



Hauptfundstelle: 2004, 116

Rechtsprechung

Gesellschaftsrecht

Ausländische GmbH: Eintragung der Zweigniederlassung einer im EG-Ausland gegründeten Kapitalgesellschaft und Legitimation der Geschäftsführer

Art. 43 EGV; Art. 48 EGV; § 8 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG; § 13g HGE;

1. Die Eintragung der Zweigniederlassung einer Kapitalgesellschaft, die in einem Mitgliedsstaat des EG-Vertrags wirksam gegründet und dort als rechtsfähig anerkannt ist, ins Handelsregister kann nicht allein deshalb versagt werden, weil sich ihr tatsächlicher Verwaltungssitz allein am Ort der Zweigniederlassung befindet (teilweise Aufgabe von Senat, KG Berlin v. 11.2.1997 - 1 W 3412/96 = FGPrax 1997, 154 = GmbHR 1997, 708).

2. Die der Anmeldung der Zweigniederlassung der ausländischen Kapitalgesellschaft beizufügende Legitimation der Geschäftsführer hat grundsätzlich durch Einreichung des ihre Bestellung betreffenden Gesellschafterbeschlusses und etwaiger weiterer, zur Überprüfung der Wirksamkeit erforderlicher Unterlagen zu erfolgen.

KG Berlin

Beschl. vom 18.11.2003 - 1 W 444/02

I.

Der Beteiligte meldete mit notariell beglaubigter Anmeldung v. 24.8.2000 als allein vertretungsberechtigter Geschäftsführer der eingangs des Beschlusses genannten Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister an, daß diese im Gesellschaftsregister für England und Wales eingetragen sei und eine Zweigniederlassung mit Sitz in Berlin mit mehreren Unternehmensgegenständen (darunter der Erwerb und Verkauf von Immobilien sowie die Vorbereitung und Durchführung von Bauvorhaben) errichtet habe, deren Geschäftsführer er sei. Der Anmeldung fügte er notariell beglaubigte Kopien mehrerer Urkunden bei, bei denen es sich überwiegend um Kopien englischsprachiger Urkunden handelt, deren Vollständigkeit und Übereinstimmung mit den Originalurkunden gemäß der mit Apostille versehenen Bescheinigung eines Notars (notary public) in B v. 5.1.2000 bestätigt wird, nebst Übersetzungen in die deutsche Sprache.

Nach der Gründungsbescheinigung (certificate of incorporation) des Gesellschaftsregisters für England und Wales in C v. 17.12.1999 wird bestätigt, daß die Gesellschaft als Privat Limited Company an diesem Tag gegründet wurde. Aus der Gründungsurkunde (memorandum) ergibt sich, daß die Gesellschaft mit einem Gesellschaftskapital von 100 Pfund, geteilt in 100 Anteile, durch die AI-Ltd. gegründet wurde und die Anteile von der WII-N.V. mit Sitz in C/N A gezeichnet wurden. Die Satzung (articles of association) der Gesellschaft regelt u.a. zur Vertretung der Gesellschaft durch Direktoren (directors), daß deren Mindestzahl Eins ist (7.b) und deren Bestellung durch Beschluß in der Generalversammlung (general meeting) erfolgt (7.e). Die nicht lesbare Unterschrift des für die Anteilszeichnerin Unterzeichnenden, dessen Name und Funktion nicht angegeben sind, unter der Gründungsurkunde und unter der Satzung wurde am 15.11.1999 von AE bezeugt. Nach den weiter eingereichten Protokollen der 1. und

2. Direktorenversammlung am 17.12.1999 nahmen an diesen jeweils rt als Vorsitzender, KDG als Direktor und jpg als Sekretär teil. In der 1. Versammlung wurde Kenntnis von deren Ernennung zum Direktor und zum Sekretär genommen, seitens des Vorsitzenden berichtet, daß sich der erste eingetragene Sitz der Firma in B (mit Anschrift) befinde, und festgestellt, daß sich die AI-Ltd. verpflichtete, die entsprechenden Formulare dem Führer des Gesellschaftsregisters zur Eintragung vorzulegen. In der 2. Versammlung wurde beschlossen, eine Niederlassung in Deutschland einzurichten, und daß KDG und JPG ermächtigt sind, die notwendigen Formalitäten zu erledigen. Nach dem Protokoll der 3. Direktorenversammlung in der Niederlassung der Firma in Deutschland v. 15.7.2000 war Vorsitzender der Sitzung nunmehr aje. Weiter anwesend waren KDg als Direktor, jpg als Sekretär sowie der Beteiligte. Es wurde zur Kenntnis genommen, daß der bisherige Direktor KDg durch den Beteiligten ersetzt wird und dieser zum Direktor ernannt wird. Die ac-Ltd verpflichtete sich, die entsprechenden Formulare dem Führer des Gesellschaftsregisters zur Eintragung vorzulegen. Entgegen der Erklärung in der Anmeldung und im Schriftsatz der einreichenden Notarin v. 1.9.2000 waren Gesellschafterbeschlüsse nicht beigelegt.

Auf Zwischenverfügung des AmtsG, daß JPG offenbar zugleich Sekretär und Direktor sei und daher ebenfalls anmelden müsse, erklärte die Notarin, sie stelle klar, daß der Sekretär nicht zugleich Direktor sei und keine Vertretungsbefugnisse für die Gesellschaft habe.

Unter dem 19.12.2000 änderte der Beteiligte die Anmeldung dahin, daß Gegenstand des Unternehmens der Zweigniederlassung nur noch die Verwaltung von eigenem und fremdem bebauten und unbebauten Grundbesitz sowie von Wohnungseigentum sei.

