

Inhaltsverzeichnis

<i>Uwe Diederichsen</i> Mein Europa.....	9
<i>Kristina Riedl</i> Vom Unsinn wissenschaftlicher Kodifikationsprojekte	31
<i>Inge Kroppenberg</i> Amnesie und Autorität – Potenzial und Grenzen des rechtshistorischen Beitrags zu einem europäischen Privatrecht im Europa der Kodifikationen	61
<i>Michael Stürner</i> Common Law, Civil Law und Europäisches Privatrecht	79
<i>Mel Kenny</i> Der Igel und der Fuchs: Die engen Parameter des <i>Ius Commune</i> -Ansatzes	99
<i>Michael Hassemer</i> Zwingendes europäisches Privatrecht: Zivilrecht ohne Vertragsfreiheit?	121
<i>Matthias Weller</i> Zwingendes babylonisches Privatrecht – ein Kommentar.....	145
<i>Aurelia Ciacchi</i> Der Aktionsplan der Europäischen Kommission für ein kohärenteres Vertrags- recht: Wo bleibt die Rückbindung an die Europäische Verfassung?.....	151
<i>Graf-Peter Calliess</i> Europäisches Vertragsrecht: Falsche Fronten und neue Perspektiven	173
<i>Matthias Leistner</i> Verbraucherschutz oder Recht des unlauteren Wettbewerbs?.....	185

<i>Ilka Klöckner</i> Möglichkeit und Grenzen einer grenzüberschreitenden europäischen Präjudizienbindung zur Absicherung einer einheitlichen Auslegung des angeglichenen Privatrechts	231
<i>Katarina Röpke/Klaus Heine</i> Zur Rolle supranationaler Gesellschaftsformen im Regulierungswettbewerb – eine juristische und ökonomische Betrachtung	265
<i>Georg Bitter</i> Niederlassungsfreiheit für Kapitalgesellschaften in Europa: Gläubigerschutz in Gefahr?.....	299
<i>Stefan Geibel</i> Auf dem Weg zu einem europäischen Recht der Kreditsicherheiten?	335
<i>Jakob Fortunat Stagl</i> Der Eigentumsübergang beim Kauf beweglicher Sachen – Gedanken über die Methode der Rechtsvereinheitlichung am Beispiel der Study Group on a European Civil Code.....	369
<i>Robert Freitag</i> Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser: Positive Kompetenzkonflikte im Europäischen Zuständigkeits- und Anerkennungsrecht <i>de lege lata</i> und <i>de lege ferenda</i>	399
Verzeichnis der Autoren und Herausgeber.....	435

Niederlassungsfreiheit für Kapitalgesellschaften in Europa: Gläubigerschutz in Gefahr?

Georg Bitter

- I. Einführung
- II. EuGH-Rechtsprechung und Sitztheorie
 - 1. Centros
 - 2. Überseering
 - 3. Inspire Art
 - 4. Meinungsumschwung in der deutschen Literatur
- III. Zum Verhältnis von Niederlassungsfreiheit und IPR
 - 1. Sitztheorie und Sonderanknüpfung
 - 2. Die Flucht ins Delikts- und Insolvenzrecht – ein Irrweg
 - 3. Kein Rückgriff auf den ordre public
 - 4. Einheitslehre und Europarecht
- IV. Niederlassungsfreiheit und Gläubigerschutz – Grundlagen
 - 1. Missbrauch als Rechtfertigungsgrund?
 - 2. Die *Keck*-Rechtsprechung und der „Vier-Kriterien-Test“
 - 3. Missbrauch und „Vier-Kriterien-Test“
 - 4. Herkunftslandprinzip bei der Niederlassungsfreiheit
- V. Anwendung einzelner deutscher Haftungstatbestände
 - 1. Mindeststandards der Vermögensbindung und Vermögentrennung
 - 2. Existenzvernichtung und Spekulation auf Kosten der Gläubiger
 - 3. Insolvenzverschleppungshaftung
- VI. Schluss
 - 1. Zusammenfassende Würdigung
 - 2. Thesen

I. Einführung

Durch drei kräftige Paukenschläge hat der EuGH das bislang eher ruhige Konzert der nationalen Gesellschaftsrechte in Europa kräftig aufgemischt und gezeigt, dass die Musik des europäischen Gesellschaftsrechts derzeit von Luxemburg aus bestimmt wird. In dessen Entwicklung greift der EuGH mit den Ent-

scheidungen *Centros*¹, *Überseering*² und *Inspire Art*³ in bislang ungeahnter Weise gestaltend ein.⁴

Die Töne aus Luxemburg durchdrangen dabei nicht nur die Wissenschaft, sondern gleichermaßen die Rechtspraxis und lösten ein beispielloses Echo sowohl in der juristischen Literatur als auch in der allgemeinen Presse aus. Sogar in der Boulevardpresse fand die EuGH-Rechtsprechung in Sachen Niederlassungsfreiheit für Kapitalgesellschaften in Europa Widerhall. Als „Tipp für Unternehmer“ lieferte die BILD-Zeitung im Frühjahr 2003 unter der Überschrift „So gründen Sie eine Euro-GmbH“ die Kurzanleitung zur Gründung der eigenen Limited (Ltd.) nach britischem Recht.⁵ „Eine Geschäftsidee und 259 Euro – mehr braucht es nicht für ihre eigene Firma“ heißt es dort und weiter: „Anstelle von 25.000 Euro Haftungskapital bei der GmbH reicht bei der Ltd. ein Euro. Die Gründung ist günstig, schnell und unbürokratisch. Die persönliche Haftung mit dem Privatvermögen ist ausgeschlossen.“ Seither versprechen Internetseiten wie www.tschuessdeutschland.de oder www.limited24.de den schnellen und preiswerten Weg zum eigenen Unternehmen mit Haftungsbeschränkung. Die Gründungszahlen für englische Limiteds schnellen in die Höhe.⁶

Schon ist in der juristischen Literatur vom „Scherz- und Schimpfkürzel Billig-GmbH“⁷ sowie davon die Rede, ab sofort schlage die Stunde des „company law shopping“.⁸ Es erscheinen Aufsätze unter dem Titel „How to Set up a Limited“.⁹ Was genau war geschehen?

Der EuGH eröffnet einen europäischen Wettbewerb der Gesellschaftsrechte.¹⁰ Er zwingt die Mitgliedstaaten, solchen Gesellschaften, die im europäischen Ausland gegründet wurden, auch dann die Eintragung einer Zweigniederlassung im Inland zu gestatten¹¹ und ihre Rechtsfähigkeit nach ausländischem Recht zu achten¹², wenn sich ihre Geschäftstätigkeit auf das Inland beschränkt. Die im Inland geltenden Vorschriften über das gesetzliche Mindestkapital von 25.000

1 EuGHE I 1999, 1459 = NJW 1999, 2027 (*Centros*).

2 EuGHE I 2002, 9919 = NJW 2002, 3614 (*Überseering*).

3 EuGH, NJW 2003, 3331 = WM 2003, 2042 = ZIP 2003, 1885 (*Inspire Art*).

4 In diesem Sinne auch *Merkt*, RIW 2004, 1, 4.

5 BILD-Zeitung vom Samstag, 6.3.2004.

6 Dazu *Riedemann*, GmbHR 2004, 345, 346; *Westhoff*, ZInsO 2004, 289.

7 *Altmeyden*, NJW 2004, 97; ähnlich schon *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), § 1 II 8 a (27): „Billig-Gesellschaften“.

8 *Kersting/Schindler*, RdW 2003, 621, 625.

9 Der vollständige Titel bei *Westhoff*, ZInsO 2004, 289 lautet: Die Gründung einer britischen Kapitalgesellschaft mit Verwaltungssitz im Inland und die Pflichten ihrer laufenden Geschäftstätigkeit – „How to Set up a Limited?“

10 *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 161.

11 Urteil *Centros* (o. Fn. 1).

12 Urteil *Überseering* (o. Fn. 2).

Euro dürfen auf EG-Auslandsgesellschaften nicht angewendet werden.¹³ Was die einen vom „Schreckgespenst Scheinauslandsgesellschaft“ sprechen lässt¹⁴, wird von anderen als „Meilenstein in der Liberalisierung des europäischen Gesellschaftsrechts“ gefeiert.¹⁵ Eine Herausforderung für das europäische Gesellschaftsrecht stellt die neue Rechtsprechung des EuGH allemal dar.

II. EuGH-Rechtsprechung und Sitztheorie

Die durch den EuGH ausgelöste Aufregung wird nur vor dem Hintergrund des (deutschen) internationalen Gesellschaftsrechts verständlich. Im deutschen IPR ist die Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts nicht gesetzlich geregelt¹⁶ und damit unklar, welche Rechtsregeln auf eine Gesellschaft Anwendung finden, die im Ausland gegründet wird, aber in Deutschland ihren tatsächlichen Sitz hat. Aus der fehlenden gesetzlichen Regelung erklärt sich der traditionelle Streit zwischen der Sitz- und Gründungstheorie¹⁷, der nur dann erheblich wird, wenn Verwaltungs- und Satzungssitz auseinander fallen¹⁸: Nach der Gründungstheorie bestimmt sich das auf die gesellschaftsrechtlichen Fragen anwendbare Recht (Gesellschaftsstatut) nach der Rechtsordnung desjenigen Landes, in dem sich der Satzungssitz befindet, in dem die Gesellschaft also gegründet wurde, während die Sitztheorie auf den tatsächlichen Sitz (Verwaltungssitz) abstellt. Wird eine Gesellschaft im Ausland gegründet und verlegt sie anschließend ihren Verwaltungssitz nach Deutschland bzw. richtet ihn hier erstmalig ein, käme nach der Gründungstheorie das ausländische Gesellschaftsrecht zur Anwendung, nach der Sitztheorie das deutsche. Da die ausländische Gesellschaft nicht die Anforderungen des deutschen Rechts über die Gründung juristischer Personen (insbesondere AG und GmbH) erfüllt, kann sie nach der Sitztheorie nicht als eine solche juristische Person im Inland anerkannt werden.

Dieses Ergebnis war von den Vertretern der Sitztheorie durchaus beabsichtigt. Die Theorie wurde im 19. Jahrhundert entwickelt, um zu verhindern, dass inländische Gesellschaften vom liberaleren belgischen und britischen Recht

13 Urteil *Inspire Art* (o. Fn. 3).

14 *Weller*, IPRax 2003, 207.

15 *Meilicke*, GmbHR 2003, 1271.

16 Zu indirekten Bestätigungen der Sitztheorie siehe aber *W.-H. Roth*, in: Wouters/Schneider (Hrsg.), *Current Issues of Cross-Border Establishment of Companies in the European Union* (1995), 29, 34 ff.

17 Dazu eingehend *Staudinger/Großfeld*, EGBGB/IPR – IntGesR (1998), Rn. 18 ff.; *MünchKommBGB/Kindler*, Band 11, 3. Aufl. (1999), IntGesR Rn. 258 ff.; aus jüngerer Zeit *Weller*, *Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung* (2004), 12 ff.; *Wimmer-Leonhard*, *Konzernhaftungsrecht* (2004), 701 ff.

18 *Kindler*, NJW 2003, 1073; *W.-H. Roth*, (o. Fn. 16), 33; *Weller*, DStR 2003, 1800.

Gebrauch machen.¹⁹ Der niederlassungsfeindliche Charakter der Sitztheorie war ihr also gleichsam immanent.²⁰

1. Centros

Vor diesem Hintergrund mag überraschen, dass es überhaupt so lange gedauert hat, bis der EuGH im Jahr 1999 mit einem Fall wie *Centros* konfrontiert wurde. Ein dänisches Ehepaar hatte die Centros Ltd. im Vereinigten Königreich mit dem Ziel gegründet, in Dänemark eine Zweigniederlassung eintragen zu lassen und allein dort eine Geschäftstätigkeit zu entfalten. Wegen der fehlenden Geschäftstätigkeit im Ausland verweigerte ihr die dänische Zentralverwaltung für Handel und Gesellschaften die Eintragung mit der Begründung, die Errichtung der Gesellschaft im Ausland diene allein dem Ziel einer Umgehung der nationalen Vorschriften über die Einzahlung eines Mindestgesellschaftskapitals. In Wirklichkeit werde in Dänemark nicht eine Zweig-, sondern die Hauptniederlassung errichtet.

Der EuGH hat darin einen Verstoß gegen die damals in Art. 52 und 58 EGV (heute Art. 43, 48 EG) verbürgte Niederlassungsfreiheit gesehen.²¹ Obwohl nach der Teleologie der Grundfreiheiten gute Gründe dafür gesprochen hätten, eine bestehende Wirtschaftstätigkeit im Herkunftsstaat als Voraussetzung für eine Anwendbarkeit der Regeln über die Niederlassungsfreiheit zu verlangen²², hat der EuGH dieses Erfordernis nicht akzeptiert.²³ Die Verweigerung der Eintragung einer Zweigniederlassung beschränke die Niederlassungsfreiheit (Tz. 21 f.) und es verbleibe den Mitgliedstaaten nur die Möglichkeit, im Einzelfall ein missbräuchliches oder betrügerisches Verhalten der Betroffenen auf der Grundlage objektiver Kriterien zu verhindern (Tz. 24 f.). Da die Vorschriften des EG-Vertrags über die Niederlassungsfreiheit gerade zum Ziel hätten, den in der Gemeinschaft gegründeten Gesellschaften die Tätigkeit im Ausland mittels einer Agentur, Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft zu erlauben, könne es für sich allein keine missbräuchliche Ausübung der Niederlassungsfreiheit darstellen, eine Gesellschaft in demjenigen Mitgliedstaat zu gründen, dessen gesellschaftsrechtliche Vorschriften dem Gründer die größte Freiheit lassen (Tz. 26 f.).

Der EuGH sieht das Vorgehen der dänischen Behörden auch nicht nach dem aus

¹⁹ Dazu *Kersting*, 28 *Brookl. J. Int'l L.* 1, 50.

²⁰ Vgl. *Karsten Schmidt*, *GesR* (o. Fn. 7), § 1 II 8 a (27); kritisch daher schon früh *Knobbe-Keuk*, *ZHR* 154 (1990), 325 ff. m.w.Nw.; siehe auch die Nw. bei *Kieninger*, *ZEuP* 2004, 685, 686 in Fn. 7.

²¹ Urteil *Centros* (o. Fn. 1).

²² *Schön*, in: *FS Lutter* (2000), 685, 688 m.w.Nw.

²³ Urteil *Centros* (o. Fn. 1), Tz. 17, mit Hinweis auf *EuGHE* 1986, 2375 = *NJW* 1987, 571 (*Segers*), Tz. 16.

der *Cassis-de-Dijon*-Rechtsprechung²⁴ hervorgegangenen „Vier-Kriterien-Test“ der Urteile *Kraus* und *Gebhard* als gerechtfertigt an. Danach können nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den EG-Vertrag garantierten Grundfreiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, zulässig sein, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind: Sie müssen (1) in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, (2) zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entsprechen, (3) zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sein und (4) nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.²⁵ Das dänische Vorgehen sei bereits ungeeignet, da die Zweigniederlassung in Dänemark eingetragen worden wäre, wenn die Gesellschaft eine Geschäftstätigkeit im Vereinigten Königreich ausgeübt hätte, obwohl die dänischen Gläubiger in diesem Fall ebenso gefährdet gewesen wären (Tz. 35). Da die *Centros Ltd.* als Gesellschaft englischen Rechts, nicht als Gesellschaft dänischen Rechts aufträte, sei den Gläubigern weiter bekannt, dass sie nicht dem dänischen Recht über die Haftung unterliegt. Die Gläubiger könnten sich auf bestimmte gemeinschaftsrechtliche Vorschriften berufen wie die 4. (Jahresabschluss-)Richtlinie²⁶ und die 11. (Zweigniederlassungs-) Richtlinie²⁷ (Tz. 36).

