

# Limited

## Revolution im Firmenrecht?

Tagungsband zu einer Fortbildungsreihe des  
Ministeriums der Justiz des Landes Sachsen-Anhalt  
2006



**SACHSEN-ANHALT**

Ministerium der Justiz

<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>Seite</b>
<b>Vorwort</b>	<b>3</b>
Prof. Dr. Angela Kolb Ministerin der Justiz des Landes Sachsen-Anhalt	
<b>Reform der deutschen GmbH: Gläubigerschutz, Kapitalschutz und Seriositätsprüfung ohne Mindestkapital? - Rechtspolitische Entwicklungen bei Unternehmensformen mit beschränkter Haf- tung in Deutschland und in Europa</b>	<b>4</b>
Notarassessor Dr. Sebastian Apfelbaum Bundesnotarkammer	
<b>Die registerrechtlichen Voraussetzungen zur Eintragung der Zweigniederlassung einer englischen „Limited“ in ein deutsches Handelsregister</b>	<b>60</b>
MR Frank-Michael Fruhner Ministerium der Justiz des Landes Sachsen-Anhalt	
<b>Besteuerung von Kapitalgesellschaften unter besonderer Be- rücksichtigung der „Limited“</b>	<b>67</b>
Ri'inFG Dr. Afra Waterkamp-Faupel Finanzgericht des Landes Sachsen-Anhalt	
<b>Zusammenfassung</b>	<b>73</b>
<b>Impressum</b>	<b>75</b>

Liebe Mitbürgerinnen und Mitbürger,

Die neue Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit ist im Kontext der vielfältigen europäischen Gesellschaftsrechte zu sehen. Künftig ist mit einer wachsenden Zahl von Gesellschaften mit fremdem Gesellschaftsstatut und mit Sitz in Deutschland zu rechnen.

Die Rechte des Gaststaates, zum Schutz der Gesellschafter und Gläubiger ergänzend das eigene Gesellschaftsrecht anzuwenden, werden stark beschnitten. Im deutschen Gesellschaftsrecht ist mit einem Paradigmenwechsel zu rechnen. Dies zwingt dazu, sich mit den Vor- und Nachteilen ausländischer Gesellschaftsformen vertraut zu machen, insbesondere der englischen Limited, aber auch mit den an angelsächsischen Kapitalmärkten gebräuchlichen Methoden der Rechnungslegung und Bilanzierung.



Prof. Dr. Angela Kolb  
Ministerin der Justiz  
des Landes Sachsen -Anhalt

Den offenkundigen Vorteilen einer Limited stehen jedoch mancherlei Risiken gegenüber, die Unternehmen, rechts- und steuerberatende Berufe kennen müssen, um sachgerechte Entscheidungen treffen und ihre Mandanten differenziert und interessengerecht beraten zu können.

Diese aktuelle, aus einer Fortbildungsreihe des Ministeriums der Justiz hervorgegangene Darstellung bietet auch Juristen, Gründern und am Markt aktiven Unternehmen, die mit dem englischen Recht noch wenig oder gar nicht vertraut sind, einen raschen und problemorientierten Einstieg in die Materie. Verknüpfungen zum deutschen Gesellschafts-, Register- und Steuerrecht werden im wünschenswerten Umfang hergestellt.

Der Band geht zugleich auf die anstehende Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes ein, mit der der deutsche Gesetzgeber u. a. das Ziel verfolgt, die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen GmbH zu wahren und der Attraktivität der Limited entgegenzuwirken.

Als Herausgeberin bleibt mir, Referenten und Auditorium für ihre aktive Teilnahme zu danken. Ich verbinde damit zugleich die Aufforderung, im Hinblick auf die ergebnisreichen Diskussionen diese Fragen weiter zu behandeln und die vermittelten Denkanstöße in die Ministerial-, Kammer- und Verbandsarbeit mitzunehmen.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Angela Kolb'. The signature is fluid and cursive.

# **Reform der deutschen GmbH: Gläubigerschutz, Kapitalschutz und Seriositätsprüfung ohne Mindestkapital? – Rechtspolitische Entwicklungen bei Unternehmensformen mit beschränkter Haftung in Deutschland und in Europa**

(JMBl. LSA 2006, 317)

**Notarassessor Dr. Sebastian Apfelbaum  
Bundesnotarkammer, Berlin**

## **A. Einleitung**

Das Recht von haftungsbeschränkten Rechtsformen ist europaweit in Bewegung. Zentrales Thema des heutigen Vortrags ist daher die Frage, inwieweit ein Reformbedürfnis auch bei der GmbH unter besonderer Berücksichtigung des Kapitalschutzrechts, also des Rechts der Kapitalaufbringung und –erhaltung, besteht. Auch sollen rechtspolitische Entwicklungen in Deutschland und Europa skizziert werden. Behandelt wird dabei insbesondere auch die Frage, ob die Rechtsform der GmbH für eine unternehmerische Tätigkeit im Inland nach wie vor geeignet ist oder etwa eine private limited company des englischen Rechts vorzuziehen ist.

## **I. Gründe für die Reformbedürftigkeit des GmbH-Rechts**

Ein Reformbedürfnis für die GmbH wird vor allem aus zwei Gründen gesehen. Beide Elemente sind ausweislich der Begründung des Referentenentwurfs maßgebliches Motiv für den im Juni 2006 vorgelegten Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG).<sup>1</sup>

Ausgangspunkt der Diskussion über die Reformbedürftigkeit der GmbH waren bereits Anfang des Jahrzehnts zunächst Missbräuche bei in die Krise geratenen GmbHs. Hier hat sich eine regelrechte Dienstleistungsbranche entwickelt, die die geräuschlose Beseitigung von in Schwierigkeit geratenen GmbHs zum Nachsehen der Gläubiger gegen ein Honorar von etwa 5.000 bis 15.000 € besorgt (sog. „Bestattungsfälle“).<sup>2</sup> Im Übrigen wurden die hohe Insolvenzanfälligkeit der GmbH und insbesondere die große

---

<sup>1</sup> Referentenentwurf des MoMiG, 33 (im Internet abrufbar unter: [www.bmj.bund.de/media/archive/1236.pdf](http://www.bmj.bund.de/media/archive/1236.pdf)).

<sup>2</sup> Seibert, in: Festschrift für Volker Röhrich, 585 ff.

Zahl an masselosen Insolvenzen als rechtspolitisches Problem erkannt.<sup>3</sup> Eine Verbesserung des Schutzes von Gläubigern von GmbHs war auch Thema der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 66. Deutschen Juristentags vom 19. bis 22. September 2006 in Stuttgart.<sup>4</sup>

Das Bedürfnis für eine weitergehende Überprüfung der Reformbedürftigkeit des GmbH-Rechtes ergab sich im Jahre 2003 aufgrund einer Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Inspire Art Ltd.*<sup>5</sup> Der Sache nach behandelt die Entscheidung die Frage, ob eine im Ausland gegründete Gesellschaft, also eine ausländische Rechtsform wie beispielsweise die *private ltd. company* des englischen Rechtes, den Schwerpunkt ihrer Unternehmenstätigkeit im Inland haben kann. Gesellschafts- und IPR-rechtlich unterscheidet man hier zwischen dem Satzungssitz der Gesellschaft, der aufgrund der ausländischen Rechtsform im Ausland liegt, und dem Verwaltungssitz, der sich an dem Ort befindet, an dem die Gesellschaft schwerpunktmäßig unternehmerisch tätig ist.<sup>6</sup> Bis zu dieser Entscheidung war es zumindest in Deutschland nicht möglich, eine unternehmerische Tätigkeit in einer ausländischen Rechtsform schwerpunktmäßig im Inland auszuüben. Gesellschaften mit Satzungssitz im Ausland und Verwaltungssitz im Inland wurden in Deutschland nicht anerkannt, da für die Frage, ob inländisches oder ausländisches Gesellschaftsrecht zur Anwendung gelangt, der Verwaltungssitz, also der Schwerpunkt der Tätigkeit, und nicht der Satzungssitz maßgeblich war.<sup>7</sup>

## **II. Konsequenzen aus der Entscheidung *Inspire Art Ltd.***

Aus der Entscheidung in der Rechtssache *Inspire Art Ltd.*, die bereits nach der Entscheidung in der Rechtssache *Überseering*<sup>8</sup> erwartet wurde, ergaben sich im Wesentlichen folgende Konsequenzen:

---

3 Empirische Daten zur Insolvenzanfälligkeit der GmbH: Meyer, GmbHR 2004, 1417.

4 Vgl. das Gutachten von Haas, Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes; ders., Beilage zu NJW 22/2006, 21; ders., GmbHR 2006, 505.

5 EuGH v. 30.09.2003, C-167/01, NJW 2003, 3331.

6 MünchKomm/Kindler, 4. Aufl. 2005, IntGesR Rn. 331 ff.; Staudinger/Großfeld, IntGesR Rn. 16 ff.

7 BGH JZ 1997, 568; RIW 1996, 1027, 1028; BGHZ 97, 269, 271; Staudinger/Großfeld, IntGesR Rn. 38 ff.

8 EuGH v. 05.11.2002 – Rs. C-208/00, GmbHR 2002, 1137.

## **1. Freie Rechtswahl zwischen den Kapitalgesellschaften aller 25 EU-**

### **Mitgliedstaaten**

Bei der Neugründung von Unternehmen, die in haftungsbeschränkter Form ausgeübt werden sollen, besteht die freie Rechtswahl unter den Kapitalgesellschaften aller 25 EU-Mitgliedstaaten.

## **2. Erhöhung der Attraktivität inländischer Rechtsformen**

Es entsteht ein Druck für die Mitgliedstaaten, die inländische Rechtsform attraktiv zu gestalten. Denn ist die inländische Rechtsform nicht hinreichend attraktiv, wird eben eine ausländischen, weniger regulierte Rechtsform gewählt.

Dementsprechend wurden im Gesellschaftsrecht einzelner Mitgliedstaaten Änderungen vorgenommen. In Spanien wurde ein Gesetz über eine neue so genannte Blitz-GmbH verabschiedet. Die Eintragung im Handelsregister soll nach dem Gesetzeswortlaut innerhalb von 48 Stunden erfolgen, wenn die Anmeldung in elektronischer Form erfolgt und der Gründer eine vom spanischen Justizministerium zwingend vorgegebene Mustersatzung verwendet.<sup>9</sup> Zu der Frage, ob die Eintragung unter diesen Umständen in der Praxis jedoch tatsächlich innerhalb von 48 Stunden erfolgt, gibt es unterschiedliche Aussagen.<sup>10</sup> Die neue unternehmerische GmbH konnte sich im Übrigen gegenüber der normalen GmbH bislang nicht durchsetzen, obwohl deren Gründung deutlich länger dauert.<sup>11</sup>

In Frankreich wurde ebenfalls ein Gesetz über eine Blitz-S.A.R.L. verabschiedet. Danach kann insbesondere das Mindestkapital künftig frei bestimmt werden. Das bedeutet, dass das Mindestkapital nicht mehr wie früher 7.500 € betragen muss, sondern dass die Gesellschafter eine S.A.R.L. mit einem Stammkapital in Höhe von 1 € aus-

---

Bereits nach dieser Entscheidung war klar, dass eine in einem europäischen Mitgliedstaat wirksam gegründete Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat in vollem Umfang anerkannt werden muss. Noch nicht geklärt war hingegen, ob und inwieweit die einzelnen Mitgliedstaaten ausländische Gesellschaften den zwingenden Vorschriften des jeweiligen nationalen Gesellschaftsrechts unterwerfen können.

9 Vietz, GmbHR 2003, 26 und 523.

10 Wachter, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Die GmbH-Reform in der Diskussion, 65.

11 Embid Irujo, RIW 2004, 760, 767.

statten dürfen.<sup>12</sup> Konsequenterweise wurde auch in Deutschland die Diskussion um eine Reform des GmbH-Rechts belebt.

### **3. Gründung zahlreicher *limiteds* mit Verwaltungssitz in Deutschland**

Viele deutsche Unternehmensgründer wählten für ihre unternehmerische Tätigkeit im Inland die Rechtsform einer englischen *limited*. Schätzungen gehen von ca. 30.000 gegründeten *limiteds* mit Verwaltungssitz in Deutschland seit November 2002 bis Ende 2005 aus.<sup>13</sup> Unklar ist indes auch, wie viele dieser *limiteds* ihren Betrieb bereits wieder eingestellt haben. Zudem wird davon ausgegangen, dass es sich i.d.R. um Kleinstgewerbe handelt, die keine nennenswerte unternehmerische Tätigkeit entfalten und insgesamt keinen nennenswerten Beitrag zur volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung leisten.

### **B. Prinzip der Aufbringung eines Mindestkapitals im Gründungsstadium**

In der Diskussion über eine Reform des GmbH-Rechts spielen das Kapitalaufbringungsrecht und hier insbesondere die Frage der Rechtfertigung der Aufbringung eines Mindestkapitals im Gründungsstadium eine große Rolle.

#### **I. Streitstand**

Über die rechtspolitische Berechtigung des traditionellen Systems der Aufbringung eines nennenswerten Stammkapitals im Gründungsstadium herrscht Streit. Während gewichtige Stimmen in der Literatur für eine Beibehaltung des Mindestkapitals eintreten,<sup>14</sup> fordern andere die Ein-Euro-GmbH.<sup>15</sup> Der Referentenentwurf des MoMiG sieht

---

12 Becker, GmbHR 2003, 706 und 1120.

13 Westhoff, GmbHR 2006, 525, 526.

14 Altmeppen, NJW 2005, 1911, 1912; Bayer, BB 2003, 2357, 2364; Bormann, GmbHR 2006, 1021, 1022 f.; Heidinger, DNotZ 2005, 97, 102; Kallmeyer, GmbHR 2004, 377, 379 f.; Kleindiek, DStR 2005, 1366, 1368 f.; Lutter, in: ders. (Hrsg.), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, 6 (in Bezug auf die AG); Priester, ZIP 2005, 921; ders., DB 2005, 1315, 1317; Schmidt, DB 2005, 1095; Wilhelmi, GmbHR 2006, 13. Vossius/Wachter treten in ihrem Vorschlag für eine GmbH-Reform (abrufbar unter [www.gmbhr.de](http://www.gmbhr.de) unter Volltexte) ebenfalls für eine Beibehaltung des Mindestkapitals ein, gestalten jedoch die Kapitalaufbringung nach dem Modell des Kommanditisten einer KG (§§ 7, 15 ff.).

15 Bachmann, ZGR 2001, 351, 365 f.; Grunewald/Noack, GmbHR 2005, 189 f.; Haas, DStR 2006, 993, 997; Triebel/Ott, ZIP 2006, 311.

nach wie vor die Notwendigkeit der Aufbringung von Mindestkapital vor, senkt dieses jedoch auf 10.000 € ab (§ 5 Abs. 1 GmbHG-E).

Zum Teil wird die gänzliche Freigabe mit dem bloßen Argument für notwendig erachtet, dass auch im Recht der englischen *limited* ein derartiges Mindestkapital nicht existiere und der Wettbewerb der Gesellschaftsformen die völlige Freigabe erfordere.<sup>16</sup> Diese Argumentation ist zu einfach. Sie läuft auf eine bloße Rezeption von Rechtsprinzipien insbesondere des angelsächsischen Rechts hinaus, ohne sich die Frage zu stellen, ob nach wie vor eine Rechtfertigung für das Mindestkapital besteht bzw. inwieweit ein derartiges Element des angelsächsischen Rechts in die kontinentaleuropäische Rechtstradition passt.

Des Weiteren wird geltend gemacht, aus Gläubigerschutzgründen seien eine Vorab-einzahlung des Mindestkapitals und dessen Höhe irrelevant. In der Insolvenz der GmbH sei das eingezahlte Mindestkapital schon lange weg. Zudem liege der Forde-rungsrahmen der durchschnittlichen GmbH-Insolvenz bei 800.000 €. Da komme es auf 25.000 € oder 10.000 € Mindestkapital nicht mehr an.<sup>17</sup> Diese Sichtweise ist rein retrospektiv aus der Insolvenz heraus. Die Funktionen des Mindestkapitals greifen jedoch im Vorfeld einer Insolvenz ein und tragen vielfach auch zur Verhinderung einer solchen bei. Zudem ist das Argument sachlich verfehlt. Wer eine 1-€-GmbH mit dem Argument verlangt, 25.000 € bewirkten auch keinen Gläubigerschutz erinnert an jemanden, der einem bei Eis und Schnee in der Badehose frierend herumlaufenden Manne rät, er solle diese auch noch ausziehen, sie wärme ihn ohnehin nicht.<sup>18</sup>

Auch der 66. Deutsche Juristentag in Stuttgart hat sich mit großer Mehrheit für die Beibehaltung des Prinzips der Aufbringung eines nennenswerten Mindestkapitals ausgesprochen.<sup>19</sup>

---

16 Triebel/Otte, ZIP 2006, 311.

17 Gehb/Drange/Heckelmann, NZG 2006, 88, 92 f.

18 Priester, ZIP 2005, 921.

19 Die Beschlüsse sind abrufbar unter <http://www.djt.de/index.php>.

## II. Rechtfertigung der Aufbringung eines Mindestkapitals

### 1. Ordnungspolitische Gesichtspunkte

Das gesetzliche Mindestkapital bildet einen festen Baustein des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts. Rechtspolitischer Hintergrund ist die Vorstellung von der *Kapitalaufbringung als Korrelat der Haftungsbeschränkung*. Durch die Haftungsbeschränkung wird das Risiko unternehmerischen Scheiterns sozialisiert, da private und öffentliche Gläubiger in der Insolvenz der GmbH nicht den Gegenwert ihrer Forderungen erhalten. Das Mindestkapital verlangt deshalb auch dem Unternehmer einen Einsatz ab, der diesen am unternehmerischen Risiko beteiligt, nicht zuletzt um ein Eigeninteresse an verantwortungsvoller Unternehmensführung zu begründen.<sup>20</sup> M.a.W.: Den Vorteil der Haftungsbeschränkung kann es nicht ohne Gegenleistung geben. Auch nach den Worten des Bundesgerichtshofs handelt es sich beim Mindestkapital um das „Kernstück des GmbH-Rechts“.<sup>21</sup>

### 2. Seriositätsschwelle

Das Erfordernis eines Mindestkapitals, dessen Aufbringung und Erhaltung das Kapitalschutzrecht sichert, stellt eine Seriositätsschwelle dar. Nur Personen mit ernsthaften unternehmerischen Absichten soll der Zugang zur GmbH eröffnet werden.<sup>22</sup> Dieser Aspekt wird auch in der Begründung zum Referentenentwurf deutlich herausgestellt.<sup>23</sup>

Daneben stellt das Mindestkapital aber auch im laufenden Geschäft eine Seriositätsschwelle dar, indem die Interessen der Gesellschafter und der Gesellschaftsgläubiger insoweit parallelisiert werden, als beide Leistungen an das Unternehmen erbracht haben.<sup>24</sup> Auch als Seriositätsschwelle gewährleistet das gebundene Kapital mithin einen indirekten Gläubigerschutz, da eine Schädigung der Gläubiger immer auch eine

---

20 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 16.04.1980, BT-Drs. 8/3908, 69.

21 BGHZ 28, 77, 78.

22 Hommelhoff, WM 1997, 2101, 2107; Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 18 II.4.; Wiedemann, DB 1993, 141, 147.

23 Referentenentwurf, 38.

24 Priester, ZIP 2005, 921; Roth, NZG 2003, 1081, 1083; Wilhelm, GmbHR 2006, 13, 14.

gewisse Schädigung der Gesellschafter bedingt, die mit dem aus dem Privatvermögen erbrachten Mindestkapital haften.

### 3. Verlustpuffer

Auch wenn das Stammkapital in der Insolvenz naturgemäß nicht mehr vorhanden ist, so stellt es doch in der Startphase einen Puffer für Verluste der Gesellschaft und somit eine faktische Reduzierung des Insolvenzrisikos dar. In der – unterschiedlich langen – Startphase ist das Insolvenzrisiko deshalb besonders groß, weil den notwendigen Investitionen noch keine Umsätze oder gar Gewinne gegenüberstehen. Werden diese Anlaufverluste nicht abgedeckt, kann dies zu zusätzlichen Insolvenzfällen bei Unternehmen führen, die auf Dauer durchaus überlebensfähig wären.<sup>25</sup>

### 4. Schutz kleinerer Gläubiger

Ein Mindestmaß an Kapitalaufbringung und –erhaltung ist insbesondere im Interesse kleinerer Gläubiger erforderlich. Nach dem angelsächsischen Modell, das im Grundsatz keine Kapitalaufbringung kennt, soll der Schutz der Gläubiger der haftungsbeschränkten Rechtsform durch privatautonom geregelte Vereinbarungen, insbesondere also durch Bestellung von Real- und Personalsicherheiten sowie durch Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung (*Covenants*)<sup>26</sup>, sichergestellt werden. Derartige Sicherungsmöglichkeiten stehen jedoch typischerweise nur professionellen und marktmächtigen Vertragsgläubigern (Beispiel: die kreditgebende Hausbank) zur Verfügung. Daneben gibt es jedoch eine große Gruppe von Gläubigern, die ihr Risiko nicht zuverlässig zu kalkulieren vermögen und/oder nicht in der Lage sind, dessen angemessene Abgeltung auszuverhandeln, und die das objektive Recht daher nicht sich selbst überlassen kann.<sup>27</sup> Hier versagt letztlich die im *common law* verbreitete Idee, jeder Gläubiger sei für einen Forderungsausfall selbst verantwortlich, da er sich

---

<sup>25</sup> Priester, ZIP 2005, 921.

<sup>26</sup> Zum Begriff: Fleischer, ZIP 1998, 313, 314.

<sup>27</sup> Happ/Holler, DSIR 2004, 730; Roth, ZGR 2005, 348, 359 f.

über die finanziellen Verhältnisse seines Vertragspartners hätte informieren und Absicherungsmaßnahmen oder einen Risikozuschlag verlangen können.<sup>28</sup>

Zu betonen ist des Weiteren die mangelnde Wirtschaftlichkeit eines individualvertraglich vereinbarten Gläubigerschutzes durch die entstehenden Transaktionskosten für die Ausarbeitung der Individualverträge.<sup>29</sup> Diese Kosten laufen auch der Verteilungsgerechtigkeit zuwider, da sie häufig nicht allein von der Gesellschaft, sondern auch vom Gläubiger zu tragen sind, obwohl sie letztlich Folge der Haftungsbeschränkung sind, deren unmittelbare Veranlasser und Nutznießer nur die Gesellschafter sind.

## **5. Erfordernis einer ausreichenden Eigenkapitalausstattung**

Eine sinnvolle Unternehmensgründung erfordert ein Mindestmaß an Eigenkapital. Die Aufbringung von Mindestkapital stellt dabei regelmäßig eine betriebswirtschaftliche Notwendigkeit dar. Insofern steht das Mindestkapital der Gesellschaft zunächst primär als Arbeitskapital zur Verfügung.<sup>30</sup> Daneben sind die Banken im Zuge des Basel-II-Prozesses<sup>31</sup> gehalten, die Kreditwürdigkeit ihrer Schuldner verschärft zu prüfen. Im Lichte dieser verschärften Kreditwürdigkeitsprüfungen finden sich vermehrt kritische Aussagen über die Eigenkapitalausstattung deutscher KMUs.<sup>32</sup> Auch vor diesem betriebswirtschaftlichen und bankenrechtlichen Hintergrund erweist sich die Forderung nach der Ein-Euro-GmbH als kontraproduktiv.

Von der teilweise behaupteten prohibitiven Wirkung für sinnvolle Unternehmungen, insbesondere in dem gesamtwirtschaftlich immer bedeutsamer werdenden Dienstleis-

---

28 Vgl. hierzu Roth, ZGR 2005, 348, 358 auch mit Nachweisen aus dem angloamerikanischen Schrifttum; Wilhelmi, GmbHR 2006, 13, 15 f.

29 Wilhelmi, GmbHR 2006, 13, 16.

30 Wilhelmi, GmbHR 2006, 13.

31 Vgl. hierzu Kümpel, Bankrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 19.82 ff.

32 Heidinger, DNotZ 2005, 97, 102.

Leopold/Reichling, DStR 2004, 1360: „Deutsche Unternehmen besitzen unter den führenden Industriestaaten traditionell eine der geringsten Eigenkapitalquoten (...). Im Bereich der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) liegt die Eigenkapitalausstattung nur bei 7,5%.“

DIHK DB 2004, XVI – Nachrichten, Betriebswirtschaft: „Fehlendes Eigenkapital erweist sich nach den Erkenntnissen der DIHK-Umfrage also als entscheidendes Manko in Kreditverhandlungen, weswegen den betroffenen Unternehmen empfohlen wird, ihre Eigenmitteldecke zu stärken.“

tungssektor,<sup>33</sup> kann angesichts der Absenkung des Mindestkapitals auf 10.000 €, das nunmehr auch bei Ein-Mann-Gründungen ohne Sicherheitsleistung nur zur Hälfte einbezahlt sein muss, keine Rede mehr sein. Betriebswirtschaftlich dürfte zumindest dieser Betrag auf jeden Fall erforderlich sein.

