Rechts- und Parteifähigkeit einer ausländischen Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaates zu achten. Da jedoch die Regelungen bezüglich des Mindestkapitals die Struktur der Gesellschaft nachhaltig beeinflussen, kann bei deren Eingreifen nicht mehr von der Achtung der Gesellschaft nach dem Recht des Gründungsstaates gesprochen werden. Ferner hat der Gerichtshof in der Entscheidung *Inspire Art* die Anwendbarkeit der nationalen Gründungsvorschriften und damit das Eingreifen der Normen bezüglich der Kapitalaufbringung auf eine zuziehende EU-Auslandsgesellschaft abgelehnt. Folglich muss die Geltung der nationalen Kapitalaufbringungsvorschriften auf eine im Inland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited ausscheiden.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Kapitalaufbringungsvorschriften keine Gewähr für einen umfassenden Gläubigerschutz bieten können. Die Kapitalaufbringungsvorschriften tragen zwar durch die Pflicht zur Aufbringung einer bestimmten Haftsumme zum Gläubigerschutz bei, da sich das Mindestkapital jedoch nicht an dem konkreten Kapitalbedarf der Gesellschaft orientiert,

⁸³⁷ Bitter WM 2004, 2190 ff.

⁸³⁸ Bitter WM 2004, 2190 ff.

⁸³⁹ Bitter WM 2004, 2190 ff.

⁸⁴⁰ Bitter WM 2004, 2190 ff.

kann hierüber nicht sichergestellt werden, dass die Gläubiger im Falle einer Insolvenz tatsächlich befriedigt werden können. Damit kommt den deutschen Mindestkapitalvorschriften primär die Funktion der Schaffung einer Seriositätsschwelle zu, indem hierüber diejenigen Gesellschaftsgründungen verhindert werden, bei denen nicht ein Mal das Mindestkapital aufgebracht werden kann.

Des Weiteren ist zu bedenken, dass die Mindestkapitalvorschriften auch nicht die einzige Möglichkeit darstellen, um den Gesellschaftsgläubigern Sicherheit zu bieten. Vielmehr können die Gläubiger u.a. auch durch die Kapitalerhaltungsvorschriften – die auch unabhängig von der Verpflichtung der Aufbringung eines Mindestkapitals eingreifen (siehe hierfür z.B. die englische Limited) – sowie über das Insolvenzrecht einen gewissen Schutz erlangen.

Folglich muss auf Grund der Entscheidungen *Überseering* und *Inspire Art* die Anwendung der deutschen Mindestkapitalvorschriften auf eine im Inland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft ausscheiden. Allerdings führt die Unanwendbarkeit der vorgenannten Regelungen – wie gerade aufgezeigt – nicht zwangsläufig zum Verlust des inländischen Gläubigerschutzes, sondern hierfür müssen neue Möglichkeiten und Wege erarbeitet werden. Insofern ist u.a. an die nachfolgend zu besprechenden Kapitalerhaltungsnormen zu denken.

(b) Kapitalerhaltung

Dabei ist die Geltung der inländischen Kapitalerhaltungsnormen auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited nicht grundsätzlich abzulehnen.

Die Pflicht zur Aufbringung eines Mindestkapitals und diejenige zur Erhaltung des Stammkapitals sind klar voneinander zu unterscheiden. Insbesondere lässt die Unanwendbarkeit der Mindestkapitalvorschriften keinen zwingenden Rückschluss auf die Geltung der Kapitalerhaltungsregeln zu⁸⁴¹. Zwar stehen die Kapitalerhaltungsvorschriften in einem engen Zusammenhang mit den – nicht auf EU-ausländische Gesellschaften anwendbaren – Kapitalaufbringungsnormen, da sie diese durch die Sicherung des Mindestkapitals ergänzen⁸⁴². Jedoch schützen die Kapitalerhaltungsnormen nicht nur das Mindestkapital, sondern auch das konkrete Stammkapital einer Gesellschaft. Dabei muss das Stammkapital weder mit dem Mindestkapital identisch sein, noch ist das Bestehen eines Stammkapitals von der Verpflichtung zur Aufbringung eines Mindestkapitals abhängig. Denn während das Mindestkapital diejenige Summe bezeichnet, die infolge gesetzlicher Vorgaben mindestens in eine Gesellschaft eingezahlt werden muss, versteht man unter dem konkreten Stammkapital denjenigen Betrag, welcher der Gesellschaft tatsächlich zur Verfügung gestellt wurde. Dementsprechend kann das Stammkapital durchaus von dem Mindestkapital abweichen. Insbesondere wird jede Gesellschaft in der Regel über ein Stammkapital verfügen, wohingegen die Pflicht zur Aufbringung eines Mindestkapitals von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat differiert⁸⁴³.

Folglich muss hinsichtlich der Anwendbarkeit der Kapitalerhaltungsnormen auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft danach unterschieden werden, ob hierüber das gesetzliche Mindestkapital oder aber das Stammkapital geschützt wird. Dienen die Kapitalerhaltungsnormen der Sicherung eines Mindestkapitals, ist ihre Geltung wegen der Unanwendbarkeit der Mindestkapitalvorschriften abzulehnen. Bewahren die Kapitalerhaltungsnormen allerdings davor, dass auf Grund der Auszahlungen des Stammkapitals die weiteren Geschäfte der Gesellschaft einzig auf Kosten der Gläubiger betrieben werden, müssen die Kapitalerhaltungsnormen auch auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited/EU-

⁸⁴¹ Vgl. hierzu m.w.N. Ulmer NJW 2004, 1201 ff; Bitter WM 2004, 2190 ff.

⁸⁴² Siehe hierzu u.a. Hueck in Baumbach/Hueck § 32a Rn. 1

⁸⁴³ So auch Ulmer NJW 2004, 1201 ff; Bitter WM 2004, 2190 ff.

Auslandsgesellschaft zur Geltung gelangen. Denn hierüber kann verhindert werden, dass die Rechtsform der Kapitalgesellschaft zu Lasten Dritter ausgenutzt wird, indem die wirtschaftlichen Aktivitäten der Gesellschaft allein auf Risiko der Gläubiger betrieben werden. Eine Kapitalgesellschaft soll zwar die Teilnahme am Wirtschaftsleben auf Grund der Risikominimierung erleichtern, nicht aber die gezielte Gefahrenverlagerung auf Dritte ermöglichen. Dabei ergibt sich diese Tatsache allein aus dem Wesen einer Kapitalgesellschaft und ist von dem Bestehen eines Mindestkapitals unabhängig. Das Haftungsprivileg bei einer Kapitalgesellschaft bringt eine Verantwortlichkeit der Gesellschafter mit sich. Die Gesellschafter haben einen erheblichen Wissensvorsprung bezüglich der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft und insbesondere auf Grund ihrer privilegierten Haftung ist ihnen ein verantwortlicher Umgang mit der Gesellschaft zuzumuten. Ein beliebiger Abzug von Kapital, der ab einer gewissen Grenze ausschließlich zu Lasten der Gläubiger erfolgt, kann dementsprechend nicht zulässig sein.

Dabei muss dann von einer Gefahrabwälzung auf die Gesellschaftsgläubiger ausgegangen werden, wenn die Aktiva der Gesellschaft die Passiva nicht mehr decken und dennoch Vermögen an die Gesellschafter ausgeschüttet wird. Diese Zahlungen erfolgen allein auf Kosten der Gläubiger, da die Gesellschafter nicht länger am Risiko beteiligt sind. Folglich besteht die Gefahr, dass über die juristische Person eine Aneignung fremden Vermögens vorgenommen wird⁸⁴⁴. Insofern muss die Anwendung der inländischen Kapitalerhaltungsvorschriften auch auf eine im Inland domizilierende EU-Auslandsgesellschaft möglich sein. Hierfür ist auch die Zuordnung der Kapitalerhaltungsnormen zu einem bestimmten Statut unerheblich, da es einzig darauf ankommt, dass die Geltung der Kapitalerhaltungsregeln europarechtlich gerechtfertigt werden kann. Die Anwendung der vorbezeichneten Normen erfolgt diskriminierungsfrei und kommt dem Schutz der Gläubiger von Kapitalgesellschaften zugute. Ferner sind die Kapitalerhaltungsregeln geeignet und erforderlich, da sie eine einseitige Risikoverteilung zu Lasten der Gläubiger verhindern und insofern kein milderes Mittel ersichtlich ist. Demnach stellt die – eingeschränkte – Anwendung der inländischen Kapitalerhaltungsnormen eine gerechtfertigte Beschränkung dar.

Allerdings ist auch in diesem Bereich die Erarbeitung einer einheitlichen europäischen Lösung anzustreben und die Geltung des nationalen Rechts kann nur eine Übergangslösung darstellen. Dabei ist die Schaffung einer einheitlichen europäischen Lösung sowohl für die Rechtssicherheit in den Ländern als auch für die Rechtssicherheit der zuziehenden Gesellschaften wesentlich, insbesondere da bei der Anwendung der nationalen Normen stets fraglich bleibt, ob der EuGH dies letztlich anerkennen wird. Folglich ist für die Einsetzung eines Gremiums zu plädieren, das die wesentlichen Grundsätze, die sich allein aus dem Wesen einer Kapitalgesellschaft ergeben und damit unabhängig von der Nationalität anwendbar sind, erarbeitet und diese in einer Richtlinie zusammenfasst. Hierfür böte sich gerade die Festlegung einer Vermögensbindung ab dem Zeitpunkt der Überschuldung an, da hierüber – nationalitätsunabhängig – die Ausnutzung der Rechtsfigur einer Kapitalgesellschaft auf Kosten der Gläubiger verhindert werden kann.

(2) Durchgriffshaftung

Nachdem im vorangegangenen Abschnitt die nationalen Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsnormen besprochen wurden, wird anschließend auf die Anwendbarkeit der Durchgriffshaftung⁸⁴⁵ auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited

⁸⁴⁴ So bereits Bitter WM 2004, 2190 ff.

⁸⁴⁵ Zur Entstehungsgeschichte und den Tatbestandsvoraussetzungen der Durchgriffshaftung Henze WM 2006, 1653 ff; Gehrlein BB 2005, 613 ff; Wackerbarth ZIP 2005, 877 ff; Wiedemann ZGR 2003, 283 ff; Bitter; Wilhelm NJW 2003, 175 ff.

eingegangen⁸⁴⁶. Hierfür wird zunächst die Durchgriffshaftung erläutert und im Anschluss daran unter a) auf die Argumente für und unter b) auf die Gründe gegen die Geltung der vorgenannten Rechtsfigur auf eine inländische englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft eingegangen⁸⁴⁷. Unter c) erfolgt eine eigene Stellungnahme.

Dabei spricht man dann von einem Haftungsdurchgriff, wenn unter besonderen Voraussetzungen die bei den Gesellschaftern gegebenen rechtlichen Tatsachen oder Vorgänge ausnahmsweise unmittelbar der Gesellschaft bzw. die bei der Gesellschaft vorliegenden Umstände den Gesellschaftern zugerechnet werden⁸⁴⁸, wobei – in diesem speziellen Fall – das Trennungsprinzip⁸⁴⁹ den Durchgriff nicht verhindert.

Allerdings hat sich bisher noch kein allgemein anerkanntes Rechtsinstitut des Durchgriffs herausgebildet, so dass ein einheitlicher Rechtsgrund derzeit nicht bestimmt werden kann. Vielmehr verwendet die Rechtsprechung fallweise unterschiedliche Begründungselemente, wobei der BGH grundsätzlich zur Aufstellung strenger Anforderungen neigt, da über die Rechtsform einer juristischen Person nicht leichtfertig und schrankenlos hinweggegangen werden darf⁸⁵⁰.

Ferner lassen sich nach dem derzeitigen Stand der Rechtsentwicklung keine abstrakt-generellen Tatbestandsmerkmale der Durchgriffshaftung formulieren und der Bildung von Fallgruppen kommt primär deskriptive Bedeutung zu⁸⁵¹. Jedoch ermöglicht die Formulierung von Fallgruppen einen erleichterten Umgang mit dem Rechtsinstitut der Durchgriffshaftung, so dass diese nachfolgend als Leitlinien herangezogen werden. Dabei wird insbesondere auf die Fallgruppen der Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung⁸⁵², materieller Unterkapitalisierung⁸⁵³ und existenzvernichtenden Eingriffs⁸⁵⁴ eingegangen.

Dabei kann grundsätzlich dann eine Haftung wegen Vermögensvermischung eingreifen, wenn eine Abgrenzung des Gesellschafts- und des Privatvermögens durch eine undurchsichtige Buchführung oder auf andere Weise verschleiert wird. Zusätzlich darf der Gesellschafter nicht nur geringfügig an der Gesellschaft beteiligt sein und muss ein internes Mitspracherecht haben, wodurch er auf Grund seines Einflusses für die Vermögensverschiebung mitverantwortlich ist⁸⁵⁵.

⁸⁴⁶ Zur erweiterten Außenhaftung der Organmitglieder im europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht Fleischer ZGR 2004, 437 ff.

⁸⁴⁷ Wohl auch für eine deliktische Einordnung plädiierend Spindler JZ 2006, 839 ff; ferner verschiedene Stellungnahmen und Einordnungsversuche zur Durchgriffshaftung sowie weiterführende Hinweise bei Ulmer NJW 2004, 1201 ff; Borges ZIP 2004, 733 ff (siehe hierzu insbesondere auch die weiteren Nachweise unter Fn. 112 ff, 118); Roth NZG 2003, 1081 ff.

⁸⁴⁸ Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, § 13 Rn. 10.

⁸⁴⁹ Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, § 13 Rn. 8: Die Haftung für Gesellschaftsschulden ist im deutschen Recht bei juristischen Personen grundsätzlich auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt (§ 13 II GmbHG).

⁸⁵⁰ Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, § 13 Rn. 11; BGH 20, 11; 26, 37; 54, 224.

⁸⁵¹ Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, § 13 Rn. 12.

⁸⁵² Zur Geltendmachung der Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung in der Insolvenz BGH, Versäumnisurt. v. 14.11.2005 – II ZR 178/03 (OLG Celle).

⁸⁵³ Gegen die – auch bei einer deutschen Gesellschaft höchst umstrittene – Anwendung einer Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited OLG Hamm, Urt. v. 27.1.2006 – 12 U 108/05 (NJW-Spezial 2006, 511).

⁸⁵⁴ Zur Geltendmachung eines Anspruchs aus existenzvernichtendem Eingriff und aus § 826 BGB in der Insolvenz Bayer/Lieder WM 2006, 999 ff; Lieder DZWIR 2005, 309 ff; Vetter ZGR 2005, 788 ff.

⁸⁵⁵ BGHZ 95, 330 (335); BGHZ 125, 366 (368).

Eine Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung wird für den Fall diskutiert, dass eine Gesellschaft mit einem von Anfang an außer Verhältnis zu dem in der Satzung angegebenen Zweck stehenden Stammkapital ausgestattet ist. Allerdings wird dieser Haftungsgrund durch den BGH⁸⁵⁶ grundsätzlich nicht anerkannt, wohingegen Teile der Literatur⁸⁵⁷ zumindest in extremen Fällen der Unterkapitalisierung eine persönliche Haftung befürworten⁸⁵⁸.

Ferner wird dann eine Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs angenommen, wenn ein Gesellschafter eine Kapitalgesellschaft dadurch in die Insolvenz treibt, dass er ihr nach der Gesellschaftsgründung – d.h. eine anfängliche Unterkapitalisierung ist hierfür nicht ausreichend⁸⁵⁹ – Vermögenswerte entzieht, die sie zur Begleichung ihrer Verbindlichkeiten benötigt hätte⁸⁶⁰.

Damit geht aus den vorangegangenen Ausführungen deutlich hervor, dass die Anwendung der Durchgriffshaftung auf eine in Deutschland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft beeinträchtigende Wirkung entfalten kann, so dass ihre Geltung – worauf im Folgenden eingegangen wird – kontrovers diskutiert wird.

a) Anwendbarkeit der Durchgriffshaftung

Hierfür werden zunächst diejenigen Argumente besprochen, die für die Anwendbarkeit der Durchgriffshaftung auf eine im Inland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft angeführt wurden. Allerdings herrscht auch innerhalb dieser Ansicht Uneinigkeit darüber, wie das Eingreifen dieser nationalen Rechtsfigur zu begründen ist. Dementsprechend werden die nachfolgend zu erörternden Autoren danach untergliedert, ob sie die Geltung der Durchgriffshaftung über deren Zugehörigkeit zum (a) Deliktsstatut, (b) Insolvenzstatut oder (c) Gesellschaftsstatut begründen bzw. (d) die Anwendbarkeit dieser Haftungsfigur daraus ableiten, dass es sich hierbei um einen allgemein gültigen gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz handelt.

(a) Deliktsrechtliche Einordnung

Diesbezüglich haben sich u.a.⁸⁶¹ Zimmer⁸⁶², Bayer⁸⁶³, Leible/Hoffmann⁸⁶⁴, Meilicke⁸⁶⁵ und Schulz⁸⁶⁶ grundsätzlich für die Geltung der Durchgriffshaftung auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft ausgesprochen und dies über eine gesonderte, vom Gesellschaftsstatut losgelöste Anknüpfung an das Deliktsstatut begründet⁸⁶⁷.

⁸⁵⁶ BGHZ 68, 312; Haas WM 2003, 1929 ff.

⁸⁵⁷ Vgl. hierzu m.w.N. Ulmer in Hachenburg, Anh. zu § 30 Rn. 50 ff.

⁸⁵⁸ Beachte hierzu allerdings die neuesten Entwicklungen durch die Entscheidung des OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.10.2006 – I-6 U 248/05, welches sich für eine Durchgriffshaftung wegen einer bereits von Anfang an zu geringen Kapitaldecke als eine Art allgemeine Unterkapitalisierung ausgesprochen hat. Diesbezüglich ist derzeit die Revision beim BGH anhängig. Hierzu auch Schaefer/Fackler NZG 2007, 377 ff.

⁸⁵⁹ Siehe hierzu allerdings OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.10.2006 – I-6 248/05 (nicht rechtskräftig; LG Düsseldorf).

⁸⁶⁰ BGHZ 149, 10; Lieder DZWIR 2005, 309 ff.

⁸⁶¹ Hierfür wohl auch Kiethe RIW 2005, 649 ff; Kiethe NZG 2005, 333 ff; Römermann NJW 2006, 2065 ff (der sich allerdings alternativ für eine gesellschaftsrechtliche Einordnung des existenzvernichtenden Eingriffs ausspricht und für diesen Fall die Anwendbarkeit der Rechtsfigur auf eine inländische englische Limited ablehnt); Binge/Thölke DNotZ 2004, 21 ff.

⁸⁶² Zimmer NJW 2003, 3585 ff.

⁸⁶³ Bayer BB 2003, 2357 ff.

⁸⁶⁴ Leible/Hoffmann EuZW 2003, 677 ff.

⁸⁶⁵ Meilicke DB 1999, 627 ff.

⁸⁶⁶ Schulz NJW 2003, 2705 ff.

⁸⁶⁷ Hiergegen u.a. Weller IPRax 2003, 207 ff. Allerdings sieht Weller dann die Möglichkeit gegeben, die Existenzvernichtungshaftung dem Deliktsstatut zuzurechnen, wenn das Bestandsinteresse der Gesellschaft ein absolut geschütztes Recht darstelle, das durch eine Reihe von Haftungserwartungen des Rechtsverkehrs an die Gesellschaft begründet werde. Jedoch geht Welle von der Einordnung der Existenzvernichtungshaftung unter das

Dabei muss nach Zimmer⁸⁶⁸ die Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung, materieller Unterkapitalisierung und existenzvernichtenden Eingriffs insbesondere wegen der neueren EuGH-Rechtsprechung – infolgedessen sich das Gesellschaftsstatut grundsätzlich nach dem Gründungsrecht der zuziehenden Gesellschaft bestimmt – eine vom Gesellschaftsstatut losgelöste Anknüpfung an das Deliktsstatut, das sich regelmäßig auf Grund des Art. 40 EGBGB nach dem inländischen Recht richte, erfahren.

Ferner haben Bayer⁸⁶⁹, Leible/Hoffmann⁸⁷⁰ und Meilicke⁸⁷¹ die Zuordnung der Existenzvernichtungshaftung und der Durchgriffshaftung wegen evidenter materieller Unterkapitalisierung zum Deliktsstatut damit begründet, dass die Durchgriffshaftung auf die Rechtsfigur des Missbrauchs⁸⁷² der Rechtsform gestützt werden könne und demnach über § 826 BGB – der gem. § 40 EGBGB grundsätzlich auch bei einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft gelte – zur Anwendung gelangen könne. Denn auch wenn nach ihrer Ansicht die Existenzvernichtung ihre aktuelle Anbindung im Recht der GmbH findet, werde häufig zugleich der Haftungstatbestand des § 826 BGB bzw. des § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB verwirklicht, so dass eine Zuordnung der Durchgriffshaftung zum Deliktsstatut möglich sei.

Des Weiteren haben Bayer⁸⁷³ und Schulz⁸⁷⁴ betont, dass die Durchgriffshaftung auch deshalb dem Deliktsstatut zuzuordnen sei, weil es für die Zuordnung einer Rechtsfigur nicht allein auf formale Kriterien – die evtl. eine Einordnung der Durchgriffshaftung unter das Gesellschaftsstatut begründen könnten – ankomme, sondern hierfür vielmehr eine funktionale Betrachtung entscheidend sei. Diese lege jedoch im Falle der Durchgriffshaftung aus den vorgenannten Gründen die Zuordnung zum Deliktsstatut – welches sich gem. § 40 EGBGB grundsätzlich nach der inländischen Rechtsordnung richte – nahe.

Dabei müsse jedoch bei der Anwendung der Durchgriffshaftung auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft dadurch ein Widerspruch zu der EG-rechtlich garantierten Niederlassungsfreiheit vermieden werden, dass die Durchgriffshaftung hierbei ebenso restriktiv wie bei einer deutschen Gesellschaft zur Anwendung gelange. Dies ist allerdings nach Bayer⁸⁷⁵ ohnehin bereits deshalb erforderlich, damit eine unzulässige Verwischung der Grenze zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften vermieden werde.

Insolvenzstatut aus und da gem. Art. 40 EGBGB eine Anknüpfung an den Ort der Ursache der Rechtsverletzung erfolge, sei die Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf eine Scheinauslandsgesellschaft regelmäßig möglich. Des Weiteren spricht sich auch Eidenmüller RabelsZ 70 (2006), 474 ff gegen eine Zuordnung zum Deliktsstatut aus, da die Haftung wegen Pflichtverletzung nicht jedermann, sondern speziell die Gesellschafter in ihrer Funktion als solches treffe. Dahingegen kann nach Kindler NZG 2003, 1086 ff ebenso wie nach Dierksmeier BB 2005, 1516 ff die Durchgriffshaftung entweder über eine Anknüpfung an das Delikts- oder Insolvenzrecht (bzgl. Existenzvernichtungshaftung) und nach Kindler auch als Missbrauchsfall (Durchgriffshaftung) auf eine in Deutschland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft zur Anwendung gelangen. Allerdings spielt das nach Kindler nur dann eine Rolle, wenn – entgegen seiner Überzeugung – ein Übergang auf die Gründungstheorie erfolgen müsse. Könne dagegen weiterhin die Sitztheorie Geltung beanspruchen, komme ohnehin das gesamte nationale Recht zur Anwendung.

⁸⁶⁸ Zimmer NJW 2003, 3585 ff.

⁸⁶⁹ Bayer BB 2003, 2357 ff.

⁸⁷⁰ Leible/Hoffmann EuZW 2003, 677 ff.

⁸⁷¹ Meilicke DB 1999, 627 ff.

⁸⁷² Insofern sieht auch Zimmer NJW 2003, 3585 ff die Möglichkeit der Anwendung der Durchgriffshaftung über einen Missbrauch für gegeben, da in einem solchen Fall auf Grund der EuGH-Rechtsprechung (siehe hierzu unter Rn. 24 der Entscheidungsbegründung zu Centros) der Gesellschaft die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit verwehrt sei.

⁸⁷³ Bayer BB 2003, 2357 ff.

⁸⁷⁴ Schulz NJW 2003, 2705 ff.

⁸⁷⁵ Bayer BB 2003, 2357 ff.

(b) Insolvenzrechtliche Einordnung

Ebenso ist auch u.a.⁸⁷⁶ nach Weller⁸⁷⁷, Horn⁸⁷⁸, Fischer⁸⁷⁹ und Goette⁸⁸⁰ die Existenzvernichtungshaftung auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft anwendbar. Jedoch kann nach ihrer Ansicht die Haftungsfigur nicht über das Deliktsstatut, sondern muss über das Insolvenzstatut – welches sich gem. Art. 3, 4 EuInsVO bei einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft regelmäßig nach deutschem Recht richte – zur Anwendung gebracht werden⁸⁸¹.

Dabei haben Weller⁸⁸² und Horn⁸⁸³ zunächst festgestellt, dass dieser Haftungstatbestand vom BGH als einzelfallbezogene Gläubigerschutzmaßnahme, die ein missbräuchliches Verhalten der Gesellschafter verhindern solle, entwickelt wurde. Dementsprechend kann nach Horn⁸⁸⁴ bereits unter dem Missbrauchsaspekt⁸⁸⁵ eine Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf EU-Auslandsgesellschaften in Betracht kommen.

Des Weiteren hat Horn⁸⁸⁶ darauf verwiesen, dass auf Grund der neueren EuGH-Rechtsprechung – und damit des Übergangs auf die Gründungstheorie – das deutsche Gesellschaftsstatut eng gefasst werden müsse. Hierfür seien etliche Bereiche aus dem Gesellschaftsstatut auszugliedern, um dadurch neue Handlungsmöglichkeiten zu eröffnen. Dementsprechend sei vor allem die Durchgriffshaftung nicht länger dem Gesellschaftsstatut zuzurechnen, da sie eine erhebliche insolvenzrechtliche Bedeutung aufweise und damit ihre Einordnung zum Insolvenzstatut nahe liege.

Ferner hat Weller⁸⁸⁷ ebenso wie Goette⁸⁸⁸ die insolvenzrechtliche Einordnung eines existenzvernichtenden Eingriffs damit begründet, dass die Existenzvernichtungshaftung

⁸⁷⁶ Vgl. hierzu m.w.N. Haas ZIP 2006, 1373 ff; Lieder DZWIR 2005, 399 ff; Goette DStR 2005, 197 ff; Fischer ZIP 2004, 1477 ff; Altmeppen/Wilhelm DB 2004, 1083 ff; Bitter WM 2004, 2190 ff; Schanze/Jüttner AG 2003, 661 ff; zweifelnd Röhrich ZIP 2005, 505 ff.

⁸⁷⁷ Weller IPRax 2003, 207 ff; so auch Goette DStR 2005, 197 ff.

⁸⁷⁸ Horn NJW 2004, 893 ff.

⁸⁷⁹ Fischer ZIP 2004, 1477 ff.

⁸⁸⁰ Goette DStR 2005, 197 ff.

⁸⁸¹ Hiergegen u.a. Eidenmüller RabelsZ 70 (2006), 474 ff.

⁸⁸² Weller IPRax 2003, 207 ff.

⁸⁸³ Horn NJW 2004, 893 ff.

⁸⁸⁴ Horn NJW 2004, 893 ff.

⁸⁸⁵ A.A. unter anderem Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff: Nach ihrer Ansicht ist die Möglichkeit der Geltendmachung inländischen Rechts über einen Missbrauch der Niederlassungsfreiheit nahezu ausgeschlossen. Insbesondere könne hierüber nicht die Anwendung der Durchgriffshaftung erfolgen. Der EuGH habe zwar grundsätzlich die Durchbrechung des Gründungsstatutes bei dem Vorliegen eines Missbrauchs für zulässig erklärt, allerdings gleichzeitig so hohe Maßstäbe hierfür angesetzt, dass diese Situation annähernd nie vorliegen werde. Dies folge u.a. aus der Aussage, dass selbst die bewusste Umgehung inländischer Vorschriften nicht als missbräuchlich gewertet werden könne, da dadurch nur die aus der Niederlassungsfreiheit resultierenden Chancen ausgeschöpft würden. Demnach lässt nach Ansicht Spindler/Berners die Anwendung der Durchgriffshaftung auf eine EU-Auslandsgesellschaft die europarechtlich geschützte Rechtswahlfreiheit außer acht und muss folglich ausscheiden.

⁸⁸⁶ Horn NJW 2004, 893 ff.

⁸⁸⁷ Weller IPRax 2003, 207 ff.

⁸⁸⁸ Goette DStR 2005, 197 ff. Allerdings stellt Goette fest, dass man bei einer gesellschaftsrechtlichen Einordnung die Anwendbarkeit der Existenzvernichtungshaftung ablehnen müsste. Bisher wurde seitens der Rechtsprechung angenommen, dass die Existenzvernichtungshaftung Lücken des gesetzlichen Kapitalschutzsystems (insbesondere in der Umgebung der §§ 30, 31 GmbHG) schließe. Da jedoch bereits die Anwendung des deutschen Kapitalschutzsystems auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft als nicht zu rechtfertigende Beschränkung der Niederlassungsfreiheit anzusehen sei, wäre bezüglich der Existenzvernichtungshaftung keine andere Beurteilung möglich. Ferner spricht sich Goette in ZIP 2006, 541 ff kritisch zu der Subsumierung der Existenzvernichtung unter den offenen Deliktstatbestand des § 826 BGB aus, da er insofern Zweifel an der Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit hat.

systematisch und funktionell aus einer Gesamtwertung der Liquidations- und Insolvenzvorschriften abzuleiten sei. Denn durch einen existenzvernichtenden Eingriff werde das förmliche Liquidations- und Insolvenzverfahren umgangen, da ein solcher Eingriff eine ungeordnete Liquidation der Gesellschaft zu Lasten der Gläubiger unter Missachtung des Prinzips ihrer vorrangigen Befriedigung (§ 73 GmbHG) bewirke. Dem könne durch die Existenzvernichtungshaftung entgegengewirkt werden, woraus sich ihre Zugehörigkeit zum Insolvenzstatut ergebe.

Darüber hinaus könne für eine insolvenzrechtliche Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung die teilweise bestehende Funktionsäquivalenz zu den insolvenzrechtlichen Anfechtungsvorschriften – die ihrerseits dem Insolvenzstatut unterfallen – angeführt werden. Wie bei der Existenzvernichtungshaftung werde auch über die insolvenzrechtlichen Anfechtungsvorschriften die „kalte Liquidation“ sanktioniert⁸⁸⁹.

Des Weiteren hat Fischer⁸⁹⁰ die Zugehörigkeit der Existenzvernichtungshaftung zum Insolvenzstatut über eine Sonderanknüpfung an den Verwaltungssitz als Annexkompetenz zum Insolvenzstatut begründet. Gem. Art. 3, 4 EuInsVO richte sich zwar das Insolvenzverfahren einer im Inland niedergelassenen EU-Auslandsgesellschaft grundsätzlich nach dem inländischen Recht, dahingegen müsse jedoch die Liquidation einer Gesellschaft auf Grund der Geltung der Gründungstheorie nach dem Gründungsrecht erfolgen. Werde nun aber die Insolvenz mangels Masse abgelehnt oder eingestellt, drohe die Gefahr einer Schutzlücke zu Lasten der Gläubiger⁸⁹¹. Auch wenn sich die Liquidation einer inländischen Auslandsgesellschaft grundsätzlich nach dem Gründungsrecht richte, gehe es bei dem Sonderfall der Nichteröffnung oder Einstellung des Insolvenzverfahrens mangels Masse vorrangig darum, die Gläubiger effektiv gegen die Umgehung der sie schützenden Vorschriften eines ordnungsgemäßen Insolvenzverfahrens abzusichern⁸⁹². Insofern ziele die Haftung wegen eines existenzvernichtenden Eingriffs wesentlich auf die Verantwortung für gläubigerschädigende Vermögensübertragungen von der Gesellschaft auf die Gesellschafter ab⁸⁹³. Folglich liege es nahe, generell von einem besonderen Gläubigerschutzbedürfnis am Verwaltungssitz der Scheinauslandsgesellschaft auszugehen. Dies rechtfertige eine Sonderanknüpfung an den Verwaltungssitz als Annexkompetenz zum Insolvenzstatut⁸⁹⁴.

Dabei führt nach Fischer⁸⁹⁵ die Anwendung der Durchgriffshaftung auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft auch zu keinem Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit, da die Haftung nicht an eine bestimmte Rechtsform anknüpfe, sondern grundsätzlich die Grenzen der Haftungsprivilegierung bei einer Kapitalgesellschaft festsetze. Des Weiteren ist auch Weller⁸⁹⁶ der Ansicht, dass der Konflikt mit der Niederlassungsfreiheit bei der Geltung der Existenzvernichtungshaftung jedenfalls als verhältnismäßig gering einzustufen ist, da sich die Haftungsfigur nicht auf die Errichtungsphase, sondern auf den Betrieb der Gesellschaft beziehe.

⁸⁸⁹ Weller IPRax 2003, 207 ff; Goette DStR 2005, 197 ff.

⁸⁹⁰ Fischer ZIP 2004, 1477 ff.

⁸⁹¹ Fischer ZIP 2004, 1477 ff.

⁸⁹² Fischer ZIP 2004, 1477 ff.

⁸⁹³ Fischer ZIP 2004, 1477 ff.

⁸⁹⁴ Fischer ZIP 2004, 1477 ff.

⁸⁹⁵ Fischer ZIP 2004, 1477 ff.

⁸⁹⁶ Weller IPRax 2003, 207 ff.

(c) Gesellschaftsrechtliche Qualifikation der Durchgriffshaftung

Ferner haben u.a.⁸⁹⁷ auch Ulmer⁸⁹⁸ und Spindler/Berner⁸⁹⁹ die Ansicht vertreten, dass die Durchgriffshaftung grundsätzlich auf eine im Inland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft anwendbar ist. Allerdings könne die Geltung dieser Haftungsfigur weder über das Insolvenz- noch über das Deliktsstatut begründet werden, da die Durchgriffshaftung dem Gesellschaftsstatut⁹⁰⁰ zuzurechnen sei und damit nur über eine Rechtfertigung anhand des Vier-Kriterien-Test zur Anwendung gelangen könne.

Dabei ergibt sich nach Ulmer⁹⁰¹ und Spindler/Berner⁹⁰² die Zuordnung der Durchgriffshaftung zum Gesellschaftsstatut daraus, dass es sich bei der vorgenannten Rechtsfigur um einen Haftungstatbestand aus dem Umfeld des § 31 GmbHG handle, der damit im Organisationsrecht der Gesellschaft wurzle.

Jedoch könne die Anwendung der Durchgriffshaftung grundsätzlich europarechtlich gerechtfertigt werden. Die Durchgriffshaftung komme in nichtdiskriminierender Weise dem Gläubigerschutz zugute, der durch den EuGH als zwingender Grund des Allgemeinwohls anerkannt sei⁹⁰³. Allerdings haben Spindler/Berner⁹⁰⁴ – in Abweichung zu Ulmer – darauf hingewiesen, dass auf Grund der Entscheidung Inspire Art und dem darin durch den EuGH entwickelten Informationsmodell nur der Schutz derjenigen Gläubiger die Geltung des nationalen Rechts rechtfertigen könne, denen keine Möglichkeit zur Informationserlangung offen stehe bzw. deren Verhandlungsposition so schwach sei, dass sie sich nicht selbst schützen könnten. Des Weiteren müsse die Anwendung der vorgenannten Haftungsfigur auch geeignet und erforderlich sein. Diesbezüglich weisen sowohl Ulmer als auch Spindler/Berner auf Schwierigkeiten in Bezug auf die Erforderlichkeit der Anwendung des inländischen Rechts hin. Diese ergäben sich aus der Frage, ob ein Vergleich der inländischen Schutzmaßnahmen mit dem jeweiligen ausländischen Recht nötig sei⁹⁰⁵. Dabei stellt nach Ulmer⁹⁰⁶ die Geltung des deutschen Rechts dann kein Niederlassungshindernis dar, wenn das Gründungsrecht keine entsprechende oder eine gleichwertige Sanktion enthält⁹⁰⁷. Dahingegen kann nach

⁸⁹⁷ Für die Zuordnung der Existenzvernichtungshaftung zum Gesellschaftsstatut Just ZIP 2006, 1251 ff; Paefgen ZIP 2004, 2252 ff; Schumann DB 2004, 743 ff; so wohl auch Henze WM 2006, 1653 ff; Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

⁸⁹⁸ Ulmer NJW 2004, 1201 ff.

⁸⁹⁹ Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

⁹⁰⁰ A.A. insbesondere Weller IPRax 2003, 207 ff. Allerdings weist Weller darauf hin, dass auch die Einordnung der Existenzvernichtungshaftung zum Gesellschaftsrecht (-statut) möglich sei. Hierfür kann seiner Ansicht nach die Zuordnung zur allgemeinen Durchgriffshaftung sprechen, die dem Gesellschaftsstatut zugerechnet werde. Hierfür spreche auch die Lehre vom gesellschaftsrechtlichen Einheitsstatut, die alle gesellschaftsrechtlichen Fragen nach dem Heimatrecht der juristischen Person beurteile. Eine gesellschaftsrechtliche Einordnung würde sich ebenfalls ergeben, wenn man die Existenzvernichtungshaftung aus der Sonder- bzw. Treueverbindung der Gesellschafter zu ihrer Gesellschaft ableite, oder die Haftung der Gesellschafter als Quasi-Geschäftsführer gem. § 43 GmbHG zu begründen versuche. Da sich das Gesellschaftsstatut bei Auslandsgesellschaften nach dem Herkunftsland richte, sei die Anwendung der Existenzvernichtung nur über den *ordre public*, Art. 6 EGBGB, oder über eine Sonderanknüpfung möglich. Dennoch geht Weller von der Zugehörigkeit der Existenzvernichtungshaftung zum Insolvenzstatut aus.

⁹⁰¹ Ulmer NJW 2004, 1201 ff.

⁹⁰² Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

⁹⁰³ Ulmer NJW 2004, 1201 ff; Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

⁹⁰⁴ Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

⁹⁰⁵ Ulmer NJW 2004, 1201 ff; Bitter WM 2004, 2190 ff; Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

⁹⁰⁶ Ulmer NJW 2004, 1201 ff.

⁹⁰⁷ Allerdings gibt Ulmer NJW 2004, 1201 ff zu bedenken, dass es nicht eindeutig feststehe, ob der EuGH tatsächlich die Erforderlichkeit der Anwendung des inländischen Rechts annehme, wenn das ausländische Recht eine entsprechende Regelung enthalte.

Spindler/Berner⁹⁰⁸ nur dann von der Erforderlichkeit der Anwendung der Durchgriffshaftung ausgegangen werden, wenn das Gründungsrecht selbst keinen adäquaten Schutz enthält.

(d) Durchgriffshaftung als allgemein gültiger Grundsatz

Des Weiteren geht auch Bitter⁹⁰⁹ von der Anwendbarkeit der Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung, wegen Existenzvernichtung und wegen der Spekulation auf Kosten der Gläubiger auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaften aus.

Dabei ergibt sich nach Bitter⁹¹⁰ die Geltung der Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung bereits auf Grund des oben im Rahmen der Kapitalerhaltung erörterten gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes der Vermögenserhaltung ab der Null-Grenze (siehe hierzu unter (1) b)), da hierfür eine Vermögenstrennung funktional notwendige Voraussetzung sei. Ferner werde der vorgenannte Haftungstatbestand auch nicht durch das seitens des EuGHs favorisierte Informationsmodell in Frage gestellt, da sich anderenfalls ein Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht ergebe. In der 1. Richtlinie (Publizitätsrichtlinie) werde eine klare Trennung zwischen Gesellschafts- und Gesellschaftersphäre verlangt, so dass eine Vermischung des Vermögens der Gesellschaft und der Gesellschafter europarechtlich unzulässig sei.

Ferner folgt nach Auffassung Bitters⁹¹¹ die Anwendbarkeit der Existenzvernichtungshaftung aus einem lediglich graduellen Unterschied dieser Haftungsfigur zur vorsätzlichen Existenzvernichtung gem. § 826 BGB bzw. § 823 BGB i.V.m. § 266 StGB/§ 263 StGB, die – ohne weiteres – auf eine EU-Auslandsgesellschaft eingreife. Dabei werde die vorgenannte Argumentation auch dadurch gestützt, dass im Rahmen des Deliktsrechts von der Rechtsprechung oftmals nur geringe Anforderungen an den subjektiven Tatbestand gestellt würden. In der Regel könne von dem objektiven Tatbestand auf den Schädigungsvorsatz geschlossen werden. Damit komme dem subjektiven Element nur geringe Bedeutung zu, so dass dieses nicht als Aufhänger für eine divergierende Beurteilung geeignet sei.

Darüber hinaus kann nach Bitter⁹¹² auch eine Durchgriffshaftung wegen einer Spekulation auf Kosten der Gläubiger bei einer im Inland niedergelassenen EU-Auslandsgesellschaft eingreifen. Dabei sei der Haftungstatbestand dann erfüllt, wenn bei einem riskanten Projekt die Gefahren einseitig auf die Gläubiger abgewälzt würden, indem das der Haftungsbeschränkung zu Grunde liegende Prinzip der angemessenen Risikobeteiligung der Gesellschafter in Gestalt des Eigenkapitals missachtet werde und Risiken eingegangen würden, die eine gegenüber dem Normalmaß deutlich erhöhte Insolvenzwahrscheinlichkeit aufwiesen (Externalisierung von Kosten mittels Haftungsbeschränkung). Dabei stehe dieser Rechtsfigur auch nicht die fehlende Verpflichtung zur Aufbringung eines Mindestkapitals entgegen, da für die Risikobeteiligung der Gläubiger die belastende Spekulation und damit die konkrete Struktur des Unternehmens entscheidend sei⁹¹³.

Jedoch müsse auf Grund des vom EuGH favorisierten Informationsmodells hinsichtlich der durch diese Rechtsfigur zu schützenden Gläubiger eine Einschränkung vorgenommen werden. Da der Missbrauch einer Haftungsbeschränkung durch Risikogeschäfte von der jeweiligen Risikobereitschaft der Gläubiger abhängen, könnten nur deliktische und solche vertraglichen Kleingläubiger erfasst werden, die sich nicht selbst schützen könnten. Lasse sich dahingegen ein

⁹⁰⁸ Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

⁹⁰⁹ Bitter WM 2004, 2190 ff.

⁹¹⁰ Bitter WM 2004, 2190 ff.

⁹¹¹ Bitter WM 2004, 2190 ff.

⁹¹² Bitter WM 2004, 2190 ff.

⁹¹³ Bitter WM 2004, 2190 ff.

Gläubiger freiwillig auf ein erkennbar hohes Risiko ein, könne er sich später nicht auf eine Kostenexternalisierung berufen⁹¹⁴.

Darüber hinaus liegt allerdings nach Auffassung Bitters⁹¹⁵ hinsichtlich der oben angeführten Durchgriffstatbestände kein Konflikt mit der Niederlassungsfreiheit vor, da in allen drei Varianten lediglich eine geringfügige Beeinträchtigung des Marktzutrittes erfolge, die auf Grund des Bestehens einer konkreten Gläubigergefährdung gerechtfertigt sei.

b) Ablehnung der Anwendung der Durchgriffshaftung

Nachdem im vorangegangenen Abschnitt diejenigen Autoren vorgestellt wurden, die sich für die Geltung der Durchgriffshaftung auf eine im Inland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited aussprechen, werden im Folgenden diejenigen Stimmen in der Literatur behandelt, welche die Anwendung der Durchgriffshaftung ablehnen⁹¹⁶.

Hierfür kann insbesondere⁹¹⁷ auf Eidenmüller⁹¹⁸ und Kieninger⁹¹⁹ verwiesen werden, nach deren Ansicht die Durchgriffshaftung weder (a) unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs⁹²⁰ der Niederlassungsfreiheit noch (b) als gerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit zur Anwendung gelangen kann.

(a) Missbrauch der Niederlassungsfreiheit

Dabei kann nach Eidenmüller⁹²¹ die Anwendung der Durchgriffshaftung auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft nicht über das Argument eines Missbrauchs der Niederlassungsfreiheit begründet werden. Auf Grund der Entscheidung Centros eröffne die Niederlassungsfreiheit die Möglichkeit der Umgehung des strengeren Inlandsrechts, da der Gerichtshof die Ausnutzung eines Regulationsgefälles zwischen den Mitgliedstaaten unter den Schutz der Niederlassungsfreiheit gestellt habe. Damit könne die Umgehung der inländischen Durchgriffshaftung nicht länger als missbräuchlich eingestuft werden, so dass die Anwendung dieser Haftungsfigur auf eine im Inland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft ausscheide⁹²².

Des Weiteren begründet Kieninger⁹²³ die Ablehnung der Anwendbarkeit der Durchgriffshaftung damit, dass die vorgenannte Haftungsfigur nach deutschem Verständnis an die Kapitalschutzvorschriften anknüpfe. Der Grund ihres Eingreifens sei die Inanspruchnahme des

⁹¹⁴ Bitter WM 2004, 2190 ff.

⁹¹⁵ Bitter WM 2004, 2190 ff.

⁹¹⁶ Vgl. hierzu m.w.N. Müller BB 2006, 837 ff; Eidenmüller JZ 2004, 24 ff; Eidenmüller RabelsZ 70 (2006) 474 ff; Wachter BB 2006, 1462 ff (hierbei vor allem Fn. 17); Schumann DB 2004, 743 ff; Ulmer NJW 2004, 1201 ff; Schall ZIP 2005, 965 ff; Ebert/Levedag GmbH 2003, 1337 ff; von Hase BB 2006, 2141 ff (jedenfalls explizit für die Durchgriffshaftung wegen materieller Unterkapitalisierung).

⁹¹⁷ Vgl. hierfür m.w.N. Müller BB 2006, 837 ff; Eidenmüller JZ 2004, 24 ff; Eidenmüller RabelsZ 70 (2006) 474 ff; Wachter BB 2006, 1462 ff; Schumann DB 2004, 743 ff; Ulmer NJW 2004, 1201 ff; Schall ZIP 2005, 965 ff; Ebert/Levedag GmbH 2003, 1337 ff; von Hase BB 2006, 2141 ff (jedenfalls explizit für die Durchgriffshaftung wegen materieller Unterkapitalisierung); für den existenzvernichtenden Eingriff wohl auch Walterscheid DZWIR 2006, 95 ff, der den existenzvernichtenden Eingriff dem Gesellschaftsstatut zuordnet und infolgedessen seine Anwendbarkeit auf eine in Deutschland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft ablehnt.

⁹¹⁸ Eidenmüller JZ 2004, 24 ff.

⁹¹⁹ Kieninger ZEuP 2004, 685 ff.

⁹²⁰ Nach Kieninger ZEuP 2004, 685 ff liegt die Beurteilung des Vorliegens eines Missbrauchs der Niederlassungsfreiheit in der Hand des EuGH und nicht der Mitgliedstaaten. Nur so könne verhindert werden, dass die Anwendung des Herkunftslandprinzips ausgehöhlt werde und dadurch die Niederlassungsfreiheit nur noch auf dem Papier bestehe.

⁹²¹ Eidenmüller JZ 2004, 24 ff.

⁹²² Eidenmüller JZ 2004, 24 ff; Kieninger ZEuP 2004, 685 ff.

⁹²³ Kieninger ZEuP 2004, 685 ff.

Haftungsprivilegs einer Kapitalgesellschaft, obwohl die Voraussetzung hierfür – eine angemessene Kapitalausstattung – nicht erfüllt sei. Wenn aber der EuGH die Niederlassungsfreiheit als Rechtswahlfreiheit ansehe, bei der die Umgehung der Kapitalschutzregeln des tatsächlichen Verwaltungssitzes keinen Missbrauch darstelle, dürfe diese Entscheidung nicht dadurch rückgängig gemacht werden, dass ein Mitgliedstaat unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs doch das Kapitalschutzrecht am tatsächlichen Sitz zum Maßstab erhebe.

(b) Rechtfertigung

Darüber hinaus hat u.a. Eidenmüller darauf hingewiesen, dass die Geltung der Durchgriffshaftung auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft auch nicht als gerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit eingeordnet werden dürfe. Auf Grund des in der Entscheidung Inspire Art durch den EuGH entwickelten Informationsmodells müsse davon ausgegangen werden, dass sich ein Gläubiger durch die Möglichkeit der Informationserlangung hinreichend selbst schützen könne, so dass die zusätzliche Geltung der inländischen Gläubigerschutzinstrumente nicht erforderlich sei. Dementsprechend könne das Eingreifen der Durchgriffshaftung nicht gerechtfertigt werden⁹²⁴.

c) Eigene Stellungnahme

Nachdem im vorangegangenen Abschnitt die Argumente für und gegen die Geltung der Durchgriffshaftung auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited erörtert wurden, werden diese nachfolgend einer eigenen Stellungnahme unterzogen.

(a) Ablehnung der Durchgriffshaftung

Hierfür werden zunächst die Argumente, die gegen die Anwendbarkeit der Durchgriffshaftung angeführt wurden, näher analysiert.

aa) Ausnutzung eines Regelungsgefälles

Dabei ist zunächst das Vorbringen, wonach die Durchgriffshaftung deshalb nicht zur Anwendung gelangen könne, weil der EuGH in seiner Entscheidung Centros die Ausnutzung eines Regelungsgefälles unter den Schutz der Niederlassungsfreiheit gestellt habe⁹²⁵, abzulehnen.

Zumindest in dem Fall des Zuzugs einer englischen Limited nach Deutschland liegt in Bezug auf die Durchgriffshaftung keine Ausnutzung eines Regelungsgefälles vor. Denn auch das englische Recht kennt eine Reihe von Durchgriffstatbeständen (siehe hierzu Kapitel V und hierbei insbesondere Abschnitt 5) und 8)), die mit denjenigen des deutschen Rechts durchaus vergleichbar sind. Würde beispielsweise das Verhalten eines Gesellschafters im deutschen Recht zu einer Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung führen, könnte eine vergleichbare Handlung im englischen Rechtsraum eine Disqualifizierung und damit gegebenenfalls eine persönliche Haftung des directors wegen mangelhafter Buchführung nach sich ziehen (siehe hierzu V 8) (5) a)). Ferner könnte ein Tatbestand, der im deutschen Recht eine – durch die Rechtsprechung abgelehnte – Durchgriffshaftung wegen qualifizierter materieller Unterkapitalisierung zur Folge hätte, im englischen Recht über die Disqualifizierung wegen eines Handelns auf Kosten der Gläubiger eine persönliche Haftung des directors herbeiführen.

⁹²⁴ Eidenmüller JZ 2004, 24 ff.

⁹²⁵ Vgl. hierzu m.w.N. Eidenmüller JZ 2004, 24 ff; Kieninger ZEuP 2004, 685 ff.

Folglich kann die Anwendung der Durchgriffshaftung auf eine inländische englische Limited jedenfalls nicht grundsätzlich über das Argument der europarechtlichen Zulässigkeit der Ausnutzung eines Regelungsgefälles abgelehnt werden.

bb) Zusammenhang mit den Kapitalschutzvorschriften

Des Weiteren ist auch dem Vorbringen derjenigen Autoren⁹²⁶ nicht zuzustimmen, die das Eingreifen der Durchgriffshaftung auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft deshalb ablehnen, weil die vorgenannte Rechtsfigur eine Nähe zu den Kapitalschutzvorschriften aufweise und die Kapitalschutzvorschriften spätestens seit der Entscheidung Inspire Art nicht mehr – und damit auch nicht über den Umweg der Durchgriffshaftung – auf eine zuziehende EU-Auslandsgesellschaft zur Anwendung gebracht werden dürften.

Insofern ist darauf hinzuweisen, dass die Durchgriffshaftung – wenn man sie im Zusammenhang mit den Kapitalschutzvorschriften sehen möchte – eine Nähe zu den Kapitalerhaltungs-, nicht aber unmittelbar zu den Kapitalaufbringungsvorschriften aufweist. Jedoch wird gerade die Geltung der Kapitalerhaltungsvorschriften auf eine EU-Auslandsgesellschaft kontrovers diskutiert, wobei die überzeugenderen Argumente für eine teilweise Geltung der vorgenannten Normen sprechen (s.o.). Hierfür sind nicht zuletzt die im englischen Recht ebenfalls enthaltenen strengeren Kapitalerhaltungsvorschriften anzuführen (siehe hierzu Kapitel V 2) (2)).

Demzufolge kann das vorgenannte Argument nicht überzeugen.

cc) Informationsmodell

Ferner ist auch der Ablehnung der Anwendung der Durchgriffshaftung auf Grund des durch den EuGH in der Entscheidung Inspire Art entwickelten Informationsmodells⁹²⁷ nicht zu folgen.

Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass das Informationsmodell deutliche Schwächen aufweist und dementsprechend nicht als abschließende Schutzmaßnahme eingestuft werden kann. Dabei ist insbesondere auf die – bereits oben ausgeführtem – nicht hinreichende Erfassung sämtlicher Gläubiger einzugehen. Ist beispielsweise ein Gläubiger nicht in der Lage sich zu informieren, weil er sich seinen Schuldner nicht selbst ausgesucht hat – z.B. deliktischer Gläubiger – oder kann ein Gläubiger mangels entsprechender Verhandlungsstärke – z.B. Kleingläubiger oder Arbeitnehmer – die ihm zur Verfügung stehenden Informationen nicht zu seinen Gunsten/seinem Schutz nutzen, muss das Informationsmodell versagen.

Des Weiteren ist es einem Gesellschaftsgläubiger über das Informationsmodell nur möglich, sich über tatsächliche Gegebenheiten einer Gesellschaft – z.B. Nationalität, wirtschaftliche Lage – zu informieren. Dahingegen ist für eine Durchgriffshaftung die Entscheidung eines Gesellschafters, dem Gesellschaftsvermögen eine Einbuße zuzuführen bzw. eine vermögensschädigende Handlung vorzunehmen, haftungsauslösend. Insofern kann jedoch auch eine ausführliche Information über die Gesellschaft keinen Gläubigerschutz bewirken, da hierüber nicht die jeweilige Gesinnung eines Gesellschafters zu Tage gefördert werden kann.

Darüber hinaus ist erneut darauf hinzuweisen, dass auch das englische Recht Durchgriffstatbestände enthält (s.o.). Dementsprechend legt die Kenntnis des Vorliegens einer englischen Rechtsform nicht zwingend den Schluss nahe, dass eine Durchgriffshaftung ausgeschlossen sein muss.

⁹²⁶ Vgl. hierzu m.w.N. Eidenmüller JZ 2004, 24 ff; Kieninger ZEuP 2004, 685 ff.

⁹²⁷ Vgl. hierzu m.w.N. Eidenmüller JZ 2004, 24 ff.

(b) Befürwortung der Durchgriffshaftung

Nachdem die für die Ablehnung der Durchgriffshaftung vorgetragenen Argumente als nicht vollumfänglich überzeugend abgelehnt wurden, werden anschließend die für die Geltung der vorgenannten Haftungsfigur angeführten Gründe näher besprochen. Dabei kann bereits vorab festgestellt werden, dass dem Eingreifen der Durchgriffshaftung bei einer inländischen englischen Limited jedenfalls im Ergebnis zuzustimmen ist, auch wenn den hierfür angeführte Argumenten nur teilweise gefolgt werden kann.

aa) Zuordnung zum Delikts- oder Insolvenzstatut

Dabei kann zunächst denjenigen Autoren, welche die Geltung der vorgenannten Rechtsfigur ausschließlich auf deren Zuordnung zum Insolvenz-⁹²⁸ oder Deliktsstatut⁹²⁹ stützen, nur eingeschränkt gefolgt werden.

Insofern ist es richtig, dass die Durchgriffshaftung sowohl zum Delikts- als auch zum Insolvenzrecht (s.o.) eine deutliche Nähe aufweist. Darüber hinaus kommt es bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Scheinauslandsgesellschaft grundsätzlich gem. Art. 40 EGBGB und gem. Art. 3, 4 EuInsVO sowohl zur Anwendung des deutschen Delikts- als auch des deutschen Insolvenzrechts, so dass in beiden Fällen das Eingreifen der Durchgriffshaftung möglich erscheint.

Jedoch ist stets zu berücksichtigen, dass nicht allein die Zuordnung einer Rechtsfigur zu einem bestimmten Statut, welches sich auf Grund des internationalen Privatrechts nach deutschem Recht richtet, ihre Anwendbarkeit auf eine im Inland niedergelassene Auslandsgesellschaft begründet. Denn bei dem internationalen Privatrecht handelt es sich um nationales Recht, das gegenüber dem Europarecht nachrangig ist. Damit hängt das Eingreifen einer nationalen Norm/Rechtsfigur maßgeblich von ihrer Vereinbarkeit mit dem Europarecht ab. Folglich kann zwar das internationale Privatrecht eine Aussage über das für einen bestimmten Rechtsbereich geltende Recht treffen (z.B. Geltung des deutschen Deliktsrechts), ob allerdings eine bestimmte Regelung/Haftungsfigur aus diesem Rechtsgebiet tatsächlich auf die ausländische Gesellschaft zur Anwendung gelangen kann, muss anhand der konkret betroffenen europäischen Freiheit – vorliegend der Niederlassungsfreiheit – ermittelt werden.

bb) Zuordnung zum Gesellschaftsstatut

Des Weiteren kann auch die Zuordnung der Durchgriffshaftung zum Gesellschaftsstatut⁹³⁰ überzeugende Argumente für sich in Anspruch nehmen. Denn die Durchgriffshaftung weist eine deutliche Nähe zum Organisationsrecht⁹³¹ einer Gesellschaft auf und steht in einem engen Zusammenhang mit dem Trennungsprinzip⁹³².

Darüber hinaus ist dem Vorbringen zuzustimmen, dass allein die Zuordnung der Durchgriffshaftung zum Gesellschaftsstatut nicht zwangsläufig deren Geltung auf eine inländische Auslandsgesellschaft ausschließt. Zwar ist auf eine im Inland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft grundsätzlich – wegen der Geltung der Gründungstheorie – das Heimatrecht der jeweiligen Gesellschaft anzuwenden, jedoch können einzelne Normen/Rechtsfiguren des nationalen Rechts dennoch auf eine inländische EU-

⁹²⁸ Für die Zuordnung zum Insolvenzstatut m.w.N. Weller IPRax 2003, 207 ff; Horn NJW 2004, 893 ff; Goette DStR 2005, 197 ff; Fischer ZIP 2004, 1477 ff.

⁹²⁹ Vgl. hierzu m.w.N. Zimmer NJW 2003, 3585 ff.

