

Gerald Gräfe

Gläubigerschutz  
bei der englischen Limited  
mit Verwaltungssitz  
in Deutschland

8

Schriften zum  
internationalen Privat-  
und Verfahrensrecht

PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	25
Einleitung .....	29
I. Problemstellung .....	29
II. Gang der Untersuchung .....	32
Erster Teil: Ausganglage .....	35
Erstes Kapitel: Europarecht .....	37
I. Das Verhältnis von nationalem Recht und den Grundfreiheiten .....	37
1. Unmittelbare Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit .....	37
2. Vorrang des Gemeinschaftsrechts .....	37
II. Niederlassungsfreiheit der Art. 43, 48 EG .....	39
1. Der Schutzbereich .....	39
a) Vom Diskriminierungs- zum Beschränkungsverbot .....	39
b) Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung .....	40
(aa) Die Segers-Entscheidung .....	41
(bb) Die Daily-Mail-Entscheidung .....	42
(cc) Die Centros-Entscheidung .....	44
(dd) Die Überseering-Entscheidung .....	46
(ee) Die Inspire-Art-Entscheidung .....	51
(ff) Die Cartesio-Entscheidung .....	53
c) Differenzierung zwischen primärer und sekundärer Niederlassungsfreiheit in der Rechtsprechung .....	55
(aa) Autonome Auslegung .....	55
(bb) Überseering als Fall der sekundären Niederlassungsfreiheit .....	56
(cc) Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit .....	58
(dd) Generalatbestand .....	59
(ee) Zwischenergebnis .....	61

(ff) Unterschiede zwischen der natürlichen und der juristischen Person .....	61
(gg) Sekundärrechtliche Auslegung des Begriffs .....	62
(hh) Ergebnis .....	64
2. Zusammenfassung der Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit .....	64
III. Stand der Harmonisierung .....	65
1. Rechtsgrundlage .....	66
2. Die gesellschaftsrechtlichen Richtlinien .....	67
a) Publizitätsrichtlinie .....	67
b) Bilanzrichtlinie .....	68
c) Zweigniederlassungsrichtlinie .....	68
d) Einpersonengesellschaftsrichtlinie .....	68
3. Zusammenfassung .....	69
Zweites Kapitel: Die Limited .....	71
I. Überblick zur private company limited by shares .....	71
1. Allgemeines .....	71
2. Rechtsgrundlagen .....	72
3. Reform des Gesellschaftsrechts in England .....	73
4. Organe .....	73
a) Board of directors .....	74
(aa) Aufgaben / Funktion .....	74
(bb) Pflichten .....	75
(i) Fiduciary duties .....	76
(ii) Duty of care and skill .....	80
(cc) Bestellung .....	80
(dd) Vertretungsbefugnis .....	81
b) Secretary .....	81
c) Gesellschafterversammlung .....	81
(aa) Allgemeines .....	81
(bb) Beschlussfassung .....	82
d) Auditor .....	82
II. Gründung .....	84
III. Beendigung der Gesellschaft .....	84
IV. Gläubigerschutz .....	85
1. Grundlagen .....	85
2. Einzelne Gläubigerschutzinstitute .....	87

a) Kapitalaufbringung und -erhaltung .....	87
(i) Begriff der distribution .....	88
(ii) Rechtsfolgen .....	89
b) Publizitätspflichten .....	90
(aa) Accounts .....	90
(bb) Annual Return .....	91
(cc) Registrierung von Sicherheiten .....	92
(dd) Zu führende Register .....	93
(i) Register of charges .....	93
(ii) Register of members .....	93
(iii) Register of debenture holders .....	93
(iv) Register of directors and secretaries .....	93
(ee) Company Identification .....	94
c) Sicherungsmittel .....	94
d) Durchgriffshaftung .....	96
(aa) Common Law .....	98
(i) Single economic unit .....	98
(ii) Agency .....	100
(iii) Facade/sham .....	100
(iv) Weitere in der Literatur diskutierte Fallgruppen .....	101
(bb) Gesetzlich angeordneter Haftungsdurchgriff – ss. 213, 214 IA 1986 .....	102
(i) Fraudulent trading .....	102
(ii) Wrongful trading .....	103
e) Staatsaufsicht .....	107
(aa) Klassische Staatsaufsicht-Investigation .....	107
(bb) Disqualification .....	109
f) Fiduciary Duties .....	112
(aa) Das Interesse der Gesellschaft .....	112
(i) Entwicklung .....	113
(ii) Rezeption in Literatur und Gesetzgebung .....	115
(iii) Beurteilung in der deutschen Literatur .....	117
(iv) Bestimmung des Zeitpunktes, ab dem die Gläubigerinteressen zu berücksichtigen sind .....	118
(bb) Inhalt der Pflicht .....	121
(cc) Umfang gerichtlicher Überprüfung .....	122
(dd) Heilung durch Gesellschafterbeschluss .....	122
(ee) Rechtsfolge .....	122
(i) Ansprüche gegen den director .....	123
(ii) Ansprüche gegen Dritte .....	123

