

# Außervertragliche Gesellschafter- und Organwalterhaftung im Lichte des Unionskollisionsrechts

von  
Dr. David Paulus

1. Auflage

Außervertragliche Gesellschafter- und Organwalterhaftung im Lichte des Unionskollisionsrechts – Paulus

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Internationales Privatrecht



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 65264 6

Minderheiten, Dritten oder der Allgemeinheit vielfach zwingendes Recht enthält.<sup>1369</sup> Dadurch will das deutsche Gesellschaftsrecht einen gerechten Ausgleich zwischen einerseits der Gewinnerwartung von Gesellschafter(n) und andererseits der damit korrelierenden Risikotragung herstellen.<sup>1370</sup> Wer die Chancen eigenverantwortlichen Wirtschaftens trägt, soll grds. auch dessen Risiken tragen.<sup>1371</sup> Die Sitztheorie verfolgt einen ähnlichen Schutzgedanken, indem sie einer Abwahl des materiellen Gesellschaftsrechts des meistbetroffenen Staates durch „Flucht unter ein [u.U.] regelungsärmeres Recht“<sup>1372</sup> entgegenwirkt. Dadurch will sie eine Umgehung auch und gerade der ordnungspolitischen Wertentscheidungen des meistbetroffenen Staates verhindern.<sup>1373</sup> Dies ist auch folgerichtig, da im internationalen Rechtsverkehr die Gefahr der bloß einseitigen Inanspruchnahme von rechtsgeschäftlicher Gestaltungsfreiheit zu Lasten Dritter wegen des breiteren (Rechts-)Wahlspektrums ungleich größer ist als im materiellen Recht.<sup>1374</sup>

- 240** Ein entsprechender Schutzgedanke findet sich z.B. auch im (europäischen) Internationalen Insolvenzrecht.<sup>1375</sup> Da im Bereich des (Internationalen) Insolvenzrechts naturgemäß (ebenfalls) in besonderem Maße Allgemeininteressen berührt werden, sind zu deren Schutz – übrigens eines der vornehmsten Ziele des Insolvenzrechts<sup>1376</sup> – zum einen das Insolvenzstatut weit auszulegen<sup>1377</sup> sowie Auslegungszweifel grds. zu Gunsten des Insolvenzstatuts zu lösen,<sup>1378</sup> zum anderen kommt eine insolvenzrechtliche Qualifikation z.B. eines Haftungsinstituts gerade dann in Betracht, wenn die entsprechende Haftung der Verhinderung einer Sogwirkung der betreffenden Insolvenz auf (Dritt-)Gläubiger [sic!] und damit dem Schutz auch der Allgemeinheit dient.<sup>1379</sup>
- 241** Nach dem Gesagten sind die der Sitztheorie zugrunde liegenden Wertungen auch heutzutage mitnichten unzeitgemäß. Nicht zuletzt die Erfahrungen der durch die Subprimekrise in den USA ausgelösten Weltwirtschaftskrise der Jahre 2007 bis 2009 dürften gezeigt haben, dass bei wirtschaftlichen Betätigungen, die im Falle ihres Scheiterns in besonderem Maße die Interessen der Allgemeinheit berühren, eine gewisse staatliche Regulierung und Grenzziehung durchaus nötig sein kann bzw. u.U. ein allzu wirtschaftsliberaler Ansatz grds. verfehlt sein dürfte,<sup>1380</sup> auch im Internationalen Gesellschaftsrecht sind aber in besonderem Maße Allgemeininteressen und die Interessen auch unfreiwilliger (z.B. gesetzlicher) Gläubiger berührt. Zusätzlich haben die Erfahrungen in der genannten Krise gezeigt, dass nicht in jedem Fall bloß auf die

<sup>1369</sup> Vgl. etwa *Larenz/Wolf*, § 34, RdNr. 62; *K.Schmidt*, § 5 II 1 a), S. 96 sowie § 5 III 1, S. 109 ff. Im Gegensatz dazu herrscht im „restlichen“ Schuldrecht mit seinen klassischerweise Zweier-Beziehungen weitgehende rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit, vgl. nur § 311 Abs. 1 BGB.

<sup>1370</sup> Vgl. etwa *K.Schmidt*, § 49 I 1, S. 1409 ff.

<sup>1371</sup> Das sog. „Postulat der Korrespondenz von Herrschaft und Haftung“, dazu etwa *Grigoleit*, *Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH*, § 2, S. 18 ff.

<sup>1372</sup> *Staudinger/Großfeld*, *IntGesR*, RdNr. 21, 56.

<sup>1373</sup> *MüKoGmbHG/Weller*, *Einl.*, RdNr. 320.

<sup>1374</sup> *MüKo/Kindler*, *IntGesR*, RdNr. 12.

<sup>1375</sup> Dazu ausführlicher unten RdNr. 411 ff.

<sup>1376</sup> *Eidenmüller*, *KTS* 2009, 137, 141.

<sup>1377</sup> Vgl. unten RdNr. 424.

<sup>1378</sup> *Schack*, RdNr. 1190; *MüKoGmbHG/Weller*, *Einl.*, RdNr. 408; *MüKo/Kindler*, Art. 4 *EuInsVO*, RdNr. 6; *MüKo/ders.*, *IntGesR*, RdNr. 438, 716; *Sonnenberger/ders.*, *Dritter Teil*, S. 497, 501.

