

Persönliche Haftung des Alleingeschafters und Directors einer englischen Private Limited Company aus Insolvenzverschleppung und wegen Eingehungsbetruges

§§ 64 Abs. 1 GmbHG, 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB

I. Leitsatz

§ 64 Abs. 1 GmbHG ist nicht als gesellschaftsrechtliche, sondern als insolvenzrechtliche Vorschrift anzusehen.

Die persönliche Haftung aus §§ 64 Abs. 1 GmbHG i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB stellt keine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit dar.¹

II. Sachverhalt

Die Klägerin macht gegen den Beklagten im Wege einer Teilklage Provisionsansprüche für die Vermittlung von Gästen im Wege der Durchgriffshaftung geltend.

Am 19.11.2001 gründete der Beklagte in England eine englische Private Limited Company unter der Firma V-Limited mit einem Gründungskapital von ... deren Alleingeschafters und Director er war. Die V-Limited meldete am 06.01.2002 als Betriebsstätte in Deutschland die Beauty Spa & Wellnessresort ... an. Dabei handelte es sich um eine Schönheitsfarm. Eine Eintragung in das Handelsregister als Zweigniederlassung erfolgte nicht. ...

Am 30.09.2002 schloss die Klägerin mit der V-Limited einen Vermittlungsvertrag, nach welchem die Klägerin für jede Buchungsvermittlung eine Provision in Höhe von...der Buchungssumme erhalten sollte. Im Jahr 2003 vermittelte die Klägerin der V-Limited Gäste und stellte die vereinbarten Provisionen in Rechnung. Im August 2003 waren Provisionsforderungen in Höhe von insgesamt 5.588,39 € offen.

Die V-Limited ist zwischenzeitlich vermögenslos. Ende August 2003 stellte der Beklagte für die V-Limited Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, nahm diesen aber zurück, nachdem das Insolvenzgericht ihn darauf hingewiesen hatte, dass es international nicht zuständig sei.

Die Klägerin hat behauptet, bei Abschluss des Vertrages mit der Klägerin im September 2002 sei die V-Limited bereits zahlungsunfähig und überschuldet gewesen. Dies ergebe sich aus einem Schreiben vom 20.08.2002 an einen Herrn, in welchem der Beklagte um ein Darlehen von 7.000,00 € bat, da die Kosten strapaziert seien, ein Maler bezahlt werden müsse und das benötigte Fahrzeug aus der Werkstatt ausgelöst werden müsse.

Die Klägerin meint, der Beklagte hafte aus Insolvenzverschleppung gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG entsprechend. Das Insolvenzverfahren sei in Deutschland nur wegen unzutreffender Angaben des Beklagten nicht eröffnet worden. Ein Insolvenzverfahren in England scheide wegen Artikel 3 EuInsVO aus, da die Gesellschaft in England nicht über einen Geschäftsbetrieb verfüge. Der Beklagte haftet darüber hinaus auch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB und aus § 826 BGB. Darüber hinaus hafte der Beklagte auch aus existenzvernichtendem Eingriff und Unterkapitalisierung sowie wegen fehlerhafter Firmierung, da er den Rechtsformzusatz Private Company Limited by Shares nicht in den Vertrag aufgenommen habe. Schließlich ergebe sich eine Haftung wegen der fehlenden Eintragung der deutschen Zweigniederlassung. ...

Der Beklagte hat behauptet, die V-Limited sei erst am 27.08.2003 zahlungsunfähig geworden, indem ihr durch Schließung der Schwimmbadanlage die Wirtschaftlichkeit entzogen worden sei.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Klägerin hat gegenüber dem Beklagten keinen Anspruch unter dem Gesichtspunkt der Durchgriffshaftung aus dem Vermittlungsvertrag.

Da es sich bei der V-Limited um eine Gesellschaft nach englischem Recht handle, finde nach den grundlegenden Entscheidungen des EuGH „Überseering“ und „Inspire Art“ grundsätzlich das Recht des Gesellschaftsstatuts, d.h. englisches Recht Anwendung. Dies gelte unmittelbar für Ansprüche aus existenzvernichtenden Eingriff und Unterkapitalisierung, die aus diesem Grunde scheitern müssten. Nur in Ausnahmefällen lasse der EuGH die Anwendung nationalen Rechts zu, wenn ein konkreter Missbrauch der Niederlassungsfreiheit vorliege. Ein solcher sei aber nicht ersichtlich.