(ff) Anspruchsinhaber .....	124
(gg) Praktische Relevanz .....	125
(hh) Fiduciary duties im US-amerikanischen Recht .....	127
(i) Ergebnis .....	128
g) Insolvenzrechtliche Rückabwicklung (Anfechtung) .....	129
(aa) Transaction at an undervalue .....	129
(bb) Preferences .....	130
(cc) Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung .....	132
(dd) Extortionate credit transactions .....	132
(ee) Anfechtung von floating charges .....	132
h) Insolvenzantragsrecht der Gläubiger .....	133
i) Phoenix Companies .....	134
3. Zusammenfassung .....	135
Drittes Kapitel: Deutsches Internationales Privatrecht .....	137
I. Theorien des Internationalen Gesellschaftsrechts .....	137
1. Sitztheorie .....	138
2. Gründungstheorie .....	141
3. Vermittelnde Theorien .....	142
a) Differenzierungslehre .....	142
b) Überlagerungstheorie .....	143
c) Kombinationslehre .....	144
d) Sonderanknüpfungen .....	145
II. Qualifikation .....	145
III. Ergebnis .....	147
Zweiter Teil: Die Folgen der EuGH Rechtsprechung .....	149
Erstes Kapitel: Reaktion infolge der EuGH Rechtsprechung .....	151
I. Daily Mail und Centros .....	151
II. Überseering und Inspire Art .....	152
1. Die Rechtsprechung .....	152
2. Die Literatur .....	154
a) Beibehaltung der Sitztheorie .....	155
b) Ablehnung der Sitztheorie .....	155
(aa) Keck .....	156
(bb) EuInsVO als „safe-harbour“ .....	156
(cc) Missbrauchseinwand .....	157
(dd) Vier-Stufen-Test .....	157
(ee) Ausschließliche Anwendung des Gründungsrechts .....	158

3. Der Gesetzgeber .....	159
a) Referententwurf zur Neuregelung des Internationalen Gesellschaftsrechts .....	159
b) MoMiG .....	159
Zweites Kapitel: Erforderlichkeit eines Gläubigerschutzes durch das Recht des Zuzugsstaates .....	
I. Wrongful Trading .....	161
1. EuInsVO .....	162
2. Möglichkeiten der Anwendung der s. 214 IA 1986 .....	164
a) Direkte Anwendung .....	164
(aa) Funktionelle Auslegung .....	165
(bb) Gegenargument – S. 214 IA 1986 als Organpflicht .....	168
(cc) Gegenargument – Wrongful trading als Unterfall der fiduciary duties .....	170
(dd) Lex-causae-Argument .....	171
(ee) Funktionelle Auslegung vor dem Hintergrund der EuInsVO .....	171
(ff) Action en comblement du passif .....	172
(i) Entscheidung des EuGH .....	172
(ii) Relevanz der Entscheidung des EuGH für die Qualifikation action en comblement du passif ...	173
(iii) Kritik an der Rechtsprechung des EuGH .....	174
(iv) Qualifikation in Deutschland und Frankreich .....	175
(gg) Änderung der Beurteilung durch Erlass der EuInsVO ...	177
(hh) Erwägungsgründe und Systematik der EuInsVO .....	178
(i) Rechtsschutzargument .....	180
(j) Praktische Erwägungen .....	180
(k) Ergebnis .....	180
b) Sekundärverfahren .....	181
c) § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. s. 214 IA 1986 .....	183
(aa) Schutzgesetz .....	183
(i) Handlungspflicht .....	183
(ii) Systematische Erwägungen .....	184
d) Ergebnis zu b) und c) .....	185
II. Fraudulent Trading .....	185
1. Unterschiede zum Wrongful Trading .....	185
2. Gesellschaftsrechtliche Qualifikation .....	186

