



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Financiering en vermogensonttrekking door aandeelhouders: een studie naar de grenzen aan de financieringsvrijheid van aandeelhouders in besloten verhoudingen naar Amerikaans, Duits en Nederlands recht

Barneveld, J.

Publication date
2014

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Barneveld, J. (2014). *Financiering en vermogensonttrekking door aandeelhouders: een studie naar de grenzen aan de financieringsvrijheid van aandeelhouders in besloten verhoudingen naar Amerikaans, Duits en Nederlands recht*. Kluwer.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

HOOFDSTUK 13

FINANCIERING & EXISTENZVERNIGHTENDER EINGRIFF

13.1 Inleiding

In dit hoofdstuk komt aan bod onder welke omstandigheden aandeelhouders van de GmbH persoonlijk aansprakelijk kunnen zijn vanwege vermogensonttrekkingen en vanwege onderkapitalisatie. Het leerstuk van aandeelhoudersaansprakelijkheid is oorspronkelijk ontstaan als onderdeel van het (*faktischen*) *Konzernrecht*, maar heeft zich sinds 2001 door een aantal belangrijke uitspraken van het *Bundesgerichtshof* ontwikkeld tot een categorie van de onrechtmatige daad. Nadat deze ontwikkeling aan de hand van de belangrijkste rechtspraak is uiteengezet, zal nader worden ingegaan op de aansprakelijkheid van aandeelhouders vanwege ongeoorloofde vermogensonttrekkingen anno nu; de zogenaamde *existenzvernichtenden Eingriffs*. Vervolgens wordt ingegaan op de rol die onderkapitalisatie speelt bij de aansprakelijkheid van aandeelhouders van een GmbH. Daarna wordt bezien onder welke omstandigheden aandeelhouders aansprakelijk kunnen zijn vanwege hun betrokkenheid bij een LBO. Tot slot komt kort een aantal andere *Fallgruppen* van aandeelhoudersaansprakelijkheid aan bod.

13.2 Van feitelijk concernrecht naar de onrechtmatige daad

13.2.1 1985-2001: Ontwikkeling van het GmbH-concernrecht

13.2.1.1 AG-concernrecht

De wortels van het leerstuk van aandeelhoudersaansprakelijkheid liggen in het Duitse concernrecht.¹ Sinds 1965 voorziet het *Aktiengesetz* in bijzondere regels voor AG's die onderdeel uitmaken van een concern. Aan deze regels ligt de gedachte ten grondslag dat in concernverhoudingen het risico bestaat dat het belang van een afhankelijke (dochter)vennootschap, en daarvan afgeleid dat van haar (niet tot het concern behorende) minderheidsaandeelhouders en crediteuren, ondergeschikt zal worden gemaakt aan het belang van andere concernmaatschappijen; er

¹ Voor uitgebreide Nederlandse analyses van het Duitse concernrecht zoals dat gold tot voor de eeuwwisseling wordt verwezen naar Lennarts 1999, p. 49-97 en Bartman 1989, p. 13-71.

zou daarom sprake zijn van een zogenaamd *Schutzproblem*.² Het in §§ 15-22 en 291-328 AktG neergelegde concernrecht heeft daarom een beschermend karakter en maakt onderscheid tussen het formele concern, waaraan een contractuele verhouding tussen de groepsvennootschappen ten grondslag ligt, en het feitelijke concern (*faktischer Konzern*), waarvan sprake is als een vennootschap feitelijk de macht kan uitoefenen over een andere vennootschap.

Het concernrecht voorziet in de behoefte om in groepsverhoudingen uitzonderingen te maken op een aantal basisregels van het *Aktien-Gesetz*. In § 119 lid 2 AktG is bijvoorbeeld bepaald dat aandeelhouders van de AG geen instructies mogen geven aan het bestuur. En ingevolge § 117 AktG kunnen aandeelhouders aansprakelijk zijn jegens de vennootschap, hun medeaandeelhouders en de crediteuren als zij van hun invloed binnen de vennootschap gebruik maken om de vennootschap nadelige handelingen te doen verrichten. Een contractueel concern komt tot stand doordat de groepsvennootschappen een *Unternehmensvertrag*³ sluiten waarin – kort gezegd – wordt afgesproken dat de controlerende (moeder)vennootschap⁴ wél bindende instructies kan geven aan de afhankelijke vennootschap en tevens vermogen aan de afhankelijke vennootschap mag onttrekken zonder dat de uitkeringsregels daarop van toepassing zijn.⁵ Daar staat (onder meer) tegenover dat de controlerende vennootschap gehouden is jaarlijks de verliezen van de afhankelijke vennootschap aan te zuiveren en jegens de dochter aansprakelijk is indien zij instructies geeft die in strijd zijn met het concernbelang.⁶

Van een feitelijk concern is sprake als er binnen een samenstel van vennootschappen een afhankelijkheidsverhouding bestaat, maar geen *Unternehmensvertrag* gesloten is.⁷ Hoewel de controlerende onderneming binnen een feitelijk concern niet beschikt over een afdwingbaar instructierecht, is het haar op grond van § 311 AktG toegestaan nadelige instructies te geven aan afhankelijke ondernemingen, mits zij het toegebrachte nadeel compenseert. Voldoet de controlerende onderneming niet aan de verplichting om voor het einde van het boekjaar het door de afhankelijke vennootschap geleden nadeel te compenseren, dan is zij op grond van § 317 AktG schadeplichtig jegens de afhankelijke onderneming en eventuele medeaandeelhouders.⁸

2 Zie Emmerich & Habersack 2010, nr. 18.

3 De twee meest voorkomende *Unternehmensverträge* zijn het *Beherrschungsvertrag* en het *Gewinnabführungsvertrag*.

4 § 17 AktG spreekt van een “*herrschendes Unternehmen*”.

5 § 291 lid 3 AG bepaalt dat §§ 57, 58 en 60 AktG niet van toepassing zijn op uitkeringen aan aandeelhouders aan de controlerende onderneming van het contractuele concern.

6 Zie §§ 302, 309 en 310 AktG.

7 § 17 AktG bepaalt dat van een afhankelijkheidsverhouding sprake is indien een controlerende onderneming (*herrschendes Unternehmen*) beschikt over de mogelijkheid om macht uit te oefenen over een afhankelijke onderneming. Niet vereist is dat de macht daadwerkelijk wordt uitgeoefend. Indien een onderneming een meerderheidsbelang houdt in een vennootschap, wordt een afhankelijkheidsverhouding vermoed aanwezig te zijn.

8 § 317 AktG is derhalve een *lex specialis* van § 117 AktG.

13.2.1.2 Beperkte crediteurenbescherming door Treuepflichten in de GmbH

Hoewel daartoe wel een aantal keer een aanzet is gegeven, is nimmer een concernrecht gecodificeerd voor de GmbH. De GmbH wordt niettemin regelmatig ingezet als concerndochter, nu het *GmbH-Gesetz* de aandeelhouders veel vrijheid geeft om zich met het beleid van de dochter te bemoeien. Zo beschikt de aandeelhoudersvergadering van de GmbH over een wettelijk instructierecht en kent het GmbH-recht geen met § 117 AktG vergelijkbare bepaling, die het de aandeelhouders verbiedt nadelige instructies te geven. Toch leiden de verplichtingen die de aandeelhouders van de GmbH jegens elkaar hebben (de zogenaamde *Treuepflichten*) ertoe dat het de aandeelhouders van een GmbH in de regel niet is toegestaan de vennootschap nadeel toe te brengen. Vanwege deze *Treuepflichten* mag een aandeelhouder niet op een verdeckte wijze vermogen aan de vennootschap onttrekken, zonder toestemming van zijn medeaandeelhouders. De *Treuepflichten* beschermen echter niet uitsluitend de aandeelhouders; doordat zij in de weg staan aan verkapte vermogensonttrekkingen, gaat daarvan ook een indirecte bescherming van crediteuren uit. Habersack spreekt dienaangaande van een “*reflexartigen Gläubigerschutz*”.⁹

Zo overwoog het BGH in de ITT-uitspraak dat in een GmbH-concern in beginsel een “*Schädigungsverbot*” geldt.¹⁰ Een moedervernootschap had haar dochter geïnstrueerd een bepaalde kostenvergoeding aan haar te betalen, zonder dat de dochter daarvoor een gelijkwaardige tegenprestatie ontving. Het BGH oordeelde dat de moeder door deze “*verdeckte Gewinnausschüttung*” in strijd had gehandeld met de *Treuepflicht* die zij droeg jegens de 15 procent minderheidsaandeelhouder van de dochter. Tenzij de moeder er in zou slagen het vermoeden te weerleggen dat zij schuld had aan de schending van de zorgplicht, kon zij door de dochtervernootschap tot vergoeding van de schade worden aangesproken. Hierdoor werden, eerder toevalligerwijs dan daadwerkelijk beoogd, tevens de crediteuren van de dochter beschermd.

De *Treuepflichten* bieden echter geen bescherming aan de crediteuren van een GmbH als er slechts één aandeelhouder is of als alle aandeelhouders in het schadeveroorzakende gedrag participeren of dit goedkeuren;¹¹ er bestaat in dat geval

9 Habersack 2008, p. 536.

10 BGH 5 juni 1975, II ZR 23/74 (ITT). Analoge toepassing van §§ 311 tot 318 AktG werd door het BGH expliciet verworpen. Zie voor uitvoerige, Nederlandse besprekingen Bartman 1989, p. 43-53 en Lennarts 1999, p. 75-76.

11 Müller en Winkeljohann overwegen: “*Zu beachten ist allerdings, dass das Schädigungsverbot disponibel ist. Bei Zustimmung aller Gesellschafter und bei einem fehlenden Verstoß gegen das Einlagenrückgewährverbot des § 30 GmbHG gilt das Schädigungsverbot nicht.*” (Müller & Winkeljohann 2009, § 17, nr. 312).

geen *Treuepflicht* van de aandeelhouder jegens de vennootschap als zodanig.¹² Alhoewel een aantal juridische auteurs dit graag anders zou zien,¹³ duidt de rechtspraak van het BGH erop dat de *Treuepflichten* uitsluitend zien op de verhouding tussen de aandeelhouders onderling. Anders gezegd: zij regarderden de horizontale verhoudingen, niet de verticale verhouding.¹⁴ Zij staan er daarom niet aan in de weg dat een enig aandeelhouder aan 'zijn eigen vennootschap' nadeel toebrengt.

13.2.1.3 GmbH-concernrecht: van Autokran tot TBB

Mede door dit gebrek aan bescherming van de crediteuren van de eenpersoons-GmbH heeft het BGH sinds 1985 in een bestendige reeks jurisprudentie eigenhandig een concernrecht voor de GmbH ontwikkeld, waarbij het in hoge mate aansluiting heeft gezocht bij de wettelijke concernregels in het *Aktiengesetz*. De gedachte die achter het in de jurisprudentie ontwikkelde GmbH-concernrecht schuil ging, was dat de crediteuren en minderheidsaandeelhouders van een tot een groep behorende GmbH aan dezelfde risico's blootstonden als de crediteuren en minderheidsaandeelhouders van een concern-AG en daarom ook dezelfde bescherming verdienden.

In de *Autokran*-zaak van 1989 heeft het BGH het fundament gelegd voor het GmbH-concernrecht.¹⁵ In deze zaak had een natuurlijk persoon zijn onderneming ondergebracht in een zevental (zuster)vennootschappen, waarvan een aantal insolvent was geraakt. Een crediteur van de dochters trachtte daarom de aandeelhouder van de vennootschappen aan te spreken voor zijn onbetaald gebleven vorderingen. Het BGH stelde vast dat de natuurlijke persoon kwalificeerde als controlerende onderneming en er dus sprake was van een feitelijk concern.¹⁶ Nu de in het *Aktiengesetz* vervatte regeling inzake het feitelijke concern niet analoog van

12 Zie hierover Fleischer & Goette 2010, nr. 464 e.v. Het BGH heeft dienaangaande in 1992 overwogen: "*Jedenfalls außerhalb der Gefährdung von Gläubigerinteressen ist ein von der Gesamtheit der Gesellschafterinteressen unabhängiges Gesellschaftsinteresse, dem eine Treuepflicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft Rechnung zu tragen hätte, grundsätzlich nicht anzuerkennen.*" BGH 28 september 1992, II ZR 299/91.

13 Zie voor een overzicht Baumbach/Hueck 2013, § 13, nr. 54-56. Baumbach en Hueck concluderen: "*Begrenzt man Fragestellung auf Grundlage der Haftung wegen existenzvernichtender Eingriffe, lässt sich zunächst feststellen, dass Treuepflicht nach bisheriger Erkenntnis grundsätzlich nur im Gesellschafter- und nicht primär im Gläubigerinteresse besteht. Wenn man daher Sonderverbindung für Begründung einer Pflicht zur Beachtung eines Eigeninteresses der Gesellschaft zur Befriedigung ihrer Gläubiger heranziehen will, liegt darin eine rechtsfortbildende Erweiterung unter Gläubigerschutzgesichtspunkten, die zwar keineswegs ausgeschlossen, aber eben nicht ohne weiteres aus bisheriger Erkenntnis abzuleiten ist.*"

14 Dat neemt niet weg dat een schending van een *Treuepflicht* aanleiding kan geven tot een schadevergoedingsplicht jegens de vennootschap. Deze vergoeding strekt er in dat geval toe de door de aandeelhouders geleden afgeleide schade ongedaan te maken.

