



Dr. Kaspar Krolop, Berlin

Die Haftung nach § 826 BGB wegen Vermögensverschiebungen in der Krise bei der in Deutschland aktiven Limited

Trojanisches Pferd für das deutsche Gesellschaftsrecht oder Voraussetzung für einen funktionierenden Wettbewerb der Teilrechtsordnungen?

Im Zuge der Rechtsprechung des EuGH in Sachen „Überseering“ und „Inspire Art“ ist allgemein anerkannt, dass eine ausschließlich in Deutschland aktive Company limited by shares als rechtsfähige Gesellschaft mit beschränkter Haftung anzuerkennen ist und sich ihre Rechtsverhältnisse nach dem Recht ihres Gründungsortes, also nach englischem Gesellschaftsrecht richten. Damit hat sich die Diskussion von der Bestimmung des Gesellschaftsstatuts auf die Frage verlagert, welche Regelungsbereiche von dem Verweis auf das materielle Recht des Gründungsstaates erfasst werden, und inwieweit die Regelungen von angrenzenden Teilrechtsordnungen des deutschen Rechts (Insolvenzrecht, Deliktsrecht, Arbeitsrecht) auf die Limited anwendbar sind. Besonders deutlich wird diese Problematik bei der praktisch wichtigen Frage, ob sich die Haftung der Gesellschafter, insbesondere die sog. Durchgriffshaftung ausschließlich nach englischem Recht richtet. Die Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern in der Krise liegt an der Schnittstelle von Gesellschafts-, Insolvenz- und Deliktsrecht. Eine Harmonisierung der Abgrenzung zwischen diesen Teilrechtsordnungen fehlt. Die Bestrebungen des Gemeinschaftsgesetzgebers zur Vereinheitlichung des Kollisionsrechts (Stichworte: Rom I und Rom II) lassen das Gesellschaftsrecht ausdrücklich ausgeklammert.

Anhand einer Entscheidung des BGH zu einer Schadensersatzhaftung der Gesellschafter einer GmbH aus § 826 BGB wegen der Verlagerung von Vermögen einer Gesellschaft in der Krise sollen die Möglichkeiten und Grenzen der Anwendbarkeit einer Haftung nach § 826 BGB auf eine in Deutschland aktive Limited bzw. deren Gesellschafter aus kollisions- und europarechtlicher Sicht näher beleuchtet werden. Dabei wird aufzuzeigen sein, dass bei dem derzeitigen Stand der Gesellschaftsrechtsharmonisierung die Haftung nach § 826 BGB ein bedeutendes Element für die Förderung und die Gewährleistung eines funktionierenden Wettbewerbs der Gesellschaftsrechte sein kann, insbesondere geeignet erscheint, Defizite aufzufangen, die sich daraus ergeben, dass es an einer Harmonisierung des für das Gesellschaftsrecht maßgeblichen Kollisionsrechts fehlt und voraussichtlich die nächste Zeit auch fehlen wird.

S. 81

- HFR 8/2007 S. 1 -

1 „Denn die bösen Exempel verführen und verderben das Gute“

(Weisheit Salomos, 4, 12)

2 **I. Einleitung**

Spätestens mit der Entscheidung des EuGH in Sachen *Überseering*¹ hat sich der Schwerpunkt der Diskussion um die in Deutschland aktive Company limited by shares (nachfolgend: *Limited*) von der Frage nach deren Anerkennung auf die Problematik der Anwendbarkeit deutscher Haftungsnormen verlagert. Dabei wurde und wird vor allem kontrovers diskutiert, inwieweit die Durchgriffshaftung, insbesondere die sogenannte Existenzvernichtungshaftung nach den vom BGH in den Entscheidungen „*Bremer Vulkan*“² und vor allem „*KBV*“³ aufgestellten Grundsätzen auf die *Limited* anwendbar ist.⁴

¹ EuGH Slg. 2002, I-9919 = NJW 2002, 3614 - *Überseering*.

² BGHZ 149, 10 = NZG 2002, 38.

³ BGHZ 151, 181 = NJW 2002, 3024.

⁴ Das Schrifttum zu dieser Problematik und zum Gläubigerschutz bei der in Deutschland aktiven *Limited* allgemein ist sehr unumfänglich und kann hier nur auszugsweise wiedergegeben werden. Es sei an dieser Stelle zunächst auf folgende Gesamtdarstellungen verwiesen: *Eidenmüller* (Hrsg.), *Ausländische Kapitalgesell-*

Im Fall „Privatkliniken“⁵ hat der BGH bei einer deutschen GmbH eine Schadensersatzhaftung wegen der Verlagerung von Vermögen einer Gesellschaft in der Krise auf eine Schwestergesellschaft mit § 826 BGB begründet. Das LG Kiel hat für die Begründung der Haftung des *directors* einer *Limited* deutsches Deliktsrechts angewendet.⁶ Dies gibt Anlass, Möglichkeiten und Grenzen der Anwendbarkeit einer Haftung nach § 826 BGB wegen Vermögensverschiebungen in der Krise auf eine in Deutschland aktive *Limited* näher zu beleuchten. Dabei überschneiden sich mehrere Fragenkreise. Zunächst zwingt die Notwendigkeit einer kollisionsrechtlichen Einordnung der Haftung nach § 826 BGB zu einer Vergewisserung über die Rechtsnatur der Durchgriffshaftung, systematischen Standort und das Verhältnis von spezifischem Gesellschaftsrecht zum allgemeinen Deliktsrecht. Besonderes Augenmerk wird dabei auf eine sorgfältige Unterscheidung zwischen spezifisch gesellschaftsrechtlicher Rechtsfortbildung und Schutzerwägungen (Durchgriff im engeren Sinne) einerseits und der Sanktionierung der Nichtbeachtung allgemeiner Verhaltenspflichten (Haftung der Gesellschafter allgemein) andererseits zu richten sein. Auf der Ebene der Rechtfertigung der Anwendung im Hinblick auf die europarechtlich garantierte Niederlassungsfreiheit gilt es, Funktion und Bedeutung der Haftung nach § 826 BGB für den Gläubigerschutz im Kapitalgesellschaftsrecht im Allgemeinen und der in Deutschland aktiven *Limited* im Besonderen herauszuarbeiten. Dabei wird aufzuzeigen sein, dass bei dem derzeitigen Stand der Gesellschaftsrechts-harmonisierung die Haftung nach § 826 BGB ein bedeutendes Element für die Förderung und die Gewährleistung eines funktionierenden Wettbewerbs der für das Gesellschaftsrecht maßgeblichen Teilrechtsordnungen sein kann.

S. 82

- HFR 8/2007 S. 2 -

3 II. Das Verhältnis von Gesellschafts- und Deliktsstatut bei der Auslandsgesellschaft

Im Zuge der Rechtsprechung des EuGH in Sachen „Inspire Art“⁷ hat nun auch der BGH jüngst über den konkreten Fall hinaus für die in Deutschland aktive *Limited* statuiert, dass nicht nur für Fragen der Gründung, Rechts- und Parteifähigkeit, sondern auch für die Haftung der Gesellschafter grundsätzlich das Recht des Gründungsstaates maßgeblich ist.⁸ Dies gilt auch für sog. „Scheinauslandsgesellschaft“ bzw. „Auslands-*Limited*“, also eine *Limited*, die zum Zweck der wirtschaftlichen Betätigung in Deutschland (Zuzugsstaat) in Großbritannien (Gründungsstaat) gegründet wurde. Daraus folgt, dass grundsätzlich das englische Gesellschaftsrecht⁹ Anwendung findet.

- 4 Zwar wird vorliegend das deutsche Gesellschaftsrecht durch das englische Gesellschaftsstatut verdrängt, jedoch könnte man eine aus § 826 BGB abgeleitete Haftung wegen Existenzvernichtung auf das Deliktsstatut (Art. 40 EGBGB) stützen, da Handlungs- und/oder Erfolgsort regelmäßig in Deutschland liegen dürften. In Erörterungen zur Existenzvernichtungshaftung wird häufig am Rande bemerkt, dass unabhängig von der Problematik der kollisionsrechtlichen Einordnung der (gesellschaftsrechtlichen) Existenzvernichtungshaftung eine Haftung nach den §§ 823 Abs. 2 i.V.m. § 266 StGB oder § 826 BGB eingreife, die an das Deliktsstatut (Art. 40 EGBGB) angeknüpft werden könne.¹⁰

Gegen diese Einordnung werden im Schrifttum Bedenken erhoben. Die Existenzver-

schaften, 2004; *Hirte/Bücker* (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006; *Kienle*, in: *Süß/Wachter* (Hrsg.) Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, 2006, Abschn. § 3; *Lanzius*, Anwendbares Recht und Sonderanknüpfungen nach der Gründungstheorie, 2004; *Lutter* (Hrsg.), Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005; *Schall*, ZIP 2005, 965 ff.

⁵ BGH NJW 2005, 145 – *Privatkliniken* (teilweise auch als *ITZ* bezeichnet, vgl. *Sester*, ZGR 2006, 1, 6).

⁶ Urt. v. 20.4.2006, GmbHR 2006, 710, 711: Haftung aus § 823 Abs. 2 i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbH und § 823 Abs. 2 i. V. m. § 263 StGB.

⁷ EuGH v. 30.9.2003 - Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155 = NJW 2003, 3334 - *Inspire Art*.

⁸ BGH ZIP 2005, 805 = NJW 2005, 1648. Näher dazu unten sub III.1.

⁹ Präziser: Recht von England und Wales.

¹⁰ So etwa *Goette*, DStR 2005, 197, 199; *Kindler*, NZG 2003, 1073, 1079; *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3586; vgl. auch *Forsthoff/Schulz*, in: *Hirte/Bücker* (Fn. 4), § 15 Rn. 52.

nichtungshaftung habe letztlich den Durchgriff der Gläubiger wegen Verbindlichkeiten der Gesellschaft auf die Gesellschafter zum Gegenstand. Damit gehe es um die Frage, wann sich Gesellschafter ausnahmsweise nicht auf die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen (vgl. für die GmbH § 13 Abs. 2 GmbHG) berufen können. Die Voraussetzungen für die Entstehung der Haftungsprivilegierung seien spezifisch gesellschaftsrechtlicher Natur. Daher sei die Frage der Haftung der Gesellschafter wegen Verbindlichkeiten der Gesellschaft auch dann nach dem Gesellschaftsstatut zu behandeln, wenn sie in ein deliktsrechtliches Gewand gekleidet sei.¹¹

S. 83

- HFR 8/2007 S. 3 -

5 1. Ausgangspunkt: Durchgriff als Haftungsinstrument des Gesellschaftsrechts

Nicht nur in der deutschen, sondern auch in der englischen Rechtswissenschaft wird gemeinhin der Durchgriff bzw. das *Piercing of the corporate veil* grundsätzlich dem Gesellschaftsrecht und damit dem Gesellschaftsstatut zugeordnet.¹² Der BGH hat eine Haftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG (analog) wegen Nichteintragung der Zweigniederlassung einer *Limited* u.a. mit der Begründung abgelehnt, dass das (englische) Personalstatut der Gesellschaft auch in Bezug auf die Haftung der im Namen der Gesellschaft begründeten Verbindlichkeiten „*einschließlich der Frage einer etwaigen persönlichen Haftung ihrer Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern*“ maßgeblich sei.¹³ Um nichts anderes geht es beim Durchgriff.

6 2. Europarechtliche Erwägungen

Die enge Verknüpfung von Haftungsbeschränkung und Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft als juristische Person ist nicht nur ein systematischer Aspekt der für die gesellschaftsrechtliche Einordnung spricht, sondern aufgrund der Überlagerung des nationalen Kollisionsrechts durch die Vorgaben des EuGH zur Niederlassungsfreiheit auch europarechtlich relevant. Die Anwendung der Durchgriffshaftung nach deutschem Recht hätte zur Folge, dass nach dem Recht des Zuzugsstaates zu beurteilen wäre, ob ein Gesellschafter sich auf die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen berufen kann. Dies liefe auf eine partielle Prüfung der Gleichwertigkeit der Auslandsgründung anhand der Maßstäbe des Rechts des Zuzugsstaates hinaus. Hier droht eine Kollision mit den Vorgaben des EuGH, wonach die wirksam im Ausland gegründete Gesellschaft vom Zuzugsstaat – abgesehen vom konkreten Missbrauch im Einzelfall – grundsätzlich vorbehaltlos anzuerkennen ist.¹⁴

S. 84

- HFR 8/2007 S. 4 -

7 3. Folgerungen für die Einordnung der auf Deliktsnormen gestützten Haftung

Die angestellten europarechtlichen Erwägungen, die für eine Verdrängung des deutschen Rechts durch das englische Gesellschaftsstatut im Bereich der Durchgriffshaftung sprechen, zeigen, dass es für die Abgrenzung Gesellschaftsstatut / Deliktsstatut auf die formale Anknüpfung der Haftung nicht ankommen kann. Wenn eine Norm des Deliktsrechts nur als Trojanisches Pferd eingesetzt wird, um die Maßstäbe des Inlandsstaates für einen etwaigen Durchgriff in eine Gesellschaft ausländischen Rechts einzuschleusen, ist dies im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit nicht weniger bedenklich als die direkte Anwendung der Durchgriffshaftung. Allein durch das „Umtopfen“ von Rechtsin-

¹¹ Vgl. u.a. *Eidenmüller*, NJW 2005, 1618, 1620; *Schall*, ZIP 2005, 965, 971, 973; kritisch auch *Schön*, ZHR 168 (2004), 268, 292. Zur Auffassung, wonach die Existenzvernichtungshaftung dem Insolvenzstatut unterfallen soll siehe unten IV.6.

