

# Die GmbH im europäischen Wettbewerb der Rechtsformen

Prof. Dr. CHRISTOPH TEICHMANN, Würzburg\*

*Inhaltsübersicht*

ZGR 2017, 543–582

I. Einleitung . . . . .	544
II. Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im Gesellschaftsrecht . . . . .	545
1. Zerrbild „Delaware-Effekt“ . . . . .	545
2. Gesetzgeberischer Wettbewerb unter europäischen Bedingungen . . . . .	548
3. Zwischenergebnis . . . . .	554
III. Korrekturen und Neujustierungen im Wettbewerbsmodell . . . . .	555
1. Wettlauf der EU-Mitgliedstaaten um flexible Gründungsmöglichkeiten . . . . .	555
2. Neubewertung der Anreizwirkung liberaler Gründungsregeln . . . . .	556
3. Reichweite des Gesellschaftsstatuts . . . . .	562
4. Zwischenergebnis . . . . .	571
IV. Standortbestimmung: Deutsches GmbH-Recht heute . . . . .	572
1. Die deutsche GmbH – wirklich ein Exportschlager? . . . . .	572
2. Deutsches GmbH-Recht im europäischen Ideenwettbewerb . . . . .	577
3. Zwischenergebnis . . . . .	580
V. Zusammenfassung in Thesen . . . . .	580

*In den 125 Jahren seit ihrer Einführung im Jahre 1892 hat die deutsche GmbH einerseits einen Siegeszug um die ganze Welt angetreten und musste sich andererseits im eigenen Heimatland der scharfen Konkurrenz der englischen Limited erwehren. Dieser Wettbewerb setzte im Internationalen Gesellschaftsrecht einen Wechsel von der Sitz- zur Gründungstheorie voraus. Seine negativen Auswirkungen lassen sich, wie die jüngere EuGH-Rechtsprechung zeigt, durch eine am Sachproblem orientierte Anwendung inländischer Drittschutzregeln zielgerichtet eingrenzen. Im europäischen Ideenwettbewerb ist das deutsche GmbH-Recht derweil deutlich zurückgefallen. Das liegt weniger an der vermeintlichen Dominanz des englischen Rechts als am Ideenreichtum der kleineren EU-Staaten, denen es mit gut durchdachten Reformprojekten gelingt, international Aufmerksamkeit auf sich zu ziehen.*

*Since its introduction 125 years ago, the German Private Company (“GmbH”) has been a success story and has served as a model for company law reform all over the world. In its country of origin, however, the GmbH faced fierce competition by the English Private Company Limited by Shares*

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und Gesellschaftsrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Bei dem Beitrag handelt es sich um die erweiterte und um Nachweise ergänzte Fassung des Vortrags, den der Verfasser am 11. Mai 2017 zum Auftakt der Tagung „125 Jahre GmbH-Gesetz“ an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg gehalten hat.

(“Limited”). This has been made possible by a change in the field of International Company Law from the real seat theory to the incorporation theory. The competition of company forms incorporated in other EU Member States has negative side effects; they can – based on recent judgments of the European Court of Justice (ECJ) – be contained by mandatory rules protecting stakeholder interests in the state where the company carries out its main activity. Meanwhile, the German GmbH, in terms of serving as a model for foreign and European legislation, has considerably lost ground. This is mainly not attributable to the prevalence of English company law. It is rather due to the legislative ambitions of smaller European Member States which have introduced thoughtful reforms and thereby successfully inspired the international debate.

## I. Einleitung

Vor 125 Jahren trat das GmbH-Gesetz in Kraft.<sup>1</sup> Seitdem hat die Rechtsform der GmbH einen „Siegeszug“<sup>2</sup> um die ganze Welt angetreten. Ihre geographische Verbreitung hat Lutter zum 100. Geburtstag der Rechtsform detailliert nachgezeichnet:<sup>3</sup> Belgien, Brasilien, China, Italien, Polen, Schweiz, Thailand, die Türkei – man könnte die Aufzählung lange fortsetzen, ist die GmbH doch heute in mehr als 100 Ländern der Welt zu Hause.<sup>4</sup> Sie gilt damit als einer der größten Exportschlager des deutschen Rechts.

Seit dem 100. Wiegenfest sind 25 Jahre vergangen, und in dieser Zeit ist der Lorbeerkrantz des Siegers welk geworden. Denn obwohl die ganze Welt unser Rechtsprodukt schätzt, haben sich die deutschen Unternehmen bei der ersten sich bietenden Gelegenheit schnöde von ihm abgewandt. Den Startschuss gab die europäische *Inspire Art*-Entscheidung im Jahre 2003.<sup>5</sup> In ihrem Gefolge entschied sich phasenweise nahezu jeder vierte deutsche Unternehmensgründer für die englische *Private Company Limited by Shares* (kurz: „Limited“).<sup>6</sup> Auch wenn dieses Phänomen in der gesamten Europäischen Union zu beobachten war,<sup>7</sup> zeigte sich der Trend doch in keinem anderen Land so ausgeprägt wie in Deutschland. Die 2008 eingeführte „Unternehmergeinschaft (haftungsbeschränkt)“<sup>8</sup> entstand nicht aus freien Stücken. In ihr liegt eher das

1 Das am 20. April 1892 erlassene GmbH-Gesetz ist am 10. Mai 1892 in Kraft getreten (RGBl. 1892, S. 477).

2 FLEISCHER, Münchener Komm. z. GmbHG, 2. Aufl., 2015, Einl. Rdn. 210.

3 LUTTER, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, S. 49 ff.

4 Umfassend zu den verschiedenen Ausformungen der GmbH weltweit die Länderberichte in: Süß/Wachter, Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, 3. Aufl., 2016.

5 EuGH, Urt. v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01, NZG 2003, 1064 = ZIP 2003, 1885.

6 So die Schlagzeilen des Handelsblattes v. 9.2.2005, S. 39 und v. 9.2.2005, S. 8.

7 Vgl. etwa die Zahlen für Österreich bei RINGE, ECFR 2013, 230, 253 ff.

8 Regelt in § 5 a GmbHG, eingeführt durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 23.10.2008, BGBl. I, S. 2062.

Eingeständnis einer Niederlage – einer Niederlage der überkommenen GmbH im Wettbewerb der Rechtsordnungen.

Einen solchen Wettbewerb um das attraktivste Gesellschaftsrecht kannte man lange Zeit nur aus den USA; mittlerweile sind aber auch innerhalb der Europäischen Union die Voraussetzungen gegeben, die zur Entfaltung dieses Wettbewerbs notwendig sind (*unter II.*). Infolgedessen sind zahlreiche sog. „Briefkastengesellschaften“ entstanden, die im Gründungsstaat keine Geschäftstätigkeit entfalten und stattdessen in anderen EU-Staaten aktiv sind. Entgegen anfänglichen Befürchtungen zeichnet sich mittlerweile ab, dass der nationale Gesetzgeber im Kontext des EU-Rechts durchaus Möglichkeiten hat, um seine inländischen Schutzinteressen auch bei solchen Gestaltungen angemessen zur Geltung zu bringen (*unter III.*). Der Stellenwert des dereinst strahlenden deutschen GmbH-Rechts wird in diesem veränderten Umfeld allerdings neu zu bestimmen sein (*unter IV.*).

## *II. Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im Gesellschaftsrecht*

Die Diskussion über den Wettbewerb im Gesellschaftsrecht wird bis heute vom US-amerikanischen Vorbild geprägt, in dem nicht wenige ein abschreckendes Beispiel sehen (*unter 1.*). Die europäische Entwicklung weist hierzu manche Parallelen, aber auch einige markante Unterschiede auf (*unter 2.*).

### *1. Zerrbild „Delaware-Effekt“*

#### *a) Deregulierung auf Kosten von Schutzinteressen*

Einen Wettbewerb der Rechtsordnungen kannte man im deutschen Gesellschaftsrecht jahrzehntelang nur vom Hörensagen. Mit Grausen blickte man über den Atlantik, wo der berühmt-berüchtigte „Delaware-Effekt“ sein Unwesen trieb. Der kleine US-Staat Delaware zieht bekanntlich die Hälfte aller US-amerikanischen Großunternehmen an, indem er ihnen ein flexibles und liberales Gesellschaftsrecht anbietet.<sup>9</sup> Ihre wirtschaftliche Aktivität entfalten die betreffenden Unternehmen aber typischerweise nicht im idyllischen Kleinstaat Delaware, weshalb sich der dortige Gesetzgebungsprozess frei von drittschützenden Erwägungen ganz auf die Bedürfnisse der Unternehmen konzen-

<sup>9</sup> Siehe nur MERKT, *RabelsZ* 59 (1995), 545, 549 ff.; PAPMEHL, *ZVglRWiss* 101 (2002), 200 ff.; TEICHMANN, *Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht*, 2006, S. 332 ff.

trieren kann.<sup>10</sup> Diese Bedürfnisse wiederum definiert in einem Umfeld der *dispersed ownership* häufig das Management, das in Delaware ein aus seiner Sicht attraktives Gesellschaftsrecht vorfindet.<sup>11</sup> Die großen Flächenstaaten hingegen können ihre Gesetzgebung nicht allein an den Wünschen der Unternehmen ausrichten; sie müssen mit Blick auf die eigene Bevölkerung eine ausgewogene Interessenbalance anstreben.<sup>12</sup> In den Augen vieler Beobachter verschafft sich der Kleinstaat Delaware damit durch hemmungsloses „Gesellschaftsrechts-Dumping“ einen Vorteil auf Kosten der größeren US-Bundesstaaten. Für Europa sei Derartiges strikt abzulehnen, so die lange Zeit vorherrschende Auffassung.<sup>13</sup>

### b) Qualität der Rechtspflege als eigentlicher Standortvorteil Delawares

Einzelne Autoren wiesen allerdings schon früh darauf hin, dass man etwas genauer hinschauen müsse.<sup>14</sup> Der Erfolg von Delaware ist allein mit dem Schlagwort eines „*race to the bottom*“<sup>15</sup> nicht hinreichend erklärbar. Denn über die Jahre hat sich das Gesellschaftsrecht der US-Einzelstaaten mehr und mehr angeglichen, sodass mittlerweile auch andere Staaten der USA ein unternehmensfreundliches Gesellschaftsrecht anbieten. Der jeweilige *state of the art* findet Eingang in den *Model Business Corporation Act (MBCA)*, den ein Ausschuss der *American Bar Association* regelmäßig überarbeitet.<sup>16</sup> Seit langem schon orientiert die Mehrheit der US-Staaten ihre Gesetzgebung am Vorbild des *MBCA*.<sup>17</sup> Für US-amerikanische Unternehmen besteht daher kein zwingender Grund mehr, sich allein wegen des vermeintlich attraktiveren Gesellschaftsrechts nach Delaware abzusetzen.

10 Diese besondere Art der Effizienz geht so weit, dass das Parlament von Delaware die von der Anwaltschaft konzipierten Gesetzentwürfe ohne Aussprache passieren lässt (eindrücklich beschrieben von ALVA, 15 Del. J. Corp. L. [1990], 885, insb. 898).

11 BEBCHUK, Harv. L. R. 105 (1992), 1435, 1458 ff, arbeitet heraus, dass die Vorentscheidung über eine Sitzverlegung nach Delaware in aller Regel vom Management getroffen wird.

12 Zu diesem Aspekt zusammenfassend KIENINGER, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen, 2002, S. 190 ff.

13 In Deutschland war diese kritische Sicht vom Ende des 19. Jahrhunderts (dazu VON HEIN, Rezeption des US-amerikanischen Rechts, 2008, S. 122) bis weit in das 20. Jahrhundert hinein (siehe nur WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht I, 1980, § 14 II [S. 783]) vorherrschend und ist bis heute anzutreffen (siehe nur ROTH, Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 33).

14 Siehe nur EBKE, RabelsZ 62 (1998), 195, 228 ff, und KÜBLER, KritV 77 (1994), 79, 85 ff.

15 So die klassisch gewordene Kritik bei CARY, 83 (1974) Yale L.J., 663, 666.

16 Hierzu jüngst L. SCHMIDT, RIW 2016, 718 ff, sowie TEICHMANN, FS Baums, Band 2, 2017, S. 1227, 1231 ff.

17 Vgl. die tabellarische Übersicht bei L. SCHMIDT, RIW 2016, 718, 723 ff.

Der eigentliche Wettbewerbsvorteil, der Delaware heute mehr denn je auszeichnet, liegt in der hoch qualifizierten Rechtspflege.<sup>18</sup> Gesellschaftsrechtliche Fragen landen dort vor einem spezialisierten Gericht, das Tag für Tag nichts anders bearbeitet als gesellschaftsrechtliche Fälle.<sup>19</sup> Die Richter und Anwälte von Delaware verfügen über eine weit überdurchschnittliche Expertise in diesen Fragen. Mit der großen Zahl an Gesellschaften geht naturgemäß eine große Zahl an Gerichtsverfahren einher, sodass sich ein selbststabilisierender Effekt einstellt, den andere Staaten kaum mehr einholen können.<sup>20</sup>

c) *Auslagerung drittschützender Normen auf andere Rechtsgebiete*

Zu guter Letzt darf nicht übersehen werden, dass Gesellschaftsrecht im US-amerikanischen Rechtsdenken nicht die Funktion hat, Drittinteressen zu schützen.<sup>21</sup> Gläubigerschutz ist eine Frage der Vertragsgestaltung und ansonsten eine Materie des Insolvenzrechts, das vom Bundesgesetzgeber für die ganzen USA einheitlich geregelt wurde<sup>22</sup>. Hinzu kommt bei den großen börsennotierten Gesellschaften der steuernde Einfluss des Kapitalmarktrechts, das ebenfalls von Bundesgesetzgeber vorgegeben und von einer schlagkräftigen Bundesbehörde (*Securities and Exchange Commission*) durchgesetzt wird.<sup>23</sup> Im Lichte dessen sehen manche Autoren das eigentliche Erfolgsgeheimnis der USA darin, dass der gesellschaftsrechtliche Wettbewerb unter dem wachsamen Auge des zentralen Bundesgesetzgebers stattfindet.<sup>24</sup> Delaware wisse sehr genau, dass es den Bogen nicht überspannen dürfe, da ansonsten der Bundesgesetzgeber eingreifen und einer allzu laxen Regulierungspraxis einen Riegel vorschieben werde.

18 Grundlegend ROMANO, I J. L. *Econ. & Org.* (1985), 225 ff, sowie DIES., *The Genius of American Corporate Law*, 1993; MERKT, *US-amerikanisches Gesellschaftsrecht*, 3. Aufl., 2013, S. 20.

19 Zum *Delaware Court of Chancery* ausführlich FLEISCHER, FS Baums, Band 1, 2017, S. 417 ff.

20 Zu diesen Erfolgsfaktoren FLEISCHER, FS Baums, Band 1, S. 417, 424 ff.

21 Monographisch BÖCKMANN, Gläubigerschutz bei GmbH und close corporation, 2004; weiterhin GERBER, in: Süß/Wachter, *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts*, 3. Aufl., 2016, Länderbericht USA, Rdn. 156 ff, MERKT, ZGR 2004, 305, 316; MÜLBERT, Konzern 2004, 151, 160.

22 Grundlage dafür ist die United States Constitution, Article 1, Section 8, Clause 4.

23 Siehe nur MERKT, aaO (Fn. 18), S. 259 ff.

24 Diesen Gedanken vertiefend ROE, *Harv. L. R.* 116 (2003), 588 ff; angesprochen bereits von EBKE, *RabelsZ* 62 (1998), 195, 241; siehe weiterhin MERKT, aaO (Fn. 18), S. 20 ff; TEICHMANN, aaO (Fn. 9), S. 346 ff.

## 2. Gesetzgeberischer Wettbewerb unter europäischen Bedingungen

### a) Wettbewerbsausprägungen in unterschiedlichen Sektoren der Unternehmenslandschaft

Die US-amerikanischen Erfahrungen sind gewiss lehrreich, doch herrschen in Europa andere Verhältnisse.<sup>25</sup> Aus Sicht der Staaten als Anbieter ist der Anreiz schwächer, das Budget durch *incorporation fees* aufzubessern; aus Sicht der Unternehmen als Nachfrager fallen die rechtskulturellen Unterschiede stärker ins Gewicht, die den grenzüberschreitenden Spagat kostenträchtig erschweren. Das mögen Gründe dafür sein, dass sich im Gesellschaftsrecht bislang noch kein europäisches Delaware herausbilden konnte. Der Stellenwert des englischen Rechts lässt sich mit demjenigen von Delaware keineswegs vergleichen. Denn die Großunternehmen der EU bleiben ihrer Heimatrechtsordnung in aller Regel treu. Den Wechsel in die englische *Public Limited Company (PLC)* hat – soweit ersichtlich – in Gestalt der *Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG* nur ein einziges deutsches Großunternehmen vollzogen. Die Motivation dafür lag weniger in der Attraktivität des englischen Gesellschaftsrechts als in der Aversion des damaligen Vorstandsvorsitzenden gegen die deutsche Unternehmensmitbestimmung.<sup>26</sup> Ein anderes europäisches Großunternehmen, das die Heimatrechtsordnung verlassen hat, ist die *Fiat S.p.A.*, die sich nach der Fusion mit *Chrysler* für eine Holding niederländischen Rechts entschieden hat.<sup>27</sup> Der Wechsel von Großunternehmen in andere Rechtsordnungen bleibt der spektakuläre Einzelfall und er führt keineswegs immer nach Großbritannien.

