

Schriftenreihe zum Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von Lutz Michalski,
Axel Jäger und Klaus-Rudolf Wagner

Band 38

Marcus Jerg

Eine Analyse der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) unter besonderer Berücksichtigung des Gläubigerschutzes

2. Kapitel Rechtliche Rahmenbedingungen

A. Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsformen

Die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit und der sich daraus ergebende Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsformen,²⁷ mit dem das deutsche Gesellschaftsrecht in zunehmendem Maße konfrontiert ist, gab neben dem allgemein als notwendig erachteten Reformbedarf den Anstoß für das MoMiG.²⁸ Der Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsformen äußert sich dabei in zwei Erscheinungsformen. Insbesondere Existenzgründer und Einzelunternehmer entschieden sich in der jüngeren Vergangenheit vermehrt dazu, ihr Unternehmen in Form einer *Limited* zu gründen,²⁹ um so (vermeintlich) bestehende Vorteile im Gründungsverfahren und in der Kapitalaufbringung zu nutzen. Dies mag für das deutsche Gesellschaftsrecht zwar insofern misslich sein, als dass es sich in seinem originären Geltungsbereich durch das Auftreten ausländischer Gesellschaftsrechtsformen einer Konkurrenz stellen muss, deren gesellschaftsrechtliche Konzeption von dem des deutschen Kapitalschutzsystems abweicht. Doch ein unter dem Regime der Niederlassungsfreiheit stehender Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsformen ist nach Ansicht des Verfassers aus wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten legitim und wünschenswert. Der Wettbewerb im europäischen Binnenmarkt ist in wirtschaftlicher wie auch rechtlicher Hinsicht unbestritten eine der großen Leistungen der europäischen Integrationspolitik und bedarf einer konsequenten Umsetzung.³⁰ Es ist daher Aufgabe des deutschen Gesetzgebers wie auch der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft das deutsche Gesellschaftsrecht in diesem Wettbewerb der Rechtsformen zu platzieren, seine Stärken

27 Miteinander im Wettbewerb stehen zunächst verschiedene Gesellschaftsrechtsformen, beispielsweise die deutsche GmbH, die englische *Limited* oder die niederländische *B.V.* Die aus der Wahl einer Gesellschaftsrechtsform folgende Geltung der zugehörigen Rechtsordnung führt schließlich auf zweiter Ebene auch zu einem Wettbewerb derselben. Im Folgenden soll der Begriff „*Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsformen*“ verwendet werden.

28 RegE., BT-Drucks. 16/6140, S. 1, 25.

29 Westhoff, GmbHG 2006, S. 525 liefert eine quantitative Bestandsaufnahme zum Stichtag 31.12.2005.

30 Mittel zur Verwirklichung eines europäischen Binnenmarktes sind dabei die Waren- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 28, 49, 51 EGV), Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 ff. EGV) und die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 ff. EGV).

herauszustellen und seine Schwächen durch entsprechende gesetzliche Regelungen oder mittels Rechtsfortbildung zu beseitigen.

Darüber hinaus sah sich der Gesetzgeber durch einen weiteren Aspekt als Folge des sich entwickelnden Wettbewerbs der Rechtsformen veranlasst, das GmbH-Recht zu modernisieren: die missbräuchliche Gründung von Scheinauslandsgesellschaften und die daraus resultierende Erschwerung der Rechtsverfolgung für Gläubiger.³¹ Die Einführung der UG setzt dabei an der erst genannten Erscheinungsform an. Zum besseren Verständnis der Reform soll der aus der Rechtsprechung des EuGH resultierende Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsformen und der verbleibende gesetzliche Gestaltungsspielraum dargestellt werden.

