

Die Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern einer Limited nach englischem Recht im deutschen Insolvenzverfahren

von Dr. Martin Scheuing, Rechtsanwalt,
Kanzlei Derra, Meyer & Partner, Ulm

A) Einleitung

Der Jubilar widmete und widmet einen erheblichen Teil seines beruflichen Lebensweges der europäischen Integration. Er war maßgeblich an der Entwicklung eines europäischen Grundrechtskataloges und an der Gestaltung der Verfassung der europäischen Union beteiligt. Der Ausgangspunkt der europäischen Einigung war die Schaffung eines gemeinsamen Marktes, also die Einigung Europas im wirtschaftlichen Bereich.

Auch wenn mit der Gründung der europäischen Union die europäische Einigung weit über den Zusammenschluss von Volkswirtschaften hinausgeht, bildet der Ausbau eines gemeinsamen Marktes nach wie vor einen Schwerpunkt der europäischen Rechtsordnung.

In jüngster Zeit ist in diesem Zusammenhang eine neue Entwicklung zu beobachten. Der europäische Gerichtshof entwickelte gestützt auf die Niederlassungsfreiheit der Art. 43, 48 des EU-Vertrages eine Rechtsprechung, wonach der Zuzug von Gesellschaften aus einem anderen Mitgliedsstaat nicht durch nationale Regelungen eingeschränkt werden darf.¹ Nach diesen Entscheidungen verstößt es gegen die Niederlassungsfreiheit der Art. 43, 48 EGV, wenn es einer Gesellschaft aus einem anderen Mitgliedsstaat mit Hinweis auf ihre weniger strengen Gründungsregelungen versagt wird, in einem anderen europäischen Land ins Handelsregister eingetragen zu werden, sie nicht als Rechts- und parteifähige juristische Person zu behandeln oder ausländische Gesellschaften anderes zu behandeln als inländische.²

Dies hat in Deutschland zu einer regelrechten Welle von Sitzverlegungen englischer Kapitalgesellschaften in der Rechtsform der Private Company Limited by Shares, kurz „Ltd.“, geführt. Hierbei handelt es sich in der Regel nicht etwa um britische Unternehmen, die ihre Tätigkeit auf Deutschland ausweiten, sondern um ausschließlich für die Betätigung in Deutschland gegründete Gesellschaftsmäntel. Die Rechtsform der Limited ist eine juristische Person, die mit der GmbH nach deutschem

1 EuGH, Urteil vom 09.03.1999 – Rs. C-212/97, NJW 1999, 2027 (Centros); EuGH, Urteil vom 05.11.2002 – Rs. C-208/00, NJW 2002, 3614 (Überseering); EuGH, 30.09.2003 – Rs. C 167/01 (Inspire Art), NJW 2003, 3331.

2 Vgl. allgemein hierzu Horn, NJW 2004, 893, 895.

Recht vergleichbar ist. Nach Schätzungen des britischen Handelsregisters (Companies House) bestanden bereits im Jahr 2004 mehr als 15.000 Limiteds mit Verwaltungssitz in Deutschland.

Dies führt zu einer Fülle rechtlicher Probleme, da die deutsche Rechtsordnung und das englische Gesellschaftsrecht nicht aufeinander abgestimmt sind. Nachdem von den zahlreichen in Deutschland betriebenen Limiteds bereits die ersten Insolvenz anmelden mussten und zu erwarten ist, dass noch zahlreiche weitere Gesellschaften diesen Weg gehen werden, sollen an dieser Stelle Probleme im Überschneidungsbereich des englischen Gesellschaftsrechts und des deutschen Insolvenzrechts untersucht werden.

Es geht darum zu klären, ob und nach welchen Normen Geschäftsführer und Gesellschafter im Rahmen eines in Deutschland durchgeführten Insolvenzverfahrens über eine Limited in Anspruch genommen werden können. Eine persönliche Haftung von Gesellschaftern oder Geschäftsführern ist nicht selbstverständlich. Der Begriff *private company limited by shares* bedeutet, dass die Haftung der Gesellschafter auf die Gesellschaftereinlage beschränkt ist.³ Diese Gesellschaftsform entspricht daher in ihrer Funktion und ihrer Struktur der deutschen GmbH. Den Gesellschaftern wird damit der Zugang zur wirtschaftlichen Betätigung unter dem Schutz des Privatvermögens ermöglicht. Wie die GmbH ist die Limited eine juristische Person, die als Träger von Rechten und Pflichten Eigentum erwerben, Vertragspartei sein und vor Gericht klagen und verklagt werden kann.⁴

Durch die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen sind die Gläubiger im Vergleich zu Einzelkaufleuten und zu Gesellschaftern von Personengesellschaften weniger geschützt, da dort die Gesellschafter bzw. Einzelkaufleute mit ihrem gesamten Privatvermögen haften. Bei der deutschen GmbH haben Gesetzgeber und Rechtsprechung zum Zwecke des Gläubigerschutzes Ausgleichsmechanismen geschaffen. Dies ist das haftende Mindestkapital, das der Gesellschaft nicht entzogen werden kann (§§ 19, 30, 31 GmbHG), die Insolvenzantragspflicht des Geschäftsführers (§ 64 Abs. 1 GmbHG), das Eigenkapitalersatzrecht sowie in bestimmten Fällen die Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern. Auch im englischen Recht gibt es Gläubigerschutzmechanismen. Dazu gehören u. a. die Haftung des Geschäftsführers in der Insolvenz für Verbindlichkeiten, die er nach Insolvenzreife eingegangen ist (*wrongful trading*, section 214 Insolvency Act und für *fraudulent trading*, section 213 Insolvency Act für vorsätzliche Schädigung von Insolvenzgläubigern). Neben diesen gesetzlichen Haftungsregelungen kommen Haftungsansprüche nach *common law* in Betracht. Weitere Säulen des britischen Gläubigerschutzes sind umfangreiche Pflichten zur Einreichung von Unterlagen zum Handelsregister (Companies House) und der Verlust der Möglichkeit, ein Geschäftsführeramt zu übernehmen. Mit Hilfe des Companies Directors Disqualification Act (CDDA) können ungeeignete Personen von der Übernahme des Geschäftsführeramt-

3 Salomon v A. Salomon & Co. Ltd. [1897] AC 22.

4 Luke, Die U. K. Limited, Stuttgart 2005, 17.

tes und von der indirekten oder direkten Beteiligung an Gründung oder Leitung einer Gesellschaft ausgeschlossen werden.⁵

Ziel des vorliegenden Beitrages ist es, zu untersuchen, welche Anspruchsgrundlagen und Haftungsinstitute die Gläubiger einer in Deutschland operierenden Limited nach englischem Recht schützen. Dies ist zunächst ein Problem des internationalen Privatrechtes (IPR). Für die Frage, welches nationale Recht auf die Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern einer in Deutschland operierenden Limited Anwendung findet, ist zu klären, welchem Rechtsgebiet solche Haftungstatbestände zugehören. In Betracht kommen hierfür Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht oder Deliktsrecht. Diese Frage ist deshalb von entscheidender Bedeutung, da sich danach entscheidet, ob im IPR das Insolvenzstatut, das Gesellschaftsstatut oder das Deliktsstatut anwendbar ist. Diese können jeweils zu unterschiedlichen Antworten für die Frage des nationalen Rechtes führen. Die Untersuchung vollzieht sich also in zwei Schritten: Zunächst ist zu klären, welchem Rechtsgebiet die einzelne Anspruchsgrundlage zugehört; sodann stellt sich die Frage ihrer Anwendbarkeit unter IPR-Gesichtspunkten. Diese Prüfung ist für jede Anspruchsgrundlage einzeln durchzuführen, da sich jeweils unterschiedliche Ergebnisse einstellen können.

B) Vorfrage: Internationales Privatrecht

Als Vorfrage ist zu klären, wann nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechtes deutsches oder englisches Recht Anwendung findet. Die Haftung kann auf einen einzelnen Tatbestand einer der beiden nationalen Rechtsordnungen nur dann gestützt werden, wenn dieser Tatbestand nach den einschlägigen Regelungen des IPR Anwendung findet. Die rechtliche Problematik liegt darin, dass hier verschiedene Rechtsgebiete, nämlich Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht und Deliktsrecht zusammentreffen. Für diese Bereiche sind unterschiedliche IPR-Regelungen einschlägig, die für die Frage, welches nationale Recht anwendbar ist, zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Dies hat zur Folge, dass die Anwendbarkeit eines bestimmten Tatbestandes davon abhängt, in welchem Rechtsgebiet man ihn verortet.