## **6. Ausschüttungssperre (Kapitalerhaltung)**

Die Ausschüttungssperre des § 30 Abs. 1 GmbHG bildet einen wichtigen Pfeiler des Gläubigerschutzes im Vorfeld der Insolvenz. Nach dieser Vorschrift sind Auszahlungen aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen verboten. Aufgrund der Existenz des Mindestkapitals greift die Ausschüttungssperre nicht erst bei negativem Eigenkapital ein, sondern wirkt als Verlustpuffer bereits im Vorfeld insolvenzverursachender Tatbestände wie Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit und insbesondere Überschuldung (§§ 17 ff. InsO).

Diese Funktion des Mindestkapitals als der Insolvenz vorgelagerte Ausschüttungssperre wird in der Literatur in Zweifel gezogen.<sup>34</sup> Im Falle von insolvenzverursachenden Entnahmen seien an die Stelle des Mindestkapitals in jüngerer Zeit funktional die Haftungstatbestände nach §§ 823 Abs. 2 BGB, 266 StGB (Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft) und § 826 BGB (Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern aus Existenzvernichtung) getreten.<sup>35</sup> Damit sei eine ausreichende Grenze für Ausschüttungen nach dem Konzept eines Solvenztests gezogen. Diese Haftungstatbestände können schon allein im Hinblick auf die hohen Hürden beim Nachweis der Tatbestandsvoraussetzungen, insbesondere auf subjektiver Seite, keinen gleichwertigen Ersatz bilden. Sie betreffen letztlich extrem gelagerte Ausnahmefälle.

## **7. Gefahr der Haftung für materielle Unterkapitalisierung**

Bei einer Absenkung des Mindestkapitals ist mit einer erhöhten Zahl an unterkapitalisierten GmbHs zu rechnen. Das dürfte zu einer Ausweitung der Rechtsprechung zur

---

33 Grunewald/Noack, GmbHR 2005, 189, 190.

34 Haas, Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes, Gutachten E zum 66. Deutschen Juristentag Stuttgart, 150 f.

35 BGH DSr 2001, 1853; BGHZ 150, 61.

Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung führen. Nach diesem ungeschriebenen Tatbestand haften entgegen § 13 Abs. 2 GmbHG die Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern persönlich, wenn die Unterkapitalisierung klar und eindeutig erkennbar war.<sup>36</sup> Der Verzicht auf die Aufbringung von Mindestkapital könnte bei zahlreichen Gesellschaftern die Erwartung erwecken, man könne nunmehr – ohne persönliche Haftungsgefahren befürchten zu müssen – Geschäftsrisiken auf Gläubiger abwälzen, obwohl das Geschäftsmodell von unseriösen Erwartungen von künftigen Einnahmen ausgeht. Hier schafft die Notwendigkeit der Aufbringung von Mindestkapital eine sinnvolle vorsorgende Wirkung auch im Interesse der Gesellschafter.

## 8. Europäischer Rechtsstandard

Im Übrigen ist gerade aus den vorgenannten Gründen heraus das Erfordernis der Aufbringung eines Mindestkapitals europaweit verankert.<sup>37</sup> Für die der GmbH vergleichbaren Rechtsformen werden folgende Mindestkapitalbeträge gefordert: Belgien 18.550 €, Dänemark 125.000 Kronen (entspricht ca. 16.750 €), Finnland 8.000 €, Griechenland 18.000 €, Italien 10.000 €, Luxemburg 12.400 €, Niederlande 18.000 €, Österreich 35.000 €, Polen 50.000 Zloty (entspricht ca. 12.700 €); Portugal 5.000 €, Schweden 100.000 Kronen (entspricht ca. 11.000 €); Spanien 3.006 €, Tschechien 200.000 Kronen (entspricht ca. 6.770 €). Auf ein Mindestkapital verzichten lediglich England, Frankreich, Irland und Zypern. Der isolierte Blick auf die *limited* verschließt manchen Autoren den Blick darauf, dass das englische Recht im Hinblick auf den Verzicht eines Mindeststammkapitals eine deutliche Minderheitenposition einnimmt. Eine Abkehr von dem europäischen Rechtsstandard des Mindestkapitals ist auch aus rechtsvergleichender Perspektive nicht geboten.

Diese europäische Perspektive zeigt ein Weiteres. Die Erfahrungen des französischen Gesetzgebers mit der Ein-Euro S.A.R.L. haben gezeigt, dass die Frage des Mindestkapitals im Wettbewerb der Rechtsformen offenbar nicht entscheidend ist. Die faktische Abschaffung des Mindestkapitals in Frankreich hat lediglich das Ansehen der Rechtsform der S.A.R.L. weiter geschwächt, aber bislang nicht zu dem erhofften Boom

---

<sup>36</sup> Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl. 2000, § 5 Rn. 6 m.w.N.

<sup>37</sup> Vgl. Van Hulle/Gesell, European Corporate Law, Tabellarische Übersicht; Herberstein, Die GmbH in Europa, 2. Aufl. 2001.

bei Unternehmensneugründungen geführt.<sup>38</sup> Ein wichtiger Maßstab für eine GmbH-Reform ist jedoch, dass ihr Ansehen nicht geschädigt werden darf.<sup>39</sup> In den mehr als 100 Jahren ihrer Existenz hat sich diese Rechtsform ein hohes Ansehen erworben. Viele seriöse Mittelständler haben diese Rechtsform gewählt und arbeiten mit ihr. Die GmbH darf kein Schmutzkind des deutschen Gesellschaftsrechts werden. Die französische Erfahrung lehrt, dass das Beibehalten des Konzepts der Aufbringung eines nennenswerten Mindestkapitals ein wichtiger Baustein für die Seriosität der GmbH als Rechtsform ist. Das momentane Mindestkapital stellt nicht nur keine Belastung für das deutsche GmbH-Recht im internationalen Vergleich dar, sondern es lässt sich aufgrund seiner Funktion als Seriositätsausweis sogar als Wettbewerbsvorteil begreifen.<sup>40</sup>

### **C. Motive für die Gründung einer *limited* bei Ausübung der unternehmerischen Tätigkeit in Deutschland**

Seriöse Hochrechnungen gehen davon aus, dass von November 2002 bis Ende 2005 ca. 30.000 *limiteds* mit Verwaltungssitz im Inland gegründet worden sind.<sup>41</sup> Die Zahl eingetragener Zweigniederlassungen im Handelsregister der deutschen Amtsgerichte bleibt dahinter trotz der rechtlichen Verpflichtung aus §§ 13d, 13e HGB weit zurück. Schätzungen gehen von ca. 5000 aus.<sup>42</sup> Angesichts des mit der Handelsregistereintragung verfolgten Publizitätszwecks ist diese Entwicklung bedenklich. Die Sanktionsmöglichkeit der Festsetzung von Zwangsgeld (§ 14 HGB) versagt regelmäßig mangels Kenntnis des zuständigen Registergerichts von der unternehmerischen Aktivität in Deutschland. Andere Nachteile wie die persönliche Haftung des Geschäftsführers einer *limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland in Analogie zu § 11 Abs. 2 GmbHG sind rechtlich nicht begründbar, da sie mit der in Art. 43, 48 EGV garantierten Nieder-

---

38 Bormann, GmbHR 2006, 1021, 1022; Heidinger, DNotZ 2005, 97, 119; Meyer/Ludwig, GmbHR 2005, 346, 347; Vossius/Wachter, BB 2005, 2539; Wachter, DB 2004, 2795.

39 So ausdrücklich auch Seibert, GmbHR 2006, R241 f.

40 Roth, ZGR 2005, 348, 382 ff.; Wilhelmi, GmbHR 2006, 13, 23.

41 Westhoff, GmbHR 2006, 525.

42 Kornblum, GmbHR 2006, 28, 39.

lassungsfreiheit unvereinbar sind. Dies wurde höchstrichterlich bereits entschieden.<sup>43</sup> Diese Diskrepanz zwischen der Anzahl an *limiteds* mit Verwaltungssitz in Deutschland und eingetragenen Zweigniederlassungen deutet auf mangelnde rechtliche Beratung der Gründer oder bewusste Missachtung rechtlicher Vorgaben hin. Beides ist kein Indiz für seriöse unternehmerische Tätigkeit.

## **I. Betonung rechtlicher, praktisch jedoch i.d.R. nicht relevanter Vorteile**

### **1. Keine Notwendigkeit der Aufbringung eines Mindestkapitals**

Als Vorteil der *limited* im Vergleich zur deutschen GmbH wird häufig die fehlende Notwendigkeit der Aufbringung eines Mindestkapitals genannt.<sup>44</sup> Die Betonung dieses Gesichtspunktes ist bloße Augenwischerei.<sup>45</sup> Ein gewisses unternehmerisches Startkapital ist schlichtweg bereits eine betriebswirtschaftliche Notwendigkeit.<sup>46</sup> Insbesondere angesichts der geplanten Senkung auf 10.000 € dürfte eine Summe in Höhe der Mindesteinzahlung von 5.000 € selbst für kleinste Unternehmen als Eigenkapital erforderlich sein, weil andernfalls die sofortige Überschuldung droht. Zudem spielt die Eigenkapitalausstattung für die Evaluierung der Kreditwürdigkeit der Gesellschaft eine gewisse Rolle. Dies wird durch die Praxis in Großbritannien bestätigt. In Großbritannien gehört häufig zu den ersten Beschlüssen neu gegründeter Gesellschaften eine Kapitalerhöhung, wenn die mangelnde finanzielle Ausstattung erkannt wird.<sup>47</sup>

Sachlich falsch und unseriös ist es, wie in der Werbung mancher Gründeragenturen das Mindestkapital als „Kosten der Gründung“ einer GmbH zu bezeichnen. Denn das geleistete Stammkapital ist nicht durch die Gründung verbraucht, sondern steht den Unternehmen als Eigenkapital und (bei Bargründung) als Liquidität zur Verfügung.<sup>48</sup>

---

43 BGH DB 2005, 1047. Hierzu Eidenmüller, NJW 2005, 1618; Leible/Hoffmann, RIW 2005, 544; Ressos, DB 2005, 1048; Wachter, DSr 2005, 1817.

44 Kallmeyer, DB 2004, 636; Wachter, GmbHR 2004, 88, 91.

45 So ausdrücklich auch Happ/Holler, DSr 2004, 730, 732.

46 Zöllner, GmbHR 2006, 1, 5.

47 Dierksmeier/Scharbert, BB 2006, 1517, 1519.

48 Heidinger, DNotZ 2005, 97, 102.

Der Praxis größere Schwierigkeiten als die Einsicht in die Notwendigkeit der Aufbringung eines Mindestkapitals bereitet die Differenzierung zwischen der Bareinlage und der Sacheinlage. Die Sacheinlage unterliegt demnach besonderen, strengeren Voraussetzungen: Sie müssen im Gesellschaftsvertrag genau festgelegt werden (§ 5 Abs. 4 Satz 1 GmbHG). Ein Sachgründungsbericht über die Werthaltigkeit der Sacheinlagen muss erstattet werden (§ 5 Abs. 4 Satz 2 GmbHG). Die Sacheinlagen müssen vollständig eingezahlt sein (§ 7 Abs. 3 GmbHG). Aus der Existenz dieser besonderen Voraussetzungen resultiert auch die umfangreiche Rechtsprechung und Kasuistik der verschleierte Sacheinlage.<sup>49</sup> Diese Rechtsfigur wird als zu komplex und die damit verbundene Gefahr für die Gesellschafter, eine Einlage aus wirtschaftlicher Sicht doppelt leisten zu müssen, wird vielfach als ungerecht empfunden sowie Änderungen (Differenzhaftung statt Doppelleistung) gefordert.<sup>50</sup> Sollten hier noch Änderungen vorgenommen werden,<sup>51</sup> ist darauf zu achten, nicht über das Ziel hinauszuschießen. Angesichts des Ziels, die GmbH als seriöse Rechtsform zu erhalten und daher einen sachgerechten Ausgleich der Interessen von Gläubigern und Gesellschaftern im Blick hat, ist es nicht richtig, eine Angleichung an das englische Recht vorzunehmen. Dieses lässt im Unterschied zum deutschen GmbH-Recht<sup>52</sup> auch Verpflichtungen zu eigenen Arbeits- oder Dienstleistungen als Sacheinlagen zu.<sup>53</sup> Zudem findet eine Werthaltigkeitskontrolle nach dem Vorbild des § 9c Abs. 1 Satz 2 GmbHG nur in engen Grenzen statt.<sup>54</sup> Die versprochene oder erbrachte Einlage muss lediglich den Erfordernissen der *consideration doctrine* genügen, also einen wirtschaftlichen Wert verkörpern, aber keineswegs vollwertig sein. Der Geschäftsführung eröffnet sich damit ein breiter Ermessensspielraum, der Überbewertungen von Sach- und Dienstleistungen und Missbräuchen Tür und Tor öffnet. Insgesamt sollte man sich bei der Reform der verdeckten Sacheinlage an den Beschlüssen des 66. Deutschen Juristentags in Stuttgart orientieren. Danach wurden mit großer Mehrheit eine Beibehaltung der prä-

---

49 Vgl. nur Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl. 2000, § 19 Rn. 30 ff. m.w.N.

50 Fastrich, DSfR 2006, 656, 660; Grunewald, in: Festschrift für Heinz Rowedder, 114, 117 f.; Heidenhain, GmbHR 2006, 455.

51 Derartige Überlegungen werden im BMJ angestellt. Vgl. Seibert, ZIP 2006, 1157, 1168.

52 Vgl. zu dem entsprechend anwendbaren § 27 Abs. 2 AktG Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl. 2000, § 5 Rn. 24.

53 Fleischer, DSfR 2000, 1015, 1016 mit Nachweisen auch zum englischen Schrifttum. Eine dahingehend Forderung erheben de lege ferenda auch Triebel/Otte, ZIP 2006, 311, 312 f. auch für das deutsche GmbH-Recht.

54 Fleischer, DSfR 2000, 1015, 1016 mit Nachweisen auch zum englischen Schrifttum.

ventiven Kapitalaufbringungskontrolle und der Differenzierung zwischen einer Bareinlage und einer Sacheinlage beschlossen. Ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf wurde nur auf der Rechtsfolgenseite gesehen. Die Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage sollten danach auf eine Differenzhaftung im Leistungszeitpunkt reduziert werden.

## 2. Keine Mitbestimmung

Unternehmen, die in der Rechtsform einer inländischen Kapitalgesellschaft betrieben werden und i.d.R. mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen, unterliegen der Mitbestimmung (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG). Die unternehmerische Mitbestimmung bestimmt sich nach dem Gesellschaftsstatut und findet daher auf die englische *limited* keine Anwendung.<sup>55</sup> Sachlicher Hintergrund ist, dass eine Anwendung des deutschen Mitbestimmungsrechts einen obligatorischen Aufsichtsrat für die *limited* voraussetzen würde, was mit der Organisationsverfassung dieser Rechtsform unvereinbar ist. Angesichts der Tatsache, dass es sich bei der weit überwiegenden Anzahl an *limiteds* mit Verwaltungssitz in Deutschland um Kleinunternehmen ohne nennenswerte unternehmerische Aktivität handeln dürfte, ist dieser Gesichtspunkt praktisch nicht relevant.

## II. Unseriöse Vermarktung der *limited* in Deutschland

Der Hauptgrund für die Wahl der Rechtsform der *limited* bei Ausübung einer unternehmerischen Tätigkeit in Deutschland dürfte in der reißerischen und unseriösen Werbung verschiedener Gründeragenturen im Internet und in Printmedien liegen. Dabei werden vermeintliche Vorteile betont, vorhandene Risiken jedoch bewusst oder aus Unkenntnis der Rechtslage verschwiegen. Insgesamt scheint die Werbung zu bezwecken, bei angesprochenen Unternehmern die Vorstellung hervorzurufen, die *limited* gewähre eine dauerhafte und rechtssichere Haftungsbeschränkung ohne jegliche Risiken. Dass dem nicht so ist, zeigt eine Entscheidung des LG Kiel.<sup>56</sup>

Auch manche Rechtskundige prophezeiten angesichts der vermeintlichen Vorteile der *limited* vorschnell das Aus der deutschen GmbH bei Ausübung unternehmerischer

---

<sup>55</sup> Kallmeyer, DB 2004, 636, 638; Veit/Wichert, AG 2004, 14, 16; Wachter, GmbHR 2004, 88, 92.

<sup>56</sup> DB 2006, 1314. Auf sie wird unter Abschnitt C.III.2.b) näher eingegangen.

Tätigkeit im Inland.<sup>57</sup> Diese Kassandrurufe haben sich nicht bewahrheitet. Die GmbH erfreut sich nach wie vor großer Beliebtheit. So wurden seit November 2002 bis Ende 2005 in Deutschland 172.000 GmbHs gegründet.<sup>58</sup> Bezogen auf den Bestand wurden damit 13% der GmbHs seit der „Überseering“-Entscheidung des EuGH gegründet. Das Verhältnis von GmbH-Gründungen zu *limited*-Gründungen beträgt nach seriösen Studien seit dieser Entscheidung in Deutschland 5,5 zu 1.<sup>59</sup>

Ungeklärt ist des Weiteren, ob die in Deutschland tätigen Gründeragenturen die erforderlichen berufsrechtlichen Voraussetzungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit haben. Gemäß Art. 1 § 1 Satz 1 RBerG ist die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten grundsätzlich erlaubnispflichtig. Dass es sich bei Beratungstätigkeiten im Zusammenhang mit der Gründung von Gesellschaften um Rechtsangelegenheiten und nicht bloß um Wirtschaftsangelegenheiten, die nicht nach dem RBerG erlaubnispflichtig sind,<sup>60</sup> dürfte im Ergebnis unstrittig sein.<sup>61</sup> Denn die Tätigkeit ist auf die Schaffung einer neuen künstlichen Rechtsperson gerichtet. In diesem Zusammenhang sind wie bei jeder Gesellschaftsgründung umfassend rechtliche Gesichtspunkte, insbesondere hinsichtlich der konkreten Satzungsgestaltung, relevant.

Noch stärker reglementiert ist die Rechtsberatung durch juristische Personen, sofern es sich nicht um Rechtsanwaltsgesellschaften nach § 59e BRAO handelt. Dies ist insofern von Bedeutung, als verschiedene Gründeragenturen ihre Tätigkeit in der Rechtsform einer juristischen Person ausüben. Einschlägig ist zum einen § 3 der 1. Verordnung zur Ausführung des Rechtsberatungsgesetzes (1. AVO). Danach darf die Ausübung der rechtsberatenden Tätigkeit nur durch in der Erlaubnisurkunde namentlich benannte Personen erfolgen, also nicht durch die Gesellschaft/Vereinigung als solche. § 10 Abs. 2 1. AVO ergänzt diese Regelung dahingehend, dass als ausübungsberechtigte Personen nur gesetzliche Vertreter oder leitende Angestellte in

---

57 Hirte, GmbHR 2003, R421; Triebel, BB 2003, Heft 36, die erste Seite.

58 Westhoff, GmbHR 2006, 525, 526.

59 Westhoff, GmbHR 2006, 525, 526. Das ergibt eine Quote von 15,4%.

Unklar ist daher die Aussage der Gründeragentur Go Ahead Limited mit Sitz in Birmingham, wonach „30% aller GmbH-Gründungen“ bereits limiteds seien (vgl. Werbebroschüre, Ausgabe V/2006).

60 Vgl. zu dieser Abgrenzung: Chemnitz/Jonigk, RBerG, 11. Aufl. 2003, Rn. 65 ff.; Rennen/Caliebe, RBerG, 3. Aufl. 2002, Art. 1 § 1 Rn. 19.

61 So auch Knöfel, BB 2006, 1233, 1234 ff.

Betracht kommen. Zum anderen bestimmt § 10 Abs. 1 1. AVO, dass juristischen Personen die Erlaubnis nur erteilt werden soll, wenn besondere Umstände für diese Rechtsform der Betriebsführung sprechen. Eine Rechtsberatung durch juristische Personen stellt demnach einen Ausnahmefall im Hinblick darauf dar, dass die rechtsberatende Tätigkeit in der Regel ein persönliches Vertrauensverhältnis zwischen Ratgeber und Ratsuchenden erfordert, das nur zwischen natürlichen Personen bestehen kann.<sup>62</sup>

Ob durch die Wahl einer ausländischen Rechtsform des Gründerberaterdienstes der internationale Anwendungsbereich des RBerG umgangen werden kann, ist ebenfalls zweifelhaft. Zwar ist nach sec. 13 CA die Eintragung im englischen Register für die Gründung einer *limited* konstitutiv, jedoch zielt die Rechtsberatung auf eine unternehmerische Tätigkeit des Gründers in Deutschland ab. International-wettbewerbsrechtlich ist bei Rechtsbesorgern diejenige Rechtsordnung anknüpfungsrelevanter Zielmarkt, in welcher der Wettbewerber beraten kann, beraten darf oder sich der Leistungserfolg bestimmungsgemäß verwirklichen soll.<sup>63</sup> In der Literatur wird eine Anwendung des RBerG auch in dieser Sachverhaltskonstellation ausdrücklich bejaht.<sup>64</sup>

Beachtlich ist in diesem Zusammenhang zudem, dass die Wahl anderer europäischer Rechtsformen für die Ausübung unternehmerischer Tätigkeit im Inland praktisch keine Rolle spielt. Der Wettbewerb beschränkt sich auf das Verhältnis GmbH-*limited* und findet nicht zwischen den 25 Rechtsordnungen statt.<sup>65</sup> Auch die Ein-Euro-S.A.R.L. ist offenkundig ohne Bedeutung. In Österreich scheint die Rechtsform der *limited* keine große praktische Bedeutung zu haben, obwohl hier das Mindestkapital 35.000 € beträgt. Man spricht von einer Zahl von 500 *limiteds*.<sup>66</sup> Dies unterstützt die These, dass der Hauptgrund für *limited*-Gründungen durch deutsche Unternehmer weniger in einer bewussten, aufgeklärten Entscheidung liegt als durch aggressive Werbung veranlasst ist.

---

62 BVerwG NJW 1959, 1986; Rennen/Caliebe, RBerG 3. Aufl. 2002, § 10 1. AVO Rn. 2.

63 Knöfel, Grundfragen der internationalen Berufsausübung von Rechtsanwälten, 344.

64 Knöfel, BB 2006, 1233, 1236.

65 Seibert, ZIP 2006, 1157, 1159.

66 Zöllner, GmbHR 2006, 1, 2.

### III. Fehlerhafte Vorstellungen über die Geltung zwingenden deutschen Rechts

#### 1. Öffentliches Wirtschaftsrecht

Bestimmungen des deutschen öffentlichen Wirtschaftsrechts, insbesondere also die Gewerbeordnung oder Handwerksordnung, können durch die Wahl der Rechtsform der *limited* nicht umgangen werden.<sup>67</sup> Diese Vorschriften sind regelmäßig von der jeweiligen Rechtsform des Unternehmens unabhängig und stellen auf eine bestimmte Tätigkeit und eine hiermit verbundene Gefahrenlage für öffentliche oder private Belange ab. Anknüpfungspunkt für das Gewerberecht ist die Tätigkeit im Inland. Gewerberecht ist als klassisches Eingriffsrecht Gegenstand einer eigenen Sonderanknüpfung.<sup>68</sup> Es gehört nicht zum sachlichen Anwendungsbereich des Gesellschaftsstatuts. Gleichwohl begegnet man in der Praxis dem Phänomen der „Handwerker-Ltd.“. Danach gründet ein deutscher Handwerker (zumeist ein Geselle) in England eine *limited*, avanciert zu deren *director* und wird unter der Firma der *limited* in Deutschland tätig. Dem liegen i.d.R. zwei Motive zugrunde: Entweder hat der Handwerker keinen Meisterbrief und möchte über eine *limited* dem in seinem Gewerbe in Deutschland obwaltenden Meisterzwang entkommen. Oder dem Handwerker ist in Deutschland das Führen eines Gewerbes untersagt worden (§ 35 GewO). Es liegen bereits Urteile von Verwaltungsgerichten vor, die Gewerbeuntersagungsverfügungen gegen die *directors* bestätigen.<sup>69</sup> Strafgerichte verurteilen die *directors* in Ordnungswidrigkeitensachen wegen Verstoßes gegen die Gewerbeuntersagungsverfügungen.<sup>70</sup> Zudem kommt als weiteres rechtliches Mittel eine Gewerbeuntersagungsverfügung gegen die *limited* selbst in Betracht, da die Zuverlässigkeit oder Unzuverlässigkeit der Organperson auf die von ihr vertretene juristische Person abfärbt.<sup>71</sup>

---

67 Mankowski, BB 2006, 1173, 1175; Rehberg, in: Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 7 Rn. 1 ff.

68 Doehner, in: Anwaltskommentar BGB, BD. I: Allgemeiner Teil, EGBGB, 2005, Art. 34 Rn. 27; Martiny, Festschrift für Andreas Heldrich, 907, 916 f.; Reithmann/Martiny/Freitag, Internationales Vertragsrecht, 6. Aufl. 2004, Rn. 423.