Die Klägerin habe keinen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG analog unter dem Gesichtspunkt der Insolvenzverschleppung. Es sei bereits fraglich, ob deutsches Recht insoweit Anwendung finde, da die Haftung für Insolvenzverschleppung gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren sei, was die Anwendung des Gesellschaftsstatuts zur Folge habe. Die Anwendung deutschen Rechts über das Vehikel der Insolvenzverschleppung sei mit dem vom EuGH aufgestellten Grundsätzen nicht vereinbar und würde dazu führen, deutschem Gesellschaftsrecht durch die Hintertür des Insolvenzrechts zur Geltung zu verhelfen. Die Voraussetzungen für eine Insolvenzverschleppung seien aber auch nicht hinreichend dargelegt. Allein aus dem Gründungskapital in Höhe von 2 £ könne kein Rückschluss auf eine Insolvenzverschleppung gezogen werden, da das Stammkapital nicht der Deckung von Verbindlichkeiten diene. Die V-Limited habe sich darüber hinaus in einer Aufbauphase befunden. Eine nur vorübergehende Zahlungsunfähigkeit, wie sie in einer Aufbauphase vorkommen könne, sei nicht einschlägig für die Haftung aus Insolvenzverschleppung.

Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB unter dem Gesichtspunkt des Eingehungsbetruges sei ebenfalls nicht gegeben. Es seien keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür dargetan, dass der Beklagte bereits beim Vertragsschluss mit der Klägerin beabsichtigte, die späteren Rechnungen nicht begleichen zu wollen.

Ein Anspruch aus § 826 BGB bestehe nicht, da nicht auf die deutschen Mindestkapitalvorschriften abzustellen sei und darüber hinaus ein Schädigungsvorsatz nicht ersichtlich sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Urteil des Amtsgerichts Bad Segeberg vom 24.03.2005 verwiesen. ...

III. Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung der Klägerin hat Erfolg. Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 64 Abs. 1 GmbHG sowie aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB. Die rechtlichen Ausführungen des Amtsgerichts insoweit halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Deutsches Insolvenzrecht ist anwendbar²

Die Anwendbarkeit des § 64 Abs. 1 GmbHG folgt aus Artikel 4 EuInsVO. Nach dieser Vorschrift gilt für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen das Insolvenzrecht des Mitgliedstaats, in dem das Verfahren eröffnet wird. Soweit im Falle der V-Limited das Insolvenzverfahren nicht in Deutschland eröffnet worden ist, steht dies der Anwendbarkeit deutschen Insolvenzrechts nicht entgegen. Denn das Amtsgericht Eutin hat sich zu Unrecht als international unzuständig für den Antrag des Beklagten auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens angesehen. Tatsächlich wären deutsche Insolvenzgerichte gemäß Art. 3 EuInsVO international zuständig gewesen, sodass die Eröffnung des Verfahrens jedenfalls nicht aufgrund mangelnder Zuständigkeit abzulehnen gewesen wäre. Die einzige Betriebsstätte der V-Limited befand sich in Deutschland, jedenfalls aber konzentrierten sich die Interessen der Limited auf die bei ... belegene Schönheitsfarm. Es kann aber auch im Übrigen für die Haftung wegen Insolvenzverschleppung nicht darauf ankommen, ob das Insolvenzverfahren tatsächlich eröffnet worden ist.

2. § 64 GmbHG ist insolvenzrechtlich zu qualifizieren

Entscheidend ist vielmehr, ob die entsprechende Vorschrift in § 64 Abs. 1 GmbHG überhaupt dem Insolvenzrecht zuzurechnen ist. Dies ist nach Auffassung der Kammer der Fall. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift. Die Begriffe „zahlungsunfähig“ und „Überschuldung“ nehmen auf die Eröffnungsgründe der §§ 17 und 19 InsO Bezug. Die Vorschrift des § 64 GmbHG dient dem Gläubigerschutz durch Sicherung der Haftungsmasse sowie der Fernhaltung konkursreifer Gesellschaften vom Rechtsverkehr. Der Schutz

