



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Haftung des Geschäftsleiters in der Insolvenz
am Beispiel der GmbH und Private Company Limited by
Shares“**

Dissertation vorgelegt von Isabel von Gerstenbergk-Helldorff

Erstgutachter: Prof. Dr. Dres. h.c. Werner F. Ebke

Zweitgutachter: Prof. Dr. Marc-Philippe Weller

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

1. Einleitung

Die Arbeit befasst sich mit der rechtsvergleichenden Darstellung der Haftung des GmbH-Geschäftsführers sowie des *director* der Private Company Limited by Shares („Limited“) in der Insolvenz. Durch die rechtsvergleichende Darstellung zeigt die Verfasserin Vor- und Nachteile haftungsrechtlicher Ansprüche gegen die Geschäftsleiter unter Berücksichtigung der neuen Gesetzeslage sowohl des deutschen als auch des englischen Rechts auf. Die Arbeit gliedert sich unter Einbeziehung der jüngsten Reformen des deutschen und englischen Rechts daher in einen deutschen, englischen, rechtsvergleichenden und europarechtlichen Teil.

2. Die Haftung des Geschäftsführers in der Insolvenz der GmbH

Mit Einführung des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen („MoMiG“) zum 01.11.2008 und der darin umgesetzten Unternehmergesellschaft reagiert der deutsche Gesetzgeber auf das durch die EuGH-Rechtsprechung in Sachen Centros, Überseering und Inspire Art geschaffenen Einfallstor für ausländische Kapitalgesellschaften wie der Limited und schafft eine konkurrenzfähige Alternative. Durch die vorgenannte EuGH-Rechtsprechung zu Zuzugsfällen innerhalb der EU schnellte die Zahl der in Deutschland tätigen Limited bis zum Jahr 2009 an. Mit der steigenden Anzahl der Limited in Deutschland– die nach englischem Recht und zu Lasten der Gläubiger kein gesetzliches Mindestkapital vorsieht – stellte sich die Frage nach der Anwendbarkeit deutscher und englischer Haftungsinstitute in der Insolvenz sowie ggf. Alternativen zur deutschen Insolvenzverschleppungshaftung.

Nach deutschem Recht gibt es eine Vielzahl an Haftungsansprüchen, die im Falle eines Fehlverhaltens des GmbH-Geschäftsführers in der Krise bzw. Insolvenz der Gesellschaft eingreifen und eine umfangreiche persönliche Haftung des Geschäftsführers normieren. Die Ansprüche befinden sich vor allem im GmbH-Gesetz und in der Insolvenzordnung und finden teils direkt teils in Verbindung mit deliktsrechtlichen Normen (§§823, 830 BGB) Anwendung. Die Ansprüche stehen vor allem der Gesellschaft (Haftung im Innenverhältnis) und den Gläubigern (Haftung im Außenverhältnis) zu.

Zentraler Anspruch der Gläubiger gegenüber dem GmbH-Geschäftsführer ist die Haftung wegen Insolvenzverschleppung gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 InsO. Die Vorschrift des § 15a Abs. 1 InsO stellt ein Schutzgesetz zugunsten der Gesellschaftsgläubiger dar. Gemäß § 15a Abs. 1 S. 1 InsO hat der Geschäftsführer bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, einen Eröffnungsantrag zu stellen. Der Beginn der dreiwöchigen Antragspflicht richtet sich nach herrschender Meinung nach der objektiven Erkennbarkeit der Insolvenzreife.

Der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn es der Gesellschaft wegen eines nicht nur vorübergehenden Mangels an Zahlungsmitteln nicht mehr möglich ist, den wesentlichen Teil ihrer fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen (§ 17 Abs. 2 S. 1 InsO). Nach der Legaldefinition des § 19 Abs. 2 S. 1 InsO liegt eine Überschuldung vor, wenn das Vermögen der Gesellschaft die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Gemäß dem Überschuldungsbegriff nach § 19 Abs. 2 InsO in der Form des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes („FMStG“) ist eine Überschuldung gegeben, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. Eine rechnerische Überschuldung liegt mithin nicht vor, sofern die Fortführung des Unternehmens überwiegend wahrscheinlich ist. Das prognostische Moment (Fortführungsprognose) und das exekutorische Element (Bewertung des Schuldnervermögens nach Liquidationswerten) stehen gleichwertig nebeneinander.

