

German Working Papers in Law and Economics

Volume 2004

Paper 30

Kommentar zum Referat von Stefano
Lombardo und Nils-Christian Wunderlich

Heribert Hirte
Universität Hamburg

Abstract

Anmerkungen zum Referat von Stefano Lombardo und Nils-Christian Wunderlich

1. Sehr schön differenzieren *Lombardo/Wunderlich* zu Beginn ihrer Ausführungen zwischen "Verhaltens"- und "Struktur"- Haftung. Hierzu muss man wissen, dass die Abgrenzung dieser beiden Haftungsarten einer der zentralen Diskussionspunkte bei der (seinerzeitigen) Diskussion um einen "Durchgriff" auf der Grundlage qualifizierter faktischer Konzernierung war. Hier war man zunächst davon ausgegangen, dass es sich um eine Sturkurhaftung handele (insbesondere auf der Grundlage des Autokran-, und wohl auch noch auf der Grundlage des Video-Urteils), während die spätere Entwicklung den Übergang zu einer Verhaltenshaftung (TBB) markierte. Diese Verhaltenshaftung entspricht - jedenfalls im Großen und Ganzen - der jetzigen Haftung für existenzvernichtende Eingriffe; das sollte man auch entsprechend aufzeigen. Ökonomisch gesehen müsste damit die Entwicklung der Rechtsprechung auch schon vor TBB *Lombardos/ Wunderlichs* Zustimmung haben. Im übrigen bestehen Zweifel, ob die Strukturhaftung in der ursprünglichen BGH-Konzeption wirklich nur falsch war; immerhin ordnete das italienische Recht (unter anderem) eine unbeschränkte Haftung des Gesellschafters in Fällen an, in denen sich alle Anteile einer insolventen Gesellschaft in seiner Hand befinden (Art. 2362 Codice civile a.F.¹) - und nichts anderes hat der BGH getan. Es war damit durchaus klar, dass nur eine bestimmte Struktur "Opfer" der Durchgriffshaftung ist.

Die Hinweise auf die Zitate von *Lutter* (und anderen), in denen dem Durchgriff mehr Raum gewidmet wird als dem „Grundprinzip“ der beschränkten Haftung, sind vielleicht etwas überzogen. Dass die Ausnahmen einer intensiveren Diskussion als die Regel (nämlich der Beschränkung der Haftung auf die juristische Person) bedarf, ist juristisch durchaus normal.

Sehr schön ist der Hinweis auf die "Vermögenstrennung von oben", nämlich darauf, dass durch das Institut der juristischen Person ein Gesellschafter auch sein Privatvermögen seinen Privatgläubigern entziehen kann. Das aber ist nicht nur ein Charakteristikum juristischer Personen, sondern auch der gesamthänderischen Bindung bei ganz normalen Zivilgesellschaften. Denn auch dort kann man nicht (direkt) in die der Gesellschaft gehörenden Vermögenswerte, sondern nur in den Anteil an der Gesellschaft vollstrecken (§ 859 Abs. 1 ZPO). Wir haben in Deutschland diese Frage etwa im Zusammenhang damit diskutiert, ob Ehegatten ihren Grundbesitz in eine BGB-Gesellschaft einbringen können - mit der Folge, dass die Gläubiger eines Ehegatten nicht mehr so gut daran kommen. Dieselbe Frage - sozusagen im Großen - stellt sich im Konzernrecht unter dem Stichwort der *upstream guarantees*, mit denen ja bekanntlich sichergestellt werden soll, dass Gläubiger der Obergesellschaft gerade nicht nur den Anteil an der Untergesellschaft, sondern auch deren reale Vermögenswerte bekommen (*assets*).

Was die von *Lombardo/ Wunderlich* vorgestellten Personengesellschaften angeht, würde ein Blick auf die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (die gerade haftungsrechtlich zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft steht) nützlich erscheinen. Auch über die Funktion von § 93 InsO müsste man sich in diesem Zusammenhang einmal Gedanken machen: denn er erfasst bisher nur den Fall, dass der Insolvenzverwalter über das Vermögen einer Gesellschaft die persönliche Haftung *deren Gesellschafter* geltend zu machen hat; nach dem mit der Norm verfolgten Zweck müsste sie aber auch im Umkehrfall eingreifen, dass –

¹ Durch die Reform des italienischen Gesellschaftsrechts zum 1. Januar 2004 wurde die Regelung durch Art. 2362 i.V.m. Art. 2325 Abs. 2 Codice civile n. F. im Sinne einer Sanktion für unterlassene Transparenz und unterlassene Kapitalaufbringung deutlich abgemildert.

auf welcher Basis auch immer – neben dem Vermögen einer Gesellschaft auch dasjenige *ihrer Tochtergesellschaft* haftet.²

