

Schloss, Westflügel W 114/115  
68131 Mannheim  
Telefon: 0621/181-1322  
Email: bitter@georg-bitter.de  
Sekretariat:  
Telefon: 0621/181-1394  
Telefax: 0621/181-1393  
Homepage: www.georg-bitter.de

## WM-Tagung

### Ausländisches Insolvenzrecht für deutsche Unternehmen und Cross Border-Insolvenzen

Vortrag am 16. Februar 2006

#### „Flucht vor dem deutschen Insolvenzrecht durch Wahl ausländischer Gesellschaftsformen“

#### Sammlung von Leitsätzen, Orientierungssätzen und Urteilsauszügen

(soweit nichts anderes angegeben ist, handelt es sich um Leitsätze)

Literatur: *Eidenmüller (Hrsg.)*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004; *Hirte/Bücker (Hrsg.)*, Grenzüberschreitende Gesellschaften, Praxishandbuch für ausländische Kapitalgesellschaften mit Sitz im Inland, 2005; *Lutter (Hrsg.)*, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005; zur Position des Verfassers siehe *Bitter*, Flurschäden im Gläubigerschutzrecht durch „Centros & Co.“? – Eine Zwischenbilanz, WM 2004, 2190; *ders.*, Niederlassungsfreiheit für Kapitalgesellschaften in Europa: Gläubigerschutz in Gefahr?, in: Tietze/McGuire et al., Europäisches Privatrecht – Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2004, 2005, S. 299 (erhältlich auch über meine Homepage [www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de))

## I. Rechtsprechung des EuGH

(1) EuGH, 9.3.1999 – Rs. C-212/97, EuGHE I 1999, 1459 = NJW 1999, 2027 = WM 1999, 956 (Centros)

Ein Mitgliedstaat, der die Eintragung der Zweigniederlassung einer Gesellschaft verweigert, die in einem anderen Mitgliedstaat, in dem sie ihren Sitz hat, rechtmäßig errichtet worden ist, aber keine Geschäftstätigkeit entfaltet, verstößt gegen die Artikel 52 und 58 EG-Vertrag, wenn die

Zweigniederlassung es der Gesellschaft ermöglichen soll, ihre gesamte Geschäftstätigkeit in dem Staat auszuüben, in dem diese Zweigniederlassung errichtet wird, ohne dort eine Gesellschaft zu errichten und damit das dortige Recht über die Errichtung von Gesellschaften zu umgehen, das höhere Anforderungen an die Einzahlung des Mindestgesellschaftskapitals stellt. Diese Auslegung schließt jedoch nicht aus, daß die Behörden des betreffenden Mitgliedstaats alle geeigneten Maßnahmen treffen können, um Betrügereien zu verhindern oder zu verfolgen. Das gilt sowohl – gegebenenfalls im Zusammenwirken mit dem Mitgliedstaat, in dem sie errichtet wurde – gegenüber der Gesellschaft selbst als auch gegenüber den Gesellschaftern, wenn diese sich mittels der Errichtung der Gesellschaft ihren Verpflichtungen gegenüber inländischen privaten oder öffentlichen Gläubigern entziehen möchten.

(2) EuGH, 5.11.2002 – Rs. C- 208/00, EuGHE I 2002, 9919 = NJW 2002, 3614 = WM 2002, 2372 (Überseering)

1. Es verstößt gegen die Artikel 43 EG und 48 EG, wenn einer Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat, gegründet worden ist und von der nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats angenommen wird, dass sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz dorthin verlegt hat, in diesem Mitgliedstaat die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit von seinen nationalen Gerichten für das Geltendmachen von Ansprüchen aus einem Vertrag mit einer in diesem Mitgliedstaat ansässigen Gesellschaft abgesprochen wird.

2. Macht eine Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaats gegründet worden ist, in dessen Hoheitsgebiet sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat, in einem anderen Mitgliedstaat von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch, so ist dieser andere Mitgliedstaat nach den Artikeln 43 EG und 48 EG verpflichtet, die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit zu achten, die diese Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaats besitzt.

(3) EuGH, 30.9.2003 – Rs. C-167/01, EuGHE I 2003, 10155 = NJW 2003, 3331 = WM 2003, 2042 (Inspire Art)

1. Artikel 2 der Elften Richtlinie 89/666/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen, steht einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen vom 17. Dezember 1997 entgegen, die Zweigniederlassungen einer nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft Offenlegungspflichten auferlegt, die nicht in dieser Richtlinie vorgesehen sind.

