Verfahrensgang
OLG Köln, Urt. vom 28.09.2010 – 18 U 3/10, IPRspr 2011-315a
BGH, Urt. vom 21.07.2011 – IX ZR 185/10, IPRspr 2011-315b

Rechtsgebiete
Insolvenz- und Anfechtungsrecht
Juristische Personen und Gesellschaften → Gesellschaftsstatut, insbesondere Rechts- und Parteifähigkeit

Rechtsnormen
AEUV **Art. 49**
EuInsVO 1346/2000 **Art. 3**; EuInsVO 1346/2000 **Art. 4**
GmbHG **§ 32a**; GmbHG **§ 32b**; GmbHG **§ 84**
HGB **§ 129a**
InsO **§ 39**; InsO **§ 135**

Fundstellen

LS und Gründe
Der Konzern, 2010, 625
Europ. Leg. Forum, 2010, II-97
Europ. Leg. Forum, 2010, I-209
NZI, 2010, 1001, mit Anm. *Mankowski*
ZIP, 2010, 2016
GmbHR, 2011, 35

nur Leitsatz
GWR, 2010, 532, mit Anm. *Dahl/Schmitz*
ZBB, 2010, 520
EWiR, 2011, 19, mit Anm. *Riedemann/Lesmann*

Permalink
https://iprspr.mpipriv.de/2011-315a

Lizenz
Copyright (c) 2024 Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht
Dieses Werk steht unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

XII. Insolvenz- und Anfechtungsrecht

Siehe auch Nrn. 192, 235, 286

Das Urteil des LAG Baden-Württemberg vom 12.5.2011 – 21 Sa 119/10 – wird zusammen mit dem Urteil des BAG vom 13.12.2012 – 6 AZR 498/11 bzw. 6 AZR 348/11 – in IPRspr. 2012 abgedruckt.

Der Beschluss des LG Wuppertal vom 9.5.2011 – 6 T 248/11 – wird zusammen mit dem Beschluss des BGH vom 8.3.2012 – IX ZB 178/11 (NJW-RR 2012, 1455, DB 2012, 709, DZWiR 2012, 303, NZI 2012, 377, ZInsO 2012, 699, ZIP 2012, 782) in IPRspr. 2012 abgedruckt.

Das Urteil des Hessischen LAG vom 25.7.2011 – 17 Sa 118/11 (ZIP 2011, 2218) – wird zusammen mit dem Urteil des BAG vom 13.12.2012 – 6 AZR 756/11 – in IPRspr. 2012 abgedruckt.

Das Urteil des OLG Hamm vom 3.5.2011 – I-27 U 145/10 – wird zusammen mit dem Vorlagebeschluss des BGH vom 21.6.2012 (MDR 2012, 1183; WM 2012, 1449; ZIP 2012, 1467) in IPRspr. 2012 abgedruckt.

Das Urt. des Hessischen LAG vom 31.10.2011 – 17 Sa 1666/10 – wird zusammen mit dem Urteil des BAG vom 13.12.2012 – 6 AZR 5/12 – in IPRspr. 2012 abgedruckt.

315. *Die Regelungen über die Nachrangigkeit kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen nach § 32a GmbHG in der Fassung vom 19.12.1998, § 39 I Nr. 5 InsO in der Fassung vom 13.4.2007 finden auf Kapitalgesellschaften, über deren Vermögen in Deutschland das Hauptinsolvenzverfahren eröffnet worden ist, auch dann Anwendung, wenn diese in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union gegründet worden sind.*

a) OLG Köln, Urt. vom 28.9.2010 – 18 U 3/10: ZIP 2010, 2016; Der Konzern 2010, 625; Europ. Leg. Forum 2010, I-209; Europ. Leg. Forum 2010, II-97; GmbHR 2011, 35; NZI 2010, 1001 mit Anm. *Mankowski*. Leitsatz in: EWiR 2011, 19 mit Anm. *Riedemann/Lesmann*; GWR 2010, 532 mit Anm. *Dahl/Schmitz*; ZBB 2010, 520.

b) BGH, Urt. vom 21.7.2011 – IX ZR 185/10: BGHZ 190, 364; NJW 2011, 3784, 3745 Aufsatz *Schall*; RIW 2011, 802; WM 2011, 1812; IPRax 2012, 251, 226 Aufsatz *Wedemann*; MDR 2011, 1263; ZIP 2011, 1775; BB 2012, 14 mit Anm. *Teichmann*; DB 2011, 2140; DZWIR 2012, 79; GmbHR 2011, 1087 mit Anm. Blöse; NZG 2011, 1195; NZI 2011, 818; ZInsO 2011, 1792. Leitsatz in: Der Konzern 2011, 479; EWiR 2011, 643 mit Anm. *Bork*; GWR 2011, 451 mit Anm. *Dahl/Thomas*; LMK 2011, 326134.

Die Kl. begehrt im Insolvenzverfahren über das Vermögen der P. AG (im Folgenden: Schuldnerin) die Feststellung der von ihr zur Insolvenztabelle angemeldeten Darlehens- und daraus abgeleiteten Zinsforderungen. Der Bekl. ist Verwalter in dem vom AG Köln eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin. Er bestritt sämtliche Darlehens- und Zinsforderungen der Kl., weil er sie als nachrangige Forderungen auf Rückgewähr eigenkapitalersetzender Darlehen im Sinne des § 39 I Nr. 5 InsO a.F. ansieht. Die Kl. ist Gründungsgesellschafterin der Schuldnerin, einer in der Rechtsform der S.A. mit satzungsmäßigem Sitz in Luxemburg gegründeten Holdinggesellschaft und hält die Mehrheit der Geschäftsanteile der Schuldnerin. Die Kl. gewährte der Schuldnerin mehrere Darlehen und ist der Auffassung, dass ihre Darlehensrückzahlungsansprüche nicht nachrangig seien, weil auf die Schuldnerin als Gesellschaft luxemburgischen Rechts die deutschen Regelungen über das Kapitalersatzrecht keine Anwendung fänden. Die Darlehen hätten auch keinen eigenkapitalersetzenden Charakter gehabt, weil die Schuldnerin zu keinem Zeitpunkt kreditunwürdig gewesen sei.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Kl. ist ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Kl. den von ihr geltend gemachten Tabellenfeststellungsanspruch in vollem Umfang weiter.