2. Überseering

Da die Tragweite dieses Urteils derart kontrovers beurteilt wurde, „dass man mitunter daran zweifeln konnte, dass die Verfasser ein- und dasselbe Urteil besprachen“²⁸, und die deutsche Rechtsprechung zunächst nicht reagierte²⁹, musste ein zweites Urteil folgen, das auf Vorlage des VII. Zivilsenats des BGH³⁰ erging. Grundlage der Vorlage war die – allerdings seit jeher nicht überzeugende – traditionelle Spielart der Sitztheorie, die aus der fehlenden Einhaltung der deutschen Gründungsvorschriften für Kapitalgesellschaften folgte, einer ausländischen Gesellschaft werde nach Verlegung ihres Verwaltungssitzes ins Inland die Rechtsfähigkeit aberkannt (Nichtanerkennungstheorie).³¹ Auf dieser Grundlage hätte der niederländischen Gesellschaft Überseering, die ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlagert hatte, in dem von ihr vor deutschen Gerichten geführten Prozess gegen einen ihrer Gläubiger die Parteifähigkeit

24 EUGHE 1979, 649 = NJW 1979, 1766 (*Cassis de Dijon*); dazu etwa *Leible*, in: *Grabit/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Stand: August 2003, Art. 28 EGV Rn. 18 ff.; *Streinz*, *Europarecht*, 6. Aufl. (2003), Rn. 700 ff., 738 ff.

25 Urteil *Centros* (o. Fn. 1), Tz. 34, unter Hinweis auf EuGHE I 1993, 1663 = *EuZW* 1993, 322 (*Kraus*), Tz. 32; EuGHE I 1995, 4165 = NJW 1996, 579 (*Gebhard*), Tz. 37.

26 Vierte RL v. 25.7.1978 (EWG) Nr. 78/660 des Rates, ABIEG Nr. L 222 v. 14.8.1978, 11 ff., abgedruckt bei *Lutter*, *Europäisches Unternehmensrecht*, 4. Aufl. (1996), 147 ff.

27 Elfte RL v. 22.12.1989 (EWG) Nr. 89/666 des Rates, ABIEG Nr. L 395 v. 30.12.1989, 36 ff., abgedruckt bei *Lutter* (o. Fn. 26), 269 ff.

28 So *Zimmer*, *BB* 2003, 1.

29 Vgl. dazu *Bayer*, *BB* 2003, 2357, 2360 f.; *Kieninger*, *ZEuP* 2004, 685, 687 f.

30 BGH, *WM* 2000, 1257 = *ZIP* 2000, 967 (Vorlagebeschluss *Überseering*).

31 Vgl. dazu mit umfangreichen Nw. *Lutter*, *BB* 2003, 7 f.

abgesprochen werden müssen. Dass diese traditionelle Sitztheorie nicht nur vom Judiz her inakzeptabel³², sondern auch logisch unzutreffend war, liegt auf der Hand. Denn selbstverständlich wird – wie es *Karsten Schmidt* einmal plakativ ausgedrückt hat – durch den Grenzübertritt „das Gesellschaftsvermögen nicht herrenlos wie ein wildes Tier, das Unternehmen nicht trägerlos wie ein Abendkleid“.³³

Nachdem der für das Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat dies während des laufenden Vorlageverfahrens erkannt und entschieden hatte, die ausländische Gesellschaft werde in Deutschland jedenfalls als rechtsfähige Personengesellschaft anerkannt³⁴, hätte der VII. Senat seine Vorlage eigentlich zurückziehen können, da sich seine auf die fehlende Rechtsfähigkeit gestützte Vorlage damit erledigt hatte.³⁵

Da eine Rücknahme der Vorlage jedoch nicht erfolgte, entschied der EuGH in *Überseering*, dass die Aberkennung der Rechts- und Parteifähigkeit gegen die Niederlassungsfreiheit verstoße. Mache eine Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaates gegründet worden ist, in dessen Hoheitsgebiet sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat, in einem anderen Mitgliedstaat von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch, so sei dieser andere Mitgliedstaat nach den Art. 43 und 48 EG verpflichtet, „die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit zu achten, die diese Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaates besitzt.“³⁶

Ausführlich grenzt der EuGH die *Centros*-Rechtsprechung von den Grundsätzen des früheren Urteils *Daily Mail* ab, in dem das Gericht die Möglichkeit von Beschränkungen der grenzüberschreitenden Sitzverlegung anerkannt hatte. In *Daily Mail* sei es um einen Wegzugsfall gegangen, während hier eine Behinderung durch denjenigen Staat in Rede stehe, in den die Gesellschaft zuziehe (Tz. 61 ff.). Eine aufgrund einer nationalen Rechtsordnung gegründete Gesellschaft habe jenseits der nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und Exis-

32 So *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 661, 664; ähnlich *W.-H. Roth*, IPRax 2003, 117, 119: „[...] von den damit verbundenen rechtlichen Konsequenzen her unerträglich“; ausführlich schon *Knobbe-Keuk*, ZHR 154 (1990), 325 ff., insb. 328, 335 ff.

33 *Karsten Schmidt*, in: Multimedia: Kommunikation ohne Grenzen – grenzenloser Wettbewerb?, FIW-Schriftenreihe Heft 177, 41, 43; vgl. auch *ders.*, GesR (o. Fn. 7), § 1 II 8 a (27 f.); *ders.*, ZGR 1999, 20, 22 ff.; *W.-H. Roth*, ZIP 2000, 1597, 1599 ff. m.w.Nw. in Fn. 29; für die Möglichkeit identitätswahrender Sitzverlegung einer Kapitalgesellschaft sehr früh schon *Behrens*, RIW 1986, 590 ff.

34 BGHZ 151, 204 = NJW 2002, 3539 = ZIP 2002, 1763 = WM 2002, 1929.

35 Zutreffend *Lutter*, BB 2003, 7, 8; *Knapp*, DNotZ 2003, 85, 89; ferner *Roth*, ZIP 2000, 1597, 1599 ff.; *ders.*, IPRax 2003, 117, 119: Bei einer entsprechenden eigenen Erkenntnis des VII. Senats wäre die Vorlage von vorneherein unnötig gewesen; unrichtig *Behrens*, IPRax 2003, 193, 202, der darauf hinweist, der Lösungsweg des II. Senats habe die Vorlage an den EuGH keineswegs überflüssig gemacht. Dies trifft zwar allgemein, nicht aber im konkreten Fall zu. Dort fehlte die Entscheidungserheblichkeit.

36 Urteil *Überseering* (o. Fn. 2), Leitsatz 2 und Tz. 80 f.

tenz regelt, keine Realität (Tz. 67). Dann aber sei der Mitgliedstaat auch berechtigt, einer nach seiner Rechtsordnung gegründeten Gesellschaft Beschränkungen hinsichtlich der Verlegung ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes aus seinem Hoheitsgebiet aufzuerlegen (Tz. 70).

Dass die Aberkennung der Rechtsfähigkeit im *Zuzugsstaat* eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt, sieht der EuGH – mit Recht – als unproblematisch an. *Überseering* könne „als Gesellschaft niederländischen Rechts in Deutschland von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch machen“ (Tz. 80). Das Erfordernis, dieselbe Gesellschaft in Deutschland neu zu gründen, komme der Negierung der Niederlassungsfreiheit gleich (Tz. 81).³⁷

Der deutschen Regierung, die die Sitztheorie im Hinblick auf den Schutz der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer und des Fiskus zu rechtfertigen suchte, hält der EuGH entgegen, dass solche zwingenden Gründe des Gemeinwohls zwar unter bestimmten Umständen und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen könnten, nicht aber die Aberkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft (Tz. 92).

Wenn sich der EuGH damit auch nicht ausdrücklich mit der neuen Sitztheorie des II. Zivilsenats auseinandergesetzt hat, besteht doch weitgehend Einigkeit, dass dieser Lösungsweg nach *Überseering* ebenfalls versperrt ist. Bei einer „Zwangsumwandlung“ in eine inländische Personengesellschaft könnte die EG-Auslandsgesellschaft gerade nicht „als Gesellschaft ausländischen Rechts“ von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch machen.³⁸

3. Inspire Art

Den bisherigen Schlusspunkt bildet das Urteil *Inspire Art*, in dem es um die Frage ging, ob eine inländische Rechtsordnung die Scheinauslandsgesellschaft zwar anerkennen, ihr aber aufgeben kann, im Inland als „formal ausländische Gesellschaft“ zur Firmieren sowie die Kapitalaufbringungsvorschriften zu beachten, die auch für inländische Gesellschaften gelten.

Das Erfordernis einer stigmatisierenden Firmierung verstößt nach Ansicht des EuGH schon deshalb gegen europäisches Recht, weil die Zweigniederlassungsrichtlinie die Offenlegungspflichten abschließend regelt (Tz. 69 f.). Die Forde-

³⁷ Dazu auch *Lutter*, BB 2003, 7, 9: „Was bleibt von der Niederlassungsfreiheit, wenn die Gesellschaften beim Überschreiten der Grenze sterben.“

³⁸ BGHZ 154, 185, 189 = NJW 2003, 1461 = ZIP 2003, 718, 720 (*Überseering*); *Behrens*, IPRax 2003, 193, 200, der von einer „Spaltgesellschaft“ spricht; ferner *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 166 in Fn. 35; *Horn*, NJW 2004, 893, 896; *Leible/Hoffmann*, EuZW 2003, 677, 681; *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1206; *Weller* (o. Fn. 17), 83; *ders.*, IPRax 2003, 520, 521 f.; *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3586; für eine verfahrensmäßig abgesicherte Umwandlungslösung hingegen *W.-H. Roth*, IPRax 2003, 117, 122 ff.; insgesamt a.A. *Kindler*, NJW 2003, 1073, 1077.

nung nach Aufbringung eines Mindestkapitals verstoße gegen Art. 43 und 48 EG. Der EuGH bestätigt die in *Centros* getroffene Feststellung, dass der Wunsch, in den Genuss vorteilhafter Rechtsvorschriften zu kommen, auch dann keinen Missbrauch der Niederlassungsfreiheit darstellt, wenn die Gesellschaft ihre Tätigkeit hauptsächlich oder ausschließlich im Zuzugsstaat ausübt (Tz. 95 f.). Folglich stellten Bestimmungen über die Aufbringungen eines Mindestkapitals (sowohl zum Zeitpunkt der Gründung als auch während des Bestehens der Gesellschaft) und über die Haftung der Geschäftsführer bei Verstößen gegen diese Regel eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar (Tz. 104).

Eine Rechtfertigung dieser Beschränkung nach dem „Vier-Kriterien-Test“ lehnt der EuGH ab, wobei er die generelle Eignung von Vorschriften über ein Mindestkapitals zum Gläubigerschutz offen lässt. Die Begründung entspricht derjenigen des *Centros*-Urteils: Inspire Art trete als Gesellschaft englischen Rechts und nicht als niederländische Gesellschaft auf und deshalb seien ihre potenziellen Gläubiger hinreichend darüber unterrichtet, dass sie anderen Rechtsvorschriften unterliegt als inländische Gesellschaften (Tz. 135). Eine Bekämpfung missbräuchlicher oder betrügerischer Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit sei zwar gestattet. Ein derartiges Verhalten liege aber nicht allein in dem Umstand, dass die Gesellschaft im Gründungsstaat keine Tätigkeit entfaltet (Tz. 139).

4. Meinungsumschwung in der deutschen Literatur

Die drei Entscheidungen des EuGH haben in Deutschland einen beispiellos raschen und einmütigen Umschwung der Rechtsprechung und h.M. bewirkt.³⁹ Mit ganz wenigen Ausnahmen wird heute fast allgemein davon ausgegangen, für EG-Auslandsgesellschaften gelte nicht mehr die Sitz-, sondern die Gründungstheorie.⁴⁰ Es wird davon gesprochen, die Urteile des EuGH hätten der

³⁹ Zutreffend die Beobachtung bei *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 661, 664; vgl. auch *Altmepfen/Wilhelm*, DB 2004, 1083, die diese Entwicklung aber sehr kritisch betrachten.

⁴⁰ Aus der Rspr. – jeweils bzgl. der Anerkennung der Rechtsfähigkeit und/oder der Möglichkeit einer Eintragung im Handelsregister – BGHZ 154, 185, 190 = NJW 2003, 1461, 1462 = ZIP 2003, 718, 720 (*Überseering*); OGH, IPRax 2000, 418, 421 f. = NZG 2000, 36, 38 f.; OLG Celle, IPRax 2003, 245, 246 = GmbHR 2003, 532, 533; OLG Naumburg, GmbHR 2003, 533 (LS); OLG Zweibrücken, BB 2003, 864, 865; aus der Literatur – dort jeweils allgemein vertreten – Streinz/*Müller-Graff*, EUV/EGV, 2003, Art. 48 EGV Rn. 15; Bayer, BB 2003, 2357, 2363; *ders.*, BB 2004, 1, 4; Behrens, IPRax 2004, 20, 25; Eidenmüller, JZ 2004, 24 f. (mit der Ausnahme für Fälle von Missbrauch und Betrug); Eidenmüller/Rehm, ZGR 2004, 159, 161; Horn, NJW 2004, 893, 896 f.; Kallmeyer, DB 2004, 636; Kersting/Schindler, RdW 2003, 621 und 622 f.; Lanzius, ZInsO 2004, 296; Meilicke, GmbHR 2003, 1271 ff.; Müller, NZG 2003, 414, 416 und 417; Paefgen, DB 2003, 487 f.; Riedemann, GmbHR 2004, 345, 346; Riegger, ZGR 2004, 510, 517; Sandrock, BB 2003, 2588; Schumann, DB 2004, 743; Spindler/Berner, RIW 2003, 949 ff.; Ulmer, NJW 2004, 1201; Weller, (o. Fn. 17), 86; *ders.*, DStR 2003, 1800 und 1804; *ders.*, IPRax 2003, 520; Wimmer-Leonhard, (o. Fn. 17), 701 ff. mit Ergebnis 747 ff. (mit Fortsetzung auf der nächsten Seite)

Sitztheorie „den Garaus gemacht“⁴¹; der EuGH „nagele ... die EG-Mitgliedstaaten hinsichtlich der kollisionsrechtlichen Behandlung von Scheinauslandsgesellschaften fest.“⁴² Trotz dieses „weitgehend unstrittigen“⁴³ Ausgangspunktes sind jedoch innerhalb dieser h.M. zwei Lager auszumachen.⁴⁴ Das eine Lager entnimmt der EuGH-Rechtsprechung die Regel, dass die Anwendung deutschen (Gesellschafts-)Rechts auf EG-Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland überhaupt nur noch dann und insoweit in Betracht kommt, wie das ausländische Recht Schutzlücken lässt.⁴⁵ Selbst die deutsche Durchgriffshaftung soll nur dann anwendbar sein, wenn die Durchgriffsregeln des ausländischen Rechts keinen hinreichenden Schutz bieten.⁴⁶ Das Einfallstor der „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“ für die Anwendung deutschen Gesellschaftsrechts sei für die Private und Public Limited Company englischen Rechts (Ltd. und PLC) in Deutschland generell verschlossen, da nach ihrem englischen Heimatrecht ein ausreichender Gläubiger- und Minderheitenschutz bestehe.⁴⁷ Notfalls soll sogar die privatrechtliche Nachbildung ausländischer öffentlich-rechtlicher Gläubigerschutzregeln im inländischen Recht in Erwägung gezogen werden.⁴⁸ Unstrittig anwendbar wäre auf der Basis

Ausdehnung auf Gesellschaften aus Drittstaaten); wohl auch *Wachter*, GmbHR 2003, 1254; *ders.*, GmbHR 2004, 88, 89; zurückhaltender *Kersting*, NZG 2003, 9 f.; *Hirte*, EWS 2003, 521, 522; *Zimmer*, ZHR 168 (2004), 355, 360.

41 *Sandrock*, BB 2003, 2588; ähnlich *ders.*, in: *Sandrock/Wetzler* (Hrsg.), *Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen* (2004), 33: „Die Sitztheorie ist tot.“

42 *Weller*, DStR 2003, 1800, 1804.

43 Vgl. *Borges*, ZIP 2004, 733.

44 Zutreffend *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1202, wobei sich aber die hiesige Zuordnung der Autoren zu den beiden Lagern nicht ganz mit derjenigen von *Ulmer* deckt.