Die Treue der Großunternehmen zur Heimatrechtsordnung ist deshalb bemerkenswert, weil heutzutage die rechtlichen Rahmenbedingungen für einen Wettbewerb US-amerikanischer Prägung in Europa gleichermaßen gegeben sind: Seit dem Wechsel zur Gründungstheorie<sup>28</sup> können sich die Unterneh-

25 Umfassend TEICHMANN, aaO (Fn. 9), S. 353 ff; zuvor bereits EBKE, *RabelsZ* 62 (1998), 195, 228 ff, GRUNDMANN, *ZGR* 2001, 783, 793 ff, KIENINGER, aaO (Fn. 12), S. 105 ff.

26 Gefragt, ob eine deutsche Aktiengesellschaft nicht kostengünstiger sei, antwortete JOACHIM HUNOLD seinerzeit: „Die großen Unternehmen stöhnen unter der Mitbestimmung und unter den Kosten, die sie verursacht“ (*Tagesspiegel*, 2. Mai 2006, zuletzt aufgerufen am 20.6.2017 unter [www.tagesspiegel.de](http://www.tagesspiegel.de)). Die übliche Gestaltung solcher Auslands-gesellschaften & Co. KG liegt in der Kombination mit einer kleinen Kapitalgesellschaft, insb. der englischen *Limited* oder der niederländischen *B.V.* (HOFFMANN, *AG* 2016, R 167, R 169). Zur mitbestimmungsinduzierten Verwendung der *Societas Europaea (SE)* s. sogleich bei Fn. 33.

27 PERNAZZA, *ECFR* 2017, 37 ff; VENTORUZZO, *ZVglRWiss* 114 (2015), 192 ff.

28 Für Deutschland BGH, *Urt. v. 13.3.2003 – VII ZR 370/98*, *NJW* 2003, 1461 f (im Gefolge der *Überseering*-Entscheidung, *Urt. v. 5.11.2002 – C-208/00*, *NJW* 2002, 3614 ff). Zwar haben viele EU-Staaten die Sitztheorie nicht vollkommen aufgegeben. Das primärrecht-

men eines EU-ausländischen Gesellschaftsrechts bedienen, ohne dort ihre Hauptverwaltung oder irgendeine andere Tätigkeit ansiedeln zu müssen. Selbst das Gesellschaftsrecht von Delaware können sie wählen, denn auch im Verhältnis zu den USA wendet der BGH die Gründungstheorie an.<sup>29</sup> Dennoch bleiben die Großunternehmen im Lande. Stattdessen entfaltet sich der Wettbewerb am anderen Ende der Größenskala. Es waren die kleinen Unternehmen, die dem deutschen Recht den Rücken gekehrt und in Scharen englische *Limiteds* gegründet haben. Das wiederum entspricht nicht den US-amerikanischen Erfahrungen. Dort werden Unternehmen regelmäßig nach dem Recht des Heimatstaats gegründet. Die Inkorporation in Delaware ist typischerweise eine Sitzverlegung nach späterem Unternehmenswachstum.<sup>30</sup>

Die anders geartete Entwicklung des europäischen Wettbewerbs hängt auch mit dem Stand der Rechtsangleichung zusammen.<sup>31</sup> Das Recht der Aktiengesellschaft ist in wichtigen Kernmaterien europäisch vorgegeben, das gilt insbesondere für den Kapitalschutz samt Mindestkapital.<sup>32</sup> Eine Abwanderung in andere Rechtsordnungen verspricht insoweit keine durchgreifenden Vorteile. Die Flucht vor der Aufsichtsratsmitbestimmung führt nur ganz ausnahmsweise in die englische *Plc.*, wesentlich häufiger aber in die *Societas Europaea (SE)*.<sup>33</sup> Deren inoffizielles Markenzeichen sind die Verweise in nationales Recht.<sup>34</sup> Deutsche Unternehmen bleiben also mit dem deutschen Aktienrecht

liche Gebot, eine im EU-Ausland gegründete Gesellschaft als solche anzuerkennen, dürfte sich aber überall herumgesprochen haben. Eingehend GERNER-BEUERLE/MUCCIARELLI/SCHUSTER/SIEMS, Study on the Law Applicable to Companies, 2016 (abrufbar unter <https://publications.europa.eu/de/>).

29 BGH, Urt. v. 5.7.2004 – II ZR 389/02, BB 2004, 1868. Eingehend KAULEN, Die Anerkennung von Gesellschaften unter Artikel XXV Abs. 5 S. 2 des deutsch-US-amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrags von 1954, 2008; weiterhin KINDLER, Münchener Komm. z. BGB, Band 11, IntGesR, 6. Aufl., 2015, Rdn. 333 ff.

30 BEBCHUK, Journal of Law and Economics 46 (2003), 383, 402; ROMANO, I J. L. Econ. & Org. (1985), 225, 244 ff.

31 Aktuelle Übersichten zum Stand der Harmonisierung bei ENGERT, in: Langenbucher, Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, 4. Aufl., 2017, 269, 286 ff, sowie TEICHMANN, in: Gebauer/Teichmann, EnzEuR Band 6, Europäisches Privat- und Unternehmensrecht, 2016, S. 487, 528 ff.

32 Vgl. die Kapitalrichtlinie, RL 77/91/EWG v. 13.12.1976, Abl. L 26/1., neugefasst in RL 2012/30/EU v. 14.11.2012, Abl. L 315/74; siehe jetzt die kodifizierte Gesellschaftsrechtsrichtlinie (EU 2017/1132, Abl. L 196/46), dort Art. 44 ff.

33 Eine jeweils aktuelle Statistik zu den SE-Gründungen findet sich auf folgender Homepage des Europäischen Gewerkschaftsbundes: <http://www.worker-participation.eu/European-Company-SE/SE-Database-ECDB> (Stand: 23.6.2017).

34 BRANDT/SCHEIFELE, DStR 2002, 547, zählen insgesamt 84 Verweisungsvorschriften. Zu der Generalverweisung des Art. 9 SE-VO bspw. HOMMELHOFF/TEICHMANN, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, 2. Aufl., 2015, Art. 9 SE-VO Rdn. 2 ff;

verbunden und können zugleich ihr Mitbestimmungsstatut modifizieren. Das erscheint wesentlich attraktiver, als allein wegen der Mitbestimmung in eine fremde Rechtsordnung zu wechseln.

Das Recht der GmbH hingegen wurde bis auf wenige punktuelle Ausnahmen nicht harmonisiert. Einzelne Mitgliedstaaten können sich daher durch ihre liberale Gesetzgebung von anderen Mitgliedstaaten, die das Recht der kleinen Kapitalgesellschaft strenger regulieren, erkennbar abgrenzen. Daraus ergab sich im Verhältnis zwischen der deutschen GmbH und der englischen *Limited* ein markantes Attraktivitätsgefälle: Im Gegensatz zur deutschen GmbH benötigt man für die *Limited* kein Mindestkapital und keine notarielle Beurkundung.<sup>35</sup> Diese Unterschiede wurden in zahlreichen Beiträgen als maßgebliches Motiv für die Abwanderung deutscher Unternehmer identifiziert.<sup>36</sup>

*b) Das Internationale Privatrecht als Türöffner zum regulatorischen Wettbewerb*

Solange Deutschland die Sitztheorie anwandte, konnten deutsche Unternehmer vom gesellschaftsrechtlichen Attraktivitätsgefälle innerhalb der Europäischen Union nicht wirklich profitieren. Denn die Sitztheorie verknüpfte das anwendbare Gesellschaftsrecht mit dem Ort der Hauptverwaltung.<sup>37</sup> Sie verlangte mithin vom Unternehmer eine Standortentscheidung, die sich nicht allein auf das Gesellschaftsrecht als Entscheidungsfaktor reduzieren ließ. Für die Wahl der Hauptverwaltung mögen die Nationalität und Muttersprache des Gründers, die Qualität der Verkehrswege oder die Ausbildung der Mitarbeiter wesentlich wichtigere Gründe sein als das lokal geltende Gesellschaftsrecht. Am Ort der Hauptverwaltung fand der Gründer ein „institutionelles Arrangement“<sup>38</sup> vor, das sich privatautonom nicht entflechten ließ. Insoweit erlaubte die Standortwahl keine verlässliche Aussage über die Zufriedenheit mit dem deutschen Gesellschaftsrecht.

SCHÜRNBRAND, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, 2. Aufl., 2016, Art. 9 Rdn. 1ff, VEIL, Kölner Komm. z. AktG, Band 8/1, 3. Aufl., 2012, Art. 9 SE-VO Rdn. 16 ff.

35 Ausführlich zum Gründungsverfahren JUST, Die englische Limited in der Praxis, 4. Aufl., 2012, Rdn. 28 ff. sowie LEVEDAG, in: Süß/Wachter, Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, 3. Aufl., 2016, Länderbericht England, Rdn. 77 ff.

36 BECHT/MAYER/WAGNER, Where do firms incorporate?, Journal of Corporate Finance 14 (2008), 241, 242; EIDENMÜLLER, ZGR 2007, 168, 170-174; RINGE, ECFR 2013, 230, 236; RÖRMERMANN, NJW 2006, 2065, 2066.

37 Grundlegend BGH, Urt. v. 21.3.1986 – V ZR 10/85, BGHZ 97, 269.

38 KIENINGER, aaO (Fn. 12), S. 12.

Es bedurfte daher eines Systemwechsels im Internationalen Privatrecht, um die Tür zum gesetzgeberischen Wettbewerb aufzustoßen.<sup>39</sup> Der Europäische Gerichtshof erzwang zu Beginn des neuen Jahrtausends den Wechsel zur Gründungstheorie.<sup>40</sup> Seitdem kann ein deutscher Unternehmer die Vorteile des inländischen Standorts nutzen, ohne sich gleichzeitig für das deutsche Gesellschaftsrecht entscheiden zu müssen. Jedes Unternehmen, das sich eine ausländische Rechtsform zulegt, sendet nun ein eindeutiges Signal an den Gesetzgeber: Das inländische Gesellschaftsrecht erscheint im Vergleich zum ausländischen als unattraktiv. Dieses Signal fällt deshalb besonders klar aus, weil die Wahl des Gesellschaftsrechts nunmehr von anderen Entscheidungsfaktoren isoliert werden kann.

*c) Anpassungsreaktion der im Wettbewerb zurückfallenden Rechtsordnungen*

In den Jahren nach 2003, dem Jahr der *Inspire Art*-Entscheidung des EuGH, entschied sich zu Spitzenzeiten jeder vierte deutsche Unternehmensgründer für das englische Recht.<sup>41</sup> Die individuellen Entscheidungen der Unternehmen bündelten sich zu einem anschwellenden Signal an den deutschen Gesetzgeber, der sich zunehmend unter Druck sah, die GmbH-Gründungsregeln an die Wünsche der Unternehmen anzupassen. Denn als Hauptmotiv für die Wahl des englischen Rechts galt das dortige Gründungsverfahren:<sup>42</sup> Die *Limited* war schneller und billiger erhältlich als die GmbH. Man benötigte keinen Notar, der Gesellschaftsvertrag wurde als Anlage zum *Companies Act* von Gesetzes wegen zur Verfügung gestellt,<sup>43</sup> und ein Mindestkapital war nicht erforderlich. So trafen zwei Faktoren zusammen, die den regulatorischen Wettbewerb begünstigen: Es gab klar erkennbare Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen, und es bestand die Möglichkeit der freien Rechtswahl.

Der dritte Faktor eines funktionierenden Wettbewerbs der Rechtsordnungen ist der Rückkoppelungseffekt in die nationale Gesetzgebung. In den USA läuft die Welle gesellschaftsrechtlicher Innovationen nicht selten quer über den ganzen Kontinent und führt in zahlreichen US-Staaten zu gesetzgeberischen

39 Treffend spricht KIENINGER, aaO (Fn. 12), S. 93, vom IPR als der „Wettbewerbsordnung“. Ausführlich zum Stellenwert des IPR im Wettbewerb der Gesellschaftsrechte TEICHMANN, aaO (Fn. 9), S. 402 ff, sowie WELLER, ZGR 2010, 679, 687 ff.

40 Siehe bereits Fn. 28. Wie weit dieser erzwungene Systemwechsel reicht, ist umstritten (dazu sogleich III. 3. a)). Jedenfalls aber ist die Gründung nach ausländischem Gesellschaftsrecht als solche hinzunehmen (vgl. TEICHMANN, ZGR 2011, 639, 643 ff).

41 Vgl. oben Fn. 6.

42 Dazu bereits die Nachw. in Fn. 36.

43 Part 3, Chapter 2, Section 19, Power of Secretary of State to prescribe model articles, UK Companies Act 2016. Der Sache nach handelt es sich um staatlich gesetztes dispositives Recht (SCHALL, in: Schall, Companies Act, 2014, Sec. 19 Rdn. 3 [S. 53]).

Anpassungsreaktionen. Der Staat Delaware ist dabei, wie *Romano* aufzeigen konnte, eher Wellenreiter als Spitzenreiter. Dort entstehen nicht immer die besten Ideen, sie werden aber am schnellsten übernommen. Die Stärke Delawares liegt in der höheren Reaktionsbereitschaft und -geschwindigkeit, der sog. „*responsiveness*“.<sup>44</sup> Die dort inkorporierten Unternehmen können daher erwarten, von innovativen Gesetzesänderungen anderer Staaten zeitnah zu profitieren. Auch dies trägt dazu bei, die Unternehmen langfristig an Delaware zu binden.

Im Gefolge der *Limited*-Welle war ein solcher Anpassungseffekt nunmehr in Europa ebenso deutlich zu beobachten.<sup>45</sup> Als tausende Kleinunternehmer das englische Recht wählten, schritt der deutsche Gesetzgeber zur Tat. Die GmbH-Reform von 2008 verwirklichte zwar manche Reformimpulse, die schon lange in der Diskussion standen.<sup>46</sup> Sie war jedoch ganz dezidiert auch eine Antwort auf den Umstand, „dass viele Irregeleitete ihr Glück in ausländischen Rechtsformen suchen, die ihnen als billiger und unkomplizierter präsentiert werden.“<sup>47</sup> Folglich kamen in der Reform genau diejenigen Themen auf den Tisch, in denen man die Hauptursache für die Abwanderung sah:<sup>48</sup> Die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages und das Mindestkapital.

Immerhin konnte der deutsche Gesetzgeber der Versuchung widerstehen, nun mit wehenden Fahnen in das angelsächsische Lager zu wechseln. Stattdessen wurden für die identifizierten Themen kreative Lösungen entwickelt, die sich in das existierende deutsche System einfügen ließen. Die notarielle Beurkundung wurde nicht abgeschafft,<sup>49</sup> sondern um die zusätzliche Variante des Musterprotokolls bereichert (§ 2 Abs. 1 a GmbHG). Ebenso wenig wurde die GmbH mit Mindestkapital aufgegeben. Ihr wurde stattdessen als besonderer „Überraschungs-Coup“<sup>50</sup> in einer fortgeschrittenen Phase des Gesetzgebungsverfahrens die mindestkapitalfreie „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ zur Seite gestellt.

44 Grundlegend herausgearbeitet von ROMANO, I J. L. *Econ. & Org.* (1985), 225, 233 ff.

45 Im rechtsvergleichenden Überblick FLEISCHER, *NZG* 2014, 1081 ff, und WELLER, *ZEuP* 2016, 53, 65 ff. Weitere Nachweise unten Fn. 60.

46 Zusammenfassend zur Reformdiskussion vor dem MoMiG, TEICHMANN, *NJW* 2006, 2444 ff. Zu Einzelthemen exemplarisch BAYER/LIEDER, *GmbHR* 2006, 1121 ff (§ 30 GmbHG und Cash Pooling); HUBER/HABERSACK, *BB* 2006, 1 ff (eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen); HEIDENHAIN, *GmbHR* 2006, 455 ff (verdeckte Sacheinlage).