⁹³⁰ Vgl. hierfür m.w.N. Ulmer NJW 2004, 1201 ff; Spindler/Berner RIW 204, 7 ff.

⁹³¹ Ulmer NJW 2004, 1201 ff.

⁹³² Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

Auslandsgesellschaft zur Anwendung gelangen, wenn ihr Eingreifen entweder zu keiner Beeinträchtigung des Europarechts führt bzw. diese gerechtfertigt werden kann.

Dahingegen ist der vorgenannten Ansicht insoweit nicht zu folgen, als sie teilweise hinsichtlich der Rechtfertigung der Anwendung der Durchgriffshaftung sehr restriktiv vorgeht.

Hierbei ist zunächst das Vorbringen⁹³³ abzulehnen, wonach die Durchgriffshaftung auf Grund des durch den EuGH favorisierten Informationsmodells nur zu Gunsten derjenigen Gläubiger eingreifen soll, die sich vorab nicht über die Gesellschaft kundig machen konnten. Wie bereits oben unter (a) cc) erörtert, weist das Informationsmodell insbesondere in Bezug auf deliktische Gläubiger sowie Kleingläubiger und Arbeitnehmer erhebliche Schwächen auf und kann vor allem im Zusammenhang mit der Durchgriffshaftung nicht überzeugen. Denn eine Informationserlangung über die Gesinnung eines Gesellschafters, die letztendlich Auskunft darüber gewähren könnte, ob mit einem den Tatbestand der Durchgriffshaftung erfüllenden Verhalten eines Gesellschafters gerechnet werden muss, ist nicht möglich.

Des Weiteren ist auch die von Spindler/Berner⁹³⁴ vertretene Ansicht abzulehnen, wonach die Geltung der Durchgriffshaftung auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft nur dann als erforderlich und damit gerechtfertigt betrachtet werden darf, wenn das Heimatrecht der Gesellschaft keinen vergleichbaren Schutz enthält. Diesem Vorschlag stehen vor allem erhebliche praktische Schwierigkeiten entgegen, da damit vor jeder Rechtsdurchsetzung ein problematischer zeit- und kostenintensiver Rechtsvergleich durchgeführt werden müsste. Dadurch würde die Rechtssicherheit beeinträchtigt und die Rechtsdurchsetzung gravierend erschwert. Dementsprechend kann, selbst wenn sich der Anspruchsteller freiwillig durch die Wahl einer ausländischen Gesellschaft als Vertragspartner einer derartigen Situation ausgesetzt hat, diese Lage nicht als verhältnismäßig bezeichnet werden. Insbesondere stellt es umgekehrt für eine inländische EU-Auslandsgesellschaft nur eine relativ geringe Beeinträchtigung dar, bestimmten inländischen Regelungen unterworfen zu werden, wenn sie in ihrem Heimatland vergleichbaren Normen ausgesetzt wäre⁹³⁵.

cc) Durchgriffshaftung als allgemein gültiger Grundsatz

Ferner ist dem oben unter (2) a) (d) angeführten Vorbringen Bitters⁹³⁶, der die Anwendbarkeit der Durchgriffshaftung wegen einer Vermögensvermischung und wegen einer Kostenexternalisierung auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft daraus ableitet, dass die Geltung der vorgenannten Haftungsfiguren zur Wahrung eines allgemeinen, aus dem Wesen einer jeden Kapitalgesellschaft folgenden Grundsatzes erforderlich ist, zuzustimmen.

Bezüglich der Haftung wegen Vermögensvermischung ist darauf hinzuweisen, dass die Erhaltung des Vermögens einer Kapitalgesellschaft ab der Null-Grenze (Überschuldung) ein aus dem Wesen einer jeden Kapitalgesellschaft folgendes allgemeines Prinzip ist, das damit auch auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft anwendbar ist (siehe hierzu bereits unter (1) b)). Nur wenn über die – bereits oben unter (1) b) ausgeführte – eingeschränkte Geltung der Kapitalerhaltungsnormen die Gefahr einer einseitigen Risikoabwälzung auf die Gläubiger minimiert werden kann, ist zu verhindern, dass die Gesellschafter die Geschäfte der Gesellschaft ausschließlich zu Lasten der Gläubiger betreiben und sich dadurch in Ausnutzung der Haftungsbeschränkung bei einer Kapitalgesellschaft über das Vehikel der juristischen Person fremdes Vermögen aneignen. Da allerdings ohne die Trennung des Privat- und des

⁹³³ Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

⁹³⁴ Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

⁹³⁵ Hierauf hinweisend u.a. Ulmer NJW 2004, 1201 ff.

⁹³⁶ Bitter WM 2004, 2190 ff.

Geschäftsvermögens eine Risikoabwälzung nur schwerlich festgestellt werden kann und diese Trennung ohne die Möglichkeit einer Sanktion kaum durchzusetzen ist, muss die Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung auch auf die Gesellschafter einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft/englischen Limited anwendbar sein.

Des Weiteren kann auch der oben unter (2) a) (d) vorgetragene Vorschlag Bitters⁹³⁷ bezüglich einer Durchgriffshaftung wegen Kostenexternalisierung als ein allgemeiner, aus dem Wesen einer Kapitalgesellschaft folgender, Grundsatz angesehen werden. Hierüber soll – ähnlich wie bei der vorangegangenen Ausführung bezüglich der persönlichen Haftung wegen Vermögensvermischung – verhindert werden, dass eine einseitige, dem Wesen einer Kapitalgesellschaft zuwiderlaufende Risikoverlagerung zu Ungunsten der Gläubiger vorgenommen wird. Dementsprechend ist auch die Anwendung dieser Haftungsfigur auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft nicht ausgeschlossen. Jedoch ist es hierbei möglich, dass sich ein Gesellschaftsmitglied bewusst der Gefahrenlage ausgesetzt hat, indem er trotz der Kenntnis einer übermäßigen Risikobelastung eine geschäftliche Beziehung mit der Gesellschaft eingegangen ist. Für diesen Fall hat Bitter auf Grund des durch den EuGH favorisierten Informationsmodells – zu Recht – die Anwendung der Haftung wegen Kostenexternalisierung mangels Schutzbedürftigkeit der Gläubiger ausgeschlossen.

dd) Anwendbarkeit der Existenzvernichtungshaftung auf Grund der Nähe zur vorsätzlichen Existenzvernichtung

Allerdings kann der oben unter (2) a) (d) angeführten Begründung Bitters⁹³⁸ zur Anwendbarkeit der Durchgriffshaftung wegen Existenzvernichtung über einen Vergleich mit der vorsätzlichen Existenzvernichtung nach § 826 BGB bzw. § 823 II BGB i.V.m. § 266 StGB/§ 263 StGB nur teilweise zugestimmt werden.

Diesbetreffend ist es richtig, dass eine vorsätzliche Existenzvernichtung auch bei einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft gem. § 826 BGB bzw. § 823 BGB i.V.m. § 266 StGB/§ 263 StGB eine Haftung nach sich zieht. Des Weiteren ist dem Vorbringen Bitters zuzustimmen, dass die deutsche Rechtsprechung an den Nachweis des Vorliegens des subjektiven Tatbestandes bei der vorsätzlichen Existenzvernichtung geringe Anforderungen stellt, da sie aus der Realisierung des objektiven Tatbestandes Rückschlüsse auf die Verwirklichung des subjektiven Tatbestandes zieht. Damit liegt die Überlegung Bitters nahe, dass die Unterschiede im subjektiven Tatbestand bei einer vorsätzlichen Existenzvernichtung und einer Durchgriffshaftung wegen Existenzvernichtung so gering sind, dass sich hieraus keine Ungleichbehandlung hinsichtlich der Anwendbarkeit auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft rechtfertigen lässt.

Allerdings ist der Argumentation Bitters entgegenzuhalten, dass die deutsche Rechtsprechung ohnehin bei der Beurteilung des Vorliegens des subjektiven Deliktstatbestandes sehr großzügig vorgeht. Kann demnach ein vorsätzliches Handeln nicht mehr angenommen werden, muss die subjektive Seite schwach ausgeprägt sein. Da jedoch die Durchgriffshaftung in eine zentrale Eigenschaft der juristischen Person, nämlich den Ausschluss der persönlichen Haftung der Gesellschafter/Geschäftsführer und damit das Trennungsprinzip eingreift, muss dieses Haftungsinstrument mit großer Zurückhaltung zum Einsatz gebracht werden. Dementsprechend ist eine abweichende Beurteilung der vorgenannten Fälle durchaus zu rechtfertigen.

⁹³⁷ Bitter WM 2004, 2190 ff.

⁹³⁸ Bitter WM 2004, 2190 ff.

Damit lässt sich jedenfalls aus dieser Argumentation Bitters nicht ohne weiteres die Anwendbarkeit der Existenzvernichtungshaftung auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited rechtfertigen.

ee) Abschließende Stellungnahme

Allerdings ist abschließend festzustellen, dass die Rechtsfigur der Durchgriffshaftung im Grunde ihren Ursprung im Wesen einer Kapitalgesellschaft selbst hat, so dass hieraus die Möglichkeit folgt, dieses Haftungskonzept grundsätzlich auf alle Kapitalgesellschaften – unabhängig von ihrer Nationalität – gleichermaßen anzuwenden.

Dabei lässt sich die vorgenannte Ansicht folgendermaßen begründen: Die Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ermöglicht ihren Gesellschaftern die Teilnahme am Wirtschaftsleben, ohne hierbei mit dem Risiko einer unbeschränkten persönlichen Haftung belastet zu werden. Im Gegenzug dazu schafft u.a. das Gesellschaftsrecht bestimmte Verpflichtungen, um auch den Interessen der Vertragspartner gerecht zu werden. Dies erfolgt im deutschen Recht beispielsweise über die Vorschriften bezüglich der Kapitalaufbringung, wohingegen das englische Recht strenge Kapitalerhaltungsnormen vorsieht. Damit stehen dem Privileg der Haftungsbeschränkung stets bestimmte – wenn auch teilweise unterschiedliche – Ausgleichsmöglichkeiten gegenüber, die allerdings nicht nur den Gesellschaftsgläubigern, sondern gleichzeitig auch der Gesellschaft und den Gesellschaftern zugute kommen, da die Gesellschaft dadurch im Wirtschaftsleben als seriöser Geschäftspartner wahrgenommen wird. Zerstört jedoch ein Gesellschafter/Geschäftsführer das Gleichgewicht zwischen dem persönlichen Haftungsausschluss und dem Gläubigerschutz, muss damit auch das Haftungsprivileg verwirkt sein. Dieser Situation trägt die Durchgriffshaftung Rechnung und dient damit der Wahrung wesentlicher Grundgedanken, die unmittelbar aus dem Wesen einer Kapitalgesellschaft selbst folgen. Dementsprechend muss ihre Geltung grundsätzlich auch auf eine EU-Auslandsgesellschaft in Betracht kommen.

Damit machen die vorangegangenen Ausführungen deutlich, dass sich die Durchgriffshaftung besonders für die Aufnahme in ein einheitliches europäisches Konzept eignet. Da jedoch die konkrete Ausgestaltung der Durchgriffshaftung von der jeweiligen nationalen Rechtsordnung abhängt, muss der Entstehung eines einheitlichen europäischen Konzepts ein umfassender Rechtsvergleich vorausgehen. Infolgedessen sollte – wie bereits im Rahmen der Kapitalerhaltungsvorschriften vorgeschlagen – ein Gremium eingesetzt werden, das rechtsvergleichend die jeweiligen Varianten der Durchgriffshaftung in den Mitgliedstaaten überprüft und hieraus einen gemeinsamen Nenner herausarbeitet, der sodann – z.B. im Rahmen einer Richtlinie – im Europarecht umgesetzt werden kann. Auf diesem Weg könnte sowohl der Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften als auch der Rechtssicherheit der Gesellschaftsgläubiger bestmöglich Rechnung getragen werden. Die Gesellschaften könnten die Risiken eines Umzuges kalkulieren und die Gläubiger wären auch bei einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft hinreichend geschützt, wodurch gleichzeitig die Akzeptanz der ausländischen Rechtsformen verbessert würde.

Bis zur Entstehung eines gemeinsamen europäischen Konzepts müssen jedoch die nationalen Durchgriffstatbestände – unabhängig von ihrer statutarischen Zuordnung – grundsätzlich auch auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited zur Anwendung gelangen. Hierbei ist allerdings, ebenso wie bei dem Eingreifen der Durchgriffshaftung auf eine inländische Kapitalgesellschaft, mit größter Zurückhaltung vorzugehen, da die beschränkte Haftung bei einer Kapitalgesellschaft grundsätzlich zu achten ist.

Dabei steht der Geltung der Durchgriffshaftung auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft auch nicht die Niederlassungsfreiheit entgegen. Die Möglichkeit eines Haftungsdurchgriffs wohnt dem Wesen einer jeden Kapitalgesellschaft inne (s.o.), so dass bereits der Eingriffscharakter bei der Anwendung der inländischen Durchgriffstatbestände gering ist.

Darüber hinaus kann ein potenzieller Eingriff in die Niederlassungsfreiheit der zuziehenden Gesellschaft gerechtfertigt werden. Durch die Geltung der nationalen Durchgriffstatbestände kann in diskriminierungsfreier Weise ein wesentlicher Beitrag zum Gläubigerschutz – der durch den EuGH als zwingendes nationales Schutzanliegen anerkannt ist – geleistet werden. Des Weiteren ist die Durchgriffshaftung zur Verwirklichung des Gläubigerschutzes geeignet, da sie der Aufrechterhaltung des Gleichgewichts zwischen der Haftungsbeschränkung bei einer Kapitalgesellschaft und der Gläubigersicherung zugute kommt. Darüber hinaus ist die Geltung der Durchgriffshaftung auch erforderlich, da kein milderes Mittel zur Verwirklichung des vorgenannten Schutzanliegens ersichtlich ist. Insbesondere muss aus Praktikabilitätsgründen (s.o.) nicht die jeweilige ausländische Rechtsordnung nach einem vergleichbaren Schutzinstrument durchforstet werden. Allerdings ist auf Grund des Informationsmodells des EuGH dann Zurückhaltung bei der Anwendung der Durchgriffshaftung geboten bzw. muss deren Eingreifen ausscheiden, wenn sich ein Gläubiger wissentlich in eine ihn gefährdende Situation gebracht hat. In diesem Fall ist die Schutzbedürftigkeit eines Gläubigers zu verneinen, so dass die Anwendung der Durchgriffshaftung nicht durch den Gläubigerschutz gerechtfertigt werden kann.

(3) Insolvenzantragspflicht

Nachdem im vorangegangenen Abschnitt die Anwendbarkeit der Durchgriffshaftung behandelt wurde, wird nachfolgend die Frage erörtert, ob ein director einer inländischen englischen Limited gem. § 64 I GmbHG zur Stellung eines Insolvenzantrags verpflichtet ist⁹³⁹.

Dabei ist die Geltung der Antragspflicht⁹⁴⁰ deshalb von erheblichem Interesse, da hierüber ein wesentlicher Beitrag zur Sicherung der Haftungsmasse und damit zum Gläubigerschutz geleistet werden kann. Des Weiteren können hierüber insolvenzreife GmbHs vom Markt entfernt werden, wodurch zusätzlich der Rechtsverkehr geschützt wird⁹⁴¹.

Hierfür begründet § 64 I GmbHG eine Pflicht des Geschäftsführers, bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung⁹⁴² ohne schuldhaftes Zögern, aber spätestens drei Wochen (Höchstfrist⁹⁴³) danach, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Ferner besteht auch dann eine Antragspflicht, wenn die noch vorhandene Masse die Kosten eines Verfahrens nicht mehr decken kann⁹⁴⁴.

Zu diesem Zweck trifft die Antragspflicht, unabhängig von den Vertretungsregeln, jeden Geschäftsführer ebenso wie die Strohmanngeschäftsführer, den Liquidator (§ 71 IV GmbHG)

⁹³⁹ Siehe zu den im MoMiG geplanten Änderungen der Insolvenzantragsstellung Kapitel VIII 2) (5) a) (a).

⁹⁴⁰ Beachte hierzu die durch den Regierungsentwurf zum MoMiG geplante Änderung des Insolvenzantragsrechts. Danach soll § 64 I GmbHG aufgehoben und hierfür ein neuer § 15a InsO eingeführt werden, der die Antragspflicht regelt und auch Sanktionen bei einer Nichtbeachtung vorsieht. Sieh hierzu unter Kapitel VIII 2) (5) a) (a).

⁹⁴¹ Schulze-Osterloh in Baumbach/Hueck, § 64 Rn. 1; Hirte/Mock ZIP 2005, 474 ff; Überblick zu den Gesellschafter- und Geschäftsführerplichten im Vorfeld der Insolvenz nach gegenwärtigem und künftigem Recht Westermann DZWIR 2006, 485 ff.

⁹⁴² Dabei muss sich nach Schulze-Osterloh in Baumbach/Hueck, § 64 Rn. 2 die Überschuldung nicht aus der Jahres- oder Zwischenbilanz ergeben, sondern es genügt der tatsächliche Eintritt der Überschuldung.

⁹⁴³ Schulze-Osterloh in Baumbach/Hueck, § 64 Rn. 10.

⁹⁴⁴ Schulze-Osterloh in Baumbach/Hueck, § 64 Rn. 3.

und den faktische Geschäftsführer⁹⁴⁵. Dabei wird die Antragspflicht nicht durch eine entgegenstehende Weisung der Gesellschafter ausgeschlossen⁹⁴⁶. Allerdings erlischt sie, wenn der Insolvenzgrund beseitigt ist oder ein anderer Geschäftsführer bereits den Antrag gestellt hat⁹⁴⁷.

Die Dreiwochenfrist beginnt mit der positiven Kenntnis des jeweiligen Antragsstellers. Verschließt sich dieser jedoch wider Treu und Glauben der Kenntniserlangung, so beginnt der Fristlauf ab diesem Zeitpunkt. Ebenso verhält es sich, wenn der Geschäftsführer von einer zeitlich zurückliegenden Überschuldung erfährt und zu Unrecht ohne genaue Prüfung die Beseitigung der Überschuldung annimmt⁹⁴⁸.

Da folglich die Insolvenzantragspflicht nicht unerhebliche Pflichten und Risiken für den Geschäftsführer einer Gesellschaft mit sich bringt, gehen die Meinungen bezüglich ihrer Anwendbarkeit auf eine EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited teilweise deutlich auseinander. Hierfür werden nachfolgenden zunächst unter a) die Argumente für und unter b) die Gründe gegen die Geltung der Antragspflicht besprochen. Daran anschließend wird unter c) eine eigene Stellungnahme abgegeben⁹⁴⁹.

a) Anwendbarkeit der Insolvenzantragspflicht

Dabei haben u.a.⁹⁵⁰ Zimmer⁹⁵¹ ebenso wie Müller⁹⁵² und Bayer⁹⁵³ die Ansicht vertreten, dass die Insolvenzantragspflicht auch bei einer im Inland domizilierenden EU-Auslandsgesellschaft eingreift.

Die Insolvenzantragspflicht trage zur rechtzeitigen Einleitung des Insolvenzverfahrens bei und müsse deshalb – unabhängig von ihrer Verortung⁹⁵⁴ im Gesellschaftsrecht, welches sich auf Grund der Geltung der Gründungstheorie nach dem Heimatrecht der zuziehenden Gesellschaft richte – thematisch dem Insolvenzrecht zugerechnet werden⁹⁵⁵. Gemäß Art. 3, 4 EuInsVO sei jedoch auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft, die ihre wirtschaftlichen Aktivitäten hauptsächlich vom Inland aus betreibt, das deutsche Insolvenzrecht und damit auch die insolvenzrechtlich einzuordnende Antragspflicht anzuwenden (siehe hierzu bereits oben unter III 2) (2))⁹⁵⁶.

⁹⁴⁵ Allerdings ist dies nach Schulze-Osterloh in Baumbach/Hueck, § 64 Rn. 6 durchaus strittig, da die Verletzung der Antragspflicht strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann. Hierzu auch Schulze-Osterloh in Baumbach/Hueck § 82 Rn. 77, § 84 Rn. 26, 13.

⁹⁴⁶ Schulze-Osterloh in Baumbach/Hueck, § 64 Rn. 4 ff.

⁹⁴⁷ Schulze-Osterloh in Baumbach/Hueck, § 64 Rn. 12.

⁹⁴⁸ Schulze-Osterloh in Baumbach/Hueck, § 64 Rn. 9.

⁹⁴⁹ Vgl. hierzu m.w.N. Borges ZIP 2004, 733 ff.

⁹⁵⁰ Vgl. hierzu m.w.N. Zerres DZWIR 2006, 356 ff; Borges ZIP 2004, 733 ff; Weller IPRax 2003, 520 ff; LG Kiel, Urt. v. 20.4.2006 – 10 S 44/05 (rechtskräftig); Schilling EWiR 2006, 429 f (allerdings geht Schilling – anders als das LG Kiel – davon aus, dass die Anwendung der Insolvenzverschleppungshaftung zu einem Eingriff in die Niederlassungsfreiheit führen kann); ferner ordnet auch Eidenmüller in RabelsZ 70 (2006), 474 ff die Insolvenzantragspflicht dem Insolvenzstatut zu. Allerdings soll nach Ansicht Eidenmüllers die Insolvenzantragspflicht nur dann auf den Geschäftsführer einer EU-Auslandsgesellschaft Geltung beanspruchen, wenn die Auslandsgesellschaft ihren COMI (Mittelpunkt der hauptsächlichsten Interessen) im Inland hat.

⁹⁵¹ Zimmer NJW 2003, 3585 ff.

⁹⁵² Müller NZG 2003, 414 ff.

⁹⁵³ Bayer BB 2003, 2357 ff.

⁹⁵⁴ Zu den historischen Hintergründen der Verortung der Antragspflicht Borges ZIP 2004, 733 ff. Dabei erläutert Borges die Zufälligkeit der Verortung der Insolvenzantragspflicht im jeweiligen Gesellschaftsrecht.

⁹⁵⁵ Walterscheid DZWIR 2006, 95 ff; Zerres DZWIR 2006, 356 ff.

⁹⁵⁶ Walterscheid DZWIR 2006, 95 ff; Zerres DZWIR 2006, 356 ff.

Ferner sei die Insolvenzantragspflicht auf Grund ihrer insolvenzrechtlichen Zuordnung nicht rechtsformgebunden zu interpretieren und könne deshalb neben ihrer Geltung für deutsche Kapitalgesellschaften auch auf inländische EU-Auslandsgesellschaften zur Anwendung gelangen⁹⁵⁷.

Allerdings haben die oben angeführten Autoren⁹⁵⁸ zu Recht darauf hingewiesen, dass die Insolvenzantragspflicht durch die Auferlegung zusätzlicher Pflichten zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit führen könne⁹⁵⁹. Jedoch müsse diese ihrer Ansicht nach als gerechtfertigt eingestuft werden. Die Antragspflicht werde in nicht diskriminierender Weise auf in- und ausländische Gesellschaften gleichermaßen angewendet und trage entscheidend zur Sicherung des Gläubiger- und des Verkehrsschutzes – die durch den EuGH als zwingende Gründe des Allgemeininteresses anerkannt würden – bei. Des Weiteren sei die Antragspflicht zur Verwirklichung des Gläubigerschutzes geeignet und erforderlich.

Jedoch weise die Möglichkeit der Durchsetzung der Antragspflicht bei einer inländischen englischen Limited eine entscheidende Schwäche auf, weil – worauf insbesondere Zimmer⁹⁶⁰ und Weller⁹⁶¹ hinweisen – eine Strafbewehrung der Antragspflicht gem. § 84 GmbHG ausscheide. Da im deutschen Strafrecht das Analogieverbot gelte und die vorgenannte Strafnorm auf eine deutsche GmbH zugeschnitten sei, müsse ihre Anwendung auf eine andere Rechtsform ausscheiden⁹⁶².

Damit kann nach Ansicht der oben angeführten Autoren⁹⁶³ die deutsche Insolvenzantragspflicht auf Grund ihrer Zuordnung zum Insolvenzstatut auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited zur Geltung gebracht werden. Allerdings scheidet bei einer Nichtbeachtung dieser Verpflichtung – wegen des Analogieverbotes im Strafrecht – eine Sanktion nach § 84 GmbHG aus.

b) Ablehnung der Geltung der Insolvenzantragspflicht

Dahingegen haben u.a.⁹⁶⁴ Ulmer⁹⁶⁵, Just⁹⁶⁶ und von Hase⁹⁶⁷ die Ansicht vertreten, dass die Anwendung der Insolvenzantragspflicht auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft nicht in Betracht kommt. Die Antragspflicht sei gesellschaftsrechtlich und nicht insolvenzrechtlich einzuordnen und das Gesellschaftsrecht müsse sich auf Grund der Geltung der Gründungstheorie nach dem Heimatrecht der zuziehenden Gesellschaft richten⁹⁶⁸.

⁹⁵⁷ Zimmer NJW 2003, 3585 ff; Müller NZG 03, 414 ff; Bayer BB 03, 2357 ff.

⁹⁵⁸ Zeres DZWIR 2006, 356 ff; Borges ZIP 2004, 733 ff; Weller IPRax 2003, 520 ff; Schilling EWiR 2006, 429 f; Eidenmüller in RabelsZ 70 (2006), 474 ff.

⁹⁵⁹ A.A. LG Kiel Urt. v. 20.4.2006 – 10 S 44/05 (rechtskräftig).

⁹⁶⁰ Zimmer NJW 2003, 3585 ff.

⁹⁶¹ Weller IPRax 03, 207 ff.

⁹⁶² Beachte allerdings die insofern durch den Regierungsentwurf zum MoMiG geplante Änderung, wonach die Insolvenzantragspflicht in die InsO – § 15a InsO-RegE – übergeführt werden soll und hierin auch allgemeine Strafvorschriften vorgesehen sind. Siehe hierzu nachfolgend unter Kapitel VIII 2) (5) a) (a).

⁹⁶³ Zeres DZWIR 2006, 356 ff; Borges ZIP 2004, 733 ff; Weller IPRax 2003, 520 ff; Schilling EWiR 2006, 429 f; Eidenmüller in RabelsZ 70 (2006), 474 ff.

⁹⁶⁴ Vgl. hierfür m.w.N. Schumann DB 2004, 743 ff; Mock/Schildt ZInsO 2003, 399 ff; Just ZIP 2006, 1251 ff; Müller BB 2006, 837 ff; Riegger ZGR 2004, 511 ff; Kiethe RIW 2005, 649 ff; Berner/Klöhn ZIP 2007, 106 ff.

⁹⁶⁵ Ulmer NJW 2004, 1201 ff.

⁹⁶⁶ Just ZIP 2006, 1251 ff.

⁹⁶⁷ von Hase BB 2006, 2141 ff.

⁹⁶⁸ Schumann DB 2004, 743 ff; Mock/Schildt ZInsO 2003, 399 ff; Just ZIP 2006, 1251 ff; Müller BB 2006, 837 ff; Riegger ZGR 2004, 511 ff; Kiethe RIW 2005, 649 ff.

Dabei folge der gesellschaftsrechtliche Charakter der Antragspflicht daraus, dass es sich bei der in § 64 I GmbHG festgeschriebenen Verpflichtung um eine Organpflicht handle und damit deren gesellschaftsrechtliche – und nicht insolvenzrechtliche – Natur feststehe⁹⁶⁹.

Darüber hinaus regle das inländische Insolvenzrecht nur die Eröffnungsgründe, nicht aber die Antragspflichten, da diese Gegenstand spezifischer Regelungen des jeweiligen Organisationsrechts seien⁹⁷⁰. Dabei werde das vorgenannte Argument dadurch bekräftigt, dass sich die unterschiedliche Beurteilung der Antragspflicht und der Eröffnungsgründe auch in der Umschreibung der lex fori concursus in Art. 4 I 1 EuInsVO widerspiegle. Denn Art. 4 I 1 EuInsVO erfasse zwar die Eröffnungsgründe, nicht aber – ebenso wenig wie Art. 4 II 2 EuInsVO – die Antragspflichten⁹⁷¹.

Des Weiteren könne auch nicht zu Gunsten der inländischen Insolvenzantragspflicht eine Ausnahme von der Geltung des Gründungsrechts im Bereich des Gesellschaftsrechts gemacht werden, da das Eingreifen der Antragspflicht auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft europarechtlich nicht zu rechtfertigen sei⁹⁷².

c) Eigene Stellungnahme

Nachdem nun die Argumente für und gegen die Anwendung der inländischen Insolvenzantragspflicht auf eine nach Deutschland zuziehende EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited dargestellt wurden, werden diese nachfolgend einer abschließenden Stellungnahme unterzogen. Dabei muss – trotz der u.a. von Ulmer⁹⁷³ vorgetragenen berechtigten Einwände – für die Anwendbarkeit der inländischen Insolvenzantragspflicht auf eine zuziehende EU-Auslandsgesellschaft plädiert werden.

(a) Statutzugehörigkeit

Insofern ist zunächst auf die Statutzugehörigkeit der Insolvenzantragspflicht einzugehen.

Hierbei ist – zu Recht – für die Zugehörigkeit der Antragspflicht zum Gesellschaftsstatut angeführt worden, dass diese im Recht der jeweiligen Gesellschaftsform verortet ist und eine Organpflicht darstellt, da zur Antragsstellung (derzeit⁹⁷⁴) z.B. gem. § 64 I GmbHG nur die Geschäftsführer verpflichtet sind. Darüber hinaus ist der Einwand, die InsO enthalte ebenso wie Art. 4 I, II 2 EuInsVO nur die Eröffnungsgründe und nicht die Antragspflicht, ebenfalls berechtigt.

Dennoch ist auf Grund der engen Verbindung der Antragspflicht mit dem Insolvenzrecht⁹⁷⁵ von deren Zugehörigkeit zum Insolvenzstatut auszugehen. Hierfür ist zunächst auf die Anknüpfung der Antragspflicht an die Insolvenzeröffnungsgründe der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung hinzuweisen (§§ 17, 19 InsO). Ferner muss der enge Zusammenhang zwischen Insolvenzantragsrecht und Insolvenzantragspflicht berücksichtigt werden. Da das Insolvenzantragsrecht in der Insolvenzordnung (§§ 13 ff InsO) geregelt ist, wird erneut die Nähe der Insolvenzantragspflicht hierzu deutlich. Darüber hinaus darf nicht vernachlässigt werden,

⁹⁶⁹ Just ZIP 2006, 1251 ff; Ulmer NJW 2004, 1201 ff; von Hase BB 2006, 2141 ff.

⁹⁷⁰ Ulmer NJW 2004, 1201 ff.

⁹⁷¹ Ulmer NJW 2004, 1201 ff.

⁹⁷² Schumann DB 2004, 743 ff; Mock/Schildt ZInsO 2003, 399 ff; Just ZIP 2006, 1251 ff; Müller BB 2006, 837 ff; Riegger ZGR 2004, 511 ff; Kiethe RIW 2005, 649 ff; Berner/Klöhn ZIP 2007, 106 ff.

⁹⁷³ Ulmer NJW 2004, 1201 ff.

⁹⁷⁴ Beachte die geplanten Änderungen / Erweiterungen der Antragspflicht im MoMiG Kapitel VIII 2) (4).

⁹⁷⁵ Hierfür insbesondere Zimmer NJW 2003, 3585 ff; Weller IPRax 03, 207 ff; Müller NZG 03, 414 ff; Bayer BB 2003, 2357 ff.

dass die Verortung der Antragspflicht im Gesellschaftsrecht aus einer Zeit herrührt, in der es noch keine einheitliche Insolvenzordnung gegeben hat und dem späteren Verbleib der Antragspflicht im Gesellschaftsrecht eine gewisse historische Zufälligkeit anhaftet⁹⁷⁶. Betrachtet man allerdings den Zweck der Antragspflicht, nämlich die Entfernung insolvenzreifer Gesellschaften aus dem Wirtschaftsleben, wird deutlich, dass hierüber ein typisch insolvenzrechtliches Anliegen verfolgt wird. Da aber dem Sinn und Zweck einer Norm für die Ermittlung ihrer Statutzuzuordnung gegenüber der Bedeutung ihrer tatsächlichen Verortung, die – wie oben festgestellt – auf einem Zufall beruhen kann, der Vorrang einzuräumen ist, muss die Antragspflicht dem Insolvenz- und nicht dem Gesellschaftsstatut zugerechnet werden.

Da gemäß Art. 3, 4 EuInsVO auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited, die ihre wirtschaftlichen Aktivitäten primär vom Inland aus betreibt, grundsätzlich das deutsche Insolvenzrecht zur Anwendung gelangt, ist die Geltung der Antragspflicht nahe liegend.

(b) Vereinbarkeit der Antragspflicht mit dem Europarecht

Allerdings ist zwingend zu beachten, dass sich die Anwendbarkeit einer inländischen Rechtsnorm auf eine zugezogene EU-Auslandsgesellschaft nicht allein nach der international privatrechtlichen Möglichkeit ihrer Geltung entscheidet, sondern dass es hierfür auf Grund des Vorrangs des Europarechts maßgeblich auf die Vereinbarkeit der jeweiligen Norm – vorliegend der Antragspflicht gem. § 64 I GmbHG – mit dem Europarecht ankommt.

Dabei kann die Antragspflicht auf Grund der Auferlegung zusätzlicher Pflichten durchaus zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit führen.

Jedoch muss bei der Beurteilung des Eingriffscharakters der Antragspflicht berücksichtigt werden, dass über die Antragspflicht die Teilnahme zahlungsunfähiger oder überschuldeter Kapitalgesellschaften am Wirtschaftsleben verhindert werden soll. Dabei handelt es sich bei diesem Problem – Auftreten insolvenzreifer Gesellschaften im Wirtschaftsleben – um ein solches das unabhängig von einem bestimmten Mitgliedstaat vorliegen kann und das vor allem deshalb so schwer wiegt, weil den Gläubigern einer Kapitalgesellschaft zu ihrer Befriedigung grundsätzlich (bis auf die Ausnahme der Durchgriffshaftung) nur das Gesellschaftsvermögen zur Verfügung steht. Der Ausschluss der persönlichen Haftung der Gesellschafter und Geschäftsführer ist für eine Kapitalgesellschaft wesensprägend (Trennungsprinzip). Dabei hat der Haftungsausschluss zur Folge, dass bei einem Auftreten einer insolvenzreifen Gesellschaft am Wirtschaftsleben das Risiko für die Gläubiger, mit einer Forderung auszufallen, überproportional ansteigt. Da jedoch das Haftungsprivileg den Gesellschaftern nur die Teilnahme am Wirtschaftsleben erleichtern, nicht aber eine Möglichkeit bieten soll, ihre wirtschaftlichen Aktivitäten allein auf Kosten der Gläubiger zu betreiben, ergibt sich die Notwendigkeit zur Stellung eines Insolvenzantrags – unabhängig vom jeweiligen Mitgliedstaat – bereits aus dem Wesen einer Kapitalgesellschaft selbst. Demzufolge kann der Eingriffscharakter der Antragspflicht nicht als hoch bezeichnet werden.

Ferner muss der durch die Geltung der Insolvenzantragspflicht bei einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft verursachte Eingriff in die Niederlassungsfreiheit als gerechtfertigte Beschränkung eingestuft werden. Denn zunächst erfolgt die Antragspflicht gleichmäßig und damit diskriminierungsfrei auf in- und ausländische Gesellschaften. Des Weiteren dient die Entfernung insolvenzreifer Gesellschaften aus dem Wirtschaftsleben sowohl dem Gläubiger- als auch dem Verkehrsschutz und sichert damit europarechtlich anerkannte zwingende Gründe des

⁹⁷⁶ Zu den historischen Hintergründen der Verortung der Antragspflicht Borges ZIP 2004, 733 ff.

Allgemeinwohls. Darüber hinaus ist die Insolvenzantragspflicht zur Erreichung der vorgenannten Ziele geeignet und erforderlich.

(c) Lösungsvorschlag

Damit bestehen auf Grund der vorgenannten Argumente an der Erforderlichkeit und Zulässigkeit der Anwendung der Insolvenzantragspflicht auf eine inländische englische Limited keine grundlegenden Zweifel. Dennoch sollte die Antragspflicht für eine verbesserte Systematik und damit auch Rechtssicherheit ihrer thematischen Zugehörigkeit entsprechend in die Insolvenzordnung überführt werden und eine neutrale, alle Kapitalgesellschaften erfassende Formulierung erhalten⁹⁷⁷.

Darüber hinaus sollte – unabhängig von dem oben angeführten Vorschlag – die Schaffung einer einheitlichen europäischen Lösung energisch vorangetrieben werden. Wie bereits unter (b) erörtert, handelt es sich bei der Insolvenzantragspflicht um eine Verpflichtung, die ihren Ursprung im Wesen einer Kapitalgesellschaft selbst findet, weshalb sich die Schaffung eines einheitlichen Konzepts besonders anbietet. Da allerdings die jeweiligen Voraussetzungen in den Mitgliedstaaten voneinander abweichen können, sollten über einen umfassenden Rechtsvergleich gemeinsame, für alle Mitgliedstaaten annehmbare Tatbestandsvoraussetzungen erarbeitet werden. Des Weiteren sollte eine europäische Lösung auch die Voraussetzungen für die Sicherstellung der Durchsetzung der Antragspflicht enthalten, indem bestimmte Sanktionsmöglichkeiten⁹⁷⁸ vorgesehen werden, da insbesondere dieser Punkt auf Grund des Analogieverbotes im Strafrecht im nationalen Recht nicht umfassend sichergestellt werden kann (s.o.).

(4) Insolvenzverschleppungshaftung

Nachdem die Anwendbarkeit der Insolvenzantragspflicht auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft geklärt wurde, wird anschließend die Frage nach der Geltung der Insolvenzverschleppungshaftung gem. § 64 I GmbHG i.V.m. § 823 II BGB auf eine im Inland niedergelassene englische Limited erörtert.

Dabei dient die Insolvenzverschleppungshaftung gem. § 64 I GmbHG i.V.m. § 823 II BGB der Sicherung der Haftungsmasse und kommt damit dem Gläubigerschutz zugute, indem hierüber derjenige Schaden geltend gemacht werden kann, den die Gläubiger infolge der verspäteten Antragsstellung erleiden⁹⁷⁹. Hierbei muss seitdem Urteil des BGH vom 6.6.1994⁹⁸⁰ bezüglich der Höhe des Schadenersatzanspruchs zwischen Alt- und Neugläubigern unterscheiden werden. Danach kann zu Gunsten der Altgläubiger – d.h. derjenigen, die bereits vor der Insolvenzreife

⁹⁷⁷ Beachte zu den geplanten Änderungen der Insolvenzantragspflicht Kapitel VIII 2) (4).

⁹⁷⁸ Dabei verdeutlicht gerade der zuletzt angesprochene Punkt die Notwendigkeit der Schaffung einer einheitlichen europäischen Regelung. Das Eingreifen des nationalen Rechts kann bereits deshalb nicht vollumfänglich befriedigen, weil auf Grund des Analogieverbotes im Strafrecht für die Durchsetzung der Antragspflicht keine ausreichenden Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Die Geltung der inländischen Regelung wird damit quasi zum zahlosen Tiger. Hierauf insbesondere auch Zimmer NJW 2003, 3585 ff; Weller IPRax 2003, 207 ff hinweisend.

⁹⁷⁹ Schulze-Osterloh in Baumbach/Hueck, § 64 Rn. 24; Gehrlein BB 2007, 901 ff; BGH, Urt. v. 5.2.2007 – II ZR 234/05; Altmeppen ZIP 2001, 2201 ff; ferner zur persönlichen Haftung und Haftungsabwicklung bei einem Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht nach § 64 I GmbHG/ § 92 II AktG Fritsche/Lieder DZWIR 2004, 93 ff; Vetter ZGR 2005, 788 ff.

⁹⁸⁰ BGH 126, 181, 192 ff: Die Rechtsprechung beruht dabei auf der Vorstellung, dass der Normzweck der Insolvenzantragspflicht gem. § 64 I GmbHG darin besteht, insolvenzreife Gesellschaften vom Geschäftsverkehr fernzuhalten.

die Gläubigerstellung erlangt haben – nur ein Ersatz des Quotenschadens⁹⁸¹ erfolgen, wohingegen hinsichtlich der Neugläubiger derjenige Schaden geltend gemacht werden kann, den diese durch die Unterlassung der Insolvenzantragsstellung erlitten haben (negatives Interesse)⁹⁸².

Da allerdings die Geltung der Insolvenzverschleppungshaftung auf eine zuziehende EU-Auslandsgesellschaft ein nicht unerhebliches Risiko für deren Geschäftsführer darstellt, gehen die Ansichten bezüglich der Anwendbarkeit dieser Rechtsfigur auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited deutlich auseinander. Dementsprechend werden nachfolgend unter a) diejenigen Argumente für und unter b) diejenigen gegen das Eingreifen der Insolvenzverschleppung vorgestellt. Unter c) erfolgt sodann eine abschließende eigene Stellungnahme.

a) Anwendbarkeit der Insolvenzverschleppungshaftung

Damit wird zunächst auf die Ansicht in der deutschen Literatur eingegangen, die für die Geltung der Insolvenzverschleppungshaftung auf eine in Deutschland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft eintritt. Allerdings herrscht auch innerhalb dieser Ansicht Uneinigkeit darüber, wie das Eingreifen der vorgenannten Haftungsfigur zu begründen ist. Nach einer Ansicht ergibt sich die Geltung der Insolvenzverschleppungshaftung (a) über eine Zuordnung zum Insolvenzstatut, wohingegen eine andere Ansicht die Anwendbarkeit der vorgenannten Haftungsfigur (b) über deren Zuordnung zum Deliktsstatut begründet. Eine weitere Ansicht folgert die Geltung der Insolvenzverschleppungshaftung aus einer (c) Zuordnung zum Gesellschaftsstatut, verbunden mit der Möglichkeit ihrer europarechtlichen Rechtfertigung, und wieder eine andere Ansicht ordnet die Insolvenzverschleppungshaftung (d) dem allgemeinen Verkehrsrecht zu und leitet deren Geltung hieraus ab.

(a) Zuordnung der Insolvenzverschleppungshaftung zum Insolvenzstatut

Insofern haben u.a.⁹⁸³ Goette⁹⁸⁴, Römermann⁹⁸⁵, Zerres⁹⁸⁶ und Lieder⁹⁸⁷ die Meinung vertreten, dass die Insolvenzverschleppungshaftung auf Grund ihrer Zugehörigkeit zum Insolvenzstatut auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft anwendbar ist.

Dabei ergebe sich die Zuordnung zum Insolvenzstatut daraus, dass es sich bei der Insolvenzverschleppungshaftung um eine genuin insolvenzrechtliche Vorschrift handle. Dies folge vor allem aus ihrer engen sachlichen Verbindung zu den Insolvenzeröffnungsgründen der

⁹⁸¹ Unter dem Quotenschaden versteht man den Betrag, um den sich die Insolvenzquote der Gläubiger durch die Verzögerung der Insolvenzeröffnung und insbesondere durch die Eingehung neuer Verbindlichkeiten gemindert hat.

⁹⁸² Schulze-Osterloh in Baumbach/Hueck, § 64 Rn. 26.

⁹⁸³ Hierfür u.a. auch LG Kiel, Urt. v. 20.4.2006 – 10 S 44/05 (rechtskräftig); Eidenmüller NJW 2005, 1618 ff; Lieder DZWIR 2005, 399 ff; Römermann NJW 2006, 2065 ff (allerdings weist Römermann darauf hin, dass, falls die Insolvenzverschleppungshaftung doch gesellschaftsrechtlich einzuordnen sei, diese dann nicht auf eine inländische englische Limited Anwendung finden dürfe); Eidenmüller RabelsZ 70 (2006) 474 ff (allerdings muss sich nach Eidenmüller für das Eingreifen der Insolvenzverschleppungshaftung der COMI der Gesellschaft im Inland befinden); Huber in Lutter S. 307 ff, 318 ff; Müller NZG 2003, 414 ff; Röhrich ZIP 2005, 505 ff; Weller IPRax 2003, 520 ff; Borges ZIP 2004, 733 ff; Roth NZG 2003, 1081 ff; Schumann DB 2004, 743 ff; darüber hinaus weist die Antwort auf eine Anfrage im Deutschen Bundestag zu den Auswirkungen und den Problemen der Private Limited Companies in Deutschland BT-Drks. 16/283 vom 16.12.2005, Frage 27 und 29, in diese Richtung. Danach „(...) spricht vieles dafür, die Insolvenzantragspflichten als insolvenzrechtlich zu qualifizieren (...)“. In die gleiche Richtung weist die Begründung des Referentenentwurfs zum MoMiG hinsichtlich des § 64 GmbHG-RefE.

⁹⁸⁴ Goette DStR 2005, 197 ff.

⁹⁸⁵ Römermann NJW 2006, 2065 ff.

⁹⁸⁶ Zerres DZWIR 2006, 357 ff.

⁹⁸⁷ Lieder DZWIR 2005, 399 ff.

Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung sowie aus ihrer zeitlichen Nähe zur Insolvenz der Gesellschaft⁹⁸⁸.

Darüber hinaus hat Zimmer⁹⁸⁹ darauf hingewiesen, dass auch der EuGH in der Begründung seiner Entscheidung Slg. 1979, 733 (743 f) unter den Rn. 3-5 eine der deutschen Insolvenzverschleppungshaftung entsprechende französische Haftungsregel dem Insolvenzstatut unterstellt habe, so dass auch dieses Urteil für die Zuordnung der Insolvenzverschleppungshaftung zum Insolvenzstatut angeführt werden könne.

Dementsprechend müsse diese Haftungsfigur – unabhängig von ihrer partiellen Verortung im Gesellschaftsrecht – gem. Art. 3, 4 EuInsVO jedenfalls dann auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft zur Anwendung gelangen, wenn diese ihre wirtschaftlichen Aktivitäten vorwiegend vom Inland aus betreibt⁹⁹⁰.

(b) Zuordnung der Insolvenzvernichtungshaftung zum Deliktsstatut

Ferner sprechen sich u.a.⁹⁹¹ auch Bayer⁹⁹², Schanze/Jüttner⁹⁹³ und Schall⁹⁹⁴ für die Geltung der Insolvenzverschleppungshaftung auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft aus. Allerdings begründen sie dies auf Grund einer funktionellen Betrachtung über eine Zuordnung der vorgenannten Haftungsfigur zum Deliktsstatut.

Die Insolvenzverschleppungshaftung weise vor allem durch ihre Verbindung zu § 823 II BGB eine starke Verknüpfung zum Deliktsrecht auf und könne dementsprechend dem Deliktsstatut zugeordnet werden. Dabei richte sich gem. Art. 40 EGBGB das Deliktsrecht regelmäßig nach dem Recht des Staates, in dem sich der tatsächliche Verwaltungssitz einer Gesellschaft befinde, da in diesem zumeist der international-privatrechtlich maßgebliche Handlungs- oder Erfolgsort liege. Dementsprechend könne auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited die Insolvenzverschleppungshaftung zur Anwendung gelangen⁹⁹⁵.

Des Weiteren stehe der Anwendbarkeit der Insolvenzverschleppungshaftung auch nicht das Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung entgegen. Da das inländische Recht auf die durch die EuGH-Rechtsprechung eingetretene Ausweitung der Niederlassungsfreiheit, die selbst das Auftreten von Scheinauslandsgesellschaften nicht für missbräuchlich erachte, nicht vorbereitet sei, müssten die dadurch aufgetretenen zahlreichen Schutzlücken erkannt und durch vorsichtige Ergänzung oder Verdrängung des Gesellschaftsstatuts geschlossen werden⁹⁹⁶. Zwar dürfe die ausländische Gesellschaft nicht den speziellen inländischen Verfahrens- oder Haftungsvorschriften unterworfen werden, allerdings sei sie in gleicher Weise wie eine inländische GmbH den Vorschriften des allgemeinen nationalen Deliktsrechts verpflichtet, selbst

⁹⁸⁸ Goette DStR 2005, 197 ff; Römermann NJW 2006, 2065 ff; Zerres DZWIR 2006, 357 ff; Lieder DZWIR 2005, 399 ff.

⁹⁸⁹ Zimmer NJW 2003, 3585 ff.

⁹⁹⁰ Nach Kindler NZG 2003, 1086 ff kann die Insolvenzverschleppungshaftung entweder über eine Anknüpfung an das Delikts- oder Insolvenzrecht auf eine in Deutschland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft zur Anwendung gelangen. Allerdings spielt das seiner Ansicht nach nur dann eine Rolle, wenn – entgegen seiner Überzeugung – ein Übergang auf die Gründungstheorie erfolgen muss. Könne dagegen weiterhin die Sitztheorie Geltung beanspruchen, komme ohnehin das gesamte nationale Recht zur Anwendung.

⁹⁹¹ Hierfür u.a. auch Schall ZIP 2005, 965 ff; Ulmer NJW 2004, 1201 ff; Schanze/Jüttner AG 2003, 661 ff; Huber in Lutter, S. 307 ff.

⁹⁹² Bayer BB 2003, 2357 ff.

⁹⁹³ Schanze/Jüttner AG 2003, 661 ff.

⁹⁹⁴ Schall ZIP 2005, 965 ff.

⁹⁹⁵ Hierfür u.a. Schall ZIP 2005, 965 ff; Ulmer NJW 2004, 1201 ff; Schanze/Jüttner AG 2003, 661 ff; Huber in Lutter, S. 307 ff; Bayer BB 2003, 2357 ff.

⁹⁹⁶ Bayer BB 2003, 2357 ff.

wenn diese teilweise erst noch ausdrücklich im inländischem Recht geschaffen werden müssten⁹⁹⁷.

(c) Zuordnung der Insolvenzvernichtungshaftung zum Gesellschaftsstatut

Ferner haben sich u.a.⁹⁹⁸ Ulmer⁹⁹⁹ und – zum Teil – auch Spindler/Berner¹⁰⁰⁰ für die Anwendbarkeit der Insolvenzverschleppungshaftung auf eine im Inland niedergelassene englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft ausgesprochen. Allerdings muss nach ihrer Ansicht die Insolvenzverschleppungshaftung dem Gesellschaftsstatut¹⁰⁰¹ zugerechnet werden, da sie – auf Grund der Notwendigkeit einer Pflichtverletzung durch einen Geschäftsführer – im Organisationsrecht der Gesellschaft wurzle und damit überwiegend GmbH-rechtlicher Natur sei¹⁰⁰². Demzufolge komme wegen der Geltung der Gründungstheorie und damit der grundsätzlichen Maßgeblichkeit des Heimatrechts der zuziehenden Gesellschaft das Eingreifen der Insolvenzverschleppungshaftung auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft nur dann in Betracht, wenn ihre Geltung europarechtlich gerechtfertigt werden könne. Darüber hinaus sei eine Rechtfertigungsprüfung auch deshalb erforderlich, weil das Eingreifen der Insolvenzverschleppungshaftung für den Geschäftsführer einer zuziehenden Gesellschaft ein nicht unerhebliches Risiko darstelle und dementsprechend zu einem Eingriff¹⁰⁰³ in die Niederlassungsfreiheit führe¹⁰⁰⁴. Allerdings kann nach Ansicht der vorgenannten Autoren die Geltung der Insolvenzverschleppungshaftung grundsätzlich gerechtfertigt werden.

Nach Ansicht Ulmers¹⁰⁰⁵ ist die Anwendung der Insolvenzverschleppungshaftung deshalb gerechtfertigt, weil sie gleichermaßen und damit diskriminierungsfrei auf in- und ausländische Gesellschaften Geltung beanspruche. Ferner diene sie dem Gläubigerschutz und sichere damit europarechtlich anerkannte zwingende Gründe des Allgemeinwohls. Darüber hinaus sei ihr Eingreifen geeignet und erforderlich.

Dahingegen ist nach Spindler/Berner¹⁰⁰⁶, die sich zwar grundsätzlich auch für die Anwendbarkeit der Insolvenzverschleppungshaftung aussprechen, der Geltungsbereich der Haftungsnorm einzuengen. Danach dürfe die vorgenannte Haftungsfigur auf Grund des durch den EuGH favorisierten Informationsmodells allein zum Schutz derjenigen Gläubiger eingreifen, die keine Möglichkeit zur Informationserlangung haben. Demzufolge könne die Insolvenzverschleppungshaftung grundsätzlich nur zur Sicherung von gesetzlichen Gläubigern Geltung beanspruchen. Darüber hinaus könne auch nur dann von der Erforderlichkeit des Eingreifens der Insolvenzverschleppungshaftung ausgegangen werden, wenn das Gründungsrecht selbst keinen entsprechenden Schutz enthalte.

(d) Zuordnung der Insolvenzverschleppungshaftung zum Verkehrsrecht

Des Weiteren hat sich auch Bitter¹⁰⁰⁷ für die Geltung der Insolvenzverschleppungshaftung auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited ausgesprochen und seine Ansicht

⁹⁹⁷ Bayer BB 2003, 2357 ff.

⁹⁹⁸ Just ZIP 2006, 1251 ff.

⁹⁹⁹ Bayer BB 2003, 2357 ff.

¹⁰⁰⁰ Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

¹⁰⁰¹ Insofern geht Zimmer NJW 2003, 3585 ff davon aus, dass die Insolvenzverschleppungshaftung dann nicht zur Anwendung gelangen kann, wenn sie dem Gesellschaftsstatut zuzuordnen sei.

¹⁰⁰² Ulmer NJW 2004, 1201 ff; Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

¹⁰⁰³ Insofern spricht sich Zerres DZWIR 2006, 357 ff bereits gegen das Vorliegen eines Eingriffs in die Niederlassungsfreiheit aus.

¹⁰⁰⁴ Ulmer NJW 2004, 1201 ff; Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

¹⁰⁰⁵ Ulmer NJW 2004, 1201 ff.

¹⁰⁰⁶ Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

¹⁰⁰⁷ Bitter WM 2004, 2190 ff.

über die Zuordnung des vorgenannten Haftungstatbestandes zu dem allgemeingültigen Verkehrsrecht begründet.

Nach Bitter schützt die Insolvenzverschleppungshaftung – ähnlich wie die Haftung aus c.i.c. (§ 311 III BGB) – den Rechtsverkehr gegen Falschdispositionen und greift damit ein klassisches Problem des Marktrechts auf¹⁰⁰⁸. Demzufolge sei insbesondere die Außenhaftung gegenüber den Neugläubigern gem. § 823 II BGB i.V.m. § 64 I GmbHG dem Verkehrsrecht zuzuordnen.

Darüber hinaus kann es nach Bitter¹⁰⁰⁹ offen bleiben, ob durch die Insolvenzverschleppungshaftung eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit hervorgerufen wird, da diese als geringfügig und durch die Abwehr konkreter Gläubigergefahren als gerechtfertigt angesehen werden müsse.

b) Ablehnung der Anwendbarkeit der Insolvenzverschleppungshaftung

Nachdem im vorangegangenen Abschnitt diejenigen Argumente dargestellt wurden, die für die Geltung der Insolvenzverschleppungshaftung auf eine im Inland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited aufgeführt wurden, werden im Folgendem die Gründe erörtert, aus denen sich die Unanwendbarkeit der Insolvenzverschleppung ergeben soll¹⁰¹⁰.

(a) Fehlende Rechtfertigungsmöglichkeit

Dabei ist insbesondere¹⁰¹¹ die Ansicht Spindler/Berners¹⁰¹² und von Hases¹⁰¹³ anzuführen, welche die Geltung der Insolvenzverschleppungshaftung vor allem deshalb weitgehend ablehnen, weil das Eingreifen dieser Haftungsfigur europarechtlich nicht gerechtfertigt werden könne.

Nach der Auffassung der vorgenannten Autoren muss die Insolvenzverschleppungshaftung dem Gesellschaftsstatut zugerechnet werden (s.o.). Da sich dieses auf Grund der Geltung der Gründungstheorie grundsätzlich nach dem Heimatrecht der zuziehenden Gesellschaft richte, komme die Anwendung einer nationalen Rechtsfigur nur dann in Betracht, wenn sich ihre Anwendung anhand des Vier-Kriterien-Tests rechtfertigen lasse¹⁰¹⁴.

Allerdings scheidet nach Spindler/Berner¹⁰¹⁵ eine Rechtfertigung jedenfalls dann aus, wenn die Insolvenzverschleppungshaftung zu Gunsten vertraglicher Gläubiger Anwendung finden soll. Der EuGH habe sich in seiner Entscheidung Inspire Art für ein Gläubigerschutzkonzept über die Möglichkeit zur Informationserlangung – die insbesondere durch die 11. gesellschaftsrechtliche Richtlinie abgesichert sei – und der daraus resultierenden Möglichkeit zum Selbstschutz entschieden (Informationsmodell). Da sich vertragliche Gläubiger vorab über ihren Vertragspartner informieren und entsprechende Sicherheitsmaßnahmen treffen könnten, fehle

¹⁰⁰⁸ Bitter WM 2004, 2190 ff; von Hase BB 2006, 2141 ff.

¹⁰⁰⁹ Bitter WM 2004, 2190 ff.

¹⁰¹⁰ Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff; Müller BB 2006, 837 ff; Kiethe RIW 2005, 649 ff; Riegger ZGR 2004, 511 ff; von Hase BB 2006, 2141 ff. Allerdings sprechen sich sowohl von Hase als auch Riegger für die Geltung des englischen Rechts bezüglich der Insolvenzverschleppungshaftung aus. Danach sollen u.a. die common law Vorschriften und das wrongful und fraudulent trading auch auf einen in Deutschland tätigen director anwendbar sein; insofern widersprechend Wachter BB 2006, 1462 ff.

¹⁰¹¹ Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff; Müller BB 2006, 837 ff; Kiethe RIW 2005, 649 ff; Riegger ZGR 2004, 511 ff; von Hase BB 2006, 2141 ff; Berner/Klöhn ZIP 2007, 106 ff.

¹⁰¹² Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

¹⁰¹³ von Hase BB 2006, 2141 ff.

¹⁰¹⁴ von Hase BB 2006, 2141 ff; Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff; Müller BB 2006, 837 ff; Kiethe RIW 2005, 649 ff; Riegger ZGR 2004, 511 ff.

¹⁰¹⁵ Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

ihnen die Schutzbedürftigkeit, so dass eine Rechtfertigungsmöglichkeit abzulehnen sei. Ferner geht von Hase¹⁰¹⁶ davon aus, dass eine Rechtfertigung der Anwendung der Insolvenzverschleppungshaftung vor allem auch deshalb zu verneinen ist, weil ihr Eingreifen auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft weder als geeignet noch als erforderlich angesehen werden könne.