45 Besonders deutlich *Behrens*, IPRax 2003, 193, 203 und 206; *ders.*, IPRax 2004, 20, 25; *Kieninger*, ZEuP 2004, 685 ff.; *Sandrock*, in: *Sandrock/Wetzler*, a.a.O. (o. Fn. 41), 37 ff. („Subsidiaritätsprinzip“); ähnlich *Leible*, ZGR 2004, 531, 533 f.; *Riegger*, ZGR 2004, 510, 523 f.; *Triebel*, BB 2003, Heft 33, die erste Seite; *Wimmer-Leonhard*, (o. Fn. 17), 701 ff. mit Ergebnis 747 ff.; *Ziemons*, ZIP 2003, 1913, 1917; ferner *Eidenmüller*, JZ 2004, 24, 28; *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 173 ff. und 182, die allein Fälle des Normenmangels als Ausnahme anerkennen; restriktiv auch *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 661, 666 ff.; *Spindler/Berner*, RIW 2003, 949, 954; *dies.*, RIW 2004, 7, 14; im Ansatz auch *Bayer*, BB 2003, 2357, 2364; *ders.*, BB 2004, 1, 4, der jedoch an die ausnahmsweise Anwendung inländischer Rechtsvorschriften geringere Anforderungen stellt.

46 Besonders deutlich *Behrens*, IPRax 2004, 20, 25; ähnlich schon *ders.*, IPRax 2003, 193, 206; *Kieninger*, ZEuP 2004, 685, 699; vgl. auch *Kersting/Schindler*, RdW 2003, 621, 625; *Meilicke*, GmbHR 2003, 1271, 1272; *Hirsch/Britain*, NZG 2003, 1100, 1102; wohl auch *Paefgen*, DB 2003, 487, 491, der allerdings in Fn. 48 Autoren zitiert, die hinsichtlich der Anwendung der Durchgriffsregeln weniger restriktiv sind; siehe zur Anwendung der ausländischen Durchgriffsregeln bei der amerikanischen Inc. mit Verwaltungssitz im Inland auch BGH BB 2004, 1868 m. Anm. *Mellert*.

47 So *Triebel*, BB 2003, Heft 33, die erste Seite.

48 So *Behrens*, IPRax 2003, 193, 206, allerdings ohne Erläuterung, wie diese „Nachbildung“ erfolgen soll.

dieser Ansicht im Grundsatz nur das allgemeine deutsche Verkehrsrecht (Vertrags-, Bereicherungs- und Deliktsrecht).⁴⁹

Dem steht ein ebenso starkes Lager entgegen, das einen mehr oder weniger weitreichenden Rückgriff auf nationales Recht zulassen will, sei es im Wege der Sonderanknüpfung einzelner gesellschaftsrechtlicher Vorschriften und deren Rechtfertigung nach dem „Vier-Kriterien-Test“⁵⁰ oder als Missbrauchsfall⁵¹, sei es über die Anwendung des *ordre public*⁵² oder über die Einordnung bestimmter Haftungsregeln wie der Insolvenzverschleppungshaftung, der Durchgriffshaftung oder des Eigenkapitalersatzrechts unter das Delikts- oder Insolvenzstatut.⁵³

Völlig anders gegenüber beiden Lagern haben sich *Altmeyen* und *Wilhelm* positioniert, die schon die grundsätzliche Geltung der Gründungstheorie bestreiten.⁵⁴ In der Rechtsprechung des EuGH sei keine Grundlage für den radikalen Meinungsumschwung mit all seinen für die Praxis kaum zu bewältigenden Rechtsanwendungsproblemen zu finden. Es sei schlicht unpraktikabel anzu-

49 *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 661, 667 ff. (mit der Einschränkung für extrem formulierte Deliktsnormen); siehe dazu noch u. IV. 2.

50 Dafür *Ulmer*, JZ 1999, 662, 665; NJW 2004, 1201, 1208 f.; wohl auch LG Stuttgart, NJW-RR 2002, 463, 466.

51 Dafür bzgl. der Durchgriffshaftung *G. H. Roth*, NZG 2003, 1081, 1085, und *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3589 (vgl. zusätzlich Fn. 53); bzgl. des Durchgriffs wegen Existenzvernichtung *Horn*, NJW 2004, 893, 899; beschränkt auf die Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung *Weller*, DSStR 2003, 1800, 1804.

52 Dafür insb. *Paefgen*, DB 2003, 487, 489 ff.; für eine – allerdings sehr restriktive – Anwendung des *ordre public* beim Durchgriff auch *Riegger*, ZGR 2004, 510, 523 f.; *Schumann*, DB 2004, 743, 745, diskutiert die Anwendung von Art. 6 EGBGB hinsichtlich §§ 30, 31 GmbHG, lehnt einen Rückgriff auf den *ordre public* letztlich aber ab.

53 Zur Insolvenzverschleppungshaftung z.B. *Müller*, NZG 2003, 414, 417 (Insolvenzrecht); *Habersack/Verse*, ZHR 168 (2004), 174, 207 (Insolvenzrecht); *Riedemann*, GmbHR 2004, 345, 349 (Deliktsrecht); *Weller*, DSStR 2003, 1800, 1804 (Insolvenzrecht); *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3590 (Deliktsrecht); wohl auch *Wachter*, GmbHR 2003, 1254, 1257 (Insolvenzrecht); zum Durchgriff z.B. *Bayer*, BB 2003, 2357, 2365 (Deliktsrecht); *G. H. Roth*, NZG 2003, 1081, 1085 (Regel vorinsolvenzrechtlicher Qualität); *Weller*, IPRax 2003, 207, 208 und 210 (Delikts- oder Insolvenzrecht); dem folgend *Wachter*, GmbHR 2003, 1254, 1257 (wohl Deliktsrecht); vgl. auch *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3588 f. (Delikts- oder Insolvenzrecht); zum Eigenkapitalersatzrecht z.B. *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1207 (Insolvenzrecht); für alle drei Tatbestände *Haas*, NZI 2003, Heft 12, V, VI (Insolvenzrecht); *Weller*, IPRax 2004, 412, 414 (Insolvenzrecht); allgemein auch *Kindler*, NZG 2003, 1086, 1089 f. (als Hilfsbegründung).

54 *Altmeyen*, NJW 2004, 97 ff.; *Altmeyen/Wilhelm*, DB 2004, 1083 ff.; so im Ergebnis auch *Kindler*, NZG 2003, 1086, 1089, nach dessen Ansicht die Einordnung der Gesellschaft als inländische durch das nationale IPR der Prüfung der Niederlassungsfreiheit vorgeht (dagegen mit Recht *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 163 f.; *Schön*, in: FS Lutter (2000), 685, 687, jeweils m.w.Nw.; vgl. auch *Behrens*, IPRax 2004, 20, 23); siehe auch die erst nach Manuskriptabschluss veröffentlichten Überlegungen bei *Schäfer*, NZG 2004, 785 ff., der die Wertungen der SE-VO für die Auslandsgesellschaften fruchtbar machen will.

nehmen, dass deutsche Richter in Zukunft das Gesellschaftsrecht aller 25 EG-Mitgliedstaaten erlernen und anwenden sollten.⁵⁵ In Wirklichkeit beschränke sich die Aussage des EuGH auf die Anerkennung der nach Maßgabe ihres Heimatrechts gegründeten Auslandsgesellschaft als Kapitalgesellschaft im Inland, während die Anwendung deutschen Gläubigerschutzrechts insoweit unproblematisch sei, wie es keine zusätzlichen Anforderungen an die wirksame Gründung stelle. Ebenso wie der Fahrer eines englischen Pkw auf deutschen Straßen rechts fahren müsse, könnten auch Gesellschaften bei einer Tätigkeit im Inland nicht diejenigen Verhaltensregeln missachten, die das deutsche Kapitalgesellschaftsrecht aufstellt.⁵⁶ Nach dieser Ansicht würden nicht nur die deutsche Insolvenzverschleppungs- und Existenzvernichtungshaftung, sondern auch das nationale Eigenkapitalersatzrecht zur Anwendung kommen.⁵⁷ Die Kapitalerhaltungsregeln der §§ 30, 31 GmbHG sollen in jedem Fall insoweit gelten, wie der Ersatz der Beseitigung der Überschuldung dient (vgl. § 31 Abs. 2 und 3 GmbHG).⁵⁸ Die Erforderlichkeit im Sinne des europarechtlichen „Vier-Kriterien-Tests“ bestimmen *Altmeyen* und *Wilhelm* dabei nach dem deutschen Konzept des Gläubigerschutzes.⁵⁹ Die Anwendung ausländischen Schutzrechts scheidet demgegenüber oft schon deshalb aus, weil es – wie beispielsweise in England – auf einer dem deutschen Recht fremden hoheitlichen, dem öffentlichen Recht zuzuordnenden Staatsaufsicht über Kapitalgesellschaften aufbaue.⁶⁰

III. Zum Verhältnis von Niederlassungsfreiheit und IPR

Die Frage des Gläubigerschutzes bei EG-Auslandsgesellschaften kann nicht ohne eine Klarstellung des dafür maßgeblichen Verhältnisses zwischen der Niederlassungsfreiheit und dem nationalen IPR beantwortet werden. In dieser Hinsicht leidet die derzeitige Diskussion oftmals an einer unrichtigen Erfassung

55 *Altmeyen*, NJW 2004, 97, 98.

56 *Altmeyen*, NJW 2004, 97, 100 ff., insb. 101 in Fn. 43.

57 *Altmeyen*, NJW 2004, 97, 100 ff.; *Altmeyen/Wilhelm*, DB 2004, 1083, 1088 ff.

58 *Altmeyen*, NJW 2004, 97, 102; diese Ausführungen werden von *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1206, als „Ausklammerung“ der Kapitalerhaltungsvorschriften missverstanden.

59 *Altmeyen/Wilhelm*, DB 2004, 1083, 1089; mit anderer Begründung auch *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1208 (dazu u. IV. 4); vgl. auch *Schäfer*, NZG 2004, 785, 786.

60 *Altmeyen*, NJW 2004, 97, 99; auf die begrenzte Wirkung öffentlich-rechtlicher Aufsichtssysteme außerhalb der Landesgrenzen schon früher hinweisend *Knobbe-Keuk*, ZHR 154 (1990), 325, 347; *Ulmer*, JZ 1999, 662, 664; *Zimmer*, ZHR 164 (2000), 23, 33; aus jüngerer Zeit auch *Bayer*, BB 2003, 2357, 2366; *Borges*, ZIP 2004, 733, 735; *Schön*, ZHR 168 (2004), 268, 291; *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1202; *Wachter*, GmbHR 2004, 88, 95 f.; *Weller*, (o. Fn. 17), 116 f.; *ders.*, IPRax 2003, 207, 209; vgl. auch *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 187.

der erforderlichen Grundlagen.⁶¹

1. Sitztheorie und Sonderanknüpfung

Soweit der Rechtsprechung des EuGH die europarechtliche Vorgabe der Gründungstheorie entnommen und anschließend über gesellschaftsrechtliche Sonderanknüpfungen nachgedacht wird (zweites Lager), bleibt klarzustellen, dass diese kollisionsrechtliche Behandlung der Problematik kein Gebot des Europarechts, sondern allenfalls des nationalen IPR ist. Ob nämlich die Anwendung des Inlandsrechts auf der Anwendung der Sitztheorie oder einer Sonderanknüpfung trotz grundsätzlicher Geltung der Gründungstheorie beruht, ist für die europarechtliche Beurteilung ohne Belang.⁶² So oder so muss sich das Ergebnis – die Anwendung deutschen Rechts auf die Auslandsgesellschaft – an der Niederlassungsfreiheit messen lassen. Eben deshalb macht der EuGH in *Überseering* und *Inspire Art* bei seiner Prüfung eines Verstoßes gegen Art. 43, 48 EG keinerlei Unterschied, obwohl in *Überseering* die in Deutschland geltende Sitztheorie, in *Inspire Art* hingegen Sonderanknüpfungen im niederländischen Recht in Rede standen, das grundsätzlich der Gründungstheorie folgt. Der EuGH stellt jedenfalls außerhalb derjenigen Rechtsbereiche, in denen das Europarecht unmittelbar selbst das Kollisionsrecht bestimmt⁶³, keine eigene Kollisionsregel auf⁶⁴ und macht damit erst recht keine Vorgaben über den konkreten kollisionsrechtlichen Weg, der zur Anwendung bestimmter materieller Vorschriften führt. Soweit das Gemeinschaftsrecht als Schranke nationaler Rechtsanwendung in Rede steht, hat der EuGH – wie *Altmeyden/Wilhelm*⁶⁵ insoweit mit Recht herausstellen – allein darüber zu entscheiden, ob das Ergebnis, sprich die nationale kollisions- und sachrechtliche Behandlung EG-ausländischer Kapitalgesellschaften, gegen europäisches Recht verstößt.⁶⁶

2. Die Flucht ins Delikts- und Insolvenzrecht – ein Irrweg

Weil dies aber so ist, führt auch die vielfach anzutreffende Aussage, in Zukunft

61 Siehe allgemein zum Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das IPR *W.-H. Roth*, *RabelsZ* 55 (1991), 623 ff.; *Basedow*, *RabelsZ* 59 (1995), 1 ff.

62 Dazu auch *Schön*, *Der Konzern* (2004), 162, 163 nach Fn. 15.

63 Dazu *W.-H. Roth*, *RabelsZ* 55 (1991), 623, 630 ff.

64 So aber die Interpretation von *Überseering* bei *Grundmann*, *Europäisches Gesellschaftsrecht* (2004), Rn. 768; *Wimmer-Leonhard*, (o. Fn. 17), 721.

65 *Altmeyden/Wilhelm*, *DB* 2004, 1083, 1084.

66 Ebenso *GA Colomer* in der Sache *Überseering*, *Tz.* 39 f., 43, 65 und 69 (abgedruckt auch in *NZG* 2002, 16, 20 und 22); deutlich auch *Leible*, *ZGR* 2004, 531, 534; *Martin-Ehlers*, in: *Sandrock/Wetzler*, a.a.O. (o. Fn. 41), 1, 13 ff.; *Schanze/Jüttner*, *AG* 2003, 661, 665 f.; *Weller*, (o. Fn. 17), 41 f. m.w.Nw. (anders aber 51 ff.); früher schon *W.-H. Roth*, *ZEuP* 1994, 5, 18 ff.; die Forderung des Urteils *Überseering* (o. Fn. 2), LS 2 und *Tz.* 95, die Rechts- und Parteifähigkeit der Auslandsgesellschaft zu achten (!), die sie „nach dem Recht ihres Gründungsstaates besitzt“, ändert daran nichts (zurückhaltend auch *W.-H. Roth*, *ICLQ* 2003, 177, 207; *Zimmer*, *BB* 2003, 1, 4).

komme der Abgrenzung zwischen gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzinstrumenten einerseits, insolvenzrechtlichen und deliktischen Regeln andererseits, entscheidende Bedeutung zu⁶⁷, in die Irre. Solchen Äußerungen liegt oftmals die Vorstellung zugrunde, bei einer Einordnung unter das Delikts- oder Insolvenzstatut sei die Anwendung deutschen Rechts unbeschränkt möglich.⁶⁸ Diese Einschätzung ist deshalb unzutreffend, weil die entsprechende kollisionsrechtliche Einordnung der Materie nicht die Prüfung der materiellen Regelung auf ihre Konformität mit Europarecht hindert.⁶⁹ Jede Rechtsanwendung, wie auch immer sie im nationalen Recht zustande kommt, muss sich im Gebiet der EG an deren Recht messen lassen.

Selbst in solchen Fällen, in denen die Anwendung deutschen Insolvenzrechts auf Art. 4 der Europäischen Insolvenzverordnung (EuInsVO)⁷⁰ beruht, also bei einem in Deutschland durchgeführten Insolvenzverfahren über eine Auslands-gesellschaft⁷¹, befindet man sich keineswegs per se „auf sicherem Grund“ oder im „sichersten Hafen“.⁷² Denn selbstverständlich kann auch das über die Eu-InsVO zur Anwendung berufene nationale Insolvenzrecht gegen Europarecht verstoßen. Ein einfaches Beispiel mag dies verdeutlichen: Nehmen wir an, der deutsche Gesetzgeber würde vor dem Hintergrund vieler masseloser Insolvenzverfahren über Scheinauslandsgesellschaften eine Vorschrift in die Insolvenzordnung aufnehmen, nach der die Geschäftsführer und/oder Gesellschafter einer Scheinauslandsgesellschaft einen Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 10.000

67 Haas, NZI 2003, Heft 12, V, VI; Müller, NZG 2003, 415, 416 ff.; Riedemann, GmbHR 2004, 345, 346 a.E.; Weller, DSStR 2003, 1800, 1804; Zimmer, NJW 2003, 3585, 3588 ff. mit Zusammenfassung 3591; vgl. auch Kersting/Schindler, RdW 2003, 621, 625 bei Fn. 57.

