

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank-, Börsen- und Kapitalmarktrecht

## Die englische Limited als Herausforderung für das deutsche Insolvenzrecht

Vortrag auf der WM-Tagung „Ausländisches  
Insolvenzrecht für deutsche Unternehmen und  
Cross Border-Insolvenzen“ am 17. April 2008

[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)

### Tipp für Unternehmer

## So gründen Sie eine „Euro-GmbH“

**Eine Geschäftsidee und 259 Euro – mehr braucht es nicht für Ihre eigene Firma! Bild.T-Online beantwortet die wichtigsten Fragen zur Gründung einer Limited (Ltd.) nach britischem Recht:**

**1.** Warum Limited anstelle einer GmbH?  
Anstelle von 25 000 Euro Haftungskapital bei der GmbH, reicht bei der Ltd. 1 Euro. Die Gründung ist günstig, schnell und unbürokratisch. Die persönliche Haftung mit dem Privatvermögen ist ausgeschlossen.

**2.** Muss ich dafür extra nach Großbritannien reisen?

Nein! Sie können die Limited hier gründen. Über Bild.T-Online berät Sie „Go Ahead Limited“, Testsieger einer Untersuchung des Markforschungsinstituts Rheinland. Dort kostet die Gründung 259 Euro.

**3.** Wo zahle ich Steuern?

Die Ltd. wird vom Fiskus wie eine GmbH behandelt, wenn sie nur in Deutschland tätig wird. Sie

zahlen also keine Steuern an Großbritannien.

**4.** Wie lange dauert die Gründung einer Limited?

Eine Limited ist in etwa fünf bis sieben Tagen rechtsfähig. Sie kann sogar ins deutsche Handelsregister eingetragen werden.

**5.** Wo bekomme ich noch mehr Infos zur Limited?

Mehr Informationen zur Limited und zu Go Ahead ([www.go-limited.de](http://www.go-limited.de)) gibt es im Internet bei Bild.T-Online. Zur Firmengründung gleich online geht's hier entlang:

# Limited

Revolution im deutschen Firmenrecht –  
„Limited macht GmbH den Garaus“

(Rheinische Post)

25%  
aller GmbH-  
Gründungen  
sind bereits  
Limited's



Go Ahead ist mit mehr als  
**8.000** Limited-Gründungen  
Marktführer in Deutschland.

### 1. Einführung

- Internationales Insolvenzrecht und Gesellschaftsrecht
- EuGH-Rechtsprechung
- Diskussion in Deutschland (Literatur + Rechtsprechung)
- RefE Gesetz zum internationalen Gesellschaftsrecht vom 7.1.2008

### 2. Grundlagen

- Verhältnis von IPR und Europarecht (Niederlassungsfreiheit)
- Niederlassungsfreiheit und Gläubigerschutz

### 3. Anwendbarkeit einzelner Haftungstatbestände

- Kapitalerhaltung, Kapitalersatz, Durchgriffshaftung, Insolvenzverschleppungshaftung

## Art. 3 EulnsVO: Internationale Zuständigkeit

⇒ Absatz 1:

Mitgliedstaat, in dessen Gebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat (COMI)

- Hauptort der werbenden Geschäftstätigkeit ?
- Mind of management ?
- Effektiver Verwaltungssitz (Geschäftsleitung) ?

⇒ Absatz 2:

Sekundärinsolvenzverfahren am Ort einer Niederlassung

5

## Art. 4 EulnsVO: Anwendbares Recht

⇒ Absatz 1: Insolvenzrecht des Mitgliedsstaates, in dem das Verfahren eröffnet wird (lex fori concursus)

⇒ Absatz 2: Regelung der Verfahrenseröffnung, -durchführung und -beendigung, z.B.