2. Die Artikel 43 EG und 48 EG stehen einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen entgegen, die die Ausübung der Freiheit zur Errichtung einer Zweigniederlassung in diesem Staat durch eine nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründete Gesellschaft von bestimmten Voraussetzungen abhängig macht, die im innerstaatlichen Recht für die Gründung von Gesellschaften bezüglich des Mindestkapitals und der Haftung der Geschäftsführer vorgesehen sind. Die Gründe, aus denen die Gesellschaft in dem anderen Mitgliedstaat errichtet wurde, sowie der Umstand, dass sie ihre Tätigkeit ausschließlich oder nahezu ausschließlich im Mitgliedstaat der Niederlassung ausübt, nehmen ihr nicht das Recht, sich auf die durch den EG-Vertrag garantierte Niederlassungsfreiheit zu berufen, es sei denn, im konkreten Fall wird ein Missbrauch nachgewiesen.

## II. Rechtsprechung des BGH

(1) BGH, 30.3.2000 – VII ZR 370/98, WM 2000, 1257 = ZIP 2000, 967 (Überseering – Vorlage an den EuGH)

Der Bundesgerichtshof legt dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften folgende Fragen zur Vorabentscheidung vor:

a) Sind Art. 43 und Art. 48. EG dahin auszulegen, daß es im Widerspruch zur Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften steht, wenn die Rechtsfähigkeit und die Parteifähigkeit einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates wirksam gegründet worden ist, nach dem Recht des Staates beurteilt werden, in den die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz verlegt hat, und wenn sich aus dessen Recht ergibt, daß sie vertraglich begründete Ansprüche dort nicht mehr gerichtlich geltend machen kann?

b) Sollte der Gerichtshof diese Frage bejahen:

Gebietet es die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften (Art. 43 und Art. 48 EG), die Rechtsfähigkeit und die Parteifähigkeit nach dem Recht des Gründungsstaates zu beurteilen?

(2) BGH, 23.4.2001 – XI ZR 136/01, NJW-RR 2002, 1359 = WM 2002, 1186

### Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„Das internationale Gesellschaftsrecht ist in Deutschland nicht gesetzlich geregelt. Nach den von der Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen entscheidet das Personalstatut einer Gesellschaft über die persönliche Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern (BGHZ 78, 318, 334; BGH, Urteil vom 17. Dezember 1953 – IV ZR 114/53, LM § 105 HGB Nr. 7). Im Verhältnis zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika beurteilt sich das Personalstatut nach Art. XXV Abs. 5 Satz 2 des Deutsch-Amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schiffsverkehrsvertrages vom 29. Oktober 1954 (BGBl. 1956 II 487, 500). Maßgeblich ist danach das Recht, nach dem die Gesellschaft gegründet wurde (OLG Celle WM 1992, 1703, 1706; OLG Düsseldorf WM 1995, 808, 810; Soergel/Lüderitz, BGB 12. Aufl. EGBGB Art. 10 Anh. Rdn. 13).“

(3) BGH, 1.7.2002 – II ZR 380/00, BGHZ 151, 204 = NJW 2002, 3539 = WM 2002, 1929

Verlegt eine ausländische Gesellschaft, die entsprechend ihrem Statut nach dem Recht des Gründungsstaates als rechtsfähige Gesellschaft ähnlich einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung deutschen Rechts zu behandeln wäre, ihren Verwaltungssitz nach Deutschland, so ist sie nach deutschem Recht jedenfalls eine rechtsfähige Personengesellschaft und damit vor den deutschen Gerichten aktiv und passiv parteifähig.

(4) BGH, 29.1.2003 – VIII ZR 155/02, BGHZ 153, 353 = NJW 2003, 1607 = WM 2003, 699

Zur Partei- und Prozeßfähigkeit einer in den Vereinigten Staaten von Amerika gegründeten Gesellschaft mit Verwaltungssitz in der Bundesrepublik Deutschland aufgrund des deutsch-amerikanischen Freundschaftsvertrages.

### Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„Aufgrund des Freundschafts-, Handels- und Schiffsverkehrsvertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 29. Oktober 1954 (BGBl. II 1956, 487 f.) ist eine in den Vereinigten Staaten von Amerika wirksam gegründete und noch bestehende Kapitalgesellschaft in der Bundesrepublik Deutschland rechtsfähig, gleichgültig, wo ihr effektiver Verwaltungssitz liegt.“

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist bei der Beurteilung der Rechtsfähigkeit einer ausländischen juristischen Person allerdings grundsätzlich entsprechend der Sitztheorie das Recht des Staates maßgebend, in dem die juristische Person ihren Verwaltungssitz hat, wobei es nicht auf den in der Satzung genannten, sondern auf den tatsächlichen Verwaltungssitz ankommt (BGHZ 53, 181, 183; BGHZ 78, 318, 334). Das gilt auch dann, wenn eine Gesellschaft in einem anderen Staat wirksam gegründet worden ist und sodann ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in die Bundesrepublik Deutschland verlegt. Die einmal erworbene Rechtsfähigkeit setzt sich nicht ohne weiteres in Deutschland fort. Es kommt vielmehr darauf an, ob die Gesellschaft nach dem Recht des Gründungsstaates fortbesteht und ob sie nach deutschem Recht rechtsfähig ist (BGH, Beschluß vom 30. März 2000 - VII ZR 370/98, ZIP 2000, 967 unter B 2 a).

Von den Regeln des deutschen internationalen Gesellschaftsrechts kann aber durch Staatsverträge abgewichen werden (vgl. Art. 3 Abs. 2 Satz 1 EGBGB). Ein solcher Staatsvertrag besteht zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika in Form des Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrages vom 29. Oktober 1954. Im Hinblick auf dieses Abkommen wird in der Rechtsprechung und Literatur bezüglich der Frage der Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit von Gesellschaften überwiegend zu Recht die Anknüpfung an das Gründungsrecht befürwortet (...).

Art. XXV Abs. 5 Satz 2 dieses Abkommens knüpft an das Gründungsrecht und nicht an das Sitzrecht der amerikanischen und deutschen Gesellschaften an; denn es bestimmt, daß als Gesellschaft eines Vertragsteils diejenigen Gesellschaften gelten, die gemäß den Gesetzen und sonstigen Vorschriften dieses Vertragsteils in dessen Gebiet errichtet worden sind. ... Die Anerkennung des rechtlichen Status durch Art. XXV Abs. 5 Satz 2 des deutsch-amerikanischen Vertrages bedeutet zugleich, daß für eine Gesellschaft, die in dem Gebiet des einen Vertragsteils errichtet worden ist, die Regeln der Rechtsordnung dieses Vertragsteils die Voraussetzungen festlegen, unter denen diese Gesellschaft in dem Gebiet des anderen Vertragsteils als Rechtssubjekt handeln kann. ...

Insbesondere die Niederlassungsfreiheit hat die volle Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit mit zum Inhalt (... vgl. nunmehr auch EuGH, Urteil vom 5. November 2002 – C 208/00 – NJW 2002, 3614 = WM 2002, 2372 zum Vorlagebeschluß des Bundesgerichtshofs vom 30. März 2000 – VII ZR 370/98, ZIP 2000, 967 zum Verstoß gegen die in den Art. 43 EG und 48 EG zuerkannte Niederlassungsfreiheit aufgrund der Anwendung der Sitztheorie). Die Rechts- und Parteifähigkeit der Klägerin ist dementsprechend nach dem Recht der Vereinigten Staaten von Amerika zu beurteilen.“

(5) BGH, 13.3.2003 – VII ZR 370/98, BGHZ 154, 185 = NJW 2003, 1461 = WM 2003, 835 (Überseering)

Eine Gesellschaft, die unter dem Schutz der im EG-Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit steht, ist berechtigt, ihre vertraglichen Rechte in jedem Mitgliedsstaat geltend zu machen, wenn sie nach der Rechtsordnung des Staates, in dem sie gegründet worden ist und in dem sie nach einer eventuellen Verlegung ihres Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedsstaat weiterhin ihren satzungsmäßigen Sitz hat, hinsichtlich des geltend gemachten Rechts rechtsfähig ist.

#### Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„Nach der bisherigen Rechtsprechung zum deutschen internationalen Gesellschaftsrecht beurteilt sich die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft nach dem Recht am Ort ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes. Das gilt auch dann, wenn eine Gesellschaft in einem anderen Staat wirksam gegründet worden ist und anschließend ihren Verwaltungssitz in die Bundesrepublik Deutschland verlegt. Daraus hat das Berufungsgericht konsequent abgeleitet, daß eine wirksam gegründete und nach niederländischem Recht fortbestehende BV nach Verlegung ihres Verwaltungssitzes in die Bundesrepublik Deutschland ihre vertraglichen Rechte vor deutschen Gerichten nicht durchsetzen kann, solange sie sich nicht nach den Regeln des deutschen Gesellschaftsrechts neu gegründet hat (vgl. Beschluß des Senats vom 30. März

2000 – VII ZR 370/98, m.w.N., EuZW 2000, 412 = IPRax 2000, 423 = NZG 2000, 926 = BauR 2000, 1222 = ZfBR 2000, 404).

Dieses Ergebnis ist mit der in Art. 43 und 48 EG garantierten Niederlassungsfreiheit nicht vereinbar. Der Europäische Gerichtshof hat entschieden, daß das Erfordernis, die Gesellschaft in der Bundesrepublik Deutschland neu zu gründen, der Negierung der Niederlassungsfreiheit gleich kommt (EuGH, Urt. v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00 „Überseering“, NJW 2002, 3614, Tz. 81). Es stellt eine mit den Art. 43 und 48 EG grundsätzlich nicht vereinbare Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, wenn ein Mitgliedstaat sich u.a. deshalb weigert, die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründet worden ist und dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat, anzuerkennen, weil die Gesellschaft im Anschluß an den Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile durch in seinem Hoheitsgebiet wohnende eigene Staatsangehörige ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in sein Hoheitsgebiet verlegt haben soll, mit der Folge, daß die Gesellschaft im Aufnahmemitgliedstaat nicht zu dem Zweck parteifähig ist, ihre Ansprüche aus einem Vertrag geltend zu machen, es sei denn, daß sie sich nach dem Recht dieses Aufnahmestaats neu gründet (EuGH, aaO, Tz.82).

Diese Auslegung der Art. 43 und 48 EG ist für den Senat bindend. Sie verpflichtet zu einer Rechtsanwendung, die nicht zu der beanstandeten Beschränkung der Niederlassungsfreiheit führt (Forsthoff, DB 2002, 2471, 2474).

Diese Rechtsanwendung läßt sich nicht damit erreichen, daß die Klägerin nach deutschem Recht nach Verlegung des Verwaltungssitzes jedenfalls eine rechtsfähige Personengesellschaft und damit als solche vor den deutschen Gerichten aktiv und passiv parteifähig ist (vgl. BGH, Urteil vom 1. Juli 2000 - II ZR 380/00, BGHZ 151, 204 = NJW 2002, 3539). Denn die Klägerin hat nicht als Personengesellschaft ihre Rechte geltend gemacht und geklagt, sondern als niederländische BV. Sie hat damit von ihrer durch den EG-Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit Gebrauch gemacht. Das zwingt dazu, die Rechtsfähigkeit der Klägerin als niederländische BV zu achten (EuGH, aaO, Tz. 80, 95). Sie kann nicht auf ihre Möglichkeiten als nach deutschem Recht anerkannte Personengesellschaft verwiesen werden, weil sie damit in eine andere Gesellschaftsform mit besonderen Risiken, wie z.B. Haftungsrisiken, gedrängt wird. Eine derartige Verweisung würde sich ebenfalls als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit darstellen, wie der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes unmißverständlich entnommen werden kann (...).

Die Klägerin muß in die Lage versetzt werden, nach einer Verlegung ihres Verwaltungssitzes in die Bundesrepublik Deutschland ihre vertraglichen Rechte als niederländische BV geltend machen zu können. Das erfordert es, die Klägerin nach deutschem internationalen Gesellschaftsrecht hinsichtlich ihrer Rechtsfähigkeit dem Recht des Staates zu unterstellen, in dem sie gegründet worden ist. Eine Gesellschaft, die unter dem Schutz der im EG-Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit steht, ist berechtigt, ihre vertraglichen Rechte in jedem Mitgliedstaat geltend zu machen, wenn sie nach der Rechtsordnung des Staates, in dem sie gegründet worden ist und in dem sie nach einer Verlegung ihres Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedstaat weiterhin ihren satzungsmäßigen Sitz hat, hinsichtlich des geltend gemachten Rechts rechtsfähig ist.