I. Die Niederlassungsfreiheit in der Rechtsprechung des EuGH

Der Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsformen hat seinen Ursprung in der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften im Gebiet der EU. Aufgrund Art. 43, 48 EGV darf die freie Niederlassung einer Gesellschaft, die nach den Vorschriften eines Mitgliedstaates der EG wirksam gegründet worden ist und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der EG hat, grundsätzlich nicht beschränkt werden. Zu unterscheiden ist dabei die primäre Niederlassungsfreiheit – d.h. das Recht, den Schwerpunkt der unternehmerischen Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat durch eine Hauptniederlassung auszuüben (Art. 43 Abs. 1 Satz 1, 48 EGV) – und die sekundäre Niederlassungsfreiheit, die zur Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften berechtigt (Art. 43 Abs. 1 Satz 2, 48 EGV). Das Personalstatut einer juristischen Person (Gesellschaftsstatut) wird traditionell entweder durch die Sitztheorie oder durch die aus dem angloamerikanischen Rechtsraum kommende Gründungstheorie bestimmt.³²

1. Die Rechtslage nach der traditionellen Sitztheorie

Die Rechtsprechung und die herrschende Meinung im Schrifttum haben bis in die jüngere Vergangenheit das Gesellschaftsstatut mittels der sogenannten Sitz-

31 Ulmer, NJW 2004, S. 1201; Grigoleit/Rieder, Rn. 24.

32 Thorn, in: Palandt, BGB, Anh. Art. 12 EGBGB Rn. 1.

theorie bestimmt.³³ Tragendes Element der Sitztheorie ist die Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts an den Verwaltungssitz der Gesellschaft; dabei kommt es nicht auf den in der Satzung genannten, sondern auf den effektiven Verwaltungssitz an.³⁴ Der Bundesgerichtshof stellt bei der Bestimmung des tatsächlichen Verwaltungssitzes maßgeblich darauf ab, wo „*der Tätigkeitsort der Geschäftsführung und der dazu berufenen Vertretungsorgane, also der Ort, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden*“, liegt³⁵. Eine wirksam, in Übereinstimmung mit den einschlägigen Vorschriften des Gründungsstaates inkorporierte Gesellschaft, die ihren Verwaltungssitz in die Bundesrepublik Deutschland verlegt, behalte ihre Rechtsfähigkeit demnach nur dann, wenn die Gesellschaft nach dem Recht des Gründungsstaates fortbesteht und auch nach deutschem Recht rechtsfähig ist.³⁶ Die Rechtsfähigkeit nach deutschem Recht erlange eine im Ausland gegründete, ihren Verwaltungssitz verlegende Gesellschaft unter Geltung der Sitztheorie nur durch Neugründung der Gesellschaft in Übereinstimmung mit den einschlägigen deutschen Gesellschaftsrechtsnormen und Eintragung ins Handelsregister.³⁷ Eine Kapitalgesellschaft, welche diese Voraussetzungen nicht erfüllt, ist nach der Rechtsprechung jedenfalls als rechtsfähige Personengesellschaft anzuerkennen, die vor deutschen Gerichten Aktiv- und Passivlegitimation genießt.³⁸

Die Anknüpfung an den effektiven Verwaltungssitz trage dem Schutzinteresse des am meisten betroffenen Staates Rechnung und korrespondiere mit Art. 3 Abs. 1 Satz 1 EuInsVO, welche auf den hauptsächlichen Interessenschwerpunkt für die Frage der Insolvenzeröffnungszuständigkeit abstellt.³⁹ Der

33 BGH, Urt. v. 21.03.1986, V ZR 10/85 = NJW 1986, S. 2194; BGH, Urt. v. 29.01.2003, VIII ZR 155/02 = NJW 2003, S. 1607; anstatt vieler: Großfeld, in: Staudinger BGB, IntGesR, Rn. 61 ff.

34 BGH, Urt. v. 29.01.2003, VIII ZR 155/02 = NJW 2003, S. 1607; BGH, Urt. v. 30.11.1970, V ZR 139/68, BGHZ 53, S. 181 (183); BGH, Urt. v. 05.11.1980, VIII ZR 230/79, BGHZ 78, S. 318 (334).

35 BGH, Urt. v. 21.03.1986, V ZR 10/85, BGHZ 97, S. 269 (272) = NJW 1986, S. 2194.

36 BGH, Urt. v. 30.03.2000, VII ZR 370/98 = NZG 2000, S. 926; Großfeld, in: Staudinger BGB, IntGesR, Rn. 16, 42; Kindler, in: MünchKommBGB, Bd. 11, Rn. 400.

