

Jens Bennighofen/Prof. Dr. Burkhard Hess*

Annexklagen des Insolvenzverwalters zwischen EuGVO und EuInsVO –

Besprechung des Beschlusses des OLG Köln
vom 14.05.2005, Az: 16 W 11/04

* *Burkhard Hess* ist Direktor des Instituts für Ausländisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg. Er ist Inhaber der Professur für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Internationales Privat- und Verfahrensrecht und Rechtsvergleichung. *Jens Bennighofen* studierte im Wintersemester 2006/2007 im 7. Semester Jura.

A. Vorbemerkung

Die folgende Urteilsanmerkung ist die – gekürzte und vom Betreuer didaktisch aufbereitete – Examensarbeit eines Heidelberger Studenten. Sie wurde im Herbst 2006 im Schwerpunktbereich 8 (Internationales Recht) zur Bearbeitung ausgegeben. Die Arbeit wurde im Zusammenhang mit der Lehrveranstaltung: Kolloquium zum Internationalen Privat- und Verfahrensrecht (Prof. Hess) gestellt. Die Bearbeitungszeit betrug vier Wochen, die Bearbeitung erfolgte im Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht.¹

Es handelt sich um eine „typische“ Examensarbeit. Sie betrifft ein aktuelles Urteil, zu dem keine vertiefte Urteilsbesprechung veröffentlicht wurde. Die Entscheidung behandelt im Schwerpunkt Fragen des europäischen Prozessrechts. Soweit es um Probleme des Insolvenzrechts ging, musste sich der Examenskandidat einarbeiten. Gegenstand der Anmerkung war eine Einordnung der Entscheidung in die breiteren Probleme des Europäischen Verfahrensrechts und eine kritische Hinterfragung der Argumentation des OLG Köln. Gefragt war vor allem nach Methodenanwendung. Die Problematik hat sich in zahlreichen, aktuellen Urteilen gestellt. Daher bestand die Erwartung des Aufgabenstellers, dass diese Urteile einbezogen würden.

Da es sich vorliegend um eine Aufgabe einer laufenden Prüfungskampagne handelt, wurde die Arbeit vom Betreuer (inhaltlich und sprachlich) deutlich überarbeitet. Es handelt sich mithin nicht (mehr) um eine Original-, sondern um eine Musterlösung. Sie soll den Leserinnen und Lesern der StudZR jedoch einen Eindruck von den Anforderungen vermitteln, die in der Schwerpunktbereichsprüfung verlangt werden. Sobald die ersten Prüfungskampagnen abgeschlossen sind, werden Originalarbeiten (nebst Prüfungsbemerkungen) von der Fakultät (gerne auch über die StudZR) allgemein zugänglich gemacht.

Burkhard Hess

B. Musterlösung

I. Einleitung

Der Beschluss des OLG Köln vom 14.05.2005 behandelt ein grundsätzliches Problem des europäischen Zivilprozessrechts, nämlich die Abgrenzung der Europäischen Rechtsakte untereinander und zu den nationalen Verfahrensrechten.² Im Kölner Verfahren hatte der Verwalter einer deutschen Insolvenzschuldnerin Klage gegen

1 Den Studierenden wird ein eigener Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt. Seit dem SS 2007 werden die Öffnungszeiten verlängert und der Bestand spezifischer Studienliteratur ausgeweitet.

2 Zu dieser Problematik vgl. Hess/Pfeiffer/Schlosser, *General Report on the Application of the Regulation Brussels I in the Member States – Study JLS/C4/2005/02* (2007), Rdn. 86 ff. (Anm. Hess).

die in der Schweiz und in Österreich wohnhaften Alleingesellschafter erhoben, weil er ihnen schädigendes Verhalten in Form materieller Unterkapitalisierung vorwarf. Auf Grundlage der EuGVO (bzw. des LugÜ bezüglich des schweizerischen Beklagten) entschied das OLG Köln in einem Prozesskostenhilfverfahren, dass das LG Hamburg für die Klage zuständig sei, da die Insolvenzschuldnerin zum Zeitpunkt der tatbestandsmäßigen Handlungen ihren Sitz in Hamburg gehabt hatte.

Im Folgenden wird untersucht, in wie weit das OLG die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte sowie die örtliche Zuständigkeit des LG Hamburg zutreffend bestimmt hat. Dabei ist vorrangig die Anwendbarkeit der EuGVO auf die Aktivklage des Insolvenzverwalters zu diskutieren (II.). bevor im Anschluss die Auffassung des Gerichts zu erörtern ist, dass der Gerichtsstand am Erfüllungsort gemäß Art. 5 Nr. 1 EuGVO für den Haftungsdurchgriff gegen die Aktionäre nicht eröffnet ist (III)³. Schließlich soll untersucht werden, in wie weit der Art. 5 Nr. 3 EuGVO im konkreten Fall eine internationale und örtliche Zuständigkeit deutscher Gerichte begründet (IV.).

II. Die Anwendbarkeit der EuGVO auf die Klage des Insolvenzverwalters

Bei der Bestimmung seiner Zuständigkeit für die Aktivklage des Insolvenzverwalters gegen den österreichischen Beklagten hält das OLG Köln die EuGVO ohne größere Bedenken für anwendbar, weil es davon ausgeht, dass der Tatbestand des Ausschlussgrundes Art. 1 II b) EuGVO nicht erfüllt ist. Dabei übersieht das Gericht, dass die Entscheidungszuständigkeit bezüglich Aktivklagen eines Insolvenzverwalters spätestens seit In-Krafttreten der EuInsVO substantielle Probleme aufwirft, die einer Erörterung bedürft hätten.⁴

1. Problemaufriss

Nach der Rechtsprechung des EuGH in *Gourdain/Nadler*⁵ waren bisher durch Art. 1 II b) EuGVÜ/EuGVO Insolvenzannexverfahren vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgeschlossen, sofern sie in einem engen Zusammenhang mit einem Insolvenzstammverfahren standen. Dieser unmittelbare Zusammenhang wurde für viele Aktivklagen eines Insolvenzverwalters, wie z. B. Insolvenzanfechtungsklagen nach §§ 129 ff., 143. InsO, bejaht⁶. Im Ergebnis führte das dazu, dass sich die Gerichtsstände für entsprechende Verfahren nach dem jeweils anwendbaren nationalen Prozessrecht richteten⁷.

3 Die Überlegungen des Verf. zum Lugano Übereinkommen, das im Verhältnis zum Schweizer Beklagten anwendbar war, wurden für die Druckfassung nur gekürzt wiedergegeben. Auf die Überlegungen zu § 22 ZPO wurde verzichtet.