<sup>1379</sup> *MüKo/Kindler*, *IntGesR*, RdNr. 719 ff.

<sup>1380</sup> Ähnlich auch der Ansatz der sog. „ordoliberalen“ Schule zum materiellen deutschen Gesellschaftsrecht, vgl. dazu etwa *Immenga*, *Die personalistische Kapitalgesellschaft* (1970), S. 1 ff., sowie *Reuter*, *Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen* (1973), S. 1 ff.

Selbstheilungskräfte des internationalen Wirtschaftsmarktes („Wettbewerb der Gesellschaftsrechte“ bzw. „race to the top“<sup>1381</sup>) sowie auf unter dem Strich jedenfalls zwangsläufig positive Auswirkungen eines (reinen) Regulierungswettbewerbs<sup>1382</sup> vertraut werden kann.<sup>1383</sup>

Nach dem Gesagten birgt die partielle Anwendung der Gründungstheorie in Deutschland jedenfalls prinzipiell die Gefahr, dass die nach deutschem Verständnis angemessenen Schutzstandards zu Gunsten von Gesellschaften, Gesellschaftern bzw. Organwaltern und zu Lasten von Minderheiten, Dritten oder der Allgemeinheit einseitig umgangen werden. Zur Kompensation der daraus (potentiell) resultierenden Schutzdefizite wird bisweilen angeführt, jedenfalls innerhalb EU könne der Gefahr eines „race to the bottom“ schon durch eine unionsrechtlich gesteuerte, materielle Rechtsangleichung entgegengewirkt werden.<sup>1384</sup> Dies ist zwar prinzipiell richtig; indes ist eine vollständige bzw. auch nur annähernd zufrieden stellende Angleichung der gesellschaftsrechtlichen Schutzstandards in den inzwischen immerhin 28<sup>1385</sup> Mitgliedsstaaten bislang weder erfolgt, noch absehbar. Einige europäische Angleichungsbemühungen sind vielmehr sogar gescheitert, wie etwa das Beispiel der unternehmerischen Mitbestimmung zeigt.<sup>1386</sup> Selbst bei gedachten ähnlichen Schutzstandards verbleiben aber u.U. immer noch Anpassungsprobleme sowie rein praktische Schwierigkeiten bei der Ermittlung sowie Anwendung fremden Rechts im Einzelfall.<sup>1387</sup> Auch das vom EuGH immer wieder als Ausgleich für etwaige Haftungslücken unter Anwendung der Gründungstheorie angeführte „Informationsmodell“<sup>1388</sup> bietet jedenfalls den bekanntlich insb. schützenswürdigen Minderheitsgläubigern bzw. unfreiwilligen, außervertraglichen Gläubigern oder solchen in ungünstigen Verhandlungspositionen<sup>1389</sup> keinen zusätzlichen Schutz.<sup>1390</sup>

Demgegenüber bieten die oben RdNr. 197 ff. dargestellten Vorschläge zu Modifikationen der Gründungstheorie in Gestalt etwa von Sonderanknüpfungen<sup>1391</sup> einzelner Haftungs- und Rechtsfragen bzw. deren Mehrfachqualifikation<sup>1392</sup> sowie teilweise einer Aufspaltung des Gesellschaftsstatuts zwar grds. gangbare Methoden, um auch bei einer Gründungsanknüpfung in Einzelfällen den Schutzanliegen des Rechts des meistbetroffenen (Sitz-)Staates Geltung zu verhelfen. Indes bedienen sich die meisten

<sup>1381</sup> So ein Argumentationsansatz im US-amerikanischen Gesellschaftsrecht.

<sup>1382</sup> Zu der diesbezüglich geführten wissenschaftlichen Diskussion vgl. etwa MüKoGmbHG/*Fleischer*, Einl., RdNr. 220 ff., 224 ff.

<sup>1383</sup> Vgl. oben RdNr. 124 ff.

<sup>1384</sup> Palandt/*Thorn*, Anh. Art. 12 EGBGB, RdNr. 9; *Kersting*, NZG 2003, 9, 10; MüKo/*Kindler*, IntGesR, RdNr. 9.

<sup>1385</sup> Stand: September 2013.

<sup>1386</sup> Vgl. *Ebke*, JZ 2003, 927, 931; *Kersting*, NZG 2003, 9, 10.

<sup>1387</sup> S. in diesem Sinne etwa MüKo/*Kindler*, IntGesR, RdNr. 364 („eine breitflächige, gesicherte Anwendung von ausländischem Gesellschaftsrecht scheitert an grundlegenden Voraussetzungen“).

<sup>1388</sup> Dazu oben RdNr. 164 ff.

<sup>1389</sup> Sog. „non-adjusting creditors“, s. MüKo/*Kindler*, IntGesR, RdNr. 364; *Eidenmüller*, KTS 2009, 137, 141; *ders.*, JZ 2009, 641, 649.

<sup>1390</sup> MüKo/*Kindler*, IntGesR, RdNr. 364; *Eidenmüller/Eidenmüller*, § 3, RdNr. 39; *ders.*, JZ 2009, 641, 649.