Der Geschäftsführer hat im Rahmen der Fortführungsprognose einen Beurteilungsspielraum. Er hat Vorsatz und Fahrlässigkeit (objektive Erkennbarkeit) zu vertreten. Die Geschäftsaufteilung mehrerer Geschäftsführer ist nicht geeignet, die Verantwortung auf einen oder bestimmte Geschäftsführer zu verlagern.

Im Rahmen des Anspruchs aus Insolvenzverschleppung können Altgläubiger den sog. Quotenschaden ersetzt verlangen. Vertragliche Neugläubiger können den sog. Vertrauensschaden geltend machen. Gesetzliche Neugläubiger (z.B. Sozialversicherungsträger) können sich nach einschlägiger Rechtsprechung nicht auf die Geltendmachung des Vertrauensschadens berufen, da ihre Gläubigerstellung nicht auf eine Versäumung der Antragspflicht durch den Geschäftsführer beruht. Den Anspruch aus Insolvenzverschleppung gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO macht für die Altgläubiger der Insolvenzverwalter gemäß § 92 InsO als Gesamtschaden geltend. Die Neugläubiger machen ihren Schaden als Individualschaden selber geltend.

Die anspruchsbegründenden Voraussetzungen der Insolvenzantragspflicht (Insolvenzgrund, Ablauf der dreiwöchigen Antragspflicht und Schadensumfang) haben die Gläubiger darzulegen und zu beweisen: Das Verschulden des Geschäftsführers wird dann vermutet. Weisungen der Gesellschafterversammlung, die zu einer existenzvernichtenden Maßnahme der Tochtergesellschaft anleiten, sind für den Geschäftsführer der abhängigen GmbH unbeachtlich und lösen weder Folgeverpflichtungen noch eine Freistellungswirkung des Geschäftsführers aus. Eine Teilnahme des Mutterkonzerns ist gemäß § 830 Abs. 2 BGB in Betracht zu ziehen, wenn das herrschende Unternehmen mittels Weisung die Insolvenzantragstellung des Geschäftsführers verhindert oder verzögert. Der Anspruch aus Insolvenzverschleppung verjährt gemäß den Vorschriften der §§ 195, 199 BGB innerhalb von drei Jahren.

3. Die Haftung des *director* einer insolventen *Private Company Limited by Shares*

Das englische Rechtssystem, das im Gegensatz zum kontinentaleuropäischen Muster dem *case and common law*-Prinzip folgt, hat verschiedene Entwicklungsstadien bis zur Haftung des Geschäftsleiters durchlaufen. Die Haftung des handelnden oder unterlassenden *director* einer *company* bemisst sich mittlerweile an einer jahrhundertlang gewachsenen Rechtsprechung (*case law*) sowie normiertem Recht (*statute law*).

Das höchstrichterlich festgesetzte Trennungsprinzip (*Salomon principle*) sorgte für heftige Kritik, da es Kaufleuten die Möglichkeit eröffnete, eine Gesellschaft weit über das Gesellschafts- und Deckungsvermögen hinaus zu belasten und auf Kosten der Gläubiger fortzuführen. Eine persönliche Einstandspflicht des *director* wurde mit dem Fokus auf die rechtliche Selbstständigkeit der Gesellschaft zunächst verneint. Das Trennungsprinzip wurde sodann durch das englische Fallrecht hinsichtlich drei Fallgruppen durchbrochen (*piercing the corporate veil: single economic unit, mere facade or sham, agency*). Neben den ursprünglich durch Fallrecht anerkannten Treuepflichten der *director* hat der Gesetzgeber in den sec. 213, 214 Insolvency Act 1986 („IA 1986“) zwei bedeutende Haftungsinstitute normiert: *fraudulent trading* und *wrongful trading*.

