

JOHANNES WEBER

Gesellschaftsrecht
und Gläubigerschutz
im Internationalen
Zivilverfahrensrecht

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

265

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

265

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Johannes Weber

Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz im Internationalen Zivilverfahrensrecht

Die internationale Zuständigkeit bei Klagen
gegen Gesellschafter und Gesellschaftsorgane
vor und in der Insolvenz

Mohr Siebeck

Johannes Weber, geboren 1982; Studium der Rechtswissenschaft in Freiburg und Cambridge (LL.M.); 2011 Promotion; wissenschaftlicher Assistent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht; Rechtsreferendar am Hanseatischen Oberlandesgericht.

e-ISBN PDF 978-3-16-151768-6

ISBN 978-3-16-150914-8

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2011 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädle in Nehren gebunden.

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2010/2011 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand vom 1. April 2011.

In besonderer Weise danke ich meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Hanno Merkt, für die Betreuung meines Dissertationsvorhabens. Er hat mir bei der Ausarbeitung des Themas die erforderliche Freiheit gelassen, nachträglichen Änderungen bei der inhaltlichen Schwerpunktsetzung großzügig zugestimmt und mich durch sanften Nachdruck davor bewahrt, mich in den Tiefen des Themas zu verirren. Herrn Professor Dr. Boris P. Paal danke ich für die sehr rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Die Arbeit an diesem Buch hat mich über mehrere Stationen von Freiburg über Cambridge nach Hamburg begleitet. Während jeder dieser Stationen bin ich Menschen begegnet, die zum Gelingen dieser Arbeit viel beigetragen haben. Ihnen allen danke ich sehr herzlich: In Freiburg hat mir Herr Professor Dr. Uwe Blaurock im Rahmen meiner Tätigkeit an seinem Lehrstuhl wichtige Einblicke in den gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz ermöglicht. Viele wichtige Anregungen verdanke ich den Diskussionen auf den Lehrstuhlseminaren, vor allem aber auch meinem Lehrstuhlkollegen Herrn Dr. Thomas Löneke. Während meines LL.M.-Studiums in Cambridge hat Richard Fentiman in seinem Kurs „International Commercial Litigation“ mein Grundlagenverständnis für das Internationale Zivilverfahrensrecht geschärft. Einen großen Anteil am Gelingen meiner Arbeit haben auch meine Kollegen am Hamburger Max-Planck-Institut. Unter ihnen möchte ich ganz besonders Herrn Dr. Christian Heinze, Herrn Dr. Anatol Dutta, Herrn Dr. Jan Lüttringhaus und Frau Johanna Kroh danken. Von dem gedanklichen Austausch mit ihnen hat meine Arbeit wesentlich profitiert. Herrn Priv.-Doz. Dr. Rainer Kulms danke ich dafür, dass er mir während meiner Zeit als Assistent der IPRspr. die Möglichkeit gegeben hat, einen Überblick über den weiteren IPR-Kontext des Themas zu gewinnen. Er hat mir außerdem den nötigen Freiraum gewährt, um mein Dissertationsprojekt zu Ende zu bringen. Frau Ingeborg Stahl hat mir wichtige Hilfe bei der Drucklegung des Manuskripts geleistet.

Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow, Herrn Professor Dr. Holger Fleischer und Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann bin ich für die Aufnahme meiner Dissertation in diese Schriftenreihe verbunden. Die Konrad-Adenauer-Stiftung hat meine Promotion durch ein Stipendium gefördert. Die Arbeit wurde mit dem Förderpreis der Esche Schumann Commichau Stiftung ausgezeichnet. Der Arbeitskreis Wirtschaft und Recht hat den Druck dieses Buches mit einem großzügigen Zuschuss unterstützt. Großen Dank schulde ich auch den Personen, die meine Arbeit innerhalb kürzester Zeit Korrektur gelesen haben: Meiner Mutter Ulrike Weber, Herrn Daniel Flux und Herrn Dr. Falk Mylich.

Ohne die liebevolle Förderung meiner Eltern und Großeltern wäre diese Arbeit nicht entstanden. Ihnen ist sie gewidmet.

Hamburg, im Juni 2011

Johannes Weber

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Einleitung	1
<i>Teil 1: Grundlagen</i>	13
§ 1 Sachrechtliche Ausgangslage: Gesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz.....	13
§ 2 Europäisierung des internationalen Zivilverfahrensrechts	39
§ 3 Internationale Zuständigkeit, europäisches Primärrecht und Kollisionsrecht.....	50
§ 4 Der international-verfahrensrechtliche Kontext des Gläubigerschutzes.....	57
<i>Teil 2: Vis attractiva concursus</i>	61
§ 5 <i>Vis attractiva concursus</i> im Allgemeinen	61
§ 6 <i>Vis attractiva concursus</i> und Gläubigerschutz bei Gesellschaften.....	101
<i>Teil 3: Gläubigerschutz im Spiegel der EuGVVO</i>	183
§ 7 Gerichtsstand für organisationsrechtliche Streitigkeiten.....	184
§ 8 Rechtsvergleich: Forum non conveniens	218
§ 9 Die Bedeutung der Gerichtsstände des Art. 5 Nr. 1 und Nr. 3 EuGVVO	224
§ 10 Gerichtsstand der Zweigniederlassung	436
§ 11 Statutarische Gerichtsstandsvereinbarungen.....	440
§ 12 Prozessualer Durchgriff und Gerichtsstandsvereinbarung.....	499
Zusammenfassung.....	509
Literaturverzeichnis	521
Sachverzeichnis.....	563