<sup>1391</sup> Vgl. etwa *Sonnenberger/Behrens*, Dritter Teil, S. 401 ff.; *Ulmer/ders./Hoffmann*, Einl. B, RdNr. 63 ff.; *ders.*, IPRax 2004, 20, 25 f.; s. dazu auch MüKo/*Kindler*, IntGesR, RdNr. 388 ff.; zur Sonderanknüpfung allgemein s. RdNr. 199 ff.

<sup>1392</sup> Insbesondere *Kindler*, FS Jayme, Band I, 2004, S. 409 ff.; *ders.*, BB-Spezial 6/2004, 1 sowie MüKo/*ders.*, IntGesR, RdNr. 633, 641; zum Rechtsinstitut der Mehrfachqualifikation vgl. RdNr. 212 f.

dieser Lösungsansätze irregulärer, großteils unnormierter Rechtstechniken, die einen besonders großen rechtstechnischen und teleologischen Begründungsaufwand erforderlich machen und mit denen – mangels festen Rahmens sowie einheitlicher Linie sowohl in der Rechtsprechung, als auch in der Rechtslehre – zwangsläufig eine gewisse Rechtsunsicherheit einhergeht. Zudem stellt sich bei ihnen im Einzelfall noch die Frage einer etwaigen EU-rechtlichen Rechtfertigung.<sup>1393</sup>

- 244** Mit dem „Beginn der Anwendung“ der Rom II-VO am 11. Januar 2009 ist nunmehr jedoch ein entscheidender weiterer Aspekt im Ringen um eine weitgehende Wahrung jedenfalls einiger der klassischen Schutzanliegen des deutschen (internationalen) Gesellschaftsrechts hinzugekommen. Wie im Rahmen dieser Abhandlung noch zu zeigen sein wird, hat die Schaffung eines unionsrechtlichen Internationalen Rechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse nämlich – zumindest in Bezug auf Scheinauslandsgesellschaften – zu einem partiellen Ausgleich der potentiellen Nachteile einer Gründungsanknüpfung geführt. V.a. der im Vergleich zu seinem nationalen Pendant *weitere unionskollisionsrechtliche Deliktsbegriff*<sup>1394</sup> führt in Verbindung mit der grds. *realen* – vom Ergebnis her einer gesellschaftsrechtlichen „Sitz“-Anknüpfung entsprechenden – Anknüpfung der meisten Kollisionsnormen der Rom II-VO letztendlich dazu, dass viele Tatbestände – jedenfalls einer hier interessierenden Gesellschafter- und Organwalterhaftung im Außenverhältnis zu Dritten – bei Scheinauslands- und Briefkastengesellschaften per se und ohne besondere rechtstechnische Hilfsmittel dem inländischen „Sitzrecht“ anstelle des ausländischen „Gründungsrechts“ unterstehen.
- 245** Einer derartigen Anwendung des Sitzrechts einer Gesellschaft gleichsam „durch die Hintertür“ stehen, wie sogleich<sup>1395</sup> zu zeigen sein wird, weder der – als Ausnahmenvorschrift *eng* zu verstehende – Bereichsausschluss für „außervertragliche Schuldverhältnisse, die sich aus dem Gesellschaftsrecht [...] ergeben,“ in Art. 1 Abs. 2 lit. d) Rom II-VO, noch die primärrechtlichen Vorgaben der Niederlassungsfreiheit aus Artt. 49, 54 AEUV entgegen. Denn einem sekundärrechtlichen Rechtsanwendungsbefehl wohnt – aus der diesbezüglich alleinigen Normverwerfungskompetenz des EuGH ersichtlich – die wohl nur durch ein Urteil des EuGH zu widerlegende Vermutung der Vereinbarkeit mit dem unionsrechtlichen Primärrecht inne.<sup>1396</sup> Insofern bietet die außervertragliche Qualifikation bestimmter Tatbestände einer Gesellschafter- bzw. Organwalterhaftung gerade unter Geltung der Rom II-VO – und jedenfalls in Bezug auf Scheinauslandsgesellschaften – eine gewisse Ausgleichsmöglichkeit für etwaige Schutzdefizite unter Geltung der („europarechtlichen“) Gründungstheorie.<sup>1397</sup>
- 246** Dabei darf freilich nicht verkannt werden, dass jeglicher kollisionsrechtliche Qualifikationsvorgang – wie oben RdNr. 225 ff. sowie weiter unten unter RdNr. 349, 350 f. und 421 ff. dargestellt – objektiv, autonom und funktional anhand des jeweiligen Normzwecks einer Sachnorm, der mit den entsprechenden Inhaltsvorstellungen

<sup>1393</sup> Zu den Grenzen der Niederlassungsfreiheit s. oben RdNr. 158 ff.

<sup>1394</sup> S. ausführlich unten RdNr. 350 ff.

<sup>1395</sup> Dazu unten RdNr. 249 ff.

<sup>1396</sup> Vgl. genauer unten RdNr. 378 ff.