4 Mit dieser Einleitung zeigt Verfasser, dass er die grundsätzliche Problematik des Urteils erkannt hat und spitzt seine Besprechung auf diesen – zentralen Punkt – zu.

5 EuGH, 22. 02. 1979, *Gourdain/Nadler*, Rs. C-133/78, RIW 1979, 273.

6 Nachweise bei *Haubold*, Europäisches Zivilverfahrensrecht und Ansprüche im Zusammenhang mit Insolvenzverfahren, IPrax 2002, 157 (160).

7 EuGH, 22. 02. 1979, *Gourdain/Nadler*, Rs. C-133/78, Rz. 4 und 6, RIW 1979, 273 (274).

Geht man nun, nachdem die EuInsVO in Kraft getreten ist, von einer lückenlosen Zuständigkeitsregelung durch das vereinheitlichte Prozessrecht aus, so müssten die durch Art. 1 II b) vom Anwendungsbereich der EuGVO ausgeschlossenen Verfahren eigentlich in den Anwendungsbereich der EuInsVO fallen. Leider ist das jedoch nur teilweise der Fall. Die EuInsVO regelt in Art. 25 I Unterabsatz II nur die Anerkennung und Vollstreckung für Entscheidungen aus Insolvenzannexverfahren. Eine Vorschrift, die die Entscheidungszuständigkeit für diese Verfahren regelt, fehlt. Daher stellt sich die Frage, aus welchem Rechtsakt sich die Entscheidungszuständigkeit für Insolvenzannexverfahren ergibt. Die bisweilen vertretene Ansicht, dass hier weiter nationales Prozessrecht anzuwenden ist⁸, ist jedenfalls im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte von Art. 1 II b) EuGVO abzulehnen. Durch den im Wortlaut identischen Art. 1 II Nr. 2 EuGVÜ sollte keine dauerhafte Lücke in das Europäische Zuständigkeitssystem gerissen,⁹ sondern nur Verfahren vom Anwendungsbereich des EuGVÜ ausgenommen werden, die später einem geplanten Insolvenzübereinkommen unterfallen würden¹⁰. Dieses Insolvenzübereinkommen ist nun als Verordnung (EuInsVO) in Kraft getreten¹¹. Daher muss man davon ausgehen, dass nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers nunmehr ein geschlossenes Zuständigkeitssystem existiert, in dem für die Anwendung nationaler Vorschriften kein Raum mehr bleibt¹².

Zudem besteht bei einer (zwangsläufig unbeschnenen) Anwendung nationaler Zuständigkeitsvorschriften immer die Gefahr von negativen Kompetenzkonflikten¹³. Daher sollte schon aus Gründen der effektiven Rechtsschutzgewährung die Zuständigkeit in Insolvenzannexverfahren dem vereinheitlichten europäischen Prozessrecht unterstehen¹⁴. Auch würde der Forderung des EuGH nach größtmöglicher Wirksamkeit des Sekundärrechts (*effet utile*) Genüge geleistet¹⁵. Im Ergebnis bieten sich folgende Lösungen an:

a) Lückenschließung mit Hilfe der EuGVO?

Einerseits könnte man aus dem Fehlen einer Zuständigkeitsvorschrift in der EuInsVO schließen, dass die Rechtsprechung des EuGH überholt ist und Insolvenzannex-

8 Vgl. Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, 8. Auflage 2006, Art. 1 EuGVO, Rn. 36.

9 Vgl. Schlosser, Bericht zum EuGVÜ, Rn. 53.

10 Vgl. Duursma-Kepplinger in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chapulsky, Europäische Insolvenzordnung, 2002, Art. 25, Rn. 20, 50, 51; Schlussanträge des GA Reischl, 7.02.1979, EuGHE 1979, S. 746 (751).

11 Duursma, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chapulsky (Fn. 10), Geschichte der EuInsVO, Rn. 10.

12 So auch Haß/Herweg in: Haß/Huber/Gruber/Heiderhoff, EU-Insolvenzverordnung, 1. Auflage, Art. 3, Rn. 20.

13 Vgl. Haubold (Fn. 6), 60. In diesem Fall hält sich kein Gericht für zuständig.

14 Vgl. Kropholler (Fn. 8), Art. 1, Rn. 36.

15 Vgl. EuGH, 8.11.2005, Rs. C-443/03, Leffler/Berlin Chemie AG, Rn. 43 ff.; IPRax 2006, 151 ff.; Einzelheiten zum *effet utile*: Hess, Methoden der Rechtsfindung im Europäischen Zivilprozessrecht, IPRax 2006, 348 (357 ff.); Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Einl., Rn. 47.

verfahren nicht mehr aus dem Anwendungsbereich der EuGVO ausgenommen werden dürfen¹⁶. In der Konsequenz wäre Art. 1 II lit. b) EuGVO dann eng auszulegen und würde nur noch das Insolvenzstammverfahren ausschließen. Für die Klage des Verwalters im Fall des OLG Köln würde das bedeuten, dass sich die Zuständigkeit ohne weiteres nach der EuGVO bestimmt. Die vom Gericht erörterte Frage, ob es sich bei der Klage tatsächlich um ein Insolvenzannexverfahren handelt, würde sich damit gar nicht mehr stellen.

Dieser Lösung widerspricht jedoch der sechste Beweggrund der EuInsVO. Dort steht geschrieben, dass „die Verordnung sich auf Vorschriften beschränken (soll), die die Zuständigkeit für die Eröffnung von Insolvenzverfahren und für Entscheidungen regeln, die unmittelbar aufgrund des Insolvenzverfahrens ergeben und in einem engen Zusammenhang damit stehen,...“¹⁷. Eine ähnliche Formulierung findet sich außerdem auch in dem erläuternden Bericht zum Europäischen Insolvenzübereinkommen, auf dessen Grundlage die EuInsVO erarbeitet wurde¹⁸.

Mit der Wendung „Entscheidungen, die unmittelbar aufgrund eines Insolvenzverfahrens ergeben und in einem engen Zusammenhang damit stehen“ wird fast wörtlich die Definition des EuGH für Insolvenzannexverfahren aufgegriffen, die der Gerichtshof im Rahmen der Auslegung von Art. 1 II b) EuGVO aufgestellt hat¹⁹. Damit dürfte klar sein, dass nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers die EuInsVO die Zuständigkeit für Insolvenzannexverfahren, die gemäß Art. 1 II b) aus dem Anwendungsbereich der EuGVO herausfallen, regeln soll²⁰.

b) Analoge Anwendung von Art. 3 EuInsVO

Die Verweisung des sechsten Erwägungsgrundes auf die EuInsVO lässt sich allerdings nur befolgen, wenn man sich mit einer analogen Anwendung von Art. 3 I EuInsVO auf die Entscheidungszuständigkeit behilft. Schließlich enthält die EuInsVO gerade keine entsprechende Zuständigkeit. Nach dieser Lösung wären die Gerichte im Eröffnungsstaat des Insolvenzverfahrens auch für Annexverfahren zuständig²¹.