69 Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, BB 2005, 2259; dazu Mankowski, ZVI 2006, 45.

70 OLG Dresden, 7.2.2006 – SS (OWi) 955/05.

71 Mankowski, BB 2006, 1173, 1175 f.

Daneben wird auch registerrechtlich gegen derartige „Handwerker-Ltd.“ vorgegangen. Das OLG Thüringen hat die Eintragung einer Zweigniederlassung einer *limited* wegen Gewerbeverbots ihres *directors* untersagt.<sup>72</sup> Damit werden faktisch die einen GmbH-Geschäftsführer treffenden Tätigkeitsverbote aus § 6 Abs. 2 GmbHG auf die in Deutschland tätige *limited* erstreckt, da zumindest die Eintragung einer Zweigniederlassung nicht erfolgen kann. Die *limited* soll dadurch im Inland handlungsunfähig gemacht werden. Ob dies gelingt, erscheint zweifelhaft, da die Person ja bereits *director* der wirksam gegründeten *limited* ist und zudem eine Anmeldung der Zweigniederlassung ohnehin häufig unterbleibt. Die Entscheidung hat in der Literatur Widerspruch erfahren.<sup>73</sup> Kritisiert wird insbesondere das Fehlen einer Rechtsgrundlage. Auch werden europarechtliche Zweifel im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit erhoben. Auf nationaler Ebene plant der Gesetzgeber im MoMiG nunmehr eine entsprechende Regelung. § 13e Abs. 3 Satz 2 HGB-E sieht vor, dass gesetzliche Vertreter ausländischer Gesellschaften eine Zweigniederlassung im Inland dann nicht gründen können, wenn sie Tätigkeitsverbote nach § 76 Abs. 3 AktG und § 6 Abs. 2 GmbHG treffen. In der Begründung des Referentenentwurfs wird jedoch ausdrücklich auch zur europarechtlichen Zulässigkeit im Hinblick auf einen möglichen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit Stellung genommen.<sup>74</sup> Eine Rechtfertigung wird in den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gesehen. Ob diese Argumentation im Hinblick auf diese rechtspolitisch wünschenswerte Regelung trägt, ist nicht gesichert.<sup>75</sup> Der Sache nach geht es wie in *Inspire Art Ltd.* um die Erstreckung einer nationalen GmbH-rechtlichen Vorschrift auf das Recht einer vergleichbaren Gesellschaftsform eines anderen Mitgliedstaates. Hier war der EuGH bei der Annahme eines Rechtfertigungsgrundes bislang restriktiv. Insbesondere könnte er sich hinsichtlich der Tätigkeitsverbote bei Gewerbeuntersagung darauf berufen, geeignete Sanktion müssten im Gewerberecht, nicht im Registerrecht vorgesehen werden. Da jedoch eine europarechtliche Zulässigkeit nicht ausgeschlossen erscheint und es sich um eine geeignete Maßnahme zur Bekämpfung von Missbräuchen<sup>76</sup> handelt, sollte der Gesetzgeber die

---

72 OLG Thüringen, GmbHR 2006, 541. Anders noch OLG Oldenburg, GmbHR 2002, 29.

73 Mankowski, BB 2006, 1173, 1176; Wachter, GmbHR 2006, 544.

74 S. 70 f.

75 Zweifel äußert auch Wachter, GmbHR 2006, 793, 798 f.

76 Anders Wachter, GmbHR 2006, 793, 798 f.

im Referentenentwurf vorgeschlagene Regelung des § 13e Abs. 3 Satz 2 HGB-E umsetzen.

## 2. Durchgriffshaftung auf Gesellschafter

### a) Haftung wegen Existenzvernichtung

Bei der Durchgriffshaftung auf GmbH-Gesellschafter stand in den letzten Jahren die Entwicklung des Haftungstatbestandes wegen Existenzvernichtung im Vordergrund.<sup>77</sup> Danach haften die Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern gegenüber persönlich bei Vorliegen eines Eingriffs der Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen in Gestalt einer Entziehung (= Entnahme von Vermögen), welche die gebotene Rücksichtnahme auf die Erhaltung der Fähigkeit der Gesellschaft zur Bedienung von Verbindlichkeiten vermissen lässt und zur Insolvenz der Gesellschaft führt. Ob diese Haftungsgrundsätze auch auf den Gesellschafter einer englischen *limited* anzuwenden sind, hängt letztlich von der statutsrechtlichen Einordnung als delikts-, insolvenz- oder gesellschaftsrechtliche Frage ab. Nur bei einer delikts-<sup>78</sup> oder insolvenzrechtlichen<sup>79</sup> Einordnung müssten die Gesellschafter eine Anwendung dieser Grundsätze befürchten.

Richtigerweise ist von einer gesellschaftsrechtsrechtlichen Anknüpfung auszugehen.<sup>80</sup> Damit gilt das Gesellschaftsstatut und somit englisches Recht. Der Sache nach geht es um die Frage, in welchen Fällen eine Rechtsordnung bzw. das Statut einer haftungsbeschränkten Rechtsform eine Berufung auf das Bestehen eines Haftungsschirms nicht zulässt. Davon geht augenscheinlich auch der BGH aus, der die dogmatische Begründung des Haftungsinstituts in einer teleologischen Reduktion des § 13 Abs. 2 GmbHG sieht: „Die Respektierung der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger während der Lebensdauer der GmbH ist unabdingbare Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Haftungsprivilegs des § 13 Abs. 2 GmbHG. Zugriffe der Gesellschafter auf das Gesell-

---

77 Grundlegend BGHZ 149, 10 (Bremer Vulkan); BGH ZIP 2002, 848; BGH ZIP 2002, 1578 (KBV).

78 Dierksmeier, BB 2006, 1516, 1520; Haas, Gutachten E zum 66. Deutschen Juristentag Stuttgart, 90 ff.

79 Weller, IPrax 2003, 207, 209.

80 Bayer, BB 2003, 965, 974; Müller, BB 2006, 837, 839; Schall, ZIP 2005, 965, 974; Ulmer, NJW 2004, 1201, 1207.

schaftsvermögen, welche die aufgrund dieser Zweckbindung gebotene angemessene Rücksichtnahme auf die Erhaltung der Fähigkeit der Gesellschaft zur Bedienung ihrer Verbindlichkeiten in einem ins Gewicht fallenden Maße vermissen lassen, stellen deshalb einen Missbrauch der Rechtsform der GmbH dar, der zum Verlust des Haftungsprivilegs führt.<sup>81</sup> Auch prüft der BGH in dieser Entscheidung ausdrücklich getrennt einen Verstoß gegen § 826 BGB sowie eine Haftung aus Existenzvernichtung.

Das englische Recht kennt auch eine Durchbrechung des Trennungsprinzips.<sup>82</sup> Eine Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen (*piercing the corporate veil*) existiert insbesondere, wenn die Gesellschaft nur als Fassade und der Umgehung rechtlicher Pflichten dient<sup>83</sup> oder wenn die Gesellschaft als bevollmächtigte Vertreterin für ihre Gesellschafter gehandelt hat.<sup>84</sup> Die Spruchpraxis der englischen Gerichte ist aber äußerst zurückhaltend bei der Bejahung einer allgemeinen Durchgriffshaftung, so dass sie praktisch kaum relevant ist.<sup>85</sup> Insoweit sind Mängel im Gläubigerschutz im englischen Gesellschaftsrecht erkennbar.

Die Nichtgeltung der Grundsätze der Durchgriffshaftung und die Verweisung auf das englische Haftungsregime dürfen jedoch *limited*-Gründer nicht in eine falsche Sicherheit wiegen. Eine derartige Fehlvorstellung, unter keinen Umständen belangt werden zu können, wird jedoch vielfach vorhanden sein und auch durch die Werbung einschlägiger Gründeragenturen suggeriert. Denn unzweifelhaft können die Gesellschafter bei ihrem Tätigwerden in Deutschland Deliktstatbestände verwirklichen und ohne Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit zu einer Haftung herangezogen werden.<sup>86</sup> IPR-rechtlich ergibt sich die Anwendung des deutschen Rechts aus Art. 40 Abs. 1 Satz 1 EGBGB, der an den deliktischen Handlungsort anknüpft. In Betracht kommt insbesondere eine Haftung aus § 826 BGB wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung.

---

81 BGH ZIP 2002, 1578 (KBV) 1. Leitsatz.

Auch der Vorsitzende Richter des für das Gesellschaftsrecht zuständigen II. Senats am BHG Goette betont die kapital-schutzrechtliche Anknüpfung der Haftung wegen Existenzvernichtung (ZIP 2006, 541, 545).

82 Entwickelt wurde das Trennungsprinzip in der Entscheidung Salomon vs. A. Salomon & Co. Ltd. im Jahr 1897.

83 Gilford Motor Co vs. Horne (1933); Jones vs. Lipmann (1962).

84 Smith, Stone & Knight Ltd. vs. Birmingham Corporation (1939).

85 Fröhlich/Strasser, ZIP 2006, 1182, 1183; Fleischer, DStR 2000, 1015, 1017.

86 Borges, ZIP 2004, 733, 741; Fröhlich/Strasser, ZIP 2006, 1182, 1183 ff.; Goette, ZIP 2006, 541, 545; Schall, ZIP 2005, 965, 975; Schumann, DB 2004, 743, 745; Zöllner, GmbHR 2006, 1, 8.

gung, wobei selbstverständlich darauf geachtet werden muss im Rahmen der bislang entwickelten Haftungsgrundsätze zu bleiben und nicht durch eine extensive Auslegung gegen die Niederlassungsfreiheit zu verstoßen. Unter dieser Voraussetzung kann von einer befürchteten Aushebelung der Niederlassungsfreiheit durch das Deliktsrecht<sup>87</sup> keine Rede sein. Beachtlich ist, dass in den drei grundlegenden Entscheidungen zur Existenzvernichtungshaftung stets auch deliktsrechtliche Tatbestände in Betracht kamen (§ 826 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 StGB, § 263 StGB).<sup>88</sup>

## **b) Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung**

Aufgrund der häufig fehlenden Ausstattung der *limited* mit ausreichend Gründungskapital dürfte zudem vermehrt eine Haftung nach § 826, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 263 StGB in Betracht kommen, wenn von vornherein bei Vertragsschluss nicht genügend Kapital zur Befriedigung von Verbindlichkeiten vorhanden war (Eingehungsbetrug).<sup>89</sup> Dies zeigt ein neues Urteil des LG Kiel.<sup>90</sup> Offensichtlich führt das Fehlen von Mindestkapitalanforderungen bei Unternehmensgründern häufig zu der Vorstellung, in einer haftungsbeschränkten Rechtsform ohne Gefahr einer persönlichen Haftung zum Nachteil von Gesellschaftsgläubigern agieren zu können. Das böse Erwachen kommt meist erst später.

## **c) Fazit**

Als Fazit ist festzuhalten, dass höchstrichterliche Rechtsprechung zur Frage der Anwendbarkeit der Durchgriffshaftung des deutschen Rechts auf den Gesellschafter einer englischen *limited* nicht vorliegt. Daher besteht eine Rechtsunsicherheit. Auf jeden Fall ist insbesondere angesichts der i.d.R. nicht vorhandenen Mindestkapitalausstattung eine Haftungsgefahr wegen Eingehungsbetrugs gegeben. Gerade der Fall des LG Kiel zeigt exemplarische wesentliche Funktionen des Mindestkapitals, insbesondere die Funktion als Verlustpuffer, sowie, dass eine Beibehaltung des Mindestkapitalkonzepts auch im Interesse der Gesellschafter vor einer später drohenden unbe-

---

87 So Goette, ZIP 2006, 541, 545.

88 Vgl. BGHZ 149, 10 (Bremer Vulkan); BGH ZIP 2002, 848; BGH ZIP 2002, 1578 (KBV).

89 Vgl. auch Forsthoff/Schulz, in: Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 15 Rn. 65.

90 LG Kiel, DB 2006, 1314.

schränkten persönlichen Haftung geboten ist. Auch hier zeigt sich: Vorsorge ist besser als Nachsorge. Was die Durchgriffshaftung nach dem englischen Recht anbelangt, dürfte mit einer verstärkten Rechtsfortbildung dieses bislang in England selten zum Einsatz kommenden Rechtsinstituts gerechnet werden.<sup>91</sup> Dann nach der Grundregel der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung (Art. 2 Abs. 1 EuGVVO) sind Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates haben, ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit vor den Gerichten dieses Mitgliedstaates zu verklagen.

### 3. Insolvenzrecht

#### a) Haftung wegen Insolvenzverschleppung

Nicht auszuschließen ist auch, dass den *director* einer englischen *limited* eine Haftung aus Insolvenzverschleppung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG wegen nicht rechtzeitiger Stellung eines Insolvenzantrags trifft. Der Sache nach geht es dabei um die Frage, ob § 64 GmbHG insolvenzrechtlich<sup>92</sup> oder gesellschaftsrechtlich<sup>93</sup> zu qualifizieren ist. Bei einer insolvenzrechtlichen Qualifikation ergibt sich die Anwendbarkeit des deutschen Insolvenzrechts aus Art. 4 EulnsVO, der Grundnorm des europäischen internationalen Insolvenzrechts. Danach gilt für das Insolvenzverfahren und seine materiellrechtlichen Wirkungen grundsätzlich das Insolvenzrecht des Mitgliedstaates, in dem das Verfahren eröffnet wird (*lex fori concursus*). Für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind die Gerichte des Mitgliedstaates zuständig, in dem der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen (*Center of Main Interest, COMI*) hat (Art. 3 Abs. 1 EulnsVO). Zwar besteht bei Gesellschaften eine gesetzliche Vermutung dafür, dass sich der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen am Ort des Sitzungssitzes befindet (Art. 3 Abs. 1 Satz 2 EulnsVO), diese Vermutung ist bei ausschließlichem oder überwiegendem Tätigwerden der *limited* in Deutschland aber wi-

---

91 So auch Römermann, GmbHR 2006, R182.

92 LG Kiel, DB 2006, 1314, 1315; Altmeppen, NJW 2004, 97, 100 f.; Eidenmüller, NJW 2005, 1618, 1620 f.; Goette, DStR 2005, 197, 200; Riedemann, GmbHR 2004, 345, 348 f.; Röhrich, ZIP 2005, 505, 507 f.; Wachter, BB 2006, 1463, 1464 f.; Weller, IPrax 2003, 520, 522; Zöllner, GmbHR 2006, 1, 6 f.

93 Müller, BB 2006, 837, 838 f.; Schumann, DB 2004, 743, 746; Spindler/Berner, RIW 2004, 7, 12; Ulmer, NJW 2004, 1201, 1207; Vallender/Fuchs, ZIP 2004, 829, 830.

derlegt. Regelmäßig sind daher eine Zuständigkeit der deutschen Gerichte und eine Anwendung deutschen Insolvenzrechts gegeben.<sup>94</sup>

Richtigerweise ist von einer insolvenzrechtlichen Einordnung auszugehen. Zwar spricht zunächst die systematische Stellung der Vorschrift im GmbHG für eine gesellschaftsrechtliche Anknüpfung. Diese Normierung der Insolvenzantragspflicht in gesellschaftsrechtlichen Gesetzen ist aber, wie ausführlich durch *Borges*<sup>95</sup> nachgewiesen wurde, nicht Ausdruck einer bewussten, rechtssystematischen Zuordnung durch den Gesetzgeber. Entscheidend dürfte sein, dass nach dem Zweck der Norm der Rechtsverkehr vor insolventen Gesellschaften geschützt werden soll.<sup>96</sup> Bei einem überwiegenden Tätigwerden in Deutschland geht es dabei gerade um den Schutz des deutschen Rechtsverkehrs. Eine untrennbare Verknüpfung zum Insolvenzrecht ergibt sich schließlich auch aus der Normierung einer Insolvenzantragspflicht selbst. Der Insolvenzantrag ist aber der erste Schritt eines Insolvenzverfahrens. Diese Einordnung wird im Übrigen gerade durch einen Blick auf das englische Recht bestätigt. Dort sind die § 64 GmbHG vergleichbaren Regelungen des *fraudulent trading* (sec. 213 IA) und des *wrongful trading* (sec. 214 IA) ausdrücklich im *Insolvency Act* normiert. Im Übrigen kann künftig auch der Wille des Gesetzgebers (des MoMiG) für die insolvenzrechtliche Einordnung herangezogen werden.<sup>97</sup>

Diese Einordnung ist auch vor dem Hintergrund des Gläubigerschutzes geboten und wichtig, da das englische Recht insoweit Schutzlücken aufweist.<sup>98</sup> Durch das MoMiG wird zudem ausdrücklich eine subsidiäre Insolvenzantragspflicht und Haftung der Gesellschafter bei Führungslosigkeit der Gesellschaft oder unbekanntem Aufenthalt der Geschäftsführer eingeführt (§ 64 Abs. 1 Satz 3, 4 GmbHG-E).<sup>99</sup>

---

94 Vgl. AG Hamburg, ZIP 2005, 2775; LG Kiel, DB 1314, 1315.

95 ZIP 2004, 733, 738 f.

96 Röhrich, ZIP 2007, 505, 507; Wachter, BB 2006, 1463, 1464 f.

97 Referentenentwurf, 65.

98 Vgl. Abschnitt D.II.

99 Allerdings ist insofern nach derzeitiger Rechtslage das Schutzniveau im englischen Recht größer. Denn der Begriff des faktischen Geschäftsführers, den eine Insolvenzverschleppungshaftung trifft, wird weiter ausgelegt. Während dies nach dem deutschen Recht sowohl eine tatsächliche Einflussnahme auf die Geschicke der Gesellschaft als auch ein Handeln nach außen erfordert (BGH BB 2005, 1867, 1868; BGHZ 150, 61, 69 f.), verzichtet das englische Recht beim

## b) Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen

Ob die Novellenregeln der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen (§§ 32a, b GmbHG) gesellschaftsrechtlich<sup>100</sup> oder insolvenzrechtlich<sup>101</sup> zu qualifizieren sind und damit auch auf die englische *limited* Anwendung finden, ist umstritten. Diejenigen, die für eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation eintreten, verweisen insbesondere darauf, dass die Frage des kapitalersetzenden Charakters eines Darlehens eng mit den Kapitalisierungserfordernissen einer Gesellschaft zusammenhänge.<sup>102</sup> Der enge Zusammenhang mit dem Mindestkapital trifft zwar für die Rechtsprechungsregeln der §§ 30, 31 GmbHG analog zu, nicht jedoch für die Novellenregeln der §§ 32a, b GmbHG. Hier kommt es nach der gegenwärtigen Gesetzeslage vor allem darauf an, ob das Darlehen zu einem Zeitpunkt gewährt wurde, in dem ordnungsgemäß handelnde Gesellschafter Eigenkapital zugeführt hätten, weil die Gesellschaft überschuldet oder zahlungsunfähig ist oder ein Kredit von Dritten nicht zu marktüblichen Bedingungen erhalten hätte.<sup>103</sup> Die eigenkapitalersetzende Natur von Gesellschafterleistungen ist ein von der Statuierung eines Stammkapitals unabhängiger Umstand und führt auch zu keiner die Solvenz der Gesellschaft präventiv schützenden Auszahlungssperre unabhängig von der späteren Eröffnung eines Insolvenzverfahrens. Sie sind vielmehr ausschließlich im Insolvenzverfahren von Bedeutung und führen hier nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zur Nachrangigkeit der kapitalersetzenden Gesellschafterforderung bei der Erlösverteilung und bei vorheriger Rückgewähr der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistung zu deren Anfechtbarkeit nach Maßgabe der §§ 32b GmbHG, 135 InsO.

Dieser Streit wird mit Inkrafttreten des MoMiG obsolet sein. Danach werden die §§ 32a, b GmbHG aufgehoben und künftig rechtsformneutral und unter Verzicht auf das Tatbestandsmerkmal „kapitalersetzend“ in §§ 39, 44a, 135 InsO-E inkorporiert. Die Regeln über Gesellschafterdarlehen gelten damit künftig für alle Gesellschaften,

---

sog. shadow director auf das zweite Kriterium (vgl. Haas, Gutachten E zum 66. Deutschen Juristentag Stuttgart, E 45 f.).

100 Müller, BB 206, 837, 838; Riedemann, GmbHR 2004, 345, 349; Zimmer, NJW 2003, 3585, 3589.

101 Röhrich, ZIP 2005, 505, 512; Ulmer, NJW 2004, 1201, 1207; Zöllner, GmbHR 2006, 1, 5.

102 Riedemann, GmbHR 2004, 345, 349.

103 Vgl. statt aller Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl. 2000, § 32a Rn. 42.

bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. Es handelt sich damit künftig eindeutig um eine insolvenzrechtliche Regelung.

## **D. Nachteile der englischen *limited* im Vergleich zur GmbH**

### **I. Spezifische Nachteile bei der Ausübung der Unternehmenstätigkeit in Deutschland in der Rechtsform einer *limited***

#### **1. Rechtliche Komplexität**

Die Errichtung und Führung einer englischen *limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland ist aufgrund des Auslandsbezugs regelmäßig deutlich aufwendiger als bei einer deutschen GmbH. Diese Komplexität ergibt sich aus der ständigen Berührung zweier Rechtskreise: Das deutsche Recht ist berührt aufgrund der tatsächlichen Betätigung im Inland, das englische Recht aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Verfassung der *limited*.

Wie bereits unter Abschnitt C.III. gezeigt, bestehen zahlreiche, höchstrichterlich noch nicht geklärte Fragen hinsichtlich der Anwendbarkeit des deutschen oder des englischen Rechts in den verschiedensten Regelungsbereichen. Der Sache nach geht es um klare Abgrenzungen des Insolvenz-, Delikts- und Gesellschaftsstatuts. Insoweit kommt den *limited*-Gründern mit Verwaltungssitz in Deutschland zumindest eine Pionierleistung bei der Klärung dieser Rechtsfragen zu. Ob der Sinn einer unternehmerischen Tätigkeit jedoch darin zu sehen ist, erscheint zweifelhaft. Aufgrund der Berührung zweier Rechtsordnungen stellen sich auch bei der erb- und erbschaftsteuerlichen Behandlung des Anteils an einer *limited* zahlreiche Probleme.<sup>104</sup>

Aber auch Fragen, in denen man auf den ersten Blick eindeutig englisches Recht für anwendbar hält, können eine anfangs nicht gedachte Komplexität aufweisen. Ein Beispiel hierfür ist die Veräußerung eines Anteils an einer *limited*. Auf den dinglichen Abtretungsvorgang ist zwar nach dem Gesellschaftsstatut eindeutig englisches Recht

---

<sup>104</sup> Vgl. van Oertzen/Cornelius, ZEV 2006, 106.

anzuwenden.<sup>105</sup> Danach genügt das vom Veräußerer unterschriebene *stock transfer form*<sup>106</sup> als Ortsform gemäß Art. 11 Abs. 1 EGBGB auch, wenn die Abtretung im Inland erfolgt. Das Kausalgeschäft wird sich aber nach deutschem Recht richten, wenn die Beteiligten dieses Vertragsstatut gewählt haben (Art. 27 Abs. 1 EGBGB) oder keine Wahl getroffen haben, aber z.B. in Deutschland leben (Art. 28 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 EGBGB). Bei Vertragsschluss in Deutschland führen dann sowohl die Anknüpfung an das Geschäftsrecht als auch an den Abschlussort (Art. 11 Abs. 1 EGBGB) zu einer Geltung des deutschen Rechts. Damit dürfte eine Beurkundungspflicht nach § 15 Abs. 4 GmbHG bestehen.<sup>107</sup> Eine Heilung nach § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG scheidet aus, da das für die Übertragung maßgebliche englische Gesellschaftsstatut keine abstrakte Abtretung kennt. Ohne wirksame *causa* kommt damit keine Übertragung zustande, so dass die Heilung ausgeschlossen ist.<sup>108</sup>

Zahlreiche, noch offene Rechtsprobleme stellen sich zudem bei der Eintragung der Zweigniederlassung der englischen *limited*.<sup>109</sup> Das europäische Zweigniederlassungsrecht, das bislang ein Schattendasein führte, kam zu einer unerwarteten Renaissance. Es ist unmöglich, im Rahmen dieser Abhandlung auf alle diese Rechtsprobleme einzugehen. Zudem war die Eintragung der Zweigniederlassung einer *limited* bereits Thema eines anderen Vortrags im Rahmen dieser Veranstaltungsreihe.

Dem Gesellschaftsstatut unterliegende Rechtsfragen richten sich zudem nach dem englischen Recht. Ein deutscher Gesellschafter einer *limited* muss sich bei seiner gesamten Tätigkeit ausschließlich nach englischem Gesellschaftsrecht richten und nicht nur bei der Gründung. Dies gilt etwa für Gesellschafterversammlungen und – beschlüsse, die grundsätzlich gemäß sec. 380 CA dem Gesellschaftsregister binnen 15 Tagen nach der Beschlussfassung mitzuteilen sind. Weiter seien nur beispielshal-

---

105 Vgl. OLG Stuttgart, GmbHR 2000, 721.

106 Vgl. Van Hulle/Gesell, European Corporate Law, Part 2, XXV. Rn. 9.

107 Süß, DNotZ 2005, 180, 190.

Vgl. auch BGH, NZG 2005, 41. Die Entscheidung betrifft einen in Deutschland abgeschlossenen Treuhandvertrag über eine polnische GmbH. Der BGH neigt der Auffassung zu, auf diesen Vertrag § 15 Abs. 4 GmbHG anzuwenden.

108 Lembeck, in: Kalss, Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen in 14 europäischen Rechtsordnungen, 232; Süß, DNotZ 2005, 180, 190.

109 Vgl. Klein, Rpfler 2003, 629; Krause, NotBZ 1998, 171; Süß, DNotZ, 2005, 180. 182 ff.; Wachter, NotBZ 2004, 41; ders., MDR 2004, 611.

ber Änderungen des Gesellschaftsvertrags, Kapitalerhöhungen und –herabsetzungen, die gesellschaftsrechtliche Haftung der Gesellschafter und der Gesellschaftsorgane oder die Bestellung und Abberufung von Gesellschaftsorganen erwähnt. Hier ist eine Rechtsberatung im englischen Gesellschaftsrecht erforderlich. Zusätzlich ist darauf hinzuweisen, dass das englische Gesellschaftsrecht heute auch in Großbritannien als komplex und schwer zugänglich gilt und Änderungen geplant sind.<sup>110</sup> Die Komplexität wird allein schon daraus deutlich, dass der *Companies Act 1985*, der die englische *limited* regelt, 747 Paragraphen aufweist, während das deutsche GmbHG mit 87 Paragraphen auskommt. Diese Komplexität wird mit der Reform des englischen Gesellschaftsrechts durch die *Company Law Reform Bill* nicht beseitigt. Das Reformgesetz umfasst mehr als 900 Bestimmungen.<sup>111</sup> Aufgrund der fehlenden Konsolidierung, also der Einarbeitung der *Company Law Reform Bill* in den *Companies Act 1985* wird es zudem zu einem komplizierten Nebeneinander mehrerer Gesetzeswerke kommen.

## 2. Gründungskosten

Gründeragenturen behaupten vielfach, ein Vorteil der *limited* seien ihre geringeren Gründungskosten.<sup>112</sup> Die Marktpreise für die Errichtung einer *limited* betragen ca. zwischen 250 € und 2.500 €. Jedoch ist bei den günstigen Anbietern zu berücksichtigen, dass die Gründungspakete i.d.R. weder Übersetzungskosten noch die Kosten für eine Apostille der englischen Gründungsdokumente beinhalten. Beides ist für die Eintragung der Zweigniederlassung in Deutschland erforderlich.<sup>113</sup> Hinzu kommen noch die Kosten für die Eintragung der Zweigniederlassung in Deutschland.

---

110 Vgl. Dierksmeier/Scharbert, BB 2006, 1517, 1518; Lembeck, NZG 2003, 956; Wachter, GmbHR 2004, 88, 93.

In dem Vorwort zum Abschlussbericht des Secretary of State for Trade and Industry zur Reform des englischen Gesellschaftsrechts vom Juli 2002 heißt es: „When British company law was created in the nineteenth century, it was a source of advantage. Now it has become a competitive disadvantage. The law has become encrusted with amendments and case law over generations. It has failed to adapt to meet the changing role of small enterprises, IT an international markets.“ (vgl. [www.dit.gov.uk](http://www.dit.gov.uk))

111 Wachter, GmbHR 2006, R317, R318.

112 Vgl. die Go Ahead-Werbebrochure V/2006, 3.

113 Für die Übersetzung ergibt sich dies aus § 184 VVG. Für die Apostille: vgl. allgemein zur Anerkennung ausländischer Urkunden in Deutschland: Zimmermann, in: Brambring/Jerschke, Beck'sches Notarhandbuch, 4. Aufl. 2005, G Rn. 236 ff.

a.A.: LG Berlin DSiR 2004, 1493, wonach bei Urkunden des englischen Registrar of Companies eine Apostille generell entbehrlich sein soll.

Die notariellen Gründungskosten einer GmbH betragen je nach Auftrag zwischen 189 € und 399 € für die Mehr-Personen-GmbH bzw. 105 € und 315 € für die Einmann-GmbH, jeweils zzgl. Auslagen und Mehrwertsteuer.<sup>114</sup> Danach dürften die Kosten der Gründung einer *limited* unter Berücksichtigung der Eintragung einer Zweigniederlassung selten die Gründungskosten einer GmbH unterschreiten.<sup>115</sup> Beachtlich ist in diesem Zusammenhang, dass nach dem Referentenentwurf des MoMiG die geplante Herabsetzung des Mindestkapitals auf 10.000 € ausdrücklich zu keiner Reduzierung der Notarkosten führen soll. Geplant ist danach, in § 39 Abs. 4 KostO für die Beurkundung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen einen Mindestgeschäftswert von 25.000 € festzusetzen. Zudem soll in § 41a Abs. 1 Nr. 1 KostO der Mindestgeschäftswert für Erstanmeldungen von Kapitalgesellschaften ebenfalls 25.000 € betragen. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass andernfalls eine Herabsetzung des Mindestkapitals bei den Notaren zu einer Gebührenhöhe für Gründung und Anmeldung der GmbH führen würde, die dem tatsächlichen Arbeitsaufwand des Notars selbst in einfach gelagerten Fällen kaum gerecht würde.<sup>116</sup>

Insgesamt erscheinen daher die Notargebühren für eine GmbH-Gründung keinesfalls überhöht. Hinzu kommt, dass der Notar künftig bei der Gesellschaftsgründung eine weitere wichtige Funktion übernimmt. Gemäß § 12 Abs. 1 HGB in der Fassung des EHUG sind Handelsregisteranmeldungen künftig elektronisch in öffentlich beglaubigter Form an das Registergericht zu übermitteln. Dies geschieht auf der Grundlage eines technisch hohen Sicherheitsniveaus mittels der Technik einer qualifizierten elektronischen Signatur (§ 39a Satz 2 BeurkG). Der Notar übernimmt damit den Medientransfer der papiergebundenen notariellen Urkunde in eine elektronische notarielle Urkunde, um die elektronische Beauskunftung dieser Dokumente durch das Handelsregister zu gewährleisten. Zusätzlich liefert der Notar die erforderlichen Eintragungsdaten in einem strukturierten XML-Format, so dass künftig jeglicher Erfassungsaufwand bei Ge-

---

114 Demnach fallen folgende Gebühren an: Satzung der GmbH gemäß § 36 Abs. 1 KostO bei Einmann-GmbH (84 €) und gemäß § 36 Abs. 2 KostO bei Mehr-Personen-GmbH (168 €); Geschäftsführerbestellung gemäß § 47 KostO 168 €; Handelsregisteranmeldung § 38 Abs. 2 Nr. 7 42 €, Gesellschafterliste gemäß §§ 147 Abs. 2, 30 Abs. 1 KostO 21 €. Zwingend durch den Notar vorzunehmen ist nur die Beurkundung der Satzung und die Unterschriftsbeglaubigung bei der Handelsregisteranmeldung (gemäß §§ 45 Abs. 1 Satz 1, 41a Abs. 1 Nr. 1 KostO beträgt die Gebühr hier 21 €).

115 Ähnlich Happ/Holler, DStR 2004, 730, 734; Zöllner, GmbHR 2006, 1, 4.

116 Referentenentwurf, 87.

richt entfällt. Nach Prüfung der Anmeldung und der Eintragungsunterlagen kann damit die Handelsregistereintragung praktisch per Mouse-Klick verwirklicht werden und die Gesellschaftsgründung ist innerhalb weniger Stunden möglich.<sup>117</sup>

Zudem wird von den Gründeragenturen regelmäßig die allgemeine Standardsatzung (*Table A*) eingesetzt. Eine rechtliche Beratung und individuelle Gestaltung wie bei der notariellen Beurkundung finden nicht statt. Den Unternehmensgründern dürften so wichtige Themen wie die Vinkulierung von Anteilen (bei Mehr-Personen-Gründungen), die Nachfolge in den Anteil (Abtretungspflichten, Einziehung), die Höhe der Abfindung bei Ausscheiden oder Ausschlussgründe schlichtweg unbekannt sein. Die Beurkundungsbedürftigkeit der GmbH-Satzung und damit einhergehende rechtliche Gründungsberatung werden daher auch in der Literatur als Vorteil der deutschen GmbH genannt.<sup>118</sup> Die Satzungsautonomie im GmbH-Innenrecht (§ 45 Abs. 1 GmbHG) im Gegensatz zur Satzungsstrenge der AG (§ 23 Abs. 5 AktG) gilt gerade als der große Vorteil der Rechtsform der GmbH. Von diesem Vorteil sollte auch Gebrauch gemacht werden. Das Verwenden der Mustersatzung birgt derzeit noch ein weiteres Kostenrisiko. Der Unternehmensgegenstand ist aus in der Historie des englischen Gesellschaftsrechts liegenden Gründen sehr ausführlich gehalten.<sup>119</sup> Nach § 13g Abs. 3 HGB i.V.m. § 10 HGB ist eine Offenlegung dieses Unternehmensgegenstandes erforderlich. Der EuGH hat festgestellt, dass die Forderung eines Vorschusses von 3.000 € für die Veröffentlichungskosten nicht gegen europäisches Recht verstößt.<sup>120</sup> Die Höhe

---

117 Die Dauer der Eintragszeiten wird im internationalen Vergleich vielfach als ein wichtiger Wettbewerbsfaktor angesehen. Aus meiner Sicht wird dies überschätzt. Die gegenwärtigen Eintragszeiten von ca. 1-3 Wochen dürften für die Zwecke der meisten Unternehmensgründer ausreichend sein (ähnlich Römermann, GmbH 2006, 673, 674).

118 Happ/Holler, DStR 2004, 730, 734; Kallmeyer, DB 2004, 636.

119 Hintergrund ist die früher im englischen Gesellschaftsrecht geltende *ultra-vires-doctrine*. Diese sah eine im Außenverhältnis beschränkte Vertretungsmacht der directors auf den Unternehmensgegenstand vor. Um auch alle Hilfs- und Randtätigkeiten zu erfassen, wurde i.d.R. jeder erdenkliche Unternehmensgegenstand in der Satzung aufgenommen (vgl. Goulding, Principles of Company Law, 124 ff.). Die *ultra-vires-doctrine* beschränkt heute nicht mehr die Vertretungsmacht im Außenverhältnis (sec. 35 par. 1 CA). Ihre Abschaffung war auch eine europarechtliche Notwendigkeit, da die 1. gesellschaftsrechtliche Richtlinie (Publizitätsrichtlinie) vom 9.3.1968 (68/151/EWG) in Art. 9 Abs. 1, 2 den Grundsatz der unbeschränkten und unbeschränkaren Vertretungsmacht der Mitglieder des Vertretungsorgans der Gesellschaft statuiert.

120 EuGH, GmbH 2006, 707.

der Veröffentlichungskosten ergibt sich dabei aus dem umfangreichen Unternehmensgegenstand, der bei einer deutschen GmbH gerade nicht typisch ist.<sup>121</sup>

### 3. Laufende Verwaltungs- und Unterhaltungskosten

#### a) *Registered office und secretary*

Jede in England registrierte *limited* ist verpflichtet, in England ein *registered office* zu unterhalten (sec. 287 CA).<sup>122</sup> Handelt es sich um eine *limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland, handelt es sich hierbei vielfach um einen bloßen Briefkasten, dessen Unterhaltung aber ebenfalls Kosten erfordert.<sup>123</sup> Weitere Kosten entstehen für eine Anrufumleitung und für die Weitersendung der Post.<sup>124</sup>

Des Weiteren benötigt die *limited* auch einen *secretary* (sec. 283 par. 1 CA). Diese Rechtsfigur ist dem deutschen Gesellschaftsrecht fremd. Er ist für die Innenorganisation und Verwaltung der Gesellschaft zuständig.<sup>125</sup> U.a. ist er dafür verantwortlich, dass die Gesellschaft richtig zum englischen *Registrar of Companies* angemeldet wird, die Gesellschafterversammlungen und *board meetings* ordentlich ablaufen und dass die Protokollbücher und Register der Gesellschaft den gesetzlichen Angaben entsprechend geführt werden.<sup>126</sup> Da der *secretary* in keinem Fall zugleich einziger *director* sein darf (sec. 283 par. 2 CA), muss diese Person häufig zusätzlich bezahlt werden. Da die Tätigkeit des *secretary* eine gewisse Qualifikation erfordert und mit viel Verantwortung verbunden ist, werden in der Praxis oft auf das Gesellschaftsrecht spezialisierte Rechtsanwälte mit dieser Aufgabe betraut.<sup>127</sup> Hinzuweisen ist allerdings darauf,

---

121 Eine Änderung wird sich hierdurch durch die Reform des englischen Gesellschaftsrechts durch die Company Law Reform Bill (CLRB) ergeben, die voraussichtlich Anfang 2007 in Kraft treten wird. Gemäß clause 32 CLRB muss danach der Unternehmensgegenstand nicht mehr zwingend angegeben werden. Enthält der Gesellschaftsvertrag keine Regelung zum Unternehmensgegenstand, gilt er als unbeschränkt („unrestricted“). Vgl. Torwegge, GmbHR 2006, 919 ff.; Wachter, GmbHR 2006, R317 f.

122 Happ/Holler, DSr 2004, 730, 735.

123 Heckschen, GmbHR 2004, R25.

124 Happ/Holler, DSr 2004, 730, 735.

125 Just, Die englische limited in der Praxis, Rn. 89.

126 Ebert/Levedag, GmbHR 2002, 1337, 1341.

127 Happ/Holler, DSr 2004, 730, 735.

dass dieser kostenmäßige Nachteil entfallen wird, da nach der geplanten Reform des Rechts der englischen *limited* durch die *UK Company Law Reform Bill* das zwingende Vorhandensein eines *secretary* abgeschafft werden soll und dessen Aufgaben nunmehr die Gesellschaft und damit der *director* übernehmen sollen.<sup>128</sup>

## **b) Buchführung, Rechnungslegung, Jahresabschluss und Abschlussprüfung**

Auch die ausschließlich in Deutschland tätige englische *limited* untersteht hinsichtlich der Regeln zur Buchführung, der Rechnungslegung und der Abschlussprüfung englischem Recht.<sup>129</sup> Innerhalb von 10 Monaten nach Ende des Geschäftsjahres müssen die *directors* den – ggfs. geprüften –<sup>130</sup> Jahresabschluss vollständig beim *Companies House* hinterlegen, wo er von jedermann eingesehen werden kann. Zusätzlich muss der nach englischem Recht aufgestellte Jahresabschluss beim deutschen Handelsregister (§ 325a Abs. 1 Satz 1, 2 HGB) eingereicht werden bzw. ab dem 01.01.2007 auf der Grundlage des Gesetzes über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) beim Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers, damit eine Beauskunftung über das Unternehmensregister (§ 8b Abs. 2 Nr. 5 HGB) möglich ist. Die entsprechenden Unterlagen dürfen allerdings in englischer Sprache vorgelegt werden (§ 325a Abs. 1 Satz 4 HGB).

Da die Geschäftsleitung (§ 10 AO) der *limited* in Deutschland liegt, besteht eine Körperschaftsteuerpflicht nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG.<sup>131</sup> Daraus ergibt sich die Notwen-

---

Insbesondere sind folgende Register zu führen: sämtliche Gesellschafter (register of members, sec. 352 CA), sämtliche Direktoren (register of directors, sec. 288 CA), sämtliche secretaries (register of company's secretaries, sec. 288 CA), sämtliche Beteiligungen von Direktoren an Anteilen oder Schuldverschreibungen der Gesellschaft (register of directors' interests in the shares and debentures of the company, sec. 324, 325 CA), sämtliche Sicherheiten (register of charges, sec. 407 CA), sämtliche Niederschriften von Direktorensitzungen und Gesellschafterversammlungen (minutes of board meetings and of general meetings).

128 Kadel, MittBayNot 2006, 111, 113; Müller, DB 2006, 824, 828.

129 Binge/Thölke, DNotZ 2004, 21, 31; Müller, DB 2006, 824, 825; Römermann, NJW 2006, 2065, 2067; Westhoff, in: Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 17 Rn. 25 ff.

130 Grundsätzlich muss jede englische *limited* ihren Abschluss prüfen lassen (sec. 384 CA), es sei denn, ihr Umsatz liegt unter 5,6 Mio. Britische Pfund Sterling und ihre Bilanzsumme übersteigt nicht 2,8 Mio. Britische Pfund Sterling (sec. 249A par. 1, 3 CA).

131 Ausländische Kapitalgesellschaften mit Geschäftsleitung im Inland, die wie deutsche Kapitalgesellschaften strukturiert sind, wurden steuerrechtlich bislang nicht als Kapitalgesellschaften, sondern als sonstige Zweckvermögen des

digkeit, einen weiteren Jahresabschluss entsprechend der steuerbilanziellen Regeln des deutschen Rechts aufzustellen.

Die Pflicht zu einer doppelten Rechnungslegung dürften die Verwaltungskosten nicht senken. Insbesondere ist es nicht damit getan, den für das deutsche Finanzamt aufgestellten Jahresabschluss zu übersetzen. Die englischen Bilanzregeln weichen nämlich trotz aller Vereinheitlichung durch EU-Richtlinien<sup>132</sup> weiterhin von den deutschen ab.<sup>133</sup> Keinesfalls sollte der Gründer der *limited* die Kosten durch Nichteinreichung der englischen Rechnungslegung beim *Companies House* zu vermeiden versuchen. Denn zunächst drohen Geldstrafen gegen die *directors* (sec. 242 par. 2, 242A CA). In letzter Konsequenz droht auch die Amtslöschung der *limited* aus dem Register (sec. 652 CA).<sup>134</sup> Die Amtslöschung bewirkt, dass das in England belegene Vermögen der englischen Krone zufällt (sec. 654 par. 1 CA). Schwerwiegender für die i.d.R. kein nennenswertes Vermögen aufweisende *limited* mit Verwaltungssitz im Inland dürfte indes sein, dass mit der Löschung im Register die juristische Person nicht mehr besteht.

---

privaten Rechts qualifiziert (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. § 3 Abs. 1 KStG). Gleichwohl konnten sie in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtig sein, wenn sie nach einem Typenvergleich einer inländischen Kapitalgesellschaft entsprachen (BFH, GmbHR 1993, 184). Aufgrund der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist jedoch davon auszugehen, dass im Ausland gegründete Kapitalgesellschaften mit Geschäftsleitung im Inland den inländischen Kapitalgesellschaften in vollem Umfang gleichzustellen sind. Ein Typusvergleich ist nicht mehr vorzunehmen (Birk, IStR 2003, 469; Deininger, IStR 2003, 214; Müller, BB 2006, 837, 842; Wachter, Sonderheft GmbHR 2006 – Die Limited und andere EU-Gesellschaften im Praxistest, 25, 27 ff.; Wagner, GmbHR 2003, 684).

Im Rahmen des Gesetzes über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG) soll die Einordnung auch ausländischer Kapitalgesellschaften unter § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG ausdrücklich klar gestellt werden. Vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG-E in der Fassung des Regierungsentwurfs des SEStEG: „Kapitalgesellschaften (insbesondere Europäische Gesellschaften, Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung)“.

132 Im Bilanzrecht sind dabei insbesondere die 4. EG-Richtlinie vom 25.07.1978 (78/660/EWG), die 7. EG-Richtlinie vom 13.06.1983 (83/349/EWG) und die 8. EG-Richtlinie vom 10.04.1984 von Bedeutung.

133 Römermann, NJW 2006, 2065, 2067.

134 Happ/Holler, DStR 2004, 730, 736; Kallmeyer, DB 2004, 636, 637; Müller, DB 2006, 824, 826.

Römermann/Mönchmeyer, in: Römermann, Private Limited Company in Deutschland, 2006, D Rn. 136: „Eine Löschung kommt (...) erst nach mehrfacher schriftlicher Mahnung in Betracht. Erhält der registrar bei einer ersten schriftlichen Anfrage innerhalb eines Monats keine Antwort, so kann er die Gesellschaft innerhalb von 14 Tagen erneut zur Information auffordern. Erhält er innerhalb des folgenden Monats noch immer keine Antwort, so wird eine Mitteilung in der Gazette mit der Ankündigung der Löschung veröffentlicht. Gleichzeitig wird der Gesellschaft auf dem Postweg mitgeteilt, dass sie innerhalb von drei Monaten gelöscht werde, wenn nicht ihre Geschäftstätigkeit nachgewiesen werde.“

Damit ist auch der Haftungsschirm entfallen. Für Verbindlichkeiten, die die *limited* nach der Amtslöschung eingeht, droht damit eine persönliche Haftung der Gesellschafter.<sup>135</sup>

### c) Rechtsberatung

Folge des Betreibens einer unternehmerischen Tätigkeit in einer ausländischen Rechtsform ist, dass Gesellschafter und Geschäftsführer bei sämtlichen, dem Gesellschaftsstatut unterliegenden Fragen die Vorgaben des englischen Gesellschaftsrechts beachten müssen.<sup>136</sup> Hier dürfte es häufig schwierig, insbesondere aber auch teuer sein, kompetente Rechtsberatung zu erhalten. Zwar können selbstverständlich deutsche Rechtsanwälte oder Notare Beratungen im englischen Gesellschaftsrecht vornehmen. Verpflichtet hierzu sind sie aber nicht.<sup>137</sup> Zudem schließen oft Haftpflichtversicherungen einen Versicherungsschutz für Beratungen im ausländischen Recht aus.<sup>138</sup> Internationale Großkanzleien haben selbstverständlich auch angesichts ihrer Standorte in England keine Probleme, Rechtsrat zum englischen Gesellschaftsrecht zu erteilen. Jedoch sind die Beraterhonorare auch entsprechend hoch.

Für verschiedene Streitigkeiten ist zudem eine zwingende Zuständigkeit des englischen Gerichts gegeben. Nach Art. 22 Nr. 3 EuGVVO (Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsordnung) sind für Klagen, welche die Gültigkeit von Eintragungen in öffentliche Register zum Gegenstand haben, ausschließlich die Mitgliedstaaten zuständig, in denen das Register geführt wird. Wichtiger für das Gesellschaftsrecht ist noch Art. 22 Nr. 2 EuGVVO. Die Vorschrift begründet für bestimmte gesellschaftsrechtliche Binnenstreitigkeiten eine ausschließliche Zuständigkeit. Dies betrifft „Klagen, welche die Gültigkeit, die Nichtigkeit oder die Auflösung einer Gesellschaft oder juristischen Person“ betreffen sowie Klagen, welche „die Gültigkeit der Beschlüsse ihrer Organe zum Gegenstand haben“. Nach Art. 23 EuGVVO sind Zuständigkeitsvereinbarungen zugunsten anderer Gerichte in diesem Bereich ausgeschlossen. Hinzuweisen

---

<sup>135</sup> Vgl. Zu den haftungsrechtlichen Rechtsfolgen bei einer Löschung der Gesellschaft aus dem englischen Register: Mansel, in: Liber Amicorum Gerhard Kegel, 111 ff.

<sup>136</sup> Vgl. Abschnitt C.I.1.

<sup>137</sup> Für Rechtsanwälte ergibt sich dies aus der Freiheit, ein Mandat auch ablehnen zu können. Notare trifft hingegen der Urkundsgewähranspruch aus § 15 BNotO. Jedoch ist für ausländisches Recht die Pflicht der Rechtsberatung nach § 17 Abs. 3 Satz 2 BeurkG eingeschränkt.

<sup>138</sup> Happ/Holler, DStR 2004, 730, 734.

ist zudem darauf, dass die Prozessführungskosten in England um etwa das Zehnfache höher liegen als in Deutschland.<sup>139</sup> Dieses große Kostenrisiko führt jedoch dazu, dass die Parteien von einer Prozessführung abgeschreckt werden und sich lieber vergleichen oder ein Schiedsverfahren zur Streitlösung wählen.

## **II. Defizite des Rechts der englischen *limited***

### **1. Transparenz und Publizität**

Das englische Gesellschaftsrecht weist Defizite bei der Transparenz der Vertretungs- und der Beteiligungsverhältnisse auf.

#### **a) Transparenz der Vertretungsverhältnisse**

Der Rechtsverkehr hat ein erhebliches Interesse daran, die Vertretungsberechtigung von für die Gesellschaft handelnden Personen leicht nachprüfen zu können. Daher werden im deutschen Handelsregister sowohl die Person der Geschäftsführer als auch die Art ihrer Vertretungsberechtigung eingetragen (§ 10 Abs. 1 GmbHG). Durch Einsicht in das Registerblatt, die ab dem 01.01.2007 deutschlandweit online erfolgen kann, hat der Rechtsverkehr in einem sehr einfachen Verfahren die Möglichkeit, sich über die Vertretungsverhältnisse zu informieren. Dabei kann man sich i.d.R. auch auf die Richtigkeit von Eintragungen verlassen, da diese erst nach einer Identitäts- und Authentizitätsprüfung der anmeldenden Person (§ 12 HGB) erfolgt und zudem das deutsche Registergericht auch umfassend die Richtigkeit der Eintragungsunterlagen überprüft.<sup>140</sup>

Im *Companies House* wird auf dem Registerblatt hingegen nur die Person des *directors* eingetragen, nicht hingegen die Art seiner Vertretungsmacht. Diese muss erst durch Durchsicht der weiteren eingereichten Unterlagen wie Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschlüsse ermittelt werden. Zudem kann auf die Richtigkeit von Eintragungen im *Companies House* nicht vertraut werden. Aufgrund der fehlenden Identitäts- und Authentizitätsprüfung bei der Anmeldung sind bereits Fälle von „*Company*

---

<sup>139</sup> Lippe-Weissenfeld, in: Römermann, Private Limited Company in Deutschland, F Rn. 2.

<sup>140</sup> Keidel/Krafka/Willer, Registerrecht, 6. Aufl. 2003, Rn. 153 ff.

*hijacking*“ oder „*Company identity theft*“ aufgetreten, wonach nicht berechnigte Personen Eintragungen hinsichtlich fremder Gesellschafter veranlasst haben. Zudem sind die Prüfungsbefugnisse des englischen Registerrichters beschränkt: Eine materielle Rechtmäßigkeitskontrolle findet nicht statt.<sup>141</sup> Auch ist der *registrar* nicht zur Beweis-erhebung (*judicial inquiry upon evidence*) berechnigt. Weitergehende Prüfungsrechte sind ihm nur in Bezug auf den Namen der Gesellschaft und auf die Rechtmäßigkeit des Gesellschaftszwecks (*lawful object*) eingeräumt. Insgesamt weist das *Companies Register* eher den Charakter einer staatlich geführten Unternehmensdatenbank als den eines öffentlichen Registers auf.

Noch schwerwiegender ist, dass für die Feststellung der Art der Vertretungsmacht eine Einsicht in das Register beim *Companies House* nicht genügt. Zwar wäre es auch im englischen Recht möglich, Regelungen zu Einzel- und Gesamtvertretungsmacht in der Satzung oder in Gesellschafterbeschlüssen vorzunehmen. Dies ist aber absolut unüblich. Es bleibt regelmäßig bei der gesetzlichen Regelung, wonach die Vertretungsbe-rechtigung beim *board* liegt. Damit gilt Gesamtvertretungsmacht. Konkrete Vertretungsregelungen werden hingegen i.d.R. auf der Ebene einer „Geschäftsführerver-sammlung“ (*board resolution*) festgelegt. In der Mustersatzung *Table A* (Art. 72) ist beispielsweise vorgesehen, dass das *board of directors* Geschäftsführungsbefugnisse auf einzelne *director*<sup>142</sup> oder ein *committee of directors* delegieren kann. Die Ebene der Geschäftsführer ist daher zur Feststellung der konkreten Vertretungsverhältnisse sehr viel bedeutsamer als die Ebene des Gesellschaftsvertrags und der Gesellschafterbeschlüsse. Für die Publizität der Vertretungsverhältnisse ist dies insofern proble-matisch, als die *board resolutions* nicht zum *Companies House* eingereicht werden, sondern bei der Gesellschaft in einem sog. *minute book* vom *secretary* verwahrt werden (sec. 383 CA). Diese Protokolle stehen aber nur den Gesellschaftern zur Einsicht zur Verfügung, nicht dem allgemeinen Rechtsverkehr.<sup>143</sup> Im Ergebnis sieht sich das englische Recht gezwungen, durch sehr weit gehende Rechtsscheinsvollmachten Verkehrsschutz zu gewährleisten (sec. 35A CA).<sup>144</sup>

---

141 Knechtel, in: Knechtel/Reichelt/Zib, Europäisches Handelsregister, 103.

142 Häufig wird dieser dann *managing director* genannt. Es handelt sich indes nicht um einen feststehenden Rechts-begriff.

143 Römermann/Mönchmeyer, in: Römermann, Private Limited Company in Deutschland, B Rn. 141.

144 Heinz, ZNotP 2000, 410, 411; Kadel, MittBayNot 2006, 111, 106.

Konsequenz dieser Mängel bei der Registerführung und der Publizität der Art der Vertretungsmacht ist eine Erhöhung der Transaktionskosten. Vor wichtigen Rechtsgeschäften ist jeweils eine *due diligence* hinsichtlich der Vertretungsverhältnisse erforderlich. Hier wird i.d.R. auf eine Bescheinigung eines englischen Notars (*scrivener* oder *general notary*) zurückgegriffen.<sup>145</sup> Diese kosten je nach Aufwand zwischen 150 und 300 Pfund.<sup>146</sup> Hingegen kostet beispielsweise die Bescheinigung eines deutschen Notars über die Vertretungsverhältnisse (§ 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNotO) nach § 150 Nr. 1 KostO 13 € (zzgl. USt). Aufgrund der Defizite des englischen Registerrechts dürfte der Notar die Feststellung der Vertretungsberechtigung des *director* einer englischen *limited* wohl nicht in der Form des § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNotO treffen.<sup>147</sup>

## **b) Publizität der Gesellschaftereigenschaft**

An dem rechtsicheren Feststellen der Gesellschaftereigenschaft besteht ein erhebliches Interesse. Die Kenntnis der Gesellschaftereigenschaft dient zunächst dem Gläubigerschutz. Den Gesellschafter einer GmbH treffen vielfältige Pflichten zum Schutze der Gesellschaftsgläubiger, insbesondere im vermögensrechtlichen Bereich (Kapitalaufbringung und -erhaltung). Er haftet für Pflichtverletzungen auf Schadensersatz. Hervorzuheben ist die Haftung für Existenzvernichtung oder allgemein für einen Missbrauch der Haftungsbeschränkung (*piercing the corporate veil*). Die genaue Kenntnis des Gesellschafters verdeutlicht somit die Verantwortungsstellung nach außen. Firmenbestattungen werden hierdurch erschwert. Diese Festlegung des Verantwortungsbereichs dient ebenfalls dem Schutz der Gesellschaft. Ebenso muss die Gesellschaft in dem internen Verkehr Gesellschaft/Gesellschafter aufgrund der Vielzahl der Rechtsbeziehungen wissen, wer Gesellschafter ist. Dieser Gedanke steht auch hinter § 16 GmbHG.<sup>148</sup> Die genaue Feststellung der Gesellschaftereigenschaft und die Rückverfolgbarkeit der Gesellschafterstellung verringern die Kosten einer *due diligence* im Fall der Anteilsübertragung.

---

145 Heinz, ZNotP 2000, 410, 415; Mankowski, in: Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 12 Rn. 104 ff.

146 Mankowski, in: Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2005, § 12 Rn. 105; Lippe-Weißfeld, in: Römermann, Private Limited Company in Deutschland, C Rn. 65.

147 Heckschen, NotBZ 2004, 26; Ries, ZIP 2004, 2382; Wachter, ZNotP 2005, 122, 128.

148 Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 16 Rn. 1.

Auch die Feststellung der Gesellschafterstellung ist bei der englischen *limited* schwierig. Es gibt danach ein Verzeichnis der Gesellschafter (*register of members*), in dem die Gesellschafter mit Namen, Adressen, Geschäftsanteilen, das jeweils eingezahlte Kapital sowie Eintritt und Austritt verzeichnet sind (sec. 352 f. CA). Dieses Verzeichnis wird indes nicht zum *Companies House* eingereicht, sondern es wird von der Gesellschaft geführt. Anders als beim *Companies House* oder ab dem 01.01.2007 flächendeckend bei den deutschen Registergerichten muss eine Online-Einsicht nicht notwendigerweise ermöglicht werden. Das Gesellschafterregister muss nicht einmal am *registered office* vorgehalten werden. Es genügt auch ein anderer Ort.<sup>149</sup> Hier haben Dritte dann ein Einsichtsrecht.

Hingegen wird in Deutschland die Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG). Sie ist dort für jedermann einsehbar. Der Referentenentwurf des MoMiG sieht eine Stärkung dieser Liste vor entsprechend dem modernen gesellschaftsrechtlichen Ansatz, eine Publizität der Beteiligungsverhältnisse insbesondere aus Gründen des Gläubigerschutzes sicher zu stellen. Danach soll zum einen künftig im Verhältnis zur GmbH nur derjenige als Gesellschafter gelten, der in der zum Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste als Gesellschafter aufgeführt ist (§ 16 Abs. 1 GmbHG-E). Zum anderen dient die Gesellschafterliste als Grundlage für den gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen.<sup>150</sup> Ist eine Eintragung in die Gesellschafterliste für mindestens drei Jahre unbeanstandet geblieben, gilt der Inhalt der Liste dem Erwerber gegenüber als richtig. Nur seine positive Kenntnis von der Unrichtigkeit schadet (§ 16 Abs. 3 GmbHG-E). Die grundsätzliche Eignung der Gesellschafterliste als Rechtsscheinsträger ergibt sich daraus, dass bei sämtlichen Veränderungen im Gesellschafterbestand, an denen der Notar mitgewirkt hat, insbesondere also in Fällen der Anteilsübertragung und bei umwandlungsrechtlichen Maßnahmen, die Liste künftig durch den Notar einzureichen ist. Zugleich muss sie mit einer Bestätigung des Notars versehen sein, dass er an den Veränderungen mitgewirkt und die geänderte Liste den Geschäftsführern übermittelt hat, die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der bisherigen Liste übereinstimmen und aus den ihm vorliegenden Unterlagen nichts

---

149 Römermann/Mönchmeyer, in: Römermann, Private Limited Company in Deutschland, B Rn. 139.

150 Allgemein zu Konzepten für den gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen: Grunewald/Gehling/Rodewig, ZIP 2006, 685.

ersichtlich ist, was die Richtigkeit der Liste in Frage stellt (§ 40 Abs. 1 Satz 2, 3 GmbHG-E). Anders als nach der gegenwärtigen Praxis darf die geänderte Liste zudem erst nach einem Wirksamwerden des Wechsels im Gesellschafterbestand dem Registergericht übermittelt werden. Zustimmungserfordernisse und der Eintritt aufschiebender Bedingungen für das Wirksamwerden der Abtretung müssen daher abgewartet werden. Die Mitwirkung des Notars bei der Erstellung der Liste erhöht deren Richtigkeitsgewähr.<sup>151</sup> Erst sie bewirkt eine seriöse und verlässliche Publizität der Gesellschaftereigenschaft. Zugleich macht sie eine Prüfung der inhaltlichen Richtigkeit der mit Bestätigungsvermerk des Notars versehenen Liste durch das Registergericht entbehrlich. Die Mitwirkung des Notars bei Veränderungen im Gesellschafterbestand macht so das Verfahren „besonders einfach und unbürokratisch“.<sup>152</sup> Dabei dient die Einführung des gutgläubigen Erwerbs der Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der deutschen GmbH, indem *due diligence* Kosten bei Anteilsübertragungen vermindert werden können.<sup>153</sup>

## 2. Kapitalschutzrecht und Gläubigerschutz

Das Recht der englischen *limited* weist Defizite im Schutz der Gesellschaftsgläubiger auf.<sup>154</sup> Die durch das liberale Kapitalaufbringungsrecht insbesondere bei Sacheinlagen und den Verzicht auf das Mindestkapital entstehenden Schutzlücken<sup>155</sup> werden nicht durch andere gläubigerschützende Tatbestände kompensiert.

### a) Vermögensbindung

Aus Sicht des Gläubigerschutzes positiv zu bewerten ist, dass das Recht der englischen *limited* eine stärkere Bindung des Gesellschaftsvermögens kennt als das Recht der deutschen GmbH (§ 30 Abs. 1 GmbHG). Gemäß sec. 263 par. 1 CA dürfen Vermögenswerte aus dem Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter nur ausgeschüttet werden, wenn das aus verfügbaren Gewinnen erfolgt. Verluste aus früheren Perio-

---

151 Referentenentwurf, 60; Noack, DB 2006, 1475, 1478; Seibert, ZIP 2006, 1157, 1160.

152 Referentenentwurf, 60.

153 Grunewald/Gehling/Rodewig, ZIP 2006, 685.

154 Ähnlich in der Bewertung: Fleischer, DStR 2000, 1015, 1019 f.; Wilhelmi, GmbHR 2006, 13, 17 ff.

155 Vgl. bereits Abschnitt C.I.1.

den müssen vorher ausgeglichen werden. § 30 Abs. 1 GmbHG verbietet hingegen nur eine Ausschüttung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens. Auf den ersten Blick scheint diese formaljuristisch strengere Vermögensbindung praktisch keinen großen Unterschied zu machen, da ein über 1 Pfund hinausgehendes Mindeststammkapital bei der *limited* ja nicht aufgebracht wird und es insofern kein schützenswertes Stammkapital gibt. Unter Berücksichtigung des Bilanzrechts ergibt sich aber insofern ein Unterschied, als ein Verbot der Ausschüttung nicht nur bei einem etwaigen gezeichneten Kapital besteht, sondern auch bei anderen Kapitalrücklagen. Jedoch dürfte die Eigenkapitalausstattung von 1-Pfund-*limiteds* sehr gering sein, so dass sec. 263 par. 1 CA keine sachgerechte Kompensation für das Fehlen von Mindestkapital darstellt. Unzulässige Ausschüttungen führen zu einer verschuldensabhängigen Haftung des *director*.<sup>156</sup> Sie ist ein Unterfall der allgemeinen Haftung für eine Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflicht des *director* (*duty of care and skill*). Der *director* hat grundsätzlich den durch die unzulässige Ausschüttung verursachten Schaden zu erstatten. Das kann von den Kosten der Rückforderung beim Gesellschafter bis zur gesamten Ausschüttungssumme reichen. Neben dem *director* haftet auch der Empfänger.<sup>157</sup> Zum einen kann der Rückforderungsanspruch aus sec. 277 CA gegen unmittelbare bösgläubige Empfänger eingreifen. Fallrechtlich hat sich zudem ein Rückforderungsanspruch aufgrund eines gedachten Treuhandverhältnisses (*constructive trust*) entwickelt.<sup>158</sup> Dieser Anspruch richtet sich auch gegen mittelbare Empfänger.

#### **b) *Wrongful and fraudulent trading* (sec. 213, 214 IA)**

Der Haftungstatbestand der sec. 213 IA greift ein, wenn die Geschäfte der Gesellschaft mit der Absicht, Gläubiger der Gesellschaft oder Gläubiger einer anderen Person zu täuschen, oder zu einem betrügerischen Zweck fortgeführt werden. Große Bedeutung hat der Haftungstatbestand praktisch indes nicht erlangt, da die Gerichte an den Nachweis der subjektiven Tatbestandsseite der betrügerischen Absicht seit jeher hohe Anforderungen gestellt haben und einschlägige Klagen dementsprechend

---

<sup>156</sup> Vgl. Schall, DStR 2006, 1229, 1231 f.

<sup>157</sup> Vgl. Schall, DStR 2006, 1229, 1234.

<sup>158</sup> Mayson/French/Ryan, Company Law, 22. Aufl. 2005, 547 f., 610 ff.

häufig an Beweisschwierigkeiten gescheitert sind.<sup>159</sup> Dies wurde aus der Sicht des Gläubigerschutzes als unbefriedigend empfunden.<sup>160</sup> In der Tat ist ein derartiger Rechtszustand nicht hinnehmbar. Aus deutscher Sicht wäre dies so, als existiere die Haftung nach §§ 823 Abs. 2 BGB, 64 Abs. 1 GmbHG bzw. § 64 Abs. 2 GmbHG wegen Verletzung der Insolvenzantragspflicht nicht. Denn gerade bei Gesellschaften mit Haftungsbeschränkung besteht in der Krise und erst recht nach Eintritt der Überschuldung ein starker Anreiz für Gesellschafter und Geschäftsführungsorgane, die Geschäfte in jedem Fall fortzuführen. Denn während etwaige Gewinne den Gesellschaftern zugute kommen, treffen weitere Verluste nach Aufzehrung des Eigenkapitals die Gläubiger.<sup>161</sup> Aus diesem Grund wurde zusätzlich der Haftungstatbestand für *wrongful trading* (sec. 214 IA) im Jahr 1986 in das Gesetz eingeführt.<sup>162</sup>

Die Haftung aus *wrongful trading* trifft den Geschäftsleiter einer insolventen *company*, wenn er seit Kriseneintritt nicht jeden möglichen Schritt unternommen hat, um den Schaden für die Gesellschaftsgläubiger möglichst gering zu halten, wofür ihm die Beweislast obliegt. In subjektiver Hinsicht setzt die Krisenverschleppungshaftung voraus, dass der Geschäftsleiter die Unvermeidbarkeit der Insolvenz vorhergesehen hatte oder hätte vorhersehen können (*no reasonable prospect of avoiding insolvent liquidation*). Nach den tatbestandlichen Voraussetzungen stellt somit die Haftung für *wrongful trading* eine Verhaltensanforderung für einen vor der Insolvenzreife liegenden Zeitpunkt auf. Eine derartige Vorverlagerung des Gläubigerschutzes ist an sich auch rechtspolitisch wünschenswert, da er die Chancen einer Sanierung angeschlagener Unternehmen zu erhöhen hilft bzw. das Eingehen weiterer Verbindlichkeiten bei absehbarer aussichtsloser Lage der Gesellschaft zu vermeiden hilft. Bislang blieb diese Vorverlagerung aber bloße Theorie des Gesetzgebers. Die englische Spruchpraxis blieb zurückhaltend und bejaht eine Haftung nur sehr restriktiv.<sup>163</sup> Insbesondere bereitet die Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunkts, ab dem keine vernünftige Aussicht auf Abwendung der insolvenzbedingten Liquidation mehr besteht (sog. *moment of*

---

159 Fleischer, AG 1999, 350, 355 f.; ders., DSIR 2000, 1015, 1018; Habersack/Verse, ZHR 168 (2004), 174, 177.

160 Bericht des Jenkins Committee, Report of the Company Law Committee, Rn. 503 (b).

161 Habersack/Verse, ZHR 168 (2004), 174, 178.

162 Zur Gesetzgebungsgeschichte: Habersack/Verse, ZHR 168 (2004), 174, 177 ff.

163 Habersack/Verse, ZHR 168 (2004), 174, 184 ff.; Wilhelmi, GmbHR 2006, 13, 17.

*truth*), in der Praxis große Schwierigkeiten.<sup>164</sup> Der *moment of truth* wird vergleichsweise erst spät angenommen. Für die englische Rechtspraxis maßgeblich ist offenbar i.d.R. weder die Zahlungsunfähigkeit noch die Überschuldung, sondern eine negative Fortbestehensprognose.<sup>165</sup> Ein Vergleich der bisherigen britischen Spruchpraxis mit der Insolvenzverschleppungshaftung in Deutschland zeigt dabei rein tatsächlich keine Vorverlagerung der Haftung, sondern regelmäßig ein späteres Eingreifen.<sup>166</sup>

Auch dürfte nach den rechtlichen Vorgaben sec. 214 IA keine Vorverlagerung des Gläubigerschutzes im Vergleich zu § 64 GmbHG bewirken.<sup>167</sup> Denn der tatbestandlich definierte Anwendungsbereich der *wrongful trading*-Haftung erinnert stark an den ursprünglichen modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff.<sup>168</sup> Für diesen war neben einer Gegenüberstellung von Aktiva und Passiva der Gesellschaft eine Prognose hinsichtlich der Überlebensfähigkeit der Gesellschaft maßgeblich. Die gesetzliche Rückkehr zu einem bilanziellen Überschuldungsbegriff in § 19 Abs. 2 InsO soll nach dem Willen des Gesetzgebers der Überschuldungstatbestand insgesamt zeitlich nach vorne verlagern.<sup>169</sup> Keinesfalls ergibt sich aber aus dem englischen Recht eine Vorverlagerung auf den Zeitpunkt der Krise der Gesellschaft (§§ 32a, b GmbHG).

### **c) Duty for (the benefit of the) creditors**

Neben der Haftung aus *wrongful trading* existieren in England auch Ansprüche nach *common law* wegen der Verletzung von *directors' duties*, da diese mit zunehmender Insolvenznähe nicht mehr allein auf die Interessen der Gesellschaft, sondern auch auf diejenigen der Gläubiger gerichtet sind.<sup>170</sup> Die Pflicht des *director*, das Gläubigerinteresse zu berücksichtigen greift theoretisch früher als die Insolvenzreife oder die Haftung für *wrongful trading* ein. Im praktischen Ergebnis dürften sich jedoch keine Unterschiede ergeben. Denn die Ausfüllung des Haftungstatbestands bleibt diffus. Er ist zu

---

164 Habersack/Verse, ZHR 168 (2004), 174, 184.

165 Wilhelmi, GmbHR 2006, 13, 17.

166 Habersack/Verse, ZHR 168 (2004), 174, 187 f.

167 Haas, Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes, Gutachten E zum 66. Deutschen Juristentag Stuttgart, 2006, 28 f. A.A. Triebel/Otte, ZIP 2006, 311, 314.

168 BGHZ 119, 201, 214.

169 BT-Drs. 12/2443, 115.

170 Habersack/Verse, ZHR 168 (2004), 174, 199; Schall, DSIR 2006, 1229 f.

unbestimmt. Offen ist insbesondere, welches Gewicht den Interessen der Gläubiger gegenüber denjenigen der Gesellschaft zukommt. Zudem muss eine Abgrenzung zur Haftung aus *wrongful trading* bleiben, die grundsätzlich das Pflichtenprogramm des Geschäftsleiters im Zusammenhang mit der Krise der Gesellschaft umschreibt. Es wäre dogmatisch verfehlt, hier einfach eine Vorverlagerung durchzuführen. Insgesamt bewirken diese *common law*-Grundsätze somit keinen effektiven Gläubigerschutz.