<sup>1397</sup> Vgl. *Kindler*, FS Jayme, Band 1, S. 409, 410; *ders.*, NZG 2003, 1086, 1090; *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1204, 1207 f., 1209 f.; *Fischer*, ZIP 2004, 1477, 1478 f.; *Müller*, NZG 2003, 414, 417 f.; *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3588 f.; *Horn*, NJW 2004, 893, 898 f., 901.

einer Kollisionsnorm zu vergleichen ist, zu erfolgen hat.<sup>1398</sup> Entsprechend ist eine eigenmächtige, „taktisch inspirierte“<sup>1399</sup> Umqualifizierung von zu qualifizierenden Sachnorm – selbst z.B. nach einer (bloß) legislativen Verschiebung<sup>1400</sup> – nicht möglich.<sup>1401</sup> Vor diesem Hintergrund ist insb. auch die Forderung einiger Stimmen, alle Haftungstatbestände von Gesellschafter(n) und Organwaltern prinzipiell gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren und damit dem Gesellschaftsstatut zu unterstellen,<sup>1402</sup> eindeutig abzulehnen.<sup>1403</sup>

## II. Rechtsquellen zur Bestimmung des auf die außervertragliche Gesellschafter- und Organwalterhaftung anwendbaren Rechts

Die verschiedenen Rechtsquellen des Internationalen Privatrechts wurden bereits 247 oben RdNr. 78 ff. aufgezählt. Für die Bestimmung des auf die Tatbestände einer *außervertraglich* zu qualifizierenden Gesellschafter- bzw. Organwalterhaftung anwendbaren Rechts ist dabei (neben der EulnsVO) naturgemäß v.a. die – oben RdNr. 91 ff. vorgestellte – Rom II-VO als „Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht“ heranzuziehen. Denn wie sogleich unter 1. (RdNr. 249 ff.) zu zeigen sein wird, umfasst der (missverständliche) Bereichsausschluss in Art. 1 Abs. 2 lit. d) Rom II-VO für „außervertragliche Schuldverhältnisse, die sich aus dem Gesellschaftsrecht, dem Vereinsrecht und dem Recht der juristischen Personen ergeben“, trotz seines genau dies auf den ersten Blick implizierenden Wortlauts *nicht* auch die Tatbestände einer tatsächlich *außervertraglich* zu qualifizierenden Gesellschafter- bzw. Organwalterhaftung. Zudem verdrängt die Rom II-VO, da sie laut ihrem Art. 3 *universell*, d.h. räumlich unabhängig von einem irgendwie gearteten europäischen Binnenmarktbezug, anwendbar ist, innerhalb ihres Anwendungsbereichs das nationale Kollisionsrecht (also insb. die Artt. 38 ff. EGBGB) vollständig, wie auch Art. 3 Nr. 1 EGBGB (deklaratorisch) klarstellt.<sup>1404</sup>

Dennoch ist das deutsche Kollisionsrecht jedenfalls indirekt auch bei der Bestimmung 248 des auf eine *außervertraglich* zu qualifizierende Gesellschafter- und Organwalterhaftung anwendbaren Rechts von Belang: Zum einen sind die Tatbestände einer etwaigen kollisionsrechtlich *außervertraglichen* Gesellschafter- und Organwalterhaftung bekanntlich stets vom Gesellschaftsstatut abzugrenzen;<sup>1405</sup> zum anderen

<sup>1398</sup> MüKo/Sonnenberger, Einl. IPR, RdNr. 496 ff.; MüKo/Kindler, IntGesR, RdNr. 436; Kegel/Schurig, § 7 III 3 lit. b), S. 346 ff.; v.Hoffmann/Thorn, § 6, RdNr. 27 ff.; MüKoGmbHG/Weller, Einl., RdNr. 395.

<sup>1399</sup> MüKo/Kindler, IntGesR, RdNr. 436.

<sup>1400</sup> Vgl. etwa die Insolvenzantragspflicht des Geschäftsführers einer Kapitalgesellschaft, die im Zuge des MoMiG mit Wirkung vom 1. November 2008 von § 64 Abs. 2 GmbHG bzw. § 92 Abs. 2 AktG in § 15a Abs. 1 InsO „verschoben“ wurde.

<sup>1401</sup> Eidenmüller/Rehberg, § 5, RdNr. 11; MüKo/Kindler, IntGesR, RdNr. 436.

<sup>1402</sup> So etwa Sandrock/Wetzler/Sandrock, S. 33, 41 f., 52 (MüKo/Kindler, IntGesR, RdNr. 398, spricht insofern von einer „Käseglocken-Theorie“) sowie MüKoInsO/Reinhart, Vor §§ 335 ff., RdNr. 102 (für alle in einer Insolvenz relevant werdenden Haftungsfragen); ähnlich eventuell auch Zimmer, S. 292: „Gute Gründe sprechen darüber hinaus dafür, das Gesellschaftsstatut im Bereich des Gläubigerschutzes weit zu fassen und auch solche gläubigerschützenden Regelungen mit Gesellschaftsrechtsbezug der gesellschaftsrechtlichen Anknüpfung zuzuordnen, die in anderen als gesellschaftsrechtlichen Regelwerken verankert sind“.

<sup>1403</sup> Vgl. auch MüKo/Kindler, IntGesR, RdNr. 358, 398, 438.