Bei einer Gesamtbetrachtung scheint die analoge Anwendung von Art. 3 EuInsVO die überzeugendste Lösung zu sein. Zum einen ist Art. 3 I EuInsVO insgesamt zu eng gefasst. Laut dem erläuternden Bericht zum Insolvenzübereinkommen soll er

16 So jetzt ganz klar OLG Frankfurt, 26. 01. 2006, Az: 15 U 200/05 (*Hinweis Hess: das Auffinden dieses Urteils, das die Problematik in vorbildlicher Weise aufbereitet hat, war eine ansprechende Leistung*); sowie: Geimer, in: Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Auflage, Art. 1 EuGVO, Rn. 130, 131; Schlosser, EU-Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Art. 1, Rn. 21a; Reinhardt, in: MüKo InsO, 1. Auflage, Art. 3 EuInsVO, Rn. 4.

17 Hervorhebungen durch den Erstverfasser.

18 *Virgos/Schmit*, Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren, abgedruckt in: *Stoll*, Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht, Tübingen 1997, Rz. 77.

19 EuGH, 22. 02. 1979, *Gourdain/Nadler*, Rs. C-133/78, RIW 1979, 273 (274).

20 Ebenso verstehen den sechsten Beweggrund: *Duursma-Kepplinger* (Fn. 10), Art. 25, Rn. 41; *Haubold* (Fn. 6), 160.

21 In diesem Sinne: *Haubold* (Fn. 6), 162.

nämlich auch die Zuständigkeit für vorläufige Sicherungsmaßnahmen regeln²², obwohl dies aus seinem Wortlaut nicht hervorgeht. Daher lässt sich wohl auch annehmen, dass Art. 3 EuInsVO eine planwidrige Regelungslücke bezüglich der Entscheidungszuständigkeit von Annexverfahren aufweist²³.

Zum zweiten hat der EuGH in der Sache *Staubitz-Schreiber* betont, es sei Sinn und Zweck der EuInsVO, für eine effiziente Durchführung des Insolvenzverfahrens zu sorgen²⁴. Genau diese Forderung nach Effizienz ist bedient, wenn man zumindest einige Verfahren durch eine analoge Anwendung von Art. 3 EuInsVO in den Sitzstaat des für das Insolvenzstammverfahren zuständigen Gerichts verlagert und dem Insolvenzverwalter damit zeit- und kostspieliges Prozessieren vor fremden Gerichten im Ausland erspart²⁵.

Schlussendlich ist die Bestimmung der Zuständigkeit für einzelne Annexverfahren nach Art. 3 EuInsVO auch vor dem Hintergrund der gesetzlichen Realität in den Mitgliedsstaaten überzeugend. Während in Deutschland Aktivklagen des Insolvenzverwalters ausschließlich am Prozessgericht zu führen sind, konzentrieren romanische Rechtsordnungen eine große Zahl von Verfahren am Sitz des Insolvenzgerichtes (*vis attractiva concursus*)²⁶. Die Entscheidung für eine analoge Anwendung von Art. 3 EuInsVO auf solche Verfahren, die engem und unmittelbarem Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren stehen, stellt somit einen Kompromiss zwischen den gegensätzlichen Regelungen der Mitgliedsstaaten dar. Ein solcher würde verhindern, dass gesetzliche Besonderheiten einzelner Staaten auf europäischer Ebene zum Standard erhoben werden.

2. Konsequenzen des Lösungsvorschlags

Aus der Anwendbarkeit der EuInsVO auf Insolvenzan annexverfahren ergeben sich folgende Konsequenzen:

a) Solange der nationale Gesetzgeber keine Vorschrift für die Bestimmung der örtlichen Entscheidungszuständigkeit von Insolvenzan annexverfahren getroffen hat²⁷, muss man über Art. 3 EuInsVO (analog) direkt das örtlich zuständige Gericht bestimmen, da ansonsten nationale Regelungen der örtlichen Zuständigkeit den Gerichtsstand im Staat des Insolvenzgerichts wieder beseitigen könnten²⁸. Damit ist also

22 *Virgos/Schmit* (Fn. 18), Rz. 78.

23 Vgl. *Duursma-Kepplinger* (Fn. 10), Art. 25, Rn. 36.

24 EuGH, 17. 01. 2006, Rs. C-1/04, *Staubitz-Schreiber*, Rz. 26. Hinweis: Hier bezieht der Erstverfasser die Judikatur des EuGH ein, die nach dem zu besprechenden Urteil ergangen ist, jedoch dessen Tragweite besonders vedentlicht.

25 So auch *Haubold* (Fn. 6), 162. Anders anscheinend *Gruber*, in: Haß/Huber/Gruber/Heiderhoff (Fn. 12), Art. 25, Rn. 30.

26 Siehe z. B. *Virgós/Garcimartin*, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, 2005, para. 82, 83; *Lorenz*, *Annexverfahren bei internationalen Insolvenzen*, S. 104 ff.

27 Vgl. 15. Beweggrund der EuInsVO. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus nationalen Regeln, da die EuInsVO nur die internationale Zuständigkeit regelt.

28 Vgl. *Haubold* (Fn. 6), 160, 161.

das Gericht des Insolvenzstammverfahrens auch für Annexverfahren, die der EuInsVO unterfallen, zuständig.

b) Die Zuständigkeit für Annexverfahren nach der EuInsVO muss eine ausschließliche sein, denn vom europäischen Gesetzgeber ist ein lückenloses Incinadergreifen und kein Überlappen von EuInsVO und EuGVO intendiert, wie sich aus dem siebten Beweggrund der EuInsVO ergibt²⁹. Außerdem kann das gemeinsame Ziel der beiden Verordnungen bezüglich der Vermeidung von *forum shopping*³⁰ nur dann verwirklicht werden, wenn durch die EuInsVO nicht zusätzliche Gerichtsstände für Annexverfahren geschaffen werden, auf die der Kläger beliebig zurückgreifen kann³¹.

c) Weiterhin muss auch nach Inkrafttreten der EuInsVO geprüft werden, ob ein bestimmtes Verfahren insolvenzspezifische Züge trägt und daher nicht der EuGVO, sondern allein der EuInsVO untersteht. Gemäß dem sechsten Beweggrund der EuInsVO sowie der damit übereinstimmenden Auslegung des EuGH von Art. 1 II b) EuGVO³² müssen diese Verfahren einen unmittelbaren und engen Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren aufweisen.