¹ Überschrift und Leitsätze von der Verfasserin

² Zwischenüberschriften von der Verfasserin eingefügt

des Geschäftsverkehrs ist Anliegen des Insolvenzrechts, das eben zu diesem Zweck den Insolvenzgrund der Überschuldung eingeführt hat. Auch aus Sinn und Zweck der Vorschriften folgt, dass sie nicht primär dem Gesellschaftsrecht zugeordnet werden kann. Der Zweck des Verkehrsschutzes weist keinen Bezug zum Gesellschaftsstatut auf. Soweit die Vorschrift im GmbHG und damit im Gesellschaftsrecht geregelt ist, hat dies historische Gründe. Die Niederlegung der Insolvenzantragspflicht in den gesellschaftsrechtlichen Regeln ist seit Mitte des 19. Jahrhunderts nicht mehr überdacht worden und daher nicht Ausdruck einer gesetzessystematischen Zuordnung durch den historischen Gesetzgeber (vgl. Borges, ZIP 2004, 733). Das Argument des Amtsgerichts, deutsches Gesellschaftsrecht gelange über den Umweg der Insolvenzverschleppung zur Anwendung, verfängt daher nicht, da § 64 Abs. 1 GmbHG nicht als gesellschaftsrechtliche Vorschrift anzusehen ist.

3. Anwendung deutschen Insolvenzrechts berührt die Niederlassungsfreiheit nicht

Die Anwendung deutschen Insolvenzrechts berührt nach Auffassung der Kammer die Niederlassungsfreiheit nicht. Auch die Entscheidungen des EuGH „Centros“ (EuGH NJW 1999, 2027), „Überseering“ (EuGH NJW 2002, 3614) und „Inspire Art“ (EuGH NJW 2003, 3331) stehen dem nicht entgegen. Aus den genannten Entscheidungen lässt sich lediglich ableiten, dass die Nichtanerkennung grundlegender Vorschriften des gesellschaftsrechtlichen Gründungsstatus eine nicht gerechtfertigte Einschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt. Die dem EuGH zur Entscheidung vorgelegten Sachverhalte unterschieden sich deutlich von dem hier zu entscheidenden: Dort ging es um fundamentale Fragen des Gesellschaftsstatus wie etwa die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft, das aufzubringende Kapital oder die persönliche Haftung des Geschäftsführers im Falle der Verletzung der diesbezüglichen Vorschriften. Dies betrifft Fragestellungen, die mit der Gründung einer Gesellschaft im unmittelbaren Zusammenhang stehen. Im vorliegenden Fall geht es aber um die persönliche Haftung eines Geschäftsführers bei Verletzung der Insolvenzantragspflicht. Dies steht in keinem Zusammenhang mit der Gründung der Gesellschaft in einem bestimmten Staat, sondern vielmehr mit der Tätigkeit der Gesellschaft in einem bestimmten Staat.

4. Persönliche Haftung keine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit

Darüber hinaus kann eine Einschränkung der aus Artikel 43 und 48 EGV fließenden Niederlassungsfreiheit auch deshalb nicht gegeben sein, weil eine persönliche Haftung des Beklagten auch nach Maßgabe des englischen Gründungsstatus in Betracht käme (Wrongful Trading). Ein Director bzw. Geschäftsführer in der Position des Beklagten würde wegen der Anwendbarkeit des § 64 GmbHG nicht davon absehen, in Deutschland eine (Zweig-) Niederlassung zu gründen, weil insoweit ein vergleichbarer Haftungstatbestand wie im Gründungsstaat und weiteren Staaten existieren würde. Soweit die Haftung für Wrongful Trading in Großbritannien im Detail anders gefasst ist, etwa eine Frist für die Stellung des Insolvenzantrages nicht vorgesehen ist, steht dies der Annahme, dass es sich um ein jedenfalls vergleichbares Rechtsinstitut handelt, nicht entgegen. Jedenfalls würde sich daraus nicht ergeben, dass das deutsche Recht den Director bzw. Geschäftsführer einer Limited strenger behandeln würde als das englische Recht, nur weil im deutschen Recht eine Frist vorgesehen ist. Je nach Sachlage kann eine gesetzlich normierte Frist auch eine Begünstigung des Betroffenen darstellen.

Aufgrund dieser Sachlage ist auch nicht davon auszugehen, dass Artikel 4 der EuInsVO gegen das höherrangige Recht aus Artikel 43 und 48 EGV verstößt.