Welcher Tatbestand unter welches Rechtsgebiet fällt, ist dort im Einzelnen zu prüfen. Sodann wird dort die Anwendbarkeit nach den einschlägigen Regelungen des IPR zu prüfen sein. Ob man deutsches oder englisches Recht anwenden muss, hängt wesentlich davon ab, um welches Rechtsgebiet es sich handelt. Es ist daher als Vorfrage für sämtliche Haftungstatbestände zu klären, welches nationale Recht für die einzelnen Rechtsgebiete anzuwenden ist.

5 Zum CDDA vgl. Lanzius, ZInsO 2004, 296.

I. Gesellschaftsstatut

In Deutschland existiert keine gesetzliche Regelung des Gesellschaftsstatutes. Art. 37 Satz 1 Nr. 2 EGBGB stellt ausdrücklich klar, dass die Kollisionsregeln des EGBGB über schuldvertragliche Verhältnisse auf das Gesellschaftsrecht, das Vereinsrecht und das Recht der juristischen Personen keine Anwendung finden. Es obliegt daher der Rechtsprechung, über die Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts zu entscheiden.

Für die Bestimmung des Gesellschaftsstatutes kommen zwei Anknüpfungspunkte in Betracht: Zum einen die Rechtsordnung, nach der die Gesellschaft gegründet wurde, zum anderen die Rechtsordnung, in deren Bereich die Gesellschaft ihren effektiven Verwaltungssitz hat und von wo aus sie ihre Geschäfte tätigt. Dementsprechend wird zwischen der *Gründungstheorie* und der *Sitztheorie* unterschieden. Im anglo-amerikanischen Rechtskreis ist Gründungstheorie herrschend. Aus der Sicht des englischen Rechts bedeutet dies für die Gesellschaften, die in England nur zu dem Zweck gegründet werden, um den Sitz in einen anderen EU-Mitgliedsstaat zu verlegen und dort Geschäfte zu betreiben, dass diese weiterhin dem englischen Gesellschaftsrecht unterliegen. Für die Frage, ob ein Geschäftsführer oder Gesellschafter ggf. auch vor einem deutschen Gericht in Anspruch genommen werden kann, ist jedoch entscheidend, wie nach der deutschen Rechtsordnung die Frage des Gesellschaftsstatuts beantwortet wird.

Klassischerweise geht das deutsche IPR in Rechtsprechung⁶ und Literatur⁷ von der Sitztheorie aus. Dabei ist der effektive Verwaltungssitz und nicht der Satzungssitz gemeint.⁸ Hierunter versteht man den Schwerpunkt des körperschaftlichen Lebens, an dem die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden.⁹

Die Anwendung der Sitztheorie führt jedoch nach der in der Einleitung zitierten Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes¹⁰ in bestimmten Konstellationen zu einem Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit der europäischen Union nach Art. 43, 48 EGV. Verlegt eine nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaft ihren effektiven Verwaltungssitz nach Deutschland, so wird ihre Existenz und Rechtsfähigkeit mangels Beachtung der erforderlichen deutschen Gründungsvorschriften nach der Sitztheorie nicht anerkannt. Hierdurch wird nach der Rechtsprechung des

6 BGH 26.09.1966, NJW 1967, 36; BGH 30.01.1970, NJW 1970, 998; BGH 05.11.1980, NJW 1981, 522; BGH 21.03.1986, NJW 1986, 2194, 2195; BGH 30.03.2000, EuZW 2000, 412; BGH 01.07.2002, NJW 2002, 3539, 3540; BGH 29.01.2003, NJW 2003, 1607, 1608.

7 MünchKomm-BGB (Kindler), 3. Aufl. München 1999, IntGesR Rn. 313; Palandt (Heldrich), BGB, 65. Aufl. München 2006, Anhang zu Art. 12 EGBGB, Rn. 2; Baumbach/Hopt, HGB, 31. Aufl., München 2003, vor § 105, Rn. 29; vgl. umfassenden Literaturnachweis bei MünchKomm-BGB (Kindler), IntGesR Rn. 264 Fn. 343 bis 345, auch zu Gegenansichten.

8 BGH 29.01.2003, NJW 2003, 1607, 1608.

9 Palandt (Heldrich), Anhang zu Art. 12 EGBGB, Rn. 3.

10 Vgl. oben Fn. 1.

EuGH die Niederlassungsfreiheit verletzt. Auch die vom BGH zwischenzeitlich vertretene Auffassung, dass eine solche Sitzverlegung eine „Neugründung“ einer Personengesellschaft darstellt mit der Folge, dass diese zwar rechtsfähig ist, jedoch nicht in den Genuss einer Haftungsbeschränkung kommt¹¹, genügt den Anforderungen der Niederlassungsfreiheit nicht. Der persönlichen Gesellschafterhaftung wird abschreckende Wirkung zugemessen. Für die Fälle des Zuzuges einer Gesellschaft aus einem anderen Mitgliedsstaat nach Deutschland muss daher von der Anwendung der Gründungstheorie ausgegangen werden.¹²

Gesellschaften aus Nicht-EU-Staaten kommen dagegen nicht in den Genuss der Niederlassungsfreiheit. Soweit mit Drittstaaten bilaterale Abkommen bestehen, die der Niederlassungsfreiheit vergleichbare Regelungen enthalten, ist im Verhältnis zu diesen Staaten ebenfalls von der Gründungstheorie auszugehen. Der BGH hat dies für die USA auf der Grundlage des Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 29.10.1954 entschieden.¹³ In dieser Entscheidung wird allerdings ebenfalls ausgeführt, dass grundsätzlich die Sitztheorie weiterhin Anwendung findet.¹⁴ Gesellschaften aus Ländern außerhalb der EU können daher im Inland lediglich als Neugründung einer Personengesellschaft Rechtsfähigkeit erlangen.¹⁵

Im Bereich der EU ist weiterhin zu beachten, dass die EuGH-Rechtsprechung zu Centros, Überseering und Inspire Art lediglich den Zuzug betreffen, d. h. die Frage, ob der Staat, wohin der Sitz verlegt wird, gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt, wenn er diese Gesellschaften nicht anerkennt. Eine andere Frage ist, welche europarechtliche Bedeutung der Wegzug aus einem Mitgliedsstaat in einen anderen hat. Mit anderen Worten: Verstößt der Staat des bisherigen Sitzes gegen die Niederlassungsfreiheit, wenn ein Wegzug nicht gestattet wird? Eine GmbH, deren Sitz ins Ausland verlegt wird, gilt nach deutschem Recht als aufgelöst¹⁶, nach anderer Ansicht ist der Beschluss nichtig.¹⁷ Der EuGH hat für diese Wegzugsfälle bereits früher in der Daily-Mail-Entscheidung befunden, dass entsprechende nationale Regelungen nicht gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen.¹⁸ Eine Sitzverlegung deutscher Gesellschaften in das Ausland ist daher nicht möglich.¹⁹ Dies bedeutet, dass bei der Sitzverlegung von einem Mitgliedsstaat in den anderen zunächst die Zulässigkeit des Wegzuges nach dem nationalen IPR des bisherigen Sitzstaates zu prüfen ist, sodann kann unter der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit für den Zu-

11 BGH 01.07.2002, DStR 2002, 1678.

12 Palandt (Heldrich), Anhang zu Art. 12 EGBGB, Rn. 6; Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, 2005, Rn. 73; Binge/Thölke, DNotZ 2004, 21, 24; BGH, 13.03.2003, NJW 2003, 1461; OLG Zweibrücken, 26.03.2003, NZG 2003, 537.

13 BGH 29.01.2003, NJW 2003, 1607.

14 BGH, aaO; BayObLG 20.02.2003, DB 2003, 819, 820.

15 BGH 01.07.2002, DStR 2002, 1678; BayObLG, aaO, für Sambia.

16 Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 4 a, Rn. 10 mit weiteren Nachweisen.

17 MünchKomm-BGB (Kindler), IntGesR, Rn. 399; Hüffer, AktG, 6. Aufl. 2005, § 5, Rn. 12.

18 EuGH 27.09.1988, NJW 1989, 2186 (Daily-Mail).

19 OLG Brandenburg 30.04.2004, ZIP 2005, 489.

zugsstaat die Gründungstheorie angewendet werden. Im Ergebnis führt dies dazu, dass die Verlegung nur aus solchen Staaten möglich ist, die ohnehin von der Gründungstheorie ausgehen. Anderenfalls scheitert die Verlegung zwar nicht an Regelungen des Zuzugsstaates, jedoch an der Rechtsordnung des bisherigen Sitzstaates.