Mit weiterer Zwischenverfügung v. 12.2.2001 hat das AmtsG der Gesellschaft aufgegeben, der Industrie- und Handelskammer Auskunft zu ihrer Hauptniederlassung zu erteilen, eine Bescheinigung der zuständigen Behörde einzureichen, daß der Gesellschaft eine Genehmigung nach § 34c GewO erteilt werde, sobald der Auszug über ihre Handelsregistereintragung vorliegt, und, da den eingereichten Unterlagen insoweit nichts zu entnehmen und auch keine Registrierung der Vertretungsbefugnis erfolgt sei, die Erteilung der konkret angemeldeten Vertretungsbefugnis des Beteiligten nachzuweisen.

Die Industrie- und Handelskammer hat sodann unter Vorlage der Kopie eines Mietvertrags zwischen der Gesellschaft und der AC-Ltd. über einen Büroraum in b mitgeteilt, daß nach Auskunft des Geschäftsführers keine wirtschaftlichen Tätigkeiten in Großbritannien ausgeführt werden.

Mit Beschl. v. 18.4.2001 hat das AmtsG die Anmeldung zurückgewiesen. Die gegen die Zurückweisung mit Schriftsatz des Verfahrensbevollmächtigten v. 14.5.2002 unter Bezugnahme auf die mit dem Namen des Beteiligten ohne Vertretungszusatz unterzeichnete schriftliche Vollmacht v. 6.5.2002 eingelegte Erstbeschwerde hat das LG zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die durch den Verfahrensbevollmächtigten "auftragsgemäß" eingelegte weitere Beschwerde.

II.

1. Zulässigkeit der weiteren Beschwerde

Die weitere Beschwerde ist als im eigenen Namen eingelegtes Rechtsmittel des als alleinvertretungsberechtigter

Geschäftsführer (director) der Gesellschaft auftretenden Beteiligten auszulegen und als solche zulässig. ...

Die vom Senat von Amts wegen vorzunehmende Prüfung führt zu dem Ergebnis, daß die Erstbeschwerde im eigenen Namen des Beteiligten eingelegt worden ist. Dafür sprechen über die Unterzeichnung der Vollmacht ohne Vertretungszusatz hinaus weitere Umstände, nämlich der Gegenstand der Anmeldung sowie der fehlende Nachweis der Vertretungsbefugnis des Beteiligten für die Gesellschaft.

Gegenstand der Anmeldung ist die Errichtung einer inländischen Zweigniederlassung der am 17.12.1999 in C registrierten Private Limited Company. Die britische Private Limited Company ist als der GmbH deutschen Rechts vergleichbar anzuerkennen. Dies folgt insbesondere aus der 1. (Publizitäts-)Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaft v. 9.3.1968, auf die in Art. 1 der 11. (Zweigniederlassungs-)Richtlinie v. 21.12.1989 verwiesen wird, und der 12. (Einpersonen-GmbH-)Richtlinie, die eine Auflistung der der GmbH vergleichbaren ausländischen Gesellschaftsformen enthält (vgl. Ensthaler/Achilles, HGB, 6. Aufl., § 13d Rz. 4; § 13g Rz. 1; Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl., § 12 Rz. 52; Michalski/Heyder, GmbHG, 4. Aufl., § 12 Rz. 38). Maßgebend für die Anmeldung und Eintragung in das deutsche Handelsregister sind demnach die Vorschriften der §§ 13d, 13e, 13g HGB.

Der Begriff der Zweigniederlassung und ihr Errichtungsvorgang im Inland, der aus einem dahin gehenden Organisationsakt und einer Aufnahme der Geschäftstätigkeit besteht, richten sich nach deutschem Recht als der *lex fori*. Danach wirkt die Registereintragung nicht konstitutiv, sondern verlautbart lediglich den entsprechenden Errichtungsvorgang und hat somit nur deklaratorische Bedeutung (vgl. OLG Düsseldorf v. 15.10.1998 - 10 W 95/98, Rpfleger 1999, 100 [101]; Ensthaler/Achilles, HGB, 6. Aufl., § 13d Rz. 5; Michalski/Heyder, GmbHG, § 12 Rz. 41; jew. m.w.N.).

Gemäß § 13e Abs. 2 S. 1 HGB ist die Errichtung einer Zweigniederlassung der ausländischen Gesellschaft durch deren Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Zahl anzumelden (vgl. Ensthaler/Achilles, HGB, 6. Aufl. § 13e Rz. 2; Michalski/Heyder, GmbHG, § 12 Rz. 42; Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl., Rz. 55; Wachter, GmbHR 2003, 1254 [1255]). Sachlich gemeint sind diejenigen Organe, die in der ausländischen Gesellschaft eine vergleichbare Organfunktion ausüben. Bei der Private Limited Company britischen Rechts obliegt die Leitung der Gesellschaft dem board of directors (Direktorium). Es kann aus einem oder mehreren Mitgliedern bestehen, die nicht zugleich Gesellschafter sein müssen. Es vertritt die Gesellschaft nach außen, wobei mehreren Direktoren grundsätzlich

Gesamtvertretungsbefugnis zukommt, aber auch Alleinvertretungsbefugnis möglich ist, wie sie der Beteiligte vorliegend für sich in Anspruch nimmt (vgl. zu vorstehendem Behrens, Die GmbH im internationalen und europäischen Recht, 2. Aufl., VIII. EI 23 ff.; Hohloch, EU-Handbuch Gesellschaftsrecht, Vereinigtes Königreich, Rz. 157, 196; Ebert/Levedag, GmbHR 2003, 1337 [1341]).