3. Die Identifikation von Insolvenzannexverfahren

Das OLG Köln hat die Anwendbarkeit der EuGVO bejaht, weil es den engen und unmittelbaren Zusammenhang der Klage wegen materieller Unterkapitalisierung mit dem Insolvenzverfahren als nicht gegeben sah. Dem ist zuzustimmen, wobei die Vorgehensweise des Gerichts aber einiger Erläuterung bedarf. Immerhin hätte eine Bejahung des unmittelbaren Zusammenhangs unter Berufung auf die *Gourdain/Nadler*³³ und einige Stimmen in der Literatur³⁴ durchaus im Rahmen des Möglichen gelegen.

a) Einordnung nach *Gourdain/Nadler*

Ausgehend von der These, dass ein Insolvenzannexverfahren dadurch gekennzeichnet ist, dass es seine Rechtsgrundlage einzig und allein im Konkursrecht hat, definierte der EuGH eine Vielzahl von Indizien, die anzeigen sollen, wann ein Verfahren so eng mit einem Konkursverfahren verbunden ist, dass es unter Art. 1 II b) EuGVO fällt³⁵. Greift man die Kriterien des EuGH auf, lässt sich folgendermaßen argumentieren: Ansprüche wegen materieller Unterkapitalisierung kommen aus §128 HGB analog und/oder §§823 II, 826 BGB in Betracht, sofern man die generelle Zulässigkeit einer solchen Durchgriffshaftung bejaht³⁶. Die Haftung der Gesellschafter wegen Unterkapitalisierung aus §128 HGB analog besteht nur in der Insolvenz³⁷.

29 Schwarz, Insolvenzverwalterklagen bei eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen nach der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 EuGVVO, NZI 2002, 290 (292); *Virgos/Schmit* (Fn. 18), Rz. 77.

30 4. Beweggrund der EuInsVO, 11. Beweggrund der EuGVO.

31 Vgl. *Duursma-Keppinger* (Fn. 10), Art. 25, Rn. 43.

32 EuGH, 22. 02. 1979, *Gourdain/Nadler*, Rs. C-133/78, RIW 1979, 273 (274).

33 EuGH, 22. 02. 1979, *Gourdain/Nadler*, Rs. C-133/78, RIW 1979, 273 (274).

34 *Safferling/Chr. Wolf* in: Geimer/Schütze, Internationaler Rechtsverkehr, BI 1e, Art. 1 EuGVÜ, Rn. 19; *Haas*, Insolvenzverwalterklagen und EuGVÜ, NZG 1999, 1148 (1152).

35 EuGH, 22. 02. 1979, *Gourdain/Nadler*, Rs. C-133/78, Rz. 4 und 6, RIW 1979, 273 (274).

36 *Lutter/Hommelhoff* in: Lutter/Hommelhoff, GmbH Gesetz, 16. Auflage, §13, Rn. 10, 12.

Bei einer analogen Anwendung von § 93 InsO³⁸ wäre außerdem allein der Verwalter zur Geltendmachung des Anspruchs befugt. Des Weiteren kommt der Erlös der Klage der Gesamtheit der Gläubiger zu Gute. Daher liegt ein konkursrechtlicher Anspruch, der den Tatbestand des Art. 1 II b) EuGVO erfüllt, vor³⁹.

b) Für die vorliegende Klage gilt die EuGVO

Gegen die obige Argumentation sprechen allerdings gewichtige Gründe. Zunächst einmal lässt sich das Ergebnis der kölnener Richter historisch begründen. Dem erläuternden Bericht zum EU-Insolvenzabkommen zufolge sollen Insolvenzannexverfahren dadurch gekennzeichnet sein, dass sie „*nur während des Insolvenzverfahrens oder in direkter Beziehung zu diesem erhoben werden können*“⁴⁰. Überträgt man diesen Gedanken auf die EuInsVO, so muss die Klage eines Insolvenzverwalters kausal von der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens abhängen, um der Verordnung zu unterfallen⁴¹. Die EuGVO ist auf die Klage des Insolvenzverwalters somit anwendbar, weil keiner der vom Verwalter geltend gemachten Ansprüche die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens voraussetzt. Der gesellschaftsrechtliche Anspruch aus § 128 HGB analog ist zwar tatbestandlich von der Insolvenz der Gesellschaft abhängig, kann aber auch außerhalb eines Insolvenzverfahrens geltend gemacht werden, wenn beispielsweise die Eröffnung wegen mangelnder Masse abgelehnt wird⁴². Der Anspruch ist damit nicht von der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens abhängig. Gleiches gilt für die konkurrierenden deliktische Ansprüche aus §§ 823 II, 826 BGB, die im Übrigen schon aufgrund des einheitlichen Streitgegenstandes mit dem Anspruch aus § 128 HGB analog der EuGVO zugeordnet werden sollten⁴³.

Die restriktive Anwendung der EuInsVO erscheint auch im Anbetracht der Zielsetzung der EuGVO nach einem möglichst umfassenden Beklagenschutz sinnvoll. Denn nur solange, wie sich der Beklagte darauf verlassen kann, dass die Gerichtsstände der EuGVO, die vor der Insolvenz für ihn galten, auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch Gültigkeit haben, ist er geschützt. Der besondere und ausschließliche Gerichtsstand nach Art. 3 EuInsVO analog sollte daher nur in begründete

37 *Dies, ebd.*, § 13, Rn. 10, 12.

38 Die Frage, ob § 93 InsO tatsächliche eine ausschließliche Prozessstandschaft des Insolvenzverwalters im konkreten Fall begründet, wird hier ausgespart. Dies wurde für den ähnlichen Fall der Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung vom BGH bejaht: BGH, I 4. 11. 2005, BB 2006, 961.

39 Für eine insolvenzrechtliche Einordnung von Haftungsklagen gegen die Gesellschafter auch: *Safferling/Chr. Wolf* (Fn. 34), Rn. 19; *Haas* (Fn. 34), 1152.

40 *Virgos/Schmit* (Fn. 18), Rz. 196. Hervorhebung durch den Verfasser.

41 So auch schon *Lücke*, Europäisches Zivilverfahrensrecht – das Problem der Abstimmung zwischen EuInsÜ und EuGVÜ, in: FS Schütze, 1999, 467 (478), allerdings ohne den erläuternden Bericht zum Insolvenzübereinkommen zu erwähnen.