(b) Vergleich mit der Entscheidung Inspire Art

Des Weiteren haben Spindler/Berner¹⁰¹⁷ gegen die Geltung der Insolvenzverschleppungshaftung bei einer zuziehenden EU-Auslandsgesellschaft auf die Entscheidung Inspire Art und die darin getroffenen Aussagen bezüglich des Mindestkapitals verwiesen. In dieser Entscheidung habe der EuGH die Anwendbarkeit der nationalen Mindestkapitalvorschriften ebenso wie die Haftung eines Gesellschafters/Geschäftsführers im Zusammenhang mit der Kapitalaufbringung für europarechtswidrig erklärt. Dementsprechend müsse auch die Geltung einer Haftungsfigur, die in Verbindung mit der Kontrolle des Gesellschaftskapitals stehe, europarechtlich unzulässig sein.

c) Eigene Stellungnahme

Nachdem in den vorangegangenen Ausführungen die Argumente für und gegen die Geltung der Insolvenzverschleppungshaftung auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft dargestellt wurden, werden diese nachfolgend einer eigenen Stellungnahme unterzogen.

Dabei ist vorab festzustellen, dass die Zuordnung der Insolvenzverschleppungshaftung zum Delikts- oder Insolvenzstatut bzw. zum Gesellschaftsstatut gute Argumente für sich in Anspruch nehmen kann. Ferner ist auch die Einordnung der vorgenannten Haftungsfigur unter das allgemeingültige Verkehrsrecht nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Allerdings kann es für die Anwendbarkeit einer nationalen Rechtsfigur auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft auf Grund des Vorrangs des Europarechts nicht primär auf deren statutarische Zugehörigkeit ankommen, sondern hierfür ist deren europarechtliche Unbedenklichkeit entscheidend.

Da jedoch der statutarischen Einordnung einer Haftungsfigur eine gewisse Indizwirkung für die Möglichkeit der Anwendung einer bestimmten Rechtsfigur zukommt, wird nachfolgend unter (a) auf die Statutzugehörigkeit der Insolvenzverschleppungshaftung eingegangen und im Anschluss daran unter (b) die Vereinbarkeit der vorgenannten Haftungsfigur mit dem Europarecht untersucht. Unter (c) wird sodann ein eigener Lösungsvorschlag vorgestellt.

(a) Statutzugehörigkeit

Dabei wird bei der folgenden Analyse der statutarischen Zugehörigkeit der Insolvenzverschleppungshaftung vorwiegend auf die Bedenken gegen die einzelnen Zuordnungsmöglichkeiten hingewiesen, da bereits in den vorangegangenen Abschnitten (4) a) die Argumente für die Zuordnung der Insolvenzverschleppungshaftung zu den jeweiligen Statuten angeführt wurden.

aa) Zuordnung zum Deliktsstatut

Teilweise wird die Insolvenzverschleppungshaftung dem Deliktsstatut zugeordnet (siehe hierzu unter (4) a) (b)). Insofern ist zutreffend, dass die Insolvenzverschleppungshaftung bei einer

¹⁰¹⁶ von Hase BB 2006, 2141 ff.

¹⁰¹⁷ Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

funktionalen Betrachtung – insbesondere auf Grund ihrer Verbindung zu § 823 II BGB – eine Nähe zum Deliktsrecht aufweist.

Allerdings ist der Zuordnung der Insolvenzverschleppung zum Deliktsrecht entgegenzuhalten, dass der vorgenannten Haftungsfigur vor allem die für das Deliktsrecht typische Haftung für jedermann fehlt, da nur der Geschäftsführer einer Gesellschaft hiervon betroffen sein kann¹⁰¹⁸. Darüber hinaus ist es zweifelhaft, ob die Verbindung der Insolvenzverschleppungshaftung zum Deliktsrecht, die allein durch den Schutzgesetzcharakter des § 64 GmbHG entsteht, ausreichend ist, um die gesamte Rechtsfigur als deliktsrechtlich einzuordnen¹⁰¹⁹. Dementsprechend ist dieser Ansicht nicht zu folgen.

bb) Zuordnung zum Gesellschaftsstatut

Ferner ist auch das unter (4) a) (c) zu Gunsten der Zuordnung der Insolvenzverschleppungshaftung zum Gesellschaftsstatut vorgetragene Argument der Anknüpfung des Haftungstatbestandes an die Organstellung nicht grundlegend abzuweisen.

Allerdings ist hierbei zu berücksichtigen, dass zwar die Anknüpfung der Insolvenzverschleppungshaftung an eine Pflichtverletzung eines Geschäftsführers die gesellschaftsrechtliche Einordnung begünstigt, diese aber nicht zwingend nach sich zieht. Denn auch in anderen Rechtsbereichen können bestimmte Normen die Organstellung voraussetzen, ohne dadurch als gesellschaftsrechtlich eingeordnet zu werden. Beispielsweise regelt § 15 InsO das Insolvenzantragsrecht eines Mitgliedes des Vertretungsorgans einer Gesellschaft. Dennoch bestehen an dem insolvenzrechtlichen Charakter des § 15 InsO keine Zweifel. Dies kann auch anhand des Art. 4 EuInsVO belegt werden. Danach sind u.a. die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen ein Insolvenzverfahren eröffnet werden kann und zu denen auch die Antragsstellung gehört (siehe hierzu § 13 I 1 InsO), dem Insolvenzrecht zuzurechnen.

Demzufolge muss es für die statutarische Zuordnung der Insolvenzverschleppungshaftung vorwiegend auf den hierüber verfolgten Gesetzeszweck ankommen. Dementsprechend kann allein die Anknüpfung der vorgenannten Haftungsfigur an die Organstellung nicht deren Einordnung unter das Gesellschaftsstatut begründen.

cc) Zuordnung zum Verkehrsrecht

Des Weiteren hat Bitter¹⁰²⁰ die Ansicht vertreten, dass die Geltung der Insolvenzverschleppungshaftung über die Zuordnung zum allgemeinem Verkehrsrecht begründet werden kann (siehe hierzu oben unter (4) a) (d)).

Dabei ist diesem Vorschlag insoweit zuzustimmen, als der Rechtsverkehr über die Insolvenzverschleppungshaftung vor Fehldispositionen geschützt werden soll und dies eine Ähnlichkeit mit der Haftung nach § 311 III BGB aufweist, welcher dem allgemeinem Verkehrsrecht zuzuordnen ist.

Allerdings kann die Insolvenzverschleppungshaftung nur dann dem Schutz vor fehlerhaften Entscheidungen dienen, wenn die Gesellschaft mit Neugläubigern in Kontakt tritt, da nur diese über die Insolvenzverschleppungshaftung den Ersatz desjenigen Schadens verlangen können, den sie durch die unterlassene Insolvenzantragsstellung erlitten haben. Dahingegen soll den Altgläubigern über die Insolvenzverschleppungshaftung nur ihre Quote an der Insolvenzmasse gesichert werden. Dies fällt jedoch keinesfalls unter das allgemeine Verkehrsrecht.

¹⁰¹⁸ Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

¹⁰¹⁹ Hierauf ebenfalls hinweisend Ulmer NJW 2004, 1201 ff; Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

¹⁰²⁰ Bitter WM 2004, 2190 ff.

Demzufolge kann die Insolvenzverschleppungshaftung auf Grund ihrer unterschiedlichen Schutzanliegen nicht einheitlich dem allgemeinen Verkehrsrecht zugerechnet werden. Da jedoch eine unterschiedliche Zuordnung einer im Grunde einheitlichen Haftungsfigur aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit abzulehnen ist, kann dem oben angeführten Vorschlag insgesamt nicht gefolgt werden.

dd) Zuordnung zum Insolvenzstatut

Damit ist abschließend auf die Zuordnung der Insolvenzverschleppungshaftung zum Insolvenzstatut einzugehen. Hierbei ist das oben unter (4) a) (a) vorgetragene Argument, dass es sich bei der Insolvenzverschleppungshaftung auf Grund ihrer Verbindung zu den Insolvenzeröffnungsgründen der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung und infolge der zeitlichen Nähe zur Insolvenz der Gesellschaft um eine genuin insolvenzrechtliche Rechtsfigur handelt, die deshalb dem Insolvenzstatut zuzurechnen ist, durchaus überzeugend.

Allerdings weist diese Ansicht insofern eine Schwäche auf, als sie sich nicht mit dem Umstand auseinandersetzt, dass in Art. 4 EuInsVO die Insolvenzverschleppungshaftung nicht aufgeführt ist. Dabei wiegt diese Tatsache deshalb schwer, weil Art. 4 EuInsVO das auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft anwendbare Insolvenzrecht umschreibt¹⁰²¹. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass Art. 4 II 2 EuInsVO offen formuliert ist und die unter Art. 4 II a) bis m) EuInsVO erfolgte Aufzählung nicht abschließend ist. Damit kann die unterbliebene Erwähnung der Insolvenzverschleppungshaftung nicht zwingend deren fehlenden insolvenzrechtlichen Charakter begründet.

Vielmehr kommt es hierfür entscheidend auf den über die Insolvenzverschleppungshaftung verfolgten Gesetzeszweck an. Dabei dient die vorgenannte Haftungsfigur auf Grund der Massesicherung dem Gläubigerschutz und stellt zugleich ein Druckmittel zur Befolgung der Insolvenzantragspflicht dar. Damit fördert die Insolvenzverschleppungshaftung die rechtzeitige Entfernung insolventer Gesellschaften aus dem Wirtschaftsleben und unterstützt und sichert die Befriedigung der Gläubiger. Damit werden über die Insolvenzverschleppungshaftung typisch insolvenzrechtliche Anliegen verfolgt, so dass der Zuordnung zum Insolvenzstatut zuzustimmen ist.

(b) Maßgeblichkeit des Europarechts für die Anwendbarkeit der Insolvenzverschleppungshaftung

Letztendlich kommt es aber – wie bereits vorab festgestellt – für die Anwendbarkeit der Insolvenzverschleppungshaftung auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited entscheidend darauf an, ob die vorgenannte Haftungsfigur mit dem Europarecht – vorliegend der Niederlassungsfreiheit – vereinbar ist¹⁰²².

Da jedoch die Insolvenzverschleppungshaftung zu einer persönlichen Inanspruchnahme des Geschäftsführers/directors führt, kann ihre Geltung auf eine EU-ausländische Gesellschaft eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit hervorrufen¹⁰²³. Damit hängt die Anwendbarkeit der Insolvenzverschleppungshaftung maßgeblich davon ab, ob die hierdurch hervorgerufene Beeinträchtigung europarechtlich zu rechtfertigen ist.

¹⁰²¹ Darauf ebenfalls hinweisend Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff; Ulmer NJW 2004, 1201 ff.

¹⁰²² So auch Wachter BB 2006, 1462 ff.

¹⁰²³ Dahingegen tendiert Wachter in BB 2006, 1462 ff dazu, in der Anwendung der Insolvenzverschleppungshaftung auf den director einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited bereits keine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit zu sehen; so auch die Ansicht des LG Kiel, Urteil vom 20.4.2006 – 10 S 44/05.

Hierfür wird nachfolgend unter aa) auf die Argumente gegen und unter bb) auf die Gründe für eine europarechtliche Rechtfertigung der Anwendbarkeit der Insolvenzverschleppungshaftung eingegangen.

aa) Europarechtliche Bedenken

Damit werden zunächst die vorgetragenen europarechtlichen Bedenken an der Geltung der Insolvenzverschleppungshaftung erörtert.

Dabei haben insbesondere Spindler/Berner¹⁰²⁴ die Europarechtswidrigkeit der Anwendung der Insolvenzverschleppung darauf gestützt, dass der EuGH in seiner Entscheidung Inspire Art die Haftung eines Gesellschafters/Geschäftsführers im Zusammenhang mit der Kapitalaufbringung für unzulässig erklärt habe. Dementsprechend muss ihrer Ansicht nach auch eine Haftung, die mit der Kontrolle des Gesellschaftskapitals in Verbindung steht, europarechtlich unzulässig sein (siehe hierzu oben unter (4) b) (b)).

Allerdings ist diese Argumentation abzulehnen. Die Verpflichtung zur Kapitalaufbringung ist nicht mit derjenigen zur Kontrolle des vorhandenen Kapitals vergleichbar. Während die Kapitalaufbringungsvorschriften eine von vielen Möglichkeiten zur Gewährung des Gläubigerschutzes darstellen, dient die Verpflichtung zur Überprüfung des der Gesellschaft zur Verfügung stehenden Kapitals auch dazu, die aus dem Wesen einer jeden Kapitalgesellschaft folgenden Grundprinzipien aufrecht zu erhalten. Denn durch die der Insolvenzverschleppungshaftung vorgelagerte Notwendigkeit zur Kontrolle des vorhandenen Gesellschaftskapitals kann eine angemessene Risikoverteilung zwischen den Gesellschaftern und den Gläubigern sichergestellt werden. Dabei ist die Erhaltung eines solchen Gleichgewichts deshalb erforderlich, weil den Gesellschaftern über die Rechtsfigur einer Kapitalgesellschaft das Privileg gewährt wird, unter Ausschluss der persönlichen Haftung am Wirtschaftsleben teilzunehmen. Hierüber soll den Gesellschaftern ihre wirtschaftliche Aktivität erleichtert, nicht aber eine Möglichkeit an die Hand geben werden, ihre Geschäfte ausschließlich zu Lasten der Gläubiger zu betreiben. Demnach muss der Gesellschaft zur weiteren Teilnahme am Wirtschaftsleben ein bestimmtes Vermögen verbleiben (siehe hierzu bereits ausführlich oben unter (1) b)). Sollte dieses Kapital aufgezehrt sein, ist zwingend die Stellung eines Insolvenzantrages erforderlich, was wiederum durch die Insolvenzverschleppungshaftung abgesichert wird. Damit wird deutlich, dass eine Haftung im Zusammenhang mit der Kapitalaufbringung nicht mit einer solchen wegen der Kapitalerhaltung vergleichbar ist.

Des Weiteren beweist auch ein Blick auf das englische Gesellschaftsrecht die Unabhängigkeit der Kapitalaufbringungspflicht von der Verpflichtung der Kontrolle des vorhandenen Gesellschaftskapitals. Denn obwohl das Recht der englischen Limited keine Pflicht zur Aufbringung eines Mindestkapitals kennt, haben die directors dennoch das vorhandene Gesellschaftsvermögen regelmäßig zu überprüfen. Steht einer englischen Limited so wenig Kapital zur Verfügung, dass ihr wirtschaftlicher Erfolg ausgeschlossen erscheint, muss ihr director ein Insolvenzverfahren einleiten und ein Verstoß hiergegen kann seine persönliche Haftung begründen (z.B. aus der Verletzung der directors duties oder Haftung wegen wrongful trading, siehe hierzu Kapitel V 9) (2)). Um allerdings der Verpflichtung zur Einleitung eines Insolvenzverfahrens in rechtmäßiger Weise nachkommen zu können, muss sich auch der director einer englischen Limited einen Überblick über die Vermögensmassen der Gesellschaft verschaffen.

¹⁰²⁴ Spindler/Berner RIW 2004, 7 ff.

Damit ist das von Spindler/Berner angeführte Argument mangels Vergleichbarkeit der Pflicht zur Kapitalaufbringung mit derjenigen zur Kontrolle des vorhandenen Vermögens abzulehnen. Insbesondere muss aus der Entscheidung Inspire Art nicht die Unanwendbarkeit der Insolvenzverschleppungshaftung gefolgert werden.

bb) Vereinbarkeit mit dem Europarecht

Dahingegen ist von der europarechtlichen Vereinbarkeit der Anwendung der Insolvenzverschleppungshaftung auf eine im Inland niedergelassene englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft auszugehen.

Hierbei ist jedoch zu bedenken, dass die Insolvenzverschleppungshaftung zu einer persönlichen Haftung des Geschäftsführers einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft führen und dadurch eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit hervorrufen kann. Aus diesem Grund kann die Insolvenzverschleppungshaftung nicht allein auf Grund ihrer Zuordnung zum Insolvenzstatut (s.o.) – welches sich bei einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft in der Regel gem. Art. 3, 4 EuInsVO nach dem nationalen Recht richtet (s.o.) – auf eine inländische englische Limited zur Anwendung gelangen. Hierfür ist wegen des Vorrangs des Europarechts die Möglichkeit einer europarechtlichen Rechtfertigung der Anwendung der Insolvenzverschleppungshaftung entscheidend.

Insofern ist festzustellen, dass die Insolvenzverschleppungshaftung gleichmäßig und damit diskriminierungsfrei auf in- und ausländische Gesellschaften eingreift und u.a. durch die Sicherung der Insolvenzmasse dem Gläubigerschutz und damit europarechtlich anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeinwohls zugute kommt.

Des Weiteren stellt die Anwendung der Insolvenzverschleppungshaftung auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited eine geeignete Maßnahme zur Sicherstellung des Gläubigerschutzes dar. Hierüber wird durch die Androhung einer Sanktion bei einer Missachtung der Pflicht zur rechtzeitigen Insolvenzantragsstellung die Entfernung insolvenzreifer Gesellschaften vom Markt gefördert. Zugleich wird über die vorgenannte Haftungsfigur bei einem Verstoß gegen die Antragspflicht einem Altgläubiger die Insolvenzquote gesichert und einem Neugläubiger der aus der unterbliebenen Antragsstellung herrührende Schaden ersetzt.

Darüber hinaus ist die Anwendung der Insolvenzverschleppungshaftung auf eine inländische englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft erforderlich und scheidet insbesondere nicht auf Grund des durch den EuGH favorisierten Informationsmodells aus. Ein Gläubiger, der mit einer englischen Limited in Kontakt tritt, muss insbesondere infolge der Information, mit einer englischen Gesellschaft geschäftliche Beziehungen einzugehen, davon ausgehen, dass er – falls derart profunde Kenntnisse des englischen Rechts vorhanden sind – durch eine mit der Insolvenzverschleppungshaftung vergleichbare Haftung geschützt wird. Denn wie bereits oben unter V 9) (2) erörtert, ist auch ein director einer englischen Limited nach seinem Heimatrecht über die Haftung wegen wrongful trading einer der Insolvenzverschleppungshaftung ähnlichen Haftung ausgesetzt. Dabei darf es dem Gläubiger nicht zum Nachteil gereichen, dass die Anwendung des wrongful trading auf eine in Deutschland niedergelassene englische Gesellschaft wohl deshalb ausscheiden wird, weil diese dem englischen Insolvenzrecht zuzuordnen ist und sich das Insolvenzrecht auf Grund des internationalen Privatrechts gem. Art. 3, 4 EuInsVO nicht nach englischem, sondern nach deutschem Recht richtet. Eine derart tiefgehende Einsicht kann auch über das Informationsmodell nicht erwartet werden, da hierfür umfassende rechtliche Kenntnisse erforderlich sind und dieses Thema sogar in Fachkreisen umstritten ist. Des Weiteren ist die Wirksamkeit des Informationsmodells – unabhängig von den

verschiedenen Gläubigergruppen – im Rahmen der Insolvenverschleppungshaftung fraglich. Ebenso wie bei der Durchgriffshaftung setzt eine Haftung wegen Insolvenverschleppung einen Gesinnungsunwert des Geschäftsführers voraus, über den auch eine umfangreiche Information keine hinreichende Klärung und damit keine Sicherheit bieten kann.

Darüber hinaus ist die Anwendung der Insolvenverschleppungshaftung auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited nicht unverhältnismäßig. Insbesondere wäre die zuziehende Gesellschaft auch in ihrem Heimatland u.a. über die Haftung wegen wrongful trading (s.o.) einer vergleichbaren Belastung ausgesetzt.

(c) Ergebnis und eigener Lösungsvorschlag

Damit ist abschließend festzustellen, dass die Insolvenverschleppungshaftung jedenfalls auf Grund der Möglichkeit ihrer europarechtlichen Rechtfertigung über den Vier-Kriterien-Test auf eine im Inland niedergelassene englische Limited Geltung beanspruchen kann.

Allerdings muss auch hier als oberstes Ziel die Entwicklung einer einheitlichen europäischen Lösung angestrebt werden. Nur über diesen Weg kann tatsächlich Rechtssicherheit und Rechtsklarheit erreicht werden, die wiederum für die Förderung der Niederlassungsfreiheit unumgänglich sind. Ein durch das Europarecht Begünstigter wird nur dann umfassend von seiner Freiheit Gebrauch machen, wenn er die rechtlichen und damit auch wirtschaftlichen Folgen seiner Entscheidung abschätzen kann. Dabei bietet sich die Insolvenverschleppungshaftung für eine einheitliche europäische Lösung besonders an, da diese Haftung – wie bereits oben unter (b) aa) ausführlich erörtert – der Sicherung eines aus dem Wesen einer jeden Kapitalgesellschaft folgenden Grundprinzips dient. Folglich sollten im Wege eines Rechtsvergleichs die in den Mitgliedstaaten bestehenden Gemeinsamkeiten herausgearbeitet und z.B. in einer europäischen Richtlinie zusammengefasst werden.

(5) Massesicherung, § 64 II GmbHG

Nachdem im vorangegangenen Kapitel auf die Geltung der Insolvenverschleppungshaftung eingegangen wurde, wird nachfolgend unter a) die Anwendbarkeit der Massesicherungspflicht gem. § 64 II GmbHG auf einen Geschäftsführer einer im Inland niedergelassenen EU-Auslandsgesellschaft erörtert¹⁰²⁵ und unter b) einer eigenen Stellungnahme unterzogen.

a) Anwendbarkeit der Massesicherungspflicht

(a) Bedenken gegen die Anwendbarkeit

Dabei können sich deshalb Zweifel an der Geltung der Massesicherungspflicht auf eine inländische englische Limited ergeben, weil diese im Gesellschaftsrecht verortet ist und sich dieses wegen des Eingreifens der Gründungstheorie grundsätzlich nach dem Heimatrecht der zuziehenden Gesellschaft richtet.

Des Weiteren können auch Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit des § 64 II GmbHG mit der Niederlassungsfreiheit auftreten. Der Geschäftsführer einer zuziehenden Gesellschaft würde durch das Eingreifen des § 64 II GmbHG dadurch belastet, dass er zum Ersatz derjenigen Zahlungen verpflichtet wäre, die er nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder nach Feststellung der Überschuldung geleistet hat und die nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen

¹⁰²⁵ Siehe zu den durch das MoMiG geplanten Änderungen Kapitel VIII 2) (5) a) (b).

Geschäftsführers vereinbar waren¹⁰²⁶. Damit würde der Geschäftsführer einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft mit einem Haftungsrisiko belastet, so dass die Anwendbarkeit des § 64 II GmbHG zu einem Eingriff in die Niederlassungsfreiheit führen könnte.

(b) Anwendbarkeit der Massesicherungspflicht

Allerdings haben insbesondere¹⁰²⁷ Goette¹⁰²⁸, Lieder¹⁰²⁹ und Röhrich¹⁰³⁰ die Ansicht vertreten, dass die Massesicherungspflicht auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft zur Anwendung gelangen könne¹⁰³¹.

Dies ergibt sich ihrer Ansicht nach daraus, dass die Massesicherungspflicht insolvenzrechtlich zu qualifizieren und demnach gem. Art. 3, 4 EuInsVO auf eine EU-Auslandsgesellschaft anwendbar sei¹⁰³². Dabei folge die Zuordnung der Massesicherungspflicht zum Insolvenzrecht aus der dieser Rechtsfigur zukommenden, die Insolvenzeröffnung vorverlagernden Wirkung. Der Geschäftsführer einer Gesellschaft werde hierüber von seiner Weisungsgebundenheit gegenüber der Gesellschafterversammlung zu Gunsten der Interessen der Allgemeinheit befreit, um das Vermögen der Gesellschaft sichern und zusammenhalten zu können. Denn das Gesellschaftsvermögen solle auch nach der Verfahrenseröffnung allen Gläubigern ungeschmälert zur Verfügung stehe und eine Befriedigung einzelner Gläubiger zu Lasten der übrigen unterbunden werden¹⁰³³.

b) Stellungnahme

Nachdem nun die Gründe für und gegen die Geltung der Massesicherungspflicht dargestellt wurden, wird abschließend eine eigene Stellungnahme vorgenommen. Dabei ist – trotz der nicht unberechtigten Bedenken – von der Anwendbarkeit der Massesicherungspflicht auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited auszugehen.

Allerdings ist hierbei zu berücksichtigen, dass der Geschäftsführer einer im Inland niedergelassenen EU-Auslandsgesellschaft durch die Anwendung der Massesicherungspflicht zu einer Zahlung verpflichtet und dadurch einer nicht unerheblichen Belastung ausgesetzt werden kann. Dementsprechend kann die Geltung des § 64 II GmbHG auf den director einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit führen, woran auch die u.a. durch Goette¹⁰³⁴ vorgeschlagene Einordnung unter das Insolvenzstatut nichts ändert. Auf Grund des Vorrangs des Europarechts ist dieses und nicht das internationale Privatrecht für die Frage nach der Anwendbarkeit einer nationalen Norm auf eine im Inland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft letztentscheidend.

¹⁰²⁶ Der Ersatzanspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer gem. § 64 II GmbHG setzt ein Verschulden des Geschäftsführers voraus. Insofern ist strittig, ob hierfür Fahrlässigkeit genügt (so h.M.) oder positive Kenntnis erforderlich ist. Siehe hierzu ausführlich Schulze-Osterloh in Baumbach/Hueck, § 64 Rn. 18. Ferner zu den Tatbestandsvoraussetzungen der Zahlung, des maßgeblichen Zeitpunkts der Zahlung, dem Anspruchsinhalt, zum Handeln auf Gesellschafterbeschluss und zum Verzicht, Vergleich und der Verjährung Schulze-Osterloh, § 64 Rn. 13 ff.

¹⁰²⁷ Ebenso auch Eidenmüller RabelsZ 70 (2006), 474 ff. Allerdings muss nach Eidenmüller für die Anwendbarkeit des § 64 II GmbHG auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft zwingend deren COMI (Mittelpunkt des hauptsächlichen Interesses) im Inland belegen sein. A.A. Schall ZIP 2005, 965 ff.

¹⁰²⁸ Goette DStR 2005, 197 ff.

¹⁰²⁹ Lieder DZWIR 2005, 399 ff.

¹⁰³⁰ Röhrich ZIP 2005, 505 ff.

¹⁰³¹ A.A. Schall ZIP 2005, 965 ff.

¹⁰³² Goette DStR 2005, 197 ff.

¹⁰³³ Goette DStR 2005, 197 ff.

¹⁰³⁴ Goette DStR 2005, 197 ff.

Jedoch ist die Geltung der Massesicherungspflicht auf eine im Inland domizilierende EU-Auslandsgesellschaft als gerechtfertigte Beschränkung einzustufen. Die Massesicherungspflicht kommt gleichmäßig und damit diskriminierungsfrei auf in- und ausländische Gesellschaften zur Anwendung. Des Weiteren kann die Massesicherungspflicht einen erheblichen Beitrag zum Gläubigerschutz und damit zur Wahrung zwingender Interessen des Allgemeinwohls leisten. Die Massesicherung rundet die Insolvenzantragspflicht und auch die Insolvenzverschleppungshaftung ab und der Anspruch aus § 64 II GmbHG steht – anders als bei der Insolvenzverschleppungshaftung – nicht den Gläubigern, sondern der Gesellschaft selbst zu und ist von einem konkreten Schaden unabhängig. Dadurch schützt die Massesicherungspflicht die Gesamtheit der Gläubiger vor einer Schmälerung der Insolvenzmasse¹⁰³⁵. Ferner ist die Anwendung der Massesicherungspflicht zur Wahrung der zwingender Interessen des Allgemeinwohls geeignet und ihre Erforderlichkeit ergibt sich bereits aus einer Zusammenschau der oben unter (3) c) und (4) c) vorgetragenen Argumente zur Insolvenzantragspflicht und Insolvenzverschleppungshaftung. Insbesondere dient die Massesicherung der Vervollständigung des durch die Antragspflicht und die Insolvenzverschleppungshaftung gewährleisteten Schutzes. Darüber hinaus ist ihre Geltung verhältnismäßig, da bereits die Vorschrift selbst über § 64 II 2 GmbHG einen Ausnahmetatbestand enthält, bei dessen Vorliegen die Ersatzpflicht des Geschäftsführers ausscheidet.

Damit kann die Massesicherungspflicht jedenfalls auf Grund der Möglichkeit ihrer europarechtlichen Rechtfertigung über den Vier-Kriterien-Test auf eine im Inland niedergelassene englische Limited Geltung beanspruchen. Allerdings sollte auch die Aufnahme einer der Massesicherungspflicht entsprechenden Regelung in einem einheitlichen europäischen Konzept angestrebt werden, so dass die Anwendung des § 64 II GmbHG nur eine Übergangslösung bis zur Entstehung eines europäischen Konzepts darstellt.

4) Öffentliches Wirtschaftsrecht

Nachdem im vorangegangenen Kapitel die Anwendbarkeit bestimmter privatrechtlicher Haftungsfiguren und Handlungspflichten besprochen wurde, erfolgt im Anschluss eine Auseinandersetzung mit der Möglichkeit des Eingreifens von Normen des öffentlichen Wirtschaftsrechts auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft.

Dabei umfasst der Geltungsbereich der öffentlich-rechtlichen Normen typischerweise das gesamte Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. Folglich unterliegt eine in Deutschland niedergelassene und wirtschaftlich tätige EU-Auslandsgesellschaft grundsätzlich den im Inland aufgestellten öffentlichen Anforderungen¹⁰³⁶. Allerdings muss die Anwendung des öffentlichen Wirtschaftsrechts dann ausscheiden, wenn in nicht zu rechtfertigender Weise in die Grundfreiheiten einer zuziehenden Gesellschaft, namentlich in die Niederlassungsfreiheit, eingegriffen würde¹⁰³⁷.

Des Weiteren kann vorab festgestellt werden, dass die Geltung derjenigen öffentlich-rechtlichen Normen, die sich nur auf eine bestimmte inländische Rechtsform beziehen, in der Regel – im Wege der Substitution – auch auf denjenigen ausländischem Gesellschaftstyp möglich ist, der

¹⁰³⁵ Schulze-Osterloh § 64 Rn. 13. Dadurch stellt die Massesicherungspflicht einen gesetzlich geregelten Fall der Schadensliquidation im Drittinteresse dar.

¹⁰³⁶ Rehberg in Eidenmüller, S. 231 f.

¹⁰³⁷ Rehberg in Eidenmüller, S. 231 f.

mit der nationalen Rechtsform vergleichbar ist¹⁰³⁸. Folglich werden inländische Vorschriften, die auf eine deutsche GmbH zugeschnitten sind, grundsätzlich auch bei einer englischen Limited eingreifen.

Damit wird nachfolgend auf die Anwendbarkeit (1) der öffentlichen Berufsregeln, (2) des Gewerberechts und (3) der Geltung bestimmter strafrechtlicher Regelungen auf eine im Inland niedergelassene englische Limited eingegangen.

(1) Berufsregeln

Damit stellt sich die Frage, ob und inwieweit öffentliche Berufsregeln auf eine EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited anwendbar sind. Hierfür wird zunächst unter a) auf die Gefahr einer Umgehung nationaler Berufsregeln und sodann unter b) auf die Geltung inländischer Bestellungsverbote eingegangen.

a) Umgehung nationaler Berufsregeln

Im deutschen Recht werden an die Ausübung einer Vielzahl von Berufen spezifische Qualifikationsanforderungen gestellt. Da allerdings bisher in diesem Bereich eine europäische Harmonisierung kaum erfolgt ist, können die einzelnen Zulassungs- und Ausübungsvoraussetzungen für die jeweiligen Berufe je nach Mitgliedstaat stark divergieren. Folglich wurden – um diesem Niederlassungshemmnis entgegenzuwirken – zahlreiche Richtlinien bezüglich der Anerkennung von in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Befähigungsnachweisen verabschiedet. Infolgedessen werden teilweise an ausländische juristische – und auch natürliche – Personen geringere Anforderungen aufgestellt, als dies bei rein inländischen Sachverhalten der Fall wäre. Dabei ist die damit einhergehende Inländerdiskriminierung grundsätzlich europa- und verfassungsrechtlich unbedenklich¹⁰³⁹.

(a) Umgehung beruflicher Vorschriften

Allerdings können in diesem Zusammenhang dann erhebliche Probleme auftreten, wenn inländische berufsständische Vorschriften umgangen bzw. der strengen europarechtlichen Rechtfertigungskontrolle unterworfen werden sollen, indem für die Ausübung der beruflichen Tätigkeit auf eine ausländische Gesellschaftsform zurückgegriffen wird. Dabei gewinnt dieses Thema gerade im Handwerk zunehmend an Bedeutung, da durch die Wahl einer ausländischen Rechtsform teilweise versucht wird, den nationalen Vorgaben – wie z.B. denjenigen aus der Handwerksordnung – zu entgehen¹⁰⁴⁰.

(b) Anwendbarkeit der inländischen Berufsregeln

Damit stellt sich die Frage, ob in einer derartigen Situation – trotz der Wahl einer ausländischen Rechtsform – die entsprechenden nationalen Regelungen zur Anwendung gelangen können.

Diesbezüglich wäre die Geltung der nationalen Vorschriften jedenfalls dann möglich, wenn die Wahl einer ausländischen Rechtsform als missbräuchlich eingestuft werden müsste, da dann bereits die Möglichkeit der Berufung auf die europäische Freiheit ausscheiden würde. Dabei ist von dem Vorliegen eines Missbrauchs auszugehen wenn, bezogen auf die Berufsanforderungen, künstlich, allein zur Vermeidung der nationalen Berufsregeln, ein grenzüberschreitender

¹⁰³⁸ Rehberg in Eidenmüller, S. 231 f.

¹⁰³⁹ Rehberg in Eidenmüller, S. 232 f.

¹⁰⁴⁰ Rehberg in Eidenmüller, S. 232 f.

Sachverhalt geschaffen wird. In einem solchen Fall würde, trotz der Verwendung einer EU-Auslandsgesellschaft, einer Anwendung der nationalen Berufsregeln nichts im Wege stehen.

Hieran kann auch die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von juristischen Personen nicht ändern. Zwar hat der EuGH in seiner Entscheidung Centros die Ausnutzung eines Regelungsgefälles unter den Schutz der Niederlassungsfreiheit gestellt, weshalb die Anwendbarkeit der nationalen Berufsregeln zweifelhaft sein könnte. Allerdings hat sich die Aussage des Gerichtshofs in der Entscheidung Centros nur auf das Gesellschaftsrecht bezogen, so dass ihr keine abschließende Bedeutung zukommt. Da vorliegend nicht das private Gesellschaftsrecht, sondern das öffentliche Berufsrecht zur Diskussion steht, kann – trotz der Entscheidung Centros – in Konstellationen, die dem oben angeführten Beispielfall entsprechen, von einer missbräuchlichen Umgehung der nationalen Berufsregelungen ausgegangen werden¹⁰⁴¹.

Soweit man allerdings dieser Argumentation nicht folgt und die Ansicht vertritt, dass durch das Eingreifen der nationalen Berufsregelungen eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit erfolgt, muss dennoch von der Möglichkeit ihrer grundsätzlichen Anwendbarkeit ausgegangen werden. Denn die Anwendung der nationalen Berufsvorschriften kann jedenfalls als gerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit eingestuft werden. Die vorgenannten Regelungen gelten gleichmäßig und damit diskriminierungsfrei auf in- und ausländische Gesellschaften. Ferner dienen die nationalen Berufsregeln durch die Sicherstellung eines bestimmten Qualitätsniveaus sowohl dem Gläubigerschutz als auch dem allgemeinem Wirtschaftsleben und kommen damit europarechtlich anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeinwohls zugute. Darüber hinaus ist ihr Eingreifen zur Erreichung der vorgenannten Ziele geeignet und erforderlich. Folglich ist zumindest von der europarechtlichen Rechtfertigung der Anwendung der vorgenannten Normen auszugehen.

Demnach können grundsätzlich bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited, die im Inland ihre gesamte wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, die nationalen Berufsregeln angewendet werden.

b) Bestellungsverbote

Nachdem die grundsätzliche Anwendbarkeit der öffentlich-rechtlichen Berufsregelungen dargelegt wurde, wird nachfolgend unter (a) auf die Geltung der nationalen Bestellungsverbote¹⁰⁴² bei einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft eingegangen und daran anschließend unter (b) ein eigener Lösungsvorschlag vorgestellt.

(a) Anwendbarkeit deutscher Bestellungsverbote

Dabei stellt sich die Frage, ob das deutsche Bestellungsverbot nach § 6 II GmbHG, das an die persönliche und fachliche Eignung eines Geschäftsführers einer deutschen GmbH bestimmte

¹⁰⁴¹ So auch Rehberg in Eidenmüller, S. 232 f; a.A. Hök ZfBR 2003, 320 ff; nach seiner Ansicht darf als Maßstab für die handwerklichen Anforderungen an eine Auslandsgesellschaft nur Art. 4 Nr. 1 der Richtlinie EG/1999/42 des Europäischen Parlaments und des Rats vom 7.6.1999 über ein Verfahren zur Anerkennung der Befähigungsnachweise für die unter die Liberalisierungs- und Übergangsrichtlinie fallenden Berufstätigkeiten in Ergänzung der allgemeinen Regelung zur Anerkennung der Befähigungsnachweise herangezogen werden.

¹⁰⁴² Beachte hierbei die hinsichtlich der deutschen Bestellungsverbote durch das MoMiG geplanten Änderungen. Näheres hierzu unter Kapitel VIII 2) (1) c).

Mindestanforderungen aufstellt¹⁰⁴³, auch auf den director einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited anwendbar ist.

Allerdings muss hierbei eine unmittelbare Anwendbarkeit des § 6 II GmbHG ausscheiden. Die Bestellung eines Vertretungsorgans und folglich auch die Frage eines Bestellungsverbots werden durch das Gesellschaftsstatut geregelt, das sich auf Grund der Geltung der Gründungstheorie nach dem Heimatrecht der zuziehenden Gesellschaft richtet. Damit findet auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited grundsätzlich das englische Gesellschaftsrecht Anwendung. Da dieses ausländische Bestellungsverbote nicht beachtet, kann eine unmittelbare Geltung des § 6 II GmbHG nicht in Betracht kommen, so dass die Verwendung einer ausländischen Rechtsform grundsätzlich zur Umgehung der inländischen Bestellungsverbote führen kann¹⁰⁴⁴.

Des Weiteren ist auch nach der derzeitigen Gesetzeslage eine Sonderanknüpfung¹⁰⁴⁵ der nationalen Bestellungsverbote nur sehr eingeschränkt möglich. Unabhängig davon, dass die Bestellungsverbote dem öffentlichen Interesse – insbesondere dem Schutz des Geschäftsverkehrs und der Allgemeinheit vor ungeeigneten Geschäftsführern/Vorständen – zugute kommen, muss ein solches Vorgehen auf Grund des Art. 12 GG – zumindest bei einem deutschen director¹⁰⁴⁶ einer englischen Limited – ausscheiden. Die Anwendung der deutschen Bestellungsverbote auf den Geschäftsführer einer englischen Limited kann zu einem Eingriff in die Berufsfreiheit führen und ein solcher ist gem. Art. 12 I 2 GG nur durch oder auf Grund eines Gesetzes zulässig¹⁰⁴⁷. Hierfür kann allerdings nicht auf §§ 6 II GmbHG, 76 III AktG zurückgegriffen werden, da der Gesetzgeber diese Normen nur für bestimmte Rechtsformen formuliert und im Rahmen des jeweiligen Gesetzestextes untergebracht hat¹⁰⁴⁸.

Dabei ändert sich an dem vorgenannten Ergebnis auch dadurch nichts, dass die Berufsfreiheit nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes durch richterliche Rechtsfortbildung – die sich im Rahmen legitimer Auslegung „inter legem“ bewegen muss – geregelt werden kann. Denn insofern käme bestenfalls der Rückgriff auf eine – gesetzesfreie – Setzung von Richterrecht in Betracht, die für die Rechtfertigung eines Eingriffs in Art. 12 GG nicht ausreicht¹⁰⁴⁹.

Ferner kann für die Unanwendbarkeit der deutschen Bestellungsverbote auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft auch auf die §§ 13f II 2, 13e II 1 HGB verwiesen werden. In den vorgenannten Normen, welche die Registereintragung der inländischen EU-Auslandsgesellschaft betreffen, fehlt ein Verweis auf die § 8 II GmbHG, § 37 II 2 AktG, wonach bei der Anmeldung einer Gesellschaft das Fehlen von Bestellungshindernissen gem. § 6 II 3, 4 GmbHG, § 76 III 3, 4 AktG versichert werden muss. Zwar müssen die an einen Geschäftsführer aufgestellten materiellen Anforderungen und ihre Überprüfung im Rahmen der Eintragung nicht notwendigerweise übereinstimmen¹⁰⁵⁰, dennoch kann dem fehlendem Verweis auf die Bestellungsverbote in §§ 13f II 2, 13e II 1 HGB eine Indizwirkung zugesprochen werden, welche das oben angeführte Ergebnis untermauert.

¹⁰⁴³ Danach darf ein Geschäftsführer weder wegen einer Insolvenzstraftat gem. §§ 283- 283d StGB verurteilt, noch darf ihm die Ausübung eines Berufs, Berufszweigs sowie eines Gewerbes oder Gewerbebezweiges untersagt worden sein. Beachte hierzu allerdings die im MoMiG geplanten Änderungen. Näheres unter Kapitel VIII 2) (1) c).

¹⁰⁴⁴ Lanzius, S. 204 f.

¹⁰⁴⁵ So der Vorschlag von Höfling, S. 275.

¹⁰⁴⁶ Bei Art. 12 GG handelt es sich um ein Deutschengrundrecht.

¹⁰⁴⁷ Lanzius, S. 204 ff.

¹⁰⁴⁸ Rehberg in Eidenmüller, S. 236.

¹⁰⁴⁹ Lanzius, S. 204 ff.

¹⁰⁵⁰ Rehberg in Eidenmüller, S. 236.

Folglich muss auf Grund der vorangegangenen Argumentation die Geltung der nationalen Bestellungenverbote auf eine inländische englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft ausscheiden¹⁰⁵¹.

(b) Eigener Lösungsvorschlag

Derzeit ist es möglich, dass eine Person, die auf Grund des Bestehens eines Bestellungenverbotes nicht als Geschäftsführer einer nationalen Kapitalgesellschaft tätig werden kann, über den Umweg der Gründung einer EU-Auslandsgesellschaft und der Verlegung des Verwaltungssitzes ins Inland dennoch als Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft tätig wird. Da aber der Person des Geschäftsführers eine wesentliche Bedeutung für die Gewähr eines seriösen Geschäftsgebarens zukommt, kann die gegenwärtige Situation keinesfalls befriedigen¹⁰⁵².

Des Weiteren ist das vorgenannte Ergebnis auch nicht durch die Niederlassungsfreiheit geboten. Diese schützt zwar die Ausnutzung eines Regelungsgefälles zwischen den Mitgliedstaaten, jedoch führt vorliegend kein Regelungsgefälle, sondern lediglich das Bestehen von Koordinationsproblemen zu der fehlenden Überprüfung eines Bestellungenverbotes. Denn in den Mitgliedstaaten sind jeweils spezifische Normen vorhanden, die nur auf Grund des grenzüberschreitenden Sachverhaltes ihre Wirksamkeit verlieren, da das deutsche Recht ausländische Bestellungenverbote nicht durchsetzt und das ausländische Recht die inländischen Verbote nicht beachtet.

Demzufolge ist es erforderlich, diesen unerwünschten Nebeneffekt einer Sitzverlegung zu beheben. Hierfür könnten entweder aa) auf europäischer oder bb) auf nationaler Ebene Änderungen vorgenommen werden.

aa) Einheitliche europäische Lösung

Hierbei wäre die Schaffung einer einheitlichen europäischen Lösung – z.B. über die Errichtung eine Richtlinie – der sinnvollste Weg¹⁰⁵³.

Diesbetreffend könnten einheitliche Standards hinsichtlich der persönlichen und fachlichen Anforderungen an die Person eines Geschäftsführers/Vorstands erarbeitet werden. Hierdurch würden Rechtsklarheit und Rechtssicherheit gefördert und damit die Europäisierung vorangetrieben.

Sollte allerdings die Entwicklung gemeinsamer Standards nicht durchsetzbar sein, könnte alternativ eine Informations- und Anerkennungspflicht eingeführt werden. Hierüber könnte entweder der künftige Geschäftsführer/Vorstand zur Auskunftserteilung oder der Gründungsstaat zur Einholung von Informationen verpflichtet werden. Insofern wäre die Auskunftspflicht des künftigen Geschäftsführers/Vorstand mit einem geringeren Aufwand verbunden, dafür aber mit einem höheren Fehlerrisiko belastet. Dementsprechend müsste, falls man sich für den vorgenannten Weg entscheidet, gleichzeitig eine strenge Sanktionsmöglichkeit – z.B. Androhung einer persönlichen Haftung – eingeführt werden, um die Gefahr von Fehlinformationen zu minimieren.

¹⁰⁵¹ Rehberg in Eidenmüller, S. 236.

¹⁰⁵² Lanzius, S. 205; a.A. zum Teil Rehberg in Eidenmüller, S. 237 f; dieser geht dann von dem Vorliegen eines Missbrauchs aus, wenn eine Person, gegen die im Inland ein Bestellungenverbot besteht, eine Auslandsgesellschaft gründet und hierüber ausschließlich im Inland tätig wird. In einem solchen Fall kann nach Ansicht Rehbergs §§ 6 II GmbHG, 76 III AktG zur Anwendung gelangen.

¹⁰⁵³ So auch Rehberg in Eidenmüller, S. 238.

bb) Lösungsmöglichkeiten auf nationaler Ebene

Da jedoch die Umsetzung einer europäischen Lösung Zeit benötigt und eine Behebung des oben angeführten Problems unmittelbar erforderlich ist, sollte übergangsweise im nationalen Recht eine entsprechende Gesetzesänderung, -erweiterung vorgenommen werden¹⁰⁵⁴. Hierbei ist entweder eine Ausweitung oder eine vollständig Neugestaltung der bestehenden nationalen Bestellungsverbote möglich.

Dabei kann zu Gunsten einer Neugestaltung der deutschen Bestellungsverbote die Schwäche des derzeitigen Konzepts angeführt werden, die insbesondere bei einem punktuellen Vergleich mit dem englischen CDDA (siehe hierzu bereits oben unter V 8)) deutlich hervortritt. Insofern bietet der CDDA bereits deshalb eine bessere Lösung, weil er eine Disqualifizierung nicht nur bei der Verwirklichung von Insolvenzstraftaten vornimmt, sondern über s. 2 CDDA auch sämtliche Vergehen im Zusammenhang mit der Gründung und dem Management einer Gesellschaft erfasst. Schwächen der deutschen Regelungen, die eine Verurteilung wegen anderer wirtschaftlicher Straftatbestände, wie z.B. Betrug oder Unterschlagung, unberücksichtigt lassen, treten nicht auf¹⁰⁵⁵. Darüber hinaus hat der CDDA den Vorteil, grundsätzlich unabhängig von dem Bestehen eines Verwaltungssitzes im Inland anwendbar zu sein. Auf diese Weise werden auch solche Sachverhalte erfasst, bei denen eine Gesellschaft den inländischen Rechtsverkehr dadurch beeinflusst, dass sie sich in einem angrenzenden Staat niedergelassen hat und grenzübergreifend im Inland agiert. Gerade im Zeitalter des E-Commerce ist ein derartiger Schutz erstrebenswert. Zusätzlich verbietet der CDDA der betroffenen Person jedwede Beteiligung an der Leitung der Gesellschaft und erfasst damit auch die Einsetzung von Stroh Männern, so dass ein effektiver Verkehrsschutz gewährleistet werden kann¹⁰⁵⁶. Dementsprechend kann eine Umgestaltung der deutschen Bestellungsverbote nach dem Vorbild des englischen CDDA durchaus eine sinnvolle Lösung bieten.

Allerdings ist hierbei zu bedenken, dass die Erarbeitung eines völlig neuen Konzepts auf Grund der erforderlichen Vorarbeit Zeit in Anspruch nehmen wird, weshalb hierüber die gegenwärtige Situation nicht befriedigend gelöst werden kann.

Damit sollten zunächst die bestehenden nationalen Bestellungsverbote dahingehend erweitert werden, dass hierüber auch ein Geschäftsführer/Vorstand einer EU-Auslandsgesellschaft mit Verwaltungssitz im Inland erfasst werden kann¹⁰⁵⁷.

Dabei würde die vorgenannte Lösung auch nicht gegen das Europarecht verstoßen. Zwar könnte die Geltung der deutschen Bestellungsverbote auf einen Geschäftsführer/Vorstand einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit führen, diese wäre jedoch europarechtlich zu rechtfertigen¹⁰⁵⁸. Denn der vorgenannte Vorschlag würde in nicht diskriminierender Weise dem Verkehrsschutz und damit europarechtlich anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeinwohls zugute kommen. Ferner wäre die Geltung der deutschen Bestellungsverbote zur Erreichung des vorgenannten Ziels geeignet, da hierüber sichergestellt werden könnte, dass ein Geschäftsführer einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft ein Mindestmaß an persönlichen und fachlichen Fähigkeiten aufweist. Des Weiteren könnten auf diese Weise ungewollte Schutzlücken geschlossen werden, indem die missliche Lage, dass ein Staat die in einem anderen Staat bestehenden Bestellungsverbote nicht beachtet, ausgeglichen würde. Dabei geht es bei der Anwendung der Bestellungsverbote nicht

¹⁰⁵⁴ Siehe hierzu auch die im MoMiG (VIII 2) (1) b)) geplanten Änderungen.

¹⁰⁵⁵ Siehe hierzu allerdings die im MoMiG geplanten Änderungen unter Kapitel VIII 2) (1) b).

¹⁰⁵⁶ Lanzius, S. 207 f.

¹⁰⁵⁷ So auch Hirte ZInsO 2003, 736 ff.

¹⁰⁵⁸ So auch Lanzius, S. 207.

um eine – jedenfalls seit der Entscheidung Centros europarechtlich geschützte – Ausnutzung eines Regelungsgefälles, sondern um die Behebung bestehender Koordinierungsprobleme. Folglich muss die Einführung des oben angeführten Vorschlags auch als erforderlich eingestuft werden.

(2) Gewerberecht

Nachdem im vorangegangenen Abschnitt auf die inländischen Berufsregelungen eingegangen wurde, werden nachfolgend Teile des nationalen Gewerberechts im Hinblick auf die Anwendbarkeit auf eine inländische englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft untersucht.

Dabei stellt das Gewerberecht über eine Reihe von Anzeige- und Genehmigungserfordernissen die Einhaltung beruflicher und unternehmerischer Anforderungen sicher. Dies erfolgt bei vielen Gewerbearten und sonstigen Tätigkeiten über Spezialgesetze, in denen die konkreten Pflichten aufgeführt werden. Sind dahingegen keine speziellen Vorschriften vorhanden, wird der Betrieb eines Gewerbes durch die allgemeine Gewerbeordnung geregelt¹⁰⁵⁹.

Dabei kann vorab festgestellt werden, dass das Gewerberecht grundsätzlich auch auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft anwendbar ist¹⁰⁶⁰. Bei dem Gewerberecht handelt es sich um öffentliches Recht, dessen Geltungsbereich sich typischerweise auf das gesamte Gebiet der Bundesrepublik Deutschland erstreckt, so dass eine im Inland wirtschaftlich aktive EU-Auslandsgesellschaft grundsätzlich von den vorgenannten Normen erfasst wird¹⁰⁶¹.

Allerdings muss sich auch das öffentliche Recht an dem vorrangigen Europarecht messen lassen, weshalb seine Geltung von der Vereinbarkeit mit dem Europarecht abhängt.

Damit wird nachfolgend unter a) auf die konkrete Anwendbarkeit der Gewerbeordnung und der darin enthaltenen Anzeige- und Genehmigungspflichten sowie der Betriebsuntersagung eingegangen. Daran anschließend wird unter b) die Frage erörtert, ob eine EU-Auslandsgesellschaft einer Pflichtmitgliedschaft in bestimmten Berufsverbänden unterliegt und zur Entrichtung von Kammerbeiträgen verpflichtet ist.

a) Pflichten nach der GewO

Dementsprechend erfolgt zunächst eine Auseinandersetzung mit den Pflichten aus der GewO. Dabei setzt die Anwendbarkeit der GewO das Vorliegen eines Gewerbes voraus, wobei die GewO bewusst auf eine Legaldefinition dieses Begriffes verzichtet, um so künftige Entwicklungen besser erfassen zu können¹⁰⁶². Insofern ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes unter dem Begriff des Gewerbes i.S.d. GewO jede nicht sozial unwertige, auf Gewinnerzielung gerichtete und auf Dauer angelegte selbstständige Tätigkeit,

¹⁰⁵⁹ Lanzius, S. 198.

¹⁰⁶⁰ Rehberg in Eidenmüller, S. 238 f; Mankowski BB 2006, 1173 ff; zu der Möglichkeit des Erlasses einer Gewerbeuntersagungsverfügung gegen den Geschäftsführer einer inländischen Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung OVG Münster, Beschl. v. 9.9.2005 – 4 A 1468/05 (rechtskräftig; VG Düsseldorf); Just EWiR 2006, 17 f; Mankowski BB 2006, 1173 ff; zu dem Problem der Handelsregistereintragung und der Umgehung eines Gewerbeverbots Leuring ZRP 2006, 201 ff.

¹⁰⁶¹ Siehe hierzu auch Mankowski EWiR 2006, 337 f; OLG Dresden, Beschl. v. 7.2.2006 – Ss (OWi) 955/05; allerdings wird die Anwendbarkeit des Gewerberechts (vorliegend §§ 35 I 2, 146 I Nr. 1 a GewO) in dem Beschluss primär über die missbräuchliche und betrügerische Berufung auf das Gemeinschaftsrecht begründet.

¹⁰⁶² Tettinger in Tettinger/Wank, § 1 GewO, Rn. 2; BGH GewArch 1964, 55 f.

ausgenommen der Urproduktion, der freien Berufe und der bloßen Verwaltung und Nutzung eigenen Vermögens, zu verstehen¹⁰⁶³.

Unterfällt demnach die Tätigkeit einer inländischen englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft der vorgenannten Definition und bestehen für die konkret ausgeübte Tätigkeit keine Spezialgesetze, unterliegt die ausländische Gesellschaft grundsätzlich der GewO.

Insofern wird nachfolgend unter (a) auf die in der GewO enthaltenen Genehmigungs- und Anzeigepflichten und unter (b) auf die Möglichkeit einer Gewerbeuntersagung eingegangen.

(a) Grundsatz der Gewerbefreiheit, Genehmigungs- und Anzeigepflicht

Dabei ist vorab festzustellen, dass es gem. § 1 I GewO grundsätzlich jedermann gestattet ist, ein Gewerbe zu betreiben (Gewerbefreiheit). Dementsprechend können sich sowohl In- als auch Ausländer¹⁰⁶⁴ gewerblich betätigen, so dass diese Möglichkeit auch einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited offen steht¹⁰⁶⁵.

aa) Genehmigungspflicht

Allerdings bestehen gem. §§ 30-34c GewO für bestimmte Gewerbearten besondere Genehmigungserfordernisse. Wird demnach ein genehmigungsbedürftiges Gewerbe ohne die erforderliche Genehmigung betrieben, kann gem. § 15 II 1 GewO die Fortsetzung des Betriebes durch die zuständige Behörde untersagt werden.

Dabei haben inländische Kapitalgesellschaften zur Sicherstellung des vorgenannten Schutzzweckes das Vorliegen einer solchen Genehmigung gem. § 8 I Nr. 6 GmbHG/§ 37 IV Nr. 5 AktG der Anmeldung der Gesellschaft beizufügen und gem. § 9c 1 GmbHG/§ 38 I AktG hat das Registergericht bei dem Fehlen der Genehmigungsurkunde die Eintragung abzulehnen, so dass die Gesellschaft nicht zur Entstehung gelangen kann, § 11 I GmbHG/§ 41 I 1 AktG¹⁰⁶⁶.

Insofern ist eine in Deutschland niedergelassene englische Limited (bzw. eine EU-Auslandsgesellschaft) privilegiert, da das auf Grund der Geltung der Gründungstheorie eingreifende englische Recht die Entstehung der Gesellschaft nicht von dem Vorliegen einer nach deutschem Recht zu erteilenden Genehmigung abhängig macht¹⁰⁶⁷. Damit steht den Gesellschaftern einer im Inland niedergelassenen EU-Auslandsgesellschaft auch bei dem Fehlen einer innerstaatlichen Genehmigung das Haftungsprivileg zur Verfügung und die zuständigen Behörden können die Tätigkeit der ausländischen Gesellschaft nur nachträglich mit den dafür vorgesehenen Mitteln unterbinden¹⁰⁶⁸.

bb) Anzeigepflicht

Des Weiteren muss gem. § 14 I GewO – selbst wenn das Gewerbe nicht gem. §§ 30-34c GewO genehmigungspflichtig ist – die Aufnahme, Verlegung und Einstellung des Betriebes eines Gewerbes sowie der Wechsel des Gewerbes angezeigt werden. Kommt der Gewerbetreibende

¹⁰⁶³ BVerwG DÖV 1995, 644; Tettinger in Tettinger/Wank, § 1 GewO Rn. 2; Sprenger/Richter in Robinski, S. 17 ff.

¹⁰⁶⁴ Lanzius, S. 199; Fuchs in Robinski, S. 321.

¹⁰⁶⁵ Allerdings werden Ausnahmen und Beschränkungen der Gewerbefreiheit in der GewO vorgeschrieben bzw. zugelassen.

¹⁰⁶⁶ Siehe hierzu die im MoMiG geplanten Änderungen unter VIII 2) (1) c) (a).

¹⁰⁶⁷ Lanzius, S. 198.

¹⁰⁶⁸ Siehe hierzu allerdings m.w.N. OLG Jena, Beschl. v. 9.3.2006 – 6 W 693/05 (nicht rechtskräftig); dabei geht das OLG Jena davon aus, dass bei der Entscheidung über das Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen bei einer inländischen Zweigniederlassung einer englischen Limited das Bestehen eines Gewerbeverbots berücksichtigt werden kann, wenn das Verbot dem Registergericht bekannt ist.

der Anzeigepflicht nicht nach, liegt gem. § 146 II Nr. 1 GewO eine Ordnungswidrigkeit vor, die gem. § 146 III GewO mit einer Geldbuße von bis zu 1.000 Euro geahndet werden kann.

cc) Geltung bei einer inländischen englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft

Dabei sind – wie bereits oben erörtert – die vorgenannten Verpflichtungen grundsätzlich auch auf eine im Inland niedergelassene englische Limited anwendbar. Allerdings muss die Geltung der Anzeige- und Genehmigungspflichten dann ausscheiden, wenn hierüber eine nicht zu rechtfertigende Beschränkung der Niederlassungsfreiheit der zuziehenden Gesellschaft hervorgerufen wird.