47 SEIBERT, *GmbHR* 2007, 673.

48 Siehe hierzu bereits die Nachweise in Fn. 36.

49 Anders noch der ursprünglich vorgesehene § 2 Abs. 1 a GmbHG, der eine privatschriftliche Mustersatzung vorsah (RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 28 l. Sp. unten); dazu SEIBERT, *GmbHR* 2007, 673, 674; ausführlich HÜTTL, *Das vereinfachte GmbH-Gründungsverfahren mittels Musterprotokoll*, 2016, S. 20 ff.

50 SEIBERT, *GmbHR* 2007, 673, 676.

Dies vergrößert die Wahlmöglichkeiten der Gründer und wertet das klassische Standardmodell der „GmbH“ sogar noch auf. Denn künftig kann jeder, der sich für die reguläre GmbH entscheidet, geltend machen, er habe aus freien Stücken mehr Geld in die Gesellschaft investiert als gesetzlich vorgegeben. Es hätte für den Gründer ja die Alternative der UG gegeben. Diese Aufwertung der GmbH klingt in der neueren BGH-Rechtsprechung an, wenn die fehlerhafte Firmierung einer UG als GmbH nicht zuletzt mit dem Hinweis auf die gestiegene Reputation des GmbH-Markenkerns streng geahndet wird.<sup>51</sup> Ergänzend baut der deutsche Gesetzgeber mit der innovativen „Ansprüchlosmachung“ (§ 5 a Abs. 3 GmbHG) dem aufstrebenden UG-Nutzer eine Brücke in die reputationsreicheren Gefilde der regulären GmbH.

*d) Stellenwert der ausländischen Briefkastengesellschaften in der englischen Rechtspolitik*

Im Vergleich zum US-amerikanischen Wettbewerb der Gesellschaftsrechte fällt auf, dass sich der Zuspruch ausländischer Gründer im Fall der englischen *Limited* wohl mehr als unbeabsichtigtes Nebenprodukt darstellt denn als gezielte rechtspolitische Strategie. Das Vereinigte Königreich kann es sich als bedeutende Volkswirtschaft bei der Regulierung der kleinen Unternehmen aus innenpolitischen Gründen kaum erlauben, primär auf die Bedürfnisse der durch Ausländer errichteten Briefkastengesellschaften abzustellen. Diejenigen Regelungen, die auf dem Kontinent als Attraktivitätsvorteil wahrgenommen werden, hat man auf der Insel nicht etwa eingeführt, um damit ausländische Gründer anzulocken. Der Notar hat im englischen Gesellschaftsrecht noch nie eine Rolle gespielt, und das Mindestkapital hielt man als Gläubigerschutzinstrument schon immer für ineffizient.<sup>52</sup> Die kostengünstige Gründung ist keine Werbemaßnahme für ausländische Kleinunternehmer, sondern Ausdruck der englischen „Gründungsphilosophie“<sup>53</sup>, die der unternehmerischen Initiative den Weg in die haftungsbeschränkte Selbstständigkeit erleichtern will. Für die Bekämpfung von Missbräuchen ist nach britischer Auffassung nicht das Gesellschaftsrecht zuständig, dafür gibt es Insolvenzrecht und die „*disqualification*“ von Geschäftsführern.<sup>54</sup>

51 BGH, Urt. v. 12.6.2012 – II ZR 256/11, NJW 2012, 2871, 2872, mit Verweis auf die Warnfunktion der UG-Firmierung „gerade auch in Abgrenzung zur GmbH“, der wegen des Mindeststammkapitals immerhin eine „gewisse Seriosität“ zugesprochen werde.

52 GOWER & DAVIES, *Principles of Modern Company Law*, 9. Aufl., 2012, Rdn. 11–9 (S. 282 f); MICHELER, ZGR 2004, 324, 332 ff; RICKFORD, EBLR 15 (2004), 919, 931 ff.

53 BACHNER, *Die Limited in der Insolvenz*, 2007, S. 20.

54 BIRDS, in: Bartman, *European Company Law in Accelerated Progress*, 2006, S. 9, 23 (Fn. 53); GOWER & DAVIES, aaO (Fn. 52), Rdn. 11–9 (S. 283).

Die *Limited*-Begeisterung der deutschen Kleinunternehmer erntete in englischen Fachkreisen nur Kopfschütteln. Denn ganz im Gegensatz zu den Werbetexten einschlägiger Dienstleister, die mit der Gründung von *Limiteds* Geld verdienen wollten, hielt man im Großbritannien der Jahrtausendwende das eigene Gesellschaftsrecht keineswegs für sonderlich attraktiv. Ganz im Gegenteil: veraltet, unstimmig, schwer zugänglich, kurzum dringend renovierungsbedürftig. So lautete das Verdikt einer von der Regierung eingesetzten Expertenkommission.<sup>55</sup> Und so unternahm der englische Gesetzgeber im Jahre 2006, als die *Limited*-Zahlen in Deutschland ihrem Höhepunkt zustrebten, in aller gebotenen Ruhe und Sorgfalt die umfassendste Gesellschaftsrechtsreform seit Menschengedenken. In den Materialien muss man Hinweisen darauf, dass dabei die Erhöhung der Attraktivität für ausländische Gründer irgendeine Rolle gespielt hätte, mit der Lupe suchen. Es ging dem Gesetzgeber in allererster Linie um das Regelungsumfeld für die eigene Wirtschaft. Gerade die kleinen und mittleren Unternehmen habe das Gesellschaftsrecht bislang nicht hinreichend berücksichtigt. „*Think small first*“ lautete daher ein wichtiges Motto der Reform.<sup>56</sup> Dass man an deutschen Kleinunternehmern kein Interesse hat, bestätigt mittelbar eine mit großem Aufwand beworbene Hochglanzbroschüre der „*Law Society*“ von England und Wales. Sie wirbt unter dem programmatischen Titel „*The Jurisdiction of Choice*“<sup>57</sup> für England als Schiedsgerichtstandort, erwähnt aber das englische Gesellschaftsrecht mit keiner Silbe. Dies verwundert nicht: Mit der Rechtsberatung deutscher Briefkastengesellschaften, deren Gründer sogar die verhältnismäßig moderaten Notarkosten einsparen wollen, lassen sich naturgemäß keine Reichtümer verdienen.

### 3. Zwischenergebnis

Mit dem vom EuGH erzwungenen Wechsel zur Gründungstheorie ist innerhalb der Europäischen Union ein gesetzgeberischer Wettbewerb denkbar, wie er sich in den USA schon seit mehr als einhundert Jahren beobachten lässt. Die Gründer nutzen ihre freie Rechtswahl, wenn die Attraktivitätsunterschiede zwischen der eigenen und einer ausländischen Rechtsordnung hinreichend groß erscheinen. Allerdings machen von dieser Möglichkeit im europäischen Binnenmarkt fast ausschließlich Kleinunternehmer Gebrauch, während Großunternehmen bis auf wenige Ausnahmen ihrer Heimatrechtsordnung treu bleiben. Dabei entspringt die Anziehungskraft des Vereinigten Königreichs als

55 THE COMPANY LAW REVIEW STEERING GROUP, *Modern Company Law – For a Competitive Economy – Final Report*, Vol I, 2001, S. ix: „significant parts are outmoded or have become redundant, and they are enshrined in law that is often unnecessarily complicated and inaccessible.“

56 BIRDS, aaO (Fn. 54), S. 9, 24; DAVIES/RICKFORD, ECFR 2004, 48 ff sowie 239 ff.

57 Abrufbar unter <http://www.lawsociety.org.uk/about-us/> (Stand: 23.6.2017).

Gesellschaftsrechtsordnung für deutsche Kleinunternehmer offenbar keiner gezielten rechtspolitischen Strategie, sondern erweist sich eher als bloßer Reflex der traditionsbedingt gegebenen Regelungsunterschiede.

### III. Korrekturen und Neujustierungen im Wettbewerbsmodell

Der Wettbewerb hat nicht allein das deutsche Recht erfasst. Auch andere EU-Mitgliedstaaten haben reagiert und ihr Gesellschaftsrecht umgestaltet, um der Abwanderung von Unternehmen entgegenzuwirken (*unter 1.*). Ein zweiter Blick auf die empirischen Daten offenbart allerdings, dass die Mobilitätsanreize, die von den Attraktivitätsunterschieden der Rechtsordnungen ausgehen, wohl deutlich überschätzt worden sind (*unter 2.*). Unterschätzt wurden hingegen unter dem Eindruck der EuGH-Judikatur die weiterhin bestehenden Möglichkeiten der Mitgliedstaaten, sich gegen schädliches Verhalten von Briefkastengesellschaften zur Wehr zu setzen (*unter 3.*).

#### 1. Wettlauf der EU-Mitgliedstaaten um flexible Gründungsmöglichkeiten

Aus Perspektive der deutschen Unternehmensgründer lag der Wettbewerbsvorteil der englischen *Limited* in der schnellen und kostengünstigen Gründung. Die GmbH-Reform 2008 stellt sich als Reaktion hierauf dar. Das schwerfällige Gründungsverfahren hatte man als einen Wettbewerbsnachteil des deutschen Rechts identifiziert und entsprechend gegengesteuert: Das Musterprotokoll erlaubt eine standardisierte Gründung zu reduzierten Kosten,<sup>58</sup> öffentlich-rechtliche Genehmigungen sind nicht mehr vorab zu erwirken<sup>59</sup> und mit der „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ fand erstmals das Privileg der Haftungsbeschränkung ohne Mindestkapital seinen Weg in das deutsche Rechtsangebot.

Viele andere EU-Mitgliedstaaten haben ähnliche Schritte unternommen.<sup>60</sup> Sie haben das Mindestkapital entweder reduziert oder abgeschafft. Nicht selten

58 Wenngleich der angestrebte Kostenvorteil letztlich doch eher bescheiden ausfällt (HEIDINGER, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 3. Aufl., 2013, § 2 Rdn. 142ff; HILDNER, Die vereinfachte GmbH-Gründung, 2012, S. 143 ff) und das Musterprotokoll eine Vielzahl von streitigen Folgefragen aufgeworfen hat (monographisch jüngst HÜTTL, aaO [Fn. 49]).

59 HECKSCHEN, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 3. Aufl., 2013, § 2 Rdn. 88ff; zu den weiterhin nötigen Genehmigungen für die Geschäftstätigkeit ELSING, notar 2012, 368, 369ff.

60 Vgl. die Länderberichte zu Belgien (WYCKAERT/GEENS), Dänemark (NEVILLE), Frankreich (SEGAIN), Italien (GUIDOTTI), Litauen (BITĖ/GUMULIAUSKIENĖ), Luxemburg (CO-NAC), Niederlande (DE KLUIVER), Polen (OPALSKI/OPLUSTIL), Portugal (OLAVO CUNHA)

wurde außerdem das traditionelle Gründungsverfahren um ein beschleunigtes Verfahren zu standardisierten Bedingungen ergänzt. Dabei zeigt sich ein moderner Trend zum gesetzgeberischen Produktmarketing, der in Bezeichnungen wie „Blitz-GmbH“<sup>61</sup> oder „24-Stunden-GmbH“<sup>62</sup> zum Ausdruck kommt.

Die Bemühungen um eine Vereinfachung des Gründungsverfahrens erreichten auch die europäische Ebene. Der Vorschlag zur Einführung einer Europäischen Privatgesellschaft *SPE* (*Societas Privata Europaea*) verfolgte explizit das Ziel, Unternehmensgründern den Schritt in die Selbstständigkeit zu erleichtern.<sup>63</sup> Der sich anschließende Vorschlag zur *SUP* (*Societas Unius Personae*) wollte Einpersonengesellschaften dann auch die grenzüberschreitend elektronische Gründung ermöglichen.<sup>64</sup> Beiden Vorhaben sind zwar diejenigen Mitgliedstaaten, die traditionell höhere Anforderungen stellen, entgegengetreten.<sup>65</sup> Doch dürfte zumindest die elektronische Gründung mit den für Ende 2017 zu erwartenden Vorschlägen der Europäischen Kommission zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts wieder auf der Tagesordnung stehen.<sup>66</sup>

## 2. Neubewertung der Anreizwirkung liberaler Gründungsregeln

### a) Aufstieg und Fall der Limited

Nach alledem scheint der Wettbewerb in der EU denselben Gesetzmäßigkeiten zu folgen wie in den USA. Wer die Wünsche der Unternehmen igno-

und Spanien (VIERA GONZÁLES sowie MUÑOZ PÉREZ), in: Viera Gonzáles/Teichmann, *Private Company Law Reform in Europe: The Race for Flexibility*, 2015. Siehe weiterhin zu Italien BARTOLACELLI, *ECFR* 2016, 665 ff, zu Griechenland PERAKIS, *FS Baums*, 2017, S. 903 ff, und zu Tschechien HAVEL, *ECFR* 2015, 19, 38 ff.

61 Zur spanischen „Blitz-GmbH“ siehe nur VIETZ, *GmbHHR* 2003, 26 ff sowie 523.

62 Zur polnischen „S24“ MAKOWICZ/ROMANOWSKI, *RIW* 2012, 497; LEWANDOWSKI/KOSTUR, *WiRO* 2011, 240.

63 Vgl. Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft, COM(2008) 396, S. 2. Die SPE wäre daher nicht zuletzt für Gründer aus den ost- und mitteleuropäischen Staaten besonders attraktiv gewesen, vgl. OPLUSTIL, in: Teichmann, *Europa und der Mittelstand*, 2008, S. 109 ff.

64 Vgl. Erwägungsgrund 13 und Art. 14 Abs. 3 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Gesellschaften mitbeschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, COM(2014) 212 final; hierzu MOENCH, *Die Societas Unius Personae* (SUP), 2016, S. 62 ff.

65 Zur Kritik aus deutscher Sicht BORMANN (S. 23 ff) und RIES (S. 65 ff), in: Lutter/Koch, *Societas Unius Personae*, 2015; für Österreich KREJCI, *SPE*, 2008, S. 14 ff.

66 Vgl. Arbeitsprogramm der Kommission 2017, COM(2016) 710 final v. 25.10.2016, S. 8, “We will present a company law initiative to facilitate the use of digital technologies throughout a company’s lifecycle [...]”, abrufbar unter [https://ec.europa.eu/info/publications/work-programme-commission-key-documents-2017\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/work-programme-commission-key-documents-2017_en) (Stand: 23.6.2017).

riert, der verliert in erheblicher Zahl inländische Gesellschaftsgründungen. Wer sich entsprechend anpasst, der kann sie zurückgewinnen. So geschah es in Deutschland, wo zunächst tausende Unternehmer die englische Limited wählten, während heute die Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) weitaus beliebter ist.<sup>67</sup> Ende 2013, also gerade einmal fünf Jahre nach ihrer Einführung, gab es in Deutschland bereits über 100.000 Unternehmersgesellschaften.<sup>68</sup> Solche Zahlen hat die Limited selbst in ihren besten Zeiten nie erreicht.<sup>69</sup> Offenbar bilden die Rechtsordnungen im Regulierungswettbewerb ein System kommunizierender Röhren. Solange eine Rechtsordnung attraktiver ist als die andere, fließen die Gesellschaftsgründungen dort hin. Dieser Effekt lässt wieder nach oder kehrt sich sogar um, sobald sich die erste Rechtsordnung an die zutage getretenen Wünsche der Unternehmer anpasst.

Aus den äußeren Abläufen wird häufig geschlussfolgert: Deutschland hatte keine andere Wahl. Es musste auf die englische Konkurrenz reagieren und wenigstens das Mindestkapital abschaffen, sonst hätte die GmbH im Wettbewerb der Rechtsordnungen den Anschluss verloren. An dieser scheinbar einleuchtenden Sicht der Dinge bestehen allerdings nach jüngeren Untersuchungen erhebliche Zweifel. Gewiss hat sich nach der *Inspire Art*-Entscheidung eine große Zahl von deutschen Unternehmen für die englische Limited entschieden. Zweifellos war dafür auch das schnelle und unbürokratische Gründungsverfahren der Limited eines der Hauptmotive. *Niemeier*<sup>70</sup> hat allerdings schon früh darauf hingewiesen, dass die Limited-Zahlen in Deutschland bereits ab 2006 rückläufig waren, es also der Unternehmersgesellschaft gar nicht bedurft hätte, um den Trend umzukehren. Zu demselben Befund gelangt *Ringe*<sup>71</sup> mit einer eigenen Erhebung von vielfältigem Zahlenmaterial.

Die gängige Sicht, wonach die UG die Limited verdrängt habe, unterliegt ganz offenbar dem Denkfehler des *cum hoc ergo propter hoc*: Weil eingetreten ist, was man mit Einführung der UG beabsichtigt hatte, sieht man in der UG auch die tatsächliche Ursache für den Rückgang der Limited. Doch bekanntlich ist die Sichtung eines Storches vor Geburt des Babys noch kein Beweis dafür, dass der

67 KORNBLUM, GmbHR 2016, 691, 699, kommt zu dem Ergebnis, dass in Deutschland die Zahl der UG derzeit etwa dreizehnmal so hoch ist wie die der *Limited*.