15 BGH 16 september 1985, II ZR 275/48 (*Autokran*).

16 Het BGH stelde voorop dat eiser te weinig feiten had gesteld voor een doorbraak van aansprakelijkheid vanwege vermogensvermenging of misbruik van recht. Het BGH onderscheidde de *Autokran*-zaak derhalve expliciet van de reguliere doorbraakcasus.

toepassing was op een feitelijke GmbH-concern, lag aan het BGH vervolgens de belangrijke vraag voor welke gevolgen deze vaststelling had. Volgens het BGH was in casu niet slechts sprake van een regulier feitelijk concern, maar van een *gekwalificeerd* feitelijk concern, nu de aandeelhouder “*dauernd und umfassend*” de leiding had uitgeoefend over de dochtermaatschappijen. De aandeelhouder was daarom aansprakelijk jegens de crediteuren van de dochtervennootschappen. Deze aansprakelijkheid volgde uit een analoge toepassing van de in het *Aktiengesetz* neergelegde regels voor het formele *Vertragskonzern*.¹⁷

De uitspraak gaf aanleiding tot een stevig debat in de juridische literatuur over de vraag wanneer een groepsverband dient te worden aangemerkt als een gekwalificeerd feitelijk concern, zodat de aandeelhouder aansprakelijk was voor de schulden van de vennootschap.¹⁸ Daarin stond primair de vraag centraal of het BGH een *Strukturhaftung* of een *Verschuldenshaftung* op het oog had: was de aansprakelijkheid van de aandeelhouder gelegen in de gevaren die de concernstructuur in potentie meebracht voor de vennootschapscrediteuren of was voor die aansprakelijkheid vereist dat de aandeelhouder daadwerkelijk schade aan de vennootschap had toegebracht? In een aantal uitspraken na 1985 heeft het BGH nadere invulling gegeven aan het feitelijke GmbH-concernrecht en daarbij duidelijk gemaakt dat het ging om een *Strukturhaftung*. Zo oordeelde het BGH in de *Tiefbau*-uitspraak dat reeds sprake was van een gekwalificeerd feitelijk concern indien de *dauernde und umfassende Leitung* zich uitsluitend had beperkt tot het financiële beleid van de dochtervennootschap.¹⁹ Uit de daarop volgende, zwaar bekritiseerde *Video*-uitspraak bleek dat iedere enig aandeelhouder en tevens enig bestuurder die ook nog andere ondernemingsactiviteiten ontplooiden (behoudens weerlegging van het vermoeden) aansprakelijk was voor de schulden van zijn vennootschap.²⁰ Vanwege de stevige kritiek in de juridische literatuur op de uitdijende aansprakelijkheid van controlerende ondernemingen, kwam het BGH in de *TBB*-uitspraak hier weer enigszins op terug.²¹ Het BGH hield daarin vast aan zijn opvatting dat de vennootschapsrechtelijke (kapitaalbeschermings)regels en het commune privaatrecht onvoldoende bescherming boden als binnen een concern de controlerende onderneming dusdanig intensief zeggenschap uitoefende op het beleid van de dochtervennootschap, dat het in een faillissement van de dochter niet mogelijk was om concrete schadeveroorzakende transacties te identificeren. Daarmee was de

17 §§ 303 en 322 AktG werden analoog toegepast. Het BGH oordeelde dat in het gekwalificeerde feitelijke concern (weerlegbaar) werd vermoed dat het eigen belang van de afhankelijke vennootschappen was geschonden ten behoeve van het concernbelang.

18 Zie hierover Ulmer 1986 en Buchner 1994. Voor een Nederlandse weergave van deze discussie wordt (nogmaals) verwezen naar Lennarts 1999, p. 79-85 en Bartman 1989, p. 58-68.

19 BGH 20 februari 1989, II ZR 167/88 (*Tiefbau*).

20 BGH 23 september 1991, II ZR 135/90 (*Video*).

21 BGH 29 maart 1992, II ZR 265/91 (*TBB*).

behoefte aan een bijzonder concernrecht gegeven. Het BGH oordeelde niettemin dat het vermoeden van benadeling bij een *dauernde und umfassende Leitung* te ver ging. Voortaan dienden crediteuren van dochtervennootschappen omstandigheden aan te voeren waaruit bleek dat de afhankelijke vennootschap daadwerkelijk benadeeld was en dat deze benadeling niet ongedaan kon worden gemaakt met een beroep op de algemene vennootschapsrechtelijke en privaatrechtelijke regels.²²

13.2.2 2001-2007: Durchgriffshaftung vanwege misbruik van rechtspersoonlijkheid

13.2.2.1 Bremer Vulkan 2001: einde van het GmbH-concernrecht

Hoewel de storm van kritiek op het GmbH-concernrecht na het TBB-arrest was geluwd, gooide het BGH in 2001 radicaal het roer om. In de uitspraak inzake *Bremer Vulkan* nam het, nota bene in een overweging ten overvloede, definitief afscheid van het leerstuk van aandeelhoudersaansprakelijkheid op grond van het gekwalificeerde feitelijke GmbH-concern.²³ Het BGH overwoog:

*“Der Schutz einer abhängigen GmbH gegen Eingriffe ihres Alleingeschafters folgt nicht dem Haftungssystem des Konzernrechts des Aktienrechts, sondern ist auf die Erhaltung ihres Stammkapitals und die Gewährleistung ihres Bestandsschutzes beschränkt, der eine angemessene Rücksichtnahme auf die Eigenbelange der GmbH erfordert. An einer solchen Rücksichtnahme fehlt es, wenn die GmbH infolge der Eingriffe ihres Alleingeschafters ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann.”*²⁴

De bescherming van de concern-GmbH werd aldus niet langer gegrond op een analoge toepassing van het AG-concernrecht, maar was voortaan uitsluitend gelegen in de kapitaalbeschermingsregels en de aansprakelijkheid van aandeelhouders vanwege ongeoorloofde vermogensonttrekkingen.²⁵ Volgens het BGH dienden aandeelhouders bij vermogensonttrekkingen het eigen belang van de vennootschap in acht te nemen. Dit hield in dat zij zich dienden te onthouden van onttrekkingen

22 Limmer overwoog naar aanleiding van de TBB-uitspraak: *“Obwohl der BGH am grundsätzlichen Haftungskonzept im faktischen GmbH-Konzern festgehalten hat und weiterhin die Gefahr einer Verlustausgleichshaftung insbesondere für den Privatgesellschafter besteht, der auch noch außerhalb seiner GmbH anderweitig unternehmerisch tätig ist, wird man für die Zukunft davon ausgehen können, daß das Risiko der Inanspruchnahme aus konzernrechtlichen Gründen angemessen eingegrenzt und für die Praxis einigermaßen handhabbar ist.”* (Limmer 1993, p. 769).

23 BGH 17 september 2001, II ZR 178/99 (*Bremer Vulkan*). Zie over deze uitspraak Wiedemann 2003 en Hoffmann 2002.

24 BGH 17 september 2001, II ZR 178/99 (*Bremer Vulkan*), p.1.

25 BGH 17 september 2001, II ZR 178/99 (*Bremer Vulkan*), p. 10.

die de continuïteit van de vennootschap in gevaar brachten; het BGH sprak van *existenzvernichtenden Eingriff*.²⁶ Was de GmbH ten gevolge van een vermogensonttrekking niet langer in staat haar verplichtingen te voldoen en dus haar onderneming voort te zetten, dan waren de bij de onttrekking betrokken aandeelhouders persoonlijk aansprakelijk. Deze aansprakelijkheid gold volgens het BGH subsidiair ten aanzien van de gehoudenheid van aandeelhouders om vermogensonttrekkingen te restitueren op grond van de vennootschapsrechtelijke uitkeringsregels (§§ 30 en 31 GmbHG). Voor zover het door de crediteuren geleden nadeel ongedaan kon worden gemaakt door inroeping van § 31 GmbHG, was aansprakelijkheid vanwege *Existenzvernichtung* niet aan de orde.²⁷

De *Bremer Vulkan*-uitspraak werd door de juridische gemeenschap overwegend instemmend begroet, ofschoon het BGH daarin een aantal belangrijke vragen onbeantwoord liet. Zo was niet helder welke dogmatische grondslag de aansprakelijkheid van aandeelhouders vanwege *Existenzvernichtung* had. Evenmin was duidelijk of een *existenzvernichtender Eingriff* leidde tot aansprakelijkheid van de aandeelhouder jegens de vennootschap of jegens de crediteuren; betrof het een interne of een externe aansprakelijkheid? Tot slot rees de vraag of de door het BGH geformuleerde regel slechts gold voor de concern-GmbH met één aandeelhouder of eveneens van toepassing was op niet tot een groep behorende GmbH's en GmbH's met meerdere aandeelhouders.

13.2.2.2 L-Kosmetik 2002: aansprakelijkheid medeaandeelhouders

In zijn uitspraak inzake *L-Kosmetik* benadrukte het BGH nogmaals, wederom in een obiter dictum, dat het de notie van GmbH-concernaansprakelijkheid had

26 De term *Existenzvernichtung* vindt haar oorsprong in de Duitse strafrechtelijke jurisprudentie inzake *Untreue*, kort gezegd een vorm van het Duitse fraude-leerstuk (§ 266 StGB). Het Duitse delict van *Untreue* heeft een ruimer bereik dan de Nederlandse oplichtingsbepalingen. In 1988 oordeelde het *Strafsenat* van het BGH dat winstuitkeringen aan aandeelhouders die niet in strijd met de kapitaalregels en met instemming van alle aandeelhouders geschieden, als *Untreue* kwalificeren, indien daardoor “die Existenz der GmbH gefährdet wurde”. BGH 24 augustus 1988, 3 StR 232/88. Het BGH overwoog: “Für die Beurteilung der Frage, ob Gewinnentnahmen die Existenz oder die Liquidität einer GmbH gefährden, wird es nicht erforderlich sein, daß sich der Tatrichter stets durch Einholung eines Sachverständigengutachtens Gewißheit über die Vermögenslage der Gesellschaft verschafft. Er hat diese Frage unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu prüfen. Die Annahme einer Existenz- oder Liquiditätsgefährdung, insbesondere einer “Aushöhlung” der GmbH durch vorweggenommene.”

27 “Zu einer Haftung des Alleingesellschafters für die Verbindlichkeiten der von ihm beherrschten GmbH führt aber auch ein solcher bestandsvernichtender Eingriff nur dann, wenn sich die Fähigkeit der GmbH zur Befriedigung ihrer Gläubiger nicht schon durch die Rückführung entzogenen Stammkapitals gemäß § 31 GmbHG wiederherstellen läßt.” (BGH 17 september 2001, II ZR 178/99 (*Bremer Vulkan*), p. 10).

opgegeven.²⁸ Vervolgens overwoog het dat de aansprakelijkheid vanwege een *existenzvernichtender Eingriff* zich niet noodzakelijkerwijs beperkte tot de aandeelhouder die de ongeoorloofde onttrekking had ontvangen. Ook de medeaandeelhouders die het onttrokken vermogen niet hadden ontvangen, waren aansprakelijk als zij door hun instemming met de vermogensonttrekking aan de *Existenzvernichtung* van de vennootschap hadden meegewerkt.²⁹ Deze *Ausfallhaftung* van de medeaandeelhouders was in die zin anders dan de subsidiaire aansprakelijkheid voor uitkeringen op grond van § 31 lid 3 GmbHG,³⁰ dat daarvoor wel vereist was dat de medeaandeelhouders een verwijt ter zake van de onttrekking kon worden gemaakt.³¹ Hoewel het BGH dit niet met zoveel woorden overwoog, werd uit de *L-Kosmetik*-uitspraak door veel juridische auteurs afgeleid dat het leerstuk van *Existenzvernichtung* niet alleen van toepassing was op concern-GmbH's, maar gold voor alle aandeelhouders die vermogen onttrokken aan een GmbH.

13.2.2.3 KBV 2002: Durchgriffshaftung vanwege misbruik

Een jaar na de *Bremer Vulkan*-uitspraak verschaftte het BGH meer duidelijkheid over de dogmatische grondslag van de aansprakelijkheid vanwege *Existenzvernichtung*. In de *KBV*-zaak hadden de twee aandeelhouders en tevens bestuurders van *K-GmbH* besloten haar onderneming voort te zetten in een andere vennootschap.³² In dat kader werd al het actief – dat een waarde had van 1.205.000 DM – van *K-GmbH* aan een andere (*Auffang*-)GmbH overgedragen. Deze vennootschap had dezelfde aandeelhouders als *K-GmbH* en zette de onderneming voort. Als tegenprestatie nam de *Auffang-GmbH* een deel van de verplichtingen van *K-GmbH* over (ter waarde van 823.000 DM); echter niet de verplichting jegens de eiseres in deze zaak. Enige tijd later werd het faillissement van *K-GmbH* aangevraagd en al snel bij gebrek aan baten opgeheven. Eiseres sprak als crediteur van *K-GmbH* de twee aandeelhouders aan voor haar onbetaald gebleven vordering, nu deze door de herstructurering haar verhaal illusoir zouden hebben gemaakt.