37 BGH, Urt. v. 21.03.1986, V ZR 10/85 = NJW 1986, S. 2194; Großfeld, in: Staudinger BGB, IntGesR, Rn. 372 f.

38 BGH, Urt. v. 01.07.2002, II ZR 380/00 = NJW 2002, S. 3539.

39 Kindler, in: MünchKommBGB, Bd. 11, Rn. 401 f.

Staat des effektiven Verwaltungssitzes übernehme damit ein „*Wächteramt*“ hinsichtlich der Zulassung von Gesellschaften in seinem Hoheitsgebiet; des Weiteren werde das Unterlaufen inländischer Statuten durch weniger strenge ausländische Rechtsformen⁴⁰ und eine Wettbewerbsverzerrung zulasten inländischer Gesellschaften⁴¹ verhindert. Folglich kann sich unter Geltung der Sitztheorie aufgrund der Einschränkung der grenzüberschreitenden Mobilität der Gesellschaften weder ein Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsformen entfalten,⁴² noch ist eine Verlegung des Verwaltungssitzes einer nach deutschem Recht gegründeten Gesellschaft ins Ausland möglich; diesem Verständnis trug § 4a Abs. 2 GmbHG a.F. Rechnung.⁴³

2. Der Übergang zur Gründungstheorie in der Rechtsprechung des EuGH

Während die Sitztheorie folglich eher dem Schutzinteresse des Zuzugstaates Rechnung trägt, fokussiert sich die Gründungstheorie auf die wirtschaftlichen Bedürfnisse der unter der jeweiligen Rechtsordnung inkorporierten Gesellschaften.⁴⁴ Die Gründungstheorie habe aufgrund der Anknüpfung an das jeweilige Gründungsrecht, d.h. an den Ort der Registrierung, den Vorteil der Rechtssicherheit: die Inkorporation lasse sich wirksam und eindeutig feststellen und sei unabhängig davon, ob und gegebenenfalls wohin der effektive Verwaltungssitz bzw. die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft verlegt wird.⁴⁵ Die Gründungstheorie ermöglicht daher im Gegensatz zur Sitztheorie den Zuzug von ausländischen Gesellschaften unter Beibehaltung der Rechtsfähigkeit und ihres Inkorporationsrechts. Der Zuzug in andere Rechtsordnungen durch Verlegung des Verwal-

40 Großfeld, in: Staudinger BGB, IntGesR, Rn. 41.

41 Kindler, in: MünchKommBGB, Bd. 11, Rn. 402.

42 Im Ergebnis ebenso Grigoleit/Rieder, Rn. 13; Bayer, BB 2003, S. 2357 (2358).

43 OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.03.2001, 3 Wx 88/01 = NJW 2001, S. 2184; BayObLG, Urt. v. 07.05.1992, 3Z BR 14/9 = ZIP 1992, S. 842 (843); Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, § 4a Rn. 10; Roth, in: Roth/Altmeyers, GmbHG, § 4a Rn. 11; Kindler, in: MünchKommBGB, Bd. 11, Rn. 386, 390 ff.

44 Kindler, in: MünchKommBGB, Bd. 11, Rn. 340.

45 Bayer, BB 2003, S. 2357 (2358); vgl. zum Meinungsstand bei der Gründungstheorie eingehend Kindler, in: MünchKommBGB, Bd. 11, Rn. 341 ff. m.w.N.

tungssitzes oder Gründung einer (Zweig-)Niederlassung ist als ein zentrales Element der Niederlassungsfreiheit nach Art. 43, 48 EGV anzusehen.⁴⁶