68 BAYER/HOFFMANN, GmbHR 2013, R 358.

69 Die Zahlenangaben schwanken jedoch stark, vgl. KORNBLUM, GmbHR 2008, 19, 25, der von 14.000 spricht und die Behauptung von mehr Limiteds in Deutschland kritisiert; WESTHOFF, GmbHR 2007, 474, 478f, geht von mehr als 46.000 Gesellschaften zum 1.11.2006 aus; RINGE, ECFR 2013, 230, 248, sieht ca. 48.000 Exemplare der britischen Gesellschaftsform im deutschen Rechtsverkehr; die Analyse der Gewerbeanmeldungen und Zweigniederlassungen von NIEMEIER, in: Hirte/Teichmann, *The European Private Company*, 2013, S. 293, 308ff, ergibt wiederum andere Zahlen.

70 ZIP 2006, 2237, 2250.

71 ECFR 2013, 230, 247ff.

Storch das Baby gebracht hat. Es könnte sich auch um ein zufälliges Zusammenreffen handeln. Nach heutigem Erkenntnisstand hat der Rückgang der Limited-Zahlen weniger mit der UG als vielmehr damit zu tun, dass sich die englische Rechtsform für eine Nutzung in Deutschland als ungeeignet erwiesen hat.<sup>72</sup> Insbesondere die Anforderungen an die laufende Publizität – alles nach englischem Recht und in englischer Sprache – dürften gerade diejenigen Gründer überfordern, die eine schnelle und kostengünstige Gründung gewählt haben, um kein Geld für den Rechtsrat des Notars ausgeben zu müssen. Wenn sie diese Sparsamkeit beibehalten, verfangen sie sich sehr schnell in den Verästelungen der britischen Publizitätsregeln. Als Spitze des Eisberges sind zahlreiche Entscheidungen deutscher Gerichte erkennbar, die „deutsche“ *Limiteds* betreffen, welche im Companies House bereits gelöscht waren, weil die deutschen Inhaber den englischen Publizitätsvorschriften nicht nachgekommen waren.<sup>73</sup> Mitunter war den Betreibern der Gesellschaft wohl gar nicht bewusst, dass ihnen die Haftungsbeschränkung englischen Rechts längst abhandengekommen war – mit fatalen Folgen für ihren persönlichen Haftungsstatus.<sup>74</sup>

Als Gesetzgeber hätte man den *Limited*-Hype mit der gut britischen Devise „Abwarten und Tee trinken“ vermutlich ebenso in den Griff bekommen wie mit der Einführung von Unternehmergesellschaft und Musterprotokoll. Das belegen eindrucksvoll die von *Ringe* ermittelten Vergleichszahlen des Nachbarlandes Österreich.<sup>75</sup> Dort gründet man die GmbH bis heute mit Notar und Mindestkapital. Ungeachtet dessen weisen die *Limited*-Zahlen dieselbe Entwicklung auf wie in Deutschland: Dem Anstieg nach 2003 folgte nach 2006 ein stetiger Abstieg. Auch ohne attraktive inländische Variante hatte sich offenbar herumgesprochen, dass man sich mit einer *Limited* mehr Ärger einhandelt als einem lieb sein kann. Auch die schlechte Reputation der Rechtsform bei Banken und Geschäftspartnern dürfte die Begeisterung der Unternehmensgründer deutlich abgekühlt haben.

72 Ausführlich RINGE, ECFR 2013, 230, 261 ff; im Anschluss daran HARBARTH, ZGR 2016, 84, 89 ff, der auf S. 92 treffend von einer „Lernkurve“ der Limited-Nutzer spricht.

73 Aus der Rechtsprechung der Obergerichte: OLG Nürnberg NZG 2008, 76; OLG Hamm NZG 2014, 703; KG Berlin NZG 2014, 901; OLG Brandenburg NZG 2016, 1229; jüngst BGH, Urt. v. 19.1.2017 – VII ZR 112/14, ZIP 2017, 493. Ein vergleichbarer Fall des österreichischen OGH wird in GesRZ 2015, 273 berichtet.

74 Die Gesellschaft ist nach deutschem Recht als GbR oder OHG zu qualifizieren (OLG Celle NJR-RR 2012, 1065), bei nur einem Gesellschafter als Einzelkaufmann (OLG Hamm NZG 2014, 703, 705).

75 RINGE, ECFR 2013, 230, 253 ff.

*b) Attraktivitätsgefälle zwischen Deutschland und Österreich*

Ringe weist allerdings auf einen klärungsbedürftigen Punkt hin:<sup>76</sup> Möglicherweise haben sich die österreichischen Gründer ab 2008 einfach der deutschen Unternehmungsgesellschaft bedient, um das hohe österreichische Mindestkapital zu vermeiden. Dieser Frage sollte man nachgehen. Denn im Lichte des Wettbewerbs, der sich vor allem an den unterschiedlichen Gründungsanforderungen entzündet hat, bieten Deutschland und Österreich ein geradezu ideales Vergleichspaar. Die sprachlichen und rechtskulturellen Differenzen, die sich bei der Wahl einer englischen Rechtsform als gewichtiger Nachteil erweisen, fallen im Verhältnis der beiden Nachbarländer weniger ins Gewicht. Die Gesetze des jeweils anderen Landes sind den Bürgern beider Staaten sprachlich zugänglich und sie sind untereinander in der Grundstruktur eng verwandt.<sup>77</sup> Die notarielle Gründung ist in beiden Staaten erforderlich, sie entfällt also als Differenzierungskriterium. Es bleibt das Mindestkapital. Und dieser Unterschied ist erheblich: 1 € für die deutsche UG, 35.000 € für die österreichische GmbH.<sup>78</sup>

Nachdem die Kritik am Mindestkapital regelmäßig mit dem Hinweis verbunden wird, es verhindere so manche erfolversprechende Unternehmensgründung,<sup>79</sup> müsste ein derart hohes Mindestkapital eine Volkswirtschaft erheblich in ihrer Entwicklung hemmen. Jedenfalls aber müsste sich ein spürbarer Druck im Kessel aufbauen, der bei der ersten sich bietenden Gelegenheit entweicht, insbesondere also wenn das kulturell nahestehende Nachbarland mit einer attraktiven Alternative aufwartet. Immerhin bietet sich Deutschland mit dem MoMiG als neuer Exporteur eines attraktiven Gesellschaftsrechts geradezu an, nachdem es dezidiert darauf verzichtet hat, den Satzungssitz an Hauptverwaltung oder Betrieb anzuknüpfen.<sup>80</sup> Eine UG mit Hauptsitz Klagenfurt oder

76 RINGE, ECFR 2013, 230, 255.

77 Zu den historisch engen Verflechtungen KALSS/ECKERT, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts, 2005, S. 48 ff.

78 Wobei die österreichische Rechtsentwicklung zum Mindestkapital allen Anspruch auf Aufnahme in das legislatorische Kuriositätenkabinett erheben darf: Bis 2013 hielt man unbeirrt am Mindestkapital von 35.000 € fest, dann wurde es auf 10.000 € herabgesetzt, nur um ein Jahr später wieder auf 35.000 € erhöht zu werden, diesmal aber flankiert durch eine reduzierte Einzahlungspflicht. Der rechtspolitische Hintergrund erschöpft sich in fiskalischen Erwägungen: Die Körperschaftsteuer knüpft an das Mindestkapital an (zu alledem ADENSAMER/KERSCHBAUM, NZG 2014, 452 ff; BÜCHELE, ZVgIRWiss 113 (2014), 213, 216 ff; HIRSCHFELD, GmbHR 2014, 196 f).

79 BRAUN/EIDENMÜLLER/ENGERT/HORNUF, ZHR 177 (2013), 131, 147; EIDENMÜLLER, ZGR 2007, 168, 183; GOWER & DAVIES, aaO (Fn. 52), Rdn. 11–9 (S. 282); GRUNEWALD/NOACK, GmbHR 2005, 189, 190.

80 Durch das MoMiG wurden in Deutschland § 4 a Abs. 2 GmbHG und § 5 Abs. 2 AktG gestrichen, wonach der Satzungssitz am Ort der Geschäftsleitung oder eines Betriebes liegen musste (zur damit eröffneten Möglichkeit des „Wegzugs“ einer deutschen Gesellschaft eingehend BAYER/J. SCHMIDT, ZHR 173 (2009), 735, 744 ff).

Innsbruck ist heutzutage kein Problem. Der österreichische Oberste Gerichtshof würde dieser Konstruktion die Anerkennung nicht versagen; er wechselte für EU-ausländische Gesellschaften schon früh zur Gründungstheorie.<sup>81</sup>

Der *Verfasser* hat vor diesem Hintergrund gemeinsam mit einem Mitarbeiter die deutschen Handelsregisterdaten von 2007 bis 2011 ausgewertet.<sup>82</sup> In Analogie zu den Statistiken, die für die englischen Briefkastengesellschaften erstellt worden waren, wurde nach deutschen Gesellschaften geforscht, die in Deutschland keine Aktivität entfalten und stattdessen ihren faktischen Sitz in Österreich haben. Ein Indiz dafür ist der Wohnsitz des Geschäftsführers.<sup>83</sup> Wenn alle Geschäftsführer einer Gesellschaft ihren Wohnsitz in Österreich haben, könnte dies für eine primär österreichische Aktivität sprechen. Gewiss ist dies nicht mehr als ein Indiz. Doch diese Indizien lassen sich erhärten, wenn man Vergleichswerte heranzieht.

Ein wichtiger Vergleichswert ist die Zahl derjenigen deutschen GmbHs, die im Jahre 2007 mit ausschließlich österreichischen Geschäftsführern gegründet wurden. Damals gab es die UG noch nicht, man musste also das Mindestkapital von 25.000€ akzeptieren. Außerdem musste der GmbH-Satzungssitz am Ort der Geschäftsleitung oder eines Betriebes liegen. Folglich handelt es sich bei diesen Gesellschaften mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht um Gesellschaften, die allein wegen eines attraktiveren Regelungsumfeldes gegründet wurden. Vielmehr dürfte diese Zahl einen wirtschaftlichen Hintergrund haben und diejenigen Gesellschaften abbilden, die tatsächlich Interesse an einer Tätigkeit in Deutschland haben.

Für das Jahr 2007 ergab sich eine Zahl von 460 GmbH-Gründungen mit österreichischen Geschäftsführern.<sup>84</sup> Setzt man die Statistik fort,<sup>85</sup> so bleibt die Zahl von ca. 400 GmbH-Gründungen pro Jahr nach dem MoMiG relativ konstant und das trotz der weltweiten Finanzkrise, deren Auswirkungen sich in diesem Zeitraum voll entfalteten. Das Interesse an einer realen wirtschaftlichen Tätigkeit in Deutschland unterliegt also offenbar keinen großen Schwankungen. Und es äußert sich weiterhin in der Gründung einer regulären GmbH mit Mindestkapital; die nach 2008 bestehende Alternative der UG tut den GmbH-Gründungen keinen signifikanten Abbruch.

81 Hierzu KERSTING/SCHINDLER, RdW 2003, 621; ansonsten bekennt sich auch Österreich weiterhin prinzipiell zur Sitztheorie, vgl. KREJCI, aaO (Fn. 65), S. 19 (m. w.N.).

82 TEICHMANN/KNAIER, GesRZ 2014, 285 (Nachdruck in: Teichmann/Oplustil, Grenzüberschreitende Unternehmensmobilität, 2016, S. 191 ff; in englischer Sprache veröffentlicht in: Viera Gonzalez/Teichmann, Private Company Law Reform in Europe: The Race for Flexibility, 2015, S. 211 ff).

83 Wenn nachfolgend von „österreichischen“ Geschäftsführern gesprochen wird, so ist dieses Wohnsitzkriterium gemeint und nicht die Staatsangehörigkeit.

84 TEICHMANN/KNAIER, GesRZ 2014, 285, 290.

85 TEICHMANN/KNAIER, GesRZ 2014, 285, 290 f.

Dies lenkt den Blick auf die Gründungszahlen von Unternehmergesellschaften mit österreichischen Geschäftsführern. Auch hier ergibt sich eine relativ konstante Zahl. Es handelt sich pro Jahr um etwa 100 Gründungen.<sup>86</sup> Von diesen UG hat etwa ein Drittel den Satzungssitz in Traunstein, also beim der deutsch-österreichischen Grenze nächstgelegenen Handelsregister. Das mag mit der Notwendigkeit zusammenhängen, einen deutschen Notar aufzusuchen, wofür man eine möglichst kurze Wegstrecke zurücklegen will. Eine Ferngründung mit Hilfe eines Bevollmächtigten (vgl. § 2 Abs. 2 GmbHG) oder eine Beurkundung durch Legalisation nach dem Konsulargesetz wäre zwar auch möglich,<sup>87</sup> doch dürfte dies nicht zum präsenten Allgemeinwissen österreichischer Kleinunternehmer gehören.

Aus alledem folgt nun nicht zwingend, dass die ca. 100 UG-Gründungen durchweg Briefkastengesellschaften zur Umgehung des österreichischen Mindestkapitals sind. Es zeigt sich vielmehr derselbe statistische Effekt wie innerhalb Deutschlands: Die Gründungszahlen der UG gehen kaum zu Lasten der GmbH-Statistik.<sup>88</sup> Daraus lässt sich möglicherweise schließen, dass Unternehmen mit eher geringfügiger Geschäftstätigkeit, für die man früher überhaupt keine Kapitalgesellschaft gegründet hätte, heutzutage in der Rechtsform der UG betrieben werden.<sup>89</sup>

Bemerkenswert an der deutsch-österreichischen Statistik ist daher weniger das, was sie aufzeigt, als das, was sie *nicht* zeigt: Eine Flucht aus dem österreichischen Mindestkapital findet nicht statt. Sonst müssten pro Jahr wesentlich mehr als nur 100 UG-Gründungen zu verzeichnen sein. Zu erwarten wäre dann auch – ebenso wie bei den Limited-Statistiken – ein kontinuierlicher Anstieg der jährlichen UG-Gründungszahlen mit zunehmender Bekanntheit der neuen Rechtsform. Selbst wenn alle 100 UG reine Briefkastengesellschaften sein sollten, was kaum anzunehmen ist, wäre dies im Vergleich zu allen GmbH-Gründungen innerhalb Österreichs immer noch eine verschwindend

86 TEICHMANN/KNAIER, GesRZ 2014, 285, 290f. Das Jahr 2008 ist insoweit noch nicht aussagekräftig, da das MoMiG erst zum November 2008 in Kraft getreten ist.

87 Vgl. § 2 KonsG.

88 Das recht konstante Zahlenverhältnis der österreichischen Gründungen GmbH:UG liegt mit 4:1 relativ nahe bei demjenigen, das auch innerhalb Deutschlands insgesamt zu beobachten ist (TEICHMANN/KNAIER, GesRZ 2014, 285, 290).

89 Demgegenüber leiten BRAUN/EIDENMÜLLER/ENGERT/HORNUE, ZHR 177 (2013), 131, 147, aus der hohen Zahl an Neugründungen, die auf eine Senkung des Mindestkapitals folgen, eine Förderung der Start-up-Aktivität ab. Um eventuelle Substitutionseffekte auszuschließen, wurden in dieser Studie parallel die Zahlen an englischen Ltds. und Personenhandelsgesellschaften ermittelt (aaO, S. 145). Bei der UG handelt es sich allerdings zu mehr als 70 % um Einpersonengesellschaften (BAYER/HOFFMANN, GmbHR 2014, 12, 13). Die entscheidende Vergleichsgruppe wären daher die Einzelkaufleute. Deren Zahl dürfte empirisch deutlich schwieriger zu ermitteln sein, weil sie vermutlich nicht alle im Handelsregister eingetragen sind.

geringe Zahl.<sup>90</sup> Ganz offensichtlich stört sich die weit überwiegende Zahl der österreichischen Gründer nicht am Mindestkapital. Und selbst wenn es sie stören sollte, so empfinden sie das Alternativangebot der UG nicht als verlockend genug, um dafür einige Kilometer Autofahrt auf sich zu nehmen und bei einem deutschen Notar vorzusprechen.