Jedoch ist diesbezüglich festzustellen, dass die oben angeführten Anzeige- und Genehmigungspflichten den Marktzugang einer ausländischen Gesellschaft nicht beschränken, sondern lediglich deren Tätigkeitsausübung regeln, so dass – in Anlehnung an die Keck-Rechtsprechung – bereits eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit zweifelhaft ist.

Sollte man allerdings dennoch von einem Eingriff in die Niederlassungsfreiheit ausgehen, muss dieser als europarechtlich gerechtfertigt angesehen werden. Die Anwendung der vorgenannten Normen erfolgt gleichmäßig und damit diskriminierungsfrei auf in- und ausländische Gesellschaften. Ferner sichern die Anzeige- und Genehmigungsvorschriften der GewO die Einhaltung beruflicher und unternehmerischer Anforderungen und kommen damit dem Verkehrsschutz zugute. Dadurch tragen die Anzeige- und Genehmigungspflichten zur Wahrung europarechtlich anerkannter zwingender Interessen des Allgemeinwohls bei. Des Weiteren sind die vorgenannten Regelungen dazu geeignet, das oben angeführte Schutzanliegen zu erreichen. Darüber hinaus ist ihre Geltung mangels milderer Mittel erforderlich und insbesondere ist kein Rückgriff auf das Gründungsrecht notwendig, zumal die Geltung öffentlich-rechtlicher Normen grundsätzlich auf das jeweilige Hoheitsgebiet beschränkt ist. Damit stehen der Anwendung der aus der GewO folgenden Anzeige- und Genehmigungspflichten auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft keine Bedenken entgegen.

(b) Gewerbeuntersagung

Des Weiteren enthält die Gewerbeordnung mit § 15 II GewO und § 35 GewO Normen, welche die Untersagung eines Gewerbebetriebs ermöglichen und worüber grundsätzlich auch der Betrieb eines Gewerbes einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited unterbunden werden kann.

aa) § 15 II GewO

Dabei enthält § 15 II GewO zwei unterschiedliche Tatbestände, bei deren Erfüllung die Untersagung des Gewerbebetriebs einer inländischen englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft in Betracht kommt.

(aa) Tatbestände des § 15 II GewO

Nach § 15 II 2 GewO ist eine Gewerbeuntersagung dann möglich, wenn einer ausländischen juristischen Person, die im Inland ein Gewerbe betreibt/betreiben möchte, die Rechtsfähigkeit versagt wird. Folglich muss die Anwendung des § 15 II 2 GewO auf eine in Deutschland niedergelassene, in ihrem Heimatland wirksam errichtete englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft ausscheiden, da deren Rechtsfähigkeit seit der Entscheidung Überseering im Inland anzuerkennen ist.

Ferner kann gem. § 15 II 1 GewO die Fortsetzung des Betriebes eines Gewerbes verhindert werden, wenn das Gewerbe ohne die nötige Zulassung ausgeübt wird. Damit kann § 15 II 1 GewO grundsätzlich auch auf eine inländische englische Limited zur Anwendung gelangen, da

diese ebenfalls – wie bereits oben unter (a) erörtert – für den Fall des Betreibens eines nach der GewO genehmigungspflichtigen Gewerbes eine entsprechende Genehmigung einholen muss.

(bb) Europarechtskonformität des § 15 II 1 GewO

Dabei scheidet die Geltung des § 15 II 1 GewO bei einer im Inland niedergelassenen englischen Limited auch nicht auf Grund des Europarechts aus. Wie bereits oben bei den Anzeige- und Genehmigungspflichten erörtert, wird durch § 15 II 1 GewO der Marktzugang der zuziehenden Gesellschaft nicht behindert, weshalb in Anlehnung an die Keck-Rechtsprechung ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit fraglich erscheint.

Sollte dennoch auf Grund der Anwendung des § 15 II 1 GewO auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft von einer Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit ausgegangen werden, wäre diese jedenfalls über den Vier-Kriterien-Test zu rechtfertigen. Die Anwendung der Gewerbeuntersagung erfolgt gleichmäßig und damit diskriminierungsfrei auf in- und ausländische Gesellschaften. Ferner dient die Gewerbeuntersagung europarechtlich anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeinwohls, da sie zur Sicherung wesentlicher öffentlicher Interessen und des Verkehrsschutzes beiträgt. Darüber hinaus ist die Gewerbeuntersagung zur Erreichung der vorgenannten Ziele geeignet und – mangels milderer Mittel – auch erforderlich.

Allerdings ist zwingend zu beachten, dass nicht bereits bei der Eintragung einer zuziehenden Auslandsgesellschaft in das Handelsregister die Vorlage einer Genehmigung verlangt werden darf. Denn die insoweit abschließende Zweigniederlassungsrichtlinie sieht eine derartige Verpflichtung nicht vor, so dass eine hiervon abweichende Anforderung nicht mit dem Europarecht vereinbar wäre. Dementsprechend darf nur nachträglich die Einholung einer Genehmigung überprüft werden (siehe hierzu bereits oben unter VII 1) (1) b) (b)).

bb) § 35 GewO

Des Weiteren kommt neben einer Gewerbeuntersagung gem. § 15 II GewO auch eine solche nach § 35 GewO in Betracht.

Gemäß § 35 I 1 GewO kann die zuständige Behörde einem Gewerbetreibenden und damit grundsätzlich auch einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft/englischen Limited die Ausübung eines Gewerbes untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden in Bezug auf das ausgeübte Gewerbe dartun und die Gewerbeuntersagung zum Schutz der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. Zusätzlich kann dem Gewerbetreibenden gem. § 35 I 1, 2 GewO seine Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbebetriebes oder als zur Leitung Beauftragter untersagt werden. Darüber hinaus kann sich gem. § 35 I 2 GewO das vorgenannte Verbot auch auf andere als das konkret ausgeübte Gewerbe erstrecken und sogar für sämtliche Gewerbe Geltung entfalten, wenn die festgestellten Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Gewerbetreibende auch insofern unzuverlässig sein wird¹⁰⁶⁹.

Ferner kann die zuständige Behörde eine Untersagungsverfügung auch direkt gegenüber einem hinter der Gesellschaft stehenden Gesellschafter/Geschäftsführer erlassen. Voraussetzung ist, dass die Gesellschaft nur als Strohmännchen fungiert und allein die natürliche Person als Gewerbetreibender einzustufen ist. Allerdings hat das BVerwG eine derartige Konstellation nur nach genauer Analyse des Innenverhältnisses angenommen. Dabei muss sich aus dieser ergeben, dass der Gewerbetreibende zur Verbergung der Machtverhältnisse eine juristische Person verwendet und die Gesellschaft selbst keine eigene unternehmerische Tätigkeit entfaltet, sondern

¹⁰⁶⁹ Lanzius, S. 201.

nur als Marionette am Wirtschaftsleben teilnimmt¹⁰⁷⁰. Da der Nachweis der vorgenannten Voraussetzungen in der Praxis sehr schwer zu führen ist, kommt dieser Möglichkeit keine große Bedeutung zu.

Darüber hinaus kann gegenüber der hinter der juristischen Person stehenden natürlichen Person gem. § 35 VIIa GewO eine eigene – jedoch zur Grundverfügung an die juristische Person akzessorische – Untersagungsverfügung erlassen werden. Diese kann, da gem. § 35 VIIa 3 GewO § 35 I, III-VII GewO entsprechen anwendbar sind, auch über das konkret ausgeübte Gewerbe hinaus auf weitere Gewerbe ausgedehnt werden¹⁰⁷¹.

Ferner stellt ein Verstoß gegen die oben angeführten Verfügungen gem. § 146 I Nr. 1 GewO eine Ordnungswidrigkeit dar und kann gem. § 146 III GewO mit einer Geldbuße von bis zu 5.000 Euro geahndet werden.

(aa) Unzuverlässigkeit

Als Voraussetzung für den Erlasses einer nach § 35 GewO möglichen Verfügung muss demnach die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden – und damit vorliegend die Unzuverlässigkeit der in Deutschland niedergelassenen englischen Limited – festgestellt werden.

Insofern kann dann von der Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden ausgegangen werden, wenn dieser nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß zu betreiben¹⁰⁷². Ist der Gewerbetreibende eine juristische Person, kommt es hierfür auf das der Gesellschaft zuzurechnende Verhalten des gesetzlichen Vertreters und/oder des Betriebsleiters der Gesellschaft an¹⁰⁷³.

Dabei kann der Gewerbetreibende u.a. dann als unzuverlässig bezeichnet werden, wenn ihm eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit im Zusammenhang mit dem Gewerbebetrieb zur Last liegt, wenn betriebliche Steuerschulden bestehen und unter Umständen sogar dann, wenn eine mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit vorliegt¹⁰⁷⁴. Allerdings kann allein ein fehlendes bzw. geringes Stammkapital einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited nicht deren Unzuverlässigkeit begründen, da die englische Limited nach ihrem Heimatrecht – welches auf Grund der Geltung der Gründungstheorie einschlägig ist – nicht zur Aufbringung eines Mindestkapitals verpflichtet ist.

Gibt jedoch die Gesellschaft, d.h. der Gewerbetreibende, ihren Betrieb trotz anhaltender wirtschaftlicher Leistungsunfähigkeit nicht auf, kann dadurch unter Umständen von ihrer Unzuverlässigkeit ausgegangen werden. Dabei ist der Gewerbetreibende dann leistungsunfähig, wenn er sich in einer ausweglosen wirtschaftlichen Krise befindet oder seinen Verbindlichkeiten nicht nachkommt, insbesondere weil er zahlungsunfähig oder überschuldet ist¹⁰⁷⁵. Folglich kann über § 35 GewO durchaus gegenüber einer in Deutschland niedergelassenen englischen Auslandsgesellschaft schützend eingegriffen werden. Über die Gewerbeordnung ist es einer zuständigen Behörde möglich, einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft bei Betrügereien oder ähnlichen Verhaltensweisen Einhalt zu gebieten.

¹⁰⁷⁰ BVerwG GewArch 1982, 200, 201 f; BVerwG GewArch 1982, 299, 300.

¹⁰⁷¹ Lanzius, S. 202; Heß in Friauf, § 35 Rn. 35.

¹⁰⁷² Tettinger in Tettinger/Wank, § 35 Rn 26.

¹⁰⁷³ Lanzius, S. 200; Tettinger in Tettinger/Wank, § 35 Rn. 91.

¹⁰⁷⁴ Lanzius, S. 200; Tettinger in Tettinger/Wank, § 35 Rn. 37, 50 ff, 71.

¹⁰⁷⁵ Lanzius, S. 200 f; Heß in Friauf, § 35 Rn. 62; Tettinger in Tettinger/Wank, § 35 Rn. 67.

(bb) Schwächen der Gewerbeordnung und eigene Lösungsvorschläge

Dennoch ist festzustellen, dass § 35 GewO – trotz der oben angeführten Möglichkeiten zur Förderung des Rechts- und Verkehrsschutzes – deutliche Schwächen aufweist. Diese werden nachfolgend aufgezeigt und entsprechende Lösungsmöglichkeit vorgestellt.

aaa) Beschränkung auf einen Gewerbebetrieb

Insofern ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die GewO bereits deshalb keine ausreichende Sicherheit bieten kann, weil ihr Eingreifen nur möglich ist, wenn als Unternehmensgegenstand ein Gewerbe betrieben wird. Wird beispielsweise über eine in Deutschland niedergelassene englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft ein freier Beruf ausgeübt, kann die GewO keine Anwendung finden.

Allerdings ist diese Privilegierung der freien Berufe nicht zu rechtfertigen. Ihre Ausübung dient – ebenso wie der Betrieb eines Gewerbes – vorwiegend der Sicherung des Lebensunterhaltes und die Verfolgung ideeller Zwecke steht in der Regel nicht im Vordergrund¹⁰⁷⁶. Damit ist grundsätzlich das Risiko von Verfehlungen genauso groß wie bei einem gewerblichen Unternehmen, so dass die im deutschen Recht vorgenommene Besserstellung der freien Berufe abzulehnen ist.

Demzufolge ist die Schaffung eines Regelwerks anzuregen, welches unabhängig von dem jeweiligen Unternehmensgegenstand Wirksamkeit entfaltet. Insofern ist auf den englischen CDDA (hierzu bereits oben unter V 8)) hinzuweisen, der einheitlich auf den Betrieb eines Gewerbes und eines freien Berufes anwendbar ist und damit als Vorbild für eine Neuregelung herangezogen werden kann¹⁰⁷⁷.

bbb) Rechtsfolgen der GewO

Darüber hinaus sind die Rechtsfolgen der Gewerbeordnung in ihrer Reichweite nicht ausreichend.

Hierfür kann beispielsweise darauf hingewiesen werden, dass sich eine Untersagungsverfügung zunächst nur auf das konkret ausgeübte Gewerbe bezieht. Da eine darüber hinausgehende Wirkung nur auf Grund einer gesonderten Rechtfertigung erzielt werden kann, besteht die Gefahr, dass ein Gewerbetreibender, der sich bereits als unzuverlässig erwiesen hat, weiterhin am Wirtschaftsleben teilnimmt, indem er künftig lediglich ein anderes Gewerbe betreibt¹⁰⁷⁸. Dabei ist diese Situation deshalb misslich, weil durch die Möglichkeit der weiteren Teilnahme des – zumindest teilweise – unzuverlässigen Gewerbetreibenden die Gefahr für das allgemeine Wirtschaftsleben nicht umfassend beseitigt wird.

Um insofern einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen des Gewerbetreibenden und der Sicherheit des allgemeinen Wirtschaftslebens zu erreichen, ist eine dahingehende Modifizierung der GewO zu überdenken, dass sich eine Untersagungsverfügung grundsätzlich auf sämtliche Gewerbe erstreckt und diese – entgegen der derzeitigen Rechtslage – nur auf Grund einer gesonderter Rechtfertigung auf ein bestimmtes Gewerbe beschränkt wird. Hierfür kann erneut der englische CDDA als Vorbild herangezogen werden¹⁰⁷⁹. Dieser sieht bereits heute wesentlich umfangreichere und schärfere Rechtsfolgen als die deutsche GewO vor. Insbesondere kann danach ein disqualifizierter director praktisch nicht mehr als solcher eingestellt werden, wodurch die Rechtssicherheit und damit auch der Verkehrsschutz deutlich gefördert werden.

¹⁰⁷⁶ Lanzius, S. 202.

¹⁰⁷⁷ Vgl. hierfür m.w.N. Lanzius, S. 202.

¹⁰⁷⁸ Lanzius, S. 202.

¹⁰⁷⁹ Lanzius, S. 202.

Zusätzlich ist die Tatsache, dass bei einer Kapitalgesellschaft grundsätzlich nur diese als Gewerbetreibende i.S.d. GewO anzusehen ist und damit zunächst auch nur ihr gegenüber eine Untersagungsverfügung ergeht, nicht optimal. Denn das Handeln einer Gesellschaft und damit auch ihre Verfehlungen beruht letztlich auf den Entscheidungen der hinter ihr stehenden natürlichen Personen. Zwar besteht die Möglichkeit, auch ihnen gegenüber eine akzessorische Verfügung zu erlassen (s.o.), jedoch ergeht nach der derzeitigen Gesetzeslage eine solche Verfügung nicht automatisch.

Demnach ist eine dahingehende Gesetzesänderung anzuregen, wonach bei einer juristischen Person – entgegen der derzeitigen Rechtslage – grundsätzlich auch die dahinter stehenden natürlichen Personen von der Untersagungsverfügung erfasst werden. Allerdings muss zur Vermeidung eines verfassungswidrigen Eingriffs in die Berufsfreiheit und zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes der Kreis der hiervon betroffenen Personen danach beschränkt werden, ob sie einen maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft ausüben können.

(cc) Europarechtliche Unbedenklichkeit des § 35 GewO

Abschließend ist festzustellen, dass gegen die Anwendbarkeit des § 35 GewO auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft – sowohl in der derzeitigen Fassung als auch bei einer Umsetzung der oben angeregten Gesetzesänderungen – keine europarechtlichen Bedenken bestehen¹⁰⁸⁰.

Insofern ist zunächst festzustellen, dass durch die Geltung des § 35 GewO der Marktzugang einer Gesellschaft nicht behindert wird und damit bereits – in Anlehnung an die Keck-Rechtsprechung des EuGH – ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit fraglich erscheint.

Sollte dennoch bei dem Eingreifen des § 35 GewO auf eine zuziehende EU-Auslandsgesellschaft von einer Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit ausgegangen werden, könnte diese jedenfalls anhand des Vier-Kriterien-Tests des EuGH europarechtlich gerechtfertigt werden. Die Geltung des § 35 GewO erfolgt unterschiedslos und damit diskriminierungsfrei auf in- und ausländische Gesellschaften. Darüber hinaus kommt § 35 GewO wesentlichen öffentlichen Interessen – dem allgemeinen Rechtsverkehr und dem Gläubigerschutz – zugute, so dass hierüber europarechtlich anerkannte zwingende Gründe des Allgemeinwohls gesichert werden. Des Weiteren ist das Eingreifen des § 35 GewO zur Erreichung der vorgenannten Ziele geeignet und mangels milderer Mittel auch erforderlich.

b) Pflichtmitgliedschaft und Kammerbeiträge

Nachdem im vorangegangenen Abschnitt auf bestimmte, auch für eine in Deutschland niedergelassene englische Limited maßgebliche Pflichten aus der GewO eingegangen wurde, wird nachfolgend die Frage erörtert, ob eine inländische EU-Auslandsgesellschaft der Pflichtmitgliedschaft in einem Berufsverband – die in Deutschland für zahlreiche Tätigkeiten vorgesehen ist – unterliegt. Insofern kann beispielhaft auf die Pflichtmitgliedschaft in der Handwerkskammer (§§ 90, 113 HwO), in der Industrie- und Handelskammer (§§ 2 f IHKG) und in der Rechtsanwaltskammer (§§ 60, 84, 212 III BRAO) hingewiesen werden.

Dabei ist vorab festzustellen, dass es sich bei den Normen, welche die Zwangsmitgliedschaft in einem Berufsverband regeln, um Vorschriften des öffentlichen Wirtschaftsrechts handelt, deren Anwendungsbereich sich grundsätzlich auf das gesamte Gebiet der Bundesrepublik Deutschland erstreckt. Des Weiteren sind diese Regelungen rechtsformneutral formuliert, so dass auch

¹⁰⁸⁰ So auch OLG Dresden, Beschl. v. 7.2.2006 – Ss (OWi) 955/05.

insoweit nichts gegen eine Geltung auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited spricht.

Allerdings kann die Verpflichtung einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft zur Mitgliedschaft in einem entsprechenden Berufsverband deshalb fraglich sein¹⁰⁸¹, weil diese regelmäßig mit erheblichen Beitrags- und Verhaltenspflichten verbunden ist. Daraus können sich Bedenken an der Europarechtskonformität der vorgenannten Normen ergeben, da – trotz der Keck-Rechtsprechung – auf Grund der Eingriffsintensität eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit nicht ausgeschlossen erscheint¹⁰⁸².

Damit hängt die Geltung der entsprechenden Normen auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft entscheidend davon ab, ob ihr Eingreifen europarechtlich gerechtfertigt werden kann. Dabei muss berücksichtigt werden, dass die in Deutschland ansässige EU-Auslandsgesellschaft von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch macht und damit – anders als bei der Dienstleistungsfreiheit¹⁰⁸³ – das nationale Gefüge nachhaltig berührt, indem sich die begünstigte Gesellschaft dauerhaft in die Volkswirtschaft integriert. Folglich müssen die an einen Niederlassungswilligen gestellten Anforderungen strenger ausfallen dürfen¹⁰⁸⁴.

Insofern ist zunächst festzustellen, dass eine Pflicht zur Zwangsmitgliedschaft in einem nationalen Berufsverband allein an die jeweils ausgeübte Betätigung anknüpft, ohne hierbei zwischen in- und ausländischen Gesellschaften zu unterscheiden, so dass eine diskriminierungsfreie Anwendung gewährleistet ist. Ferner dienen die Zwangsmitgliedschaft und die Beitragspflicht den europarechtlich anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeinwohls. Der Staat überlässt es den einzelnen Berufsgruppen, im Sinne einer Selbstregulierung Verhaltensvorgaben aufzustellen und durchzusetzen, die er anderenfalls selbst abfassen und die damit verbundenen Kosten durch Steuern refinanzieren müsste. Den Berufsverbänden ist es jedoch bereits auf Grund der größeren Sachnähe wesentlich besser möglich, die Interessen der einzelnen Gruppen zu fördern und umzusetzen. Die Zwangsmitgliedschaft und Beitragspflicht können die Effektivität der Kammern sichern, ohne überflüssige Anforderungen aufzustellen. Folglich sind die Normen auch geeignet, erforderlich und verhältnismäßig¹⁰⁸⁵.

Damit sind die Zwangsmitgliedschaft und die daraus resultierende Beitragspflicht als eine gerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit einzustufen, so dass auch eine inländische englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft den oben angeführten Verpflichtungen unterliegen kann¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸¹ Insbesondere Wachter hat in GmbHR 2004, 88 ff darauf hingewiesen, dass die Wahl einer Auslandsgesellschaften teilweise gerade durch die Hoffnung motiviert wird, hierüber der Zwangsmitgliedschaft in den inländischen Berufsverbänden und den daraus resultierenden Verpflichtungen zu entgehen.

¹⁰⁸² Rehberg in Eidenmüller, S. 242; zur IHK-Pflichtmitgliedschaft und der Gefahr des Verstoßes gegen das Europarecht auch VG Gießen, Urt. v. 26.10.2005 – 8 E 1697/05 (nicht rechtskräftig); das VG Gießen spricht sich für die Vereinbarkeit des Europarechts und insbesondere des Art. 43 EG mit der IHK-Pflichtmitgliedschaft aus.

¹⁰⁸³ Im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit müsste eine Rechtfertigungsmöglichkeit wohl von Anfang an abgelehnt werden. Insofern wäre die Eingriffsintensität nicht zu rechtfertigen, zumal sich der durch die Freiheit Begünstigte nicht dauerhaft in die Volkswirtschaft integriert und deshalb keine zu hohen Anforderungen an ihn gestellt werden dürfen.

¹⁰⁸⁴ Hierauf ebenfalls hinweisend Rehberg in Eidenmüller, S. 242 f.

¹⁰⁸⁵ Rehberg in Eidenmüller, S. 242 f.

¹⁰⁸⁶ So auch Westhoff GmbHR 2007, 474 ff; VG Darmstadt v. 7.11.2006 – 9 E 793/05; Rüdiger GmbHR 2007, R 21; insofern zweifelnd Wachter GmbHR 2004, 88 ff, wobei dieser dabei keine Differenzierung zwischen Dienst- und Niederlassungsfreiheit vornimmt.

(3) Strafrecht

Des Weiteren kann auch das deutsche Strafrecht zum Schutz der Gläubiger und der Allgemeinheit im Zusammenhang mit einer im Inland niedergelassenen englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft beitragen. Dabei handelt es sich hierbei um Normen des öffentlichen Rechts, die gem. §§ 3, 9 StGB für das gesamte Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland Geltung beanspruchen und damit grundsätzlich auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited eingreifen¹⁰⁸⁷.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass auch die Normen des öffentlichen Rechts im Rang unter dem Europarecht stehen und damit ihre Anwendbarkeit von ihrer Vereinbarkeit mit der jeweils betroffenen Freiheit abhängt.

Damit wird nachfolgend unter a) auf das im deutschen Strafrecht geregelte Berufsverbot, unter b) auf seine Schwächen und Verbesserungsmöglichkeiten und unter c) auf die Anwendbarkeit desselben auf eine im Inland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft eingegangen.

a) Berufsverbot gem. § 70 StGB

Dabei kann das in § 70 StGB geregelte strafrechtliche Berufsverbot zur Wahrung der nationalen Interessen beitragen. Denn hierüber ist es möglich, jemand an der Ausübung seines Berufes/Gewerbes zu hindern, wenn er den Beruf/das Gewerbe zur Begehung einer rechtswidrigen Tat missbraucht hat. Damit kommt § 70 StGB sowohl dem Verkehrs- als auch dem konkreten Gläubigerschutz zugute.

Des Weiteren ist § 70 StGB rechtsformneutral formuliert, so dass § 70 StGB jedenfalls dem Tatbestand nach auch auf die Bestellung eines Geschäftsführers einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited anwendbar ist.

Dabei kann dann ein Berufsverbot nach § 70 StGB ergehen, wenn der Betroffene wegen einer rechtswidrigen Tat, die er unter Missbrauch seines Berufs, Gewerbes oder unter grober Verletzung der damit verbundenen Pflichten begangen hat, verurteilt oder nur deshalb nicht verurteilt wurde, weil seine Schuldunfähigkeit erwiesen oder nicht auszuschließen war. Hierbei kann sich das Berufsverbot auch auf die Bestellung eines Geschäftsführers einer Kapitalgesellschaft erstrecken¹⁰⁸⁸.

Ordnet ein Gericht gem. § 70 StGB ein Berufsverbot an¹⁰⁸⁹, wird dem Betroffenen dadurch die Ausübung des Berufs, Berufszweiges, Gewerbes, Gewerbebezweiges untersagt. Infolgedessen darf er weder unmittelbar noch mittelbar die in Rede stehende Tätigkeit betreiben, selbst wenn er hierbei nur eine untergeordnete Position bekleidet, bei der er den Weisungen eines anderen unterworfen ist. Ferner darf er gem. § 70 III StGB die Tätigkeit weder für einen anderen verrichten noch diese durch eine von seiner Weisung abhängige Person ausüben lassen.

Gem. § 70 I 1, 2 StGB kann das Berufsverbot für die Dauer von einem bis zu fünf Jahren und, wenn zu erwarten ist, dass die gesetzliche Höchstfrist zur Abwehr der von dem Täter drohenden Gefahr nicht ausreicht, zeitlich unbefristet angeordnet werden¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁷ Ausführlich zur Haftung eines directors einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited nach deutschem Strafrecht Rönnau ZGR 2005, 832 ff.

¹⁰⁸⁸ Tröndle/Fischer, § 70 Rn. 2 ff, 11.

¹⁰⁸⁹ Hierzu muss das Gericht gem. § 260 II StPO in seinem Urteil den Beruf, Berufszweig, Gewerbe, Gewerbebezweig genau bezeichnen.

¹⁰⁹⁰ Tröndle/Fischer, § 70 Rn. 12 ff.

Ferner stellt ein Verstoß gegen ein Berufsverbot¹⁰⁹¹ gem. § 145c StGB eine strafbare Handlung dar und kann mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bzw. mit Geldstrafe geahndet werden. Hierfür muss allerdings gem. §§ 3, 9 StGB die untersagte Tätigkeit im Inland ausgeübt worden sein¹⁰⁹². Dies wird jedoch bei einer englischen Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland regelmäßig zutreffen.

b) Schwächen des Berufsverbots und Lösungsmöglichkeiten

Allerdings weist die Vorschrift über die Verhängung eines Berufsverbots Schwächen auf, die nachfolgend herausgearbeitet und einer entsprechenden Lösung zugeführt werden.

In diesem Zusammenhang ist vor allem darauf hinzuweisen, dass das Berufsverbot in der Regel nur für die konkrete Tätigkeit erlassen wird und damit oftmals zu eng gefasst ist¹⁰⁹³. Wird beispielsweise einem Geschäftsführer auf Grund einer Verfehlung i.S.d. § 70 StGB die Ausübung seines Geschäftsführerpostens untersagt, wird das Verbot nur für das jeweilige Betätigungsfeld gelten. Gründet die betroffene Person demnach eine andere Kapitalgesellschaft und betreibt hierüber eine nur geringfügig andersgeartete Tätigkeit, unterfällt diese regelmäßig nicht dem Berufsverbot. Demnach kann beispielsweise einem Geschäftsführer gem. § 70 StGB der Handel mit Südfrüchten untersagt sein, ohne dass hiervon der sonstige Handel mit Lebensmitteln betroffen wäre¹⁰⁹⁴.

Da allerdings regelmäßig der Grund einer Verfehlung, der zur Verhängung eines Berufsverbots geführt hat, in der Person und nicht in der konkret ausgeübten Tätigkeit begründet liegt, kann ein auf die entsprechende Tätigkeit beschränktes Verbot nur selten genügen. Nimmt nun die durch das Berufsverbot betroffene Person weiterhin unter dem Privileg der beschränkten Haftung am Rechtsverkehr teil und verhält sie sich erneut unseriös, wird sich die Haftungsbeschränkung zwangsläufig zu Lasten der Gläubiger auswirken. Allerdings ist es nicht einsichtig, weshalb eine Person, die sich bereits als unredlich erwiesen hat, zu Lasten ihrer Gläubiger begünstigt werden soll.

Diesbezüglich hält der CDDA erneut die strengeren Rechtsfolgen bereit. Danach ist ein Geschäftsführer, der sich einer entsprechenden Verfehlung strafbar gemacht hat, von jeglicher Beteiligung am Management einer Gesellschaft ausgeschlossen. Dadurch kann der Rechtssicherheit sowie dem Verkehrs- und Gläubigerschutz im Vergleich zum deutschen Recht deutlich besser nachgekommen werden. Auch deshalb ist die Einführung eines Regelwerks anzuregen, das sich inhaltlich an dem englischen CDDA orientiert¹⁰⁹⁵.

Insofern ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Schaffung eines entsprechenden Normenkomplexes Zeit in Anspruch nehmen wird. Aus diesem Grund sollte übergangsweise eine dahingehende Modifikation des Berufsverbotes in Erwägung gezogen werden, wonach sich eine Person, gegen die im Zusammenhang mit dem Privileg der Haftungsbeschränkung ein

¹⁰⁹¹ Tröndle/Fischer, § 145c Rn. 2: Bei der Verhängung eines Berufsverbots ist zwischen einem rechtskräftigen gem. § 70 IV StGB und einem vorläufigen gem. § 132a I 2 StPO zu unterscheiden. Wird eine Maßnahme nach § 70a StGB ausgesetzt, kann auch § 145c StGB nicht eingreifen. Ferner muss für die Erfüllung des objektiven Tatbestands des § 145c StGB das strafrechtliche Berufsverbot hinreichend bestimmt sein. Hierdurch können verfassungsrechtliche Bedenken vermieden werden.

¹⁰⁹² Lanzius, S. 203.

¹⁰⁹³ Tröndle/Fischer, § 70 Rn. 10: Erfolgt zum Beispiel ein Handel mit Südfrüchten, könnte ein Verbot hierauf beschränkt werden, wohingegen der sonstige Handel mit Lebensmitteln weiterhin zulässig wäre.

¹⁰⁹⁴ Siehe zu diesem Beispiel Tröndle/Fischer, § 70 Rn. 10.

¹⁰⁹⁵ So auch Lanzius, S. 204.

Berufsverbot ergangen ist, für eine bestimmte Dauer grundsätzlich nur noch bei unbeschränkt persönlicher Haftung am Rechtsverkehr beteiligen kann.

c) Vereinbarkeit mit dem Europarecht

Hinsichtlich der Anwendung des strafrechtlichen Berufsverbots auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft ist – ebenso wie in Bezug auf die hierfür angeregten Neuerungen – festzuhalten, dass diese zu keinem rechtswidrigen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit führen.

Das strafrechtliche Berufsverbot ruft keine Behinderung des Marktzugangs einer EU-ausländischen Gesellschaft hervor, so dass bereits an der Niederlassungsfreiheit beschränkenden Wirkung gezweifelt werden kann.

Sollte dennoch die Geltung des strafrechtlichen Berufsverbots – ebenso wie die hierfür vorgeschlagenen Modifizierungen – als Eingriff in die Niederlassungsfreiheit gewertet werden, ist dieser jedenfalls europarechtlich zu rechtfertigen. Denn das Berufsverbot findet gleichmäßig und damit diskriminierungsfrei auf in- und ausländische Gesellschaften Anwendung. Des Weiteren kommt das Berufsverbot europarechtlich anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeinwohls zugute, da hierüber sowohl der Gläubiger- und Verkehrsschutz als auch die Rechtssicherheit unterstützt werden können. Ferner ist das Berufsverbot zur Erreichung der vorgenannten Ziele geeignet und mangels milderer Mittel auch erforderlich.

Damit kann das strafrechtliche Berufsverbot auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft zur Anwendung gelangen.

VIII. Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)

Nachdem sich das vorangegangene Kapitel ausführlich mit den auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited anwendbaren nationalen Rechtsnormen und Rechtsfiguren beschäftigt hat, wird sich dieses Kapitel mit dem am 7.6.2006 durch das Bundesjustizministerium vorgestellten Referentenentwurf¹⁰⁹⁶ (RefE) des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) sowie mit dem daraufhin am 23.5.2007 ergangenen Regierungsentwurf¹⁰⁹⁷ (RegE) und deren Auswirkungen auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft auseinandersetzen¹⁰⁹⁸.

Dieses Kapitel wird einen Einblick in den Referentenentwurf/Regierungsentwurf verschaffen und dadurch der Klärung der Frage dienen, ob die deutsche GmbH hierüber gegenüber ihren EU-ausländischen Konkurrenten an Attraktivität gewinnen und zur Stagnation der Zahl der in Deutschland niedergelassenen englischen Limiteds beitragen kann. Des Weiteren wird zu untersuchen sein, ob das MoMiG und die damit verbundenen Änderungen anderer Gesetze, wie zum Beispiel der Insolvenzordnung und des Anfechtungsgesetzes, auch bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft die Lösung der mit der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften einhergehenden Probleme vorantreiben kann.

Hierfür wird zunächst unter 1) der Hintergrund der Entstehung des MoMiG dargestellt. Unter 2) wird ein Einblick in die wesentlichen Änderungsvorschläge des MoMiG gewährt und unter 3) wird eine abschließende eigene Stellungnahme abgegeben, die vor allem die vorstehend aufgeworfenen beiden Kernfragen – tatsächliche Konkurrenzfähigkeit der deutschen GmbH und Lösung der mit einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft verbundenen Probleme – behandeln soll.

1) Hintergrund der Entstehung des MoMiG

Dabei ist mitunter die Tatsache, dass das GmbH-Gesetz seit der Novelle aus dem Jahr 1980 nahezu unverändert fortbesteht, maßgeblich für den Entwurf des MoMiGs. Denn infolgedessen haben die Justizminister/innen der Länder am 14.11.2002 das Bundesministerium der Justiz um eine Überprüfung der Reformbedürftigkeit der GmbH gebeten. Dieses hat sodann die Wissenschaft und Praxis um Abgabe entsprechender Vorschläge ersucht, die wiederum vorwiegend Anregungen zu Verhinderung missbräuchlicher Verwendungen von GmbHs in der Unternehmenskrise enthalten haben¹⁰⁹⁹.

Ferner war wegen der neueren EuGH-Rechtsprechung und dabei insbesondere auf Grund der Entscheidung Inspire Art eine Überarbeitung des GmbH-Rechts erforderlich geworden. Denn spätestens seit der vorgenannten Entscheidung steht die deutsche GmbH in Konkurrenz zu den EU-Auslandsgesellschaften, die nun über die Niederlassungsfreiheit auch im Inland

¹⁰⁹⁶ Abrufbar unter der Adresse www.bjm.de/media/archive/1236.pdf.

¹⁰⁹⁷ Einzusehen auf der Internetseite des BMJ unter www.bmj.bund.de.

¹⁰⁹⁸ Diesbetreffend ist zu Beginn des Jahres 2008 mit dem In-Kraft-Treten des Gesetzes zu rechnen.

¹⁰⁹⁹ Referentenentwurf-Begründung, S. 33; Römermann GmbHHR 2006, 673 ff.

wirtschaftlich aktiv werden können (s.o.). Da jedoch in den anderen Mitgliedstaaten teilweise – vor allem hinsichtlich der Gründungsformalien und der Aufbringung des gezeichneten Kapitals bei der Gründung – geringere Anforderungen an die Gesellschaften gestellt werden, ist die deutsche GmbH in Bedrängnis geraten. Damit müssen zur Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit der deutschen GmbH etliche Modifikationen im nationalen Recht vorgenommen werden¹¹⁰⁰.

Folglich lassen sich die beiden Hauptanliegen des MoMiG mit der Bekämpfung des Missbrauchs der Rechtsform der deutschen GmbH und der Steigerung ihrer Attraktivität umschreiben¹¹⁰¹.

2) Einblick in die wesentlichen Vorschläge des MoMiG und der damit einhergehenden Folgeänderungen

Damit wird nachfolgend eine Übersicht über die wesentlichen Änderungsvorschläge¹¹⁰² des MoMiG¹¹⁰³ erarbeitet und eine Untersuchung vorgenommen, ob die angeregten Modifikationen die Attraktivität der GmbH gegenüber einer englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft steigern bzw. ob das MoMiG den Umgang mit einer inländischen englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft erleichtern kann.

(1) Gründung

Dabei werden zunächst die Änderungen des GmbH-Rechts im Zusammenhang mit der Gründung einer Gesellschaft besprochen. Hierfür wird unter a) auf das Mindestkapital, unter b) auf die Anforderungen an den Geschäftsführer und unter c) auf die Neuheiten bei der Handelsregistereintragung eingegangen.

a) Mindestkapital

(a) Regelung im GmbHG-RefE/RegE

aa) Absenkung des Mindestkapitals

Gemäß § 5 I GmbHG-RefE/RegE soll die Mindesthöhe des Stammkapitals von heute 25.000 € auf 10.000 € abgesenkt¹¹⁰⁴ werden. Damit wären bei der Gründung einer Gesellschaft¹¹⁰⁵ gem.

¹¹⁰⁰ Referentenentwurf-Begründung, S. 33; Römermann GmbH 2006, 673 ff; siehe ferner auch den Aufsatz von Happ in ZHR 169 (2005), 6 ff, der sich hierin intensiv mit Möglichkeiten zur Deregulierung der deutschen GmbH auseinandersetzt.

¹¹⁰¹ Referentenentwurf-Begründung, S. 33; Leuring/Simon NJW-Spezial 2006, 315 f; sehr ausführlich zum MoMiG und seiner Entstehungsgeschichte auch Seibert ZIP 2006, 1157 ff.

¹¹⁰² Siehe hierzu auch die ausführliche Stellungnahme der Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt vom 1.9.2006 GmbH 2006, 978 ff.

¹¹⁰³ Insofern sieht Drygala in ZIP 2006, 1797 ff das MoMiG als einen Schritt in die richtige Richtung an, dennoch geht er davon aus, dass es durch das MoMiG nicht möglich sein wird, eine ernsthafte Alternative zur englischen Limited zu schaffen. Hierfür schlägt Drygala die Entwicklung einer alternativen Rechtsform, nämlich einer Kommanditgesellschaft mit beschränkter Haftung (KmbH) vor. In diese Richtung auch Fembacher MittBayNot 2006, 308 ff; siehe hierzu auch die Darstellung Seiberts in GmbH 2007, R 33 ff; allerdings gibt es auch Stimmen in der Literatur, die ein derartiges Vorgehen entschieden ablehnen. Vgl. hierzu m.w.N. Triebel/Otte ZIP 2006, 1321 ff; Teichmann NJW 2006, 2444 ff.

¹¹⁰⁴ Insofern schlägt Thiessen, ZIP 2006, 1892 ff vor, vollständig auf das Mindestkapital zu verzichten und ein Insolvenzeröffnungskapital einzuführen, wodurch es möglich werden soll, masselose Insolvenzen zu verhindern; demgegenüber will Priester ZIP 2006, 161 ff, ebenso Leuring ZRP 2006, 201 ff die GmbH und dabei insbesondere auch das Mindestkapital unangetastet lassen und der GmbH eine neue Rechtsform, z.B. die Unternehmensgründergesellschaft (weitere Vorschläge u.a. Basisgesellschaft mbH, Kaufmann mbH), an die Seite stellen; gegen die Schaffung alternativer Rechtsformen Teichmann NJW 2006, 2444 ff; Noske ZRP 2006, 232 ff;

§ 7 II GmbHG – wonach zu diesem Zeitpunkt lediglich die Hälfte des Stammkapitals aufgebracht werden muss¹¹⁰⁶ – nur noch 5.000 € statt derzeit 12.500 € auf ein Gesellschaftskonto einzuzahlen¹¹⁰⁷.

Des Weiteren würde diese Veränderung auch für Einpersonengründungen gelten und in Abweichung von der derzeitigen Gesetzeslage müssten hierbei gem. § 7 II GmbHG-RefE/RegE¹¹⁰⁸ ebenfalls keine Sicherheitsleistungen für die verbleibende Einlageverpflichtung erbracht werden¹¹⁰⁹.

Ferner ist in § 5 II GmbHG-RegE – in Abweichung von dem Referentenentwurf – vorgesehen, dass ein Gesellschafter bei der Errichtung der Gesellschaft mehrere Geschäftsanteile übernehmen kann¹¹¹⁰. Dabei soll gem. § 5 III 1 GmbHG-RegE die Höhe der Nennbeträge der einzelnen Geschäftsanteile verschieden bestimmt werden können, wobei die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile gem. § 5 III 2 GmbHG-RegE mit dem Stammkapital übereinstimmen muss¹¹¹¹.

ferner plädieren Triebel/Otte in ZIP 2006, 311 ff, für eine vollständige Aufgabe des Mindestkapitals und als Ausgleich dafür für die Einführung einer situativen Ausschüttungssperre nach US-amerikanischem Vorbild; des Weiteren betont auch Spindler in JZ 2006, 839 ff die Vorzüge der Einführung eines Solvenztests; allerdings mit guten Argumenten kritisch hinsichtlich eines Solvenztests Teichmann NJW 2006, 2444 ff; Schärtl vertritt in GmbHR 2007, 344 ff die Ansicht, dass die im MoMiG geplanten Änderungen bezüglich des Stammkapitals auf Grund der Vernachlässigung der Bilanzfunktion des Mindeststammkapitals zu einer Schwächung des Gläubigerschutzes führen kann; dahingegen spricht sich Mülbert WM 2006, 1977 ff durchaus für die geplante Änderung aus.

¹¹⁰⁵ Allerdings wird durch den Referentenentwurf nicht das Erfordernis der notariellen Beurkundung aufgegriffen, weshalb weiterhin u.a. die Gesellschaftsverträge einer notariellen Beurkundung bedürfen, § 2 I 1 GmbHG (siehe hierzu allerdings die im Regierungsentwurf geplanten Änderungen unter § 2 Ia GmbHG-RegE). Jedoch besteht insbesondere hinsichtlich der Erfordernisse der notariellen Beurkundung erhebliche Uneinigkeit. Insofern sprechen sich u.a. Triebel/Otte ZIP 2006, 1321 ff; Triebel/Otte ZIP 2006, 311 ff; (teilweise auch) Karsten GmbHR 2006, 57 ff; Happ ZHR 169 (2005), 6 ff – dieser zumindest bei der Übertragung von Geschäftsanteilen – gegen diese Verpflichtung aus, wohingegen z.B. Wicke ZIP 2006, 977 ff als ein entschiedener Verfechter der Beurkundungspflicht anzuführen ist.

¹¹⁰⁶ Dahingegen plädiert Karsten GmbHR 2006, 57 ff für die Einführung einer Verpflichtung, das Mindeststammkapital bereits bei der Gründung in voller Höhe einzahlen zu müssen; so zum Teil auch Bormann GmbHR 2006, 1021 ff; beachte dahingegen Bayer ZGR 2007, 220 ff hinsichtlich alternativer Vorschläge für einen modernen Kapitalschutz. Hierbei spricht sich Bayer für die Einführung eines GmbH-Modells nach der KG-Struktur aus.

¹¹⁰⁷ Referentenentwurf-Begründung, S. 33; Begründung, S. 37; Seibert BB 2006, Heft 26, Die Erste Seite; Simon/Leuering NJW-Spezial, 315 ff; Römermann GmbHR 2006, 673 ff; ferner ist darauf hinzuweisen, dass zwar der Referentenentwurf noch keine Regelungen zur Erbringung der Einlageleistung enthalten hat, diesbezüglich jedoch der Regierungsentwurf erweitert wurde. Danach enthält § 19 IV GmbHG-RegE eine Regelung hinsichtlich der verdeckten Sacheinlagen und beschränkt die Rechtsfolgen einer solchen auf eine Differenzhaftung des Gesellschafters. Diese Regelung ist umfänglich zu begrüßen und kann erheblich zur Steigerung der Rechtssicherheit und Vereinfachung des GmbH-Rechts beitragen. Des Weiteren ist nach § 8 II 3 GmbHG-RegE eine Vereinfachung der Prüfung der Registergerichte bei Vorliegen einer Sacheinlage vorgesehen. Allerdings wäre eine noch weiter reichende Liberalisierung der Einlageerfüllung – beispielsweise nach englischem Vorbild – wünschenswert gewesen. Nach englischem Recht kann eine Einlagepflicht u.a. auch durch eine Dienstleistung erfüllt werden. So auch Triebel/Otte ZIP 2006, 1321 ff; Triebel/Otte ZIP 2006, 311 ff; des Weiteren auf die Probleme im Zusammenhang mit der Einlageerbringung hinweisend Mülbert WM 2006, 1977 ff.

¹¹⁰⁸ Darüber hinaus ist in § 7 II c) RegE eine weitere Erleichterung vorgesehen, indem ein Gesellschaftsgründer in speziellen Fällen für die Gesellschaftsanmeldung auf ein vorgefertigtes Muster (Anlage 2 des Regierungsentwurfs) zurückgreifen können soll.

¹¹⁰⁹ Referentenentwurf-Begründung, S. 33; Begründung, S. 37; Begründung des Regierungsentwurfs, S.76; Seibert BB 2006, Heft 26, Die Erste Seite; Simon/Leuering NJW-Spezial, 315 ff; Römermann GmbHR 2006, 673 ff; Bormann GmbHR 2006, 1021 ff.

¹¹¹⁰ § 5 II GmbHG-RegE; Regierungsentwurf Begründung, S. 66 ff.

¹¹¹¹ § 5 III GmbHG-RegE; Regierungsentwurf Begründung, S. 66 ff.

bb) Verzicht auf ein Mindestkapital/Unternehmergesellschaft

Als eine wesentliche Erweiterung des Referentenentwurfs ist im Regierungsentwurf durch die Einführung eines § 5a GmbHG-RegE die Möglichkeit der Errichtung einer Unternehmergesellschaft vorgesehen¹¹¹².

Die Unternehmergesellschaft soll eine Rechtsformvariante zur GmbH darstellen, bei der auf die Aufbringung eines Mindeststammkapitals verzichtet wird. Dabei sollen die Erleichterungen bei der Unternehmergesellschaft für den Rechtsverkehr durch eine gem. § 5a I GmbHG-RegE gegenüber einer GmbH abweichenden Firmierung verdeutlicht werden. Die Gesellschaft muss als Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) bzw. als UG (haftungsbeschränkt) firmieren¹¹¹³.

Für die Unternehmergesellschaft sollen alle Vorschriften des GmbH-Gesetzes und des gesamten deutschen Rechts, welche die GmbH betreffen, – mit Ausnahme der ausdrücklichen Sonderregelungen des § 5a GmbHG-RegE – gelten¹¹¹⁴.

Ferner muss die Unternehmergesellschaft gem. § 5a III GmbHG-RegE in ihrer Bilanz eine gesetzliche Rücklage bilden, in die jeweils ein Viertel des Jahresüberschusses einzustellen ist. Durch diese Thesaurierung soll die Unternehmergesellschaft, die möglicherweise mit einem sehr geringen Stammkapital gegründet wurde, innerhalb einiger Jahre eine höhere Eigenkapitalausstattung ansparen. Verstöße gegen § 5a III GmbHG-RegE können nach §§ 256, 253 AktG analog zur Nichtigkeit der Feststellung des Jahresabschlusses und zur Nichtigkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses führen. Hieraus können u.a. zivilrechtliche Rückzahlungsansprüche gegen die Gesellschafter und gem. § 43 GmbHG Haftungsansprüche gegen die Geschäftsführer folgen¹¹¹⁵.

Gemäß § 5a V GmbHG-RegE sollen die Regelungen des § 5a I-IV GmbHG-RegE dann keine Anwendung mehr finden, wenn die Gesellschaft ihr Stammkapital erhöht hat und dieses dadurch den Betrag des Mindeststammkapitals nach § 5 I erreicht/übersteigt. Allerdings soll die Gesellschaft – trotz der fehlenden Geltung des § 5a I-IV GmbHG-RegE – ihre Firma nach § 5a I GmbHG-RegE beibehalten können¹¹¹⁶.

(b) Zweck der Änderung und Stellungnahme

aa) Zweck der Änderung

(aa) § 5 GmbHG-RefE/RegE

Über § 5 I GmbHG-RefE/RegE soll es nach der Begründung im Referentenentwurf/Regierungsentwurf möglich werden, ein nennenswertes Mindestkapital und damit dessen Funktion als Seriositätsschwelle beizubehalten und gleichzeitig durch dessen Absenkung eine Unternehmensgründung zu erleichtern. Ferner werde hierüber die Höhe des Stammkapitals dem Wandel des Wirtschaftslebens angepasst, da sich die Mehrzahl der heutigen Neugründungen im Dienstleistungssektor abspiele und diese Betriebe regelmäßig mit einem relativ geringen Startkapital auskämen. Darüber hinaus bewege sich der Entwurf hinsichtlich des Mindestkapitals im europäischen Vergleich in einem angemessenen Rahmen¹¹¹⁷.

¹¹¹² § 5a GmbHG-RegE; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 70 ff.

¹¹¹³ § 5a GmbHG-RegE; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 70 ff.

¹¹¹⁴ § 5a GmbHG-RegE; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 70 ff.

¹¹¹⁵ § 5a GmbHG-RegE; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 70 ff.

¹¹¹⁶ § 5a GmbHG-RegE; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 70 ff.

¹¹¹⁷ Referentenentwurf-Begründung, S. 37; Regierungsentwurf Begründung, S. 66 ff.

Hinsichtlich der Besprechung der im Regierungsentwurf unter § 5 II, III GmbHG-RegE vorgesehenen Änderungen wird auf die nachfolgend unter (2) a) (b) und (2) b) zu § 17 GmbHG-RefE vorgenommenen Ausführungen verwiesen, da die im Referentenentwurf über eine Änderung des § 17 GmbHG geplanten Modifikationen im Wesentlichen in § 5 II, III GmbHG-RegE übernommen wurden.

(bb) § 5a GmbHG-RegE

Die in § 5a GmbHG-RegE geplante Unternehmergesellschaft soll es jungen Existenzgründern einfacher machen, ihre unternehmerischen Ziele umzusetzen, indem sie hierüber unkompliziert und kostengünstig eine Gesellschaft errichten können¹¹¹⁸.

Ferner bezweckt die Schaffung einer GmbH-Variante bei gleichzeitiger Erhaltung der Rechtsform der GmbH, die nicht auf die Aufbringung eines Mindestkapitals verzichtet, den Ruf der GmbH als seriöse Rechtsform zu erhalten¹¹¹⁹.

bb) Kritik

(aa) § 5 GmbHG-RefE/RegE

Der im Referentenentwurf/Regierungsentwurf gem. § 5 I GmbHG-RefE/RegE geplanten Absenkung des Mindestkapitals bei der Rechtsform der GmbH muss entgegengehalten werden, dass hierdurch weder die ursprüngliche Funktion des Mindestkapitals – tatsächlicher Ausgleich der beschränkten Haftung – erreicht werden kann, noch die GmbH hinsichtlich des aufzubringenden Kapitals im Vergleich zu einer englischen Limited konkurrenzfähig wird¹¹²⁰.

Die im Referentenentwurf/Regierungsentwurf vorgesehene Kapitalsausstattung bietet nur noch ein sehr geringes Maß an Sicherheit, da dieser Betrag – auch bei einem Dienstleistungsunternehmen – in der Regel schnell verwirtschaftet sein wird. Bereits grundlegende Anschaffungen – z.B. Kauf einer Computeranlage – können einen Großteil der 10.000 € aufzehren. Damit steht den Gläubigern kein bzw. nur noch ein sehr geringes Barvermögen als Sicherheit zur Verfügung.

Gleichzeitig ist zu berücksichtigen, dass z.B. bei der Gründung einer englischen Limited kein Mindestkapital aufgebracht werden muss. Ist demnach für einen Unternehmensgründer die Verpflichtung zur Aufbringung eines Mindestkapitals entscheidend, kann die deutsche GmbH auch nach der Absenkung ihres Mindeststammkapitals im Vergleich zu einer englischen Limited bzw. einer vergleichbaren Rechtsform nicht überzeugen¹¹²¹.

(bb) § 5a GmbHG-RegE

Diesbezüglich kann zwar durch die im Regierungsentwurf geplante Einführung einer Unternehmergesellschaft gem. § 5a GmbHG-RegE ein gewisser Ausgleich erzielt werden, da hierüber – ähnlich wie bei der englischen Limited – die Gründung einer Gesellschaft ohne die Notwendigkeit der Aufbringung eines Mindeststammkapitals möglich wird. Allerdings wird hierdurch die Aufspaltung der bisher einheitlichen Gesellschaftsform der GmbH in zwei unterschiedliche Varianten erforderlich. Hierdurch ist davon auszugehen, dass die GmbH in den Augen des Rechtsverkehrs als eine Zwei-Klassen-Gesellschaft wahrgenommen wird und sich

¹¹¹⁸ Siehe hierzu Begründung des Regierungsentwurfs, S. 70.

¹¹¹⁹ Siehe hierzu Begründung des Regierungsentwurfs, S. 70 f.

¹¹²⁰ Ebenfalls kritisch zu der Änderung bezüglich des Mindestkapitals Gesmann-Nuissl WM 2006, 1756 ff; Eidenmüller ZGR 2007, 167 ff.

¹¹²¹ Vgl. hierzu m.w.N. Triebel/Otte ZIP 2006, 1321 ff; Eidenmüller ZGR 2007, 167 ff, die für eine vollständige Abschaffung des Mindestkapitals plädieren; sich tendenziell positiv zu der geplanten Absenkung des Mindestkapitals aussprechend Dierksmeier/Scharbert BB 2006, 1517 ff; Breitenstein/Meyding BB 2006, 1457 ff.

damit die Unternehmensgesellschaft im Rechtsverkehr durch den Makel, eine GmbH zweiter Klasse zu sein, schwer tun wird.

Ferner entsteht für die Gesellschafter/Geschäftsführer insbesondere auf Grund der Erforderlichkeit einer abweichenden Firmierung ein zusätzlicher Organisationsaufwand. Der Gesellschaft soll es zwar gem. § 5a V GmbHG-RegE erlaubt sein, auch bei einer Erhöhung ihres Stammkapitals auf einen Betrag, der das Mindeststammkapital erreicht/übersteigt, die Firma beizubehalten, jedoch erscheint die Beibehaltung der Firmierung UG (haftungsbeschränkt) bzw. Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) wegen des zu erwartenden niedrigeren Ansehens der Unternehmersgesellschaft nicht sinnvoll. Allerdings ist umgekehrt zu befürchten, dass die Veränderung der Firma einer Gesellschaft, die bereits im Rechtsverkehr bekannt ist, zu einer nicht unerheblichen Beeinträchtigung der Gesellschaft führen kann.

Zudem ist die Möglichkeit der Beibehaltung der Firma gem. § 5a V GmbHG-RegE trotz Erreichung des Mindeststammkapitalbetrags nach § 5 I GmbHG-RefE/RegE abzulehnen, da es hierüber zu einer Irreführung des Rechtsverkehrs kommen kann. Aus der Verwendung des Firmenzusatzes UG (haftungsbeschränkt) bzw. Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) muss eindeutig hervorgehen, dass es sich hierbei um eine Gesellschaft handelt, welche die Mindeststammkapitalanforderungen nach § 5 I GmbHG-RefE/RegE nicht erfüllt hat. Unsicherheiten über diese Tatsache sind aus Gründen des Rechtsschutzes und der Rechtssicherheit zu vermeiden, insbesondere da anderenfalls der Firmenzusatz UG/Unternehmersgesellschaft seine Warnfunktion verlieren würde.

cc) Lösungsvorschlag

Da unter den gegebenen Umständen die Beibehaltung des Mindestkapitals kaum noch die Rechtssicherheit und den Gläubigerschutz fördern kann und die Aufspaltung der Rechtsform der GmbH aus den oben angeführten Gründen nicht zu befürworten ist, ist die vollständige Aufgabe des Mindeststammkapitals anzuregen, um dadurch die Attraktivität der deutschen Rechtsform gegenüber ihren ausländischen Konkurrenten zu erhalten¹¹²².

Sollte dagegen nicht einheitlich auf die Aufbringung eines Mindestkapitals verzichtet werden und die Einführung einer im Regierungsentwurf vorgesehenen Unternehmersgesellschaft erfolgen, sollte § 5a V GmbHG-RegE zumindest dahingehend abgeändert werden, dass eine Unternehmersgesellschaft bei Erfüllung der Mindeststammkapitalanforderungen nach § 5 I GmbHG-RefE/RegE ihre Rechtsformbezeichnung anpassen muss. Denn aus der Firmierung Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) bzw. UG (haftungsbeschränkt) sollte aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit eindeutig hervorgehen, dass die Gesellschaft nicht die Mindeststammkapitalanforderungen gem. § 5 I GmbHG-RefE/RegE erfüllt. Anderenfalls wird sich die Warnfunktion aus der Firmierung der Unternehmersgesellschaft verwässern.

Sollte jedoch einheitlich auf die Aufbringung eines Mindeststammkapitals verzichtet werden, ist sodann das Augenmerk auf die Schaffung alternativer Schutzmöglichkeiten zu richten. Insofern könnte beispielsweise – wie auch im englische Recht (s.o. unter Kapitel V 2), 8), 9)) – an eine Verschärfungen des Insolvenzrechts und der Kapitalerhaltung gedacht werden.

¹¹²² Hierfür u.a. auch Triebel/Otte ZIP 2006, 1321 ff.

b) Form des Gesellschaftsvertrags

(a) Regierungsentwurf

Ferner sieht der Regierungsentwurf bei der Gesellschaftsgründung eine wesentliche Erweiterung gegenüber dem Referentenentwurf vor. Danach soll es in bestimmten Fällen gem. § 2 Ia GmbHG-RegE für den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags möglich sein, einen in Anlage 1 des GmbHG-RegE enthaltenen Mustervertrag zu verwenden¹¹²³.