Aus den Gründen:

a) OLG Köln 28.9.2010 – 18 U 3/10:

„II. Die Berufung ist zulässig, aber nicht begründet, denn das LG hat die Klage zu Recht abgewiesen, weil die Darlehensforderungen der Kl. gegen die Schuldnerin nachrangig sind.

1. Die Nachrangigkeit kapitalersetzender Gesellschafterforderungen ergibt sich sowohl aus § 39 I Nr. 5 InsO a.F. als auch aus § 32a GmbHG a.F. Bei beiden Bestimmungen handelt es sich ungeachtet ihres jeweiligen Standorts materiell um Regelungen des deutschen Insolvenzrechts, das auf die Schuldnerin Anwendung findet.

a) Das für die Schuldnerin maßgebliche Insolvenzstatut ist das deutsche Recht. Dies ergibt sich aus Art. 4 EuInsVO, denn das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin wurde von einem deutschen Gericht eröffnet. Dessen Zuständigkeit für die Schuldnerin als Gesellschaft luxemburgischen Rechts ergab sich aus Art. 3 I EuInsVO, weil diese seit der Übertragung der Geschäftsführung auf die Herren Q. und A. den Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen (*centre of main interests* – COMI) in L. hatte; auf die entsprechenden Ausführungen des AG Köln in seinem Beschluss vom 19.2.2008 wird Bezug genommen.

Das Gesellschaftsstatut der Schuldnerin richtet sich dagegen nach dem Gründungsstatut, also nach luxemburgischen Recht. Es ist infolge der Entscheidungen des EuGH im Fall Inspire Art: Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam ./. Inspire Art Ltd., Rs C-167/01, Slg. 2003 I-10155, NJW 2003, 3331 inzwischen Konsens in Deutschland, dass sich das Gesellschaftsstatut – jedenfalls solcher Gesellschaften, die in einem Mitgliedstaat der EU gegründet wurden – nicht nach dem Sitz, sondern nach dem Gründungsort richtet, weil nur so die europarechtlich verbürgte Niederlassungsfreiheit gewahrt werden kann (vgl. *Palandt-Thorn*, 69. Aufl., Anh Art. 12 Rz. 6 ff. m.w.N.).

b) Die Frage der Qualifikation der Regelungen über die Nachrangigkeit kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen, die sich bis zum Inkrafttreten des MoMiG am 1.11.2008 in den §§ 32a, 32b GmbHG, 39 I Nr. 5 InsO befanden und seitdem in §§ 39, 135 InsO finden, ist seit geraumer Zeit im Schrifttum umstritten; ober- oder höchstrichterliche Entscheidungen liegen hierzu bislang nicht vor.

aa) Das AG Hamburg (IPRax 2010, 253[1], dazu *Behrens* aaO, 230 ff.) hat für das neue, ab November 2008 geltende Recht entschieden, dass es sich bei dem Kapitalersatzrecht um Insolvenzrecht handelt, weil diese Bestimmungen nunmehr in der Insolvenzordnung stehen. Diese Begründung ist jedoch nicht tragfähig, denn schon zum früheren Recht bestand Einigkeit darüber, dass die Qualifikation einer Norm nicht entscheidend von dem Gesetz abhängt, in dem sie steht; maßgeblich ist vielmehr der materielle Gehalt der Bestimmung. Deshalb bleibt etwa § 84 GmbHG eine strafrechtliche Bestimmung, obwohl sie in einem gesellschaftsrechtlichen Gesetz steht (vgl. *Behrens* aaO 231; *Goette*, ZIP 2006, 541, 546). Es wäre auch nicht

[1] IPRspr. 2008 Nr. 235.

einleuchtend, eine Norm mit identischem Regelungsgehalt anders zu qualifizieren, nur weil der Gesetzgeber sie in ein anderes Gesetz ‚verschoben' hat.

Der BGH hat die von ihm entwickelten Rechtsprechungsregeln dem Gesellschaftsstatut zugeordnet (BGH, NJW 2001, 3123). Demgegenüber wurden die Novellenregelungen der §§ 32a, 32b GmbHG aber eher insolvenzrechtlich verstanden: (‚konkurs-und anfechtungsrechtrechtliche Lösung der Novelle'). In diesem Sinne versteht der Senat auch eine Stellungnahme von *Goette* (aaO), wonach zwischen den Rechtsprechungsregeln und den Novellenregeln durchaus Unterschiede bestehen, die eine unterschiedliche Qualifikation rechtfertigen könnten.

bb) Ein Teil des Schrifttums (vgl. auch noch *Scholz-Schmidt*, GmbHG, 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rz. 8; *Nerlich-Römermann*, InsO [21. Erg.-Lfg.], Art. 4 EuInsVO Rz. 45; *Haß-Huber-Gruber-Heiderhoff-Haß/Herweg*, EuInsVO, 2005, Art. 4 Rz. 41; *Geyrhalter/Gänßler*, NZG 2003, 409, 411 f.; *Borges*, ZIP 2004, 733, 743) versteht das Kapitalerhaltungsrecht als Gesellschaftsrecht. Das wesentliche Argument hierfür ist, dass Anknüpfungspunkt die sich aus der Gesellschafterstellung ergebende Finanzierungsverantwortung sei (*Müller*, NZG 2003, 415, 417; *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3589; *Riedemann*, GmbHR 2004, 345, 349; *Behrens* aaO 230 f.).