Diese Ergebnisse fügen sich nicht unbedingt in die gängigen Hypothesen vom Regulierungswettbewerb ein. Um es in Anlehnung an einen friedensbewegten Spruch zu formulieren: Man stelle sich vor, es herrscht Wettbewerb und niemand geht hin. Zwischen Deutschland und Österreich besteht ein *ceteris paribus* klar definiertes Attraktivitätsgefälle und dennoch geschieht fast nichts. Will man nicht dem österreichischen Gründer eine ganz spezifische physikalische Trägheit unterstellen, muss man allgemein konstatieren: Es gibt offenbar Attraktivitätsunterschiede, die trotz freier Rechtswahl keine großen Wanderungsbewegungen auslösen. Insbesondere wird das Mindestkapital offenbar von den Betroffenen als weitaus weniger belastend empfunden als in der Fachliteratur lange Zeit angenommen wurde.

### 3. Reichweite des Gesellschaftsstatuts

#### a) Neujustierung des Zusammenspiels von Kollisions- und Sachrecht

In die Überlegungen der nationalen Gesetzgebung, wie man mit dem regulatorischen Wettbewerb sinnvoll umgeht, sollte neben einer Anpassung des eigenen Angebotes auch die Möglichkeit einfließen, zum Schutze inländischer Verkehrsinteressen Regeln aufzustellen, welche die Tätigkeit ausländischer Briefkastengesellschaften einhegen und sie damit aus Sicht der Betreiber weniger attraktiv machen. Lange Zeit herrschte zwar die Auffassung vor, der Verwendung ausländischer Gesellschaften könne man im EU-Raum wenig entgegensetzen. Auf Basis der unionsrechtlich gebotenen Gründungstheorie müsse man das ausländische Gesellschaftsrecht als Einheitsstatut *in toto* hinnehmen.<sup>91</sup> Bei einer solchen Sichtweise folgt auch der Drittschutz, insbesondere in Form einer Außenhaftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern, dem Gesellschaftsstatut.<sup>92</sup> Eine „Überlagerung“ durch inländische Schutznor-

90 Im Untersuchungszeitraum wurden in Österreich durchschnittlich etwas weniger als 8.000 neue GmbH-Gründungen nach österreichischem Recht verzeichnet (TEICHMANN/KNAIER, GesRZ 2014, 285, 291).

91 EIDENMÜLLER, in: Sonnenberger, Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen Internationalen Gesellschaftsrechts, 2007, S. 469, 473 ff.; WELLER, ZGR 2010, 679, 697.

92 Siehe etwa EIDENMÜLLER, aaO (Fn. 91), S. 469, 479 ff.

men, wie sie *Sandrock* seinerzeit aus den US-amerikanischen Erfahrungen herausdestilliert hat,<sup>93</sup> wird abgelehnt.<sup>94</sup>

Dieses weite Verständnis des Gesellschaftsstatuts ist nach hier vertretener Auffassung unionsrechtlich nicht geboten.<sup>95</sup> In der Dogmatik der Grundfreiheiten bleibt durchaus Raum für inländische Schutzregeln. Sie dürfen nicht diskriminierend sein, und sie dürfen dem freien Marktzugang nicht entgegenstehen.<sup>96</sup> Aber sie können ausländische Marktteilnehmer durchaus einem Schutzniveau unterwerfen, das für alle inländischen Marktteilnehmer ebenso gilt. Es hat wenig Aufmerksamkeit gefunden, dass der EuGH in der *Inspire Art*-Entscheidung zwar die Mindestkapitalanforderung des niederländischen Rechts verworfen hat, gleichzeitig aber eine persönliche Haftung wegen Verletzung der Offenlegungspflichten für grundsätzlich zulässig erachtet hat, soweit sie in einer nichtdiskriminierenden Weise angewandt wird.<sup>97</sup> Die Sanktionen gegenüber Auslandsgesellschaften dürfen also schmerzhaft sein. Sie müssen allerdings in einer binnenmarktkonformen Weise ausgestaltet werden, das heißt, sie dürfen den Marktzutritt als solchen nicht behindern und sie müssen diskriminierungsfrei angewandt werden.

Vor diesem Hintergrund steht eine Rechtsordnung wie die deutsche, die unter dem Schutzschirm der Sitztheorie mehr als ein Jahrhundert lang ihr Gesellschaftsrecht mit zwingenden Schutzregeln anreichern konnte, vor einer gänzlich neuen Herausforderung. Der Wechsel von der Sitz- zur Gründungstheorie ist nicht etwa das letzte Wort, sondern ganz im Gegenteil der Beginn einer langen Entwicklung, in welcher das Zusammenspiel von Kollisionsrecht und Sachrecht neu justiert werden muss. Manche Schutznormen können aus dem Gesellschaftsrecht „aussortiert“ und anderweitig verortet werden, wie es klassische Gründungstheoriestaaten schon lange vorexerzieren.

Kritiker einer solchen Vorgehensweise wenden ein, mit einem Wechsel des Standortes – also etwa vom GmbH-Gesetz in die Insolvenzordnung – sei das Problem der Grundfreiheitenbeschränkung nicht vom Tisch.<sup>98</sup> Das ist völlig

93 SANDROCK, *RabelsZ* 42 (1978), 227, 246 ff.

94 In diese Richtung bspw. EIDENMÜLLER, *ZIP* 2002, 2233. Zu den verschiedenen Methoden, auf die eine Anwendung inländischer Schutznormen gestützt werden kann, BEHRENS, in: Sonnenberger, *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen Internationalen Gesellschaftsrechts*, 2007, S. 401, 424 ff.

95 Zusammengefasst in TEICHMANN, *ZGR* 2011, 639 ff.

96 Ebenso BACHNER, aaO (Fn. 53), S. 31 ff.

97 EuGH, *Urt. v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01*, *NZG* 2003, 1064 = *ZIP* 2003, 1885 (Rdn. 60 ff, 106 ff, 133, 141).

98 BITTER, *WM* 2004, 2190, 2191; EIDENMÜLLER, aaO (Fn. 91), S. 469, 473; SPINDLER/BERNER, *RIW* 2004, 7, 9 ff. Auch das Insolvenzrecht ist nicht per se ein „sicherer Hafen“ (BITTER, aaO, 2191; SCHILPP, *Gesellschafterfremdfinanzierte Auslandsgesellschaften*, 2017, S. 251 ff).

zutreffend. Es geht bei der hier angesprochenen Diskussion keineswegs um einen bloßen Wechsel des Standortes im Gesetz, es geht um einen Systemwechsel.<sup>99</sup> Der Kern der Grundfreiheitendogmatik besteht in der Gewährung freien Marktzugangs.<sup>100</sup> Daher muss eine binnenmarktkonforme Rechtsordnung die Schutzmechanismen gegenüber ausländischen Akteuren so gestalten, dass sie den Marktzugang als solchen nicht behindern. Für das Gesellschaftsrecht heißt das: Weg vom präventiven Schutz, der bereits die Gründung oder, aus Sicht einer ausländischen Gesellschaft, den erstmaligen Marktzugang erschwert, hin zu einem nachgelagerten Schutz, der erst später greift, nachdem die Gesellschaft ihre Tätigkeit bereits aufgenommen hat.<sup>101</sup>

Man muss sich dabei vor Augen halten, welche Fälle der EuGH in *Centros*<sup>102</sup> und *Inspire Art* zu entscheiden hatte: Der jeweiligen englischen Gesellschaft wurde die Eintragung einer Zweigniederlassung verweigert. Es wurde ihr also, bildlich gesprochen, untersagt, überhaupt einen Fuß auf dänischen bzw. holländischen Boden zu setzen. Dass der EuGH in einer solchen Konstellation hohe Anforderungen an die Erforderlichkeit der Beschränkung stellt, verwundert nicht. Welchen Grund, der vor dem Binnenmarktprinzip Bestand hätte, kann es geben, einer regulär in einem anderen EU-Staat gegründeten Gesellschaft *a limine* die Aufnahme einer Tätigkeit zu untersagen? Die Gläubigergefährdung kann es kaum sein. Denn wer im Inland noch gar nicht tätig geworden ist, der hat typischerweise dort noch keine Gläubiger. Man bedenke, dass die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften gemäß Art. 54 AEUV in Parallelität zu derjenigen von natürlichen Personen strukturiert ist.<sup>103</sup> Bei natürlichen Personen würde es jedermann einleuchten, dass man den Schlagbaum nicht aus bloßer Sorge vor künftigen Rechtsverletzungen herunterlassen kann. Bei Gesellschaften verhält es sich ebenso. Man muss sie zunächst einmal ungehindert ins Land lassen und kann sich danach über allfällige Schutzmechanismen Gedanken machen.

Hat die ausländische Gesellschaft im Inland ihre Tätigkeit aufgenommen, ändert sich die grundfreiheitendogmatische Geschäftsgrundlage. Der Marktzugang wurde gewährt; es können fortan konkrete inländische Schutzinteressen auf dem Spiel stehen. Daher fällt es nun leichter, die Anwendung inländi-

99 Zutreffend EIDENMÜLLER, ZGR 2007, 168, 188 ff.

100 BEHRENS, aaO (Fn. 94), S. 401, 409; TEICHMANN, ZGR 2011, 639, 646 ff.

101 Hierzu eingehend TEICHMANN/KÖRBER, in: Bachner/Cierpial/Lemanska/Liebscher, Aktuelle Entwicklungen im polnischen, deutschen und österreichischen Privatrecht, 2010, S. 109 ff.

102 EuGH, Urt. v. 9.3.1999 – C-212/97, NJW 1999, 2027.

103 Art. 54 Abs. 1 AEUV stellt die „nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften“ den natürlichen Personen gleich. Eingehend zu dieser Parallelität TEICHMANN, FS Hommelhoff, 2012, S. 1213 ff.

scher Schutznormen vor der Niederlassungsfreiheit zu legitimieren. Es tritt nun auch der Gedanke stärker in den Vordergrund, dass die Regelungshoheit in Rechtsbereichen, zu denen keine EU-Rechtsangleichung existiert, immer noch den Mitgliedstaaten zukommt. Denn letztlich bildet die vom EuGH entwickelte Dogmatik der Grundfreiheiten ein bewegliches System, innerhalb dessen der Regelungsautonomie der Mitgliedstaaten umso mehr Gestaltungs-freiraum bleibt, je weniger sich eine nationale Maßnahme auf den Markt-zugang beschränkend auswirkt.<sup>104</sup>

*b) Schutz des inländischen Rechtsverkehrs durch Insolvenzrecht*

Ganz auf dieser Linie liegt die jüngste *Kornhaas*-Entscheidung des EuGH:<sup>105</sup> § 64 Satz 1 GmbHG kann auf eine englische *Limited* angewandt werden, über deren Vermögen in Deutschland das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, obwohl die Vorschrift im deutschen GmbH-Gesetz steht. Hierzu wird die Regelung insolvenzrechtlich qualifiziert und nach Art. 3 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Art. 7 Abs. 1 der Europäischen Insolvenzverordnung<sup>106</sup> gilt das Insolvenzrecht des Staates, in dem der Mittelpunkt der Schuldnerinteressen liegt. Doch das sind nur die rechtstechnischen Aspekte. Uns interessiert hier die Frage, ob in der Anwendung der Norm eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit liegt. Dies verneint der EuGH mit dürren Worten. Dem kann man im Ergebnis zustimmen, wenngleich man sich eine differenziertere Begründung gewünscht hätte.<sup>107</sup>

Der Fall sei nicht mit *Inspire Art* vergleichbar, so der Gerichtshof, denn es gehe nicht um Mindestkapital.<sup>108</sup> Das ist jedoch nicht der entscheidende Punkt. Eine Schadensersatzleistung von 100.000€ trifft den Geschäftsführer, der in diesen Fällen häufig zugleich Gesellschafter ist, wesentlich härter als die Aufbringung von 25.000€ Mindestkapital. Es ist für die Akzeptanz der Entscheidung wichtig, die dahinterstehenden Wertungen transparent zu machen: Bei *Inspire Art* wurde der Marktzugang behindert, im Fall *Kornhaas* war der Marktzugang störungsfrei möglich. Die inländischen Haftungsregeln greifen erst viele Jahre später und sie dienen dem Schutz konkret gefährdeter Gläubiger. Das lässt sich

104 Zu diesem Grundfreiheitenverständnis eingehend TEICHMANN, aaO (Fn. 9), S. 143 ff. Angesichts dessen besteht für die von ROTH, aaO (Fn. 13), S. 51, geforderte Aufrechterhaltung der Sitztheorie kein rechtspolitisches Bedürfnis.

105 EuGH, Urt. v. 10.12.2015 – C-295/13, DB 2015, 120 = NJW 2016, 223.

106 VO (EU) 2015/848 v. 20.5.2015, ABl. v. 5.6.2015, L 141/19. Diese Neufassung der EUInsVO gilt im Wesentlichen ab dem 26.6.2017.

107 Ebenso SCHALL, ZIP 2016, 289, 292.

108 EuGH, Urt. v. 10.12.2015 – C-295/13, NJW 2016, 223, 224 (Rdn. 25).

vor der Niederlassungsfreiheit wesentlich besser rechtfertigen als eine präventive Maßnahme, die bereits am Marktzugang ansetzt.<sup>109</sup>

*Schall* geht noch einen Schritt weiter und entnimmt der dürftigen Stellungnahme des EuGH, dieser betrachte gläubigerschützende Normen als weitgehend „niederlassungsfest“.<sup>110</sup> Das gibt die Entscheidung allerdings nicht her.<sup>111</sup> Fest steht nur, dass der Gerichtshof im konkret vorgelegten Fall keinen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit gesehen hat. Anders als deutsche Obergerichte pflegt der EuGH eine knappe ergebnisbezogene Begründungstechnik und verzichtet auf lehrbuchhafte Erläuterungen oder rechtsdogmatische Ausführungen.<sup>112</sup> Dies bleibt der Wissenschaft überlassen, die aus der knappen *Kornhaas*-Begründung nicht vorschnell darauf schließen sollte, der EuGH habe sich damit aus der Bewertung gläubigerschützender Normen zurückziehen wollen.<sup>113</sup> Er wird sich gewiss auch in Zukunft die Freiheit nicht nehmen lassen, inländische Verkehrsschutznormen am Maßstab der Niederlassungsfreiheit zu überprüfen.

### c) Schutz des inländischen Rechtsverkehrs durch Deliktsrecht

Eine weitere Entscheidung des EuGH lässt aufhorchen, obwohl sie auf den ersten Blick wenig mit Gesellschaftsrecht zu tun hat.<sup>114</sup> Es geht bei ihr um die gerichtliche Zuständigkeit. Die Klägerin *ÖFAB AB* war eine schwedische Gesellschaft. Sie hatte eine vertragliche Forderung gegen eine andere schwedische Gesellschaft. Die Schuldnerin konnte nicht zahlen und so knöpfte sich die *ÖFAB AB* den Geschäftsführer und den Mehrheitsgesellschafter vor. Dem Geschäftsführer warf sie vor, er habe die Geschäfte im Angesicht der Insolvenz zu lange weitergeführt. Gegenüber dem Mehrheitsgesellschafter berief sie sich auf die schwedischen Grundsätze der Durchgriffshaftung.

109 Ausführlich TEICHMANN, ZGR 2011, 639, 653 ff. Methodisch zutreffend daher SCHILPP, aaO (Fn. 98), S. 253 ff, der die deutsche Regelung zum Gesellschafterdarlehen auf den Prüfstand der Niederlassungsfreiheit stellt. Das Ergebnis einer nicht zu rechtfertigenden Beschränkung überzeugt allerdings nicht.

110 SCHALL, ZIP 2016, 289, 292.

111 Zutreffend SCHILPP, aaO (Fn. 98), S. 255.

112 Instruktiv hierzu der ehemalige EuGH-Richter HIRSCH, ZGR 2002, 1, 15.

113 Überschießend daher auch KINDLER, EuZW 2016, 136, 138, nach dessen Auffassung der EuGH in *Kornhaas* den „gegenständlichen Umfang der Niederlassungsfreiheit nach Maßgabe der Urteile *Überseering* und *Inspire Art*“ definiert habe. Der EuGH strebt keine Definition an, sondern stellt lediglich fest, dass diese beiden Fälle anders lagen.