Die Parteifähigkeit der Klägerin beurteilt sich nach der lex fori, also nach deutschem Prozeßrecht. Gemäß § 50 Abs. 1 ZPO ist eine Gesellschaft parteifähig, wenn sie rechtsfähig ist. Auch insoweit ist das dargestellte Personalstatut maßgebend.“

(6) BGH, 5.7.2004 – II ZR 389/02, WM 2004, 1683 = NJW-RR 2004, 1618 = ZIP 2004, 1549

Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten einer in den USA nach dortigen Vorschriften gegründeten Gesellschaft (hier einer „Inc.“) mit Verwaltungssitz im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland richtet sich jedenfalls dann nach dem Gründungsrecht, wenn die Gesellschaft geschäftliche Aktivitäten auch in den USA entfaltet.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„Das Berufungsgericht übersieht schon in seinem kollisionsrechtlichen Ausgangspunkt den hier einschlägigen Freundschafts-, Handels- und Schiffsvertragsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 29. Oktober 1954 (BGBl. II 1956, 487). Nach Art. XXV Abs. 5 Satz 2 dieses Abkommens gelten Gesellschaften, die gemäß den Gesetzen und sonstigen Vorschriften des einen Vertragsteils in dessen Gebiet errichtet sind, als Gesellschaften dieses Vertragsteils; ihr rechtlicher Status wird in dem Gebiet des anderen Vertragsteils als solcher anerkannt. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist somit im Geltungsbereich dieses Abkommens das Personalstatut einer Gesellschaft grundsätzlich nicht an das Recht ihres Verwaltungssitzes, sondern an das am Ort ihrer Gründung geltende Recht anzuknüpfen (vgl. BGH, Urt. v. 29. Januar 2003 – VIII ZR 155/02, BGHZ 153, 353). Das gilt sowohl hinsichtlich der Frage der Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft (BGH aaO) als auch in bezug auf die ebenfalls nach dem Personalstatut zu entscheidende Frage einer Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten (vgl. BGH, Urt. v. 23. April 2002 – XI ZR 136/01, NJW-RR 2002, 1359 f.) und folgt u.a. auch daraus, daß Art. VII des Abkommens ausdrücklich Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften jedes Vertragsteils im Gebiet des anderen Vertragsteils gewährt (vgl. BGHZ 153, 353, 357 f.). Insofern gilt hier ähnliches wie im Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43 und 48 EGV (dazu EuGH, Urt. v. 5. November 2002 – Rs. C-208/00 „Überseering“, ZIP 2002, 2037; v. 30. September 2003 – Rs. C-167/01 „Inspire Art“, ZIP 2003, 1885 sowie BGH, Urt. v. 13. März 2003 – VII ZR 370/98, BGHZ 154, 185): Die in einem Vertragsstaat nach dessen Vorschriften wirksam gegründete Gesellschaft ist in einem anderen Vertragsstaat – unabhängig von dem Ort ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes – in der Rechtsform anzuerkennen, in der sie gegründet wurde (BGHZ 153, 353, 356 f.; 154, 185, 189).

Ob für den Anwendungsbereich des deutsch-amerikanischen Vertrages (aaO) etwas anderes dann gilt, wenn es sich um eine nur zur Umgehung der strengeren Vorschriften des deutschen Rechts in den USA gegründete „Briefkastenfirma“ handelt, die über keinerlei tatsächliche, effektive Beziehungen (sog. „genuine link“) zum Gründungsstaat verfügt und sämtliche Aktivitäten ausschließlich in der Bundesrepublik Deutschland entfaltet (vgl. OLG Düsseldorf ZIP 1995, 1009; Kindler in Münch.Komm./BGB 3. Aufl. Bd. 11 IntGesR Rdn. 253; a.A. Bungert, WM 1995, 2125, 2128 ff.; derselbe DB 2003, 1043 f.; Mäsch in: Bamberger/Roth, BGB Anh. Art. 12 EGBGB Rdn. 3; Merkt, RiW 2003, 458 f.; vgl. auch EuGH, Urt. v. 30. September 2003 aaO zu Nr. 96), bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung. Denn das fragliche Erfordernis eines „genuine link“ wird auch von seinen Befürwortern nicht dahin verstanden, daß der tatsächliche Verwaltungssitz der Gesellschaft sich im Gründungsstaat befinden muß. Ausreichend wäre vielmehr, daß die Gesellschaft irgendwelche geschäftlichen Aktivitäten in den USA – nicht notwendig im Gründungsbundesstaat (hier: Delaware) – entwickelt (vgl. Kindler aaO; Mankowski, EWiR 2003, 661 f.; Paefgen, DZWIR 2003, 441, 443), wofür z.B. das Bestehen eines Broker-Vertrages mit einem US-amerikanischen Partner genügt (vgl. Ebenroth/Kemner/Willburger, ZIP 1995, 972, 974). Da die S. Inc. für die ihr anvertrauten Aktien ein Depot bei der Al. B. Inc. in Bo. unterhielt, ließe sich ein genuine link zu den USA nicht verneinen.“