Aufgrund der hohen, schwer beweisbaren Anforderungen an die betrügerische Absicht des *fraudulent trading* gemäß sec. 213 IA 1986 ist im Falle eines Hinauszögern der Insolvenz oder gar eines Verschweigens gegenüber den Gläubigern vor allem der Anspruch wegen *wrongful trading* gemäß sec. 214 IA 1986 als Ausnahme zum *Salomon principle* interessant. Die Einführung des *wrongful trading* sollte die Unzulänglichkeiten in der Haftung auffangen und die schwierige Beweissituation im Rahmen des *fraudulent trading* ausgleichen. Daneben hat die im englischen *case law* verankerte gesellschaftsrechtliche Figur des *lifting the corporate veil* wegen ihrer engen Voraussetzungen nur noch geringe praktische Bedeutung.

Die Gesellschaft muss sich in einer insolvenzbedingten Abwicklung und Beendigung befinden. Das Liquidationsverfahren kann von der Gesellschaft bzw. den Gesellschaftern, den *director* oder den Gläubigern beantragt werden. Ausschlaggebend ist der Insolvenzgrund der Überschuldung. Er liegt vor, wenn das Gesellschaftsvermögen nicht mehr ausreicht, um die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu decken. Zur Ermittlung der Überschuldung ist ein sog. *balance sheet test* (im Gegensatz zum *cashflow test*) unter Berücksichtigung sämtlicher Verbindlichkeiten der *company* aufzustellen. Im Gegensatz zum deutschen Recht kennt das englische Insolvenzverschleppungsrecht im Rahmen des *wrongful trading* mithin lediglich den Insolvenzgrund der Überschuldung. Bei der Beurteilung der Erkennbarkeit der Überschuldung ist ein ex-ante-Maßstab anzuwenden. Kreis der Verantwortlichen dieses Anspruchs sind die *executive* und *non-executive director*, die *shadow director* und die *de facto director*.

Gemäß sec. 214 (4) IA 1986 ist die Frage der Erkennbarkeit der Insolvenzreife grundsätzlich nach allgemeinen Fähigkeiten zu beurteilen, die von einem Geschäftsleiter in seiner Stellung vernünftigerweise erwartet werden kann. Er hat sich anhand seiner eigenen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen auch daran messen zu lassen, wie ein gewissenhafter und ordentlicher Dritter in gleicher Position gehandelt hätte. Ein etwaiges Sonderwissen wirkt haftungsverschärfend. Entscheidend ist der sog. *moment of truth*, also die Kenntnis, dass eine vernünftige Aussicht auf Abwendung einer insolvenzbedingten Liquidation nicht mehr besteht. Eine Exkulpation des *director* ist gesetzlich zwar vorgesehen, aber schwer beweisbar.

Der Anspruch aus *wrongful trading* auf Schadensersatz wird vom Liquidator geltend gemacht. Alt und Neugläubiger erhalten jeweils den Quotenschaden. Zahlt der Geschäftsleiter die Kompensationszahlungen in das Gesellschaftsvermögen ein, werden diese von einer *floating charge*, einem vollumfänglichen Sicherungsrecht der Gläubiger, nicht erfasst. Sie können unter den ungesicherten Gläubigern verteilt werden. Die Geltendmachung des Anspruchs aus *wrongful trading* hat innerhalb von sechs Jahren ab insolvenzbedingter Liquidierung zu erfolgen.