¹² *Gower/Davies*, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 7. Aufl. 2003, S. 176 ff., 189; *Hannigan*, *Company Law*, 2003, S. 63 ff.; vgl. auch *Siebert*, *Die Durchgriffshaftung im englischen und deutschen Recht*, 2004, S. 23 ff. So auch die Begründung eines Vorschlages des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht für eine Regelung des Internationalen Gesellschaftsrechts auf europäischer/nationaler Ebene bei *Sonnenberger/Bauer*, RIW Beilage zu Heft 4/2006, 1, 14 f.

¹³ BGH NJW 2005, 1648. a.A. *Altmeppen*, in: FS Röhrich 2005, S. 3, 14 ff. Zur Frage der analogen Anwendung von § 11 Abs. 2 GmbHG eingehend *Lutter*, in: *Lutter* (Fn. 4), S. 12 f.

¹⁴ Ähnl. auch *Eidenmüller*, NJW 2005, 1618, 1620. Zur Rspr. des EuGH s.o. Fn. 7.

stituten aus dem Gesellschaftsrecht in benachbarte Rechtsgebiete wird deren Anwendung nicht gemeinschaftskonform.¹⁵

- 8 Abgesehen davon ist es geradezu Allgemeingut im IPR, dass die kollisionsrechtliche Qualifikation einer Rechtsfrage nicht rein formal anhand des Standorts der Regelung im deutschen Recht folgt. Das Gesellschaftsstatut ist ein sogenannter Rahmenbegriff. Dieser ist, da er ja auch ausländische Rechtsercheinungen erfassen soll, autonom nach den Maßstäben des internationalen Privatrechts zu definieren. Für diese autonome Bestimmung der Reichweite des Gesellschaftsstatuts ist eine funktionale Betrachtungsweise angezeigt, die sich vor allem daran orientiert zu welchem Statut die Regelung vom materiellen Regelungsgehalt und ihrem Sinn und Zweck her die größte Nähe aufweist.¹⁶ Dies hat für die überschneidungsträchtige Materie des Gesellschaftsrechts im besonderen Maße zu gelten. Als Beispiel sei die Haftung wegen Verletzung der Pflicht zur rechtzeitigen Stellung eines Insolvenzantrags (vgl. § 64 Abs. 1 GmbHG) genannt. Diese Haftung wird bei der GmbH auf § 64 Abs. 1 i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB gestützt, so dass man das Deliktsstatut für einschlägig halten könnte.¹⁷ Aufgrund der engen Verbindungen zum Gesellschafts- und zum Insolvenzrecht wird überwiegend angenommen, dass für diese Insolvenzverschleppungshaftung das Deliktsstatut nicht maßgeblich ist. Dann stellt sich allerdings die stark umstrittene Folgefrage, ob die Haftung dann dem Gesellschaftsrecht (Hauptargument: Haftung der Geschäftsführer gehört zum Kernbereich des Gesellschaftsrechts)¹⁸ oder dem Insolvenzrecht zuzuordnen ist (so die wohl h.M.¹⁹, Hauptargument: enger Zusammenhang mit der Insolvenzantragspflicht und dem Insolvenzverfahren).²⁰ Darauf wird zurückzukommen sein.²¹ An dieser Stelle kann bereits festgehalten werden, dass die deliktische Einkleidung weder zwingend die kollisionsrechtliche Einordnung vorzeichnet (zu dieser sogleich), noch die Anwendung der Haftung im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit rechtfertigt (dazu IV.).

S. 85

- HFR 8/2007 S. 5 -

9 **III. Die kollisionsrechtliche Einordnung der Haftung wegen Existenzvernichtung**

Es kommt kollisionsrechtlich zunächst allein darauf an, inwieweit die Existenzvernichtungshaftung die Merkmale einer echten Durchgriffshaftung erfüllt. Nur soweit dies der Fall ist, wird sie bei der *Limited* vom englischen Gesellschaftsstatut verdrängt. Es ist zu untersuchen, was einen Durchgriff ausmacht (1.) und ob die in der „Privatkliniken“-Entscheidung des BGH statuierte Haftung nach § 826 BGB unter diese Kategorie fällt (2., 3.).

10 **1. Ausgangspunkt: Existenzvernichtungshaftung nach „KBV“ als Durchgriff**

Nachdem die Entscheidung „Bremer Vulkan“²² kontrovers diskutierte Fragen hinsichtlich Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Haftung wegen Existenzvernichtung aufgeworfen hatte, konturierte der BGH in der KBV-Entscheidung die Umrisse dieses Haftungstatbestands deutlicher, insbesondere dessen dogmatische Begründung. Der BGH

¹⁵ Darüber besteht im Ergebnis weitgehend Einigkeit, statt aller *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 182; *K. Schmidt*, in Lutter (Fn. 4), S. 15, 25; *Windbichler/Krolop*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Handbuch für Wissenschaft und Praxis, 2006, § 19 Rn. 73 m.w.N.

¹⁶ *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, S. 338 ff.; so in diesem Zusammenhang auch *Eidenmüller*, NJW 2005, 1618, 1619 f.

¹⁷ Dahin tendieren u.a. *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 661, 673 und *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3590.

¹⁸ So u.a. *Berner/Klöhn*, ZIP 2006, 106, 111 ff.; *Lanzius* (Fn. 4), S. 245 ff.; *Schall*, ZIP 2005, 965, 974 f.; *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1208.

¹⁹ So u.a. *Eidenmüller* (Fn. 4), § 9 Rn. 31 ff.; *Goette*, DStR 2005, 197, 199; *Kienle* (Fn. 4), Rn. 191; *Röhricht*, ZIP 2005, 505, 507 f.; *Sonnenberger/Bauer* (Fn. 12), wohl auch LG Kiel Ur. v. 20.4.2006, GmbHR 2006, 710, 711.

²⁰ Näher dazu aus methodischer Sicht *Windbichler/Krolop* (Fn. 15), § 19 Rn. 71 ff. m.w.N.; instruktiver Überblick über den aktuellen Diskussionsstand bei *H.P. Westermann*, in: Scholz (Hrsg.), GmbHG, 10. Aufl. 2006, Einl. Rn. 150.

²¹ Näher dazu unten IV.3.b).

²² BGHZ 149, 10 = NZG 2002, 38.

stützt die Haftung auf einen Missbrauch, der es den Gesellschaftern verwehrt, sich auf § 13 Abs. 2 GmbHG berufen zu können.²³ Vorliegend ist die Existenzvernichtungshaftung nach den KBV-Kriterien ein „echter“ Durchgriff²⁴ im Sinne der Aberkennung des Haftungsprivilegs.²⁵ Daher unterfällt diese Haftung – zumindest soweit man diese mit dem BGH gesellschaftsrechtlich begründet²⁶ – nach wohl h.M.²⁷ dem (englischen) Gesellschaftsstatut, so dass sie auf die *Limited* nicht anwendbar ist.²⁸

S. 86

- HFR 8/2007 S. 6 -

11 2. Die Haftung wegen Vermögensverschiebungen nach § 826 BGB

Bereits in der genannten KBV-Entscheidung hat der BGH betont, dass *neben* dem Durchgriff wegen Existenzvernichtung *auch* eine Haftung nach § 826 BGB in Betracht komme.²⁹ In der Privatkliniken-Entscheidung³⁰ hat der BGH die Haftung dann ausschließlich auf § 826 BGB gestützt.

12 a) Der Fall „Privatkliniken“

Zwei Gesellschafter (hier X und Y genannt) hatten fast das gesamte Vermögen der kurz vor der Insolvenz stehenden A-GmbH auf die ebenfalls von ihnen kontrollierte B-GmbH verschoben. Nach den vom BGH in der KBV-Entscheidung aufgestellten Kriterien liegt in dieser Vermögensverlagerung geradezu der Paradefall für einen existenzvernichtenden Eingriff. Die Besonderheit des Falls lag darin, dass der Insolvenzverwalter den Schadensersatz nicht von den Gesellschaftern X und Y, sondern von der B-GmbH, also der begünstigten Schwestergesellschaft, verlangte. Aus der Aberkennung des Haftungsprivilegs aus § 13 Abs. 2 GmbHG folgt aber unmittelbar lediglich die Haftung der Gesellschafter, nicht der Schwestergesellschaft. Daher führte hier nach Ansicht des BGH die Existenzvernichtungshaftung, wie sie in der KBV-Entscheidung entwickelt wurde, nicht zum Ziel, so dass er auf § 826 BGB zurückgegriffen hat.³¹

13 b) Konturen der deliktischen Existenzvernichtungshaftung nach § 826 BGB

Damit handelt es sich bei der Haftung nach § 826 BGB wegen Vermögensentzugs in der Krise um einen Tatbestand, der *idealerweise* zur Existenzvernichtungshaftung im engeren Sinne konkurriert.³² Der persönliche Anwendungsbereich ist – wie eben gezeigt – weiter. Es kann nicht nur auf Gesellschafter, sondern auch auf sonstige Beteiligte zugegriffen werden. Dem steht ein engerer sachlicher Anwendungsbereich gegenüber. Der Eingriff muss eine größere Intensität aufweisen. Vor allem setzt die Haftung, wie

²³ BGHZ 151, 181 = NJW 2002, 3024, 3025: „... so liegt darin, wie der Senat schon früher ausgesprochen hat (vgl. BGHZ 122, 123 - TBB), ein Mißbrauch der Rechtsform der GmbH, der zum Verlust des Haftungsprivilegs führen muß“.

²⁴ Vgl. auch K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 9 II 1. (S. 222): „Echte Durchgriffslehren“. Eine weitere Fallgruppe für einen „echten“ Durchgriff ist die vom BGH befürwortete Haftung nach § 128 HGB analog wegen Vermögensvermischung, vgl. BGH ZIP 2006, 2006, 467.

²⁵ Über diese Einordnung der Rechtsprechung besteht – bei allen Streitigkeiten um die Einzelheiten – weitgehend Einigkeit, vgl. nur Hueck/Fastrich, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 13 Rn. 17 m.w.N.; dagegen Nähe zum Deliktsrecht betonend, Emmerich, in: Scholz (Hrsg.), GmbHG, 10. Aufl. 2006, Bd. 1, § 13 Rn. 105. Zu den Einwänden gegen diese Rechtsprechung vgl. Lanzius (Fn. 4), S. 282 ff.; Rubner, DStR 2005, 1694 ff. („Rechtsfortbildung *contra legem*“).

²⁶ Zur Frage einer etwaigen Verortung der Existenzvernichtungshaftung im Insolvenzrecht siehe unten IV.6.

²⁷ So u. a. Eidenmüller (Fn. 4), § 3 Rn. 105; § 4 Rdn. 18 ff., 26; Kieiniger, ZEuP 2004, 685, 698 f.; Spindler/Berner, RIW 2004, 7, 11; i.E. auch Schön, ZHR 168 (2004), 268, 290 ff.; zur Gegenansicht vgl. Altmepfen, in: FS Röhrich 2005, S. 3, 18 ff.; Schall, ZIP 2005, 965, 971 f.; Sonnenberger/Bauer (Fn. 12), 16.

²⁸ Deren Anwendung käme ohnehin nicht ohne Rekurs auf das ausländische Gesellschaftsrecht aus. Die Existenzvernichtungshaftung wird durch eine Art Subsidiaritätsklausel eingeschränkt, wonach die Haftung nur soweit greift, wie ein Ausgleich der Vermögensnachteile durch die sonstigen Schutzinstrumente des Gesellschaftsrechts, bei der GmbH insbesondere §§ 30, 31 GmbHG, nicht möglich ist (BGHZ 151, 181 = NJW 2002, 3024, 3025; darauf weist u.a. auch Sester, ZGR 2006, S. 1, 6 hin).

²⁹ BGHZ 151, 181 = NJW 2002, 3024, 3025; vgl. auch Hueck/Fastrich (Fn. 25), § 13 Rn. 18 m.w.N.

³⁰ BGH NJW 2005, 145.

³¹ Vgl. Hueck/Fastrich (Fn. 25), § 13 Rn. 18. Da X und Y auch Geschäftsführer der B-GmbH waren, war der B-GmbH das Verhalten von X und Y nach § 31 BGB (analog) zuzurechnen.

