

BENJAMIN SCHILPP

Gesellschafter-
fremdfinanzierte
Auslandsgesellschaften

*Veröffentlichungen
zum Verfahrensrecht
137*

Mohr Siebeck

Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht

Band 137

herausgegeben von

Rolf Stürmer



Benjamin Schilpp

Geschafterfremdfinanzierte Auslandsgesellschaften

Kollisionsrechtliche Behandlung
des Geschafterdarlehensrechts

Mohr Siebeck

Benjamin Schilpp, geboren 1987; Studium der Rechtswissenschaften an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg; 2012 Erste Juristische Staatsprüfung; 2016 Promotion (Universität Heidelberg, gefördert durch die Studienstiftung des deutschen Volkes); seit 2015 Rechtsreferendar am LG Heidelberg.

e-ISBN PDF 978-3-16-155069-0

ISBN 978-3-16-155068-3

ISSN 0722-7574 (Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht)

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

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2016 von der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im September 2015 abgeschlossen und zur Drucklegung nach Kräften aktualisiert und ergänzt.

Mein ganz besonderer und herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater Professor Dr. Andreas Piekenbrock. Er hat sich stets für alle meine Fragen und für Diskussionen über die Probleme der Arbeit Zeit genommen und diese so durch viele wertvolle Hinweise gefördert. Ermöglicht wurde die Arbeit durch ein Stipendium der Studienstiftung des deutschen Volkes, wofür ich sehr dankbar bin. Danken möchte ich außerdem Herrn Professor Dr. Marc-Philippe Weller für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens und Herrn Professor Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht“.

Für ihre liebevolle Begleitung und ihre bedingungslose Unterstützung auf meinem bisherigen Weg danke ich meinen Eltern Peter und Susanne Schilpp und meiner Schwester Stephanie Schilpp von ganzem Herzen. Die anstrengende Aufgabe des Korrekturlesens haben meine Mutter Susanne Schilpp und Anna Bühlmaier mit großer Sorgfalt übernommen, wofür ihnen großer Dank gebührt. Anna Bühlmaier hat aber auch darüber hinaus durch ihre vielfältige und unermüdliche Unterstützung sehr zum Gelingen der Arbeit beigetragen, wofür ich ihr besonders danken möchte. Meiner Familie soll diese Arbeit gewidmet sein.

Heidelberg, im Oktober 2016

Benjamin Schilpp

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	XXI
A. Einleitung	1
I. Problemaufriss und Ziele der Arbeit	2
II. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands	4
III. Gang der Untersuchung	5
B. Das Gesellschafterdarlehensrecht	6
I. Entwicklung des Gesellschafterdarlehensrechts	6
II. Die Regelungen des Gesellschafterdarlehensrecht nach dem MoMiG	15
III. Wertungskonzept des Gesellschafterdarlehensrechts: Legitimationserwägungen und Normzweck	20
IV. § 135 III InsO als Teil des Gesellschafterdarlehensrechts vor dem Hintergrund des entwickelten Wertungskonzepts?	74
C. Das Internationale Insolvenzrecht nach der EuInsVO	76
I. Entwicklung des Internationalen Insolvenzrechts	76
II. Allgemeines und Regelungssystematik	89
III. Anwendungsbereich	91
IV. Eröffnungszuständigkeit in der Insolvenz einer EU-Auslandsgesellschaft	106
V. Die kollisionsrechtliche Generalklausel in Art. 4 EuInsVO und die Reichweite des Insolvenzstatuts	108
VI. Art. 13 EuInsVO als Sonderregel für die Insolvenzanfechtung	117
VII. Würdigung des Internationalen Insolvenzanfechtungsrechts der EuInsVO	164

D. Das Internationale Gesellschaftsrecht	180
I. <i>Entwicklung des Gesellschaftskollisionsrechts – Von der Sitztheorie über die Niederlassungsfreiheit zur Gründungstheorie für EU-Auslandsgesellschaften</i>	180
II. <i>Reichweite des Gesellschaftsstatuts</i>	194
E. Anwendbarkeit des Gesellschafterdarlehensrechts in der Inlandsinsolvenz von EU-Auslandsgesellschaften	196
I. <i>Vorüberlegungen</i>	197
II. <i>Meinungsstand zur kollisionsrechtlichen Behandlung des Eigenkapitalersatzrechts</i>	204
III. <i>Kollisionsrechtliche Behandlung des Gesellschafterdarlehensrechts unter der EuInsVO</i>	212
F. Anwendbarkeit des Gesellschafterdarlehensrechts in den übrigen Konstellationen	266
I. <i>In der Inlandsinsolvenz von Gesellschaften aus Drittstaaten und Dänemark</i>	266
II. <i>Außerhalb der Insolvenz, in der Zwangsvollstreckung gegen Auslandsgesellschaften</i>	272
III. <i>Exkurs: Qualifikation von § 135 III InsO</i>	275
G. Ausblick und Anregungen de lege ferenda	277
I. <i>Ausblick</i>	277
II. <i>Anregungen de lege ferenda</i>	278
H. Zusammenfassung der Ergebnisse	281
Literaturverzeichnis	283
Sachregister	315

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXI
A. Einleitung	1
I. Problemaufriss und Ziele der Arbeit	2
II. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands	4
III. Gang der Untersuchung	5
B. Das Gesellschafterdarlehensrecht	6
I. Entwicklung des Gesellschafterdarlehensrechts	6
1. Lückenschluss im Gläubigerschutzsystem durch die Rechtsprechung – die sog. Rechtsprechungsregeln	7
2. Kodifizierung durch die GmbH-Novelle 1980 – die sog. Novellenregeln	8
3. Zweisäuliges Eigenkapitalersatzrecht	10
4. Weitere Entwicklungen	11
5. Einschneidende Änderungen durch das MoMiG	12
a. Nichtanwendungsbefehl hinsichtlich der Rechtsprechungsregeln	13
b. Verlagerung des gesamten Regelungskomplexes in die Insolvenzordnung mit Ergänzungen im AnfG, rechtsformneutrale Ausgestaltung	14
c. Aufgabe des Merkmals „eigenkapitalersetzend“	14
II. Die Regelungen des Gesellschafterdarlehensrecht nach dem MoMiG	15
1. Tatbestandliche Grundkonstanten, persönlicher Anwendungsbereich	15
2. Nachrang und Anfechtbarkeit in der Insolvenz	16
3. Regelungen zu den gesellschafterbesicherten Drittforderungen in der InsO	17
4. Kleinbeteiligungs- und Sanierungsprivileg	18
5. Regelungen des AnfG	18
6. Kein präventives Auszahlungsverbot mehr	18
7. Die Sonderregelung für die früher sog. „eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung“ in § 135 III InsO	19