Het BGH stelde voorop dat het verbod op *existenzvernichtenden Eingriff* niet gegrond was op de gedachte dat een GmbH recht had op haar eigen voortbestaan. Het stond de aandeelhouders te allen tijde vrij de door de GmbH

28 BGH 25 februari 2002, II ZR 196/00 (*L-Kosmetik*).

29 “Die *Ausfallhaftung* aus dem Gesichtspunkt des existenzvernichtenden Eingriffs (BGH, Urt. v. 17. September 2001 – II ZR 178/99, ZIP 2001, 1874, 1876) trifft auch diejenigen Mitgesellschafter, die, ohne selber etwas empfangen zu haben, durch ihr Einverständnis mit dem Vermögensabzug an der Existenzvernichtung der Gesellschaft mitgewirkt haben.” (BGH 25 februari 2002, II ZR 196/00 (*L-Kosmetik*), p. 1 en 11).

30 Zie daarover par. 11.8.1.2.

31 Overigens achtte het BGH in casu de aandeelhouders niet aansprakelijk.

32 BGH 24 juni 2002, II ZR 300/00 (*KBV*).

gedreven onderneming te beëindigen of over te dragen en de vennootschap te liquideren.

“Das System der auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftung beruht auf der unausgesprochenen, für das Recht der Kapitalgesellschaften jedoch grundlegenden Voraussetzung, daß das Gesellschaftsvermögen, das zur Erfüllung der im Namen der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten benötigt wird, in der Gesellschaft zum Zwecke der Befriedigung ihrer Gläubiger verbleiben muß und damit der [...] Dispositionsbefugnis der Gesellschafter entzogen ist. Die GmbH hat zwar keinen Anspruch gegen ihre Gesellschafter auf Gewährleistung ihres Bestandes. Sie können die Existenz der Gesellschaft im Grundsatz jederzeit [...] beenden.”³³ (Onderstr. JB)

Als de aandeelhouders besloten de vennootschap te liquideren, waren zij gehouden de in de *Insolvenzordnung* en het *GmbH-Gesetz* vervatte regels ter zake van faillissement en liquidatie in acht te nemen, die waarborgen dat het vermogen van de vennootschap wordt aangewend ter voldoening van haar crediteuren. In geen geval was het de aandeelhouders toegestaan vermogen aan de vennootschap te onttrekken dat zij nodig had om de verplichtingen jegens haar crediteuren te voldoen. Slechts hetgeen reesterde na voldoening van alle crediteuren, kwam aan de aandeelhouders toe. Dit afgescheiden en doelgebonden karakter van het vennootschapsvermogen was volgens het BGH onlosmakelijk verbonden met het door de aandeelhouders genoten voorrecht van beperkte aansprakelijkheid.³⁴ *Existenzvernichtenden Eingriffs* door aandeelhouders leidden daarom tot verlies van dit voorrecht; dit wordt in Duitsland *Durchgriffshaftung* genoemd.³⁵

“Die Respektierung der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger während der Lebensdauer der GmbH ist unabdingbare Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Haftungsprivilegs des § 13 Abs. 2 GmbHG. Zugriffe der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen, welche die aufgrund dieser Zweckbindung gebotene angemessene Rücksichtnahme auf die Erhaltung der Fähigkeit der Gesellschaft zur Bedienung ihrer Verbindlichkeiten in einem ins Gewicht fallenden Maße vermissen lassen, stellen deshalb einen Mißbrauch der Rechtsform der GmbH dar, der zum Verlust des Haftungsprivilegs führt, soweit nicht der GmbH durch den Eingriff insgesamt zugefügte Nachteile bereits nach §§ 30, 31 GmbHG ausgeglichen werden kann.”³⁶ (Onderstr. JB)

33 BGH 24 juni 2002, II ZR 300/00 (KBV), r.o. 2.

34 § 13 lid 2 GmbHG bepaalt: “Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen.”

35 Zie over het gebruik van het diffuse begrip ‘*Durchgriffshaftung*’ in de Duitse rechtspraak en literatuur: Grigoleit 2006, p. 221-228.

36 BGH 24 juni 2002, II ZR 300/00 (KBV), p. 1.

De aansprakelijkheid vanwege *Existenzvernichtung* werd in de *KBV*-uitspraak dus gegrond op een notie van misbruik van rechtspersoonlijkheid. Het BGH stelde vast dat de aandeelhouders in casu door de herstructurering 380.000 DM aan het vermogen van *K-GmbH* hadden onttrokken en dat dit een doorbreking van het uitgangspunt van beperkte aansprakelijkheid rechtvaardigde. Dit betekende dat de aandeelhouders direct jegens de crediteur van *K-GmbH* aansprakelijk waren, zij het dat deze aansprakelijkheid door het BGH beperkt werd tot voor zover de crediteur geen verhaal vond bij de vennootschap.³⁷

De juridische literatuur reageerde verdeeld op de dogmatische classificatie van de *existenzvernichtenden Eingriff* in het *KBV*-oordeel.³⁸ Terwijl sommigen de keuze voor een *Durchgriffshaftung* toejuichten, uitten anderen juist de vrees dat het leerstuk zou worden ingezet als “*Wunderwaffe zur Bekämpfung aller [...] angeblichen Schutzdefizite*”.³⁹ In het bijzonder plaatste men vraagtekens bij de omvang van de aansprakelijkheid. Als aandeelhouders ongeoorloofde vermogensonttrekkingen deden op een moment dat de vennootschap reeds een tekort had, zou het niet gerechtvaardigd zijn dat zij voor het gehele tekort in faillissement konden worden aangesproken. De aansprakelijkheid zou zich volgens sommigen moeten beperken tot het nadeel dat daadwerkelijk uit de onttrekking was voortgevloeid. Tevens moesten volgens sommige juridische auteurs niet alle crediteuren de mogelijkheid hebben om een aandeelhouder vanwege de onttrekking aan te spreken.⁴⁰ Crediteuren die na de onttrekking met de vennootschap zouden hebben gecontracteerd terwijl zij op de hoogte waren van het insolventierisico, zouden geen gebruik mogen maken van de doorbraak-vordering.

13.2.3 2007-heden: aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad

13.2.3.1 Trihotel 2007: keuze voor de onrechtmatige daad

Slechts vijf jaar na de *KBV*-uitspraak, voorzag het BGH het leerstuk van de *existenzvernichtenden Eingriffs* nogmaals van een nieuwe dogmatische grondslag. In de *Trihotel*-uitspraak nam het afscheid van de ‘*Durchgriffshaftung*’ vanwege ongeoorloofde vermogensonttrekkingen.⁴¹ In deze zaak werd bestuurder X van de gefailleerde *A-GmbH* aangesproken door de curator. De aandelen in *A-GmbH* werden aanvankelijk gehouden door X en zijn echtgenoot, maar in 1999 had X zijn aandelen overgedragen aan *J-GmbH*; de aandelen in *J-GmbH* werden gehouden

37 Het BGH overwoog: “[D]ie Gesellschaftsgläubiger [sind] deshalb außerhalb des Insolvenzverfahrens grundsätzlich berechtigt, ihre Forderungen unmittelbar gegen die an den Eingriffen in das Gesellschaftsvermögen mitwirkenden Gesellschafter geltend zu machen, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können.”

38 Zie Lutter & Banerja 2003, Wiedemann 2003 en Hoffman 2002.

39 Zo werd gevreesd door Vetter. (Vetter 2005, p. 815).

40 Lutter & Banerja 2003, p. 432.

41 BGH 16 juli 2007, II ZR 3/04 (*Trihotel*).

door de moeder van X. X was tevens bestuurder van *J-GmbH* en ook van een derde vennootschap: *W-Hotel-GmbH*. *A-GmbH* exploiteerde een hotel dat gebouwd was op grond die zij pachtte van X. Vijf maanden voordat de pachtovereenkomst afliep, zegde X deze op, om de grond vervolgens te gaan verpachten aan *W-Hotel-GmbH*. *A-GmbH* droeg daarna, op grond van een *managementovereenkomst* met *W-Hotel-GmbH*, zorg voor de uitbating van het hotel. Daarvoor ontving *A-GmbH* 40 procent van de omzet; later werd dit teruggebracht naar 28 procent. De moeder van X had daarnaast een lening aan *A-GmbH* verstrekt, waarvoor zij het eigendom van de inventaris van *A-GmbH* in zekerheid had gekregen.

Korte tijd na de herstructurering faillieerde *A-GmbH*, een tekort van ruim 1,4 miljoen DM achterlatend. De curator sprak X aan voor het tekort in faillissement, aanvankelijk met succes. Zowel het *Landgericht* als het *Oberlandesgericht* oordeelden dat X zich schuldig had gemaakt aan een *existenzvernichtenden Eingriff*, door als (feitelijk) meerderheidsaandeelhouder vermogen aan *A-GmbH* te onttrekken en daarmee de mogelijkheid weg te nemen dat de GmbH liquiditeiten zou genereren waarmee ze haar schulden zou kunnen voldoen.⁴² Daarom diende X de beperkte aansprakelijkheid zoals vervat in § 13 lid 2 GmbHG ontnomen te worden zodat hij aansprakelijk was jegens de curator voor het gehele tekort in faillissement.

Het BGH vernietigde de uitspraak van het OLG en overwoog dat het weliswaar vasthield aan het leerstuk van de *existenzvernichtenden Eingriffs*, maar de gevolgen van dergelijke ongeoorloofde onttrekkingen wijzigde. Niet langer leidden zij tot het verlies van de beperkte aansprakelijkheid; in plaats daarvan werd de ongeoorloofde onttrekking ingebed in het leerstuk van de algemene onrechtmatige daad in de zin van § 826 BGB (*unerlaubte Handlung*). Het BGH overwoog tevens dat de aansprakelijkheid van aandeelhouders vanwege een *existenzvernichtenden Eingriff* niet (langer) subsidiair was aan de aansprakelijkheid op grond van de kapitaalbeschermingsregels.⁴³

“An dem Erfordernis einer als ‘Existenzvernichtungshaftung’ bezeichneten Haftung des Gesellschafters für missbräuchliche, zur Insolvenz der GmbH führende oder diese vertiefende kompensationslose Eingriffe in das der Zweckbindung zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienende Gesellschaftsvermögen wird festgehalten. Der Senat gibt das bisherige Konzept einer eigenständigen Haftungsfigur, die an den Missbrauch der Rechtsform anknüpft und als Durchgriffs(außen)haftung des Gesellschafters gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ausgestaltet, aber mit einer

42 De onttrekking bestond uit de verschaffing van zekerheden aan de moeder van X en de vroegtijdige beëindiging van de pachtovereenkomst.

43 Het BGH overwoog: “*Schadensersatzansprüche aus Existenzvernichtungshaftung gemäß § 826 BGB sind gegenüber Erstattungsansprüchen aus §§ 31, 30 GmbHG nicht subsidiär; vielmehr besteht zwischen ihnen – soweit sie sich überschneiden – Anspruchsgrundlagenkonkurrenz.*”

Subsidiaritätsklausel im Verhältnis zu den §§ 30, 31 BGB versehen ist, auf. Stattdessen knüpft er die Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters an die missbräuchliche Schädigung des im Gläubigerinteresse zweckgebundenen Gesellschaftsvermögens an und ordnet sie – in Gestalt einer schadensersatzrechtlichen Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft – allein in § 826 BGB als eine besondere Fallgruppe der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung ein.”⁴⁴

Alleen als ten tijde van de herstructurering het faillissement van *A-GmbH* onvermijdelijk was geweest, zou volgens het BGH grond bestaan voor aansprakelijkheid van X jegens de vennootschap.⁴⁵ Zonder het horen van een deskundige was het niet mogelijk om vast te stellen welke invloed de litigieuze transacties hadden gehad op het daarna ingetreden faillissement. De uitspraak van het OLG berustte kortom op ongefundeerde aannames en kwam daarom voor vernietiging in aanmerking. Ten overvloede merkte het BGH op dat voor zover geoordeeld zou worden dat X aansprakelijk was vanwege de onttrekkingen, deze aansprakelijkheid niet zonder meer gelijk was aan het tekort in faillissement.⁴⁶ De schade bestond uit de door de onttrekkingen veroorzaakte *Gewinnausfall*.

13.2.3.2 2008-2009: bestendiging nieuwe leer

Sinds de *Trihotel*-uitspraak van het BGH is het leerstuk van de *existenzvernichtenden Eingriffs* in de rechtspraak en literatuur verder ontwikkeld. Het ziet er thans naar uit dat het BGH vasthoudt aan de nieuwe dogmatische inbedding. Zo bevestigde het BGH in 2008 dat de vrijheid van aandeelhouders om de vennootschap naar eigen inzicht te financieren, wordt begrensd door de onrechtmatige daad.