Machen die Gesellschaftsgründer von dieser Möglichkeit Gebrauch, genügt die schriftliche Abfassung des Gesellschaftsvertrages. Ferner müssen lediglich die Unterschriften der Gesellschafter zur Gewährleistung ihrer rechtssicheren Identifizierung öffentlich beglaubigt werden¹¹²⁴.

(b) Stellungnahme

Durch die im Regierungsentwurf geplante Änderung des § 2 GmbHG kann in unkomplizierten Standardfällen durch die Verwendung eines Mustergesellschaftsvertrages die Gesellschaftsgründung durch den Verzicht auf eine notarielle Beurkundung deutlich vereinfacht und dadurch die Wettbewerbsfähigkeit der GmbH erhöht werden¹¹²⁵. Damit ist die geplante Änderung zu begrüßen.

c) Anforderungen an den Geschäftsführer, § 6 GmbHG

(a) Referentenentwurf/Regierungsentwurf

aa) Bestellungsverbot bei dem Geschäftsführer einer nationalen Kapitalgesellschaft

Ferner ist in dem Referentenentwurf eine Erweiterung des Katalogs der nach § 6 GmbHG zu berücksichtigenden Straftaten um die §§ 82, 84 GmbHG und §§ 399-401 AktG vorgesehen¹¹²⁶.

Der Regierungsentwurf übernimmt in § 6 GmbHG-RegE im Wesentlichen die Regelungen des Referentenentwurfs, ergänzt jedoch die für ein Bestellungsverbot maßgeblichen Straftaten um die Verurteilung wegen Insolvenzverschleppung und um die §§ 265b, 266, 266a StGB sowie über § 6 II 3 GmbHG-RegE um die Verurteilung wegen vergleichbarer Straftaten im Ausland¹¹²⁷.

Allerdings ist sowohl im Referenten- als auch im Regierungsentwurf eine Einschränkung gegenüber der derzeitigen Gesetzeslage vorgesehen, da künftig für die Verhängung eines Bestellungsverbots eine vorsätzliche Verwirklichung einer Straftat erforderlich sein soll¹¹²⁸.

¹¹²³ § 2 Ia GmbHG-RegE; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 60 ff.

¹¹²⁴ § 2 Ia GmbHG-RegE; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 60 ff; des Weiteren ist in dem Regierungsentwurf unter Anlage 2 zum GmbHG-RegE die Einführung eines Musters für die Handelsregistereintragung vorgesehen, wodurch die Gründung zusätzlich erleichtert werden soll.

¹¹²⁵ Siehe hierzu auch die Begründung des Regierungsentwurfs, S. 60 ff.

¹¹²⁶ Siehe hierzu § 6 GmbHG-RefE.

¹¹²⁷ Siehe hierzu § 6 GmbHG-RegE; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 72 ff.

¹¹²⁸ Siehe § 6 RefE; Ausführungen bei Breitenstein/Meyding BB 2006, 1457 ff; Gesmann-Nuissl WM 2006, 1756 ff; siehe zu der im geplanten Forderungssicherungsgesetz vorgesehenen Neuregelung der Tätigkeitsverbote für Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften und den kritischen Anregungen hierzu Drygala ZIP 2005, 423 ff.

bb) Bestellungsverbot bei den organschaftlichen Vertretern einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft

Des Weiteren sieht der Referentenentwurf/Regierungsentwurf vor, dass die Bestellungshindernisse des § 6 GmbHG-RefE/RegE über § 13e III HGB-RefE/RegE¹¹²⁹ auch auf die organschaftlichen Vertreter einer EU-ausländischen Kapitalgesellschaft, die in Deutschland eine Zweigniederlassung zur Eintragung anmelden, zur Anwendung gelangen. Dadurch soll es möglich werden, die – bereits oben unter VII 4) (1) ausgeführte – missbräuchliche Ausnutzung der unterschiedlichen Bestellungs Voraussetzungen in den einzelnen Mitgliedstaaten zu verhindern¹¹³⁰.

Hierfür ist gem. § 13f II HGB-RefE und § 13g II HGB-RefE – die durch den Regierungsentwurf im Wesentlichen übernommen werden – in Abweichung zur derzeitigen Gesetzeslage¹¹³¹ bei der Anmeldung der inländischen Zweigniederlassung einer EU-Auslandsgesellschaft eine Versicherung abzugeben, dass keine Bestellungshindernisse bestehen. Gleiches soll gem. § 13f V HGB-RefE/RegE und § 13g V HGB-RefE/RegE auch für die Anmeldung neuer Vorstandsmitglieder bzw. Geschäftsführer gelten¹¹³².

(b) Eigene Stellungnahme

aa) Änderung des § 6 GmbHG

Die im MoMiG vorgesehene Gesetzesänderung des Bestellungsverbotes muss differenziert beurteilt werden.

Zunächst ist die Erweiterung des § 6 GmbHG um zentrale Bestimmungen des Wirtschaftsstrafrechts als positiv zu bewerten¹¹³³. Allerdings werden die geplanten Änderungen zur Verbesserung der Rechtssicherheit und des Gläubigerschutzes nicht ausreichen¹¹³⁴. Insbesondere ist fraglich, weshalb Tatbestände des allgemeinen Strafrechts wie z.B. Betrug oder Urkundenfälschung völlig unberücksichtigt geblieben sind, zumal der Gesetzesentwurf das Ziel der Missbrauchs bekämpfung verfolgt¹¹³⁵.

Darüber hinaus ist die Einengung des Tatbestandes des § 6 GmbHG auf vorsätzliche Straftatbegehungen abzulehnen. Das Bestellungsverbot soll dazu beitragen, den Rechtsverkehr vor ungeeigneten Geschäftsführern zu schützen. Ist allerdings eine Person, welche die Position eines Geschäftsführers bekleiden möchte, in naher Vergangenheit¹¹³⁶ wegen der fahrlässigen Begehung einer für § 6 GmbHG relevanten Straftat verurteilt worden, lässt dies berechtigte Zweifel aufkommen, ob diese Person künftig Gewähr für ein seriöses Geschäftsgebahren bieten kann. Dabei ist zwar bei einer fahrlässigen Tatbegehung kein mit einer vorsätzlichen Begehung vergleichbarer Gesinnungswert vorhanden, jedoch bestehen auch bei einer fahrlässigen Tatbestandserfüllung an den persönlichen Fähigkeiten zur Ausübung des Amtes eines Geschäftsführers Bedenken. Insofern ist es nicht einsichtig, weshalb eine solche Person zu Lasten des allgemeinen Geschäftsverkehrs und der Gläubiger begünstigt werden soll. Dementsprechend ist eine Einengung auf eine vorsätzliche Tatbestandserfüllung abzulehnen.

¹¹²⁹ Siehe § 13e III HGB-RefE/RegE, sowie Begründung des Referentenentwurfs, S. 69 ff; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 113 ff.

¹¹³⁰ Siehe die Begründung des Referentenentwurfs S. 69.

¹¹³¹ § 13g II 2 HGB verweist gerade nicht auf § 8 III GmbHG.

¹¹³² Siehe hierzu § 13f, g HGB-RefE.

¹¹³³ So auch Triebel/Otte ZIP 2006, 1321 ff; Gesmann-Nuissl WM 2006, 1756 ff.

¹¹³⁴ In diese Richtung auch Triebel/Otte ZIP 2006, 1321 ff, die sich ebenfalls für eine stärkere Anlehnung an den englischen CDDA 1986 aussprechen.

¹¹³⁵ So auch Wachter GmbHR 2006, 793 ff.

¹¹³⁶ Das Bestellungsverbot wegen der Verwirklichung einer Straftat ist zeitlich begrenzt.

Ferner kann die im MoMiG vorgeschlagene Änderung des Bestellungsverbot nach wie vor nicht die im deutschen Recht bestehende Lücke hinsichtlich der Erfassung von Strohmannkonstellationen schließen.

bb) Anwendbarkeit auf die organschaftlichen Vertreter einer EU-Auslandsgesellschaft

Des Weiteren greift der Referentenentwurf/Regierungsentwurf durch die §§ 13e, f, g HGB-RefE/RegE das Thema der Umgehung inländischer Berufsverbote durch die Gründung und den Import einer EU-Auslandsgesellschaft auf¹¹³⁷. Hierüber soll ein Geschäftsführer einer EU-Auslandsgesellschaft dazu verpflichtet werden, bei der Anmeldung einer inländischen Zweigniederlassung die Nichtvorlage eines Bestellungsverbots nach deutschem Recht zu versichern.

Dabei ist der Umstand zu begrüßen, dass im Rahmen des Referentenentwurfs/Regierungsentwurf eine Auseinandersetzung mit dem Problem der Umgehung der inländischen Bestellungsverbote durch die Gründung und den Import einer EU-Auslandsgesellschaft erfolgt ist. Allerdings bestehen gegen den im Referentenentwurf/Regierungsentwurf eingeschlagenen Weg in europarechtlicher Hinsicht erhebliche Bedenken. Insofern wird nachfolgend unter (aa) auf die Vereinbarkeit der vorgenannten Änderungen mit der Zweigniederlassungsrichtlinie und unter (bb) auf deren Kompatibilität mit dem Europarecht eingegangen.

(aa) Vereinbarkeit der §§ 13e III, 13f II, 13g II HGB-RefE/RegE mit der Zweigniederlassungsrichtlinie

Damit werden zunächst die Vorbehalte hinsichtlich der Vereinbarkeit der §§ 13e, f, g HGB-RefE/RegE mit der Zweigniederlassungsrichtlinie besprochen.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der EuGH in der Entscheidung Inspire Art die Zweigniederlassungsrichtlinie für abschließend erklärt hat und die Verpflichtung, bei der Handelsregisteranmeldung der inländischen Zweigniederlassung das Fehlen eines deutschen Bestellungsverbot zu versichern, über die darin vorgesehenen Offenlegungspflichten hinausgeht.

In der Erläuterung des Referentenentwurfs und auch in der des Regierungsentwurfs wurde zwar auf die oben angeführten Bedenken eingegangen, diese sind jedoch nicht für tragfähig befunden worden¹¹³⁸. Danach soll die Verpflichtung zur Abgabe einer entsprechenden Versicherung bei der Anmeldung der Zweigniederlassung deshalb nicht gegen die Zweigniederlassungsrichtlinie verstoßen, weil sich diese nicht mit der Eignung eines Vertreters einer Gesellschaft beschäftige und die Zweigniederlassungsrichtlinie damit nicht maßgeblich sei¹¹³⁹.

Allerdings muss diese Argumentation abgelehnt werden. Wenn die Zweigniederlassungsrichtlinie seit der Entscheidung Inspire Art – jedenfalls soweit in der Richtlinie selbst keine Ausnahmen vorgesehen sind – als abschließend behandelt werden muss, darf auch nur die Offenlegung derjenigen Tatsachen verlangt werden, die in der Richtlinie angeführt sind. Anderenfalls würde die abschließende Wirkung der Zweigniederlassungsrichtlinie kaum Bedeutung entfalten. Sieht man all diejenigen Bereiche, die von der Richtlinie nicht angesprochen werden, als nicht von der abschließenden Wirkung erfasst, könnte die zuziehende EU-Auslandsgesellschaft nahezu mit unbegrenzten Pflichten belastet

¹¹³⁷ Siehe hierzu § 13e ff HGB-RefE/RegE; Begründung zum Referentenentwurf, S. 69 ff; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 113 ff.

¹¹³⁸ Siehe Begründung des Referentenentwurfs, S. 70; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 113 ff.

¹¹³⁹ Siehe Begründung des Referentenentwurfs, S. 70.

werden. Dies läuft jedoch dem Ziel der Richtlinie zuwider, die – neben dem Rechtsverkehr – auch die zuziehenden Gesellschaften durch ihre abschließende Wirkung schützen will.

Folglich sind die oben angeführten Normen des Referentenentwurfs/Regierungsentwurfs – und damit die Verpflichtung, bei der Anmeldung der Zweigniederlassung das Fehlen eines Bestellungsverbot nach deutschem Recht zu versichern – nicht mit der Zweigniederlassungsrichtlinie vereinbar¹¹⁴⁰.

(bb) Europarechtliche Vereinbarkeit der Geltung der deutschen Bestellungsverbote auch auf eine EU-Auslandsgesellschaft

Allerdings kann dem oben angeführten Konflikt mit der Zweigniederlassungsrichtlinie noch keine abschließende Aussage darüber entnommen werden, ob die deutschen Bestellungsverbote auch außerhalb des Handelsregisterverfahrens nicht auf den Geschäftsführer einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft anwendbar sind.

Insofern kann auf eine Parallele der deutschen Bestellungsverbote mit der in § 13e II 2 HGB aufgeführten Verpflichtung, bei bestimmten Unternehmensgegenständen der Handelsregisteranmeldung eine staatliche Genehmigung beizulegen, hingewiesen werden. Denn auch diese Vorlagepflicht geht über die Anforderungen der Zweigniederlassungsrichtlinie hinaus, so dass § 13e II 2 HGB nicht auf eine zuziehenden EU-Auslandsgesellschaft anwendbar ist (siehe hierzu bereits oben unter VII 1) (1) b)). Allerdings darf auch eine inländische EU-Auslandsgesellschaft eine genehmigungspflichtige Tätigkeit nicht ohne die erforderliche Genehmigung ausüben, sondern deren Vorlage kann lediglich nicht im Rahmen des Registerverfahrens verlangt werden.

Dementsprechend könnten die deutschen Bestellungsverbote – falls eine entsprechende Ausweitung der vorhandenen Verbote auf die Geschäftsführer einer EU-ausländischen Gesellschaft erfolgen sollte (siehe hierzu und zu den Konflikten mit der Berufsfreiheit oben unter VII 4) (1)) – außerhalb des Eintragungsverfahrens auf den Geschäftsführer einer EU-Auslandsgesellschaft zur Anwendung gebracht werden. Denn ein solches Vorgehen müsste jedenfalls als gerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit eingestuft werden¹¹⁴¹. Die Anwendung der Bestellungsverbote würde gleichmäßig und damit diskriminierungsfrei auf in- und ausländische Geschäftsführer erfolgen. Ferner würde hierüber der Verkehrs- und Gläubigerschutz wesentlich gestärkt und damit europarechtlich anerkannte zwingende Gründe des Allgemeinwohls gesichert. Des Weiteren wäre die Geltung der deutschen Bestellungsverbote auch auf den Geschäftsführer einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft zur Erreichung der oben angeführten Ziele geeignet und erforderlich.

Folglich ist erneut dafür zu plädieren, § 6 GmbHG dahingehend zu ergänzen, dass hierüber auch der Geschäftsführer einer zuziehenden EU-Auslandsgesellschaft erfasst wird (siehe hierzu bereits oben unter VII 4)), so dass der Referentenentwurf/Regierungsentwurf in diesem Punkt abgeändert werden sollte.

Allerdings wird eine Kontrolle außerhalb des Eintragungsverfahrens weniger effektiv sein, da ein Geschäftsführer nach der Eintragung oftmals nur noch schwer zu fassen sein wird. Aus diesem Grund sollte auf eine Ergänzung der Zweigniederlassungsrichtlinie hingewirkt werden, um entsprechende Angaben bereits im Rahmen der Handelsregisteranmeldung der Gesellschaft erzwingen zu können¹¹⁴².

¹¹⁴⁰ In diese Richtung wohl auch Wachter GmbHR 2006, 793 ff.

¹¹⁴¹ Anderer Ansicht wohl Wachter GmbHR 2006, 793 ff.

¹¹⁴² Hierfür auch Wachter GmbHR 2006, 793 ff.

Jedoch kann auch eine Änderung der Zweigniederlassungsrichtlinie nur dann die Durchsetzung der Bestellungsverbote fördern, wenn die Handelsregistereintragung der zuziehenden EU-Auslandsgesellschaften sichergestellt wird. Da die zuziehenden EU-Auslandsgesellschaften bereits als juristische Personen bestehen und die Eintragung lediglich deklaratorische Wirkung entfaltet, gleichzeitig aber Zeit in Anspruch nimmt und Kosten verursacht, ist wegen der fehlenden effektiven Mittel zur Durchsetzung der Eintragungspflicht von einer erheblichen Zahl registermäßig nicht erfasster EU-Auslandsgesellschaften in Deutschland auszugehen. Folglich ist der Referentenentwurf/Regierungsentwurf, der auf dieses Problem nicht eingeht, auch insofern zu ergänzen¹¹⁴³ (siehe zu den Vorschlägen zur Steigerung der Effektivität der Durchsetzung der Eintragungspflicht oben unter VII 1) (1 c)).

d) Änderung bei der Handelsregistereintragung

Ferner sieht der Referentenentwurf/Regierungsentwurf im Zusammenhang mit der Handelsregistereintragung¹¹⁴⁴ und dabei hinsichtlich des Inhalts der Anmeldung gem. § 8 GmbHG weitere Neuerungen vor¹¹⁴⁵. Insofern wird nachfolgend unter (a) auf das Genehmigungserfordernis bei der Handelsregistereintragung, unter (b) auf die Änderungen bezüglich der Angaben auf Geschäftsbriefen und unter (c) auf die Eintragung einer empfangsberechtigten Person eingegangen.

(a) Genehmigungserfordernis

aa) § 8 I Nr. 6 GmbHG-RefE

Dabei muss nach der derzeitigen Rechtslage gem. § 8 I Nr. 6 GmbHG bereits bei der Handelsregisteranmeldung einer GmbH – falls die Gesellschaft eine genehmigungspflichtige Tätigkeit betreibt – eine staatliche Genehmigungsurkunde vorgelegt werden.

Dahingegen soll nach dem Referentenentwurf gem. § 8 I Nr. 6 GmbHG-RefE bei der Anmeldung zur Eintragung die Abgabe einer Versicherung genügen, dass die Genehmigung beantragt worden ist. Diese muss sodann innerhalb eines bestimmten zeitlichen Rahmens – in der Regel drei Monate – nachgeliefert werden, da die Gesellschaft anderenfalls von Amts wegen gelöscht werden kann. Hiergegen soll den Gesellschaftern nur ein eingeschränktes Widerspruchsrecht zur Verfügung stehen¹¹⁴⁶.

In Abweichung zum Referentenentwurf sieht allerdings der Regierungsentwurf die vollständige Aufhebung des § 8 I Nr. 6 GmbHG vor. Danach würde das Eintragungsverfahren bei Gesellschaften, deren Unternehmensgegenstand genehmigungspflichtig ist, vollständig von der verwaltungsrechtlichen Genehmigung abgekoppelt¹¹⁴⁷.

bb) Eigene Stellungnahme

Der Referentenentwurf/Regierungsentwurf verfolgt über die vorgenannten Änderungen das Ziel, die Eintragung von neu gegründeten Gesellschaften, deren Unternehmensgegenstand

¹¹⁴³ Hierauf hinweisend und für Verbesserungen plädierend Westhoff GmbHR 2006, 525 ff; Wachter GmbHR 2006, 793 ff.

¹¹⁴⁴ Siehe zum elektronischen Handelsregister (EHUG) u.a. die Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des DAV NZG 2005, 586 ff; Spindler WM 2006, 109 ff; Schlotter BB 2007, 1 ff; Clausnitzer/Blatt GmbHR 2006, 1303 ff; Noack WM 2007, 377 ff; Seibert/Wedemann GmbHR 2007, 17 ff.

¹¹⁴⁵ Siehe § 8 des GmbHG-RefE.

¹¹⁴⁶ Siehe hierzu Begründung des Referentenentwurfs, S. 43 ff; hierzu auch Leuring/Simon NJW-Spezial 2006, 315 f; Römermann GmbHR 2006, 673 ff; Teichmann NJW 2006, 2444 ff; Bormann/Apfelbaum ZIP 2007, 946 ff.

¹¹⁴⁷ Siehe hierzu § 8 GmbHG-RegE; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 76 f.

genehmigungspflichtig ist¹¹⁴⁸, zu erleichtern. Dabei hat sich der diesbezügliche Reformbedarf insbesondere aus der infolge des Genehmigungserfordernisses oftmals auftretenden erheblichen zeitlichen Verzögerung ergeben¹¹⁴⁹.

Diesbezüglich ist die im Regierungsentwurf vorgeschlagene Aufhebung des § 8 I Nr. 6 GmbHG vollumfänglich zu begrüßen¹¹⁵⁰. Nur durch eine klare Trennung des Eintragungs- und des Verwaltungsverfahrens kann eine tatsächliche Erleichterung erzielt werden. Insbesondere wäre auch durch die im Referentenentwurf vorgeschlagene Umgestaltung des § 8 I Nr. 6 GmbHG weiterhin eine zeitliche Verzögerung eingetreten und die geplante Änderung hätte neue Rechtsfragen und Probleme erwarten lassen¹¹⁵¹. Folglich ist der Regierungsentwurf zu begrüßen.

Zusätzlich ist der Regierungsentwurf auch deshalb zu unterstützen, da über die vorgesehene Aufhebung des § 8 I Nr. 6 GmbHG ein Gleichlauf der Behandlung der inländischen Gesellschaftsformen mit den zuziehenden EU-Auslandsgesellschaften/englischen Limiteds erreicht werden kann, da auch von diesen bei einer handelsregisterrechtlichen Eintragung auf Grund der abschließenden Wirkung der Zweigniederlassungsrichtlinie nicht die Vorlage einer – gegebenenfalls erforderlichen – staatlichen Genehmigung verlangt werden kann (siehe hierzu oben unter VII 1) (1) b))¹¹⁵².

Allerdings sollte der Regierungsentwurf dahingehend ergänzt werden, dass den die Gesellschaftsgründung beurkundenden Notaren eine Pflicht zur Übersendung einer Abschrift der Gründungsurkunde an die entsprechenden Ämter auferlegt wird, um so eine effektive Durchsetzung des Genehmigungsverfahrens gewährleisten zu können¹¹⁵³.

(b) Angabe der inländischen Geschäftsanschrift

aa) Referentenentwurf/Regierungsentwurf

Ferner ist im Referentenentwurf/Regierungsentwurf eine Erweiterung des § 8 IV GmbHG vorgesehen, wonach der Handelsregisteranmeldung die Angabe einer inländischen Geschäftsanschrift beizufügen ist¹¹⁵⁴. Hierüber soll es möglich werden, Zustellungsprobleme zu beheben.

Nach dem Referentenentwurf/Regierungsentwurf soll eine Gesellschaft künftig den Ort ihrer inländischen Anschrift frei wählen können. Allerdings soll der Gesellschaft gem. § 10 I 1 GmbHG-RefE/RegE – im Gegensatz zur derzeitigen Gesetzeslage – die gesetzliche Pflicht auferlegt werden, ihre Geschäftsanschrift zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden und bekannt zu machen¹¹⁵⁵.

Unter der angegebenen Adresse kann sodann an den oder die Vertreter der Gesellschaft wirksam zugestellt werden. Darüber hinaus ist die Löschung der im Register eingetragenen Anschrift nicht ohne die Eintragung einer neuen Zustellungsanschrift zulässig und an die Verletzung der

¹¹⁴⁸ Siehe hierzu die Begründung des Referentenentwurfs, S. 43; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 76 f.

¹¹⁴⁹ Wachter GmbHR 2006, 793 ff.

¹¹⁵⁰ So auch Triebel/Otte ZIP 2006, 1321 ff; Breitenstein/Meyding BB 2006, 1457 ff.

¹¹⁵¹ Vgl. hierzu m.w.N. Wachter GmbHR 2006, 793 ff; Römermann GmbHR 2006, 673 ff;.

¹¹⁵² Hierfür u.a. auch Wachter GmbHR 2006, 793 ff; Rehberg in Eidenmüller, S. 243 f.

¹¹⁵³ Hierzu ausführlich Wachter GmbHR 2006, 793 ff.

¹¹⁵⁴ Siehe § 8 IV Nr. 1 GmbHG-RefE/RegE; Römermann GmbHR 2006, 673 ff; Wachter GmbHR 2006, 793 ff.

¹¹⁵⁵ Siehe hierzu § 10 GmbHG-RefE/RegE, sowie die Begründung des Referentenentwurfs, S. 47; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 82.

Aktualisierungspflicht ist die erleichterte öffentliche Zustellung geknüpft¹¹⁵⁶ (siehe hierzu § 185 Nr. 2 ZPO-RefE/RegE, § 15a HGB-RefE/RegE¹¹⁵⁷). Dadurch soll es einer Gesellschaft nicht mehr möglich sein, sich beispielsweise durch das Unterlassen von Änderungsmitteilungen bei der Verlegung der Geschäftsräume, durch die Schließung des Geschäftslokals, durch den Umzug des Geschäftsführers ins Ausland oder durch die Zulassung der Führungslosigkeit der Zustellung und dadurch der Inanspruchnahme durch die Gläubiger zu entziehen¹¹⁵⁸.

Des Weiteren soll nach dem Referentenentwurf/Regierungsentwurf die vorgenannte Pflicht zur Anmeldung einer inländischen Geschäftsanschrift über § 13e II 3 HGB-RefE/RegE¹¹⁵⁹ auch die zuziehenden inländischen EU-Auslandsgesellschaften und damit die englische Limited treffen.

bb) Stellungnahme

Die vorgenannten Änderungen, d.h. die Einführung einer Pflicht zur Eintragung und Bekanntmachung einer inländischen Geschäftsanschrift, verbunden mit der Möglichkeit der erleichterten öffentlichen Zustellung, sind durchwegs zu begrüßen. Hierüber kann praktischen Schwierigkeiten der Gläubiger bei der Durchsetzung ihre Ansprüche gegenüber einer Kapitalgesellschaft, die wiederholt ihren Sitz verlegt und ihrer Anschrift verändert hat, entgegengewirkt werden.

Zwar ist eine Gesellschaft auch unter der derzeitigen Rechtslage zur Mitteilung ihrer Geschäftsanschrift und diesbezüglicher Änderungen verpflichtet¹¹⁶⁰, ebenso wie säumige Gesellschaften unter Androhung von Zwangsgeld hierzu angehalten werden können (siehe § 125 III 2 FGG i.V.m. § 14 HGB, § 24 HRV). Allerdings kommt diesen Möglichkeiten kaum praktische Bedeutung zu, da die Registergerichte nur dann tätig werden, wenn sich Anhaltspunkte für eine diesbezügliche Pflichtverletzung ergeben. Folglich ist derzeit die Richtigkeit der Anschrift nicht ausreichend sichergestellt und der Referentenentwurf/Regierungsentwurf kann eine entscheidende Verbesserung herbeiführen.

Eine weitere Schwäche des derzeitigen Konzepts folgt daraus, dass nach der aktuellen Gesetzeslage die Geschäftsanschrift nur mitzuteilen und nicht beim Register anzumelden ist (siehe §§ 8, 10 GmbHG). Gemäß § 10 I GmbHG wird zwar der Sitz der Gesellschaft, nicht aber deren Geschäftsanschrift in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht¹¹⁶¹. Damit kann der Referentenentwurf/Regierungsentwurf auch diesbetreffend zu einer Optimierung der Gesetzeslage beitragen, da nach der Modifizierung des § 10 I GmbHG künftig auch die Eintragung und Bekanntmachung der Geschäftsanschrift erfolgen soll.

Allerdings bringt die in dem Referentenentwurf/Regierungsentwurf vorgeschlagene Änderung bezüglich der Eintragung und Bekanntmachung einer inländischen Geschäftsanschrift, die gem. § 13e II 3 HGB-RefE/RegE auch auf eine in Deutschland niedergelassene Zweigniederlassung

¹¹⁵⁶ Eine öffentliche Zustellung soll danach bereits dann möglich sein, wenn eine Zustellung weder an die im Handelsregister eingetragene Geschäftsanschrift der Gesellschaft noch an die etwa eingetragene Anschrift einer empfangsberechtigten Person (hierzu nachfolgend unter (c) möglich ist und auch keine andere inländische Anschrift positiv bekannt ist.

¹¹⁵⁷ Siehe hierzu § 15a HGB-RefE/RegE; § 185 ZPO-RefE/RegE; Begründung des Referentenentwurfs, S. 71 ff, 77 ff; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 115 ff, 121 ff.

¹¹⁵⁸ Siehe hierzu Begründung des Referentenentwurfs, S. 46 f.

¹¹⁵⁹ Siehe hierzu § 13e II 3 HGB-RefE/RegE; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 111 f; Gesmann-Nuissl WM 2006, 1756 ff.

¹¹⁶⁰ Siehe hierzu die Handelsregisterverordnung. Danach ist gem. § 24 Nr. 2 HRV „die Lage der Geschäftsräume anzugeben“ und „Änderung(en) der Geschäftsanschrift unverzüglich mitzuteilen“. Allerdings ist in der Praxis festzustellen, dass Gesellschaften unter der dem Handelsregister bekannten Anschrift nicht immer erreicht werden können.

¹¹⁶¹ Siehe hierzu Begründung des Referentenentwurfs, S. 45 f.

einer ausländischen Kapitalgesellschaft anzuwenden ist, bei einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft nicht die Verbesserung, die sie bei einer deutschen GmbH bewirkt. Dies ergibt sich daraus, dass bereits heute eine inländische EU-Auslandsgesellschaft gem. § 13e II 3 HGB dazu verpflichtet ist, ihre Anschrift in der Handelsregisteranmeldung anzugeben und gem. § 13d II Hs. 1 HGB der Ort der Zweigniederlassung eingetragen werden muss. Eine inländische Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft wird jedoch in der Regel ohnehin bereits ihre Anschrift im Inland haben, so dass die im Referentenentwurf/Regierungsentwurf vorgesehenen Änderungen für die inländische EU-Auslandsgesellschaft im Vergleich zur derzeitigen Gesetzeslage nicht zu einer gravierenden Änderung beitragen. Dafür bestehen jedoch auch bezüglich der Europarechtskonformität des Referentenentwurfs/Regierungsentwurfs keine Bedenken. Da die Zweigniederlassungsrichtlinie gerade die Personen schützen möchte, die am Ort der inländischen Niederlassung mit der Gesellschaft in Kontakt treten, erscheint eine Offenlegung der inländischen Anschrift für geboten¹¹⁶².

(c) Inländischer Empfangsberechtigter

aa) Referentenentwurf/Regierungsentwurf

Des Weiteren sollen Kapitalgesellschaften gem. § 10 II 2 GmbHG-RefE/RegE das Recht – aber nicht die Pflicht – zur Bestimmung einer inländischen empfangsberechtigten Person erhalten¹¹⁶³. Gem. § 35 I GmbHG-RefE/§ 35 II GmbHG-RegE soll sodann über diese Person eine Zustellung an die Gesellschaft bewirkt werden können¹¹⁶⁴.

Ferner ist gem. § 13e II 4 HGB-RefE/RegE¹¹⁶⁵ diese Möglichkeit auch für eine ausländische Kapitalgesellschaft mit inländischer Zweigniederlassung vorgesehen, so dass auch bei dieser gem. § 13e IIIa HGB-RefE/RegE¹¹⁶⁶ über eine eingetragene empfangsberechtigte Person eine Zustellung bewirkt werden kann.

bb) Stellungnahme

Die vorgenannten Änderungen können sowohl der Gesellschaft als auch den Gläubigern zugute kommen, so dass sie umfänglich zu begrüßen sind.

Hierüber wird den Gläubigern eine zusätzliche Chance der Zustellung an die Gesellschaft eröffnet und damit die Anspruchsdurchsetzung erleichtert. Gleichzeitig bedeutet für die Gesellschaft die Eintragung einer Empfangsperson eine weitere Gelegenheit, von einem zuzustellenden Schriftstück Kenntnis zu erlangen, bevor ein Gläubiger den Weg über eine öffentliche Bekanntgabe wählt (siehe hierzu § 185 Nr. 2 ZPO-RefE/RegE)¹¹⁶⁷.

(2) Veräußerung und Erwerb von Geschäftsanteilen

Des Weiteren sieht der Referentenentwurf/Regierungsentwurf zum MoMiG Änderungen hinsichtlich der Veräußerung und des Erwerbs von Geschäftsanteilen an einer GmbH vor. Hierfür wird nachfolgend unter a) auf die Modifikationen des § 5 GmbHG, auf die geplanten Neuerungen hinsichtlich des § 17 GmbHG und auf die Änderungen des § 16 GmbHG eingegangen. Unter b) erfolgt sodann eine abschließende Stellungnahme, in der insbesondere

¹¹⁶² Siehe hierzu Begründung des Referentenentwurfs, S. 68; Wachter GmbHG 2006, 793 ff.

¹¹⁶³ Siehe hierzu § 10 II GmbHG-RefE und die Begründung des Referentenentwurfs, S. 47.

¹¹⁶⁴ Siehe hierzu Begründung des Referentenentwurfs, S. 57 f; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 83.

¹¹⁶⁵ Siehe hierzu § 13e II 4 HGB-RefE/RegE.

¹¹⁶⁶ Siehe hierzu § 13e IIIa HGB-RefE/RegE.

¹¹⁶⁷ Siehe hierzu Begründung des Referentenentwurfs, S. 57; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 111 ff.

auch auf die Auswirkungen der geplanten Änderungen auf den Zuzug englischer Limiteds nach Deutschland eingegangen wird.

a) Referentenentwurf/Regierungsentwurf

(a) § 5 GmbHG-RefE/RegE

Nach dem Referentenentwurf/Regierungsentwurf soll § 5 GmbHG dahingehend abgeändert werden, dass gem. § 5 II GmbHG-RegE künftig der Nennbetrag eines Geschäftsanteils – der Referentenentwurf hat insofern noch den Betrag einer Stammeinlage vorgesehen – nur noch auf volle Euros lauten muss. Zusätzlich sieht der Regierungsentwurf in Erweiterung des Referentenentwurfs vor, dass bereits bei der Gründung die Übernahme mehrerer Geschäftsanteile möglich sein soll¹¹⁶⁸. Ferner kann gem. § 5 III GmbHG-RegE die Höhe der Nennbeträge der einzelnen Geschäftsanteile verschieden bestimmt werden. Die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile muss lediglich mit dem Stammkapital übereinstimmen¹¹⁶⁹.

Damit würden die strengen Voraussetzungen des heutigen § 5 GmbHG aufgehoben, wonach bei der Errichtung einer Gesellschaft jeder Gesellschafter nur eine Stammeinlage erwerben darf und diese mindestens auf 100 € lauten und gem. § 5 III 2 GmbHG stets durch fünfzig teilbar sein muss¹¹⁷⁰.

(b) § 17 GmbHG-RefE

Während der Referentenentwurf noch eine Modifikation des § 17 GmbHG vorgesehen hat, wird diese Norm insbesondere¹¹⁷¹ durch die im Regierungsentwurf vorgesehene Erweiterung des § 5 II GmbHG-RegE überflüssig, so dass § 17 GmbHG im Regierungsentwurf vollständig aufgehoben wird¹¹⁷².

(c) § 16 GmbHG-RefE/RegE

Ferner sieht der Referentenentwurf/Regierungsentwurf eine Abänderung des § 16 GmbHG vor.

aa) § 16 I GmbHG-RefE/RegE

Danach soll gem. § 16 I GmbHG-RefE/RegE derjenige im Verhältnis zur Gesellschaft als Gesellschafter gelten, der als solcher in die zum Handelsregister einzureichende Gesellschafterliste eingetragen ist¹¹⁷³. Dabei wäre die Eintragung in die Liste für den Erwerb des Geschäftsanteils keine Wirksamkeitsvoraussetzung, sondern hierfür käme es weiterhin allein auf die ordnungsgemäße Übertragung des Geschäftsanteils an. Jedoch könnte der Neugesellschafter seine Mitgliedschaftsrechte nicht ohne seine Inskription in die Gesellschafterliste ausüben, da er für die Gesellschaft die Gesellschafterstellung erst durch die Eintragung in die Gesellschafterliste

¹¹⁶⁸ Referentenentwurf-Begründung, S. 37; Seibert BB 2006, Heft 26, Die Erste Seite; Leuring/Simon NJW-Spezial 2006, 315 ff; Bormann GmbHR 2006, 1021 ff; Müller GmbHR 2006, 953 ff; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 66.

¹¹⁶⁹ § 5 II, III GmbHG-RegE; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 66.

¹¹⁷⁰ Referentenentwurf-Begründung, S. 37; Seibert BB 2006, Heft 26, Die Erste Seite; Leuring/Simon NJW-Spezial 2006, 315 ff; Müller GmbHR 2006, 953 ff.

¹¹⁷¹ Insofern ist auch die geplante Änderung des § 46 GmbHG von Bedeutung.

¹¹⁷² Siehe hierzu auch die Begründung des Regierungsentwurfs, S. 89 f.

¹¹⁷³ Siehe hierzu § 16 I GmbHG-RefE/RegE; beachte allerdings die in § 16 GmbHG-RegE vorgenommene Erweiterung gegenüber § 16 GmbHG-RefE; kritisch Peetz GmbHR 2006, 852 ff.

einnimmt. Damit stünde dem eintretenden Gesellschafter ein einklagbarer Anspruch auf Eintragung¹¹⁷⁴ in die Gesellschafterliste zu¹¹⁷⁵.

bb) § 16 III GmbHG-RefE/RegE

Des Weiteren soll künftig auf Grund der Gesellschafterliste gem. § 16 III GmbHG-RefE/RegE ein gutgläubiger Erwerb¹¹⁷⁶ eines Geschäftsanteils möglich sein¹¹⁷⁷.

Hierfür sollte nach dem Referentenentwurf zu Gunsten desjenigen, der einen Geschäftsanteil oder ein Recht daran durch Rechtsgeschäft erwirbt, der Inhalt der Gesellschafterliste insoweit als richtig anerkannt werden, als die den Anteil betreffende Eintragung zum Zeitpunkt des Erwerbs mindestens drei Jahre unrichtig in der Gesellschafterliste enthalten war und hiergegen kein Widerspruch zum Handelsregister eingereicht wurde. Darüber hinaus durfte dem Erwerber die Unrichtigkeit der Eintragung nicht bekannt sein¹¹⁷⁸.

Der Regierungsentwurf hat im Wesentlichen die Vorgaben des Referentenentwurfs übernommen. Allerdings ist nach dem Regierungsentwurf ein gutgläubiger Erwerb in Abweichung vom Referentenentwurf nur dann ausgeschlossen, wenn die Gesellschafterliste zum Zeitpunkt des Erwerbs des Geschäftsanteils weniger als drei Jahre unrichtig war und die Unrichtigkeit dem Berechtigten nicht zuzurechnen ist¹¹⁷⁹.

b) Stellungnahme

(a) Beurteilung des Referentenentwurfs/Regierungsentwurfs

Nachdem die geplanten Änderungen bei der Veräußerung und dem Erwerb von Geschäftsanteilen vorgestellt wurden, ist festzustellen, dass hierüber eine Verbesserung des GmbH-Rechts erzielt werden kann, so dass der Referentenentwurf/Regierungsentwurf grundsätzlich zu befürworten ist.

aa) Änderung des § 5 GmbHG

Zunächst ist die Möglichkeit der Schaffung eines Ein-Euro-Anteils gem. § 5 II GmbHG-RefE/RegE zu unterstützen¹¹⁸⁰.

Diese Änderung verfolgt den Zweck, die Beteiligungsverhältnisse besser an die Bedürfnisse der Gesellschafter bzw. an die jeweiligen Erbteile anpassen zu können, so dass die geplante Modifikation insbesondere mittelständischen und familiären Unternehmen zugute kommt¹¹⁸¹. Die Neuregelung gewährt größere Flexibilität, ohne den Gläubigerschutz zu beeinträchtigen, da für die Gläubiger nicht die einzelne Stammeinlage, sondern (u.a.) die Höhe des gesamten

¹¹⁷⁴ Allerdings werden sich in Zukunft in der Praxis wohl nur selten derartige Rechtsfragen ergeben, da gem. § 40 I 2 GmbHG-RefE bei einer rechtsgeschäftlichen Anteilsabtretung vom Notar die Einreichung der geänderten Gesellschafterliste zusammen mit der Beurkundung veranlasst werden muss.

¹¹⁷⁵ Siehe hierzu die Begründung des Referentenentwurfs, S. 48; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 84 ff.

¹¹⁷⁶ Ausführliche Darstellung und alternative Möglichkeiten des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen bei Grunewald/Gebling/Rodewig ZIP 2006, 685 ff; Überblick bei Gesmann-Nuissl WM 2006, 1756 ff; Müller GmbHR 2006, 953 ff.

¹¹⁷⁷ Siehe hierzu § 16 III GmbHG-RefE/RegE; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 84 ff; kritisch Peetz GmbHR 2006, 852 ff.

¹¹⁷⁸ Siehe hierzu § 16 III GmbHG-RefE.

¹¹⁷⁹ Vgl. hierzu § 16 III GmbHG-RegE; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 87 ff.

¹¹⁸⁰ So auch Triebel/Otte ZIP 2006, 1321 ff; Flesner NZG 2006, 641 ff; Breitenstein/Meyding BB 2006, 1457 ff; Gesmann-Nuissl WM 2006, 1756 ff.

¹¹⁸¹ Referentenentwurf-Begründung, S. 37; Seibert BB 2006, Heft 26, Die Erste Seite; Leuring/Simon NJW-Spezial 2006, 315 ff.

Gesellschaftskapitals – das wiederum bis zu einem bestimmten Betrag, unabhängig von der einzelnen Einlage, über die Vorschriften der Kapitalerhaltung geschützt wird – entscheidend ist¹¹⁸².

Zusätzlich ist die Option zur Übernahme mehrerer Stammeinlagen bei der Errichtung einer Gesellschaft zu befürworten¹¹⁸³. Das derzeitige Verbot verfolgt das Ziel, die Einheit der Stammeinlage und des Geschäftsanteils sicherzustellen, sowie die Personalisierung der Beteiligung an der Gesellschaft zu stärken und die Fungibilität gering zu halten. Dabei können diese Schutzziele¹¹⁸⁴ jedoch bereits durch das Erfordernis der notariellen Beurkundung gem. § 15 III GmbHG, das auch durch den Referentenentwurf/Regierungsentwurf nicht angetastet wird, weitgehend gewahrt werden. Ferner stellt die Notwendigkeit einer notariellen Beurkundung ohnehin das weitaus größere Hemmnis für eine freie Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen dar, so dass allein deshalb nicht mit einem Handel von GmbH-Anteilen zu rechnen ist. Dem Verbot der Übernahme mehrerer Stammeinlagen kommt folglich ohnehin nur eine untergeordnete Bedeutung zu, weshalb seine Abschaffung eine Erleichterung darstellt und zu begrüßen ist¹¹⁸⁵.

Darüber hinaus ist das derzeitige Verbot der Übernahme mehrerer Stammeinlagen gem. § 5 II GmbHG auch deshalb kaum zu rechtfertigen, weil bereits nach dem geltenden Recht unmittelbar nach der Eintragung im Handelsregister gem. § 15 II GmbHG der Erwerb weiterer Geschäftsanteile unter Erhalt ihrer Selbstständigkeit zulässig ist, ebenso wie ein einheitlicher Anteil nach § 17 GmbHG zum Zweck der Veräußerung geteilt werden kann¹¹⁸⁶. Folglich macht – insbesondere unter Berücksichtigung des vorgenannten Umstands – die Beibehaltung der derzeitigen Rechtslage wenig Sinn und die im Referentenentwurf/Regierungsentwurf geplanten Änderungen sind vollumfänglich zu begrüßen.

bb) Änderung des § 16 GmbHG

Ferner ist auch die Änderung des § 16 GmbHG und die damit einhergehende Stärkung der Gesellschafterliste und die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs eines Geschäftsanteils grundsätzlich positiv zu beurteilen.

(aa) § 16 I GmbHG-RefE/RegE

Über § 16 I GmbHG-RefE/RegE soll es möglich werden, den Gesellschafterbestand transparenter zu gestalten, um dadurch Missbräuche zu bekämpfen und Geldwäsche zu verhindern¹¹⁸⁷. Da bei dem Verkauf eines Geschäftsanteils die Anpassung der Gesellschafterliste sowohl im Interesse des Erwerbers als auch im Interesse des Veräußerers liegt, ist eine Abänderung der Liste regelmäßig zu erwarten. Damit wird aus der Gesellschafterliste der Gesellschafterbestand aktuell, lückenlos und nachvollziehbar hervorgehen, so dass hierüber die Erreichung der oben angeführten Ziele vorangetrieben werden kann¹¹⁸⁸.

¹¹⁸² Siehe hierzu die Begründung des Referentenentwurfs, S. 38.

¹¹⁸³ So auch Triebel/Otte ZIP 2006, 1321 ff; Flesner NZG 2006, 641 ff; Breitenstein/Meyding BB 2006, 1457 ff; Gesmann-Nuissl WM 2006, 1756 ff.

¹¹⁸⁴ Allerdings ist die Sinnhaftigkeit des hierüber verfolgten Gesetzeszweckes ohnehin stark unbestritten; siehe hierzu u.a. die Begründung des Referentenentwurfs, S. 39.

¹¹⁸⁵ Siehe hierzu auch die Begründung des Referentenentwurfs, S. 39.

¹¹⁸⁶ Siehe hierzu auch die Begründung des Referentenentwurfs, S. 39 f.

¹¹⁸⁷ Begründung des Referentenentwurfs, S. 48.

¹¹⁸⁸ Siehe hierzu die Begründung des Referentenentwurfs, S. 48; die Stärkung der Gesellschafterliste begrüßend Wicke ZIP 2006, 977 ff; Müller GmbHR 2006, 953 ff; Gesmann-Nuissl WM 2006, 1757 ff, allerdings weist Gesmann-Nuissl auf das Risiko hin, dass ein Gesellschafter durch die Stärkung der Gesellschafterliste an der Ausübung seiner Rechte im Verhältnis zur Gesellschaft blockiert werden kann.

(bb) § 16 III GmbHG-RefE/RegE

Des Weiteren ist die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs eines Geschäftsanteils zu befürworten¹¹⁸⁹.

Dabei ergibt sich die Notwendigkeit einer derartigen Modifikation primär aus der derzeitigen Rechtslage, wonach sich ein Erwerber für die Minimierung des Risikos, dass der Geschäftsanteil einem anderen als dem Veräußerer zusteht, alle relevanten Abtretungsurkunden bis zurück zur Gründungsurkunde vorlegen lassen muss. Dies wird für den Veräußerer – wenn überhaupt – oftmals nur schwer möglich sein und selbst wenn es ihm gelingt, ist dadurch nicht geklärt, ob die vorangegangenen Abtretungen materiell wirksam sind. Auf Grund dessen wird sich der Erwerber regelmäßig von dem Veräußerer seine Eigentümerschaft an dem Geschäftsanteil garantieren lassen. Zudem kann der Veräußerer – unabhängig von einer Rechtsmängelhaftung bzw. einer Haftung aus der übernommenen Garantie – dem Erwerber niemals gegen den Willen des wahren Berechtigten den Anteil verschaffen. Hat nun aber der Erwerber infolge der Abtretung beispielsweise das Unternehmen umgestaltet und der wahre Berechtigte macht später von seinen Rechten Gebrauch, führt die Rückabwicklung des Anteilskaufs häufig zu großen Schwierigkeiten¹¹⁹⁰.

Damit demonstriert das oben angeführte Beispiel die Schwerfälligkeit und Rechtsunsicherheit der derzeitigen Rechtslage sowie die Gefahr der Verursachung hoher Transaktionskosten bei einem Anteilswerb. Insofern eröffnet ein gutgläubiger Erwerb eine Möglichkeit, die vorgenannten Probleme zu beheben.

Allerdings birgt sowohl die im Referentenentwurf als auch die im Regierungsentwurf vorgeschlagene Regelung auf Grund der darin enthaltenen Karenzfrist ein erhebliches Risiko und weitere Rechtsunsicherheit. Nach dem Referentenentwurf ist ein gutgläubiger Erwerb erst dann möglich, wenn der Veräußerer seit drei Jahren unrichtig in die Gesellschafterliste eingetragen ist. Ist demnach beispielsweise der Veräußerer erst seit einem Jahr unrichtig in die Liste eingetragen – was selbst dann möglich ist, wenn er seit drei Jahren oder länger in der Liste vermerkt ist – müsste nach dem Wortlaut des Referentenentwurfs („...seit drei Jahren unrichtig...“) ein gutgläubiger Erwerb ausscheiden¹¹⁹¹.

Diesbezüglich ist zwar im Regierungsentwurf eine Erleichterung vorgesehen, da danach dem wahren Rechtsinhaber, der sich z.B. nach dem Erwerb seines Geschäftsanteils nicht um eine entsprechende Änderung der Gesellschafterliste kümmert, die Unrichtigkeit der Liste ohne Wartefrist zugerechnet wird, so dass unverzüglich ein gutgläubiger Erwerb möglich ist¹¹⁹². Ist allerdings dem wahren Rechtsinhaber die Unrichtigkeit der Gesellschaftsliste nicht zuzurechnen, bleiben die oben angeführten Probleme auf Grund des Fortbestehens einer Karenzfrist erhalten.

Demzufolge besteht auch bei der Umsetzung des Regierungsentwurfs für den Erwerber eine enorme Gefahr, der er nur durch eine Garantiezusage des Veräußerers begegnen kann. Des

¹¹⁸⁹ So auch u.a. Flesner NZG 2006, 641 ff; Schockenhoff/Höder ZIP 2006, 1841 ff, Breitenstein/Meyding BB 2006, 1457 ff.

¹¹⁹⁰ Siehe hierzu Begründung des Referentenentwurfs, S. 50 ff; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 87 ff.

¹¹⁹¹ Ebenfalls auf dieses Risiko hinweisend Flesner NZG 2006, 641 ff; Schockenhoff/Höder ZIP 2006, 1841 ff; Müller GmbHR 2006, 953 ff; Eidenmüller ZGR 2007, 168 ff; dahingegen sprechen Breitenstein/Meyding BB 2006, 1457 ff zwar ebenfalls die Schwerfälligkeit des Referentenentwurfs an, ohne aber explizit für die Abschaffung der Dreijahresfrist zu plädieren. Nach ihrer Ansicht sollte die Einreichung der Gesellschafterliste zum Handelsregister Wirksamkeitsvoraussetzung für den Anteilswerb werden, da dadurch eine wesentliche Verbesserung der Transparenz gewährleistet werden könnte.

¹¹⁹¹ Siehe hierzu § 30 I 2 GmbHG-RefE.

¹¹⁹² Siehe hierzu auch die Begründung des Regierungsentwurfs, S. 87 ff.

Weiteren wird er nach wie vor im Ernstfall auf Sekundäransprüche beschränkt sein und nicht Eigentümer der Anteile werden können. Infolgedessen ist der Entwurf – trotz der im Regierungsentwurf vorgenommenen Erleichterung – in diesem Punkt zu überdenken und ein Verzicht auf eine derartige Frist in Erwägung zu ziehen¹¹⁹³.

(b) Auswirkung auf den Zuzug englischer Limiteds nach Deutschland

Darüber hinaus bleibt es jedoch zweifelhaft, ob die oben angeführten Änderungsmaßnahmen dazu beitragen können, einen Gesellschaftsgründer, der die Errichtung einer englischen Limited in Betracht gezogen hat, von den Vorzügen einer deutschen GmbH zu überzeugen.

Sollte die Frage nach der Veräußerung und dem Erwerb von Geschäftsanteilen bei der Entscheidung zwischen einer englischen Limited und einer deutschen GmbH mit einbezogen werden, wird sich ein Gründer wohl maßgeblich von dem Umstand leiten lassen, dass sich die Übertragung von Geschäftsanteilen einer englischen Limited auf Grund der Geltung der Gründungstheorie nach deren Heimatrecht richtet und danach hierfür ein schriftlicher Vertrag in Verbindung mit einer Umschreibung im Gesellschaftsregister genügt. Eine notarielle Beurkundung, wie sie bei einer deutschen GmbH auch nach dem Referentenentwurf/Regierungsentwurf weiterhin erforderlich sein soll, ist nicht notwendig¹¹⁹⁴.

Infolgedessen sind die oben angeführten Änderungen des Gesellschaftsrechts durchaus zu begrüßen, jedoch werden sie kaum Einfluss auf die Gründungswelle englischer Limiteds und deren Import nach Deutschland haben.

(3) Kapitalerhaltung

Ferner bringt das MoMiG auch hinsichtlich der deutschen Kapitalerhaltungsregeln erhebliche Neuerungen mit sich¹¹⁹⁵. Insofern wird nachfolgend unter a) auf die Änderung des § 30 I GmbHG und im Anschluss unter b) auf die Modifikationen im Zusammenhang mit den §§ 32a, b GmbHG eingegangen¹¹⁹⁶.

a) § 30 I GmbHG

Nach dem Referentenentwurf/Regierungsentwurf soll § 30 I GmbHG um die Sätze 2 und 3 erweitert werden, wobei Satz 2 u.a. das Thema Cash-Pooling aufgreift und sich Satz 3 mit den Rechtsprechungsregeln befasst¹¹⁹⁷.

¹¹⁹³ Schockenhoff/Höder ZIP 2006, 1841 ff; dahingegen regt Flesner in NZG 2006, 641 ff an, die Wirksamkeit der Anteilsübertragung zusätzlich von der Eintragung im Handelsregister abhängig zu machen. Dabei solle der Notar den Wechsel beim Handelsregister anzeigen und ihn darüber hinaus mit einem Richtigkeitsvermerk versehen. Insofern könne dann zu Gunsten desjenigen, der einen Geschäftsanteil oder ein Recht daran durch Rechtsgeschäft erwerbe, die Eintragung im Handelsregister als richtig gelten, außen wenn ein Widerspruch hiergegen eingetragen bzw. dem Erwerber die Unrichtigkeit bekannt sei.

¹¹⁹⁴ Siehe hierzu allerdings Schwab MittBayNot 2006, 307 ff, der eine Zusammenstellung der bei einer Anteilsübertragung anfallenden Notarkosten liefert. Hierin wird auf die verhältnismäßig geringen Kosten (nach Schwab belaufen sich die Kosten bei einer Anteilsübertragung von 44 % auf ca. 120 €), insbesondere unter Berücksichtigung der durch den Notar vorgenommenen Beratung der Beteiligten, hingewiesen.

¹¹⁹⁵ Ausführliche Erörterung des Gläubigerschutzes bei Kapitalgesellschaften und dessen Reform Teichmann NJW 2006, 2444 ff; ferner Spindler JZ 2006, 839 ff zum Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht; des Weiteren Vetter ZGR 2005, 788 ff zur Kapitalerhaltung; Meilicke GmbHR 2007, 225 ff sehr kritisch zum Eigenkapitalersatzrecht.

¹¹⁹⁶ Vgl. hierzu m.w.N. Mülbelt WM 2006, 1977 ff; Gesmann-Nuissl WM 2006, 1756 ff; Flitsch DZWIR 2006, 397 ff; Teichmann NJW 2006, 2444 ff; Schmidt GmbHR 2007, 1 ff.

¹¹⁹⁷ Insofern plädieren Triebel/Otte in ZIP 2006, 311 ff für die vollständige Ersetzung der §§ 30, 31 GmbHG durch einen zukunfts- und liquiditätsorientierten Solvenzttest; hierzu kritisch Teichmann NJW 2006, 2444 ff.

(a) Cash-Pooling

aa) § 30 I 2 GmbHG-RefE/RegE

Durch den Referentenentwurf/Regierungsentwurf wird zunächst über die Einfügung eines Satzes 2 in § 30 I GmbHG u.a. das Cash-Pooling¹¹⁹⁸ grundsätzlich für zulässig erklärt.

Gemäß § 30 I 2 GmbHG-RefE soll das nach § 30 I 1 GmbHG bestehende Verbot der Auszahlung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens an die Gesellschafter dann nicht gelten, wenn das Stammkapital durch eine Vorleistung auf Grund eines Vertrags mit einem Gesellschafter angegriffen wird und die Leistung im Interesse der Gesellschaft liegt¹¹⁹⁹.

Dahingegen wird nach dem Regierungsentwurf bei § 30 I 2 GmbHG-RegE nicht mehr auf das Interesse der Gesellschaft abgestellt, sondern für die Beurteilung einer unzulässigen Ausschüttung nach § 30 I 1 GmbHG zu einer bilanziellen Betrachtungsweise zurückgekehrt¹²⁰⁰. Danach soll § 30 I 1 GmbHG dann nicht als verletzt gelten, wenn eine Auszahlung der Gesellschaft durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewährungsanspruch gedeckt ist¹²⁰¹.

bb) Eigene Stellungnahme

(aa) Beurteilung der Neuregelung

Da sowohl § 30 I 2 GmbHG-RefE als auch § 30 I 2 GmbHG-RegE u.a. zu der Zulässigkeit der Gewährung von Gesellschafterdarlehen eine klärende Aussage enthalten und damit die in der Praxis auf Grund der neueren BGH-Rechtsprechung¹²⁰² im Bereich des Cash-Poolings bestehende Rechtsunsicherheit¹²⁰³ beseitigen, sind die vorgeschlagenen Änderungen grundsätzlich zu begrüßen¹²⁰⁴.

Des Weiteren ist die im Referentenentwurf/Regierungsentwurf vorgesehene Erweiterung des § 30 I GmbHG auch deshalb zu befürworten, weil dem Cash-Pooling im Grunde ein ökonomisch positiver Effekt zukommt und dieses neben dem Interesse der Konzernmutter in der Regel auch den Interessen der Konzerntöchter dient. Darüber hinaus bringt die uneingeschränkte Anwendung der Kapitalerhaltungsregeln auf das Cash-Pooling für international tätige Unternehmen erhebliche Schwierigkeiten und Rechtsunsicherheiten mit sich¹²⁰⁵. Das Cash-Pooling entspricht vielfach internationaler Praxis, so dass nur über seine Zulässigkeit die

¹¹⁹⁸ Ausführlich zum Cash-Pooling im Lichte der neueren BGH-Rechtsprechung und der GmbH-Novelle Wessels ZIP 2006, 1701 ff; Breitenstein/Meyding BB 2006, 1457 ff; Mülbart WM 2006, 1977 ff; Gesmann-Nuissl WM 2006, 1756 ff; Böcker ZGR 2006, 214 ff; kritisch zum Cash-Pooling und der Kapitalaufbringung Priester ZIP 2006, 1557 ff; Bayer/Lieder GmbH 2006, 1121 ff; Bayer/Lieder GmbH 2006, 449 ff.

¹¹⁹⁹ Siehe hierzu § 30 I 2 GmbHG-RefE.