3.	Insolvenzrechtliche Qualifikation .....	187
4.	Qualifikation bei members' voluntary winding up .....	188
5.	Ergebnis .....	188
III.	Staatsaufsicht und Disqualification .....	188
1.	Investigation .....	189
2.	Disqualification .....	189
a)	Qualifikation .....	190
(aa)	Funktionelle Auslegung .....	190
(bb)	Vergleich mit deutschen Rechtsinstituten .....	190
(cc)	Disqualification und EMRK .....	191
(dd)	Verfahren .....	192
(ee)	Zusammenfassung .....	193
b)	Anwendung auf Auslandssachverhalte in England .....	193
c)	Probleme bei der Insolvenz einer Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland .....	193
(aa)	Zuständigkeit .....	193
(bb)	Fehlende Mitteilungspflichten .....	194
d)	Wirkung englischer disqualifications in Deutschland .....	195
e)	Voraussetzungen des CDDA 1986 als Indiz für § 35 GewO ...	196
f)	Haftungserstreckung nach s. 15 CDDA .....	197
3.	Ergebnis .....	197
IV.	Fiduciary Duties .....	197
1.	Qualifikation .....	197
2.	Anwendbarkeit des Common Law durch deutsche Gerichte ....	198
3.	Zuständigkeit deutscher Gerichte .....	199
4.	Geltendmachung .....	200
a)	Insolvenzverwalter .....	200
b)	Gläubiger .....	200
(aa)	Pfändung und Überweisung .....	200
(bb)	Nach englischem Recht .....	201
(cc)	Rechtsprechung zur Verlustdeckungshaftung .....	202
(dd)	Ergebnis .....	202
V.	Durchgriffshaftung .....	203
VI.	Insolvenzrechtliche Rückabwicklung .....	203
1.	Ss. 238 ff. IA 1986 .....	203
2.	S. 423 IA 1986 .....	204
VII.	Insolvenzantragsrecht .....	204
VIII.	Phoenix Syndrom .....	204

1. Qualifikation .....	204
a) S. 216 IA 1986 .....	205
b) S. 217 IA 1986 .....	206
2. GmbH als insolvente Gesellschaft i. S. d. s. 216 IA 1986 .....	207
3. Zuständiges Gericht .....	208
IX. Publizität .....	208
X. Offenlegung der Haftungsbeschränkung im Rechtsverkehr .....	209
XI. Sicherungsmittel .....	210
XII. Kapitalerhaltung .....	210
XIII. Gesamtergebnis .....	211

### Drittes Kapitel: Gläubigerschutz durch Regelungen

betreffend die Zweigniederlassung .....	213
I. Anmeldepflicht .....	213
II. Registerpublizität .....	215
1. Anmeldung .....	215
2. Sonderproblem:	
Vorlage der Gewerbeurteilung bei Anmeldung .....	216
a) Maßstab .....	216
(aa) Offenlegung .....	217
(bb) Genehmigung .....	218
b) Rechtfertigung .....	219
c) MoMiG .....	219
3. Inhabilitätsvorschriften nach dem MoMiG .....	220
a) Neuregelung .....	220
b) Rechtsprechung zur Verweigerung der Handelsregistereintragung wegen Gewerbeuntersagung .....	220
(aa) Bisherige Gesetzeslage .....	220
(bb) OLG Jena, Beschluß vom 9. März 2006, 6 W 293/05 .....	222
(cc) BGH, Beschluß vom 7. Mai 2007, II ZB 7/06 .....	222
c) Übertragung auf Inhabilitätsregelungen .....	223
4. Effizienz .....	224
5. Bilanzpublizität .....	224
6. Änderungen .....	226
III. Sonstige Publizitätspflichten .....	226
1. Geschäftsbriefe .....	226
2. E-Commerce .....	228
3. Bargeschäfte .....	228
IV. Ergebnis .....	229