In de Gamma-uitspraak overwoog het BGH: “Das Handeln oder Unterlassen des Gesellschafters in Bezug auf die Finanzausstattung der von ihm betriebenen GmbH [findet] haftungsrechtlich seine Grenze lediglich im Deliktsrecht (§§ 823 ff. BGB), namentlich in dem Verbot vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung der Gläubiger i.S. des § 826 BGB.”⁴⁷

Ook in 2009 overwoog het BGH uitdrukkelijk dat het vasthield aan de notie dat een *existenzvernichtender Eingriff* een onrechtmatige daad jegens de vennootschap oplevert. In die uitspraak werd tevens geoordeeld dat het leerstuk onverkort van toepassing is op vermogensonttrekkingen die plaatsvinden na intreding van het

⁴⁴ BGH 16 juli 2007, II ZR 3/04 (*Trihotel*), r.o. 16 en 17.

⁴⁵ BGH 16 juli 2007, II ZR 3/04 (*Trihotel*), r.o. 50.

⁴⁶ BGH 16 juli 2007, II ZR 3/04 (*Trihotel*), r.o. 54.

⁴⁷ BGH 28 april 2008, II ZR 264/06, *NJW* 2008, 2437 (*Gamma*), p.16.

faillissement.⁴⁸ In het hiernavolgende zal daarom nader worden ingegaan op de aansprakelijkheid van aandeelhouders vanwege ongeoorloofde vermogensonttrekkingen op grond van de onrechtmatige daad.

13.3 Existenzvernichtender Eingriff

13.3.1 Vermögensonttrekkingen

Van een *existenzvernichtender Eingriff* is sprake indien een aandeelhouder vermogen onttrekt aan het ten behoeve van de crediteuren doelgebonden vermogen van de vennootschap; het BGH spreekt van “*das im Gläubigerinteresse zweckgebundene Gesellschaftsvermögen*” of van “*der Haftungsfonds*”. Uit deze formulering blijkt dat het leerstuk wordt beschouwd als een aanvulling op de vennootschapsrechtelijke kapitaalbescherming; de centrale gedachte is dat een deel van het vennootschapsvermogen niet voor uitkering vatbaar is. Belangrijk verschil is echter dat § 30 GmbHG het nominale kapitaal tot uitgangspunt neemt, terwijl het doelgebonden vermogen volgens het leerstuk van de *existenzvernichtender Eingriff* uit meer kan bestaan dan louter het formele kapitaal.⁴⁹

Een *existenzvernichtender Eingriff* kan vele gedaanten aannemen. Er dient sprake te zijn van een “*Selbstbedienung des Gesellschafters*” door “*Eingriff*” of “*Entzug von Vermögen*”. Helder is dat de onttrekking van eigen vermogen of liquiditeiten als zodanig kan kwalificeren, bijvoorbeeld doordat de GmbH winst uitkeert, jegens of ten behoeve van een aandeelhouder een schuld aangaat, een transactie met een aandeelhouder verricht tegen (voor de aandeelhouder gunstige) niet-marktconforme voorwaarden of schulden van de aandeelhouder aan een derde voldoet. Niet is vereist dat de onttrekking tot een vermindering van het eigen vermogen van de vennootschap leidt; ook balanstechnisch neutrale transacties kunnen kwalificeren als een *existenzvernichtender Eingriff*.⁵⁰ Hierdoor heeft het leerstuk een ruimer toepassingsbereik dan § 30 GmbHG, dat sinds 2008 immers uitsluitend van toepassing is op transacties die leiden tot een vermindering van het eigen vermogen van de vennootschap.⁵¹ Zo kan de omzetting van een liquide actief in een illiquide actief leiden tot betalingsproblemen en daarmee het faillissement van de vennootschap veroorzaken. In dat geval is geen sprake van een uitkering in de zin van § 30 GmbHG maar mogelijk wel van *Existenzvernichtung*. Hetzelfde geldt voor de situatie waarin de vennootschap een lening verstrekt aan een kredietwaardige

48 Het BGH overwoog: “*Jedoch ist nunmehr die Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters an die missbräuchliche Schädigung des im Gläubigerinteresse zweckgebundenen Gesellschaftsvermögens anzuknüpfen und – in Gestalt einer Schadenersatzrechtlichen Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft – allein in § 826 BGB als seine besondere Fallgruppe der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung einzuordnen.*” (BGH 9 februari 2009, II ZR 292/07 (*Sanitary*), r.o. 16).

49 Baumbach/Hueck 2013, § 13, nr. 64.

50 Steffek 2011, p. 834.

51 Zie hierover uitgebreid par. 11.5.

aandeelhouder tegen marktconforme voorwaarden en vervolgens faillieert vanwege liquiditeitsproblemen. Andere voorbeelden van *existenzvernichtenden Eingriff* die, mede gebaseerd op de beschikbare rechtspraak, in de literatuur worden genoemd, zijn de onttrekking van niet op de balans geactiveerde activa, het niet te gelde maken van een vordering van de vennootschap op een aandeelhouder, de onttrekking van intellectuele eigendomsrechten, het inzetten van werknemers van de vennootschap ten behoeve van andere (concern)vennootschappen zonder dat de vennootschap daarvoor een tegenprestatie ontvangt en het toe-eigenen van *corporate opportunity's*.

13.3.2 'Verdieping' van insolventie of oorzaak van faillissement

Voor aansprakelijkheid vanwege *existenzvernichtenden Eingriffs* geldt sinds de *Trihotel*-uitspraak dat het handelen van de aandeelhouder moet voldoen aan de door § 826 BGB gestelde vereisten aan een *unerlaubte Handlung*.⁵² De onttrekking dient te kwalificeren als een "*sittenwidrige Schädigung*". Hiervan is niet alleen sprake indien de vermogensonttrekking de insolventie van de vennootschap heeft veroorzaakt, maar ook als de vermogensonttrekking de insolventie heeft 'verdiept'; men spreekt van een *insolvenzauslösenden oder -vertiefenden Entzug*.⁵³ De naam van het leerstuk is daarom enigszins misleidend, nu zij de lading niet ten volle dekt. Ook onttrekkingen die het faillissement van de vennootschap niet hebben veroorzaakt, maar die plaatsvonden op een moment dat het faillissement reeds voorzienbaar was, kwalificeren als *existenzvernichtender Eingriff*.

13.3.2.1 Verdieping van de insolventie

Van een insolventie-verdiepende onttrekking is sprake als tegenover de onttrekking door de aandeelhouder geen tegenprestatie staat en daardoor de reeds bestaande insolventie van de vennootschap wordt verergerd. Als een aandeelhouder vermogen aan de vennootschap onttrekt terwijl de vennootschap – mogelijk vanwege externe omstandigheden – reeds op een faillissement afkoerst, heeft de onttrekking tot gevolg dat in faillissement een groter tekort – en dus minder vermogen voor het verhaal van de crediteuren – zal resteren.⁵⁴

13.3.2.2 Oorzaak van het faillissement

Een *existenzvernichtender Eingriff* kan ook de oorzaak zijn van het faillissement van de vennootschap. Indien causaliteit tussen de onttrekking en het faillissement komt vast te staan, zal de door de onttrekking veroorzaakte schade doorgaans

52 § 826 BGB bepaalt: "*Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.*"

53 BGH 16 juli 2007, II ZR 3/04 (*Trihotel*), r.o. 28.

54 Roth & Altmeyers 2012, § 13, nr. 86.

aanzienlijk groter zijn dan in het geval de onttrekking de insolventie slechts heeft verdiept.⁵⁵ In de juridische literatuur is erop gewezen dat het voor een curator niet eenvoudig zal zijn om causaliteit tussen een vermogensonttrekking en het faillissement te bewijzen. Aan een faillissement ligt doorgaans een palet van verschillende oorzaken ten grondslag; vaak is niet mogelijk precies aan te tonen welk gewicht de vermogensonttrekking in de schaal heeft gelegd. Door sommige auteurs wordt daarom betoogd dat rechters niet te strenge eisen aan het bewijs van causaal verband zouden moeten stellen. Voldoende zou moeten zijn dat de onttrekking één van de belangrijke oorzaken van het faillissement is.

Röck overweegt dienaangaande: *“Eine Insolvenzverursachungshaftung ist demnach nicht leicht zu begründen. Zu berücksichtigen ist indes, dass hypothetische Kausalverläufe im Detail nicht nachweisbar sind, da sie durch eine Vielzahl von Einzeltatsachen konstituiert werden. Dies gilt für eine unternehmenstragende Gesellschaft als ‘lebendiger Organismus’ in besonderem Maße. Nicht erforderlich ist daher ein ‘Zwangsläufigkeitszusammenhang’ [...]. Nachweis einer Mitursächlichkeit des Gesellschaftshandelns genügen.”*⁵⁶

13.3.3 Opzet vereist?

Voor aansprakelijkheid op grond van § 826 BGB is vereist dat de schade opzettelijk is toegebracht.⁵⁷ De in de juridische literatuur door sommigen geuite vrees dat hierdoor de lat voor aansprakelijkheid te hoog zou komen te liggen, lijkt ongegrond te zijn.⁵⁸ Rechters hanteren bij de toepassing van § 826 BGB een ruime definitie van het begrip ‘opzet’. De opzet van de handelende persoon wordt vaak afgeleid uit de aard en de wijze van het onrechtmatig handelen; in die zin vindt tot op zekere hoogte een objectivering van het opzetvereiste plaats.⁵⁹ Dit is niet anders bij de aansprakelijkheid vanwege *existenzvernichtenden Eingriffs*. Van opzet is sprake als de aandeelhouder zich ervan bewust is dat de onttrekking onrechtmatig schade toebrengt aan het vermogen van de vennootschap. Daarvoor is voldoende dat de aandeelhouder zich bewust is van de relevante feiten die de onttrekking onrechtmatig doen zijn; niet is vereist dat de aandeelhouder zich bewust is van de onrechtmatigheid van de onttrekking. Van opzet is niet alleen sprake als de onttrekking plaatsvond met het oogmerk om het verhaal van de schuldeisers illusoir te maken, maar ook indien de benadeling van de crediteuren het voorzienbare gevolg van de onttrekking was en de aandeelhouder dit gevolg op de koop heeft toe

⁵⁵ Zie over de omvang van de schade par. 13.3.5.

⁵⁶ Röck 2011, p. 175.

⁵⁷ § 826 BGB bepaalt: *“wer [...] vorsätzlich Schaden zufügt”*.

⁵⁸ Zie bijvoorbeeld Altmeppen 2007, p. 2659.

⁵⁹ Steffek 2011, p. 840 en Röck 2012, p. 99

genomen; het BGH spreekt in dat geval van “*Eventualdolus*”.⁶⁰ In rechtspraak uit 2012 heeft het BGH uitdrukkelijk overwogen dat voor aansprakelijkheid ten minste voorwaardelijk opzet vereist is.⁶¹

Als de aandeelhouder wordt verweten een *insolvenzvertiefenden Entzug* te hebben gedaan, zal de vennootschap moeten bewijzen dat de aandeelhouder op het moment van de onttrekking wist of moest weten dat het faillissement van de vennootschap op handen was. Houdt het verwijt in dat de onttrekking het faillissement heeft veroorzaakt, dan moet bewezen worden dat de aandeelhouder wist of moest begrijpen dat de onttrekking dusdanig ernstige gevolgen voor de vermogenspositie van de vennootschap zou hebben, dat haar faillissement daarvan het gevolg zou zijn.

