

# Internationales Gesellschaftsrecht, Grenzüberschreitende Umwandlungen

5. Auflage 2022  
ISBN 978-3-406-70506-9  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Sachleistung weit über ihrem tatsächlichen Preis bewerten. Für die Gläubiger entsteht daraus die Gefahr, letztlich nur auf einen wertlosen Haftungsfonds zugreifen zu können, wenn sie ihre Ansprüche zwangsweise durchsetzen wollen. Die Mitglieder der Gesellschaft sehen sich der Möglichkeit ausgesetzt, dass einige ihrer Mitgesellschafter sich auf billige Art ihren gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen entziehen. Um diesen Gefahren zu begegnen, treffen die Rechtsordnungen verschiedene Vorkehrungen.

**aa) Transparenz.** Ein Mittel besteht darin, die Information darüber, dass und welche Sacheinlagen erbracht werden, möglichst publik zu machen. Manche Rechte sehen aus diesem Grund vor, dass Sacheinlagen nur dann geleistet werden dürfen, wenn dies **in der Satzung oder im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vorgesehen** ist.<sup>183</sup> Andere Rechtsordnungen verlangen, dass ein **schriftlicher oder öffentlich beurkundeter Vertrag** als Grundlage geschlossen wurde.<sup>184</sup> Wieder andere gehen so weit, der **Mitgliederversammlung** einen ausdrücklichen Zustimmungsvorbehalt einzuräumen.<sup>185</sup> Das Ziel all dieser Regelungen besteht darin, den Ermessensspielraum der Geschäftsleitung hinsichtlich der Akzeptanz von Sacheinlagen zu begrenzen oder auszuschließen. Wird den Transparenzanforderungen nicht genügt, so liegt eine **verdeckte Sacheinlage** vor. Das deutsche Recht hatte diese früher nicht als Einlageleistung anerkannt, so dass die Einlage noch einmal erbracht werden musste.<sup>186</sup> Eine solch strenge Haltung ist ausländischen Rechten fremd. Sie wurde auch in Deutschland zwischenzeitlich aufgegeben.<sup>187</sup>

**bb) Prüfung des Werts im Vorfeld.** Eine weitere Vorkehrung besteht darin, die Sacheinlagen vor ihrer Einbringung in die Gesellschaft auf ihren Wert zu überprüfen. Damit kann man verschiedene Institutionen betrauen. In Betracht kommt etwa die Überprüfung durch einen **Sachverständigen**. Diesen Weg schreibt die Richtlinie für bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts den Mitgliedstaaten für Aktiengesellschaften und ihnen verwandte Gesellschaftsformen vor.<sup>188</sup> Sie wird auch außerhalb der EU befolgt.<sup>189</sup> Vorteil dieser Methode ist, dass mit ihr der Wert der Sacheinlage sehr exakt bestimmt werden kann. Ihr Nachteil besteht allerdings in den zum Teil nicht unerheblichen Kosten. Bei kleinen Kapitalgesellschaften, wie der GmbH und ihr verwandten Gesellschaftsformen, wird daher die Bewertung **durch die Gesellschafter selbst** vorgenommen und durch die **registerführende Stelle lediglich kontrolliert**.<sup>190</sup>

**cc) Haftung der Gesellschafter im Nachhinein.** Eine weitere Vorkehrung gegen unzutreffende Bewertungen besteht darin, die Gesellschafter für den Minderwert der Sacheinlagen zum Zeitpunkt der Gründung haften zu lassen. Diese **Differenzhaftung** wird meist zusätzlich zur Überprüfung angeordnet. Sie hat zwei wesentliche Vorteile: erstens betrifft sie die Gesellschafter **persönlich** und wirkt daher **abschreckend**; zweitens verschafft sie den Gläubigern auch **noch im Nachhinein** den Haftungsfonds, den die Gesellschaft von Anfang an hätte haben sollen. Um diese Wirkungen so weit wie möglich zu verstärken, wird meist angeordnet, dass die Gesellschafter nicht lediglich persönlich, sondern auch **solidarisch** haften. Ein Mitglied der Gesellschaft ist daher nicht nur für die Erbringung seiner eigenen Beiträge, sondern auch für die der anderen Gesellschafter verantwortlich.<sup>191</sup>

<sup>183</sup> Deutschland: § 27 Abs. 1 S. 1 AktG, § 5 Abs. 4 S. 1 GmbHG.

<sup>184</sup> Art. 634 Nr. 1 Schweizer OR.

<sup>185</sup> Art. L225–8 Abs. 3 französischer *Code de commerce*.

<sup>186</sup> Zur verdeckten Sacheinlage nach alter Rechtslage: K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 29 II 1c, S. 886–890, § 37 II 4, S. 1122–1126; Pentz, in: MüKoAktG, § 27 Rn. 74–87; Scholz/Westermann, GmbHG, 10. Aufl. 2006, § 5 Rn 76 ff.

<sup>187</sup> Siehe § 27 Abs. 3 S. 2, 3 AktG, § 19 Abs. 4 S. 2, 3 GmbHG; umfassend zur neuen Rechtslage Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 19 Rn. 56.

<sup>188</sup> Art. 49 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2017/1132.

<sup>189</sup> Vgl. z. B. Art. 635a Schweizer OR.

<sup>190</sup> So die deutsche Regelung in § 5 Abs. 4 S. 2 GmbHG.