(7) BGH, 13.10.2004 – I ZR 245/01, ZIP 2004, 2230 = NZG 2005, 44 = BB 2004, 2595

Soweit mit dem Begriff des "genuine link" zur Anerkennung der Rechtspersönlichkeit einer US-amerikanischen Gesellschaft deren wirtschaftliche Anknüpfung an den Gründungsstaat zu fordern ist, genügt bereits eine geringe Betätigung.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„Die Bestimmung des Art. XXV Abs. 5 Satz 2 des deutsch-amerikanischen Handelsvertrages stellt eine staatsvertragliche Kollisionsnorm dar, der gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 1 EGBGB der Vorrang vor den Regeln des deutschen internationalen Gesellschaftsrechts zukommt. Nach ihr gelten Gesellschaften, die

gemäß den Gesetzen und sonstigen Vorschriften des einen Vertragsteils in dessen Gebiet errichtet sind, als Gesellschaften dieses Vertragsteils; ihr rechtlicher Status wird in dem Gebiet des anderen Vertragsteils anerkannt.

Das Personalstatut (Gesellschaftsstatut) einer juristischen Person und damit auch deren Rechts- und Parteifähigkeit im Verhältnis zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika richtet sich grundsätzlich nach dem Recht des Staates, in dem die juristische Person gegründet wurde (vgl. BGHZ 153, 353, 355 f.; BGH, Urt. v. 23.4.2002 - XI ZR 136/01, NJW-RR 2002, 1359, 1360; Urt. v. 5.7.2004 - II ZR 389/02, ZIP 2004, 1549, 1550). Eine in Übereinstimmung mit US-amerikanischen Vorschriften in den Vereinigten Staaten von Amerika wirksam gegründete, dort rechts- und parteifähige und noch bestehende Gesellschaft ist daher in der Bundesrepublik Deutschland regelmäßig unabhängig davon rechts- und parteifähig, wo sich ihr tatsächlicher Verwaltungssitz befindet (vgl. BGHZ 153, 353, 355, 357 f.; BGH ZIP 2004, 1549, 1550; MünchKomm.BGB/Kindler, 3. Aufl., IntGesR Rdn. 245; Ebenroth/Bippus, NJW 1988, 2137, 2142).“

(8) BGH, 14.3.2005 – II ZR 5/03, WM 2005, 889 = ZIP 2005, 805 = NJW 2005, 1648

1. Die Haftung des Geschäftsführers für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten einer gemäß Companies Act 1985 in England gegründeten private limited company mit tatsächlichem Verwaltungssitz in der Bundesrepublik Deutschland richtet sich nach dem am Ort ihrer Gründung geltenden Recht.

2. Der Niederlassungsfreiheit (Art. 43, 48 EG) steht entgegen, den Geschäftsführer einer solchen englischen private limited company mit Verwaltungssitz in Deutschland wegen fehlender Eintragung in einem deutschen Handelsregister der persönlichen Handelndenhaftung analog § 11 Abs. 2 GmbHG für deren rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten zu unterwerfen.

#### Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die in einem Vertragsstaat nach dessen Vorschriften wirksam gegründete Gesellschaft in einem anderen Vertragsstaat – unabhängig von dem Ort ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes – in der Rechtsform anzuerkennen, in der sie gegründet wurde (vgl. EuGH, Urt. v. 5. November 2002 – Rs. C-208/00, ZIP 2002, 2037 „Überseering“; bestätigt durch EuGH, Urt. v. 30. September 2003 – Rs. C-167/01, ZIP 2003, 1885 „Inspire Art“; vgl. auch BGHZ 154, 185, 189; vgl. ferner zur vergleichbaren Rechtslage beim Deutsch-Amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schiffsvertragsvertrag: BGHZ 153, 353, 356 f.; Sen.Urt. v. 5. Juli 2004 – II ZR 389/02, ZIP 2004, 1402 m.w.Nachw.; BGH, Urt. v. 13. Oktober 2004 – I ZR 245/01, ZIP 2004, 2230, 2231). Aus der Anerkennung der Rechtsfähigkeit einer solchen Gesellschaft folgt zugleich, daß deren Personalstatut auch in bezug auf die Haftung für in ihrem Namen begründete rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten einschließlich der Frage nach einer etwaigen diesbezüglichen persönlichen Haftung ihrer Gesellschafter oder Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftsgläubigern maßgeblich ist (vgl. BGHZ 154, 185, 189 – auch zur passiven Parteifähigkeit; BGH, Urt. v. 23. April 2002 – XI ZR 136/01, NJW-RR 2002, 1359 f.; Sen.Urt. v. 5. Juli 2004 aaO, S. 1403).

Danach scheidet im vorliegenden Fall eine Haftung des Beklagten analog § 11 Abs. 2 GmbHG für die von ihm als Geschäftsführer namens der U. Ltd. rechtsgeschäftlich begründeten Verbindlichkeiten aus; nach dem für das Personalstatut dieser private limited company (Kapitalgesellschaft) maßgeblichen englischen Recht haftet deren Geschäftsführer als Leitungsorgan – wie im deutschen GmbH-Recht – grundsätzlich nicht persönlich für solche Gesellschaftsverbindlichkeiten.

Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung des EuGH ist es selbst unter Gläubigerschutzgesichtspunkten mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar, wenn das Landgericht im vorliegenden Fall hinsichtlich der Frage einer Haftung des Gesellschafter-Geschäftsführers der U. Ltd. deren maßgebliches Personalstatut (ausnahmsweise) nicht an das am Ort ihrer Gründung geltende Recht, sondern an das Recht ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes anknüpfen will.

Zwar ist nach der Rechtsprechung des EuGH anerkannt, daß zwingende Gründe des Gemeinwohls, wie der Schutz der Interessen der Gläubiger u.a. unter bestimmten Umständen und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können (EuGH, ZIP 2002 aaO Tz. 92 – Überseering; EuGH, ZIP 2003 aaO Tz. 132 f. – Inspire Art). Das Berufungsgericht hat jedoch verkannt, daß eine Behinderung der durch den EG-Vertrag garantierten Grundfreiheiten durch nationale Maßnahmen allenfalls unter vier engen Voraussetzungen gerechtfertigt sein kann: Die Maßnahmen müssen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entsprechen, sie müssen zur Erreichung des verfolgten Zieles geeignet sein und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (EuGH, ZIP 2003 aaO Tz. 133 m.w.Nachw. – Inspire Art). Danach stellt sogar die bewußte Ausnutzung unterschiedlicher Rechtssysteme für sich allein genommen noch keinen Mißbrauch dar, auch wenn sie in der offenen Absicht erfolgt, die „größte Freiheit“ zu erzielen und mit einer ausländischen Briefkastengesellschaft die zwingenden inländischen Normativbestimmungen zu umgehen (EuGH, ZIP 2003 aaO Tz. 96 f., 137 ff. m.w.Nachw. – Inspire Art). Da die Bestimmungen über das Mindestkapital insoweit mit der durch den Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit unvereinbar sind, gilt zwangsläufig dasselbe für die Sanktionen, die an die Nichterfüllung der fraglichen Verpflichtungen geknüpft sind, d.h. die Anordnung einer persönlichen (gesamtschuldnerischen) Haftung der Geschäftsführer in dem Fall, daß das Kapital nicht den im nationalen Recht vorgeschriebenen Mindestbetrag erreicht oder während des Betriebes unter diesen sinkt. Folglich rechtfertigen weder Art. 46 EG noch der Gläubigerschutz die Bekämpfung der mißbräuchlichen Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit oder die Erhaltung der Lauterkeit des Handelsverkehrs die Behinderung der durch den Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit, wie sie nationale Rechtsvorschriften über das Mindestkapital und eine persönliche (gesamtschuldnerische) Haftung der Geschäftsführer darstellen (EuGH, ZIP 2003 aaO Tz. 142 – Inspire Art).