13.3.4 Aansprakelijkheid jegens de vennootschap

13.3.4.1 Afbreuk aan crediteurenbescherming?

Ofschoon over het algemeen positief is gereageerd op de *Trihotel*-uitspraak, staat de nieuwe benadering van het BGH ook aan kritiek bloot. Met name wordt het ongelukkig gevonden dat uitsluitend aan de vennootschap de schadevergoedingsvordering vanwege een ongeoorloofde vermogensonttrekking toekomt.⁶² De *existenzvernichtender Eingriff* wordt door het BGH gekwalificeerd als een onrechtmatige daad jegens de vennootschap. De crediteuren zouden slechts middellijk schade ondervinden door ongeoorloofde onttrekkingen.⁶³ De schade van de crediteuren is een afgeleide van de schade aan het vennootschapsvermogen; deze vloeit voort uit het gegeven dat hun vordering op de vennootschap minder waard (of mogelijk zelfs waardeloos) is geworden nu door de onttrekking de financiële positie van de vennootschap is verslechterd.⁶⁴ De interne aansprakelijkheidsnorm zou daarnaast beter aansluiten bij de kapitaalbeschermingsregels vervat in §§ 30 en 31 GmbHG en voorkomen dat aandeelhouders geconfronteerd worden met een

60 BGH 16 juli 2007, II ZR 3/04 (*Trihotel*), p. 15-16: “*Dem Vorsatzerfordernis ist genügt, wenn dem handelnden Gesellschafter bewusst ist, dass durch von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung veranlasste Maßnahmen das Gesellschaftsvermögen sittenwidrig geschädigt wird; dafür reicht es aus, dass ihm die Tatsachen bewusst sind, die den Eingriff sittenwidrig machen, während ein Bewusstsein der Sittenwidrigkeit nicht erforderlich ist. Eine derartige Sittenwidrigkeit betrifft nicht nur die Fälle, in denen die Vermögensentziehung geschieht, um den Zugriff der Gläubiger auf dieses Vermögen zu verhindern, sondern ist auch dann anzunehmen, wenn die faktische dauerhafte Beeinträchtigung der Erfüllung der Verbindlichkeiten die voraussehbare Folge des Eingriffs ist und der Gesellschafter diese Rechtsfolge in Erkenntnis ihres möglichen Eintritts billigend in Kauf genommen hat (Eventualdolus).*”

61 BGH 23 april 2012, II ZR 252/10.

62 Zie bijvoorbeeld Geibel 2008, p. 91 en Habersack 2008, p. 548.

63 Altmeppen spreekt van *Reflexschäden*. (Altmeppen 2008a, p. 1204).

64 BGH 16 juli 2007, II ZR 3/04 (*Trihotel*), r.o. 33.

veelheid aan aansprakelijkheidsvorderingen van benadeelde crediteuren.⁶⁵ In de literatuur is opgemerkt dat de keuze voor een interne aansprakelijkheidsregeling voorkomt dat “*ein Windhundrennen der Gesellschaftsgläubiger*” ontstaat.⁶⁶

Anders dan onder het oude leerstuk van *Durchgriffshaftung* kunnen crediteuren dus niet langer zelfstandig ageren tegen aandeelhouders vanwege ongeoorloofde vermogensonttrekkingen. De vordering wordt in de regel namens de vennootschap ingesteld door de curator.⁶⁷ Toch maakt de keuze voor een interne aansprakelijkheidsnorm in veel gevallen praktisch geen verschil. Onder de oude leer van *Durchgriffshaftung* konden de crediteuren weliswaar direct hun schade verhalen op de betreffende aandeelhouder, maar uit de analoge toepassing van § 92 en 93 InsO volgde dat in faillissement uitsluitend de curator bevoegd was de vordering namens de gezamenlijke crediteuren in te stellen.⁶⁸ Het primaat lag kortom reeds bij de curator.

De crediteuren dreigen niettemin achter het net te vissen, als de curator besluit niet te ageren tegen de aandeelhouder. Daarnaast bestaat het risico dat de ongeoorloofde vermogensonttrekkingen van dien aard zijn dat de faillissementsprocedure vanwege een gebrek aan baten nimmer wordt geopend.⁶⁹ Altmeyers heeft aangegeven dat een crediteur in dergelijke gevallen de mogelijkheid heeft beslag te leggen op de vordering van de vennootschap op de aandeelhouder uit hoofde van de

65 Het BGH overweegt: “*Ein Direktanspruch der Gläubiger stünde im Widerspruch zu dem in den Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG verwirklichten – bei der Existenzvernichtungshaftung zu beachtenden – Grundsatz, dass der Gläubigerschutz durch die Gesellschaft mediatisiert bzw. die gläubigerschützende Haftung zugunsten der Gesellschaft “kanalisiert” wird.*” (BGH 16 juli 2007, II ZR 3/04 (Trihotel), r.o. 33).

66 Habersack 2008, p. 547.

67 § 80(1) InsO bepaalt: “*Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über.*”

68 Op grond van § 92 InsO komt in faillissement de bevoegdheid om de door de gezamenlijke crediteuren geleden schade (*Gesamtschaden*) te vorderen uitsluitend toe aan de curator (en dus niet langer aan de individuele crediteuren). § 93 InsO bepaalt dat uitsluitend de curator bevoegd is om aandeelhouders van vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid aan te spreken vanwege hun verbondenheid voor de verplichtingen van de vennootschap. Algemeen wordt aangenomen dat dit artikel analoog van toepassing is op de GmbH (zie Kleindiek 2008, p. 690). § 92 InsO bepaalt: “*Ansprüche der Insolvenzgläubiger auf Ersatz eines Schadens, den diese Gläubiger gemeinschaftlich durch eine Verminderung des zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens vor oder nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlitten haben (Gesamtschaden), können während der Dauer des Insolvenzverfahrens nur vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden.*” § 93 bepaalt vervolgens: “*Persönliche Haftung der Gesellschafter ist das Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien eröffnet, so kann die persönliche Haftung eines Gesellschafters für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft während der Dauer des Insolvenzverfahrens nur vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden.*”

69 § 26(1) InsO bepaalt: “*Das Insolvenzgericht weist den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ab, wenn das Vermögen des Schuldners voraussichtlich nicht ausreichen wird, um die Kosten des Verfahrens zu decken.*” Volgens Geibel bestaat hierdoor een prikkel voor aandeelhouders om voor faillissement zoveel vermogen aan de vennootschap te onttrekken dat het faillissement vanwege gebrek aan baten zal worden afgewezen. (Geibel 2008, p. 91).

onttrekking, om deze vervolgens te executeren.⁷⁰ Deze onzekere, inefficiënte en voor de crediteur belastende oplossing verdient volgens hem echter allerminst de voorkeur. Hoewel een aantal rechters de keuze voor een *Binnenhaftung* openlijk heeft bekritiseerd,⁷¹ wordt daaraan in de lagere rechtspraak sinds de *Trihotel*-uitspraak strikt vastgehouden.⁷²

13.3.4.2 Erkenning eigen belang van de vennootschap?

Sommige auteurs leiden uit de keuze voor een interne aansprakelijkheid vanwege onttrekkingen af dat het BGH een eigen belang van de vennootschap erkent, dat los staat van de belangen van de bij de vennootschap betrokken personen. Daarmee zou de discussie die reeds geruime tijd in de juridische literatuur wordt gevoerd, zijn beslecht in het voordeel van de voorstanders van een dergelijke notie.⁷³ Dit zou meebrengen dat op aandeelhouders niet louter een *Treuepflicht* jegens hun medeaandeelhouders rust, maar ook jegens de vennootschap zelf. Volgens deze auteurs dient ook de enig aandeelhouder zich rekenschap te geven van het belang van de vennootschap bij haar eigen voortbestaan.

Andere auteurs hebben hiertegen ingebracht dat een interne aansprakelijkheidsnorm allerminst een eigen vennootschappelijk belang veronderstelt.⁷⁴ Uit de *KBV*-uitspraak blijkt immers dat het aandeelhouders te allen tijde vrij staat de onderneming te beëindigen en de vennootschap te liquideren.⁷⁵ Roth en Altmeyen menen dat een *Treuepflicht* van een enig aandeelhouder jegens zijn vennootschap daarom een gekunstelde constructie zou zijn. Een dergelijke *Treuepflicht* zou volgens hen nimmer meer kunnen behelzen dan de verplichting om – uitsluitend met oog op de belangen van de vennootschapscrediteuren – niet onnodig het voortbestaan van de vennootschap in gevaar te brengen.⁷⁶ Het zou niet logisch zijn een dergelijke

70 Altmeyen 2007, p. 2659. Zie hierover tevens Steffek 2011, p. 834. Deze mogelijkheid wordt ook genoemd door het *Bundesgerichtshof* in BGH 9 februari 2009, II ZR 292/07 (*Sanitary*) r.o. 32(g).

71 Zo overwoog het OLG Brandenburg kritisch: “[W]enn die masselose GmbH bereits gelöscht ist, [...] könnte die Verweisung des Gläubigers auf eine Inanspruchnahme der gelöschten GmbH unzumutbar sein und der Gedanke einer Bündelung der Ansprüche in der Person des Insolvenzverwalters nicht zum Zuge kommen, so dass in diesen Fällen eine Außenhaftung des Gesellschafters gegenüber den Gesellschaftsgläubigern aus § 826 BGB eröffnet sein könnte.” (OLG Brandenburg 15 januari 2009, 5 U 170/06, *GWR* 2009, 276517).

72 Zie Röck 2012, p. 98.

73 Zie voor een overzicht van de relevante literatuur Roth & Altmeyen 2012, § 13, nr. 58 en Möller 2005, p. 121.

74 Altmeyen 2008a, p. 1204.

75 Zie par. 13.2.2.3.

76 Zo meent ook Habersack: “Das so verstandene Eigeninteresse auch der Einpersonen-GmbH verkörpert demnach nichts anderes als die – aus entsprechenden Wertungen des GmbH- und Insolvenzrechts herzuleitenden – gläubigerbezogenen Schutzpflichten des Gesellschafters im Umgang mit “seiner” GmbH.” (Habersack 2008, p. 542). In dezelfde zin: Fleischer & Goette 2010, nr. 517.

verplichting dogmatisch als *Treuepflicht* te verankeren; het ligt meer voor de hand om te kiezen voor een aansprakelijkheidsnorm.⁷⁷

13.3.5 Omvang van de schade

Doordat een *Existenzvernichtender Eingriff* sinds de *Trihotel*-uitspraak niet langer leidt tot een *Durchgriffshaftung*, maar gekwalificeerd wordt als een onrechtmatige daad jegens de vennootschap, kunnen aandeelhouders vanwege een dergelijke onttrekking niet langer worden aangesproken voor alle verplichtingen van de vennootschap. Een onrechtmatige onttrekking leidt niet langer tot een doorbraak van aansprakelijkheid, maar tot een verplichting tot vergoeding van de door de onttrekking veroorzaakte schade. In § 249 lid 1 BGB is bepaald: “*Wer zum Schadenersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.*” Voor de omvang van de schade is daarom van belang of de onttrekking de insolventie heeft verdiept of heeft veroorzaakt. Is sprake van een *insolvenzvertiefenden* onttrekking, dan is de aandeelhouder ‘slechts’ gehouden de waarde van de onttrokken middelen aan de vennootschap te vergoeden; deze gehoudenheid tot schadevergoeding heeft in dat geval het karakter van een restitutieplichting.

Is er sprake van een *insolvenzauslösenden Entzug*, dan is de aandeelhouder ook gehouden tot vergoeding van eventuele gevolgschade (*Kollateralschäden*).⁷⁸ In een dergelijk geval kunnen de aandeelhouders bijvoorbeeld ook worden aangesproken voor de faillissementskosten.⁷⁹ Daarnaast rijst dan de vraag of het gehele tekort in faillissement dient te worden aangemerkt als gevolgschade van de uitkering. Röck meent dat deze vraag positief beantwoord dient te worden, terwijl andere auteurs de opvatting lijken te zijn toegedaan dat daarvoor sprake moet zijn van een voldoende causaal verband tussen de onttrekking en het tekort in faillissement. Hoe dit ook zij, de omvang van de aansprakelijkheid kan volgens het BGH nimmer groter zijn dan het bedrag dat voor de voldoening van de crediteuren nodig is, inclusief de faillissementskosten.⁸⁰

77 “*Ist das aber die Grundlage aller weiteren Überlegungen zum Gläubigerschutz in der Einmann-GmbH, sollte man sie dogmatisch nicht bei der “Treuepflicht” verankern. Es geht vielmehr um eine Verhaltenshaftung im Interesse der unbefriedigten Gläubiger.*” (Roth & Altmeppen 2012, § 13, nr. 59).

78 Röck 2012, p. 101 en Baumbach/Hueck 2013, § 13, nr. 68.

79 Zo menen ook Baumbach/Hueck 2013, § 13, nr. 68 en Steffek 2011, p. 833.

80 BGH 16 juli 2007, II ZR 3/04 (*Trihotel*), r.o. 55.

13.3.6 Bewijslast

Op de vennootschap of haar curator rust de volle bewijslast ten aanzien van een *existenzvernichtenden Eingriff*. De curator moet niet alleen bewijzen dat de onttrekking het faillissement heeft veroorzaakt of het tekort in het faillissement heeft verdiept, maar dient tevens aan te tonen dat de aandeelhouder dit wist of moest weten. Het BGH is de curator in deze niet tegemoet gekomen, bijvoorbeeld door de introductie van een bewijsvermoeden.⁸¹ De procespositie van de curator is daarom aanzienlijk verslechterd sinds de aandeelhoudersaansprakelijkheid niet langer gebaseerd wordt op het concernrecht, nu onder de destijds vigerende normen de bewijslast werd omgekeerd indien de aandeelhouder een hoge mate van controle over de vennootschap had uitgeoefend.