Für englische Limiteds, deren Sitz nach Deutschland verlegt werden soll, bedeutet dies, dass die Sitzverlegung möglich ist. Da das englische IPR von der Gründungstheorie ausgeht, lässt es einen Wegzug zu. Im deutschen IPR ist für diese Fälle ebenfalls von der Gründungstheorie auszugehen, um den Vorgaben der EuGH-Rechtsprechung genüge zu tun. Daher bleibt diesen Gesellschaften bei einer Sitzverlegung nach Deutschland ihre Rechtsfähigkeit erhalten. Auf die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse ist nach der Gründungstheorie englisches Recht anzuwenden.

II. Insolvenzstatut

Innerhalb der europäischen Union regelt sich die Frage, welches nationale Insolvenzrecht anwendbar ist gemäß Art. 4 Abs. 1 EuInsVO nach dem Recht des Staates, in dem das Verfahren eröffnet wird. Daher ist als Vorfrage zu klären, ob das Insolvenzverfahren über eine englische Limited, die ihren Sitz nach Deutschland verlegt hat und dort ihre Geschäfte betreibt, durch ein deutsches oder durch ein englisches Insolvenzgericht zu eröffnen ist. Hierzu ist in Art. 3 Abs. 1 EuInsVO geregelt, dass die Gerichte des Mitgliedsstaates zuständig sind, in dessen Gebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat.²⁰ Nach Art. 3 Abs. 1 Satz 2 EuInsVO wird bei Gesellschaften und juristischen Personen bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, dass der Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen am Ort des satzungsmäßigen Sitzes ist. Gemäß Section 2 (1) (b) Companies Act 1985 muss der satzungsmäßige Sitz einer Limited (registered office) stets in England oder Wales liegen. Eine Verlegung innerhalb von England und Wales ist stets möglich, nicht jedoch eine Verlegung nach Schottland oder gar ins Ausland. Soweit die englische Limited zu dem Zweck gegründet wird, ihre Geschäftstätigkeit in einen anderen Mitgliedsstaat der EU zu verlegen, geht es dabei lediglich um die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes, nicht um die Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes.

Ausgehend von dem satzungsmäßigen Sitz in England wäre nach Art. 3 Abs. 1 Satz 2 EuInsVO die Zuständigkeit englischer Insolvenzgerichte begründet. Bei den Gesellschaften, die ausschließlich zum Zweck der Geschäftstätigkeit in Deutschland gegründet werden, ist jedoch davon auszugehen, dass diese den Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen in Deutschland haben. Dies ist jedenfalls dann der Fall,

²⁰ Vgl. zum Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen (Center of Main Interests), Lauser/Rief, Die Europäische Insolvenzverordnung – Vom Insolvenzimperialismus zum Insolvenzpragmatismus? in dieser Festschrift S. 397 ff.

wenn sich ihre Geschäftstätigkeit ausschließlich auf Deutschland beschränkt.²¹ Nicht so eindeutig ist dies bei Gesellschaften, die – auch – Geschäfte in England betreiben.

Die Vermutungsregel in Art. 3 Abs. 1 Satz 2 EuInsVO entbindet das Gericht allerdings nicht, von Amts wegen zu prüfen, wo der Mittelpunkt der wirtschaftlichen Interessen ist und eventuell vom satzungsgemäßen Sitz abweicht.²²

Wird bei einem deutschen Insolvenzgericht Insolvenzantrag über eine englische Limited gestellt, so hat das Gericht zu prüfen, ob der Mittelpunkt der wirtschaftlichen Interessen der Gesellschaft sich in Deutschland befindet. Ist dies der Fall, ist das deutsche Gericht zuständig. Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über eine ausländische Gesellschaft in Deutschland ist nach dem nationalen Recht zulässig, da gemäß § 11 Abs. 1 InsO jede juristische Person insolvenzfähig ist, also auch eine solche nach ausländischem Recht.

Bei dem hier interessierenden Limiteds nach englischem Recht, die lediglich zu dem Zweck ins Leben gerufen wurden, um in Deutschland Geschäfte zu betreiben, ergibt sich damit eine Zuständigkeit deutscher Insolvenzgerichte. Nach Art. 4 Abs. 1 EuInsVO ist in diesen Fällen deutsches Insolvenzrecht anzuwenden.

III. Deliktsstatut

Nach den gesetzlichen Regelungen des deutschen IPR (Art. 40 Abs. 1 EGBGB) unterliegen Ansprüche aus unerlaubter Handlung dem Recht des Staates, in dem der Ersatzpflichtige gehandelt hat. Alternativ kann der Verletzte verlangen, dass anstelle dieses Rechtes das Recht des Staates angewandt wird, in dem der Erfolg eingetreten ist.

Bei englischen Gesellschaften, die ausschließlich in Deutschland tätig sind, wird in der Regel sowohl der Handlungsort als auch der Erfolgsort in Deutschland liegen, sodass nach Art. 40 Abs. 1 EGBGB deutsches Recht Anwendung findet.

C) Die einzelnen Tatbestände

Für die einzelnen in Frage kommenden Haftungstatbestände nach deutschem und englischem Recht ist jeweils zu prüfen, ob diese in einem deutschen Insolvenzverfahren auf eine englische Limited unter dem Gesichtspunkt des internationalen Privatrechtes anwendbar sind. Als Vorfrage ist jeweils zu klären, zu welchem Rechtsgebiet (Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht, Deliktsrecht) der einzelne Tatbestand gehört. Ausgehend hiervon kann dann weiter untersucht werden, ob nach den einschlägigen Regelungen des internationalen Privatrechtes eine Haftung in Frage

21 Lawlor, NZI 2005, 432, 433.

22 Smid, Deutsches und Europäisches Internationales Insolvenzrecht, Stuttgart 2004, Art. 3 EuInsVO, Rn. 12, 13.

kommt. Soweit dies der Fall ist, ist weiter zu untersuchen, ob dies mit der Niederlassungsfreiheit der Art. 43, 48 EGV in Einklang steht.

I. Insolvenzverschleppungshaftung des Geschäftsführers nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 64 Abs. 1 GmbHG

1. Der Haftungstatbestand

Der Geschäftsführer einer deutschen GmbH haftet für Schäden, die dadurch entstehen, dass er nach Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung nicht rechtzeitig Insolvenzantrag stellt. Das Gesetz setzt ihn in § 64 Abs. 1 GmbHG hierfür eine Frist von drei Wochen ab Insolvenzreife. Diese Frist darf allerdings nur ausgeschöpft werden, wenn realistische Aussichten auf eine Rettung in dieser Zeit bestehen. Anderenfalls ist der Geschäftsführer gehalten, bereits vorher Insolvenzantrag zu stellen.²³

2. Insolvenzrechtliche Einordnung

Ob § 64 Abs. 1 GmbHG auch auf die Limited nach englischem Recht anwendbar ist, hängt davon ab, welchem Rechtsgebiet die Insolvenzantragspflicht zugeordnet wird. Wie oben gezeigt wurde, ist deutsches Gesellschaftsrecht auf die Limited nicht anwendbar, sodass dieser Tatbestand nur dann zum Zuge kommt, wenn man ihn dem Insolvenzrecht oder dem Deliktsrecht zuordnet.

Die Insolvenzantragspflicht ist im GmbHG, also einem Gesetz betreffend gesellschaftsrechtliche Regelungen niedergelegt. Allein die Festschreibung der Antragspflicht in gesellschaftsrechtlichen Gesetzen führt jedoch nicht zwingend dazu, die Pflicht auch dem Gesellschaftsrecht zuzuordnen.²⁴ Dies ist vielmehr nach materiellen Gesichtspunkten zu klären.

Für eine gesellschaftsrechtliche Einordnung kann sprechen, dass es sich bei der Antragspflicht um eine Organpflicht des Geschäftsführers handelt und diese als Bestandteil des gesellschaftsinternen Organisationsrechts angesehen werden kann.²⁵ Weiter wird in der Literatur für die gesellschaftsrechtliche Einordnung angeführt, dass eine Insolvenzantragspflicht für ausländische Kapitalgesellschaften einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit darstelle, sofern das Gesellschaftsrecht des Heimatstaates keine Antragspflicht kennt.²⁶ Darüber hinaus sei eine Insolvenzantragspflicht nur bei bestimmten risikoreichen Schuldern, nämlich Kapitalgesell-

23 Zur Insolvenzantragspflicht vgl. Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64, Rn. 43 ff.; Goette, DStR 2005, 197, 200.