Viertes Kapitel: Verbliebene Anwendungsbereiche	
nationaler Regelungen im Bereich der Art. 43, 48 EG	231
I. Missbrauchsausnahme	231
1. Bereichsausnahme oder Rechtfertigungsgrund	231
a) Systematische Einordnung durch	
den EuGH in Centros und Inspire Art	231
b) Erforderlichkeit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung	234
c) Missbrauch im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit	235
2. Relevanz des Missbrauchseinwands	235
a) Differenzierung nach dem Träger der Grundfreiheit	
durch den EuGH bei der Niederlassungsfreiheit	235
b) Übertragung der Differenzierung auf weitere	
Missbrauchsfälle in der Rechtsprechung	236
c) Zwischenergebnis	238
d) Kategorisierung von Missbrauchsfällen	238
e) Eigenständigkeit des Rechtfertigungsgrundes	239
f) Missbrauch im Kontext mit Gewerbe Regelungen	240
g) Ergebnis	241
3. System einer zweistufigen Prüfung	241
a) Die These Halbhubers	241
b) Missbrauchsfälle	242
c) Ergebnis	244
4. Sonstige Missbrauchsfälle in der Literatur	244
5. Ergebnis	245
6. Missbrauch als Begrenzung der Rechtfertigungsmöglichkeit	246
7. Schlussfolgerung	246
II. Betrug	247
III. Begrenzung des Schutzbereichs	
im Sinne der Keck-Rechtsprechung	248
1. Keck und die Gründe für eine Begrenzung	
des Schutzbereichs	249
2. Folgerechtsprechung nach Keck	250
a) Warenverkehrsfreiheit	250
b) Sonderbereich Werbung	251
c) Dienstleistungsfreiheit	252
d) Kapitalverkehrsfreiheit	253
e) Arbeitnehmerfreizügigkeit	254
f) Niederlassungsfreiheit	254
g) Zwischenergebnis	255

3. Übertragung der Keck-Rechtsprechung .....	255
a) BGH, Urteil vom 5. Februar 2007, II ZR 84/05 .....	256
b) Versuche der parallelen Begriffsbildung in der Literatur .....	257
(aa) Eidenmüller .....	257
(bb) Jüttner .....	257
(cc) Weller .....	258
(dd) Zwischenergebnis .....	259
c) Das Prüfungsschema von Feiden .....	259
d) Ablehnung der Übertragbarkeit in der Literatur .....	261
4. Stellungnahme .....	262
a) Keine Ausgrenzung tätigkeitsbezogener Regelungen .....	262
(aa) Gleichstellung natürlicher und juristischer Personen .....	262
(bb) Sekundärrecht .....	263
b) Marktzugangsbeschränkung als Abgrenzungskriterium .....	263
c) Notwendigkeit der Bereichsausnahme .....	265
d) Erforderlichkeit der Einzelfallbetrachtung .....	266
IV. Art. 46 EG .....	266
V. Vier-Stufen-Test .....	266
1. Das Informationsmodell oder der „aufgeklärte“ Gläubiger .....	267
a) Informationsmodell in anderen Bereichen .....	268
b) Unterschiede zu anderen Freiheiten .....	268
c) Kritik .....	269
(aa) Überforderung der Gläubiger .....	269
(bb) Selbstschutz gegenüber der GmbH .....	271
(cc) Deliktische Gläubiger .....	272
(dd) Arbeitnehmer .....	273
(ee) Informationsmöglichkeit .....	273
2. Herkunftslandprinzip .....	273
a) Herkunftslandprinzip in anderen Bereichen .....	274
(aa) Dienstleistungsfreiheit .....	274
(bb) Niederlassungsfreiheit natürlicher Personen .....	275
b) Inhalt des Herkunftslandprinzips .....	276
c) Herkunftslandprinzip und Informationsmodell .....	277
d) Kleingläubiger – eine schützenswerte Spezies .....	279
e) Mindestschutzniveau und Schlussfolgerungen .....	279
f) Existenz der Norm – Anwendbarkeit der Norm .....	280
g) BGH .....	281
h) Ergebnis .....	282
3. Jestädt – Identität der Gesellschaft .....	282