<sup>191</sup> Siehe zur französischen *SARL* Art. L223–9 Abs. 4 *Code de commerce*.

Indessen ist diese Haftung nicht selten **zeitlich begrenzt**. Die Dauer ist dabei recht unterschiedlich und kann z. B. fünf Jahre erreichen.<sup>192</sup>

- 44 **c) Zeitpunkt der Aufbringung.** Unterschiedliche Regelungen bestehen hinsichtlich der Frage, in welchem **Zeitpunkt** die Einlagen aufgebracht sein müssen. Auch insoweit diskriminieren die meisten Rechtsordnungen Sach- im Verhältnis zu Bareinlagen.

Für **Bareinlagen** verlangt die Richtlinie über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts bei den Aktiengesellschaften verwandten Formen, dass bereits im Gründungszeitpunkt mindestens 25 % des Nennbetrags der Aktien geleistet sind.<sup>193</sup> Manche mitgliedstaatlichen Rechte gehen darüber hinaus.<sup>194</sup> Rechtsordnungen von Nicht-EU-Mitgliedstaaten begnügen sich dagegen zuweilen mit einem geringeren Bruchteil.<sup>195</sup>

Für **Sacheinlagen** wird häufig eine vollständige Leistung zu einem früheren Zeitpunkt verlangt. Die Richtlinie über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts ist insofern noch recht großzügig, als sie die vollständige Leistung innerhalb von fünf Jahren nach der Gründung oder der Genehmigung zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit genügen lässt.<sup>196</sup> Die meisten Gesellschaftsrechte sind wesentlich strenger, denn nach ihnen müssen die Sacheinlagen bereits bei der Gründung vollständig erbracht sein.<sup>197</sup>

### 5. Folgen der Nicht- oder nicht ordnungsgemäßen Kapitalaufbringung

- 45 Um die reale Kapitalaufbringung zu sichern, sehen die nationalen Gesellschaftsrechte eine ganze Reihe von Mechanismen vor. Dazu gehört zum einen die **Differenzhaftung** für den Fall des Minderwerts einer Sacheinlage (siehe o. → Rn. 43). Zum anderen gilt eine **Ausfallhaftung**, das heißt die Gesellschafter sind solidarisch verantwortlich, wenn einer von ihnen seine Leistungen nicht erbringt. Der säumige Gesellschafter kann u. U. **ausgeschlossen** und sein Anteil eingezogen (kaduziert) werden.

Nach Ansicht mancher ist es notwendig, dass die Gründer die Gesellschaft nicht nur mit dem gesetzlich vorgeschriebenen, sondern darüber hinaus mit dem zur Erreichung ihrer Zwecke sachlich notwendigen Kapital ausstatten.<sup>198</sup> Tun sie dies nicht, so sollen sie wegen „**materieller Unterkapitalisierung**“ haften. Ein solcher Anspruch lässt sich jedoch etwa für das englische Recht nicht nachweisen.<sup>199</sup> Selbst im deutschen Schrifttum ist seine Existenz sehr umstritten.<sup>200</sup>

### 6. Haftung für eingebrachte Handelsgeschäfte

- 46 Die Einlage des Gesellschafters kann auch in einem Handelsgeschäft bestehen. Führt die Gesellschaft dieses fort, so ist sie nach zahlreichen Rechtsordnungen **für die bestehenden Schulden** des Handelsgeschäfts **haftbar**. Entsprechende Regelungen finden sich beispielsweise im österreichischen,<sup>201</sup> schweizerischen,<sup>202</sup> französischen,<sup>203</sup> italienischen,<sup>204</sup> grie-

<sup>192</sup> So das französische Recht der *SARL*, siehe Art. L223-9 Abs. 4 *Code de commerce*.

<sup>193</sup> Art. 48 Unterabs. 1 Richtlinie (EU) 2017/1132.

<sup>194</sup> Frankreich: 50 % des Nennwerts der Aktie (Art. L225-3 *Code de commerce*).

<sup>195</sup> Schweiz: 20 % des Nennwerts der Aktie (Art. 632 Abs. 1 OR).

<sup>196</sup> Art. 48 Unterabs. 2 Richtlinie (EU) 2017/1132.

<sup>197</sup> Art. L223-7 Abs. 1 S. 2 französischer *Code de commerce*; Art. 634 Nr. 2, 779 Abs. 4 Schweizer OR; § 36a Abs. 2 S. 1 AktG, 7 Abs. 3 GmbHG.

<sup>198</sup> Siehe *Kindler*, in: *MüKoBGB, IntGesR*, Rn. 620.

<sup>199</sup> Siehe *Boese*, Strukturprinzipien im Gläubigerschutz, S. 113–115.

<sup>200</sup> Siehe zur Diskussion etwa *Altmeyden*, in: *Roth/Altmeyden, GmbHG*, 9. Aufl. 2019, § 13 Rn. 142–151; *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff, GmbHG*, 19. Aufl. 2016, § 13 Rn. 20–23; *Großkomm. GmbHG/Raiser*, § 13 Rn. 153–164; *ders.*, FS *Lutter*, 2000, S. 637, 647–650; *Wiedemann*, *GesR I*, § 4 III 1b, S. 224–226, § 10 IV 3, S. 565–568, 570–573; *Eckhold*, *Materielle Unterkapitalisierung*, 2002; *Möller*, *Die materiell unterkapitalisierte GmbH*, 2005.