III. Wertungskonzept des Gesellschafterdarlehensrechts: <i>Legitimationserwägungen und Normzweck</i>	20
1. Finanzierungsfolgenverantwortung im Eigenkapitalersatzrecht	21
a. Einzelerwägungen zur Begründung der Finanzierungsfolgenverantwortung	22
b. Grundgedanke der Finanzierungsfolgenverantwortung und Kritik am Begriff	25
2. Wertungsgrundlage der reformierten Regelungen	26
a. Keine bzw. unzureichende wertungsmäßige Rechtfertigung	27
b. Ansätze im Sinne einer Finanzierungsfolgenverantwortung	27
aa. Unveränderte Finanzierungsfolgenverantwortung	27
bb. Gewandelte bzw. fortentwickelte Finanzierungsfolgenverantwortung	29
c. Widerlegliche Vermutung der Insolvenzreife	31
d. Haftung für Insolvenzverschleppungsbeitrag	32
e. Sanktion der nominellen Unterkapitalisierung	34
f. An die Haftungsbeschränkung anknüpfende Ansätze	35
aa. Missbrauch der Haftungsbeschränkung	35
bb. Ausgleich für die Haftungsbeschränkung	36
g. An das Näheverhältnis anknüpfende Ansätze	38
aa. Doppelrolle des Gesellschafters	38
bb. Risikoausgleich	39
cc. Steuerungsfunktion des Eigenkapitalrisikos	41
dd. Informationsvorsprung des Gesellschafters	41
h. Kombinationsansätze	42
i. Standpunkt der höchstrichterlichen Rechtsprechung	43
j. Stellungnahme	44
aa. Zum Vorschlag der konzeptionellen Trennung und zur Miteinbeziehung der Tatbestände des AnFG	45
bb. De lege lata untaugliche Erklärungsansätze	47
cc. Auswertung der Gesetzesbegründung	48
dd. Zu klärende Detailpunkte	50
ee. Zur unveränderten Fortgeltung der Finanzierungsfolgenverantwortung	50
(1) Konstruktive Bedenken	51
(2) Historische Bedenken gegen eine Krisenvermutung	52
(3) Bedenken in Anbetracht des geänderten Handlungsanreizes	53
(4) Bedenken angesichts der Anfechtungsfrist des § 135 I Nr. 1 InsO	54
(5) Untaugliche historische und verfassungsrechtliche Begründungselemente	55
(6) Ergebnis	56
ff. Zur gewandelten Finanzierungsfolgenverantwortung, Vermutung der Insolvenzreife, Haftung für Insolvenzverschleppungsbeitrag und dem Problem der nominellen Unterkapitalisierung	56

gg. Zur Bedeutung der Haftungsbeschränkung für das Legitimations- und Wertungskonzept	59
(1) Näheverhältnis ungeeignet als Erklärungsansatz	59
(2) Haftungsbeschränkung als Tatbestandsmerkmal	60
(3) Haftungsbeschränkung keine bloße Einschränkung des Anwendungsbereichs	61
(4) Weitere Bezüge zur Haftungsbeschränkung	63
(a) Bezug zur Haftungsbeschränkung der Ansätze vom Risikoausgleich oder -beitrag	63
(b) Zusammenhang zur faktischen Aufgabe des gesetzlichen Mindestkapitals	64
(5) Gesetzlicher Risikobeitrag als Begrenzung und Ausgleich für das Privileg der Haftungsbeschränkung	65
hh. Überprüfung des erarbeiteten Wertungskonzepts	68
(1) Vereinbarkeit mit den tatbestandlichen Grundkonstanten des Gesellschafterdarlehensrechts	68
(2) Vereinbarkeit mit den Einzelregelungen des Gesellschafterdarlehensrechts	68
(3) Zu weiteren Kritikpunkten am Ansatz an der Haftungsbeschränkung	72
ii. Zusammenfassung der Ergebnisse zur Legitimations- und Wertungsgrundlage	73
3. Ergebnis: geändertes Wertungskonzept	74
<i>IV. § 135 III InsO als Teil des Gesellschafterdarlehensrechts vor dem Hintergrund des entwickelten Wertungskonzepts?</i>	74
C. Das Internationale Insolvenzrecht nach der EuInsVO	76
I. <i>Entwicklung des Internationalen Insolvenzrechts</i>	76
1. Grundzüge der Entwicklung des Internationalen Insolvenzrechts	76
a. Ausgangspunkt in Deutschland: territoriale Abschottung	77
b. Wende im deutschen Internationalen Insolvenzrecht und nationale Kodifikation des Internationalen Insolvenzrechts	78
c. Europäische Vereinheitlichungsbemühungen und die EuInsVO	79
d. Reform der EuInsVO in den Jahren 2012–2015: EuInsVO 2017	81
2. Entwicklung des Internationalen Insolvenzanfechtungsrechts und der Kollisionsregelungen zum Rang	82
a. Entwicklung des Internationalen Insolvenzanfechtungsrechts	82
aa. Diskussion in der Rechtswissenschaft	82
bb. Rechtsprechung	82
cc. Kodifikationsgeschichte	83
(1) Nationale Regelungen	83
(2) Internationale, vor allem europäische Regelungen	85