³² BGHZ 151, 181 = NJW 2002, 3024, 3025; vgl. auch Hueck/Fastrich, ebd. m.w.N.

jeder auf § 826 BGB gestützte Anspruch, einen Schädigungsvorsatz beim Haftungsschuldner voraus. Der BGH spricht im konkreten Fall von „planmäßig Vermögen verlagern, um das Vermögen dem Haftungsfonds der Gläubiger zu entziehen“.³³

S. 87

- HFR 8/2007 S. 7 -

14 3. Die kollisionsrechtliche Einordnung der Haftung nach § 826 BGB

Zwar erlaubt auch § 826 BGB den Zugriff auf die Gesellschafter, jedoch ergibt sich daraus noch nicht ohne weiteres, dass es sich um eine echte Durchgriffshaftung handelt. Die Durchgriffshaftung im engeren Sinn ist dadurch gekennzeichnet, dass dem Gesellschafter verwehrt wird, sich auf das Haftungsprivileg zu berufen.³⁴

15 a) Notwendigkeit der Differenzierung Durchgriff / Zugriff allgemein

Der Durchgriff im engeren Sinn ist vom Zugriff allgemein durch die Gläubiger bzw. den Insolvenzverwalter zu unterscheiden. Ein solcher Zugriff kann u.a. auch daran anknüpfen, dass ein Gesellschafter gleichzeitig die Stellung eines Geschäftsführers innehat oder als faktischer Geschäftsführer³⁵ anzusehen ist. Wenn er aufgrund dieser Position haftet (etwa wegen Insolvenzverschleppung), dann wird der Haftungsschild nicht durchbohrt wie beim Durchgriff im engeren Sinn. Der Gesellschafter hat sich vielmehr aus der Deckung begeben und wird an einer Stelle getroffen, die nie von dem Schutzschild abgedeckt war. Wie die insolvenzrechtliche Einordnung der Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG zeigt, ist zwar der Durchgriff aber nicht zwingend jedwede sonstige Form des Zugriffs dem Gesellschaftsstatut zuzuordnen.³⁶ Somit ist zu untersuchen, ob bei der in der Entscheidung Privatkliniken statuierten Haftung nach § 826 BGB das Haftungsprivileg durchbrochen wird oder ob der Gesellschafter sich durch sein Verhalten in einen vom allgemeinen Deliktsrecht erfassten Bereich begeben hat, der vom Haftungsprivileg von vornherein nicht geschützt wird.

16 b) Durchgriff oder Haftung wegen Nichtbefolgung einer allgemeinen Verhaltenspflicht?

Gegen das Vorliegen eines Durchgriffs bei § 826 BGB spricht, dass auf der Rechtsfolgenfolgeenseite keine mit § 128 HGB vergleichbare akzessorische Haftung besteht³⁷, sondern eine Haftung für den Schaden, der sich daraus ergibt, dass die Gesellschaft der Erfüllung der Verbindlichkeiten nicht ordnungsgemäß nachkommt. Die Rechtsfolgen sind damit eher vergleichbar mit den allgemeinen Tatbeständen der Haftung wegen Gläubigerschädigung, insbesondere mit der eben genannten Insolvenzverschleppungshaftung und der Bankenhaftung wegen Gläubigergefährdung³⁸.

S. 88

- HFR 8/2007 S. 8 -

17 Vor allem aber zeigt die Bejahung der Haftung der Schwestergesellschaft, dass die Haftung nicht primär an die Verantwortlichkeit anknüpft, die sich aus der Stellung als Gesellschafter ergibt, sondern an die Umgehung eines ordnungsgemäßen Liquidationsverfahrens durch die Vermögensverlagerung.³⁹ Damit weist dieser Haftungstatbestand

³³ BGH NJW 2005, 145, 146; deutlich auch Goette, DStR 2005, 197, 200.

³⁴ Vgl. Siebert (Fn. 12); Hueck/Windbichler, Gesellschaftsrecht, 20. Aufl. 2003, § 36 Rn. 35; s. auch o. III.1.

³⁵ Betonung der Notwendigkeit eines „Auftretens nach außen“ für das Vorliegen eines „faktischen Geschäftsführers“ jüngst bei BGH ZIP 2005, 1550, 1551 f.; BGHZ 104, 44, 47 f.; dazu Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck (Fn. 25), § 64 Rn. 47. Daneben kommt eine Haftung auch über § 830 II BGB wegen Anstiftung oder Beihilfe, insbesondere bei Erteilung von Weisungen in Betracht, näher dazu Staudinger/Oechsler, (Bearbeitung 2003), § 826 Rn. 361 ff.

³⁶ Vgl. auch K. Schmidt (Fn. 24), § 9 IV 1; Siebert (Fn. 12), S. 23 ff. m.w.N.

³⁷ So konstruiert die wohl h.M. die Haftungsfolge des Durchgriffs nach „KBV“, vgl. u.a. Lutter/Banerja, ZGR 2003, 402, 430; Ulmer, JZ 2002, 1049, 1050; zur Gegenansicht vgl. Hueck/Fastrich (Fn. 25), § 13 Rn. 17.

³⁸ Vgl. zur Bankenhaftung Oechsler (Fn. 35), Rn. 336 ff.; Engert, Die Haftung für drittschädigende Kreditgewährung, 2005, S. 163 ff.; Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2004, S. 980 ff.

³⁹ Vgl. BGH NJW 2005, 145, 146: „Insbesondere dürfen sie nicht außerhalb eines Liquidationsverfahrens planmäßig das Vermögen einschließlich der Geschäftschancen von der alten Gesellschaft auf die neue Gesellschaft verlagern“.

sowohl hinsichtlich des Tatbestands als auch der Rechtsfolgen eine bemerkenswerte Nähe zur Bankenhaftung wegen Gläubigergefährdung auf. Der klassische Fall in diesem Bereich ist die Veranlassung einer Verzögerung der Stellung eines Insolvenzantrags.⁴⁰ Aber daneben ist auch hier die Fallgruppe der Gefährdung der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft durch Vermögensentzug bekannt. Hiernach haftet ein Gläubiger nach § 826 BGB gegenüber den übrigen Gläubigern, wenn er eine bedeutende Machtstellung inne hat und diese ausnutzt, um sich Vermögen oder Sicherheiten auf Kosten der anderen Gläubiger zu beschaffen und dadurch die Existenz des Unternehmens gefährdet.⁴¹ Wenn man „Gläubiger“ durch „Gesellschafter“ austauscht ist man fast bei der Kernaussage der Privatkliniken-Entscheidung. Letztlich unterscheidet sich lediglich die Quelle des Einflusses (Gesellschafterbefugnisse einerseits / faktische Abhängigkeit und/oder dem Darlehensgeber vertraglich eingeräumte Befugnisse⁴² andererseits). Im Kern geht es um die Sanktionierung eines allgemeinen Missbrauchsverbots, das wie folgt formuliert werden könnte: *Missbrauche Deinen Einfluss nicht dazu, Gläubiger zu schädigen, indem Du Vermögensgegenstände an Dich bringst, die Dir nach dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen (oder ökonomisch orientiert ausgedrückt: nach der den Verträgen und Rechtsordnung zugrunde liegenden Risiko-Verteilung) nicht zustehen.*⁴³

- 18 Somit spricht viel dafür, dass es sich bei einer auf § 826 BGB gestützten Existenzvernichtungshaftung um eine Ausprägung der allgemeinen Haftung wegen Gläubigergefährdung handelt. Auch wenn § 826 BGB den Haftungszugriff auf die Gesellschafter ermöglichen mag, handelt es sich um keinen *Durchgriff* im engeren Sinn oder sonstigen spezifisch gesellschaftsrechtlichen Haftungstatbestand. Daher muss unterschieden werden zwischen dem *Durchgriff* wegen Existenzvernichtung nach der KBV-Entscheidung (Existenzvernichtungshaftung im engeren Sinn, gesellschaftsrechtspezifische Haftung) und einer deliktischen Haftung wegen Vermögensverlagerungen in der Krise (deliktische Existenzvernichtungshaftung als Sanktionierung einer allgemeinen Verhaltenspflicht). Damit wird das deutsche Deliktsstatut auch nach Würdigung des materiellen Regelungsgehalts nicht durch das Gesellschaftsstatut verdrängt, so dass über Art. 40 EGBG eine auf § 826 BGB gestützte Haftung wegen Existenzvernichtung nach dem Modell der Privatkliniken-Entscheidung auch bei Auslandsgesellschaften eingreifen kann.⁴⁴

19 **IV. Vereinbarkeit der Haftung nach § 826 BGB mit der Niederlassungsfreiheit**

Spätestens seit dem Urteil des EuGH in Sachen „Inspire Art“⁴⁵ ist davon auszugehen, dass auch im Hinblick auf Auslandsgesellschaften die Niederlassungsfreiheit ein allgemeines Beschränkungsverbot im Sinne der „*Dassonville*“ bzw. „*Gebhard*“ - Formel beinhaltet.⁴⁶ Es gilt somit das Verbot der Beschränkung des "freien Marktzugangs" und das Gebot der diskriminierungsfreien Teilnahme am Wettbewerb im Bestimmungs-

⁴⁰ Vgl. Darstellungen bei *Oechsler* (Fn. 35), Rn. 351 ff.; *Engert* (Fn. 38, S. 51 ff.); *Kümpel* (Fn. 38), S. 981 ff.

⁴¹ BGH WM 1955, 402, 403; ähnl. BGH WM 1974, 99, 101; NJW 1995, 1668, NJW 1996, 1283; näher dazu *Oechsler* (Fn. 35), Rn. 337 ff.; *Engert* (Fn. 38), S. 67 ff.

⁴² Zu den Einflussmöglichkeiten aufgrund von Vertragsbedingungen in Kreditverträgen (sog. *covenants*) vgl. *Kästle*, Rechtsfragen der Verwendung von Covenants in Kreditverträgen, 2003; *Wittig*, WM 1996, 1381 ff.; vgl. auch *Klein*, Projektfinanzierung, 2004, S. 178 ff.

⁴³ Vgl. auch Ansatz von *Sester*, ZGR 2006, 2 f., 8 f., 39, wonach Anknüpfungspunkt der Haftung nach § 826 BGB wegen eines Anleger und/oder Gläubigerschädigenden Verhaltens ein evidenter, grober Verstoß gegen den Fairnessstandard sei, der sich auf Vermögensdispositionen Dritter bezieht. Daraus will *Sester* eine allgemeine, sich in Fallgruppen aufgliedernde „Evidenzhaftung“ ableiten.

⁴⁴ Deutlich auch *Goette*, DStR 2005, 190, 199: „... Gericht hatte über einen rein deutschen Fall zu befinden [den Fall „Privatkliniken“], dessen Lösung schwerlich anders ausfallen dürfte, wenn die Handelnden und Beteiligten etwa englische Limiteds sind ...“; im Ergebnis auch die bei Fn. 10 und Fn. 17 genannten Stimmen; a.A. *Eidenmüller*, NJW 2005, 1618, 1620.

⁴⁵ EuGH v. 30.9.2003 - Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155 = NJW 2003, 3334 - *Inspire Art*.

⁴⁶ Die in der *Dassonville*-Entscheidung aufgestellten Grundsätze zur Warenverkehrsfreiheit (EuGH v. 11.7.1974, Rs. 8/74, Slg. 1974, 855) hat der EuGH in *Gebhard* (EuGH v. 30.11.1995 - Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rdn. 37 = NJW 1996, 579 ff.) auf die Niederlassungsfreiheit übertragen; vgl. auch *Bröhmer*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), Komm. z. EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art 43 EGV, Rdn. 19 ff.

land.⁴⁷ Eine Schadensersatzhaftung ist geeignet die Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit weniger attraktiv zu machen. Die Anwendbarkeit nach deutschem Kollisionsrecht ändert nichts daran, dass sich die Haftung nach § 826 BGB wegen Vermögensverschiebungen in der Krise an der Niederlassungsfreiheit messen lassen muss.⁴⁸

20 1. Eingreifen von Keck?

Eben wurde dargelegt, dass die Haftung nach § 826 BGB letztlich an eine *allgemeine* Verhaltenspflicht anknüpft. Soweit diese nicht zwischen ausländischen und inländischen Gesellschaften differenziert, könnte die Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit unter Umständen aus der sogenannten *Keck-Formel* abgeleitet werden. Hiernach liegt keine unzulässige Beschränkung vor, wenn die betreffende Regelung nicht den Marktzugang, sondern ausschließlich die Art und Weise der Ausübung der Tätigkeit am Markt betrifft und nicht diskriminierend angewandt wird.⁴⁹

21 Es ist in der europarechtlichen Diskussion allerdings umstritten, ob die anhand der Warenverkehrsfreiheit entwickelte *Keck-Formel* auf die Niederlassungsfreiheit übertragbar ist.⁵⁰ Auch wenn man dies bejaht, wäre zumindest diskutabel, ob die Haftung nach § 826 BGB wirklich im Hinblick auf den Markteintritt neutral ist. Der BGH hat in der Privatkliniken-Entscheidung die Haftung gerade mit Hinweis darauf begründet, dass die Gesellschafter durch Vermögensverlagerungen die Vorgaben zur ordnungsgemäßen Liquidation der Gesellschaft nicht umgehen dürften.⁵¹ Die Liquidation ist – neben der Veräußerung des Unternehmens – ein Instrument zur Realisierung des Marktaustritts. Erschwerungen des *Marktaustritts* können ihrerseits von einem *Markteintritt* abschrecken und diesen insoweit weniger attraktiv machen.⁵² Wie Regelungen zu behandeln sind, die primär für den Marktausgang relevant sind und weder produkt- noch vertriebsbezogen wirken, harret einer näheren Untersuchung, die an dieser Stelle nicht geleistet werden kann.⁵³

S. 89

- HFR 8/2007 S. 9 -

22 2. Maßstab für die Rechtfertigung der Anwendung von § 826 BGB

Aber die angerissenen Fragen machen deutlich, dass man bei der Begründung der Vereinbarkeit der Anwendung der Haftung nach § 826 BGB auf die *Limited* sich nicht allein auf „Keck“ berufen, sondern sich auf eine Rechtfertigung nach dem sog. Vier-Kriterien Test⁵⁴ stützen sollte. Die Haftung nach § 826 BGB wegen eines existenzvernichtenden Eingriffs ist, wie eben ausgeführt, nicht diskriminierend und dient einem zwingenden Belang des Allgemeinwohls, nämlich dem Gläubigerschutz⁵⁵. Sie ist hierzu auch geeignet. Das letzte Kriterium ist die Erforderlichkeit für die Wahrung des Belangs. Diese könnte fraglich sein, wenn das auf die *Limited* anwendbare englische Recht einen aus-

⁴⁷ Kruse, Die Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EU, 1997, S. 105; Eidenmüller/Rehm, ZGR 2004, 159, 168 f.