68 Die in Fn. 67 genannten Autoren prüfen nur teilweise und nicht für alle Rechtsfragen die Vereinbarkeit der kollisionsrechtlichen Ergebnisse mit dem Europarecht.

69 Zutreffend Schanze/Jüttner, AG 2003, 661, 665 f.; ferner Borges, ZIP 2004, 733, 740 und 741; Eidenmüller, JZ 2004, 24, 25 m.w.Nw.; Eidenmüller/Rehm, ZGR 2004, 159, 166 (Die Etikettierung ist unerheblich); deutlich auch Spindler/Berner, RIW 2004, 7, 9 f. (demgegenüber unklar noch dies., RIW 2003, 949, 955 und 957, wo einerseits betont wird, der Qualifikation von Rechtsinstituten komme immense Bedeutung zu, andererseits aber anerkannt wird, dass auch deliktische Haftungsfiguren mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar sein müssen); Weller, (o. Fn. 17), 200 f. (unklar aber ders., IPRax, 2003, 207 ff. und 520 ff., wo das Erfordernis europarechtlicher Prüfung zwar im Grundsatz erkannt, teilweise aber doch allein kollisionsrechtlich argumentiert wird).

70 VO (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29.5.2000 über Insolvenzverfahren, ABIEG Nr. L 160 v. 30.6.2000, 1 ff.

71 Zur Zuständigkeit der deutschen Gerichte und zur Anwendung deutschen Insolvenzrechts siehe M. Fischer, ZIP 2004, 1477, 1484 f.; Müller, NZG 2003, 414, 415; Riedemann, GmbHR 2004, 345, 346 und 347; Riegger, ZGR 2004, 510, 526; Schumann, DB 2004, 743, 746; Ulmer, NJW 2004, 1201, 1204; Wachter, GmbHR 2003, 1254, 1257; Weller, IPRax 2003, 520, 521; Zimmer, NJW 2003, 3585, 3589.

72 So aber Ulmer, NJW 2004, 1201, 1205 und 1207; ähnlich ders., KTS 2004, 291, 296: „sichere Bastion“; dem folgend M. Fischer, ZIP 2004, 1477, 1478 f.; Weller, IPRax 2004, 412, 414 mit Fn. 35.

Euro zu leisten hätten, um so die Eröffnung derartiger Verfahren zu ermöglichen. Bei einer solchen auf das Insolvenzverfahren beschränkten Regelung würde es sich wohl unstreitig um (deutsches) Insolvenzrecht handeln, das gemäß Art. 4 EuInsVO zur Anwendung berufen ist. Diese Anordnung hindert aber nicht die Prüfung, ob das jeweilige Insolvenzrecht gegen sonstiges europäisches Recht verstößt. Ein solcher Verstoß läge im Beispielsfall auf der Hand. Ganz im Gegensatz zu den angeführten Stimmen muss man daher im Grundsatz formulieren, dass die (nationale) kollisionsrechtliche Einordnung der jeweiligen Haftungsregeln für sich genommen europarechtlich ohne Belang ist.⁷³ Richtig ist allein, dass ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit umso weniger in Betracht kommt, je eindeutiger die Regelung dem allgemeinen Verkehrsrecht zuzuordnen ist (dazu unten IV. 2.).

3. Kein Rückgriff auf den *ordre public*

Von einem unrichtigen Verständnis des Verhältnisses von IPR und Europarecht geprägt sind erst recht jene Ansätze, die das deutsche Recht (nur) über den nationalen *ordre-public*-Vorbehalt zur Anwendung bringen wollen.⁷⁴ Die Ansicht, der EuGH gebe uns die Gründungstheorie vor, eine Durchbrechung sei aber im Wege des *ordre public* möglich, ist widersprüchlich: Wenn die Anwendung bestimmter Regeln des deutschen (Gesellschafts-)Rechts tatsächlich vor dem Europarecht bestand hätte, dann wäre eben die Prämisse unrichtig, dass die Sitztheorie, soweit sie ebenfalls zur Anwendung dieser Regeln führt, gegen europäisches Recht verstößt. Auch hier gilt, dass der Weg, der zur Anwendung deutschen Rechts führt, für das Europarecht ohne Belang ist.⁷⁵ Griffe man dennoch auf den *ordre public* zurück, würden damit völlig unnötige und bei richtiger Rechtsanwendung wohl auch schwer überwindliche⁷⁶ internationalprivatrechtliche Hürden für die Anwendung deutschen Rechts eingeführt, die sich jedenfalls nicht unmittelbar aus dem Europarecht ableiten lassen.⁷⁷

4. Einheitslehre und Europarecht

Die Aussage, die Gründungstheorie sei europarechtlich geboten, ist deshalb nur

73 Kritisch zur kollisionsrechtlichen Diskussion auch *Kieninger*, ZEuP 2004, 685, 696 f.; *Schön*, ZHR 168 (2004), 268, 293; *Karsten Schmidt*, Editorial in ZHR Heft 5/2004.

74 Siehe o. Fn. 52.

75 Ähnlich *Spindler/Berner*, RIW 2004, 7, 9: „Soweit Regelungen einer Rechtfertigung zugänglich sind, sind sie vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit anwendbar, auch wenn sie dem Gesellschaftsstatut unterfallen.“

76 Vgl. *Weller*, DStR 2003, 1800, 1804.

77 Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Grundfreiheiten mittelbar derart hohe Schranken gegenüber der Anwendung des Inlandsrechts errichten, dass dessen ausnahmsweise Anwendung *im Ergebnis* auf Fälle des *ordre-public*-Vorbehalts begrenzt wird (in diesem Sinne *Basedow*, *RabelsZ* 59 [1995], 1, 19 ff.). Dann würde es sich um einen europarechtlichen und keinen internationalprivatrechtlichen Vorbehalt handeln.

dann zutreffend, wenn sich tatsächlich die Anwendung sämtlicher dem Gesellschaftsstatut unterliegender Rechtsregeln des nationalen Rechts als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit erweisen sollte⁷⁸, wie diese allerdings dem oben zuerst genannten Lager derjenigen Autoren entspricht, die den Rückgriff auf deutsches Recht (fast) gänzlich ausschließen wollen.⁷⁹ Hierin kommt letztlich nur eine allgemeine, über die Niederlassungsfreiheit hinausreichende Sichtweise zum Ausdruck, die allgemein von einem kollisionsrechtlichen Gehalt der Grundfreiheiten ausgeht.⁸⁰ Eine völlig andere, davon zu trennende Frage ist, ob der Übergang zur Gründungstheorie aus Sicht des (deutschen) IPR auch dann geboten ist, wenn die Anwendung deutschen Rechts nur teilweise gegen Europarecht verstößt. Hintergrund jener im zweiten Lager anzutreffenden Ansichten, die zwar die Gründungstheorie im Grundsatz für geboten halten, aber dennoch zum Teil auf deutsches Gesellschaftsrecht zurückgreifen wollen, dürfte die bisher im IPR vorherrschende Vorstellung von einem einheitlichen Gesellschaftsstatut sein.⁸¹ Sind europarechtlich zu viele Durchbrechungen der Sitztheorie geboten, dann könnte dies aus Sicht des IPR dazu nötigen, sie als konturenlos aufzugeben.⁸² Zur Anwendung eines einheitlichen Rechts im Sinne jener Einheitslehre würde man dann allerdings doch nicht gelangen, wenn sogleich anschließend über Sonderanknüpfungen nachgedacht wird.⁸³ Diese Sonderanknüpfungen sind letztlich eben doch ein Residuum der Sitztheorie⁸⁴ und entsprechen weniger dem traditionellen Bild der kollisionsrechtlichen Sonderanknüpfung.⁸⁵ Damit ist es im Grunde nur noch eine terminologische Frage, ob man die partielle Anwendung deutschen Rechts als ebenfalls partielle Anwendung der Sitztheorie oder als Sonderregel im Rahmen der grundsätzlich geltenden Gründungstheorie betrachtet. Je stärker die Niederlassungsfreiheit eine Einschränkung der Sitztheorie gebieten sollte, umso eher neigt sich das Regel-Ausnahmeverhältnis zugunsten der Gründungstheorie. Die wirklich entscheidende Frage, welche Rechtsanwendung europarechtlich geboten ist, ist mit

78 Zutreffend *Borges*, ZIP 2004, 733, 741 f., der aber die EuGH-Rspr. nicht dahingehend versteht.

79 Besonders deutlich in diesem Sinne *Behrens*, IPRax 2004, 20, 24 f.; *Leible*, ZGR 2004, 531, 534; als allgemeine Leitlinie auch *Eidenmüller*, JZ 2004, 24, 25 nach Fn. 14.

80 *Basedow*, RabelsZ 59 (1995), 1 ff.

81 Zur Einheitslehre siehe nur *Karsten Schmidt*, GesR (o. Fn. 7), § 1 II 8 a (27); Münch KommBGB/*Kindler*, (o. Fn. 17), Rn. 412 f.; *Staudinger/Großfeld*, (o. Fn. 17), Rn. 16 f.

82 In diesem Sinne *Müller*, NZG 2003, 414, 416; ähnlich *Weller*, (o. Fn. 17), 87; allgemein zu diesem Phänomen *Basedow*, RabelsZ 59 (1995), 1, 53, der vom Verlust des inneren Zusammenhalts durch punktuelle Kassation des nationalen Rechts spricht.

83 Nach Ansicht von *Altmeyden/Wilhelm*, DB 2004, 1083, 1986, ist die Einheitslehre deshalb für den Fall einer Divergenz von Satzungs- und Verwaltungssitz ohne Grundlage.

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

85 Vgl. *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 661, 665 in Fn. 59: Für den Kollisionsrechtler erstaunlich ist der unbefangene Gebrauch des Begriffs „Sonderanknüpfung“ in der Diskussion nach „Überseering“; dazu auch *Wimmer-Leonhard*, (o. Fn. 17), 734.

dieser internationalprivatrechtlichen Einordnung aber gerade nicht beantwortet.

IV. Niederlassungsfreiheit und Gläubigerschutz – Grundlagen

Damit ist übergeleitet zu der entscheidenden Frage, in welchen Fällen die Anwendung inländischen Rechts auf eine EG-Auslandsgesellschaft einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit mit sich bringt und in welchen Fällen nicht.

Ein Verstoß gegen Art. 43, 48 EG setzt zunächst voraus, dass überhaupt eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit vorliegt. Ist dies der Fall, so kann ein Verstoß gleichwohl zu verneinen sein, wenn die Beschränkung gerechtfertigt ist. Teilweise wird davon gesprochen, es bestünden drei Möglichkeiten der Rechtfertigung⁸⁶: (1) Art. 46 EG, (2) der „Vier-Kriterien-Test“, auch als *Gebhard-Formel* bezeichnet⁸⁷, und (3) der Hinweis auf ein betrügerisches oder missbräuchliches Handeln im Einzelfall.

Die erste Alternative, Art. 46 EG, soll hier als mögliche Rechtfertigung nicht weiter verfolgt werden, nachdem der EuGH die gesellschaftsrechtlichen Schutzregeln ausdrücklich aus dessen Anwendungsbereich ausgenommen hat.⁸⁸

1. Missbrauch als Rechtfertigungsgrund?

Ob die vom EuGH in *Centros* und *Inspire Art* anerkannte Missbrauchsausnahme tatsächlich eine Rechtfertigung darstellt oder beim Vorliegen eines Missbrauchs bereits eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit entfällt, ist noch nicht abschließend geklärt.⁸⁹ Die Frage lässt sich m.E. nicht vom dogmatischen Streit um die Innen- und Außentheorie beim Missbrauch trennen.⁹⁰ Dieser allgemeine, nicht europarechtsspezifische Streit hat zum Inhalt, ob das Recht – hier die Niederlassungsfreiheit – dort endet, wo der Missbrauch beginnt (Innentheorie), oder ob der Missbrauchseinwand die äußere Schranke der Ausübung eines grundsätzlich vorhandenen Rechts – hier der Ausübung der Nie-

86 So *GA Alber* in der Rechtssache *Inspire Art*, Tz. 111 (abgedruckt auch in NZG 2003, 262, 271); *Sandrock*, BB 2003, 1588 f.; vgl. auch *Brand*, JR 2004, 89, 91 ff.; *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 661, 663; unrichtig jedenfalls *Wachter*, GmbHR 2004, 88, 90, der vom Missbrauch als einziger Grenze der Niederlassungsfreiheit spricht.

87 So bei *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1204; *Weller*, (o. Fn. 17), 40.

88 Urteil *Centros* (o. Fn. 1), Tz. 34; vgl. dazu auch *GA Alber* in der Rechtssache *Inspire Art*, Tz. 113 (abgedruckt auch in NZG 2003, 262, 271); *Schön*, in: FS Lutter (2000), 685, 695.

89 Vgl. *Spindler/Berner*, RIW 2004, 7, 8; von einer Anwendbarkeit des Missbrauchseinwandes auf der Tatbestands- und der Rechtfertigungsebene geht *Schön*, in: FS Wiedemann (2002), 1271, 1289 ff., aus.

90 Ebenso *Schmidt-Kessel* in: *Jud/Bachner et. al.* (Hrsg.), *Jb.J.ZivRWiss* 2000 (2001), 61, 71 f.; anders wohl *Fleischer*, JZ 2003, 865, 871 f., der beides trennt.

derlassungsfreiheit – darstellt (Außentheorie). Wenn die Prüfung, ob die konkrete Ausübung eines Rechts missbräuchlich ist oder nicht, nichts anderes bedeutet, als die inhaltliche Tragweite des Rechts selbst zu ermitteln (Innentheorie)⁹¹, spricht viel dafür, die Sanktionierung einer missbräuchlichen Ausübung der Grundfreiheiten schon nicht als Beschränkung zu erfassen. Wer hingegen von einer äußeren Schranke ausgeht, dürfte zu der Auffassung gelangen, dass eine Beschränkung der Grundfreiheit vorliegt, diese Beschränkung jedoch über den Missbrauchseinwand gerechtfertigt ist.

Die Rechtsprechung des EuGH ist insoweit nicht klar.⁹² In *Centros* und *Inspire Art* prüft das Gericht den Missbrauch sogar auf der Tatbestands- wie auch der Rechtfertigungsebene⁹³, wobei aber ganz offenbar keine unterschiedlichen Maßstäbe gelten sollen.⁹⁴ Diese Verdoppelung der Prüfung ist sachlich nur dann begründet, wenn sich auch verschiedene Arten des Missbrauchs feststellen lassen (dazu unten 3.). In der Rechtsprechung des EuGH dürfte sie hingegen vorwiegend auf der unklaren dogmatischen Erfassung des Missbrauchs beruhen. Für die praktisch wichtige Frage, ob ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit vorliegt, kommt es auf die eindeutige dogmatische Zuordnung ohnehin nicht an: Liegt ein Missbrauch vor, kann sich der Betroffene jedenfalls nicht auf Art. 43, 48 EG berufen.

Ebenfalls unklar ist das Verhältnis des Missbrauchs zur allgemeinen Rechtfertigung nach dem „Vier-Kriterien-Test“. Im Ansatz ist zwischen beidem klar zu unterscheiden.⁹⁵ Der EuGH prüft in *Centros* wie auch in *Inspire Art* eine Rechtfertigung nach dem „Vier-Kriterien-Test“ und daneben den Missbrauch. Beide Formeln, die jeweils der Verneinung einer unzulässigen Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dienen, stehen offenbar nebeneinander. Um zu klären, ob dennoch eine Beziehung zwischen beiden Instituten besteht und wie sie gegebenenfalls aussieht, ist zunächst ein ausführlicherer Blick auf die allgemeine Rechtfertigung nach dem „Vier-Kriterien-Test“ zu werfen (unten 2.) und sodann auf die Frage des Verhältnisses zum Missbrauch zurückzukommen (unten 3.).