b. Kollisionsrecht für die Rangordnung der Gläubiger	86
aa. Nationale Regelungen	86
bb. Internationale, vor allem europäische Regelungen	87
3. Exkurs: Entwicklung des Internationalen Gläubigeranfechtungsrechts	88
II. <i>Allgemeines und Regelungssystematik</i>	89
III. <i>Anwendungsbereich</i>	91
1. Sachlicher Anwendungsbereich	91
2. Räumlicher Anwendungsbereich	92
a. Drittstaatenbezug des Sachverhalts ausreichend	93
b. Qualifizierter Mitgliedstaatenbezug des Sachverhalts erforderlich	94
c. Differenzierung nach einzelnen Teilkomplexen	96
d. Keine Anwendbarkeit der EuInsVO bei Vermögen in Drittstaat	96
e. Das EuGH-Urteil „Schmid“	97
f. Relevanz für die vorliegende Problematik	98
g. Verbleibende Problembereiche und Stellungnahme	99
aa. Kein qualifizierter Mitgliedstaatenbezug für die internationale Zuständigkeit	102
bb. Qualifizierter Mitgliedstaatenbezug für die Kollisionsnormen	104
h. Zusammenfassung der Ergebnisse zum räumlichen Anwendungsbereich	106
IV. <i>Eröffnungszuständigkeit in der Insolvenz einer EU-Auslandsgesellschaft</i>	106
V. <i>Die kollisionsrechtliche Generalklausel in Art. 4 EuInsVO und die Reichweite des Insolvenzstatuts</i>	108
1. Das Insolvenzrecht des Eröffnungsstaates – Grundgedanke des Art. 4 I EuInsVO	108
a. Art 4 I EuInsVO als kollisionsrechtliche Generalklausel	108
b. Gründe und Zweck der Geltung der lex fori concursus in Gestalt des Rechts am Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen	109
2. Reichweite des Insolvenzstatuts	110
a. Art 4 II 1 EuInsVO	110
aa. Übertragung der Grundsätze aus dem EuGH Urteil „Gourdain“	112
bb. Das EuGH-Urteil „Kornhaas“	113
cc. Keine formelhafte Lösung	115
b. Katalog des Art. 4 II 2 EuInsVO als Konkretisierung des Art. 4 I 1, II 1 EuInsVO	116
VI. <i>Art. 13 EuInsVO als Sonderregel für die Insolvenzanfechtung</i>	117
1. Geschichte dieser Norm	118
2. Ratio der Norm	119
3. Das „für die Rechtshandlung maßgebliche Recht“	120
a. Methodischer Rahmen	120
aa. Verordnungsautonome Auslegung oder Auslegung ausgehend vom nationalen Kollisionsrecht?	120

bb. Auslegung nach der lex fori des angerufenen Gerichts oder nach der lex fori concursus?	121
cc. Grundüberlegungen zum Vorgang der Qualifikation	122
b. Rechtshandlungsbegriff	124
c. Bestimmung des „für die Rechtshandlung maßgeblichen Rechts“	125
aa. Differenzierungslehre	125
bb. Schuldstatutslehre	126
cc. Neuere differenzierende Schuldstatutslehre	127
dd. Kritische Würdigung der Schuldstatutslehre und Streitentscheid	128
(1) Art. 32 I Nr. 2 EGBGB a. F. bzw. Art. 12 I lit. b Rom I-VO	128
(2) Parallele zum Bereicherungsrecht	129
(3) Das „Streitgegenstands-Argument“	130
(4) Parallelität zu § 339 InsO	131
(5) Erfüllungshandlungen unter Rechtsordnungen mit Einheitsprinzip	131
(6) Bestimmung des Wirkungsstatuts hier und in anderen Fällen, historische Betrachtung	133
(7) Grundsätzliche Bedenken gegen die Ermittlung des maßgeblichen Rechts der Rechtshandlung unter Rückgriff auf die Funktionsweise der Insolvenzanfechtungstatbestände	135
(8) Weiter Rechtshandlungsbegriff	137
(9) Erstreckung auf sonstige Unwirksamkeitsgründe	137
(10) Gewährleistung des Vertrauensschutz	138
ee. Ergebnis zur Bestimmung des „für die Rechtshandlung maßgeblichen Rechts“	139
d. Problematik der Manipulierbarkeit, Rechtswahl bzw. anderweitig „gezieltes Schaffen einer Anknüpfung“	139
aa. Binnensachverhalte Art. 3 III Rom I-VO	139
bb. Eingriffsnormen	140
cc. Wesentlich engere Verbindung gem. Art. 46 EGBGB	140
dd. Wesentlich nähere Beziehung zum Recht des Staates der Verfahrenseröffnung	140
ee. Insolvenzanfechtung der Rechtswahl oder der Veränderung der entscheidenden Anknüpfungspunkte	140
ff. Fraudulöse Anknüpfung	141
e. Exkurs: das „für die Rechtshandlung maßgebliche Recht“ bei grenzüberschreitender Zahlung	142
aa. Bare Zahlungen	142
bb. Unbare Zahlungen	142
(1) SEPA-Überweisung	143
(a) Vorüberlegungen	143
(b) Bestimmung des „maßgeblichen Rechts“ i. S. v. Art. 13 EuInsVO	144
(2) Lastschrift	147
(a) Einzugsermächtigungslastschrift	147
(b) SEPA Lastschriftverfahren	152
(3) Ergebnis	154

4. Regelungsmechanismus	154
a. Rechtsfolge	154
b. Bezug auf die konkrete Rechtshandlung und Einbeziehung sämtlicher Unwirksamkeitsgründe	155
c. Form der Geltendmachung der Anfechtung; Verjährungs-, Anfechtungs- und Ausübungsfristen	156
aa. Diskurs über die Beachtung von Formvorschriften und Verjährungs-, Anfechtungs- und Ausübungsfristen des Wirkungsstatuts	156
bb. EuGH-Urteil „Lutz“	158
d. Darlegungs- und Beweislast	159
e. Ergebnis	160
5. Anwendungsbereich	161
a. Räumlich	161
b. Sachlich	161
<i>VII. Würdigung des Internationalen Insolvenzanfechtungsrechts der EuInsVO</i>	<i>164</i>
1. Nachteile einer kumulativen Anknüpfung	164
2. Schutz der heimischen Rechtsordnung als untaugliches Argument	165
3. Argumente für eine Maßgeblichkeit des Insolvenzstatuts	165
a. Vergleich mit anderen Materien, die dem Insolvenzstatut unterfallen	165
b. Erstreckung der Grundnorm auf die Insolvenzanfechtung als Konkurswirkung	166
c. Einheitliche Anknüpfung zusammenhängender Fragen	167
d. Gleichbehandlung aller Anfechtungsgegner	167
e. Zweckmäßigkeitserwägungen	168
f. Zweck der Insolvenzanfechtung	169
g. Ergebnis	172
4. Argumente für eine Maßgeblichkeit des Wirkungsstatuts	172
a. Vertrauensschutz	173
b. Wirkweise der Insolvenzanfechtung	176
c. Gleichlauf mit der Einzelgläubigeranfechtung	177
d. Vergleich mit anderen Unwirksamkeitsgründen	178
e. Ergebnis	179
5. Ergebnis	179
 D. Das Internationale Gesellschaftsrecht	 180
 <i>I. Entwicklung des Gesellschaftskollisionsrechts – Von der Sitztheorie über die Niederlassungsfreiheit zur Gründungstheorie für EU-Auslandsgesellschaften</i>	 <i>180</i>
1. Ausgangspunkt: Sitz- und Gründungstheorie	181
2. Das Urteil „Daily Mail“ als vermeintliche Bestätigung der Sitztheorie	182
3. Die Urteile „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“	183