⁴⁸ Darüber besteht weitgehend Einigkeit Lutter/Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 4a Rn. 18; Sester, ZGR 2006, 1, 34; vgl. auch Fn. 15.

⁴⁹ EuGH Slg. 1993, I-6097 = EuGH NJW 1994, 121 ff.

⁵⁰ Einige Urteile des EuGH scheinen in diese Richtung zu gehen, vgl. stellvertretend EuGH Urt. v. 15.2.1996, Rs. C-53/95 – Kemmler. In diesem Zsh. vorsichtig befürwortend Eidenmüller (Fn. 4), § 3 Rn. 14, 16; Sester, ZGR 2006, 1, 35. Zum Diskussionstand allgemein vgl. Geiger, EGV 4.Aufl. 2004, Art. 43 Rn. 16 ff.

⁵¹ S.o. III.2.

⁵² So auch Weller, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 205 f. zur Existenzvernichtungshaftung als „Marktrückzugsregel“; vgl. auch Erwägungen zur Relevanz der Vorgaben für die freiwilligen Rückzug von der Börse (Delisting) nach § 38 Abs. 4 BörsG im Hinblick auf die Grundfreiheiten bei Krolop, Der Rückzug vom organisierten Kapitalmarkt, 2005, S. 23 f., 351 ff.

⁵³ Vgl. zu dieser Problematik Fleischer, in: Lutter (Fn. 4), S. 98 f.; Mülbart ZHR 159 (1995), 2, 18; Weller, ebd., Krolop ebd.

⁵⁴ Entwickelt in *Cassis de Dijon* (EuGH v. 20.2.1979, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649, Rn. 14 und 8), übertragen auf die Niederlassungsfreiheit durch Krauss (EuGH v. 31.3.1993 - Rs. C-19/92, Slg. 1993, I-1663, Rn. 32) und Gebhard (EuGH v. 30.11.1995 - Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37); vgl. auch Fleischer, ebd.

⁵⁵ Zum Gläubigerschutz und der Lauterkeit des Handelsverkehrs als zwingende Belange des Allgemeinwohls vgl. EuGH (Fn. 1), Rz. 92 – *Überseering*; EuGH (Fn. 7), Rz. 136, 140 – *Inspire Art*.

reichenden Schutz gewährleistet.

23 **3. Der durch das englische Recht gewährleistete Gläubigerschutz**

Auch im englischen Recht ist zwischen dem Durchgriff im engeren Sinn (*Piercing the Corporate Veil*) und der Haftung der Gesellschafter allgemein zu differenzieren.

24 **a) Durchgriff im engeren Sinn - *Piercing the Corporate Veil***

Hinsichtlich eines Durchgriffs im engeren Sinne ist das englische Recht tendenziell noch restriktiver als das deutsche Recht.⁵⁶ Man kann hier vor allem zwei Fallgruppen unterscheiden. Bei der ersten Fallgruppe *Agency relationship* wird der Durchgriff über das Vertretungsrecht konstruiert: Wenn die Gesellschaft kein eigenständiges Unternehmen betreibt, sondern ausschließlich das Geschäft der Muttergesellschaft, dann handele sie nicht als eigenständiges Rechtssubjekt, sondern als Vertreter.⁵⁷ Diese Fallgruppe ist eher vergleichbar mit einem unter den Stichwörtern „Sphärenvermischung“ und „Konzernvertrauenshaftung“ diskutierten Haftungstatbestand. Dieser knüpft an ein Auftreten im Rechtsverkehr nach außen an: Die Trennung zwischen Gesellschafter und dem von ihm vertretenen Rechtssubjekten, wird nicht hinreichend deutlich, so dass sie als eine Einheit erscheinen. Hierbei geht es primär um das Setzen eines Rechtsscheins⁵⁸. Dies hat aber mit internen Vermögensverschiebungen in der Krise, um die es hier geht, wenig zu tun, so dass die Fallgruppe der Existenzgefährdung hierdurch nicht erfasst wird.

S. 90

- HFR 8/2007 S. 10 -

25 Nach der zweiten Fallgruppe „mere façade concealing the true facts“ kommt ein Durchgriff ausnahmsweise in Betracht, wenn besondere Indizien dafür vorliegen, dass die Gesellschaft eine bloße Fassade ist, welche die wahren Tatsachen verschleiern soll.⁵⁹ Unterkapitalisierung und Vermögensverschiebungen können hier Indizien sein, reichen aber allein nicht aus. Es muss ein betrügerisches Element hinzutreten, das auf die Täuschung des Rechtsverkehrs zielt (insbesondere über die Identität der hinter der Tätigkeit der Gesellschaft stehenden Personen).⁶⁰ Eine mit der Existenzvernichtungshaftung vergleichbare Fallgruppe kennt das englische Gesellschaftsrecht somit nicht. Das im Zusammenhang mit gläubigerschädigenden Handlungen in der Krise bedeutsamste Institut ist nicht der Durchgriff im engeren Sinne, sondern die *wrongful trading*-Haftung.⁶¹

26 **b) Haftung des (*shadow*) director für *wrongful trading***

Section 214 Insolvency Act 1986 statuiert eine Haftung der Geschäftsführer (directors), falls diese die Geschäfte der Gesellschaft zu einem Zeitpunkt weiterführen, in dem sie wußten oder hätten wissen müssen, dass die später eingetretene Insolvenz der Gesellschaft nicht zu vermeiden sein würde.⁶²

⁵⁶ Basis ist die sog. *salomon doctrine* (Salomon v. Salomon & Co. Limited [1897] A.C. 22, H.L.), wonach die Eigenständigkeit der Rechtspersönlichkeit und die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen grundsätzlich strikt zu respektieren ist, vgl. *Gower/Davies*, aaO (Fn. 12), S. 176 ff., 189: „The doctrine of lifting the veil plays a small role in British company law.“; vgl. auch *Hannigan* (Fn. 12); *Schall*, ZIP 2005, 965, 966.

⁵⁷ *Hannigan*, ebd.

⁵⁸ Vgl. zum Ganzen *Hueck/Fastrich* (Fn. 25), § 13 Rn. 15 m.w.N.; Der Gedanke der „Konzernvertrauenshaftung“ hat durch die *Swiss Air*-Entscheidung des Schweizer Bundesgerichts in Deutschland an Aktualität gewonnen. Insgesamt stößt er aber auf Zurückhaltung, vgl. dazu *Broichmann/Bumeister*, NZG 2006, S. 687 ff.; *Fleischer*, NZG 1999, S. 685; monographisch *Rieckers*, „Konzernvertrauen“ und Konzernrecht, 2004.

⁵⁹ Aus der jüngeren Rspr. vgl. *Adams and others v. Cvape Industries Plc. And another* [1990 BCLC 479, 519]: „it is appropriate to pierce the corporate veil only where special circumstances exist indicating that it is a mere façade concealing the true facts“. Sog. „façade-test“ *Hannigan* (Fn. 12), S. 69 ff. m.w.N.

⁶⁰ *Hannigan* (Fn. 12), S. 70 ff.; *Gower/Davies* (Fn. 12), S. 185 f.

⁶¹ *Rehm* in Eidenmüller (Fn. 4), § 10 Rn. 69.

⁶² Wortlaut in Anhang 1; näher dazu *Hannigan* (Fn. 12), S. 844 f.; *Habersack/Verse*, ZHR 168 (2004), 174, 182 ff.; *Gower/Davies* (Fn. 12), S. 196 ff.

27 **aa) Skizzierung des Tatbestands**

Dies ist zunächst funktional eher das englische Pendant zur deutschen Haftung wegen Insolvenzverschleppung als zur Durchgriffshaftung im engeren Sinn. Das *wrongful trading* weist aber eine gewisse Nähe zur Existenzvernichtungshaftung der Gesellschafter auf: Sie knüpft nicht an einen formal definierten Insolvenzgrund (vgl. §§ 17, 19 InsO) an, sondern stellt auf die Absehbarkeit der Insolvenz ab, und greift so in einer Phase ein, in welcher auch die Existenzvernichtungshaftung⁶³ typischerweise relevant wird. Vor allem sind nicht nur die Geschäftsführer der Gesellschaft erfasst. Jede Person, nach deren Anweisungen sich die Geschäftsführer gewöhnlicher Weise zu richten pflegen, haften als *shadow director* wie ein Geschäftsführer.⁶⁴ Eine Haftung der Gesellschafter kommt damit - anders als nach der deutschen Insolvenzverschleppungshaftung - nicht nur in Betracht, wenn sie als tatsächlicher oder faktischer Geschäftsführer nach außen erkennbar agieren, sondern bereits dann, wenn sie Mehrheitsgesellschafter sind und von ihren Einflussmöglichkeiten Gebrauch machend nur im Innenverhältnis (im „Schatten“ der Geschäftsführer) die Geschicke der Gesellschaft beeinflussen.⁶⁵

S. 91

- HFR 8/2007 S. 11 -

28 **bb) Systematische Einordnung und Qualifikation**

Vorliegend erfasst das *wrongful trading* auch die Haftung von Gesellschaftern, die einen bestimmenden Einfluss auf die Gesellschaft ausüben. Damit würde sie auch die hier in Rede stehende Fallgruppe der deliktischen Existenzvernichtung erfassen, und könnte so die Anwendung einer auf § 826 BGB gestützten Existenzvernichtungshaftung auf die in Deutschland aktive *Limited* entbehrlich machen. Das *wrongful trading* ist aber im englischen Insolvenzrecht geregelt. Für das Insolvenzrecht gilt gemäß Art. 4 Abs. 1 EuInsO⁶⁶ die *lex fori concursus*, und damit das Recht des Staates, in dem das Insolvenzverfahren eröffnet wird. Gemäß Art. 3 Abs. 1 EuInsVO ist das Verfahren in dem Staat zu eröffnen, in dem der Mittelpunkt der wirtschaftlichen Interessen (hierfür bürgert sich zunehmend die Abkürzung COMI⁶⁷ ein) des Schuldners liegt. Bei der ausschließlich in Deutschland aktiven *Limited* folgt daraus, dass das deutsche Insolvenzrecht maßgeblich ist. Damit käme Haftung wegen *wrongful trading* bei einer insolvenzrechtlichen Qualifikation gar nicht zum Zug.⁶⁸ Somit ergäbe sich eine Anwendbarkeit des *wrongful trading* nur, wenn man es trotz des formalen Standorts im Insolvenzrecht, als gesellschaftsrechtliche Regelung qualifizierte.⁶⁹ Eine denkbare Begründung wäre die Erwägung, dass die Haftung als *shadow director* letztlich ein Anwendungsfall des „piercing the veil“⁷⁰ und damit eine Frage der Durchgriffshaftung sei, die Gegenstand des Gesellschaftsrechts ist.

29 Oben unter III. 3. a) wurde aber begründet, dass zwischen Haftungsdurchgriff im engeren Sinne und dem haftungsrechtlichen Zugriff auf den Gesellschafter zu differenzieren ist. Bereits die nähere Betrachtung der Rechtsfolge des *wrongful trading* spricht

⁶³ Die Auffassung, wonach auch Gesellschafter die maßgebenden Einfluss auf die Gesellschaft ausüben, nach §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. 64 Abs. 1 GmbHG haften sollen (vgl. Roth, GmbHR 1985, 137 ff.; K. Schmidt, JZ 1978, 661, 665 f.), hat sich nicht durchgesetzt. Zur ganz h.M. s. o. Fn. 35. Allerdings kann, insbesondere wenn im Einzelfall eine konkrete Weisung des Gesellschafters i.S.v. § 37 GmbHG nachgewiesen werden kann, über § 830 II BGB eine Haftung wegen Anstiftung oder Beihilfe in Betracht kommen (vgl. Oechsler [Fn. 38], Rn. 361 ff. m.w.N.).

⁶⁴ Vgl. section 251 Companies Act 2006. Näher dazu Gower/Davies, ebd.; Nachweise zur Common Law-Rspr. bei Habersack/Verse, ZHR 168 (2004), 174, 189 ff und Schall, ZIP 2005, 965, 968.

⁶⁵ Zum shadow director vgl. Gower/Davies, aaO (Fn. 12), S. 197; Habersack/Verse, ZHR 168 (2004), 174, 188 f.; monographisch aus rechtsvergleichender Sicht Schutheiss, Die Haftung des „shadow director“ einer englischen Kapitalgesellschaft, 2000.

⁶⁶ Verordnung Nr. 1346/2000 über das Insolvenzverfahren v. 29.5.2000, ABl. 2000 Nr. L 160/1. Wortlaut in Anhang 2.