91 So *GA La Pergola* in der Rechtssache *Centros*, EuGHE I 1999, 1461, 1477 (Tz. 20); für die Innentheorie auch *GA Tesouro* in der Rechtssache *Kefalas*, EuGHE I 1998, 2843, 2857 (Tz. 25): „inhärente Grenzen“.

92 Vgl. bereits *Schmidt-Kessel*, in: *Jud/Bachner et. al. (Hrsg.), Jb.J.ZivRWiss 2000 (2001)*, 61, 71 f.

93 Urteil *Centros* (o. Fn. 1), Tz. 17 f., 24 und 38; Urteil *Inspire Art* (o. Fn. 3), Tz. 95 ff., 136, 139; richtig gesehen bei *Spindler/Berner*, *RIW* 2004, 7, 8 in Fn. 12; anders *Fleischer*, *JZ* 2003, 865, 872, der nur auf die Prüfung als Rechtfertigungsgrund hinweist.

94 So bezieht sich der EuGH im Urteil *Inspire Art* (o. Fn. 3), Tz. 136, bei der Prüfung der Rechtfertigung auf die Ausführungen im Urteil *Centros* (o. Fn. 1), Tz. 24, die die Feststellung einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit betreffen.

95 Ebenso *Ulmer*, *NJW* 2004, 1201, 1203, wobei allerdings die hier unter IV. 3. angestellten Überlegungen im Ergebnis doch auf die von *Ulmer*, a.a.O., in Fn. 20 zitierte a.A. hinauslaufen (vgl. bei Fn. 140).

2. Die *Keck*-Rechtsprechung und der „Vier-Kriterien-Test“

Auch bei der allgemeinen Rechtfertigung ergibt sich bei genauerem Hinsehen ein aufzuklärendes Verhältnis zur Schutzbereichs- und Beschränkungsebene. Die Beschränkung der Grundfreiheiten – in unserem Fall der Niederlassungsfreiheit – steht in einer Wechselbeziehung zur Rechtfertigungsebene, die sich wie folgt formulieren lässt: Je weniger die Anwendung einer nationalen Vorschrift die Niederlassungsfreiheit beschränkt, desto geringer sind die Anforderungen an die Rechtfertigung. Der Übergang zu solchen Vorschriften, deren Anwendung von vorneherein keine Beschränkung begründet, ist fließend.

Zum Beleg dieser These müssen wir die *Keck*-Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit einbeziehen und ihre Übertragbarkeit auf die Niederlassungsfreiheit untersuchen.

a) Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot

Der EuGH geht seit *Dassonville*⁹⁶ – dort hinsichtlich der Warenverkehrsfreiheit – von einem weiten Verständnis der Grundfreiheiten aus. Entsprechend statuiert nach der heutigen Sichtweise⁹⁷ auch die Niederlassungsfreiheit sowohl ein Diskriminierungs- als auch ein Beschränkungsverbot.⁹⁸ Dem nationalen Gesetzgeber sind nicht nur Regeln verboten, die ausländische Gesellschaften ausdrücklich gegenüber inländischen schlechter behandeln, sondern auch solche, die gleiche Anforderungen an beide stellen, aber doch zu einer Beschränkung der Niederlassung führen. Eben deshalb hat der EuGH in *Inspire Art* auch diejenigen Regelungen des niederländischen Gesetzes über formal ausländische Gesellschaften als Verstoß gegen Art. 43, 48 EG beurteilt, die lediglich die inländischen Kapitalanforderungen auf die EG-Auslandsgesellschaften übertragen. Die fehlende Diskriminierung zwischen inländischen und ausländischen Gesellschaften schließt den Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit nicht aus.

b) Teleologische Reduktion des Schutzbereichs der Grundfreiheiten

Das weite Verständnis der Grundfreiheiten birgt allerdings die Gefahr, dass praktisch jede die Geschäftstätigkeit der Auslandsgesellschaft irgendwie einschränkende Regel als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit eingeordnet

96 EuGHE 1974, 837 (*Dassonville*); dazu etwa *Leible*, in: Grabitz/Hilf, (o. Fn. 24), Art. 28 EGV Rn. 12 ff.; *Epiney*, in Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 2. Aufl. (2002), Art. 28 EG-Vertrag Rn. 15 ff.; *Streinz*, EurR (Fn. 24), Rn. 700, 731 ff.

97 Zum Wandel der Sichtweise und den kollisionsrechtlichen Implikationen siehe *W.-H. Roth*, *RabelsZ* 55 (1991), 623, 646 ff.; ferner *Basedow*, *RabelsZ* 59 (1995), 1, 10 ff.

98 Eingehend und mit Nw. zur Rspr. des EuGH *Bröhmer*, in: Callies/Ruffert, (o. Fn. 96), Art. 43 EG-Vertrag, Rn. 19 ff.; ferner *Streinz/Müller-Graff*, (o. Fn. 40), Art. 43 EGV Rn. 57; vgl. auch *Wimmer-Leonhard*, (o. Fn. 17), 713; *Weller*, (o. Fn. 17), 33 ff.; *Behrens*, *IPRax* 2003, 193, 197; *Eidenmüller/Rehm*, *ZGR* 2004, 159, 162; *Leible*, *ZGR* 2004, 531, 543 in Fn. 56; *Schön*, in: FS Wiedemann (2002), 1271, 1291.

wird und damit der Rechtfertigung bedarf. So ließe sich beispielsweise – um das Beispiel *Altmeyers* aufzugreifen – argumentieren, die Niederlassung einer englischen Gesellschaft werde in Deutschland schon dadurch in ihrer Tätigkeit beschränkt, dass der aus England übergesiedelte Geschäftsführer in Deutschland nicht – wie er es aus dem Heimatstaat gewohnt ist – auf der Straße links fahren darf, er sich bei längerer Tätigkeit in Deutschland sogar einen neuen Pkw mit Linkslenkung anschaffen muss. Beschränkungen könnten sich auch daraus ergeben, dass sich die Geschäftsführer und Mitarbeiter der ausländischen Gesellschaft bei ihrer Tätigkeit im Inland an die allgemeinen deutschen Strafgesetze, an wettbewerbsrechtliche, deliktische oder gewerberechtliche Normen halten müssen, die gegebenenfalls vom Heimatrecht abweichen.⁹⁹ Da ein solch weites Verständnis des Beschränkungsverbots ins Uferlose führen würde¹⁰⁰, hat der EuGH in der Rechtssache *Keck und Mithouard*¹⁰¹ eine teleologische Reduktion des Schutzbereichs der Grundfreiheiten – dort der Warenverkehrsfreiheit – vorgenommen. Danach fallen Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten (vertriebs- und nicht produktbezogene Beschränkungen), nicht in den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit, wenn sie für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer in gleicher Weise gelten und den Absatz inländischer wie ausländischer Produkte rechtlich wie tatsächlich gleichermaßen berühren.¹⁰² Insoweit ist also die Warenverkehrsfreiheit auf ein Diskriminierungsverbot zurückgeführt.¹⁰³ Allerdings liegt eine – auf ihre Rechtfertigung zu prüfende – Beschränkung der Grundfreiheiten gleichwohl vor, soweit solche allgemeinen Regelungen im Einzelfall doch eine wesentliche Behinderung des Marktzugangs und damit des Binnenmarktes darstellen.¹⁰⁴

Damit spielt erstens – nach Verhältnismäßigkeitsgrundsätzen – eine Rolle, dass *unerhebliche* Beeinträchtigungen nicht zur Aushebelung wichtiger wirtschaftslenkender Gesetze führen sollen; zweitens wird berücksichtigt, ob die Regelung *bewusst* auf eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit *zielt*.¹⁰⁵

99 Dazu auch *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 167.

100 Zur Warenverkehrsfreiheit z.B. *Streinz*, EurR (o. Fn. 24), Rn. 732; speziell zur Niederlassungsfreiheit *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 661, 666 f., die von einer „Rückkehr zur kolonialen Gründungstheorie“ sprechen.

101 EuGHE I 1993, 6097 = ZIP 1993, 1813 = NJW 1994, 121.

102 Näher *Leible*, in: Grabitz/Hilf, (o. Fn. 24), Art. 28 EGV Rn. 27 ff.; *Epiney*, in: Callies/Ruffert, (o. Fn. 96), Art. 28 EG-Vertrag, Rn. 27 ff., 34 ff.

103 *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 167; *Eidenmüller*, JZ 2004, 24, 26; *W.-H. Roth*, in: Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk (1997), 729, 740 f.; nicht aber ist dadurch der Charakter des Art. 28 EG als Beschränkungsverbot allgemein in Frage gestellt; vgl. *Epiney*, in: Callies/Ruffert, (o. Fn. 96), Art. 28 EG-Vertrag, Rn. 28.

104 *Eidenmüller*, JZ 2004, 24, 27; *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 661, 667.

105 *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 167.

c) *Allgemeines Verkehrsrecht – gerechtfertigte Beschränkung der Tätigkeitsausübung – absolute Zutrittsschranke: Ein System fließender Übergänge*

Es dürfte Einigkeit bestehen, dass diese Regeln im Grundsatz auf die Niederlassungsfreiheit übertragbar sind.¹⁰⁶ Die Relevanz einer Behinderung des „Marktzutritts“ kommt in jener Passage des *Centros*-Urteils zum Ausdruck, in der der EuGH zwischen den Vorschriften über die Errichtung von Gesellschaften und den Vorschriften über die Tätigkeitsausübung differenziert.¹⁰⁷ Soweit eine nationale Regelung der EG-Auslandsgesellschaft insgesamt den Zutritt verwehrt, sei es durch Verweigerung der Eintragung einer Zweigniederlassung (*Centros*) oder durch Aberkennung der Rechtsfähigkeit (*Überseering*), ist die Rechtsprechung des EuGH besonders streng.¹⁰⁸ Ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit liegt auf der Hand und eine Rechtfertigung ist praktisch nicht möglich. Für Regelungen, die die Ausübung der Tätigkeit im Inland begrenzen, gilt dies nicht in gleicher Weise.

Wird beispielsweise dem Geschäftsleiter einer Auslandsgesellschaft wegen Trunkenheit am Steuer ein Fahrverbot auferlegt¹⁰⁹, so liegt darin schon keine Beschränkung. Es handelt sich eindeutig um allgemeines inländisches Verkehrsrecht, das ohne Verstoß gegen die Grundfreiheiten angewendet werden kann. Gleiches gilt für das schon angeführte Beispiel des Rechtsfahrgebots in Deutschland, das bei Verstößen ebenfalls sanktionsbewert ist. Auch hier steht die Anwendung allgemeinen Verkehrsrechts in Rede, das allenfalls marginal eine Auswirkung auf die Bereitschaft der ausländischen Gesellschaft zur Niederlassung im Inland haben kann. Mit dieser – wohl allgemein anerkannten¹¹⁰ – Ausklammerung des allgemeinen Verkehrsrechts aus den Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit lässt sich nun allerdings nicht zugleich auch die generelle Anwendbarkeit deutschen Gläubigerschutzrechts auf EG-Auslandsgesellschaften begründen. Denn die Gläubigerschutzregeln haben eine unterschiedliche Affinität zur entscheidenden Frage der Begrenzung des „Marktzutritts“.

¹⁰⁶ Eingehend *W.-H. Roth*, in: Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk (1997), 729, 740 ff.; ferner *Eidenmüller*, JZ 2004, 24, 26 f.; *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 168; *Leible*, ZGR 2004, 531, 543 in Fn. 56; *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 661, 667; *Spindler/Berner*, RIW 2003, 949, 955; *dies.*, RIW 2004, 7, 10 f.

¹⁰⁷ Urteil *Centros* (o. Fn. 1), Tz. 26; deutlich auch die Schlussanträge des *GA La Pergola*, EuGHE I 1999, 1461, 1480 (Tz. 20) und 1483 (Tz. 22); näher *Weller*, (o. Fn. 17), 35 ff. und 58, ferner 65 f. zu *Inspire Art*; vgl. auch *dies.*, IPRax 2003, 207, 209; *dies.*, DStR 2003, 1800, 1803; zur generellen Bedeutung von Marktzutrittsbeschränkungen bei den Grundfreiheiten siehe auch *Kainer*, demnächst in ZHR.

¹⁰⁸ Vgl. auch *GA La Pergola* in der Rechtssache *Centros*, EuGHE I 1999, 1461, 1472 (Tz. 16); *Weller*, (o. Fn. 17), 51 (zu *Überseering*) und 58 (zu *Centros*).

¹⁰⁹ Beispiel nach *Eidenmüller*, JZ 2004, 24, 27.

¹¹⁰ Siehe bereits o. Fn. 49; ferner *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1205; *dies.*, KTS 2004, 291, 292 („im Grundsatz unbestritten“); anders wohl nur *Sandrock*, in: Sandrock/Wetzler, a.a.O. (o. Fn. 41), 41 f. und 57 ff., der sogar die ausländischen delikts- und insolvenzrechtlichen Normen vorrangig heranziehen will.

Fordert das nationale Recht von den Gesellschaftern der zugezogenen Gesellschaft die Aufbringung des auch im Inland gesetzlich angeordneten Mindestkapitals (*Inspire Art*), soll mit dieser Regelung zwar auch der Verkehr – die Gläubiger der Gesellschaft – geschützt werden. Eine solche Bestimmung hindert aber schon den „Marktzutritt“ der ausländischen Gesellschaft als solchen, weil die Gesellschaft jedenfalls so, wie sie im Ausland wirksam gegründet wurde, im Inland nicht tätig werden kann. Die Beschränkung liegt auf der Hand und an die Rechtfertigung sind hohe Anforderungen zu stellen.

Wird hingegen vom Geschäftsführer der tatsächlich im Inland tätigen Auslandsgesellschaft verlangt, in Deutschland bei Überschuldung einen Insolvenzantrag zu stellen, so ist die dadurch hervorgerufene Beschränkung eine völlig andere. Der „Marktzutritt“ als ausländische Gesellschaft wird nicht per se beschränkt. Die Gesellschaft kann durchaus in Deutschland tätig werden und dies auch so lange bleiben, wie keine Überschuldung vorliegt. Ob eine solche nationale Regelung deshalb schon als allgemeines Verkehrsrecht im Sinne der *Keck*-Rechtsprechung aufzufassen ist, mag offen bleiben. Jedenfalls könnte an eine Rechtfertigung dieser Regel nicht derselbe Maßstab angelegt werden wie an die Rechtfertigung solcher Vorschriften, die bereits den Grenzübertritt als solchen hindern.¹¹¹ Da es zwischen den eindeutig die Niederlassungsfreiheit beschränkenden Vorschriften und den überhaupt keine Beschränkung darstellenden Regelungen des allgemeinen Verkehrsrechts einen fließenden Übergang gibt, wäre es wenig überzeugend, wenn bei allen Regelungen, deren beschränkender Charakter einmal festgestellt ist, dasselbe sehr rigide Erforderlichkeitskriterium der Urteile *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art*¹¹² angewendet würde. Vielmehr müssen sich solche Beschränkungen leichter rechtfertigen lassen, die eine geringere Wirkung auf die Niederlassungsfreiheit haben und bereits eine Nähe zu den eindeutig als Verkehrsrecht einzuordnenden Vorschriften aufweisen, die überhaupt keiner Rechtfertigung bedürfen.¹¹³ Darin und nicht in der Behauptung, die europarechtliche Erforderlichkeit bestimme sich generell nach dem Regelungsplan des deutschen Rechts¹¹⁴, liegt der Schlüssel zur Anwendung der gläubigerschützenden Rechtsregeln des jeweiligen Gastlandes.¹¹⁵ Anderenfalls hätte sich auch argumentieren lassen, die Aufbringung des im Inland geforderten Mindestkapitals sei nach dem Regelungsplan des inländischen Rechts erforderlich, eine Argumentation, die aufgrund der Entscheidung *Inspire Art* keinen

111 Vgl. auch u. V. 3.

112 Zur strengen Handhabung des „Vier-Kriterien-Test“ durch den EuGH siehe *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 173 f.; *Horn*, NJW 2004, 893, 898; *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 661, 666.

113 Ähnlich *Weller*, (o. Fn. 17), 34 ff., 200 ff., der für ein abgestuftes System aus Marktzugangshindernissen einerseits, Tätigkeitsausübungs- und Marktrückzugsregelungen andererseits plädiert.