<sup>201</sup> Art. 38–40 österreichisches Unternehmensgesetzbuch (UGB).

<sup>202</sup> Art. 181 f. Schweizer OR.

<sup>203</sup> Art. L141-22 Abs. 2 französischer *Code de commerce*.

<sup>204</sup> Art. 2558 italienischer *Codice civile*.

chischen<sup>205</sup> und japanischen<sup>206</sup> Recht. Die **Details variieren** allerdings zum Teil **erheblich**.<sup>207</sup> So muss die Gesellschaft nach französischem Recht die Übernahme des Handelsgeschäfts in den amtlichen Anzeigenblättern veröffentlichen.<sup>208</sup> Die Schuldner haben danach innerhalb von zehn Tagen ihre Forderungen bei Gericht anzumelden; die Gesellschaft haftet nur für die innerhalb dieser Frist angezeigten Schulden.<sup>209</sup> Der frühere Inhaber bleibt unbegrenzt als Gesamtschuldner neben der fortführenden Gesellschaft haftbar.<sup>210</sup> Eine entsprechende Ausschlussklausel kennt das Schweizer Obligationenrecht dagegen nicht.<sup>211</sup> Dort ist außerdem die Haftung des bisherigen Schuldners auf drei Jahre begrenzt.<sup>212</sup>

## 7. Anzuwendendes Recht

**a) Kapital.** Das **nominelle Eigenkapital** ist eine Festlegung in den Statuten, die zur inneren Finanzverfassung gehören. Diese werden durch das auf die Gesellschaft anzuwendende Recht beherrscht.<sup>213</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies das Gründungsrecht (siehe o. → Rn. 14 ff.). Nach der Sitztheorie soll dagegen auch dieser Mindestinhalt der Satzung für die nicht unter europa- und völkerrechtliche Privilegien fallenden Gesellschaften dem Recht am tatsächlichen Verwaltungssitz unterliegen.<sup>214</sup>

Das gesetzlich vorgeschriebene **Mindestkapital** gehört ebenfalls zum Kernbereich der Finanzverfassung. Es ist daher nach der hier vertretenen Auffassung ausschließlich nach dem Gründungsrecht zu beurteilen. Eine zusätzliche Geltung der Mindestkapitalerfordernisse des Rechts am Verwaltungssitz hat der **EuGH** in seiner Entscheidung im Fall *Inspire Art* ausdrücklich ausgeschlossen.<sup>215</sup> Für Gesellschaften, die weder aus der EU, dem EWR oder den USA stammen, bleibt die Rechtslage allerdings umstritten (siehe o. → Rn. 25). Insoweit vertreten die **Anhänger der Sitztheorie** nach wie vor die Anwendbarkeit der Mindestkapitalvorschriften des Staates, in dem die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz hat.<sup>216</sup> Werden diese nicht eingehalten, so soll die Folge nach der milden Variante der Sitztheorie allerdings nicht die Nichtigkeit der Gesellschaft, sondern lediglich der Fortfall des Haftungsschildes sein (siehe o. → Rn. 17). Dennoch führt diese Auffassung zu einer **unerträglichen Belastung des Rechtsverkehrs**. Nach ihr würden die Gesellschafter einer nach Schweizer Recht gegründeten Aktiengesellschaft, bei der Sacheinlagen erbracht wurden und die ihren tatsächlichen Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt, persönlich haften, selbst wenn die Gesellschaft mit einem Kapital von mehr als 50 000 Euro ausgestattet ist, weil die Sacheinlagen nicht entsprechend den deutschen Gesetzen geleistet wurden. Ihnen bliebe nur die Neugründung als Aktiengesellschaft deutschen Rechts. Um dies zu vermeiden, sollte man insoweit **auf eine Sonderanknüpfung verzichten**. Die Vertragsgläubiger können ihre berechtigten Interessen selbst wahren, indem sie sich über die Vermögensverhältnisse der Gesellschafter informieren.<sup>217</sup> Für Deliktsgläubiger trifft dies

<sup>205</sup> Art. 479 griechisches Zivilgesetzbuch, Text bei *Koumantos*, Erwerberhaftung bei Unternehmensveräußerung, 1955, S. 133 Fn. 680.

<sup>206</sup> Vgl. § 25 japanisches HGB, Text bei *S. Tiedemann*, Die Haftung für Vermögensübernahme im internationalen Recht, S. 19 f. Fn. 26.

<sup>207</sup> Ausf. Rechtsvergleich bei *Koumantos*, Erwerberhaftung bei Unternehmensveräußerung, 1955, S. 105–139; *S. Tiedemann*, Die Haftung für Vermögensübernahme im internationalen Recht, S. 19–23.

<sup>208</sup> Art. L141–21 Abs. 1 französischer *Code de commerce*.

<sup>209</sup> Art. L141–22 französischer *Code de commerce*.

<sup>210</sup> Art. L141–22 Abs. 2 französischer *Code de commerce*.

<sup>211</sup> Vgl. Art. 181 Schweizer OR.

<sup>212</sup> Art. 181 Abs. 2 Schweizer OR.

<sup>213</sup> Vgl. auch Referentenentwurf, o. Fn. 37, Art. 10 Abs. 2 Nr. 4 EGBGB.

<sup>214</sup> *Kindler*, in: *MüKoBGB*, *IntGesR* Rn. 594.