a. „Centros“	183
b. „Überseering“	184
c. „Inspire Art“	185
d. Folgen für das Gesellschaftskollisionsrecht: Gründungstheorie im Bereich der unionsrechtlichen Niederlassungsfreiheit	186
4. Weitergeltung der Sitztheorie für Drittstaaten	189
5. Fortentwicklung der EuGH Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit	189
a. „Cartesio“, „National Grid Indus“ und „Sevic Systems“	189
b. „Cadbury Schweppes“ und „Vale“: kein generelles „genuine link“-Erfordernis	191
6. Wegzugermöglichung für Kapitalgesellschaften durch das MoMiG	193
7. Zwischenergebnis – aktueller Stand des Internationalen Gesellschaftsrechts	193
II. Reichweite des Gesellschaftsstatuts	194
E. Anwendbarkeit des Gesellschafterdarlehensrechts in der Inlandsinsolvenz von EU-Auslandsgesellschaften	196
I. Vorüberlegungen	197
1. Präzisierung der kollisionsrechtlichen Fragestellung: Zuordnung zum Gesellschafts- oder Insolvenzstatut als Qualifikationsfrage	197
2. Auslegung des Unionsrechts	197
3. Getrennte Betrachtung der einzelnen Rechtsnormen?	198
4. Qualifikation eines Rechtsinstituts	199
5. Abgrenzung von Gesellschafts- und Insolvenzstatut	200
II. Meinungsstand zur kollisionsrechtlichen Behandlung des Eigenkapitalersatzrechts	204
1. Insolvenzzrechtliche Qualifikation des gesamten Eigenkapitalersatzrechts	204
2. Gesellschaftsrechtliche Qualifikation des gesamten Eigenkapitalersatzrechts	206
3. Unterscheidung nach Rechtsprechungs- und Novellenregeln	207
a. Eigenkapitalersatzcharakter als eigenständig anzuknüpfende, gesellschaftsrechtliche Vorfrage	210
b. Eigenkapitalersatzcharakter als bloßes Tatbestandsmerkmal	211
4. Doppelqualifikation	212
III. Kollisionsrechtliche Behandlung des Gesellschafterdarlehensrechts unter der EuInsVO	212
1. Stand der Diskussion	213
a. Anwendbarkeit aufgrund insolvenzzrechtlicher Qualifikation	213
aa. Kollisionsrechtliche Erwägungen bei Azara	217
bb. Kollisionsrechtliche Erwägungen bei Lüneborg	218

cc. Kollisionsrechtliche Erwägungen bei Balke	219
dd. Kollisionsrechtliche Erwägungen bei Clemens	219
ee. Kollisionsrechtliche Erwägungen bei Koutsós	220
b. Vereinzelte Berücksichtigung des Gesellschaftsstatuts über Art. 13 EuInsVO	220
2. Würdigung und Kritik am bisher erreichten Diskussionsstand	221
3. Kollisionsrechtliche Natur des Gesellschafterdarlehensrechts	226
a. Insolvenzzrechtliche Rechtsfolgen und Regelungstechnik	227
b. Wertungsgrundlage des nationalen Rechtsinstituts	227
c. Abgleich mit den Zwecken der Verweisungsnormen und ihrer Systembegriffe	229
d. Zuordnung nach den weiteren vorgeschlagenen Abgrenzungsförmeln	232
e. Weitere relevante Gesichtspunkte für die kollisionsrechtliche Rechtsnatur	232
aa. Gesellschafterdarlehensrecht „wirkt“ bereits vor dem Zeitpunkt materieller Insolvenz: präventiver, insolvenzferner Handlungsanreiz	233
bb. Problematik der Sitzverlegung und Auslands-GmbH	233
cc. Rechtsvergleich: beschränkte Aussagekraft des Vergleichs mit Gläubigerschutzregeln anderer Rechtsordnungen	235
f. Ergebnis zur kollisionsrechtlichen Natur des Gesellschafterdarlehensrechts	237
4. Folgen der ermittelten kollisionsrechtlichen Natur	238
a. Keine Ansatzpunkte im Wortlaut der Katalogtatbestände	238
b. Dennoch keine Anwendung der Katalogtatbestände	239
aa. Wertneutralität des rechtstechnischen Katalogs	239
bb. Kein Zusammenhang zu den klassischen Fällen der actio pauliana	240
cc. Rückschluss aus Art. 13 EuInsVO	241
dd. Problematik um die Abgrenzung von Insolvenz- und Gesellschaftsstatut stellt sich verschärft erst seit Centros, Überseering und Inspire Art	242
ee. Keine durchgreifende Bedenken aus dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und des „effet utile“	243
ff. Keine Korrektur der erarbeiteten Wertungsgrundlage des materiellen Rechts auf Grund des gesetzgeberischen Anwendungswillens	244
gg. Keine Berücksichtigung über Art. 13 EuInsVO	245
(1) Dogmatische Bedenken	245
(2) Praktische Bedenken	246
(3) Ergebnis	247
hh. Methodisch: Teleologische Reduktion	247
c. Vorzugswürdigkeit einer gesellschaftsrechtlichen Qualifikation	247
d. Ergebnis	248
5. Stützende Kontrollüberlegung: Vereinbarkeit des Gesellschafterdarlehensrechts mit der Niederlassungsfreiheit	248
a. Abermals: gemeinsame oder getrennte Prüfung der einzelnen Normen?	249