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXI
Einleitung	1
I. IPR	1
II. Sachrecht	5
III. IZVR	7
IV. Gang der Darstellung	11
V. Konkretisierung	11
Teil 1: Grundlagen	13
§ 1 Sachrechtliche Ausgangslage: Gesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz	13
I. Begriff	13
II. Funktion	14
III. Rechtsvergleichender Überblick über gläubigerschützende Instrumente im Recht der Kapitalgesellschaften	17
1. Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung/ Ausschüttungssperren	17
a) Kapitalaufbringung	17
b) Mindestkapital	19
c) Kapitalerhaltung und Ausschüttungssperren	20
2. Verhaltenspflichten zur Existenzsicherung im deutschen Recht	22
3. Fiduciary Duties zur Berücksichtigung von Gläubigerinteressen im englischen Recht	23
4. Konzernhaftung	25
5. Durchgriffshaftung bei gläubigerschädigendem Verhalten vor der Krise?	27
a) Zurechnungsdurchgriff	27
b) Haftungsdurchgriff	28
aa) Materielle Unterkapitalisierung	28
bb) Vermögensverschiebung	29

cc) Vermögensvermischung	30
6. Verhaltenspflichten ab dem moment of truth in der Krise.....	30
a) Insolvenzantragspflicht und die hieraus folgenden Konsequenzen.....	33
b) Rechtstechnische Ausgestaltung des Gläubigerschutzes	35
7. Restitution von Vermögensentnahmen durch das Insolvenzanfechtungsrecht.....	36
§ 2 Europäisierung des Internationalen Zivilverfahrensrechts	39
I. Die Problematik der Durchsetzung des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes aus der Perspektive des nationalen Rechts.....	39
II. Zur Entwicklung eines Europäischen IZVR	42
III. Die Abgrenzung von nationalem und europäischem IZVR	44
1. EuGVVO.....	44
a) Das grenzüberschreitende Element als Abgrenzungskriterium.....	44
b) Drittstaatenproblematik.....	45
2. EuInsVO	47
IV. Die Auslegung der Normen des Europäischen Zivilverfahrensrechts	48
§ 3 Internationale Zuständigkeit, europäisches Primärrecht und Kollisionsrecht	50
I. Europäisches Primärrecht und internationale Zuständigkeit	50
II. Kollisionsrecht und internationale Zuständigkeit.....	56
§ 4 Der international-verfahrensrechtliche Kontext des Gläubigerschutzes.....	57
Teil 2: <i>Vis attractiva concursus</i>	61
§ 5 <i>Vis attractiva concursus</i> im Allgemeinen.....	61
I. Die Attraktivzuständigkeit des <i>forum concursus</i>	61
1. Deko Marty-Entscheidung	62
2. Alternative Lösungsvorschläge und Kritik.....	64
a) Wortlaut.....	66
b) Gesetzesentstehung	66
c) Systematik	67
d) Teleologische Auslegung	68

3. Konsequenzen	70
a) Ausschließliche Zuständigkeit.....	70
b) Anspruchskonkurrenzen.....	71
II. Zur Präzisierung der Gourdain-Formel durch den EuGH	73
1. Die Judikatur des EuGH	73
2. Induktion.....	77
III. Ansätze zur Konkretisierung des <i>conditio sine qua non</i> - Kriteriums in der Literatur	82
IV. Bewertung der Konkretisierung der Gourdain-Formel.....	83
1. Lücken im Zuständigkeitsrecht.....	84
2. Diskrepanz der Rechtsstellung des Beklagten	87
3. Insolvenzanfechtung als Lackmustest	88
4. Rückblick auf die Gourdain-Entscheidung.....	90
V. Entwicklung eines funktionalen Kriteriums.....	93
1. Zielsetzung des Insolvenzverfahrens nach europäischem Recht und seine ökonomische Rechtfertigung.....	93
a) Autonome Rahmendefinition des Insolvenzverfahrens – autonome Zielsetzung	93
b) Ökonomische Rechtfertigung des Insolvenzverfahrens	94
c) Umsetzung der Ziele des Insolvenzverfahrens.....	95
2. Die <i>vis attractiva concursus</i> im Spiegel der Zielsetzung des Insolvenzverfahrens	98
3. Auslegungszusammenhang zur international- privatrechtlichen Qualifikation	99
VI. Zwischenergebnis	101
§ 6 <i>Vis attractiva concursus</i> und Gläubigerschutz bei Gesellschaften.....	101
I. Modifizierung eines vorinsolvenzlichen Anspruchs durch Art und Weise der Haftungsrealisierung?	101
II. Gläubigerschädigendes Verhalten im Lichte der Funktionen des Insolvenzverfahrens	103
1. Verzahnung zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht.....	104
2. Konsequenzen der Verzahnung von Gesellschafts- und Gläubigerschutzrecht für das IZVR.....	109
3. Gläubigerschädigendes Verhalten im Vorfeld der Insolvenz.....	111
4. Insolvenzrecht vs. Insolvenzverfahrensrecht.....	112
a) Das Problem der masselosen Insolvenz	113

b)	Die verfahrensrechtlichen Bezüge der EuInsVO.....	116
c)	Wertungsvergleich: Insolvenzanfechtung	120
d)	Schlussfolgerung.....	128
III.	Qualifikation einzelner Gläubigerschutzinstrumente	129
1.	Insolvenzverschleppungshaftung/wrongful trading	130
a)	Meinungsstand	131
aa)	Insolvenzverschleppungshaftung.....	131
bb)	Wrongful Trading	133
b)	Indiz: Abhängigkeit des Anspruchs vom Insolvenzverfahren.....	134
c)	Funktionaler Bezug zur par conditio creditorum bzw. optimalen Haftungsrealisierung?.....	135
aa)	Einheitliche Qualifikation von Antragspflicht und Schadensersatz	135
bb)	Ausgleich des Gläubigersgesamtenschadens.....	136
(a)	Ökonomischer Hintergrund.....	137
(b)	Überprüfung der Ratio der Insolvenzverschleppungshaftung anhand der Ziele der EuInsVO	141
(c)	Ergebnis	147
cc)	Schutz der Neugläubiger	148
2.	Pflichten der Geschäftsleiter zur Sicherung der Masse nach Insolvenzreife.....	150
3.	Existenzvernichtungshaftung/insolvenzauslösende Zahlungen	155
a)	Meinungsstand	156
b)	Stellungnahme	158
4.	Geschäftsleiterpflichten des Gläubigerschutzes nach englischem Recht	161
5.	Gesellschafterdarlehen.....	163
a)	Überblick	163
b)	Meinungsstand	164
c)	Stellungnahme	168
aa)	Gedanke des neuen Rechts der Gesellschafterdarlehen	168
bb)	Schlussfolgerung für das Europäische Verfahrensrecht.....	175
cc)	Ergebnis und Blick auf das IPR.....	177
6.	Sonderregeln für Forderungen von Gesellschaftern im englischen Insolvenzrecht.....	178
IV.	Zusammenfassung.....	180