- Massezugehörigkeit von Vermögensgegenständen
- Befugnisse des Schuldners und des Verwalters
- Aufrechnung im Insolvenzverfahren
- Anmeldung von Forderungen
- Verteilung des Erlöses
- Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen

6

- **Gründungstheorie** (z.B. USA, England, Niederlande)
  - Das Gesellschaftsstatut richtet sich nach dem Satzungssitz
- **Sitztheorie** (früher z.B. Deutschland, Frankreich, Spanien)
  - Das Gesellschaftsstatut richtet sich nach dem tatsächlichen Sitz (Verwaltungssitz)
  - Problem bei Trennung von Satzungs- und Verwaltungssitz: Ausländische Gesellschaft erfüllt nicht die Gründungserfordernisse des inländischen Rechts ⇨ „Nichtanerkennung“

7

- **Centros** (EuGHE I 1999, 1459)
  - Eintragung einer Zweigniederlassung darf nicht wegen Umgehung der nationalen Mindestkapitalvorschriften abgelehnt werden
  - Verhinderung missbräuchlichen + betrügerischen Verhaltens im Einzelfall bleibt möglich
- **Überseering** (EuGHE I 2002, 9910)
  - Achtung der Rechts- und Parteifähigkeit nach dem Recht des Gründungsstaates
- **Inspire Art** (EuGHE I 2003, 10155)
  - Keine Firmierung als „formal ausländische Gesellschaft“
  - Keine Aufbringung des im Inland erforderlichen Mindestkapitals
  - Bekämpfung missbräuchlicher + betrügerischer Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit bleibt möglich

8

- **Heute ganz h.M.: Geltung der Gründungstheorie**
  - 1. Lager: Restriktive Anwendung deutschen Gläubigerschutzrechts
    - Schutzlücken des ausländischen Rechts
    - Allgemeines deutsches Verkehrsrecht (Vertrags-, Bereicherungs- und Deliktsrecht)
  - 2. Lager: Teilweise Anwendung deutschen Gläubigerschutzrechts
    - Sonderanknüpfung + Rechtfertigung nach dem „Vier-Kriterien-Test“ bzw. Einordnung als Missbrauchsfall
    - Einordnung unter das Delikts- oder Insolvenzstatut
- **Altmeppen/Wilhelm**
  - Auslandsrecht gilt nur für die Grundlagen der Gesellschaft (Entstehung, Verfassung, Erlöschen); bei Tätigkeit in Deutschland gilt deutsches Gläubigerschutzrecht („Rechtsfahrthese“)

9

- VII. Senat v. 30.3.2000 – WM 2000, 1257 (Überseering – Vorlage)
  - (fehlerhafte) Theorie vom „Totschlag“ an der Grenze
- II. Senat v. 1.7.2002 – BGHZ 151, 204
  - Anerkennung als rechtsfähige Personengesellschaft
- VIII. Senat v. 29.1.2003 – BGHZ 153, 353
  - Die Rechts- und Parteifähigkeit von US-Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland richtet sich nach US-Recht (Staatsvertrag)
- VII. Senat v. 13.3.2003 – BGHZ 154, 185 (Überseering)
  - Die Rechts- und Parteifähigkeit von EG-Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland richtet sich nach dem Heimatrecht
  - Keine „Zwangsumwandlung“ in deutsche Personengesellschaft

10

- II. Senat v. 5.7.2004 – WM 2004, 1683
  - Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten einer US-Gesellschaft richtet sich grundsätzlich nach US-Recht (Staatsvertrag)
- II. Senat v. 14.3.2005 – WM 2005, 889
  - Die Haftung der Geschäftsführer für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten einer EG-Auslandsgesellschaft (private limited company) mit Verwaltungssitz in Deutschland richtet sich nach dem Heimatrecht
  - Keine Handelndenhaftung analog § 11 II GmbHG wegen fehlender Eintragung der „Zweigniederlassung“ im deutschen HR
- II Senat v. 5.2.2007 – WM 2007, 833
  - Deutsche Rechtsscheinhaftung wegen Fortlassen des Rechtsformzusatzes gilt bei Auftreten des Vertreters in Deutschland auch für Auslandsgesellschaft (niederländische „BV“)