Um der Niederlassungsfreiheit aus Art. 43, 48 EGV effektiv Geltung zu verschaffen, hat der EuGH in einer Reihe von Urteilen⁴⁷ zumindest für den Zuzug ausländischer Gesellschaften die Gründungstheorie innerhalb der EU faktisch postuliert. Der EuGH entschied in Sachen *Centros Ltd.*, dass eine missbräuchliche Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit nicht vorliege, wenn eine Gesellschaft Zweigniederlassungen nach dem Recht eines Mitgliedstaates errichtet, dessen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften größere Freiheiten bei der Gründung einer Gesellschaft gewähren, selbst wenn im Gründungsstaat keine Geschäftstätigkeit ausgeübt werden soll.⁴⁸ Selbst so genannte *Scheinauslandsgesellschaften* können sich demnach grundsätzlich auf die Niederlassungsfreiheit berufen.⁴⁹ Der Entscheidung in Sachen *Überseering B.V.* folgend sei das zum damaligen Zeitpunkt, unter Zugrundelegung deutschen Rechts unabdingbare Erfordernis, wonach die in einem anderen Mitgliedstaat wirksam gegründete Gesellschaft in Deutschland entsprechend den dort geltenden Vorschriften über die Gründung einer Kapitalgesellschaft neu zu gründen, und andernfalls die Rechts- und Parteifähigkeit abzusprechen sei, mit der Niederlassungsfreiheit nicht vereinbar.⁵⁰ In der Entscheidung *Inspire Art Ltd.* setzte der EuGH seine zuvor entwickelte Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit konsequent fort⁵¹. Die Mitgliedstaaten seien nicht nur verpflichtet, die Rechts- und Parteifähigkeit der aus einem anderen Mitgliedstaat zuziehenden Gesellschaft, sondern auch das Gründungsstatut ohne Einschränkung anzuerkennen.⁵² Der EuGH schob damit

46 EuGH, Urt. v. 09.03.1999, Rs. C-212/97 (*Centros*) = NJW 1999, S. 2027 (Rz. 27); EuGH, Urt. v. 05.11.2002, Rs. C-208/00 (*Überseering*) = NJW 2002, S. 3614 (Rz. 56).

47 EuGH, Urt. v. 09.03.1999, Rs. C-212/97 (*Centros*) = NJW 1999, S. 2027; EuGH, Urt. v. 05.11.2002, Rs. C-208/00 (*Überseering*) = NJW 2002, S. 3614; EuGH, Urt. v. 30.09.2003, Rs. C-167/01 (*Inspire Art*) = NJW 2003, S. 3331; EuGH, Urt. v. 13.12.2005, Rs. C-411/03 (*SEVIC*) = NJW 2006, S. 425.

48 EuGH, Urt. v. 09.03.1999, Rs. C-212/97 (*Centros*) = NJW 1999, S. 2027 (Rz. 26 ff., 39).

49 Ebenso Horn, NJW 2004, S. 893 (895); Altmeyden, NJW 2004, S. 97.

50 EuGH, Urt. v. 05.11.2002, Rs. C-208/00 (*Überseering*) = NJW 2002, S. 3614 (Rz. 56, 81).

51 EuGH, Urt. v. 30.09.2003, Rs. C-167/01 (*Inspire Art*) Rn. 95 f.

52 EuGH, Urt. v. 30.09.2003, Rs. C-167/01 (*Inspire Art*) = NJW 2003, S. 3331 (Rz. 101); zustimmend Horn, NJW 2004, S. 893 (895 f.); Bayer, BB 2003, S. 2357 (2361 f.).

der Praxis des Bundesgerichtshof⁵³ einen Riegel vor, zuziehenden ausländischen Gesellschaften die Rechtsfähigkeit nach deutschem Recht, allerdings nur als Personengesellschaft zuzuerkennen.⁵⁴ Diese unter dem Primat der Niederlassungsfreiheit stehende Gründungstheorie erstreckte der EuGH in der Entscheidung *SEVIC System AG* schließlich auch auf Fälle einer grenzüberschreitenden Verschmelzung.⁵⁵

Die Sitztheorie wird seit 2004 nur noch auf Gesellschaften ohne staatsvertraglich vereinbarte Niederlassungsfreiheit angewendet,⁵⁶ wohingegen EU-ausländische Gesellschaften, solche aus dem übrigen EWR-Raum kommende oder unter bilateralem Schutz stehende Gesellschaften der Gründungstheorie unterworfen werden.⁵⁷ Zumindest in den Fallkonstellationen, in denen eine im Ausland wirksam gegründete Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat unter Beibehaltung ihres Gründungsstatuts zuzieht, und bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen, hat die Rechtsprechung des EuGH der Sitztheorie den Boden entzogen und der Gründungstheorie zur Geltung verholfen, auch wenn der EuGH keine generelle Aussage über die Vereinbarkeit der Sitztheorie mit Art. 43, 48 EGV getroffen hat.⁵⁸