¹²⁰⁰ § 30 GmbHG-RegE; Begründung des Regierungsentwurfs, S.93 ff.

¹²⁰¹ § 30 GmbHG-RegE; Begründung des Regierungsentwurfs, S.93 ff.

¹²⁰² BGH Urt. v. 24.11.2003 (II ZR 171/01).

¹²⁰³ Unter anderem entscheidender Auslöser für die bestehende Rechtsunsicherheit war das Urteil des BGH vom 24.11.2003 (II ZR 171/01). Danach soll eine Kreditgewährung an einen Gesellschafter, die nicht aus Rücklagen oder Gewinnvorträgen, sondern zu Lasten des gebundenen Vermögens der GmbH erfolgt, auch bei dem Bestehen eines vollwertigen Rückzahlungsanspruchs als verbotene Auszahlung eingestuft werden.

¹²⁰⁴ Insofern beurteilen Triebel/Otte ZIP 2006, 1321 ff die Regelung zur Erleichterung des Cash-Pooling als durchaus positiv. Allerdings weisen sie darauf hin, dass bereits die Aufbringung des Mindestkapitals abgeschafft werden sollte und damit auch die Normen betreffend die Kapitalerhaltung überdacht werden müssten. Nach ihrer Ansicht sollten die Kapitalerhaltungsregeln durch einen solvency test nach amerikanischem Vorbild ersetzt werden.

¹²⁰⁵ Siehe hierzu Begründung des Referentenentwurfs, S. 53; Seibert BB 2006, Heft 26, Die Erste Seite; Leuring/Simon NJW-Spezial 2006, 315 ff; Römermann GmbH 2006, 673 ff.

internationale Konkurrenzfähigkeit der Rechtsform einer GmbH gewahrt werden kann. Folglich ist die geplante Neuregelung auch unter diesem Gesichtspunkt zu befürworten.

Allerdings hat der Referentenentwurf noch deutliche Schwächen aufgewiesen, da im Rahmen des § 30 I 2 GmbHG-RefE eine abschließende Aufzählung oder zumindest ein Beispielkatalog für die Bestimmung der Interessen der Gesellschaft gefehlt hat. Da aber dem Gesellschaftsinteresse für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Kreditgewährung eine zentrale Bedeutung zukommt, war die alleinige Niederschrift eines Beispielkatalogs¹²⁰⁶ in der Gesetzesbegründung keinesfalls ausreichend.

Dahingegen ist der Regierungsentwurf für die Beurteilung des Vorliegens eines Verstoßes gegen die Auszahlungssperre nach § 30 I 1 GmbHG zu einer – bereits vor der die Unsicherheit auslösenden Entscheidung des BGH vom 24.11.2003¹²⁰⁷ angewendeten – bilanziellen Betrachtung zurückgekehrt. Hierdurch wird der bezüglich des Referentenentwurfs kritisierte Punkt der unsicheren Feststellbarkeit der „Interessen der Gesellschaft“ durch eine besser zu handhabende bilanzielle Betrachtung ersetzt. Des Weiteren ist das Vorgehen im Regierungsentwurf auch deshalb zu unterstützen, weil § 30 GmbHG lediglich einen Vermögensschutz der Gesellschaft statuiert und dieser bei Ablehnung einer bilanziellen Betrachtung zu einem – gesetzlich nicht vorgesehenen – gegenständlichen Schutz ausgedehnt würde¹²⁰⁸. Zwar kann auch die Überprüfung der Vollwertigkeit einer Gegenforderung Probleme bereiten, jedoch sind die Gesellschaft und die Gläubiger jedenfalls dadurch abgesichert, dass ein Geschäftsführer, wenn er die entsprechende Prüfung nicht mit der gebotenen Sorgfalt vorgenommen hat, aus diesem Sorgfaltspflichtverstoß in Anspruch genommen werden kann.

Folglich stellt die im Regierungsentwurf vorgenommene Modifikation eine Verbesserung zum Referentenentwurf dar und ist dementsprechend zu begrüßen¹²⁰⁹.

(bb) Auswirkungen auf den Zuzug englischer Limiteds nach Deutschland

Allerdings wird – trotz der oben angeführten positiven Auswirkung des § 30 I 2 GmbHG-RefE/RegE – die geplante Neuregelung die Zahl der zuziehenden englischen Limiteds kaum wesentlich reduzieren können. Denn gerade die Gründer kleiner und mittelständischer Unternehmen, die in neuerer Zeit zunehmend auf die Rechtsform der englischen Limited zurückgreifen, werden sich durch die Möglichkeit des Cash-Poolings nicht maßgeblich beeinflussen lassen, da diese Finanzierungsform vor allem im Konzernrecht von Bedeutung ist. Damit kann von dem Referentenentwurf/Regierungsentwurf keine Verringerung des Zuzugs EU-ausländischer Gesellschaften erwarten werden.

(b) Aufhebung der Rechtsprechungsregeln

aa) § 30 I 3 GmbHG-RefE/RegE

Des Weiteren sieht der Referentenentwurf/Regierungsentwurf in Bezug auf die Kapitalerhaltung die Aufhebung/Unanwendbarkeit der ungeschriebenen Rechtsprechungsregeln vor¹²¹⁰.

¹²⁰⁶ Siehe zu dem Beispielkatalog bezüglich der Ermittlung der Interessen der Gesellschaft die Begründung des Referentenentwurfs, S. 54; ebenfalls auf das Problem der Ermittlung der Interessen der Gesellschaft hinweisend Römermann GmbHHR 2006, 673 ff; Bayer/Lieder GmbHHR 2007, 1121 ff.

¹²⁰⁷ BGH Urt. v. 24.11.2003 (II ZR 171/01).

¹²⁰⁸ Siehe hierzu auch die Begründung des Regierungsentwurfs, S. 94.

¹²⁰⁹ So auch Flesner NZG 2006, 641 ff, der in Bezug auf den Referentenentwurf für eine Rückkehr zu einer bilanziellen Betrachtung plädiert hat.

¹²¹⁰ Siehe hierzu ausführliche Reformvorschläge zu dem Recht der kapitaleretzenden Gesellschafterdarlehen bei Huber/Habersack BB 2006, 1 ff; zum Eigenkapitalersatzrecht auch Leuring in ZRP 2006, 201 ff; Thiessen ZIP 2007, 253 ff.

Dabei dienen die Rechtsprechungsregeln nach der derzeitigen Rechtslage dazu, Gesellschafterdarlehen, die einer notleidenden GmbH zur Abwendung des Insolvenzverfahrens gewährt wurden, über eine Einordnung als haftendes Eigenkapital der Vermögensbindung gem. §§ 30, 31 GmbHG analog zu unterwerfen. Hierüber soll es möglich sein, diejenigen Schutzlücken zu schließen, die auch durch die Einführung der §§ 32a, b GmbHG, die erst in der Insolvenz der Gesellschaft eingreifen, nicht beseitigt wurden.

Insofern sieht § 30 I 3 GmbHG-RefE den Ausschluss der Anwendung des § 30 I 1 GmbHG auf die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens vor, wenn das Darlehen der Gesellschaft zu einem Zeitpunkt gewährt wurde, in dem die Gesellschafter ihr als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zuführen hätten müssen. Darüber hinaus soll gleiches auch für Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen gelten, die einer solchen Darlehensgewährung wirtschaftlich entsprechen¹²¹¹.

Der Regierungsentwurf nimmt im Grunde inhaltlich keine Änderungen gegenüber dem Referentenentwurf vor, wobei jedoch § 30 I 3 GmbHG abweichend formuliert wird. Danach soll § 30 I 1 GmbHG nicht auf die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens und auf Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen, anwendbar sein¹²¹².

Damit erteilt § 30 I 3 GmbHG-RefE/RegE der Geltung der ungeschriebenen Rechtsprechungsregeln und der Rechtsfigur des eigenkapitalersetzenden Darlehens eine Absage¹²¹³.

bb) Eigene Stellungnahme

Durch die im Referentenentwurf/Regierungsentwurf vorgesehene Einführung des Satzes 3 und der daraus resultierenden Aufhebung der Rechtsprechungsregeln, verbunden mit der Aufgabe der Rechtsfigur des eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens¹²¹⁴, kann eine dringend notwendige Überarbeitung des Eigenkapitalersatzrechts erfolgen. Die derzeitige Rechtslage hat teilweise einen Grad an Komplexität erreicht, der sich zu einer Belastung des Haftkapitalsystems entwickelt hat und Neuregelungen zwingend erforderlich macht¹²¹⁵. Folglich ist der Referentenentwurf/Regierungsentwurf grundsätzlich zu unterstützen¹²¹⁶.

Da allerdings über das MoMiG nicht das Schutzniveau im Kapitalgesellschaftsrecht abgesenkt werden soll, wird der Verzicht auf die Rechtsprechungsregeln durch einen Ausbau der Novellenregelungen – worauf im nächsten Abschnitt eingegangen wird – ausgeglichen.

Folglich kann sich erst nach der Besprechung der im Referentenentwurf/Regierungsentwurf vorgesehenen Änderungen der Novellenregelungen ein umfassendes Bild hinsichtlich des geplanten Kapitalschutzes ergeben, so dass im Anschluss daran eine Beurteilung des Referentenentwurfs/Regierungsentwurfs und seiner Auswirkung auf die zuziehenden EU-Auslandsgesellschaften vorgenommen wird.

¹²¹¹ Siehe hierzu § 30 I 3 GmbHG-RefE.

¹²¹² § 30 I 3 GmbHG-RegE; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 95.

¹²¹³ Siehe hierzu § 30 I 3 GmbHG-RefE.

¹²¹⁴ Begründung des Referentenentwurfs, S. 55; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 95.

¹²¹⁵ Diesen Umstand bestätigend Römermann GmbHHR 2006, 673 ff; Seibert BB 2006, Heft 26, Die Erste Seite; Simon/Leuering NJW-Spezial, 315 ff; Flesner NZG 2006, 641 ff.

¹²¹⁶ Vgl. hierzu m.w.N. Breitenstein/Meyding BB 206, 1457 ff.

b) §§ 32a, b GmbHG

(a) Aufhebung der §§ 32a, b GmbHG

Dabei sehen sowohl der Referenten- als auch der Regierungsentwurf die Aufhebung der §§ 32a, b GmbHG (Novellenregeln) vor¹²¹⁷. Da diese Regelungen jedoch inhaltlich nicht verloren gehen sollen, werden sie auf Grund ihrer systematischen Nähe zum Insolvenzrecht – in teilweise abgewandelter Form – in die Insolvenzordnung verlegt¹²¹⁸.

Darüber hinaus ziehen die Änderungen im Zusammenhang mit den §§ 32a, b GmbHG weitere Umgestaltungen der Insolvenzordnung (§ 135 InsO-RefE/RegE) und des Anfechtungsgesetzes (§§ 6, 6a InsO-RefE/RegE) nach sich.

(b) Folgeänderungen in der Insolvenzordnung und im Anfechtungsgesetz

aa) Folgeänderungen

Zunächst ist festzuhalten, dass nach dem Referentenentwurf/Regierungsentwurf die §§ 32a, b GmbHG durch die §§ 39 I Nr. 5, IV, V, 44a InsO-RefE/RegE, allerdings – auf Grund der Aufgabe der Rechtsfigur des eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens – in inhaltlich modifizierter Form, übernommen werden¹²¹⁹.

(aa) §§ 39 I Nr. 5 InsO-RefE/RegE

Diesbetreffend sollen § 32a I, III 1 GmbHG im Wesentlichen in § 39 I Nr. 5 InsO-RefE/RegE¹²²⁰ aufgehen. Danach sind alle Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen wirtschaftlich entsprechen (nach Maßgabe der Absätze IV und V) in der Insolvenz nachrangig zu berücksichtigen. Allerdings weicht § 39 I Nr. 5 InsO-RefE/RegE insofern von der derzeitigen Rechtslage ab als auf das Merkmal „kapitalersetzend“ verzichtet wird. Damit sollen künftig sämtliche Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz nur noch nachrangig berücksichtigt werden.

(bb) § 39 IV, V InsO-RefE/RegE

Des Weiteren erfolgt in § 39 IV 1 InsO-RefE/RegE¹²²¹ eine Festlegung des Anwendungsbereiches des § 39 I Nr. 5 InsO-RefE/RegE. Hierfür ist bewusst eine neutrale Formulierung gewählt worden, so dass sowohl die deutschen Gesellschaftsformen (u.a. GmbH; AktG; KG auf Aktien) als auch die Europäische Gesellschaft (SE) ebenso wie die englische Limited und weitere Auslandsgesellschaften von § 39 I Nr. 5 InsO-RefE/RegE erfasst werden können, falls sie im Insolvenzfall gem. Art. 3, 4 EuInsVO nach deutschem Recht abzuwickeln sind¹²²².

Darüber hinaus wird durch § 39 IV 2 InsO-RefE/RegE¹²²³ der § 32a III 3 GmbHG und über § 39 V InsO-RefE/RegE der § 32a III 2 GmbHG übernommen¹²²⁴.

¹²¹⁷ Vgl. hierzu m.w.N. Huber/Habersack BB 2006, 1 ff; Tillmann GmbHR 2006, 1289 ff; Bork ZGR 2007, 250 ff.

¹²¹⁸ Begründung des Referentenentwurfs, S. 56; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 96; Mülbert WM 2006, 1977 ff.

¹²¹⁹ Siehe hierzu §§ 39, 44a InsO-RefE.

¹²²⁰ Siehe hierzu § 39 I Nr. 5 InsO-RefE/RegE; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 129 ff.

¹²²¹ Beachte, dass der Regierungsentwurf von seinem Wortlaut z.T. von dem Referentenentwurf abweicht. Inhaltlich ergeben sich allerdings keine Neuerungen.

¹²²² § 39 IV 1 InsO-RefE.

¹²²³ Beachte, dass der Regierungsentwurf insofern von dem Referentenentwurf abweicht, als der Regierungsentwurf über § 39 IV 2 InsO-RegE nicht nur die drohende, sondern auch die eingetretene Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung erfasst und es nach dem Regierungsentwurf nicht mehr auf eine Beseitigung der drohenden Zahlungsunfähigkeit, sondern auf eine nachhaltige Sanierung ankommt.

(cc) § 44a InsO-RefE/RegE

Ferner werden nach dem Referentenentwurf § 32a II GmbHG und § 32b GmbHG in den § 44a InsO-RefE übergeführt¹²²⁵. Dabei verweist § 44a III InsO-RefE auf § 39 IV InsO-RefE/RegE, so dass § 44a III InsO-RefE ebenfalls eine rechtsformneutrale Ausgestaltung erfährt und damit u.a. auch auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited Anwendung finden kann.

Dahingegen sieht der Regierungsentwurf gem. § 44a InsO-RegE – der ebenfalls u.a. auf § 39 IV InsO-RegE verweist – im Wesentlichen nur noch die Übernahme des § 32a II GmbHG vor¹²²⁶ und § 32b GmbHG wird in dem neu gefassten § 135 II InsO-RegE in rechtsformneutraler Form übernommen¹²²⁷.

Sowohl im Regierungs- als auch im Referentenentwurf wird auf das Tatbestandsmerkmal der „Krise“ verzichtet¹²²⁸.

(dd) § 135 InsO-RefE/RegE

Des Weiteren ist in dem Referentenentwurf/Regierungsentwurf bezüglich § 135 InsO ein Verzicht auf das Tatbestandsmerkmal „kapitalersetzend“ vorgesehen. Danach sind gemäß § 135 InsO-RefE/RegE sämtliche Rückzahlungen auf Gesellschafterdarlehen, die in dem für § 135 InsO-RefE/RegE maßgeblichen Zeitraum erfolgt sind, anfechtbar¹²²⁹.

Ferner wird – wie bereits oben angeführt – § 32b GmbHG in § 135 II InsO-RegE in rechtsformneutraler Form übernommen¹²³⁰.

(ee) §§ 6, 6a AnfG-RefE/RegE

Darüber hinaus sieht der Referentenentwurf/Regierungsentwurf eine Anpassung des Anfechtungsgesetzes vor.

Danach soll dem einzelnen Gläubiger für den Fall der Masselosigkeit gem. § 6 AnfG-RefE, der im Wesentlichen¹²³¹ in § 6 AnfG-RegE übernommen wurde, für sämtliche Rückzahlungen im fraglichen Zeitraum ein Anfechtungsrecht zustehen. Hierbei wird ebenso wie u.a. bei § 135 InsO-RefE/RegE auf das Tatbestandsmerkmal „kapitalersetzend“ verzichtet¹²³².

Des Weiteren wird über § 6a AnfG-RefE/RegE¹²³³ die Regelung des § 44a II InsO-RefE bzw. § 135 II InsO-RegE (derzeitiger § 32b GmbHG) inhaltlich in das Anfechtungsgesetz übernommen¹²³⁴.

¹²²⁴ § 39 IV 2, V InsO-RefE.

¹²²⁵ § 44a InsO-RefE.

¹²²⁶ § 44a InsO-RegE; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 131.

¹²²⁷ § 135 II InsO-RegE; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 132.

¹²²⁸ § 44a InsO-RefE.

¹²²⁹ § 135 InsO-RefE; Begründung des Referentenentwurfs, S. 84; Simon/Leuring NJW-Spezial 2006, 315 ff.

¹²³⁰ § 135 II InsO-RegE; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 132.

¹²³¹ Insbesondere enthält § 6 II AnfG-RegE eine von § 6 II AnfG-RefE abweichende Formulierung (Ausschlussfrist/Verjährung).

¹²³² Siehe hierzu § 6 AnfG-RefE/RegE; Begründung des Referentenentwurfs, S. 85; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 133; Römermann GmbHHR 2006, 673 ff.

¹²³³ Der Regierungsentwurf hat den Referentenentwurf bis auf sprachliche Abweichungen im Wesentlichen übernommen.

¹²³⁴ Siehe hierzu § 6a AnfG-RefE/RegE; Begründung des Referentenentwurfs, S. 86; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 134; Römermann GmbHHR 2006, 673 ff.

bb) Eigene Stellungnahme

Nachdem nun die im Referentenentwurf/Regierungsentwurf geplante Aufhebung der §§ 32a, b GmbHG und die damit einhergehende Folgeänderung in der Insolvenzordnung und im Anfechtungsgesetz vorgestellt wurden, werden diese nachfolgend einer eigenen Stellungnahme unterzogen.

(aa) §§ 39 I Nr. 5, InsO-RefE/RegE

Zunächst ist die im Referentenentwurf/Regierungsentwurf geplante Einführung des § 35 I Nr. 5 InsO-RefE/RegE zu befürworten. Die hierin vorgeschlagene Gleichstellung aller Gesellschaftsdarlehen und Rechtshandlungen, die einer solchen wirtschaftlich entsprechen, kann zu einer interessengerechten Lösung führen. Darüber hinaus wird die Handhabung wesentlich vereinfacht, da so die oftmals schwierige Feststellung des eigenkapitalersetzenden Charakters hinfällig wird. Gleichzeitig erfolgt keine Schlechterstellung des darlehensgewährenden Gesellschafters, denn auch nach der derzeitigen Gesetzeslage werden stehen gelassene Altdarlehen in der Regel mit dem Eintritt der Krise und damit im Vorfeld der Insolvenz als kapitalersetzend umqualifiziert¹²³⁵.

(bb) § 39 IV 1 InsO-RefE/RegE

Ferner ist die in § 39 IV 1 InsO-RefE/RegE vorgesehene allgemeine Formulierung des Geltungsbereichs des § 39 I Nr. 5 InsO-RefE/RegE, wodurch dieser grundsätzlich auch auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft Anwendung finden kann, begrüßenswert und insbesondere unter dem Aspekt des Gläubigerschutzes von Vorteil.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass nicht allein durch die Zugehörigkeit einer Norm zu einem bestimmten Statut, welches sich auf Grund international privatrechtlicher Regelungen – vorliegend Art. 3, 4 EuInsVO – nach deutschem Recht richten kann, deren Anwendbarkeit auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft sichergestellt ist. Hierfür ist letztendlich die Vereinbarkeit der jeweiligen Norm mit dem höherrangigen Europarecht entscheidend. Nur wenn die entsprechende Regelung zu keinem Eingriff in die jeweilige Freiheit führt bzw. dieser gerechtfertigt werden kann, ist ihre Geltung möglich (s.o.).

Jedoch stellt der Referentenentwurf/Regierungsentwurf – abgesehen von dem vorgenannten Einwand – hinsichtlich der Umgestaltung des Eigenkapitalersatzrechts einen sinnvollen und konsequenten Weg dar, zumal die §§ 32a, b GmbHG einen starken Bezug zum Insolvenzrecht aufweisen und damit ihre Verortung in der Insolvenzordnung naheliegend ist. Darüber hinaus ist nach dem Sinn und Zweck dieser Normen (siehe hierzu oben unter VII 3) (1)) eine allgemeine Formulierung ihres Anwendungsbereichs vorzuziehen, da die durch die §§ 32a, b GmbHG umschriebene Gefährdungslage nicht auf die deutsche GmbH beschränkt ist, sondern grundsätzlich auch bei anderen Kapitalgesellschaften auftreten kann (auch hierzu bereits unter VII 3) (1)).

(cc) § 39 IV 2, V InsO-RefE/RegE

Ferner sollen nach dem Referentenentwurf/Regierungsentwurf über § 39 IV 2, V InsO-RefE/RegE¹²³⁶ das über das Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz (KapAEG vom 20.4.1998)

¹²³⁵ Begründung des Referentenentwurfs, S. 83; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 129 f; ebenfalls die Vereinfachung der Kapitalerhaltungsregeln begrüßend Dierksmeier/Scharbert BB 2006, 1517 ff; Breitenstein/Meyding BB 2006, 1457 ff.

¹²³⁶ Beachte jedoch die sprachlichen und damit auch teilweise inhaltlichen Modifizierungen des § 135 IV 2 InsO-RegE gegenüber § 135 IV 2 InsO-RefE.

eingeführte „Witwen- und Erbantenprivileg“¹²³⁷ nach § 32a III 2 GmbHG und das durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG vom 27.4.1998) in § 32a III 3 GmbHG aufgenommene so genannte Sanierungsprivileg¹²³⁸ fortgeführt werden.

Allerdings ist die unveränderte Fortführung des § 32a III 2 GmbHG in § 39 V InsO-RefE/RegE (Witwen- und Erbantenprivileg) nicht zu befürworten. Bereits bei der Einführung des § 32a III 2 GmbHG wurde Kritik¹²³⁹ an der Vorschrift geäußert, weil diese Norm geradezu zu Missbräuchen einlade. Diese Sorge hat sich in der Folgezeit auch als berechtigt erwiesen, da nicht selten über die Einschaltung minderjähriger Kinder oder naher Angehöriger der Gesellschafter Umgehungsversuche unternommen wurden. Insbesondere auf Grund des durch das MoMiG verfolgten Ziels der Missbrauchsbekämpfung sollte ein Verzicht auf die Übernahme des § 32a III 2 GmbHG oder zumindest eine Herabsetzung der Beteiligungsquote¹²⁴⁰ überdacht werden.

(dd) § 44a InsO-RefE/RegE

Des Weiteren ist die Schaffung eines neuen § 44a InsO-RefE/RegE, in dem § 32a II GmbHG – in dem Referentenentwurf auch noch § 32b GmbHG – aufgehen sollen, zu unterstützen. Dabei ist vor allem der Verzicht auf das Merkmal „Krise“ zu befürworten, da hierdurch für die Rechtspraxis eine erhebliche Erleichterung bewirkt wird¹²⁴¹. Darüber hinaus ist die über einen Verweis auf § 39 IV InsO-RefE/RegE vorgenommene rechtsformneutrale Ausgestaltung des § 44a InsO-RefE/RegE zu begrüßen, da hierüber ein umfassender Rechtsschutz erreicht und auch eine inländische EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited grundsätzlich von der Regelung erfasst werden kann.

(ee) § 135 InsO-RefE/RegE

Ferner ist die Aufgabe des Merkmals „kapitalersetzend“ in § 135 InsO-RefE/RegE logische Konsequenz aus der Gleichbehandlung sämtlicher Gesellschafterdarlehen zum Zeitpunkt der Insolvenz. Dabei ist dieser in § 135 InsO-RefE/RegE vorgesehene Anpassung zuzustimmen, zumal durch die fehlende Notwendigkeit, den kapitalersetzenden Charakter eines Darlehens bzw. einer gleichgestellten Forderung feststellen zu müssen, eine deutliche Erleichterung für die Rechtspraxis erreicht werden kann.

Des Weiteren ist die im Regierungsentwurf vorgesehene Schaffung eines neuen § 135 II InsO-RegE, in dem § 32b GmbHG aufgehen soll, zu befürworten. Bei § 32b GmbHG handelt es sich der Sache nach um einen Anfechtungstatbestand, so dass seine Zuordnung zu § 135 InsO eine sinnvolle und systematisch korrekte Lösung bietet¹²⁴².

(ff) § 6 AnfG-RefE/RegE

Des Weiteren handelt es sich auch bei § 6 AnfG-RefE/RegE, bei dem ebenfalls die Streichung des Tatbestandsmerkmals „kapitalersetzend“ vorgesehen ist, um eine erforderliche Folgeänderung aus der Gleichstellung sämtlicher Gesellschafterdarlehen. Dabei ist diese

¹²³⁷ Hierüber wird die Anwendung des Eigenkapitalersatzrechts auf den nicht geschäftsführenden Gesellschafter, der mit zehn von Hundert oder weniger am Stammkapital beteiligt ist, ausgeschlossen.

¹²³⁸ Auf Grund des Sanierungsprivilegs wird auch derjenige nicht von den Eigenkapitalersatzregelungen erfasst, der zum Zweck der Sanierung einen Gesellschaftskredit vergibt. Der Darlehensgeber muss folglich Neugesellschafter sein, den zuvor keine Finanzierungsverantwortung getroffen hat. In dieser Situation findet sodann das Sanierungsprivileg auch auf Altkredite Anwendung, die nach Eintritt in die Gesellschaft stehen gelassen werden.

¹²³⁹ Siehe hierzu beispielhaft Hommelhoff/Goette, Rn. 117.

¹²⁴⁰ Gerade bei größeren Gesellschaften kann eine Beteiligung von 10 % erheblich und damit eine Privilegierung nicht geboten sein.

¹²⁴¹ Siehe hierzu auch die Begründung des Referentenentwurfs, S. 84.

¹²⁴² Siehe hierzu auch die Begründung des Regierungsentwurfs, S. 132.

ebenfalls aus den oben angeführten Gründen – insbesondere wegen der dadurch zu erreichenden Erleichterung für die Rechtspraxis – vollumfänglich zu unterstützen.

(gg) § 6a AnfG-RefE/RegE

Ferner wird die Einführung des § 6a AnfG-RefE/RegE auf Grund der im Referentenentwurf/Regierungsentwurf vorgesehenen Aufgabe der Rechtsprechungsregeln notwendig. Denn nach der derzeitigen Gesetzeslage erfüllen die Rechtsprechungsregeln die Aufgabe, diejenigen Regelungsdefizite abzufangen, die durch die Anknüpfung der Novellenregeln an die Insolvenz der Gesellschaft entstehen. Da auch nach der im Referentenentwurf/Regierungsentwurf vorgesehenen Überführung der Novellenregelungen in die InsO die derzeitigen, durch die Rechtsprechungsregeln zu behebenden Schutzdefizite fortbestehen und durch deren geplante Aufhebung das Schutzniveau nicht abgesenkt werden soll, kann über § 6a AnfG-RefE/RegE zumindest teilweise ein Ausgleich erfolgen¹²⁴³. Damit ist der Referentenentwurf/Regierungsentwurf auch insoweit positiv zu beurteilen.

(hh) Auswirkung auf den Zuzug englischer Limiteds

Abschließend ist festzustellen, dass der Referentenentwurf/Regierungsentwurf durch die Neuregelung des Eigenkapitalersatzrechts durchaus zu einer Erleichterung im Umgang mit einer deutschen GmbH beitragen und damit eine Steigerung ihrer Attraktivität bewirken kann.

Allerdings werden sich potentielle Gründer, welche die Errichtung einer englischen Limited in Erwägung gezogen haben, kaum durch die Modifikation des Eigenkapitalersatzrechts zu Gunsten einer deutschen GmbH umentscheiden¹²⁴⁴. Folglich kann von diesen Maßnahmen kein Rückgang des Zuzuges EU-ausländischer Gesellschaften nach Deutschland erwartet werden.

Jedoch kann die Umgestaltung des Eigenkapitalersatzrechts bei dem Umgang mit EU-Auslandsgesellschaften/englischen Limiteds zu einer Klärung der Rechtslage und zu einer Vereinfachung der praktischen Handhabung beitragen. Insofern wird zwar nicht die im Referentenentwurf/Regierungsentwurf vorgeschlagene Umsiedelung des Eigenkapitalersatzrechts in die Insolvenzordnung deren Anwendbarkeit auf eine EU-Auslandsgesellschaft/englische Limited sicherstellen, da hierfür die Vereinbarkeit einer Norm mit dem Europarecht entscheidend ist (siehe hierzu bereits unter VII 3) (1)). Allerdings wurde bereits oben die Möglichkeit einer – zumindest teilweisen – Rechtfertigung des Eingreifens des Eigenkapitalersatzrechts auf eine englische Limited erörtert und positiv verbeschieden (siehe oben unter VII 3) (1)). Damit ist zwar nicht die Überführung der vorgenannten Regelungen ins Insolvenzrecht für deren Geltung ausschlaggebend, jedoch ist die Zuordnung des Eigenkapitalersatzrechts zur Insolvenzordnung der Klärung und Fortentwicklung der Rechtslage zuträglich und kann damit zu einem erleichterten Umgang mit einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft beitragen.

Folglich kann der Referentenentwurf/Regierungsentwurf auch hinsichtlich der Behandlung inländischer EU-Auslandsgesellschaften eine positive Wirkung entfalten.

(4) Missbrauch der Kapitalgesellschaft, Firmenbestattung

Des Weiteren beschäftigt sich der Referentenentwurf/Regierungsentwurf intensiv mit den Möglichkeiten zur Verhinderung des Missbrauchs der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft.

¹²⁴³ Siehe hierzu auch die Begründung des Referentenentwurfs, S. 86; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 134.

¹²⁴⁴ Zu diesem Schluss gelangt auch Römermann GmbH 2006, 673 ff.

Hierbei wurde vor allem auf die Situation der „Firmenbestattungen“ besonderes Augenmerk gerichtet.

Dabei ist es für eine Firmenbestattung kennzeichnend, dass seitens der Gesellschafter einer in der Krise befindlichen Kapitalgesellschaft der Versuch unternommen wird, sich einer drohenden ordentlichen Abwicklung zu entziehen. Hierfür werden in der Regel die Geschäftsanteile auf eine (i.d.R. natürliche) Person übertragen, die für eine Sitzverlegung sorgt, die Firma ändert und die Gesellschafter und Geschäftsführer der Gesellschaft austauscht. Zusätzlich verschwinden nicht selten die Geschäftsunterlagen. Infolgedessen wird es dann sowohl für die Insolvenzgerichte als auch für die Staatsanwältinnen oftmals sehr schwierig, die in diesem Zusammenhang begangenen Delikte zu verfolgen, ebenso wie den Gläubigern die Durchsetzung ihrer Ansprüche nahezu unmöglich wird¹²⁴⁵.

Um u.a. diesem Missbrauch der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft entgegenzuwirken, sind in dem Referentenentwurf/Regierungsentwurf dahingehende Änderungen der derzeitigen Rechtslage vorgesehen, dass (a) die Zustellung an die Gesellschaft erleichtert, (b) Maßnahmen für den Fall der Führungslosigkeit der Gesellschaft getroffen, (c) die Haftung bei einer Ausplünderung der Gesellschaft verschärft und (d) die Offenbarungspflicht hinsichtlich einschlägiger Vorstrafen der Geschäftsführer erweitert werden sollen¹²⁴⁶. Dabei weisen die nachfolgend zu erörternden Maßnahmen zur Missbrauchsbekämpfung und zur Verhinderung der Firmenbestattung teilweise Überschneidungen mit vorangegangenen Ausführungen und auch zu dem nachfolgenden Kapitel (5), in dem die geplanten Gesetzesänderungen bei der Insolvenzfähigkeit einer GmbH besprochen werden, auf. Dennoch wird im Folgenden auch – um einen Gesamtüberblick über die zur Missbrauchsbekämpfung geplanten Maßnahmen zu verschaffen – kurz auf diese Reformvorschläge eingegangen.

a) Darstellung des Referentenentwurfs/Regierungsentwurfs

(a) Erleichterung der Zustellung

Nach der derzeit geltenden Gesetzeslage wird eine Firmenbestattung dadurch begünstigt, dass bereits die Zustellung eines Schriftstücks/einer Willenserklärung an die Gesellschaft mit erheblichen Problemen verbunden und dadurch die Geltendmachung von Ansprüchen deutlich erschwert sein kann. Hat beispielsweise eine Gesellschaft ihr Geschäftslokal ohne die Angabe einer neuen Anschrift geschlossen und ist auch von ihren Vertretungsorganen keine zustellungsfähige Adresse bekannt, kann die Zustellung mangels zustellungsfähiger Adresse nahezu unmöglich werden.

aa) Inländische Geschäftsanschrift

Diesbezüglich ist in dem Referentenentwurf/Regierungsentwurf zur Abmilderung der oben angeführten Zustellungsschwierigkeiten gem. §§ 8 IV, 10 I 1 GmbHG-RefE/RegE eine Verpflichtung zur Eintragung einer inländischen Geschäftsanschrift in das Handelsregister vorgesehen. Dabei soll diese Pflicht nicht nur für inländische Gesellschaften, sondern gem. § 13e II 3 HGB-RefE/RegE auch für eine in Deutschland ansässige Zweigniederlassung einer EU-Auslandsgesellschaft gelten (siehe hierzu oben unter 2) (1) c) (b)). Hierüber soll das Vorhandensein einer zustellungsfähigen Adresse sichergestellt werden.

¹²⁴⁵ Vgl. hierzu m.w.N. Römermann GmbH 2006, 673 ff; Simon/Leuering NJW-Spezial 2006, 315 ff; Haas GmbH 2006, 729 ff; Seibert BB 2006, Heft 26, Die Erste Seite; Kleindiek ZGR 2007, 276 ff.

¹²⁴⁶ Seibert BB 2006, Heft 26, Die Erste Seite; Gesmann-Nuissl WM 2006, 1756 ff.

Ferner kann die Durchsetzung von Ansprüchen künftig auch dadurch erleichtert werden, dass durch das zum 1.1.2007 eingeführte elektronische Handelsregister die eingetragenen Anschriften grundsätzlich online eingesehen werden können und damit die Nachforschung nach einer zustellungsfähigen Anschrift erleichtert wird¹²⁴⁷.

Zusätzlich soll durch § 35 I 2 GmbHG-RefE bzw. § 35 II 3 GmbHG-RegE eine unwiderlegliche Vermutung begründet werden, wonach ein Geschäftsführer unter der eingetragenen Adresse erreicht werden und Schriftstücke zur Kenntnis nehmen kann. Insofern ist es nicht von Bedeutung, ob dem Erklärenden der dauerhafte Aufenthalt des Geschäftsführers im Ausland oder sein Untertauchen bekannt ist, da eine Zustellung an die benannte Adresse davon unberührt bleibt¹²⁴⁸.

Allerdings können Zustellungsprobleme dann nicht durch die oben angeführten Verbesserungsvorschläge beseitigt werden, wenn die Gesellschaft kein Geschäftslokal mehr führt, da Schriftstücke damit nicht mehr in den Machtbereich der Gesellschaft gelangen können und ein Zugang unmöglich wird¹²⁴⁹.

bb) Öffentliche Zustellung

Allerdings hat der Referentenentwurf/Regierungsentwurf auch dieses Problem erkannt und in § 15a HGB-RefE/RegE¹²⁵⁰ und § 185 ZPO-RefE/RegE¹²⁵¹ aufgegriffen. Danach soll dem oben beschriebenen Zustellungshindernis durch eine erleichterte öffentliche Zustellung begegnet werden. Eine solche soll bereits dann möglich sein, wenn weder unter der eingetragenen Anschrift noch an eine für Zustellungen empfangsberechtigte Person (hierzu bereits oben unter 2) (1) c) (c)) oder an eine ohne Ermittlung bekannte¹²⁵² andere inländische Anschrift eine Zustellung möglich ist¹²⁵³.

(b) Maßnahmen bei Führungslosigkeit der Gesellschaft

Des Weiteren sind in dem Referentenentwurf/Regierungsentwurf Regelungen vorgesehen, welche die – vor allem gläubigerschädigenden – Folgen der Führungslosigkeit einer Gesellschaft abfangen. Dabei ist eine Gesellschaft dann als führungslos zu bezeichnen, wenn sie kein Vertretungsorgan, d.h. bei einer deutschen GmbH keinen Geschäftsführer, mehr hat. Insofern wird nachfolgend auf die geplanten Neuregelungen zur aa) passiven Vertretungsbefugnis und unter bb) auf die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags eingegangen.

aa) Passive Vertretungsbefugnis

Gem. § 35 II 3 GmbHG-RefE, der – unter geringen sprachlichen Abweichungen – durch § 35 I 2 GmbHG-RegE in dem Regierungsentwurf übernommen wurde, ist die Einführung einer passiven Vertretungsmacht zur Beseitigung der negativen Folgen der Führungslosigkeit geplant. Danach

¹²⁴⁷ Unter www.unternehmensregister.de können wesentliche publikationspflichtige Daten eines Unternehmens online abgerufen werden.

¹²⁴⁸ Siehe hierzu Begründung des Referentenentwurfs, S. 57; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 97 f.

¹²⁴⁹ Begründung des Referentenentwurfs, S. 73; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 97 f; Breitenstein/Meyding BB 2006, 1457 ff.

¹²⁵⁰ § 15a HGB-RefE; § 15 HGB-ReGE; Begründung des Referentenentwurfs, S. 71 ff; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 115 ff; beachte allerdings, dass der Regierungsentwurf geringfügig von dem Referentenentwurf abweicht.

¹²⁵¹ § 185 ZPO-RefE; § 185 ZPO-RegE; Begründung des Referentenentwurfs, S. 77 ff; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 121 ff; beachte die geringfügige Abweichung in der Formulierung des Regierungsentwurfs („...Handelsregister eingetragene...“ statt „...Handelsregister ergebenden...“).

¹²⁵² Insofern soll keine Nachforschungspflicht bestehen; siehe hierzu auch die Begründung des Referentenentwurfs, S. 77 ff.

¹²⁵³ § 185 ZPO-RefE; Begründung des Referentenentwurfs, S. 77 ff.

wird eine Gesellschaft, wenn sie keinen Geschäftsführer hat (Führungslosigkeit) und ihr gegenüber eine Willenserklärung abzugeben ist oder ein Schriftstück zugestellt werden soll, durch jeden Gesellschafter – und wenn ein Aufsichtsrat bestellt worden ist, durch diesen – vertreten¹²⁵⁴.

Hintergrund dieser Modifikation ist u.a. der Umstand, dass eine Gesellschaft, die kein Vertretungsorgan besitzt, prozessunfähig ist und an eine prozessunfähige Personen gemäß § 170 I 2 ZPO keine Zustellung – auch keine öffentliche (s.o.) – bewirkt werden kann¹²⁵⁵.

bb) Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags

Ferner soll auch der gläubigerschädigenden Wirkung der Führungslosigkeit bei dem Vorliegen der Insolvenzreife einer Gesellschaft entgegengewirkt werden. Hierfür soll nach § 64 I GmbHG-RefE die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags dahingehend erweitert werden, dass hierzu jeder Gesellschafter bei dem Eintreten der Führungslosigkeit der Gesellschaft oder bei unbekanntem Aufenthalt des Geschäftsführers verpflichtet wird, außer wenn er von der Zahlungsunfähigkeit und der Führungslosigkeit der Gesellschaft in Unkenntnis ist¹²⁵⁶ (hierzu näher im folgenden Kapitel (5)).

Der Regierungsentwurf hält im Wesentlichen an der oben angeführten Pflicht fest. Allerdings sieht der Regierungsentwurf eine vollständige Verlegung der Insolvenzantragspflicht in einen neuen, neutral formulierten § 15a InsO-RegE vor, der darüber hinaus auch entsprechende Strafvorschriften enthält¹²⁵⁷.

(c) Haftung bei Ausplünderung der Gesellschaft

Des Weiteren ist in dem Referentenentwurf/Regierungsentwurf zur Vermeidung des Missbrauchs einer Kapitalgesellschaft eine Ausweitung des § 64 II GmbHG vorgesehen. Danach soll durch eine verstärkte Haftung der Geschäftsführer die Gefahr der Ausplünderung einer Gesellschaft reduzieren werden (siehe hierzu ausführlich im nachfolgenden Abschnitt (5)).

(d) Ergänzung der Bestellungshindernisse für Geschäftsführer

Darüber hinaus ist im Referentenentwurf/Regierungsentwurf zur Reduzierung der Missbrauchsgefahr eine – bereits oben unter 2) (1) b) ausführlich besprochene – Erweiterung des Bestellungsverbots nach § 6 GmbHG vorgesehen. Dabei soll es durch die Aufnahme weiterer Straftatbestände möglich werden, die Geschäftsführer stärker zu kontrollieren und dadurch eine bessere Gewähr für ein seriöses Geschäftsgebaren bieten zu können.

b) Eigene Stellungnahme

Nachdem die wesentlichen im Referentenentwurf/Regierungsentwurf vorgesehenen Maßnahmen zur Verhinderung des Missbrauchs einer Kapitalgesellschaft vorgestellt wurden, werden diese nachfolgend unter (a) bis (d) einer eigenen Stellungnahme unterzogen. Unter (e) erfolgt sodann eine Erörterung der Bedeutung der vorgenannten Änderungen für eine im Inland niedergelassene englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft.

¹²⁵⁴ Siehe hierzu § 35 II 3 GmbHG-RefE/§ 35 I 2 GmbHG-RegE; Begründung des Referentenentwurfs, S. 58; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 96 f; Breitenstein/Meyding BB 2006, 1457 ff.

¹²⁵⁵ Vgl. hierzu m.w.N. Römermann GmbHHR 2006, 673 ff.

¹²⁵⁶ § 64 I GmbHG-RefE; Begründung des Referentenentwurfs, S. 62 ff.

¹²⁵⁷ § 15a InsO-RegE; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 126 ff.

(a) Öffentliche Zustellung

Dabei sind die im Referentenentwurf/Regierungsentwurf enthaltenen Änderungsvorschläge zur Verbesserung der Zustellungsmöglichkeiten vollumfänglich zu begrüßen¹²⁵⁸.

Insbesondere bietet die erleichterte öffentliche Zustellung für die Gläubiger einen großen Vorteil, da hierüber unter unkomplizierten und klar feststellbaren Voraussetzungen (s.o.) an eine Gesellschaft, deren Geschäftsräume geschlossen sind und die postalisch nicht mehr zu erreichen ist, eine Zustellung bewirkt werden kann. Damit wird – entgegen der derzeitigen Rechtslage – eine Zustellung nicht mehr an dem Fehlen eines Briefkastens und der Abwesenheit einer zustellungsfähigen Person scheitern.

Des Weiteren muss der Gläubiger nach dem Referentenentwurf/Regierungsentwurf grundsätzlich keine Zustellung unter einer ausländischen Anschrift mehr versuchen bzw. den unbekanntem Aufenthaltsort des Schuldners beweisen. Ferner obliegen ihm keine Nachforschungspflichten, so dass in Abweichung von der derzeitigen Rechtslage die Notwendigkeit aufwändiger und zeitraubender Recherchen, z.B. nach einer Privatanschrift des Geschäftsführers oder dessen Wohnsitz im Ausland, entfällt. Insbesondere die hieraus resultierende Zeitersparnis kann dazu beitragen, den Zugriff der Gläubiger auf die Gesellschaft bzw. die handelnden Personen zu verbessern und damit einem eventuell geplanten Untertauchen zuvorzukommen. Dadurch kann sich die Wahrscheinlichkeit einer – zumindest teilweisen – Befriedigung aus dem noch vorhandenen Vermögen der Gesellschaft wesentlich erhöhen.

Ferner ist der Umstand positiv zu vermerken, dass eine Gesellschaft – auf Grund der erleichterten Möglichkeit einer öffentlichen Zustellung – faktisch dazu gezwungen wird, sich um die Aufrechterhaltung einer Anschrift zu kümmern. Diese Tatsache trägt erheblich zur Sicherung der Gläubigerinteressen bei, ohne die Gesellschaft über Gebühr zu belasten.

(b) Führungslosigkeit einer Gesellschaft

Darüber hinaus ist der Vorschlag zur Einführung einer passiven Vertretungsbefugnis der Gesellschafter bzw. eines bestehenden Aufsichtsrats gem. § 35 II 3 GmbHG-RefE/§ 35 I 2 RegE zu befürworten. Hierüber wird ein wesentlicher Schritt hin zur Sicherung der Gläubigerinteressen und zur Verhinderung des Missbrauchs einer Kapitalgesellschaft unternommen¹²⁵⁹.

Dabei ist die mit § 35 II 3 GmbHG-RefE/§ 35 I 2 RegE geplante Gesetzesänderung insbesondere deshalb zu unterstützen, weil die Praxis gezeigt hat, dass insolvente GmbHs oftmals keine Geschäftsführer mehr haben, da diese nicht selten bei einer drohenden Insolvenz ihr Amt niederlegen. Gleichzeitig lässt sich häufig kein neuer Geschäftsführer finden, da die aus dieser Position resultierende Verantwortung und das Haftungsrisiko infolge der Krise sehr hoch sind. Dieser Umstand führt nach der derzeitigen Gesetzeslage zu dem inakzeptablen Ergebnis, dass eine solche Gesellschaft wegen des Fehlens eines Vertretungsorgans prozessunfähig wird und damit keine Zustellung an sie bewirkt werden kann (§ 170 I 2 ZPO). Diese für die Gläubiger massiv benachteiligende Situation wird durch den Referentenentwurf/Regierungsentwurf korrigiert.

Auf die im Referentenentwurf/Regierungsentwurf gem. § 64 I GmbHG-RefE/§ 15a III InsO-RegE vorgesehene Maßnahme bei Führungslosigkeit einer Gesellschaft zum Zeitpunkt einer

¹²⁵⁸ So auch Triebel/Otte ZIP 2006, 1321 ff.

¹²⁵⁹ Vgl. hierzu m.w.N. Triebel/Otte ZIP 2006, 1321 ff.

Insolvenzantragspflicht wird im nachfolgenden Kapitel (5), das sich mit den Änderungen im Zusammenhang mit der Insolvenzreife der Gesellschaft befasst, ausführlich eingegangen.

(c) Haftung bei der Ausplünderung der Gesellschaft

Ebenso wird auch die in § 64 II GmbHG-RefE/§ 64 GmbH-RegE vorgesehene Ausweitung der Haftung eines Geschäftsführers wegen Ausplünderung einer Gesellschaft erst im folgenden Kapitel (5) bewertet.

(d) Ergänzung der Bestellungshindernisse für einen Geschäftsführer

Ferner kann hinsichtlich der im Referentenentwurf/Regierungsentwurf vorgesehenen Änderungen des § 6 GmbHG auf die bereits oben unter 2) (1) b) vorgenommenen ausführlichen Erörterungen verwiesen werden.

(e) Auswirkungen der vorgenannten Änderungen auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft

Des Weiteren sind die vorgenannten Änderungen auch im Hinblick auf eine in Deutschland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft positiv zu bewerten. Diesbezüglich ist allerdings hinsichtlich der Änderungen des § 64 I, II GmbHG auf das nachfolgende Kapitel (5) und bezüglich der Modifikationen im Zusammenhang mit den Ausschlussgründen für die Bestellung als Geschäftsführer auf das vorangegangene Kapitel 2) (1) b) zu verweisen. Damit wird in diesem Abschnitt nur auf die Bedeutung der öffentlichen Zustellung gem. § 15a HGB-RefE/RegE¹²⁶⁰ und gem. § 185 ZPO-RefE/RegE¹²⁶¹ sowie auf die Einführung einer passiven Vertretungsmacht gem. § 35 II 3 GmbHG-RefE/§ 35 I 2 GmbH-RegE¹²⁶² für eine in Deutschland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft eingegangen.

Dabei ist von der Anwendbarkeit der im Referentenentwurf/Regierungsentwurf vorgesehenen Neuregelungen der öffentlichen Zustellung auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft auszugehen. Hierbei handelt es sich um Verfahrensrecht, wofür grundsätzlich das Recht desjenigen Landes einschlägig ist, in dem das Verfahren – vorliegend die Zustellung – erfolgen soll. Ferner kann auch durch die Geltung der vorgenannten Regelungen nicht von einer Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit ausgegangen werden, da diese weder den Marktzutritt verhindern noch wesentlich erschweren (siehe zur Anwendbarkeit der Keck-Rechtsprechung auf die Niederlassungsfreiheit oben unter Kapitel II 3)). Damit können die oben unter (a) aufgeführten positiven Folgen der erleichterten öffentlichen Zustellung auch bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft eintreten.

Dahingegen ist die Geltung des § 35 II 3 GmbHG-RefE/§ 35 I 2 GmbH-RegE auf eine in Deutschland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft nicht ohne weiteres zu bejahen. § 35 II 3 GmbHG-RefE/§ 35 I 2 GmbH-RegE betrifft die Vertretungsverhältnisse innerhalb einer Gesellschaft, die dem Gesellschaftsstatut zuzurechnen sind. Hierfür ist jedoch auf Grund der Geltung der Gründungstheorie das Heimatrecht der Gesellschaft und damit bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited das englische Recht einschlägig. Allerdings ist gerade die Einführung des § 35 II 3 GmbHG-RefE/§ 35 I 2 GmbH-RegE für die Verwirklichung des Gläubigerschutzes – und damit europarechtlich anerkannter zwingender Gründe des Allgemeinwohls – elementar, insbesondere da diese Regelungen infolge des § 170 I 2 ZPO einen

¹²⁶⁰ § 15a HGB-RefE; Begründung des Referentenentwurfs, S. 71 ff.

¹²⁶¹ § 185 ZPO-RefE; Begründung des Referentenentwurfs, S. 77 ff.

¹²⁶² Siehe hierzu § 35 II 3 GmbHG-RefE/§ 35 I 2 GmbH-RegE; Begründung des Referentenentwurfs, S. 58; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 96 f; Breitenstein/Meyding BB 2006, 1457 ff.

grundlegenden Beitrag zur Sicherstellung einer Zustellungsmöglichkeit an eine Gesellschaft leisten (siehe hierzu bereits oben unter a) (b) aa)). Da die Regelung gleichmäßig und damit diskriminierungsfrei auf in- und ausländische Gesellschaftsformen Anwendung finden würde und darüber hinaus zur Erreichung der vorgenannten Ziele – Erhöhung des Gläubigerschutzes und Verhinderung des Missbrauchs der Rechtsform der Kapitalgesellschaft (hierzu ausführlich oben unter (b)) – geeignet und erforderlich ist, muss die Anwendung des § 35 II 3 GmbHG-RefE/§ 35 I 2 GmbH-RegE auf eine inländische englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft als gerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit möglich sein. Ob allerdings der EuGH dieser Auslegung folgen wird, bleibt abzuwarten.

(5) Insolvenzzreife

Des Weiteren sind im Referentenentwurf/Regierungsentwurf wesentliche Änderungen im Zusammenhang mit der Insolvenzzreife einer Gesellschaft vorgesehen. Insofern wird nachfolgend auf § 64 I, II GmbHG-RefE, der im Wesentlichen durch § 64 GmbHG-RegE und § 15a InsO-RegE übernommen wurde¹²⁶³, eingegangen¹²⁶⁴.

a) Referentenentwurf/Regierungsentwurf

(a) Insolvenzantragspflicht, § 64 I GmbHG

Hinsichtlich § 64 I GmbHG ist durch den Referentenentwurf eine dahingehende Änderung vorgesehen, dass durch eine Umgestaltung des Satzes 2 jeder Gesellschafter im Fall der Führungslosigkeit oder bei unbekanntem Aufenthalt des Geschäftsführers zur Stellung eines Insolvenzantrags verpflichtet sein soll, außer wenn er von der Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung (§ 64 I 3 GmbHG-RefE) und der Führungslosigkeit in Unkenntnis ist¹²⁶⁵.

Der Regierungsentwurf hat den vorgenannten Änderungsvorschlag inhaltlich nahezu unverändert übernommen. Da jedoch nach dem Regierungsentwurf die Insolvenzantragspflicht insgesamt in die Insolvenzordnung verlegt werden soll, kann die oben angeführte Verpflichtung in § 15a III InsO-RegE wiedergefunden werden¹²⁶⁶.

Des Weiteren enthält der Regierungsentwurf insoweit eine Erweiterung gegenüber dem Referentenentwurf, als in § 15a IV, V InsO-RegE die Einführung von Strafvorschriften zur Sanktionierung von Verstößen gegen die Antragspflicht vorgesehen ist¹²⁶⁷.

Ferner soll § 15 I InsO als Konsequenz der den Gesellschaftern nach § 64 I 2 GmbHG-RefE/§ 15a III InsO-RegE auferlegten Verpflichtung zur Antragsstellung dahingehend geändert

¹²⁶³ Siehe hierzu § 64 GmbHG-RegE; § 15a InsO-RegE; Begründung des Regierungsentwurfs, S.105 ff, 126 ff.

¹²⁶⁴ Insofern plädieren Burgard/Gundlach ZIP 2006, 1568 ff für die Einführung einer Insolvenzkosten-Pflichtversicherung für alle Gewerbetreibenden. Hierüber soll es nach ihrer Ansicht möglich sein, die Ablehnung einer Insolvenzverfahrenseröffnung mangels Masse sowie die Einstellung mangels Masse zu verhindern; ferner hat sich Haas in GmbHR 2006, 505 ff für eine verbesserte Durchsetzung der Gläubigeransprüche bei einer masselosen Insolvenz ausgesprochen. Insbesondere soll einem Insolvenzverwalter leichter gem. § 116 I Nr. 1 ZPO Prozesskostenhilfe gewährt werden und ihm auch bei Masseunzulänglichkeit stets die Durchsetzung von Ansprüchen gegen die Gesellschaft/Gesellschafter/Gesellschaftsorgane zu Gunsten der Gläubigersamtheit zustehen.

¹²⁶⁵ § 64 I GmbHG-RefE; Begründung des Referentenentwurfs, S. 62 f; Römermann GmbHR 2006, 673 ff; Seibert BB 2006, Heft 26, Die Erste Seite; Simon/Leuring NJW-Spezial 2006, 315 ff; Haas GmbHR 2006, 729 ff; Breitenstein/Meyding BB 2006, 1457 ff.

¹²⁶⁶ § 15a InsO-RegE; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 126 ff.

¹²⁶⁷ § 15a InsO-RegE; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 128 ff.

werden, dass nicht nur – wie nach derzeitiger Gesetzeslage – jedes Mitglied des Vertretungsorgans einer Kapitalgesellschaft, sondern auch jeder Gesellschafter zur Stellung eines Insolvenzantrags berechtigt ist¹²⁶⁸. Anderenfalls würde die oben angeführte Antragspflicht leer laufen.

(b) Massesicherung, § 64 II GmbHG

Zusätzlich ist im Referentenentwurf/Regierungsentwurf über eine Erweiterung des § 64 II GmbHG ein verbesserter Schutz der Kapitalgesellschaft vor Ausplünderungen vorgesehen.

Danach werden gem. § 64 II GmbHG-RefE, der im Grunde inhaltsgleich in § 64 GmbHG-RegE übernommen wurde, die Geschäftsführer zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die sie an die Gesellschafter geleistet haben und durch welche (Referentenentwurf) bzw. soweit (Regierungsentwurf) die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft herbeigeführt wurde (Referentenentwurf) bzw. werden musste (Regierungsentwurf). Allerdings soll dann keine Erstattungspflicht eintreten, wenn die vorgenannten Folgen auch bei der Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns nicht erkennbar waren¹²⁶⁹.

b) Eigene Stellungnahme

Nachdem nur die hinsichtlich des § 64 I, II GmbHG geplanten Änderungen dargestellt wurden, werden diese anschließend einer eigenen Stellungnahme unterzogen.

(a) § 64 I GmbHG-RefE/§ 15a InsO-RegE

Dabei ist die Erweiterung der Insolvenzantragspflicht in § 64 I GmbHG-RefE/§ 15a III InsO-RegE vollumfänglich zu unterstützen¹²⁷⁰, da hierdurch eine wesentliche Stärkung des Gläubigerschutzes erreicht werden kann, indem die Gesellschafter selbst im Wege der Ersatzzuständigkeit¹²⁷¹ in die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags genommen werden¹²⁷².

Durch diese Änderung wird es möglich, die Umgehung der Antragspflicht einzudämmen. Darüber hinaus wird zusätzlich für Gesellschafter durch ihre Ersatzzuständigkeit ein Anreiz geschaffen, ordnungsgemäße Vertreter für die Gesellschaft zu bestellen. Die Gesellschafter dürfen zwar die Geschäftsleitung an die Geschäftsführer delegieren, allerdings sind sie nicht dazu berechtigt, die Gesellschaft zum Schaden des Rechtsverkehrs führungslos zu belassen¹²⁷³.

Des Weiteren führen § 64 I GmbHG-RefE/§ 15a III InsO-RegE auch zu keiner übermäßigen Belastung der Gesellschafter, da sie nach dem Referentenentwurf/Regierungsentwurf nur dann zur Antragsstellung verpflichtet sein sollen, wenn sie von der Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung und Führungslosigkeit Kenntnis¹²⁷⁴ haben. Will sich allerdings ein Gesellschafter auf seine fehlende Kenntnis berufen, trifft ihn die volle

¹²⁶⁸ § 15 InsO-RefE/RegE; Begründung des Referentenentwurfs, S. 82; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 126.

¹²⁶⁹ § 64 II GmbHG-RefE; Begründung des Referentenentwurfs, S. 63 ff; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 105 ff; Seibert BB 2006, Heft 26, Die Erste Seite; Simon/Leuring NJW-Spezial 2006, 315 ff; Römermann GmbHG 2006, 673 ff; Dierksmeier/Scharbert BB 2006, 1517 ff.

¹²⁷⁰ Vgl. hierzu m.w.N. Triebel/Otte ZIP 2006, 1321 ff.

¹²⁷¹ D.h. die Verpflichtung ist nur subsidiärer Natur.

¹²⁷² Begründung des Referentenentwurfs, S. 62 f; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 127 ff.