5. Einschränkung durch Insolvenzantragspflicht wäre gerechtfertigt

Eine etwaige Einschränkung der Niederlassungsfreiheit wäre darüber hinaus jedenfalls vor dem Hintergrund des von § 64 Abs. 1 GmbHG intendierten Ziels gerechtfertigt. Der Schutz des Rechtsverkehrs stellt einen zwingenden Grund des allgemeinen Interesses dar. Durch die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags werden in einem anderen Mitgliedstaat gegründete Gesellschaften auch nicht diskriminiert, da die Antragspflicht gleichermaßen auch für inländische Gesellschaften gilt. Die Antragspflicht ist zum Schutz des Rechtsverkehrs auch geeignet und verhältnismäßig. Würde man dies mit dem Amtsgericht anders beurteilen, ergäbe sich auch das Problem eines Normenmangels, der als Rechtfertigungsgrund für eine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit anerkannt ist (vgl. Eidenmüller, NJW 2005, 1618). Würde man § 64 Abs. 1 GmbHG für nicht anwendbar halten, würde gleichwohl aus der internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte gemäß Artikel 3 Abs. 1 EuInsVO zugleich die Unzuständigkeit der englischen Gerichte folgen. Gläubiger der V-Limited können aber in Deutschland keine Ansprüche wegen Wrongful Trading gegen den Beklagten einklagen, denn diese Ansprüche können ausschließlich durch einen Liquidator im Rahmen eines Insolvenzverfahrens in England geltend gemacht werden (vgl. dazu Gräfe, DZWIR 2005, 410). Ein englischer Liquidator würde jedoch wegen § 3 EuInsVO seine Zuständigkeit verneinen. Das hätte zur Folge, dass der Beklagte keinem Insolvenzverschleppungsregime unterliegen würde. Dies erscheint nicht vertretbar, da er dann besser stünde als bei der isolierten Anwendung der Gründungs- oder Sitztheorie (vgl. Redeker, ZinsO 2005, 1035). Aus der Tatsache, dass englisches Insolvenzrecht auf die V-

Limited überhaupt nicht anwendbar ist, folgt zugleich, dass die Auffassung des Amtsgerichts, ein Anspruch wegen Insolvenzverschleppung stelle in Anbetracht der Tatsache, dass das englische Recht mit dem Wrongful Trading über ein vergleichbares Haftungsinstrument verfüge, eine ungerechtfertigte Einschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, nicht zutrifft.

6. Voraussetzungen der Insolvenzverschleppung ...

Die Voraussetzungen der §§ 823 Abs. 2 BGB, 64 Abs. 1 GmbHG sind erfüllt. Der Beklagte hat als Director bzw. Geschäftsführer einer zahlungsunfähigen Gesellschaft schuldhaft nicht unverzüglich, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragt.

§ 64 Abs. 1 GmbHG ist Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB zugunsten der Gläubiger (BGHZ 138, 211, 214). Die Klägerin gehört damit zum geschützten Personenkreis. Die V-Limited war bereits im August 2002 zahlungsunfähig. Zahlungsunfähigkeit liegt gemäß § 17 Abs. 2 InsO vor, wenn die Gesellschaft nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Die V-Limited hat weder Zahlungen an die Klägerin noch an das Ferienparadies ... noch an die Firma ... geleistet. Die mangelnde Zahlungsunfähigkeit ergibt sich auch aus dem Schreiben des Beklagten an Herrn ... nach dessen Inhalt der Beklagte sich ohne das erbetene Darlehen nicht einmal in der Lage sah, seinen Pkw aus der Werkstatt auszulösen. Das Schreiben stammt vom 20.08.2002. Aus der Formulierung des Schreibens („unsere Konten sind derart strapaziert, dass ich keine andere Möglichkeit sehe, als dich zu fragen“) ergibt sich, dass weder die V-Limited noch der Beklagte einen Bankkredit in Anspruch hätte nehmen können. Daraus folgt zugleich, dass es sich nicht lediglich um einen Engpass im Sinne von Startschwierigkeiten handelte. Dies ergibt sich auch aus der Formulierung des Schreibens: „... Die nachfolgenden Zeilen fallen mir schwer, da ich so etwas noch nie gemacht habe, deshalb habe ich auch diese Form gewählt“. Die V-Limited war darüber hinaus im November 2001 und damit neun Monate zuvor gegründet worden. Es dürfte zweifelhaft sein, ob bei dieser Sachlage noch von Startschwierigkeiten gesprochen werden kann. Darüber hinaus ist es für das Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit nicht erforderlich, dass diese dauerhaft besteht. Vielmehr ist als Eröffnungsgrund ausreichend, wenn eine Zahlungsunfähigkeit sich über zwei Wochen erstreckt (Baumbach/Hueck – Schulze – Osterloh, GmbHG, 18. Aufl., § 64 Rdnr. 6). Darüber hinaus hat die V Limited zum fraglichen Zeitpunkt die Zahlungen eingestellt, was nach der Vermutung des § 17 Abs. 2 S. 2 InsO bereits für Zahlungsunfähigkeit spricht.