24 Müller, NZG 2003, 414, 416.

25 Schumann, DB 2004, 743, 746; Ulmer, NJW 2004, 1201, 1207.

26 Mock/Schildt, ZinsO 2003, 396, 400.

schaften vorgesehen, um die Gläubiger vor einer Fortführung in der Insolvenz zu schützen. Die Ratio der Insolvenzantragspflicht liege daher in der gesellschaftsrechtlichen Risikoverteilung, die aus der nationalen Ausgestaltung der einzelnen Gesellschaftsform resultiere. Eine Übertragung auf ausländische Gesellschaften sei daher systemwidrig.²⁷

Der vorgenannten Auffassung ist nicht zu folgen, vielmehr ist die Haftung für Insolvenzverschleppung sowie die Insolvenzantragspflicht dem Insolvenzrecht zuzuordnen. Die insolvenzrechtliche Qualifikation ergibt sich daraus, dass der Zweck der Haftung darin liegt, zum Wohle aller Gläubiger eine möglichst hohe Haftungsrealisierung unter Knappheitsbedingungen zu erreichen. Dies ist nicht allein auf deutsche Kapitalgesellschaften beschränkt, sondern gilt ebenso für ausländische Gesellschaftsformen, insbesondere auch für die Limited nach englischem Recht, bei der die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ist. Die Auffassung, die Antragspflicht und die hieraus resultierende Haftung sei lediglich als Bestandteil des gesellschaftsrechtlichen Systems der deutschen GmbH zu verstehen, ist deswegen nicht stichhaltig, da auch nach dem englischen Recht für die Gesellschaftsform der Limited eine Haftung des Geschäftsführers vorgesehen ist (Sections 213, 214 Insolvency Act, dazu unten). Dieses Haftungsinstitut ist zwar, wie noch zu zeigen sein wird, in dem deutschen Insolvenzverfahren nicht anwendbar. Die Systematik jedoch, bei einer beschränkt haftenden Gesellschaft im Falle einer verspäteten Antragsstellung eine Haftung des Geschäftsführers zu begründen, unterliegt dem Insolvenzrecht. Ein weiteres Argument hierfür ist, dass die Antragspflicht im deutschen Recht nicht auf eine einzelne Gesellschaftsform beschränkt ist, sondern alle Kapitalgesellschaften (§ 64 Abs. 1 GmbHG, § 92 Abs. 2 AktG, § 99 Abs. 1 GenG) sowie die GmbH & Co. KG (§ 130 a Abs. 1 HGB) und den Verein (§ 42 Abs. 2 BGB) betrifft.

Die Frage der Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit führt nicht zu einer möglichen Einordnung in das Gesellschaftsrecht, sondern hat im Falle eines Verstoßes die Folge, dass die Insolvenzverschleppungshaftung möglicherweise nicht angewendet werden kann (dazu unten).

3. Die Anwendbarkeit auf die Limited

Mit der Einordnung der Verschleppungshaftung in das Insolvenzrecht ist dieser Haftungstatbestand unter den Gesichtspunkten des internationalen Privatrechtes in einem deutschen Insolvenzverfahren gemäß Art. 4 Abs. 1 EuInsVO grundsätzlich anwendbar, da diese Haftung der Lex Fori Concursus unterliegt. Zwar besteht nach dem englischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht keine Pflicht des Geschäftsführers einer Limited, Antrag zu stellen. Er unterliegt lediglich im Falle der verspäteten Antragstellung der persönlichen Haftung nach Section 213, 214 Insolvency Act. Dennoch sind auf eine englische Limited, die ihren Schwerpunkt der wirtschaftlichen Interessen in Deutschland hat und daher dem deutschen Insolvenzrecht unterliegt,

27 Mock/Schildt, aaO.

sowohl die Insolvenzantragspflicht des § 64 Abs. 1 GmbHG als auch die daraus resultierende Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB anwendbar. Anders ist dies allerdings wegen des Analogieverbotes im Strafrecht für die Strafbarkeit nach § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG zu sehen.

Die Anwendbarkeit ergibt sich aus der sogenannten kollisionsrechtlichen Substitution.²⁸ Bei der Bezeichnung Substitution geht es um die Gleichwertigkeit fremder Rechtserscheinungen im Tatbestand von Rechtsnormen. Sowohl die deutsche GmbH als auch die englische Limited haften ihren Gesellschaftern nur beschränkt auf ihr Gesellschaftsvermögen. Die englische Limited ist nach deutschem Insolvenzrecht gemäß § 11 InsO insolvenzfähig. Gestützt auf die Insolvenzgründe der §§ 17 bis 19 InsO kann sich die Gesellschaft unter den Schutz des Insolvenzverfahrens flüchten. Hieraus ergibt sich, dass die Gläubiger einer in Deutschland operierenden englischen Limited ebenso wie die Gläubiger einer GmbH den sich aus der Insolvenz resultierenden Ausfallrisiken unterliegen. Die aus der beschränkten Haftung resultierende Notwendigkeit eines Gläubigerschutzes gilt für beide Gesellschaftsformen. Beide Rechtsordnungen bewirken diesen Schutz u. a. mit der Haftung des Geschäftsführers bei verspäteter Antragstellung. Damit kann im Wege der kollisionsrechtlichen Substitution sowohl eine Insolvenzantragspflicht nach deutschem Recht als auch die hieraus resultierende Verschleppungshaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 64 Abs. 1 GmbHG bejaht werden. Nach der Lex Fori Concursus des Art. 4 Abs. 1 EuInsVO ist hierfür auch bei der Limited deutsches Recht anwendbar.²⁹

4. Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit

Als nächstes stellt sich die Frage, ob das gefundene Ergebnis der Haftung des Geschäftsführers nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 64 Abs. 1 GmbHG mit der europäischen Niederlassungsfreiheit vereinbar ist. Die Niederlassungsfreiheit schützt das Recht zur Aufnahme und Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit und zur Gründung von Unternehmen sowie zur Ausübung der Unternehmertätigkeit. Dabei unterliegt allerdings derjenige, der sich auf die Niederlassungsfreiheit beruft, den Bestimmungen, die im Niederlassungsstaat für dessen eigene Staatsangehörige gelten.³⁰

Eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit ist durch die Insolvenzantragspflicht und die daraus resultierende Haftung schon deshalb nicht gegeben, weil die Limited nicht anders behandelt wird als eine deutsche GmbH. Die Limited hat sich den Bestimmungen des Niederlassungsstaates für dessen eigene Angehörige zu unterwerfen. Insoweit unterscheidet sich die Insolvenzverschleppungshaftung nach dem deutschen Recht von der Fallkonstellation in der Überseering-Entscheidung. Dort

28 Vgl. zum Begriff MünchKomm-BGB (Sonnenberger), 4. Aufl. München 2006, Einleitung IPR, Rn. 614.

29 Ebenso Eidenmüller, NJW 2005, 1618, 1620; Kuntz, NZI 2005, 424, 426; Müller, NZG 2003, 414, 417; Borges, ZIP 2004, 733, 739.

30 EuGH 05.11.2002, NJW 2002, 3614 bei Ziff. 56 (Überseering).

waren in einem niederländischen Gesetz Regelungen im Hinblick auf den Gläubigerschutz geschaffen worden, die speziell für ausländische Gesellschaften gelten sollten, die ihren Sitz in die Niederlande verlegen. Insoweit war von einer Diskriminierung der ausländischen Gesellschaften auszugehen. Die Pflicht zur Insolvenzantragstellung resultiert nicht aus der Gesellschaftsverfassung der GmbH, sondern aus den Gedanken des Gläubigerschutzes, der bei sämtlichen juristischen Personen von Bedeutung ist. Es handelt sich damit um eine Pflicht des Geschäftsführers, die sich aus der Teilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr ergibt, ähnlich wie steuerliche oder öffentlich-rechtliche Pflichten. Die Pflicht gilt nicht nur für eine Limited, sondern für alle juristischen Personen des Privatrechts. Es verstößt nicht gegen die Niederlassungsfreiheit, wenn der Sitzstaat derartige Pflichten nach nationalem Recht definiert.³¹ Damit liegt bereits kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit vor, sodass es auf eine eventuelle Rechtfertigung eines Eingriffes nicht mehr ankommt.

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass der Geschäftsführer einer englischen Limited mit Geschäftssitz in Deutschland der Insolvenzantragspflicht unterliegt und bei Verstoß hiergegen nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 64 Abs. 1 GmbHG persönlich haftet.

II. Massesicherungspflicht des Geschäftsführers der Limited gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG

§ 64 Abs. 2 GmbHG begründet einen eigenen Schadensersatzanspruch und schützt die Gläubiger vor der Schmälerung der Insolvenzmasse. Durch die Konkretisierung des Schadens in der Vorschrift wird die Berechnung und damit die Durchsetzung erleichtert.