<sup>215</sup> *EuGH* Rs. C-167/01, *Slg.* 2003 I-10 155 – *Inspire Art*, Rn. 105.

<sup>216</sup> *GroßkommAktG/Assmann*, 4. Aufl. 2012, Einl. Rn. 566, 593; *Kindler*, in: *MüKoBGB*, *IntGesR* Rn. 616; *Großfeld*, in: *Staudinger*, *IntGesR* Rn. 335.

<sup>217</sup> *Schön* 5 *EBOR* (2004), 429, 438–441.

zwar nicht zu.<sup>218</sup> Doch sind diese auch nicht davor geschützt, von einer vermögenslosen natürlichen Person verletzt zu werden.<sup>219</sup> Dass ein gesetzliches Mindestkapital nicht unbedingt erforderlich ist, zeigt mittlerweile das deutsche Recht selbst: Die durch das MoMiG eingeführte Unternehmergesellschaft (UG) kann bereits mit einem Stammkapital von einem einzigen Euro gegründet werden. Wenn man schon im inländischen Rechtsverkehr kein größeres Kapital aufbringen muss, um in den Genuss der beschränkten Haftung zu gelangen, kann man eine Sonderanknüpfung der Vorschriften über das Mindestkapital schwerlich rechtfertigen. Es gilt vielmehr allein das Gesellschaftsstatut.<sup>220</sup>

- 48 **b) Einlageerbringung.** Hinsichtlich des auf die Erbringung der **Einlage** anzuwendenden Rechts ist zu unterscheiden: Die **Pflicht zur Einlageleistung** folgt aus der Satzung oder dem Gesellschaftsvertrag; es gilt für sie daher das auf die Gesellschaft anzuwendende Recht (siehe → Rn. 11 ff.). Dagegen unterliegt das **Rechtsgeschäft, durch das die Einlage erbracht wird**, den für dieses geltenden kollisionsrechtlichen Bestimmungen des Wirkungstatuts. Ob etwa ein vom Gesellschafter geleistetes Grundstück Eigentum der Gesellschaft geworden ist, richtet sich nach den auf sachenrechtliche Verfügungsgeschäfte anzuwendenden Regeln der Artikel 43 ff. EGBGB. Ob eine als Sacheinlage geleistete Forderung wirksam abgetreten wurde, bestimmt sich nach den kollisionsrechtlichen Regelungen für Abtretungen.<sup>221</sup> Diese sind nur zum Teil in Artikel 14 Rom I-VO niedergelegt, der gerade hinsichtlich der entscheidenden Frage des Verhältnisses zu Dritten lückenhaft ist.<sup>222</sup> Der Erwerb von Bareinlagen, die ein Gesellschafter auf das Konto der Gesellschaft überwiesen hat, richtet sich nach dem auf die Guthabenbeziehung zwischen Bank und Gesellschaft anzuwendenden Recht.<sup>223</sup>
- 49 **c) Erfüllung der Einlagepflicht.** Ob die Leistung des Gesellschafters geeignet ist, um die **Einlagepflicht zu erfüllen**, wird durch das **Gesellschaftsstatut** beantwortet.<sup>224</sup> Dieses gibt den Maßstab für die richtige Art der Kapitalaufbringung. Es entscheidet daher z. B. darüber, ob eine Sacheinlage den Wert der übernommenen Einlageverpflichtung erreicht und in welchem Verfahren dies nachzuprüfen ist.
- 50 **d) Auswirkungen verfehlter Einlageerbringung.** Sollte nach dem Gesellschaftsstatut die Einlageleistung nicht genügen, dann kann dies **Rückwirkungen auf die Wirksamkeit** des Geschäfts haben, durch das der Gesellschafter seine Einlageleistung auf die Gesellschaft übertragen wollte. Dieses könnte z. B. nichtig sein. Problematisch ist allerdings, welche Rechtsordnung über diese Frage entscheidet. Die Wirksamkeit des Übertragungsgeschäfts unterfällt grundsätzlich der hierauf anzuwendenden Rechtsordnung (siehe o. → Rn. 48).<sup>225</sup> Letztere wird jedoch häufig eine Regelung über die Auswirkungen verfehlter Einlageerbringung nur für eigene Gesellschaften bereithalten, die aus sachrechtlichen Gründen nicht auf die ausländische Gesellschaft angewandt werden.<sup>226</sup> Umgekehrt sind die Vorschriften des Gründungsrechts, die eine Regelung vorsehen, auf die Wirksamkeit des Einlagengeschäfts möglicherweise nicht anwendbar, z. B. weil die Parteien es einer anderen Rechtsordnung unterstellt haben. Es kommt daher zu einem Fall des **Normenmangels**. Diesem ist mit dem internationalprivatrechtlichen Instrumentarium der **Anpassung** zu

<sup>218</sup> Zu ihnen *Armour/Hansmann/Kraakmann*, in: Kraakman/Armour/Davies/Enriques/Hansmann/Hertig/Hopt/Kanda/Rock, *The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach*, 1.2.2, S. 11; *Armour/Hertig/Kanda*, in: ebda., S. 120 f.

<sup>219</sup> *Schön* 5 EBOR (2004), 429, 441.

<sup>220</sup> Ebenso Großkomm. GmbHG/*Behrens*, Rn. B 83.

<sup>221</sup> BGH NJW 1991, 1414.