Soweit der Beklagte bestreitet, dass die Limited bereits im August 2002 zahlungsunfähig gewesen sei, ist dieses Bestreiten angesichts der von der Klägerin konkret vorgetragene Umstände als pauschales Bestreiten nicht erheblich. Daran ändert auch die Behauptung nichts, dass erst im Sommer 2003 ein vertragswidriges Verhalten des Vermieters der Limited die Wirtschaftlichkeit entzogen habe. Der Beklagte hätte darlegen müssen, wie es im August 2002 um die finanzielle Situation der Limited bestellt gewesen sei.

Den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat der Beklagte beim Amtsgericht Eutin erst am 28.08.2003, d. h. erst rund ein Jahr später gestellt, sodass auch die dreiwöchige Frist des § 64 Abs. 1 GmbHG nicht gewahrt ist.

Die Schutzgesetzverletzung ist auf ein schuldhaftes Verhalten des Beklagten zurückzuführen. Ein sorgfältiger Geschäftsführer aus dem Verkehrskreis des Beklagten hätte die Zahlungsunfähigkeit erkannt und unverzüglich den Eröffnungsantrag gestellt.

Die Klägerin hat einen Schaden in Höhe von jedenfalls dem Betrag der Teilklage (601,00 €) erlitten. Sie hat Ende September 2002 und mithin nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der V-Limited den Vermittlungsvertrag abgeschlossen und der Limited Kunden vermittelt. Ihr steht daher als Neugläubigerin (vgl. BGHZ 126, 181, 192 ff) ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses und nicht lediglich eines Quotenschadens zu (Baumbach/Hueck – Schulze-Osterloh, a. a. O., § 64 Rdnr. 92). Zu ersetzen sind daher die im Vertrauen auf die Zahlungsfähigkeit der V-Limited erbrachten Leistungen. Diese sind mit der Höhe der geltend gemachten Provisionen für die Vermittlung von Gästen zu bewerten, die sich auf ... der jeweiligen Buchungssumme belaufen. Der Anspruch ist damit auch der Höhe nach begründet.

7. ... und des Eingehungsbetruges sind erfüllt

Daneben steht der Klägerin auch ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB zu. Bereits beim Vertragsschluss mit der Klägerin nahm der Beklagte zumindest billigend in Kauf, dass er die eingegangenen Verbindlichkeiten, nämlich die Verpflichtung zur Zahlung von Provisionen, nicht erfüllen werde. Dies ergibt sich daraus, dass der Beklagte in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit der Limited den Vermittlungsvertrag abschloss. Nur zehn Tage zuvor hatte er erfolglos Herrn ... um ein Darlehen gebeten, das er nach dem Inhalt seines Schreibens als letzten Ausweg ansah. Der Beklagte hat von Anfang an nicht eine einzige Provisionsforderung der Klägerin beglichen,

obgleich er über mehrere Monate hinweg die Zahlungen der von der Klägerin vermittelten Gäste für die Limited bzw. sich selbst entgegen nahm und verbrauchte. Der Beklagte handelte damit auch in der Absicht, sich bzw. einen Dritten – die Limited – auf Kosten der Klägerin zu bereichern, da der Beklagte die Leistungen der Klägerin, nämlich die Vermittlung von Gästen, entgegen nahm, ohne aber seinerseits die vereinbarte Gegenleistung zu erbringen.

Der Klägerin ist auch bereits bei Vertragsabschluss ein Schaden entstanden. Beim Eingehungsbetrug führt der Abschluss eines Vertrages dann zu einem Vermögensschaden, wenn ein Vergleich der Vermögenslage vor und nach dem Eingehen der schuldrechtlichen Verbindlichkeit ergibt, dass der Getäuschte durch den Vertrag wirtschaftlich schlechter gestellt ist, weil etwa der Täuschende bereits zu diesem Zeitpunkt zahlungsunwillig oder zahlungsunfähig ist (Schönke/Schröder-Cramer, StGB, 27. Auflage, § 263 Rn. 128). So liegt es hier: Aufgrund des Vermittlungsvertrages war die Klägerin zunächst zur kostenlosen Aufnahme der V-Limited in ihrer Datenbank und sodann zur Vermittlung der sich darauf meldenden Interessenten an die Limited verpflichtet, ohne dass die Limited oder der Beklagte hierfür vorleistungspflichtig gewesen wäre. Die Klägerin nahm dadurch eine Vermögensverfügung vor, indem sie Leistungen für die V-Limited erbrachte. Dem stand kein wirtschaftlicher Ausgleich gegenüber, da der Beklagte von Anfang an jedenfalls zahlungsunfähig war.