Eine persönliche Haftung des Beklagten analog § 11 Abs. 2 GmbHG kann schließlich – entgegen der Ansicht der Klägerin – auch nicht daraus abgeleitet werden, daß der Beklagte als Geschäftsführer es entgegen §§ 13 d ff. HGB unterlassen hat, die „Zweigniederlassung“ der U. Ltd. zum Handelsregister anzumelden. Zwar verpflichtet Art. 12 der 11. Richtlinie 89/666/EWG des Rates vom 21. Dezember 1999 die Mitgliedstaaten, geeignete Maßregeln für den Fall anzudrohen, daß die erforderliche Offenlegung der Zweigniederlassungen im Aufnahmezustand unterbleibt. Gleichwohl müssen die Mitgliedstaaten, denen zwar die Wahl der Sanktion verbleibt, namentlich darauf achten, daß Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln geahndet werden wie nach Art und Schwere gleiche Verstöße gegen nationales Recht, wobei die Sanktion nicht nur wirksam und abschreckend, sondern auch verhältnismäßig sein muß (EuGH, ZIP 2003 aaO Tz. 62, 133 – Inspire Art). Schon danach bleibt festzustellen, daß die offenbar vom Berufungsgericht befürwortete Sanktion der persönlichen Haftung des Beklagten als Geschäftsführer wegen Nichterfüllung der Anmeldungspflicht weder gesetzlich vorgesehen ist noch etwa im Wege der Rechtsfortbildung in Betracht käme. Als zulässige Sanktion im Sinne der 11. Richtlinie des Rates sieht das deutsche Recht in § 14 HGB allein die Festsetzung von Zwangsgeld für den Fall der Nichterfüllung der Anmeldepflicht pp. vor, nicht hingegen haftungsrechtliche Konsequenzen.

Aufgrund der ... aufgezeigten Rechtsfehler unterliegt das Berufungsurteil der Aufhebung (§ 562 ZPO). Mangels Endentscheidungsreife ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Der Klägerin ist auf ihre Gegenrüge hin unter dem Blickwinkel der Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) sowie eines fairen Verfahrens (Art. 2, 20 GG) Gelegenheit zu geben, in der wiedereröffneten Berufungsinstanz ihr Klagebegehren nunmehr auf – bislang nicht geltend gemachte – etwaige Haftungstatbestände des materiellen englischen Rechts oder des (deutschen) Deliktsrechts (§§ 823 ff. BGB) zu stützen und hierzu weiteren Sachvortrag zu halten.“

### III. Instanzgerichtliche Rechtsprechung

(1) OLG Köln, 14.5.2004 – 16 W 11/04, ZIP 2005, 322

Ansprüche der Gläubiger einer Aktiengesellschaft gegen die Gründungsgesellschafter wegen eindeutiger materieller Unterkapitalisierung dieser Aktiengesellschaft sind im Gerichtsstand des Art. 5 Nr. 3 EuGVVO geltend zu machen. Handlungsort ist der Sitz der Gesellschaft zum Gründungszeitpunkt.

(2) AG Bad Segeberg, 24.3.2005 – 17 C 289/04, ZIP 2005, 812 = ZInsO 2005, 558

#### Leitsätze der ZIP-Redaktion:

1. Ansprüche der Gläubiger einer nach englischem Recht gegründeten Limited aus existenzvernichtendem Eingriff und Unterkapitalisierung unterliegen als gesellschaftsrechtliche Ansprüche auch bei einer Geschäftstätigkeit in Deutschland grundsätzlich dem Gesellschaftsstatut. Die Anwendung deutschen Rechts ist nur ausnahmsweise zuzulassen, wenn ein konkreter Missbrauch der Niederlassungsfreiheit vorliegt.
2. Allein die Ausstattung mit geringem Gründungskapital begründet keinen Rechtsmissbrauch, wenn sie nach dem Recht des Gründungsstaats zulässig ist, ebenso wenig die Tatsache, dass eine Auslandsgesellschaft für die inländische Tätigkeit eingesetzt wird.
3. Die Haftung wegen Insolvenzverschleppung richtet sich nach dem Recht des Gründungsstaats, wenn in diesem bereits ein umfassender Gläubigerschutz gewährleistet ist.

Besuchen Sie das  
Zentrum für Insolvenz und Sanierung an der Universität Mannheim (ZIS)  
unter [www.zis.uni-mannheim.de](http://www.zis.uni-mannheim.de)