<sup>222</sup> Vgl. dazu *Leible/Lehmann*, RIW 2008, 528, 541.

<sup>223</sup> Vgl. zu diesem *Einsele*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2018, § 3 Rn. 8 ff.; *dies.*, WM 2009, 289.

<sup>224</sup> BGH NJW 1991, 1414; *Kindler*, in: MüKoBGB, IntGesR, Rn. 616.

<sup>225</sup> Siehe BGH NJW 1991, 1414.

<sup>226</sup> BGH NJW 1991, 1414.

begegnen.<sup>227</sup> Sie kann entweder auf kollisionsrechtlicher Ebene erfolgen, indem man die Auswirkung der Unwirksamkeit auf das Einlagegeschäft dem Gesellschaftsstatut unterstellt, oder man nimmt eine Anpassung auf materiellrechtlicher Ebene vor, indem man Regelungen des auf das Einlagegeschäft anzuwendenden Sachrechts auf ausländische Gesellschaften erweitert. Zutreffender erscheint im vorliegenden Fall die erste Lösung, weil sie die vom gesellschaftsrechtlich relevanten Vorgang am meisten betroffene und aus Sicht der Gesellschafter im Zentrum stehende Rechtsordnung zum Zuge bringt. Auch in der Rechtsprechung des **BGH** lassen sich dafür Anhaltspunkte finden. In einem Fall, in dem es um die Erfüllung der Einlageverpflichtung in einer schweizerischen Aktiengesellschaft durch eine Forderungsabtretung ging, prüfte er deren Wirksamkeit außer nach dem auf die Abtretung anwendbaren deutschen Recht hilfsweise auch nach dem Schweizer Gesellschaftsstatut.<sup>228</sup>

**e) Rechtsfolgen für die Gesellschafter.** Die Frage, ob die Gesellschafter im Wege der **Differenz- oder Ausfallhaftung** in Anspruch genommen werden, kann nur das Gesellschaftsstatut beantworten. Gleiches gilt für die **Ausschließung** der säumigen Gesellschafter.<sup>229</sup> Ob ein **Verbot der materiellen Unterkapitalisierung** besteht oder nicht, ist ebenfalls dem auf die Gesellschaft anzuwendenden Gründungsrecht zu entnehmen. Die Vertreter der Sitztheorie wollen hingegen das Recht des Staats anwenden, in dem die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz hat.<sup>230</sup> Dies soll selbst gegenüber Gesellschaften aus der EU, dem EWR oder den USA gelten, die das Privileg der Niederlassungsfreiheit genießen, denn die materielle Unterkapitalisierung stelle einen „Missbrauch der Niederlassungsfreiheit“ dar.<sup>231</sup> Dieses Ergebnis wird zusätzlich durch eine „deliktische Qualifikation“ der Vorschriften über die materielle Unterkapitalisierung abgesichert.<sup>232</sup> Jedoch kann nach der Rechtsprechung des EuGH allein in der Wahl eines ausländischen Gesellschaftsrechts, das geringere Anforderungen an das aufzubringende Kapital als das inländische Recht stellt, noch kein Missbrauch der Niederlassungsfreiheit gesehen werden.<sup>233</sup> Außerdem ist davon auszugehen, dass das fremde Recht selbst Vorkehrungen gegen die Benutzung einer Gesellschaft als leerer Hülse allein zur Vermeidung persönlicher Haftung der Gesellschafter trifft. Die generelle Sonderanknüpfung oder deliktische Qualifikation der Regeln über die materielle Unterkapitalisierung hält daher dem Vier-Stufen-Test des EuGH (siehe o. → Rn. 19) nicht stand, weil sie weder geeignet noch erforderlich ist, um das mit ihr verfolgte Schutzziel zu erreichen. Stattdessen ist zunächst vom Gründungsstatut auszugehen. Trifft dieses keine ausreichenden Vorkehrungen gegen den Missbrauch der Gesellschaftsform, so ist nach den Regeln des Durchgriffs gegen die Gesellschafter vorzugehen (siehe dazu u. → § 17 Rn. 1 ff.).

**f) Haftung für Schulden eingebrachter Handelsgeschäfte.** Die Frage, ob die Gesellschaft für die Verbindlichkeiten eingebrachter **Handelsgeschäfte** haftet, wird seit langem an den **Ort der gewerblichen Niederlassung** angeknüpft.<sup>234</sup> Die Folgen der Übernahme bestimmen sich damit nach dem Recht des Staats, in dem die Niederlassung belegen ist. Liegt diese im Inland, so gelangen die §§ 25–28 HGB zur Anwendung, gleichgültig,

<sup>227</sup> Vgl. *Kegel/Schurig*, IPR, § 8 III 2, S. 366 f.

<sup>228</sup> BGH NJW 1991, 1414, 1415.

<sup>229</sup> *Kindler*, in: MüKoBGB, IntGesR Rn. 588.

<sup>230</sup> Vgl. z. B. *Kindler*, in: MüKoBGB, IntGesR Rn. 619.

<sup>231</sup> *Kindler*, in: MüKoBGB, IntGesR Rn. 619 f.

<sup>232</sup> Siehe *Kindler*, in: MüKo-BGB, IntGesR Rn. 620.

<sup>233</sup> EuGH Rs. C-167/01, Slg. 2003 I-10155 – Inspire Art, Rn. 96.