42 *Lutter/Hommelhoff* (Fn. 36), § 13, Rn. 9; *Ulmer* in: *Ulmer* (Hrsg.), Hachenburg GmbHG, 8. Auflage, Anh § 30 Rn. 61.

43 *Kropholler* (Fn. 8), Art. 1 Rn. 19.

ten Ausnahmefällen herangezogen werden, wenn der Beklagtenschutz ausnahmsweise hinter die Effizienz des Insolvenzverfahrens zurücktreten kann⁴⁴.

Dieser Einordnung der Klage steht schließlich auch die Entscheidung *Gourdain/Nadler* nicht entgegen. Der EuGH hat nämlich neben den unter a) genannten Kriterien festgestellt, dass bei der Bestimmung der Rechtsnatur eines Verfahrens auch auf die nationale Einordnung der geltend gemachten Ansprüche zurückgegriffen werden kann⁴⁵. Da das deutsche Recht von einer gesellschaftsrechtlichen Einordnung der Haftungsklage wegen materieller Unterkapitalisierung ausgeht⁴⁶, für die die §§ 12 ff. ZPO gelten, könnte man über *Gourdain/Nadler* also ebenfalls zu dem Ergebnis kommen, dass die Haftungsklage nicht insolvenzrechtlicher Natur ist⁴⁷.

c) Exkurs: Alternatives Kriterium: Optionsrecht des Insolvenzstaates

Nach neuerer Ansicht sollen die Probleme bei der Bestimmung von konkursähnlichen Verfahren dadurch umgangen werden, dass man dem Gesetzgeber des Staates, in dem das Insolvenzgericht sitzt, gemäß Art. 4 EuInsVO ein Optionsrecht einräumt. Er soll entscheiden dürfen, ob und welche Annexverfahren analog Art. 3 I EuInsVO am Sitz des Insolvenzgerichts zu konzentrieren sind⁴⁸.

Dieser Vorschlag kann jedoch noch weniger als der Abgrenzungsversuch des EuGH überzeugen. Schließlich verstößt er gegen das Gebot der einheitlichen und autonomen Auslegung⁴⁹ der Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaften. Denn wenn es den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen nicht überlassen bleiben darf, ob sie den Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach Art. 5 Nr. 1 EuGVO für ein bestimmtes Verfahren eröffnen wollen, indem sie eigenständig festlegen was ein „Vertrag“ ist⁵⁰, so darf es dem mitgliedstaatlichen Recht auch nicht überlassen bleiben, eine Zuständigkeit für Annexverfahren selbstständig zu begründen.

44 So auch *Haubold* (Fn. 6), 162. *Dieses Argument überzeugt. Andernfalls würde der Insolvenzverwalter durch einen Klägergerichtsstand privilegiert, der dem Schuldner nicht eröffnet ist und den i. ü. auch § 19a ZPO nicht vorsieht.*

45 *EuGH*, 22. 02. 1979, *Gourdain/Nadler*, Rs. C-133/78, RIW 1979, 273 (274).

46 *Zimmer*, Nach „Inspire Art“: Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?, NJW 2003, 3585 (3588).

47 Hier zeigt sich wie wenig aussagekräftig *Gourdain/Nadler* ist. In der Praxis hat die Entscheidung kaum zu einer einheitlichen Qualifikation von Verfahren in den Mitgliedsstaaten geführt. Vielmehr erlaubt die Entscheidung den nationalen Gerichten die Prinzipien ihrer inländischen Rechtsordnung in das europäische Recht zu importieren und Verfahren analog zum nationalen Recht insolvenzrechtlich oder nicht-insolvenzrechtlich zu qualifizieren. Details bei *Lücke* (Fn. 41), S. 467 (478).

48 *Hausmann* in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 6. Auflage, Rn. 2527; *Mörsdorf-Schulte*, Internationaler Gerichtsstand für Insolvenzanfechtungsklagen im Spannungsfeld EuInsVO, EuGVÜ/O und autonomen Recht und seine Überprüfbarkeit durch den BGH, IPrax 2004, 31 (34 ff.).

49 *EuGH*, 20. 01. 2005, Rs. C-27/02, *Tacconi*, NJW 2002, 3159; *EuGH*, 21. 04. 1993, Rs. C-172/91, IPrax 1994, 37 m. Anmerkung *Heß*, S. 10 ff.

50 So ausdrücklich *EuGH*, 17. 09. 2002, Rs. C-334/00, NJW 2002, 3159.

Außerdem wären Entscheidungen, die aufgrund einer Zuständigkeit aus Art. 3 EuInsVO ergangen sind, nach Art. 25 I Unterabsatz II EuInsVO in allen Mitgliedstaaten vereinfacht zu vollstrecken⁵¹. Dadurch müssten alle Mitgliedstaaten indirekt die starke Konzentration von Verfahren am Sitz des Insolvenzgerichts, wie sie romanische Rechtsordnungen vornehmen, anerkennen. Dies entspricht jedoch nicht der Regelungsabsicht des europäischen Gesetzgebers. Durch die Rechtsakte der Gemeinschaft sollen die besonderen Gerichtsstände einzelner Staaten nicht in ihrem Bestehen gestärkt, sondern Zuständigkeitsnormen vereinheitlicht werden⁵². Auch ist es der Rechtssicherheit nicht unbedingt dienlich, wenn erst die Zuständigkeitsregeln des Sitzstaates des Insolvenzgerichts analysiert werden müssen, um zu wissen, welche Gerichte in welchem Staat für das Annexverfahren zuständig sind⁵³. Insofern mangelt es dieser Lösung auch an der Praxistauglichkeit.