Jedenfalls ist ein Betrug i. S. d. § 263 StGB darin zu erblicken, dass der Beklagte fortlaufend über Monate hinweg Leistungen der Klägerin entgegennahm, ohne die vereinbarte Gegenleistung zu erbringen. Spätestens dadurch ist der Tatbestand des Betruges vollendet worden.

Nach alledem war das angefochtene Urteil abzuändern und der Klage stattzugeben. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO. Die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10 ZPO.

8. Keine Pflicht zur Vorlage beim EuGH

Die Sache war vor Entscheidung nicht gemäß § 234 EGV dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen im Hinblick auf die Einordnung des § 64 GmbHG und die sich in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit stellenden Fragen. Eine Vorlagepflicht besteht nur dann, wenn die zu klärende Rechtsfrage entscheidungserheblich ist. Daran fehlt es, wenn das Gericht seine Entscheidung auch nur gleichrangig und nicht nur hilfsweise auf eine zweite Begründung stützt, die sein Ergebnis trägt. Eine Entscheidung konnte vorliegend auch ohne eine entsprechende Klärung durch den Europäischen Gerichtshof ergehen, weil die Klage gegen den Beklagten jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des Betruges gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB begründet ist und die Entscheidung daher nicht von der Frage abhängt, ob die Einordnung des § 64 GmbHG als insolvenzrechtlich der Niederlassungsfreiheit zuwider läuft.

Soweit die Kammer sich zu EU-rechtlichen Fragestellungen gleichwohl geäußert hat, ergibt sich daraus nicht die Notwendigkeit einer Vorlage beim Europäischen Gerichtshof.

IV. Anmerkung

Die Brisanz und der Verdienst des vorstehend abgedruckten Urteils des LG Kiels vom 20.4.2006 ist darin zu sehen, dass es zur Kernproblematik im Zusammenhang mit der Behandlung von europäischen Auslandsgesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz Stellung nimmt, nämlich der Anwendung deutscher Gläubigerschutzvorschriften auf solche Gesellschaften bzw. ihre Geschäftsführer und Gesellschafter. Das LG Kiel befand den *director* einer englischen Limited mit inländischem Verwaltungssitz persönlich haftbar für Schulden der Limited aufgrund Insolvenverschleppung (§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 64 Abs. 1 GmbHG). Zu diesem Ergebnis (anders noch die Vorinstanz AG Bad Segeberg Urt. vom 24.03.2005 17 C 289/04 GmbHR 2005 S. 884 ff. mit Anmerkung Dichtl) gelangt das Gericht im wesentlichen aufgrund der Überlegung, dass (1.) § 64 Abs. 1 GmbHG als insolvenzrechtliche Vorschrift zu qualifizieren und damit über die EU-Insolvenzverordnung (EuInsVO) auf eine Limited mit inländischem Verwaltungssitz im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften anwendbar sei und (2.) die persönliche Haftung des *director* einer Limited aufgrund Insolvenverschleppung keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 u. 48 EGV darstelle.

Die Ausführungen sind für die Entscheidung in weiten Teilen nicht nötig gewesen, wie das Gericht selbst anführt, denn für eine Haftungsinanspruchnahme hätte die gleichzeitig entschiedene Haftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB (insofern ebenfalls

entgegengesetzt den Wertungen der ersten Instanz) ausgereicht. Umso mehr verdienen die Ausführungen zur Haftung über § 64 GmbHG Aufmerksamkeit, denn diese Ausführungen entziehen sich einer Überprüfung des EuGH.

Im Schrifttum wird die Qualifikation der Insolvenzantragspflicht nach § 64 Abs. 1 GmbHG spätestens seit den EuGH-Urteilen Überseering (BB 2002, 2402 ff.) und Inspire Art (BB 2003, 2195 ff.) viel und kontrovers diskutiert. Vertreten werden sowohl eine gesellschaftsrechtliche als auch eine insolvenzrechtliche und daneben eine deliktsrechtliche Qualifikation (vgl. Darstellung des aktuellen Meinungsstandes bei Huber in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland (2005), S. 311 m. w. N.).