Onder het huidige recht zal het vaak niet eenvoudig zijn om de voor aansprakelijkheid benodigde feiten te bewijzen. In het bijzonder laat zich de hoogte van de door de onttrekking veroorzaakte schade lastig aantonen. In de juridische literatuur gaan daarom stemmen op om de bewijslast voor de curator te verlichten, bijvoorbeeld in het geval dat de vermogensonttrekkingen zo complex en talrijk zijn dat niet meer kan worden vastgesteld hoe hoog de daardoor veroorzaakte schade precies is. Roth en Altmeyen bepleiten dat in dat geval dient te worden vermoed dat de schade bestaat uit het gehele tekort in faillissement; het zou dan aan de aandeelhouder zijn om dit vermoeden te weerleggen.⁸²

13.3.7 Existenzvernichtung door een GmbH-Stafette?

Aandeelhouders kunnen op grond van § 826 BGB aansprakelijk zijn als zij de door de vennootschap gedreven onderneming overhevelen naar een nieuwe entiteit, die de onderneming vervolgens voortzet, terwijl de verplichtingen achterblijven in de oorspronkelijke vennootschap; men spreekt in dat geval van een *GmbH-Stafette*.⁸³ Hoewel sommige juridische auteurs de mening zijn toegedaan dat het hier gaat om een conceptueel andere aansprakelijkheidsnorm, blijkt uit de jurisprudentie van het BGH dat de aansprakelijkheid vanwege de *GmbH-Stafette* een *Fallgruppe* van de aansprakelijkheid vanwege *existenzvernichtenden Eingriffs* is. Het BGH heeft in 2012 overwogen dat het goed denkbaar is dat de overdracht van de gehele onderneming aan een andere (aan de aandeelhouder gelieerde) vennootschap kwalificeert als een *existenzvernichtender Eingriff*.⁸⁴ Daarvoor is echter wel vereist dat de vennootschap die de onderneming voortzet geen reële prijs betaalt voor de overname van de onderneming. De crediteuren van de vennootschap worden immers slechts benadeeld voor zover de vennootschap een te lage prijs heeft

81 Roth & Altmeyen 2012, § 13, nr. 96.

82 Roth & Altmeyen 2012, § 13, nr. 96.

83 Zie Steffek 2011, p. 839 & Michalski 2010, § 13 nr. 4(c).

84 BGH 23 april 2012, II ZR 252/10.

ontvangen voor de onderneming. Uit het feit dat de vermogensbestanddelen voor een lager bedrag zijn verkocht dan waarvoor zij op de balans stonden, volgt niet zonder meer dat crediteurenbenadeling heeft plaatsgevonden. Van belang is welk bedrag verkoop van de onderneming aan een derde redelijkerwijs had opgeleverd.

13.4 Existenzvernichtung en materiële onderkapitalisatie

13.4.1 Nominale en materiële onderkapitalisatie

In de Duitse juridische literatuur is lange tijd gediscussieerd over de vraag of onderkapitalisatie van de vennootschap aanleiding zou moeten geven tot aansprakelijkheid van haar aandeelhouders.⁸⁵ In de Duitse doctrine wordt onderscheid gemaakt tussen nominale onderkapitalisatie en materiële onderkapitalisatie. Van nominale onderkapitalisatie is sprake als de vennootschap met een te klein eigen vermogen is uitgerust, maar de aandeelhouders wel in de vermogensbehoefte van de vennootschap hebben voorzien door het verstrekken van leningen. Een dergelijke vorm van onderkapitalisatie kan aanleiding geven tot achterstelling van de aandeelhoudersleningen in faillissement,⁸⁶ maar niet tot aansprakelijkheid van de aandeelhouders jegens de vennootschap of haar crediteuren.

Materiële onderkapitalisatie houdt in dat de aandeelhouders in onvoldoende mate zorg hebben gedragen voor een adequate financiering van de vennootschap in het licht van de door haar ontplooiende activiteiten. Waar bij nominale onderkapitalisatie louter het eigen vermogen ontoereikend is, terwijl het totale vermogen wél voldoende is, staat bij materiële onderkapitalisatie de totale financiering – eigen vermogen plus vreemd vermogen – in een wanverhouding tot de activiteiten van de vennootschap. Een aanzienlijk aantal Duitse juridische auteurs heeft getracht een sluitende, absolute definitie te formuleren van het begrip ‘*materieller Unterkapitalisierung*’.⁸⁷ Dat dit een buitengewoon lastige, zo niet onmogelijke opgave is, daar is men het over eens.⁸⁸ De gehanteerde definities komen niettemin in hoge mate met elkaar overeen: het moet gaan om een wanverhouding tussen enerzijds de financiering die de aandeelhouders aan de vennootschap hebben verstrekt en anderzijds

85 Michalski merkt dienaangaande op: “*Die streitigste und wichtigste Fallgruppe der Durchgriffshaftung ist die Unterkapitalisierung, also Fälle, in denen die Gesellschafter die Gesellschaft mit zu wenig Kapital ausstatten.*” (Michalski 2010, § 13, nr. 376).

86 Zie hierover uitgebreid het volgende hoofdstuk van dit proefschrift.

87 Zie voor uitgebreide verhandelingen over *unterkapitalisierung*: Möller 2005 en Eckhold 2002.

88 Möller merkt hierover op: “*Ein zentrales Problem in der rechtlichen Behandlung von Sachverhalten der materiellen Unterkapitalisierung liegt darin, dass die Formulierung darauf bezogenen Tatbestandes schwierig und nach Ansicht mancher sogar möglich ist: Die exakte Unterscheidung zwischen der noch angemessen Eigenkapital ausgestatteten GmbH und der schon unterkapitalisierten wirft große Schwierigkeiten auf.*” (Möller 2005, p. 8).

de vermogensbehoefte van de vennootschap die voortvloeit uit de door haar gedreven onderneming.

Möller geeft aan dat de volgende definitie het meest gebruikt wordt: “*Eine Gesellschaft ist ‚unterkapitalisiert‘ wenn das Eigenkapital nicht ausreicht, um den nach Art und Umfang der angestrebten oder tatsächlichen Geschäftstätigkeit unter Berücksichtigung der Finanzierungsmethoden bestehenden, nicht durch Kredite Dritter zu deckenden mittel- oder langfristigen Finanzbedarf zu befriedigen.*”⁸⁹

Hoewel bovenstaande definitie het eigen vermogen (*Eigenkapital*) tot uitgangspunt neemt, is voor de vraag of er sprake is van onderkapitalisatie ook van belang in welke mate de vennootschap in staat is om vreemd vermogen aan te trekken.⁹⁰ Hierop kunnen meer factoren van invloed zijn dan uitsluitend de omvang van het eigen vermogen.⁹¹

Een aantal juridische auteurs maakt onderscheid tussen *einfacher (materieller) Unterkapitalisierung* en *qualifizierter Unterkapitalisierung*.⁹² Deze auteurs menen dat van laatstgenoemde vorm van onderkapitalisatie sprake is indien de financiering van de vennootschap voor de bij de vennootschap betrokken personen onmiskenbaar inadequaat is. Alleen in dergelijke krasse gevallen zou onderkapitalisatie volgens hen tot aansprakelijkheid moeten leiden.

13.4.2 Debat over aansprakelijkheid wegens materiële onderkapitalisatie

De stelling dat materiële onderkapitalisatie dient te leiden tot aansprakelijkheid van aandeelhouders, is in de Duitse juridische literatuur door velen verdedigd.⁹³ In de Duitse doctrine is de communis opinio dat de aandeelhouders verantwoordelijk zijn voor de financiering van de vennootschap, zodat eventuele aansprakelijkheidsgevolgen vanwege een gebrek in die financiering primair voor rekening van de aandeelhouders (en dus niet de bestuurders) moeten komen.⁹⁴ Aanvankelijk werd onderkapitalisatie door veel juridische auteurs beschouwd als een vorm van misbruik van rechtspersoonlijkheid; het zou in strijd zijn met het “*Wesen der juristischen Person*” als de aandeelhouders geen zorg droegen voor een adequate

89 Möller 2005, p. 8.

90 Michalski merkt op: “[E]ine Unterkapitalisierung [liegt] nur dann vor, wenn der entstehende Finanzbedarf nicht anderweitig zu decken ist. Die Gesellschaft darf also nicht mehr kreditfähig sein, denn so lange sie den Finanzbedarf durch Dritte decken kann, ist die mangelnde Eigenkapitalausstattung irrelevant.” (Michalski 2010, § 13, nr. 381).

91 Zie hoofdstuk 2.

92 Baumbach/Hueck 2013, § 5, nr. 6.

93 Zie voor een overzicht Steffek 2011, p. 838, voetnoot 406.

94 Möller concludeert op basis van zijn rechtsvergelijkend onderzoek dat in Engeland en Frankrijk de normering van de kapitalisatie van de vennootschap zich juist primair richt tot de bestuurders. (Möller 2005, p. 5).

financiering.⁹⁵ Aandeelhouders die de vennootschap onvoldoende vermogen ter beschikking stelden om haar doel te kunnen bereiken, maakten zich schuldig aan “*Institutsmisbrauch*”.

*“Die Gesellschaft müsse aus Gründen des Verkehrsschutzes kapitalmäßig so aufgebaut und ‚organisiert‘ sein, dass ihr Bestand nicht von vornherein ganz offensichtlich gefährdet ist.”*⁹⁶

Een aantal auteurs heeft betoogd dat uit het in de vennootschapsrechtelijke wetgeving vervatte systeem van kapitaalbescherming voortvloeit dat aandeelhouders geen aanspraak kunnen maken op het uitgangspunt van beperkte aansprakelijkheid indien zij de vennootschap hebben ondergekapitaliseerd.⁹⁷ De zorgvuldig door de wetgever ontworpen kapitaalregels strekken er immers toe te voorkomen dat het kapitaal door aandeelhouders wordt onttrokken, met oog op de belangen van de vennootschapscrediteuren. Dit systeem kan louter een wezenlijke rol spelen bij de bescherming van de vennootschapscrediteuren, indien het aanvankelijk ter beschikking gestelde kapitaal in een reële verhouding staat tot de uitgeoefende activiteiten, zo menen deze auteurs.

Anderen hebben zich juist verzet tegen de gedachte dat aandeelhouders aansprakelijk zijn als zij de vennootschap hebben ondergekapitaliseerd. Een deel van hen wijst op de (in hoofdstuk 3 besproken) mogelijkheden van crediteuren om zichzelf contractueel te beschermen tegen de risico’s die voortvloeien uit een marginaal gekapitaliseerde handelspartner. Ook wordt aangevoerd dat een dergelijke aansprakelijkheid zich slecht verhoudt met het *GmbH-Gesetz*, nu daarin uitdrukkelijk een arbitrair minimumkapitaal wordt voorgeschreven en aan de aandeelhouders geen verplichting is opgelegd om de vennootschap adequaat te financieren.

13.4.3 De wetgever voorziet niet in een aansprakelijkheid vanwege onderkapitalisatie

Bij de eerste herziening van het GmbH-recht in 1980 is overwogen de norm te introduceren dat de vennootschap met oog op de beoogde of daadwerkelijke omvang van de te ondernemen activiteiten, met een “*angemessenen Eigenkapital*” uitgerust zou moeten worden. In de toelichting bij het wetsontwerp werd van dit idee echter uitdrukkelijk afstand genomen, nu een dergelijke regel weliswaar “*im Interesse eines verstärkten Gläubigerschutzes [...] überlegenswert*” werd geacht, maar vanuit praktisch perspectief als “*nicht durchführbar*” werd aangemerkt.

⁹⁵ Zie bijvoorbeeld Serick 1955.

⁹⁶ Kuhn 1964, p. 216.

⁹⁷ Zie bijvoorbeeld Wiedemann 2003, p. 286.

De regering overwoog: “*Schon bei der Gründung [der Gesellschaft] lässt sich nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen, welches Eigenkapital dem Geschäftszweig und dem sich erst im Laufe der künftigen Entwicklung erweisenden Geschäftsumfang der Gesellschaft angemessen ist. Ebenso wenig lässt sich dies während des Bestehens der Gesellschaft laufend feststellen und überwachen. Der Gesellschaft schließlich im Konkursfall nachzurechnen, welches Eigenkapital für sie in bestimmten vorhergehenden Zeitabschnitten erforderlich gewesen wäre, ist ebenfalls kaum möglich. Aufgrund einer solchen Berechnung die Gesellschafter für die fehlende Eigenkapitalausstattung haften zu lassen, wäre mit dem Gebot der Rechtssicherheit nicht vereinbar.*”⁹⁸

Volgens de toelichting kon van aandeelhouders niet gevraagd worden om bij aanvang van de ondernemingsactiviteiten vast te stellen welke vermogensbehoefte de vennootschap zou hebben. Aansprakelijkheid vanwege onderkapitalisatie stond daarom op (te) gespannen voet met de rechtszekerheid. In 1998 herhaalde de Duitse regering dit standpunt.⁹⁹ Ook in de toelichting bij de herziening van het *GmbH-Gesetz* in 2008 (het MoMiG), is een dergelijke aansprakelijkheid uitdrukkelijk van de hand gewezen. Het minimumkapitaal vormt het enige vereiste dat de Duitse wetgever stelt aan de kapitalisatie van de vennootschap op het moment van haar oprichting.

