

## Handels- und Gesellschaftsrecht

**Herausgeber:** **Günter Friedel, RA** www.AnwaltZertifikat.de  
**Dr. Karl von Hase, RA und FA für Handels- und** Erscheinungsdatum:  
**Gesellschaftsrecht, GSK Stockmann + Kollegen,** 02.05.2013  
**Düsseldorf** Erscheinungsweise:  
vierzehntäglich

Bezugspreis:  
8,- € monatlich  
zzgl. MwSt.  
(6,- € für DAV-Mitglieder)  
inkl. Online-Archiv und  
Prüfungsgebühr

### 9/2013

#### Inhaltsübersicht:

#### AUFSÄTZE

Anm. 1 **Haftung bei Falschfirmierung und Nutzung von Firmenstempeln**  
von Dr. Karl von Hase, RA und FA für Handels- und Gesellschaftsrecht, GSK Stockmann + Kollegen, Düsseldorf

Anm. 2 **Einstweiliger Rechtsschutz im norwegischen Zivilprozess (Teil 1)**  
von Dr. Reinhard Nacke, RA und FA für Steuerrecht, FPS Rechtsanwälte & Notare, Düsseldorf, Ralf-Thomas Wittmann, RA, Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte, Düsseldorf, Eivind Kogstad, RA, Law Firm Kogstad Lunde & Co., Oslo

#### ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Anm. 3 **Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen, die sich in einem anderen Staat als dem Staat befinden, dessen Recht der geschlossene Vertrag unterstellt ist**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20.07.2012, V ZR 135/11  
von Dipl.-Kfm. Jochen König, RA, WP und StB, Müller-Gick-Krieger und Partner, Duisburg

Anm. 4 **Übereinstimmung von Geschäftsanschrift und Sitz einer Personenhandelsgesellschaft erforderlich**

Anmerkung zu KG Berlin, Beschluss vom 16.04.2012, 25 W 39/12  
von Günter Friedel, RA, Industrie- und Handelskammer zu Düsseldorf

Anm. 5 **Eröffnung des Sekundärinsolvenzverfahrens: Existenz einer inländischen Niederlassung**

Anmerkung zu LG Frankfurt, Beschluss vom 30.10.2012, 2-09 T 418/12, 2/09 T 418/12, 2-9 T 418/12, 2/9 T 418/12  
von Dr. Friedrich L. Cranshaw, RA

**Zitiervorschlag:** AnwZert HaGesR 9/2013, Anm. 1, von Hase  
**ISSN 1869-1331**

## AUFSÄTZE

### 1

#### Haftung bei Falschfirmierung und Nutzung von Firmenstempeln

von Dr. Karl von Hase, RA und FA für Handels- und Gesellschaftsrecht, GSK Stockmann + Kollegen, Düsseldorf

##### A. Einleitung

Die Möglichkeit, über eine Kapitalgesellschaft seine Haftung zu beschränken, bringt die Pflicht mit sich, in der Firmierung der Kapitalgesellschaft einen entsprechenden Rechtsformzusatz zu verwenden.<sup>1</sup> Der Rechtsformzusatz soll über die Gesellschafts- und Haftungsverhältnisse aufklären. Ausländische Rechtsordnungen enthalten vergleichbare Regelungen, so z.B. das englische Recht für die auch in Deutschland heimisch gewordene Limited.<sup>2</sup> Nicht immer wird aber im Rechtsverkehr die Firma einer Gesellschaft richtig verwendet, insbesondere kommen Fehler beim Rechtsformzusatz vor.

##### B. Die Rechtslage

##### I. Haftung nach deutschem Recht beim Auftreten unter falschem Rechtsformzusatz

##### 1. Handeln unter Verschleierung der beschränkten Haftung

Bleibt dem Vertragspartner durch ein Verschweigen des Vertreters verborgen, dass der Vertragspartner eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist und wird statt dessen der Eindruck erweckt, es hafte eine Person unbeschränkt mit ihrem Privatvermögen, so haftet der Vertreter analog § 179 BGB (Vertreter ohne Vertretungsmacht).<sup>3</sup> Daneben kommen bei Schädigungsvorsatz deliktische Ansprüche in Frage (§ 826 BGB (vorsätzliche sittenwidrige Schädigung) bzw. § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Betrugsstraftatbeständen). Zu prüfen wäre in solchen Fällen auch, ob eine persönliche Haftung des Vertreters aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen wegen Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens in Frage kommt.<sup>4</sup>

Eine Verschleierung der beschränkten Haftung liegt auch vor, wenn zwar ein Rechtsformzusatz verwendet wird, der auf eine beschränkte Haftung verweist, aber es sich um einen falschen Rechtsformzusatz handelt, der auf ein größeres Mindestgründungskapital hinweist. Erst kürzlich hat der BGH<sup>5</sup> entschieden, dass die Verwendung des Rechtsformzusatzes „GmbH“ bei einer UG (haftungsbeschränkt) zur persönlichen Haftung der handelnden Geschäftsführer führt. Konkret ging es um eine „HM-UG (haftungsbeschränkt)“, die sich zu Dacharbeiten verpflichtet hatte. Dabei trat sie unter dem Namen „HM-GmbH, u.g.“ auf. Wegen mangelhafter Arbeiten verlangten die Vertragspartner 12.444,97 Euro als Schadensersatz. Die HM-UG (haftungsbeschränkt) konnte nicht zahlen. Wegen der falschen Bezeichnung im Vertrag urteilte der BGH, dass die Geschäftsführer persönlich den Schadensersatz leisten mussten (gesamtschuldnerische Außenhaftung neben der Gesellschaft). Der BGH ließ offen, ob deren Zahlungspflicht pro Haftungsfall (!)<sup>6</sup> auf 24.900 Euro (Differenz zwischen 100 Euro Gründungskapital und Mindeststammkapital einer GmbH) begrenzt wäre oder ob eine unbegrenzte Haftung bestünde.