Für Anmeldungen in Bezug auf eine GmbH, die auf eine Eintragung mit lediglich deklaratorischer Wirkung gerichtet sind, ist in der Rechtsprechung bisher wohl allgemein anerkannt, daß der Geschäftsführer die Anmeldung nicht nur aufgrund seiner Organstellung für die Gesellschaft, sondern auch in Erfüllung seiner persönlichen Pflicht zur Anmeldung gemäß § 78 GmbHG bzw. § 13e Abs. 2 S. 1 HGB vornimmt, weshalb er selbst neben der GmbH Antragsteller i.S.v. § 20 Abs. 2 FGG ist, und ihm auch neben dieser ein eigenes Beschwerderecht gem. § 20 Abs. 1 FGG zukommt. Denn ihn trifft gemäß §§ 78, 79 GmbHG, 14 HGB eine persönliche Pflicht zur Anmeldung, die auch durch Verhängung von Zwangsgeld gegen ihn durchgesetzt werden kann (vgl. zu vorstehendem BayObLG v. 10.11.1999 - 3Z BR 253/99, FGPrax 2000, 40 = GmbHR 2000, 87; OLG Köln v. 11.7.2001 - 2 Wx 13/01, NJW-RR 2001, 1417 = GmbHR 2001, 923; Rowedder/Zimmermann, GmbHG, 4. Aufl., § 78 Rz. 20; für ein eigenes Beschwerderecht auch Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8.

Aufl., § 78 Rz. 27; a.A. Scholz/Winter, GmbHG, 9. Aufl., § 78 Rz. 25; offengelassen in BGH v. 24.10.1988 - II ZB 7/88, BGHZ 105, 324 (327) = GmbHR 1989, 25). Demnach erfolgte die Zurückweisung der Anmeldung der Gesellschaft zugleich gegenüber dem Beteiligten persönlich, weshalb er nach § 20 Abs. 1 und 2 FGG ebenfalls beschwerdebefugt ist. Die Auslegung der Erstbeschwerde dahin, daß sie im eigenen Namen des Beteiligten eingelegt worden ist, beruht schließlich auf dem Grundsatz, daß im Zweifel das zu einer Sachentscheidung führende - zulässige - Rechtsmittel eingelegt werden soll. Bei einem namens der Gesellschaft eingelegten Rechtsmittel wäre die gesetzliche Vertretungsbefugnis des Beteiligten für die Gesellschaft bereits bei der Frage der Zulässigkeit von Amts wegen zu prüfen und vorliegend zu verneinen, weil der Beteiligte - wie nachstehend zu 2. ausgeführt werden wird - seine Vertretungsbefugnis für die Gesellschaft nicht hinreichend nachgewiesen hat. Ein von ihm namens der Gesellschaft eingelegtes Rechtsmittel wäre daher bereits als unzulässig zu verwerfen. Demgegenüber genügt es bei einem Rechtsmittel des Geschäftsführers persönlich, wenn dieser seine Sachbefugnis als allein vertretungsberechtigter Geschäftsführer behauptet und mit dem Rechtsmittel die von ihm persönlich vorgenommene Anmeldung weiterverfolgt. Demnach ist davon auszugehen, daß die Erstbeschwerde im eigenen Namen des Beteiligten eingelegt und auch durch den angefochtenen Beschluß - entgegen dessen Wortlaut - zurückgewiesen worden ist. Denn das LG wollte ersichtlich über das eingelegte Rechtsmittel entscheiden, wobei es davon abgesehen hat, auf eine Klarstellung hinsichtlich der Person des Rechtsmittelführers hinzuwirken. Entsprechend ist auch die weitere Beschwerde dahin auszulegen, daß sie im eigenen Namen des Beteiligten eingelegt worden ist. ...

2. Kein Nachweis der Vertretungsbefugnis für die Anmeldung

In der Sache hat die weitere Beschwerde jedoch keinen Erfolg. Die angefochtene Entscheidung beruht nicht auf einem Rechtsfehler, auf den die weitere Beschwerde allein mit Erfolg gestützt werden kann (§§ 27 Abs. 1 S. 2 FGG, 546 f. ZPO). Die Zurückweisung der Erstbeschwerde des Beteiligten gegen die Zurückweisung der von ihm als Direktor der Gesellschaft vorgenommenen Anmeldung ist schon deshalb mit Recht erfolgt, weil die Anmeldung bereits wegen des fehlenden Nachweises seiner Vertretungsbefugnis für die Gesellschaft als unzulässig zurückzuweisen war.

Die Frage der Vertretungsbefugnis der eine Anmeldung als gesetzlicher Vertreter einer juristischen Person vornehmenden

GmbHR 2004, 118

Person ist als Verfahrensvoraussetzung durch das Gericht, auch das der weiteren Beschwerde, von Amts wegen zu prüfen (vgl. Keidel/Zimmermann, FGG, 15. Aufl., § 13 Rz. 15; Keidel/Meyer-Holz, FGG, 15. Aufl., § 27 Rz. 15, jew. m.w.N.).

a) Für die hier vorliegende Anmeldung der Errichtung einer Zweigniederlassung durch eine ausländische GmbH ist in § 13g Abs. 2 S. 2 HGB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG bestimmt, daß der Anmeldung eine Legitimation der Geschäftsführer der Gesellschaft beizufügen ist. Wie bei der inländischen GmbH hat der Nachweis der Bestellung zum Geschäftsführer, wenn sich diese nicht schon aus der Satzung ergibt, grundsätzlich durch Einreichung des Gesellschafterbeschlusses oder - bei mündlicher Bestellung - einer schriftlichen Bestätigung des Bestellungsorgans in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Form zu erfolgen (§ 13g Abs. 2 S. 1, § 13d Abs. 3, § 12 HGB; vgl. zu vorstehendem Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl., § 8 Rz. 4; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl., § 12 Rz. 41; Scholz/Winter,