114 So *Altmeyden/Wilhelm*, (o. Fn. 59).

115 Näher u. V.

Bestand mehr hat.

3. Missbrauch und „Vier-Kriterien-Test“

Wie verhält sich nun aber zu dieser allgemeinen Rechtfertigung gemäß dem „Vier-Kriterien-Test“ der Rechtsmissbrauch, ein Rechtsinstitut, das in den jeweiligen nationalen Rechten bekannt¹¹⁶, dessen Anwendung im Gemeinschaftsprivatrecht aber noch wenig erforscht ist.¹¹⁷

Oft wird – im Anschluss an *Centros*¹¹⁸ – darauf hingewiesen, ein Missbrauch komme nur im Einzelfall in Betracht.¹¹⁹ Die Rechtfertigung nach dem „Vier-Kriterien-Test“ könnte danach allgemeinere Tatbestände erfassen, der Missbrauch konkretere. Aber mit dieser Feststellung wäre noch nicht viel gewonnen. Denn es ist näher zu bestimmen, worin ein Missbrauch im Einzelfall liegen kann und wann ein Einzelfall vorliegt.

Eine erste Systematisierung geht dahin, ob primäres oder sekundäres Gemeinschaftsrecht missbraucht wird.¹²⁰ Sie impliziert, dass es sich überhaupt in jedem Fall um einen Missbrauch des *Gemeinschaftsrechts* handeln muss, nicht um einen Missbrauch von Rechtspositionen, die das nationale Recht gewährt.¹²¹ In diese Richtung deuten auch Formulierungen der Urteile *Centros* und *Inspire Art*, in denen von einer „missbräuchlichen oder betrügerischen Berufung auf Gemeinschaftsrecht“ sowie von einer „missbräuchlichen Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit“ die Rede ist.¹²² Daraus wird teilweise der Schluss gezogen, die Anwendung der deutschen Durchgriffshaftung auf EG-Auslandsgesellschaften könne nicht über die Missbrauchsausnahme des EuGH begründet werden, weil es dabei um einen Missbrauch der Haftungsbeschränkung gehe. Jedenfalls solche Gläubigerschädigungen, die sich gleichermaßen mit einer deutschen GmbH wie mit einer englischen Ltd. realisieren lassen könnten, stellten nicht eigentlich einen Missbrauch der Niederlassungsfreiheit dar.¹²³

116 Rechtsvergleichend *Fleischer*, JZ 2003, 865 ff.

117 Siehe dazu aus dem deutschsprachigen Schrifttum *Schmidt-Kessel*, in: Jud/Bachner et. al. (Hrsg.), Jb.J.ZivRWiss 2000 (2001), 61 ff.; *Schön*, in: FS Wiedemann (2002), 1271 ff.; *Fleischer*, JZ 2003, 865 ff.

118 Urteil *Centros* (o. Fn. 1), Tz. 24.

119 *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 179; *Fleischer*, JZ 2003, 865, 873; *Kersting/Schindler*, RdW 2003, 621, 624; *Schön*, in: FS Lutter (2000), 685, 695; *ders.*, in: FS Wiedemann (2002), 1271, 1288 f.; *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1203; *Wachter*, GmbHR 2004, 88, 90 f.; *Weller*, IPRax 2003, 207, 209; *ders.*, DStR 2003, 1800, 1804.

120 So *Schön*, in: FS Wiedemann (2002), 1271, 1272 ff.; dazu auch *Fleischer*, JZ 2003, 865, 869.

121 Ausdrücklich in diesem Sinne die in Fn. 123 genannten Autoren; ferner *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1203.

122 Urteil *Centros* (o. Fn. 1), Tz. 24; Urteil *Inspire Art* (o. Fn. 3), Tz. 136.

123 *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 179 f.; *Eidenmüller*, JZ 2004, 24, 26; siehe auch *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 661, 664 in Fn. 40 m.w.Nw. gegen AG Hamburg, NJW 2003, (Fortsetzung auf der nächsten Seite)

Ob dieses enge Verständnis des Missbrauchs tatsächlich der Rechtsprechung des EuGH entspricht, erscheint vor dem Hintergrund der in *Centros* allgemein in Bezug genommenen sonstigen Rechtsprechung des EuGH zum Missbrauch zweifelhaft. Diese Rechtsprechung lässt bei richtiger Systematisierung zwei verschiedene Missbrauchsfälle erkennen¹²⁴, von denen nur der zweite eine Nähe zur allgemeinen Rechtfertigung nach dem „Vier-Kriterien-Test“ aufweist.

a) *Spezifischer Missbrauch von Gemeinschaftsrecht*

Diverse Urteile des EuGH betreffen einen spezifischen Missbrauch gemeinschaftsrechtlicher Rechtspositionen, insbesondere der Grundfreiheiten. Zumeist hatte der EuGH so genannte „U-Turn-Konstruktionen“ zu beurteilen, bei denen die Marktteilnehmer nach der Auslandsberührung in einer Kehrtwende sogleich auf den heimischen Markt zurückstreben¹²⁵: So wird beispielsweise die Warenverkehrsfreiheit in Reimportfällen missbraucht, in denen die betreffenden Waren nur zum Zwecke der Wiedereinfuhr ausgeführt werden.¹²⁶ Ein Missbrauch der Dienstleistungsfreiheit steht in Rede, wenn Inländer vom Ausland aus Fernsehsender für das Inland betreiben, um die strengeren Anforderungen des nationalen Medienrechts zu umgehen.¹²⁷ Ein spezifischer Missbrauch europäischen Rechts liegt hier deshalb vor, weil ein Sachverhalt geschaffen wird, der formal den Tatbestand der europäischen Norm erfüllt, der aber nach Sinn und Zweck dieser Norm nicht davon erfasst wird. Letztlich ist in diesen Fällen nur eine ungeschriebene Grenze der Grundfreiheiten zu bestimmen¹²⁸, sei es durch eine Einengung des Gewährleistungsgehalts der Grundfreiheit selbst (Innentheorie) oder durch Bestimmung einer äußeren Grenze der Rechtsausübung (Außentheorie).¹²⁹

Dieser Missbrauchstatbestand ist von der allgemeinen Rechtfertigung nach dem „Vier-Kriterien-Test“ zu trennen, bei dem ein Sachverhalt durchaus – und zwar nicht nur formal – in den Anwendungsbereich der europäischen Norm fällt, die Nichtberücksichtigung dieser Norm jedoch in der Abwägung mit höherwertigen Allgemeininteressen gerechtfertigt ist. Wenn man in dieser ersten Gruppe von Missbrauchsfällen überhaupt – mit der Außentheorie – von einer Rechtfertigung sprechen will, dann handelt es sich jedenfalls um eine völlig andere Art der Rechtfertigung als diejenige nach Maßgabe des „Vier-Kriterien-Tests“.

2835, 2836; a.A. *Borges*, ZIP 2004, 733, 742 f.

124 Im Ansatz ähnlich *G. H. Roth*, NZG 2003, 1081, 1085.

125 Dazu *Fleischer*, JZ 2003, 865, 869.

126 EuGHE 1985, I, 35 (*Leclerc/Au blé vert*), Tz. 27; bestätigt in EuGHE 1985, 2515, 2520 f. (*Leclerc/Syndicat des librairies de Loire-Océan*), Tz. 6-9.

127 EuGHE 1994, 4795, 4832 f. = EuZW 1995, 60, 62 (*TV 10*), Tz. 20 f.

128 Vgl. dazu mit weiteren Beispielen *Schmidt-Kessel*, in: *Jud/Bachner et. al.* (Hrsg.), *Jb.J.ZivRWiss* 2000 (2001), 61, 66.

129 Dazu o. IV. 1.

b) Unspezifischer Missbrauch von Gemeinschaftsrecht

Anders sieht die zweite Gruppe unspezifischer Missbräuche aus: Missbraucht wird eine auch national gewährte Rechtsposition, wobei allerdings die Bekämpfung des Missbrauchs mittelbar Rückwirkung auf die vom europäischen Recht gewährte Rechtsposition hat. Als Beispiel mag die Rechtssache *Kefalas* dienen, in der es um angeblich missbräuchlich erhobene Klagen gegen Kapitalerhöhungsmaßnahmen wegen unterbliebener Zustimmung der Hauptversammlung ging.¹³⁰ Hintergrund des Streits war die fehlerhafte Umsetzung von Art. 25 Abs. 1 Satz 1 der 2. (Kapital-)Richtlinie¹³¹ durch Griechenland.¹³² Obwohl diese Richtlinienvorschrift das Recht zu Kapitalerhöhungen bei Aktiengesellschaften allgemein deren Hauptversammlung zuordnete, konnte nach dem griechischen Gesetz Nr. 1386/1983 vom 5.08.1983 eine staatliche Behörde im Sanierungsfall eine Kapitalerhöhung beschließen. Gegen eine solche behördlicherseits beschlossene Kapitalerhöhung wandte sich der klagende Aktionär unter Hinweis auf die Richtlinie. Im Grundsatz hätte er Recht bekommen müssen, weil die Hauptversammlung nicht beteiligt wurde und damit ein Verstoß gegen die Richtlinie vorlag. Der EuGH betonte aber die Zulässigkeit einer Missbrauchskontrolle durch das nationale Gericht nach Maßgabe innerstaatlicher Rechtsvorschriften. Ein Missbrauch könne vorliegen, wenn der Aktionär „eine Klage auf Feststellung der Ungültigkeit der Kapitalerhöhung zu dem Zweck erhoben hat, widerrechtliche Vorteile zum Nachteil der Gesellschaft zu erlangen, die offensichtlich unvereinbar damit sind, dass den Aktionären durch diese Bestimmung Gewähr dafür geboten werden soll, dass eine Entscheidung, das Grundkapital zu erhöhen und damit die Proportionen der Anteile der Aktionäre zu verändern, nicht ohne ihre Beteiligung an der Ausübung der Entscheidungsbefugnis der Gesellschaft getroffen wird.“¹³³

Der vom EuGH angeführte Zweck, mit einer erhobenen Anfechtungsklage widerrechtlich Vorteile zum Nachteil der Gesellschaft zu erstreben, kann die Klage völlig unabhängig davon als missbräuchlich erscheinen lassen, ob der mit der Klage angefochtene Beschluss auf der Verletzung europäischen Rechts beruht oder nicht. Daher ist dieser Missbrauch nicht spezifisch europarechtlich. Gleichwohl wird aber dem Kläger durch die Anwendung des Missbrauchseinwandes im Einzelfall auch ein Recht genommen, dass der Aktionär nach europäischem Recht im Grundsatz hätte haben müssen, nämlich die Klagemöglichkeit gegen die behördlicherseits beschlossene und deshalb vor dem Hintergrund des (sekundären) Europarechts angreifbare Kapitalerhöhungsmaßnahme.

130 EuGHE I 1998, 2843 = WM 1998, 1531 = NZG 1998, 462 = AG 1998, 422 = ZIP 1998, 1672 = RIW 1999, 130 = EuZW 1999, 56 (*Kefalas*).

131 Zweite RL v. 13.12.1976 (EWG) Nr. 77/191 des Rates, ABIEG Nr. L 26 v. 31.1.1977, 1 ff., abgedruckt bei *Lutter*, (o. Fn. 26), 114 ff.

132 Dazu eingehend *Schmidt-Kessel*, in: *Jud/Bachner et. al. (Hrsg.), Jb.J.ZivRWiss 2000 (2001)*, 61, 63 ff.

133 Urteil *Kefalas* (o. Fn. 130), Tz. 28.

Nicht anders stellt sich die Rechtslage bei einer Anwendung der echten Durchgriffshaftung auf EG-Auslandsgesellschaften dar. Der Missbrauch bezieht sich zwar auf die Haftungsbeschränkung und damit ein Rechtsinstitut, das – wie die Anfechtungsklage im Fall *Kefalas* – nicht dem europäischen Recht entstammt. Wird aber dem Gesellschafter der Auslandsgesellschaft im Wege der Durchgriffshaftung im Ausnahmefall die Möglichkeit genommen, sich auf die Haftungsbeschränkung zu berufen, so wird dadurch mittelbar die aus dem europäischen Recht folgende Rechtsposition begrenzt. Während im Fall *Kefalas* das aus dem sekundären Gemeinschaftsrecht folgende Recht zur Mitwirkung an der Kapitalerhöhung mittelbar beschränkt wird, liegt hier eine mittelbare Beschränkung der Niederlassungsfreiheit vor, weil diese eben auch die Befugnis umfasst, als ausländische juristische Person mit Haftungsbeschränkung im Zuzugsstaat tätig zu werden.¹³⁴

Während also in der ersten Gruppe die europäische Rechtsposition selbst missbraucht wird, läge die missbräuchliche Berufung auf Gemeinschaftsrecht in der zweiten Gruppe allein darin, dass sich der Betroffene einer Anwendung der nationalen Missbrauchsgrundsätze unter Hinweis auf die damit verbundene Einschränkung seiner gemeinschaftsrechtlichen Position zu entziehen sucht. Damit weist diese zweite Gruppe einen klaren Bezug zu den gemäß dem „Vier-Kriterien-Test“ gerechtfertigten Beschränkungen bzw. dem allgemeinen Verkehrsrecht auf. Ob der Gesellschafter unter Hinweis auf einen echten Betrug im strafrechtlichen Sinne nach allgemeinem Verkehrsrecht in Anspruch genommen wird (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB) oder nach den Regeln der echten Durchgriffshaftung, macht im Rahmen des bereits aufgezeigten Systems fließender Übergänge¹³⁵ nur einen graduellen Unterschied: Da die über den Missbrauch der Haftungsbeschränkung begründete echte Durchgriffshaftung keinen Vorsatz erfordert¹³⁶, ist sie vom Tatbestand weiter und daher tendenziell stärker geeignet, in die Niederlassungsfreiheit einzugreifen. Dies schließt ihre Anwendung aber noch nicht per se aus.¹³⁷ Die Anwendung nationaler Missbrauchsinsti-tute ist damit in der Sache nicht anders zu behandeln als die Anwendung sonstiger nationaler Rechtsregeln, die sich am Gemeinschaftsrecht messen lassen müssen.¹³⁸ Der Hinweis auf den „Einzelfall“ bringt lediglich zum Ausdruck, dass die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts nicht in Frage gestellt werden darf.¹³⁹ Aber dies gilt eben für jede Einschränkung, egal auf welcher Rechtsgrundlage sie beruht.

134 Siehe dazu o. II. 2.

135 Dazu o. IV. 2.

136 Dazu noch u. V. 2. bei Fn. 182.

137 Vgl. u. V. 2.

138 Vgl. *GA Tesauro* in der Rechtssache *Kefalas*, EuGHE I 1996, 2845, 2858 (Tz. 27).

139 Siehe z.B. das Urteil *Kefalas* (o. Fn. 130), Tz. 22; *GA Tesauro* in der Rechtssache *Kefalas*, EuGHE I 1996, 2845, 2853 (Tz. 17 f.) und 2858 (Tz. 27); näher *Schön*, in: FS Wiedemann (2002), 1271, 1280 f.

c) *Zwischenergebnis*

Für die Frage des Gläubigerschutzes bei EG-Auslandsgesellschaften ergibt sich damit folgendes Zwischenergebnis: Ein spezifischer Missbrauch der Niederlassungsfreiheit durch eine Auslandsgründung kommt nach der EuGH-Rechtsprechung nicht in Betracht. Der Hinweis auf die Zulässigkeit von Maßnahmen zur Verhinderung von Betrügereien führt hingegen nur in das allgemeine System der Rechtfertigung zurück: Nur soweit die Anwendung der nationalen Missbrauchsregeln aus Gründen des Gläubigerschutzes europarechtlich gerechtfertigt ist, läge in dem zur Haftungsvermeidung vorgetragenen Hinweis auf die Niederlassungsfreiheit eine „missbräuchliche oder betrügerische Berufung auf Gemeinschaftsrecht“.¹⁴⁰ Im Rahmen der Prüfung einer Anwendbarkeit einzelner deutscher Haftungsinstitute (unten V.) erübrigt sich damit die Unterscheidung zwischen dem Missbrauch einerseits, der allgemeinen Rechtfertigung bis hin zur Anwendung des allgemeinen Verkehrsrechts andererseits.