b. Grundlegendes zur Niederlassungsfreiheit und deren Schutzbereich	250
c. Insolvenzrecht als „sicherer Hafen“?	251
d. Keine Diskriminierung ausländischer Gesellschaften	253
e. Beschränkung der Niederlassungsfreiheit	253
f. Rechtfertigung dieses Eingriffs	258
g. Primärrechtskonforme Auslegung?	261
aa. Primärrechtskonforme Auslegung des materiellen Rechts?	262
bb. Primärrechtskonforme Auslegung des Kollisionsrechts?	263
(1) Heilung durch Anwendung von Art. 13 EuInsVO	263
(2) Heilung durch kumulative Sonderanknüpfung ohne Beweislastumkehr	263
h. Ergebnis und Folgen für die kollisionsrechtliche Behandlung	265
6. Ergebnis	265
I. Anwendbarkeit des Gesellschafterdarlehensrechts in den übrigen Konstellationen	266
I. <i>In der Inlandsinsolvenz von Gesellschaften aus Drittstaaten und Dänemark</i>	266
1. Sedes materiae	266
2. Relevante Konstellationen	267
a. Hauptinsolvenzverfahren über das Vermögen von Gesellschaften aus Drittstaaten	267
b. Hauptinsolvenzverfahren über das Vermögen von Gesellschaften aus Dänemark als Drittstaat i.R.d. EuInsVO	268
c. Partielle territoriale Verfahren über das Inlandsvermögen von Auslandsgesellschaften	269
3. Übertragbarkeit der Ergebnisse zur EuInsVO	269
a. In den möglichen Hauptinsolvenzverfahren	269
aa. Über das Vermögen einer dänischen Gesellschaft	269
bb. Über das Vermögen einer Gesellschaft aus einem EFTA-Staat	270
cc. Über das Vermögen einer US-amerikanischen Gesellschaft	270
b. In partiellen territorialen Insolvenzverfahren	271
aa. Über das Inlandsvermögen von Gesellschaften aus den Vereinigten Staaten, Dänemark und den EFTA-Staaten	271
bb. Über das Inlandsvermögen sonstiger Gesellschaften aus Drittstaaten	271
4. Ergebnis	272
II. <i>Außerhalb der Insolvenz, in der Zwangsvollstreckung gegen Auslandsgesellschaften</i>	272
1. § 19 AnfG: Maßgeblichkeit des Wirkungsstatuts	273
2. Ausnahme für §§ 6, 6a AnfG	273
III. <i>Exkurs: Qualifikation von § 135 III InsO</i>	275

G. Ausblick und Anregungen de lege ferenda	277
I. <i>Ausblick</i>	277
II. <i>Anregungen de lege ferenda</i>	278
1. Materielles Recht	278
2. Internationales Insolvenz- und Gesellschaftsrecht	279
H. Zusammenfassung der Ergebnisse	281
Literaturverzeichnis	283
Sachregister	315

Abkürzungsverzeichnis

Auf eine Angabe der Fundstelle nationaler Gesetze in aktueller Fassung wurde verzichtet. Abgekürzte Literaturtitel finden sich im Literaturverzeichnis.

a. A.	andere(r) Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
Abl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweisen der Europäischen Union
AG	Die Aktiengesellschaft
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Artt.	Artikel (pl.)
B.V.	besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (niederländische, haftungsbeschränkte Gesellschaftsform)
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	Berliner Kommentar
Brüssel Ia-VO	Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung) (Abl. L 351 vom 20.12.2012, S. 1).
Brüssel I-VO	siehe EuGVVO
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
COMI	center of main interest (engl. = Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen)
DB	Der Betrieb
dens.	denselben
ders.	derselbe
dess.	desselben
dies.	dieselbe(n)
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift

DStR	Deutsches Steuerrecht
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (seit 1999).
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
et al.	et alii (lat. = und andere)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof (amtlich: Gerichtshof)
EuGVÜ	Übereinkommen von Brüssel über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.9.1968 (abrufbar über EUR-Lex, CELEX:41998A0126).
EuGVVO	Verordnung (EG) 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Abl. L 12 vom 16.1.2001, S. 1), abgelöst durch die Brüssel Ia-VO.
EuInsVO	Europäische Insolvenzverordnung, Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren (Abl. L 160 vom 30.6.2000, S. 1), abgelöst durch die EuInsVO 2017.
EuInsVO 2017	Verordnung (EU) 2015/848 des europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2015 über Insolvenzverfahren (Neufassung) (Abl. L 141 vom 5.6.2015, S. 19).
EuR	Zeitschrift Europarecht
europ.	europäisch
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaft
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgend
ff.	folgende
FK	Frankfurter Kommentar
FMFG	Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Drittes Finanzmarktförderungsgesetz) vom 27.3.1998, BGBl I, S. 529.
Fn.	Fußnote
FR	Finanz-Rundschau
FS	Festschrift
GesO	Gesamtvollstreckungsordnung, vom 6. Juni 1990, BGBl I 1991, S. 1186.
GesR	Gesellschaftsrecht
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GS	Gedenkschrift
h. M.	herrschende Meinung
HaKo	Hamburger Kommentar
HdB	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch

HK	Heidelberger Kommentar
HRN	Hamburger Rechtsnotizen
i.a.R.	in aller Regel
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
i.R.d.	im Rahmen der/des
i.R.v.	im Rahmen von
i.S.d.	im Sinne der/des
i.S.e.	im Sinne einer/eines
i.S.v.	im Sinne von
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
InsR	Insolvenzrecht
int.	international
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KapAEG	Gesetz zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit deutscher Konzerne an Kapitalmärkten und zur Erleichterung der Aufnahme von Gesellschafterdarlehen (Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz – KapAEG) vom 20.4.1998, BGBl I, S. 707.
KG	Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) vom 27.4.1998, BGBl I, S. 786.
krit.	kritisch
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht (seit 2004), zuvor: Konkurs, Treuhand, Sanierung (1989–2003), bzw. Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (1955–1988)
lit.	littera (lat. = Buchstabe)
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring
LS	Leitsatz
LZ	Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht (1907–1913), Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (1914–1933)
m.e.N.	mit entsprechenden Nachweisen
m.v.w.N.	mit vielen weiteren Nachweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008, BGBl I, S. 2026.
MoRaKG	Gesetz zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen (MoRaKG) vom 12.8.2008, BGBl I, S. 1672.
MüKo	Münchener Kommentar
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Mietrecht
OHG	offene Handelsgesellschaft
R	Recht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RiLi	Richtlinie
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rom II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II) (Abl. L 199 vom 31.7.2007, S. 40).
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) (Abl. L 177 vom 4.7.2008, S. 6).
S.	Seite
Slg	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
StbJb	Steuerberater-Jahrbuch
u. a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
UBGG	Gesetz über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften vom 17.12.1986, BGBl I, S. 2488.
UG	Unternehmergesellschaft
vgl.	vergleiche
w.N.	weitere Nachweise
WM	Wertpapiermitteilungen
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

A. Einleitung

Der EuGH ermöglicht Gesellschaften, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates der EU wirksam gegründet wurden, mit den Urteilen „Centros“¹, „Überseering“² und „Inspire Art“³ auf Basis der Niederlassungsfreiheit, ihren effektiven Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen und dabei ihre Rechtsform beizubehalten.⁴ Damit wurde der viel beschworene „Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa“⁵ eröffnet.⁶

Auch der deutsche Gesetzgeber wollte sich diesem Wettbewerb stellen und mit dem MoMiG⁷ die deutsche GmbH international wettbewerbsfähig gestalten.⁸ Zu diesem Zweck wurde mit § 5a GmbHG eine Variante der GmbH eingeführt, die auf ein festes Mindestkapital verzichtet, die Unternehmergesellschaft.⁹ Gleichzeitig wurde das auf die Gesellschafterfremdfinanzierung gerichtete Eigenkapitalersatzrecht¹⁰ tatbestandlich von den Regeln zur Kapitalerhaltung getrennt und insgesamt

¹ EuGH, Urteil vom 9.3.1999 – C-212/97 („Centros“), Slg 1999, I-1459.

² EuGH, Urteil vom 5.11.2002 – C-208/00 („Überseering“), Slg 2002, I-9919.

³ EuGH, Urteil vom 30.9.2003 – C-167/01 („Inspire Art“), Slg 2003, I-10155.

⁴ Ganz überwiegend wird davon ausgegangen, dass die genannte Rechtsprechung zu einem Übergang zur sog. Gründungstheorie zwingt, der faktisch diese Konsequenz zeitigt; vgl. eingehend zur Entwicklung des internationalen Gesellschaftsrechts unten ad D.I.

⁵ So der vielsagende Titel des Aufsatzes von *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233 ff.

⁶ Eingehend hierzu jüngst m.v.w.N. *Fleischer*, in *MüKo GmbHG*, Einleitung, Rechtsvergleichung, Rn. 217 ff., nach dem der Trend zur Nutzung ausländischer Rechtsformen in Deutschland in den letzten Jahren wieder rückläufig ist.

⁷ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008, BGBl I, S. 2026.

⁸ Dies war erklärtes Ziel neben der Modernisierung des GmbH-Rechts; vgl. Begründung RegE MoMiG, BT-Drs. 16/6140, S. 1, ferner S. 25.

⁹ Kurz: UG. In der Firma muss jeweils der Zusatz „(haftungsbeschränkt)“ geführt werden, § 5a I GmbHG. Vgl. zur UG die Begründung RegE MoMiG, BT-Drs. 16/6140, S. 25, 31 ff. Näheres zur UG m.e.N. unten ad B.III.2.j.gg.(4).(b).

¹⁰ In der vorliegenden Arbeit wird der Begriff „Eigenkapitalersatzrecht“ für die Regelungen zu Gesellschafterdarlehen und wirtschaftlich vergleichbaren Formen der Gesellschafterfremdfinanzierung vor dem MoMiG verwandt, während der Begriff „Gesellschafterdarlehensrecht“ die reformierten Regelungen hierzu bezeichnen soll.

rechtsformneutral in insolvenzrechtlicher Regelungstechnik ausgestaltet, um eine Anwendbarkeit auch gegenüber EU-Auslandsgesellschaften¹¹ zu erreichen.¹²

Der Frage, ob dieses Anliegen der Reform erfolgreich war, widmet sich diese Arbeit. Gerade angesichts der rückläufigen Zahlen von EU-Auslandsgesellschaften in Deutschland kann dieser Frage unaufgeregt, dogmatisch und weniger rechtspolitisch nachgegangen werden. Dabei sollen neben den Vorgaben des Internationalen Insolvenz- und Gesellschaftsrechts vor allem die Wertungen des nationalen Rechtsinstituts berücksichtigt werden.

I. Problemaufriss und Ziele der Arbeit

Literatur¹³ und Rechtsprechung¹⁴ gehen bis auf einzelne Ausnahmen¹⁵ davon aus, das Gesellschafterdarlehensrecht sei auf EU-Auslandsgesellschaften in der Inlandsinsolvenz¹⁶ unproblematisch anwendbar. Die Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts auf Auslandsgesellschaften war demgegenüber noch äußerst umstritten.¹⁷

Begründet wird die Anwendbarkeit des reformierten Rechts in aller Regel mit einem knappen Verweis auf Artt. 3, 4 EuInsVO und die Gesetzesbegründung.¹⁸ Der Gesetzgeber ging davon aus, durch die *insolvenzrechtliche Platzierung* und den *rechtsformneutralen insolvenzrechtlichen Anwendungsbereich* des Gesellschafterdarlehensrechts, insolvenzrechtlich zu qualifizierende Regelungen zu schaffen.¹⁹

¹¹ Dieser Begriff steht für Gesellschaften, die entsprechend den vorherigen Ausführungen in der Rechtsform eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union gegründet wurden, ihren effektiven Verwaltungssitz aber in der Bundesrepublik Deutschland haben. Häufig werden solche Gesellschaften auch als „Scheinauslandsgesellschaften“ bezeichnet, worauf hier bewusst verzichtet wird. Kritisch zum Begriff „Scheinauslandsgesellschaften“ statt vieler *Behrens*, IPRax 2010, 230 (Fn. 1).