114 EuGH (*ÖFAB*), Urt. v. 18.7.2013 – C-147/12, NZG 2013, 1073.

Geklagt wurde vor einem schwedischen Gericht. Der hier interessierende Streitpunkt war die gerichtliche Zuständigkeit. Der beklagte Geschäftsführer war nämlich Niederländer und hatte seinen Wohnsitz in den Niederlanden. Der beklagte Mehrheitsgesellschafter war eine Gesellschaft niederländischen Rechts. Beide machten geltend, dass man sie an ihrem Wohnsitz bzw. Gesellschaftssitz in den Niederlanden hätte verklagen müssen und die schwedischen Gerichte nicht zuständig seien. Maßgebend für solche Fragen ist die europäische Brüssel I-Verordnung<sup>115</sup>. Dort gibt es in Art. 24 Nr. 2 eine ausschließliche Zuständigkeit für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten. Sie sind zwingend am Sitz der Gesellschaft auszutragen, wobei unter dem Sitz der Registersitz verstanden wird.<sup>116</sup>

Hier ging es um Fehlverhalten der Organe bzw. der Gesellschafter einer schwedischen Gesellschaft. Was spricht also dagegen, sich vor schwedischen Gerichten auf deren Zuständigkeit in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten zu berufen? Dagegen spricht der Wortlaut der einschlägigen EU-Verordnung. Der Begriff einer gesellschaftsrechtlichen Streitigkeit ist dort in Art. 24 Nr. 2 klar und sehr eng definiert: Er umfasst nur Streitigkeiten über die Existenz der Gesellschaft und über die Wirksamkeit von Beschlüssen der Gesellschaftsorgane. Die durch die Rechtsverfolgung der *ÖFAB AB* aufgeworfenen Haftungsfragen sind also im Sinne der EU-Verordnung keine gesellschaftsrechtlichen Fragen.

Was bleibt, ist eine deliktische Zuständigkeit. In Abgrenzung zu vertraglichen Ansprüchen geht es um die Frage, ob der Verpflichtung eine freiwillige Vereinbarung zugrunde liegt.<sup>117</sup> Das ist bei der hier in Rede stehenden Inanspruchnahme von Geschäftsführer und Gesellschafter ersichtlich nicht der Fall. Es geht nicht um eine Haftung, die die Beklagten freiwillig auf sich nehmen würden.<sup>118</sup> Daher bleibt im System der Brüssel I-Verordnung nur eine deliktische Zuordnung.<sup>119</sup> Die gerichtliche Zuständigkeit bei deliktischen Ansprüchen wiederum bestimmt sich nach dem Erfolgsort.<sup>120</sup> Nun galt es also den Erfolgsort eines Deliktes zu bestimmen, das sich gegen eine Gesellschaft richtet. Es komme, so der EuGH, auf den Ort an, wo sich das Geschehen

115 Neugefasst in VO (EU) Nr. 1215/2012, ABL. L 351/1.

116 STADLER, in: Musielak/Voit, ZPO, 14. Aufl., 2017, Art. 24 EuGVVO Rdn. 7; DÖRNER, in: Saenger, ZPO, 7. Aufl., 2017, Art. 24 EuGVVO Rdn. 19.

117 EuGH (*ÖFAB*), Urt. v. 18.7.2013 – C-147/12, NZG 2013, 1073, 1075 (Rdn. 33).

118 Der vertragliche Gerichtsstand ist einschlägig bei einer Haftung des Geschäftsführers gegenüber der eigenen Gesellschaft wegen Verletzung seiner gesellschaftsrechtlichen Pflichten (EuGH [*Holtermann*], Urt. v. 10.9.2015, C-47/14, NZG 2015, 1199, 1202 f [Rdn. 65]). Auch hier kann sich der Gerichtsstand jedoch nach dem Ort der tatsächlichen Tätigkeit richten (EuGH, aaO, Rdn. 64).

119 EuGH (*ÖFAB*), Urt. v. 18.7.2013 – C-147/12, NZG 2013, 1073, 1076 (Rdn. 42).

120 Art. 7 Nr. 2 VO (EU) Nr. 1215/2012, ABL. L 351/1: „Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist“.

tatsächlich abgespielt habe. Dies sei nicht der formale Registersitz, sondern der Ort des tatsächlichen Geschäftsbetriebs.<sup>121</sup> Der Gerichtshof betont, die schwedische Gesellschaft habe im Bezirk des angerufenen Gerichts ihre Geschäftstätigkeit ausgeübt und dort ein Hotel errichtet. Daher sei dieser Ort auch maßgeblich für den Rechtsstreit über die von der *ÖFAB AB* geltend gemachten Ansprüche.

Ob die kollisionsrechtliche Anknüpfung dieser Ansprüche nach den Rom I- und Rom II-Verordnungen denselben Überlegungen folgen würde, sodass man bestimmte inländische Haftungsregeln auch gegenüber einer ausländischen Briefkastengesellschaft anwenden könnte, ist noch offen. Aber eine Schneise ist geschlagen. Mit den genannten Argumenten lassen sich Haftungsansprüche von Dritten gegen die Geschäftsführer oder die Gesellschafter mit guten Gründen deliktisch qualifizieren. So ließe sich insbesondere der existenzvernichtende Eingriff, den der BGH mittlerweile auf § 826 BGB stützt,<sup>122</sup> am Erfolgsort, also am Geschäftsbetrieb der Gesellschaft anknüpfen.<sup>123</sup>

#### *d) Schutz des inländischen Rechtsverkehrs durch Transparenzregeln*

Der Anpassungsbedarf des deutschen Rechts an die neuartigen Wettbewerbsbedingungen erfasst nicht nur das Gesellschaftsrecht. Bestehende Ordnungsvorschriften, denen rechtspolitisch neue Aufgaben zuwachsen, müssen künftig effektiver ausgestaltet werden. Dazu gehört die Sanktionsnorm für das Unterlassen der Anmeldung einer Zweigniederlassung. Diese Anmeldung nach §§ 13 e ff. HGB ist deshalb so wichtig, weil eine „Briefkastengesellschaft“ in ihrem Heimatland kaum der behördlichen Kontrolle unterliegt. Viele öffentlich-rechtliche Kontrollmechanismen greifen nur oder jedenfalls effektiver am Ort der Tätigkeit. Das setzt voraus, dass man am Ort der Tätigkeit von der Existenz der Gesellschaft weiß.

In der Literatur wird vielfach darauf hingewiesen, dass Auslandsgesellschaften häufig keine Zweigniederlassungen in Deutschland anmelden und dadurch für inländische Behörden nur schwer aufzufinden sind.<sup>124</sup> Angesichts der Bedeutung dieser Publizitätsregel ist es kaum nachzuvollziehen, dass Deutschland für eine Pflichtverletzung nicht mehr als ein Zwangsgeld von maximal 5.000 Euro vorsieht (§ 14 HGB).<sup>125</sup> Mit der Geringschätzung derartiger Informati-

121 EuGH (*ÖFAB*), Urt. v. 18.7.2013 – C-147/12, NZG 2013, 1073, 1077 (Rdn. 55).

122 BGH, Urt. v. 16.7.2007, II ZR 3/04, BGHZ 173, 246, 252 („*Tribotel*“).

123 OSTERLOH-KONRAD, JZ 2014, 44, 46; SCHALL, ZIP 2016, 289, 294.

124 NIEMEIER, ZIP 2006, 2237, 2240 ff; ROTH, aaO (Fn. 13), S. 36.

125 Auf diese Schwachstelle des deutschen Rechts hat schon EIDENMÜLLER, ZGR 2007, 168, 195, hingewiesen.

onspflichten hat man sich hierzulande einen Teil der Schwierigkeiten mit ausländischen Briefkastengesellschaften selbst eingebrockt.

Das europäische Recht jedenfalls steht einer strengen Durchsetzung solcher Anforderungen nicht entgegen. Der EuGH würde eine wesentlich schärfere Sanktion, bis hin zur persönlichen Haftung, akzeptieren. Das folgt unmissverständlich aus der *Inspire Art*-Entscheidung.<sup>126</sup> Das spätere Judikat in Sachen *Texdata* weist in dieselbe Richtung: Bei der Durchsetzung europäisch harmonisierter Informationspflichten braucht der inländische Gesetzgeber gegenüber ausländischen Gesellschaften keine Nachsicht zu üben. Ganz im Gegenteil. Die Sanktionen zur Durchsetzung des Sekundärrechts sollen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein.<sup>127</sup> Das wird man dem bescheidenen Zwangsgeld des § 14 HGB kaum attestieren können. Die Beißhemmung des deutschen Gesetzgebers liegt möglicherweise darin begründet, dass man eine solche Sanktion diskriminierungsfrei ausgestalten müsste. Eine verschärfte Sanktion für unterlassene Handelsregisteranmeldungen dürfte selbstverständlich keine „Lex Limited“ sein. Sie müsste gleichermaßen inländische Gesellschaften treffen, die ihren Offenlegungspflichten nicht nachkommen. Ungeachtet dessen ist die fehlende Sanktionswirkung in diesem Bereich ein hausgemachtes Problem und nicht dem EU-Recht anzulasten.

#### e) Unternehmerische Mitbestimmung

Die unternehmerische Mitbestimmung im Aufsichtsrat ist derzeit wohl der einzige Faktor, der größere deutsche Unternehmen zu einem Wechsel in andere Rechtsordnungen veranlasst. Der Trend zur Auslandsgesellschaft & Co. KG ist ungebrochen und beraubt schon weitaus mehr als hunderttausend Arbeitnehmer ihrer Mitbestimmungsrechte.<sup>128</sup> Offenbar ist hier aus Sicht der Unternehmer das Attraktivitätsgefälle groß genug, um sich aus der deutschen Rechtsordnung mit ihren als unangenehm empfundenen Anforderungen dauerhaft zu verabschieden.<sup>129</sup>

Wie soeben am Beispiel des Gläubigerschutzes (durch Delikts- und Insolvenzrecht) gesehen, sind einem Gesetzgeber bei der Beeinträchtigung inländischer Schutzinteressen keineswegs gänzlich die Hände gebunden. Kürzlich stand das Mitbestimmungsgesetz zwar auf dem europäischen Prüfstand, weil die Arbeitnehmer ausländischer Konzerngesellschaften hierzulande weder aktives

126 Dazu bereits oben bei Fn. 97.

127 EuGH (*Texdata*), Urt. v. 26.9.2013, C-418/11, IStR 2013, 922, 924 (Rdn. 50).

128 HOFMANN, AG 2016, R 167, R 169, zählt 60 Auslandsgesellschaften & Co. KG mit jeweils mehr als 2.000 inländischen Arbeitnehmern.

129 Auf die auf ähnlichen Motiven beruhende Beliebtheit der SE wurde o. Fn. 33 bereits hingewiesen.

noch passives Wahlrecht genießen.<sup>130</sup> Allerdings sehen weder die Schlussanträge des Generalanwalts noch der EuGH darin einen Verstoß gegen europäisches Recht.<sup>131</sup>

Der Begründungsansatz ist aufschlussreich für die hier interessierende Fragestellung. Der Generalanwalt sieht in der unternehmerischen Mitbestimmung einen Teil der „sonstigen Arbeitsbedingungen“ im Sinne von Art. 45 Abs. 2 AEUV,<sup>132</sup> bei denen sich der Arbeitnehmer jeweils an das Recht des Arbeitsortes halten müsse.<sup>133</sup> Er könne also nur eine Gleichstellung mit anderen Arbeitnehmern im selben Tätigkeitsstaat verlangen. Ein in Frankreich tätiger Arbeitnehmer genießt Mitwirkungsrechte nach französischem Recht. Die Nationalität des Anteilseigners spielt dafür keine Rolle, weshalb er sich nicht auf die deutsche Mitbestimmung stützen kann.<sup>134</sup> Der Generalanwalt sieht also in der Begrenzung der deutschen Mitbestimmung auf den deutschen Arbeitsort keinen Verstoß gegen europäisches Recht, sondern eher eine notwendige Folge des Umstandes, dass die Arbeitsbedingungen immer von der Rechtslage am Arbeitsort abhängen.

Folgt man der Argumentation des Generalanwalts, so wäre die unternehmerische Mitbestimmung als Element der Arbeitsbedingungen ein Faktor, über den derjenige Staat die Regelungshoheit genießt, auf dessen Territorium sich der Arbeitsplatz befindet. Auf der Linie dieser Argumentation könnte man in Deutschland – unter Beachtung der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit – die Einhaltung inländischer Arbeitsbedingungen auch gegenüber ausländischen Gesellschaften geltend machen, die in Deutschland eine mitbestimmungsrelevante Zahl von Arbeitnehmern beschäftigen.<sup>135</sup>

130 Vorlagebeschluss KG Berlin AG 2015, 872. Eingehende Diskussion der damit verbundenen Fragen in Habersack/Behme/Eidenmüller/Klöhn, Deutsche Mitbestimmung unter europäischem Reformzwang, 2016.

131 GA SAUGMANDSGAARD ØE, AG 2017, 387ff; EuGH (ERZBERGER), Rs. C-566/15, AG 2017, 577ff.

132 AG 2017, 387, 391 (Rdn. 44).

133 AG 2017, 387, 392 (Rdn. 51).

134 AG 2017, 387, 392 (Rdn. 54f). Dem folgend auch EuGH, Rs. C-566/15, AG 2017, 577ff (Rdn. 29).

135 Kollisionsrechtlich ließe sich eine solche Anknüpfung gut begründen (KINDLER, ZHR 179 (2015), 330, 374ff m. w. N.). Ungeachtet dessen darf das deutsche Mitbestimmungsrecht die Niederlassungsfreiheit einer Auslandsgesellschaften nur in verhältnismäßiger Weise beschränken (eingehend TEICHMANN, ZIP 2016, 899ff, m. w. N.). Vgl. hierzu auch EuGH, Rs. C-155/15, AG 2017, 577ff (Rdn. 36), wonach die Festlegung der Anknüpfungskriterien Sache der Mitgliedstaaten sei.

#### 4. Zwischenergebnis

Innerhalb der Europäischen Union ist für den Bereich des Gesellschaftsrechts ein Wettbewerb der Gesetzgeber zu beobachten. Ob man seine Funktionsweise bereits zutreffend verstanden hat, steht auf einem anderen Blatt. Denn die Anziehungskräfte, die ein Unternehmen an die Rechtsordnung seines Standortes binden, dürfen nicht unterschätzt werden. Anders herum formuliert: Der Leidensdruck muss schon ein gewisses Ausmaß erreichen, damit sich Unternehmen dauerhaft für den Spagat in eine andere Rechtsordnung entscheiden. Das Mindestkapital verursacht diesen Leidensdruck offenbar nicht in dem bisher angenommenen Ausmaß. Etwas anders liegen die Dinge bei der unternehmerischen Mitbestimmung.

Nach dem unionsrechtlich erzwungenen Wechsel von der Sitz- zur Gründungstheorie zeigt sich nun aber in weiteren EuGH-Entscheidungen ein roter Faden, der den inländischen Schutzinteressen zu ihrem Recht verhilft. Die europäisch garantierte freie Rechtswahl beschränkt sich auf die Gründung der Gesellschaft und auf deren innere Angelegenheiten. Rechtsvorschriften, die dem Schutz außenstehender Personen dienen, lassen sich hingegen am Ort des tatsächlichen Geschehens anknüpfen. Die unterschiedlichen Anknüpfungen von Insolvenzrecht (Centre of Main Interest), Deliktsrecht (Erfolgsort) und Arbeitsrecht (Arbeitsort) laufen letztlich auf eine Anerkennung der inländischen Schutzinteressen hinaus und rechtfertigen bei Briefkastengesellschaften eine Anwendung des Rechts am Tätigkeitsort.

So manche Rechtsregel, die eine drittschützende Funktion hat und bislang dem Gesellschaftsrecht zugewiesen war, könnte man demnach am Tätigkeitsort anknüpfen. Man muss es nicht tun. Der EuGH würde aber jedenfalls nicht in die Parade fahren. Das deutsche Recht hat in diese Richtung bereits eine beträchtliche Wegstrecke zurückgelegt: § 64 GmbH wird dem Insolvenzrecht zugerechnet, der existenzvernichtende Eingriff dem Deliktsrecht, das Gesellschafterdarlehen wiederum dem Insolvenzrecht und die Insolvenzverschleppungshaftung dem Deliktsrecht. Damit sind eine Fülle von Fragen, die noch vor zwanzig Jahren ganz zwanglos dem Gesellschaftsrecht zugewiesen worden wären, mittlerweile aus diesem Rechtsgebiet herausdefiniert worden.<sup>136</sup> Das Recht der Europäischen Union, so erscheint es mittlerweile, stellt sich diesem Trend nicht entgegen. Mit der Niederlassungsfreiheit lassen sich Sank-

136 Bezeichnend ist der Hinweis von KINDLER, aaO (Fn. 29), Rdn. 438, man könne die vor *Inspire Art* veröffentlichte Literatur für die gesellschaftsrechtliche Qualifikationsfrage nur noch bedingt heranziehen, weil damals jede gesellschaftsrechtliche Qualifikation auf der selbstverständlichen Prämisse beruht habe, damit das Recht des hauptbetroffenen Staates zur Anwendung berufen zu können.

tionsnormen, die erst nach dem Marktzugang greifen, grundsätzlich vereinbaren.