11

- ❖ Referentenentwurf: Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen vom 7.1.2008
  - Einführung eines neuen Art. 10 EGBGB: Grundsätzliche Geltung der Gründungstheorie (Abs.1), auch für Gesellschaften aus Drittstaaten (außerhalb der EU und des EWR)
    - Anknüpfung an den Staat der Registereintragung (Abs. 1 Satz 1)
    - Hilfsweise Anknüpfung an das Recht des Staates, nach dem die Gesellschaft organisiert ist (Abs. 1 Satz 2)
  - Katalog von Rechtsfragen, die der Gründungstheorie unterfallen (Abs. 2) ⇔ b.w.

12

- Katalog von Rechtsfragen, die der Gründungstheorie unterfallen
  - Rechtsnatur, Rechts- und Handlungsfähigkeit
  - Gründung und Auflösung
  - Name und Firma
  - Organisations- und Finanzverfassung
  - Vertretungsmacht der Organe
  - Erwerb/Verlust der Mitgliedschaft; mit ihr verbundene Rechte/Pflichten
  - Haftung der Gesellschaft etc. sowie Haftung ihrer Mitglieder + Organmitglieder für Verbindlichkeiten der Gesellschaft etc.
  - Haftung wegen Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten

13

- **Sitztheorie und Sonderanknüpfung**
  - Vergleich der Urteile *Überseering* und *Inspire Art*
    - *Überseering*: Folgen der Sitztheorie werden am EG-Recht gemessen
    - *Inspire Art*: Folgen der Sonderanknüpfung werden am EG-Recht gemessen
  - Identische Rechtsanwendung durch den EuGH
- **Keine Flucht ins Delikts-/Insolvenzrecht**
  - Jede Rechtsanwendung muss sich am europäischen Recht messen lassen (kein „safe harbour“).
  - Beispiel: Verfahrenskostenbeitrag bei EG-Auslandsgesellschaft
  - Aber: Anwendung inländischen Rechts im Rahmen von Art. 4 II EulnsVO ist im Zweifel konform mit EG-Recht

14

**❖ Dasonville**

- Weites Verständnis der Grundfreiheiten:  
Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot

**❖ Cassis de Dijon**

- Rechtfertigung von Beschränkungen
- „Vier-Kriterien-Test“ (Urteile *Gebhard* und *Kraus*)
  - Keine Diskriminierung
  - Zwingende Gründe des Allgemeininteresses
  - Geeignetheit
  - Erforderlichkeit

**❖ Keck**

- Teleologische Reduktion des Schutzbereichs

15

**• Absolute Zutrittsschranke**

- Nichteintragung der Zweigniederlassung (*Centros*)
- Aberkennung der Rechtsfähigkeit (*Überseering*)
- Mindestkapitalerfordernisse (*Inspire Art*)
- BGH WM 2005, 889: Sanktionen für Nichtaufbringung des Mindestkapitals ⇒ Handelndenhaftung analog § 11 II GmbHG

**• Gerechtfertigte (Ausübungs-)Beschränkung****• Tatbestandsgrenze der Grundfreiheiten**

- Allgemeines Verkehrsrecht

16

- **Spezifischer Missbrauch**
  - U-Turn-Konstruktionen (z.B. Ausfuhr zum Zweck des Reimports)
  - Vom EuGH bei der Niederlassungsfreiheit nicht anerkannt
- **Unspezifischer Missbrauch**
  - Anwendung nationaler (Missbrauchs-)Regel ist gerechtfertigt
  - „Vier-Kriterien-Test“
- **Ergebnis: Missbrauch hat bei der Niederlassungsfreiheit keine eigenständige Funktion neben dem „Vier-Kriterien-Test“**

17

- **Herkunftslandprinzip bei der Warenverkehrsfreiheit**
  - „Prinzip der gegenseitigen Anerkennung“
  - Prüfung bei „Herstellung und Inverkehrgabe“ im Ausland nach dortigem Recht
- **Niederlassungsfreiheit**
  - Gläubigergefahren resultieren nicht aus der Gründung, sondern der Tätigkeit im Inland
  - Folge: Herkunftslandprinzip führt verstärkt zur Anwendung ausländischen Rechts durch inländische Instanzen
  - Problem praktischer Rechtsdurchsetzung