Der Anspruch aus *wrongful trading* kann ggf. neben anderen Ansprüchen des englischen Rechts geltend gemacht werden. Nebeneinander einklagbar sind z.B. Ansprüche aus *wrongful trading* gemäß sec. 214 IA 1986 sowie wegen Verletzung der Treuepflichten aus *misfeasance proceedings* gemäß sec. 212 IA 1986. Schadensersatzzahlungen aufgrund des Anspruchs nach sec. 212 IA 1986 werden allerdings von einer *floating charge* erfasst, so dass eine Kompensationszahlung ggf. erst unter den gesicherten Gläubigern verteilt werden muss. Die Geltendmachung der Verletzung der *director's duties* neben einem Anspruch aus *wrongful trading* kann sinnvoll sein: im Gegensatz zum späten Zeitpunkt des *moment of truth* wird die Haftung zu einem früheren Zeitpunkt begründet und hat einen weiterreichenden Anwendungsbereich, da sie keine Liquidierung des Unternehmens voraussetzen und in sämtlichen Insolvenzverfahren anwendbar sind.

4. Rechtsvergleichung

Die langjährige Mitgliedschaft Deutschlands sowie des Vereinigten Königreichs in der jetzigen EU sowie die weitgehende nationale Normierung europäischer Vorgaben bedingt die Entwicklung beider Rechtssysteme und Annäherung des anglo-amerikanischen sowie des kontinentaleuropäischen Gesellschaftsrechts. Beide Rechtssysteme zeigen sich äußerst gläubigerfreundlich.

Die Rechtsinstitute der Insolvenzverschleppungshaftung und des *wrongful trading* ähneln sich, haben aber auch entscheidende Unterschiede. Die deutsche Insolvenzverschleppungshaftung folgt mit ihrer Verlagerung in die Insolvenzordnung einem europäischen Trend, diese insolvenzrechtlich und nicht gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren. Das Rechtsinstitut des *wrongful trading* ist schon seit Jahrzehnten mit dem englischen Insolvenzrecht verwurzelt. Durch die Neupositionierung besiegelt der

deutsche Gesetzgeber einen langen Streit um die Einordnung der Insolvenzverschleppung und die Haftung der Geschäftsleiter von insolventen, in Deutschland ansässigen EU-Auslandsgesellschaften im Sinne der Art. 3, 4 EuInsVO.

Die deutsche Insolvenzverschleppungshaftung bietet dem Gesellschaftsgläubiger einen weitreichenderen Schutz als nach *wrongful trading*. Das Ineinandergreifen der deutschen Insolvenzverschleppungshaftung, die Haftung für nachteilige Einflussnahme (z.B. im Konzernrecht: §§ 302 f. AktG) und das Kapitalersatzrecht bietet eine punktgenaue Verteilung von Haftungsrisiken im deutschen Recht. Der deutschen und englischen Rechtsordnung ist eine Haftung des Geschäftsleiters unabhängig von der rechtswirksamen Organstellung, gemein. Allerdings werden Hintermänner nach deutschem Recht eher selten und nur ausnahmsweise in die Haftung genommen. Nach englischem Recht wird dies weitaus großzügiger nach den Maßstäben des *shadow director* gehandhabt. Der Mutterkonzern wird daher nach englischem Recht sorgfältiger und gläubigerfreundlicher vorgehen. Die Neuerungen des MoMiG, insbesondere im Fall der Geschäftsführerlosigkeit, lassen allerdings eine Haftungsausweitung auf die Gesellschafter erkennen.

Aufgrund des mangelnden gesetzlichen Eigenkapitals liegt bei der Limited schnell eine Überschuldung vor – gleiches gilt nunmehr für die haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft („UG“). Der nunmehr geltende entfristete Überschuldungsbegriff i.S.d. FMStG – bei positiver Fortbestehungsprognose ist eine Überschuldung zu verneinen – ähnelt dem englischen Recht insoweit, dass der *director* bei positiver Fortbestehungsprognose zur Sanierung der Gesellschaft ermutigt wird und eine Insolvenzantragspflicht nicht besteht. Die deutsche Insolvenzverschleppungshaftung fordert Verschulden (Vorsatz, Fahrlässigkeit). Das englische *wrongful trading* hat hingegen höhere Maßstäbe. Es verlangt die objektive und subjektive Erkennbarkeit der Insolvenzreife und nimmt den *moment of truth* vergleichsweise spät an. Im Rahmen des *moment of truth* sind die subjektive Kenntnis, dass eine vernünftige Aussicht auf Abwendung einer insolvenzbedingten Liquidation nicht mehr besteht, sowie der Zeitpunkt, ab welchem diese Kenntnis vorzuliegen hat, schwer bestimmbar. Der Zeitpunkt der deutschen Insolvenzverschleppung bemisst sich an der objektiven Erkennbarkeit, setzt dementsprechend früher ein und verkürzt den Zeitraum, die Insolvenzmasse zum Nachteil der Gläubiger zu schmälern. Das englische Recht kennt zudem keine Insolvenzantragspflicht. Eine der Dreiwochenfrist ähnelnde Vorgabe ist nicht vorgesehen.