cc) Nach a.A. (vgl. auch noch MünchKommInsO-*Stodolkowitz/Bergmann*, 2. Aufl., § 135 Rz. 5; *Lutter-Huber*, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, 131, 172 ff.; *Haas*, NZI 2002, 457, 466) handelt es sich dagegen bei den Regelungen über die Nachrangigkeit kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz um Insolvenzrecht. Anders als die Rechtsprechungsregeln knüpften die §§ 32a, 32b GmbHG nicht an eine bestimmte Mindestkapitalausstattung der Gesellschaft an und seien deshalb rechtsformunabhängig (*Fischer*, ZIP 2004, 1476, 1480). Das Kapitalersatzrecht der Novellenregeln werde auch – anders als die Rechtsprechungsregeln – erst und ausschließlich in der Insolvenz bedeutsam (*Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1207). Außerdem gehe es beim Eigenkapitalersatzrecht nur um die Bestimmung des Rangs in der Insolvenz und dafür sehe Art. 4 II lit. i EuInsVO gerade die Geltung des Insolvenzstatuts vor (*Paulus*, ZIP 2002, 729, 734).

dd) Die insolvenzrechtliche Qualifikation der Bestimmungen über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen entspricht auch der Auffassung, von der der Gesetzgeber des MoMiG ausgegangen ist: ‚Die Regelungen zu den Gesellschafterdarlehen werden in das Insolvenzrecht verlagert, wo sie systematisch hingehören.' (BT-Drucks. 16/6140 S. 101)

ee) Der Senat teilt diese Ansicht – und zwar auch für die Zeit vor dem Inkrafttreten des MoMiG. § 39 I Nr. 5 InsO a.F. ist – ebenso wie § 39 I Nr. 5 InsO n.F. – schon wegen der darin angeordneten Rechtsfolge der Nachrangigkeit von (kapitalersetzenden) Gesellschafterdarlehen im Insolvenzrecht. Es handelt sich hierbei um eine ureigene insolvenzrechtliche Materie, deren rechtliche Charakterisierung durch die Anknüpfung einzelner tatbestandlicher Voraussetzungen an Normen und Erkenntnisse des Gesellschaftsrechts nicht beeinflusst wird.

Gleiches ergibt sich aus Art. 4 II lit. i EuInsVO, in dem ausdrücklich geregelt wird, dass u.a. für den Rang der Forderungen das Recht des Insolvenzstaats maßgeblich ist. Dasselbe gilt aber auch für das Kapitalersatzrecht der §§ 32a, 32b GmbHG a.F. Sowohl § 32a GmbHG als auch § 32b GmbHG kommen überhaupt nur in der Insolvenz der Gesellschaft zum Tragen, nicht dagegen im Vorfeld einer Insol-

venz und auch nicht, wenn eine Insolvenzeröffnung mangels Masse unterbleibt. Aus den Regelungen ergibt sich auch nicht etwa eine Verpflichtung, die Gesellschaft mit einem bestimmten Mindestkapital auszustatten. Es bleibt den Gesellschaftern vielmehr unbenommen, eine materiell unterkapitalisierte Gesellschaft zu gründen und fortzuführen.

Des Weiteren sind die Kapitalersatzregeln rechtsformunabhängig. Gesetzliche Regelungen gab es in §§ 32a, 32b GmbHG für die GmbH und in § 129a HGB für Personenhandelsgesellschaften. Entsprechende Anwendung fanden diese Bestimmungen aber auch auf die AG (BGH, NZG 2005, 712, 713; 2010, 905).

Die Regelungen knüpfen auch nicht an eine bestimmte – rechtsformspezifische – Mindestkapitalausstattung an, sondern an die Diskrepanz zwischen Kapitalbedarf und der Möglichkeit der Kapitalbeschaffung auf dem Kapitalmarkt ausgedrückt durch den nicht gesellschaftsrechtlich belegten Begriff der Krise. Die Krise, die nichts anderes ist als die Gefahr einer Insolvenz, soll nicht durch die Zurverfügungstellung von Fremdkapital künstlich verlängert werden, was für Drittgläubiger die Gefahr mit sich bringt, im Falle einer späteren Insolvenz mit ihren Forderungen jedenfalls in einem höheren Maße auszufallen als bei einer früheren Insolvenzantragstellung. Die Fortführung einer krisenbehafteten Gesellschaft ist für die anderen Teilnehmer am Rechtsverkehr mit besonderen Risiken verbunden, denn im Zweifel steigt mit zunehmender Dauer der Krise die Zahl der Gesellschaftsgläubiger, während das Gesellschaftsvermögen abnimmt, sodass die Insolvenzquote entsprechend sinkt. Die Anknüpfung an die Krisensituation der Gesellschaft wird auch dadurch deutlich, dass mit Überwindung der Krise die Anwendung der Eigenkapitalersatzregeln entfällt, selbst wenn es dann später doch noch – aufgrund einer neuen Krise – zu einer Insolvenz der Gesellschaft kommt. Auch das Sanierungsprivileg des § 32a III 3 GmbHG a.F. bzw. § 39 IV 2 InsO n.F. unterstreicht die spezifisch insolvenzrechtliche Bedeutung dieser Norm. Hierdurch soll eine Sanierung zur Vermeidung einer Insolvenz erleichtert werden.

Schutzzweck der Regelung ist schließlich nicht die Erhaltung des Kapitals der Gesellschaft, damit diese damit arbeiten kann, sondern die Erhaltung einer möglichst umfangreichen Insolvenzmasse für die Fremdgläubiger der Gesellschaft. Regelungen, die der Erhaltung und Mehrung der Insolvenzmasse dienen, sind aber spezifisch insolvenzrechtlicher Natur wie sich aus Art. 4 II litt. i und m EuInsVO ergibt.

ff) Die Anwendung deutschen Kapitalersatzrechts auf Auslandsgesellschaften verstößt entgegen der von der Kl. im Anschluss an entspr. Stellungnahmen im Schrifttum (z.B. *Borges* aaO; *Riedemann* aaO) auch nicht gegen die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV). Geht man nämlich von der insolvenzrechtlichen Qualifikation der Kapitalersatzregeln aus, ergibt sich deren Anwendung auf ausländische Gesellschaften im Rahmen einer Inlandsinsolvenz ohne weiteres bereits aus europäischem Recht (Art. 4 EuInsVO). Die Frage, ob diese Qualifikation zutreffend ist, betrifft aber nicht die Niederlassungsfreiheit. Diese kann deshalb auch kein Grund dafür sein, die Frage der gesellschafts- oder insolvenzrechtlichen Qualifikation abweichend zu beurteilen.“

b) BGH 21.7.2011 – IX ZR 185/10:

„II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten rechtlicher Prüfung stand. Die von der Kl. zur Tabelle angemeldeten Darlehens- und die daraus abgeleiteten Zinsforderungen sind nachrangige Insolvenzforderungen, die nicht gemäß §§ 179 I, 183 I InsO zur Tabelle festgestellt werden können, weil eine gesonderte Aufforderung zur Anmeldung nachrangiger Insolvenzforderungen nach § 174 III InsO nicht ergangen ist.