<sup>1404</sup> S. auch MüKoGmbHG/Weller, Einl., RdNr. 401.

<sup>1405</sup> S. oben RdNr. 14.

kommt jedenfalls theoretisch auch eine akzessorische Anknüpfung (etwa gemäß Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO) bestimmter außervertraglicher Haftungstatbestände an das („nationale“) Gesellschaftsstatut in Betracht (dazu unter 2., RdNr. 255 ff.).

### 1. Der Anwendungsausschluss in Art. 1 Abs. 2 lit. d) Rom II-VO

- 249** Wie bereits mehrfach im Rahmen dieser Abhandlung angesprochen, könnte der Subsumtion einer *außervertraglich* zu qualifizierenden Gesellschafter- und Organwalterhaftung unter die Vorschriften der Rom II-VO jedenfalls bei unbefangener Betrachtung des Wortlauts grds. die Bereichsausnahme in Art. 1 Abs. 2 lit. d) Rom II-VO entgegenstehen.<sup>1406</sup> Denn nach Art. 1 Abs. 2 lit. d) Rom II-VO sind „*außervertragliche*“<sup>1407</sup> Schuldverhältnisse, die sich aus dem Gesellschaftsrecht [...] ergeben, wie die Errichtung durch Eintragung oder auf andere Weise, die Rechts- und Handlungsfähigkeit, die innere Verfassung und die Auflösung von Gesellschaften [...], die persönliche Haftung der Gesellschafter und der Organe für die Verbindlichkeiten einer Gesellschaft [...] sowie die persönliche Haftung der Rechnungsprüfer“, vom Anwendungsbereich der Rom II-VO ausgenommen. Ein solch weites Verständnis des Art. 1 Abs. 2 lit. d) Rom II-VO hätte zur Folge, dass (auch) auf außervertraglich zu qualifizierende Tatbestände einer Gesellschafter- bzw. Organwalterhaftung – vergleichbar der Haftung wegen Persönlichkeitsverletzungen, die ebenfalls (noch) vom Anwendungsbereich der Rom II-VO ausgenommen ist<sup>1408</sup> – weiterhin nur die nationalen Kollisionsvorschriften in Artt. 38 ff. EGBGB anzuwenden wären.
- 250** Indes wäre eine derart extensive Auslegung des Bereichsausschlusses in Art. 1 Abs. 2 lit. d) Rom II-VO jedenfalls nach hier vertretener Meinung verfehlt.<sup>1409</sup> Denn eine entsprechende Interpretation der Bereichsausnahme in Art. 1 Abs. 2 lit. d) Rom II-VO läßt sich allenfalls vordergründig und nur bei einer *rein grammatischen* Auslegung dieser Vorschrift rechtfertigen. Jede weitergehende, *systematische, teleologische* bzw. *historische* Auslegung führt demgegenüber zwangsläufig zu einem deutlich engeren Verständnis dieser Ausnahmegesetzvorschrift.
- 251** Bereits der Zusatz „Schuldverhältnisse, die sich *aus dem Gesellschaftsrecht*“<sup>1410</sup> [...] ergeben“, spricht *gegen* eine extensive Anwendung des Art. 1 Abs. 2 lit. d) Rom II-VO auf die (gesamte) außervertragliche Gesellschafts-, Gesellschafter- und Organwalterhaftung und *für* eine Aussonderung lediglich von *solchen* Haftungsinstituten aus dem Anwendungsbereich der Rom II-VO, die jeweils dem hypothetischen (weil unionsrechtlichen<sup>1411</sup>) Gesellschaftsstatut unterfallen.<sup>1412</sup> Durch die Herleitung derselben „aus dem Gesellschaftsrecht“<sup>1413</sup> wird der Zusatz „außervertragliche Schuldver-

<sup>1406</sup> Vgl. z.B. *G. Wagner*, IPRax 2008, 1, 2; *Staudinger*, AnwBl 2008, 316, 323.

<sup>1407</sup> Hervorhebung nicht im originalen Verordnungstext.

<sup>1408</sup> Art. 1 Abs. 2 lit. g) Rom II-VO.

<sup>1409</sup> Vgl. in diesem Sinne auch *MüKo/Kindler*, IntGesR, RdNr. 632; *MüKoGmbHG/Weller*, Einl., RdNr. 401; *Sonnenberger*, Erster Teil, S. 42; *Bamberger/Roth/Spickhoff*, 2. Aufl., Anh. Art. 42 EGBGB, Rom II-VO, RdNr. 20; *Staudinger*, AnwBl 2008, 316, 323; ähnlich auch *MüKo/Junker*, Art. 1 Rom II-VO, RdNr. 36 ff.; *G. Wagner*, IPRax 2008, 1, 2; *Rauscher/Unberath/Cziupka*, Art. 1 Rom II-VO, RdNr. 37; *Brand*, GPR 2008, 298, 299.

<sup>1410</sup> Hervorhebung nicht im Original.

<sup>1411</sup> Zur Sperr- und Wechselwirkung einer vorrangigen unionsrechtlich autonomen Qualifikation als *außervertraglich* s. bereits oben RdNr. 229 f.