<sup>234</sup> RG BöhmsZ 15, 305, 306 ff.; OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 1184, 1185; *Grüneberg/Thorn*, Art. 14 Rom I-VO, Rn. 7; *Martiny*, in: MüKoBGB, Art. 15 Rom I-VO Rn. 36; *Kindler*, in: MüKoBGB, IntGesR Rn. 263; *Hausmann*, in: Staudinger, 13. Bearb. 2002, Art. 33 EGBGB Rn. 111; *v. Hoffmann*, in: Soergel, 12. Aufl. 1996, Art. 33 EGBGB Rn. 52; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt HGB, 40. Aufl. 2021, § 25 Rn. 27; *v. Hoffmann*, IPRax 1989, 175; *v. Bar*, IPRax 1991, 197, 199; *Schnelle*, RIW 1997, 281, 284 f.; *Merkt/Dunkel*, RIW 1996, 533, 542.

welchem Recht die einzelnen Forderungen unterliegen. Dadurch wird die Haftung für alle Schulden des übernommenen Handelsgeschäfts gesichert.

Diese einheitliche Anknüpfung soll jedoch **nach einer Auffassung** seit Inkrafttreten der Rom I und Rom II-Verordnungen **nicht mehr möglich** sein.<sup>235</sup> Die Erwerberhaftung soll dieser Ansicht zufolge in eine „Lücke“ des europäischen Kollisionsrechts fallen. Da Letzteres grundsätzlich abschließend über das Schuldstatut bestimme, könnten die §§ 25–28 HGB nur noch für solche Forderungen gelten, die dem deutschen Recht unterliegen.<sup>236</sup>

Dieser Auffassung ist zu **widersprechen**. Zunächst erscheint es möglich, die **§§ 27 und 28 HGB erb- und gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren** und damit aus dem Anwendungsbereich der Rom I-VO herauszunehmen.<sup>237</sup> Denn immerhin setzen die dort angeordneten Rechtsfolgen einen Erbfall bzw. den Eintritt als Gesellschafter in ein bestehendes Handelsgeschäft zwingend voraus. Dass der Zweck der Vorschriften ein „genuin unternehmens- oder handelsrechtlicher“ sei,<sup>238</sup> schlägt demgegenüber nicht durch. Eine solche Auffassung stellt zu sehr auf die – zudem noch heftig umstrittene – Rechtfertigung der Vorschriften aus deutscher Sicht ab. Das europäische Kollisionsrecht ist an die nationale Kategorisierung nicht gebunden. Es qualifiziert keine Normen, sondern Rechtsverhältnisse, und dies autonom und unabhängig vom nationalen Recht. Die Stellung in einem bestimmten Gesetzeswerk ist ohnehin belanglos.<sup>239</sup>

Die in **§ 25 HGB** angeordneten Rechtswirkungen **unterfallen** dagegen in der Tat **den Rom-Verordnungen**. Insbesondere lässt sich § 25 Abs. 1 S. 1 HGB nicht aus dem Anwendungsbereich der Rom II-VO ausklammern, denn dieser ist nicht auf unerlaubte Handlungen, ungerechtfertigte Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag und Verschulden bei Vertragsverhandlungen beschränkt,<sup>240</sup> sondern erfasst gemäß Artikel 1 Abs. 1 S. 1 alle außervertraglichen Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen. Weder die Rom I- noch die Rom II-VO halten allerdings für die besonderen Wirkungen des § 25 HGB passende Kollisionsnormen bereit. Es bleibt jedoch zu überlegen, ob man diesen nicht über Artikel 9 Abs. 2, 3 Rom I-VO und Artikel 16 Rom II-VO zur Anwendung bringen kann. Gegen die dazu erforderliche zwingende Natur der Vorschriften spricht nicht die Ausschlussmöglichkeit nach § 25 Abs. 2 HGB.<sup>241</sup> Diese Vorschrift erlaubt zwar, die Haftung auszuschließen, aber die Eintragung des Ausschlusses im Handelsregister bleibt zwingend erforderlich. Dass die Vorschrift des § 25 HGB vom deutschen Staat nicht als „entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses“ angesehen werden, ist mit der Tatsache, dass in der Literatur eine Diskussion um den Zweck der §§ 25–28 HGB tobt, nicht ausreichend begründet.<sup>242</sup> Dabei wird nämlich außer acht gelassen, dass neben der deutschen viele andere Rechtsordnungen – europäische wie außereuropäische – ebenfalls entsprechende Vorschriften enthalten.<sup>243</sup> Es handelt sich also keineswegs um eine deutsche Partikularregelung, sondern die Norm trägt einem international anerkannten Bedürfnis des handelsgeschäftlichen Verkehrs Rechnung. Ob sie den Anforderungen des Artikel 9 Abs. 1 Rom I-VO und Art. 16 Rom II-VO standhält, bleibt freilich der Entscheidung durch den EuGH vorbehalten. Angesichts der fast universellen Anerkennung in den Rechten der Mitgliedstaaten wäre es allerdings überraschend, wenn er ihre Anwendung als Eingriffsnormen nicht zulassen würde. Der Vorwurf, der hier vorgeschlagene Ansatz verwandele Artikel 9 Abs. 1 Rom I-

<sup>235</sup> Vgl. Freitag ZHR 174 (2010), 429–448.

<sup>236</sup> So Freitag ZHR 174 (2010), 429, 443, 448.