1. Auf die von der Kl. angemeldeten Forderungen ist gemäß Art. 4 EuInsVO das deutsche Insolvenzrecht anwendbar, weil das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin in Deutschland eröffnet worden ist.

a) Das Hauptinsolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin ist vom AG Köln am 3.3.2008 eröffnet worden. Auf die von der Revision im Einzelnen erörterte Frage, an welchem Ort die Schuldnerin zur Zeit der Verfahrenseröffnung gemäß Art. 3 I EuInsVO den Mittelpunkt ihres hauptsächlichen Interesses hatte und ob die Voraussetzungen der Verfahrenseröffnung in Deutschland vorlagen, kommt es nicht mehr an. Nach der Eröffnung ist gemäß Art. 4 I EuInsVO für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen das Insolvenzrecht des Eröffnungsstaats maßgeblich.

b) Die Frage, welche Regelungen des nationalen Rechts des Eröffnungsstaats als anwendbares Insolvenzrecht zu qualifizieren sind, richtet sich in erster Linie nach dem autonom auszulegenden Gemeinschaftsrecht. Wegen der unmittelbaren Geltung der EuInsVO (Art. 288 II AEUV; zuvor Art. 249 II EG) und des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts sind Regelungen, die von Art. 4 EuInsVO als anwendbares Insolvenzrecht qualifiziert werden, nicht deshalb unanwendbar, weil sie nach nationalem Recht einem anderen Rechtsgebiet zuzuordnen sind (*Walterscheid*, DZWiR 2006, 95, 98; *Behrens*, IPRax 2010, 230, 231; *Wrobel-Sachs/Mankowski*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl., Kap. 47 Rz. 87; *ders.,* NZI 2010, 1004; *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1207; *Riedemann/Lesmann*, EWiR 2011, 19 f.). Insoweit liegt allenfalls eine Konkurrenz zwischen nationalem IPR und Europarecht vor, innerhalb derer das Europarecht Vorrang hat (vgl. *Bittmann/Gruber*, GmbHR 2008, 867, 869).

Nach dem Erwgr. 23 zur EuInsVO sollten die Regelungen der Verordnung einheitliche Kollisionsnormen schaffen, welche die Vorschriften des IPR der einzelnen Staaten ersetzen. Soweit nicht in der Verordnung selbst etwas anderes bestimmt ist, soll das Recht des Staats der Verfahrenseröffnung (lex concursus) Anwendung finden. Abweichende Regelungen finden sich etwa in Art. 5 bis 15, 39 bis 42 EuInsVO (vgl. dazu *Wrobel-Sachs/Mankowski* aaO Rz. 72), nicht aber zum Rang von Insolvenzforderungen.

c) In welcher Weise der Begriff des Insolvenzrechts in Art. 4 I EuInsVO europarechtlich auszulegen ist, wird in Art. 4 II EuInsVO für bestimmte Bereiche näher konkretisiert. Danach sind jedenfalls die dort angeführten nationalen Regelungen des Eröffnungsstaats europarechtlich als anwendbares Insolvenzrecht qualifiziert, also insbes. die Bestimmungen, die regeln, welche Forderungen als Insolvenzforderungen anzumelden sind (lit. g) und welchen Rang diese Forderungen haben (lit. i; vgl. EuGH, Urt. vom 21.1.201 – MG Probud: MG Probud Gdynia sp. z o.o., Rs C-444/07, Slg. 2010 I-00417, ZIP 2010, 187 Rz. 25). Davon abweichende europarechtliche Regelungen, die eine Qualifizierung der Eigenkapitalersatzregeln des

deutschen Rechts als Gesellschaftsrecht vornehmen, sind nicht vorhanden. Insbesondere bestehen keine Richtlinien, die derartige Regelungen europarechtlich verbindlich vorschreiben und dem Gesellschaftsrecht zuordnen.

Danach steht europarechtlich fest, dass die nationalen Regelungen des deutschen Rechts, die den Rang der Forderungen im Insolvenzverfahren bestimmen, in einem in Deutschland nach Art. 3 EuInsVO eröffneten Insolvenzverfahren anwendbar sind. Die nach deutschem IPR vorzunehmende Einordnung ist demgegenüber unerheblich.

d) Der Rang der von der Kl. angemeldeten Forderungen ergibt sich aus § 39 I Nr. 5 InsO a.F., § 32a GmbHG a.F. Beide Vorschriften sind hier gemäß Art. 103d Satz 1 EGInsO noch anzuwenden, weil das Insolvenzverfahren vor dem 1.11.2008, nämlich dem 3.3.2008 eröffnet worden ist (vgl. BGH, Urt. vom 26.1.2009 – II ZR 260/07, BGHZ 179, 249 Rz. 15 ff.).