<sup>1412</sup> So auch *MüKoGmbHG/Weller*, Einl., RdNr. 401; *Rauscher/Unberath/Cziupka*, Art. 1 Rom II-VO, RdNr. 38.

<sup>1413</sup> Hervorhebung nicht im Original.

hältnisse“ relativiert und kann wohl als ein bloßer Hinweis auf etwaige Qualifikations-schwierigkeiten von Haftungsfragen im Grenzbereich des (hypothetischen) Gesellschaftsstatuts und vielleicht auch auf die diesbezüglichen Qualifikationsunterschiede nach den einzelnen mitgliedstaatlichen Rechtssystemen gesehen werden.<sup>1414</sup>

Für ein derart *enges* Verständnis des Bereichsausschlusses spricht zusätzlich auch der Inhalt des Beispielskatalogs der einzelnen gemäß Art. 1 Abs. 2 lit. d) Rom II-VO von der Anwendung der Rom II-VO ausgenommenen Materien.<sup>1415</sup> Gerade „die Errichtung [einer Gesellschaft] durch Eintragung oder auf andere Weise“, deren „Rechts- und Handlungsfähigkeit, [...] innere Verfassung und [...] Auflösung“ unterfallen nämlich nach ganz h.M. typischerweise dem Gesellschaftsstatut.<sup>1416</sup> Auch „die persönliche Haftung der Gesellschafter und der Organe für die Verbindlichkeiten einer Gesellschaft“<sup>1417</sup> – gemeint ist damit unzweifelhaft bloß die persönliche *Außenhaftung* insbesondere der Gesellschafter *als solcher* gegenüber Gläubigern ihrer Gesellschaft für deren und *nicht für eigene* Verbindlichkeiten<sup>1418</sup> – fällt nach jedenfalls in Deutschland h.M. unter das Gesellschaftsstatut.<sup>1419</sup> Indem der europäische Gesetzgeber aber gerade die genannten, allesamt grds. dem Gesellschaftsstatut unterfallenden Rechtsmaterien in den Ausnahmekatalog des Art. 1 Abs. 2 lit. d) Rom II-VO aufgenommen hat, spricht viel dafür, dass es ihm eher darum zu tun war, darzulegen, welche Materien seiner Meinung nach unter das Gesellschaftsstatut und nicht etwa das Deliktsstatut (etc.) fallen, als jegliche außervertraglich zu qualifizierende Gesellschafter- und Organwalterhaftung (und wohl auch Gesellschaftshaftung) aus dem Anwendungsbereich der Rom II-VO auszuschließen.<sup>1420</sup> Ohnehin sind Ausnahmevorschriften wie die vorliegende im Zweifel eng auszulegen;<sup>1421</sup> aus der Aufzählung in dieser Norm kann daher eher noch der Umkehrschluss gezogen werden, dass eine darüber hinausgehende außervertragliche Gesellschafter- und Organwalterhaftung gerade *nicht* vom Anwendungsbereich der Rom II-VO ausgeschlossen sein soll.

Dieses Verständnis wird auch durch *teleologische* Erwägungen gestützt. Denn einer der Hauptbeweggründe für die Schaffung unionsrechtlichen Kollisionsrechts war die Herstellung eines möglichst weitgehenden Entscheidungseinklangs innerhalb des EU-europäischen Binnenmarkts.<sup>1422</sup> Unterstellte man die *gesamte* außervertragliche Gesellschafts-, Gesellschafter- und Organwalterhaftung weiterhin den jeweiligen nationalen Vorschriften des Internationalen Deliktsrechts etc., würde dadurch der

<sup>1414</sup> Ähnlich Rauscher/*Unberath/Cziupka*, Art. 1 Rom II-VO, RdNr. 38.

<sup>1415</sup> Dieser Beispielskatalog deckt sich im Übrigen (bis auf die „persönliche Haftung der Rechnungsprüfer“, die in der Rom I-VO fehlt) vollständig mit der ebenfalls beispielhaften Aufzählung in Art. 1 Abs. 2 lit. f) Rom I-VO. Dort aber dient der Bereichsausschluss unzweifelhaft der Aussonderung nur des Internationalen Gesellschaftsrechts im engeren Sinne, d.h. des Gesellschaftsstatuts, s. MüKo/*Martiny*, Art. 1 Rom I-VO, RdNr. 59, 61 ff.

<sup>1416</sup> S. oben RdNr. 231.

<sup>1417</sup> Hervorhebung nicht im Original.

<sup>1418</sup> Vgl. die englische Sprachfassung des Art. 1 Abs. 2 lit. d) Rom II-VO: „personal liability of officers and members *as such*“ (Hervorhebung nicht im Original). S. in diesem Sinne jedenfalls partiell MüKo/*Kindler*, IntGesR, RdNr. 694, Fn. 1817, wobei dort nicht eindeutig hervorgeht, ob auch die Außenhaftung für eigene und nicht Verbindlichkeiten der Gesellschaft als vom Bereichsausschluss des Art. 1 Abs. 2 lit. d) Rom II-VO umfasst angesehen wird.

<sup>1419</sup> MüKo/*Kindler*, IntGesR, RdNr. 694. Vgl. dazu näher oben RdNr. 68.