Die kollisionsrechtliche Prüfung der Anwendung des § 64 GmbHG entscheidet zunächst nur über das „Ob“ der Anwendbarkeit einer inländischen Norm nach innerdeutschem Recht. In einem zweiten Schritt muss diese Norm bei europäischen Auslandsgesellschaft noch dahingehend geprüft werden, ob sie mit Europarecht in Einklang zu bringen ist. Mit anderen Worten ist die kollisionsrechtliche Qualifikation nur Teilaspekt im Rahmen der Prüfung der Anwendbarkeit. Wäre nur und ausschließlich die Qualifikation einer Norm für ihre Anwendbarkeit ausschlaggebend, bliebe es den Mitgliedstaaten unbenommen, mittels Qualifikation einer Vorschrift ihre Anwendbarkeit zu „erschleichen“. Ausschlaggebend ist allein die Frage, ob eine Beschränkung (hier der Niederlassungsfreiheit) vorliegt. Eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit liegt immer dann vor, wenn ihre Ausübung behindert oder zumindest weniger attraktiv gemacht wird (EuGH v. 30.9.2003, Rs. C 167/01 – Inspire Art, BB 2003, 2195 ff.). Bei einer gesellschaftsrechtlichen Qualifikation einer Norm stellt diese Norm nach den Grundsätzen des Überseering-Urteils (BB 2002, 2402 ff.) immer eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar; die Anwendung der Norm kommt dennoch in Betracht, wenn sie gerechtfertigt ist. Eine Beschränkung ist gerechtfertigt, wenn ein zwingender Grund des Allgemeinwohls vorliegt, die beschränkende Maßnahme in nichtdiskriminierender Weise angewandt wird und zur Erreichung des Ziels geeignet und erforderlich ist. Qualifiziert man § 64 Abs. 1 GmbHG insolvenzrechtlich, so wie das vorliegende Urteil sich entschlossen hat, ist ebenfalls eine Prüfung dahingehend vorzunehmen, ob eine Beschränkung des Europarechts vorliegt, denn, wie ausgeführt, ist unabhängig von der Qualifikation die Anwendbarkeit einer Norm im Rahmen der Ausübung der Niederlassungsfreiheit auf eine potentielle Beschränkung zu untersuchen. Liegt eine Beschränkung vor, ist deren Rechtfertigung zu untersuchen.

Das LG Kiel kommt, diesem aufgezeigten Weg der Prüfung einer Beschränkung des Europarechts richtigerweise folgend, zu dem Ergebnis, dass, bei insolvenzrechtlicher Qualifikation, in der Anwendung des § 64 Abs. 1 GmbHG keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gegeben sei, weil eine persönliche Haftung auch nach Maßgabe des englischen Rechts aufgrund des Haftungsinstituts des *wrongful trading* in Betracht käme. Dieses sei ein vergleichbarer Haftungstatbestand. Ob § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 64 Abs. 1 GmbHG und das englische *wrongful trading* bezüglich Tatbestandsvoraussetzung und Rechtsfolge vergleichbare Haftungstatbestände sind, muss an dieser Stelle nicht weiter diskutiert werden.

Relevant ist der angesprochen Rechtsfolgenvergleich nicht, denn entscheidend ist vielmehr, dass § 64 Abs. 1 GmbHG isoliert kein Haftungstatbestand ist, sondern „nur“ eine Handlungsverpflichtung, nämlich eine Antragspflicht innerhalb eines bestimmten Zeitraums, aufstellt. Eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 64 Abs. 1 GmbHG kann nur relevant werden, wenn eine Antragspflicht gegeben ist. Über die EulnsVO lässt sich keine Insolvenzantragspflicht begründen, weil diesbezüglich ein Zirkelschluss vorliegt (vgl. Zöllner, GmbHR 2006, I, 6 f.).

Nach englischem Recht trifft den *director* einer Limited keine Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags (vgl. Schall, ZIP 2005, 965, 966). Die Insolvenzantragspflicht eines *limited-director* nach § 64 Abs. 1 GmbHG wäre demnach eine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit, weil sie die Ausübung der Niederlassungsfreiheit weniger attraktiv macht (ebenso Mock/Schildt in Hirte/Bücker, grenzüberschreitende Gesellschaften (2005), S. 482). Es liegt daher, wenn die Norm, über ihre wörtliche (!) Auslegung hinaus, anwendbar sein sollte, eine Beschränkung vor, deren Rechtfertigung zu untersuchen wäre. Nur dann, wenn die Beschränkung gerechtfertigt wäre, kann eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 64 Abs. 1 GmbHG relevant werden.