GmbHG, 9. Aufl., § 8 Rz. 6; Michalski/Heyder, GmbHG, § 12 Rz. 46 und § 8 Rz. 7; Wachter, GmbHR 2003, 1254 [1255]). Bei der Private Limited Company britischen Rechts obliegt die Bestellung der Direktoren, sofern sie nicht bereits in der Satzung erfolgt, der Beschlußfassung durch die Generalversammlung (general meeting) ihrer Gesellschafter, (vgl. Behrens, Die GmbH im internationalen und europäischen Recht, 2. Aufl., Rz. 24, 32 ff.; Ebert/Levedag, GmbHR 2003, 1342). Die gemäß § 13g Abs. 2 S. 2 HGB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG erforderliche Legitimation der Direktoren der Gesellschaft hat daher grundsätzlich durch Einreichung des Gesellschafterbeschlusses über ihre Bestellung - und ggf. des Nachweises der Gesellschafterstellung der Beschlußfassenden - zu erfolgen. Derartige Nachweise sind der Gesellschaft ohne weiteres zuzumuten. Denn sie ist nach dem für sie maßgebenden britischen Recht ohnehin verpflichtet, an ihrem Satzungssitz (registered office) Verzeichnisse ihrer Gesellschafter und Direktoren zu führen und die darin enthaltenen Angaben wie auch Gesellschafterbeschlüsse dem Gesellschaftsregister einzureichen und entsprechend bekannt zu machen (vgl. Behrens, Die GmbH im internationalen und europäischen Recht, 2. Aufl., Rz. 24, 34; Hohloch, EU-Handbuch Gesellschaftsrecht, Vereinigtes Königreich, Rz. 142, 159; Ebert/Levedag, GmbHR 2003, 1340 [1342]).

Das gesetzliche Erfordernis der Legitimation der Direktoren ist - entgegen der Auffassung des Beteiligten - nicht europarechtswidrig, weil sich nach Art. 2 Abs. 1e) der 11.

(Zweigniederlassungs-)Richtlinie v. 21.12.1989 die Pflicht zur Offenlegung auch auf die Bestellung und Personalien derjenigen erstreckt, die befugt sind, die Gesellschaft zu vertreten. b) Die vorliegend mit der Anmeldung eingereichten Urkunden enthalten keinen geeigneten Nachweis der Bestellung des Beteiligten zum - alleinvertretungsberechtigten - Direktor der Gesellschaft.

Die Satzung (articles of association) der Gesellschaft enthält selbst keine Bestellung von Direktoren, sondern trifft nur diesbezüglich einige Regelungen, u.a. daß mindestens ein Direktor zu bestellen ist (7.b) und ihre Bestellung durch Beschluß der Generalversammlung erfolgt (7.e). Demnach konnte vorliegend eine Bestellung des Beteiligten zum Direktor wirksam nur durch Beschluß der Generalversammlung der Gesellschafter erfolgen. Ein entsprechender Gesellschafterbeschuß ist jedoch - entgegen der Erklärung in der Anmeldung und im Schriftsatz der die Anmeldung einreichenden Notarin v. 1.9.2000 - tatsächlich nicht eingereicht worden, sondern lediglich Protokolle von Direktoren Versammlungen, also des Vertretungsorgans selbst, die als Nachweis der Bestellung nicht ausreichen.

Aus dem eingereichten Protokoll der 3. Direktorenversammlung v. 15.7.2000, in dem allein die Bestellung des Beteiligten zum Direktor erwähnt ist, ergibt sich nicht, wann und durch welche Personen der dort zur Kenntnis genommene Beschluß gefaßt wurde. Da der Beschluß über die Bestellung des Beteiligten zum Direktor nicht vorliegt, kann auch die Wirksamkeit der etwaigen Beschlußfassung nicht geprüft werden. Hierzu bedarf es insbesondere des Nachweises, wer Gesellschafter der eingangs genannten Gesellschaft ist und damit zur Beschlußfassung befugt war. Aus der Gründungsurkunde (memorandum) der Gesellschaft ergibt sich als Gründerin die AI-Ltd. Die AI-Ltd. wird jedoch im Protokoll der 1.

Direktorenversammlung v. 17.12.1999 als diejenige erwähnt, die sich verpflichtete, Formulare dem Führer des Gesellschaftsregisters zur Eintragung vorzulegen. Nach dem Protokoll der 3. Direktorenversammlung v. 15.7.2000 übernahm diese Verpflichtung dann die AC-Ltd. Soweit demnach wiederum eine Gesellschaft (Allein-)Gesellschafterin ist, ist auch die Vertretungsbefugnis der für sie handelnden natürlichen Person nachzuweisen.

c) Das AmtsG hat dem Beteiligten mit Zwischenverfügung v. 12.2.2001 u.a. den Nachweis der Erteilung der angemeldeten Vertretungsbefugnis aufgegeben, woraufhin kein entsprechender Nachweis erfolgt ist. Obwohl die sodann erfolgte Zurückweisung der Anmeldung umfassend auf die Gründe dieser Verfügung gestützt worden ist, sind ergänzender Vortrag und Nachweise zur Befugnis des Beteiligten zur Vertretung der Gesellschaft im Erstbeschwerdeverfahren nicht nachgeholt worden. Stattdessen ist im

Verfahren der weiteren Beschwerde lediglich geltend gemacht worden, daß eine Nachprüfung nicht zu erfolgen habe.

Da die Zurückweisung der Erstbeschwerde demnach bereits aus dem Grunde des Fehlens der von Amts wegen zu prüfenden Vertretungsbefugnis gerechtfertigt ist, muß die weitere Beschwerde ohne Erfolg bleiben.