II. Auswirkungen auf das deutsche Gesellschaftsrecht

Der deutsche Gesetzgeber hat diesem Umstand mit Neufassung des § 4a GmbHG Rechnung getragen. Deutsche Gesellschaften können nunmehr einen vom Satzungssitz abweichenden Verwaltungssitz wählen und somit ihre Geschäftstätigkeit auch ausschließlich im Rahmen einer (Zweig-)Niederlassung außerhalb des deutschen Hoheitsgebiets entfalten.⁵⁹ Die Rechtsprechung und die

53 BGH, Urt. v. 01.07.2002, II ZR 380/00, BGHZ 151, S. 204 = NJW 2002, S. 3539.

54 Horn, NJW 2004, S. 893 (896).

55 EuGH, Urt. v. 13.12.2005, Rs. C-411/03 (SEVIC) = NJW 2006, S. 425 (Rz. 23).

56 BGH, Urt. v. 27.10.2008, II ZR 158/06 = NJW 2009, S. 289 (291) (Trabrennbahn); insoweit zustimmend die h.M. im Schrifttum: Heinrich, in: Palandt, BGB, Art. 12 EGBGB Anh. Rn. 9; Kindler, in: MünchKommBGB, Bd. 11, Rn. 338 m.w.N.

57 EuGH, Urt. v. 09.03.1999, Rs. C-212/97 (Centros) = NJW 1999, S. 2027; EuGH, Urt. v. 05.11.2002, Rs. C-208/00 (Überseering) = NJW 2002, S. 3614; EuGH, Urt. v. 30.09.2003, Rs. C-167/01 (Inspire Art) = NJW 2003, S. 3331; EuGH, Urteil vom 13.12.2005, Rs. C-411/03 (SEVIC).

58 Grigoleit/Rieder, Rn. 14; Bayer, BB 2003, S. 2357 (2362).

59 RegE., BT-Drucks. 16/6140, S. 29.

herrschende Ansicht im Schrifttum haben diese Konsequenzen schon zuvor gezogen und erkennen die Rechts- und Parteifähigkeit von ausländischen Gesellschaften in der Rechtsform ihrer Gründung wie auch die Eintragungsfähigkeit ins Handelsregister und Grundbuch an, selbst wenn es sich dabei um bloße Scheinauslandsgesellschaften handelt.⁶⁰ Die weitgehende Anerkennung ausländischer Rechtsformen und der damit einhergehende Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsformen bringen – trotz der unbestrittenen Vorteile der Gründungstheorie – ebenso nachteilige Auswirkungen mit sich.

1. Scheinauslandsgründungen – das „*Limited*“-Problem

Wie bereits eingangs erwähnt, haben insbesondere Existenzgründer in nicht unbeachtlichem Maße und von professionellen Anbietern unterstützt davon Gebrauch gemacht, Unternehmungen in Form der *Limited* oder anderen vergleichbaren ausländischen Rechtsformen zu gründen, obwohl gleichwohl eine Geschäftstätigkeit in der ausländischen Rechtsordnung oftmals nicht ausgeübt wird (so genannte originäre Scheinauslandsgesellschaften).⁶¹ Sofern das ausländische Gesellschaftsrecht adäquate Schutzvorschriften zugunsten von Gläubigern, Gesellschaftern oder der Allgemeinheit vorsieht, ist die Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit durch Gründung einer Gesellschaft ausländischer Rechtsform mit Sitz im Inland zumindest im Hinblick auf das Gläubigerschutzniveau nicht weiter bedenklich.⁶² Gleichwohl berge dies – so die Kritik – die

60 BGH, Urt. v. 13.03.2003, VII ZR 370/98 = BB 2003, S. 915; OLG Celle, Urt. v. 10.12.2002, 9 W 168/01 = IPRax 2003, S. 245; OLG Zweibrücken, Urt. v. 26.03.2003, 3 W 21/03 = BB 2003, S. 864; BayObLG, Urt. v. 19.12.2002, 2 Z BR 7/02 = ZIP 2003, S. 398; Thorn, in: Palandt, BGB, Art. 12 EGBGB Anh. Rn. 6; Sandrock, BB 2004, S. 897 (901); Bayer, BB 2003, S. 2357 (2363 f.); Horn, NJW 2004, S. 893 (897); Ulmer, NJW 2004, S. 1201 (1206); für eine begrenzte Anwendung hingegen Altmeyen, NJW 2004, S. 97 ff.