2. § 39 I Nr. 5 InsO und § 32a GmbHG in der bis zum 31.10.2008 geltenden Fassung sind überdies auch dann anwendbar, wenn man für die Einordnung dieser Vorschriften das deutsche IPR zugrunde legte.

a) Das Gesellschaftsstatut der Schuldnerin richtet sich, wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt hat, nach dem Gründungsstatut (hier: lux. Recht). Nach den Entscheidungen des EuGH in den Sachen Centros: Centros Ltd ./. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, Rs C-212/97, Slg. 1999 I-01459, ZIP 1999, 438; Überseering: Überseering BV ./. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), Rs C-208/00, Slg. 2007 I-09919, ZIP 2002, 2037 und Inspire Art: Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam ./. Inspire Art Ltd, Rs C-167/01, Slg. 2003 I-10155, ZIP 2003, 1885 ist es a.A. geworden, dass sich das Gesellschaftsstatut solcher Gesellschaften, die in einem Mitgliedstaat der EG gegründet worden sind, nicht nach dem Verwaltungssitz, sondern nach dem Gründungsort richten, weil nur so die europarechtlich verbürgte Niederlassungsfreiheit gewährt werden kann (BGH – VII ZR 370/98[1], BGHZ 154, 185, 188 ff.; II ZR 5/03[2], ZIP 2005, 805 f.; II ZR 372/03[3], BGHZ 164, 148, 151; *Baumbach-Hueck/Fastrich*, GmbHG, 19. Aufl., Einl Rz. 60; *Michalski/Leible*, GmbHG, 2. Aufl., Syst. Darstellung, Teil 2, Rz. 36 ff.; *Palandt-Thorn*, BGB, 70. Aufl., Anh. zu Art. 12 EGBGB Rz. 6 ff.). Das steht auch zwischen den Parteien nicht in Streit.

b) Die Frage, wie § 32a GmbHG, § 39 I Nr. 5 InsO in der bis 31.10.2008 geltenden Fassung nach deutschem IPR zu qualifizieren sind, ist umstritten.

aa) Nach einer Auffassung, der sich die Revision anschließt, handele es sich beim Kapitalerhaltungsrecht insges. um Gesellschaftsrecht, weil Grundlage die sich aus der Gesellschafterstellung ergebene Finanzierungs(folgen)verantwortung sei. Eine Differenzierung zwischen den Rechtsprechungsregeln und dem Novellenrecht wird nicht vorgenommen (vgl. z.B. *Ulmer-Habersack-Winter-Behrens*, GmbHG [2005], Einl B Rz. B 86 f.; MünchKommInsO-*Reinhart*, 2. Aufl., Art. 4 EuInsVO Rz. 6; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rz. 8; *Nerlich-Römermann*, InsO [Bearb. März 2009], Art. 4 EuInsVO Rz. 45; *Haß-Huber-Gruber-Heiderhoff-Haß/Herwig*, EuInsVO, 2005, Art. 4 Rz. 41; *Wenner/Schuster*, Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 6. Aufl., Art. 4 EuInsVO Rz. 21; *Geyrhalter/Gänßler*,

[1] IPRspr. 2003 Nr. 13.
[2] IPRspr. 2005 Nr. 212.
[3] IPRspr. 2005 Nr. 7.

NZG 2003, 409, 411 f.; *Wachter*, GmbHR 2004, 88, 92; *Holzer*, ZVI 2005, 457, 468; *Kallmeyer*, DB 2004, 636, 639; *Paefgen*, ZIP 2004, 2253, 2261; *Riedemann*, GmbHR 2004, 345, 349; *Behrens* aaO; *Müller*, NZG 2003, 414, 417; *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3589).

bb) Nach a.A. wird eine Differenzierung ebenfalls abgelehnt, aber mit der Folge, dass das gesamte Eigenkapitalersatzrecht, auch die Rechtsprechungsregeln, als materielles Insolvenzrecht angesehen werden (vgl. z.B. *Haas*, NZI 2002, 457, 466).

cc) Nach einer dritten Auffassung muss zwischen den Rechtsprechungsregeln und den Novellenregeln differenziert werden. Bei den Regeln über die Nachrangigkeit kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz handelt es sich danach um Insolvenzrecht, das auch auf Auslandsgesellschaften anwendbar ist, weil die Novellenregeln erst und ausschließlich in der Insolvenz Bedeutung erlangen (*Pannen-Riedemann*, Europäische Insolvenzverordnung, 2007, Art. 4 Rz. 91 ff., 93; *Lutter-Huber*, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 131, 140 ff.; *Mankowski*, NZI aaO; *Dahl/J. Schmitz*, GWR 2010, 532; *Ulmer*, NJW aaO; *M. Fischer*, ZIP 2004, 1477, 1480; *Ulmer*, KTS 2004, 291, 299; *Schilling*, Insolvenz einer englischen Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland, 2006, 194 ff.; wohl auch *Röhricht*, ZIP 2005, 505, 512).

dd) Die zuletzt genannte Auffassung ist zutreffend.

(1) Kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen unterstellte die Rspr. seit dem Jahre 1960 den Kapitalschutzregeln der §§ 30, 31 GmbHG a.F. Dadurch wurde das Gesellschafterdarlehen in der Krise der Gesellschaft wie haftendes Eigenkapital und nicht als rückzahlbares Darlehen behandelt. Daraus folgte für die Dauer der Gesellschaftskrise das Verbot, die Darlehen an die Gesellschafter zurückzuzahlen (§ 30 GmbH a.F.). Gleichwohl erfolgte Darlehenstilgungen hatte der Gesellschafter zu erstatten (§ 31 GmbHG a.F.).

Im Jahre 1980 wurden mit den §§ 32a, 32b GmbHG, 32a KO (der später weitgehend inhaltsgleich in § 135 InsO übernommen wurde) die sog. Novellenregeln eingeführt. Diese Regelungen waren ausschließlich auf den Fall des eröffneten Insolvenzverfahrens zugeschnitten. Sie sollten einen auch die Rechtsprechungsregeln umfassenden Gläubigerschutz entfalten, blieben aber hinter diesen zurück, weshalb der BGH zur Vermeidung von Schutzlücken die Rechtsprechungsgrundsätze für weiter anwendbar erklärte (zur Entstehungsgeschichte vgl. *Gehrlein*, BB 2011, 3 ff.).