¹² Begründung RegE MoMiG, BT-Drs. 16/6140, S. 26, 56 f. Weiteres Ziel der Reform war eine Vereinfachung der als zu kompliziert empfundenen Regelungen. Genau genommen wird das Gesellschafterdarlehensrecht freilich gegenüber den Gesellschaftern der in § 39 IV InsO umschriebenen haftungsbeschränkten Gesellschaften angewandt.

¹³ Eingehend hierzu unten ad E.III.1.a. mit ausführlichen Nachweisen in Fn. 127.

¹⁴ Vor allem in einem obiter dictum der BGH, Urteil vom 21.7.2011 – IX ZR 185/10 (verbreitet „PIN“), BGHZ 190, 364 (Rn. 30). Hierzu m. w. N. ebenfalls unten ad E.III.1.a.

¹⁵ Auch zu zweifelnden Stimmen und der vereinzelt gebliebenen Gegenstimme *Zahrtes* unten ad E.III.1.a. mit Nachweis in Fn. 125.

¹⁶ In der bisherigen Diskussion ging es nahezu ausschließlich um die Fälle von Auslandsgesellschaften in der Rechtsform eines EU-Mitgliedstaates und isoliert um die insolvenzrechtlichen Regelungen des Gesellschafterdarlehensrechts (§§ 44a, 39 I Nr. 5, 135, 143 III InsO). Die vorliegende Arbeit wird aber auch die Situation im Hinblick auf andere Auslandsgesellschaften (unten ad F.I.) und hinsichtlich der Regelungen des AnFG (unten ad F.II.) betrachten.

¹⁷ Vgl. hierzu die Darstellung unten ad E.II.

¹⁸ Vgl. zur verbreitet sehr knappen Begründung m.e.N. unten ad E.III.1.a. und zu Ausnahmen mit etwas eingehenderer Begründung unten ad E.III.1.a.aa.–ee.

¹⁹ Begründung RegE MoMiG, BT-Drs. 16/6140, S. 26, 56 f.

Hierfür spricht vor allem auch der Katalog des Art. 4 II EuInsVO²⁰, der in lit. g, i und m Regelungen zum Rang und der Insolvenzanfechtung dem Insolvenzstatut zuweist, mithin also gerade die Regelungsmechanismen des Gesellschafterdarlehensrechts, die in der Insolvenz zum Zuge kommen.

Bei genauerer Betrachtung fallen allerdings einige problematische Aspekte auf, die dieses Ergebnis nachhaltig in Frage stellen. Zunächst sind mit der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften und der EuInsVO Vorschriften des Unionsrechts berührt, für deren Auslegung der Wille der nationalen Gesetzgeber (alleine) nicht entscheidend sein kann. Geboten ist hier vielmehr eine autonome Auslegung, die neben den verschiedenen Sprachfassungen vor allem Sinn und Zweck der unionsrechtlichen Normen zu berücksichtigen hat.²¹

Auch die Frage, ob eine insolvenzrechtliche Qualifikation mit den hinter dem Gesellschafterdarlehensrecht stehenden Wertungen korrespondiert, blieb bislang weitgehend unbeachtet. Dabei sind gerade die materiellen Wertungen und Funktionen eines Tatbestands oder Rechtsinstituts für dessen Qualifikation von entscheidender Bedeutung.²² Qualifizierte man das Gesellschafterdarlehensrecht gesellschaftsrechtlich, käme für zugezogene EU-Auslandsgesellschaften das Gründungsrecht der Gesellschaft zur Anwendung, mithin also kein deutsches Recht.²³ Die mangelnde Berücksichtigung der Wertungen des materiellen Rechts geht wohl unter anderem darauf zurück, dass das Wertungskonzept des reformierten Gesellschafterdarlehensrechts nach wie vor äußerst umstritten ist und auch die Gesetzesbegründung hierzu weitgehend schweigt. Daher werden in der Arbeit auch die hierzu entwickelten Ansätze systematisiert, aufgearbeitet und schließlich unter ihnen entschieden.

Dabei wird sich zeigen,²⁴ dass im Gesellschafterdarlehensrecht weiterhin gesellschaftsrechtliche Wertungen eine entscheidende Rolle spielen. Vor dem Hintergrund der autonomen Auslegung des Unionsrechts wirft das die Frage auf, ob die an den Rechtsfolgen und der Regelungstechnik ansetzenden Katalogtatbestände des Art. 4 II EuInsVO tatsächlich völlig unabhängig von den Wertungen der materiellen

²⁰ Die Zitation bezieht sich im gesamten Werk auf die Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren (Abl. L 160 vom 30.6.2000, S. 1) – EuInsVO –. Die hier wesentlichen Normen sind aber inhaltlich in die EuInsVO 2017 (Verordnung (EU) 2015/848 des europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2015 über Insolvenzverfahren (Neufassung) (Abl. L 141 vom 5.6.2015, S. 19)) übernommen worden. Bei den hier relevanten Normen hat sich neben redaktionellen Änderungen vor allem teilweise die Nummerierung geändert: Art. 4 EuInsVO wurde zu Art. 7 EuInsVO 2017 und Art. 13 EuInsVO wurde zu Art. 16 EuInsVO 2017.

²¹ Vgl. eingehend hierzu, vor allem im Hinblick auf die kollisionsrechtliche Qualifikation m.e.N. unten ad E.I.2.

²² Sehr anschaulich *M.-P. Weller*, in MüKo GmbHG, Einleitung, Internationales GesR, Rn. 392 ff. Vgl. zur Qualifikation eingehend m.w.N. unten ad C.VI.3.a.cc. und ad E.I.4.

²³ So die herrschende Auffassung in der Literatur und die Rechtsprechung. Eingehend hierzu m.e.N. unten ad D.I.

²⁴ Eingehend hierzu unten ad B.III.2.j.

Normen und Rechtsinstitute greifen. In letzter Konsequenz ermöglichte ein solches Verständnis eine „Instrumentalisierung“ der Katalogtatbestände durch die nationalen Gesetzgeber, was erhebliche Zweifel aufwirft.