Teil 3: Gläubigerschutz im Spiegel der EuGVVO	183
§ 7 Gerichtsstand für organisationsrechtliche Streitigkeiten	184
I. Ratio des Art. 22 Nr. 2 EuGVVO.....	185
1. Widersprechende Entscheidungen	186
2. Gleichlaufgedanke.....	191
3. Nähe zum Gesellschaftsregister.....	193
4. Hoheitliche Interessen	193
II. Anknüpfungsmoment: Sitz der Gesellschaft.....	194
III. Gesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz als Anknüpfungsgegenstand	201
1. Anwendung von Art. 22 Nr. 2 EuGVVO auf alle gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten?	201
2. Gesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz „als Gegenstand“ einer Klage i.S.d. Art. 22 Nr. 2 EuGVVO.....	206
a) Streitigkeiten über die Wirksamkeit von gläubigerschädigenden Beschlüssen	206
b) Art. 22 Nr. 2 EuGVVO analog bei Klagen mit organisationsrechtlichem Charakter?	208
c) Verhältnis zwischen Beschluss und Klagegegenstand	210
aa) Englische Judikatur zu Art. 22 Nr. 2 EuGVVO	210
bb) Judikatur des EuGH	211
cc) Stellungnahme	213
3. Schlussfolgerung und die Entwicklung de lege ferenda	215
§ 8 Rechtsvergleich: <i>Forum non conveniens</i>	218
§ 9 Die Bedeutung der Gerichtsstände des Art. 5 Nr. 1 und Nr. 3 EuGVVO	224
I. Grundlage mitglied- und organschaftlicher Pflichten: Vertrag i.S.v. Art. 5 Nr. 1 EuGVVO?.....	226
1. Die Rechtsnatur der Satzung im deutschen und englischen Gesellschaftsrecht	227
a) Deutsches Gesellschaftsrecht	227
b) Englischs Gesellschaftsrecht	228
c) Rechtsvergleich.....	229
2. Die Satzung und der autonome Vertragsbegriff	230
a) Art. 5 Nr. 1 EuGVVO	230
b) Gesellschaftsvertrag als Verbrauchervertrag?	234

3.	Das Organverhältnis und der autonome Vertragsbegriff	236
a)	Das Organverhältnis und der autonome Vertragsbegriff in Art. 5 Nr. 1 EuGVVO.....	236
b)	Abgrenzung zur Zuständigkeit für Arbeitsverträge.....	240
II.	Gesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz als Anknüpfungsgegenstand des Vertragsbegriffs der EuGVVO	243
1.	Allgemeine Erwägungen zur Qualifikation unter Art. 5 Nr. 1 EuGVVO.....	244
a)	Zwingendes Recht vs. Vertragsrecht?.....	244
b)	Autonome Auslegung: Reichweite des Vertragsbegriffs	245
2.	Meinungsstand: Kriterien zur Bestimmung der Reichweite des vertraglichen Gerichtsstands bei Fragen des Gläubigerschutzes.....	247
a)	Innenhaftung/Außenhaftung	247
b)	Ausschluss des Vertragsgerichtsstands bei Missbrauch der Leitungsmacht in Konzernverbindungen	250
c)	Gläubigerschutz keine Angelegenheit des Vertragsrechts	251
d)	Vertragliche Einordnung des Gläubigerschutzes.....	252
3.	Wider die Qualifikation nach dem Kriterium der Anspruchszuordnung	254
4.	Ökonomische Betrachtung der Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaftern, Gesellschaft und Gläubigern.....	259
a)	Gesetzlicher Gläubigerschutz als ergänzendes Vertragsrecht.....	259
b)	Der gesetzliche Gläubigerschutz als Vertragsnetz zur Koordinierung der Rechtsbeziehungen	263
c)	Universales Gläubigerschutzrecht	265
d)	Rechtsverhältnis Gesellschafter/Gesellschaftsorgan und Gesellschaft	267
e)	Konsequenzen der ökonomischen Betrachtung für die internationale Gerichtszuständigkeit.....	270
5.	Die kollektive Haftungsgarantie und das Freiwilligkeitsmoment in Art. 5 Nr. 1 EuGVVO.....	271
a)	Gläubigerschutz als gesetzlich zwingendes Recht.....	271

b) Einseitiges Versprechen und Vertrag.....	272
c) Haftungsversprechen zu Gunsten der Gläubigergesamtheit und die Handte- Entscheidung	274
aa) Umfassende Zuweisung des Gläubiger- schutzes zum deliktischen Gerichtsstand?	275
bb) Gesellschaftsvermögensbezogene Pflichten zum Schutz der Gläubigergesamtheit vs. Pflichten zum Schutz der Einzelgläubiger	280
(a) Die Handte-Entscheidung und ihre Ratio	280
(b) Gesellschaftsvermögensbezogene Pflichten	283
(c) Pflichten zum Schutz des einzelnen Gläubigers	285
(d) Echte Durchgriffshaftung	286
6. Besonderer Gerichtsstand der akzessorischen Haftung?	288
7. Gesetzlicher Gläubigerschutz als Ausdruck faktischen Nähe- und Einflussverhältnisses?.....	291
a) Problemaufriss	291
b) Faktische Organe	292
c) Mehrstufige Konzernverbindungen	299
8. Problem konkurrierender deliktischer Ansprüche im Europäischen Prozessrecht	302
9. Schlussfolgerung: Die Abgrenzung von vertraglichem und deliktischem Gerichtsstand bei Fragen des Gläubigerschutzes haftungsbeschränkter Gesellschaften	308
III. Anknüpfungsmomente	309
1. Vertraglicher Gerichtsstand	309
a) Allgemeine Erwägungen zur Bestimmung des Erfüllungsorts in Art. 5 Nr. 1 EuGVVO	309
aa) Tessili-Formel.....	310
bb) Bestimmung der relevanten Pflicht	311
cc) Abkehr vom bisherigen Ansatz: Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO	312
b) Abgrenzung von Art. 5 Nr. 1 lit. a und b EuGVVO	313
c) Konkretisierung des Anknüpfungsmoments	320
aa) Sitz der Gesellschaft?.....	320
(a) Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO	320
(b) Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO.....	326