3. Keine Ablehnung der Anmeldung unter Hinweis auf die "Sitztheorie"

Der Senat weist jedoch vorsorglich für den Fall, daß der Beteiligte die Anmeldung wiederholen und die erforderlichen Nachweise zur Vertretungsbefugnis beibringen sollte, darauf hin, daß das AmtsG die Eintragung der Zweigniederlassung nicht mehr aufgrund der in der deutschen obergerichtlichen Rspr. bisher herrschenden und auch vom Senat vertretenen Sitztheorie (vgl. KG Berlin v. 11.2.1997 - 1 W 3412/96, FGPrax 1997, 154 = GmbHR 1997, 708 u.a.) wird ablehnen können. Diese besagt, daß sich nach internationalem Privatrecht die Rechtsverhältnisse einer Gesellschaft nach dem Recht desjenigen Staats beurteilen, in dem sich der tatsächliche Sitz der Hauptverwaltung, d.h. ihr effektiver Verwaltungssitz befindet (vgl. KG Berlin v. 11.2.1997 - 1 W 3412/96, FGPrax 1997, 154 = GmbHR 1997, 708 u.a.; BGH v. 1.7.2002 - II ZR 380/00, ZIP 2002, 1763 = GmbHR 2002, 1021; BayObLG, BayObLGZ 1998, 195 und BayObLGZ 2002, 413; OLG

GmbHR 2004, 119

Zweibrücken v. 26.3.2003 - 3 W 21/03, ZIP 2003, 849 m.w.N. = GmbHR 2003, 530). Nach der neueren Rspr. des EuGH kann an dieser Auffassung nicht mehr festgehalten werden, soweit es um Gesellschaften geht, die in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Gemeinschaft wirksam gegründet worden sind und dort ihren satzungsmäßigen Sitz haben. Denn die Versagung der Rechtsfähigkeit, zu der die Anwendung der Sitztheorie bei einer - wie hier - in einem anderen Staat der Europäischen Gemeinschaft mit dortigem satzungsmäßigen Sitz gegründeten, aber mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland tätigen Gesellschaft führt, verstößt danach gegen Art. 43 und 48 EGV, Diese Vorschriften, bei denen es sich um unmittelbar anwendbares Recht handelt, gewährleisten die Niederlassungsfreiheit für alle Angehörigen der Mitgliedsstaaten, demnach auch für Gesellschaften, die nach den Vorschriften eines Mitgliedsstaats gegründet wurden und innerhalb der EG ihren Sitz haben (Art. 43 EGV).

Im einzelnen hat der EuGH festgestellt, daß eine Sachlage, in der eine nach dem Recht eines Mitgliedsstaats, in dem sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat, gegründete Gesellschaft eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedsstaat errichten will, unter das Gemeinschaftsrecht fällt. Daß die Gesellschaft in dem ersten Mitgliedsstaat nur errichtet wurde, um sich in dem zweiten niederzulassen, in dem die Geschäftstätigkeit im Wesentlichen oder ausschließlich ausgeübt werden soll, ist dabei ohne Belang (vgl. EuGH v. 9.3.1999 - Rs. C- 212/97 - Centros, ZIP 1999, 438 [439] = GmbHR 1999, 474, Tz. 17 u.a.; EuGH v. 30.9.2003 - Rs. C-167/01 - Inspire Art, ZIP 2003, 1885 [1890] = GmbHR 2003, 1260 mit Komm. W.Meilicke, Tz. 95 u.a.). Der Umstand, daß die Gesellschaft in dem ersten Mitgliedsstaat nur errichtet wurde, um in den Genuß vorteilhafterer Rechtsvorschriften zu kommen, stellt für sich allein keinen Mißbrauch dar (EuGH v. 9.3.1999 - Rs. C- 212/97 - Centros, ZIP 1999, 438 [439] = GmbHR 1999, 474, Tz. 18 und 29; EuGH v. 30.9.2003 - Rs. C-167/01, ZIP 2003, 1885 [1890] = GmbHR 2003, 1260 mit Komm. W.Meilicke - Inspire Art - Tz. 96 und 139). Der andere Mitgliedsstaat ist verpflichtet, die Rechtsfähigkeit zu achten,

die die Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaats besitzt (EuGH v. 5.11.2002 - Rs. C-208/00 - Überseering BV/NCC, DB 2002, 2425 = GmbHR 2002, 1137 u.a.).

Dieser für die nationalen Gerichte verbindlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts sind inzwischen der BGH (vgl. BGH v. 13.3.2003 - VII ZR 370/98 - Überseering BV, GmbHR 2003, 527 u.a.), das BayObLG (vgl. in einer Grundbuchsache BayObLG, BayObLGZ 2002, 413) und mehrere OLGe gefolgt (vgl. OLG Celle v. 10.12.2002 - 9 W 168/01, GmbHR 2003, 532; ...; OLG Naumburg v. 6.12.2002 - 7 Wx 3/02, GmbHR 2003, 533; OLG Zweibrücken v. 26.3.2003 - 3 W 21/03, ZIP 2003, 849 = GmbHR 2003, 530). Auch der Senat schließt sich dieser Rechtsprechung an, soweit sie in einem Mitgliedsstaat der EG errichtete Gesellschaften betrifft. Auch vorliegend kann daher die Eintragung der Zweigniederlassung nicht aufgrund der Sitztheorie versagt werden. Zu beachten bleibt aber, daß der EuGH eine Versagung der Eintragung ausdrücklich dann für zulässig erachtet, wenn im konkreten Fall mißbräuchliches oder betrügerisches Verhalten vorliegt. Dies kann etwa der Fall sein, wenn sich die Gesellschafter mittels der Errichtung der Gesellschaft ihren Verpflichtungen gegenüber inländischen privaten oder öffentlichen Gläubigern entziehen wollen (vgl. EuGH v. 9.3.1999 - Rs. C-212/97 - Centros, ZIP 1999, 438 [439] = GmbHR 1999, 474, Tz. 24 und 38; EuGH v. 30.9.2003 - Rs. C-167/01, ZIP 2003, 1885 [1890] = GmbHR 2003, 1260 mit Komm. W.Meilicke - Inspire Art, Tz. 136), oder ein Inländer, dem ein bestimmtes Gewerbe untersagt ist, sich einer Scheinauslandsgesellschaft bedienen will, um der ihm untersagten Tätigkeit gleichwohl nachzugehen (vgl. OLG Zweibrücken v. 26.3.2003 - 3 W 21/03, ZIP 2003, 849 [851] = GmbHR 2003, 530; s.a. die Fallgestaltung, die dem Beschl. des AG Hamburg v. 14.5.2003 - 67g IN 358/02, GmbHR 2003, 957 zugrunde lag).