Der Schaden nach deutschem Recht erfasst sowohl den Quotenschaden hinsichtlich der Altgläubiger als auch den Vertrauensschaden der vertraglichen Neugläubiger. Betrachtet wird der Zeitraum zwischen Überschuldung bis Antragstellung. Beim *wrongful trading* wird der Verlustausgleichsschaden erfasst, der den Gläubigern durch Weiterführung nach dem *moment of truth* bis zur Liquidation entstanden ist. Dies entspricht dem Ersatz des Quotenschadens für Alt- und Neugläubiger. Zudem haben englische Gerichte einen Ermessensspielraum je nach Grad des Verschuldens.

Im englischen Recht wirken sich die Gleichbehandlung von Alt- und Neugläubigern sowie ein mangelndes eigenes Klagerecht auf die Finanzierung des Prozesses aus. Noch dazu begründet der Anspruch wegen *wrongful trading* eine Innenhaftung der Limited gegenüber dem *director*. Nach deutschem Recht wird hingegen eine Außenhaftung begründet. Im Gegensatz zur englischen Schadensberechnung lässt § 287 ZPO nicht die Möglichkeit offen, die Haftungshöhe nach der Schwere des Verschuldens und moralischer Motive zu begründen und eine Abstufung nach dem Verschuldensgrad vorzunehmen. Im englischen Recht kann dabei durchaus ein strafender Charakter in die Schadensbewertung einfließen. Der Beurteilungsspielraum des Geschäftsleiters ist allerdings in beiden Rechtskreisen nur eingeschränkt überprüfbar, wobei die Dreiwochenfrist nach deutschem Recht den Aktionsradius des Geschäftsführers extrem einschränkt.

Allerdings herrschen im deutschen Recht strenge Reaktionspflichten (z.B. §§ 43, 49 Abs. 3 GmbHG), die durch Aufnahme eines *wrongful trading* nicht optimiert werden können. Die Überwachungspflichten, die vom *wrongful trading* eingeschlossen sind, werden im deutschen Recht von anderen Vorschriften abgedeckt. Eine Haftungsausdehnung im deutschen Recht hätte erhebliche Einbußen der unternehmerischen Handlungsfreiheit zur Folge. Die objektive Erkennbarkeit des Vorliegens eines Insolvenzgrundes bietet einen ausreichenden Gläubigerschutz, der nicht zwangsläufig durch einen vorverlagerten Auslösungszeitpunkt verbessert werden kann. Das *wrongful trading* stellt im Vergleich zu den geltenden deutschen Regelungen einen Rückschritt dar, der den Gläubigerschutz keinesfalls optimiert. Die Gesellschaftsgläubiger sind durch das Ineinandergreifen der Regelungen der Insolvenzverschleppungshaftung sowie des Kapitalersatzrechts ausreichend geschützt. Vorgenannte Institute können ebenso durch systemimmanente Veränderungen – nicht durch Systemwechsel - den Gläubigerschutz verbessern. Bei Übernahme von *wrongful trading* müsste sich der deutsche Gesetzgeber zudem den Vorwurf der Überregulierung gefallen lassen.