18

- Die kollisionsrechtliche Einordnung ist für die europarechtliche Rechtfertigung ohne Bedeutung.
- Eine Unterscheidung zwischen Missbrauch und allgemeiner Rechtfertigung nach dem „Vier-Kriterien-Test“ ist bei der Niederlassungsfreiheit nicht erforderlich.
- Regeln zur Tätigkeitsausübung sind leichter zu rechtfertigen als Marktzutritts Hindernisse.
- Die Anwendung nationalen Rechts lässt sich bei der Niederlassungsfreiheit leichter rechtfertigen als bei der Warenverkehrsfreiheit.

- **Trennung von Mindestkapital und Kapitalerhaltung**
  - Beispiel Limited: Vermögensbindung existiert auch in Staaten, die kein Mindestkapital kennen
  - Nur Mindestkapital unterfällt Art. 10 II Nr. 4 RefE-EGBGB (Finanzverfassung)
- **Kapitalerhaltung bei Überschuldung**
  - Allgemeiner Grundsatz (Wesen der juristischen Person): Ausschüttungen auf Kosten der Gläubiger sind verboten
  - Gläubigerschutz weitgehend sichergestellt

- **Kollisionsrechtliche Einordnung**

- bisher str., ob Insolvenz-, Gesellschafts- oder Deliktsrecht
- Begründung zu Art. 10 Abs. 2 Nr. 7 RefE-EGBGB (Haftung der Gesellschaft etc.): Gründungstheorie gilt auch für Durchgriffshaftung = Gesellschaftsrecht des Gründungsstaates
- Problem: Was gilt bei deliktischer Durchgriffshaftung gemäß § 826 BGB?
  - ❖ z.B. BGH NJW 2007, 2689 (Trihotel)
  - ⇒ Aufgabe der Durchgriffs(außen)haftung
  - ⇒ Schadensersatzrechtliche Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft als Fallgruppe des § 826 BGB

21

- **Europarechtliche Rechtfertigung**

- **Generelle Vermögensvermischung**
  - Kapitalerhaltung (s.o.) setzt Vermögenstrennung voraus
  - Publizitätsrichtlinie geht von der Trennung der Gesellschafter- und Gesellschaftssphäre aus
- **Existenzvernichtung durch Vermögensabzug**
  - „Marktzutritt“ wird nur geringfügig beschränkt
  - Abwehr konkreter Gläubigergefahren
- **Spekulation auf Kosten der Gläubiger (Unterkapitalisierung)**
  - Gläubigerdifferenzierung erforderlich

22

- **Kollisionsrechtliche Einordnung**

- bisher str., ob Insolvenz-, Gesellschafts- oder Deliktsrecht (z.B. LG Kiel, ZIP 2006, 1248: § 64 GmbHG = Insolvenzrecht)
- Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EulnsVO: Voraussetzungen der Verfahrenseröffnung
  - EulnsVO nur bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens anwendbar
- Begründung zu Art. 10 Abs. 2 Nr. 8 RefE-EGBGB (Haftung wegen Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten): keine Anwendung auf Haftung der Geschäftsleiter wegen Insolvenzverschleppung
  - arg.: Antragspflicht + anknüpfende Haftung sind insolvenzrechtlicher Natur
- Insolvenzantragspflicht demnächst in § 15a InsO (RegE-MoMiG)
- unerheblich für EG-rechtliche Zulässigkeit der Anwendung (s.o.)