#### IV. Standortbestimmung: Deutsches GmbH-Recht heute

125 Jahre nach ihrer Einführung findet sich die deutsche GmbH in einem völlig veränderten Umfeld wieder. Sie muss sich gegenüber der ausländischen Konkurrenz behaupten und im grenzüberschreitenden Ideenwettbewerb bestehen. Landläufig wird ihr bis heute eine leuchtende Vorbildfunktion zugeschrieben, denn immerhin hätten doch, so heißt es, mehr als 100 Staaten das deutsche GmbH-Modell übernommen. Ob aber alle oder auch nur die Mehrzahl dieser Staaten tatsächlich das GmbH-Recht deutscher Provenienz eingeführt haben, erscheint mehr als fraglich (*unter 1.*). Vor diesem Hintergrund bedarf die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die deutsche GmbH heute eine Vorreiterrolle in Europa einnehmen kann, der Neubewertung (*unter 2.*).

##### 1. Die deutsche GmbH – wirklich ein Exportschlager?

Zahlreiche Staaten in der Welt haben sich das deutsche GmbH-Recht vermeintlich zum Vorbild genommen. Doch es lohnt sich, genauer hinzuschauen: Nicht überall, wo GmbH draufsteht, ist auch GmbH drin. Und die Motive für die Einführung der Rechtsform liegen in jedem Fall etwas anders.<sup>137</sup> Dies kann hier nicht repräsentativ für alle Regionen der Erde untersucht werden. Stattdessen soll exemplarisch zunächst auf das Recht der Niederlande als eines benachbarten EU-Staates hingewiesen werden (*unter a*), woraus sich weniger ein Export der deutschen GmbH als vielmehr einer des deutschen Aktienrechts ergibt (*unter b*). Sodann soll das Recht der Schweiz als eines nicht der Europäischen Union angehörigen Staates beleuchtet werden (*unter c*).

##### a) Die Rechtsentwicklung in den Niederlanden

Die Niederlande haben im Jahre 2012 ihr GmbH-Recht reformiert. Als einer der Väter dieser Reform beschreibt *de Kluiver* die besonderen Vorzüge der

137 So konnte man sich in Frankreich bei Einführung der SARL nach dem 1. Weltkrieg einerseits auf eine eigenständige Gesellschaftsrechtstradition stützen, hatte aber andererseits die in Elsass-Lothringen bestehenden GmbH im Blick, denen eine Integration in die französische Rechtsordnung ermöglicht werden sollte (KOBBERG, Die Entstehung der GmbH in Deutschland und Frankreich, 1992, S. 290 und passim).

neuen *besloten vennootschap (BV)*.<sup>138</sup> Sie sei jetzt eine hochmoderne und attraktive Rechtsform. Denn man benötige bei Sacheinlagen keinen Sachverständigenbericht mehr; außerdem seien die Regeln über die Nachgründung gestrichen worden; und ganz besonders sei hervorzuheben, dass die Gesellschafter dem Geschäftsführer jetzt Weisungen erteilen dürften.

All diese Charakterzüge prägen das deutsche GmbH-Recht seit dem Jahre 1892. Wenn die niederländische *BV* erst einhundertzwanzig Jahre später daran angepasst wurde, fragt man sich unwillkürlich, um was für eine Rechtsform es sich vorher gehandelt hat. *De Kluiver* lässt daran keinen Zweifel: Der Sache nach war die *BV* vor 2012 eine kleine Aktiengesellschaft, die gegenüber der großen Schwester, der *naamloze vennootschap (NV)*, allenfalls den Vorzug eines geringeren Mindestkapitals bot.<sup>139</sup>

Aus deutscher Warte mag man fragen, wozu man seinerzeit eine Rechtsform eingeführt hat, die bis auf wenige Details der Aktiengesellschaft glich. Tatsächlich hatte man in den Niederlanden bis in das Jahr 1968 keineswegs das Bedürfnis verspürt, neben der *NV* eine zweite Kapitalgesellschaft anzubieten. Doch dann kam die europäische Publizitätsrichtlinie<sup>140</sup>. Sie regelte die Offenlegung von Bilanz sowie Gewinn- und Verlustrechnung. Mit einer Ausnahme: Die GmbH war davon ausgenommen bis zum Erlass einer Richtlinie über die Angleichung des Bilanzrechts<sup>141</sup>. Die Niederlande hatten keine GmbH. Sie erhielten in der Publizitätsrichtlinie noch eine Sonderklausel: Sog. „Geschlossene Aktiengesellschaften des niederländischen Rechts“ waren gleichfalls von der Offenlegungspflicht ausgenommen.<sup>142</sup> Unmittelbar darauf wurden aber weitere Richtlinien in Angriff genommen, die wieder nur für Aktiengesellschaften gelten sollten: die zweite Richtlinie zum Kapital<sup>143</sup> und die dritte zur innerstaatlichen Verschmelzung<sup>144</sup>. Nun führten die Niederlande kurz entschlossen ihre *BV* ein, um ihren Unternehmen eine Kapitalge-

138 DE KLUIVER, in: Viera González/Teichmann, Private Company Law Reform in Europe: The Race for Flexibility, 2015, S. 405, 414. Vgl. außerdem ZAMAN, GmbHR 2012, 1062 ff.

139 So DE KLUIVER bereits in: De Kluiver/Van Gerven, The European Private Company?, 1995, S. 110.

140 RL 68/151/EWG v. 9.3.1968, Abl. L 65/8, neu gefasst in RL 2009/101/EG, Abl. EU v. 1.10.2009, L 258/11, heute: Art. 1 ff der kodifizierten Richtlinie, EU 2017/1132, Abl. L 196/46.

141 Die dann in Form der Bilanz-RL erlassen wurde, heute: RL 2013/34/EU v. 26.6.2013, Abl. L 182/96.

142 Art. 2 lit. f RL 68/151/EWG v. 9.3.1968, Abl. L 65/8.

143 RL 77/91/EWG v. 13.12.1976, Abl. L 26/1, heute: Art. 44 ff der kodifizierten Richtlinie, EU 2017, 1132, Abl. L 196/46.

144 RL 78/855/EWG v. 9.10.1978, Abl. L 295/36, heute: Art. 87 ff der kodifizierten Richtlinie, EU 2017/1132, Abl. L 196/46.

sellschaft anbieten zu können, die nicht dem Anwendungsbereich der Richtlinien unterlag.

*b) Export des deutschen Aktienrechts*

Das Beispiel der Niederlande zeigt: Was Deutschland „exportiert“ hat, war nicht die GmbH des GmbH-Gesetzes. Exportiert wurde das Zweisäulenprinzip des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts: Die Aktiengesellschaft als börsengängige Publikumsgesellschaft auf der einen Seite und die GmbH als Rechtsform für kleine und mittlere Unternehmen auf der anderen Seite.<sup>145</sup> Die Ausbreitung dieses Modells verdankt sich weniger der Qualität des GmbH-Gesetzes; für dieses haben sich die Niederländer bei Einführung der BV ganz offensichtlich nicht interessiert. Es waren der Erfolg des deutschen Aktienrechts und dessen Gestaltungsmacht auf europäischer Ebene, welche die anderen Staaten der Europäischen Gemeinschaft veranlassten, im Schlepptau auch die GmbH mit zu übernehmen.<sup>146</sup>

Der wahre Exportschlag war somit das deutsche Aktienrecht.<sup>147</sup> Man schaue sich die Kapitalrichtlinie an,<sup>148</sup> den Entwurf zur Konzernrichtlinie<sup>149</sup> oder die Vorschläge einer Strukturrichtlinie<sup>150</sup>. Die Strukturrichtlinie sollte sich klar am Leitbild des dualistischen Systems mit Vorstand und Aufsichtsrat orientieren, das seinerzeit im Vergleich zum monistischen Modell englischer Prägung als das überlegenere angesehen wurde.<sup>151</sup> Sie wollte sogar für beide Systeme die unternehmerische Mitbestimmung einführen.<sup>152</sup> Heute undenkbar, aber damals waren „wir“ noch wer. Im Rückblick ist das zwar Stückwerk geblieben, weil weder die Konzern- noch die Strukturrichtlinie jemals verabschiedet wurden. Doch die Zeitgenossen konnten sich des Eindrucks nicht erwehren:

145 Zur gesetzlich strukturierten Eigenständigkeit der beiden Kapitalgesellschaftsformen im deutschen Recht HOMMELHOFF, in: Roth, Das System der Kapitalgesellschaften im Umbruch – ein internationaler Vergleich, 1990, S. 26 ff.

146 Das gilt neben den Niederlanden auch für die skandinavischen Staaten (KRÜGER ANDERSEN/SØRENSEN, The Danish Companies Act, 2012, S. 18).

147 Eingehend zu diesen und anderen Exporterfolgen des deutschen Gesellschaftsrechts TEICHMANN, in: Müller-Graff, Deutschlands Rolle in der Europäischen Union, 2008, S. 241 ff. Zur rechtsvergleichenden Ausstrahlung des deutschen Aktienrechts auch FLEISCHER, in: Fleischer/Koch/Kropff/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, 2016, S. 325 ff, sowie WELLER, ZEuP 2016, 53, 59.

148 Hierzu ausführlich LUTTER/BAYER/J. SCHMIDT, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl., 2012, § 20 Rdn. 1 ff.

149 LUTTER, Europäisches Unternehmensrecht, 4. Aufl., 1996, S. 244 ff.

150 LUTTER, aaO (Fn. 149), S. 176 ff.

151 Hierzu TEICHMANN, aaO (Fn. 9), S. 596 ff.

152 Art. 4 b sowie Art. 21 d des Entwurfs, bei LUTTER, aaO (Fn. 149), S. 179, 184.

Das europäische Gesellschaftsrecht wird vom deutschen Modell geprägt; also benötigt man ebenso wie Deutschland eine kleine Kapitalgesellschaft, um dem streng regulierten Aktienrecht zu entkommen.<sup>153</sup>

### c) Die Rechtsentwicklung in der Schweiz

Zu guter Letzt richtet sich der Blick auf die Schweiz als einer Rechtsordnung, die sich im Gesellschaftsrecht unabhängig von europäischen Harmonisierungsbestrebungen entfalten konnte. Dort hat man die GmbH vergleichsweise früh, nämlich 1936, eingeführt.<sup>154</sup> Das deutsche GmbH-Recht war natürlich bekannt und fand im Gesetzgebungsverfahren auch Erwähnung. Was man dort liest, klingt allerdings wenig schmeichelhaft. Die Frage, ob die GmbH als neue Gesellschaftsform in das Obligationenrecht aufzunehmen sei, war nach den Materialien „in den Handelskreisen eine bestrittene“.<sup>155</sup> Es gab offenbar in der Wirtschaft eine starke Opposition gegen die Einführung der GmbH. Der Verfasser des ersten Entwurfes für das Obligationenrecht, *Eugen Huber*, hatte gezögert, sie dem Entwurf einzuverleiben.<sup>156</sup> Der Bundesrat hält daher in seiner Botschaft an die Bundesversammlung fest:<sup>157</sup> „Es will uns scheinen, dass die Gegnerschaft der G.m.b.H. sich zu sehr von unleugbaren Missbräuchen und Auswüchsen habe beeinflussen lassen, die das deutsche Gesetz vom 20. April 1892 tatsächlich hervorgerufen hat [...]“. Das deutsche Gesetz habe „nach mancher Richtung nicht befriedigt“, und das sei ja auch nicht verwunderlich. Es trage unverkennbar die Schwächen eines Kompromisses zwischen der Offenen Handelsgesellschaft und der Aktiengesellschaft in sich.<sup>158</sup> Aber, so heißt es ganz pragmatisch, die Reformbedürftigkeit des deutschen Gesetzes sei kein Grund, es nicht besser zu machen.<sup>159</sup> Als deutscher Leser stellt man befremdet fest: Die Schweiz hat die GmbH nicht wegen, sondern trotz des deutschen GmbH-Gesetzes eingeführt.

153 Bekanntlich war auch die Einführung der GmbH im Jahre 1892 eine unmittelbare Reaktion auf die vorherige Verschärfung des Aktienrechts in der Reform von 1884 (siehe nur KOBERG, aaO [Fn. 137], S. 35ff, sowie SCHUBERT, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, S. 1, 5).

154 Hierzu und zur historischen Entwicklung SCHINDLER/TÖNDURY, in: Süß/Wachter, Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, 3. Aufl., 2016, Länderbericht Schweiz, Rdn. 4f.

155 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts vom 21.2.1928, BBl. 1928 I, S. 205, 271.

156 Darauf weisen die Materialien hin: Botschaft des Bundesrates, aaO (Fn. 155), S. 205, 271.

157 Botschaft des Bundesrates, aaO (Fn. 155), S. 205, 271.

158 Botschaft des Bundesrates, aaO (Fn. 155), S. 205, 271 f.

159 Vgl. Botschaft des Bundesrates, aaO (Fn. 155), S. 205, 272.

Allerdings ist der Schweiz der Kompromiss zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft nicht unbedingt besser gelungen.<sup>160</sup> Ob gar eine „böse Fee an der Wiege gestanden“ habe,<sup>161</sup> muss der inner-schweizerischen Beurteilung überlassen bleiben. Jedenfalls wurde die GmbH aus Angst vor Missbräuchen in ein Korsett geschnürt, das sie für die angesprochenen Verkehrskreise unattraktiv machte. Ähnlich wie in den Niederlanden war die nur halbherzig eingeführte GmbH keine attraktive Alternative zur AG. Diese bot in der Schweiz dieselben Gestaltungsmöglichkeiten und genoss einen besseren Ruf. Und so gab es Ende 1992 in der Schweiz über 170.000 Aktiengesellschaften und nur knapp 3.000 GmbHs.<sup>162</sup> Erst jetzt, also mit etwa einhundertjähriger Verzögerung, folgte die Schweiz wirklich dem deutschen Vorbild, und zwar im Aktienrecht. Dieses wurde in einer grundlegenden Reform 1991 strenger als je zuvor reguliert. Obwohl die Mehrzahl der AG kleine Unternehmen waren, orientierte sich die umfassende Aktienreform am Leitbild der Publikumsgesellschaft.<sup>163</sup> Und prompt war die GmbH beliebt; ohne dass am GmbH-Recht nur ein Jota geändert worden wäre. Schon ein Jahr nach der aktienrechtlichen Reform hatte sich die Zahl der GmbHs verdoppelt.<sup>164</sup> Knapp zwanzig Jahre später überschritt sie die Grenze von 100.000.<sup>165</sup>

Es folgt die nächste Überraschung. Erst nachdem die Rechtsform ein Erfolg geworden war, fing der Schweizer Gesetzgeber an, die GmbH ernsthaft zu reformieren. Das GmbH-Recht wurde im Jahre 2008 grundlegend überarbeitet, um der großen Zahl an Nutzern eine adäquate Rechtsform bieten zu können.<sup>166</sup> An dieser Reform könnte sich Deutschland so manches Beispiel nehmen. Sie folgt in guter kodifikatorischer Tradition der goldenen Regel, dass der Rechtsanwender dem Gesetz auch die geltende Rechtslage entnehmen können soll. Ausdrücklich geregelt sind beispielsweise der Austritt aus wichtigem Grund<sup>167</sup>, das damit verbundene Abfindungs-

160 Zum Folgenden B. SCHMIDT, Die schweizerische GmbH nach der Reform des Obligationenrechts, Diss. Würzburg, 2017, B.IV., im Druck.

161 So die Vermutung von DRUEY, AG 1995, 545, 546.

162 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19.12.2001, BBl. 2002 I, S. 3148, 3150.

163 FORSTMOSER, ZGR 1992, 232, 238.

164 Vgl. die Zahlenangaben bei DRUEY, AG 1995, 545; WÖHLMANN, SZW 1995, 139, 139; DRIESEN, GmbHR-Report 1995, R51.

165 R. MÜLLER/KÖNIG, GmbH und AG, 2011, S. 6f mit ausführlichen Übersichten zur Entwicklung.

166 Dazu vgl. monographisch B. SCHMIDT, aaO (Fn. 160), weiterhin BÖCKLI, in: Böckli/Forstmoser, Das neue schweizerische GmbH-Recht, 2006, S. 1ff, sowie SCHINDLER/TÖNDURY, aaO (Fn. 154), Länderbericht Schweiz, Rdn. 5.

167 Art. 822 OR S. 1: „Ein Gesellschafter kann aus wichtigem Grund beim Gericht auf Bewilligung des Austritts klagen.“

recht<sup>168</sup> und der Verweis auf das Aktienrecht für die Anfechtungsklage<sup>169</sup>. All dies gilt zwar auch in Deutschland, steht hier aber nicht im Gesetz.