bb) Sitz der Gesellschaft: Verwaltungssitz oder Satzungssitz – oder beide?	327
(a) Überblick und Meinungsstand.....	327
(b) Würdigung der tatsächlichen Umstände.....	331
(c) Institutioneller Rahmen des Gesellschaftsrechts	336
cc) Erfüllungsortvereinbarung.....	339
d) Vereinbarkeit der Wahlzuständigkeit mit dem europäischen Primärrecht	340
e) Sonderfall: Unterlassungspflichten?	341
2. Deliktischer Gerichtsstand.....	343
a) Handlungsort.....	344
b) Erfolgsort.....	347
aa) Die Person des Geschädigten: Gesellschaft oder Gläubiger?.....	347
bb) Erfolgsort bei Schädigungen der Gesellschaft	350
(a) Vermögenszentrale der Gesellschaft: Sitz der Gesellschaft	350
(b) Entzug einzelner Vermögensgegenstände	352
3. Zwischenergebnis	358
IV. Würdigung einzelner Gläubigerschutzinstrumente	359
1. Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung	359
a) Haftung der Gesellschafter	359
b) Haftung der Geschäftsleiter	363
aa) Ansprüche der Gesellschaft.....	363
bb) Gläubigerverfolgungsrechte	364
2. Konzernhaftung	366
a) Konzerninnenhaftung des herrschenden Unternehmens gegenüber der abhängigen Gesellschaft	367
aa) Vertragskonzern.....	367
bb) Faktischer Konzern	372
b) Konzernhaftung der Organe des herrschenden Unternehmens gegenüber der abhängigen Gesellschaft	378
c) Konzernaußenhaftung des herrschenden Unternehmens gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.....	379
3. Existenzvernichtungshaftung/ehemals: qualifiziert faktischer Konzern	383
a) Qualifiziert faktischer Konzern	384
aa) Entwicklung.....	384

bb) Meinungsstand.....	385
b) Existenzvernichtungshaftung.....	388
aa) Entwicklung.....	388
bb) Auslegungszusammenhang zwischen Rom II- VO und EuGVVO?	390
cc) Meinungsstand.....	393
c) Stellungnahme	396
aa) Die Existenzvernichtungshaftung als dogmatische Herausforderung.....	396
bb) Funktionale Betrachtung	397
cc) Missbräuchliches Verhalten	399
dd) Problematik der deliktischen Einkleidung der Existenzvernichtungshaftung	403
ee) Seitenblick: Kollisionsrecht	407
ff) Haftung der Geschäftsleiter.....	410
4. Geschäftsleiterpflichten des Gläubigerschutzes nach englischem Recht	411
5. Haftung für die Schulden der Gesellschaft.....	411
a) Durchgriffshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht.....	411
b) Persönliche Haftung der Gesellschafter einer Personengesellschaft	415
aa) § 128 HGB als Fall der gesetzlichen Haftung.....	415
bb) § 128 HGB als ergänzendes Vertragsrecht – Rückgriff auf die Figur der Doppel- verpflichtungslehre?.....	417
cc) Vergleich: Kapitalgesellschaftsrechtliche Durchgriffshaftung.....	420
dd) Sonderfall Prozessführungsbefugnis des Insolvenzverwalters?.....	421
c) Haftung in der Vorgesellschaft.....	423
6. Pflichten zum Schutz der einzelnen Gläubiger.....	425
7. Insolvenzzrechtliche Gläubigerschutzinstrumente außerhalb des Insolvenzverfahrens	429
V. Die Entwicklung de lege ferenda	432
§ 10 Gerichtsstand der Zweigniederlassung	436
§ 11 Statutarische Gerichtsstandsvereinbarungen.....	440
I. Bedeutung statutarischer Gerichtsstandsklauseln	442
1. Motive.....	442
2. Gefahren	443
3. Anwendungsbereich von Art. 23 EuGVVO	445
II. Prozessuale Zulässigkeit statutarischer Gerichtsstandsklauseln.....	446

1. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Powell Duffryn	446
2. Kritik in der Literatur	448
3. Stellungnahme.....	450
a) Seitenblick: Die Zulässigkeit statutarischer Gerichtsstandsklauseln im deutschen Zivilprozessrecht.....	453
b) Schlussfolgerung.....	455
III. Das Verhältnis zwischen Gerichtsstandsvereinbarung und Satzung	458
1. Grundsatz: Vorrang des Art. 23 EuGVVO gegenüber dem nationalen Recht	458
2. Verweis auf das nationale Recht: Lex causae oder lex fori?.....	459
3. Das Verhältnis von Art. 23 EuGVVO und der Wirksamkeit der Satzungsbestimmung	462
a) Besonderes Erfordernis einer gesellschaftsrechtlichen Zulässigkeit?	463
b) Die Gerichtsstandsklausel als materieller Satzungsbestandteil und ihr Verhältnis zu Art. 23 EuGVVO	465
IV. Prorogationsschranken bei Fragen des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes	469
1. Bestimmtheit	470
2. Missbrauchskontrolle.....	471
a) Ordre Public-Kontrolle der Gerichtsstandsvereinbarung wegen international zwingenden Rechts.....	471
b) Wahl des Gerichts	475
c) Subjektiver Missbrauch.....	477
3. Wirkung der Gerichtsstandsklausel gegenüber der Gesellschaft als Trägerin von Gläubigerinteressen.....	478
a) Anwendung der lex causae	478
b) Grundsatz: Bindung des Insolvenzverwalters und von Dritten an Gerichtsstandsvereinbarung des Schuldners	480
c) Übertragung der materiellen Grenzen der gesellschaftsrechtlichen Dispositionsbefugnis auf das Prozessrecht?	482
aa) Die deutsche Rechtsprechung zum Schiedsrecht.....	484

bb) Übertragung auf die Derogation im Rahmen von Art. 23 EuGVVO	486
cc) Kritik	488
dd) Doppelte Schutzrichtung der Ansprüche: Gesellschafter- und Gläubigerschutz	492
d) Schlussfolgerung.....	495
V. Ausblick	496
1. Das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen	496
2. Die Entwicklung de lege ferenda	498
§ 12 Prozessualer Durchgriff und Gerichtsstandsvereinbarung.....	499
I. Persönliche Haftung in der Personengesellschaft	500
II. Haftungsdurchgriff im Kapitalgesellschaftsrecht.....	504
Zusammenfassung.....	509
 Literaturverzeichnis	 521
 Sachverzeichnis.....	 563