23

- **Europarechtliche Rechtfertigung**

- Anwendung deutscher Insolvenzverschleppungshaftung auf EG-Auslandsgesellschaft ≠ Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit
- Nähe zum allgemeinen Verkehrsrecht (z.B. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB)
- geringfügige Beschränkungswirkung
- Abwehr konkreter Gläubigergefahren

24

- **Kollisionsrechtliche Einordnung str.**
  - Insolvenzrecht / Gesellschaftsrecht
  - Differenzierung
    - Rechtsprechungsregeln ⇒ Gesellschaftsrecht
    - Gesetzliches Eigenkapitalersatzrecht  
(insbes. §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 InsO)
      - ⇒ (1) Insolvenzrecht bzw.
      - ⇒ (2) Insolvenzrecht mit gesellschaftsrechtlicher Vorfrage  
z.B. Begründung zu Art. 10 Abs. 2 Nr. 4 RefE-EGBGB
  - Art. 4 Abs. 2 Satz 2 lit. g) EuInsVO: Anmeldung von Forderungen
  - Art. 4 Abs. 2 Satz 2 lit. m) EuInsVO: Anfechtung von Rechtshandlungen

25

- **Vereinbarkeit der Anwendung mit Europarecht ?**

Pro: Unabhängigkeit vom Mindestkapital

⇒ keine direkte Marktzutrittsschranke

Contra: Informationsmodell des EuGH: Eigenschutz der  
(Vertrags-)Gläubiger

⇒ Regelung (nomineller) Unterkapitalisierung ohne  
Gläubigerdifferenzierung

26

**1. Verlagerung ins Insolvenzrecht**

- Aufhebung der §§ 32a, 32b GmbHG, 129a, 172a HGB
- Konzentration auf die insolvenzrechtlichen Regelungen
- rechtsformneutrale Ausgestaltung – § 39 IV RegE-InsO
  - Erfassung auch von Auslandsgesellschaften

**2. Abschaffung der „Zweispurigkeit“**

- Nichtanwendung der Kapitalerhaltungsregeln auf Gesellschafterdarlehen (§ 57 I 3 RegE-AktG und § 30 I 3 RegE-GmbHG)

**3. Abkoppelung von der „Krise der Gesellschaft“**

- genereller Rangrücktritt von Gesellschafterdarlehen und Forderungen aus wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlungen (§ 39 I Nr. 5 RegE-InsO)
- generelle Anfechtbarkeit bei einer Befriedigung im letzten Jahr vor Insolvenzantrag (§ 135 I Nr. 2 RegE-InsO)

27

**4. Folgen für die Anwendbarkeit auf EG-Auslandsgesellschaften****a) Kollisionsrecht**

- Bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens in Deutschland generelle Anwendbarkeit des neuen Rechts der Gesellschafterdarlehen:
- Art. 4 Abs. 2 Satz 2 lit. g) EulnsVO: Anmeldung von Forderungen
- Art. 4 Abs. 2 Satz 2 lit. m) EulnsVO: Anfechtung von Rechtshandlungen

**b) Europarecht**

- Anwendung inländischen Rechts im Rahmen von Art. 4 II EulnsVO ist im Zweifel konform mit EG-Recht (s.o. Folie 14)
- geringe Auswirkung auf den Marktzutritt bei genereller Anwendung der insolvenzrechtlichen Regeln

28

# Regierung warnt vor Risiken bei Ltd.-Gründung

Zahlreiche Vorschriften des deutschen Rechts gelten auch bei Wahl ausländischer Rechtsformen

11. FRANKFURT, 19. Dezember. Wer in Deutschland eine britische „Private Company Limited by Shares“ (Ltd.) gründet und betreibt, geht damit erhebliche Risiken und Pflichten ein. Darauf hat die Bundesregierung in einer noch unveröffentlichten Antwort auf eine Anfrage des FDP-Bundestagsabgeordneten Otto Frike hingewiesen. Zugleich hat sie die neue Rechtslage im Umgang mit diesen Unternehmen verdeutlicht.