De wetgever overwoog in 2008: “*Für das System des MoMiG ist jedenfalls das gezeichnete Stammkapital die Grenze, eine Unterkapitalisierungshaftung ist bewusst nicht vorgesehen.*”¹⁰⁰

13.4.4 Het Gamma-ordeel: geen aansprakelijkheid wegens materiële onderkapitalisatie?

13.4.4.1 De casus

In de *Gamma*-zaak uit 2008 diende het BGH te oordelen over de vraag of materiële onderkapitalisatie kan leiden tot aansprakelijkheid van aandeelhouders.¹⁰¹ De curator van de gefailleerde *Gamma GmbH (Gamma)* sprak de drie aandeelhouders van deze vennootschap aan.¹⁰² *Gamma* was opgericht met een nominaal kapitaal van 25.000 euro met het doel om de verplichtingen van *B-Kommanditgesellschaft*

⁹⁸ BT-Drs. 7/253, p. 110, ontleend aan Möller 2005, p. 26.

⁹⁹ “*Eine verschiedentlich vorgeschlagene Durchgriffshaftung wegen materieller Unterkapitalisierung [sei] nicht gewollt*”. BT-Drs. 13/7141, p. 12, ontleend aan Möller 2005, p. 26.

¹⁰⁰ Toelichting Gesetzentwurf, p. 30.

¹⁰¹ BGH 28 april 2008, II ZR 264/06, *NJW* 2008, 2437 (*Gamma*).

¹⁰² Eén van de aandeelhouders was tevens bestuurder van *Gamma*.

(B-KG) jegens een twintigtal van haar werknemers over te nemen in het kader van een reorganisatie.¹⁰³ Twee van de aandeelhouders in *Gamma* hielden middellijk ook de aandelen in B-KG. *Gamma* kon voor een deel van haar financiering een beroep doen op publieke gelden, voor het overige – de zogenaamde *Ramanenzkosten* – zou B-KG zorg dragen. Deze overige kosten werden geschat op 25.000 euro per maand voor een looptijd van twee jaar en werden de eerste maanden ook door B-KG aan *Gamma* voldaan. Toen B-KG daarna echter faillieerde en niet langer tot betaling aan *Gamma* in staat was, vroeg ook *Gamma* faillissement aan.

13.4.4.2 OLG Düsseldorf: onderkapitalisatie als vorm van Existenzvernichtung

De curator van *Gamma* stelde zich op het standpunt dat de aandeelhouders zich schuldig hadden gemaakt aan een *Existenzvernichtender Eingriff* door de vennootschap onder te kapitaliseren en sprak de aandeelhouders aan voor de resterende betalingen waarop de werknemers zijns inziens recht hadden. Het *Oberlandesgericht* (OLG) van Düsseldorf toonde zich ontvankelijk voor het betoog van de curator. Naar het oordeel van het OLG hadden de aandeelhouders geen zorg gedragen voor de voorzienbaar benodigde financiering van *Gamma*. Er was sprake van een *Aschenputtel-gesellschaft*; alle verplichtingen jegens de werknemers waren in *Gamma* ondergebracht, terwijl geen zorg was gedragen voor haar financiering.¹⁰⁴ Een dergelijk misbruik van rechtspersoonlijkheid diende volgens het OLG te leiden tot aansprakelijkheid van de betrokken aandeelhouders.¹⁰⁵

13.4.4.3 BGH: onderkapitalisatie is geen Existenzvernichtung

Anders dan het OLG Düsseldorf, overwoog het BGH echter dat materiële onderkapitalisatie niet gelijk is aan een *Existenzvernichtender Eingriff* en evenmin als een categorie daarvan kan worden aangemerkt. Voor aansprakelijkheid op grond van laatstgenoemd leerstuk is vereist dat de aandeelhouders vermogen of liquiditeiten aan de vennootschap hebben onttrokken; er dient sprake te zijn van een “*Eingriff in das im Gläubigerinteresse zweckgebundene Gesellschaftsvermögen*”. Daarvan is bij een onderkapitalisatie bij oprichting of op een later moment vanzelfsprekend geen sprake.

Kleindiek overweegt dienaangaande: “*Denn ein “Eingriff” in das zweckgebundene Vermögen der [Gamma GmbH] kann in [die Unterkapitalisierung – JB] [...] nicht*

¹⁰³ *Gamma* was een *Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft*; dergelijke vennootschappen worden in Duitsland gebruikt om werknemers binnen een concern in onder te brengen, alwaar zij worden opgeleid/omgeschoold om ergens anders binnen of buiten de onderneming te kunnen worden ingezet, zonder dat het dienstverband (tijdelijk) hoeft te worden onderbroken.

¹⁰⁴ Zie over de *Aschenputtel-Gesellschaft* par. 13.6.2.

¹⁰⁵ Nu het OLG Düsseldorf in 2006 uitspraak deed, kon zij geen rekening houden met de ingrijpende koerswijziging van het BGH in de *Trihotel*-uitspraak uit 2007.

gesehen werden. Allein zur Sanktion von Vermögensverlagerungen hatte der II. Senat die besondere Fallgruppe des existenzvernichtenden Eingriffs aber von Beginn an konzipiert: als funktionale Ergänzung der gesetzlichen Kapitalerhaltung nach §§ 30, 31 GmbHG, zum Ausgleich jedenfalls eines Teils der Schutzlücken, die das (bilanzorientierte) Kapitalerhaltungssystem lässt.”¹⁰⁶

13.4.4.4 BGH: geen algemene aansprakelijkheid vanwege onderkapitalisatie

Vervolgens oordeelde het BGH dat het wettelijke systeem evenmin ruimte biedt voor een algemene vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheid van aandeelhouders vanwege onderkapitalisatie. Het BGH verwees naar het feit dat de wetgever nimmer heeft gekozen voor een verdergaande kapitaal eis dan het minimumkapitaal, ondanks de daartoe strekkende pleidooien in de juridische literatuur. Ook in de toelichting bij het voorontwerp van het MoMiG vond het BGH steun voor zijn oordeel dat de wetgever een dergelijke aansprakelijkheidsnorm nimmer heeft gewild.

“Eine Haftung des GmbH-Gesellschafters wegen unzureichender Kapitalisierung der Gesellschaft – sei es in Form zu geringer Eigenkapitalausstattung, sei es in Gestalt einer allgemeinen Mangelhaftigkeit der Vermögensausstattung im weitesten Sinne – ist weder gesetzlich normiert noch durch richterrechtliche Rechtsfortbildung als gesellschaftsrechtlich fundiertes Haftungsinstitut anerkannt. [...]”¹⁰⁷

Het BGH overwoog dat het begrip ‘onderkapitalisatie’ een onbestemd karakter heeft en dat in de jurisprudentie van de verschillende *Zivil Senaten* nimmer aansprakelijkheid vanwege onderkapitalisatie is aanvaard; de onderhavige casus bood volgens het BGH geen aanleiding om van die lijn af te wijken. Op de aandeelhouder van de GmbH rust de plicht om de GmbH bij oprichting met een minimumkapitaal van 25.000 euro te financieren en om gedurende het bestaan van de vennootschap de kapitaalregels in acht te nemen. Het leerstuk van de *existenzvernichtenden Eingriffs* beperkt daarnaast de mogelijkheden van de aandeelhouder om vermogen of liquiditeiten aan de vennootschap te onttrekken zonder daarbij de gerechtvaardigde belangen van de vennootschap en haar crediteuren te respecteren. Tot slot verplicht de wet in bepaalde crisissituaties tot liquidatie van de vennootschap, om te voorkomen dat een kansloze onderneming op kosten van de crediteuren wordt voortgezet.¹⁰⁸ Voor zover de aandeelhouder zich binnen deze grenzen begeeft, is “seiner ‘Finanzierungsentscheidung’ grundsätzlich frei”, aldus het BGH.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Kleindiek 2008, p. 688.

¹⁰⁷ BGH 28 april 2008, II ZR 264/06 (*Gamma*), r.o. 17.

¹⁰⁸ Zie par. 11.7.1.

¹⁰⁹ BGH 28 april 2008, II ZR 264/06 (*Gamma*), r.o. 23.

Het BGH overwoog: “Das GmbHG will nicht die Lebensfähigkeit einer jeden GmbH sicherstellen, sondern nur einen generellen Mindestschutz der Gläubiger gewähren.”¹¹⁰

13.4.4.5 Onderkapitalisatie als onrechtmatige daad?

Ofschoon in het eerste deel van de *Gamma*-uitspraak de discussie over de aansprakelijkheid van aandeelhouders vanwege onderkapitalisatie definitief leek beslecht, zette het BGH de deur naar een dergelijke aansprakelijkheidsnorm in het tweede deel van zijn uitspraak toch op een kier. Het BGH overwoog uitdrukkelijk dat het de vraag onbeantwoord liet of onderkapitalisatie – mogelijk onder specifieke omstandigheden – wél gekwalificeerd kan worden als een *Unerlaubte Handlung* van de aandeelhouders in de zin van § 826 BGB; kortom of er een aparte categorie van onrechtmatig handelen bestaat waarin materiële onderkapitalisatie wél thuishoort.¹¹¹ Het BGH hoefde niet te oordelen of een dergelijke aansprakelijkheid in de onderhavige zaak aan de orde was, nu de curator op grond van § 92 en § 93 InsO niet bevoegd was voor deze schade namens de werknemers op te komen. Dat aansprakelijkheid van aandeelhouders vanwege onderkapitalisatie in alle gevallen ondenkbaar is, kan dus niet op basis van de *Gamma*-uitspraak worden geconcludeerd. Wél is sinds deze uitspraak helder dat het BGH het leerstuk van *existenzvernichtenden Eingriffs* restrictief uitlegt; onderkapitalisatie valt daar niet onder.

13.4.5 Aansprakelijkheid vanwege onderkapitalisatie na het *Gamma*-oordeel

Na de *Gamma*-uitspraak van het BGH wordt in de juridische literatuur (nog steeds) door velen betoogd dat aandeelhouders rekening dienen te houden met een aansprakelijkheidsrisico als zij de vennootschap onderkapitaliseren. Als het handelen van de aandeelhouders ter zake van de financiering immers kwalificeert als een *sittenwidrige Schädigung*, zou aansprakelijkheid op grond van § 826 BGB mogelijk kunnen zijn. Het is *communis opinio* dat hiervan uitsluitend sprake kan zijn indien de aandeelhouder de onderkapitalisatie kan worden toegerekend omdat hij nauw bij de vennootschap betrokken is. Het opzet-vereiste uit § 826 BGB dient volgens veel auteurs, net als ten aanzien van de *existenzvernichtenden Eingriffs*, soepel geïnterpreteerd te worden; uit een evidente, omvangrijke wanverhouding tussen de financiering en de activiteiten van de vennootschap zou deze ‘opzet’ moeten worden afgeleid. Tevens is men het erover eens dat voor aansprakelijkheid causaliteit dient te bestaan tussen de onderkapitalisatie en het faillissement; voor

¹¹⁰ BGH 28 april 2008, II ZR 264/06 (*Gamma*), r.o. 23.

¹¹¹ “Ob etwa innerhalb des Tatbestandes des § 826 BGB – ähnlich wie für die Fälle des existenzvernichtenden Eingriffs – Anlass und Raum ist für die Bildung einer besondere Fallgruppe der “Haftung wegen Unterkapitalisierung einer GmbH”, bei der der Haftungstatbestand und dessen Rechtsfolgen einer bestimmten generalisierenden Einordnung zugänglich sein müssten, lässt der Senat offen.” (BGH 28 april 2008, II ZR 264/06 (*Gamma*), r.o. 25). Zie hierover ook Bamberger/Roth 2012, § 21, nr. 21.

zover het faillissement een andere oorzaak heeft, zou de onderkapitalisatie niet hebben geresulteerd in schade voor de crediteuren.

Minder eenstemmigheid bestaat er over de vraag of onderkapitalisatie zou moeten leiden tot een interne of een externe aansprakelijkheid. Uit de *Gamma*-uitspraak kan worden afgeleid dat het BGH een externe aansprakelijkheid jegens de crediteuren op het oog heeft. Volgens Altmeppen is sprake van onrechtmatige onderkapitalisatie indien de aandeelhouders op kosten van de crediteuren speculeren en dit nadeel voor de crediteuren voorzienbaar is. Anders dan bij onrechtmatige vermogensonttrekkingen, is in een dergelijk geval de schade van de crediteuren geen afgeleide van de schade aan het vennootschapsvermogen; het gaat om directe schade die door de crediteuren zelf gevorderd kan worden.¹¹²

13.5 Existenzvernichtung en LBO's

De aanzienlijke toename van het aantal LBO's en de daarbij gebruikte hoeveelheid schuldfinanciering heeft in Duitsland vooralsnog niet tot (gepubliceerde) rechtspraak geleid over de aansprakelijkheid van aandeelhouders vanwege LBO-financiering.¹¹³ Dat neemt niet weg dat in de literatuur de nodige aandacht is besteed aan deze financieringsvorm en in het bijzonder aan de toepasselijkheid van het leerstuk van de *existenzvernichtender Eingriff* op de LBO.¹¹⁴

13.5.1 Aansprakelijkheid van koper of verkoper?

Als een met een LBO gepaard gaande onttrekking kwalificeert als een *existenzvernichtender Eingriff*, zal in beginsel de acquisitievennootschap aansprakelijk zijn. Het is doorgaans immers de acquisitievennootschap die (na de overname van de aandelen) het vermogen aan de doelwitvennootschap onttrekt, door dividenduitkeringen, *upstream loans* of *upstream securities*. Zoals reeds eerder is aangegeven, zal de curator van de doelwitvennootschap echter weinig opschieten met een veroordeling van de acquisitievennootschap tot vergoeding van de door de onttrekkingen veroorzaakte schade; de acquisitievennootschap beschikt doorgaans niet over andere activa dan de aandelen in het doelwit. Wellicht bestaat de mogelijkheid om de achterliggende investeerder – de aandeelhouder van de acquisitievennootschap – aansprakelijk te stellen vanwege onderkapitalisatie van de acquisitievennootschap; in het licht van de hiervoor besproken *Gamma*-uitspraak is het succes van een dergelijke claim allerminst gegeven.