<sup>1420</sup> Rauscher/*Unberath/Cziupka*, Art. 1 Rom II-VO, RdNr. 38.

<sup>1421</sup> *Staudinger*, AnwBl 2008, 316, 323.

<sup>1422</sup> Vgl. die Erwägungsgründe Nr. 1 bis 6 sowohl der Rom I-VO, als auch der Rom II-VO; *Staudinger*, AnwBl 2008, 316, 323; Rauscher/*Unberath/Cziupka*, Art. 1 Rom II-VO, RdNr. 1.

angestrebte Entscheidungseinklang durch die potentiellen Divergenzen in der diesbezüglichen Rechtsanwendung in starkem Maße unterminiert.<sup>1423</sup> Entsprechend würde eine extensive Auslegung von Art. 1 Abs. 2 lit. d) Rom II-VO u.U. sogar dem unionsrechtlichen Gebot, den Rechtsakten der EU größtmögliche Effizienz und Wirksamkeit zu verleihen (*effet utile*), zuwiderlaufen. Dies aber kann dem europäischen Gesetzgeber schwerlich unterstellt werden. Demgegenüber dient nur eine *enge* Auslegung der Bereichsausnahmen des Art. 1 Abs. 2 Rom II-VO der Effektivität des Gemeinschaftsrechts (vgl. Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 AEUV).

- 254 Schließlich spricht noch der *systematische* Zusammenhang mit Art. 1 Abs. 2 lit. f) Rom I-VO sowie Art. 1 Abs. 2 lit. e) EVÜ (bzw. ex-Art. 37 Satz 1 Nr. 2 EGBGB) für eine *restriktive* Auslegung des Art. 1 Abs. 2 lit. d) Rom II-VO. Auch die genannten Vorschriften nehmen jeweils nur das *vertragliche* Gesellschaftsrecht, sprich: das Gesellschaftsstatut, von ihrem Anwendungsbereich aus. Ausweislich des 7. Erwägungsgrundes der Rom II-VO<sup>1424</sup> sollen sämtliche unionsrechtliche Kollisionsnormen aber grds. einheitlich ausgelegt werden. Zudem ist Art. 1 Abs. 2 lit. f) Rom I-VO vom Wortlaut her beinahe identisch mit Art. 1 Abs. 2 lit. d) Rom II-VO;<sup>1425</sup> dies spricht ebenfalls für eine gleichlaufende Auslegung.

## 2. Akzessorische Anknüpfung der außervertraglichen Gesellschafter- und Organwalterhaftung an das Gesellschaftsstatut

- 255 Im Anwendungsbereich der Gründungstheorie kann es insb. dann, wenn das Gründungsrecht einer Gesellschaft nicht der *lex fori* entstammt, angrenzende Statute aber auf andere Rechtsordnungen verweisen, zu einem sog. Normenmangel bzw. einer Normenhäufung sowie zu Normwidersprüchen (Disharmonien<sup>1426</sup>) kommen.<sup>1427</sup> Ein Normenmangel liegt dabei vor, wenn bei einer parallelen Anwendung verschiedener Rechtsordnungen, die eine bestimmte Rechtsfrage durch unterschiedlich zu qualifizierende Rechtsinstrumente lösen, nur jeweils die insofern zur Lösung dieser Frage gerade *nicht* berufenen Rechtsbereiche jener Rechtsordnungen zur Anwendung gelangen und daher eine Lösung der betreffenden Rechtsfrage sinnwidrig unterbleibt;<sup>1428</sup> bei einer Normenhäufung kommen umgekehrt *mehrere* zur Lösung nur *einer* Rechtsfrage bestimmte Rechtsinstrumente, die sich „gegenseitig ausschließen“ oder „in ihrer Kombination wertungswidrig“ (sog. Normwidersprüche) sind,<sup>1429</sup> kumulativ zur Anwendung. Solche Konstellationen sind u.U. im Wege einer sog. Anpassung (bzw. Angleichung) entweder auf kollisions-, oder aber auf sachrechtlicher Ebene aufzulösen.<sup>1430</sup>

<sup>1423</sup> Staudinger, AnwBl 2008, 316, 323.

<sup>1424</sup> „Der materielle Anwendungsbereich und die Bestimmungen dieser Verordnung sollten mit der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüssel I) und den Instrumenten, die das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht zum Gegenstand haben, in Einklang stehen“.

<sup>1425</sup> S. bereits oben Fn. 1415.

<sup>1426</sup> So die Terminologie bei MüKo/Sonnenberger, Einl. IPR, RdNr. 589 ff.

<sup>1427</sup> Sonnenberger/Eidenmüller, Dritter Teil, S. 469, 477.

<sup>1428</sup> Vgl. etwa Bamberger/Roth/S.Lorenz, Einl. IPR, RdNr. 90; MüKo/Sonnenberger, Einl. IPR, RdNr. 589, 592.

<sup>1429</sup> Zitate jeweils von MüKo/Sonnenberger, Einl. IPR, RdNr. 589, 591.

<sup>1430</sup> S. etwa MüKo/Sonnenberger, Einl. IPR, RdNr. 593 ff.; NK-BGB/Freitag, Art. 3 EGBGB, RdNr. 38.