Gewerbliche Anbieter loben die Ltd. seit einiger Zeit als vermeintlich preisgünstige Alternative zur deutschen Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), weil dafür ein Mindestkapital von einem britischen Pfund ausreicht; eine GmbH muß dagegen mit mindestens 25 000 Euro ausgestattet werden. Angeblich ist mittlerweile jede vierte in Deutschland gegründete Kapitalgesellschaft eine solche Limited; genutzt wird sie auch als Komplementär von GmbH & Co. KGs. Der Europäische Gerichtshof hatte vor zwei Jahren den Bundesgerichtshof in Karlsruhe dazu verpflichtet, ausländische Rechtsformen auch dann in Deutschland als rechtsfähig anzuerkennen, wenn das Unternehmen nur zum Schein im Ausland gegründet wurde und seinen eigentlichen Sitz in der Bundesrepublik hat.

Die Bundesregierung unterstreicht, daß die Inhaber in solchen Fällen eine Zweigniederlassung in Deutschland anmelden müssen. Im Einzelfall könne es dabei noch Schwierigkeiten mit dem zuständigen Registergericht geben; viele wichtige Detailfragen seien jedoch inzwischen von der Rechtsprechung geklärt. Um bessere Kenntnisse über die in Deutschland tätigen Ltd.-Unternehmen zu erhalten, strebt die Regierung dabei einen Informationsaustausch mit den britischen Behörden an. Sie betont, daß auch diese Firmen gemäß Handelsgesetzbuch zur Offenlegung bestimmter Unterlagen verpflichtet sind – etwa der Rechnungslegung ihrer förmlichen Hauptniederlassung. Nach dem GmbH-Gesetz müßten sie zudem auf ihren Geschäftsbriefen unter anderem ihre Rechtsform angeben. Die Pflicht, in Deutschland Steuern zu zahlen, werde durch die Wahl einer Ltd. ebenso wenig eingeschränkt wie der Zwang zur Mitgliedschaft in einer Industrie- und Handelskammer.

Nachteile bei der Kreditvergabe – etwa durch Mißtrauen wegen des niedrigen Stammkapitals – durch Banken erwartet die Regierung kaum, weil in der Regel ohnehin ein Gesellschafter persönlich dafür bürgen müsse. Gläubiger könnten ihre Ansprüche gegen eine Ltd.-Niederlassung in Deutschland nach einer EG-Verordnung

vor einem hiesigen Gericht einklagen. Arbeitnehmer seien durch das Insolvenzgeld der Agenturen für Arbeit abgesichert – auch wenn das Insolvenzverfahren in Großbritannien eröffnet werde.

Deutsche Firmengründer sollten sich aber über die britischen Rechtsvorschriften – beispielsweise über die Buchführungspflichten im Vereinigten Königreich – beraten lassen. Insbesondere warnt die Regierung vor der Werbung für diese Firmengründungen. Bewußt werde dabei verschwiegen, daß es sich bei der in Deutschland vorgeschriebenen Mindesteinlage um Investitionskapital handle, das ein junges Unternehmen ohnehin benötige. Zum Ausgleich sehe das britische Recht überdies eine schärfere Haftung des Geschäftsführers wegen Insolvenzverschleppung (wrongful trading) vor. Darüber hinaus komme eine Haftung nach deutschem Deliktsrecht in Betracht. Noch ungeklärt sei, nach welcher Rechtsordnung sich die Pflicht, einen Insolvenzantrag zu stellen, richte. Die Berliner Fachbeamten mutmaßen, daß die deutsche Insolvenzordnung auch für eine Ltd. maßgeblich bleibt. Und noch ein Risiko droht den Inhabern aus Sicht der Regierung: Wenn die Firma im Vereinigten Königreich aus dem Handelsregister gelöscht worden sei, stünden die Gesellschafter in Deutschland vor einer unbeschränkten persönlichen Haftung.

UNIVERSITÄT  
MANNHEIM

© 2008

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank-, Börsen- und Kapitalmarktrecht

Schloss, Westflügel W 241/242

68131 Mannheim

[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)

Zentrum für Insolvenz und Sanierung an der Universität Mannheim e.V. (ZIS)

[www.zis.uni-mannheim.de](http://www.zis.uni-mannheim.de)