⁶⁷ Centre of main interests, vgl. vHase, BB 2006, 2141, 2142.

⁶⁸ Vgl. Eidenmüller, NJW 2005, 1618, 1620; Schall, ZIP 2005, 965, 972 f.

⁶⁹ So u.a. Mock/Schildt, in: Hirte/Brücker (Fn. 4), § 16 Rn. 35 ff.; Lanzius (Fn. 4), S. 243 ff.; Berner/Klöhn, ZIP 2006, 106, 111 ff.

⁷⁰ Vgl. Davies (Fn. 12), S. 196 ff.; Hirte, ECFR 2004, 71; Schall, ZIP 2005, 965, 967.

dafür, dieses Institut der zweiten Kategorie zuzuordnen: die Gesellschafter haften hier nach nicht unmittelbar für die Verbindlichkeiten. Der Richter ordnet eine ihm angemessene erscheinende Zahlung an die Insolvenzmasse an.⁷¹ Ferner werden als typische Beispiele für *shadow directors* nicht nur (Mehrheits-)gesellschafter, sondern auch Banken und damit gesellschaftsfremde Dritte als Haftungsschuldner genannt.⁷² Damit stellt die Haftung des *shadow director* lediglich eine Erweiterung der einem Geschäftsführer bei Absehbarkeit der Insolvenz obliegenden Verhaltenspflichten auf weitere Personen dar.⁷³

S. 92

- HFR 8/2007 S. 12 -

- 30 Damit bleibt es dabei: Das *wrongful trading* ist keine Durchgriffshaftung im engeren Sinn, sondern das funktionelle Pendant zur deutschen Insolvenzverschleppungshaftung. Beide Institute sollten einheitlich qualifiziert werden. Es ist nämlich nicht wünschenswert, dass beide Institute zur Anwendung gelangen (Doppelregulierung), oder gar keines der beiden (sog. Normenmangel).⁷⁴ Deshalb sollte man nur dann zur Anwendung des *wrongful trading* kommen, wenn man auch die deutsche Insolvenzverschleppungshaftung gesellschaftsrechtlich qualifizierte. Diese Frage ist stark umstritten, wobei die wohl h.M. eine insolvenzrechtliche Qualifikation befürwortet.⁷⁵ Sie beruft sich u.a. auch auf eine Entscheidung des EuGH vom 22.2.1979⁷⁶, in welcher er eine Entscheidung eines französischen Gerichts zur „*action en complement du passif*“ (gewissermaßen das französische Pendant zum *wrongful trading*)⁷⁷ nicht dem Handels- und Gesellschaftsrecht, sondern dem Insolvenzrecht zugeordnet hatte.
- 31 Die dogmatischen Argumente können und sollen hier nicht im Einzelnen aufgerollt werden. Meines Erachtens ist die dahinter stehende Kernfrage, ob die Haftung wegen Insolvenzverschleppung fest mit dem Gesellschaftsstatut oder fest mit dem Insolvenzstatut verknüpft werden soll. Aus meiner Sicht spricht viel für Letzteres. Man sollte sich vor allem davor hüten, die Insolvenzverschleppungshaftung ergebnisorientiert nur deshalb als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren, um Raum für die Anwendung des vermeintlich schneidigen *wrongful trading* zu schaffen. Zum einen ist dann die Anwendung der Insolvenzverschleppungshaftung auf in Deutschland aktive Auslandsgesellschaften generell gesperrt und kommt daher auch dann nicht zum Zug, wenn die von der jeweiligen ausländischen Rechtsordnung vorgesehene Haftung hinter dem deutschen Standard zurückbleibt. Zum anderen sind das Insolvenzverfahren und die Frage, wann die Abwicklung der Gesellschaft betrieben werden muss sehr eng miteinander verzahnt. Daher drohen Instrumente zur Sicherung der Insolvenzmasse, wie die Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff. InsO) ins Leere zu gehen, wenn sich die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags (an deren Verletzung die Haftung anknüpft) nach einer anderen Rechtsordnung richtete als das Insolvenzverfahren.
- 32 Damit ist in Einklang mit der h.M. davon auszugehen, dass die Haftung wegen *wrongful trading* wie auch die Insolvenzverschleppungshaftung insolvenzrechtlich zu qualifizieren

⁷¹ Vgl. o. Fn. 63.; ähnl. auch Schall ZIP 2005, 965, 968.

⁷² Habersack/Verse, ZHR 168 (2004), 174, 195; Hannigan (Fn. 12), S. 205 f.; Schneider, ZVglRWiss 102 (2003), 387, 407 ff.

⁷³ In der jüngeren englischen Lehrbuchliteratur wird diese Differenzierung zunehmend deutlich herausgestellt, vgl. Gower/Davies (Fn. 12). Die Haftung wird hier nicht unter der Überschrift „Lifting the Veil“ (S. 181 ff.), sondern dem Titel „Statutory Exceptions to limited liability“ behandelt; noch deutlicher ist die Trennung bei Hannigan (Fn. 12), vgl. S. 63 ff. einerseits und 844 ff. andererseits.

⁷⁴ Dazu näher Windbichler/Krolop (Fn. 15), § 19 Rn. 73.

⁷⁵ Vgl. LG Kiel v. 20.4.2006, GmbHR 2006, 710, 711; zur h.M. im Schrifttum s.o. Fn. 19. Zur Gegenansicht Fn. 18, vgl. auch Fn. 64. Zur Diskussion aus methodischer Sicht, Windbichler/Krolop (Fn. 15), § 19 Rn. 71 ff.

⁷⁶ EuGH Urt. v. 22.2.1979 – Rs. 133/78, Gourdain Nadler, NJW 1979, 1771. Diese Entscheidung erging auf der Grundlage eines Vorlagebeschlusses des BGH (Beschl. v. 22.5.1978, NJW 1978, 1768). Näher dazu Fleischer, in Lutter (Fn. 4), S. 113; Kienler (Fn. 4), Rn. 192.

⁷⁷ Gemäß Art. L 624-3 Code de Commerce, kann dem Geschäftsführer („dirigeant“) Verbindlichkeiten auferlegt werden, wenn diesem ein Fehlverhalten („faute de gestion“) in der Krise nachzuweisen ist und die Gläubiger in der Folge einen Ausfallschaden erlitten haben, dazu näher H.P. Westermann (Fn. 20), Rn. 166; Lacrone, GmbHR 2006, 794 ff.; Jaquemont, Droit des entreprises en difficulté, 3. Aufl. 2003, Rn. 862 ff.; Paulus, ZIP 2002, 729, 734.

ist. (Dies liegt wohl auch auf einer Linie mit der in England herrschenden Sichtweise.⁷⁸ Auch nach der zum 1.1.2007 in Kraft getretene „Company Law Reform Bill“⁷⁹ ist das *wrongful trading* unverändert im Insolvenzrecht geregelt.) Bei der ausschließlich in Deutschland aktiven *Limited* folgt daraus, dass das deutsche Insolvenzrecht maßgeblich ist. Damit kommt die Haftung wegen *wrongful trading* gar nicht zum Zug. Maßgeblich ist vielmehr die weniger weit reichende Insolvenzverschleppungshaftung nach deutschem Recht.

S. 93

- HFR 8/2007 S. 13 -

33 c) Das Institut der " *directors duties for the benefit of creditors* "

Nach diesem im Common Law von der Rechtsprechung entwickelten Institut unterliegen die Geschäftsführer der Pflicht, bei absehbarer Insolvenz ihr Handeln an den Interessen der Gläubiger auszurichten. Bei Verletzung dieser Pflicht trifft sie eine Haftung gegenüber der Gesellschaft.⁸⁰ Im Gegensatz zum *wrongful trading* wird diese Haftung verbreitet dem Gesellschaftsstatut zugeordnet⁸¹, so dass es grundsätzlich auch auf die in Deutschland aktiv *Limited* anwendbar ist. Dennoch ist dieses Institut nicht geeignet, die fehlende Anwendbarkeit des *wrongful trading* vollständig zu kompensieren. Abgesehen davon, dass die Durchsetzung der Haftung als schwierig eingeschätzt wird⁸², fehlt vor allem eine mit der Regelung zum *shadow director* vergleichbare Erstreckung der Haftung auf die Gesellschafter.⁸³ Schließlich ist fraglich, inwieweit diese *Common Law*-Rechtsprechung Bestand haben wird. Im neuen Companies Act 2006 wurden die Pflichten der *directors* umfassend kodifiziert, ohne dass die *directors duties for the benefit of creditors* berücksichtigt wurden. Section 171 Abs. 1 betont die Verpflichtung auf das Gesellschaftsinteresse als Wohl der Gesamtheit der Gesellschafter.⁸⁴

34 4. Zwischenfazit und Folgerungen

Die uneingeschränkte Übertragung der für die Durchgriffshaftung im engeren Sinne diskutierte Fallgruppe Existenzvernichtung auf die *Limited* stellt eine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar.

35 Die Haftung aus § 826 BGB wegen Vermögensverschiebungen in der Krise ist aber keine Durchgriffshaftung im engeren Sinne. Dennoch kann Sie nicht ohne weiteres auf die in Deutschland aktive *Limited* angewendet werden. Da die Anerkennung der ausländischen Teilrechtsordnung „Gesellschaftsrecht“ als gleichwertig ein Gebot der Niederlassungsfreiheit darstellt, muss die Anwendung von Tatbeständen der Gesellschafter und/oder Geschäftsführerhaftung unabhängig von ihrer kollisionsrechtlichen Einordnung in Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt werden. Sofern nicht ein Fall des Missbrauchs von Gemeinschaftsrecht vorliegt (dazu sogleich bei 5.), muss die Erforderlichkeit für die Wahrung eines zwingenden Belangs des Allgemeinwohls dargelegt werden. Die Vermeidung einer Aufdoppelung von Instituten, insbesondere von Haftungsnormen ist damit nicht nur sachgerecht, sondern europarechtlich geboten. Das *petitum* der modernen IPR-Wissenschaft, zur Vermeidung von Doppelregelungen und negativen Kompetenzkonflikten bei der kollisionsrechtlichen Qualifikation die Rechtsfolgen zu berücksichtigen⁸⁵ erhält damit eine europarechtliche Dimension. So-

⁷⁸ Vgl. Höfling, Das englische internationale Gesellschaftsrecht, 2002, S. 218 ff. m.w.N.; Borges, ZIP 2004, 733, 739; Kienle (Fn. 4), Rn. 191; Schall, ZIP 2005, 965, 972 f.

⁷⁹ Dazu Jänig, RIW 2006, 270 ff.

⁸⁰ Hannigan, (Fn. 12), S. 204 f.; Habersack/Verse ZHR 168 (2004), 174, 199; Schall, ZIP 2005, 965, 973.

⁸¹ Vgl. Höfling (Fn. 78), S. 138.

⁸² Habersack/Verse, ZHR 168 (2004), 174, 201.

⁸³ Vgl. Hannigan (Fn. 12), S. 205 f.

⁸⁴ Dazu näher Jänig, RIW 2006, 270, 272. Anknüpfungspunkt könnte allenfalls die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Geschäftsbeziehungen zu Zulieferern und Kunden sein (section 171 lit c)).

⁸⁵ Teilweise wird daher auch von einer funktionell-teleologischen Qualifikation gesprochen, vgl. Kegel/Schurig (Fn. 16), S. 338 ff.; Kropholler, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 2004, S.125 ff.

lange das IPR des Gesellschaftsrechts nicht gesetzlich geregelt ist⁸⁶, wird dem Rechtsanwender daher bei jeder einzelnen Frage hinsichtlich der Qualifikation einer auf der Grenze zwischen Gesellschaftsrecht und einem „benachbarten“ Statut liegenden Norm eine funktionell-rechtsvergleichende Würdigung abverlangt.

S. 94

- HFR 8/2007 S. 14 -

36 Diese hat folgendes Bild ergeben: Das englische Modell verzichtet auf ein Mindesthaftkapital und handhabt auch den Durchgriff sehr restriktiv. Die Problematik des die Existenz des Unternehmens bedrohenden Vermögensentzugs wird primär auf der insolvenzrechtlichen Ebene über die *wrongful trading*- Haftung realisiert. In dieses System, das im Übrigen auch in Großbritannien nicht als perfekt angesehen wird, wie die Diskussion um die „Company Law Reform Bill“ zeigt⁸⁷, kommt ein Bruch, wenn die *Limited* nahezu ausschließlich in Deutschland aktiv ist. Dann nämlich kommt in Anwendung des Kollisionsrechts anstatt der *wrongful trading* Haftung die deutsche Insolvenzverschleppungshaftung sowie die Tatbestände der Insolvenzanfechtung zur Anwendung⁸⁸, die kein gleichwertiger Ersatz sind. Der nach deutschem Recht mögliche Durchgriff wegen Existenzvernichtung wird wiederum durch das englische Gesellschaftsstatut verdrängt. Aus dieser Friktion im Gläubigerschutzsystem bei der in Deutschland aktiven *Limited*⁸⁹ folgt die Erforderlichkeit der Anwendung des § 826 BGB zur Wahrung des Gläubigerschutzes als zwingender Belang des Allgemeinwohls.