Wohl (auch) um die Entstehung solcher Situationen im Internationalen Gesellschaftsrecht *im weiteren Sinne* bereits von vorneherein zu vermeiden sowie aufgrund eines weit verstandenen „Funktionszusammenhangs sachrechtlicher Normen“<sup>1431</sup> halten einige Autoren eine akzessorische Anknüpfung von Nachbarmaterien des Gesellschaftsstatuts, potentiell also auch von außervertraglich zu qualifizierenden Tatbeständen einer Gesellschafter- und Organwalterhaftung, an das Gesellschaftsstatut für notwendig.<sup>1432</sup> Nach einem Teil dieser Stimmen soll dies jedenfalls dann gelten, wenn ein Haftungsinstitut im Einzelfall zwar nicht gesellschaftsrechtlich qualifizieren werden kann,<sup>1433</sup> aber dennoch auf der Verletzung spezifisch gesellschaftsrechtlicher Schutzpflichten<sup>1434</sup> – etwa eines gesellschaftsrechtlichen Schutzgesetzes im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB – beruht.<sup>1435</sup> Andere Stimmen wiederum erwägen, aus Drittschutzgründen die – innerhalb des Anwendungsbereichs der Gründungstheorie – in einer solchen Forderung nach einer akzessorischen Anknüpfung zu erblickende Wirkungserstreckung des Gründungsrechts auf dessen Nachbargebiete durch eine alternative, nicht-akzessorische Anknüpfung z.B. des Deliktsstatuts abzumildern, falls im Einzelfall nur das Sitzrecht, nicht hingegen das Gründungsrecht, zu einer Entschädigung führt.<sup>1436</sup>

Nach hier vertretener Meinung ist eine jedenfalls *grundsätzliche* akzessorische Anknüpfung der außervertraglichen Gesellschafter- und Organwalterhaftung an das jeweilige Gesellschaftsstatut (im Außenverhältnis) indes sowohl aus teleologischen, als auch aus rechtstechnischen Gründen abzulehnen. Eine derartige Akzessorietät mag zwar im Einzelfall durchaus geeignet sein, das Entstehen eines Normenmangels (etc.) zu verhindern; eine derartige Situation kann jedoch oftmals bereits durch eine – ohnehin vorrangige<sup>1437</sup> – sorgfältige Qualifikation vermieden werden. Zudem wurde eingangs bereits als in der Praxis besonders prominentes<sup>1438</sup> Beispiel eines potentiellen Normenmangels im Internationalen Gesellschaftsrecht der Fall genannt, dass gerade in der Gründungstheorie anhängenden Staaten bestimmte Schutzmechanismen oftmals *öffentlich-rechtlich* konzipiert sind,<sup>1439</sup> in einem solchen Fall ist jedoch auch eine akzessorische Anknüpfung an das Gesellschaftsstatut nutzlos.

Eine akzessorische Anknüpfung z.B. des Deliktsstatuts an das Gesellschaftsstatut führt im Anwendungsbereich der Gründungstheorie vielmehr letztendlich dazu, dass

<sup>1431</sup> Sonnenberger/*Eidenmüller*, Dritter Teil, S. 469, 477.

<sup>1432</sup> Etwa Sonnenberger/*Eidenmüller*, Dritter Teil, S. 469, 477, 481; Ulmer/*Behrens/Hoffmann*, Einl. B, RdNr. 113 f.; *Spindler/Berner*, RIW 2004, 7, 11, 13; vgl. auch *Sonnenberger*, Erster Teil, S. 41.

<sup>1433</sup> Bamberger/*Roth/S.Lorenz*, Einl. IPR, RdNr. 90, weist zu Recht darauf hin, dass eine Qualifikation Vorrang vor einer Anpassungslösung hat, zumal dadurch oftmals einem Normenmangel bereits vorbeugt werden kann; vgl. für das Internationale Gesellschaftsrecht explizit Sonnenberger/*Eidenmüller*, Dritter Teil, S. 469, 477.

<sup>1434</sup> Vgl. diesbezüglich aber Art. 10 Abs. 2 Nr. 8 EGBGB-E des Referentenentwurfs des BMJ vom 8. Januar 2008; dazu näher oben RdNr. 215 ff. sowie RdNr. 232.

<sup>1435</sup> Sonnenberger/*Eidenmüller*, Dritter Teil, S. 469, 477, 482 f.; Ulmer/*Behrens/Hoffmann*, Einl. B, RdNr. 113 f. *Sonnenberger*, Erster Teil, S. 41, will eine solche Haftung gesellschaftsrechtlich qualifizieren.

<sup>1436</sup> *Sonnenberger*, Erster Teil, S. 41 f.

<sup>1437</sup> Bamberger/*Roth/S.Lorenz*, Einl. IPR, RdNr. 90; Sonnenberger/*Eidenmüller*, Dritter Teil, S. 469, 477; s. auch schon oben Fn. 1433.

<sup>1438</sup> Vgl. etwa MüKoGmbHG/*Weller*, Einl., RdNr. 320.

<sup>1439</sup> Vgl. auch *Horn*, NJW 2003, 893, 898; MüKoGmbHG/*Weller*, Einl., RdNr. 320; *Behrens*, IPRax 2003, 193, 195.