4. Herkunftslandprinzip bei der Niederlassungsfreiheit

Bei der Prüfung, ob die Anwendung nationaler Haftungsregeln auf EG-Auslandsgesellschaften und deren Gesellschafter/Geschäftsführer gegen Europarecht verstößt, darf ein bedeutender Unterschied zwischen den Fällen der Niederlassungs- und Warenverkehrsfreiheit nicht unberücksichtigt bleiben. Wenn der EuGH in *Überseering* sagt, die Auslandsgesellschaft sei mit ihrer Rechts- und Parteifähigkeit zu achten, die sie „nach dem Recht ihres Gründungsstaates besitzt“¹⁴¹, dann postuliert er damit für Gesellschaften nichts anderes als das schon für den Warenverkehr vorgeschriebene Herkunftslandprinzip.¹⁴² Danach ist jedes in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellte und in den Verkehr gebrachte Erzeugnis grundsätzlich auf dem Markt der anderen Mitgliedstaaten zuzulassen; es gilt ein „Prinzip der gegenseitigen Anerkennung“.¹⁴³ Bei den Waren erfolgt die Prüfung rechtmäßiger Herstellung und Inverkehrgabe allerdings vorrangig im Ausland, wobei die zuständigen Instanzen (Behörden und Gerichte) selbstverständlich nur ihr eigenes nationales Recht anzuwenden haben. Die so durchgeführte (präventive) Prüfung, bei der die wesentlichen durch das Produkt geschaffenen Gefahren erkannt werden sollten, haben die anderen Mitgliedstaaten anschließend anzuerkennen. Nur in Einzelfällen wird es daher zur Anwendung des Auslandsrechts durch inländische Instanzen kommen.

¹⁴⁰ In diesem Sinne wohl auch *Weller*, (Fn. 17), 58 f., 66 und 98; *ders.*, IPRax 2003, 520, 522 bei Fn. 33; *ders.*, DStR 2003, 1800, 1803; *Ziemons*, ZIP 2003, 1913, 1917, die den Missbrauchseinwand der Prüfung nach dem „Vier-Kriterien-Test“ unterstellen.

¹⁴¹ Urteil *Überseering* (o. Fn. 2), Leitsatz 2 und Tz. 95.

¹⁴² Zutreffend *Knapp*, DNotZ 2003, 85, 88; *Zimmer*, BB 2003, 1, 2; vgl. auch schon *GA La Pergola* in der Rechtssache *Centros*, EuGHE I 1999, 1461, 1480 (Tz. 19). Dieses Prinzip ist allerdings nicht notwendig *kollisionsrechtlich* zu verstehen (vgl. bei Fn. 66).

¹⁴³ Dazu *Leible*, in: Grabitz/Hilf, (o. Fn. 24), Art. 28 EGV, Rn. 26 m.w.Nw.

Bei der Niederlassung von Gesellschaften ergeben sich demgegenüber deutliche Unterschiede: Die entscheidenden Gefahren für den Rechtsverkehr resultieren weniger aus Umständen, die bei der „Herstellung und Inverkehrgabe“, also der Gründung erkennbar und prüfbar sind, sondern aus der späteren Tätigkeit der Gesellschaft. Wollte man auch hier das Herkunftslandprinzip derart weit verstehen, wie dies die Autoren des ersten Lagers¹⁴⁴ tun, käme es ganz generell zu einer Anwendung des ausländischen Rechts durch inländische Instanzen. Vor allem die deutschen Gerichte hätten – worauf *Altmeyden* mit Recht aufmerksam gemacht hat – das ausländische Gläubigerschutzrecht anzuwenden, gegebenenfalls 24 verschiedene Auslandsrechte.

Ob das „der bare Unsinn ist“¹⁴⁵, mag hier dahinstehen. Jedenfalls sind die praktischen Probleme der Prozessführung nicht verkennbar, wenn der Rückgriff auf deutsche Haftungsregeln erst möglich wäre, nachdem in einer Gesamtbeurteilung der ausländischen Rechtsordnung und ihrer Kombination mit den unstreitig anwendbaren Regeln des deutschen Verkehrsrechts Schutzlücken festgestellt worden sind.¹⁴⁶ Schon jetzt ist es angesichts der Komplexität des Gesellschaftsrechts für die Gläubiger einer deutschen GmbH äußerst schwierig, einen Gesellschafter, der mit der Haftungsbeschränkung Schindluder treibt, persönlich haftbar zu machen. Würde man bei einer EG-Auslandsgesellschaft verlangen, dass vor dem Rückgriff auf deutsche Haftungsregeln, insbesondere auf die Durchgriffshaftung, noch zusätzlich eine Schutzlücke im ausländischen Recht festzustellen ist, käme die Rechtsdurchsetzung praktisch zum Erliegen.

Diese praktischen Schwierigkeiten lassen sich nicht dem Hinweis vom Tisch wischen, es sei nun Aufgabe der Rechtsvergleichung, solche Schutzlücken zu identifizieren.¹⁴⁷ Zum einen beschränken sich solche rechtsvergleichenden Arbeiten – wie auch die jüngste Entwicklung im Anschluss an *Inspire Art* zeigt – dem praktischen Bedürfnis und der leichteren Erschließbarkeit folgend zunächst auf wenige Rechtsordnungen, insbesondere das englische Recht.¹⁴⁸ Ein Gesellschafter, der vor einer persönlichen Inanspruchnahme hinreichend sicher sein will, müsste seine Gesellschaft also nur in Slowenien oder Lettland gründen, weil rechtsvergleichende Arbeiten zu diesen Ländern vermutlich noch lange nicht vorliegen werden. Zum anderen kann jede rechtsvergleichende Arbeit immer nur ein zeitpunktbezogenes Bild des Auslandsrechts bieten, während der Vergleich selbstverständlich dynamisch erfolgen müsste. Das Auslandsrecht wäre – wenn es denn wirklich vorrangig anwendbar sein sollte – in

144 Siehe o. II. 4.

145 So *Altmeyden*, NJW 2004, 97, 98 und 99.

146 Vgl. auch *Borges*, ZIP 2004, 733, 742.

147 So aber *Behrens*, IPRax 2004, 20, 26; *Kieninger*, ZEuP 2004, 685, 691 f.

148 Siehe z.B. die Beiträge von *Habersack/Verse*, ZHR 168 (2004), 174; *Lanzius*, ZInsO 2004, 296; *Westhoff*, ZInsO 2004, 289; weitere Nw. bei *Kieninger*, ZEuP 2004, 685, 702 in Fn. 100.

seinem jeweils aktuellen Stand zu berücksichtigen. Damit aber müsste der deutsche Rechtsanwender in Zukunft nicht nur zur Lektüre der deutschen NJW verpflichtet werden¹⁴⁹, sondern auch noch zum Studium der jeweils einschlägigen Zeitschriften der anderen 24 Mitgliedstaaten.

Das praktische Problem liegt also weniger darin begründet, ob ausländische Haftungsregeln existieren¹⁵⁰, sondern in der Frage, ob der deutsche Gläubiger sie durchsetzt, wenn er das (aktuelle) ausländische Recht nicht kennt.¹⁵¹ Zwar hat der deutsche Richter – anders als in anderen EG-Mitgliedstaaten – das ausländische Recht trotz der Möglichkeit des Beweises über § 293 ZPO von Amts wegen zu ermitteln.¹⁵² Eine gut beratene Partei wird jedoch nicht ohne vorherige Ermittlung des ausländischen Rechts einen Prozess gegen Gesellschafter und/oder Geschäftsführer der Auslandsgesellschaft gleichsam „ins Blaue hinein“ führen. Wer den deutschen Gläubiger zum Ausgleich seines Informationsdefizits auf die „Netzwerke international ausgerichteter Anwaltskanzleien“ verweist¹⁵³, der vernachlässigt, dass diese Netzwerke manchem deutschen Kleingläubiger kaum zur Verfügung stehen, jedenfalls aber Prozesse im Streitwert von einigen Tausend Euro damit angesichts der bekannten Stundenhonore derartiger Spezialkanzleien faktisch nicht mehr führbar sind.¹⁵⁴ Die ohnehin schon geringe Rechtsdurchsetzungsmöglichkeit solcher Kleingläubiger, die durch missbräuchliche Verwendung juristischer Personen geschädigt werden, würde praktisch unmöglich gemacht.

Hinsichtlich der Verteilung der Informationskosten sind zwei weitere Unterschiede im Vergleich zur Warenverkehrsfreiheit von Bedeutung. Zum einen können die Schutzinteressen der Bevölkerung beim Warenverkehr oftmals durch einfache Kennzeichnungspflichten gewahrt werden, während es bei einem „Rechtsprodukt“ wie der Gesellschaft einer umfassenden (Vorab-)information über das ausländische Gesellschaftsrecht bedürfte, soweit es für den Geschäftsverkehr relevant ist.¹⁵⁵ Zum anderen fällt bei der Warenverkehrsfreiheit die Abwägung zwischen dem Interesse des Anbieters, seine Produkte ohne Rücksicht auf nationale Rechtsordnungen und damit ohne zusätzliche Absatzkosten absetzen zu können, und dem gegenläufigen Interesse des Verbrauchers, sich

149 So die Anforderung der Rspr. an die deutsche Anwaltschaft in OLG Düsseldorf, VersR 1980, 359 = FamRZ 1980, 388 m. Anm. Mümmler, JurBüro 1980, 455.

150 Von den in Fn. 45 genannten Autoren wird der Gläubiger auf diese Regeln verwiesen.

151 Auf die Informationskosten und -risiken wird zutreffend hingewiesen von W.-H. Roth, IPRax 2003, 117, 124 f. und 126 o.; ders., ICLQ 2003, 177, 181 f. und 202 ff.; siehe auch schon ders., (o. Fn. 16), 29, 45; ders., ZGR 2000, 311, 331 ff.; im Anschluss daran auch Weller, (o. Fn. 17), 104 und allgemein 119 f.

152 Zöller/Geimer, Zivilprozessordnung, 24. Aufl. (2004), § 293 Rn. 14 m.Nw. zur Rspr.

153 Vgl. Riegger, ZGR 2004, 510, 529; zur Entwicklung von Sekundärmärkten mit den nötigen Informationen auch Spindler/Berner, RIW 2003, 949, 953 f. mit Fn. 65.

154 Ähnlich W.-H. Roth, IPRax 2003, 117, 124.

155 W.-H. Roth, IPRax 2003, 117, 124 f.; ders., ICLQ 2003, 177, 203.

seinerseits nicht mit verschiedenen Rechtsordnungen befassen zu müssen, nur deshalb zugunsten der Anbieter aus, weil diese die eigentlichen Träger der wirtschaftlichen Integration Europas sind.¹⁵⁶ Für das (gläubigerschützende) Gesellschaftsrecht lässt sich ein derartiges Übergewicht zugunsten des „Anbieters“ nicht feststellen. Vor allem dann, wenn es letztlich nur um die Rechtswahl als solche geht, also bei Gesellschaften, die ganz oder überwiegend im Inland tätig sind, wäre es ineffizient, allen potenziellen Vertragspartnern die Informationskosten hinsichtlich des jeweiligen Auslandsrechts aufzubürden anstatt den „Anbieter“ zu verpflichten, nur ein einziges Mal die Informationskosten für das (gläubigerschützende) Inlandsrecht aufzubringen.¹⁵⁷

Man sollte daher einer vollständigen Übertragung des Herkunftslandsprinzips von der Warenverkehrsfreiheit auf die Niederlassungsfreiheit nicht das Wort reden, sondern sich einem durchaus pragmatischen Argument öffnen, das *Ulmer* mit Recht in die Diskussion eingeführt hat: Danach wirkt sich die Gefahr der Verurteilung zur Schadensersatzleistung nach deutschem Recht jedenfalls dann nicht als inländisches Niederlassungshindernis aus, wenn das Gründungsrecht eine gleichwertige Sanktion kennt, während sie sich beim Fehlen einer entsprechenden Sanktion des Gründungsrechts als im Sinne des „Vier-Kriterien-Tests“ erforderlich erweist.¹⁵⁸ Diese Argumentation berücksichtigt zwar noch nicht, dass auch die *Ausgestaltung* der ausländischen Haftung unterschiedlich sein kann, z.B. eine Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft an die Stelle einer Außenhaftung gegenüber den Gesellschaftern treten mag oder umgekehrt. Die Anwendung des nur konzeptionell anderen inländischen Rechts würde aber den „Marktzutritt“ nur unbedeutend beeinträchtigen und wäre daher – wenn nicht schon tatbestandlich ausgeklammert – jedenfalls sehr leicht zu rechtfertigen.¹⁵⁹ Auf der Basis dieses Praktikabilitätsarguments¹⁶⁰ kann die Erforderlichkeit einer Haftungsregel nach nationalem Recht mittelbar doch Berücksichtigung im Rahmen der europarechtlichen Erforderlichkeitsprüfung finden.

Selbst in den USA, wo nicht einmal das in Europa zusätzlich zu berücksichtigende Sprachenproblem besteht¹⁶¹, geht übrigens die Lösung nicht dahin, „Auslandsgesellschaften“ aus einem anderen Bundesstaat allein nach ihrem Inkorporationsrecht zu beurteilen. Je stärker die Bindung zum Gaststaat zunimmt, desto eher rücken vielmehr die inländischen Gesellschaften als Vergleichsmaßstab in den Blick.¹⁶² Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass auch der EuGH auf einer

156 So *Basedow*, *RabelsZ* 59 (1995), 1, 18 f.

157 Zutreffend *W.-H. Roth*, *ICLQ* 2003, 177, 202 f.

158 So *Ulmer*, *NJW* 2004, 1201, 1208.

159 Dazu allgemein o. IV. 2. c).

160 Anders aber die o. bei Fn. 114 abgelehnte Begründung von *Altmeyden/Wilhelm*; unklar *Schäfer*, *NZG* 2004, 785, 786, der in Fn. 14 die Überlegungen von *Ulmer* und *Altmeyden/Wilhelm* als „übereinstimmend“ zitiert. Das trifft nur im Ergebnis zu.

161 Zutreffend der Hinweis bei *Kersting*, 28 *Brookl. J. Int'l L.* 1, 41.

162 Zu den US-amerikanischen Modellen eingehend *Kersting*, 28 *Brookl. J. Int'l L.* 1 ff., zur (Fortsetzung auf der nächsten Seite)

pragmatischen Basis case-by-case eine differenzierte Sicht einnehmen und die Anwendung bestimmter nationaler Gläubigerschutzinstrumente durchaus akzeptieren wird.¹⁶³

V. Anwendung einzelner deutscher Haftungstatbestände

Die Folge der aufgezeigten allgemeinen Erwägungen für die Anwendung einzelner deutscher Gläubigerschutzvorschriften kann im Rahmen dieses Beitrags nur skizziert werden. Eine eingehendere Darstellung muss einem gesonderten Beitrag vorbehalten bleiben.¹⁶⁴

1. Mindeststandards der Vermögensbindung und Vermögentrennung

Da der EuGH keine eigene kollisionsrechtliche Regel aufstellt, sondern allein das Ergebnis der kollisions- und sachrechtlichen Rechtsanwendung auf seine Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit überprüft, stellt die Anwendung inländischer Schutzregeln jedenfalls dann keinen Verstoß gegen europäisches Recht dar, wenn das Inlandsrecht gleich oder milder ist.¹⁶⁵ Lässt sich also ein Mindeststandard des Gläubigerschutzes feststellen, der zwingend bei jeder juristischen Person – sei sie inländisch oder ausländisch – gelten muss, könnte die Anwendung der inländischen Schutzregeln in diesem Rahmen ebenfalls keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen.

a) Vermögensbindung ab der „0-Grenze“

Ein solcher Mindeststandard ist die Vermögensbindung ab der „0-Grenze“, also das Verbot offener oder verdeckter Vermögensausschüttungen nach Eintritt der Überschuldung.¹⁶⁶ Zwar verbietet die Entscheidung *Inspire Art*, die inländischen Mindestkapitalregeln auf EG-Auslandsgesellschaften zu übertragen.¹⁶⁷ Das hindert aber eine beschränkte Anwendung der Kapitalerhaltungsvorschriften keineswegs. Auch solche Staaten, in denen keine Pflicht zur Aufbringung eines Mindestkapitals besteht, kennen durchaus eine Vermögensbindung im Gläubigerinteresse. Dies zeigt insbesondere die englische Limited, bei der das Verbot verdeckter Gewinnausschüttungen sogar noch strenger ist als

Gleichbehandlung mit inländischen Gesellschaften insb. 14, zu den Outreach Statutes 25 ff.; vgl. auch *Horn*, NJW 2004, 893, 898 und 900 f.