4. Nachweis erforderlicher staatlicher Genehmigungen bei Anmeldung

Soweit das LG seine Entscheidung zusätzlich auf das Fehlen einer nach dem Gegenstand des Unternehmens der Zweigniederlassung erforderlichen Genehmigung nach § 34c GewO gestützt hat, beruht dies möglicherweise auf einem Übersehen der Änderung der Anmeldung v. 19.12.2000. Im übrigen ist nur zu bemerken, daß eine etwa erforderliche staatliche Genehmigung für die aufgenommene Tätigkeit gemäß § 13e Abs. 2 S. 2 HGB bei der Anmeldung der Zweigniederlassung nachzuweisen ist (vgl. Wachter, GmbHR 2003, 1254 [1256]). ...

Einsenderin: RiKG Beatrix Kasprick-Teperoglou, Berlin

Der GmbHR-Kommentar

Kaum eine Gerichtsentscheidung kommt derzeit ohne die Verweisung auf Schlagworte wie "Inspire Art" (EuGH v. 30.9.2003 - Rs. C-167/01, GmbHR 2003, 1260 mit Komm. W.Meilicke), "Überseering" (EuGH v. 5.11.2002 - Rs. C-208/00, GmbHR 2002, 1137) oder auch "Centros" (EuGH v. 9.3.1999 - Rs. C-212/99, GmbHR 1999, 474) aus (vgl. nur jüngst AG Duisburg v. 14.10.2003 - 63 IN 48/03, GmbHR 2004, 121 [LS] - nachstehend abgedruckt).

So verhält es sich auch mit dem vorstehend abgedruckten Urt. des KG Berlin v. 18.11.2003 - 1 W 444/02, mit dem ein weiteres Mal ein sog. Zuzugsfall behandelt wird, der sich gewissermaßen als eine Mischung aus den Urteilen "Inspire Art" und "Centros" darstellt. Denn es stand zum einen die Frage im Raum, welche Anforderungen an die Eintragung einer Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft in einem anderen europäischen Staat gestellt werden können, und zum anderen, ob die Eintragung einer Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft im deutschen Handelsregister allein deshalb abgelehnt werden kann, weil sich der tatsächliche Verwaltungssitz der ausländischen Gesellschaft nicht im



Gründungsstaat, sondern vielmehr in demjenigen Staat befindet, in dem die Zweigniederlassung eingetragen werden soll.

I. Sachverhalt

Dem Beschluß des KG Berlin lag ein Antrag zum Handelsregister zu Grunde, mit dem eine nach englischem Recht gegründete Gesellschaft die Eintragung einer Zweigniederlassung in einem deutschen Handelsregister erreichen wollte. Bei der nach englischem Recht gegründeten Gesellschaft handelt es sich um eine sog. Private Limited Company, die - wie sich im Laufe des Verfahrens

GmbHR 2004, 120

herausstellte - ihre wirtschaftliche Betätigung allein in Deutschland ausübt. Die Handelsregisteranmeldung erfolgte durch eine Person, die in der Anmeldung angegeben hatte, alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der englischen Gesellschaft zu sein. Die Vorinstanzen hatten den Eintragungsantrag zurückgewiesen, wobei die Begründung der Zurückweisung einfach war: Der Geschäftsführer der englischen Gesellschaft habe gegenüber dem deutschen Handelsregister nicht in ausreichender Form nachgewiesen, daß er die englische Gesellschaft wirksam vertreten dürfe. Dies sei allein den Direktoren der Gesellschaft vorbehalten, die aufgrund der Satzungsbestimmungen nur von der Generalversammlung berufen werden können. Dem Gericht wurden auch nach mehrmaliger Aufforderung nur Protokolle von Direktorenversammlungen übergeben. Der Antragsteller blieb dem Gericht gegenüber aber bis zum Schluß schuldig, die notwendigen Protokolle der Generalversammlung vorzulegen, aus denen hervorgeht, daß der Antragsteller zum Direktor der Gesellschaft bestellt wurde. Die Handelsregistereintragung wurde sowohl vom Amtsgericht als auch vom LG zurückgewiesen, da die Vorlage der Protokolle der Direktorenversammlungen nicht ausreichend seien, um die Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers nachzuweisen.

II. Begründung des KG Berlin

Das KG hatte nunmehr die Entscheidungen der unteren Gerichte zu überprüfen und kam zu der zutreffenden Auffassung, daß das Handelsregister von Amts wegen nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, einen geeigneten Nachweis über die Vertretungsbefugnis des Antragstellers zu verlangen. Der Beschwerdeführer wendete hiergegen ein, daß die Zurückweisung seines Antrags europarechtswidrig sei, da das Gericht nicht berechtigt sei, die Vorlage von entsprechenden Legitimationspapieren zu verlangen.

1. Prüfungsbefugnis des Handelsregisters

Dem KG ist im vollen Umfang zuzustimmen, daß dem deutschen Handelsregister ein uneingeschränktes Prüfungsrecht zustehen muß, ob diejenige Person, die die Eintragung zum Handelsregister beantragt, auch berechtigt ist, die betreffende (ausländische) Gesellschaft zu vertreten.