37 5. Die immanente Schranke der Niederlassungsfreiheit: Missbrauch

Wenn die Haftung aus dem Deliktsrecht abgeleitet wird, ist ein weiterer Ansatzpunkt ins Auge zu fassen: Der EuGH hat gerade auch in seinen Urteilen zur Anerkennung von Auslandsgesellschaften betont, dass „die missbräuchliche oder betrügerische Berufung“ auf Gemeinschaftsrecht nicht gestattet sei. Die Mitgliedsstaaten hätten ein schutzwürdiges Interesse, einen Missbrauch der Grundfreiheiten bzw. des sekundären Gemeinschaftsrechts zu verhindern.⁹⁰ Dieses steht jedoch in einem Spannungsverhältnis zum *effet utile*: Die optimale Entfaltung der Wirksamkeit der Normen des Gemeinschaftsrechts ist nämlich gefährdet, wenn Mitgliedsstaaten mit Hilfe „ihrer“ Umgehungsnormen eine Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern vom eigenen Markt fernhalten. Daher ist insbesondere das Vermeiden von Schutzstandards des nationalen Rechts allein noch kein Missbrauch.⁹¹ In dem Bestreben den Missbrauchsvorwurf nur ausnahmsweise durchgreifen zu lassen, verlangt der EuGH eine subjektive Komponente, nämlich dass die fragliche Gestaltung *im Einzelfall* auf das Verschaffen von Rechtspositionen, die nicht vom Zweck des Gemeinschaftsrechts gedeckt sind, *gerichtet* ist.⁹² In den Kategorien der deutschen Missbrauchsdogmatik muss ein Fall des individuellen Missbrauchs vorliegen⁹³, wie etwa bei der missbräuchlich erhobenen Anfechtungsklage im Aktienrecht⁹⁴.

⁸⁶ Vgl. Vorschlag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht für eine Regelung des Internationalen Gesellschaftsrechts auf europäischer/nationaler Ebene (Fn. 12), 16. Eine gesetzliche Lösung für die hier besprochene Problematik der Haftung nach § 826 BGB sieht auch dieser Vorschlag nicht vor.

⁸⁷ Siehe Fn. 79. Zur Reformdiskussion vgl. *Micheler/M Litt*, ZGR 2004, 324 ff.; *Hirte*, ECFR 2004, 71, 102 ff.; 116 ff.; *Rickford*, ECFR 2005, 63 ff.

⁸⁸ Vgl. §§ 129 ff. InsO. Zur stark umstrittenen Frage der Anwendbarkeit von § 135 InsO i.V.m. § 32a GmbHG vgl. *Huber*, in: Lutter (Fn. 4), S. 131 ff., 159, 160 ff (befürwortend) m.w.N. zum Meinungsstand.

⁸⁹ Vgl. *Schön*, ZHR 168 (2004), 268, 291: „inländische Gläubiger sitzen kollisionsrechtlich zwischen allen Stühlen“; ähnl. auch *Fleischer* (Fn. 4), S. 125.

⁹⁰ EuGH weist in *Centros* (EuGH Rs. C-212/97 Slg. 1999, I-1459, 1493 Rz. 25) darauf hin, dass „Behörden der Mitgliedsstaaten (...) alle geeigneten Maßnahmen treffen können, um Betrugereien zu verhindern oder zu verfolgen.“; vgl. auch *Inspire Art* (Fn. 7), Rz. 95, 136.

⁹¹ Vgl. *Schön*, in: FS Wiedemann 2002, S. 1271, 1279. In der Sache *Paletta II* (EuGH Slg.1996, I-2357, 2391, Rz. 25) betont der EuGH, dass bei Würdigung des missbräuchlichen Verhaltens die Ziele des einschlägigen Gemeinschaftsrechts zu beachten sind.

⁹² Grundlegend EuGH Rs. 33/74 Slg.1974, 1299 ff - *van Binsbergen*; dazu allgemein *Randelzhofer/Forsthoff* (Fn. 92), Art. 48 Rn. 55.; *Schön* (Fn. 91), S. 1284 f.; zur Problematik der *Limited* u.a. *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 179; *Forsthoff/Schulz*, in: *Hirte/Bücker* (Fn. 4), § 15 Rn. 57 ff.

⁹³ *Schön* (Fn. 91), S. 1279.

38 Die Haftung nach § 826 BGB, wie auch eine deliktische Haftung, die über § 823 Abs. 2 BGB aus allgemeinen Straftatbeständen (insbesondere §§ 263, 266 StBG⁹⁵) abgeleitet wird, dürfte häufig diese Voraussetzungen erfüllen.⁹⁶ Diese Tatbestände setzen einen Schädigungsvorsatz und eine konkrete Schädigung voraus. Daher erscheint grundsätzlich gewährleistet, dass hier eine Missbrauchsbekämpfung im Einzelfall stattfindet und keine – wie man aus europarechtlicher Sicht argwöhnen könnte – Instrumentalisierung allgemeiner nationaler Rechtsvorschriften zur Erschwerung des Marktzugangs und/oder des Agieren auf dem Markt für Unternehmen in der Rechtsform der englischen *Limited* (zu dieser Abgrenzung sogleich näher unten bei V.3, VI.2.).

39 **6. Exkurs: Verortung der Existenzvernichtungshaftung im Insolvenzrecht?**

Eine Auffassung befürwortet eine weite Auslegung des (deutschen) Insolvenzstatuts. Sie weist – soweit zutreffend – darauf hin, dass die Existenzvernichtungshaftung primär Vermögensverschiebungen in der Krise betreffe und letztlich auf die Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Liquidationsverfahrens ziele, so dass sie vor allem der Sicherung der den Gläubigern zur Verfügung stehende Haftungsmasse diene. Dies sei ein typischer Regelungsgegenstand des Insolvenzrechts und daher sei die *gesamte* Existenzvernichtungshaftung vom Insolvenzstatut erfasst.⁹⁷ Hiernach käme man über das Insolvenzstatut zur Anwendbarkeit der Existenzvernichtungshaftung auf die *Limited*. Diese Auffassung fügt sich gut in das zunehmend erhobene *petitum* ein, den Gläubigerschutz allgemein in das Insolvenzrecht zu verlagern.⁹⁸

40 Dieser Ansatz ist aber kaum vereinbar mit der derzeitigen Rechtsprechung des BGH, der die Durchgriffshaftung wegen Existenzvernichtung gesellschaftsrechtlich begründet hat.⁹⁹ Auch setzt die Existenzvernichtungshaftung eine Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nicht voraus.¹⁰⁰ Ferner gilt auch hier, dass man durch die „Verschiebung“ in das Insolvenzrecht die Existenzvernichtungshaftung nicht der Notwendigkeit der Rechtfertigung im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit entziehen kann.¹⁰¹ Deshalb ist in europarechtlicher Hinsicht hierdurch nichts gewonnen. Im Gegenteil: Ein besonderes Problem ergibt sich daraus, dass der BGH in der KBV-Entscheidung den Durchgriff wegen Existenzvernichtung mit einem „Missbrauch“ begründet.¹⁰² Wenn sich ein Gesellschafter auf die Haftungsbeschränkung bei einer im Ausland gegründeten Gesellschaft beruft, dann macht er von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch. Dies bedeutet, dass, wenn man wegen eines Missbrauchs dem Gesellschafter den Schutz der Haftungsbe-

⁹⁴ Zum deutschen Recht siehe nur Hüffer, AktG, 7. Aufl. 2006, § 245 Rn. 22 ff. m.w.N.; vgl. auch Rechtsprechung des EuGH zur missbräuchlichen Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses über den Ausschluss des nach Art. 25 Abs. 1 der Kapitalrichtlinie (Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates v. 13.12.1976 auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts, Abl. 1977 Nr. L 26/1) gewährleistenden Bezugsrechts vgl. EuGH Slg. 1998, I-15131, 1532 f, Rz. 20 ff. – *Kefalas*; näher dazu *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2006, § 6 Rn. 60.

⁹⁵ Vgl. zu § 266 StGB BGHZ 149, 10 = NZG 2002, 38 (Bremer Vulkan); zu § 263 StGB LG Kiel Urt. v. 20.4.2006, GmbHR 2006, 710: Haftung des Geschäftsführers einer *Limited* wegen Eingehungsbetrugs, wenn er in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit der *Limited* Verbindlichkeiten eingeht.

⁹⁶ So im Ergebnis auch *Forsthoff/Schulz*, in: Hirte/Bücker (Fn. 4), § 15 Rn. 59, 60 m.w.N.

⁹⁷ *Weller*, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 262 ff.; *ders.* IPrax 2003, 207 ff.; in diese Richtung auch *Lutter/Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG 16. Aufl. 2004, § 4a Rn. 17; *Roth*, NZG 2003, 1081, 1085; *Zimmer*, NJW 2003, 3584, 3586.

⁹⁸ Vgl. stellvertretend *Fischer*, ZIP 2004, 1477 ff, zu den skeptischen Stimmen vgl. *K. Schmidt*, ZHR 168 (2004), 493, 499 ff.; *Priester*, in: R. Schröder (Hrsg.), Die GmbH im europäischen Vergleich, 2005, S. 161, 170 f.; Dazu passt auch, dass der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG, v. 29.5.2006, im Internet unter <http://www.jura.uni-augsburg.de/Prof. Moellers/ Materialien/Gesellschaftsrecht/MoMiG/Entstehungsgeschichte>) die Verlagerung des Eigenkapitalersatzrechts in das Insolvenzrecht vorsieht, dazu näher *Seibert*, ZIP 2006, 1157 ff.; *K. Schmidt*, ZIP 2006, 1925 ff.; *Thiessen*, ZIP 2007, 253 ff.

⁹⁹ *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1207. Näher dazu oben sub III.1.,4.

¹⁰⁰ *Schön*, ZHR 168 (2004), 268, 292.

¹⁰¹ *Hueck/Fastrich* (Fn. 25), § 13 Rdn. 13; *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 182; *Meilicke* GmbHR 2003, 1271, 1272, vgl. auch oben sub III.3.

¹⁰² Siehe oben sub III.1.; vgl. auch *Hueck/Fastrich* (Fn. 25), 13 Rn. 17.

schränkung entzieht, man diese letztlich wegen eines Missbrauchs der Ausübung der Grundfreiheit verwehrt. Damit ist hier der Missbrauch der maßgebliche Gesichtspunkt. Soweit eine nationale Regelung auf den Missbrauch abstellt, kann nicht primär der Vier-Kriterien-Test für die Vereinbarkeit der Niederlassungsfreiheit maßgeblich sein. In dieser speziellen Konstellation müssen vielmehr die eben geschilderten Vorgaben des EuGH für die Grenzen der Zulässigkeit der Bekämpfung eines Missbrauchs der Grundfreiheiten beachtet werden.¹⁰³

S. 96

- HFR 8/2007 S. 16 -

41 Die Durchgriffshaftung wegen Existenzvernichtung ist aber ein Fall des sog. institutionellen Rechtsmissbrauchs. Dieser ist dadurch gekennzeichnet, dass die Berufung auf eine Norm (hier § 13 Abs. 2 GmbHG) im Widerspruch zu derer inneren Teleologie steht. Es geht also um eine Art anhand von objektiven Kriterien zu beurteilende „Zweckentfremdung“, die gerade unabhängig von einer konkreten Missbrauchsabsicht des Betreffenden ist.¹⁰⁴ Der institutionelle Missbrauch, der im Übrigen in vielen Mitgliedstaaten unbekannt ist¹⁰⁵, trägt eine Tendenz zur Generalisierung in sich. Daher genügt ein Missbrauchsvorwurf, der allein aus einer objektiven Zweckentfremdung von § 13 Abs. 2 GmbHG abgeleitet wird, grundsätzlich nicht für einen *konkreten* Missbrauch der Grundfreiheiten wie ihn der EuGH im Auge hat. Deshalb ist die Anwendung einer insolvenzrechtlich begründeten Existenzvernichtungshaftung im Sinne der Versagung des Haftungsprivilegs bei der *Limited* in Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit nicht weniger problematisch als wenn die Haftung gesellschaftsrechtlich begründet wird. Daher macht auch der insolvenzrechtliche Ansatz den Rückgriff auf § 826 BGB nicht entbehrlich.

42 **V. Wachsende Bedeutung der deliktischen Haftungsspur im Gesellschaftsrecht**

1. Bedeutung des § 826 BGB aus der Perspektive des deutschen IPR

Wie die Untersuchung gezeigt hat ist es weder aus der Sicht des Kollisionsrechts, noch des Europarechts, empfehlenswert, den Durchgriff wegen Existenzvernichtung und die deliktische Haftung in ein Institut zu integrieren. Vielmehr ist bei der Gesellschafterhaftung der in Deutschland aktiven *Limited* wie folgt abzuschichten: Der Haftungsdurchgriff im engeren Sinne nach dem Modell der KBV-Entscheidung (rechtsformspezifisch, gesellschaftsrechtlich begründete Haftung, objektive Zweckentfremdung) einerseits und der Haftungszugriff wegen sittenwidrigen Verhaltens (rechtsformübergreifend, allgemeine Verhaltenshaftung, individueller Schädigungsvorsatz) andererseits müssen sauber voneinander getrennt werden. Nur Letzterer kann bei der in Deutschland aktiven *Limited* auf gemeinschaftsrechtskonforme Weise zur Schließung von Haftungslücken, die sich insbesondere aus der fehlenden Anwendbarkeit der *wrongful trading* Haftung bei der in Deutschland aktiven *Limited* ergeben, in Ansatz gebracht werden. Wird die Haftung aus § 826 BGB oder über § 823 Abs. 2 BGB aus der Verletzung allgemeiner strafrechtlicher Bestimmungen abgeleitet, kommt unter Umständen sogar ein konkreter Missbrauch des Gemeinschaftsrechts in Betracht. In diesem Fall ist dem Haftungsschuldner von vornherein die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit verwehrt.