Abkürzungsverzeichnis

A.2d	Atlantic Reporter, Second Series
a.A.	andere(r) Ansicht
A.D.2d	New York Supreme Court Appellate Division Reports, Second Series
a.F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AC	The Law Reports. House of Lords and Judicial Committee of the Privy Council and Peerage Cases (genannt: Appeal Cases)
AEDIPR	Anuario español de derecho internacional privado
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
All EAR	All England Annual Review
All ER	All England Law Reports
All ER (Comm)	All England Law Reports Commercial Cases
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Art.	Artikel
BCC	British Company Cases
BCLC	Butterworths Company Law Cases
Bd.	Band
Begr	Begründung
BG	Bundesgericht (Schweiz)
BPIR	Bankruptcy and Personal Insolvency Reports
Brook.L.Rev.	Brooklyn Law Review
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
Bull. civ.	Bulletin des arrêt de la Cour de cassation, chambres civiles
Bus. Law.	Business Lawyer
BYIL	British Yearbook of International Law
bzw.	beziehungsweise
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CA	Court of Appeal/Cour d'appel
CA 2006	Companies Act 2006
Cal. App.	California Appellate Reports
Cal. Ct. App.	California Court of Appeals
Cal. Rpt.	California Reporter
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Ch	Chancery Division, High Court of Justice
Cir.	Circuit
CLC	Commercial Law Cases
CLJ	Cambridge Law Journal

Clunet	Journal du droit international
CMLRev	Common Market Law Review
Colum.Bus.L.Rev.	Columbia Business Law Review
Cong.	Congress
CPR	Civil Procedure Rule(s)
Ct.App.	Court of Appeals (Federal)
d.h.	das heißt
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
Dt. soc.	Droit des sociétés
E.D.N.Y.	United States District Court for the Eastern District of New York
EBLR	European Business Law Review
EBOR	European Business Organization Law Review
EG	Europäische Gemeinschaften
ERPL	European Review of Private Law
EU	Europäische Union
EuGVVO	Verordnung (EG) Nr. 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuInsVO	Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren
Europ. L. Rev.	European Law Review
EuZ	Zeitschrift für Europarecht
EuZPR	Europäisches Zivilprozessrecht
EuZVR	Europäisches Zivilverfahrensrecht
EVÜ	Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
EWCA	England and Wales Court of Appeal
EWHC	England and Wales High Court
F.2d	Federal Reporter, Second Series
F.3d	Federal Reporter, Third Series
F.Supp.	Federal Supplement
Fasc.	Fasciule
Fn.	Fußnote
Forum Int. R.	Forum des Internationalen Rechts
GA	Generalanwalt
h.L.	herrschende Lehre
H.R.	House of Representatives
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
HC	High Court
Hdb.	Handbuch
HG	Handelsgericht
HL	House of Lords
Hrsg.	Herausgeber
I.L.Pr.	International Litigation Procedure
IA 1986	Insolvency Act 1986
IBLJ	International Business Law Journal
ICCLJ	International and Comparative Corporate Law Journal
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
Ind.L.Rev.	Indiana Law Review
Ins. Int.	Insolvency Intelligence
IPR	Internationales Privatrecht

IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
J	Justice
J.Cl.	Juris-Classeur
J.Fin.Econ.	Journal of Financial Economics
JBl	Juristische Blätter
JBL	Journal of Business Law
JCLS	Journal of Corporate Law Studies
JCP	Juris-Classeur-Périodique
LJ	Lord Justice
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports
LMCLQ	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quaterly
LQR	Law Quaterly Review
LugÜ	Luganer Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
m.w.N.	Mit weiteren Nachweisen
Mass.	Massachusetts Supreme Court
Md.L.Rev.	Maryland Law Review
Minn. App.	Minnesota Court of Appeals
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
Mod. L. Rev.	Modern Law Review
MR	Master of the Rolls
N.E.2d	North Eastern Reporter, Second Series
n.F.	Neue Fassung
N.W.2d	North Western Reporter, Second Series
N.Y.	New York Court of Appeals
NILR	Netherlands International Law Review
Nr.	Nummer
NSWLR	New South Wales Law Reports
NW.U.L.Rev.	Northwestern University Law Review
NZLR	New Zealand Law Reports
OGH	(österreichischer) Oberster Gerichtshof
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
P.2d	Pacific Reporter, Second Series
para.	paragraph
Pens LR	Pension Law Reports
QB	Queen's Bench
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev.crit.dr.int.priv.	Revue critique de droit international privé
Rev. soc.	Revue des sociétés
Rn.	Randnummer
Rom II-VO	Verordnung (EG) Nr. 846/2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
s.	section
SC	Supreme Court United Kingdom
Sess.	Session

SE-VO	Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)
SI	Statutory Instrument
Sim & St	Simons & Stuart's Vice Chancellor's Reports
ss.	sections
Stan.J.L.Bus. & Fin.	Stanford Journal of Law, Business and Finance
Stan.L.Rev.	Stanford Law Review
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
u.a.	unter anderem
U.Chi.L.Rev.	University of Chicago Law Review
U.S.	United State Reports
U.Toronto L.J.	University of Toronto Law Journal
u.U.	unter Umständen
URG	Unternehmensreorganisationsgesetz (Österreich)
v	versus
v.	von/vom
Vand. J. Transnat'l L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law
Verf.	Verfasser
vgl.	vgl.
VO	Verordnung
Wash. App.	Washington Court of Appeals
WLR	Weekly Law Reports
Yale L.J.	Yale Law Journal
z.B.	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Wegen der übrigen Abkürzungen wird auf die Zusammenstellung bei *Kirchner (Hrsg.): Abkürzungsverzeichnis der deutschen Rechtssprache*, 6. Auflage, Berlin 2008, verwiesen.

Einleitung

Kaum eine Problematik dominiert die Diskussion unter Gesellschafts- und Kollisionsrechtlern so stark wie die des Gläubigerschutzes bei haftungsbeschränkten Gesellschaften. Die sachrechtliche Debatte konzentriert sich auf die Frage, wie viel unternehmerische Entscheidungsfreiheit den Kapitalgesellschaften bei ihrer Finanzierung einzuräumen ist und wie engmaschig die Regeln über den Gläubigerschutz gestrickt sein müssen. Im Internationalen Privatrecht (IPR) streitet man intensiv darüber, nach welchen Anknüpfungsmomenten das auf Fragen des Gläubigerschutzes anzuwendende Recht zu ermitteln ist.

Wenn man bedenkt, dass es die prozessuale Rechtsdurchsetzung ist, die „[...] die wichtigste unter allen rechtlichen Angelegenheiten“ ist¹, überrascht eines: Dass sich die wissenschaftliche Diskussion bislang hauptsächlich auf die sach- und die kollisionsrechtliche Perspektiven beschränkte. Anliegen dieser Untersuchung ist es, den Blick für die dritte Dimension des Gläubigerschutzes haftungsbeschränkter Gesellschaften zu schärfen: Die der verfahrensrechtlichen Durchsetzung im Europäischen Internationalen Zivilverfahrensrecht (IZVR).