2. Was den zweiten Teil des Papiers angeht, ist zunächst nicht ganz klar, ob es nun wirklich um vertragliche oder deliktische Ansprüche gehen soll. Schließlich erscheint die Aussage unzutreffend, dass die §§ 30 f. GmbHG einen Fall der "gesetzlich normierten nominellen Unterkapitalisierung" betreffen. "Nominelle Unterkapitalisierung" sind die kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen, und dieses Institut spielt m.E. in dem von *Lombardo/ Wunderlich* angesprochenen Zusammenhang eine ganze entscheidende Rolle (dazu jetzt oben Fn. 91#). Denn die kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen (und dasselbe gilt für die entsprechenden insolvenzrechtlichen Institute) erlauben gerade einen nur *partiellen* Durchgriff auf das Geld, das die Gesellschafter selbst in der Gesellschaft eingesetzt haben. Richtig ist aber, dass die Funktion dieser kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen im Ausland wenig bekannt ist, was deshalb zu manchem Missverständnis in der rechtsvergleichenden Debatte beiträgt.

Allgemein muss man bei den Ausführungen im zweiten Teil im Kopf behalten, dass die Qualifikation eines Anspruchs als deliktischer oder vertraglicher Anspruch von großen Zufällen abhängig sein kann. Das gilt nicht nur für Deutschland, sondern auch für die Vereinigten Staaten.

Das, was *Lombardo/ Wunderlich* zur Sphärenvermischung geschrieben haben, scheint auf den ersten Blick überzeugend. Im Tatsächlichen sollten sie allerdings zunächst darauf hinweisen, dass darunter in erster Linie das Fehlen getrennter Konten bzw. getrennter Kassenführung verstanden wird. Und dann ist es mit dem "Beweisen" - so ihre Vorstellung - praktisch unmöglich. Das entscheidende Argument gegen ihre Überlegungen scheint dem Unterzeichner aber in den Transaktionskosten zu liegen. Denn wenn man unterstellt, dass man die Trennung der Vermögenssphären nicht aufgibt, muss derjenige, der sich auf eine unzutreffende Zuordnung beruft, die Beweislast und das Prozesskostenrisiko tragen; und jedenfalls in Deutschland übersteigen in solchen Fällen die Transaktionskosten deutlich den Ertrag der Sache. Das ist unter Umständen auch ein Grund, warum es Fallmaterial hierzu gar nicht gibt. Und andererseits könnte man die Sphärenvermischung vielleicht auch - dann ökonomisch korrekt - als eine Beweislastverteilungsregelung ansehen (das wäre dann sogar ziemlich innovativ). Denn hier kommt noch ein weiteres hinzu: In den Fällen, um die es hier typischerweise geht, geht es nicht um eine "große" Erweiterung der Haftungsmasse der Gesellschaftsgläubiger, sondern darum, dass die Gesellschaft nichts und die Gesellschafter wenig, aber immerhin etwas haben. Bei der Vermögens- oder Sphärenvermischung geht es nicht darum, dass Daimler Chrysler hinter einer GmbH steht!

Der Hinweis darauf, dass "jedermann" das Missverhältnis zwischen Eigen- und Fremdkapital erkennen kann ist missverständlich. Denn bei dem von *Lombardo/Wunderlich* angesprochenen "jedermann" geht es natürlich nicht um "jeden", sondern nur um jeden, der Ahnung und Zeit hat - und das ist gerade nicht jeder. Diese Überlegung relativiert auch ihre Aussagen im ersten Teil, dass sich Vertragsgläubiger schützen könnten: das gilt nur dann, wenn sie unbegrenzt Zeit zum Nachprüfen und Verhandeln haben, was aber etwa beim Brötchenkauf nicht der Fall ist; die Legitimation der Haftungstrennung bedarf daher weiterer – inzwischen nachgelieferter (oben Fn. #77#) – Argumente.

Das, was *Lombardo/ Wunderlich* zur Existenzvernichtung geschrieben haben, hat mich im wesentlichen überzeugt. Zwei Querbezüge könnte man vielleicht noch herstellen: Mir ging

² Hierzu demnächst ausführlicher *Hirte*, in: Festschrift für Kreft (2004), S. ##.

die Frage durch den Kopf, ob die Sphärenvermischung nicht nach neuer Doktrin ein Sonderfall der Existenzvernichtung sein könnte. Denn wenn die Gesellschaft nicht mehr weiß, was ihr gehört, dann ist dies doch auch ein existenzvernichtender Eingriff - oder? *Lombardo/Wunderlich* haben dazu in ihrer schriftlichen Ausarbeitung jetzt Stellung genommen (oben S. #27 vor IV#). Im übrigen sollte man - siehe oben - den Querbezug zwischen der Verhaltenshaftung aus existenzvernichtendem Eingriff und derjenigen aus früherem Konzernrecht (TBB) illustrieren.

Prof. Dr. *Heribert Hirte*, LL.M. (Berkeley), Hamburg