61 Seibert, in: FS Röhrich, S. 585 (596). Eine empirische Erfassung der Wettbewerbssituation, insbesondere die Zahl der Gesellschaften ausländischer Rechtsform, gestaltet sich gleichwohl schwierig, da die Statistiken auf Gewerbeanzeigen basieren. Die Gewerbeanzeigen reflektieren die Realität indes nicht vollständig. Denn einerseits betreibt nicht jede Kapitalgesellschaft ein anzeigepflichtiges Gewerbe, andererseits kommt nicht jeder Anzeigepflichtige seiner gesetzlichen Verpflichtung nach; eingehend Eidenmüller, ZGR 2007, S. 168 (170 ff.).

62 Der EuGH hat folglich sowohl in Sachen Centros als auch Inspire Art klargestellt, dass es grundsätzlich kein missbräuchliches Ausnutzen der Niederlassungsfreiheit darstellt, wenn eine Gesellschaft, nur um in den Genuss einer vorteilhafteren Rechtsordnung zu

Gefahr, dass Gesellschaften in Rechtsordnungen gegründet werden, in deren Rahmen der Schutz nationaler oder individueller Interessen wie auch ordnungspolitische Vorschriften zumindest im Vergleich zu den gesetzlichen Regelungen in Deutschland schwächer ausgeprägt oder abweichend statuiert sind.⁶³ Grundet das ausländische Gesellschaftsrecht auf wesentlich liberaleren Grundlagen oder wird der erforderliche gehaltene Schutz von (Minderheits-)Gesellschaftern, Gläubigern und der Allgemeinheit außerhalb des Gesellschaftsrechts (etwa im Insolvenzrecht) statuiert, werde der bisherige Schutzstandard des deutschen Gesellschaftsrechts gegebenenfalls unterlaufen.⁶⁴ Ob die Befürchtungen gerechtfertigt sind, dass ausländische Rechtsordnungen stets einen weniger stark ausgeprägten Gläubigerschutz aufweisen, ist angesichts eines sich zunehmend vereinheitlichenden europäischen Wirtschafts- und Rechtsraums fraglich. Gänzlich von der Hand zu weisen, ist eine Gefährdung von Gläubigerinteressen jedoch nicht, wie die seit dem Wechsel zur Gründungstheorie vermehrt auftretenden Fälle der Insolvenz von EU-Briefkastengesellschaften⁶⁵ und die damit verbundenen Schwierigkeit einer effektiven Rechtsverfolgung für Gesellschaftsgläubiger und deutsche Gerichte verdeutlichen.

Sofern die Rechtsordnung des Gründungsstatuts einen Schutz kennt, welcher einen gesellschaftsrechtlichen entbehrlich macht, ist eine originäre Schein- auslandsgesellschaft in Bezug auf das Schutzniveau ebenso wenig *per se* missbräuchlich. Problematisch sind indes die Fallkonstellationen, in denen sich die

gelangen, ihren Sitz in einem Mitgliedstaat begründet, in dem sie keine Geschäftstätigkeit ausübt; vgl. EuGH, Urt. v. 09.03.1999, Rs. C-212/97 (Centros) = NJW 1999, S. 2027 (Rz. 27, 29); EuGH, Urt. v. 30.09.2003, Rs. C-167/01 (Inspire Art) = NJW 2003, S. 3331 (Rz. 96).

63 Kindler, in: MünchKommBGB, Bd. 11, Rn. 348 ff. m.w.N. So ist beispielsweise das englische Gesellschaftsrecht in viel stärkerem Maße durch repressive staatliche Eingriff- und Aufsichtsbefugnisse geprägt als das deutsche Gesellschaftsrecht, das traditionell präventiv bei Kapitalaufbringung und -erhaltung ansetzt.

64 Krejci, in: FS K. Schmidt, S. 981 (1984). Zu Recht kritisiert Paura, in: Ulmer, GmbHG, Ergänzungsband MoMiG, § 5a Rn. 15, die teilweise überzogenen Diskussion um die Absenkung des gesetzlichen Mindeststammkapitals, insbesondere da ein festes Mindeststammkapitalziffer für den gesetzlichen Kapitalschutz nicht zwingend erforderlich ist.