5. Niederlassungsfreiheit und ihre Konsequenzen auf das Haftungsrecht in der Insolvenz im Rahmen des MoMiG

Die EuGH-Rechtsprechung zu Centros, Überseering und Inspire Art eröffnet Gesellschaften die Möglichkeit des identitätswahrenden Zuzugs, auch wenn nach bisheriger EuGH-Rechtsprechung in Sachen Daily Mail, Cartesio und National Grid der Heimatstaat den Wegzug beschränken darf. Im Rahmen der Cartesio-Entscheidung zeigte sich erstmals, dass die Niederlassungsfreiheit dem bisherigen Heimatstaat mehr Rechte gibt als der Zuzugsstaat. Beim Aufnahmestaat gilt ein strengerer Maßstab als beim Heimatstaat.

Mit Inkrafttreten des MoMiG hat die EuGH-Rechtsprechung in § 4a GmbHG bestimmt, dass der Sitz der Gesellschaft im Inland ist. Die Vorschrift bezieht sich auf den Satzungssitz und lässt eine freie Sitzwahl innerhalb von Deutschland zu, ohne an den tatsächlichen Verwaltungssitz anzuknüpfen.

Damit trifft der deutsche Gesetzgeber allerdings keine Aussage über die Anwendbarkeit der Sitz- oder Gründungstheorie. Ermöglicht werden sollte die Wahl eines nicht notwendigerweise mit dem Satzungssitz übereinstimmenden Verwaltungssitzes und damit der Spielraum, Geschäftstätigkeiten auch ausschließlich im Rahmen einer Zweigniederlassung außerhalb des deutschen Hoheitsgebietes. Deutschen Gesellschaften war es aufgrund der Sitztheorie bisher nicht möglich, außerhalb Deutschlands eine Niederlassungsfreiheit zu errichten. Ausländische Gesellschaften, deren anwendbares Recht den Zuzug nicht zuletzt auch aufgrund der EuGH-Rechtsprechung ermöglichte, waren privilegiert.

Eine englische Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland richtet sich hinsichtlich des Innenrechts ausschließlich nach dem englischen Gesellschaftsrecht. Unabhängig von einer Einordnung der Vorschriften in einschlägige Rechtsgebiete kommt es im Einzelfall jedoch immer auf eine mögliche Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49,54 AEUV an. Wegen der bisherigen EuGH-Rechtsprechung, die nunmehr die Vorschriften des Gesellschaftsrechts als Gründungsrecht der jeweiligen Gesellschaft ausdrücklich für anwendbar erklärt, und der bislang umstrittenen Einordnung der Insolvenzverschleppungshaftung in den Bereichen des Gesellschafts-, Insolvenz- oder Deliktsrecht, war das MoMiG durch Positionierung der Insolvenzhftung in der deutschen Insolvenzordnung um eine Klärung der Anwendbarkeit und um die Streitbeilegung über die Rechtsnatur und Einordnung des § 64 GmbHG a.F. bemüht. Zudem bezweckte die Gesetzesänderung, zukünftig auch Auslandsgesellschaften mit statuarischem Sitz im Ausland und tatsächlicher Geschäftstätigkeit in Deutschland unter die Antragspflicht nach § 15a InsO i.V.m. Art. 3 Abs. 1, 4 EuInsVO fallen zu lassen. Das Insolvenzstatut richtet sich nach dem *center of main interest* („COMI“), nicht nach der Rechtsform des Unternehmens. Nach der EuGH-Rechtsprechung überlagert das Recht des Gründungsstaates das Gesellschaftsrecht des Sitzstaates. Mit Einordnung der Insolvenzverschleppungshaftung in die Insolvenzordnung stützt der Gesetzgeber die insolvenzrechtliche Verankerung. Geschäftsleiter einer EU-Auslandsgesellschaft können aufgrund der deutschen Insolvenzverschleppungshaftung in Anspruch genommen werden, ohne dass dabei gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen wird. Darüber hinaus ist die Anwendbarkeit englischen Insolvenzrechts aufgrund seiner insolvenzrechtlichen Einordnung gemäß Art. 3, 4 EuInsVO ausgeschlossen.