<sup>237</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. c, f Rom I-VO, Art. 1 Abs. 2 lit. b, d Rom II-VO.

<sup>238</sup> So Freitag ZHR 174 (2010), 429, 436.

<sup>239</sup> Vgl. zur entsprechenden Diskussion im Insolvenzrecht Eidenmüller, in: ders., *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, § 9 R.n. 26.

<sup>240</sup> So aber Freitag ZHR 174 (2010), 429, 441.

<sup>241</sup> So aber Freitag ZHR 174 (2010), 429, 444.

<sup>242</sup> A. A. Freitag ZHR 174 (2010), 429, 444.

<sup>243</sup> Siehe die Nachweise zu → R.n. 46.



VO und Artikel 16 Rom II-VO zu „Superkollisionsnormen“,<sup>244</sup> geht an der Tatsache vorbei, dass diese sich nur auf einen Spezialfall beziehen. Für andere Probleme wird man andere Lösungen wählen. Widersetzen muss man sich jedenfalls dem Reflex, zur Schließung vermeintlicher Lücken im europäischen Kollisionsrecht auf das nationale Recht zurückzugreifen. Dies produziert Konflikte zwischen den Mitgliedstaaten und widerspricht der Intention des europäischen Gesetzgebers.

## 8. Gerichtliche Zuständigkeit

**a) Einlagen.** Streitigkeiten über die Einlageerbringung berühren nicht die Gültigkeit 53 der Gesellschaft. Sie unterfallen daher **nicht** der ausschließlichen Zuständigkeit der Gerichte am Sitz der Gesellschaft gemäß Artikel 24 Nr. 2 Brüssel Ia-VO. Grundsätzlich ist der Gerichtsstand am Ort des **Wohnsitzes des beklagten Gesellschafters** eröffnet. Jedoch handelt es sich bei ausstehenden Einlagen um Ansprüche aus Vertrag, so dass **daneben der Vertragsgerichtsstand** des Artikel 7 Nr. 1 lit. a Brüssel Ia-VO einschlägig ist.<sup>245</sup> Da die Einlage am Sitz der Gesellschaft zu erbringen ist, sind die dortigen Gerichte neben denen am Wohnsitz des säumigen Gesellschafters zuständig.<sup>246</sup> Zwischen beiden Gerichtsständen kann die klagende Gesellschaft **wählen**. Klagen gegen Gesellschafter mit Wohnsitz **außerhalb der EU** können die Gesellschaften mit Sitz in Deutschland gemäß § 22 ZPO analog ebenfalls an ihrem Sitz erheben.<sup>247</sup>

**b) Differenz- und Ausfallhaftung.** Die Ausfall- und die Differenzhaftung resultieren 54 aus dem Gesellschaftsvertrag. Deshalb unterliegen sie ebenfalls den Gerichtsständen am Wohnsitz des Beklagten oder am Sitz der Gesellschaft.<sup>248</sup>

**c) Haftung wegen Unterkapitalisierung.** Die Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung beruht dagegen nicht auf einer freiwilligen Verpflichtung der Gesellschafter. Sie ist als deliktisch einzuordnen mit der Folge, dass neben dem Wohnsitzgerichtsstand wahlweise der des Artikel 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO zur Verfügung steht.<sup>249</sup> Handlungs- und Erfolgsort zugleich ist der Sitz der Gesellschaft.<sup>250</sup>

## VII. Rechtsfähigkeit

Die wichtigste Folge der Entstehung des neuen Rechtsträgers ist dessen Rechtsfähig- 56 keit, dass heißt die Fähigkeit, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen.<sup>251</sup> Eine Geschäftsfähigkeit gibt es für juristische Personen nicht; diese wird vielmehr bei den Organen vorausgesetzt, die sie vertreten (siehe etwa zur Vertretung im Prozess u. → Rn. 66).

### 1. Allgemeine Rechtsfähigkeit

Die Rechtsfähigkeit von Gesellschaften wird ganz überwiegend als einheitlich und 57 unteilbar betrachtet. Eine Gesellschaft ist entweder in vollem Umfang rechtsfähig, oder sie ist es nicht. Einschränkungen der Fähigkeit, bestimmte Geschäfte abzuschließen, gab es früher in den angelsächsischen Ländern durch die **ultra-vires-Lehre**, derzufolge die Gesellschaft keine Rechtsgeschäfte eingehen konnte, die jenseits ihres Unternehmensgegenstands liegen. Diese Lehre ist jedoch mittlerweile **überholt**. So muss etwa in **Eng-**

<sup>244</sup> So Freitag, IPRax 2016, 418, 420.

<sup>245</sup> Vgl. für Ansprüche eines Vereins gegen seine Mitglieder EuGH Rs. C-34/82, Slg. 1983, 987 – Martin Peters, Rn. 13, 15.

<sup>246</sup> Lehmann GmbHHR 2005, 978, 980.

<sup>247</sup> Kindler, in: MüKoBGB, IntGesR, Rn. 600. Das autonome deutsche internationale Zivilverfahrensrecht hat nur noch Bedeutung für die Klagen, die gegen nicht in der EU domizilierte Personen erhoben werden, vgl. Art. 6 Abs. 1 Brüssel Ia-VO.

<sup>248</sup> Lehmann GmbHHR 2005, 978, 980.

<sup>249</sup> Lehmann GmbHHR 2005, 978, 981.

<sup>250</sup> Lehmann GmbHHR 2005, 978, 981.