I. IPR

Im IPR verbirgt sich hinter der Problematik in erster Linie die rechtspolitische Frage, ob das Kollisionsrecht den Gründern einer Gesellschaft die Wahl lassen sollte, sich einer ausländischen Rechtsform zur Erreichung ihrer unternehmerischen Ziele zu bedienen, oder ob eine monolithische Einheit von Verwaltungssitz und dem Staat der Gesellschaftsgründung zu fordern sei. Dreh- und Angelpunkt ist dabei das Anknüpfungsmoment des Gesellschaftsstatuts: Bestimmt man das auf eine Gesellschaft anzuwendende Recht nach dem Recht des effektiven Verwaltungssitzes, also dem

¹ *Kant*, *Metaphysik der Sitten* (1797), S. 423; siehe auch *Llewellyn*, *The Bramble Bush*, S. 18: „What substantive law says should be means nothing except in terms of what procedure says that you can make real“; sehr deutlich auch *Representative John Dingell*, *Regulatory Reform Act.: Hearings on H.R. 2327 before the Subcommittee on Administrative Law and Governmental Relations of the House Commission on the Judiciary*, 98th Cong., 1st Sess. 312 (1983): „I’ll let you write the substance ... and you let me write the procedure, and I’ll screw you every time“.

Ort, an dem die wesentlichen Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in Akte mit Außenwirkung umgesetzt werden² (Sitztheorie)³, können die Gründer einer Gesellschaft nur das Recht des Staates wählen, in dem sie auch die Unternehmensleitung ansiedeln.⁴ Wird dagegen postuliert, dass diejenige Rechtsordnung maßgeblich ist, nach der die Gesellschaft gegründet wurde (Gründungstheorie)⁵, und auf den Ort der Registertragung, ihren Satzungssitz bzw. das Recht ihrer Organisation abgestellt⁶, können die Gesellschafter die ihren Bedürfnissen entsprechende Gesellschaftsform frei wählen.⁷ Wenn das Gesellschaftsrecht Standort für die Fragen des Gläubigerschutzes ist, können die Gesellschafter mit der Wahl der Gesellschaftsform zugleich auch das Gläubigerschutzrecht wählen. Aus der Perspektive einiger kontinentaleuropäischer Rechtsordnungen war dies bislang deswegen undenkbar, weil das Gläubigerschutzrecht dem Schutze Dritter diene und nicht zur Disposition der Gesellschafter stehen dürfe. Nur die Sitztheorie kann daher gewährleisten, dass die Gesellschaf-

² BGHZ 97, 269, 272; BGH NJW 2009, 1610, 1611; BGH ZIP 2010, 1003, 1004; BayObLGZ 1985, 272, 279 f.; OLG Frankfurt NJW 1990, 2204; OLG Oldenburg NJW 1990, 1422; *Sandrock*, in: Festschrift Beitzke, S. 669, 683; *Großfeld*, in: Staudinger, BGB, IntGesR Rn. 228; *Junker*, in: jurisPK-BGB, Art. 37 EGBGB Rn. 28; *Kegel/Schurig*, IPR, § 17 II. 1. (S. 576); *Kindler*, in: MünchKommBGB, IntGesR Rn. 420; *Kropholler*, IPR § 55 I. 2. (S. 571); *Leible*, in: Michalski, Syst. Darst. 2 Rn. 48; *Thorn*, in: Palandt, BGB, Anh zu Art. 12 EGBGB Rn. 3; *M.-P. Weller*, in: MünchKommGmbHG, Einl. Rn. 321; *Westermann*, in: Scholz, GmbHG, Einleitung Rn. 94.

³ RGZ 117, 215, 217; RGZ 153, 200, 205 f.; BGH IPRspr. 1956-57 Nr. 21 (S. 77, 81 f.); BGHZ 51, 27, 28; BGHZ 53, 181, 193; BGHZ 78, 318, 334; BGHZ 97, 269, 271 f.; BGHZ 151, 204, 206; BGHZ 153, 353, 355; BGHZ 178, 192, 197 („Trabrennbahn“); BGH NJW 2009, 1610, 1611; BGH ZIP 2010, 1003; OLG Frankfurt NJW 1990, 2204; OLG Oldenburg NJW 1990, 1422; LG Potsdam IPRax 2001, 134, 136. Siehe aus dem Schrifttum etwa v. *Bar*, IPR II, Rn. 620; *Großfeld*, in: Staudinger, BGB, IntGesR Rn. 61; *Kegel/Schurig*, IPR, § 17 II. 1. (S. 573). Siehe zum Ganzen auch *Bruns*, Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, S. 148 f.

⁴ Die Konsequenzen fehlender Identität von Gründungsrecht und Verwaltungssitz waren lange Zeit ungeklärt: Für rechtliche Inexistenz der Gesellschaft BGHZ 97, 269, 272; BayObLG DNotZ 1986, 174, 176; OLG München NJW-RR 1995, 703, 704. Für Behandlung der Auslandsgesellschaft als rechtsfähige Personengesellschaft (modifizierte Sitztheorie) BGHZ 151, 204, 207; BGHZ 178, 192, 199 („Trabrennbahn“); *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht, S. 300. Zur Sitztheorie als Abwehrmechanismus gegen die Zulassung ausländischer Rechtsformen *M.-P. Weller*, ZGR 2010, 679, 688 ff.

⁵ Siehe die Darstellung bei *Behrens*, in: GroßkommGmbHG, Einl. B Rn. 37; *Spahlinger*, in: Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 59; *Westermann*, in: Scholz, GmbHG, Einleitung Rn. 97.

⁶ Zu den verschiedenen Spielarten der Anknüpfungsmomente der Gründungstheorie *Hoffmann*, ZVglRWiss 101 (2002), 283 ff.; *M.-P. Weller*, in: MünchKommGmbHG, Einl. Rn. 333.

⁷ Von einem „societas shopping“ spricht treffend *M.-P. Weller*, in: MünchKommGmbHG, Einl. Rn. 335.

ter das Recht des Ortes wählen, an dem die Drittinteressen schwerpunktmäßig betroffen sind.