4. Fazit

Die Entscheidung für oder gegen eine Konzentration von Verfahren analog Art. 3 I EuInsVO im Sitzstaat des Insolvenzgerichts (*vis attractiva concursus*) ist eigentlich eine politische und keine rechtliche⁵⁴. Der europäische Gesetzgeber hat keine explizite Entscheidung getroffen; wahrscheinlich weil kein Konsens erreichbar war. Im Interesse der einheitlichen Anwendung des europäischen Prozessrechts sollte der EuGH baldmöglichst mit dem Problem befasst werden. Sollte der Gerichtshof dabei über Art. 1 II b) EuGVO Insolvenzannexverfahren vom Anwendungsbereich der Verordnung ausschließen, wird er ein Kriterium zur Identifikation solcher Verfahren aufstellen müssen, um die Praxisunsicherheiten zu beseitigen, die sich aus Gourdain/Nadler ergeben haben. Dem OLG Köln war es im konkreten Fall jedoch nicht möglich, den Gerichtshof um eine Vorabentscheidung zu ersuchen, da es als Prozesskosteninstanz kein letztinstanzliches Gericht im Sinne von Art. 68 EGV war.⁵⁵

III. Die Übertragbarkeit der Einordnung auf das LugÜ

Nach Auffassung des OLG soll die unter Art. 1 II b) vorgenommene Bestimmung des Anwendungsbereiches der EuGVO auf das Luganer Übereinkommen übertragbar sein, da beide Rechtsakte denselben sachlichen Anwendungsbereich haben. Aus der Geltung der EuGVO für die Klage des Insolvenzverwalters gegen den Österreicher folge daher, dass das LugÜ für die Klage gegen den Schweizer gelte, so dass Gericht. (Rn. 7, 8)

51 So auch *Lorenz* (Fn. 26), S. 110.

52 Vgl. *Leipold*, Zuständigkeitslücken im neuen Europäischen Insolvenzrecht, FS Ishikawa, 2001, 221 (229 ff.); 8. Beweggrund der EuInsVO.

53 Vgl. *Gruber* (Fn. 25), Art. 25, Rn. 29.

54 So zutreffend der *BGH*, 27. 05. 2003, Az: IX ZR 203/02, IPRax 2004, 59.

55 *Dies ist im Grundsatz richtig, hätte freilich im Hinblick auf das PKH-Verfahren noch verdeutlicht werden können.*

Dem ist im Grunde zuzustimmen, da Art. 1 II Nr. 2 LugÜ mit Art. 1 II b) EuGVO identisch ist und die Vertragsstaaten des LugÜ erklärt haben, den Auslegungsgrundsätzen des EuGH und der mitgliedstaatlichen Gerichte zum EuGVÜ Rechnung zu tragen, sofern sie parallele Normen in LugÜ und EuGVÜ (EuGVO) betreffen⁵⁶. Fraglich ist, ob diese Argumentation auch nach dem Inkrafttreten der EuInsVO noch gilt. Wie oben gezeigt, ist die Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereiches der EuGVO nunmehr unter Beachtung der Regelungen der EuInsVO vorzunehmen. Die EuInsVO gilt jedoch für die Schweiz nicht, da diese kein Mitglied der europäischen Union ist. Daher wäre sie nicht verpflichtet, auf eine neue Definition des Anwendungsbereiches des LugÜ Rücksicht zu nehmen.

Dieses Problem ist allerdings nur ein Scheinproblem, wenn man der hier vorgeschlagenen Lösung folgt. Die Auslegungsformel des EuGH für Art. 1 II b) EuGVO bzw. Art. 1 II Nr. 2 LugÜ aus *Gourdain/Nadler*⁵⁷ wird weiterhin verwendet und lediglich deren Reichweite in Abhängigkeit von der EuInsVO neu bestimmt. Da aber die Kriterien des EuGH, wie oben gezeigt, nicht verallgemeinerungsfähig sind, dürfte eine leicht veränderte Bestimmung des engen und unmittelbaren Zusammenhangs von den LugÜ Staaten nicht zu beanstanden sein⁵⁸. Im Anschluss an das zur EuGVO Gesagte muss man daher auch das LugÜ für die Klage des Insolvenzverwalters gegen den Beklagten mit Wohnsitz in der Schweiz für anwendbar halten.

IV. Die Bestimmung der Gerichtstände nach der EuGVO

Ausgehend von der Annahme, dass der Anwendungsbereich der EuGVO für die Klage des Insolvenzverwalters gegen den Beklagten mit Wohnsitz in Österreich eröffnet ist, soll nun untersucht werden, ob das OLG Köln die Gerichtstände nach Art. 5 EuGVO richtig bestimmt hat.

1. Kein Gerichtsstand am Erfüllungsort nach Art. 5 Nr. 1 EuGVO

Das Gericht gibt zwei etwas widersprüchliche Begründungen, warum der Vertragsgerichtsstand des Erfüllungsortes nach Art. 5 Nr. 1 EuGVO nicht eröffnet ist. Zum einen wird implizit davon ausgegangen, dass konkurrierende deliktische Ansprüche aus §§ 823 II, 826 BGB dazu führen, dass alle in Frage kommenden Ansprüche am Deliktsgerichtsstand von Art. 5 Nr. 3 geltend zu machen sind (a). Zum zweiten wird dann aber festgestellt, dass alle in Frage kommenden Ansprüche deliktsrechtlicher Natur sind und somit kein Gerichtsstand am Erfüllungsort eröffnet sein kann (b).

a) Keine Annexzuständigkeit am Deliktsgerichtsstand

Grundlegend ist zu bemerken, dass konkurrierende deliktsrechtliche Ansprüche nicht dazu führen können, dass alle in Betracht kommenden Ansprüche an den De-

56 Erklärung abgedruckt in *Jayme/Hausmann*, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 12. Auflage, S. 325.

57 EuGH, 22. 02. 1979, *Gourdain/Nadler*, Rs. C-133/78, RIW 1979, 273 (274).

58 Vgl. *Haubold* (Fn. 6), 159.

liktgerichtsständen von Art. 5 Nr. 3 EuGVO einzuklagen wären. Soweit vertragliche Ansprüche in Betracht kommen, sind diese am Vertragsgerichtsstand nach Art. 5 Nr. 1 EuGVO geltend zu machen. Eine Annexzuständigkeit am Deliktgerichtsstand gibt es laut dem EuGH unter der EuGVO nicht⁵⁹. Obwohl diese Lösung unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie bedauerlich ist⁶⁰, sollte der Rechtsprechung des EuGH gefolgt werden, um eine einheitliche Auslegung der EuGVO in allen Mitgliedsstaaten zu gewährleisten.

b) Keine vertraglichen Ansprüche?

Das OLG lehnt die Eröffnung des Vertragsgerichtsstands am Erfüllungsort bezüglich aller in Frage kommenden Anspruchsgrundlagen ab. Diesem Ergebnis ist nur eingeschränkt zuzustimmen.

aa) Gerichtsstand am Erfüllungsort für den Anspruch aus § 128 HGB analog

Nur oberflächlich erläutert das OLG Köln, ob der Vertragsgerichtsstand von Art. 5 Nr. 1 EuGVO für eine Haftung der Gesellschafter aus § 128 HGB analog eröffnet sein könnte. Das OLG formuliert allgemein, dass im vorliegenden Fall nicht Binnen-, sondern Außenbeziehungen der Gesellschaft in Frage stehen, die nicht vertraglich seien (Rn. 11). Obwohl dieses Ergebnis überzeugt, wäre hier eine tiefer greifende Auseinandersetzung mit dem Vertragsbegriff der EuGVO wünschenswert gewesen.