#### **d) Fazit**

Der Gläubigerschutz in der englischen *limited* bleibt hinter dem Niveau des Rechts der deutschen GmbH zurück. Das Fehlen eines Mindestkapitals sowie eines Rechts zu kapitaleretzenden Gesellschafterdarlehen wird nicht durch andere Haftungstatbestände wie *fraudulent trading*, *wrongful trading*, *directors' duties for the benefit of the creditors* und *piercing the corporate veil* kompensiert. Diese Haftungstatbestände bleiben entweder hinter dem deutschen Schutzniveau zurück oder erreichen allenfalls dessen Niveau. Bedenklich ist dies deshalb, weil eine Verfassung einer haftungsbeschränkten Rechtsform stets auf einen Kompromiss beruht zwischen dem Interesse der Gesellschafter, deren unternehmerische Tätigkeit nicht durch zu weit gehende Haftungstatbestände eingeschränkt werden darf, und den Interessen der Gläubiger, die nicht geschädigt werden sollen. Nur unter dieser Voraussetzung wird eine Rechtsform allgemein akzeptiert. Zu berücksichtigen ist zudem, dass nach dem Referentenentwurf des MoMiG der Gläubigerschutz weiter gestärkt werden soll, da hier aufgrund der hohen Forderungsausfallquoten und der großen Zahl an masselosen Insolvenzen sowie aufgrund von Missbrauchsfällen wie den Firmenbestattungen Schutzlücken gesehen werden.<sup>171</sup> Die aus unserer Sicht bestehenden Schutzlücken sind nur auf der Grundlage der englischen Rechtstradition erklärbar, die auf einen individualvertraglichen Schutz der Gläubiger durch Stellung von Sicherheiten und Vereinbarung von *covenants* abstellt. Bewegt sich eine englische *limited* im deutschen Rechtsverkehr, sollten sich ihre Vertragspartner dieser Rechtstradition anpassen. Freilich sind hier die Schutzlücken nicht so ausgeprägt wie bei der *limited* mit Verwaltungssitz in England,

---

<sup>171</sup> Referentenentwurf, 33.

da die Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen und § 64 GmbHG Anwendung finden dürften.<sup>172</sup>

### **3. Stamp duty**

Wenig beachtet wird zudem, dass bei der Übertragung von *limited*-Anteilen unabhängig von einem etwaigen Veräußerungsgewinn eine sog. Stempelsteuer (*stamp duty*) in Höhe von 0,5% des für die Anteile bezahlten Kaufpreises fällig wird, die der Erwerber zu zahlen hat.<sup>173</sup> Diese übersteigt schon bei mittleren Anteilswerten die degressiv gestaffelten Gebühren für die notarielle Beurkundung.

## **E. Gläubigerschutz und der Referentenentwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)**

### **I. Kurzdarstellung einzelner gläubigerschützender Maßnahmen**

Die Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes bildet neben der Erhöhung der Attraktivität der Rechtsform der GmbH einen Schwerpunkt der GmbH-Reform.<sup>174</sup> Es ist unmöglich, im Rahmen des Vortrags auf sämtliche Maßnahmen im Detail einzugehen. Daher soll nur ein kurzer Überblick über einzelne Maßnahmen der Reform des Gläubigerschutzes gegeben werden. Im Zentrum des Referentenentwurfs steht bei den gläubigerschützenden Maßnahmen das Bemühen, Firmenbestattungen<sup>175</sup> einzudämmen.

#### **1. Beschleunigung der Rechtsverfolgung gegenüber den Gesellschaften**

Die Rechtsverfolgung gegenüber den Gesellschaften soll beschleunigt werden. Daher ist bei Gründung der GmbH eine inländischen Geschäftsanschrift in der Handelsregisteranmeldung anzumelden (§ 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG-E), die in das Handelsregister eingetragen wird (§ 10 Abs. 1 Satz 1 GmbHG-E). An die Vertreter der Gesellschaft

---

<sup>172</sup> Vgl. Abschnitt C.III.3.

<sup>173</sup> Van Hulle/Gesell, European Corporate Law, Part 2, XXV. Rn. 9.

<sup>174</sup> Referentenentwurf, 33.

<sup>175</sup> Ausführlich zu den Techniken von Firmenbestattern Seibert, in: Festschrift für Volker Röhrich, 585 ff.

können unter der im Handelsregister eingetragenen Geschäftsanschrift wirksam Willenserklärungen abgegeben und Schriftstücke zugestellt werden (§ 35 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E).

Nach § 10 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E besteht daneben künftig die Möglichkeit, eine weitere empfangsberechtigte Person der Gesellschaft für Zustellungen zu benennen und im Handelsregister einzutragen. Diese Möglichkeit ist rein fakultativ. Zustellungen können auch an diese Person vorgenommen werden (§ 35 Abs. 1 Satz 3 GmbHG-E).

Wenn unter der angegebenen und im Handelsregister verlautbarten Anschrift sowie auch unter der Anschrift nach § 10 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E – sofern überhaupt vorhanden – eine Zustellung rein faktisch nicht möglich ist, weil beispielsweise die Geschäftsräume gar nicht mehr existent sind, wird die öffentliche Zustellung erleichtert. Insbesondere kann diese im Inland bewirkt werden (§§ 15a HGB-E, 185 Nr. 2 ZPO-E).<sup>176</sup>

Flankiert wird das Ganze durch die Regelung des § 35 Abs. 2 Satz 4 GmbHG-E, die den Fall der Führungslosigkeit der Gesellschaft (Gesellschaft ohne Geschäftsführer) betrifft. Wichtig ist diese Regelung, die die Vertretung der Gesellschaft durch die Gesellschafter regelt im Hinblick auf § 170 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Danach kann bei juristischen Personen nur an den gesetzlichen Vertreter zugestellt werden.

## **2. Subsidiäre Insolvenzantragspflicht der Gesellschafter**

### **(§ 64 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E)**

Bisher kann die Insolvenzantragspflicht durch „Abtauchen“ der Geschäftsführer unterlaufen werden. Künftig werden die Gesellschafter im Fall der Führungslosigkeit oder bei unbekanntem Aufenthalt der Geschäftsführer verpflichtet, bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung einen Insolvenzantrag zu stellen. Entlasten können sie sich nur dadurch, dass sie nachweisen, weder Kenntnis vom Insolvenzgrund noch von der

---

<sup>176</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung im Einzelnen: Seibert, ZIP 2006, 1157, 1165 f.

Führungslosigkeit gehabt haben.<sup>177</sup> Die Gesellschafter werden hierdurch sehr stark in die Pflicht genommen. Es ist eine bewusste Entscheidung des Referentenentwurfs<sup>178</sup>, eine Insolvenzantragspflicht des Gesellschafters mit der Haftungssanktion nach §§ 823 Abs. 2 BGB, 64 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E bereits vorzusehen, wenn der Gesellschafter entweder den Insolvenzgrund oder die Führungslosigkeit kennt. Dahinter steht der Gedanke, dass der Gesellschafter, der Kenntnis vom Insolvenzgrund hat, Anlass hat nachzuforschen, warum der Geschäftsführer keinen Insolvenzantrag stellt. Umgekehrt hat der Gesellschafter, der die Führungslosigkeit kennt, einen Anlass nachzuforschen, wie es um die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft steht.

### **3. Bestellungshindernisse für Geschäftsführer**

#### **(§ 6 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E)**

Der Katalog der Bestellungshindernisse (§ 6 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E) wird erweitert. Zusätzlich zu der bereits geltenden Unvereinbarkeit bei Verurteilungen nach §§ 283-283d StGB werden Verurteilungen nach den §§ 399-401, AktG, 82, 84 GmbHG als weitere Gründe eingeführt.<sup>179</sup> Eine Einschränkung ergibt sich jedoch auch insofern, als zukünftig nur noch eine vorsätzliche Begehung einen Inhabilitätsgrund darstellt.

Der Gesetzgeber bleibt mit der Regelung im Referentenentwurf damit hinter den weitergehenden Vorstellungen zurück, die im Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz – FoSiG) formuliert worden sind. Danach begründen auch Straftaten nach §§ 263-264a, 265b-266a Abs. 1, 2 StGB bei einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ein Bestellungshindernis.<sup>180</sup> Eine Einbeziehung dieser Straftaten in den Katalog der Bestellungshindernisse ist indes sachgerecht,<sup>181</sup> weil erhöhte Seriositätsanforderungen an die Organpersonen dem Ziel des MoMiG entsprechen würden, die Insolvenzanfälligkeit von Kapitalgesellschaften

---

<sup>177</sup> Nach dem Wortlaut des § 64 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E können sich die Gesellschafter nicht durch den Nachweis entlasten, keine Kenntnis vom unbekanntem Aufenthalt gehabt zu haben. Hierbei handelt es sich wohl um ein Versehen (ähnlich die Einschätzung von Noack, DB 2006, 1475, 1476).

<sup>178</sup> S. 63.

<sup>179</sup> Kritik an der Neuregelung äußert Wachter, GmbHR 2006, 793, 797.

<sup>180</sup> BT-Drs. 16/511, 9.

<sup>181</sup> Ebenso Wachter, GmbHR 2006, 793, 797.

zu reduzieren und den Gläubigerschutz zu verbessern. Zwar fehlt in den genannten Fällen ein direkter Zusammenhang zwischen der Geschäftsführertätigkeit und der Begehung der Straftat. Jedoch handelt es sich bei den erwähnten Straftatbeständen um Delikte, die typischerweise im Rechts- und Wirtschaftsverkehr verübt werden, so dass ein enger Bezug zu wirtschaftlichem Handeln regelmäßig gegeben ist und die Verlässlichkeit der betroffenen Organpersonen erheblichen Zweifeln unterliegt. Dies rechtfertigt es, den Täter innerhalb der in §§ 6 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E, 76 Abs. 3 Satz 2 AktG-E genannten Frist von 5 Jahren seit Rechtskraft des Urteils von der Wahrnehmung einer Organfunktion bei Kapitalgesellschaften auszuschließen. Daneben sollte die Verwirklichung weiterer Tatbestände des Steuer- und Wirtschaftsstrafrechtes wie §§ 331 ff. HGB, 313 ff. UmwG, 17 ff. PubliG, 369 ff. AO als Bestellungshindernis eingestuft werden.<sup>182</sup> Aus Gründen der Rechtssicherheit ist zudem eine gesetzliche Klarstellung sinnvoll, wonach die Begehung vergleichbarer Straftaten im Ausland ebenfalls zu einem Bestellungshindernis führt.<sup>183</sup> Dies ist bislang in der Rechtsprechung nur vereinzelt anerkannt worden.<sup>184</sup>

## II. Recht der Kapitalerhaltung

Neben dem Ziel, durch die Einfügung der Regelung des § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E das in Konzernen praktizierte Cash-Pooling abzusichern,<sup>185</sup> ist die deutlichste Änderung im Recht der Kapitalerhaltung in der Neuregelung der Vorschriften zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen zu sehen. Danach werden die Rechtsprechungsregeln der §§ 30, 31 GmbHG analog abgeschafft. Dies soll durch die Regelung des § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG-E ausdrücklich klar gestellt werden.<sup>186</sup> Bisher soll die von der Rechtsprechung des BGH entwickelte zweite Schutzzone der Rechtsprechungsregeln die durch die Novellenregeln der §§ 32a, b GmbHG ausgelösten Schutzlücken auffüllen.<sup>187</sup> Soweit eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen verlorenes Stammkapital oder eine darüber hinausgehende Überschuldung ersetzt,

---

<sup>182</sup> Ebenso Wachter, GmbHR 2006, 793, 797.

<sup>183</sup> Ebenso Wachter, GmbHR 2006, 793, 797.

<sup>184</sup> OLG Naumburg GmbHR 2000, 378.

<sup>185</sup> Vgl. hierzu Priester, ZIP 2006, 1557; Schäfer, BB 2006, Sonderheft GmbH-Reform, 5; Wessels, ZIP 2006, 1701, 1705 f.

<sup>186</sup> Referentenentwurf, 55.

<sup>187</sup> Vgl. nur Roth/Altmeppen, 5. Aufl. 2005, § 32a Rn. 107 ff.

kommen die §§ 30, 31 GmbHG zur Anwendung. Diese Vorschriften sollten eigenkapitalersetzende Darlehen aber nur insoweit binden, wie diese verlorenes Stammkapital oder eine darüber hinausgehende Überschuldung abdecken. Das Schutzsystem der Rechtsprechungsregeln greift somit vor allem dann, wenn es nicht zu einer Insolvenzeröffnung kommt oder wenn die in den Novellenregeln vorgesehene 1-Jahres-Frist (§§ 135 Nr. 2 InsO, 6 Nr. 2 AnfG) bereits abgelaufen war. Der Vorteil der Rechtsprechungsregeln liegt somit zum einen in einem präventiven, also vor der Insolvenzeröffnung, liegenden Insolvenzschutz und zum anderen in der längeren, fünfjährigen Verjährungsfrist (§ 31 Abs. 5 GmbHG analog). Insgesamt ist die Abschaffung der Rechtsprechungsregeln zu begrüßen, da sie zur Vereinfachung des GmbH-Rechts beiträgt. Zudem werden die durch die Abschaffung der Rechtsprechungsregeln insbesondere in den Fällen der Nichteröffnung des Insolvenzverfahrens entstehenden Schutzlücken konsequent geschlossen. Wenn mangels Masse das Insolvenzverfahren überhaupt nicht eröffnet wird, würde auch eine Insolvenzanfechtung nach den §§ 129 ff. InsO ausscheiden. In solchen Fällen muss deshalb der Gläubiger seinen Anspruch weiter verfolgen können. Das wird durch die geplante Neuregelung der §§ 6, 6a AnfG-E sichergestellt, wonach eine Rechtshandlung für anfechtbar erklärt wird, die für die Forderung eines Gesellschafters auf Darlehensrückgewähr in den letzten 10 Jahren vor Erlangung des Schuldtitels Sicherung oder im letzten Jahr davor Befriedigung gewährt hat. Falls der Gesellschafter somit für ein Darlehen eine Sicherheit gestellt oder als Bürge haftet hatte, ist auch die Befriedigung durch die Gesellschaft innerhalb der genannten Frist anfechtbar.

Eine wesentliche Vereinfachung ergibt sich zudem daraus, dass es künftig auf das Tatbestandsmerkmal der Krise der Gesellschaft nicht mehr ankommt. Vielmehr treten im Fall der Insolvenz alle Gesellschafterdarlehen oder gleichgestellte Forderungen zurück (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO-E). Wird das Darlehen innerhalb eines Jahres vor Insolvenzeröffnung zurückgezahlt, ist die Rechtshandlung anfechtbar (§ 135 Nr. 2 InsO-E). Zuzugeben ist, dass durch den Verzicht auf das Tatbestandsmerkmal der Krise der Gesellschaft im Einzelfall Ungerechtigkeiten entstehen können, etwa in dem Fall, dass die Insolvenz der Gesellschaft nur durch die Insolvenz des Hauptschuldners herbeigeführt wird und dies bei Darlehensgewährung oder -rückzahlung nicht erkennbar war.

Auf der Grundlage des erstrebten Ziels der Rechtsvereinfachung ist dies jedoch hinzunehmen.

Zu begrüßen ist des Weiteren die systematische Verortung dieser Regelungen im Insolvenzrecht, um eindeutig klarzustellen, dass es sich um insolvenzrechtliche und nicht um gesellschaftsrechtliche Regelungen handelt. Damit ist eine Anwendung auf Auslandsgesellschaften wie die *limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland möglich. Dies ist vom Gesetzgeber auch ausdrücklich intendiert.<sup>188</sup> So bestimmt § 39 Abs. 4 InsO-E, dass der Rangrücktritt aller Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz für alle Gesellschaften gilt, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist und zu deren persönlich haftenden Gesellschaftern auch keine Gesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. Damit findet die Regelung ausdrücklich auch auf die AG, KGaA oder entsprechend gestaltete Personengesellschaft Anwendung.

### **III. Solvenzanforderungen (*Solvency Test*) als gesetzliche Ausschüttungssperre**

In der rechtspolitischen Diskussion befindet sich zunehmend die Frage, ob das gegenwärtige Kapitalerhaltungskonzept des § 30 GmbHG, das an bilanzielle Vorgaben anknüpft, durch einen sog. *solvency test* (Solvenzttest) ersetzt oder ergänzt werden soll.<sup>189</sup> Insbesondere hat sich mit dieser Frage auch der 66. Deutsche Juristentag in Stuttgart auseinandergesetzt. Ziel eines derartigen Solvenzttests ist es, die jederzeitige Liquidität der Gesellschaft sicherzustellen. Demnach haben die Geschäftsführer vor jeder Ausschüttung eine Solvenzerklärung abzugeben, wonach trotz der Ausschüttung die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft in einem bestimmten gesetzlich festzulegenden Zeitraum sichergestellt ist. Gibt der Geschäftsführer schuldhaft eine fehlerhafte Erklärung ab, ist er schadensersatzpflichtig.

Zu betonen ist zunächst, dass dem geltenden Recht mit den Grundsätzen des existenzvernichtenden Eingriffs das Konzept eines Solvenzttests in extrem gelagerten Ausnahmefällen bekannt ist. Danach haften die Gesellschafter, wenn durch ein Abzie-

---

<sup>188</sup> Referentenentwurf, 83; Seibert, ZIP 2006, 1157, 1161 f.

<sup>189</sup> Vgl. z.B. Engert, ZHR 170 (2006), 296 ff.; Jungmann, ZGR 2006, 638 ff.; Spindler, JZ 2006, 839, 843 f.; Teichmann, NJW 2006, 2444, 2446 f.

hen von Gesellschaftsvermögen eine Insolvenz der Gesellschaft herbeigeführt wird.<sup>190</sup> Um einen Fall der Haftung für Existenzvernichtung handelt es sich auch bei der im MoMiG vorgesehenen Regelung des § 64 Abs. 2 Satz 3 GmbHG-E. Die Regelung setzt jedoch nicht beim Gesellschafter, sondern beim Geschäftsführer an. Danach besteht eine Erstattungspflicht von Auszahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen, wenn die Geschäftsführer durch diese Zahlungen an Gesellschafter die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft schuldhaft herbeigeführt haben.

In der rechtspolitischen Diskussion geht es indes weniger um diese Regelung als um die Normierung eines sog. formalisierten Solvenztests. Danach sollen die Voraussetzungen einer Solvenzprüfung detailliert geregelt werden. Dies betrifft insbesondere Fragen wie den Zeitraum, in dem eine Zahlungsunfähigkeit nicht eintreten darf oder die Sorgfaltsanforderungen, die ein Geschäftsführer bei der Abgabe einer Solvenzerklärung zu beachten hat (z.B. detaillierte Geschäftsplanung).<sup>191</sup>

Bei genauer Betrachtungsweise erweist sich ein derartiger Solvenzttest als wenig praktikabel. Die Projektion der künftigen Zahlungsfähigkeit ist naturgemäß mit großer Unsicherheit behaftet. Für die Ausfüllung eines derartigen formalisiert festgelegten Haftungstatbestands käme es zudem weniger auf die gewählte Formulierung an als vielmehr, wie der Tatbestand durch die Rechtsprechung ausgeformt wird. Entscheidend wäre danach, wie viel Spielraum die Gerichte einem Geschäftsführer einräumen, ob sie also jeden Hoffnungsschimmer zur Entlastung genügen lassen oder streng verfahren.<sup>192</sup> Das Abstellen auf bilanzielle Werte bietet hier mehr Rechtssicherheit. Zwar bestehen auch hier Bewertungsspielräume<sup>193</sup>, indes ist das deutsche Handelsbilanzrecht durch den Grundsatz der Vorsicht geprägt (§ 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB), der eine konservative Bewertung verlangt. Hingegen liegt der Schwerpunkt internationaler Rechnungslegungsstandards wie bei IFRS (*International Financial Reporting Standards*)<sup>194</sup> weniger in dem Vorsichtsprinzip als darin, ein zutreffendes Bild von der Ver-

---

190 Vgl. bereits Abschnitt C.III.2.a).

191 Ein Formulierungsvorschlag findet sich bei Engert, ZHR 170 (2006), 296, 328.

192 Spindler, JZ 2006, 839, 844.

193 Vgl. Engert, ZHR 170 (2006), 296, 312 f.

194 Vgl. hierzu Großfeld/Luttermann, Bilanzrecht, 4. Aufl. 2005, Rn. 942 ff.

mögenslage zu zeichnen, indem auf aktuelle Marktwerte abgestellt wird. Bei dieser Form der Bilanzierung erscheint ein Solvenzttest daher eher angezeigt.

Die an einem Solvenzttest orientierte Ausschüttungssperre ist gerade für die typische Klientel einer GmbH, die KMUs, problematisch. Ein formalisierter Solvenzttest erfordert eine gründliche Analyse der realen Vermögenswerte und Zahlungsströme. Anders als beim bilanziellen Ansatz wird zudem nicht an Merkmalen wie der Bilanz angeknüpft, die ohnehin aufgrund handels- und steuerrechtlicher Regelungen vorgehalten werden müssen. Eine derartige Ausschüttungssperre verursacht daher einen erhöhten Verwaltungsaufwand.

Die mit einem formalisierten Solvenzttest verbundene Rechtsunsicherheit und die drohende persönliche Haftung der Geschäftsführer bei einer Pflichtverletzung lassen zudem erwarten, dass Ausschüttungen eher vorsichtig und mit ausreichenden Risikopuffern vorgenommen werden. Aus der Sicht des Gläubigerschutzes ist dies zu begrüßen. Auf der anderen Seite führt die Rechtsunsicherheit aber auch zu einem risikoscheueren Verhalten der Gesellschafter und Geschäftsführer in Bezug auf Ausschüttungen an Gesellschafter. Die Attraktivität der Rechtsform für Unternehmer wird dadurch nicht gesteigert.

Bei der Ausgestaltung eines formalisierten Solvenzttests ist zudem das Problem gegeben, dass wegen der erforderlichen Kurzfristigkeit der Solvenzprüfung übermäßige Ausschüttungen zu befürchten sind, obwohl in erheblichem Umfang – beispielsweise aufgrund von Pensionsverpflichtungen – längerfristige Verbindlichkeiten bestehen können.<sup>195</sup> Ein formalisierter Solvenzttest kann sich grundsätzlich nur auf einen kurzfristigeren Zeitraum beziehen, da der Geschäftsführer für eine fernere Zukunft seriöserweise keine detaillierte Erklärung der Zahlungsfähigkeit geben kann. Hier könnte mit einer abgeschwächten Erklärung gearbeitet werden, wonach keine schwer wiegenden Zweifel daran bestehen, dass die Gesellschaft ihre fälligen Verbindlichkeiten auch darüber hinaus erfüllen können wird.<sup>196</sup>

---

195 Vgl. hierzu Engert, ZHR 170 (2006), 296, 323 ff.

196 So Engert, ZHR 170 (2006), 296, 328.

Insgesamt weist das Konzept eines formalisierten Solvenztests zahlreiche Rechtsunsicherheiten und Nachteile auf, die im Rahmen der wissenschaftlichen Diskussion erst einer Lösung zugeführt werden müssen. Im Rahmen der gegenwärtigen GmbH-Reformdiskussion ist die Einführung eines Solvenztests abzulehnen. Dies entspricht auch der Beschlusslage des 66. Deutschen Juristentags.

## **F. Kein Bedürfnis für weitere Rechtsformen neben der reformierten GmbH**

### **I. Nationale Rechtsformen**

#### **1. Reformvorschläge**

Bereits im Vorfeld der Vorlage des Referentenentwurfs für ein Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen wurden Vorschläge zur Reform des Rechts der haftungsbeschränkten Rechtsformen vorgelegt.

Nach einem Vorschlag des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz für ein Gesetz zur Einführung eines Kaufmanns mit beschränkter Haftung<sup>197</sup> kann der Kaufmann – aber auch der nichtkaufmännische Einzelunternehmer (§ 4 Abs. 3 Satz 1 HGB-E) – seine Haftung durch konstitutive (§ 4 Abs. 2 HGB-E) Eintragung in das Handelsregister auf bestimmte Vermögensgegenstände beschränken (§ 4 Abs. 1 Satz 1 HGB-E), sofern nicht seine Verbindlichkeiten sein Vermögen überschreiten (§ 4 Abs. 3 Satz 2 HGB-E). Kernüberlegung ist dabei, die Haftungsbeschränkung durch verschärfte Publizitätsanforderungen zu rechtfertigen, deren Nichterfüllung – ebenso wie die Erfüllung anderer Pflichten – zur unbeschränkten Haftung mit dem gesamten Vermögen vergleichbar zum herkömmlichen Kaufmann führt (§ 4f HGB-E). Daher muss der Anmeldung zum Handelsregister ein Inventar über das für die Verbindlichkeiten haftende Vermögen enthalten (§ 4a Abs.1 Nr. 4 HGB-E). Dieses Inventar muss fortgeschrieben werden. So muss der Kaufmann insbesondere ein Zwischeninventar einreichen, wenn während eines Geschäftsjahres eine wesentliche Verminderung des haftenden Vermögens eintritt (§ 4c Abs. 2 HGB-E). Entnahmen aus dem haftenden Vermögen sind

---

<sup>197</sup> Näher mit dem Vorschlag eines Kaufmanns mit beschränkter Haftung hat sich K. Schmidt (DB 2006, 1096) auseinandergesetzt.

nur aus Gewinnen zulässig, und auch dies nur, soweit sie nicht zur Zahlungsunfähigkeit des Handelsgewerbes führen (§ 4d Abs. 1 HGB-E).

Die Vorschläge des Justizministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen für ein Gesetz zur Vereinfachung der Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GVGG) stellen der GmbH eine „Basisgesellschaft mit beschränkter Haftung“ zur Seite. Wesentliches Merkmal neben diesem neuen zu führenden Rechtsformzusatz (§ 12b GmbHG-E) ist der Vorschlag zur Einführung einer Mustersatzung, die vom Bundesministerium der Justiz per Rechtsverordnung ausgearbeitet werden soll (§ 3 Abs. 3 GmbHG-E).

Die vorgelegten Reformvorschläge verbindet die Grundidee, der GmbH eine haftungsbeschränkte Rechtsform zur Seite zu stellen, die den Wettbewerb mit der *private limited company* aufnehmen soll, ohne dadurch die Schutzhöhe des GmbH-Rechts selbst elementar anzutasten.<sup>198</sup> Indes ist das Starren auf das Recht der *limited* und ihren vermeintlichen Erfolg in Deutschland verfehlt. Das Recht der *limited* weist zahlreiche Schwächen auf.<sup>199</sup> Das Betreiben einer unternehmerischen Tätigkeit in Deutschland in dieser Rechtsform birgt viele Risiken und Rechtsunsicherheiten und ist teuer.<sup>200</sup> Es dürfte sich daher nur um ein vorübergehendes Phänomen handeln. Es ist der richtige Ansatz, die Rechtsform der GmbH in ihrer kontinentaleuropäischen Rechtstradition fortzuentwickeln und ihre Attraktivität zu erhöhen. Dieser Weg wurde mit dem Referentenentwurf des MoMiG beschritten. Ein Bedürfnis für neue Rechtsformen besteht nicht.

## **2. Generelle Nachteile neuer Rechtsformen**

### **a) Keine prohibitive Wirkung des Stammkapitals für sinnvolle Unternehmensgründungen**

Die teilweise behauptete prohibitive Wirkung der gegenwärtigen Höhe des Stammkapitals von 25.000 € für sinnvolle Unternehmensgründungen<sup>201</sup> kann nach der geplanten

---

198 K. Schmidt, DB 2006, 1096.

199 Vg. Abschnitt D.II.

200 Vg. Abschnitt D.I.

201 Noack/Grunewald, GmbHR 2005, 189, 190.

Herabsenkung auf 10.000 € nicht mehr vertreten werden. Dabei ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass nur die Hälfte dieses Betrags, also 5.000 €, einbezahlt werden müssen. Zudem ist die Argumentation mit der prohibitiven Wirkung bereits vom Ansatz her verfehlt ist. Das Mindestkapital ist das Arbeitskapital der Gesellschaft. Eine erhöhte Eigenkapitalausstattung der Unternehmen ist darüber hinaus auch nach dem Basel II-Prozess, der die Kreditinstitute zu einer verschärften Kreditwürdigkeitsprüfung zwingt, erforderlich. Ob auch Dienstleister, in deren Interesse ja vor allem die Herabsenkung des Stammkapitals auf 25.000 € vorgenommen wird,<sup>202</sup> im Regelfall wirklich weniger als die geltende Mindesteinzahlung von 12.500 € benötigen, erscheint vor diesem Hintergrund zweifelhaft.<sup>203</sup>

## **b) Attraktivität des GmbH-Rechts**

Das geltende GmbH-Recht ist leistungsfähig und attraktiv. Dies zeigen die mittlerweile über eine Millionen GmbHs in Deutschland. Die Umsetzung des vorliegenden Referentenentwurfs wird weitere Verbesserungen bringen und berechtigterweise beklagte Schwächen des GmbH-Rechts beseitigen (v.a. Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland, mehr Transparenz bei Gesellschaftsanteilen, gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen, Sicherung des Cash-Pooling, Deregulierung des Eigenkapitalersatzrechts). Im Zusammenhang mit den im EHUG vorgesehenen Maßnahmen wird die im politischen Prozess vielfach betonte Notwendigkeit einer Unternehmensgründung innerhalb weniger Stunden bei Bedarf möglich sein. Zudem werden sich die durchschnittlichen Eintragungszeiten, die bereits heute im internationalen Vergleich überdurchschnittlich schnell sind,<sup>204</sup> weiter verringern. Dabei ist indes darauf hinzuweisen, dass bei nahezu allen Registergerichten bei Hinweis auf die Eilbedürftigkeit eine GmbH-Gründung innerhalb von zwei bis drei Tagen problemlos möglich ist.

---

202 Referentenentwurf, 38.

203 So auch Priester, ZIP 2005, 921, 922.

204 Studie von Januar 2002 der Europäischen Kommission GD Unternehmen „Benchmarking für die Verwaltung von Unternehmensgründungen“, CSES – Centre for Strategy & Evaluation Services. Danach beträgt die durchschnittliche Eintragungsdauer von GmbHs in der EU 24 Tage. Für einzelne EU-Mitgliedstaaten wurden folgende Zeiten genannt: Großbritannien 7 Tage, Deutschland 22 Tage, Spanien 24 Tage, Frankreich 29 Tage, Niederlande 30 Tage.

Hindernisse oder Hürden für Unternehmensgründer sind nach den geplanten Änderungen des GmbH-Rechts nicht mehr erkennbar. Ein Mehrwert einer neuen Gesellschaftsform auch für diesen Gesellschafterkreis besteht nicht. Eine Beschränkung dieser Rechtsform auf junge oder kleingewerbliche Unternehmen würde zudem zu schwierigen Abgrenzungsproblemen führen.<sup>205</sup> Zudem erscheint die Akzeptanz einer derartigen Rechtsform angesichts ihrer stigmatisierenden Bezeichnung als „Unternehmensgründungsgesellschaft“ zweifelhaft.<sup>206</sup>

### **c) Rechtssicherheit**

Jede neue Rechtsform erhöht die Komplexität sowie den Informations- und Beratungsbedarf.<sup>207</sup> Es würde Jahre oder sogar Jahrzehnte dauern, bis sich ein gesicherter Bestand an Rechtsprechung und Lehre herausgebildet hätte. Diese Rechtsunsicherheiten bestehen nicht nur für die Gesellschafter und den Geschäftsführer, sondern auch für alle anderen, die mit der Gesellschaft als Gläubiger, Lieferanten, Kunden, Fiskus, etc. zu tun haben.

### **d) Forderung nach Deregulierung**

Vielfach wird die Forderung nach Deregulierung und Entbürokratisierung erhoben. Mit diesem Ziel ist es schwer vereinbar, ganze neue Regelwerke zu neuen Rechtsformen zu fordern.<sup>208</sup> Der Unternehmer hat bereits heute die Auswahl zwischen der GmbH und der Aktiengesellschaft. Insbesondere die GmbH ist dabei aufgrund der Satzungsautonomie im Innenrecht flexibel einsetzbar. Sie kann auf die Bedürfnisse des konkreten Unternehmers hin zugeschnitten werden.

## **II. Europäische Privatrechtsgesellschaft**

Ob ein Bedürfnis für die Schaffung einer europäischen Rechtsform für kleinere und mittlere Unternehmen (KMUs) besteht, wird unterschiedlich gesehen. In dem von der

---

205 K. Schmidt, DB 2006, 1096, 1098.

206 Wicke, ZNotP 2006, 322, 324.

207 Seibert, GmbHR 2006, R241.

208 Seibert, GmbHR 2006, R241.

Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen Anfang des Jahres durchgeführten Konsultationsprozess über die künftigen Prioritäten des Aktionsplans zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Corporate Governance sprach sich eine Mehrheit von 64% für die Schaffung einer derartigen Rechtsform aus. Indes ist fraglich, ob tatsächlich ein solches Bedürfnis besteht. Nach den Vorstellungen der Europäischen Kommission soll die Europäische Privatrechtsgesellschaft vor allem als Gesellschaftsform für KMUs dienen. Gerade KMUs werden aber regelmäßig auf eine bereits bestehende, allgemein akzeptierte Gesellschaftsform des nationalen Rechts zurückgreifen, bei der über Gesetzesanwendung und -auslegung weitgehend Klarheit besteht. Bei der Europäischen Privatrechtsgesellschaft würde es dagegen Jahre oder sogar Jahrzehnte dauern, bis sich ein gesicherter Bestand an Rechtsprechung und Lehre herausgebildet hätte. Außerdem steht den Unternehmen schon heute aufgrund der *Inspire Art*-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs über die nationalen Gesellschaftstypen hinaus eine breite Auswahl weiterer Organisationsformen nach dem Recht der anderen Mitgliedstaaten für alle Arten von Gestaltungsbedürfnissen zur Verfügung. Eine weitere zusätzliche Gestaltungsoption würde deshalb nur wenig Sinn machen. Insbesondere besteht nach der Neufassung des § 4a GmbHG-E durch das MoMiG für den deutschen Mittelstand die Möglichkeit, Gesellschaften mit Verwaltungssitz im Ausland auch in der Rechtsform einer deutschen GmbH zu errichten.<sup>209</sup> Das Ziel der Befürworter einer Europäischen Privatgesellschaft, Tochtergesellschaften in einem Konzern einheitlich zu steuern und zu kontrollieren,<sup>210</sup> könnte daher einfacher durch Rückgriff auf eine bekannte und bewährte Rechtsform des nationalen Rechts verwirklicht werden.

Zudem würde das Statut einer Europäischen Privatgesellschaft nicht ohne teilweise Verweise in das nationale Recht auskommen.<sup>211</sup> So ist beispielsweise das Recht der Gründung einer Europäischen Privatgesellschaft eng verknüpft mit dem nationalen Registerrecht, da die Eintragung der Europäischen Privatgesellschaft in ein nationales Register erfolgt.<sup>212</sup> Dies zeigt auch Art. 10 der Publizitätsrichtlinie (RL 68/151/EWG).

---

209 Zweifel daran, ob die im Referentenentwurf des MoMiG vorgeschlagene Fassung des § 4a GmbHG eine Verlegung des Verwaltungssitzes in das Ausland tatsächlich ermöglicht, äußert Flesner, NZG 2006, 641 f.

210 Hommelhoff/Helms, in: dies., Neue Wege in die Europäische Privatgesellschaft, 4.

211 Vgl. auch Wicke, GmbHR 2006, 356, 357 f.

212 Vgl. ausführlich Priester, in: Hommelhoff/Helms, Neue Wege in die Europäische Privatgesellschaft, 143 ff.

Danach sind in allen Mitgliedstaaten, nach deren Rechtsvorschriften die Gesellschaftsgründung keiner vorbeugenden Verwaltungs- oder gerichtlichen Kontrolle unterworfen ist, der Errichtungsakt und die Satzung der Gesellschaft sowie die Änderung dieser Akte öffentlich zu beurkunden. Der Notar als Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit steht hier in einer Komplementärfunktion zum Registergericht, das erheblich entlastet wird. Der Notar sorgt für die richtige Abfassung der Handelsregisteranmeldung und die elektronische Einreichung der Anmeldung in strukturierten Datenformaten, so dass jeglicher Erfassungsaufwand bei Gericht entfällt. Da der Registerrichter nur noch wenige Kernpunkte des Gesellschaftsvertrags prüft (§ 9c GmbHG), liegt im Übrigen die Verantwortung für dessen Wirksamkeit allein beim Notar. Auch erscheint das Ziel der Normierung einer Insolvenzverschleppungshaftung<sup>213</sup> im Statut der Europäischen Privatgesellschaft als schwer realisierbar. Denn das Insolvenzrecht ist in der EU nicht vereinheitlicht. Eine klare begriffliche Festlegung insbesondere der Insolvenztatbestände erscheint in einem Statut daher nicht möglich. Ein Verweis auf das Insolvenzrecht des Satzungssitzes einer Europäischen Privatgesellschaft würde zudem zum Nachteil von Gläubigern und Arbeitnehmern ein „shopping“ der dem Unternehmer vorteilhaft erscheinenden Insolvenzordnung ermöglichen.<sup>214</sup>

---

213 Haas, in: Hommelhoff/Helms, Neue Wege in die Europäische Privatgesellschaft, 166 f.

214 Zu den Nachteilen eines solchen shopping der Insolvenzordnung in den USA ausführlich Klöhn, RIW 2006, 568, 572.

## **Die registerrechtlichen Voraussetzungen zur Eintragung der Zweigniederlassung einer englischen „Limited“ in ein deutsches Handelsregister**

(JMBl. LSA 2006, 74)

**MR Frank-Michael Fruhner**  
**Ministerium der Justiz des Landes Sachsen-Anhalt**

Der Europäische Gerichtshof hat in den letzten Jahren die Möglichkeiten von Existenzgründern, sich ausländischer Rechtsformen zu bedienen, umfassend erweitert als auch eine Vielzahl von Rechtsfragen aufgeworfen, die in steigendem Maße die Gerichte beschäftigen. Seit den Entscheidungen in Sachen „Centros“ (C-212/97, NJW 1999, 2027), „Überseering“ (C-208/00, NJW 2002, 3614) und „Inspire Art“ (C-167/01, NJW 2003, 3331) greifen Unternehmen verstärkt auf die Rechtsform der englischen „Limited“ zurück. Anders als bei der deutschen GmbH sind im Vereinigten Königreich Gründungen mit einer Einzahlung zulässig, die nur symbolisch ist; darüber hinaus bedarf der Gesellschaftsvertrag keiner notariellen Beurkundung. Ist die Registrierung am britischen Satzungssitz erfolgt, werden Verwaltungssitz und tatsächliche Geschäftstätigkeit der Gesellschaft nach Deutschland verlegt. Die Praxis der Registergerichte im Umgang mit der englischen „Limited“ fasste Frau Katharina Schreiner, Richterin am Amtsgericht Münster, in einer Fortbildungsveranstaltung des Ministeriums der Justiz zusammen. Dabei ging sie zunächst auf eine viel beachtete Änderung in der Rechtsprechung des BGH ein.

Der II. Zivilsenat des BGH hat am 14. März 2005 (II ZR 5/03, NJW 2005, 1648 mit Rezension in JuS 2005, 844 und Anm. Bruns, EWiR 2005, 431) entschieden, dass sich die Haftung des Geschäftsführers für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten einer gemäß dem Companies Act 1985 in England gegründeten private limited company by shares mit tatsächlichem Verwaltungssitz in der Bundesrepublik Deutschland nach dem am Ort ihrer Gründung geltenden Recht richtet. Damit ist das Ende der Sitztheorie im Verhältnis zu Gesellschaften aus EU-Mitgliedstaaten endgültig besiegelt, nachdem schon zuvor der Europäische Gerichtshof der EU-weiten Betätigung von Unternehmen in der Rechtsform ihres Heimatlandes sein Placet gegeben hatte. An die Stelle der traditionell geltenden Sitztheorie tritt für Gesellschaften, die nach dem Recht

eines Mitgliedstaats der EU gegründet wurden, die Gründungstheorie. Das Recht am Ort der Gründung bestimmt nicht nur die Rechtsfähigkeit (und damit die Parteifähigkeit), sondern auch die Registerfähigkeit der Gesellschaft und ihrer Zweigniederlassungen in Deutschland (so schon **OLG Naumburg**, Beschluss vom 6.12.2002 – 7 Wx 3/02, GmbHR 2003, 533 Leitsatz).

Nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaften, die ihren Sitz in die Bundesrepublik Deutschland verlegen, müssen nach §§ 13d ff. HGB die Errichtung einer Zweigniederlassung zum deutschen Handelsregister anmelden. Aufgrund der Komplexität des Anmeldeverfahrens bilden Beschwerdeverfahren gegen die Zurückweisung nicht ordnungsgemäßer Anmeldungen durch die Handelsregister einen Schwerpunkt der zu Auslandsgesellschaften ergangenen Rechtsprechung:

- Nach § 13 e Abs. 2 Satz 3 HGB ist u. a. der Gegenstand des von der Zweigniederlassung betriebenen Unternehmens anzumelden. Dieser ist anschließend auch ins Handelsregister einzutragen und im Bundesanzeiger sowie in dem vom Gericht bestimmten Blatt zu publizieren (§ 13 g Abs. 4, § 10 HGB). Bei englischen Gesellschaften ist der Unternehmensgegenstand sehr umfangreich und universal gehalten. Er nimmt in der Satzung mehrere Seiten ein, was bei der Publikation erhebliche Kosten verursachen würde. Die EG-Zweigniederlassungsrichtlinie vom 21. Dezember 1989 (ABl. EG Nr. L 395/36) sieht die Anmeldung des Gegenstands der Gesellschaft aber nicht vor. Da Artikel 2 der EG-Zweigniederlassungsrichtlinie nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs die anzumeldenden Angaben abschließend aufzählt, vertritt das **OLG Hamm** (Beschluss vom 28.6.2005 – 15 W 159/05, ZIP 2005, 1871 mit Anm. *Römermann*, EWIR 2005, 889) die Ansicht, das Verlangen nach der Anmeldung des Gegenstands der Gesellschaft verstoße bei EU-Gesellschaften gegen die Richtlinie. Eine entsprechende Verpflichtung bestünde daher für eine englische Limited nicht. Mithin würde eine Beanstandung gegen die Niederlassungsfreiheit der englischen Gesellschaft nach Art. 43, 48 EGV verstoßen. Mehr als die Angaben, die erforderlich sind, um festzustellen, ob der Gegenstand der Zweigniederlassung genehmigungsbedürftig ist, dürfen daher nicht verlangt werden.

- Gemäß § 13 e Abs. 2 Satz 2 HGB sind Sitz und Bestehen der ausländischen Kapitalgesellschaft dem Handelsregister gegenüber nachzuweisen. Nach Auffassung des **LG Berlin** (Beschluss vom 22.6.2004 – 102 T 48/04, DB 2004, 2628 mit Anm. *Wachter*, DB 2004, 2795) kann dies grundsätzlich durch Vorlage eines durch den *Registrar of Companies* ausgestellten originalen „*certificate of incorporation*“ mit Apostille geschehen, aber auch durch eine zu einem späteren Zeitpunkt ausgestellte Registerbescheinigung. Mit dieser Entscheidung will das Landgericht Berlin die Nachweisanforderungen an die Eintragung von Zweigniederlassungen einer *private limited company* des englischen Rechts im deutschen Handelsregister erheblich absenken. Es stützt sich hierzu auf § 438 Abs. 1 ZPO, auch wenn die Rechtsprechung von der in dieser Vorschrift eröffneten Möglichkeit bislang nur einen sehr zurückhaltenden Gebrauch gemacht hat.
  
- Die Geschäftsführer („*directors*“) der Limited haben weiterhin nach § 13 g Abs. 2 Satz 2 HGB i. V. m. § 8 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG ihre Bestellung und Legitimation (zur Vertretung der ausländischen Kapitalgesellschaft) nachzuweisen. Hier besteht das grundsätzliche Problem, dass der Umfang der Vertretungsmacht der *directors* nicht aus dem englischen Handelsregister ersichtlich ist und daher nicht durch einen Handelsregisterauszug nachgewiesen werden kann. An sich könnte der Nachweis der Legitimation regelmäßig nur durch die Vorlage der Protokolle der Gesellschafterbeschlüsse, mit der die für die Gesellschaft auftretenden Geschäftsführer bestellt wurden, geführt werden. Zusätzlich zu den Protokollen ist die Vorlage einer Bescheinigung des „*company secretary*“ erforderlich, in der dieser deren ordnungsgemäße Fassung bestätigt. Nach Auffassung des Landgerichts Berlin soll alternativ ein Nachweis durch eine Urkunde eines englischen Notars möglich sein, der mit dieser nach Prüfung der bei der Gesellschaft vorhandenen Unterlagen die Identität und Vertretungsmacht der Geschäftsführer der Gesellschaft bescheinigt. Hilfsweise soll eine Bescheinigung des „*Registrar*“ genügen, in der nach Prüfung der hinterlegten Dokumente, insbesondere der Satzung, die vertretungsberechtigten Personen bezeichnet werden.
  
- Anzumelden ist schließlich gemäß § 13 g Abs. 2 Satz 2 HGB i. V. m. § 8 Abs. 4 GmbHG die Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer. Nach einer Auffassung soll dabei auch ins deutsche Handelsregister eingetragen werden können, dass die *di-*

*rectors* der Limited vom Verbot des Selbstkontrahierens nach § 181 BGB befreit sind. Dagegen spricht nach **OLG München** (Beschluss vom 17.8.2005 – 31 Wx 49/05, NJW-RR 2005, 1486 mit Anm. *Just*, EWiR 2005, 765) und **LG Leipzig** (Beschluss vom 14.9.2004 – 06HK T 3146/04 mit Anm. *Wachter*, EWiR 2005, 655), dass den *directors* In-Sich-Geschäfte nach englischem Recht sowohl aufgrund gesetzlicher Beschränkungen als auch ungeschriebener Treuepflichten untersagt sind und daher weder durch Gesellschafterbeschluss noch durch entsprechende Satzungsregelung gestattet werden können. Die Beschlüsse haben einiges für sich. Aus den Urteilen zu „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ folgt unmissverständlich, dass sich alle Fragen des Gesellschaftsstatuts der Limited ausschließlich nach englischem Gesellschaftsrecht bestimmen.

- Geht man mit dem OLG München davon aus, dass eine entsprechende Eintragung unzulässig ist, verbleibt als Alternative die Möglichkeit, die *directors* zu ständigen Vertretern der Zweigniederlassung nach § 13 e Abs. 2 Satz 4 Nr. 3 HGB zu bestellen und statt der *directors* diese vom Verbot des Selbstkontrahierens nach § 181 BGB zu befreien. Da es sich hierbei um einen Vorgang handelt, der allein dem deutschen Recht unterliegt, ist eine Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens möglich.
- Unterlässt die Auslandsgesellschaft die Anmeldung einer Zweigniederlassung zum deutschen Handelsregister, kommt auf den ersten Blick die Verhängung eines Zwangsgeldes nach § 14 HGB gegen die an sich zur Anmeldung verpflichteten *directors* der Gesellschaft in Betracht. Die Eintragung der Zweigniederlassung ist jedoch nur deklaratorisch mit der Folge, dass die Zweigniederlassung schon vor der Eintragung rechtsverbindlich tätig werden kann. Deshalb wird auch hier die Wende von der Sitztheorie zur Gründungstheorie in den Mittelpunkt aller Überlegungen treten müssen. Ansonsten würde die Limited in Deutschland entgegen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs rechtlich nicht als ausländische Gesellschaftsform respektiert werden. Dem Rechtsverkehr wäre mit einer solchen Lösung auch nicht gedient, sondern Verwirrung und Folgefragen wären vorprogrammiert. Der begrüßenswerte methodische Ansatz der Rechtsprechung, das englische Gesellschaftsrecht zum maßgeblichen Kriterium zu bestimmen und sich gegen eine Vermischung von englischem und deutschem Recht auszusprechen,

liefert nicht nur für diese Frage eine sachgerechte Lösung, sondern zeigt auch für weitere Probleme im Umgang mit der Limited die zielführende Richtung auf.

- Mangelnde Kenntnis des englischen Gesellschaftsrechts, der Regelungen zur internationalen Bilanzierung und Rechnungslegung, Kommunikationsprobleme und Unachtsamkeit des *secretary* oder der *directors* führen immer wieder dazu, dass der *Registrar of Companies* eine Limited wegen fehlender oder verspäteter Abgabe des „*annual report*“ löscht. Nach englischem Recht verliert die Gesellschaft infolge der Löschung ihre Rechtsfähigkeit. Die bisherigen *directors* haben mit der Löschung ihr Amt verloren, sodass sie auch für die inländische Zweigniederlassung nicht mehr handeln können. Sie handeln also vom Zeitpunkt der Löschung an als *falsi procuratores* mit unbeschränkter persönlicher Haftung (§ 179 Abs. 2 BGB analog). Im Einzelnen ist hier aber noch vieles im Fluss.