Über Jahrzehnte hinweg waren die Fronten im internationalen Gesellschaftsrecht zwischen den verschiedenen Staaten verhärtet⁸: Während die deutsche Rechtsprechung stets eine Anknüpfung an den Verwaltungssitz befürwortete⁹, verfolgt etwa das englische Recht seit jeher einen liberalen Ansatz, indem es das auf eine Gesellschaft anzuwendende Recht nach dem Ort der Inkorporation der Gesellschaft und ihrer Gründung ermittelt.¹⁰

Der Europäische Gerichtshof hat diesem Zustand ein Ende bereitet und durch seine Rechtsprechung¹¹ zur Niederlassungsfreiheit¹² das Tor für einen Wettbewerb der Gesellschaftsrechte weit aufgestoßen.¹³ Einem Mitgliedstaat ist es danach grundsätzlich verwehrt, einer nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft den Zuzug dadurch zu versagen, dass er ihr die wirksame Gründung und die Rechtsfähigkeit abspricht. Das nationale IPR muss dem Rechnung tragen und im Hinblick auf EU-Gesellschaften zu einer Gründungsanknüpfung übergehen.¹⁴ Die Niederlassungsfreiheit zwingt die Mitgliedstaaten jedoch nicht dazu, den nach ihrem nationalen Recht gegründeten Gesellschaften die Verlegung

⁸ Siehe den Überblick bei *Spahlinger/Wegen*, in: *Spahlinger/Wegen*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 1462; *Westermann*, in: *Scholz, GmbHG*, Einleitung Rn. 99.

⁹ Siehe Fn. 3. Zu den historischen Grundlagen der Sitztheorie siehe *Trautrim*, *Das Kollisionsrecht der Personengesellschaften*, S.39 ff.

¹⁰ Siehe *Briggs*, *The Conflict of Laws*, S. 265 f.; *Dacey, Morris and Collins*, *Conflict of Laws*, Rn. 30-010 ff. Zur Geschichte im Überblick *Milman*, *National Corporate Law, in a Globalised Market*, S. 93 f. Aus der Rechtsprechung siehe etwa *Global Container Lines Ltd v Bonyad Shipping Co* [1999] 1 Lloyd's Rep. 287; *Bumper Development Corp v Commissioner of Police of the Metropolis* [1991] 1 WLR 1302 (CA); *The Kommunar (No. 2)* [1997] 1 Lloyd's Rep. 8.

¹¹ EuGH, Rs. C-212/97 (*Centros Ltd./ Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*), Slg. 1999, I-1459; EuGH, Rs. C-208/00 (*Überseering BV./ Nordic Construction*), Slg. 2002, I-9919; EuGH, Rs. C-167/01 (*Kamer van Koophandel./ Inspire Art Ltd.*), Slg. 2003, I-10155; EuGH, Rs. C-411/03 (*Sevic Systems AG*), Slg. 2005, I-10805; EuGH, Rs. C-446/03 (*Marks & Spencer plc./ David Halsey*), Slg. 2005, I-10837.

¹² Artt. 49 und 54 AEUV (in der Fassung des Vertrags von Lissabon ABl. Nr. C 306 v. 17.12.2007, konsolidierte Fassung in ABl. Nr. C 115 v. 9.5.2008); zuvor Artt. 43 und 48 EGV (in der Fassung des Vertrags von Amsterdam, ABl. EG Nr. L 340 v. 10.11.1997).

¹³ Hierzu bereits zuvor *Merkt*, *RabelsZ* 59 (1995), 545, 554 ff.; vgl. auch *Eidenmüller*, in: *Basedow/Kono*, *An Economic Analysis of Private International Law*, S. 190 ff.

¹⁴ Siehe jetzt BGHZ 154, 185, 189; BGH NJW 2005, 1648, 1649; BGH ZIP 2010, 1233, 1234; KG AG 2010, 497, 500; so zuvor bereits etwa *Bruns*, *Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung*, S. 154 f.; siehe zum Umschwung zur Gründungstheorie im nationalen IPR auch *Merkt*, *RIW* 2003, 458 ff. Für Drittstaaten soll es bei der Anknüpfung an den Verwaltungssitz bleiben BGHZ 178, 192, 197 („Trabrennbahn“); siehe für die deutsche GmbH nunmehr auch § 4a GmbHG.

ihres Sitzes in einen anderen EU-Staat unter Beibehaltung ihrer Rechtsform zu gestatten.¹⁵ Ein grenzüberschreitender Formwechsel in eine ausländische Gesellschaftsform ist demgegenüber vom Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit erfasst.¹⁶

Wenn eine nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaft als rechtsfähig anzuerkennen ist, dann müssen auch ihr Organisationsrecht und ihre Finanzverfassung dem Gründungsrecht unterstellt werden: Das gilt insbesondere für die Haftungsbeschränkung und die Frage der persönlichen Haftung der Gesellschafter¹⁷ sowie der Geschäftsführer¹⁸. Das Gründungsrecht der Gesellschaft entscheidet auch über die Aufbringung des Gesellschaftskapitals¹⁹, insbesondere über das Erfordernis eines Mindestkapitals²⁰ und die Kapitalerhaltung.²¹ Wesentliche Teile des Gläubigerschutzes unterfallen demnach dem Personalstatut und folglich dem Gründungsrecht der Gesellschaft. Damit sind jedoch noch nicht alle Fragen beantwortet: Welche Instrumente des Gläubigerschutzes vom Gesellschaftsstatut auszu-

¹⁵ EuGH, Rs. 81/87 (*The Queen./ Daily Mail*), Slg. 1988, 5483, Rn. 24; EuGH, Rs. C-210/06 (*Cartesio Oktató*), Slg. 2008, I-9641, Rn. 109.

¹⁶ EuGH, Rs. C-210/06 (*Cartesio Oktató*), Slg. 2008, I-9641, Rn. 110 ff.; *Zimmer/Naendrup*, NJW 2009, 545, 547; ungeklärt ist, ob dies auch für den Zuzugsstaat gilt, siehe Oberstes Gericht Ungarn (*Maygar Köztársaság Legfelsőbb Bírósága*), Vorlagebeschluss v. 17.6.2010 – EuGH, Rs. C-378/10, ZIP 2010, 1956.