(2) Durch das MoMiG wurden die §§ 32a, 32b GmbHG gestrichen und die vormaligen Rechtsprechungsregeln durch eine klarstellende Regelung in § 30 I 3 GmbHG aufgehoben. Die Neuregelung erfolgte ausschließlich im Insolvenzrecht, nämlich in §§ 39 I Nr. 5, IV, V, 135 InsO. Das bedeutet zum einen der Sache nach die Rückkehr zu den Novellenregeln (vgl. die Ges-Bgr. der Bundesregierung zum MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 S. 26, 42; *Uhlenbruck-Hirte*, InsO, 13. Aufl. § 135 Rz. 4; *Gehrlein* aaO 5). Zum anderen ist die Neuregelung ein Instrumentarium rein insolvenzrechtlicher Natur (*Michalski-Dahl*, GmbHG, 2. Aufl., Anh. II zu § 32a, 32b Rz. 9 f.; *Dahl/Schmitz*, GWR 2010, 532; *Ulmer-Habersack-Winter* aaO Erg.-Bd. MoMiG, Einl A II 1 Rz. 24 § 30 Rz. 29 ff.; *Gehrlein* aaO 5, 7). Der Gesetzgeber hat die Aufhebung der §§ 32a, 32b GmbHG damit begründet, dass die Regelungen zu den Gesellschafterdarlehen in das Insolvenzrecht verlagert würden, wo sie systematisch hingehörten (BT-Drucks. aaO S. 42 zu Nr. 22). Nach der amtlichen

Begründung des MoMiG sind diese neuen Regelungen nach Art. 3 I i.V.m. Art. 4 I EuInsVO auch auf Auslandsgesellschaften anwendbar (BT-Drucks. aaO S. 57).

(3) Nichts anderes gilt für das entspr. Eigenkapitalersatzrecht vor Inkrafttreten des MoMiG. Der BGH mag die Rechtsprechungsregeln dem Gesellschaftsrecht zugeordnet haben, wie die Revision annimmt (BGH, Urt. vom 25.6.2001 – II ZR 38/99, BGHZ 148, 167, 168). Das bedarf hier keiner näheren Untersuchung. Für die Novellenregeln in §§ 32a, 32b GmbHG a.F., § 39 I Nr. 5 InsO a.F. ergibt sich daraus jedenfalls nichts (vgl. *Goette*, ZIP 2006, 541, 546). Jedenfalls diese sind dem Insolvenzrecht zuzuordnen, weil sie nach ihrem materiellen Gehalt insolvenzrechtliche Regelungen darstellen.

Die Novellenregeln sind zwar auf das Gesellschaftsrecht bezogen, weil durch sie eigenkapitalersatzrechtliche Bindungen von Gesellschafterdarlehen anerkannt werden. Die Rechtsfolgen sind jedoch insolvenzrechtlicher Natur. Der Anspruch auf Rückgewähr der Darlehen konnte im Konkursverfahren nicht (§ 32a GmbHG in der Fassung vom 4.7.1980) und kann im Insolvenzverfahren nur als nachrangige Insolvenzforderung gemäß § 39 I Nr. 5 InsO a.F. geltend gemacht werden. Ein bereits zurückgezahltes Gesellschafterdarlehen war nach § 32a Satz 2 KO, § 135 Nr. 2 InsO a.F. nach insolvenzrechtlichem Anfechtungsrecht zurückzugewähren. Die Regelung mag damit zwar in ihrem Ausgangspunkt gesellschaftsrechtlich anknüpfen, regelt Rechtsfolgen aber ausschließlich für das eröffnete Insolvenzverfahren. Deshalb war nach diesen Vorschriften auch die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens trotz Eintritts der Insolvenzreife zulässig, solange noch kein Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet worden war (*Lutter-Hommelhoff*, GmbHG, 16. Aufl., §§ 32a, b Rz. 13; *M. Fischer* aaO; *Gehrlein* aaO 4).

Der Rangrücktritt nach § 32a GmbHG a.F., § 39 I Nr. 5 InsO a.F. blieb also außerhalb des Insolvenzverfahrens ohne jede Auswirkung. Auch die Möglichkeit der Insolvenzanfechtung nach § 32a KO, § 135 InsO a.F. bei bereits zurückbezahlten Darlehen zeigt den insolvenzrechtlichen Charakter der Regelung, weil eine solche Anfechtung nur im eröffneten Insolvenzverfahren möglich ist. Insolvenzrechtliche Anfechtungsklagen gehen unmittelbar aus dem Insolvenzverfahren hervor und stehen mit diesem in unlösbarem Zusammenhang. Deshalb hat der EuGH für derartige Klagen gemäß Art. 3 I EuInsVO die Zuständigkeit der Gerichte des Eröffnungsstaats auch gegen Anfechtungsgegner bejaht, die ihren satzungsmäßigen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat haben (EuGH, Urt. vom 12.2.2009 – Deko Marty Belgium: Christopher Seagon ./. Deko Marty Belgium NV, Rs C-339/07, Slg. 2009 I-00767, ZIP 2009, 427 Rz. 21, 28).

Dass die Regelung in §§ 32a, 32b GmbHG in das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung eingestellt war, ist demgegenüber unbeachtlich; es zählt allein die materielle Zuordnung, nicht der zufällig gewählte Standort der Bestimmung. Das hat schon das Berufungsgericht zutreffend dargelegt. Im Übrigen bestand der Schwerpunkt der Novellenregelung in der seit dem Inkrafttreten der InsO geltenden Fassung ohnehin in den Vorschriften der §§ 39 I Nr. 5, 135 InsO a.F., die auch ihrem formalen Standort nach Insolvenzrecht darstellten. §§ 32a, 32b GmbHG hatten lediglich noch ergänzenden Charakter (vgl. *Schilling* aaO 193).