In der Literatur⁶¹ und ansatzweise auch in der Rechtsprechung⁶² wird teilweise eine sehr weite Auslegung der Begriffe „Vertrag“ und „Ansprüche aus einem Vertrag“ in Art. 5 Nr. 1 EuGVO befürwortet⁶³. Im Vertragsgerichtsstand von Art. 5 Nr. 1 EuGVO sollen alle Ansprüche geltend gemacht werden können, für die das Bestehen eines Vertrages Voraussetzung ist, auch wenn der Anspruchsteller selbst nicht Partei des Vertrages ist⁶⁴. Diese weite Auslegung des Vertragsbegriffes wird damit begründet, dass für den Beklagten der Gerichtsstand am Erfüllungsort in der Regel günstiger – weil vorhersehbarer – ist als der Gerichtsstand des Erfolgsortes, den der Kläger bei einer deliktischen Qualifikation des Anspruchs wählen könnte⁶⁵.

Im Anschluss an die oben genannte Meinung ließe sich nun argumentieren, dass die Haftung der Gesellschafter wegen Unterkapitalisierung gemäß § 128 HGB analog jedenfalls das Bestehen eines Gesellschaftsvertrags voraussetzt. Daher könnte der

59 *EuGH*, 27. 09. 1988, Rs. 189/87, Kalfelis/Schröder, NJW 1988, 3088 (3089). Möglich ist aber die gemeinsame Behandlung konkurrierender Ansprüche durch ein Gericht, wenn es für alle zuständig ist. Vgl. *Kropholler* (Fn. 8), Art. 5 Rn. 79.

60 Vgl. *Kropholler* (Fn. 8), Art. 5 Rn. 79; Auch: *Geimer* in: *Geimer/Schütze*, Art. 5, Rn. 222, 223.

61 *Geimer* in: *Geimer/Schütze*, Art. 5 EuGVO, Rn. 73.

62 *OLG Jena*, NZI 1999, 81 (81); A. A. *Haubold*, IPRax 2000, 375 (381).

63 *Stadler*, Vertraglicher und deliktischer Gerichtsstand im europäischen Zivilprozessrecht, in: FS Musilak, 2004, S. 569 (586 ff.); *Geimer* (Fn. 16), Art. 5 EuGVO, Rn. 24.

64 *Stadler* (Fn. 63), S. 569 (588); *Geimer* (Fn. 16), Art. 5 EuGVO, Rn. 24.

65 *Stadler* (Fn. 63), S. 569 (586 ff.)

Durchgriffsanspruch der Gläubiger eine Haftung der Gesellschafter aus Vertrag sein⁶⁶.

Gegen eine vertragliche Einordnung der Haftung aus § 128 HGB analog spricht allerdings die Rechtsprechung des EuGH. Bisher hat der Gerichtshof immer wieder betont, dass ein Vertrag als „*freiwillige Verpflichtung*“ gegenüber dem Anspruchsteller selbst eingegangen werden muss⁶⁷. Außerdem soll eine vertragliche Haftung dadurch gekennzeichnet sein, dass die Prozessgegner schon vor dem haftungsauslösenden Ereignis feststehen⁶⁸. Die Gesellschafter übernehmen die Verpflichtung zur Kapitalausstattung in erster Linie der Gesellschaft gegenüber und nicht den Gläubigern⁶⁹. Außerdem wird beim Abschluss des Gesellschaftsvertrages die genaue Zahl und die Identität der Gläubiger im Moment der Haftung noch nicht festgestanden haben. Im Ergebnis ist daher im Sinne einer einheitlichen Auslegung der EuGVO anzunehmen, dass der vorliegende Anspruch aus § 128 HGB analog nicht vertraglicher, sondern deliktischer Natur ist.⁷⁰ Da der von der Literatur propagierte weite Vertragsbegriff aber im Angesicht des Ziels der EuGVO, einen möglichst umfassenden Beklagtenschutz zu erreichen⁷¹, durchaus Sinn macht, wäre bei Gelegenheit eine Vorlage an den EuGH wünschenswert, um den Begriff des Vertrages in Art. 5 Nr. 1 EuGVO noch weiter zu präzisieren.⁷²

bb) Sind Ansprüche aus c.i.c. grundsätzlich deliktisch zu qualifizieren?

Das OLG Köln verneint die Eröffnung des Gerichtsstandes am Erfüllungsort für Ansprüche aus c. i. c. unter Berufung auf den EuGH, weil „*die Verletzung vorvertraglicher, nicht aus einem echten vertraglichen Schuldverhältnis resultierender Pflichten nicht unter Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ fällt*“ (Rn. 12). Hierbei handelt es sich jedoch um ein Missverständnis bzw. eine Zitierungsunauigkeit, die sich unmittelbar im Ergebnis niederschlägt. Der EuGH hat ausgeführt, dass ein vorvertraglicher Anspruch dann nicht unter Art. 5 Nr. 1 EuGVO fällt, wenn er nicht auf „*irgendeiner freiwillig eingegangenen Verpflichtung*“ beruht⁷³. Der Gerichtshof ging gerade nicht von einer generellen deliktsrechtlichen Einordnung vorvertraglicher Schuldverhältnisse aus. Damit hätte das Gericht prüfen müssen, ob die beklagten Gesellschafter

66 Vgl. Geimer (Fn. 16), Art. 5 EuGVO, Rn. 73; OLG Jena, NZI 1999, 81 (81); in diese Richtung auch Stadler (Fn. 63), S. 569 (588); Anders: Kropholler (Fn. 8), Art. 5, Rn. 19.

67 Vgl. EuGH, 27. 10. 1998, Rs. C-51/97, Réunion européenne SA u. a., Rn. 19, EuZW 1999, 59 (60, 61).

68 EuGH, 17. 06. 1992, Rs. C-26/91, Handte/TMCS, JZ 1995, 90.

69 Ob eine Verpflichtung der Gesellschafter zur Ausstattung der Gesellschaft mit genügend Kapital existiert, ist unstritten. Jedoch kommt § 128 HGB analog als Anspruchsgrundlage nur in Frage, wenn man eine solche Verpflichtung annimmt. Vgl. Ulmer (Fn. 42), Anh § 30 GmbHG, Rn. 50 ff.

70 Vgl. Kropholler (Fn. 8), Art. 5 EuGVO, Rn. 19.

71 11. Beweggrund der EuGVO.