VI. Art. 43, 48 EG als versteckte Kollisionsnorm .....	283
1. Kollisionsrechtliches Verständnis und Aufgabe des EuGH .....	284
2. Systematik des EG-Vertrages .....	284
3. Überseering: kollisionsrechtliche Frage und europarechtliche Auslegung .....	285
4. Folgen eines kollisionsrechtlichen Verständnisses .....	286
5. Überseering-Entscheidung des BGH .....	287
6. Ergebnis .....	287
 Fünftes Kapitel: Deutsche Gläubigerschutzinstitute .....	 289
I. Existenzvernichtungshaftung .....	289
1. Das Rechtsinstitut .....	290
a) Funktion .....	290
b) Anwendungsfälle .....	292
c) Rechtsfolge .....	293
d) Abgrenzung zu anderen Instituten .....	293
e) BGH, Urteil vom 16. Juli 2007, II ZR 3/04 .....	295
2. Marktzugangsbeschränkung .....	296
3. Safe harbour .....	297
4. Weller – safe harbour light .....	299
5. Vier-Stufen-Test .....	300
a) Herkunftslandprinzip .....	301
(aa) Einschränkung wegen vorwerfbarer Schädigung .....	301
(bb) Gläubigerschutz durch englisches Recht im Bereich des existenzvernichtenden Eingriffs .....	302
(i) Vermögensentzug außerhalb des § 30 GmbHG ....	302
(ii) Entzug wichtiger Produktionsmittel oder Geschäftschancen .....	306
(cc) Gleichwertiges Schutzniveau .....	306
(dd) Das Model von Lanzius zur Berücksichtigung des Herkunftslandrechts im Rahmen der Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs .....	307
(ee) Der Ansatz von Schön .....	309
b) Zwischenergebnis .....	309
6. Harmonisches System oder die Anerkennung als juristische Person des Gründungsrechts .....	310
7. Ergebnis .....	311

II. Insolvenzverschleppungshaftung .....	311
1. Konzept der Regelung .....	312
a) Öffentlich-rechtliche Pflicht .....	312
b) Ziel der Gesetzgebung .....	313
c) MoMiG .....	314
2. Marktzugangsbeschränkung .....	314
3. Vier-Stufen-Test .....	316
a) Nicht diskriminierende und geeignete Regelung im Allgemeininteresse .....	316
b) Erforderlichkeit .....	317
(aa) Herkunftslandprinzip .....	317
(bb) Informationsmodell .....	318
(cc) Interessenabwägung .....	319
(dd) Ergebnis .....	319
4. Anknüpfung .....	319
a) Antragspflicht .....	319
(aa) Zweck der Insolvenzantragspflicht .....	320
(bb) Organpflicht .....	320
(cc) Gesellschaftsrechtliche Folgen der Insolvenzantragstellung .....	322
(dd) Zusammenhang zwischen Antragsrecht und Antragspflicht .....	322
(ee) EuInsVO .....	325
(i) Anwendungsbereich .....	325
(ii) Teleologische Auslegung .....	326
(ff) Ergebnis .....	326
(gg) Substitution .....	327
(hh) Shadow director .....	327
b) Haftung .....	328
5. Harmonisches System .....	330
6. Ergebnis .....	331
7. Gerichtsstand .....	331
III. Ersatzanspruch nach § 64 Abs. 2 GmbHG (§ 64 S. 1 GmbHG-MoMiG) .....	331
1. Konzept der Regelung .....	332
2. Marktzugangsbeschränkung .....	333
3. 4-Stufen-Test .....	333
4. Anknüpfung .....	334
5. Ergebnis .....	334
6. Gerichtsstand .....	335