Die Anwendung nationalen Rechts auf EU-Auslandsgesellschaften ist nach herrschender Meinung an der Vereinbarkeit der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 54 AEUV zu messen, wobei das Rechtsgebiet der Norm hierbei keine Rolle spielt. Wegen der Zuordnung der deutschen Insolvenzverschleppungshaftung zum nationalen Insolvenzrecht und ihrer Anwendbarkeit über Art. 3, 4 EuInsVO auf ausländische Unternehmensformen, die sich im deutschen Inland ansiedeln und dort ihren COMI haben, ist die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften gemäß Art. 49, 54 AEUV betroffen. Eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch das *lex fori concursus* in der EuInsVO

liegt vor. Die Beschränkung ist zulässig und gerechtfertigt, da sie dem 4-Kriterien-Test (auch sog. „Gebhardt-Test“ genannt) standhält. Die Beschränkung ist in nicht-diskriminierender Weise erfolgt, da in- und ausländische Insolvenzschuldner in gleicher Weise behandelt werden. Sie ist durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses, insbesondere der Rechtssicherheit, gerechtfertigt. Die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ist ferner zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet und hinsichtlich des verfolgten Ziels verhältnismäßig im engeren Sinne. Die Vorschriften der deutschen Insolvenzverschleppungshaftung, die im Falle der Insolvenzverfahrenseröffnung auf eine im Ausland gegründete und im Inland ansässige Gesellschaft Anwendung finden, sind weder diskriminierend noch unverhältnismäßig.

Eine vollständige Vereinheitlichung ist in Anbetracht rechtlich historisch gewachsener Ausprägungen nationaler Rechtsinstitute nicht möglich. Unterschiede, beispielsweise im Hinblick auf die deutsche Insolvenzantragspflicht mitsamt Fristenfordernis, werden trotz europarechtlicher Vorgaben daher weiterhin als nationale Ausprägung Bestand haben.

6. Fazit

Das letzte Jahrzehnt hat weitreichende Veränderungen im deutschen und englischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht hinterlassen. Die großen Reformen des jeweiligen Gesellschaftsrechts, das Inkrafttreten des MoMiG in Deutschland einerseits sowie des Company Act 2006 im Vereinigten Königreich andererseits, greifen die Entwicklungen in Europa auf, um bestehende Gesellschaftsformen international wettbewerbsfähig zu machen und im Zuge der Europäisierung attraktiv zu gestalten. Dabei legen die deutschen und englischen Reformbestrebungen einen besonderen Wert darauf, die Gründung und den Betrieb einer Gesellschaft zu verbessern, ohne dabei Schutzmechanismen zu Lasten der Gläubiger einer Gesellschaft aufzugeben. Die Einführung des MoMiG greift bestimmte Problemfelder auf, um den Wirtschaftsstandort Deutschland für Außenstehende attraktiver zu gestalten und auf internationaler Ebene wettbewerbsfähig zu bleiben.

Die Geschäftsleiterhaftung in der Insolvenz gestaltet sich in beiden Rechtssystemen, so unterschiedlich sie strukturell bedingt und historisch gewachsen sind, ähnlich. Die deutschen Regelungen über die Insolvenzverschleppungshaftung bieten dem Gesellschaftsgläubiger einen weitreichenden Schutz. Durch die Einführung des *wrongful trading*-Tatbestandes würde der deutsche Gesetzgeber kaum eine Verdrängung der bestehenden Institute („System der Haftungsverteilung“) fördern. Allenfalls wäre eine nebeneinander bestehende Konkurrenz der Haftungsinstitute in Betracht zu ziehen. Aufgrund des Ineinandergreifens bestehender deutscher Haftungsinstitute ist eine Ausweitung des Schutzes in einzelnen Teilbereichen ggf. durch systemimmanente Ergänzungen empfehlenswert.