Wiederum stellt sich im Hinblick auf die Anwendbarkeit auf die englische Limited die Frage, ob die Vorschrift dem Insolvenzrecht oder dem Gesellschaftsrecht zuzuordnen ist. Nur bei insolvenzrechtlicher Einordnung trifft sie mit Art. 4 Abs. 1 EuInsVO auch den Geschäftsführer einer Limited.

Hier gelten die gleichen Überlegungen wie zu der Schadensersatzpflicht nach § 823 Abs. 2 i. V. m. § 64 Abs. 1 GmbHG. Auch hier liegt der Zweck der Haftung darin, zum Wohle aller Gläubiger eine möglichst hohe Haftungsrealisierung unter Knappheitsbedingungen zu bewirken. Eine solche Zielsetzung ist als insolvenzrechtlich zu qualifizieren.³² Die oben angestellten Überlegungen gelten entsprechend, sodass von der insolvenzrechtlichen Verortung des Tatbestandes auszugehen ist.

Damit ist der Tatbestand als insolvenzrechtliche Vorschrift gemäß Art. 4 Abs. 1 EuInsVO auch auf englische Limiteds anzuwenden, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren in Deutschland eröffnet wird. Insoweit gelten die obigen Überle-

31 Borges, ZIP 2004, 733, 740.

32 Ebenso Goette, DStR 2005, 197, 200.

gungen entsprechend, ebenso wie zur Vereinbarkeit der Vorschrift mit der Niederlassungsfreiheit.

III. Haftung des Geschäftsführers wegen Wrongful Trading (Section 214 Insolvency Act) und wegen Fraudulent Trading (Section 213 Insolvency Act)

1. Der Haftungstatbestand

Als Äquivalent zur deutschen Insolvenzverschleppungshaftung kann das wrongful trading nach Section 214 Insolvency Act angesehen werden. Diese Haftung trifft den Geschäftsführer einer Limited, sobald er erkennt oder erkennen muss, dass es keine vernünftige Aussicht darauf gibt, die Insolvenz wegen Überschuldung abzuwenden.³³ Die Haftung kann nicht von den Gläubigern direkt geltend gemacht werden, sondern lediglich von einem Insolvenzverwalter in einem britischen Insolvenzverfahren. Der Geschäftsführer kann sich von der Haftung frei zeichnen, wenn er nachweist, dass er alle Schritte unternommen hat, um ab der erkennbaren Unvermeidbarkeit der Insolvenz alle möglichen Verluste zu minimieren. Dies bedeutet im Ergebnis, dass ab dem Zeitpunkt der Insolvenzreife der Geschäftsführer nicht mehr (nur) den Gesellschaftern gegenüber verantwortlich ist, sondern die Pflicht hat, im Gläubigerinteresse zu handeln. Diese Pflichten treffen auch einen Scheingeschäftsführer (shadow director). Die Rechtsfolgen, d. h. insbesondere die Höhe der Haftung stehen im Ermessen des Gerichts.

Beim fraudulent trading nach Section 213 Insolvency Act haftet der Geschäftsführer, wenn ihm nachgewiesen werden kann, dass er trotz Kenntnis der Insolvenzreife vorsätzlich entgegen den Gläubigerinteressen die Geschäfte der Gesellschaft fortführt. Auch diesen Anspruch kann lediglich der Insolvenzverwalter nach britischem Recht geltend machen. Wie beim wrongful trading stehen die Rechtsfolgen und damit die Höhe der Haftung im Ermessen des Gerichts.

Die wirtschaftliche Bedeutung dieser Vorschriften liegt weniger darin, dass diese bisher zu umfangreiche gerichtliche Inanspruchnahme von Geschäftsführern in England geführt haben. Vielmehr wird dadurch, dass die Geschäftsführer sich entlasten können, ein Anreiz geschaffen, frühzeitig einen Insolvenzeigenantrag zu stellen.

Nach dem englischen Recht kann diese Haftung, wie bereits erwähnt, lediglich von einem englischen Insolvenzverwalter geltend gemacht werden. Für in Deutschland tätige Limiteds, über die ein deutsches Insolvenzverfahren eröffnet wird, stellt sich die Frage, ob diese Vorschriften als materielle Anspruchsgrundlagen für eine Haftungsinanspruchnahme von Geschäftsführern oder faktischen Geschäftsführern herangezogen werden können.

33 Vgl. dazu ausführlich Gower/Davies, *The Principles of Modern Company Law*, 7. Aufl. 2003, 196 ff.

2. Insolvenzrechtliche Einordnung

Hierzu ist zunächst wieder zu klären, ob diese Haftungsvorschriften insolvenzrechtlich oder gesellschaftsrechtlich einzuordnen sind. Nach Art. 4 Abs. 1 EuInsVO kann auf ein deutsches Insolvenzverfahren nur deutsches Insolvenzrecht Anwendung finden. Soweit diese Vorschriften insolvenzrechtlich qualifiziert werden, käme eine Inanspruchnahme der Geschäftsführer hiernach nicht in Betracht. Anders ist dies zu sehen, wenn es sich dabei um materielles Gesellschaftsrecht handelt, da wie oben in Abschnitt B I gezeigt wurde, in Deutschland tätige Limiteds dem englischen Gesellschaftsrecht unterliegen.

Für eine insolvenzrechtliche Qualifizierung spricht zunächst die Regelung durch den englischen Gesetzgeber im Insolvenzgesetz. Dies ist allerdings, wie bereits zur Insolvenzverschleppungshaftung nach deutschem Recht ausgeführt, kein geeignetes Kriterium zur Abgrenzung, da es durchaus zufällig sein kann, in welchem Gesetz ein bestimmter Sachverhalt geregelt wird.

Ausgangspunkt für die Verortung im Insolvenz- oder Gesellschaftsrecht ist der Zweck der Haftung. Geht man davon aus, dass der Geschäftsführer durch diese Vorschriften dazu bewegt werden soll, ab der Unvermeidbarkeit der Insolvenz nur noch im Gläubigerinteresse zu handeln, geht der Zweck der Haftung letzten Endes wie bei der Insolvenzverschleppungshaftung nach deutschem Recht dahin, bei knappen finanziellen Verhältnissen eine möglichst hohe Befriedigungsquote für die Gläubiger zu erreichen. Damit müssen diese Tatbestände als insolvenzrechtlich angesehen werden.³⁴

3. Anwendbarkeit der Vorschrift

Mit der insolvenzrechtlichen Einordnung können die Vorschriften der Sections 213, 214 Insolvency Act in deutschen Insolvenzverfahren nicht angewendet werden, da hier nach Art. 4 Abs. 1 EuInsVO lediglich deutsches Insolvenzrecht Anwendung findet. Hinzu kommt, dass nach dem englischen Recht der Anspruch formell nur durch einen nach englischem Recht eingesetzten Insolvenzverwalter geltend gemacht werden kann.

Der Geschäftsführer einer in Deutschland tätigen Limited haftet daher nicht nach den Grundsätzen des wrongful trading und des fraudulent trading.

Die Nichtanwendbarkeit dieser Vorschriften spricht wiederum für die Unterwerfung des Geschäftsführers einer in Deutschland tätigen Limited unter die deutschen Vorschriften der Insolvenzverschleppungshaftung. Beide Rechtsordnungen sehen in ihrem Insolvenzrecht Haftungstatbestände für den Fall der verspäteten Antragstel-

³⁴ So auch Lawlor, NZI 2005, 432, 434; Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 9, Rn. 32; aA Riegger ZGR 2004, 510, 527, der eine gesellschaftsrechtliche Einordnung vertritt.

lung vor. Im Interesse des Gläubigerschutzes ist es erforderlich, zumindest eine der beiden nationalen Rechtsordnungen für die Frage der Geschäftsführerhaftung anzuwenden. Welche der beiden Rechtsordnungen dies sein soll, beantwortet Art. 4 Abs. 1 EuInsVO dahingehend, dass das Recht des Landes einschlägig ist, in dem das Insolvenzverfahren eröffnet wurde.