IV. § 64 S. 3 GmbHG-MoMiG .....	337
1. Regelungskonzept .....	337
2. Marktzugangsbeschränkung .....	338
3. Ergebnis .....	338
V. § 826 BGB .....	339
1. Regelungskonzept .....	339
2. Marktzugangsbeschränkung .....	339
a) Auffang- und nicht Lückenfüllungsfunktion .....	339
b) Ergebnis .....	340
3. Anknüpfung .....	341
4. Ergebnis .....	341
VI. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 263, 266 StGB .....	341
VII. C. i. c. – § 311 Abs. 3 S. 1 BGB .....	341
1. Regelungskonzept .....	341
a) Wirtschaftliches Eigeninteresse .....	342
b) Besonderes persönliches Vertrauen .....	342
2. Marktzugangsbeschränkung .....	343
3. Anknüpfung .....	343
4. Gerichtsstand .....	345
5. Ergebnis .....	345
VIII. Rechtsscheinhaftung .....	346
1. Regelungskonzept .....	346
2. Marktzugangsbeschränkung .....	347
3. Rechtfertigung .....	349
4. Ergebnis .....	349
IX. Kapitalaufbringung .....	349
X. Kapitalerhaltung §§ 30, 31 GmbHG .....	350
XI. Eigenkapitalersatzrecht .....	351
1. Rechtsprechungsregelung .....	352
a) Regelungskonzept .....	352
b) Marktzugangsbeschränkung .....	352
c) Vier-Stufen-Test .....	353
d) Ergebnis .....	354
2. Novellenregelung .....	354
a) Regelungskonzept .....	354
b) Eingriff und Rechtfertigung .....	355
(aa) § 39 Abs. 1 Ziff. 5 InsO .....	355
(bb) § 135 InsO .....	356
c) Qualifikation .....	357
d) Zwischenergebnis .....	358

e) Effizienz .....	359
f) Gerichtsstand .....	359
g) Ergebnis .....	360
3. MoMiG .....	361
a) Regelungskonzept .....	361
b) Marktzugangsbeschränkung .....	363
c) Vier-Stufen-Test .....	363
(aa) § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO .....	363
(bb) § 135 InsO .....	364
d) Ergebnis .....	364
XII. Durchgriff .....	364
1. Unterkapitalisierung .....	365
a) Regelungskonzept .....	365
b) Eingriff und Rechtfertigung .....	366
2. Vermögensvermischung .....	367
a) Regelungskonzept .....	367
b) Marktzugangsbeschränkung .....	368
c) Rechtfertigung .....	369
3. Institutsmisbrauch .....	370
4. Sonderfall: Inländischer Haftungsdurchgriff bei Verstoß gegen ausländische Kapitalerhaltungsgrundsatz .....	371
XIII. Handelndenhaftung .....	371
1. Konzept der Regelung .....	372
2. Europarechtliche Zulässigkeit .....	372
3. Ergebnis .....	374
XIV. Gläubigerschutz durch Öffentliches Recht .....	374
1. Konzept der Regelung .....	374
2. Anwendung auf Ausländer bzw. Auslandsgesellschaften .....	375
3. Die unterschiedlichen Konstellationen .....	376
a) Umgehung einer bestehenden Untersagung .....	376
(aa) Tatbestandliche Erfassung .....	376
(bb) Marktzugangsbeschränkung .....	378
(cc) Rechtfertigung .....	378
b) Untersagung gegen „unzuverlässige“ Limited .....	379
(aa) Tatbestandliche Erfassung .....	379
(bb) Marktzugangsbeschränkung/Rechtfertigung .....	380
XV. Die gelöschte Limited .....	381
1. Vorhandensein von Inlandsvermögen .....	381
2. Auftreten als Vertreter einer Limited trotz Löschung .....	382

Sechstes Kapitel: Zusammenfassung und Bewertung der Ergebnisse .....	383
Siebtens Kapitel: Gläubigerschutz de lege ferenda .....	385
I. Öffentliches Recht .....	385
1. Gewerbeuntersagung/Bestellungsverbot .....	385
II. Publizitätspflichten .....	387
1. Bilanzpublizität .....	387
2. Registerpublizität – Eintragungszwang .....	389
3. Sonstige Publizitätspflichten .....	390
4. Ergebnis .....	390
III. Rechnungslegungsgrundsätze .....	391
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen .....	393
Literaturverzeichnis .....	397