¹²⁷³ Begründung des Referentenentwurfs, S. 63; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 127 ff.

¹²⁷⁴ Dabei ist unter Kenntnis nur die positive Kenntnis zu verstehen. Dahingegen ist ein Kennenmüssen grundsätzlich nicht ausreichend, außer wenn sich der Gesellschafter bewusst dem entsprechenden Wissen verschließt. Siehe hierzu Begründung des Referentenentwurfs, S. 63.

Beweislast¹²⁷⁵. Dadurch kann der Gläubigerschutz zusätzlich gestärkt werden, so dass auch dieser Umstand uneingeschränkt zu begrüßen ist.

Insbesondere ist die im Regierungsentwurf vorgesehene Überführung der Insolvenzantragspflicht in die Insolvenzordnung umfänglich zu begrüßen. Die derzeitige Einordnung der Antragspflicht in die einzelnen Gesellschaftsrechtsgesetze ist historisch und nicht durch eine dogmatische, bewusste Entscheidung bedingt. Da jedoch die Insolvenzantragspflicht nach ihrem Sinn und Zweck – Einleitung des Insolvenzverfahrens, Schutz der Altgläubiger vor weiterer Verringerung der Haftungsmasse, Schutz der Neugläubiger vor einem Vertragsschluss mit einer notleidenden Gesellschaft – dem Insolvenzrecht wesentlich näher ist, ist der im Regierungsentwurf getroffenen Entscheidung zuzustimmen. Ferner weist die Insolvenzantragspflicht eine enge Verbindung zu dem Insolvenzantragsrecht auf, das bereits in der Insolvenzordnung geregelt ist¹²⁷⁶.

Darüber hinaus ist die § 15a VI, V InsO-RegE vorgesehene Zusammenfassung der strafrechtlichen Vorschriften¹²⁷⁷ und deren Erstreckung auf die Ersatzantragspflicht der Gesellschafter bzw. Aufsichtsratsmitglieder uneingeschränkt zu begrüßen. Hierüber kann – u.a. auch durch die rechtsformneutrale Ausgestaltung – die Sicherstellung der Antragspflicht wesentlich verbessert werden¹²⁷⁸.

(b) § 64 II GmbHG-RefE/§ 64 GmbHG-RegE

Darüber hinaus ist die Modifikation des § 64 II GmbHG durch den Referentenentwurf/Regierungsentwurf positiv zu bewerten, da hierüber eine Verbesserung des Schutzes der Gesellschaftsgläubiger vor Vermögensverschiebungen zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern erfolgen kann. § 64 II 3 GmbHG-RefE/§ 64 3 GmbHG-RegE dämmt den Abzug von Vermögenswerten, welche die Gesellschaft bei objektiver Betrachtung¹²⁷⁹ zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt¹²⁸⁰, ein und kann zusätzlich verhindern, dass einer Gesellschaft bei einer sich abzeichnenden Zahlungsunfähigkeit endgültig Mittel entzogen werden¹²⁸¹.

Ferner können durch die Änderung des § 64 II GmbHG andere Schutzinstrumente – insbesondere § 30 I GmbHG – ergänzt und der Gläubigerschutz nachhaltig verbessert werden. Denn während § 30 I GmbHG nur diejenigen Zahlungen erfasst, die das zur Erhaltung des

¹²⁷⁵ Hierfür muss der Gesellschafter darlegen, dass er die Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung und Geschäftsführerlosigkeit nicht kannte. Dabei ist der Gesellschafter nicht bereits dann von seiner Antragspflicht befreit, wenn ihm eines der vorgenannten Elemente unbekannt war. Hat ein Geschäftsführer von einer dieser Tatsachen Kenntnis, gibt dieser Umstand ausreichend Anlass, hinsichtlich der anderen Tatsachen Nachforschungen anzustellen. Insbesondere ergeben sich für den Gesellschafter auf Grund des § 51a GmbHG grundsätzlich keine Informationshindernisse; siehe hierzu auch die Begründung des Referentenentwurfs, S. 63; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 128.

¹²⁷⁶ Siehe hierzu auch die Begründung des Regierungsentwurfs, S. 126 f.

¹²⁷⁷ Siehe hierzu noch Bittermann GmbHR 2007, 70 ff, der die strafrechtlichen Probleme im Zusammenhang mit dem Zuzug EU-ausländischer Gesellschaften nach Deutschland erörtert hat.

¹²⁷⁸ Siehe hierzu auch die Begründung des Regierungsentwurfs, S. 128.

¹²⁷⁹ Insofern weist die Neuerungen eine gewisse Parallelen zu einem so genannten „solvency test“ auf; siehe hierzu Marx DZWIR 2006, 401 ff.

¹²⁸⁰ Damit erfasst der Entwurf Teilbereiche, die unter die Existenzvernichtungshaftung fallen können. Allerdings setzt der Entwurf – anders als die Existenzvernichtungshaftung – nicht bei dem Empfänger der Leistungen, sondern bei dem Geschäftsführer an. Dabei beabsichtigt der Referentenentwurf keine abschließende Regelung der Existenzvernichtungshaftung, da keiner weiteren Rechtsfortbildung vorgegriffen werden soll; vgl. hierzu Begründung des Referentenentwurfs, S. 64; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 106.

¹²⁸¹ Dabei ist der Begriff Zahlung – wie bereit bei § 64 II 1 GmbHG – nicht auf reine Geldleistung beschränken, sondern umfasst auch sonstige Leistungen zu Lasten des Gesellschaftsvermögens; siehe hierzu Begründung des Referentenentwurfs, S. 64; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 106.

Stammkapitals erforderliche Gesellschaftsvermögen betreffen, können über § 64 II GmbHG-RefE/§ 64 GmbHG-RegE auch Zahlungen verhindert bzw. ausgeglichen werden, die nicht das Stammkapital berühren, aber dennoch zu einer Zahlungsunfähigkeit führen. Zwar enthalten auch die §§ 129 ff InsO und das Anfechtungsgesetz einen ausführlichen Katalog anfechtbarer Rechtshandlungen, allerdings unterliegen diese Normen teilweise kurzen Verjährungsfristen und der Nachweis der Tatbestandsvoraussetzungen ist oftmals schwierig, so dass § 64 II GmbHG-RefE/§ 64 GmbHG-RegE einen umfassenderen Schutz bietet¹²⁸². Insbesondere auf Grund der geplanten Absenkung des Mindeststammkapitals stellt § 64 II GmbHG-RefE/§ 64 GmbHG-RegE eine sinnvolle Ergänzung des Gläubigerschutzes dar.

Des Weiteren sind der Anwendungsbereich des § 64 II GmbHG-RefE/§ 64 GmbHG-RegE eng begrenzt und die Tatbestandsvoraussetzungen klar erkennbar, so dass ein Geschäftsführer durch die vorgesehenen Änderungen nicht unzumutbar belastet wird. Ein Geschäftsführer ist zwar grundsätzlich an die Weisungen der Gesellschafter gebunden, jedoch endet seine Weisungsgebundenheit dort, wo er seine gesetzlichen Verpflichtungen verletzen und er sich selbst ersatzpflichtig machen würde. Dementsprechend kann sich ein Geschäftsführer gem. 64 II i.V.m. § 43 III GmbHG nicht durch die Berufung auf einen Gesellschafterbeschluss seiner Verantwortung entziehen, sondern er muss, wenn von ihm eine Handlung gefordert wird, die zu einem Verstoß i.S.d. § 64 II GmbHG führen würde, die Befolgung der Weisung verweigern¹²⁸³.

(c) Auswirkung der Änderungen des § 64 GmbHG auf den Zuzug englischer Limiteds

Allerdings wird eine Verschärfung des § 64 I, II GmbHG keinen Rückgang des Zuzugs englischer Limiteds nach Deutschland bewirken können, da zusätzliche Pflichten und Haftungsrisiken die Attraktivität einer deutschen GmbH im Vergleich zu einer ausländischen Rechtsform/englischen Limited nicht steigern.

Dennoch sind die Änderungen des § 64 I, II GmbHG auch hinsichtlich einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited zu begrüßen. Wie anhand der anschließend unter aa) und bb) erfolgenden Erörterung nachgewiesen wird, können § 64 I GmbHG-RefE/§ 15a InsO-RegE und § 64 II GmbHG-RefE/§ 64 GmbHG-RegE auch auf eine inländische Auslandsgesellschaften zur Anwendung gelangen. Damit können die geplanten Änderungen bei einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft ebenfalls eine deutliche Verbesserung des Gläubigerschutzes bewirken (siehe hierzu die oben unter (a) und (b) angeführten Argumente) und ein Gegengewicht zu den teilweise geringeren Gründungsanforderungen in den anderen Mitgliedstaaten schaffen¹²⁸⁴.

aa) Anwendbarkeit des § 64 I GmbHG-RefE/§ 15a InsO-RegE auf eine EU-Auslandsgesellschaft

Dabei folgt die Anwendbarkeit des § 64 I GmbHG-RefE/§ 15a InsO-RegE auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft daraus, dass sich die Geltung der vorgenannten Norm europarechtlich rechtfertigen lässt.

¹²⁸² Begründung des Referentenentwurfs, S. 64; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 105 f.

¹²⁸³ Begründung des Referentenentwurfs, S. 64.

¹²⁸⁴ Begründung des Referentenentwurfs, S. 65; allerdings weist Rönnau ZGR 2005, 832 ff in Bezug auf den Referentenentwurf zu Recht darauf hin, dass die – gem. § 84 GmbHG strafbewehrte – Insolvenzantragspflicht bei einer im Inland domicilierenden Auslandsgesellschaft nicht entsprechend geschützt ist, da die Strafvorschriften infolge des Analogieverbotes nicht eingreifen. Allerdings sieht der Regierungsentwurf diesbezüglich eine entscheidende Verbesserung vor, da die Strafvorschriften in den neu geschaffenen § 15a InsO-RegE übergeführt werden und hierbei eine neutrale Ausgestaltung erfahren sollen.

Eine europarechtliche Rechtfertigung ist auch erforderlich, weil § 64 I GmbHG-RefE/§ 15a InsO-RegE – unabhängig von einer Zuordnung zum Gesellschafts- oder Insolvenzrecht – zu einer Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit führen kann, da der Geschäftsführer bzw. Gesellschafter einer zuziehenden Gesellschaft hierüber mit der Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags belastet wird.

Allerdings dient die Antragspflicht dem Gläubigerschutz und kommt europarechtlich anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeinwohls zugute. Insbesondere fördert auch die Antragspflicht der Gesellschafter den Gläubigerschutz, da hierüber erhebliche Schutzlücken bei Eintritt der Führungslosigkeit der Gesellschaft oder bei ungewissem Aufenthalt des Geschäftsführers geschlossen werden können. Des Weiteren wird die Anwendung des § 64 I GmbHG-RefE/§ 15a InsO-RegE gleichmäßig und damit diskriminierungsfrei auf in- und ausländische Rechtsformen erfolgen. Ferner ist die für § 64 I GmbHG geplante Änderung zur Erreichung des Gläubigerschutzes geeignet und erforderlich. Durch die Ausweitung der Insolvenzantragspflicht auf die Gesellschafter einer insolvenzreifen führungslosen Gesellschaft bzw. auf eine Gesellschaft, deren Geschäftsführer auf Grund unbekanntem Aufenthalts nicht greifbar sind, kann die Umgehung der Antragspflicht eingedämmt und ein Anreiz zur Bestellung ordnungsgemäßer Vertreter geschaffen werden (s.o.). Des Weiteren kann hierüber die ungehinderte Fortführung des Geschäftsbetriebs der Gesellschaft auf Kosten der Gläubiger unterbunden werden. Darüber hinaus stehen zur Erreichung der vorgenannten Ziele keine mildereren, gleichermaßen erfolversprechenden, Mittel zur Verfügung. Die Erweiterung des § 64 I GmbHG auf die Gesellschafter einer insolvenzreifen Gesellschaft ist auch verhältnismäßig, da der einzelne Gesellschafter dann nicht in die Pflicht genommen werden kann, wenn er hinsichtlich der Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung und der Führungslosigkeit in Unkenntnis ist.

Damit kann die Anwendung des § 64 I GmbHG-RefE/§ 15a InsO-RegE auf eine EU-Auslandsgesellschaft als gerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit eingeordnet werden.

bb) § 64 II GmbHG

Ferner wird bereits in der Begründung des Referentenentwurfs¹²⁸⁵/Regierungsentwurfs¹²⁸⁶ die Frage nach der Geltung des § 64 II GmbHG-RefE/§ 64 GmbHG-RegE auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft angesprochen und positiv verbeschieden. § 64 II GmbHG-RefE/§ 64 GmbHG-RegE weise einen starken insolvenzrechtlichen Bezug auf, der die insolvenzrechtliche Qualifikation der Norm ermögliche¹²⁸⁷. Des Weiteren sei gem. Art. 3, 4 EuInsVO dann das deutsche Insolvenzrecht über das Vermögen einer ausländischen Gesellschaft anzuwenden, wenn diese ihren Tätigkeitsmittelpunkt in Deutschland habe. Da dies bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft regelmäßig der Fall sei, müsse nach der Begründung des Referentenentwurfs/Regierungsentwurfs von der Geltung des § 64 II GmbHG-RefE/§ 64 GmbHG-RegE ausgegangen werden¹²⁸⁸.

Dem ist vom Ergebnis her zuzustimmen. Allerdings kann allein die insolvenzrechtliche Einordnung einer Norm nicht deren Anwendbarkeit auf eine EU-Auslandsgesellschaft abschließend begründen, da es hierfür maßgeblich auf die Vereinbarkeit der jeweiligen Norm mit dem höherrangigen Europarecht ankommt. Nur wenn die Norm zu keinem – bzw. zu einem gerechtfertigten – Eingriff in die jeweilige Freiheit führt, ist ihre Geltung möglich.

¹²⁸⁵ Begründung des Referentenentwurfs, S. 65.

¹²⁸⁶ Begründung des Regierungsentwurfs, S. 107 f.

¹²⁸⁷ Begründung des Referentenentwurfs, S. 65; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 107 f.

¹²⁸⁸ Begründung des Referentenentwurfs, S. 65; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 107 f.

Da § 64 II GmbHG-RefE/§ 64 GmbHG-RegE durch die Auferlegung zusätzlicher Pflichten/Haftungsrisiken zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit führen kann, ist § 64 II GmbHG-RefE/§ 64 GmbHG-RegE auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft nur anwendbar, wenn die vorgenannten Normen europarechtlich gerechtfertigt werden können. Davon ist jedoch – ebenso wie bei dem derzeit geltenden § 64 II GmbHG – auszugehen.

Die Ausweitung des § 64 II GmbHG führt zu einer wesentlichen Verbesserung des Gläubigerschutzes und kommt damit europarechtlich anerkannten zwingenden Gründe des Allgemeinwohls zugute. Des Weiteren erfolgt die Anwendung gleichermaßen auf in- und ausländische Gesellschaftsformen, so dass eine diskriminierungsfreie Geltung sichergestellt ist. Ferner ist die Ergänzung des § 64 II GmbHG durch den Referentenentwurf/Regierungsentwurf zur Verbesserung des Gläubigerschutzes geeignet und erforderlich. § 64 II GmbHG-RefE/§ 64 GmbHG-RegE kann vor einer Ausplünderung der Gesellschaft bewahren bzw. auf Grund der Haftung des Geschäftsführers deren Folgen kompensieren und dadurch den Gläubigern die Masse erhalten. § 64 II GmbHG-RefE/§ 64 GmbHG-RegE stellt auch das mildeste Mittel dar, da eine Inanspruchnahme ausschließlich in dringenden Fällen (Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit) und nur dann, wenn das Verhalten nicht der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns entspricht, erfolgt. Ferner enthält die Vorschrift selbst einen Ausnahmetatbestand, bei dessen Erfüllung die Haftung des Geschäftsführers ausgeschlossen ist, so dass die Vorschrift dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung trägt.

cc) Resümee

Damit ist abschließend festzustellen, dass sowohl § 64 I GmbHG-RefE/§ 15a InsO-RegE als auch § 64 II GmbHG-RefE/§ 64 GmbHG-RegE auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft zur Anwendung gelangen können.

Hierbei ist insbesondere die in § 15a IV, V InsO-RegE geplante Einführung rechtsformneutral formulierter Straftatbestände zur Sicherstellung der Insolvenzantragspflicht zu begrüßen. Hierüber können diejenigen Schutzdefizite behoben werden, die nach der derzeitigen Rechtslage bestehen, weil z.B. § 84 GmbHG auf Grund seiner rechtsformbezogenen Formulierung und wegen des Analogieverbotes im Strafrecht nicht auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft zur Anwendung gelangen kann.

Allerdings wäre es aus Gründen der Rechtssicherheit und Übersichtlichkeit wünschenswert, wenn § 64 GmbHG-RegE noch um einen Satz ergänzt würde, in dem die Anwendbarkeit der Norm auf eine im Inland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft festgestellt wird.

3) Abschließende Stellungnahme zum Referentenentwurf/Regierungsentwurf

(1) Positive und negative Aspekte des Referentenentwurfs/Regierungsentwurfs

Nachdem die wesentlichen im Referentenentwurf/Regierungsentwurf zum MoMiG geplanten Änderungen dargestellt wurden, werden diese einer abschließenden Stellungnahme unterzogen. Dabei können die geplanten Modifikationen grundsätzlich als ein Schritt in die richtige Richtung gewertet werden, auch wenn teilweise eine noch umfangreichere Reform wünschenswert ist.

Dabei sind zunächst die vorgesehenen Erleichterungen bei der Gründung und dem Betrieb einer Gesellschaft als positiv zu werten. Hierfür können u.a. die im Referentenentwurf/Regierungsentwurf geplante Absenkung des Mindestkapitals, die Einführung eines Mustergesellschaftsvertrags und die Beschleunigung der Eintragung durch den Verzicht auf die Vorlage einer Genehmigung angeführt werden. Allerdings können diese Änderungsvorschläge insbesondere in Bezug auf die geplante Absenkung des Mindestkapitals noch weiter optimiert werden, worauf bereits oben unter 2) (1) a) hingewiesen wurde. Ferner sind die vorgesehenen Erleichterungen bei der Anteilsübertragung und der Befugnis zur Sitzverlegung ins Ausland zu begrüßen. Des Weiteren kommen dem GmbH-Recht auch die Stärkung der Funktion der Gesellschafterliste und die damit einhergehende Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs von Gesellschaftsanteilen zugute, wobei auch insofern Verbesserungen erforderlich und möglich sind, worauf unter 2) (2) b) eingegangen wurde. Darüber hinaus ist sowohl die Beseitigung der Rechtsunsicherheit bei der Finanzierung über das Cash-Pooling als auch der Versuch zur Vereinfachung des Eigenkapitalersatzrechts zu unterstützen. Zusätzlich sind die Maßnahmen zur Verhinderung des Missbrauchs der Rechtsform der GmbH und hierbei insbesondere die gelungene Modifikation zur Unterbindung von Firmenbestattungen und zur Behebung der bei führungslosen Gesellschaften auftretenden Probleme zu begrüßen.

Allerdings kann das MoMiG hinsichtlich des Zuzugs EU-ausländischer Gesellschaften/englischer Limiteds nach Deutschland keine umfassend befriedigende Lösung bieten. Insbesondere ist über die im Referentenentwurf/Regierungsentwurf vorgesehenen Änderungen keine Durchsetzung der deutschen GmbH gegenüber ihren EU-ausländischen Konkurrenten zu erwarten und das MoMiG kann keine wesentliche Klärung dazu liefern, wie bei einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft die nationalen Interessen hinreichend gewahrt werden können.

Damit ist zu befürchten, dass die deutsche GmbH durch das MoMiG stärker als bisher eine Zwischenstellung einnehmen wird. Denn die deutsche GmbH wird auch durch die geplanten Modifikationen weder einen umfassenden Gläubigerschutz bieten noch sich im Vergleich zu einer EU-Auslandsgesellschaft als überwiegend vorteilhaft präsentieren können. Hierfür kann als Beispiel auf die Absenkung des Mindestkapitals verwiesen werden. Hierdurch wird noch weniger als bisher ein ernsthafter Ausgleich zu der beschränkten Haftung erreicht, da bereits einzelne Anschaffungen des Anlagevermögens (z.B. Kauf einer Computeranlage) das Mindestkapital aufzehren und die bei einem normalen Geschäftsbetrieb entstehenden Forderungen in Kürze einen Betrag von 10.000 Euro übersteigen können. Dahingegen bieten manche ausländische Rechtsformen wie z.B. die englische Limited einen vollständigen Verzicht auf die Aufbringung eines Mindestkapitals und bleiben damit in diesem Punkt weiterhin attraktiver. Diesbezüglich ist zwar im Regierungsentwurf durch die Einführung einer Unternehmergesellschaft die Schaffung einer GmbH-Variante geplant, die ebenfalls auf die Aufbringung eines Mindestkapitals verzichtet. Allerdings kann die Unternehmergesellschaft für einen Gesellschaftsgründer Nachteile u.a. im organisatorischem Bereich durch eine gegebenenfalls auftretende Notwendigkeit zu einer Umfirmierung aufweisen – siehe hierzu oben unter 2) (1) a) (b) bb) –, so dass trotz dieser geplanten Änderung einer ausländischen Rechtsform der Vorzug gegeben werden könnte.

(2) Lösungsvorschlag

Damit wird u.a. durch das vorgenannte Beispiel deutlich, dass das Recht der deutschen GmbH zur Sicherstellung ihrer Konkurrenzfähigkeit noch weiter reformiert werden muss.

Dabei könnte sich das GmbH-Recht entweder durch einen sehr hohen Sicherheitsstandard und damit einen bestmöglichen Gläubigerschutz von den konkurrierenden ausländischen Rechtsformen abheben und auszeichnen oder es sollte durch eine gründungsfreundliche Gestaltung überzeugen, die in ihrer Einfachheit dem ausländischen und hierbei insbesondere dem englischen Recht nicht nachsteht.

Da eine Verschärfung des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts auf Grund der Europäisierung und der Stärkung der Niederlassungsfreiheit nicht erfolgversprechend ist, da hierdurch eine verstärkte Verwendung ausländischer Rechtsformen zu erwarten wäre, muss das Kapitalgesellschaftsrecht noch stärker vereinfacht werden. Hierbei sollten insbesondere Teilerleichterungen – wie sie z.B. im Referentenentwurf für das gesetzliche Mindestkapital vorgesehen sind – vermieden werden, vor allem wenn das ausländische und speziell das englische Recht geringere Anforderungen aufgestellt hat und die strengeren deutschen Regelungen keinen wesentlichen Vorteil – z.B. unter dem Aspekt des Gläubigerschutzes – bieten. Anderenfalls ist nicht zu erwarten, dass sich ein Gesellschaftsgründer, der sich bereits für eine ausländische Rechtsform interessiert, doch noch für eine inländische Rechtsform entscheiden wird.

Folglich sollte das GmbH-Recht noch weiter – näher zu den einzelnen Vorschlägen bereits oben bei der Besprechung der einzelnen Änderungsmaßnahmen – vereinfacht werden, um hierüber die Entscheidungsfreude der Gründer zu Gunsten einer deutschen GmbH zu beeinflussen. Gleichzeitig müsste z.B. das deutsche Gesellschafts- und Insolvenzrecht dahingehend abgerundet werden, dass es – beispielsweise in Anlehnung an das englische Recht – einen Ausgleich für eine erleichterte Gründung liefern kann. Damit ist der Referentenentwurf/Regierungsentwurf zum MoMiG ein guter Anfang auf dem Weg zur Steigerung der Attraktivität der GmbH, der jedoch, um die deutsche GmbH tatsächlich konkurrenzfähig zu machen, noch fortgesetzt werden muss.

IX. Zusammenfassung

Wie die vorangegangene Auseinandersetzung mit dem Referentenentwurf/Regierungsentwurf zum MoMiG gezeigt hat, werden sich hierüber die Probleme im Zusammenhang mit dem Zuzug EU-ausländischer Gesellschaften nicht umfassend beheben lassen. Insbesondere ist weiterhin mit dem Import englischer Limiteds nach Deutschland zu rechnen, so dass sich die Frage, wie die damit einhergehenden Schwierigkeiten – vor allem in Bezug auf den Gläubigerschutz – zu lösen sind, weiterhin stellt.

Diesbezüglich ist zunächst festzustellen, dass die zuziehenden englischen Limiteds spätestens seitdem auf Grund der Entscheidung Inspire Art erforderlichen Übergang auf die Gründungstheorie grundsätzlich nach ihrem englischen Gesellschaftsrecht zu behandeln sind. Da jedoch die Rechtsordnungen in den Mitgliedstaaten nicht identisch ausgestaltet sind und dadurch die Sicherstellung von Rechts- und Gläubigerschutz unterschiedlich gehandhabt wird, können durch den Grenzübertritt Schutzlücken entstehen. Insofern hat aber bereits der EuGH in seinen Urteilen Centros, Überseering und Inspire Art ausgeführt, dass in bestimmten Ausnahmefällen die Anwendung inländischen Rechts auf eine zuziehende EU-Auslandsgesellschaft möglich ist. Danach dürfen die Mitgliedstaaten auf Grund der Entscheidung Centros Maßnahmen zur Verhinderung und Verfolgung von Betrügereien treffen. Ferner können infolge der Entscheidung Überseering zwingende Gründe des Allgemeinwohls das Eingreifen bestimmter nationaler Rechtsnormen rechtfertigen und durch die Entscheidung Inspire Art ist es einer zuziehenden EU-Auslandsgesellschaft untersagt, sich in missbräuchlicher Weise auf die Niederlassungsfreiheit zu berufen (siehe hierzu bereits oben unter IV 2), 3), 4)). Damit können – trotz des Übergangs auf die Gründungstheorie – nationale Schutzanliegen bei einer inländischen englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft zumindest teilweise durch eine partielle Anwendung des nationalen Rechts gewahrt werden.

Insofern werden nachfolgend als Ergebnis dieser Arbeit diejenigen Normen in einem Überblick zusammengefasst, die zur Schließung entstehender Schutzlücken und zur Wahrung des Gläubigerschutzes auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited zur Anwendung gelangen können. Hierfür werden unter 1) diejenigen nationalen Normen betreffend die Gesellschaftseintragung und die Publizitätspflichten, unter 2) die Normen bezüglich der Firmierung, unter 3) weitere Haftungsfiguren und Handlungspflichten und abschließend unter 4) die Vorschriften des öffentlichen Wirtschaftsrechts dargestellt.

1) Eintragung, Publizität

(1) Registereintragung

Dabei regeln – wie bereits oben erläutert – die §§ 13d ff HGB die registerrechtlichen Eintragungspflichten einer ausländischen Zweigniederlassung. Da diese Normen in Umsetzung der 11. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie erlassen wurden, richtet sich ihre Auslegung nicht nach nationalen, sondern nach europarechtlichen Maßstäben. Darüber hinaus hat der EuGH in der Entscheidung Inspire Art den abschließenden Charakter der Richtlinie festgestellt, so dass diejenigen Vorschriften, die weiter reichende Anforderungen aufstellen, jedenfalls nicht auf eine EU-Auslandsgesellschaft und damit auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited Anwendung finden können. Hierunter fallen u.a. § 13 g III HGB i.V.m. § 10 I GmbHG sowie § 13e II 2 HGB.

Kommt eine EU-Auslandsgesellschaft ihren Eintragungspflichten nach den §§ 13d ff HGB nicht nach, bleibt dieses Verhalten nicht folgenlos. Dabei reicht das Spektrum der vorgeschlagenen Sanktionen von der Anwendung des Zwangsgeldverfahrens nach § 14 HGB bis zur persönlichen Haftung gemäß § 11 II GmbHG analog. Das Zwangsgeldverfahren hat große Schwächen bezüglich der Effektivität, wohingegen der analogen Anwendung des § 11 II GmbHG die fehlende Vergleichbarkeit mit einer noch nicht eingetragenen GmbH entgegensteht, da die EU-Auslandsgesellschaft bereits als rechtsfähige Gesellschaft existiert und als solche im Inland anzuerkennen ist.

Dementsprechend wird vorgeschlagen, eine Gesetzesänderung vorzunehmen, durch welche die Wirksamkeit des Zwangsgeldverfahrens verbessert wird. Dafür ist zunächst eine Meldepflicht der Gemeinden und Gewerbeämter an die Registergerichte einzuführen, damit die Gerichte zuverlässig von der Existenz einer Auslandsgesellschaft Kenntnis erlangen und entsprechende Maßnahmen einleiten können. Zusätzlich ist bereits eine verspätete Anmeldung zu sanktionieren und die Höhe des einzelnen Zwangsgeldes anzuheben. Dabei müssen die vorgenannten Verschärfungen für in- und ausländische Gesellschaften gleichermaßen eingeführt werden, damit eine diskriminierungsfreie Anwendung gewährleistet ist.

(2) Angaben auf Geschäftsbriefen

Gem. Art. 6 der Zweigniederlassungsrichtlinie haben EU-Auslandsgesellschaften Angaben auf Geschäftsbriefen zu machen.

Dabei sollte § 35a GmbHG analog auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited herangezogen werden. Jedoch dürfen auf Grund der abschließenden Wirkung des Art. 6 der Zweigniederlassungsrichtlinie über Art. 35a GmbHG keine hiervon abweichenden (weder nach unten noch nach oben) Anforderungen an die EU-Auslandsgesellschaft gestellt werden.

Verletzt eine Gesellschaft ihre Offenlegungspflichten ist gem. § 79 I GmbHG analog ein Zwangsgeld anzudrohen. Wie bereits im Rahmen der Registereintragung erörtert, bestehen an der Effektivität eines Zwangsgeldverfahrens Zweifel, so dass, in Anlehnung an die Vorschläge bei dem Eintragungsverfahren, Modifikationen vorgenommen werden sollten. Diesbetreffend ist bereit eine Verzögerung zu sanktionieren und das Zwangsgeld anzuheben. Dabei muss zur Vermeidung von Diskriminierungen die Anwendung der vorgenannten Verschärfungen gleichermaßen auf in- und ausländische Gesellschaften erfolgen.

(3) Offenlegung der Rechnungslegung

Die Offenlegung der Rechnungslegung einer Auslandsgesellschaft wird über § 325a HGB – der ebenfalls in Umsetzung der Zweigniederlassungsrichtlinie (Art. 3 der 11. Richtlinie) ergangen ist – geregelt.

Kommt eine inländische EU-Auslandsgesellschaft ihrer Verpflichtung aus § 325a HGB nicht nach, kann auf Antrag gem. § 335a S. 1 Nr. 2 HGB i.V.m. § 140a II FGG ein Bußgeld angedroht werden. Dabei wird nach einem ergebnislosen Fristablauf ein Bußgeld festgesetzt, unabhängig davon, ob eine nachträgliche Offenlegung erfolgt. Insofern sind die Sanktionen schärfer als bei einem Zwangsgeldverfahren. Wird jedoch innerhalb der Frist der Verpflichtung nachgekommen bzw. Einspruch eingelegt, erledigt sich die Bußgeldandrohung und die Verzögerung als solche bleibt folgenlos.

Folglich sollte zur Verbesserung der Effektivität eine dahingehende Gesetzänderung überdacht werden, Verspätungen stets zu ahnden und darüber hinaus die Einleitung des Verfahrens auch von Amts wegen zu ermöglichen.

2) Firmierung

Auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited findet grundsätzlich das Firmenrecht des Gründungslandes Anwendung.

Allerdings ist aus Gründen des Verkehrs- und Verbraucherschutzes eine überlagernde Sonderanknüpfung möglich. Dadurch können vor allem die Vorschriften des deutschen Firmenrechts Geltung beanspruchen, die dem öffentlichen Interesse dienen. Darunter fallen die §§ 17, 18, 19, 23, 30, 37 HGB.

Danach muss die Firma einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft insbesondere einen Rechtsformzusatz enthalten, der jedoch abgekürzt werden darf und nicht in die deutsche Sprache übersetzt werden muss. Ferner muss aus dem Rechtsformzusatz die Auslandseigenschaft der Gesellschaft hervorgehen, wobei allerdings weder ein Hinweis auf das Gründungsland noch die Offenlegung der Eigenschaft als Zweigniederlassung erforderlich ist.

3) Weitere Haftungsfiguren und Handlungspflichten

(1) Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung

Hinsichtlich der inländischen Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften können nur letztere auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited zur Anwendung gelangen. Dies gilt jedenfalls insoweit als die Kapitalerhaltungsnormen davor bewahren, dass auf Grund der Auszahlungen des Stammkapitals die weiteren Geschäfte der Gesellschaft einzig auf Kosten und auf die Gefahr der Gläubiger betrieben werden. Eine Kapitalgesellschaft soll zwar die Teilnahme am Wirtschaftsleben durch eine Risikominimierung erleichtern, nicht aber die gezielte Gefahrenverlagerung auf Dritte ermöglichen. Dabei folgt diese Tatsache allein aus dem Wesen einer Kapitalgesellschaft und ist von dem Bestehen eines Mindestkapitals unabhängig.

In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu berücksichtigen, dass das Haftungsprivileg bei einer Kapitalgesellschaft eine gewisse Verantwortung der Gesellschafter mit sich bringt. Die Gesellschafter haben einen erheblichen Wissensvorsprung bezüglich der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft und vor allem wegen ihrer privilegierten Haftung ist ihnen ein verantwortlicher Umgang mit der Gesellschaft zuzumuten. Ein beliebiger Abzug von Kapital, der ab einer gewissen Grenze ausschließlich zu Lasten der Gläubiger erfolgt, ist nicht zulässig. Dabei muss dann von einer Gefahrabwälzung ausgegangen werden, wenn die Aktiva der Gesellschaft die Passiva nicht mehr decken und dennoch Vermögen an die Gesellschafter ausgeschüttet wird. Diese Zahlungen erfolgen, da die Gesellschafter nicht länger am Risiko beteiligt sind, allein auf Kosten der Gläubiger, so dass über die juristische Person eine Aneignung fremden Vermögens vorgenommen wird.

Insoweit ist die Anwendung der nationalen Kapitalerhaltungsvorschriften auch auf eine im Inland domizilierende EU-Auslandsgesellschaft zwingend. Allerdings muss die Erarbeitung einer einheitlichen europäischen Lösung oberstes Ziel sein, so dass die Geltung des nationalen Rechts lediglich eine Übergangslösung darstellen kann.

(2) Durchgriffshaftung

Ferner ist auch das Eingreifen der Durchgriffshaftung auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft ausführlich und kontrovers diskutiert worden. Dabei ist zunächst festzustellen, dass grundsätzlich bei der Anwendung der vorgenannten Haftungsfigur Zurückhaltung geboten ist, da hierdurch das Trennungsprinzip und damit wesentliche Grundlagen des Kapitalgesellschaftsrechts tangiert werden. Ferner ist speziell bei der Frage nach der Geltung der Durchgriffshaftung auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft zu beachten, dass es hierfür entscheidend auf die Vereinbarkeit der Rechtsfigur mit dem Europarecht ankommt.

Dabei ist bei der Klärung der Frage nach der Vereinbarkeit der Durchgriffshaftung mit dem Europarecht der – oben angeführte – Eingriff in das Trennungsprinzip zu berücksichtigen, da hieraus eine rechtswidrige Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit folgen kann. Allerdings dient die Durchgriffshaftung ebenfalls dazu, die Einhaltung grundlegender Verpflichtungen der Gesellschafter/Geschäftsführer, die auch aus dem Wesen einer Kapitalgesellschaft folgen, sicherzustellen bzw. einen Verstoß hiergegen zu sanktionieren. Die Rechtsfigur einer Kapitalgesellschaft ermöglicht es ihren Gesellschaftern am Wirtschaftsleben teilzunehmen, ohne hierbei mit dem Risiko einer unbeschränkten persönlichen Haftung belastet zu werden. Im Gegenzug dazu obliegt den Gesellschaftern/Geschäftsführern einer Kapitalgesellschaft jedoch eine gesteigerte Verantwortlichkeit, die vor allem auch gegenüber den Gesellschaftsgläubigern besteht. Das Haftungsprivileg soll zwar die Teilnahme am Wirtschaftsleben erleichtern, nicht aber die Gesellschaftsgläubiger durch eine einseitige und unangemessene Besserstellung der Gesellschafter benachteiligen. Folglich müssen die Gesellschafter/Geschäftsführer das Haftungsprivileg dann verwirkt haben, wenn sie das Gleichgewicht zwischen dem persönlichen Haftungsausschluss und dem Gläubigerschutz bewusst zerstören. Dieser Situation trägt das Konzept der Durchgriffshaftung Rechnung, so dass es letztlich – ebenso wie die Kapitalerhaltungsvorschriften – seinen Ursprung im Wesen einer Kapitalgesellschaft hat und zur Wahrung grundlegender Prinzipien dieser Rechtsform beiträgt.

Dementsprechend ist eine einheitliche Handhabung der Durchgriffshaftung bei allen Kapitalgesellschaften, unabhängig von ihrer Nationalität, grundsätzlich möglich und der Erlass einer entsprechenden europäischen Regelung (beispielsweise in Form einer Richtlinie), die das Ergebnis umfassender rechtsvergleichender Studien berücksichtigen sollte, anzustreben. Bis dahin kann jedoch unter Wahrung der gebotenen Zurückhaltung das nationale Konzept der Durchgriffshaftung auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft Geltung beanspruchen. Insbesondere muss durch diese Handhabung kein rechtswidriger Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit befürchtet werden, da die Anwendung der Durchgriffshaftung europarechtlich gerechtfertigt werden kann.

(3) Insolvenzantrag

Ferner hat sich im Zusammenhang mit der Niederlassung englischer Limiteds in Deutschland die Frage gestellt, ob auch deren Geschäftsführer – bzw. nach dem MoMiG künftig evtl. auch deren Gesellschafter – zur Stellung eines Insolvenzantrages gem. § 64 I GmbHG verpflichtet sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages die zuziehende Gesellschaft durchaus belasten und dadurch zu einem Konflikt mit der Niederlassungsfreiheit führen kann.

Allerdings löst die Teilnahme zahlungsunfähiger oder überschuldeter Kapitalgesellschaften am Wirtschaftsleben Schwierigkeiten aus, die – unabhängig von der Zugehörigkeit zu einem

bestimmten Mitgliedstaat – allein auf Grund des Wesens einer Kapitalgesellschaft auftreten und gerade deshalb so schwerwiegend sind, weil den Gläubigern einer Kapitalgesellschaft grundsätzlich nur das Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung zur Verfügung steht. Ist eine Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet und nimmt sie dennoch weiterhin unverändert am Wirtschaftsleben teil, führt dies dazu, dass die Gefahr eines Gesellschaftsgläubigers, mit seiner Forderung auszufallen, überproportional ansteigt. Dahingegen ist derselbe Umstand für die Gesellschafter kaum risikobelastet, da das Gesellschaftsvermögen bereits verbraucht ist und sie dennoch regelmäßig keine persönliche Haftung fürchten müssen.

Insofern ist jedoch erneut entscheidend, dass den Gesellschaftern durch das Haftungsprivileg die Teilnahme am Wirtschaftsleben erleichtert, nicht aber eine Möglichkeit an die Hand geben werden soll, sich auf Kosten der Gesellschaftsgläubiger zu bereichern. Ein solches Verhalten ist nicht mit der aus der Haftungsprivilegierung folgenden Verantwortlichkeit der Gesellschafter/Geschäftsführer vereinbar. Damit ergibt sich die Notwendigkeit zur Stellung eines Insolvenzantrags – unabhängig von der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Mitgliedstaat – bereits aus dem Wesen einer Kapitalgesellschaft.

Folglich ist die Insolvenzantragspflicht gem. § 64 I GmbHG auch auf eine inländische englische Limited anwendbar. Hierbei sollte § 64 I GmbHG zur Klarstellung um einen Satz 3 ergänzt werden, der die Geltung der Vorschrift auf eine im Inland niedergelassene EU-Auslandsgesellschaft festschreibt¹²⁸⁹. Ferner bietet sich hinsichtlich der Antragspflicht – ebenso wie bei der Durchgriffshaftung – die Schaffung einer einheitlichen europäischen Regelung – z.B. in Gestalt einer Richtlinie – an und sollte dementsprechend entschlossen vorangetrieben werden. Dabei sind über einen umfassenden Rechtsvergleich diejenigen Kriterien zu ermitteln, bei deren Vorliegen man sich auf eine Verpflichtung zur Insolvenzantragstellung einigen kann.

(4) Insolvenzverschleppungshaftung

Des Weiteren kann die Insolvenzverschleppungshaftung – unabhängig von ihrer nationalen Zuordnung zum Insolvenz-, Delikts-, oder Gesellschaftsstatut – auf eine inländische englische Limited zur Anwendung gebracht werden. Dies ergibt sich daraus, dass das Eingreifen der Insolvenzverschleppungshaftung, obwohl sie zu einer persönlichen Inanspruchnahme des Geschäftsführers und damit zu einer Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit einer EU-ausländischen Gesellschaft führen kann, als gerechtfertigte Beschränkung einzuordnen ist.

Darüber hinaus bietet sich das Eingreifen der Insolvenzverschleppungshaftung zur Schließung von im Zusammenhang mit der Durchsetzung der Insolvenzantragspflicht bestehenden Schutzlücken an. Da die inländischen Strafvorschriften zur Sicherstellung der Antragspflicht – wie z.B. § 84 I Nr. 2 GmbHG – rechtsformspezifisch formuliert sind, muss deren Geltung auf Grund des Analogieverbots im Strafrecht auf eine inländische Auslandsgesellschaft ausscheiden¹²⁹⁰. Damit könnte die Verletzung der Insolvenzantragspflicht durch eine inländische EU-Auslandsgesellschaft nicht sanktioniert und folglich auch nur schwerlich durchgesetzt werden. An diesem Punkt setzt die Anwendbarkeit der Insolvenzverschleppungshaftung an und kann zu einer Behebung der bestehenden Lücken beitragen.

Allerdings muss auch diesbezüglich dringend für die Schaffung einer einheitlichen europäischen Lösung plädiert werden. Dabei würde es sich anbieten, bei der Erarbeitung einer europäischen

¹²⁸⁹ Beachte hierzu allerdings die im Regierungsentwurf zum MoMiG geplanten Änderungen. Danach würde die Antragspflicht ins Insolvenzrecht übergeführt und rechtsformneutral ausgestaltet werden.

¹²⁹⁰ Allerdings sind diesbezüglich im Regierungsentwurf zum MoMiG Änderungen geplant. Danach sollen gem. § 15a IV, V InsO-RegE rechtsformneutral formulierte Strafvorschriften eingeführt werden.

Insolvenzantragspflicht entsprechende Sanktionsmöglichkeiten mit zu entwerfen und bei der Antragspflicht aufzunehmen.

(5) Massesicherung

Darüber hinaus kann auch die Massesicherungspflicht gem. § 64 II GmbHG auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited/EU-Auslandsgesellschaft zur Anwendung gelangen. Zwar kann die Geltung des § 64 II GmbHG zu einer Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit führen, diese ist jedoch europarechtlich zu rechtfertigen.

Dabei sollte jedoch § 64 II GmbHG zur Klarstellung – ebenso wie oben bereits für § 64 I GmbHG vorgeschlagen – um einen Satz 4 erweitert werden, der das Eingreifen der Massesicherung auch bei einer EU-Auslandsgesellschaft vorschreibt.

Allerdings kann die Anwendung des § 64 II GmbHG nur eine Übergangslösung darstellen, da auch hinsichtlich der Massesicherungspflicht die Schaffung einer entsprechenden europäischen Lösung angestrebt werden muss.

4) Öffentliches Wirtschaftsrecht

(1) Berufsregeln

a) Nationale Berufsanforderungen

Des Weiteren gelten grundsätzlich auch bei einer in Deutschland niedergelassenen englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft die nationalen Berufsanforderungen, wie sie u.a. in der Handwerksordnung vorgesehen sind. Damit ist es regelmäßig nicht möglich, diese durch die Gründung einer ausländischen Gesellschaft und die Verlegung des Verwaltungssitzes ins Inland zu umgehen.

Erfolgt die Errichtung einer Auslandsgesellschaft u.a. zur Vermeidung der inländischen berufsspezifischen Anforderungen, ist durch diese künstliche Schaffung eines grenzüberschreitenden Sachverhaltes von einem missbräuchlichen Verhalten auszugehen, so dass die Berufung auf das Europarecht ausscheidet. Dabei steht einer solchen Einschätzung nicht die strenge Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von juristischen Personen entgegen, da sich die Feststellung des EuGH, dass die Ausnutzung eines Regelungsgefälles durch die Niederlassungsfreiheit geschützt sei (Centros), auf das Gesellschaftsrecht bezogen hat. Vorliegend steht jedoch nicht die Geltung des Gesellschaftsrechts, sondern die Anwendung des öffentlichen Wirtschaftsrechts zur Entscheidung.

Sollte allerdings die vorgenannte Argumentation europarechtlich keinen Bestand haben, können die nationalen Berufsregeln dennoch auf eine inländische EU-Auslandsgesellschaft angewendet werden, da ihre Geltung als europarechtlich gerechtfertigte Beschränkung anzusehen ist.

b) Bestellungsverbote

Dahingegen können nach der derzeitigen Rechtslage durch die Gründung einer englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft und deren Verwaltungssitzverlegung ins Inland die nationalen Bestellungsverbote – wie z.B. § 6 II GmbHG – umgangen werden.

Die inländischen Regelungen sind rechtsformspezifisch formuliert und eine Sonderanknüpfung muss auf Grund des Art. 12 GG grundsätzlich ausscheiden. Da diese Regelungslücke jedoch erhebliche Schutzdefizite – vor allem im Bereich des Gläubigerschutzes – nach sich zieht, weil die Person eines Geschäftsführers/Vorstands für die Gewähr eines seriösen Geschäftsgebarens wesentlich ist, kommt der Behebung dieses Problems entscheidende Bedeutung zu.

Dabei kann eine Lückenschließung sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene erfolgen. Allerdings ist die Schaffung einer europäischen Regelung – u.a. aus Rechtssicherheitsgründen – vorzuziehen. Im Rahmen dessen sollte die Entwicklung einheitlicher Standards für die Geschäftsführer/Vorstände einer Kapitalgesellschaft angestrebt werden.

Da jedoch die Umsetzung einer europäischen Lösung – insbesondere wegen der Notwendigkeit einer Einigung zwischen den Mitgliedstaaten – Zeit in Anspruch nehmen wird, ist zunächst das nationale Recht entsprechend zu modifizieren. Dabei wären in diesem Bereich weitreichende Reformen wünschenswert, da die nationalen Bestellungsverbote für die Gewährung eines umfassenden Rechtsschutzes – auch nach den im MoMiG geplanten Neuregelungen – zu eng ausgestaltet sind. Für eine Änderung könnte der englische CDDA als Vorbild herangezogen werden, da der CDDA ausgereifere Regelungen enthält, die dem deutschen Konzept überlegen sind. Da jedoch so umfangreiche Neuregelungen auch auf nationaler Ebene Zeit benötigen, sind die bestehenden Bestellungsverbote zunächst dahingehend zu erweitern, dass sie auf die Geschäftsführer/Vorstände einer ausländischen Gesellschaft zur Anwendung gelangen können.

Eine solche Lösung gerät auch nicht in Konflikt mit der Niederlassungsfreiheit, da diese jedenfalls europarechtlich zu rechtfertigen ist.

(2) GewO

a) Anzeige- und Genehmigungspflichten, Gewerbeuntersagung

Des Weiteren stellt die Gewerbeordnung gem. § 14 GewO und gem. §§ 30 ff GewO sowohl Anzeige- als auch Genehmigungspflichten auf. Dabei begründet ein Verstoß gegen die Anzeigepflicht eine Ordnungswidrigkeit und kann zu einem Bußgeld führen. Wird dagegen einer Genehmigungspflicht nicht nachgekommen, kann die Fortsetzung des Gewerbes gem. § 15 II 1 GewO verhindert werden. Ferner ist gem. § 35 I GewO eine Untersagung des Gewerbebetriebes möglich, wenn sich der Gewerbetreibende als unzuverlässig erweist.

Dabei sind die aus der Gewerbeordnung folgenden Anzeige- und Genehmigungspflichten, ebenso wie die rechtlichen Folgen bei einem Verstoß hiergegen und die Konsequenzen bei der Unzuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden, auch auf eine in Deutschland niedergelassene englische Limited anwendbar. Die oben angeführten Maßnahmen behindern nicht den Marktzutritt der EU-ausländischen Gesellschaft, so dass – in Anlehnung an die Keck-Rechtsprechung – bereits eine Behinderung der Niederlassungsfreiheit fraglich ist. Sollte allerdings dennoch von einem Eingriff in die Niederlassungsfreiheit ausgegangen werden, kann dieser jedenfalls anhand des Vier-Kriterien-Tests gerechtfertigt werden.

Allerdings weist der über die GewO gewährleistete Gläubiger- und Rechtsschutz Schwächen auf, die behoben werden sollten. Diesbezüglich ist zunächst darauf hinzuweisen, dass über die GewO nur diejenigen Gesellschaften erfasst werden, die als Unternehmensgegenstand ein Gewerbe betreiben. Wird dagegen über eine Gesellschaft ein freier Beruf ausgeübt, befindet sich dies außerhalb der Kontrolle der GewO, obwohl in einem solchen Fall nicht von einer geringeren Schutzbedürftigkeit ausgegangen werden kann. Auch die freien Berufe dienen der Sicherung des

Lebensunterhaltes und werden regelmäßig nicht allein aus ideellen Gründen ausgeübt, so dass das Risiko von Verfehlung genauso groß ist wie bei einer gewerblichen Betätigung. Insofern sollte ein umfassendes Regelwerk geschaffen werden, welches auch nicht gewerbliche Tätigkeiten erfasst. Hierfür kann erneut der englische CDDA als Vorbild herangezogen werden, der nicht zwischen den einzelnen Unternehmensgegenständen unterscheidet und damit einen effektiveren Schutz bietet.

Ferner birgt die GewO den Nachteil, dass hierüber grundsätzlich nur das jeweils ausgeübte Gewerbe erfasst wird und eine darüber hinausgehende Wirkung einer besonderen Begründung bedarf. Folglich können ungeeignete Personen – trotz einer Untersagungsverfügung – weiterhin unter dem Privileg der beschränkten Haftung am Wirtschaftsleben teilnehmen, allein indem sie das ausgeübte Gewerbe wechseln. Diese Tatsache ist der Rechtssicherheit und dem Gläubigerschutz nicht zuträglich. Folglich sollte das derzeitige Regel-Ausnahme-Verhältnis umgedreht werden, so dass sich eine Untersagungsverfügung grundsätzlich auf sämtliche Gewerbebetriebe erstreckt und es für eine Beschränkung der Verfügung einer besonderen Begründung bedarf. Allerdings dürfen die an eine solche Begründung gestellten Anforderungen nicht zu hoch sein, da anderenfalls ein Konflikt mit der Berufsfreiheit gem. Art. 12 GG droht.

Darüber hinaus kann die GewO im Zusammenhang mit einer Kapitalgesellschaft auch deshalb derzeit keinen optimalen Schutz bieten, weil danach eine Untersagungsverfügung grundsätzlich nur den Gewerbetreibenden – und damit die juristische Person – erfasst, ohne die dahinter stehende natürliche Person mit einzubeziehen. Soll daneben die natürliche Person von der Verfügung betroffen werden, ist hierfür eine gesonderte, zur Grundverfügung akzessorische Verfügung erforderlich. Dieses Vorgehen birgt allerdings das Risiko, dass eine natürliche Person, die maßgeblich die Tätigkeit der Gesellschaft bestimmt hat, nicht zur Verantwortung gezogen wird und über die Gründung einer neuen Gesellschaft weiterhin unter dem Privileg der beschränkten Haftung am Wirtschaftsleben teilnimmt. Folglich sollte die Reichweite einer Untersagungsverfügung ausgedehnt werden, so dass diese grundsätzlich neben der juristischen Person auch diejenigen natürlichen Personen betrifft, die maßgeblich den Geschäftsgang der Gesellschaft beeinflussen. Zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit muss allerdings die Verfügung auf die Kapitalgesellschaft beschränkt werden können, wenn entsprechende Gründe hierfür vorliegen.

b) Pflichtmitgliedschaften und Kammerbeiträge

Ferner ist eine in Deutschland niedergelassene englische Limited bei der Erfüllung des jeweiligen Tatbestandes ebenso wie eine inländische Gesellschaft von der Zwangsmitgliedschaft in einem entsprechenden Berufsverband betroffen und hat die Mitgliedsbeiträge zu entrichten.

Dabei ist aus nationaler Sicht die Anwendung der entsprechenden Vorschriften auf eine Auslandsgesellschaft unproblematisch möglich, da die inländischen Normen rechtsformneutral formuliert sind. Des Weiteren stellt zwar die Geltung der vorgenannten Regelungen auf Grund der Eingriffsintensität eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit dar, diese ist jedoch europarechtlich zu rechtfertigen.

(3) Strafrecht

Des Weiteren kann gem. § 70 StGB ein – über § 145c StGB strafbewehrtes – Berufsverbot gegenüber einem director einer englischen Limited/EU-Auslandsgesellschaft verhängt werden. § 70 StGB ist rechtsformneutral formuliert, so dass auch ein Geschäftsführer/Vorstand einer inländischen EU-Auslandsgesellschaft den Straftatbestand erfüllen kann.

Allerdings weist die vorgenannte Strafvorschrift einige Schwächen auf, die behoben werden sollten. Ein Berufsverbot kann nur sehr spezifisch bezüglich der konkret ausgeübten Tätigkeit ergehen und ist damit in Bezug auf die Rechtssicherheit oftmals zu eng. Wird z.B. einem Geschäftsführer die Ausübung seines Geschäftsführerpostens untersagt, gilt das regelmäßig nur für das konkrete Betätigungsfeld, so dass er eine andere Kapitalgesellschaft gründen und erneut unter dem Privileg der beschränkten Haftung tätig werden kann. Verhält er sich hierbei unseriös, wird die Haftungsbeschränkung in der Regel unmittelbar zu Lasten der Gläubiger gehen.