163 Anders die Einschätzung bei *Kieninger*, ZEuP 2004, 685, 693.

164 Siehe dazu den voraussichtlich im Nov. 2004 in WM erscheinenden Beitrag von *Bitter*, Flurschäden im Gläubigerschutzrecht durch „Centros & Co.“? – Eine Zwischenbilanz.

165 *Spindler/Berner*, RIW 2004, 7, 8.

166 Näher *Bitter*, (o. Fn. 164), unter Ziff. IV. 1. b).

167 Siehe o. II. 3.

im deutschen GmbH-Recht.¹⁶⁸ Da die Haftung der Gesellschafter bei Ausschüttungen im Zustand der Überschuldung notwendig aus dem Wesen der Kapitalgesellschaft folgt¹⁶⁹, gilt sie für jede inländische und ausländische Gesellschaft mit Haftungsbeschränkung. Eine entsprechend begrenzte Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG kann nicht gegen europäisches Recht verstoßen.

b) Durchgriff bei Vermögensvermischung

Wird die *Vermögensabgrenzung* durch eine undurchsichtige Buchführung oder auf andere Weise *allgemein verschleiert*, kommt nach der Rechtsprechung des BGH eine Durchgriffshaftung der Gesellschafter in Betracht, weil die Kapitalerhaltungsvorschriften, deren Einhaltung ein unverzichtbarer Ausgleich für die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen (§ 13 Abs. 2 GmbHG) ist, in diesem Fall nicht funktionieren können.¹⁷⁰ Was der BGH für §§ 30, 31 GmbHG entschieden hat, gilt in gleicher Weise für die bei jeder inländischen und ausländischen Kapitalgesellschaft anzuerkennende Vermögensbindung ab der „0-Grenze“. Auch diese kann nur funktionieren, wenn das – auch europarechtlich vorgegebene¹⁷¹ – Prinzip der Vermögensstrennung eingehalten wird. Die Anwendung der Durchgriffshaftung bei genereller Vermögensvermischung auf EG-Auslandsgesellschaften ist deshalb europarechtlich gerechtfertigt. Eine gegebenenfalls nur konzeptionell andere Reaktion des Auslandsrechts auf diesen generell verbotenen Zustand steht der Rechtfertigung nicht entgegen.¹⁷²

2. Existenzvernichtung und Spekulation auf Kosten der Gläubiger

Das deutsche Recht kennt zwei weitere Fallgruppen der Durchgriffshaftung, zum einen die im Anschluss an die Urteile „Bremer Vulkan“¹⁷³ und „KBV“¹⁷⁴ anerkannte Existenzvernichtung durch Vermögensabzug (Liquidation auf kaltem

168 Eingehend zum Kapitalschutz bei der englischen Limited *Micheler*, ZGR 2004, 324, 325 ff., zur Einlagenrückgewähr insb. 328 f. m.Nw. zur Rspr.; ferner *Mülbert*, Der Konzern 2004, 151, 152 und 159; *Schumann*, DB 2004, 743, 744; *Kallmeyer*, DB 2004, 636, 637; unrichtig *Merkt*, ZGR 2004, 305, 312, der ohne Beleg behauptet, das Vereinigte Königreich kenne kein Verbot verdeckter Einlagenrückgewähr.

169 Zutreffend *Altmeyden/Wilhelm*, DB 2004, 1083, 1088 f.; im Anschluss daran *Bitter*, (o. Fn. 164), unter Ziff. IV. 1. b) cc).

170 BGHZ 95, 330, 334 = NJW 1986, 188, 189 (Autokran); BGH WM 1994, 896; zustimmend *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. (2000), § 13 Rn. 15; *Rehbinder*, in: FS Kübler (1997), 493, 501; *Boujong*, in: FS Odersky (1996), 739, 742; eingehend zur Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000), 103 ff.

171 Auf die Publizitäts-RL hinweisend *Schön*, ZHR 168 (2004), 268, 293 ff.

172 Dazu o. IV. 4.

173 BGHZ 149, 10 = NJW 2001, 3622 = WM 2001, 2062 = ZIP 2001, 1874 (Bremer Vulkan); dazu aus Sicht des Verfassers *Bitter*, WM 2001, 2133.

174 BGHZ 151, 181 = NJW 2002, 3024 = WM 2002, 1804 = ZIP 2002, 1578 (KBV).

Wege)¹⁷⁵, zum anderen die seinerzeit noch unter dem konzernrechtlichen Haftungsansatz entwickelte Spekulation auf Kosten der Gläubiger.¹⁷⁶ Beide Tatbestände sanktionieren konkrete Gläubigergefährdungen im Einzelfall und behindern den „Marktzutritt“ der fremden Gesellschaft nur wenig. Die Nähe zum allgemeinen Verkehrsrecht ist zum Greifen nah, weil oftmals zugleich die Tatbestände der §§ 826 BGB¹⁷⁷, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 StGB¹⁷⁸ oder § 263 StGB¹⁷⁹ erfüllt sind. Der Unterschied zu der vom II. Zivilsenat seit jeher vertretenen¹⁸⁰ und zuletzt im „KBV“-Urteil¹⁸¹ bestätigten objektiven Durchgriffshaftung, die kein Verschulden voraussetzt¹⁸², ist nur ein gradueller, so dass eine völlig unterschiedliche Beurteilung im Rahmen der europarechtlichen Rechtfertigung kaum überzeugen könnte.

In dem hier vorgestellten System fließender Übergänge ist davon auszugehen, dass die Anwendbarkeit beider Tatbestände auf EG-Auslandsgesellschaften wegen der nur geringfügigen Beschränkung der Niederlassungsfreiheit (Tätigkeitsausübungsregelung) und der konkreten Gläubigergefahren gerechtfertigt ist.¹⁸³ Ein zur Abwehr der Inanspruchnahme vorgebrachter Hinweis des Gesellschafters auf die Niederlassungsfreiheit wäre als „missbräuchliche und betrügerische Berufung auf Gemeinschaftsrecht“ anzusehen.¹⁸⁴

-
- 175 Dazu *Henze*, NZG 2003, 649, 655 ff.; *Lutter/Banerjea*, ZGR 2003, 402 ff.; *G. H. Roth*, NZG 2003, 1081 ff. m.w.Nw.; zur instanzgerichtlichen Rspr. *Wahl*, GmbHR 2004, 994 ff.
- 176 BGH WM 1994, 203, 204 = ZIP 1994, 207, 209 = NJW 1994, 446, 447 (EDV) unter 1. d) der Gründe; BGH WM 2000, 575, 576 = NJW 2000, 1571, 1572; vgl. dazu *Bitter*, (o. Fn. 170), 540 ff.; *Grüner*, NZG 2000, 601, 602 f.; *Hölzle*, ZIP 2004, 1729 ff.; *Röhricht*, in: FS 50 Jahre BGH (2000), 83, 109 ff.; *G. H. Roth*, NZG 2003, 1081, 1082 f.; in der Sache ebenso *Rowedder/Koppensteiner*, GmbHG, 4. Aufl. (2002), § 43 Rn. 71, der von einer „Risikoverlagerung zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger“ spricht; tendenziell auch *Wiedemann*, in: 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. II (2000), 337, 363 ff. („Systemwidrige Risikoüberwälzung“).
- 177 Dazu BGHZ 151, 181, 183 ff. = NJW 2002, 3024 f. = Fn. 174 (KBV).
- 178 Dazu BGHZ 149, 10, 17 f. = NJW 2001, 3622, 3623 = Fn. 173 (Bremer Vulkan).
- 179 Dazu BGHZ 149, 10, 18 ff. = NJW 2001, 3622, 3623 f. = Fn. 173 (Bremer Vulkan).
- 180 BGHZ 20, 4, 14 = WM 1956, 349, 351; BGHZ 22, 226, 231 = WM 1957, 59, 60; BGHZ 31, 258, 271 = WM 1960, 41, 44; ebenso BSG, DB 1984, 1103, 1104.
- 181 BGHZ 151, 181, 186 f. = NJW 2002, 3024, 3025 = WM 2002, 1804 = ZIP 2002, 1578 (KBV).
- 182 Eingehend zu den Grundlagen der Durchgriffshaftung *Bitter*, (o. Fn. 170), 82 ff., zur Normzwecklehre insb. 90 ff. und 100 ff.; kürzer *ders.*, WM 2001, 2133, 2139 f.; siehe auch *Ulmer*, KTS 2004, 291, 302 ff. mit Fn. 59.
- 183 Näher *Bitter*, (o. Fn. 164), unter Ziff. IV. 2. b) und c), dort auch zum Erfordernis einer Differenzierung nach Gläubigergruppen beim Durchgriff wegen Spekulation auf Kosten der Gläubiger.
- 184 Zum Verhältnis von Missbrauch und Rechtfertigung nach dem „Vier-Kriterien-Test“ siehe o. IV. 3.

3. Insolvenzverschleppungshaftung

Die gleichen Grundsätze gelten für die Frage, ob es europarechtlich zulässig ist, die deutsche Insolvenzverschleppungshaftung auf EG-Auslandsgesellschaften anzuwenden. Wie bereits an früherer Stelle ausgeführt, ist die Insolvenzverschleppungshaftung in dem System fließender Übergänge zwischen absoluten Zutrittsschranken einerseits und allgemeinem Verkehrsrecht andererseits eindeutig stärker dem letzteren zuzuordnen.¹⁸⁵ Der strafrechtliche Betrugstatbestand ist bei Geschäftsabschlüssen nach Insolvenzureife oft nicht weit entfernt, nur eben der für eine Haftung aus §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB erforderliche Vorsatz mitunter schwer nachweisbar. Viel spricht deshalb für eine Einordnung als allgemeines Verkehrsrecht, das nach der *Keck*-Rechtsprechung schon keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit enthält.¹⁸⁶ Jedenfalls wäre aber die Anwendung aufgrund der nur geringfügigen Auswirkung auf den „Marktzutritt“ gerechtfertigt, weil es um die Abwehr konkreter Gläubigergefahren geht.¹⁸⁷

VI. Schluss

1. Zusammenfassende Würdigung

Die im Titel dieses Beitrags gestellte Frage, ob der Gläubigerschutz durch die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit für Kapitalgesellschaften in Europa in Gefahr gerät, lässt sich derzeit nicht mit einem klaren Ja oder Nein beantworten. Sollte sich vor dem EuGH diejenige Rechtsansicht durchsetzen, die stets vorrangig die ausländischen Gläubigerschutzregeln anwenden und den Rückgriff auf deutsches Recht nur sehr restriktiv zulassen will, geriete der Gläubigerschutz in der Tat in Gefahr. Grund hierfür sind weniger Lücken der ausländischen Rechtsordnung als solcher als vielmehr die Schwierigkeiten der praktischen Durchsetzung ausländischer Haftungsregeln vor inländischen Gerichten. Je exotischer die Rechtswahl der Gründungsgesellschafter ist (z.B. Slowenien, Lettland etc.), desto weniger müssten sie mit einer Inanspruchnahme durch deutsche Gläubiger rechnen. Jedenfalls für Forderungen geringeren Umfangs bis zu einigen tausend Euro würde keine realistische Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung nach ausländischem Gläubigerschutzrecht existieren.

¹⁸⁵ O. IV. 2. c.).

¹⁸⁶ So *Borges*, ZIP 2004, 733, 740; für die Einordnung der Dritthaftung als Verkehrsrecht sogar *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 661, 670, die einer Anwendung des inländischen Rechts insgesamt restriktiv gegenüberstehen (vgl. Fn. 45); a.A. *Brand*, JR 2004, 89, 93.

¹⁸⁷ Näher *Bitter*, (o. Fn. 164), unter Ziff. IV. 3.; im Ergebnis ebenso *Borges*, ZIP 2004, 733, 740; *Müller*, NZG 2003, 414, 417; *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 661, 670.

Der Gläubigerschutz geriete hingegen nicht ernsthaft in Gefahr, wenn man den hier entwickelten Überlegungen folgt, wonach nicht alle nationalen Gläubigerschutzinstrumente an den rigiden Maßstäben der Urteile *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* zu messen sind. Die Anwendung abstrakter inländischer Gläubigerschutzkonzepte, insbesondere der deutschen Regelung über das Mindestkapital auf EG-Auslandsgesellschaften scheidet zwar an der Niederlassungsfreiheit, weil der ausländischen Gesellschaft dadurch bereits der „Marktzutritt“ versagt würde. Anderes gilt hingegen für Haftungsregeln, die für alle juristischen Personen gelten oder die auf konkrete Gefährdungslagen reagieren.

2. Thesen

Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung lassen sich in folgenden Thesen zusammenfassen:

- a) Die kollisionsrechtliche Einordnung bestimmter Haftungsregeln ist für die Frage der europarechtlichen Zulässigkeit ihrer Anwendung auf EG-Auslandsgesellschaften im Grundsatz ohne Bedeutung. Entscheidend ist allein, ob die nationale kollisions- und sachrechtliche Behandlung EG-ausländischer Kapitalgesellschaften gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt. Selbst im Anwendungsbereich der Europäischen Insolvenzverordnung (EuInsVO) ist die Anwendung deutschen Insolvenzrechts auf ausländische Gesellschaften am Maßstab der Niederlassungsfreiheit zu messen.
- b) Je weniger die Anwendung einer nationalen Vorschrift die Niederlassungsfreiheit beschränkt, desto geringer sind die Anforderungen an die Rechtfertigung. Das „System fließender Übergänge“ reicht von der Anwendung allgemeinen Verkehrsrechts, die nach Maßgabe der *Keck*-Rechtsprechung schon keine Beschränkung begründet, über die leicht zu rechtfertigenden Beschränkungen der Tätigkeitsausübung bis hin zu den selten zu rechtfertigenden absoluten Zutrittsschranken.
- c) Es ist zwischen einem spezifischen und einem unspezifischen Missbrauch von Gemeinschaftsrecht zu unterscheiden. Ein spezifischer Missbrauch liegt vor, wenn ein Sachverhalt geschaffen wird, der formal den Tatbestand der europäischen Norm erfüllt, aber nach Sinn und Zweck der Norm davon nicht erfasst wird (insbesondere U-Turn-Konstruktionen). In diesem Fall ist eine ungeschriebene Grenze der Grundfreiheiten zu bestimmen. Ein unspezifischer Missbrauch von Gemeinschaftsrecht liegt demgegenüber vor, wenn die Anwendung einer nationalen Regelung – z.B. einer nationalen Missbrauchsregelung – europarechtlich gerechtfertigt ist und sich der Betroffene gegenüber dieser Anwendung auf die Grundfreiheit beruft.
- d) Einen spezifischen Missbrauch im Sinne der U-Turn-Konstruktionen lehnt die EuGH-Rechtsprechung hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit ab. Da der unspezifische Missbrauch jedoch nur in das allgemeine

System der Rechtfertigung zurückführt, erledigt sich für die Niederlassungsfreiheit die Differenzierung zwischen dem Missbrauch einerseits und der allgemeinen Rechtfertigung nach dem „Vier-Kriterien-Test“ andererseits.

- e) Das von der Warenverkehrsfreiheit bekannte Herkunftslandprinzip lässt sich nicht unbesehen auf die Niederlassungsfreiheit übertragen. Um Probleme der praktischen Rechtsdurchsetzung zulasten der Gläubiger zu vermeiden, ist die Anwendung des Inlandsrechts durch inländische Instanzen weitergehend als bei der Warenverkehrsfreiheit zuzulassen.
- f) Offene und verdeckte Vermögensausschüttungen an die Gesellschafter nach Unterschreiten der „0-Grenze“ (Überschuldung) sind bei jeder in- und ausländischen juristischen Person verboten.
- g) Eine Anwendung der deutschen Insolvenzverschleppungshaftung sowie der Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung, Existenzvernichtung durch Vermögensabzug und Spekulation auf Kosten der Gläubiger auf EG-Auslandsgesellschaften verstößt nicht gegen die Niederlassungsfreiheit.