¹⁷ BGHZ 154, 185, 189; BGH NJW 2005, 1648, 1649; *Merkt*, in: VGR 1999 (2000), S. 111, 133; *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 30, 34; *Trautrimms*, Das Kollisionsrecht der Personengesellschaften, S. 166 f.; siehe ferner *Bruns*, Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, S. 146 f.; siehe aus englischer Sicht *JH Rayner (Mincing Lane) Ltd v Department of Trade and Industry* [1990] 2 AC 418; *Grupo Torras SA v Al-Sabah* [1996] 1 Lloyd's Rep. 7 (CA); *Dicey, Morris and Collins*, Conflict of Laws, Rn. 30-024.

¹⁸ EuGH, Rs. C-167/01 (*Kamer van Koophandel./ Inspire Art Ltd.*), Slg. 2003, I-10155, Rn. 98 ff.; EuGH, Rs. C-212/97 (*Centros Ltd./ Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*), Slg. 1999, I-1459, Rn. 36; BGH ZIP 2010, 1233, 1235.

¹⁹ *Sandrock*, ZVglRWiss 102 (2003), 447, 473 ff.; *Spahlinger/Wegen*, in: *Spahlinger/Wegen*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 317; *Westermann*, in: *Scholz, GmbHG, Einleitung* Rn. 127.

²⁰ EuGH, Rs. C-167/01 (*Kamer van Koophandel./ Inspire Art Ltd.*), Slg. 2003, I-10155, Rn. 98 ff.; EuGH, Rs. C-212/97 (*Centros Ltd./ Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*), Slg. 1999, I-1459, Rn. 36; *Bayer*, BB 2003, 2357, 2364.

²¹ *Behrens*, in: *GroßkommGmbHG*, Einl. B Rn. 84; *Drygala*, ZEuP 2004, 337, 347 f.; *Eidenmüller*, in: *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften, § 4 Rn. 13; *Fischer*, ZIP 2004, 1477, 1479; *Schumann*, DB 2004, 743, 745; *Westermann*, in: *Scholz, GmbHG, Einleitung* Rn. 131; a.A. *Almeppen/Wilhelm*, DB 2004, 1083, 1089 f.; auch im englischen Recht unterstellt man die Frage der Zulässigkeit von Zahlungen an Gesellschafter dem Gründungsrecht siehe *Shaker v Al-Bedrawi* [2003] Ch 350 (CA); *Arab Bank v Mercantile Holdings* [1993] BCC 816; *Base Metal Trading Ltd v Shamurin* [2005] 1 WLR 1157; *Dicey, Morris and Collins*, Conflict of Laws, Rn. 30-024; *Milman*, National Corporate Law in a Globalised Market, S. 126.

nehmen sind, sei es über eine Sonderanknüpfung²², sei es mittels einer Anwendung des Delikts- oder Insolvenzstatuts, ist Gegenstand einer erbitterten Kontroverse.²³ Mit Hilfe dieser ergebnisorientierten Kunstgriffe versucht man, das Recht am gläubigernäheren Verwaltungssitz doch noch gegenüber dem Gründungsrecht durchzusetzen.

II. Sachrecht

Ist einmal der internationale Wettbewerb der Gesellschaftsrechte im Zuge der EuGH-Rechtsprechung eröffnet, gerät auch das nationale Gesellschaftsrecht unter Anpassungsdruck, wenn es an investorenfeindlichen Regeln festhält.²⁴ Triebfeder der Entwicklung ist dabei das Ineinandergreifen von inländischem Kollisions- und ausländischem Sachrecht. So verdankt die kürzlich in Deutschland mit dem MoMiG²⁵ eingeführte Rechtsform der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) ohne Mindestkapital²⁶ ihre Existenz der Flucht von inländischen Unternehmensgründern in ausländische Gesellschaftsformen, insbesondere in die englische *Private Limited Company* (Ltd.). Diese Anpassungsleistung des deutschen Gesetzgebers an den internationalen Wettbewerb der Gesellschaftsrechte²⁷ hat vor allem wegen der Deregulierung im Bereich des Mindestkapitals sogleich spürbare Wirkungen gezeitigt und den Trend zur Flucht in ausländische Gesellschaftsformen vorerst abgremst.²⁸ Dennoch nehmen Auslands

²² Zur Problematik der Sonderanknüpfung und ihrer Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit siehe *Behrens*, in: *GroßkommGmbHG*, Einl. B Rn. 44 ff.; *M.-P. Weller*, in: *MünchKommGmbHG*, Einl. Rn. 444 ff.

²³ Siehe im Überblick *Eidenmüller*, *RabelsZ* 70 (2006), 474 ff.; *Kühnle/Otto*, *IPRax* 2009, 117 ff.; *Pannen*, in: *Festschrift Fischer*, S. 403 ff. Allein zur Frage, ob sich die Insolvenzverschleppungshaftung nach dem Recht am effektiven Verwaltungssitz richtet, sind mehrere Monographien erschienen: *Barthel*, *Deutsche Insolvenzantragspflicht und Insolvenzverschleppungshaftung in Scheinauslandsgesellschaften nach dem MoMiG*; *Buchmann*, *Die Insolvenz der Limited in Deutschland*; *Heil*, *Insolvenzantragspflicht und Insolvenzverschleppungshaftung bei der Scheinauslandsgesellschaft in Deutschland*; *Mayer*, *Insolvenzantragspflicht und Scheinauslandsgesellschaft*; *Schmidt-Ehemann*, *Die Haftung bei Insolvenz einer EU-Auslandsgesellschaft*; *Worms*, *Insolvenzverschleppung bei der „deutschen“ Limited*.

²⁴ Siehe *Merkt*, *RIW* 2004, 1, 2, 4; *ders.*, *RabelsZ* 59 (1995), 545, 555 f.; aus Sicht des US-amerikanischen Gesellschaftsrechts das Diktum von Judge *Easterbrook* in: *Amanda Acquisition Corp v Universal Foods Corp* 877 f.2d 496 (7th Cir. 1989): „States that enact laws that are harmful to investors will cause entrepreneurs to incorporate elsewhere“.

²⁵ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008, *BGBI.* I S. 2026.

²⁶ Siehe § 5a GmbHG.

²⁷ Siehe nur *G. Roth*, in: *Roth/Altmeppen, GmbHG*, § 5a Rn. 1.

²⁸ Vgl. *Kornblum*, *GmbHR* 2009, 1056, 1062 f.: Innerhalb der ersten vier Monate seit ihrer Einführung wurden bereits 4.820 Unternehmergesellschaften gegründet (Stand: