



Dominik Nikol

**Die Auswirkungen der Nichtbeachtung
englischer handelsrechtlicher
Publizitätspflichten auf eine Private
Company Limited by Shares mit
Verwaltungssitz in Deutschland**

A. Einleitung

I. Problemstellung

Seit jeher herrscht in Deutschland und Europa die Diskussion, wie mit sog. „Scheinauslandsgesellschaften“ zu verfahren sei.¹ Hierbei handelt es sich um Gesellschaften ausländischer Rechtsformen, welche ihren tatsächlichen Verwaltungssitz² im Inland haben.³ Insbesondere stand zur Frage, ob dieser Sitz in einem beliebigen Mitgliedstaat gerade unter Anerkennung der Gesellschaftsform des Gründungsstaates und entsprechender umfangreicher Anwendung dessen Gesellschaftsrechts (und zwar auch dann, wenn der Gründungsstaat niedrigere Anforderungen an seine Kapitalgesellschaften stellte) belegen sein könne. In einer Reihe von Entscheidungen hatte der Europäische Gerichtshof die Gelegenheit zu diesen Fragen und damit einhergehend zur Niederlassungsfreiheit Stellung zu nehmen. Grundsätzlich hatte er mit seiner Rechtsprechung den Umfang der Niederlassungsfreiheit und somit die Akzeptanz der Scheinauslandsgesellschaften im Inland stetig vorangetrieben. Ein „Run“ auf EU-ausländische Kapitalgesellschaften galt damit als sicher, da diese doch um so Vieles interessanter als deutsche Gesellschaften wären.⁴

Die auf die EuGH-Entscheidungen folgenden Zahlen belegen diese Vermutung.⁵ Vor allem erfreut sich die englische *private company limited by shares*

¹ Zur geschichtlichen Entwicklung der Diskussion allgemein *Großfeld*, FS H. Westermann, 1974, S. 199 ff. Schon vor fast 100 Jahren rief der Fall um das Pariser Varietétheater Moulin Rouge einen Sturm der Entrüstung hervor. Dieses sollte in eine Limited englischen Rechts umgewandelt werden. Ein formeller Sitz, an welchem sich nur ein Büro befand, wurde hierfür in London gegründet; *Tribunal correctionnel de la Seine*, 02.07.1912, *Dalloz (Jurisprudence Général)*, 1913, 165. Aus der deutschen Rechtsprechung: RGZ 7, 69; BGH NJW 1957, 1433; 1986, 2194; 2009, 289. S. zur Diskussion aus neuerer Zeit: *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 1997, 89 ff.; *Kindler*, NJW 1999, 1993 ff.; *ders.*, NJW 2003, 1073 ff.; *ders.*, IPRax 2009, 189 ff.; *Zimmer*, NJW 2003, 3585 ff.; *Altmeppen*, NJW 2004, 97 ff.; *Ulmer*, NJW 2004, 1201 ff.; *Sandrock*, EWS 2005, 529 ff.

² Dies ist der nach außen erkennbare Tätigkeitsort der Geschäftsführung und der für das Tagesgeschäft zuständigen Vertretungsorgane, also der „Ort, an dem die Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden“. Sog. „Sandrock’sche Formel“; *Sandrock*, FS Beitzke, 1979, S. 669, 683. S. etwa: BGHZ 97, 296, 272; *Kropholler*, § 55 I 2.

³ MüKoBGB/*Kindler*, IntGesR, Rn. 464.

⁴ Vgl. etwa einleitend bei *Altmeppen*, NJW 2004, 97.

⁵ Insbesondere sind heute Gesellschaften aus England, Liechtenstein und den Niederlanden in Deutschland vertreten; vgl. BeckOKGmbH/*Lang*, IntGesR, Rn. 1.

(kurz: Limited)⁶ großer Beliebtheit in Deutschland. So soll es an den fehlenden gesetzlichen Mindestkapitalanforderungen sowie der leichten Gründung liegen,⁷ dass die Anzahl der bis 31.12.2005 gegründeten Limiteds bereits bei ca. 30.300 lag. Bis zum 01.11.2006 war diese sogar auf ca. 46.000 Gesellschaften angestiegen.⁸ Auch Ende 2008 waren noch über 40.000 Limiteds in Deutschland vertreten.⁹ Die Konkurrenz zur deutschen GmbH zeichnete sich in der Folge ab.

Zwar hat der deutsche Gesetzgeber mittlerweile auf diese Zahlen reagiert und die Möglichkeit geschaffen, eine GmbH auch als „Unternehmensgesellschaft“ (kurz: UG) zu gründen.¹⁰ Diese tritt mit ihrem Mindestkapital von nur einem Euro für die entsprechende Zielgruppe nun in Konkurrenz zur Limited.¹¹ Nichtsdestotrotz ist die Limited in Deutschland nach wie vor allgegenwärtig.

Die EuGH-Rechtsprechung und die Fülle an ausländischen Gesellschaften in Deutschland haben zahlreiche Lösungsvorschläge hervorgerufen, insbesondere im Hinblick auf die Gefahren für den inländischen Gläubigerschutz. Meist wurde versucht, den ausländischen Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland mit dem deutschen materiellen Recht beizukommen, um so zumindest einen gewissen Mindestschutz für das Inland zu gewährleisten.¹² Dessen rechtmäßige Anwendung sollte hierbei über die Reichweite des Gesellschaftsstatuts bewerkstelligt werden. Auch über die Prüfung der europarechtlichen Zulässigkeit der Anwendung deutschen Rechts sollte dieses Ziel erreicht werden.¹³ Im

⁶ Soweit hier auf das „englische“ Recht Bezug genommen wird, sind damit England und Wales berufen. Diese beiden Teile des Vereinigten Königreichs haben eine gemeinsame einheitliche Rechtsordnung bzw. ein gemeinsames einheitliches Gerichtssystem. Daneben existieren im Vereinigten Königreich jeweils die Rechtsordnungen und Gerichtssysteme Nordirlands und Schottlands.

⁷ So z.B. Wabnitz/Janovsky/Beck, WirtschaftsR, 6. Kapitel A. IV. 1. c), Rn. 55b; Karten, § 8, Rn. 81 ff.; Just, BC 2006, 25, 27 f.

⁸ S. zu diesen Zahlen die Untersuchung von Westhoff, GmbHR 2007, 474; s. dort auch zu den Schwierigkeiten einer genauen Bestimmung der Zahl der mit Verwaltungssitz in Deutschland aktiven Limiteds (z.B. aufgrund mangelnder Registereintragung oder Gewerbeanmeldung in Deutschland).

⁹ Schrader, Handelsblatt vom 01.12.2008.

¹⁰ Dies im Zuge des am 01.11.2008 inkraftgetretenen Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), BGBI. I 2008, S. 2026.

¹¹ So waren ein Jahr nach Inkrafttreten des MoMiG bereits 19.563 UGs in deutsche Handelsregister eingetragen; Bayer/Hoffmann/Lieder, GmbHR 2010, 9.

¹² Z.B. Existenzvernichtungshaftung, Insolvenzantragspflicht. Vgl. Zimmer/Naendrup, ZGR 2007, 789, 790 f. mwN.

¹³ S. umfassend zur Diskussion: MüKoBGB/Kindler, IntGesR, Rn. 406 ff., 520 ff.; Scholz/Westermann, Einl., Rn. 110 ff.; MüKoGmbHG/Weller, Einl., Rn. 390 ff., 426 ff. S. Zimmer/Naendrup, ZGR 2007, 789, 791. mwN.

Bereich des Kollisionsrechts rief die neue Rechts- und Sachlage sogar einen Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen hervor.¹⁴

Die Kriterien, die ausländische Rechte an den Einsatz ihrer Gesellschaften in anderen Staaten stellen, wurden bei der in Deutschland geführten Diskussion zur Scheinauslandsgesellschaft hingegen in erheblich geringerem Umfang berücksichtigt.¹⁵ In der Praxis sehen Unternehmensgründer zunächst meist nur die Vorteile der ausländischen Gesellschaftsform, beschäftigen sich aber weniger mit etwaigen Pflichten, die während der Geschäftstätigkeit für die Gesellschaft bzw. die *officers* (die Verantwortlichen)¹⁶ der Gesellschaft entstehen können. Auch sollen etwaige kommerzielle „Unterstützer“, d.h. Unternehmen, die sich auf die Gründung ausländischer Gesellschaften spezialisiert haben,¹⁷ mit Empfang ihres Salärs die Neuunternehmer regelmäßig alleine lassen.¹⁸

Im Rahmen solcher Betrachtungen ist mit der hohen Anzahl an Limiteds in Deutschland die Nichtbeachtung englischer handelsrechtlicher Publizitätspflichten von besonderer Bedeutung.¹⁹ Deren Missachtung kann drastische Folgen für die Gesellschaft wie auch für deren Verantwortliche verursachen. Kurz umrissen sei zur Verdeutlichung folgendes Beispiel:²⁰

Wird der nach englischem Recht vorgeschriebenen Einreichung der *annual accounts and reports* (Jahresabschluss) zum Companies House nicht nachgekommen, kann eine Löschung der Gesellschaft im englischen Register erfolgen. Dies lässt nach englischem Recht die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft entfallen. Für den Verlust der Rechtsfähigkeit reicht nämlich die Löschung im Register; dagegen ist zusätzlich die Vermögenslosigkeit, wie beispielsweise von der deutschen Rechtsordnung gefordert, nicht notwendig. Mit dieser „leichten Löschung“ fällt das noch vorhandene Vermögen der nun nicht mehr existenten Gesellschaft als *bona vacantia* an die englische Krone.

Damit ist also fraglich, ob auch die Limited, die ihren Verwaltungssitz in Deutschland hat und meist ausschließlich dort aktiv ist, einschlägige englische

¹⁴ Näher Kapitel B. III.

¹⁵ So auch Zimmer/Naendrup, ZGR 2007, 789, 791.

¹⁶ Die Begriffe „*officers*“ und „Verantwortliche“ sollen in dieser Untersuchung synonym verwendet werden.

¹⁷ Gerade Unternehmen, die sich für die Gründung englischer Limiteds anbieten, sind mittlerweile zahlreich mit Zeitungsanzeigen und vor allem Internetauftritten vorhanden.

¹⁸ N. Schmidt, ZInsO 2009, 1635, 1636.

¹⁹ Von der handelsrechtlichen Publizität sind Rechnungslegung, Registerrecht und Firmenrecht umfasst. S. detailliert zum Begriff Kapitel B. II. 3. a).

²⁰ S. ausführlich in Kapitel D. II. 2.

Publizitätspflichten zu beachten hat. Sollte dies zu bejahren sein, so ist weiterhin zu beantworten, welche grenzüberschreitenden Auswirkungen eine entsprechende Löschung in England auf die in Deutschland tätige Limited haben kann. Will das deutsche Recht das Erlöschen der Gesellschaft anerkennen, so stellen sich etliche Folgefragen zum Umgang mit dem in Deutschland zurückgebliebenen Gebilde und etwaigen Rechtsbeziehungen.

Neben der Löschung der Gesellschaft kann die Nichtbeachtung englischer Publizitätspflichten auch andere Auswirkungen haben. Diese sind ebenso in der Lage, sowohl die Gesellschaft als auch deren *officers* folgenschwer zu treffen. Wiederum beispielhaft genannt sei hier die Möglichkeit der Verhängung einer *disqualification order*, welche zumindest die Tätigkeit als *director*, d.h. Geschäftsleiter, einer englischen Limited versagt.²¹ Auch bei diesen Sanktionen stellt sich die Frage nach deren Konsequenzen in Deutschland.

Rechtsprechung und Literatur haben sich zu der gesamten Thematik zurückhaltend und wenn überhaupt nur in Ausschnitten geäußert.²² Insgesamt will daher diese Arbeit die Auswirkungen der Nichtbeachtung englischer handelsrechtlicher Publizitätspflichten auf die in England gegründete *private company limited by shares* mit Verwaltungssitz in Deutschland umfassend beleuchten und dabei das Ineinandergreifen der unterschiedlichen Rechtsordnungen ergründen.

II. Gang der Untersuchung

Zunächst soll ein Überblick über den Status Quo der ausländischen Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland, insbesondere unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH und auch des Referentenentwurfes des Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen, verschafft werden (B.). Dadurch soll festgestellt werden, ob ausländische Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland überhaupt etwaige Publizitätspflichten ihres Gründungsstaates zu beachten haben. Sodann sollen die im englischen Recht mit besonderer Bedeutung ausgestatteten und hier relevanten Publizitätspflichten besprochen werden (C.). Anschließend wird untersucht, welche Sanktionen das englische Recht bei einer Nichtbeachtung entsprechender Pflichten grundsätzlich vorsieht (D.). Dabei muss zwischen Sanktionen für die

²¹ S. hierzu ausführlich Kapitel D. I. 2.

²² Die Rechtsprechung hat sich in Ansätzen lediglich zu einzelnen Bereichen geäußert: Z.B. OLG Nürnberg NZG 2008, 76; OLG Jena NZG 2007, 877 zu bestimmten Auswirkungen der Löschung der Limited. Die umfassendste, allerdings in vielen Punkten nur andeutende bzw. nicht vollständige Darstellung in der Literatur bieten *Zimmer/Naendrup*, ZGR 2007, 789 ff.

Limited und solchen für deren *officers* differenziert werden. Danach werden umfassend die grenzüberschreitenden Konsequenzen der Nichtbeachtung der Pflichten gerade für eine Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland untersucht (E.). Auch hier wird zwischen den Folgen für die Gesellschaft sowie solchen für die *officers* in Deutschland unterschieden. Abgeschlossen werden soll die Untersuchung nach einem Fazit (F.) mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen (G.).

B. Status Quo der ausländischen Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland

Um sich der Problematik der Folgen der Nichtbeachtung englischer handelsrechtlicher Publizitätspflichten annähern zu können, ist zunächst klarzustellen, wie es grundsätzlich um den Status Quo der ausländischen Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland bestellt ist.

Für die Lösung der zu untersuchenden Thematik ist nämlich von Bedeutung, nach welchem Recht die ausländische Gesellschaft in Deutschland zu beurteilen ist:²³ Käme man für eine derartige Gesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland zu einer Beurteilung nach deutschem Recht, hätte beispielsweise das einleitend bereits angedeutete Problem der am Gründungssitz gelöschten Gesellschaft eine nicht solch einschneidende Wirkung, da eine Löschung im englischen Register für die nach deutschem Recht zu beurteilende Gesellschaft nicht zu berücksichtigen wäre. Auch kann damit beantwortet werden, ob das deutsche Recht ein Befolgen der ausländischen Publizitätspflichten verlangt. Das maßgebende Gesellschaftsstatut ist folglich zu bestimmen (B. I.). Insofern stellt sich hierbei aber auch die Frage, welche Regelungsbereiche vom einschlägigen Gesellschaftsstatut überhaupt umfasst sind. So gilt es zu prüfen, ob die Löschung der Gesellschaft überhaupt dem Gesellschaftsstatut unterfällt und wie etwaige Publizitätspflichten zu qualifizieren sind (B. II.). Im Anschluss daran soll untersucht werden, ob der Referentenentwurf zu einem Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen hinsichtlich gefundener Ergebnisse Änderungen mit sich bringt (B. III.). Das Gesamtergebnis wird in Form eines Zwischenergebnisses festgehalten (B. IV.).

I. Bestimmung des Gesellschaftsstatuts

Grenzüberschreitend tätige Gesellschaften rufen für die Parteien und die jeweiligen inländischen Rechtsordnungen grundsätzlich die Frage hervor, welches Recht auf diese Anwendung finden soll. So kommt eine Beurteilung nach deren Gründungsrecht, dem Recht des Landes in dem sie tätig sind, oder eine Mischung aus genannten Rechtsordnungen in Frage. Die insoweit maßgebliche Rechtsordnung wird als Gesellschaftsstatut oder *lex societas* bezeichnet.²⁴ Hier-

²³ Dies betonen auch *Zimmer/Naendrup*, ZGR 2007, 789, 800 f. Vgl. ferner *Just*, Rn. 258 ff.

²⁴ K. Schmidt/Lutter/*Zimmer*, IntGesR, Rn. 1.

runter ist die Summe aller Sachnormen zu verstehen, nach denen die gesellschaftsrechtlichen Beziehungen zu beurteilen sind.²⁵

1. Grundsätzliches

Die Bestimmung des maßgeblichen Gesellschaftsstatuts gilt als eine der am längsten diskutierten Fragen des Internationalen Gesellschaftsrechts.²⁶ Dabei kommen drei verschiedene Kategorien an Rechtsquellen unter folgendem Rangverhältnis in Betracht:²⁷ Grundsätzlich hat der Rechtsanwender gem. Art. 3 Nr. 2 EGBGB deutsches Gesellschaftskollisionsrecht anzuwenden, sofern kein völkerrechtlicher Vertrag vorhanden ist, welcher in innerstaatliches Recht transformiert wurde. Sowohl autonomen deutschem Gesellschaftskollisionsrecht wie auch völkerrechtlichem Gesellschaftskollisionsrecht gehen allerdings gem. Art. 3 Nr. 1 EGBGB unmittelbar anwendbare EU-gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen vor.²⁸

Geschriebene Normen über das anwendbare Gesellschaftsstatut finden sich im autonomen deutschen Kollisionsrecht bisher nicht.²⁹ Auch umfassende multilaterale Staatsverträge fehlen.³⁰ Jedoch bestehen multi- oder bilaterale Staatsverträge, die bei der Ermittlung des Gesellschaftsstatuts zu berücksichtigen sind, allerdings nur mit eingeschränkter praktischer Relevanz.³¹ Gemeinschaftsweite

²⁵ K. Schmidt/Lutter/Zimmer, *IntGesR*, Rn. 1.

²⁶ So etwa MüKoBGB/Kindler, *IntGesR*, Rn. 331.

²⁷ Weller, IPRax 2009, 202, 204.

²⁸ Palandt/Thorn, *EGBGB*, Art. 3, Rn. 6 ff.

²⁹ So enthalten die §§ 3 ff. EGBGB noch keine Vorschriften betreffend der Bestimmung des Gesellschaftsstatuts; *Kropholler*, § 55 I 1. Art. 37 Nr. 2 EGBGB nahm das Gesellschaftsrecht ausdrücklich von der Anwendung der Art. 27 ff. EGBGB aus (aufgehoben mWv. 17.12.2009); der Gesetzgeber hatte mit dieser Selbstbeschränkung Rücksicht auf die Vereinheitlichungsbemühungen innerhalb der EG genommen; vgl. die Begründung des Entwurfes des Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, BT-Drucks. 10/504, S. 29. Es ist aber vorgesehen das Internationale Gesellschaftsrecht zu kodifizieren. Ein Referentenentwurf zu einem Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereinen und juristischen Personen wurde von der Bundesregierung am 07. Januar 2008 auf den Weg gebracht. S. hierzu unten B. III.

³⁰ Als gescheitert zu betrachten sind: Das Haager Übereinkommen über die Anerkennung ausländischer Gesellschaften vom 01.06.1956 (RabelsZ 17 (1952) 270 ff.), das Haager Trust-Übereinkommen vom 01.07.1985 (IPRax 1987, 55 ff.), das EG-Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von juristischen Personen vom 29.02.1968 (BGBl. II 1972, S. 370). S. dazu *Kropholler*, § 55 I 1.

³¹ Von Bedeutung ist hier Art. 25 V 2 des Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika.

Vorgaben³² – lässt man den EU-Arbeitsweisevertrag und die in den letzten Jahren ergangene Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit hier noch außer Betracht – sind weitgehend nicht vorhanden.³³ Die Bestimmung des auf die Gesellschaft anzuwendenden Rechts war in Deutschland vielmehr seit jeher der Rechtsprechung und Lehre überlassen. Im Wesentlichen standen sich zwei kollisionsrechtliche Theorien³⁴ gegenüber: Die Sitztheorie (dazu 2.) und die Gründungstheorie (dazu 3.).

rika vom 29.10.1954, BGBl. II 1956, S. 487; es wird darin eine Verweisung auf das Gründungsrecht gesehen, vgl. BGHZ 153, 353; K. Schmidt/Lutter/Zimmer, IntGesR, Rn. 16 f.; umfassend Kaulen, *passim*; für die Relevanz des Art. 15 II des Niederlassungsvertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Spanien vom 23.04.1970 Ebenroth/Bippus, DB 1988, 842, 843; a.A. BeckOKBGB/Mäsch, EGBGB, Anh. II Art. 12, Rn. 47. Einen Überblick über Staatsverträge mit gesellschaftskollisionsrechtlicher Relevanz bietet MüKoBGB/Kindler, IntGesR, Rn. 308 ff.

³² Art. 1 II lit. f Rom I-VO bestimmt, dass die Vorschriften des Internationalen Vertragsrechts auf „Fragen betreffend das Gesellschaftsrecht, das Vereinsrecht und das Recht der juristischen Personen“ keine Anwendung finden. Entsprechend nimmt Art. 1 II lit. d Rom II-VO diese von der Anwendung aus. Auch der von der EU-Kommission auf den Weg gebrachte und einstweilen gestoppte Entwurf (so Bayer/J. Schmidt, BB 2008, 454, 458) einer Vierzehnten Richtlinie über die Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat (ZIP 1997, 1721 ff.; einführend Habersack, § 4, Rn. 36 ff.) lässt die Problematik offen; Kropholler, § 55 I 1. Das EU-Parlament hat im März 2009 indessen nachdrücklich eine Wiederaufnahme der Arbeiten gefordert; s. die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10.03.2009, P6_TA (2009) 0086.

³³ Einige Verordnungen und Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft enthalten kollisionsrechtliche Ansätze. Allerdings beziehen sich diese nur auf bestimmte Regelungsgegenstände (wie: die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, EuInsVO; Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Verschmelzungsrichtlinie) oder einzelne Rechtsformen (wie: die Societas Europaea, SE-VO; oder: die Europäische Interessenvereinigung, EWIV-VO).

³⁴ Daneben wurden und werden andere gemischte Anknüpfungssysteme vertreten: So z.B. die Differenzierungslehre (Grasmann, S. 131 ff.), die Überlagerungstheorie (Sandrock, RabelsZ 42 (1978) 227, 246 ff.; ders., ZVglRWiss 102 (2003) 447 ff.) oder die Kombinationslehre (Zimmer, S. 219 ff.); vgl. hierzu den kurzen Überblick von K. Schmidt/Lutter/Zimmer, IntGesR, Rn. 11 mwN.