Insgesamt machte die Veranstaltung deutlich, dass Kapitalgesellschaften, die im Ausland unter weniger strengen Voraussetzungen gegründet wurden, ihre Geschäftstätigkeit im Inland ungestört ausüben dürfen. Versuchen, die Wahl solcher Gesellschaftsformen weniger attraktiv zu machen, weil ihren Zweigniederlassungen die Eintragung in das Handelsregister verweigert wird, erteilt die Rechtsprechung inzwischen eine klare Absage. Gleiches gilt für Anforderungen an Erklärungen und Angaben bzw. an die Echtheit von Urkunden, die über das hinausgehen, was für den rechtssicheren Nachweis der Existenz einer englischen Limited, der Vertretungsbefugnis der für sie handelnden Personen und eine Überprüfung der Genehmigungsbedürftigkeit ihrer Tätigkeit am Markt unbedingt notwendig ist. Solche Behinderungen verstoßen gegen die Niederlassungsfreiheit von Unternehmen aus den Mitgliedstaaten der EU im europäischen Ausland. Insoweit stehen die dargestellten Fälle für alle. Immer geht es darum, die nach den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs entstandene Rechtsunsicherheit und die Missbrauchsgefahr durch unseriöse Briefkastenfirmen zu beseitigen. Der Europäische Gerichtshof hat zwar ausländische Gründungen inländischen Gesellschaften wegen der EU-weit geltenden Niederlassungsfreiheit vollständig gleichgestellt. Gleichzeitig blieb ungeklärt, welche Grenzen im Interesse des Gläubigerschutzes, der Betrugsbekämpfung und der steuerlichen Kontrolle gezogen werden dürfen. Zu betonen ist aber auch, dass zwischen den Mitgliedstaaten bestehende Kosten- und Zeitunterschiede bei der Gründung von Gesellschaften nicht durch die Hintertür wieder

aufgebaut werden dürfen. Als Kompensation für das Fehlen von Mindestkapitalvorschriften bestehen bei der „Limited“ anderweitige Sicherungsmechanismen. Diese führen nicht selten zu einer früheren und ungleich schärferen persönlichen Haftung der „directors“ als es bei der Geschäftsführerhaftung nach dem Recht der deutschen GmbH der Fall ist (vgl. auch *Triebel/Otte*, ZIP 2006, 311 ff.)

Hauptproblem ist daher, dass wesentliche Rechtsänderungen am Sitz der Hauptniederlassung beim Register der Zweigniederlassung unbekannt bleiben. Nach deutschem Recht ist nur erstmalig bei der Anmeldung der Zweigniederlassung das Bestehen der Hauptniederlassung in dem Gründungs-Mitgliedstaat nachzuweisen. Im weiteren Verlauf erfolgt kein Informationsaustausch zwischen der Register führenden Stelle der Hauptniederlassung und der Zweigniederlassung. Im Extremfall wird dem Register der Zweigniederlassung nicht einmal das Erlöschen des Hauptunternehmens an seinem satzungsmäßigem Sitz bekannt, so dass es „als Zweigniederlassung“ jahrelang weiter existieren kann – zwar nicht rechtlich, aber doch dem Anschein nach.

Deshalb kann nicht unbedingt damit gerechnet werden, dass wesentliche gesellschaftsrechtliche Strukturänderungen stets vom Leitungsorgan des Unternehmens dem Register der Zweigniederlassung mitgeteilt werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Eintragung der Hauptniederlassung in dem Gründungs-Mitgliedstaat nur wegen der dortigen besonders einfachen Gründungsvoraussetzungen erfolgte und es dem Unternehmen für seine unternehmerischen Zwecke allein auf die Eintragung der Zweigniederlassung in Deutschland ankommt, weil es sich ausschließlich hier betätigen will. Auch kann es vorkommen, dass dem Leitungsorgan jegliches weitere Interesse an dem Gesamtunternehmen fehlt, etwa nach durchgeführtem Insolvenzverfahren oder einer Löschung der Gesellschaft wegen unterlassener Abgabe des „annual report“.

Dem Verkehrsschutz dienlich ist diese Rechtslage nicht. Eine mögliche Lösung könnte darin bestehen, auf EU-Ebene Arbeiten zu einer Richtlinie über die gegenseitige Information der registerführenden Stellen aufzunehmen. Anderenfalls bleibt nur die Möglichkeit, sich bei den britischen Registrierungsbehörden zu unterrichten. Das sind für England und Wales das *Companies House* in Cardiff und für Schottland das *Companies House* in Edinburgh; im Internet erreichbar unter [www.companies-](http://www.companies-)

house.gov.uk. Wirkung für und gegen jedermann (§ 15 HGB) kann deren Auskunft aber nicht zukommen, und zwar schon deshalb nicht, weil mit der Registrierung nach englischem Recht keinerlei materielle Rechtsprüfung verbunden ist. Auch dies mag die Zeit- und Kostenunterschiede erklären, die vielfach und werbewirksam in den Vordergrund gestellt werden.

### **Weiterführende Literatur:**

Herchen, Axel, „Checkliste“ zur Eintragung einer Zweigniederlassung einer englischen private company limited by shares im Handelsregister, RIW 2005, 529 - 533

Klose-Mokroß, Lydia, Die Eintragung der Zweigniederlassung einer englischen „private limited company“ in das deutsche Handelsregister, DStR 2005, 971 - 975 und 1013 - 1018

Just, Clemens, Die englische Limited in der Praxis (mit Formularteil), München, 2005

Keidel/Krafka/Willer, Registerrecht, 7. Auflage, München, 2007

## **Besteuerung von Kapitalgesellschaften unter besonderer Berücksichtigung der „Limited“**

(JMBl. LSA 2006, 288)

### **Ri'inFG Dr. Afra Waterkamp-Faupel Finanzgericht des Landes Sachsen-Anhalt**

Die Gründer einer britischen private company limited by shares, nachfolgend Limited, müssen die Gesellschaft beim Registrar of Companies im Companies House in London, Cardiff oder Edinburgh unter Angabe des Gesellschaftssitzes anmelden. Jede in England registrierte Limited ist verpflichtet, in England ein Registered Office zu unterhalten. Wird der tatsächliche Verwaltungssitz im Anschluss nach Deutschland verlegt, handelt es sich bei dem Registered Office nur um eine Büroadresse ohne wesentliche eigene Funktion. Geschäftsunterlagen, wie ein Verzeichnis der Gesellschafter, ein Verzeichnis der Geschäftsführer, ein Verzeichnis der Schriftführer, Protokolle der Gesellschafterversammlungen und so weiter müssen im Registered Office geführt werden. Beim Registrar müssen die Gründungsurkunde, die Satzung, die Liste der Geschäftsführer und Schriftführer eingereicht werden. Die Anmeldebehörde prüft die Dokumente auf ihre formelle Ordnungsmäßigkeit und stellt im Anschluss die Gründungsurkunde aus.

Die Limited wird durch den Director (Geschäftsführer) vertreten. Daneben hat jede Limited einen Secretary (Schriftführer) zu bestellen. Die Funktion des Secretary wird regelmäßig auf Dauer von einem englischen Berater wahrgenommen, der Director kann auch gleichzeitig Gesellschafter sein. Für Verbindlichkeiten der Limited haftet den Gläubigern nur das Vermögen der Gesellschaft, da im englischen Recht die Selbstständigkeit der juristischen Person seit der Entscheidung Salomon v. Salomon & Co. Ltd. aus dem Jahr 1897 betont wird. Eine persönliche Haftung des Gesellschafters (members) kommt, wenn er seine Einlage geleistet hat, nur ganz ausnahmsweise z. B. bei Missbrauchsfällen in Betracht. Eine bloße Unterkapitalisierung der Gesellschaft genügt für eine Durchgriffshaftung auf den Gesellschafter jedoch nicht. Eine persönliche Haftung des Director besteht, wenn dieser seine Pflichten insbesondere in der Krise der Gesellschaft verletzt. Die entsprechenden Haftungstatbestände des engli-

schen Rechts (Sec. 213 Insolvency Act 1986 – fraudulent trading und Sec. 214 Insolvency Act 1986 – wrongful trading) sind nicht im Gesellschaftsrecht, sondern im Insolvenzrecht geregelt. Für das Insolvenzverfahren und die anzuwendenden materiellrechtlichen Normen gilt das Insolvenzrecht desjenigen Mitgliedstaates, in dem das Verfahren eröffnet wird (Art. 4 Abs. 1 EG Verordnung Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, ABI Nr. L 160 vom 30. Juni 2000, S. 1 - EUInsVO). Dies ist der Mitgliedstaat, in dem die Limited den Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen hat (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 EUInsVO). Dabei gilt die Vermutung, dass dies der Ort des satzungsmäßigen Sitzes ist (Art. 3 Abs. 1 Satz 2 EUInsVO). Bei einer Limited, die im Gründungsstaat jedoch keinerlei geschäftliche Tätigkeit ausübt und ihren Verwaltungssitz im Inland hat, sind für das Insolvenzverfahren deutsche Gerichte zuständig, da die Limited dann im Inland den Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen hat. Die Anwendung deutschen Insolvenzrechts stellt keinen Verstoß gegen die aus Art. 43 und 48 folgende Niederlassungsfreiheit dar, denn es geht z. B. bei der Anwendung des § 64 GmbHG um die persönliche Haftung eines Geschäftsführers bei Verletzung der Insolvenzantragspflicht. Dies steht in keinem Zusammenhang mit der Gründung der Gesellschaft in einem Mitgliedstaat, sondern mit der Tätigkeit der Gesellschaft in einem bestimmten Staat (Urteil des LG Kiel vom 20. April 2006 -10 S 44/05, DB 2006, 1314 mit Anm. Schilling EWiR 2006, 429 und ZIP 2006, 1248 mit Anm. Just).

Als Steuerpflichtige treffen die Limited Pflichten zur Steuerzahlung, Steuerabführung, Erklärung über Tatsachen oder Mitwirkung im Besteuerungsverfahren, für deren Erfüllung nach § 34 Abs. 1 AO ihre gesetzlichen Vertreter zu sorgen haben, da die Limited als juristische Person selbst nicht unmittelbar handlungsfähig ist. Die gesetzliche Vertretung der Limited im Sinne von § 34 AO bestimmt sich gemäß § 51 ZPO in Verbindung mit Artikel 7 EGBGB nach dem Recht ihres Heimatlandes Großbritannien. Gesetzlicher Vertreter ist der Director, vergleichbar dem Geschäftsführer der GmbH. Die steuerlichen Pflichten des Director beginnen bereits mit seiner Bestellung und nicht erst mit seiner Registrierung im englischen companies house oder der Eintragung im deutschen Handelsregister der Zweigniederlassung. Für den darüber hinaus im britischen Recht notwendigen Company Secretary gibt es keine Entsprechung im deutschen GmbH-Recht. Da er nicht zu gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft gehört,

obliegt ihm auch nicht die Einhaltung der steuerlichen Pflichten. Der Director haftet persönlich für die Steuerschulden der Limited, wenn aufgrund einer schuldhaften Pflichtverletzung die Steuern nicht ordnungsgemäß festgesetzt oder erhoben werden können, § 69 AO.

Gemäß § 238 Abs. 1 HGB ist ein Kaufmann zur Buchführung verpflichtet. Die Limited ist zwar Kaufmann im Sinne von § 6 Abs. 1 HGB, umstritten ist aber, ob die Buchführungspflicht auch für ausländische Kaufleute gilt. Die herrschende Meinung folgt einer gesellschaftsrechtlichen Qualifikation und verneint eine Buchführungspflicht im Sinne des § 238 Abs. 1 HGB. Danach sei allein englisches Recht anzuwenden und nur für die Zweigniederlassung eine Buchführung gemäß § 325 a HGB in Verbindung mit § 325 HGB notwendig. Eine andere Ansicht verweist auf die Funktion der Rechnungslegung und folgt einer öffentlich-rechtlichen Qualifikation. Der Schutz der Gläubiger erfordere die Anwendung deutscher Rechnungslegungsvorschriften. Nach § 325 a Abs. 1 HGB i. V. m. Art. 3 der Publizitätsrichtlinie (Richtlinie 68/151/EWG – Publizitätsrichtlinie [Erste gesellschaftsrechtliche Richtlinie], ABl. L 65 vom 14. März 1968, S. 8) sind die Unterlagen der Rechnungslegung der Hauptniederlassung, die nach dem für die Hauptniederlassung maßgeblichen Recht erstellt und geprüft worden sind, offen zu legen. Die Erstellung und Offenlegung richtet sich nach dem Recht des Mitgliedstaates, dem die Gesellschaft unterliegt, somit gilt das Recht des statuarischen Sitzes. Für die deutsche Finanzverwaltung ist jedoch auch eine Steuerbilanz nach deutschem Recht zu erstellen.

Eine zugezogene Limited kann zunächst allein nach den Vorschriften des HGB bilanzieren. Hierzu ist sie bereits gemäß § 325 a HGB i. V. m. § 325 HGB verpflichtet. Diese handelsrechtliche Bilanz kann dann nach dem Maßgeblichkeitsgrundsatz des § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG für die Erstellung der Steuerbilanz zu Grunde gelegt werden. Um ihren englischen Rechnungslegungs- und Publizitätspflichten Genüge zu tun, erstellt sie zusätzlich einen englischen Jahresabschluss nach UK-GAAP im Wege einer Überleitungsrechnung. Die zugezogene Limited kann aber auch nach UK-GAAP bilanzieren und zur Anpassung des UK-Abschlusses an den inländischen Abschluss eine Überleitungsrechnung gemäß § 60 Abs. 2 EStDV erstellen. Eine Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 EStG scheidet aus, da die Limited zumindest nach ausländischem Gründungs-

recht zur Rechnungslegung gesetzlich verpflichtet ist und diese Verpflichtung auf die steuerrechtliche Gewinnermittlung ausstrahlt.

Solange eine englische Limited ihren Satzungs- und Verwaltungssitz in England hat, unterliegt sie allein dem englischen Steuerrecht. Die Gesellschaft muss Körperschaftsteuer (corporation tax) auf Gewinne zahlen, wobei sich die zu versteuernde Summe aus den Veräußerungsgewinnen (capital gains) und den laufenden Erträgen (income profits) zusammensetzt. Vom Veräußerungspreis abzuziehen sind die abzugsfähigen Aufwendungen, ein eventuell vorzutragender Verlustabzug und besonders beachtenswert – weil anders als im deutschen Steuerrecht – die Inflationsrate. Die Erträge werden in Einkunftsarten untergliedert und entsprechend der jeweiligen Schedule (unterschiedlicher Steuersatz) besteuert. Daneben kennt das englische Steuerrecht für bestimmte Einkünfte englischer Unternehmen auch die Quellensteuer. Die Besteuerung des Anteilseigners (taxation of shareholders) richtet sich nach seiner Steuerpflicht (unbeschränkt oder beschränkt), ob er eine natürliche oder juristische Person ist und ob der Anteil im Betriebs- oder Privatvermögen gehalten wird. Unterliegen sowohl die Limited als auch der Anteilseigner dem englischen Besteuerungsrecht, findet für die natürliche Person ein Teilanrechnungsverfahren Anwendung; für die Kapitalgesellschaft fällt keine Körperschaftsteuer an. Im Falle des Wegzuges findet eine Schlussbesteuerung nach englischem Recht statt. Stille Reserven sind zu besteuern. Ist die Limited gegründet worden, um ihren Verwaltungssitz sofort zu verlegen, löst der Wegzug mangels vorhandener stiller Reserven keine steuerlichen Folgen aus.

Die Körperschaftsteuererklärung (corporation tax return), der Jahresabschluss (annual accounts, der aus den jährlichen balance sheets – Bilanzen – und den profit and loss accounts – Gewinn- und Verlustrechnungen besteht) und die Steuerberechnung sind spätestens zwölf Monate nach Ende des Geschäftsjahres bei dem zuständigen Finanzamt einzureichen. Zusätzlich sind der directors` report – Darstellung der Geschäftstätigkeit – und der annual return – Statusbericht – zu erstellen. Die accounts, der directors` report und der annual return sind beim Companies House innerhalb bestimmter Fristen ordnungsgemäß und vollständig einzureichen. Werden diese Pflichten nicht ordnungsgemäß erfüllt, kommt eine Löschung der Gesellschaft im Register in Betracht. Ob die Steuererklärungspflichten in Großbritannien bei Wegzug

fortbestehen, ist derzeit noch ungeklärt. In Betracht kommt eine Steuererklärung mit 0 € Ausweis oder der Nachweis als non-resident in Großbritannien.

Hat die englische Limited zwar ihren Satzungssitz in Großbritannien, ihren Verwaltungssitz aber in Deutschland, so ist sie in Deutschland bei Anwendung der Gründungstheorie nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig. Die frühere Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes, die einer ausländischen Gesellschaft mit inländischem Geschäftssitz die eigene Rechtspersönlichkeit und damit die Vergleichbarkeit mit den in § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG genannten Kapitalgesellschaften absprach, ist seit der Entscheidung des EuGH „Überseering“ überholt. Die Limited ist in beiden Staaten ansässig. Gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. h Unterabschnitt iii DBA-Großbritannien (sog. tie-breaker-rule) gilt die Gesellschaft im Fall der Doppelansässigkeit als in dem Gebiet ansässig, in dem sich der Ort ihrer tatsächlichen Geschäftsleitung befindet, also in der Regel in Deutschland. Nach sec. 249 (1) Finance Act ist die tie-breaker-rule in das nationale britische Steuerrecht transferiert worden; die Gesellschaft wird im britischen Steuerrecht als non-resident bezeichnet. Übt die Limited ihre aktive Tätigkeit ausschließlich in Deutschland aus, ist der Gewinn vollständig in Deutschland zu versteuern. Sie unterliegt, wie eine inländische GmbH, mit ihrem Welteinkommen in Deutschland der Besteuerung; sie ist unbeschränkt steuerpflichtig. Grundsätzlich müsste die englische Limited als inländische Zweigniederlassung, bei der es sich im Grunde um eine Hauptniederlassung handelt, in das inländische Handelsregister eingetragen werden. Fehlt diese, gilt trotzdem die unbeschränkte Steuerpflicht. Kraft gesetzlicher Fiktion erzielt die Limited stets Einkünfte aus Gewerbebetrieb gemäß § 8 Abs. 2 KStG. Für die Besteuerung des Anteilseigners ergeben sich keine Besonderheiten. Die Dividenden fallen unter § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG und werden bei natürlichen Personen als Anteilseigner gemäß § 3 Nr. 40 EStG im Rahmen des Halbeinkünfteverfahrens veranlagt bzw. sind bei Kapitalgesellschaften als Anteilseigner gemäß § 8 b Abs. 1 i. V. m. Abs. 5 zu 95 v. H. steuerbefreit.

Die Frage der zulässigen Gewinnausschüttung einer Limited an ihre Anteilseigner richtet sich nach englischem Gesellschaftsrecht. Ausschüttungen können nur erfolgen, wenn die kumulierten, realisierten Gewinne aus dem operativen Geschäft, die realisierten Veräußerungsgewinne des Wirtschaftsjahres und etwaige Gewinnvorräge die kumulierten, realisierten Verluste (Verluste des Wirtschaftsjahres und Verlustvorräge)

übersteigen. Buchgewinne dürfen nicht ausgeschüttet werden, sondern müssen vielmehr einer Rücklage zugeführt werden. Die Eigenkapitalersatzregeln des deutschen Rechts, insbesondere § 32 a GmbHG, sind auf die Limited nicht anwendbar. Dies kann vorteilhaft sein, erweist sich steuerrechtlich jedoch als Nachteil. Im englischen Gesellschaftsrecht fehlt es an einem Sonderrecht für eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen in der Krise und Insolvenz. Während ein GmbH-Gesellschafter ein von der Gesellschaft nicht zurückgezahltes Gesellschafterdarlehen unter bestimmten Voraussetzungen als nachträgliche Anschaffungskosten nach § 17 Abs. 4 EStG ansetzen kann, gibt es für den Gesellschafter einer Limited keine entsprechende gesetzliche Regelung.

Wer in Deutschland als Unternehmer die Gesellschaftsform der Limited wählt, sollte sich umfassend über alle gesetzlichen Normen unterrichten bzw. beraten lassen, um weder kostenträchtige Faktoren wie die internationale Rechnungslegung noch die Gefahren der persönlichen Haftung zu übersehen.

#### **Weiterführende Literatur:**

Just, Die englische Limited in der Praxis, C. H. Beck Verlag München 2005

Jachmann / Klein, Die englische „private limited company“ im deutschen Haftungs- und Steuerrecht, Der Steuerberater 2005, 374

Kessler / Eicke, Die Limited – Fluch oder Segen für die Steuerberatung?, Deutsches Steuerrecht 2005, 2101

Korts / Korts, Die steuerliche Behandlung der in Deutschland tätigen englischen Limited, Betriebs-Berater 2005, 1474

Korts, Die englische Limited – Gesellschafts- und steuerrechtliche Grundlagen für den steuerlichen Berater, Die Steuerberatung 2005, 485

Wachter, Persönliche Haftungsrisiken bei englischen limited companies mit inländischem Verwaltungssitz, Deutsches Steuerrecht 2005, 1817

Wachter, Die englische private limited company im deutschen Steuerrecht, Finanz-Rundschau 2006, Teil 1 S. 358, Teil 2 S. 393

Waterkamp-Faupel, Neue Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, JMBI. LSA 2004, 195

Waterkamp-Faupel, Die englische Limited – Konkurrenz und/oder Alternative zur deutschen GmbH, JMBI. LSA 2005, 303

## Zusammenfassung

Die englische „private company limited by shares“ hat aufgrund verschiedener Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs das Interesse der Wirtschaft geweckt und für die kommerzielle Gründungsberatung einen neuen Markt eröffnet.

Am stärksten scheint sich die englische Limited in Deutschland zunächst dort zu verbreiten, wo sie momentan unter dem Stichwort „Billig-GmbH“ vermarktet wird, also bei Unternehmensgründern oder Unternehmen, die erstmals die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft nutzen wollen. Da allerdings die anfänglichen Kostenvorteile (niedrige Gründungskosten, kein Mindestkapital) später durch höhere Verwaltungskosten in ihrem Nutzen für den Unternehmer egalisiert werden und sich auch für steuerlich motivierte Gestaltungen kein unmittelbarer Vorteil ergibt, ist abzuwarten, ob die englische Limited langfristig für Gründer und junge Unternehmen wirklich zum „Importschlager“ wird.

Das englische Gesellschaftsrecht ist zwar anders als das deutsche, aber nicht unbedingt laxer. Es verfolgt dieselben Grundanliegen (Minderheitenschutz, Gläubigerschutz, Ausgleich von Disparitäten), freilich mit zum Teil anderen Mitteln. Auch wenn sich Figuren des deutschen Rechts nicht eins zu eins wieder finden, bestehen damit nicht zwangsläufig Schutzlücken im englischen Recht.

Wer die Limited für seine Unternehmung in Deutschland in Betracht zieht, sollte deshalb auf jeden Fall zweierlei bedenken: Zum einen wird er über kurz oder lang ohne professionellen englischen Rechtsrat nicht auskommen. Zum anderen versetzt er eine Gesellschaftsform eines Rechts in eine Umgebung anderen Rechts; daraus entsteht eine Verquickung von Rechtsordnungen, die noch nicht sicher gelöst ist.

Andererseits überzeugt die deutsche GmbH nicht uneingeschränkt, weil das Stammkapital nicht (mehr) die Kapitalerhaltung gewährleistet. Der „Import“ der englischen Limited und die Option zur grenzüberschreitenden Gründung zwingen deshalb nicht nur dazu, sich mit den Vor- und Nachteilen ausländischer Gesellschaftsformen vertraut zu machen; aus ihnen lässt sich zudem die (rechtspolitische) Forderung ableiten, den

gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz des GmbH-Gesetzes an internationale Entwicklungen anzupassen.

In jedem Falle hat das Ministerium der Justiz Gespür für aktuelle Themen bewiesen, als es die englische Limited in sein Fortbildungsprogramm aufnahm. Denn so bestand und besteht Gelegenheit, dass Fachleute zu Praxisfragen informieren, die sich aus dem „Import“ ausländischer Gesellschaftsformen und der Option zur grenzüberschreitenden Gründung ergeben.

Hinweis: Diese Auflage steht ausschließlich als Online-Version zur Verfügung. Die Broschüre wird im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit des Ministeriums der Justiz des Landes Sachsen-Anhalt herausgegeben. Sie wird ausschließlich kostenlos abgegeben. Unabhängig davon, wann, auf welchem Weg und in welcher Anzahl diese Schrift dem Empfänger zugegangen ist, darf sie nicht in einer Weise verwendet werden, die als Parteinahme der Landesregierung zugunsten einzelner politischer Gruppen verstanden werden könnte.

Herausgegeben vom  
Ministerium der Justiz des Landes Sachsen-Anhalt  
- Referat Presse- und Öffentlichkeitsarbeit -  
Domplatz 2 - 4, 39104 Magdeburg  
Tel.: (0391) 567-6234, -6230. -6235, Fax: (0391) 567-6187  
E-Mail: [presse@mj.sachsen-anhalt.de](mailto:presse@mj.sachsen-anhalt.de)  
<http://www.mj.sachsen-anhalt.de>  
1. Auflage im Januar 2007  
Illustrationen: Phil. Hubbe, Magdeburg