IV. Handelndenhaftung gemäß § 11 Abs. 2 GmbHG

Die Handelndenhaftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG begründet eine Haftung derjenigen Personen, die für eine GmbH vor deren Eintragung im Register handeln. Eine englische Limited ist, auch wenn sie nach englischem Recht im dortigen Register (Companies House) eingetragen und damit entstanden ist, nach dem deutschen Handelsrecht auch im hiesigen Handelsregister gemäß § 13 d HGB zum Handelsregister anzumelden. In einem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall³⁵ hatte das Berufungsgericht eine Haftung auf eine analoge Anwendung von § 11 Abs. 2 GmbHG gestützt. Dies wurde damit begründet, dass im Gläubigerinteresse durch Anwendung der Sitztheorie sicher zu stellen sei, dass eine im Ausland gegründete Kapitalgesellschaft mit Tätigkeitsschwerpunkt in Deutschland den deutschen Gründungsvorschriften unterworfen werde. Der Umgehung der Gründungsvorschriften müsse durch eine persönliche Haftung analog § 11 Abs. 2 GmbHG begegnet werden. Die hieraus resultierende Verletzung der Niederlassungsfreiheit sei durch zwingende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt.

Das Berufungsurteil hielt der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der Bundesgerichtshof begründete dies mit einem Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit der Art. 43, 48 EGV, wobei auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH³⁶ Bezug genommen wurde. Weiter wurde die Frage erörtert, ob wegen der fehlenden Eintragung im deutschen Handelsregister die persönliche Haftung als adäquate Sanktion für dieses Versäumnis angesehen werden kann mit der Folge, dass die Haftung unter diesem Gesichtspunkt zulässig wäre. Nach der gesetzlichen Regelung in § 14 HGB ist jedoch als Sanktion lediglich die Festsetzung von Zwangsgeld vorgesehen, nicht jedoch die persönliche Haftung.

V. Haftung der Geschäftsführer nach englischem Common Law und nach Equity

1. Der Haftungstatbestand

Das System des englischen common law ist ein Rechtssystem, welches anders als das kontinentaleuropäische nicht auf geschriebenen Gesetzen beruht, sondern auf

35 BGH 14.03.2005, NJW 2005, 1648.

36 Vgl. oben Fn. 1.

Richterrecht und durch die Gerichte in Form von Einzelfallentscheidungen entwickelt wurde und stetig weiter entwickelt wird.

Unter dem common law wurden für Geschäftsführer einer Limited Sorgfaltspflichten (duties of care and skill) und Treuepflichten (fiduciary duties) entwickelt. Ihre Verletzung führt zu einer Schadensersatzhaftung.

Zu den Sorgfaltspflichten gehört es, die Sorgfalt eines „vernünftigen Menschen“ (reasonable person) anzuwenden, die aufgrund der Kenntnisse und Erfahrungen des Betreffenden von einer Person in seiner Position erwartet werden können. Die Treuepflichten beziehen sich darauf, dass der Geschäftsführer im Interesse der Gesellschaft handelt, ihr Vermögen ausschließlich zu ihrem Vorteil verwaltet und nutzt sowie finanzielle Vorteile, die er in seiner Stellung als Geschäftsführer aus einem Geschäft zieht, an die Gesellschaft abführt. Für die Treuepflicht spielt es ferner eine Rolle, welche Gesellschaftszwecke im Memorandum of Association aufgeführt sind. Soweit Handlungen vorgenommen werden, die hiervon nicht erfasst werden, liegt ebenfalls eine Treueverletzung vor.³⁷

Im Hinblick auf den Gläubigerschutz spielt es eine besondere Rolle, dass die Pflichten des common law bei einem gesunden Unternehmen gegenüber den Gesellschaftern geschuldet sind. Soweit diese bestimmte Handlungen billigen, ist der Geschäftsführer für den entstandenen Schaden nicht verantwortlich. Sobald die Gesellschaft jedoch insolvent wird, gehen die Interessen der Gläubiger denjenigen der Gesellschafter vor. Hieraus ergibt sich eine allgemeine Pflicht der Geschäftsführer, die Interessen der Gläubiger einer insolventen Gesellschaft zu schützen. Dies gilt sowohl für Sorgfalts- als auch für Treuepflichten.³⁸

Ähnliche Treue- und Sorgfaltspflichten wurden unter dem sogenannten Billigkeitsrecht (equity law) entwickelt. Bei dem equity law handelte es sich historisch um eine Korrektur des common law unter Billigkeitsgesichtspunkten. Unter diesem System wurden ebenfalls Sorgfalts- und Treuepflichten entwickelt. Im Laufe der historischen Entwicklung wurden die Pflichten des Common law und das equity law weitgehend angeglichen.³⁹ Es kann mittlerweile von einem einheitlichen Pflichten-system ausgegangen werden.

2. Gesellschaftsrechtliche Einordnung

Die Unterscheidung zwischen common law und equity law spielt allerdings für die Frage eine Rolle, welches Recht in internationalen Fällen anzuwenden ist. In der Entscheidung *Base Metal Trading Ltd. v Shamurin*⁴⁰ entschied der Court of Appeal, dass die Pflichten nach common law dem Deliktsrecht zuzuordnen sind. Nach engli-

37 Vgl. allgemein hierzu Gower/Davies, *Principles of Modern Company Law*, 7. Auflage, 2003, 372 ff.; Lawlor, NZI 2005, 432, 435.

38 Lawlor, NZI 2005, 432, 436; Schall, ZIP 2005, 966, 968.

39 *Bristol and West Building Society v Mothew (t/a Stapley & Co.)* [1996] 4 All ER 698, [1998] Ch 1, [1997] 2 WLR 436, CA.

40 *Base Metal Trading Ltd v Shamurin*, Court of Appeal, Civil division, [2004] EWCA Civ 1316.

schem IPR ist für das Deliktsstatut maßgeblich, wo die Handlung begangen wird. Dies entspricht im übrigen der Regelung des deutschen Rechts in Art. 40 Abs. 1 EGBGB. Alternativ kann nach deutschem Recht der Verletzte verlangen, dass das Recht des Staates anzuwenden ist, in dem der Erfolg eingetreten ist. Bei englischen Limiteds, die ausschließlich in Deutschland handeln, kommt man sowohl nach dem englischen IPR als auch nach beiden Varianten des Art. 40 Abs. 1 EGBGB zur Anwendbarkeit deutschen Rechts.

In der genannten Entscheidung hat jedoch der Court of Appeal entschieden, dass die Ansprüche aus equity ein eigenes Statut gilt, wonach der Ort der Gründung der Gesellschaft maßgeblich ist. Insoweit wird also das Gesellschaftsstatut angewandt.

3. Anwendbarkeit

Dies bedeutet, dass für Sorgfalts- und Treuepflichten unter dem Gesichtspunkt des equity-Rechts für englische Limiteds, die in Deutschland agieren, englisches Gesellschaftsrecht und die daraus resultierende Sorgfalts- und Treuepflichten unter equity-Gesichtspunkten Anwendung finden.

Ein Geschäftsführer kann daher vom deutschen Insolvenzverwalter wegen Sorgfalts- und Treuepflichtverletzungen nach englischem Recht in Anspruch genommen werden. Eine entsprechende Klage ist auch vor einem deutschen Gericht möglich. Ein deutscher Gerichtsstand wird sich in aller Regel aus dem Beklagtenwohnsitz ergeben. Das deutsche Gericht hat dann englisches Recht anzuwenden.

Probleme aus der Niederlassungsfreiheit entstehen hier nicht, da auf die englische Gesellschaft das Recht ihres Heimatstaates angewendet wird.

VI. Kapitalerhaltungshaftung der Gesellschafter

Die Private Company Limited by Shares (Ltd.) kennt kein Mindestkapital.⁴¹ Im Gesellschaftsvertrag, dem sogenannten Memorandum of Association⁴², kann aber eine Kapitalsumme zwischen den Gesellschaftern vereinbart werden. Der Erhalt dieses vereinbarten Gesellschaftskapitals wird sowohl nach common law als auch nach der gesetzlichen Regelung im Companies Act geschützt.⁴³ Die entsprechenden Regelungen sind denen des deutschen GmbH-Rechtes mit dem ihren Voraussetzungen mindestens vergleichbar. So sind Ausschüttungen nach Section 263 Companies Act nur aus konsolidierten, realisierten Gewinnen möglich. Unzulässige Ausschüttungen können jedoch nur von bösgläubigen Empfängern zurückverlangt werden. Zusätz-

41 Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, Rn. 1158; anders ist dies bei der Public Limited Company (Plc.), bei der gesetzlich ein Mindestkapital von £ 50.000,00 vorgeschrieben ist, aaO Rn. 1159.

42 Das Memorandum of Association regelt das Innenverhältnis der Gesellschaft, während in den sogenannten Articles of Association das Außenverhältnis der Gesellschaft geregelt wird.