Die Novellenregelungen können schließlich nicht als mittelbare Folge der gesellschaftsrechtlichen Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter verstanden wer-

den. Solange das Insolvenzverfahren nicht eröffnet worden ist, hindern sie eine Rückzahlung der Darlehen nicht und eröffnen auch nicht die Möglichkeit der insolvenzrechtlichen Rückforderung (vgl. aber § 3b AnfG a.F.). Sie sollen unabhängig von der Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter und der Erhaltung des Garantiekapitals die Fortführung eines sanierungsreifen Unternehmens verhindern. Eine Nachschusspflicht wird durch sie nicht angeordnet. Die Rechtsfolgen treten unabhängig von dem zur Wiederherstellung der Stammkapitalziffer erforderlichen Betrag ein und gehen über den zur Abdeckung der Unterbilanz und der Überschuldung erforderlichen Betrag hinaus (*Mankowski*, NZI aaO; *Schilling* aaO 193 f.; *Gehrlein* aaO 3 f).

Der ‚kapitalersetzende' Charakter eines Darlehens im Sinne von §§ 39 I Nr. 5, 135 InsO a.F. bezog sich also keineswegs auf das Stammkapital der GmbH, sondern bildete als Fremdkapital den Gegensatz zum Eigenkapital der Gesellschaft (*Lutter-Huber* aaO 131, 176 f.; *Schilling* aaO 193 f.; *Mankowski*, NZI aaO). Die Novellenregeln setzen bei der Diskrepanz zwischen Kapitalbedarf und der Möglichkeit der Kapitalbeschaffung auf dem Kapitalmarkt an, wie sich v.a. aus der Anknüpfung an den Begriff der Krise ergibt, die eine Vorstufe zur späteren Insolvenz darstellt. Auch dies zeigt den insolvenzrechtlichen Charakter der Novellenregelung.

3. Die Anwendung des § 32a GmbHG a.F., § 39 I Nr. 5 InsO verstößt nicht gegen die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 54 AEUV (zuvor: Art. 43, 48 EG).

a) Nach der Rspr. des EuGH ist anerkannt, dass zwingende Gründe des Gemeinwohls, wie der Schutz des Interesses der Gläubiger, unter bestimmten Umständen und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit durch das nationale Recht rechtfertigen können (Überseering aaO Rz. 92; Inspire Art aaO Rz. 132 f.). Dazu sind vier Voraussetzungen zu erfüllen: Die Beschränkungen müssen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, zur Erreichung der verfolgten Ziele geeignet sein und dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist (Inspire Art aaO Rz. 133; BGH 2005 aaO 806).

b) Ob diese Voraussetzungen bei § 39 I Nr. 5 InsO, § 32a GmbHG a.F. vorliegen, kann dahinstehen. Die Anwendbarkeit der o.g. Vorschriften beruht auf ihrer Qualifizierung als Insolvenzrecht durch Art. 4 II EuInsVO. Dass diese Vorschrift des sekundären Gemeinschaftsrechts, die Besonderheiten des eröffneten Insolvenzverfahrens regelt, gegen das primäre Gemeinschaftsrecht in der Form der Niederlassungsfreiheit für Kapitalgesellschaften verstößt, ist nicht erkennbar und wird – soweit ersichtlich – nirgends vertreten (vgl. *Ulmer*, KTS aaO 295 f; *Bittmann/Gruber* aaO 870). Auch von der Revision wird dies nicht geltend gemacht.

Im Übrigen läge es auch dann, wenn die Anwendbarkeit der Novellenregeln nicht auf Europarecht, sondern auf deutschem IPR beruhte, fern, einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit anzunehmen (vgl. *Lutter-Huber* aaO 186 ff.). Das bedarf hier jedoch keiner abschließenden Entscheidung.

c) Eine primärrechtskonforme Auslegung von Art. 4 EuInsVO zwingt entgegen der Auffassung der Revisionsklägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht dazu, die Novellenregeln für nicht anwendbar anzusehen.

Nach der Rspr. des EuGH legt Art. 4 I EuInsVO das anwendbare Recht sowohl für das Haupt- wie für das Sekundärinsolvenzverfahren fest, nämlich jeweils das

Recht des Staats der Verfahrenseröffnung. Art. 4 II EuInsVO enthält dazu eine nicht erschöpfende Aufzählung der verschiedenen Punkte des Verfahrens, die nach dem Recht des Eröffnungsstaats geregelt werden (Probud aaO Rz. 25). Dazu gehört nach lit. i der Rang der Forderungen.

Entgegen der Auffassung der Revision ist der Verfahrensbegriff des Art. 4 EuInsVO nicht eng auszulegen. Wie die Aufzählung in Art. 4 II EuInsVO zeigt, haben die dort genannten Regelungen Auswirkungen auf das materielle Recht, etwa hins. der Frage, welche Vermögensgegenstände zur Masse gehören (lit. b), welches die Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer Aufrechnung sind (lit. d), wie die Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf laufende Verträge sind (lit. e) und wie sich die Rechte der Gläubiger gestalten, die nach Eröffnung des Verfahrens aufgrund dinglichen Rechts oder infolge Aufrechnung teilweise befriedigt wurden (lit. i).

Lit. i regelt in diesem verfahrensrechtlichen Sinne, dass sich der Rang einer Forderung nach dem Recht des Eröffnungsstaats richtet. Dies wird durch das jeweilige nationale Recht, das den Rang von Forderungen regelt, näher ausgefüllt. Zu den nationalen Rangregelungen, auch solchen mit gesellschaftsrechtlichem Bezug, macht Art. 4 II EuInsVO dagegen keine inhaltlichen Vorgaben. Dass die Anwendung des nationalen Insolvenzrechts, hier der Novellenregeln, auf deutsche Gesellschaften europarechtlich bedenklich sei, wird nicht geltend gemacht. Die Anwendung auch auf Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten, über deren Vermögen in Deutschland das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, ordnet Art. 4 EuInsVO aus insolvenzrechtlichen Gründen an.