Dieses Prüfungsrecht stellt sich - wie es der Beschwerdeführer darzulegen versucht - gerade nicht als Verstoß gegen die europäische Niederlassungsfreiheit, sondern vielmehr als

zwingende Folge der europäischen Niederlassungsfreiheit dar. Denn vereinfacht gesagt handelt es sich bei der Niederlassungsfreiheit im europäischen Rechtsraum um die Frage der Anerkennung von anderen europäischen Rechtsnormen. Wie sollte ansonsten eine Rechtsnorm eines europäischen Nachbarn im Inland anerkannt werden können, wenn es dem inländischen Handelsregister verwehrt wäre, die Einhaltung der ausländischen Rechtsnorm zu überprüfen. Nur wenn dieses Prüfungsrecht gewährleistet ist, ist auch die europäische Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt. Mit anderen Worten bedeutet dies, daß sich eine europäische Gesellschaft immer dann frei im für sie ausländischen Rechtsverkehr bewegen darf, wenn und solange die Gesellschaft die Rechtsnormen ihres eigenen Gründungsstaats beachtet. Um dieses Gleichgewicht zwischen Niederlassungsfreiheit auf der einen Seite und Einhaltung der Rechtsnormen auf der anderen Seite aufrechtzuerhalten, muß nicht nur von den deutschen Geschäftspartnern, sondern eben auch von den deutschen Gerichten überprüft werden können, ob die ausländischen Rechtsnormen von der Gesellschaft eingehalten werden, wenn und soweit sich die Gesellschaft am deutschen Rechtsverkehr beteiligt. Verfügt das nationale Gericht nicht über die entsprechende Rechtskenntnis hinsichtlich des Rechts des Herkunftstaats, muß es ggf. nach § 293 ZPO, § 12 FGG vorgehen.

Ein solches Prüfungsrecht wurde mit der Schaffung der 11. Richtlinie über die Offenlegung von Zweigniederlassungen (Richtlinie 89/666/EWG v. 21.12.1989 = ABl. L 395, S. 36) begründet, deren Regelungsinhalt Eingang in die Bestimmungen der §§ 13d ff. HGB gefunden hat.

Das KG Berlin hat demgemäß zutreffend ausgeführt, daß sich die Vorlagepflicht von Unterlagen, die geeignet sind, die Vertretungsbefugnis des Antragstellers nachzuweisen, nicht als Einschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen kann. In gleicher Weise hat auch der EuGH in seiner jüngsten Entscheidung "Inspire Art" ausgeführt, daß ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit nur dann vorliegt, wenn der nationale Staat weitere, über die europarechtlichen Vorgaben hinausgehende Anforderungen an die Eintragung einer Zweigniederlassung statuiert. Im Umkehrschluß bedeutet dies somit, daß denkllogisch ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit von Anfang an nicht vorliegen kann, wenn rechtmäßige europarechtliche Vorgaben vom nationalen Gesetzgeber umgesetzt und von den nationalen Gerichten dementsprechend angewendet werden.

Bei der Nachweisführung der Vertretungsbefugnis steht somit nicht die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, sondern allein die Frage im Raum, ob derjenige, der eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union anmeldet, auch berechtigt ist, die Gesellschaft zu vertreten. Kann der Anmeldende seine Vertretungsbefugnis gegenüber dem Gericht nicht durch Vorlage von entsprechenden Dokumenten nachweisen, ist die Anmeldung vom Handelsregister aus formellen Gründen zurückzuweisen. Dies ist keine unzulässige Ausdehnung der 11. Richtlinie, sondern allein ein Erfordernis, dem der Antragsteller auch in seinem eigenen Gründungsstaat ausgesetzt sein würde.

2. Verlegung des Verwaltungssitzes

Mit vorstehenden Erwägungen wäre die Entscheidung des KG damit eigentlich bereits abschließend und umfassend begründet gewesen. Kann der Anmeldende keinen Nachweis über die Vertretungsberichtigung führen, ist die Anmeldung zurückzuweisen. Dennoch sah sich das Gericht - vor europarechtlichem Hintergrund und wohl auch aus Gründen unnötiger weiterer unterinstanzlicher Verfahren - veranlaßt, auszuführen, daß eine erneute Anmeldung der Eintragung der Zweigniederlassung nicht allein deshalb vom Handelsregister abgelehnt werden kann, weil sich der (tatsächliche) Verwaltungssitz der nach englischen Recht gegründeten Gesellschaft nicht mehr in England, sondern nunmehr ausschließlich in Deutschland befindet.

Damit hat das KG Berlin unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, daß die bisherige Rspr. des KG Berlin (KG Berlin v. 11.2.1997 - 1 W 3412/96, GmbHR 1997, 708) nicht aufrechterhalten wird.

GmbHR 2004, 121

Bislang hatte das KG Berlin mit der Mehrzahl der Stimmen in der deutschen juristischen Fachliteratur angenommen, daß der dem "Centros"-Urteil des EuGH zugrunde liegende Sachverhalt keine Anwendung auf das deutsche Recht finden kann. Im "Centros"-Urteil sollte eine Zweigniederlassung einer nach englischem Recht gegründeten Gesellschaft in einem Zuzugsstaat (Dänemark) errichtet werden, bei dem die sogenannte Gründungstheorie vorherrscht. Es stand dabei fest, daß die englische Gesellschaft ihre geschäftlichen Aktivitäten überwiegend von Dänemark aus betrieben hat. Der EuGH kam zu dem Ergebnis, daß die Zweigniederlassung in Dänemark einzutragen ist. Die in Deutschland bisher vorherrschende Sitztheorie hätte demgegenüber bei einem gleichgelagerten Sachverhalt dazu geführt, daß die Eintragung der Zweigniederlassung abgelehnt worden wäre. Aufgrund der neuesten europäischen und deutschen Rechtsentwicklungen ("Überseering" und "Inspire-Art") ist es aber bereits absehbar gewesen, daß die deutschen Gerichte ihre strikte Haltung zumindest in Bezug auf die Zuzugsfälle aufzugeben haben. Das KG Berlin hat diesbezüglich einen richtigen und auch wichtigen Schritt getan. Die Ablehnung der Handelsregistereintragung ist unzulässig, wenn die Eintragung allein mit dem Hinweis versagt wird, daß sich der Verwaltungssitz nicht mehr in England, sondern in Deutschland befinde. Eine solche Auffassung verstößt nach Ansicht des KG Berlin gegen die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43, Art. 48 EGV. Im Einklang mit dem EuGH führt das KG Berlin weiter aus, daß die Versagung der Eintragung der Zweigniederlassung - und damit die Versagung der Rechtsfähigkeit - nur dann möglich ist, wenn andere Umstände für eine Ablehnung der Handelsregistereintragung vorliegen würden.