<sup>251</sup> Zum Begriff der Rechtsfähigkeit Lehmann AcP 207 (2007), 225, 227.

**land** ein besonderer Unternehmensgegenstand nicht mehr angegeben werden.<sup>252</sup> Wenn die Gesellschafter keine ausdrücklichen Einschränkungen vorsehen, ist die Gesellschaft fähig, alle möglichen Geschäfte abzuschließen.<sup>253</sup> Selbst wenn sie dies tun, gelten diese Einschränkungen nur im Innenverhältnis zwischen den Organen und den Gesellschaftern, berühren aber nicht die Wirksamkeit des Geschäfts im Verhältnis zu Dritten.<sup>254</sup> Die ultra-vires-Lehre in ihrer klassischen Form ist damit im englischen Recht aufgegeben. Auch in den **USA** wird sie mittlerweile sehr kritisch beurteilt.<sup>255</sup>

In manchen Ländern bestehen dagegen weiterhin Einschränkungen des Unternehmensgegenstands, die sich auf den Rechtsverkehr auswirken können. Ein Beispiel dafür sind etwa die **Niederlande**. Das dort geltende *Burgerlijk Wetboek* sieht vor, dass bestimmte den Gegenstand des Unternehmens überschreitende Geschäfte angefochten werden können.<sup>256</sup> Da es sich hierbei um eine Beschränkung nicht der allgemeinen Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben, sondern der Wirksamkeit eines bestimmten Rechtsgeschäfts handelt, sollte man diese allerdings nicht bei der Rechts-, sondern bei der Handlungsfähigkeit verorten.<sup>257</sup>

Einschränkungen wie die vorgenannten sind durch das **EU-Recht** limitiert. Dieses sieht für Kapitalgesellschaften vor, dass die Gesellschaft Dritten gegenüber durch Handlungen ihrer Organe verpflichtet wird, selbst wenn die Handlungen nicht zum Gegenstand des Unternehmens gehören.<sup>258</sup> Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Gesellschaft nachweist, dass dem Dritten die Überschreitung des Unternehmensgegenstands bekannt war oder er diese hätte kennen müssen; allein die Bekanntmachung der Satzung reicht dafür nicht aus.<sup>259</sup> Eine entsprechende Einschränkung sieht das niederländische Recht ausdrücklich vor.<sup>260</sup>

## 2. Besondere Rechtsfähigkeiten?

- 58 Die in Deutschland herrschende Rechtsprechung und Lehre nimmt an, dass neben dieser allgemeinen Rechtsfähigkeit noch **besondere Rechtsfähigkeiten** existieren.<sup>261</sup> Diese sollen zum Beispiel die Frage betreffen, ob die Gesellschaft **Wechsel und Schecks** ausstellen kann, ob sie **Grundstücke erwerben** kann, ob sie sich **an anderen Gesellschaften beteiligen** kann, ob sie deren **Organ sein** oder **Anleihen begeben** kann.<sup>262</sup> Allerdings gibt es eine „besondere Rechtsfähigkeit“ **nicht**, da ein Subjekt nur entweder Träger von Rechten und Verbindlichkeiten sein kann oder nicht.<sup>263</sup> Sobald eine Gesellschaft auch nur Zurechnungsobjekt eines einzigen Anspruchs ist, ist sie rechts“fähig“. Die Einschränkungen der Möglichkeit der Gesellschaft, bestimmte Geschäfte abzuschließen, folgen aus den Besonderheiten des betreffenden Normbereichs und sind daher ebenso wie dieser anzuknüpfen (siehe u. → R.n. 59).

<sup>252</sup> Gower, Principles of Modern Company Law R.n. 7-1 ff.

<sup>253</sup> Sec. 31(1) *Companies Act 2006*.

<sup>254</sup> Sec. 39(1) *Companies Act 2006*.

<sup>255</sup> Vgl. Greenfield 87 Virginia Law Review, 1279, 1280 (2001); Hovenkamp 76 Georgetown Law Journal, 1593, 1664 (1988).

<sup>256</sup> Art. 7:2 *Burgerlijk Wetboek*.

<sup>257</sup> Vgl. Eggert, Die deutsche ultra-vires-Lehre, S. 5; Schlink, Die Ultra-Vires-Lehre im englischen Privatrecht, S. 14; Lehmann AcP 207 (2007), 225, 227.

<sup>258</sup> Art. 9 Abs. 1 Unterabs. 1 Richtlinie (EU) 2017/1132.

<sup>259</sup> Art. 10 Abs. 1 Unterabs. 2 Richtlinie (EU) 2017/1132.

<sup>260</sup> Vgl. Art. 7:2 *Burgerlijk Wetboek*.

<sup>261</sup> Kegel/Schurig, IPR, § 17 II 2, S. 579; Großkomm. GmbHG/Behrens, Rn. B 71; Großfeld, in: Staudinger, IntGesR Rn. 297; Kindler, in: MüKoBGB, IntGesR Rn. 548; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Leible, GmbHG, Syst. Darst. 2 Rn. 125; Spahlinger/Wegen, in: Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, Rn. 273.

<sup>262</sup> Vgl. Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Leible, GmbHG, Syst. Darst. 2 Rn. 125 ff.; Spahlinger/Wegen, in: Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, Rn. 273–286.

<sup>263</sup> Näher Lehmann, AcP 207 (2007), 225, 237 f.