72 Hier entwickelt der Erstverfasser eigene Überlegungen zu einer Problematik, die bisher so noch nicht in der Rechtsprechung und Literatur erörtert wurden.

73 EuGH, Rs. 334/00, Tacconi/Wagner, IPRax 2003, 143 (144).

gegenüber den Gläubigern der Insolvenzschuldnerin *freiwillig eine Verpflichtung eingegangen sind*, die nun eine Haftung auslösen könnte.

Wie das OLG an anderer Stelle ausführt (Rn. 15) haben die Beklagten möglicherweise Versprechungen „*ins Blaue hinein*“ abgegeben und den Anschein einer funktionierenden Wirtschaftseinheit erweckt. Es bestanden also Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagten ihre Aufklärungspflichten verletzt haben. Daher wäre zu fragen gewesen, ob die Gläubiger aus dem Verhalten der Beklagten objektiv folgern durften, dass sich letztere freiwillig verpflichteten, über die wirtschaftliche Lage der Insolvenzschuldnerin aufzuklären⁷⁴. Wäre dies zu bejahen, läge ein Vertrag im Sinne von Art. 5 Nr. 1 EuGVO vor.⁷⁵

2. Der Deliktsgerichtsstands nach Art. 5 Nr. 3 EuGVO

Das OLG Köln erklärt das LG Hamburg gemäß Art. 5 Nr. 3 EuGVO für die Ansprüche der Gläubiger aus §§ 823 II, 826 BGB, die der Insolvenzverwalter über § 93 InsO geltend gemacht, für international und örtlich zuständig. Obwohl Hamburg als Gerichtsstand für die Klage des Insolvenzverwalters nach der EuGVO im Ergebnis überzeugt, kann der Begründung nur eingeschränkt zugestimmt werden.

Zustimmung verdient zunächst einmal die deliktsrechtliche Qualifikation der Haftungstatbestände von §§ 823 II, 826 BGB. Diese Ansprüche setzen keine *freiwillig eingegangene Verpflichtung*, also keinen Vertrag im Sinne von Art. 5 Nr. 1 EuGVO voraus. Daher ist der Anwendungsbereich von Art. 5 Nr. 3 EuGVO eröffnet. Zuständig ist also das Gericht am Handlungs- und am Erfolgsort der unerlaubten Handlung⁷⁶.

Die unerlaubte Handlung erblickt das OLG in der Abgabe falscher Versprechungen von Seiten der beklagten Gesellschafter. Aus der Tatsache, dass die Insolvenzschuldnerin zum Zeitpunkt der Abgabe der Versprechungen in Hamburg saß, schließt das Gericht sodann, dass die unerlaubten Handlungen in Hamburg begangen worden sind. Dieser Schluss stellt jedoch nicht nur einen logischen Widerspruch dar, sondern verstößt auch gegen die Definition des Handlungsortes des EuGH. Danach ist der Handlungsort der unerlaubten Handlung derjenige, *von dem das schädigende Ereignis seinen Ausgang nahm*⁷⁷. Geht man von den Versprechungen als tatbestandmäßige Handlungen aus, liegt der Handlungsort also dort, wo die Versprechungen abgegeben worden sind. Diesen Ort hat das OLG Köln jedoch nicht ermittelt. Die Argumentation des Gerichts stellt mithin eine bloße Fiktion des Handlungsortes dar.

74 *EuGH*, 20.01.2005, Rs. C-27/02, Engler, BB 2005, 739; so auch schon *Mankowski*, Die Qualifikation der culpa in contrahendo – Nagelprobe für den Vertragsbegriff des IZPR und IPR, IPRax 2003, 127 (130).

75 *Hier hat der Erstverfasser eine Begründungsschwäche des Urteils aufgezeigt.*

76 *EuGH*, 30.11.1976, Rs. C-21/76, Bier/Mines de Potasse d'Alsace, NJW 1977, 493; *Albers* in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 62. Auflage, Art. 5 EuGVO, Rn. 2.

77 *EuGH*, 07.03.1995, Rs. C-68/93, Shevill, NJW 1995, 1881 (1882).

Diese Fiktion hätte sich einfach vermeiden lassen, wenn man das schadensverursachende Geschehen anders definiert hätte. Da es genügt, wenn am Handlungsort ein wichtiges Tatbestandsmerkmal von unter Umständen vielen verwirklicht wurde⁷⁸, ließe sich anstelle auf die Abgabe falscher Versprechungen auf das *Unterlassen der Zuführung von ausreichend Kapital* als schadensursächliches Geschehen abstellen. Das Unterlassen einer Zuführung genügenden Kapitals bis zur Insolvenz ist zumindest eine der Bedingungen, die unbedingt erfüllt sein müssen, um die Haftung der Gesellschafter wegen materieller Unterkapitalisierung auszulösen⁷⁹. Handlungsort einer Unterlassung ist der Ort, wo die unterlassene Handlung durchzuführen gewesen wäre⁸⁰. Damit ist im vorliegenden Fall das LG Hamburg für die Klage zuständig, da das fehlende Kapital jedenfalls vor der Insolvenz der Gesellschaft zuzuführen gewesen wäre und die Gesellschaft bis zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ihren Sitz in Hamburg hatte.

C. Abschließender Hinweis

Es fehlt in der Besprechung eine knappe Zusammenfassung und die Formulierung eigener Thesen. Insgesamt zeigt die Bearbeitung jedoch einen sicheren Umgang mit der juristischen Argumentation in einem anspruchsvollen Rechtsbereich zwischen Zuständigkeits- und Insolvenzrecht. Durch die Einbeziehung neuer Urteile (etwa des EuGH zur EuInsVO, des OLG Frankfurt zu Annexklagen) hat der Erstverfasser eigene Argumente entwickelt, die sich weder im Urteil des OLG, noch in anderen Entscheidungen finden. Dies macht die Stärke der vorliegenden Anmerkung aus. Folglich handelt es sich insgesamt um eine sehr sorgfältige und abgewogene Urteilsbesprechung, die sich (deshalb ist sie hier zu finden) gut für den Abdruck in einer juristischen Zeitschrift eignet.

78 *Leible* in: Rauscher, Europäisches Zivilprozessrecht, 1. Auflage, Art. 5 Brüssel I-VO, Rn. 88.

79 *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, § 9 IV 4, S. 240 ff; *Ulmer* (Fn. 42), Anh § 30 GmbHG, Rn. 50 ff.

80 *Leible* (Fn. 78), Art. 5 Brüssel I-VO, Rn. 87.