65 AG Hamburg, Urt. v. 14.05.2003, 67g IN 358/02 = NJW 2003, S. 2835; AG Duisburg, Urt. v. 14.10.2003, 63 IN 48/03 = NZG 2003, S. 1167; AG Düsseldorf, Urt. v. 07.04.2004, 502 IN 124/03 = ZIP 2004, S. 866; AG Mönchengladbach, Urt. v. 27.04.2004, 19 IN 54/04 = NZG 2004, S. 1016; AG Siegen, NZG 2005, S. 92; AG Offenburg, Urt. v. 01.07.2004, 25 IN 154/04 = NZG 2005, S. 92.

Gesellschafter eines liberaleren gesellschaftsrechtlichen Gründungsrechts bedienen, für die Abwicklung der Gesellschaft durch Sitzverlegung jedoch ein weniger restriktives Insolvenzrecht wählen.⁶⁶ Letztlich kann dem deutschen Gesetzgeber nicht daran gelegen sein, dass der Typenzwang im deutschen Gesellschaftsrecht durch ausländische Gesellschaftsrechtsformen unterlaufen wird. Ob dieser Wettbewerb der Rechtsformen letztlich dazu führen wird, dass Gesellschaftsgründer diejenige Gesellschaftsform mit den (vermeintlich) geringsten Lasten wählen und ein „*race to the bottom*“ zum Nachteil der Gläubiger und Allgemeinheit einsetzt, muss die Entwicklung der kommenden Jahre zeigen.⁶⁷

2. Verbleibender Spielraum für einzelstaatliche Rechtsordnungen

Wirksam in einem Mitgliedstaat gegründete Gesellschaften mit Verwaltungssitz in einem anderen Mitgliedstaat sind in Folge der Rechtsprechung des EuGH hinsichtlich ihrer Rechtsfähigkeit und im Übrigen gesellschaftsrechtlich am Recht der Inkorporation zu messen – für deutsches Gesellschaftsrecht verbleibt

66 Seibert, in: FS Röhrich, S. 585 (599), weist richtigerweise darauf hin, dass das Recht der englischen Limited bei einer Gesamtschau nicht zwingend als milder einzustufen ist. Zwar sind die Anforderungen an Kapitalaufbringung bei Gründung geringer; demgegenüber lässt das englische Recht im späteren Verlauf, vor allem in einer Krisensituation, größere Strenge walten. Befindet sich der Verwaltungssitz jedoch in Deutschland, findet auf das Insolvenzverfahren deutsches Recht Anwendung. Die Gesellschafter können auf diese Weise die geringe Präventivkontrolle des englischen Gesellschaftsrechts mit der (vergleichsweisen) schwachen repressiven Kontrolle des deutschen Insolvenzrechts kombinieren. Man könne insofern von einer Art „*Rosinenpickerei*“ sprechen.

67 Für potentielle Gründer einer Gesellschaft spielen bei der Wahl der Rechtsform verschiedene Aspekte eine Rolle. Zu nennen sind dabei die Gründungskosten, die Praxisfreundlichkeit des Gründungsverfahrens, Formerfordernisse, Anforderungen an die Kapitalausstattung, steuerrechtliche Gesichtspunkte und nicht zuletzt, wie sich die Wahl der Rechtsform auf eine Insolvenz der Gesellschaft auswirken wird. In der Zeit vor Inkrafttreten des MoMiG hat sich bei Existenzgründern der Eindruck verfestigt, dass sich die Rechtsform der Limited besser für ihre Zwecke eigne und das vermeintlich strengere deutsche gesellschaftsrechtliche Regime vermieden werden könne. Zahlreiche Gesellschaftsgründer mussten aber schnell erkennen, dass auch bei der Gründung bzw. nach Errichtung einer Limited eine Vielzahl von Anforderungen zu erfüllen sind, die mit Kosten verbunden sind, z.B. die jährlich anfallenden Registrierungskosten, Vorhaltung eines registered office, die Pflicht zur Buchführung nach englischem Bilanzrecht und deren Prüfung durch einen englischen Wirtschaftsprüfer; vgl. Hübner, in: FS Canaris, Bd. 2, S. 129 (131).