43 Schall, ZIP 2005, 965, 969; Happ/Holler, DStR 2004, 730, 733.

lich können jedoch die Geschäftsführer für unzulässige Ausschüttungen auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden.⁴⁴

Bei diesen Regelungen handelt es sich um englisches Gesellschaftsrecht. Nach den oben dargestellten Grundsätzen zum Gesellschaftsstatut im Rahmen des internationalen Privatrechts ist auf die in Deutschland tätige Limited nach der Gründungstheorie englisches Recht anzuwenden. Sie unterfallen daher den englischen Vorschriften der Kapitalerhaltung.

Dem gegenüber unterfällt eine in Deutschland tätige Limited nach der Gründungstheorie nicht den §§ 30, 31 GmbHG. Ebenso ist die Wirksamkeit von Sacheinlagen nach englischem Recht zu beurteilen.

VII. Haftung der Gesellschafter wegen Eigenkapitalersatz

1. Der Haftungstatbestand

Das Eigenkapitalersatzrecht erfasst die Konstellation, dass ein Gesellschafter der Gesellschaft in einer Krise finanzielle Mittel zur Verfügung stellt, dies jedoch nicht in der Form von Eigenkapital geschieht, sondern in Form von Nutzungsüberlassungen, Darlehen oder anderen Finanzierungshilfen mit kreditierendem Charakter. Ebenso sind die Regeln des Eigenkapitalersatzes anwendbar, wenn eine solche Finanzierungshilfe nach Eintritt der Krise der Gesellschaft belassen wird, obwohl der Gesellschafter die Möglichkeit gehabt hätte, diese sofort abzuziehen mit der Konsequenz der Insolvenz der Gesellschaft.⁴⁵ Die Folge besteht darin, dass analog § 30 GmbHG derartige Leistungen für die Dauer der Krise nicht zurückgewährt werden können, soweit eine Unterbilanz besteht, d. h. wenn das Vermögen der Gesellschaft zur Deckung des Stammkapitals nicht mehr ausreicht. Erfolgte Zurückzahlungen sind analog § 31 GmbHG an die Gesellschaft zurück zu erstatten. Diese Grundsätze gelten sowohl außerhalb der Insolvenz als auch in einem Insolvenzverfahren. In der Insolvenz kommt als weitere Rechtsfolge die Anfechtbarkeit eigenkapitalersetzender Leistungen nach § 135 InsO hinzu.

2. Gesellschaftsrechtliche Einordnung

Für die Frage, ob diese Regelungen auch auf eine Limited anwendbar sind, über die ein deutsches Insolvenzverfahren eröffnet wurde, ist zu klären, ob Eigenkapitalersatzrecht dem Insolvenzstatut oder dem Gesellschaftsstatut unterfällt. Die Schwierigkeit besteht darin, dass es hier um einen Schnittbereich zwischen Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht geht. Die Anfechtung unterfällt nach Art. 4 Abs. 2 m) Eu-

44 Schall, ZIP 2005, 965, 969.

45 Allgemein zum Eigenkapitalersatz vgl. die Kommentierungen zu § 32 a GmbHG und zu § 135 InsO.

InsVO ausdrücklich dem Insolvenzrecht. Dementsprechend wird in Teilen der Literatur das Eigenkapitalersatzrecht als insolvenzrechtlich qualifiziert.⁴⁶ Begründet wird dies damit, dass das Kapitalersatzrecht unmittelbar der Verwirklichung der insolvenzrechtlichen Haftungsordnung diene. Nach überwiegender Ansicht hingegen werden die Regelungen des Eigenkapitalersatzes als Teil des Gesellschaftsrechtes angesehen.⁴⁷ Eine differenzierende Auffassung geht davon aus, dass das Gesellschaftsstatut darüber entscheidet, ob die Tatbestandsvoraussetzungen, also die Behandlung von Gesellschafterdarlehen als Kapitalersatz vorliegen. Die insolvenzrechtlichen Folgen hingegen sollen sich nach dem Insolvenzstatut richten.⁴⁸

Die rein insolvenzrechtliche Qualifizierung ist abzulehnen. Sie wird darauf gestützt, dass das Kapitalersatzrecht unmittelbar der Verwirklichung der insolvenzrechtlichen Haftungsordnung diene. Dem ist entgegen zu halten, dass sich Rechtsfolgen aus dem Kapitalersatzrecht auch außerhalb der Insolvenz ergeben. Auch hier dürfen in der Krise kapitalersetzende Leistungen nicht an den Gesellschafter zurückgezahlt werden (§ 30 GmbHG analog). Leistungen, die der Gesellschafter dennoch erhalten hat, muss er analog § 31 GmbHG an die Gesellschaft zurückerstatten. Das Kapitalersatzrecht regelt damit nicht nur die Haftungsordnung in der Insolvenz, sondern auch außerhalb eines Insolvenzverfahrens. Die Haftungsverfassung einer Gesellschaft ist eine genuin gesellschaftsrechtliche Frage. Sie unterliegt daher dem Gesellschaftsstatut. Dies ergibt sich auch daraus, dass das Kapitalersatzrecht eine Weiterentwicklung der Kapitalerhaltung nach §§ 30, 31 GmbHG durch die Rechtsprechung darstellt.

Die Anfechtbarkeit nach § 135 InsO sowie die Einstufung kapitalersetzender Forderungen als nachrangig nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO sind hingegen insolvenzrechtlich einzustufen, sodass insoweit das Insolvenzstatut gilt. Die für die Klärung dieser Tatbestände zu beantwortende Vorfrage, ob ein Darlehen oder eine andere Finanzierungsleistung kapitalersetzenden Charakter hat, ist jedoch dem Gesellschaftsrecht zuzuordnen. Insoweit tritt eine Kombination dergestalt ein, dass diese Vorfrage nach dem Gesellschaftsstatut zu klären ist, die Anfechtbarkeit dann jedoch dem Insolvenzstatut unterliegt.

3. Anwendbarkeit der Regelung

Im Ergebnis ist daher für eine Anfechtung nach § 135 InsO Voraussetzung, dass auch die ausländische Rechtsordnung eine Finanzierungsleistung als kapitalersetzend anerkennt.⁴⁹ Dies kann nur der Fall sein, wenn in dem ausländischen Recht ebenfalls die Existenz von kapitalersetzenden Leistungen vorgesehen ist, wie z. B. in

46 Haas, NZI 2001, 1, 9.

47 BGH 25.06.2001, NJW 2001, 3123; Scholz/Westermann, GmbHG, Einleitung Rn. 96; Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, Rn. 314.

48 MünchKomm-BGB (Kindler), IntGesR, Rn. 6.

49 Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, Rn. 315; Müller, NZG 2003, 414, 417.

Österreich. In diesem Fall ist nach dem Gesellschaftsstatut die Einstufung von Darlehen und anderen Finanzierungsleistungen als kapitalersetzend möglich. Dadurch wird der Anwendungsbereich von § 135 InsO eröffnet, der aufgrund des Insolvenzstatutes die Frage der Anfechtbarkeit entscheidet. Dies ergibt sich auch daraus, dass nach Art. 13 EuInsVO und § 339 InsO eine Anfechtung ausscheidet, wenn der Anfechtungsgegner nachweist, dass für eine möglicherweise anfechtbare Handlung das Recht eines anderen Mitgliedsstaates maßgebend ist und die Handlung nach diesem Recht nicht angreifbar ist.

Für das englische Recht, welches keinen Eigenkapitalersatz kennt⁵⁰, ist davon auszugehen, dass Gesellschafterdarlehen oder andere Finanzierungsleistungen der Gesellschafter auch in einer Krise nicht mit haftendem Eigenkapital gleich zu setzen sind. Damit scheidet eine Anfechtbarkeit der Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen bei der englischen Limited nach § 135 InsO aus. Die sich aus der analogen Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG ergebenden Rechtsfolgen scheitern erst recht, da es sich hierbei um Gesellschaftsrecht handelt.

VIII. Existenzvernichtungshaftung der Gesellschafter

1. Haftungstatbestand

Die von der Rechtsprechung entwickelte Existenzvernichtungshaftung⁵¹, welche die Haftung nach dem qualifiziert faktischen Konzern ersetzt, haften die Gesellschafter einer GmbH, wenn sie der Gesellschaft das Gesellschaftsvermögen entziehen, ohne auf die Zweckbindung dieses Vermögens zugunsten der Gesellschaft angemessen Rücksicht zu nehmen und ein Ausgleich über §§ 30, 31 GmbHG nicht möglich ist. Soweit hier durch die Fähigkeit der GmbH, ihre Verbindlichkeiten ganz oder teilweise zu erfüllen nicht unerheblich beeinträchtigt wird, bejaht die Rechtsprechung den sogenannten existenzvernichtenden Eingriff mit der Folge, dass die Gesellschafter den Gläubigern persönlich haften. In der Insolvenz kann dieser Anspruch durch den Insolvenzverwalter gemäß § 93 InsO geltend gemacht werden.