Ein Verdienst des Urteils liegt weiter darin, sich nicht mit der Entscheidung zu begnügen, (die Haftung aus) § 64 GmbHG sei keine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit, sondern, sozusagen als Hilfsgutachten, zu unterstellen, dass durch die Anwendung des § 64 Abs. 1 GmbHG eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit vorliegt, um diese sodann auf ihre Rechtfertigung zu überprüfen. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist eine Beschränkung gerechtfertigt, wenn ein zwingender Grund des Allgemeinwohls vorliegt, die beschränkende Maßnahme in nichtdiskriminierender Weise angewandt wird und zur Erreichung des Ziels geeignet und erforderlich ist. Dem Urteil ist insoweit zuzustimmen, als dass (abstrakt) der Schutz von Gläubigern ein zwingender Grund des Allgemeininteresses darstellt, die Insolvenzantragspflicht auf einen *director* einer englischen Limited nicht diskriminierend wirkt und im Sinne des Gläubigerschutzes geeignet

ist. Bei der Erforderlichkeit begnügt sich das LG Kiel damit, dass es behauptet, ohne die Anwendung des § 64 Abs. 1 GmbHG entstünde ein Normenmangel, weil englisches Insolvenzrecht aufgrund der EuInsVO und damit das Institut des *wrongful trading* nicht zur Anwendung kommen könnte. Dieser Ansicht kann aus verschiedenen Gründen nicht gefolgt werden.

Das LG Kiel prüft bedauerlicherweise nicht weitere gesellschaftsrechtliche Haftungsansprüche des englischen Rechts, insbesondere nicht die gesellschaftsrechtlich zu qualifizierende Insolvenzhaftung des *director* nach Common Law (hierzu Schall, ZIP 2005, 965, 973; Rehm in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht (2004), S. 347). Der Rechtfertigungsgrund des Normenmangels, so es ihn geben sollte, würde dann nämlich entfallen.

Art. 20 GG verlangt für staatliches Handeln eine Ermächtigungsgrundlage. Staatliches Handeln bedeutet nicht, dass ein Gericht feststellt, dass ein Sachverhalt regelungswürdig ist und angesichts fehlender Norm nun einen Normenmangel feststellt und diesen, gleichsam heilend, eine Norm ersatzweise anwendet. Schon in sich ist dieser Weg merkwürdig, denn das Fehlen einer Norm kann nicht damit geheilt werden, dass nun eine andere Norm bejaht wird. Der Weg der Neuschöpfung einer Norm, die eine (angebliche) Regelungslücke füllen soll, ist dem Gesetzgeber vorbehalten.

Das englische Recht besitzt wie das deutsche Recht ein in sich kohärentes Gläubigerschutzsystem, welches, wenn auch verschieden, aber ebenfalls funktioniert. Dabei soll an dieser Stelle keine Einordnung getroffen werden, welche englischen Normen eher dem Gesellschaftsrecht oder eher einer insolvenzrechtlichen Betrachtung zuzuordnen sind. So steht in England der Fremdantrag im Vordergrund, an den nach englischem Recht geringere Anforderungen gestellt werden als im deutschen Recht (vgl. Hirte/Mock, ZIP 2005, 474, 477). Dieses wenn auch verschieden konzipierte System eines anders ausgestatteten Gläubigerschutzes ist dennoch nach der europarechtlichen Gründungstheorie für eine Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland anwendbar. Selbst wenn in England der Gläubigerschutz tendenziell niedriger sein sollte als in Deutschland, ist dieser Umstand nach der europarechtlichen Gründungstheorie hinzunehmen. Dieses ist offensichtlich bei anderen Aspekten, da bekanntermaßen - als Beispiel - eine Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland kein der GmbH vergleichbares Stammkapital aufbringen muss (Überseering) und ein fehlendes Mindestkapital nicht durch eine persönliche Haftung kompensiert werden darf (Inspire Art; BGH v. 14.3.2005, NJW 2005, 1648). Mit anderen Worten: In England fehlt es nicht am Gläubigerschutz, bloß weil die Antragspflicht des nach § 64 Abs. 1 GmbHG in England nicht besteht.

Daraus folgend kommt eine Anwendung des § 64 Abs. 1 GmbHG und somit eine Haftung des *director* einer Limited nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 64 Abs. 1 GmbHG nicht in Betracht.

Petra Korts, RA, FAStR, MBA, Köln (Korts Rechtsanwaltsgesellschaft mbH)