Nichts anderes folgt auch aus den 2 tragenden Prinzipien europäischer Regulierung: Herkunftslandprinzip und gegenseitige Anerkennung. Mag das Gründungsrecht einer ausländischen Gesellschaft auch noch so andersartig wie das deutsche Recht ausgestaltet sein, so kann und darf dies nicht dazu führen, daß einzelne mitgliedstaatliche Rechtsordnungen meinen, diesen Prinzipien deshalb den Gehorsam verweigern zu dürfen. Sicherlich kann lange und vortrefflich darüber gestritten werden, ob im deutschen Geschäfts- und Rechtsverkehr das deutsche Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsrecht sowie die deutschen Formerfordernisse bei der Gründung von Kapitalgesellschaften gewahrt werden müssen. Es sollte aber auf der anderen Seite ganz klar bedacht werden, daß mit der Versagung der Rechtspersönlichkeit zwangsläufig und gleichzeitig die Rechtsordnung eines anderen Staats aberkannt wird. Dies kann möglicherweise in Bezug auf bestimmte Drittstaaten gerechtfertigt sein, nicht jedoch hinsichtlich solcher Staaten, die mit Deutschland aufgrund der Europäischen Union verbunden sind. Aus diesem Grunde ist es nur konsequent, daß allein die freie Wahl einer europäischen Rechtsordnung nicht dazu führen kann, die Rechtsfähigkeit der gewählten Rechtsform im Inland zu versagen. Es müssen andere Umstände vorliegen, die eine Versagung der Rechtsfähigkeit erlauben. Es bleibt damit abzuwarten, wie die Gerichte die vom EuGH genannten Merkmale mißbräuchliches oder betrügerisches Verhalten in Zukunft interpretieren werden. Festzuhalten bleibt jedenfalls, daß Art. 12 EGV als Grundnorm des EU-Diskriminierungsschutzes sowie deren spezialgesetzliche Ausgestaltung hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit über Art. 43, Art. 48 EGV für Kapitalgesellschaften eine Diskriminierung aufgrund jeglicher Sitzanknüpfung verbieten.

III. Schlußbemerkung

Auch wenn dem KG Berlin vorgehalten werden könnte, daß Aussagen über einen Sachverhalt getroffen wurden, der nicht unmittelbarer Gegenstand des Verfahrens war, so sind die Ausführungen dennoch in vollem Umfang zu begrüßen. Es dürften keine Zweifel mehr darüber bestehen, daß die Niederlassungsfreiheit im deutschen Rechtsraum zumindest für die sogenannten Zuzugsfälle eindeutig zugunsten der Gründungstheorie entschieden ist. Dies muß selbst für den Fall gelten, daß die nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaft ihre geschäftlichen Aktivitäten nicht im Gründungsstaat, sondern von Anfang an allein im Zuzugsstaat wahrnimmt. Ein mißbräuchliches oder gar betrügerisches Verhalten kann darin nicht gesehen werden; für das Vorliegen eines solchen Verhaltens sind nicht weitere, sondern andere Kriterien nachzuweisen. Sicher ist damit auch, daß das deutsche GmbH-Recht mit den entsprechenden Rechtsformwahlangeboten von EU-Mitgliedstaaten im Wettbewerb steht und sich gegenüber diesen behaupten müssen (vgl. vor diesem Hintergrund auch die Gestaltungsvorschläge von Kleinert/v.Xylander, GmbHR 2003, 506ff.; Kleinert/Lahl, GmbHR 2003, 698ff.; Kleinert/Blöse/v.Xylander, GmbHR 2003, 1230ff.) Und ganz gewiß sicher ist weiterhin folgendes: Allein mit der Beschreibung des Ist-Zustands, und wie schön dieser auch immer und für alle Beteiligten ist bzw. gewesen sein mag (so z.B. Heckschen, GmbHR 2003, R 25 - in diesem Heft; auch Walz/Fembacher, NZG 2003, 1134 sowie Kanzleiter, DNotZ 2003, 885; anders aber Notar Thomas Wachter, GmbHR 2004, 88 - in diesem Heft), läßt sich diese Wettbewerbssituation nicht zugunsten der deutschen Rechtsordnung verbessern, geschweige denn zu deren Gunsten entscheiden. Gefragt ist entschiedenes, zukunftsorientiertes Handeln, nicht melancholische, rückwärtsgerichtete Betrachtung!

Mit Spannung bleibt weiterhin abzuwarten, wie die Wegzugsfälle höchstrichterlich entschieden werden (vgl. hierzu auch Kleinert/Probst, DB 2003, 2217 [2218]). Der von vielen prognostizierte Tod der deutschen GmbH wird wohl nicht bereits durch die Zuzugsproblematik, sondern erst durch die Lösung der Wegzugsproblematik eintreten.
Autor(en): Martin Mildner, Rechtsanwalt und Steuerberater, Hamburg; Dr. Jens Kleinert, Rechtsanwalt, Lingen und Hamburg.