2. Gesellschaftsrechtliche Einordnung

Für die Frage, ob diese Haftung dem Gesellschaftsstatut, dem Insolvenzstatut oder dem Deliktsstatut zuzuordnen ist, ist zunächst wiederum zu klären, welchem Rechtsgebiet diese Haftung angehört. Hierfür kommt es darauf an, worauf die Haftung dogmatisch zu stützen ist.

50 Fleischer, DStR 2000, 1015, 1017.

51 BGH 17.09.2001, NJW 2001, 3622 (Bremer Vulkan); BGH 25.02.2002, NJW 2002, 1803; BGH 24.06.2002, NJW 2002, 3024 (KBV); Vgl. insgesamt zum existenzvernichtenden Eingriff Vetter, ZIP 2003, 601 ff. und Hoffmann, NZG 2002, 68 ff.

Der BGH stützt die Haftung darauf, dass die Haftungsprivilegierung nach § 13 Abs. 2 GmbHG entfällt, wenn es an der Respektierung der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens durch die Gesellschafter mangelt. Die eigentliche Anspruchsgrundlage wird kontrovers diskutiert. Teilweise werden §§ 105, 128 HGB analog herangezogen.⁵² Andere Auffassungen stellen auf eine analoge Geschäftsführerhaftung gemäß § 43 Abs. 3 GmbHG oder auf Treuepflichtverletzungen ab. Gemein ist diesen Auffassungen, dass sie die Haftung als gesellschaftsrechtlich qualifizieren.

Nach anderer Ansicht stellt der existenzvernichtende Eingriff einen insolvenzrechtlichen Tatbestand dar. Ähnlich der Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff. InsO gehe es auch beim existenzvernichtenden Eingriff darum, die Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens zum Nachteil der Gesamtgläubigerschaft rückgängig zu machen.⁵³

Gegen diese Sichtweise ist einzuwenden, dass nach der Rechtsprechung Voraussetzung für das Eingreifen der Existenzvernichtungshaftung ist, dass ein Ausgleich über §§ 30, 31 GmbHG nicht möglich ist. Damit fügt sich die Haftung für den existenzvernichtenden Eingriff in die Systematik der Kapitalerhaltung ein. Diese ist allerdings gesellschaftsrechtlich einzuordnen (s. oben Ziff. VI). Ebenso wie die Kapitalerhaltungsvorschriften ist daher die Existenzvernichtungshaftung als gesellschaftsrechtlich einzustufen.

3. Anwendbarkeit

Hieraus ergibt sich die Anwendung des Gesellschaftsstatutes, sodass die Existenzvernichtungshaftung als Anspruchsgrundlage deutschen Rechts auf die englische Limited nach der Gründungstheorie keine Anwendung findet.⁵⁴

Trotz einer generellen gesellschaftsrechtlichen Qualifizierung des Haftungsinstitutes kann man möglicherweise zu seiner Anwendbarkeit auf die Limited gelangen. Dies kann konstruktiv über eine Sonderanknüpfung auf ausländische Gesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz im Inland geschehen. Hierbei wird beschränkt auf die Frage der persönlichen Gesellschafterhaftung aufgrund existenzvernichtenden Eingriffes nicht auf das Recht des Gründungsstaates, sondern auf das Recht des Sitzstaates rekurriert.⁵⁵ Im Ergebnis handelt es sich dabei um die beschränkte Anwendung der Sitztheorie für den Anwendungsbereich der existenzvernichtenden Haftung. Begründet wird dies mit der Notwendigkeit des Gläubigerschutzes als zwingendem Allgemeininteresse.

52 Hoffmann, NZG 2002, 68, 71.

53 Weller, Europäische Rechtsformwahl und Gesellschafterhaftung, Heidelberg 2004, 282.

54 AG Bad Segeberg, 24.03.2005, NZG 2005, 762; Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, Rn. 343; s. dazu auch Kuntz, NZI 2005, 424, 431.

55 Eidenmüller, ZIP 2002, 2233, 2242; Borges, ZIP 2004, 733, 741; Altmeppen, NJW 2004, 97, 101 f.

4. Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit

Folgt man dieser Auffassung, ist weiter die Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit zu prüfen. Nationale Maßnahmen, die die Niederlassungsfreiheit behindern, können nur unter vier Voraussetzungen gerechtfertigt werden: Sie müssen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden (1). Die Beeinträchtigung muss aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein (2), sie muss zur Zielerreichung geeignet (3) und erforderlich (4) sein. Fehlende Diskriminierung und Geeignetheit liegen sicherlich vor. Als zwingendes Interesse des Allgemeinwohls kommt der Gläubigerschutz in Betracht.

Zweifel bestehen allerdings an der Erforderlichkeit. In der Inspire-Art-Entscheidung hat der BGH die Unvereinbarkeit des Eingriffes mit der Niederlassungsfreiheit damit begründet, dass den Gläubigern, die mit einer Gesellschaft kontrahieren, deren Rechtsform bekannt ist. Sie haben Kenntnis davon, dass für diese andere rechtliche Regelungen gelten, als für inländische Gesellschaften.⁵⁶ Die Gläubiger können sich daher darauf einstellen. Damit fehlt es an der Erforderlichkeit der Sonderanknüpfung an deutsches Recht, sodass der Eingriff in die Niederlassungsfreiheit jedenfalls für vertragliche Ansprüche nicht gerechtfertigt ist.⁵⁷ Hinzu kommt, dass die Erforderlichkeit des Eingriffes auch dann scheitert, wenn das Gründungsrecht in seiner Gesamtheit einen ausreichenden Gläubigerschutz bietet. Für die englische Limited ist zu beachten, dass der Gläubigerschutz dort nicht nur über die persönliche Haftung der Gesellschaft und Geschäftsführer verwirklicht wird, sondern vor allem durch umfangreiche Pflichten zur Einreichung von Unterlagen und Jahresabschlüssen an das Companies House.⁵⁸ Diese Unterlagen sind für jedermann einsehbar.

Eine Haftung der Gesellschafter aufgrund der Rechtsprechung zum existenzvernichtenden Eingriff ist daher zu verneinen.

IX. Piercing the Veil nach Common Law

Auch nach englischem Recht kommt eine Ausnahme zur Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen in Betracht, mit der Folge einer persönlichen Gesellschafterhaftung (sog. piercing the veil, also sinngemäß das Durchstoßen des Schleiers, der das Gesellschaftsvermögen vom Privatvermögen trennt). Diese Fälle sind allerdings auf enge Ausnahmen von Betrugsfällen beschränkt.⁵⁹

Ein solcher Anspruch ist deliktsrechtlich einzuordnen. Insoweit findet das Deliktsstatut Anwendung. Nach der deutschen Regelung in Art. 40 Abs. 1 EGBGB hat

56 EuGH 30.09.2003, NJW 2003, 3331, 3334 bei Ziff. 135.

57 AG Bad Segeberg, 24.03.2005, NZG 2005, 762, 763; Schumann, DB 2004, 743, 748; Kuntz, NZI 2005, 424, 431 f.

58 Vgl. hierzu Luke, Die U. K. Limited, 47 ff.

59 Schall, ZIP 2005, 965, 966.

der Verletzte die Wahl zwischen dem Handlungsort und dem Erfolgsort. Üblicherweise wird man nach beiden Anknüpfungen für die in Deutschland operierenden Limiteds zur Anwendbarkeit deutschen Rechts kommen. Dasselbe gilt nach englischem IPR für den Fall, dass eine Klage vor englischen Gerichten erhoben wird⁶⁰.

*Eine Haftung nach englischem Deliktsrecht kommt daher nicht in Betracht. Allerdings wird in diesen Fällen häufig ein Deliktstatbestand nach deutschem Recht (§ 826 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB) erfüllt sein.

D) Schlussbetrachtung

Grundsätzlich ist die Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt. Eine persönliche Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern kommt im Rahmen eines deutschen Insolvenzverfahrens nur in den dargestellten Fällen in Betracht.

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Geschäftsführer einer in Deutschland operierenden Limited wegen deutscher Insolvenzverschleppungshaftung (§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 64 Abs. 1 GmbHG), wegen Verletzung der Massecicherungspflicht gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG und wegen Verletzung von Sorgfalts- und Treuepflichten nach englischem equity-Recht haften. Die Gesellschafter können nach englischem Recht für die Kapitalerhaltung, sowie ggf. nach deutschem Deliktsrecht in Anspruch genommen werden.

60 S.o. bei C V 2.