Insofern enthält der englische CDDA erneut die strengeren und – unter dem Aspekt des Rechts- und Gläubigerschutzes – effektiveren Regelungen. Macht sich beispielsweise ein Geschäftsführer einer für § 70 StGB ausreichenden Verfehlung strafbar, würde er nach dem englischen CDDA von jeglicher Beteiligung am Management einer Gesellschaft ausgeschlossen. In Anlehnung daran sollte das deutsche Recht dahingehend überdacht werden, einen Geschäftsführer/eine Person in vergleichbarer Position, der/die sich im Zusammenhang mit der beschränkten Haftung eine Verfehlung zu Schulden kommen hat lassen, von diesem Privileg auf bestimmte Zeit auszuschließen. Damit kann die betroffene Person zwar auch innerhalb dieses Zeitraums am Wirtschaftsleben teilnehmen, allerdings nur unbeschränkt persönlich haftend.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AG	Amtsgericht/Aktiengesellschaft/Die Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AnfG	Anfechtungsgesetz
AnwBl.	Anwaltsblatt
Art.	Artikel
B.C.L.C.	Butterworths Company Law Cases
B.V.	Besloten Vennootschap
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebsberater
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
bzw.	beziehungsweise
CA 1985	Companies Act 1985
CA 2006	Companies Act 2006
CA	Court of Appeal
CDDA 1986	Companies Directors Disqualification Act 1986
DB	Der Betrieb
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht
DTI	Department of Trade and Industry
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EHUG	Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister
EstB	Einkommenssteuerberater
EU	Europäische Union
EuGH Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVVO	Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und Anerkennung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. 2001 Nr. L 12/1 S. 1 ff)
EuInsVO	Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29.5.2000 über Insolvenzverfahren (ABl. 2000 Nr. L 160 S. 1ff)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaft
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen im Wirtschaftsrecht

EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GbR	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GewO	Gewerbeordnung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	Rundschau für GmbH
Großkomm.	Großkommentar
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.V.m.	in Verbindung mit
IA 1986	Insolvency Act 1986
InsO	Insolvenzverordnung
IntGesR	Internationales Gesellschaftsrecht
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KOM	Kommissionsdokument
LG	Landgericht
Ltd.	private limited company by shares
M&A	Mergers and Acquisitions
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MittBayNot	Mitteilungen des Bayrischen Notarvereins
MoMiG	Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MüKo	Münchener Kommentar zum BGB
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht
OGH	Oberster Gerichtshof für die britische Zone
OLG	Oberlandesgericht
Plc	public limited company
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Satz
s.o.	siehe oben
SE	Societas Europaea
Stbg	Die Steuerberatung
StGB	Strafgesetzbuch
StuB	Steuern und Bilanzen
u.a.	unter anderem
UK	United Kingdom
Urt.	Urteil
v.	von/vom
vgl.	vergleiche
WM	Wertpapiermitteilungen
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

Literaturverzeichnis

- Achilles Wilhelm-Albrecht, Ensthaler Jürgen, Schmidt Burkhard**, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 1. Auflage, München, 2005 (zitiert: Bearbeiter in Achilles/Ensthaler/Schmidt);
- Alber Siegbert**, Generalanwalt Alber, Schlussanträge zu Inspire Art, DB 2003, 377;
- Altmeyen Holger**, Geschäftsleiterhaftung für Weglassen des Rechtsformzusatzes aus deutsch-europäischer Sicht, ZIP 2007, 889;
- Altmeyen Holger, Roth Günter**, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung - GmbH, 5. Auflage, München, 2005 (zitiert: Altmeyen/Roth);
- Altmeyen Holger**, Schutz vor „europäischen“ Kapitalgesellschaften, NJW 2004, 97;
- Altmeyen Holger, Wilhelm Jan**, Gegen die Hysterie um die Niederlassungsfreiheit der Scheinauslandsgesellschaften, DB 2004, 1083;
- Altmeyen Holger**, Insolvenzverschleppungshaftung Stand 2001, ZIP 2001, 2201;
- Ballmann Alexander**, Der High Court of Justice erschwert die Flucht deutscher Unternehmen ins englische Insolvenzrecht, BB 2007, 1121;
- Baudenbacher Carl, Buschle Dirk**, Niederlassungsfreiheit für EWR-Gesellschaften nach Überseering, IPRax 2004, 26;
- Baumbach Adolf, Hopt Klaus**, Kommentar zum HGB, 32. Auflage, München, 2006 (zitiert: Bearbeiter in Baumbach/Hopt);
- Baumbach Adolf, Hueck Alfred**, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 17. Auflage/18. Auflage, München, 2000/2006 (zitiert: Bearbeiter in Baumbach/Hueck; Bearbeiter in Baumbach/Hueck, 18. Auflage);
- Bayer Walter**, Die EuGH-Entscheidung „Inspire Art“ und die deutsche GmbH im Wettbewerb europäischer Rechtsordnungen, BB 2003, 2357;
- Bayer Walter, Hoffmann Thomas**, Die Wahrnehmung der Limited als Rechtsformalternative zur GmbH, GmbHR 2007, 414;
- Bayer Walter, Lieder Jan**, Der Entwurf des „MoMiG“ und die Auswirkungen auf das Cash-Pooling. Zur Rechtslage de lege lata und Überlegungen de lege ferenda, GmbHR 2006, 1121;
- Bayer Walter, Lieder Jan**, Kapitalaufbringung im Cash-Pool. Besprechung der Entscheidung BGH v. 16.1.2006 – II ZR 75/04, GmbHR 2006, 449;
- Bayer Walter, Lieder Jan**, Zur Abwicklung der Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs und der Ersatzpflicht aus § 826 BGB in der Insolvenz, WM 2006, 999;
- Bayer Walter**, Moderner Kapitalschutz, ZGR 2007, 220;
- Behrens Peter**, Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH, IPRax 1999, 323;
- Behrens Peter**, Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art, IPRax 2003, 193;
- Behrens Peter**, Die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften in der EWG, IPRax 1989, 354;
- Behrens Peter**, Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Anwendung inländischen Gesellschaftsrechts auf Auslandsgesellschaften nach Inspire Art, IPRax 2004, 20;
- Behrens Peter**, Identitätswahrende Sitzverlegung einer Kapitalgesellschaft von Luxemburg in die Bundesrepublik Deutschland, RIW 1986, 590;
- Behrens Peter**, Niederlassungsfreiheit und Internationales Gesellschaftsrecht, RabelsZ 52 (1988), 498;
- Behrens Peter**, Reaktionen mitgliedstaatlicher Gerichte auf das Centros-Urteil des EuGH, IPRax 2000, 384;

Berner Olaf, Klöhn Lars, Insolvenzantragspflicht, Qualifikation und Niederlassungsfreiheit, ZIP 2007, 106;

Bernstorff Graf von Christoph, Das Betreiben einer englischen Limited in Deutschland, RIW 2004, 498;

Bernstorff Graf von Christoph, Einführung in das englische Recht, 3. Auflage, München, 2006 (zitiert: von Bernstorff);

Binge Christoph, Thölke Ulrich, „Everything goes!“ – Das deutsche internationale Gesellschaftsrecht nach „Inspire Art“, DNotZ 2004, 21;

Bitter Georg, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, Köln/Berlin/Bonn/München, 2000, Dissertation, (zitiert: Bitter);

Bitter Georg, Flurschäden im Gläubigerschutz durch „Centros & Co.“? – Eine Zwischenbilanz, WM 2004, 2190;

Bittmann, Folkert, Die „limitierte“ GmbH aus strafrechtlicher Sicht, GmbHR 2007, 70;

Böcker Philipp, §§ 30, 31 GmbHG im Wandel, zwei Jahre nach BGHZ 157, 72 – auch positive Impulse?, ZGR 2006, 214;

Borges Georg, Die Sitztheorie in der Centros-Ära: Vermeintliche Probleme und unvermeidliche Änderungen, RIW 2000, 167;

Borges Georg, Gläubigerschutz bei ausländischen Gesellschaften mit inländischem Sitz, ZIP 2004, 733;

Bork Reinhard, Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts zugunsten des Insolvenzrechts?, ZGR 2007, 250;

Bormann Jens, Apfelbaum Sebastian, Handelsregister und GmbH-Gründung in Deutschland als „best practice“ im Vergleich zum anglo-amerikanischen Rechtskreis, ZIP 2007, 946;

Bormann Michael, Der Entwurf des „MoMiG“ und die Auswirkungen auf die Kapitalaufbringung, GmbHR 2006, 1021;

Breitenstein Jürgen, Meyding Bernhard, GmbH-Reform: Die „neue“ GmbH als wettbewerbsfähige Alternative oder nur „GmbH light“?, BB 2006, 1457;

Bruns Patrick, Kurzkommentar zu BGH, Urt. v. 14.3.2005 – II ZR 5/03, EWiR 2005, 431;

Bungert Hartwin, Entwicklungen im internationalen Gesellschaftsrecht Deutschlands, RIW 1995, 489;

Bungert Hartwin, Konsequenz der Centros-Entscheidung des EuGH für die Sitzanknüpfung des deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, DB 1999, 1841;

Burgard Ulrich, Gundlach Ulf, Wege zur Bewältigung des Problems der Masselosigkeit – Zur Einführung einer Insolvenzkosten-Pflichtversicherung, ZIP 2006, 1568;

Calliess Christian, Ruffert Mathias, Kommentar zu EU-Vertrag EG-Vertrag, 2. Auflage/3. Auflage, Berlin, 2002/München 2007 (zitiert: Calliess/Ruffert; Calliess/Ruffert, 3. Auflage);

Cascante Jose Christian, Niederlassungsfreiheit contra Sitztheorie – Goodbye „Daily Mail“?, RIW 1999, 447;

Centrale für GmbH Schmidt Otto, Stellungnahme der Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt vom 1.9.2006 zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) nach dem Stand vom 29.5.2006, GmbHR 2006, 978;

Clausnitzer Jochen, Blatt Andreas, Das neue elektronische Handels- und Unternehmensregister. Ein Überblick über die wichtigsten Veränderungen aus Sicht der Wirtschaft, GmbHR 2006, 1303;

Davies Paul, Legal Capital in Private Companies in Great Britain, AG 1998, 346;

Deville Rainer, Voraussetzung für die Anmeldung und Eintragung der inländischen Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft, RIW 1986, 295;

Di Marco Giuseppe, Der Vorschlag der Kommission für eine 14. Richtlinie, ZGR 1999, 3;

Dierksmeier Jochen, Der Kauf einer englischen „private limited company“, Münster, 1996 (zitiert: Dierksmeier);

Dierksmeier Jochen, Die englische Limited in Deutschland – Haftungsrisiko für Berater, BB 2005, 1516;

Dierksmeier Jochen, GmbH und englische Limited im Wettlauf der Reformen, BB 2006, 1517;

Drouven Ralph, US-Gesellschaften mit Hauptverwaltungssitz in Deutschland im deutschen Recht, NZG 2007, 7;

Drygala Tim, Für eine alternative Rechtsform neben einer reformierten GmbH – Leipziger Entwurf einer Kommanditgesellschaft mit beschränkter Haftung (KmbH), ZIP 2006, 1797 ff;

Drygala Tim, Zur Neuregelung der Tätigkeitsverbote für Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften, ZIP 2005, 423;

Drygala Tim, Kurzkommentar zu EuGH, Urt. 30.9.03 – RS C – 167/01, EWiR 2003, 1029;

Drygala Tim, Stand und Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts, ZEuP 2004, 337;

Duursma-Kepplinger Henriette-Christine, Aktuelle Entwicklungen in Bezug auf die Auslegung der Vorschriften über die internationale Eröffnungszuständigkeit nach der europäischen Insolvenzverordnung, DZWIR 2006, 177;

Duursma-Kepplinger Henriette-Christine, Kurzkommentar zu AG Nürnberg, Beschl. v. 15.8.2006 – 8004 IN 1326 – 1331/06, EWiR 2007, 81;

Ebenroth Carsten Thomas, Boujong Karlheinz, Joost Detlev, Kommentar zum HGB, München, 1. Auflage, 2001 (zitiert: Bearbeiter in Ebenroth/Boujong/Joost);

Ebenroth Carsten Thomas, Eyles Uwe, Die innereuropäische Verlegung des Gesellschaftssitzes als Ausfluss der Niederlassungsfreiheit? (Teil I), DB 1989, 363;

Ebenroth Carsten Thomas, Eyles Uwe, Die innereuropäische Verlegung des Gesellschaftssitzes als Ausfluss der Niederlassungsfreiheit? (Teil II), DB 1989, 415;

Ebert Sabine, Levedag Christian, Die zugezogene „private company limited by shares (Ltd.)“ nach dem Recht von England und Wales als Rechtsformalternative für in- und ausländische Investoren in Deutschland, GmbHR 2003, 1337;

Ebke Werner, Anmerkungen Ebke zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.9.1998 – 5 U 1/98, JZ 2000, 203;

Ebke Werner, Das Centros-Urteil des EuGH und seine Relevanz für das deutsche internationale Gesellschaftsrecht, JZ 1999, 656;

Ebke Werner, Durchbruch: BGH anerkennt englische plc! BB 2005, Heft 23, Die Erste Seite;

Ebke Werner, Überseering: „Die wahre Liberalität ist Anerkennung“, JZ 2003, 927;

Ehlers Dirk, Becker Ulrich, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 1. Auflage/2. Auflage, Berlin, 2003/2005 (zitiert: Bearbeiter in Ehlers; Bearbeiter in Ehlers, 2. Auflage);

Eidenmüller Horst, Beurteilung der Rechtsfähigkeit einer ausländischen Gesellschaft nach dem Recht des Gründungsstaats, JZ 2003, 526;

Eidenmüller Horst, Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsordnungen, ZGR 2007, 168;

Eidenmüller Horst, Gesellschaftsstatut und Insolvenzstatut, RabelsZ 70 (2006), 474;

Eidenmüller Horst, Rehberg Markus, Rechnungslegung von Auslandsgesellschaften, ZVglRWiss 105 (2006), 427;

Eidenmüller Horst, Rehm Gebhard, Gesellschafts- und zivilrechtliche Folgeprobleme der Sitztheorie, ZGR 1997, 89;

Eidenmüller Horst, Rehm Gebhard, Niederlassungsfreiheit versus Schutz des inländischen Rechtsverkehrs: Konturen des Europäischen Internationalen Gesellschaftsrechts; Zugleich eine Besprechung der Entscheidung Inspire Art, NJW 2003, 3331, ZGR 2004, 159;

Eidenmüller Horst, Anmerkung zu EuGH GA, Schlussanträge v. 4.12.2001 – Rs. C-208/00, ZIP 2002, 82;

Eidenmüller Horst, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, München, 2004 (zitiert: Bearbeiter in Eidenmüller);

Eidenmüller Horst, Geschäftsleiter- und Gesellschafterhaftung bei europäischen Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Inlandssitz, NJW 2005, 1618;

Eidenmüller Horst, Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt. Entwicklungsperspektiven des europäischen Gesellschaftsrechts im Schnittfeld von Gemeinschaftsgesetzgeber und EuGH, JZ 2004, 24;

Eidenmüller Horst, Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa, ZIP 2002, 2233;

Emde Raimond, Kurzkomentar zu BGH, Urt. v. 1.7.2002 – II 380/00 (OLG München), EWiR 2002, 971;

Everling Ulrich, Das Niederlassungsrecht in der Europäischen Gemeinschaft, DB 1990, 1853;

Fembacher Tobias, GmbH-Reform: Sondertagung der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung am 21./22.4.2006 in Frankfurt am Main, MittBayNot 2006, 308;

Fischer Michael, Die Verlagerung des Gläubigerschutzes vom Gesellschafts- in das Insolvenzrecht nach „Inspire Art“, ZIP 2004, 1477;

Fleischer Holger, Der Rechtsmissbrauch zwischen gemeineuropäischem Privatrecht und Gemeinschaftsprivatrecht, JZ 2003, 865;

Fleischer Holger, Erweiterte Außenhaftung der Organmitglieder im europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2004, 437;

Flesner Patrick, Die GmbH-Reform (MoMiG) aus Sicht der Akquisitions- und Restrukturierungspraxis, NZG 2006, 641;

Flitsch Michael, Der Eigenkapitalersatz vor dem Aus?, DZIWR 2006, 397;

Flitsch Michael, Gesetzentwurf zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens – Großer Wurf oder Stückwerk, NZG 2006, 1805;

Forst Paul, „Zuzug“ einer ausländischen Kapitalgesellschaft nach Deutschland, EStB 2005, 113;

Forsthoff Ulrich, Abschied von der Sitztheorie. Anmerkung zu den Schlussanträgen des GA Damaso Ruiz-Jarabo Colomer in der Rs. Überseering, BB 2002, 318;

Forsthoff Ulrich, Die Tragweite des Rechtfertigungsgrundes aus Art. 46 Abs. 1 EG für die Niederlassungsfreiheit, die Dienstleistungsfreiheit und für Gesellschaften, EWS 2001, 59;

Forsthoff Ulrich, EuGH fördert Vielfalt im Gesellschaftsrecht – Traditionelle deutsche Sitztheorie verstößt gegen Niederlassungsfreiheit, DB 2002, 2471;

Forsthoff Ulrich, Internationales Gesellschaftsrecht im Umbruch – Zugleich Anmerkung zu BGH-Urteil vom 13.3.2003, DB 2003, 979;

Forsthoff Ulrich, Niederlassungsrecht für Gesellschaften nach dem Centros-Urteil des EuGH: Eine Bilanz, EuR 2000, 167;

Freitag Robert, Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im internationalen Gesellschaftsrecht, EuZW 1999, 267;

Freitag Robert, Leible Stefan, Justizkonflikte im europäischen internationalen Insolvenzrecht und (k)ein Ende?, RIW 2006, 641;

Friauf Karl Heinrich, Fuhr Eberhard, Kommentar zur Gewerbeordnung, Loseblattsammlung, Neuwied, (zitiert: Bearbeiter in Friauf);

Fritsche Stefan, Lieder Jan, Persönliche Haftung und Haftungsabwicklung bei Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht nach § 64 I GmbHG und § 92 II AktG, DZWIR 2004, 93;

Fröhlich Claus, Strasser Christian, Die Limited als Einzelkaufmann mit beschränkter Haftung? Deliktsrechtliche Gegenargumente, ZIP 2006, 1182 ff;

Gehrlein Markus, BB-Kommentar zu BGH, Urt. v. 5.2.2007 – II ZR 234/05, BB 2007, 901;

Gehrlein Markus, Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs im Einzelfall, BB 2005, 613;

Geiger Rudolf, EUV/EGV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 3. Auflage/4. Auflage, München, 2000/2004 (zitiert: Geiger; Geiger, 4. Auflage);

Gesmann-Nuissl Dagmar, Quo vadis GmbH? - zum Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) - WM 2006, 1756;

Geyrhalter Volker, Gänßler Peggy, Kurzkommentar zu EuGH-Generalanwalt Siegbert Alber, Schlussanträge v. 30.1.2003 – RS C – 167/01, EWIR 2003, 569;

Geyrhalter Volker, Gänßler Peggy, Perspektive nach „Überseering“ – wie geht es weiter?, NZG 2003, 409;

Geyrhalter Volker, Niederlassungsfreiheit contra Sitztheorie – Good bye „Daily Mail“, EWS 1999, 201;

Glanegger Peter, Güroff Georg, Kirnberger Christian, Kusterer Stefan, Peuker Monika, Ruß Werner, Selder Johannes, Stuhlfelner Ulrich, Niedner Jochen, u.a., Heidelberger Kommentar zum HGB, 6. Auflage/7. Auflage, Heidelberg, 2002/2007 (zitiert: Bearbeiter in Heidelberger Kommentar; Bearbeiter in Heidelberger Kommentar, 7. Auflage);

Goette Wulf, Zu den Folgen der Anerkennung ausländischer Gesellschaften mit tatsächlichem Sitz im Inland für die Haftung ihrer Gesellschafter und Organe, ZIP 2006, 541;

Goette Wulf, Wo steht der BGH nach „Centros“ und „Inspire Art“?, DStR 2005, 197;

Grabitz Eberhard, Hilf Meinhard, Das Recht der Europäischen Union – Kommentar, München, 1999, Loseblattsammlung, Stand April 2007 (zitiert: Bearbeiter in Grabitz/Hilf);

Grasmann Günther, System des internationalen Gesellschaftsrechts, Berlin, 1970 (zitiert: Grasmann);

Groeben von der Hans, Schwarze Jürgen, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 1, 6. Auflage, Baden-Baden, 2003 (zitiert: von der Groeben/Schwarze);

Großerichter Helge, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Rechtsraum: Das deutsche internationale Gesellschaftsrecht und seine Perspektiven nach der Entscheidung „Überseering“, DStR 2003, 159;

Großfeld Bernd, Luttermann Claus, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 27.9.1988 – Rs. 81/87 – Vorabentscheidung, JZ 1989, 386;

Großfeld Bernhard, König Thomas, Das internationale Gesellschaftsrecht in der Europäischen Gemeinschaft, RIW 1992, 433;

Grothe Helmut, Die „ausländische Kapitalgesellschaft & Co.“, Köln/Berlin/Bonn/ München, 1989, Dissertation (zitiert: Grothe);

Grütters Jochen, BB-Forum: Limited auf dem Vormarsch – Serien-Reinfälle nicht ausgeschlossen, BB 2005, 1523;

Grunewald Barbara, Gebling Christian, Rodewig Desiree, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen, ZIP 2006, 685;

Güthoff Julia, Gesellschaftsrecht in Großbritannien, Eine Einführung mit vergleichender Tabelle, 3. Auflage, Heidelberg/München/Berlin, 2004 (zitiert: Güthoff);

Gundel Jörg, Die Rechtfertigung von faktisch diskriminierenden Eingriffen in die Grundfreiheiten des EGv, Jura 2001, 79;

Haack Stefan, Anmerkungen zu EuGH, Urt. v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00, MDR 2003, 96;

Haas Ulrich, „Flankierende Maßnahmen“ für eine Reform des Gläubigerschutzes in der GmbH, GmbHHR 2006, 505;

Haas Ulrich, Der Entwurf des „MoMiG“ und weitergehende Vorschläge zur Bekämpfung des Missbrauchs der GmbH, GmbHHR 2006, 729;

Haas Ulrich, Kapitalerhaltung, Insolvenzanfechtung, Schadenersatz und Existenzvernichtung – wann wächst zusammen, was zusammengehört? ZIP 2006, 1373;

Haas Ulrich, Die Gesellschafterhaftung wegen „Existenzvernichtung“, WM 2003, 1929;

Hachenburg Max, Ulmer Peter, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 8. Auflage, Berlin/New York, 1997 (zitiert: Bearbeiter in Hachenburg);

Halbhuber Harald, Das Ende der Sitztheorie als Kompetenztheorie – Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache C-208/00 (Überseering), ZEuP 2003, 418;

Halbhuber Harald, Limited Company statt GmbH? Europarechtlicher Rahmen und deutscher Widerstand, 1. Auflage, Baden-Baden, 2001 (zitiert: Halbhuber);

Halen von Curt Christian, Das Gesellschaftsstatut nach der Centros-Entscheidung des EuGH, Heidelberg, 2001, Dissertation (zitiert: von Halen);

Halen von Curt Christian, Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH, WM 2003, 571;

Halen von Curt Christian, Der Streit um die Sitztheorie vor der Entscheidung?, EWS 2002, 107;

Happ Wilhelm, Deregulierung der GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, Entformalisierung des Rechts der Gesellschafter, ZHR 169 (2005), 6;

Happ Wilhelm, Holler Lorenz, „Limited“ statt GmbH? Risiken werden gern verschwiegen, DStR 2004, 730;

Hase von Karl, Insolvenzantragspflicht für directors einer Limited in Deutschland?, BB 2006, 2141;

Heidenhain Martin, Ausländische Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland, NZG 2002, 1141;

Heinz Volker G., Die englische Limited, Baden-Baden, 1. Auflage 2004/2. Auflage 2006 (zitiert: Heinz; Heinz, 2. Auflage);

Heinz Volker G., Englische Limited und deutsche GmbH – eine vergleichende Darstellung, AnwBl 2004, 612;

Henrich Dieter, Einführung in das englische Privatrecht, 2. Auflage, Darmstadt, 1997 (zitiert: Henrich);

Henze Hartwig, Aspekte des Insolvenzrechts an der Schnittstelle zum Gesellschaftsrecht, WM 2006, 1653;

Herchen Axel, „Checkliste“ zur Eintragung einer Zweigniederlassung einer englischen private limited company by shares im Handelsregister, RIW 2005, 529;

Herweg Christian, Tschauener Heiko, Kurzkommentar zu AG Hamburg, Beschl. v. 1.12.2005 – 67a IN 450/05, EWIR 2006, 169;

Hirsch Alexander, Britain Richard, Artfully Inspired – Werden deutsche Gesellschaften englisch?, NZG 2003, 1100;

Hirte Heribert, Bückner Thomas, Grenzüberschreitende Gesellschaften, Praxishandbuch für ausländische Kapitalgesellschaften mit Sitz im Inland, 1. Auflage/2. Auflage, Köln/Berlin/München, 2005/2006 (zitiert: Bearbeiter in Hirte/Bückner; Bearbeiter in Hirte/Bückner, 2. Auflage);

Hirte Heribert, EWS-Kommentar zu EuGH, Urt. v. 5.11.2002 – Rs.- C-208/00, EWS 2002, 573;

Hirte Heribert, EWS-Kommentar zu Inspire Art, EWS 2003, 521;

Hirte Heribert, Mock Sebastian, Wohin mit der Insolvenzantragspflicht?, ZIP 2005, 474

Hoffmann von Bernd, Thorn Karsten, Firsching Karl, Internationales Privatrecht, 8. Auflage, München, 2005 (zitiert: von Hoffmann/Thorn);

Höfling Barbara Sabine, Das englische internationale Gesellschaftsrecht, Heidelberg, 2002 (zitiert: Höfling);

Höfling Barbara Sabine, Die Centros-Entscheidung des EuGH – auf dem Weg zu einer Überlagerungstheorie für Deutschland, DB 1999, 1206;

Höfling Barbara Sabine, Die Sitztheorie, Centros und der österreichische OGH, EuZW 2000, 145;

Hofmeister Jörg, Grundlagen und Entwicklungen des internationalen Gesellschaftsrechts, WM 2007, 868;

Hök Götz-Sebastian, Sitztheorie und Baurecht – Zu den Auswirkungen der Entscheidung Überseering (Rs C-208 / 00) des EuGH auf den Bausektor, ZfBR 2003, 320;

Hommelhoff Peter, Goette Wulf, Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis, 2. Auflage, Köln, 2000 (zitiert: Hommelhoff/Goette);

Horn Norbert, Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die EuGH-Rechtssprechung zur Niederlassungsfreiheit – Inspire Art, NJW 2004, 893;

Huber Ulrich, Habersack Mathias, GmbH-Reform: Zwölf Thesen zu einer möglichen Reform des Rechts der kapitaleretzenden Gesellschafterdarlehen, BB 2006, 1;

Jarass Hans, Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II, EuR 2000, 705;

Just Clemens, Die englische Limited in der Praxis, 1. Auflage/2. Auflage, München, 2005/2006 (zitiert: Just; Just, 2. Auflage);

Just Clemens, Kurzkommentar zu OLG Münster, Beschl. v. 9.9.2005 – 4 A 1468/05, EWiR 2006, 17;

Kadel Jürgen, Die englische Limited, MittBayNot 2006, 102;

Kadel Jürgen, UK Company Law Reform Bill – Geplante Reform bei der englischen private limited company, MittBayNot 2006, 111;

Kallmeyer Harald, Tragweite des Überseering-Urteils des EuGH vom 5.11.02 zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung, DB 2002, 2521;

Kallmeyer Harald, Vor- und Nachteile der englischen Limited im Vergleich zur GmbH oder GmbH & Co. KG, DB 2004, 636;

Kanzleiter Rainer, „Inspire Art“ – die Konsequenz, DNotZ 2003, 885;

Karsten Frederik, Deregulierung der GmbH-Gründung, GmbHR 2006, 57;

Keidel Helmut, Krafska Alexander, Willer Heinz, Registerrecht, 6. Auflage/7. Auflage, München, 2003/2007 (zitiert: Keidel/Krafska/Willer; Keidel/Krafska/Willer, 7. Auflage);

Kersting Christian, Rechtswahlfreiheit im europäischen Gesellschaftsrecht nach Überseering. Ein Richtlinienvorschlag, NZG 2003, 9;

Kessler Wolfgang, Eicke Rolf, Die Limited – Fluch oder Segen für den Steuerberater?, DStR 2005, 2101;

Kieninger Eva-Maria, Internationales Gesellschaftsrecht nach „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“: Antworten, Zweifel und offene Fragen, ZEuP 2004, 685;

Kieninger Eva-Maria, Niederlassungsfreiheit als Rechtswahlfreiheit. Besprechung der Entscheidung EuGH EuZW 1999, 216 – Centros Ltd. ./.. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, ZGR 1999, 724;

Kiethe Kurt, Abwehrfunktion des Deliktsrechts im internationalen Gesellschaftsrecht?, RIW 2005, 649;

Kiethe Kurt, Die Renaissance des § 823 BGB im Gesellschaftsrecht, NZG 2005, 333;

Kindler Peter, „Anerkennung“ der Scheinauslandsgesellschaft und Niederlassungsfreiheit, IPRax 2003, 41;

Kindler Peter, „Inspire Art“ – Aus Luxemburg nichts Neues zum internationalen Gesellschaftsrecht, NZG 2003, 1086;

Kindler Peter, Auf dem Weg zur europäischen Briefkastengesellschaft? Die „Überseering“-Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht, NJW 2003, 1073;

Kindler Peter, Internationales Gesellschaftsrecht am Scheideweg, RIW 2000, 649;

Kindler Peter, Neue Offenlegungspflicht für Zweigniederlassungen ausländischer Kapitalgesellschaften; Zur Umsetzung der elften gesellschaftsrechtlichen Richtlinie der EG in deutsches Recht, NJW 1993, 3301;

Kindler Peter, Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften? Die „Centros“-Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht, NJW 1999, 1993;

Kindler Peter, Sitzverlegung und internationales Insolvenzrecht, IPRax 2006, 114;

Kleindiek Detlef, Ordnungswidrige Liquidation durch organisierte „Firmenbestattung“, ZGR 2007, 276;

Klose-Mokroß Lydia, Die Eintragung der Zweigniederlassung einer englischen private limited company in das deutsche Handelsregister, DStR 2005, 971;

Knapp Andreas, Überseering: Zwingende Anerkennung von ausländischen Gesellschaften?, DNotZ 2003, 85;

Knobbe-Keuk Brigitte, Umzug von Gesellschaften in Europa, ZHR 154 (1990), 325;

Knöfel Oliver L., Gefahren beim Einsatz von Ltd.-Gründungsagenturen: Auftrags- und Beratungsumfang contra Qualifikation?, BB 2006, 1233;

Knütel Christian, Nachtragsliquidation des inländischen Vermögens einer englischen Kapitalgesellschaft, RIW 2004, 503;

Kögel Stefan, Gründung einer ausländischen Briefkastenfirma: Wann ist eine Zweigniederlassung in Deutschland eine Zweigniederlassung?, DB 2004, 1763;

Kögel Steffen, Die deutsche Zweigniederlassung einer GmbH – überreguliert?, GmbHR 2006, 237;

Koller Ingo, Roth Wulf Henning, Morck Winfried, Kommentar zum HGB, 4. Auflage/6. Auflage, München, 2003/2007 (zitiert: Bearbeiter in Koller/Roth/Morck; Bearbeiter in Koller/Roth/Morck, 7. Auflage);

Koppensteiner Hans Georg, Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht, Frankfurt am Main, 1971 (zitiert: Koppensteiner);

Kornblum Udo, Bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Stand 1.1.2005, GmbHR 2006, 28;

Kropholler Jan, Internationales Privatrecht, 5. Auflage/6. Auflage, Tübingen, 2004/2006 (zitiert: Kropholler; Kropholler, 6. Auflage);

Lange Knut Werner, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97, DNotZ 1999, 599;

Lanzius Tim, Anwendbares Recht und Sonderanknüpfung unter der Gründungstheorie, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien, 2004 (zitiert: Lanzius);

Lehmann Matthias, Gemeinschaftsrechtliche Zuständigkeitsregeln bei GmbH-Streitigkeiten, GmbHR 2005, 978;

Lehmann Matthias, Registerrechtliche Anmeldepflicht für EU-Auslandsgesellschaften – ein zahnloser Tiger?, NZG 2005, 580;

Leible Stefan, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97, NZG 1999, 300;

Leible Stefan, Hoffmann Jochen, „Überseering“ und das deutsche Gesellschaftskollisionsrecht, ZIP 2003, 925;

Leible Stefan, Hoffmann Jochen, „Überseering“ und das vermeintliche Ende der Sitztheorie. Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00, RIW 2002, 925;

Leible Stefan, Hoffmann Jochen, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 14.3.2005 – II ZR 5/03, RIW 2005, 544;

Leible Stefan, Hoffmann Jochen, Vom „Nullum“ zur Personengesellschaft – Die Metamorphose der Scheinauslandsgesellschaft im deutschen Recht, DB 2002, 2203;

Leible Stefan, Hoffmann Jochen, Wie inspiriert ist „Inspire Art“? EuZW 2003, 677;

Leible Stefan, Hoffmann Jochen, Keine Eintragung der Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft in ein deutsches Handelsregister – und was ist mit Überseering? BB 2003, 543;

Leible Stefan, Niederlassungsfreiheit und Sitzverlegungsrichtlinie, ZGR 2004, 531;

Lembeck Eva-Desiree, UK Company Law Reform – Ein Überblick, NZG 2003, 956;

Lenz Carl Otto, Borchardt Klaus-Dieter, EU- und EG-Vertrag, Kommentar, 3. Auflage, Köln/Basel/Genf/München/Wien, 2003 (zitiert: Lenz/Borchardt);

Leuring Dieter, Die GmbH und der internationale Wettbewerb der Rechtsformen, ZRP 2006, 201;

Leuring Dieter, Simon Stefan, Der Referentenentwurf zur GmbH-Reform, NJW-spezial 2006, 315;

Lieder Jan, Die Haftung der Geschäftsführer und Gesellschafter von EU-Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland, Zugleich Besprechung des BGH-Urteils vom 14.3.2005 – II ZR 5/03, DZWIR 2005, 399;

Lieder Jan, Zur Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs, DZWIR 2005, 309;

Liese Jens, Die Handelsregistereintragung europäischer Auslandsgesellschaften in Deutschland – oder – Ceci n'est pas une pipe?, NZG 2006, 201;

Looschelders Dirk, Internationales Privatrecht, Art. 3-46 EGBGB, Praxiskommentar, Berlin/Heidelberg/New York, 2003 (zitiert: Looschelders);

Lutter Marcus, „Überseering“ und die Folgen, BB 2003, 7;

Lutter Marcus, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, Köln, 2005 (zitiert: Bearbeiter in Lutter);

Lutter Marcus, Hommelhoff Peter, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 16. Auflage, Köln, 2004 (zitiert: Bearbeiter in Lutter/Hommelhoff);

Mankowski Peter, Die deutsche Ltd.-Zweigniederlassung im Spannungsverhältnis von Gewerbe- und Registerrecht, BB 2006, 1173;

Mankowski Peter, Klärung von Grundfragen des europäischen internationalen Insolvenzrechts durch die Eurofood-Entscheidung?, BB 2006, 1753;

Mankowski Peter, Kurzkomentar zu BayObLG, Beschl. v. 19.12.2002 – 2Z BR 7/02, EWiR 2003, 273;

Mankowski Peter, Kurzkomentar zu OLG Dresden, Beschl. v. 7.2.2006 – Ss (OWi) 955/05, EWiR 2006, 337;

Mankowski Peter, Kurzkomentar zu OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 29.12.2005, EWiR 2006, 145;

Mansel Heinz-Peter, Anerkennung als Grundprinzip des europäischen Rechtsraums, Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkennung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des europäischen internationalen Privatrechts?, RabelsZ 70 (2006), 651;

Marx Philip, Der Solvenztest zur Regulierung von Ausschüttungen im amerikanischen Recht, DZWIR 2006, 401;

Maul Silja, Schmidt Claudia, Inspire Art – Quo vadis Sitztheorie?, BB 2003, 2297;

Meilicke Wienand, Anmerkungen zu EuGH, Urt. v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97, DB 1999, 627;

Meilicke Wienand, Das Eigenkapitalersatzrecht – eine deutsche Fehlentwicklung, GmbHR 2007, 225;

Meilicke Wienand, Zum Vorschlag der Europäischen Kommission für die 14. EU-Richtlinie zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts – Sitzverlegungs-Richtlinie, GmbHR 1998, 1053;

Mellert Christofer Rudolf, Ausländische Kapitalgesellschaften als Alternative zu AG und GmbH – eine Synopse, BB 2006, 8;

Merkt Hanno, Der Kapitalschutz in Europa – ein rocher de bronze?, ZGR 2004, 305;

Merkt Hanno, Die Gründungstheorie gewinnt an Einfluss, RIW 2003, 458;

Merkt Hanno, Die Pluralisierung des europäischen Gesellschaftsrechts, RIW 2004, 1;

Michalski Lutz, Vergleichender Überblick über das Recht der Kapitalgesellschaften in Großbritannien, DStR 1991, 1660;

Micheler Eva, Gläubigerschutz im englischen Gesellschaftsrecht, Reformvorschläge mit Implikationen für Europa, ZGR 2004, 324;

Montag Frank, Bonin von Andreas, Die Entwicklung des europäischen Gemeinschaftsrechts bis Ende 2002, NJW 2003, 2712;

Mülbert Peter O., Neuordnung des Kapitalrechts, WM 2006, 1977;

Müller Hans-Friedrich, Insolvenz ausländischer Kapitalgesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz, NZG 2003, 414;

Müller Klaus, Der Entwurf des „MoMiG“ und die Auswirkungen auf den Unternehmens- und Beteiligungskauf, GmbHR 2006, 953;

Müller Klaus, Die englische Limited in Deutschland – für welche Unternehmen ist sie tatsächlich geeignet?, BB 2006, 837;

Müller Wolfgang, Müller Sebastian, Ausländische Gesellschaftsformen – eine wirkliche Alternative für deutsche GmbH-Unternehmer? Teil II, GmbHR 2006, 640;

Münchener Kommentar zum BGB, Band 11, Art 50-237 EGBGB, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, 3./4. Auflage, München, 1999/2006 (zitiert: Bearbeiter in MüKo; Bearbeiter in MüKo, 4. Auflage);

Münchener Kommentar zum HGB, Band 1, §§ 1-104, 2. Auflage, München, 2005 (zitiert: Bearbeiter in MüKo);

Münchener Kommentar zum HGB, Band 4, §§ 238-342a HGB, 1. Auflage, München, 2001, (zitiert: Bearbeiter in MüKo);

Neuling Jasper, Deutsche GmbH und englische private company, Köln/Berlin/Bonn/München, 1997 (zitiert: Neuling);

Neumayer Karl, Betrachtungen zum internationalen Konzernrecht, ZVglRWiss 83 (1984) 129;

Neye Hans-Werner, Die Vorstellungen der Bundesregierung zum Vorschlag einer 14. Richtlinie, ZGR 1999, 13;

Neye Hans-Werner, Kurzkomentar zu EuGH, Urt. v. 5.11.2002 – RS C-208/00, EWIR 2002, 1003;

Neye Hans-Werner, Kurzkomentar zu EuGH, Urt. v. 9.3.1999 – RS C – 212/97, EWIR 1999, 259;

Noack Ulrich, Neue Publizitätspflichten und Publizitätsmedien für Unternehmen – eine Bestandsaufnahme nach EHUG und TUG, WM 2007, 378;

Noske Esther, Beratungen und Beschlüsse des 66. Deutschen Juristentags 2006, ZPR 2006, 232;

Paefgen Walter G., Gezeitenwechsel im Gesellschaftskollisionsrecht – Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00, WM 2003, 561;

Paefgen Walter, Ausländergesellschaften und Durchsetzen der deutschen Schutzinteressen nach „Überseering“, DB 2003, 487;

Paefgen Walter, Kurzkomentar zu BGH, Urt. v. 13.3.2003 – VII ZR 370/98, EWIR 2003, 571;

Paulus Christoph, Änderungen des deutschen Insolvenzrechts durch die Europäische Insolvenzverordnung, ZIP 2002, 729;

Paulus Christoph, Der EuGH und das moderne Insolvenzrecht, NZG 2006, 609;

Paulus Christoph, Die ersten Jahre mit der europäischen Insolvenzverordnung, Erfahrungen und Erwartungen, RabelsZ 70 (2006), 458;

Paulus Christoph, Kurzkomentar zu High Court of Justice London, Beschl. v. 4.8.2006 – No. 5618/06, EWIR 2007, 175;

Paulus Christoph, Zuständigkeitsfragen nach der europäischen Insolvenzordnung, ZIP 2003, 1725;

Petz Carsten, Anmeldung einer Anteilsabtretung – eine eher unscheinbare Norm, GmbHR 2006, 852;

Priester Hans-Joachim, Kapitalaufbringung beim Cash Pool – Kurswechsel durch das MoMiG, ZIP 2006, 1557;

Priester Hans-Joachim, Unternehmensgründergesellschaften statt “GmbH light”!, ZIP 2006, 161;

Probst Peter, Kleinert Jens, Schein-Auslandsgesellschaften – Erneute Betonung der Niederlassungsfreiheit durch den EuGH, MDR 2003, 1265;

Reck Reinhard, Die englische Limited als Alternative zur GmbH, StuB 2004, 989;

Rehberg Markus, Internationales Gesellschaftsrecht im Wandel: Das Überseering-Urteil des EuGH und seine Folgen (Tagungsbericht), IPRax 2003, 175;

Riegger Bodo, Centros – Überseering – Inspire Art: Folgen für die Praxis, ZGR 2004, 511;

Ries Peter, Das Ende der deutschen GmbH? Anmerkungen zu den Folgen von „Inspire Art“, gleichzeitig ein Leitfaden zur Anmeldung von Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften, AnwBl 2005, 53;

Robinski Severin, Sprenger-Richter Bernhard, Dohmen Thomas, Gewerberecht, 2. Auflage, München, 2002 (zitiert: Robinski);

Röhricht Volker, Insolvenzzrechtliche Aspekte im Gesellschaftsrecht, ZIP 2005, 505;

Röhricht Volker, Westphalen Graf von Friedrich, Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, Köln, 2002, (zitiert: Röhricht/Graf von Westphalen);

Römermann Volker, Der Entwurf des „MoMiG“ – die deutsche Antwort auf die Limited, GmbHR 2006, 673;

Römermann Volker, Die Limited in Deutschland – eine Alternative zur GmbH?, NJW 2006, 2065;

Rönnau Thomas, Haftung der Direktoren einer in Deutschland ansässigen englischen Private Company Limited by Shares nach deutschem Strafrecht – eine erste Annäherung, ZGR 2005, 832;

Roth Günther H., Gläubigerschutz durch Existenzschutz, NZG 2003, 1081;

Roth Günther H., Gründungstheorie: Ist der Damm gebrochen?, ZIP 1999, 861;

Roth Günther H., Qualität und Preis am Markt für Gesellschaftsformen, ZGR 2005, 348;

Roth Wulf-Henning, Die Sitzverlegung vor dem EuGH, ZIP 2000, 1597;

Roth Wulf-Henning, Internationales Gesellschaftsrecht nach Überseering, IPRax 2003, 117;

Roth Wulf-Henning, Kurzkomentar zur BGH, Beschl. v. 30.3.00 – VII ZR 370/98, EWiR 2000, 793;

Rüdiger Werner, Eintragung einer Limited von der Vorlage der für die Tätigkeit im Inland erforderlichen Genehmigung abhängig, GmbHR 2007, R 37;

Rüdiger Werner, IHK-Pflichtmitgliedschaft einer Limited, GmbHR 2007, R 21;

Rüdiger Werner, Kurzkomentar zu OLG Hamm, Beschl. v. 21.07.2006 – 15 W 27/06, EWiR 2006, 1202;

Rüdiger Werner, Zur Frage, welche Nachweise mit der Anmeldung der deutschen Niederlassung einer Private Limited Company englischen Rechts dem deutschen Handelsregister vorzulegen sind, GmbHR 2006, 1202;

Säcker Franz-Jürgen, Die handelsrechtliche Haftung für Altschulden bei Übertragung und Vererbung von Handelsgeschäften, ZGR 1973, 261;

Sandrock Otto, „Die multinationalen Korporationen im internationalen Privatrecht“, BerDtGesVR 18 (1978), 169;

Sandrock Otto, Austermann Andreas, Das internationale Gesellschaftsrecht nach der Daily Mail-Entscheidung der Europäischen Gerichtshofs: Quo vadis?, RIW 1989, 249;

Sandrock Otto, BB-Forum: Nach Inspire Art – Was bleibt vom deutschen Sitzrecht übrig?, BB 2003, 2588;

Sandrock Otto, Centros: Ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie, BB 1999, 1337;

Sandrock Otto, Deutschland als gelobtes Land des Kapitalgesellschaftsrechts? Manches in Deutschland kann nur von Europa aus saniert werden, DB 2002, 1601;

Sandrock Otto, Die Schrumpfung der Überlagerungstheorie, ZVglRWiss 102 (2003), 447;

Sandrock Otto, Gehören die deutschen Regelungen über die Mitbestimmung auf Unternehmensebene wirklich zum deutschen ordre public?, AG 2004, 57;

Sandrock Otto, Sitzrecht contra Savigny? Zum angeblichen Chaos im internationalen Gesellschaftsrecht, BB 2004, 897;

Sandrock Otto, Wetzler Christoph, Deutsche Gesellschaften im Wettbewerb der Rechtsordnungen, Heidelberg, 2004 (zitiert: Sandrock/Wetzler);

Schaefer Franz, Fackler Stephan, Durchgriffshaftung wegen allgemeiner Unterkapitalisierung?, NZG 2007, 377;

Schall Alexander, Englischer Gläubigerschutz bei Limited in Deutschland, ZIP 2005, 965;

Schall Alexander, Nochmals: In-sich-Geschäfte bei englischen private limited companies, NZG 2006, 54;

Schanze Erich, Jüttner Andreas, Die Entscheidung für Pluralität: Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht nach der EuGH-Entscheidung „Inspire Art“, AG 2003, 661;

Schärftl Christopher, Die Doppelfunktion des Stammkapitals als Schlüssel für ein wettbewerbsfähiges GmbH-Recht in Deutschland?, GmbHR 2007, 334;

Schaub Bernhard, Ausländische Handelsgesellschaften und deutsches Registerverfahren, NZG 2000, 953;

Schilling Simon, Das englische Insolvenzeröffnungsverfahren im Anwendungsbereich der EuInsVO und im Vergleich mit dem deutschen Insolvenzeröffnungsverfahren, DZWIR 2005, 143;

Schilling Simon, Kurzkomentar zu LG Kiel, Urt. v. 20.4.2006 – 10 S 44/05, EWIR 2006, 429;

Schlotter Jochen N., Das EHUG ist in Kraft getreten: Das Recht der Unternehmenspublizität hat eine neue Grundlage, BB 2007, 1;

Schmidt Jessica, Haftung und Rechtsverhältnisse im Gründungsstadium einer „deutschen“ Limited, RIW 2005, 827;

Schmidt Karsten, Gesellschaftsrecht, 3. Auflage/4. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München, 1997/2002 (zitiert: Schmidt; Schmidt, 4. Auflage);

Schmidt Karsten, GmbH-Reform, Solvenzgewährleistung und Insolvenzpraxis – Gedanken zum MoMiG-Entwurf, GmbHR 2007, 1;

Schmidt Karsten, Sitzverlegungsrichtlinie, Freizügigkeit und Gesellschaftsrechtspraxis, ZGR 1999, 20 ;

Schockenhoff Martin, Höder Andreas, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen nach dem MoMiG: Nachbesserungsbedarf aus Sicht der M&A-Praxis, ZIP 2006, 1841 ff;

Scholz Franz, Crezelius Georg, Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band 1 und 2, 9. Auflage/10. Auflage, Köln, 2000/2006 bzw. 2002/2007 (zitiert: Bearbeiter in Scholz; Bearbeiter in Scholz, 10. Auflage);

Schröder Rainer, Die GmbH im europäischen Vergleich, Berlin, 2005 (zitiert: Bearbeiter in Schröder);

Schulz Martin, (Schein-)Auslandsgesellschaften in Europa – Ein Scheinproblem? NJW 2003, 2705;

Schulz Martin, Sester Peter, Höchstrichterliche Harmonisierung der Kollisionsregeln im europäischen Gesellschaftsrecht: Durchbruch der Gründungstheorie nach „Überseering“, EWS 2002, 545;

Schumann Alexander, Die englische Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland: Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung und Haftung bei Insolvenz, DB 2004, 743;

Schwab Martin, Notarkosten bei GmbH-Anteilsübertragungen – Ergebnisse einer Umfrage zur Verteilung und Höhe von Geschäftswerten und Gebühren bei GmbH-Anteilsabtretungen, MittBayNot 2006, 307;

Schwarze Jürgen, EU-Kommentar, Baden-Baden, 2000 (zitiert: Schwarze);

Sedemund Joachim, Hausmann Ludwig, Niederlassungsfreiheit contra Sitztheorie – Abschied von Daily Mail?, BB 1999, 809;

Seibert Ulrich, Das MoMiG und der GRÜNE Vorschlag einer PmbH, GmbHR 2007, R 33;
Seibert Ulrich, GmbH-Reform: Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen – MoMiG, ZIP 2006, 1157;
Seibert Ulrich, MoMiG – Die GmbH-Reform beginnt, BB 2006, Heft 26, Die Erste Seite;
Seibert Ulrich, Wedemann Frauke, Der Schutz der Privatschrift im elektronischen Handels- und Unternehmerregister, GmbHR 2007, 17;
Shearman Jennifer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in England und Wales, GmbHR 1992, 149;
Simon Stefan, Leuring Dieter, Der Referentenentwurf zur GmbH-Reform, NJW-Spezial 2006, 315;
Smid Stefan, EuGH zu „Eurofood“, BGH zur internationalen Zuständigkeit: Neueste Judikatur zur EuInsVO, DZWIR 2006, 325;
Spahlinger Andreas, Wegen Gerhard, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, München, 2005 (zitiert: Bearbeiter in Spahlinger/Wegen);
Spindler Gerald, Abschied vom Papier? Das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister, WM 2006, 109;
Spindler Gerald, Berner Olaf, Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art, RIW 2004, 7;
Spindler Gerald, Berner Olaf, Inspire Art – Der europäische Wettbewerb um das Gesellschaftsrecht ist endgültig eröffnet, RIW 2003, 949;
Spindler Gerald, Der Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, JZ 2006, 839;
Spindler Gerald, Deutsches Gesellschaftsrecht in der Zange zwischen Inspire Art und Golden Shares?, RIW 2003, 850;
Staub Hermann, Hüffer Uwe, Kommentar zum HGB, 4. Auflage 1995, Berlin, (zitiert: Bearbeiter in Staub/Hüffer);
Staudinger von Julius u.a., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz, EGBGB/IPR, Internationales Gesellschaftsrecht, 1. Auflage, Berlin, 1998 (zitiert: Bearbeiter in Staudinger);
Staudinger von Julius u.a., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz, EGBGB/IPR, Einleitung zum IPR Art. 3-6, 1. Auflage, Berlin, 2003 (zitiert: Bearbeiter in Staudinger);
Steindorff Ernst, Centros und das Recht auf die günstigste Rechtsordnung, JZ 1999, 1140;
Stöber Michael, Anwendbares Recht und Gerichtsstand bei Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers einer in Deutschland tätigen Limited, GmbHR 2006, 1146;
Stöber Michael, Die Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers einer englischen Limited, GmbHR 2006, 746;
Strasser Christian, Fröhlich Claus, Fallstrick Deliktsrecht? Zur besonderen Beachtung deutschen Rechts in der Beratung von Limited-Gründern, Stbg 2006, 301 ff;
Süß Rembert, Häufige Probleme mit Zweigniederlassungen englischer Limited Companies, DNotZ 2005, 180;

Tal Michael, Das Verbot der Financial Assistance im englischen Gesellschaftsrecht, Leveraged Buy Outs nach der Companies Bill 2006, GmbHR 2007, 254;
Teichmann Christoph, Reform des Gläubigerschutzes im Kapitalgesellschaftsrecht, NJW 2006, 2444;
Tettinger Peter J., Wank Rolf, Kommentar zur Gewerbeordnung, 6. Auflage/7. Auflage, München, 1999/2004 (zitiert: Bearbeiter in Tettinger/Wank; Bearbeiter in Tettinger/Wank, 7. Auflage);
Thiessen Jan, Eigenkapitalersatz ohne Analogieverbot – eine Alternativlösung zum MoMiG-Entwurf, ZIP 2007, 253;

Thiessen Jan, Insolvenzeröffnungskapital statt Mindestkapital – Vorschlag zur GmbH-Reform, ZIP 2006, 1892 ff;

Thole Christoph, Die internationale Zuständigkeit für insolvenzrechtliche Anfechtungsklagen, ZIP 2006, 1383 ff;

Thomas Heinz, Putzo Hans, Kommentar zur ZPO mit GVG, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften, 27. Auflage/28. Auflage, München, 2005/2007 (zitiert: Bearbeiter in Thomas/Putzo; Bearbeiter in Thomas/Putzo, 28. Auflage);

Tillmann Tobias, Der Entwurf des „MoMiG“ und die Auswirkungen auf die Gesellschafterfremdfinanzierung – Verstrickte und privilegierte Darlehen, GmbHR 2006, 1289;

Torwegge Christoph, UK Company Companies Act 2006 – (Almost entirely) Enacted!, GmbHR 2007, 195;

Torwegge Christoph, UK Company Law Reform Bill – Think Small First!, GmbHR 2006, 919;

Trautmann Clemens, Ausländisches Recht vor deutschen und englischen Gerichten, ZEuP 2006, 283;

Triebel Volker, Hase von Karl, Meierski Peter, Die Limited in Deutschland, 1. Auflage, Frankfurt a.M., 2006 (zitiert: Triebel/von Hase/Meierski);

Triebel Volker, Hase von Karl, Wegzug und grenzüberschreitende Umwandlung deutscher Gesellschaften nach „Überseering“ und „Inspire Art“, BB 2003, 2409;

Triebel Volker, Hodgson Stephen, Kellenter Wolfgang, Müller Georg, Englischs Handels- und Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Heidelberg, 1995 (zitiert: Triebel);

Triebel Volker, Otte Sabine, 20 Vorschläge für eine GmbH-Reform: Welche Lektion kann der deutsche Gesetzgeber vom englischen lernen?, ZIP 2006, 311;

Triebel Volker, Otte Sabine, Reform des GmbH-Rechts: MoMiG – ein vernünftiger Schritt zur Stärkung der GmbH im Wettbewerb oder Kompromiss auf halber Strecke?, ZIP 2006, 1321;

Tröndle Herbert, Fischer Thomas, Kurzkommentar zum StGB und Nebengesetzen, 54. Auflage, München, 2007 (zitiert: Tröndle/Fischer);

Ulmer Peter, Gläubigerschutz bei Scheinauslandsgesellschaften. Zum Verhältnis zwischen gläubigerschützendem nationalen Gesellschafts-, Delikts- und Insolvenzrecht und der EG-Niederlassungsfreiheit, NJW 2004, 1201;

Ulmer Peter, Schutzinstrumente gegen die Gefahren der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandssitz, JZ 1999, 662;

Veit Martin, Wichert Joachim, Unternehmerische Mitbestimmung bei europäischen Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland nach „Überseering“ und „Inspire Art“, AG 2004, 14;

Vetter Eberhard, Gesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz quo vadis?, BB 2006, Heft 36, Die Erste Seite;

Vetter Jochen, Grundlinien der GmbH-Gesellschafterhaftung, ZGR 2005, 788;

Vogel Thorsten, Kurzkommentar zu EuGH, Urt. v. 17.1.2006 – Rs. C-1/04, EWIR 2006, 141;

Vorpeil Klaus, Neuere Entwicklungen im englischen Handels- und Wirtschaftsrecht, RIW 2005, 63;

Vorpeil Klaus, Neuere Entwicklungen im englischen Handels- und Wirtschaftsrecht, RIW 2005, 370;

Vorpeil Klaus, Neuere Entwicklungen im englischen Handels- und Wirtschaftsrecht, RIW 2006, 540;

Vorpeil Klaus, Neuere Entwicklungen im englischen Handels- und Wirtschaftsrecht, RIW 2005, 850;

Vossius Oliver, Wachter Thomas, BB-Forum: Entwurf eines GmbH-Reformgesetzes, BB 2005, 2539;

Wachter Thomas Notwendigkeit eines Zweigniederlassungszusatzes bei inländischer Zweigniederlassung einer englischen plc, BB 2005, 1289;

Wachter Thomas, Auswirkungen des EuGH-Urteils in Sachen Inspire Art Ltd. auf Beratungspraxis und Gesetzgebung, GmbHR 2004, 88;

Wachter Thomas, Der Entwurf des „MoMiG“ und die Auswirkungen auf inländische Zweigniederlassungen von Auslandsgesellschaften, GmbHR 2006, 793;

Wachter Thomas, Handelsregisteranmeldung der inländischen Zweigniederlassung einer englischen Private Limited Company, MDR 2004, 611;

Wachter Thomas, Handelsregisteranmeldung der inländischen Zweigniederlassung einer englischen Private Limited Company, NotBZ 2004, 41;

Wachter Thomas, Insichgeschäft bei englischen private limited companies, NZG 2005, 338;

Wachter Thomas, Kurzkomentar zu LG Bielefeld, Beschl. v. 08.07.2004 – 24 T 7/04, GmbHR 2005, 100;

Wachter Thomas, Kurzkomentar zu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.2.2006 – I-3 Wx 210/05, EWiR 2006, 345;

Wachter Thomas, Kurzkomentar zu OLG München, Beschl. v. 4.5.2006 – 31 Wx 23/06, EWiR 2006, 401;

Wachter Thomas, Kurzkomentar zum OLG Celle, Urt. v. 1.12.2006 – 9 W 91/06, GmbHR 2007, 205;

Wachter Thomas, Persönliche Haftung des Gründers einer englischen private limited company, BB 2006, 1462;

Wachter Thomas, Persönliche Haftungsrisiken bei englischen private limited companies mit inländischem Verwaltungssitz, DStR 2005, 1817;

Wackerbarth Ulrich, Existenzvernichtungshaftung 2005: Unternehmerische Entscheidungen auf dem Prüfstand, ZIP 2005, 877;

Walterscheid Joachim, Die englische Limited im Insolvenzverfahren, DZWIR 2006, 95;

Wand Peter, BB-Kommentar zu BGH, Urt. v. 14.3.2005 – II ZR 5/03, BB 2005, 1017;

Weiß Wolfgang, Nationales Steuerrecht und Niederlassungsfreiheit: Von der Konvergenz der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote zur Auflösung der Differenzierung zwischen unterschiedslosen und unterschiedlichen Maßnahmen, EuZW 1999, 493;

Wellensiek Jobst, Der Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens: Schlusspunkt der Reformdebatte?, BB 2006, Heft 34, Die Erste Seite;

Weller Marc-Philippe, Das internationale Gesellschaftsrecht in der neuesten BGH-Rechtsprechung, IPRax 2003, 324;

Weller Marc-Philippe, Einschränkung der Gründungstheorie bei missbräuchlicher Auslandsgründung?, IPRax 2003, 520;

Weller Marc-Philippe, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 1. Auflage, Köln/ Berlin/München/Heidelberg, 2004 (zitiert: Weller);

Weller Marc-Philippe, Inländische Gläubigerinteressen bei internationalen Konzerninsolvenzen, ZHR 169 (2005), 570;

Weller Marc-Philippe, Scheinauslandsgesellschaften nach Centros, Überseering und Inspire Art: Ein neues Anwendungsfeld für die Existenzvernichtungshaftung, IPRax 2003, 207;

Werlauff Erik, Ausländische Gesellschaften für inländische Aktivitäten, „Centros aus dänischer Sicht“, ZIP 1999, 867;

Wernicke Thomas, Anmerkungen zu Überseering, EuZW 2002, 758;

Werthenbruch Johannes, Der Abschluss des „Überseering“-Verfahrens durch den BGH – Folgerungen, NZG 2003, 618;

Wessels Peter, Cash Pooling und Upstream-Sicherheiten – Gestaltungspraxis im Lichte aktueller BGH-Rechtsprechung und der anstehenden GmbH-Novelle, ZIP 2006, 1701;

Westermann Hans-Peter, Gesellschafter- und Geschäftsführerpflichten im Vorfeld der Insolvenz nach gegenwärtigem und künftigem Recht, DZWIR 2006, 485;

Westhoff Andre, Die Verbreitung der englischen Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland, GmbHR 2007, 474;

Westhoff Andre, Die Verbreitung der Limited mit Sitz in Deutschland, GmbHR 2006, 525;

Wicke Hartmut, Die Bedeutung der öffentlichen Beurkundung im GmbH-Recht, ZIP 2006, 977;

Wiedemann Herbert, „Internationales Gesellschaftsrecht“ in Festschrift für Gerhard Kegel, Frankfurt am Main, S. 187 ff (zitiert: Wiedemann in FS für Kegel);

Wiedemann Herbert, Reflexionen zur Durchgriffshaftung. Zugleich Besprechung des Urteils BGH WM 2002, 1804 – KBV, ZGR 2003, 283;

Wilhelm Jan, Zurück zur Durchgriffshaftung – das „KBV“-Urteil des II. Zivilsenats des BGH vom 24.6.2002, NJW 2003, 175;

Wilhelmi Rüdiger, Das Mindestkapital als Mindestschutz – eine Apologie im Hinblick auf die Diskussion um eine Reform der GmbH angesichts der englischen Limited, GmbHR 2006, 13;

Zerres Thomas, Deutsche Insolvenzantragspflicht für die englische Limited mit Inlandssitz, DZWIR 2006, 356;

Ziemons Hildegard, Freie Bahn für den Umzug von Gesellschaften nach Inspire Art?!, ZIP 2003, 1913;

Zimmer Daniel, Internationales Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit: Das Rätsel vor der Lösung?, BB 2000, 1361;

Zimmer Daniel, Internationales Gesellschaftsrecht, Heidelberg, 1996 (zitiert: Zimmer);

Zimmer Daniel, Literaturbesprechung Terlau Matthias, RabelsZ 66 (2002), 188;

Zimmer Daniel, Mysterium „Centros“. Von der schwierigen Suche nach der Bedeutung eines Urteils des Europäischen Gerichtshofes, ZHR 164 (2000), 23;

Zimmer Daniel, Nach „Inspire Art“: Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?, NJW 2003, 3585;

Zimmer Daniel, Wie es Euch gefällt? Offene Fragen nach dem Überseering-Urteil des EuGH, BB 2003, 1;

Zöllner Wolfgang, Konkurrenz für inländische Kapitalgesellschaften durch ausländische Rechtsträger, insbesondere durch die englische private Limited company, GmbHR 2006, 1;