112 “Ein eigener Anspruch der Gesellschaft scheidet in dieser Konstellation schon deswegen aus, weil diese nicht geschädigt, sondern durch die dolose Gläubigergefährdung aufgrund von Vorleistungen typischerweise nur bereichert wird.” Altmeppen 2008a, p. 1206.

113 Zie over de LBO in het algemeen par. 2.5, en over de LBO in Duitsland par. 11.9.1.

114 Voor een overzicht van de verschillende structuren die een LBO in Duitsland kan hebben, zie par. 11.9.1.

Het ligt daarom in de rede dat curatoren hun pijlen zullen richten op de persoon die zijn aandelen in het kader van de LBO heeft vervreemd.¹¹⁵ Het onttrokken vermogen is immers door de acquisitievennootschap aangewend om aan hem de koopprijs voor zijn aandelen te voldoen. De meningen zijn verdeeld over de kans van slagen van een dergelijke vordering van de curator. Een aantal auteurs meent dat de verkopende aandeelhouder in het geheel geen aansprakelijkheidsrisico loopt als de vermogensonttrekking pas ná de overdracht van de aandelen (en op aanwijzing van de koper) plaatsvindt; de verkopende aandeelhouder zou niet aansprakelijk kunnen worden gehouden voor het handelen van de koper na overdracht van de aandelen.

Andere auteurs wijzen er daarentegen op dat het BGH expliciet heeft overwogen dat aandeelhouders ook aansprakelijk kunnen zijn als zij uitsluitend een vermogensonttrekking door een andere aandeelhouder instemmend hebben toegelaten.¹¹⁶ Volgens hen is het denkbaar dat een rechter zal oordelen dat de verkoper door de overdracht van zijn aandelen heeft meegewerkt aan de *existenzvernichtender Eingriff*, althans deze heeft mogelijk gemaakt. Als de verkoper op de hoogte was van de wijze waarop de koopprijs van zijn aandelen werd gefinancierd en de gevolgen daarvan op de koop heeft toegenomen, zou aansprakelijkheid gerechtvaardigd zijn. De hier gehanteerde redenering lijkt niet wezenlijk anders dan de in de literatuur ingenomen standpunten ter zake van de terugbetalingsverplichting van de verkopende aandeelhouder op grond van § 31 GmbHG vanwege LBO-onttrekkingen in strijd met § 30 GmbHG;¹¹⁷ de restitutieplichting/aansprakelijkheid van de verkopende aandeelhouder komt pas in beeld als deze voorafgaande aan de verkoop van zijn aandelen bekend was, of redelijkerwijs bekend had moeten zijn, met het feit dat de koopprijs van zijn aandelen door de koper ten laste van de vennootschap zou worden gebracht, in strijd met de bepalingen van het GmbHG of het BGB.

13.5.2 De vereiste opzet/voorzienbaarheid bij een LBO

Habersack heeft in 2008 de vrees geuit dat het opzet-vereiste van § 826 BGB er mogelijk toe zal leiden dat aandeelhouders ten onrechte aan aansprakelijkheid zullen ontsnappen vanwege hun betrokkenheid bij een LBO. Volgens Habersack dienen aan een LBO realistische prognoses ten grondslag te liggen waaruit blijkt dat de aan de bank verstrekte zekerheden waarschijnlijk niet zullen worden ingeroepen of waar anderszins uit blijkt dat de vennootschap na de LBO waarschijnlijk zal kunnen voortgaan met betaling van haar schulden. Als de gehanteerde prognoses niet redelijk

115 Zie hierover Link 2007.

116 Zie par. 13.2.2.2 en tevens Link 2007.

117 Zie par. 11.9.5.

waren, is aansprakelijkheid van de daarbij betrokken aandeelhouders en bestuurders gerechtvaardigd.¹¹⁸

Waitz betoogt in zijn proefschrift dat aansprakelijkheid vanwege een LBO zelden zal voorkomen nu het moeilijk denkbaar is dat de daarvoor vereiste opzet ten tijde van de transactie bij de betrokken partijen aanwezig was.¹¹⁹ Waitz interpreteert de vereiste opzet voor aansprakelijkheid vanwege een *existenzvernichtender Eingriff* vrij strikt: zijns inziens is daarvan louter sprake indien partijen voorzagen dat een onttrekking tot het faillissement van de vennootschap zou moeten leiden. Waitz meent dat partijen met deze wetenschap nimmer tot financiering van de LBO bereid zouden zijn. Hij betoogt dat van de betrokkenheid van de financierende bank een aanzienlijke preventieve werking uitgaat. Banken zullen zijns inziens louter vermogen aan de doelwitvennootschap beschikbaar willen stellen indien uit zorgvuldig onderzoek naar de financiële positie van het doelwit blijkt dat terugbetaling redelijkerwijs te verwachten is. Daarnaast wijst Waitz op het gegeven dat de koper tevens (eigen) vermogen in de acquisitievennootschap investeert; daartoe zou de koper niet bereid zijn indien het faillissement van de vennootschap redelijkerwijs te verwachten was.¹²⁰ De inbreng van de investeerder vindt immers op hetzelfde moment plaats als de onttrekking van het vermogen aan de doelwitvennootschap.¹²¹

Seibt meent dat de bij een LBO betrokken bestuurders en aandeelhouders een prognose dienen op te stellen waaruit blijkt dat redelijkerwijs te verwachten is dat de vennootschap na de transactie zal kunnen voortgaan met betaling van haar schulden: “*Die Solvenzprognose ist danach bei der gebotenen ex ante-Betrachtung nicht zu beanstanden, wenn sie auf der Grundlage angemessener Informationen, bei Nutzung anerkannter finanzwirtschaftlicher Methoden, der Marktüblichkeit der Finanzierung (z.B. Höhe der interest coverage ratio (Zinsdeckungsgrad) – also dem Verhältnis von Zinsaufwand zum Ergebnis vor Zinsen und Steuern (und Abschreibung) – als der in der*

118 “Zu denken ist etwa an die Finanzierung des Anteilserwerbs durch die Gesellschaft selbst, etwa dadurch, dass diese der den Anteilswerb finanzierenden Bank Sicherungsrechte an betriebsnotwendigem Vermögen bestellt, diese Sicherheiten sodann in Anspruch genommen werden und dies zur Insolvenz der Gesellschaft führt. [...] [Es] sollte an sich Einvernehmen darüber bestehen, dass der Gesellschafter in diesem Fall der Haftung für Insolvenzverursachung oder -vertiefung nur dann entgeht, wenn er und der Geschäftsführer aufgrund einer soliden Prognose davon ausgehen durften, dass es nicht zur Inanspruchnahme der Sicherheit oder jedenfalls nicht zur Insolvenz der Gesellschaft kommt, mithin der Fortbestand der Gesellschaft nicht leichtfertig aufs Spiel gesetzt worden ist.58 Werden die Anforderungen an eine derartige Prognose nicht erfüllt, lässt sich das Vorsatzerfordernis im Sinne des § 826 BGB möglicherweise nicht immer zwanglos bejahen.” (Habersack 2008, p. 546).

119 Waitz 2009, p. 262-262.

120 Vgl. Seibt 2007, p. 309.

121 Vgl. Schulz 2005, p. 332.

Finanzwirtschaft üblichen Kennzahl über Zinsbelastung und unter Einstellung der Absolute Priority Rule nachvollziehbar und schlüssig erfolgte.”¹²²

13.6 Overige vormen van aandeelhoudersaansprakelijkheid

Naast de aansprakelijkheid vanwege *existenzvernichtenden Eingriffs* en de (door de rechter nog niet erkende) aansprakelijkheid vanwege materiële onderkapitalisatie, wordt in Duitsland een tweetal andere *fallgruppe* van aandeelhoudersaansprakelijkheid onderkend. Deze komen hierna kort aan bod.

13.6.1 *Vermögenvermischung & Sphärenvermischung*

Doorbraak van aansprakelijkheid naar aandeelhouders is mogelijk indien het vermogen van de vennootschap in onvoldoende mate is afgescheiden van het vermogen van de aandeelhouder.¹²³ Volgens het BGH is hiervan sprake als “*eine Vermögensabgrenzung zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen durch eine undurchsichtige Buchführung oder auf andere Weise allgemein verschleiert wird, so dass insbesondere die Beachtung der Kapitalerhaltungsvorschriften [...] unkontrollierbar wird.*”¹²⁴ In een dergelijke situatie van *Vermögenvermischung*,¹²⁵ kunnen de kapitaalvoorschriften hun werk niet doen en staan crediteuren aan het risico bloot dat in strijd met § 30 GmbHG vermogensoverheveling plaatsvindt van de vennootschap naar de aandeelhouders, zonder dat dit achteraf kan worden gecontroleerd en gecorrigeerd. Het BGH stelt in deze hoge eisen: slechts als het functioneren van de kapitaaleisen feitelijk onmogelijk is gemaakt en ook niet anderszins achteraf kan worden vastgesteld hoe het vennootschapsvermogen zich heeft ontwikkeld, kan deze aansprakelijkheid aan de orde zijn.¹²⁶

13.6.2 *Aschenputtel-GmbH*

Aandeelhouders kunnen tevens het voorrecht van de beperkte aansprakelijkheid verliezen, als de GmbH aangemerkt kan worden als een *Aschenputtel-Gesellschaft*. Daarvan is sprake als in een vennootschap louter de kosten van de onderneming neerslaan, terwijl de door de onderneming gegenereerde winsten door een andere (rechts)persoon worden genoten.¹²⁷ Baumbach en Hueck geven aan dat een dergelijke situatie gelijkenis vertoont met een ondergekapitaliseerde GmbH, doch daaraan niet gelijk is. Bij onderkapitalisatie bestaat een tekort in de financiering, maar slaan

¹²² Seibt 2007, p. 308.

¹²³ Zie hierover Wicke 2011, § 13, nr. 14.

¹²⁴ BGH 16 september 1985, II ZR 275/84 (*Autokran*).

¹²⁵ Indien de aandeelhouder onvoldoende onderscheid heeft aangebracht tussen de vermogens van verschillende (groeps)vennootschappen, wordt gesproken van *Sphärenvermischung*.

¹²⁶ Michalski, § 13, nr. 365.

¹²⁷ Steffek 2011, p. 835.

in de vennootschap zowel de kosten als de opbrengsten van de door de vennootschap gedreven onderneming neer. De *Aschenputtel-Gesellschaft* is op zichzelf niet levensvatbaar, nu deze naar haar aard uitsluitend verlies maakt. Om te kunnen spreken van *Aschenputtel-GmbH* dient de verliesgevendheid van de vennootschap en de daaruit voortvloeiende schade voor de crediteuren van de vennootschap onderdeel te zijn van de strategie van de onderneming.¹²⁸

13.7 Conclusie

De aansprakelijkheid van aandeelhouders van de GmbH vanwege ongeoorloofde vermogensonttrekkingen heeft de afgelopen 25 jaar een stormachtige ontwikkeling doorgemaakt. Het leerstuk is een aantal keer door het *Bundesgerichtshof* van een nieuwe dogmatische grondslag voorzien. Thans staat vast deze aansprakelijkheid vanwege *existenzvernichtenden Eingriffs* een *fallgruppe* van de onrechtmatige daad ex § 826 BGB betreft. Aandeelhouders die vermogen aan de GmbH onttrekken, of toestaan dat hun medeaandeelhouders dit doen, zijn jegens de vennootschap aansprakelijk voor de schade indien voorzienbaar is dat de onttrekking het faillissement van de vennootschap zal veroorzaken of het tekort in een voorzienbaar faillissement zal vergroten. Hoewel in de Duitse juridische literatuur sinds jaar en dag wordt gepleit voor de introductie van een aansprakelijkheid van aandeelhouders vanwege materiële onderkapitalisatie van de vennootschap, hebben zowel de wetgever als het *Bundesgerichtshof* zich hiervan onthouden. Het BGH heeft weliswaar de mogelijkheid open gelaten dat onder specifieke omstandigheden aansprakelijkheid van aandeelhouders aan de orde kan zijn vanwege het feit dat zij in onvoldoende mate hebben voorzien in een adequate financiering van de vennootschap, maar tot op heden is een dergelijke aansprakelijkheid nimmer aangenomen.

¹²⁸ Baumbach/Hueck 2013, § 13, nr. 51.