## 2. Deutsches GmbH-Recht im europäischen Ideenwettbewerb

In der wissenschaftlichen Literatur wird zu Recht darauf hingewiesen, dass es einen Wettbewerb der Systeme nicht allein in der Form gebe, dass Unternehmen sich aus verschiedenen Rechtsordnungen die ihnen genehme herauspicken. Es gibt parallel dazu – und gab es schon immer – einen Wettbewerb der Rechtsideen.<sup>170</sup> Gute Gesetzgebung hat schon immer den Blick über den Tellerrand gewagt und sich von ausländischen Vorbildern inspirieren lassen. Das gilt in gewissem Umfang auch für die Rechtsprechung.

Ebenso bedient sich die europäische Gesetzgebung sehr gerne nationaler Vorbilder, um sich auf bereits erprobte Lösungen stützen zu können. Insoweit hat das deutsche Gesellschaftsrecht nach eindrucksvollen Erfolgen in der Frühzeit der Rechtsangleichung in den vergangenen Jahrzehnten deutlich an Terrain verloren.<sup>171</sup> Stattdessen waren unverkennbar angelsächsische Ideen auf dem Vormarsch. Dies veranlasste einen deutschen Autor dazu, seine Anmerkungen zum *SPE*-Entwurf schlicht mit der Überschrift „*Rule Britannia*“ zu versehen.<sup>172</sup> Nachdem das Vereinigte Königreich den Austritt aus der Europäischen Union erklärt hat („*Brexit*“), rechnen nun viele Autoren damit, dass die europäische Diskussion künftig wieder mehr vom kontinentaleuropäischen Recht geprägt werden wird.<sup>173</sup>

Doch könnte diese Erwartung trügen. Denn auch wenn die europäischen Vorschläge mit Bezug zum GmbH-Recht (*SPE* und *SUP*)<sup>174</sup> nur wenige Anklänge an das deutsche Recht erkennen ließen, so lag doch darin entgegen weit verbreiteter Verschwörungstheorien kein Kniefall vor dem englischen

168 Art. 825 OR: „Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so hat er Anspruch auf eine Abfindung, die dem wirklichen Wert der Stammanteile entspricht. Für das Ausscheiden auf Grund eines statutarischen Austrittsrechts können die Statuten die Abfindung abweichend festlegen.“ Art. 825a OR: „Die Abfindung wird mit dem Ausscheiden fällig, soweit die Gesellschaft über verwendbares Eigenkapital verfügt [...] Für den nicht ausbezahlten Anteil der Abfindung hat der ausgeschiedene Gesellschafter eine unverzinsliche nachrangige Forderung. [...]“

169 Art. 808c OR: „Für die Anfechtung der Beschlüsse der Gesellschafterversammlung sind die Vorschriften des Aktienrechts entsprechend anwendbar.“

170 Siehe nur KIENINGER, aaO (Fn. 12), S. 18 ff.

171 Vgl. hierzu die bereits in Fn. 147 erwähnten Beiträge.

172 RIES, NZG 2009, 1052.

173 In diesem Sinne etwa die Kurzbeiträge von KERSTING, DB 2016, Nr. 26-27, S. M 5, MÜLLER-GRAFF, Editorial zu GPR 4/2016.

174 Zu ihnen bereits oben bei Fn. 63 f.

Recht. Der gläubigerschützende Solvenztest beispielsweise, der sich in diesen Entwürfen findet, ist nicht der Engländer wegen dort gelandet. Er geht auf die Initiative der Niederländer zurück, die einen Solvenztest kurz zuvor mit der BV-Reform eingeführt hatten.<sup>175</sup> In der SUP tauchte dann erstmals die elektronische Gründung auf. Wieder wurde mit dem Finger auf das Vereinigte Königreich gezeigt, wo mangels wirksamer Kontrollen monatlich 50 bis 100 Fälle von Identitätsdiebstahl (“company hijacking”) auftreten.<sup>176</sup> Das ist zwar richtig,<sup>177</sup> hat aber wenig mit dem SUP-Vorschlag zu tun. Denn dieser findet sein Vorbild im kleinen Estland, das sich in den vergangenen Jahren konsequent der Digitalisierung verschrieben hat. Von dort wurden bislang keine gravierenden Fälschungen bekannt, weil für jede Eintragung der elektronische Personalausweis verwendet werden muss und anschließend derjenige, auf den der Ausweis ausgestellt ist, eine Bestätigungsmail über den Inhalt der Eintragung erhält.<sup>178</sup>

Estland gehört zur kontinentaleuropäischen Rechtsfamilie. Das estnische Gesellschaftsrecht ist weitgehend dem deutschen nachempfunden, inklusive Notar und Mindestkapital.<sup>179</sup> Ungeachtet dieser Prägung ist es gelungen, das Gründungsverfahren mit wenigen punktuellen Gesetzesänderungen an das digitale Zeitalter anzupassen. Als besonderen Service für den grenzüberschreitenden Verkehr bietet Estland alle einschlägigen Gesetzestexte und Gründungsformulare in englischer Sprache an.<sup>180</sup> Einmalig auf der Welt dürfte zudem das sog. E-Residency-Programm sein, im Rahmen dessen ausländische Staatsbürger, nachdem sie ein Überprüfungsverfahren durchlaufen haben, von der estnischen Botschaft ihres Landes die Berechtigung erwerben können, elektronische Behördengänge in Estland vorzunehmen.<sup>181</sup> Auch die Gründung einer Kapitalgesellschaft auf elektronischem Wege ist dann möglich.

Der estnische Erfindergeist zeigt: Es ist in der Europäischen Union jedem Mitgliedstaat möglich, mit guten Ideen Aufmerksamkeit zu erzielen und die rechtspolitische Debatte zu beeinflussen, ganz besonders natürlich, wenn man speziell für den grenzüberschreitenden Verkehr passende Lösungen

175 Siehe nur ZAMAN, GmbHR 2012, 1062, 1063 f.

176 BORMANN, aaO (Fn. 65), S. 23, 29, sowie RIES, aaO (Fn. 65), S. 65, 66; weiterhin KINDLER, ZHR 179 (2015), 330, 339.

177 Ausführlich BOCK, ZIP 2011, 2449 ff.

178 Die Einzelheiten des estnischen Gründungsverfahrens wurden vom VERF. vor Ort eruiert und sind in eine Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz eingeflossen. Die wichtigsten Erkenntnisse werden in Heft 1, GmbHR 2018, veröffentlicht werden.

179 Dazu BERGMANN, in: Süß/Wachter, Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, 3. Aufl., 2016, Länderbericht Estland, Rdn. 3.

180 Siehe nur <https://ettevotjaportaal.rik.ee>.

181 Nähere Informationen sind unter <https://e-resident.gov.ee> erhältlich.

austüftelt. Das kann auch Deutschland gelingen. Paradoxerweise hat gerade die spezifisch deutsche Reaktion auf die *Limited*-Konkurrenz eine Frucht hervorgebracht, die in anderen EU-Staaten aufmerksam zur Kenntnis genommen wird. Der aktuelle Exportschlagert ist nicht die traditionelle GmbH, sondern die „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“. In Dänemark hat man sich deren Konzept eingehend angeschaut und es weitgehend unverändert übernommen;<sup>182</sup> andere Nachbarländer wie Belgien, Italien und Luxemburg sind gefolgt oder haben sich zumindest vom deutschen Vorbild inspirieren lassen.<sup>183</sup>

Will man die europäische Diskussion weiterhin beeinflussen, sollte man ernsthaft darüber nachdenken, das deutsche GmbH-Gesetz etwas benutzerfreundlicher zu gestalten. Zwar lobt man am deutschen GmbH-Gesetz gerne seine „wohltuende Kürze“.<sup>184</sup> Und die Praxis kommt damit sicherlich gut zurecht – ein Kommentar auf dem Tisch und eine brauchbare Formularsammlung ersetzen den Gesetzgeber. Die Frage ist nur, ob man mit einer solch introvertierten Vorgehensweise international Furore macht. Als Beispiel mag die Diskussion um das Weisungsrecht dienen, das man hierzulande sowohl in der unabhängigen als auch in der konzernierten GmbH als wertvolles Führungsinstrument ansieht.<sup>185</sup> Im europäischen *SPE*-Vorschlag fehlte es.<sup>186</sup> Im *SUP*-Vorschlag tauchte es dann auf, wurde im Laufe der Verhandlungen aber wieder gestrichen.<sup>187</sup> Der Gegenwind kam offenbar vor allem aus Staaten, die ein kodifiziertes Weisungsrecht nicht kennen, und denen nicht begreiflich zu machen war, welchen Inhalt und welche Grenzen das Weisungsrecht haben sollte.

Der *Verfasser* musste in diesem Kontext erleben, wie unzugänglich sich die deutsche Rechtslage darstellt. Ein niederländischer Kollege fragte an, ob es im deutschen GmbH-Recht ein Weisungsrecht gebe. Dies wurde mit einem Verweis auf § 37 Abs. 1 GmbHG bejaht. Der Kollege meldete sich umgehend zurück mit dem Hinweis, man habe ihm offenbar die falsche Norm genannt, denn in § 37 Abs. 1 GmbHG stehe von einem Weisungsrecht nichts drin. Und

182 Rechtsvergleichend zu *Iværksætterselskab (IVS)* und UG LILJA, in: Fleischer/Hansen/Ringe, German and Nordic perspectives on company law and capital markets law, 2015, S. 53.

183 Dazu jüngst in rechtsvergleichender Umschau FLEISCHER, DB 2017, 291 ff.

184 FLEISCHER, ZGR 2016, 36, 48.

185 Siehe nur HOMMELHOFF, aaO (Fn. 145), S. 26, 41 ff.

186 Vielfach wurde insoweit eine Klarstellung oder Ergänzung gefordert (ARBEITSKREIS EUROPÄISCHES UNTERNEHMENSRECHT, NZG 2008, 897, 900; BÜCKER, ZHR 173 (2009), 281, 291 ff; HOMMELHOFF/TEICHMANN, GmbHR 2008, 897, 902).

187 Zu den vielfältigen Entwurfsfassungen und Streichungen in der SUP-Entwicklung TEICHMANN/GÖTZ, in: Viera-Gonzales/Teichmann, Private Companies in Europe: The Societas Unius Personae (SUP) and the recent developments in the EU Member States, 2016, S. 29 ff (speziell zum Weisungsrecht: S. 49 f).

in der Tat: Ohne fachkundige Erläuterung und das eine oder andere Kommentarzitat ist der eigentliche, über den Wortlaut weit hinausgehende Gehalt der Norm kaum zu entschlüsseln. Wenn sich die deutsche Rechtslage erst mit Hilfe von Kommentaren und Gerichtsentscheidungen erschließen lässt, ist es kaum verwunderlich, dass sie international nicht wahrgenommen und erst recht nicht in europäische Rechtstexte übernommen wird.

### 3. *Zwischenergebnis*

Der Siegeszug der GmbH um die ganze Welt wirkt bei genauerem Hinsehen weniger eindrucksvoll, wenn sich – zumindest bei Stichproben – ergibt, dass die betreffenden Staaten das deutsche GmbH-Recht entweder gar nicht zur Kenntnis genommen oder aber nach eingehender Analyse als ungeeignetes Vorbild verworfen haben. Von einem Export des deutschen Systems lässt sich allenfalls im Hinblick auf die Zweiteilung in gestaltungsoffene kleine und börsengängige große Kapitalgesellschaft sprechen. In diesem Kontext ist die GmbH als Rechtsform immer dann erfolgreich, wenn ihr ein streng reguliertes Aktienrecht an die Seite gestellt wird.

Im europäischen Ideenwettbewerb wäre es eine unzulässige Verengung, lediglich das englische Recht als Konkurrenten anzusehen. Die jüngeren Gesetzgebungsvorschläge der Europäischen Union greifen häufig innovative Entwicklungen aus kleineren Mitgliedstaaten auf, die sich frühzeitig einer Reform des eigenen GmbH-Rechts verschrieben haben. Das Beispiel der „Unternehmensgesellschaft (haftungsbeschränkt)“ zeigt, dass auch deutscher Erfindungsgeist rechtsvergleichend aufmerksam zur Kenntnis genommen wird und zur Nachahmung anregt.

### V. *Zusammenfassung in Thesen*

1. Ein Wettbewerb zwischen Rechtsordnungen entsteht nur dort, wo sich die nationalen Angebote hinreichend klar voneinander unterscheiden. Daher macht sich der Wettbewerb vor allem im Recht der GmbH bemerkbar, wo es an europäischer Rechtsangleichung fehlt.
2. Weitere Voraussetzung für einen Wettbewerb zwischen nationalen Gesetzgebern ist die Rechtswahlfreiheit der Unternehmen. Wenn diese durch ihre Entscheidung für oder gegen das eigene Gesellschaftsrecht klare Signale aussenden können, entsteht für den Gesetzgeber hinreichender Anlass, sein Angebot zu überdenken.
3. Im Modell des Wettbewerbs verursachen die Entscheidungen der Nachfrageseite eine Anpassungsreaktion des Anbieters, sobald dessen Produkt zum

„Ladenhüter“ zu werden droht. Dieser Effekt lässt sich an der GmbH-Reform 2008 augenfällig demonstrieren.

4. Allerdings hat die Beliebtheit von englischen Briefkastengesellschaften schon vor dieser Anpassungsreaktion des deutschen Gesetzgebers deutlich nachgelassen. Die Gründungszahlen der *Limited* hatten ihren Höhepunkt in Deutschland bereits vor Einführung der Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) überschritten.

5. Obwohl mit Einführung der mindestkapitalfreien Unternehmersgesellschaft ein erhebliches Attraktivitätsgefälle zum Nachbarland Österreich entstanden ist, blieben hier signifikante Wanderungsbewegungen aus. Dieser Befund weckt Zweifel an der gängigen Auffassung, wonach das Mindestkapital einer der wesentlichen Treiber des Wettbewerbs sei. Offenbar empfinden österreichische Gründer diesen Faktor nicht als derart belastend, dass sie dafür die Gründung einer deutschen Unternehmersgesellschaft ernsthaft in Erwägung ziehen würden.

6. Der Umgehung inländischer Schutzstandards durch „Briefkastengesellschaften“ kann in adäquater Weise und in Übereinstimmung mit europäischen Vorgaben entgegengetreten werden, solange der Marktzugang als solcher nicht behindert wird. Präventive Schutzmaßnahmen sind hingegen wesentlich schwerer zu rechtfertigen als nachgelagerte Sanktionen. Kollisionsrechtliche Anknüpfungen am Ort der Tätigkeit sind unter dieser Prämisse mit den europäischen Vorgaben zu vereinbaren und werden teilweise sogar durch sie unterstützt.

7. Nicht überall, wo GmbH draufsteht, ist auch GmbH drin. Viele Staaten haben sich zwar neben der kapitalmarktorientierten Aktiengesellschaft eine zweite Kapitalgesellschaft zugelegt. Diese entspricht aber keineswegs immer dem Leitbild der deutschen GmbH. Der eigentliche Exportschlag war das deutsche Aktienrecht, das viele europäische Staaten mittelbar zur Einführung einer zweiten Kapitalgesellschaftsform zwang.

8. Das deutsche GmbH-Gesetz hat auf den Ansturm der *Limited* kreativ reagiert und mit der Neuschöpfung der „Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt)“ einen rechtsvergleichenden Achtungserfolg erzielt. In vielen anderen Punkten ist die GmbH allerdings derzeit wenig exportfähig und teilweise zu sehr traditionellen Mustern verhaftet. Andere Rechtsordnungen zeigen, dass sich die Vorzüge des kontinentaleuropäischen Gesellschaftsrechts durchaus mit Modernität und besserer Verständlichkeit kombinieren lassen.

9. Die jüngsten EU-Vorschläge zum GmbH-Recht (*SPE* und *SUP*) lassen zwar nur wenig Anklänge an deutsche Rechtsvorstellungen erkennen. Darin äußert sich entgegen teilweise geäußelter Auffassung jedoch nicht etwa ein Kniefall vor angelsächsischen Rechtsideen. Es handelt sich dabei vielmehr um Anleihen beim Recht derjenigen Mitgliedstaaten, die sich frühzeitig einer Modernisie-

zung ihres GmbH-Rechts verschrieben haben und dadurch in Europa eine Vorbildfunktion einnehmen konnten.

10. Der nationale Gesetzgeber muss auf Veränderungen beim Attraktivitätsgefälle zu anderen Rechtsordnungen nicht übereilt reagieren. Grundlegende Reformen sollten sich weiterhin vorrangig an den Bedürfnissen der nationalen Binnenwirtschaft orientieren, die auch für die vermeintlich attraktiveren europäischen Rechtsordnungen stets im Vordergrund standen. Wer dabei ausländische Einflüsse eigenständig und innovativ aufgreift, wird damit erfahrungsgemäß auch in der europäischen Diskussion Überzeugungskraft entfalten.