Die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften wird durch die insolvenzspezifische, europarechtliche Anordnung des Art. 4 EuInsVO nicht tangiert. Hier werden lediglich Besonderheiten des Insolvenzverfahrens geregelt. Die Vorschrift zieht lediglich insolvenzrechtlich die Konsequenz daraus, dass das Insolvenzverfahren über die Gesellschaft gemäß Art. 3 EuInsVO in einem Mitgliedstaat eröffnet worden ist, in den die Gesellschaft den Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen verlagert und sich damit mittelbar im Umfang des Art. 4 EuInsVO dem dortigen Insolvenzrecht unterstellt hat.

d) Ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH nach Art. 267 III AEUV ist nicht geboten, weil sich im Streitfall keine entscheidungserheblichen Rechtsfragen des Unionsrechts stellen, die eine Vorlage erfordern. Hinsichtlich der Auslegung des insolvenzrechtlichen Begriffs des Rangs in Art. 4 II lit. i EuInsVO bestehen keine vernünftigen Zweifel (st. Rspr.; vgl. Cilfit u.a. aaO Rz. 16; Urt. vom 15.9.2005 – Intermodal Transports: Intermodal Transports BV ./. Staatssecretaris van Financiën, Rs C-495/03, Slg. 2005 I-08151 Rz. 33).

4. Der Kl. bleibt unbenommen, die von ihr geltend gemachten Ansprüche in dem in Luxemburg eröffneten Sekundärinsolvenzverfahren gemäß Art. 32 I EuInsVO in vollem Umfang in dem dort gemäß Art. 28 EuInsVO nach luxemburgischen Recht vorgesehenen Rang anzumelden.

5. Die Vorschriften der § 32a GmbHG a.F., § 39 I Nr. 5 InsO sind auf die Schuldnerin anzuwenden, obwohl diese keine GmbH deutschen Rechts, sondern eine S.A. luxemburgischen Rechts ist. Die Novellenregeln gelten, soweit deutsches Recht anwendbar ist, rechtsformunabhängig.

a) Die Neuregelung nach dem MoMiG gilt rechtsformunabhängig, was sich dort unmittelbar aus dem Wortlaut des § 39 I Nr. 5, IV InsO ergibt (vgl. dazu auch die Begr. der Bundesregierung zum Entwurf des MoMiG, BT-Drucks. aaO S. 56 zu Nr. 5 lit. b). Für das hier anzuwendende frühere Recht gilt nichts anderes. Auch § 39 I Nr. 5 InsO a.F. stellte nicht auf eine bestimmte Gesellschaftsform ab. Die Regelungen in §§ 32a, 32b GmbHG a.F. waren gemäß den mit der Novellenregelung eingeführten § 129a HGB a.F. und § 172a HGB a.F. auch auf offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften entsprechend anzuwenden, bei denen kein Gesellschafter eine natürliche Person oder eine OHG oder KG war, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person war.

Der BGH hat diese Regeln auch auf Finanzierungshilfen eines Aktionärs erstreckt, wenn dieser mehr als 25 v.H. der Aktien der Gesellschaft hält oder – bei geringerer, aber nicht unbeträchtlicher Beteiligung – verbunden mit weiteren Umständen über gesellschaftsrechtlich fundierte Einflussmöglichkeiten in der Gesellschaft verfügt (BGH, Urt. vom 26.3.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 387 ff.; vom 9.5.2005 – II ZR 66/03, ZIP 2005, 1316, 1317; Beschl. vom 26.4.2010 – II ZR 60/09, ZIP 2010, 1443 Rz. 5 ff.). Sie gelten außerdem für die GmbH & Co. KG (*v. Gerkan/Hommelhoff*, Handbuch des Kapitalersatzrechts, 2. Aufl., Rz. 10.8; MünchKommInsO-*Ehricke* aaO § 39 Rz. 42; *Lutter-Huber* aaO 173 ff., 178).

b) Anwendbar ist § 39 I Nr. 5 InsO a.F. deshalb jedenfalls auf Kapitalgesellschaften und solche Personengesellschaften, die keine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter haben (BGH, Urt. vom 26.1.2009 – II ZR 213/07, BGHZ 179, 279 Rz. 8 ff.). Hierunter fällt die Schuldnerin. Dass § 39 I Nr. 5 InsO Auslandsgesellschaften nicht besonders erwähnt, hat v.a. historische Gründe, weil nach dem damaligen Stand des deutschen Internationalen Gesellschaftsrechts nicht in nennenswertem Umfang mit Inlandskonkursen von Auslandsgesellschaften zu rechnen war (vgl. *Lutter-Huber* aaO 178 f.)."

316. *Die deutschen Gerichte sind für Verfahren zur Prüfung der Anmeldung einer Insolvenzforderung und ihrer Feststellung zumindest dann international zuständig, wenn das Insolvenzverfahren nach den Vorschriften der EuInsVO in Deutschland eröffnet worden ist und sich der Beklagte ohne Rüge der Zuständigkeit auf das Verfahren eingelassen hat.*

Das Gesellschaftsstatut einer Auslandsgesellschaft (hier: österreichische GmbH), die in einem Mitgliedstaat der EU oder des EWR oder in einem mit diesen aufgrund eines Staatsvertrags in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit gleichgestellten Staat gegründet worden ist, bestimmt sich nach dem Recht des Gründungsstaats. Ausschüttungssperren (hier: § 82 österreichisches GmbHG) unterliegen dem Gesellschaftsstatut. [LS der Redaktion]

BGH, Urt. vom 11.1.2011 – II ZR 157/09: NJW 2011, 844; WM 2011, 314; MDR 2011, 375; ZIP 2011, 328; DB 2011, 405; DStR 2011, 484; DZWIR 2011, 209; GmbHR 2011, 301 mit Anm. *Bormann/Hösler*; NZG 2011, 273, 455 Aufsatz *Haas/Vogel*; NZI 2011, 198; WuB II C. § 30 GmbHG – Nr. 1.11; ZInsO 2011, 392. Leitsatz in: BB 2011, 594; EWiR 2011, 463 mit Anm. *Siepmann*.

Die B. B. P. GmbH (im folgenden: BBP) war Alleingesellschafterin der AE E. GmbH (im Folgenden: AEE) mit Sitz in Österreich und selbst eine 90%ige Tochtergesellschaft der Konzernmutter B. B. AG (im