43 So kann der groben Missachtung des Gebots der Vermögenstrennung und eines Mindestmaßes an Respektierung der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens durch Anwendung des § 826 BGB auf die *Limited* begegnet werden. Wer der Gesellschaft in der Krise Vermögen entzieht, geht damit auch bei der *Limited* das Risiko ein, den Gläubigern der Gesellschaft persönlich nach § 826 BGB zu haften. Entsprechendes gilt für die plastisch als „Waschkorbhochhaltung“ bezeichnete Vermögensvermischung. Auch bei dieser ist die Durchgriffshaftung wegen u.U. nur fahrlässiger Verletzung der

¹⁰³ Dem Mitgliedstaat ist es unbenommen für die Wahrung zwingender Belange des Allgemeinwohls erforderliche Vorgaben zu machen. Diese dürfen dann aber nicht auf den Missbrauch rekurrieren.

¹⁰⁴ Statt aller Schön (Fn. 91), S. 1279.

¹⁰⁵ Dazu ausführlich Schön (Fn. 91), S. 1281 m.w.N.

spezifisch gesellschafts- und handelsrechtlichen Vorgaben für die Vermögenstrennung (Maßgeblichkeit des Gesellschaftsstatuts)¹⁰⁶ von einer bewussten Schädigung der Gläubiger, bei der § 826 BGB auch auf eine *Limited* anwendbar ist, abzuschichten.¹⁰⁷

S. 97

- HFR 8/2007 S. 17 -

44 2. Bedeutung des § 826 BGB aus der Sicht des BGH

Der Vorsitzende Richter des für Gesellschaftsrecht zuständigen II. Senats der BGH *Goette* scheint gewillt zu sein, an dieser Stelle anzusetzen: „... eines scheint mir gewiss: Wer glaubt, im Gewande einer kapitallosen „EU-GmbH“ im Inland tätig werden zu können und – die Fahne der Niederlassungsfreiheit schwenkend – von einer Haftung für opportunistisches Verhalten frei zu sein, wird erschreckt aufwachen und sich dann vielleicht fragen, ob es wirklich eine so gute Idee war, die *Limited* statt der guten alten GmbH als Träger für seine wirtschaftlichen Aktivitäten zu wählen.“¹⁰⁸

45 Damit ist mit „Inspire Art“ und der Ausbreitung der *Limited* in Deutschland neben der Haftung wegen fehlerhafter Ad-Hoc-Publizität¹⁰⁹, Bankenhaftung¹¹⁰, Schädigung der Gesellschaft durch Dritte¹¹¹ ein weiteres Feld für die „Renaissance des § 826 BGB im Gesellschaftsrecht“¹¹² eröffnet. Dieses verstärkte Zurückgreifen auf § 826 BGB ist kein Zufall. Einerseits mag die Ausbreitung von Generalklauseln im Hinblick auf die dogmatische Stringenz zu beklagen sein¹¹³. Andererseits kann kaum ignoriert werden, dass aufgrund der Schnellebigkeit des Wirtschaftsrechts, der zunehmenden Internationalisierung, der Vielfalt von Rechtsgestaltungen im Zivilrecht der Bedarf nach einer Haftung steigt, der man sich nicht ohne weiteres durch „Vermeidungsrechtsgestaltung“ entziehen kann.¹¹⁴ Letztlich geht es auch um die Frage, wer ist Hase und wer ist Igel: Die Kautelarjurisprudenz oder der Richter? Zumindest bei groben Verstößen will der BGH sicherstellen, dass er nicht in die Rolle des Hasen gerät.

46 3. Durch die Niederlassungsfreiheit gesetzte Grenzen

Bei der vorstehend zitierten Ankündigung von *Goette*¹¹⁵ klingt an, dass die Haftung nach § 826 BGB als letztes Abwehrbollwerk im Burginnern angesehen werden könnte, in dem man sich zur Verteidigung deutscher Gläubigerschutzvorstellungen noch verschanzen kann, nachdem das Tor erstürmt (*Centros*, *Überseering*) und die Mauern genommen wurden (*Inspire Art*). So unabweisbar das Bedürfnis nach Bekämpfung von Missbräuchen ist, so verfehlt wäre es, Erwägungen und Wertungen der Kapitalerhaltung nach *deutschen* Recht und/oder die Durchgriffshaftung in den § 826 BGB oder eine Haftung nach § 823 Abs. 2 i.V.m. § 263 StGB / § 266¹¹⁶ StGB hineinzulesen.¹¹⁷ Einer deliktischen Haftung in Gestalt eines Trojanischen Pferdes, das der Einschleusung von Wertungen und Regelungen des deutschen Rechts in die *Limited* dient, wird der EuGH die Tore nicht öffnen. (Man bedenke auch das Schicksal des Odysseus: Auf den

¹⁰⁶ Vgl. zum Gesichtspunkt der Vermögenstrennung BGH, ZIP 2006, 2006, 467; BGHZ 125, 366, 368 = NJW 1994, 1801, 1802; Hueck/Windbichler (Fn. 34), § 36 Rn. 35.

¹⁰⁷ Ähnlich für eine Zweispurigkeit H.P. Westermann, in: Scholz (Hrsg.), GmbHG; 10. Aufl. Bd. 1, 2006, Einl. Rn. 148; Forsthoff/Schulz, in: Hirte/Bücker (Fn. 4), § 15 Rn. 58 ff.

¹⁰⁸ *Goette*, DStR 2005, 197, 201.

¹⁰⁹ BGH, NZG 2005, 672 ff. - *EM.TV*; BGH, NZG 2004, 816 ff. = ZIP 2004, 1573 - *Informatec*; vgl. auch BGH, ZIP 2005, 78 (*Informatec* aus strafrechtlicher Sicht); dazu *Fleischer*, ZIP 2005, 1805 ff.

¹¹⁰ Dazu oben sub III. 3. b) / Fn. 38.

¹¹¹ Dazu näher *Kiehte*, NZG 2005, 333, 335 m.w.N.

¹¹² So treffend der Titel des Beitrags von *Kiehte*, ebd., 333 ff.

¹¹³ Vgl. Grundsatzkritik zur Entwicklung im Zivilrecht allgemein bei *Benedict*, ARSP 89 (2003), 216, 219 ff.

¹¹⁴ Ähnliche Vorteile bei der Haftung nach § 826 BGB sehen auch *Sester*, ZGR 2006, 6, 14 f. und *Vetter*, ZGR 2005, 788, 815.

¹¹⁵ S.o. V.2.

¹¹⁶ Beispiele s.o. Fn. 95.

¹¹⁷ Ähnl. im Ergebnis *Fröhlich/Strasser*, ZIP 2006, 1182, 1184 f.; *Vetter* ZGR 2005, 788, 815; *Sonnenberger/Bauer* (Fn. 12), 16; vgl. auch *K. Schmidt*, in: Lutter (Fn. 4); S. 15, 25: „Die gemeinschaftsrechtlichen, ganz auf die Niederlassungsfreiheit bezogenen Erwägungen des Gerichtshofs sind unempfänglich für begriffsjuristische Ausflüchte.“

Einsatz seiner List folgten zehn Jahre Irrfahrt mit mehreren Schiffbrüchen.)

S. 98

- HFR 8/2007 S. 18 -

47 Wenn der BGH bei der *Limited* auf § 826 BGB zurückgreift, sollte er auch bedenken, dass er wegen des Diskriminierungsverbots *Limited* und GmbH mit der gleichen Elle messen muss. Wenn der Gesellschafter einer *Limited* nach strengeren Maßstäben haftete als der Gesellschafter einer GmbH, dann läge darin eine gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßende Diskriminierung. Jeder „*Limited*-induzierte“ Ausbau der deliktischen Existenzvernichtungshaftung nach § 826 BGB führt daher zu einer Verschärfung der Haftungsrisiken der GmbH. Das ist wohl das Gegenteil dessen, was sich viele vom Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen erhofft haben.

48 **VI. Deliktische Haftung als Instrument zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit eines Wettbewerbs der Teilrechtsordnungen**

Der Schlüssel für eine sachgerechte, europarechtskonforme Anwendung der Haftung nach § 826 BGB auf die *Limited* liegt in einem Funktionsverständnis, das am Grundanliegen der Niederlassungsfreiheit und des Konzepts der Kommission zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts orientiert ist.¹¹⁸ Dieses Konzept setzt bekanntermaßen auf den Wettbewerb der Rechtsordnungen eingebettet in eine Mindestharmonisierung grundlegender Fragen und Gewährleistung größtmöglicher Transparenz.¹¹⁹ Die Verhinderung von Missbrauch und Verzerrungen gehört zu den institutionellen Rahmenbedingungen für einen funktionierenden Systemwettbewerb. Hier fügt sich auch der Vorbehalt des EuGH ein, wonach konkrete Missbräuche im Einzelfall von vornherein von der der Gewährleistung der Niederlassungsfreiheit ausgenommen sind.¹²⁰ Die Vorschrift des § 826 BGB sollte als Instrument zur Durchsetzung von Fairness und Integrität im Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen auf dem Teilmarkt Deutschland betrachtet werden.

49 **1. Das Defizit: Fehlende Harmonisierung des Kollisionsrechts**

Bedarf und Rechtfertigung für die Anwendung von § 826 BGB ergibt sich vor allem aus der fehlenden Harmonisierung des Kollisionsrechts im Bereich des Gesellschaftsrechts. Die vorstehende Ausführungen haben gezeigt, dass sich die Abgrenzung des Gesellschaftsrechts zu angrenzenden Rechtsbereichen sehr schwierig gestaltet und wie wichtig es ist, dass funktional vergleichbare Institute in den verschiedenen Mitgliedstaaten nicht unterschiedlichen Rechtsgebieten zugeordnet werden. Wer den Binnenmarkt dadurch fördern will, dass Teilrechtsordnungen verschiedenen Staaten miteinander kombiniert werden können, muss dafür Sorge tragen, dass die Teilrechtsordnungen voneinander abgegrenzt werden können und die Anschlussstellen passen.¹²¹ Dies ist primär Aufgabe des IPR. Zwar sind die Bestrebungen zur Vereinheitlichung auf diesem Gebiet im Bereich des Schuldvertragsrechts (Stichwort Rom I¹²²) und der nicht vertraglichen Schuldverhältnisse (Stichwort: Rom II¹²³) fortgeschritten, jedoch scheint sich beim Gesellschaftsrecht die Geschichte zu wiederholen: So wie das internationale Ge-

¹¹⁸ Zu Methodenfragen bei der Berücksichtigung des Harmonisierungskonzepts im Rahmen der Rechtsauslegung im Gesellschaftsrecht *Windbichler/Krolop* (Fn. 15), § 19, Rn. 18 ff. 60 ff.

¹¹⁹ *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2004, Rn. 227 ff.; *Habersack*, NZG 2004, 1 ff.; *van Hulle/Maul*, ZGR 2004, 484 ff.; *Windbichler/Krolop*, ebd; vgl. auch Aktionsplan zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union der Kommission v. 21.5.2003 vom 21.5.2003, KOM 2003, 284, 19; abgedr. in NZG 2003, Sonderbeil. Heft 13.; zu den skeptischen Stimmen vgl. *Merkt*, RabelsZ 59 (1995), 545 ff.

¹²⁰ *Forsthoff/Schulz*, in: *Hirte/Bücker* (§ 4), § 15 Rn. 59 f.; Siehe dazu auch oben IV.5.

¹²¹ Es ist wie beim Hausbau: Wer ein einheimisches Unternehmen mit dem Hochbau und ein ausländisches Unternehmen mit dem Tiefbau beauftragt, muss, wenn es an einer internationalen Standardisierung fehlt, sich vergewissern, inwieweit im Ausland der Tiefbau die Errichtung des Kellers mit umfasst; vgl. auch Problembe-schreibung bei *Basedow*, NJW 1996, 1921 ff.

¹²² Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht, KOM (2005), 650 endg. v. 15.12.2005, im Internet u.a. unter <http://www.ipr.uni-koeln.de>; dazu näher *Mankowski*, IPRax 2006, 101 ff.; *Leible*, IPRax 2006, 365 ff.

¹²³ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, KOM (2003), 427, endg. 22.7.2003; im Internet u.a. unter <http://www.ipr.uni-koeln.de>; dazu *Wagner*, IPRax 2006, 372 ff.

sellschaftsrecht im EGBGB keine eigene Berücksichtigung fand, sitzt es nun auch auf europäischer Ebene als schwierige Querschnittsmaterie (wieder) zwischen allen Stühlen.¹²⁴ Es gibt für diesen Bereich nur Initiativen aus der Wissenschaft zu vermelden.¹²⁵ Deshalb wird dem Rechtsanwender die Problematik nicht passender Anschlussstellen zwischen ausländischem Gesellschaftsrecht und den benachbarten Rechtsgebieten des inländischen Rechts noch eine geraume Zeit erhalten bleiben.