Die Arbeit soll so insgesamt die Frage nach der Anwendbarkeit des Gesellschafterdarlehensrechts auf Auslandsgesellschaften in den verschiedenen in Betracht kommenden Konstellationen innerhalb und außerhalb der Insolvenz beantworten.

II. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands

Bei der Frage nach der Anwendbarkeit des Gesellschafterdarlehensrechts auf Auslandsgesellschaften ist man mit zwei Problemkreisen konfrontiert, die man vom Grundsatz her auseinanderhalten sollte. Problematisch ist zunächst, ob die Normen überhaupt kollisionsrechtlich zur Anwendung berufen sind. Ist dies der Fall, muss bei EU-Auslandsgesellschaften die Anwendung der Regelungen mit der unionsrechtlichen Niederlassungsfreiheit vereinbar sein. Diese beiden Problemkreise stehen dabei nicht völlig unabhängig nebeneinander, sondern beeinflussen sich gegenseitig. Scheidet etwa eine Anwendbarkeit bereits kollisionsrechtlich aus, kommt auch kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit mehr in Betracht. Andererseits ist die Niederlassungsfreiheit ggf. bereits im Rahmen der primärrechtskonformen Auslegung im Kollisionsrecht zu berücksichtigen. Zudem sind dabei häufig vergleichbare Überlegungen anzustellen, so dass in gewisser Weise ein Wertungsgleichlauf besteht.

Im Mittelpunkt der vorliegenden Arbeit soll trotz dieser Zusammenhänge zunächst isoliert die Frage nach der richtigen kollisionsrechtlichen Behandlung des Gesellschafterdarlehensrechts stehen. Auf die Vereinbarkeit der Regelungen mit der Niederlassungsfreiheit wird in Form einer stützenden Kontrollüberlegung eingegangen, die gleichsam das zur kollisionsrechtlichen Behandlung gefundene Ergebnis unter dem Aspekt der primärrechtskonformen Auslegung untermauert.

Dabei konzentriert sich die Arbeit auf die materiell- und kollisionsrechtliche Analyse der Normen des deutschen Gesellschafterdarlehensrechts *de lege lata*. § 135 III InsO, dessen Wertungskonzept und „Zugehörigkeit“ zum Gesellschafterdarlehensrecht für sich bereits sehr umstritten sind,²⁵ soll nur exkursorisch betrachtet werden. Die viel diskutierte Frage nach der internationalen Zuständigkeit für die Insolvenzanfechtungsklage und andere Annexverfahren ist indes nicht Gegenstand der Arbeit, genauso wie die steuerrechtliche Behandlung von Gesellschafterdarlehen.

Ferner beschränkt sich die Arbeit auf die Betrachtung entsprechender haftungsbeschränkter Gesellschaftsformen, die prinzipiell in den Anwendungsbereich des Gesellschafterdarlehensrechts (§ 39 IV InsO) fallen. Die Frage einer Übertragung

²⁵ Nachweise unten Kapitel B. Fn. 115.

des Gesellschafterdarlehensrechts auf andere in- und ausländische Gesellschaftsformen, etwa die KG oder gar die OHG (bzw. die entsprechenden Pendanten), kann in der Arbeit nur am Rande betrachtet werden.²⁶

III. Gang der Untersuchung

Zunächst soll das hinter den Regelungen des Gesellschafterdarlehensrechts stehende Wertungskonzept offen gelegt werden, um es bei der kollisionsrechtlichen Betrachtung berücksichtigen zu können. Nach einem kurzen Blick auf die Rechtsentwicklung und den materiellen Regelungsgehalt der Normen werden dabei im ersten Kapitel insbesondere der Normzweck und die Legitimationsgrundlage des Gesellschafterdarlehensrechts erarbeitet.

Die vorliegend relevanten Normen der EuInsVO werden im Anschluss daran im zweiten Kapitel eingehend betrachtet. Nach Darstellung der Rechtsentwicklung und des Anwendungsbereichs der Verordnung sind vor allem die vorliegend relevanten Kollisionsnormen (Artt. 4 I, II lit. g, i, m, 13 EuInsVO) aufzuarbeiten. Dabei ist insbesondere die Problematik um die Bestimmung des „für die Rechtshandlung maßgeblichen Rechts“ i. S. v. Art. 13 EuInsVO²⁷ zu lösen, da in der Literatur teilweise eine Sonderbehandlung des Gesellschafterdarlehensrechts im Rahmen dieser Norm vorgeschlagen wird²⁸. Eine Betrachtung des Internationalen Gesellschaftsrechts schließt hieran als drittes Kapitel an.

Diese Vorarbeiten ermöglichen es, sich im vierten Kapitel der Frage nach der kollisionsrechtlichen Behandlung des Gesellschafterdarlehensrechts unter der EuInsVO und unter Beachtung der Zwecke sowohl des materiellen Rechts als auch des in Frage kommenden Kollisionsrechts zu widmen, zunächst anhand des Falles eines inländischen Hauptinsolvenzverfahrens einer EU-Auslandsgesellschaft unter der EuInsVO. Dabei wird vor allem die Natur des Gesellschafterdarlehensrechts aus einer kollisionsrechtlichen Perspektive herausgearbeitet und die hieraus folgenden Konsequenzen betrachtet. Schließlich ist das gefundene Ergebnis anhand der Niederlassungsfreiheit zu überprüfen.

Im Anschluss daran werden im fünften Kapitel die weiteren kollisionsrechtlichen Fragen (Übertragung der Ergebnisse auf partielle territoriale Verfahren unter der EuInsVO und auf Verfahren unter autonomem Internationalem Insolvenzrecht, sowie die kollisionsrechtliche Behandlung der Einzelgläubigeranfechtungstatbestände) betrachtet. Im sechsten Kapitel werden die Ergebnisse umfassend gewürdigt und es finden schließlich noch einige Gedanken *de lege ferenda* abrundend ihren Platz.

²⁶ Vgl. hierzu m.e.N. unten ad B.III.2.j.gg.(3).

²⁷ Entspricht inhaltlich Art. 16 EuInsVO 2017 (vgl. bereits oben Kapitel A. Fn. 20).

²⁸ Nachweise unten Kapitel E. Fn. 157 und 197.