S. 99

- HFR 8/2007 S. 19 -

50 Für die hier diskutierte Problematik könnte punktuell dadurch Abhilfe geschaffen werden, dass die materiellen Vorgaben für die Krise einer Gesellschaft an der Schnittstelle von Gesellschafts- und Insolvenzrecht einer Mindestharmonisierung zugeführt werden. Hier gibt es derzeit lediglich Planungen der EU-Kommission, die in Richtung einer Harmonisierung der Insolvenzverschleppungshaftung gehen.¹²⁶ Solange es an einer solchen fehlt, ist die pauschale Anerkennung einer ausländischen Rechtsordnung als gleichwertig weder europarechtlich geboten, noch zweckmäßig.¹²⁷ Auch das Informationsmodell – Information über die Unterschiede anstatt Nivellierung der Unterschiede¹²⁸ – macht eine Mindestharmonisierung in diesem Bereich nicht entbehrlich. Bei einem Vermögensentzug in der Krise geht es um Verhaltensweisen, vor denen sich auch der informierte Vertragspartner nur bedingt schützen kann.¹²⁹

51 2. Die Generalklausel des § 826 BGB als flexibles Korrektiv

Es soll und darf bei der Anwendbarkeit von § 826 BGB nicht darum gehen, dass der aus deutscher Sicht als wünschenswert erachtete Gläubigerschutz der *Limited* übergestülpt wird. Dies wäre aus den vorstehend genannten Gründen auch nicht mit der Niederlassungsfreiheit zu vereinbaren. Vielmehr muss der Schwerpunkt bei der Schließung von Lücken im Gläubigerschutz liegen, die erst durch das kollisionsrechtlich veranlasste Auseinanderfallen von Gesellschafts- und Insolvenzstatut entsteht. Wenn lediglich verhindert wird, dass der Gläubigerschutz bei einer Gesellschaft ausländischen Rechts hinter das in ihrem Heimatstaat gewährleistete Niveau zurückfällt, wird die Anerkennung der Gleichwertigkeit der ausländischen Rechtsordnung kaum in Frage gestellt.¹³⁰ Dies ist einem fairen Wettbewerb der Rechtsordnungen sogar insoweit förderlich als einer verzerrten Wahrnehmung der ausländischen Rechtsform entgegen gewirkt wird.¹³¹

52 Aus diesem Verständnis folgt, dass der Haftung nach § 826 BGB primär eine verfahrenstechnisch-institutionelle Funktion zugewiesen werden sollte, nämlich die Sanktionierung der Nichteinhaltung der Spielregeln für einen fairen Wettbewerb der verschiedenen Gesellschaftsrechtsordnungen. Wenn aufgrund der kollisionsrechtlichen Konstellation und/oder Unterschieden bei den institutionellen Rahmenbedingungen (z.B.

¹²⁴ So nimmt der Vorschlag für die Rom II-VO (Fn. 123) die Haftung von Geschäftsführern und Gesellschafter in Art. 1 Abs. 2 lit. d) ausdrücklich vom Anwendungsbereich aus. Kritisch zur „Zersplitterung“ bei der Vereinheitlichung des internationalen Privatrechts ohne eine „Kodifikationsidee“, Jayme/Kohler, IPRax 2006, 537 ff.; vgl. auch Kritik von Basedow, NJW 1996, 1921, 1929.

¹²⁵ Vgl. Vorschlag von Sonnenberger/Bauer, (s. o. Fn. 12); vgl. auch Zimmer, ZHR 168 (2004), 355, 362 f.

¹²⁶ Vgl. Aktionsplan „Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union“ (Fn. 120). In diesem wird die englische *wrongful trading* Haftung als Modell genannt, kritisch dazu Habersack/Verse ZHR 168 (2004), 174 f., 206 ff.

¹²⁷ Deshalb sieht auch der Vorschlag des Rates für Internationales Privatrecht für eine Regelung des Internationalen Gesellschaftsrechts (Fn. 12) nicht die gesetzliche Festschreibung eines allgemeinen Herkunftslandprinzips vor, sondern befürwortet differenzierende Lösungen.

¹²⁸ Näher zum Informationsmodell als einem tragenden Leitgedanken der Harmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht vgl. statt aller Grundmann (Fn. 119). Rn. 227 ff.; Eidenmüller/Rehm, ZGR 2004, 159, 172 f.; Windbichler/Krolop (Fn. 15), § 19 Rn. 13, 26.

¹²⁹ Darauf weist auch Sester, ZGR 2006, 1, 11 hin. Zu den Grenzen der Leistungsfähigkeit des Informationsmodells vgl. auch Eidenmüller/Rehm, ebd.; Hirte, ECFR 2004, 71, 77 ff.

¹³⁰ Vgl. auch Erwägungen von Eidenmüller, NJW 2005, 1618, 621 zur Anwendbarkeit der deutschen Insolvenzverschleppungshaftung.

¹³¹ Aus dem umfangreichen Schrifttum zu den für einen funktionierenden Wettbewerb der Gesellschaftsrechte notwendigen institutionellen Rahmen vgl. stellvertretend Kirchner, in: FS Immenga 2004, S. 607 ff.; Günter H. Roth, ZGR 2005, 348 ff.; monographisch Heine, Regulierungswettbewerb im Gesellschaftsrecht, 2003; Kie-ning, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Binnenmarkt, 2002.

Staatsaufsicht, die das deutsche Gesellschaftsrecht nicht kennt¹³²), der bei der Auslands-*Limited* gewährleistete Minderheits- / Anleger- oder Gläubigerschutz hinter dem Niveau des Heimatstaates zurückfällt, können sich daraus Wettbewerbsverzerrungen und Gefährdungspotentiale ergeben, vor denen sich die Teilnehmer am Rechtsverkehr nur bedingt schützen können. Wenn dies zur Schädigung von Gläubigern oder sonstigen Beeinträchtigung schutzwürdiger Belange ausgenutzt wird, liegt darin, um das Bild der Spielregeln aufzugreifen, ein grobes Foul, das auf der Grundlage von § 826 BGB von der deutschen Rechtsprechung mit der roten Karte geahndet werden kann. Die Haftung nach § 826 BGB gibt aber keine Handhabe die Auswärtsmannschaft zum Tragen von Bleigewichten zu verpflichten, nur weil die Heimmannschaft eventuell Übergewicht hat.

S. 100

- HFR 8/2007 S. 20 -

53 **VII. Fazit und Ausblick**

Damit lautet die Antwort auf die in der Überschrift dieses Beitrags gestellten Frage: Nach dem hier vertretenen Funktionsverständnis hat die Haftung nach § 826 BGB eine eigenständige Bedeutung, die eine notwendige, gemeinschaftskonforme und der Funktionsfähigkeit des Systemwettbewerbs sogar förderliche Ergänzung des für die *Limited* geltenden Haftungsrechts darstellt. Durch diese kann verhindert werden, dass „böse Exempel das Gute“ verderben. Die Haftung nach § 826 BGB sollte aber nicht als Vehikel zur Übertragung von Wertungen des deutschen Gesellschaftsrechts auf die *Limited* instrumentalisiert werden. Dies ist sowohl im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit als auch der Gewährleistung eines funktionierenden Systemwettbewerbs rechtlich sehr bedenklich und auch nicht sachgerecht.

Anstatt auf die Errichtung neuer Verteidigungslinien zu sinnen, um soviel deutsches Gesellschaftsrecht wie möglich zu bewahren, sollte sich die Tatkraft von Gesetzgebung und Wissenschaft auf die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit und Integrität des Wettbewerbs der Rechtsformen richten, so dass die Vorteile der GmbH, die ihr verbreitet im Hinblick auf Kreditwürdigkeit, Seriösität, Ruf im Rechtsverkehr zugeschrieben werden¹³³, zur Geltung kommen können. Die Entwicklung einer handhabbaren, praxistauglichen Haftung nach § 826 BGB mit der ohne Ansehung der (Rechts)person Missbrauch und grobe Fairnessverstöße geahndet werden können, ist dabei ein wichtiger Baustein. Da weder der Referentenentwurf zur Reform des GmbH-Rechts¹³⁴, noch der Vorschlag des Rates für internationales Gesellschaftsrecht¹³⁵ eine gesetzliche Regelung dieser Problematik vorsehen, wird dies primär Aufgabe der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung sein.

54 **Anhang 1****Section . 214 Insolvency Act 1986 wrongful trading**

(1) Subject to subsection (3) below, if in the course of the winding up of a company it appears that subsection (2) of this section applies in relation to any person who is or has been a director of the company, the court, on the application of the liquidator, may declare that that person is to be liable to make such contribution (if any) to the company's assets as the court thinks proper.

55 (2) This subsection applies in relation to a person if

¹³² Auf diesen Aspekt weist auch *Dannemann* (in: R. Schröder [Hrsg.], Die GmbH im europäischen Vergleich, 2005, S. 11, 25) hin. Zur Staatsaufsicht über die *Limited* allgemein vgl. *Rehm*, in: Eidenmüller (Fn. 4), § 10 Rn. 72 ff.

¹³³ Vgl. stellvertretend *Riess*, in: R. Schröder (Fn. 132), S. 75, 83 f.; nähere Analyse des Kapitalschutzsystems der GmbH als „Qualitätssignal“ aus juristischer und ökonomischer Sicht bei *Heine/Röpke*, *RabelsZ* 70 (2006), 138, 151 ff.

¹³⁴ Vgl. o. Fn. 98.; näher dazu auch *Römermann*, *GmbHR* 2006, 673 ff.; *Krolop*, *GmbHR* 2007, S. 117 ff.

¹³⁵ Fn. 12 (S. 16).

(a) the company has gone into **insolvent liquidation**,

(b) at some time before the commencement of the winding up of the company, that person **knew or ought to have concluded that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation, and**

(c) **that person was a director of that company at that time; (...)**

56 (3) The court shall not make a declaration under this section with respect to any person if it is satisfied that after the condition specified in subsection (2) (b) was first satisfied in relation to him that person took every step with a view to minimising the potential loss to the company's creditors (assuming him to have known that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation) as he ought to have taken.

S. 101

- HFR 8/2007 S. 21 -

57 (4) For the purposes of subsections (2) and (3), the facts which a director of a company ought to know or ascertain, the conclusions which he ought to reach and steps which he ought to take are those which would be known or ascertained, or reached or taken, by a reasonably diligent person having both –

(a) the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the same functions as are carried out by that director in relation to the company, and

(b) the general knowledge, skill and experience that that director has.

58 (5) The reference in subsection (4) to the function carried out in relation to the company by a director of the company includes any functions which he does not carry out but which have been entrusted to him.

59 (6) For the purposes of this section a company goes into insolvent liquidation if it goes into liquidation at a time when its assets are insufficient for the payment of its debts and other liabilities and the expenses of the winding up.

60 (7) In this section "director" includes a **shadow director**.

61 (8) The section is without prejudice to section 213.

Definition section 251 Insolvency act 1986 (entsprechende Definition auch in section 251 Companies Act 2006)

62 "**shadow director**", in relation to a company, means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act (but so that a person is not deemed a shadow director by reason only that the directors act an advice given by him in a professional capacity);

(...)

Anhang 2: Auszug aus der Verordnung EG (Nr. 1346/2000 des Rstes vom 29.5.2000 über Insolvenzverfahren ABI. 2000 L 160/1

Artikel 3 Internationale Zuständigkeit

63 (1) Für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig, in dessen Gebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat. Bei Gesellschaften und juristischen Personen wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, daß der Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen der Ort des satzungsmäßigen Sitzes ist.

64 (2) Hat der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen im Gebiet eines Mitgliedstaats, so sind die Gerichte eines anderen Mitgliedstaats nur dann zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens befugt, wenn der Schuldner eine Niederlassung im Gebiet dieses anderen Mitgliedstaats hat. Die Wirkungen dieses Verfahrens sind auf

das im Gebiet dieses letzteren Mitgliedstaats belegene Vermögen des Schuldners beschränkt.

S. 102

- HFR 8/2007 S. 22 -

65 **Artikel 4 Anwendbares Recht**

(1) Soweit diese Verordnung nichts anderes bestimmt, gilt für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen das Insolvenzrecht des Mitgliedstaats, in dem das Verfahren eröffnet wird, nachstehend "Staat der Verfahrenseröffnung" genannt.

66 (2) Das Recht des Staates der Verfahrenseröffnung regelt, unter welchen Voraussetzungen das Insolvenzverfahren eröffnet wird und wie es durchzuführen und zu beenden ist. Es regelt insbesondere:

.....

b) welche Vermögenswerte zur Masse gehören und wie die nach der Verfahrenseröffnung vom Schuldner erworbenen Vermögenswerte zu behandeln sind;

....

e) wie sich das Insolvenzverfahren auf laufende Verträge des Schuldners auswirkt;

...

i) die Verteilung des Erlöses aus der Verwertung des Vermögens, den Rang der Forderungen und die Rechte der Gläubiger, die nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgrund eines dinglichen Rechts oder infolge einer Aufrechnung teilweise befriedigt wurden;

...

m) welche Rechtshandlungen nichtig, anfechtbar oder relativ unwirksam sind, weil sie die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligen.

Zitierempfehlung: Kaspar Krolop, HFR 2007, S. 81 ff.