Eine volle persönliche Haftung muss auch befürchten, wer den Rechtsformzusatz nicht „exakt und buchstabengetreu“<sup>7</sup> entsprechend den gesetzlichen Vorgaben benutzt, z.B. eine UG (haftungsbeschränkt) als „UG mbH“ oder „UG (haftungsbeschr.)“ bezeichnet.<sup>8</sup> Allerdings ist zumindest bei der zweiten Variante nicht klar, inwieweit hier tatsächlich ein falscher Rechtsschein gesetzt wird.

Tritt jemand im deutschen Rechtsverkehr für eine ausländische Gesellschaft wie z.B. eine Limited auf, ohne den erforderlichen Rechtsformzusatz zu verwenden oder mit einem falschen Rechtsformzusatz, so bestimmen sich mögliche Haftungsfolgen wie bei einer Anscheinsvollmacht vorrangig nach deutschem Recht (Recht des Vornahmeortes).<sup>9</sup> Soweit für ihn günstiger, könnte sich der Gegner aber wohl auch auf das ausländische Recht als Gesellschaftsstatut berufen.<sup>10</sup> Bei einer Limited gilt dann Folgendes: vor der Reform durch das Companies Act 2006 haftete derjenige persönlich und subsidiär, der als Vertreter der Limited auf bestimmten Urkunden (Wechsel, Schuldscheine etc.) den Namen der Limited nicht richtig wiedergab.<sup>11</sup> Diese persönliche Haftung, die unabhängig von einer Täuschung des Rechtsverkehrs griff, wurde ersatzlos gestrichen. Nunmehr sind zwar bestimmte Angaben vorgeschrieben,<sup>12</sup>

unvollständige Angaben führen jedoch zu keiner gesellschaftsrechtlichen Handelndenhaftung, sondern ggf. zu einer Haftung nach englischem *agency law*.<sup>13</sup> Darüber hinaus kann die Limited jedoch an der gerichtlichen Durchsetzung vertraglicher Rechte gehindert sein, wenn die fehlerhafte Namensangabe beim Gegner einen Schaden bewirkt hat oder diesen daran gehindert hat, eigene vertragliche Rechte durchzusetzen.<sup>14</sup>

## 2. Handeln für nicht existente Gesellschaft

Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht nach § 179 Abs. 1 BGB wird auch dann analog angewendet, wenn jemand für eine in Wirklichkeit gar nicht existierende Person handelt.<sup>15</sup> Neben den Fällen einer völlig frei erfundenen Gesellschaft sind andere Fälle praxishäufiger, so etwa der, dass eine Limited aus dem englischen Unternehmensregister gelöscht wird, weil bestimmten Offenbarungspflichten nicht genügt wurde, wohingegen die deutsche Zweigniederlassung weiterhin im deutschen Handelsregister erscheint. Bei einer Löschung der Limited von Amts wegen aus dem englischen Register erfolgt keine Mitteilung des Companies House an die deutschen Handelsregister möglicher Zweigniederlassungen, die den englischen Behörden gar nicht bekannt sein werden. Wer dann für die angebliche Limited handelt, haftet – von Ausnahmen abgesehen<sup>16</sup> – persönlich unbeschränkt.<sup>17</sup>

## II. Benutzung eines Firmenstempels

Probleme der falschen Rechtsformbezeichnung können durch die Verwendung eines Firmenstempels umgangen werden. Das deutsche Gesellschaftsrecht enthält keine Regelungen zur Benutzung eines Firmenstempels (anders z.B. beim *common seal* des englischen Rechts). Die meisten Gesellschaften besitzen jedoch einen Firmenstempel. Es ist durchaus auch üblich, bei Unterzeichnung eines Vertrages neben der Unterschrift einen Firmenstempel aufzubringen. Wurde auf einen Vertrag ein Firmenstempel aufgebracht, so tritt laut BGH dadurch der Wille, für die entsprechende Gesellschaft zu handeln, offensichtlich hervor.<sup>18</sup> Dafür ergeben sich andere Rechtsfragen:

Das LG Duisburg<sup>19</sup> hatte über die Wirksamkeit eines Werbeanzeigenvertrages zu entscheiden. Auf dem Vertrag fand sich ein Firmenstempel der be-

klagten Gesellschaft und eine nicht weiter zuzuordnende Unterschrift bzw. Paraphe. Die beklagte Gesellschaft bestritt, dass eine mit Vertretungsmacht ausgestattete Person die Urkunde unterzeichnet habe. Das Landgericht entschied zugunsten der Beklagten. Auch die Benutzung eines Firmenstempels führte nicht zu einer Beweislastumkehr hinsichtlich der Echtheit der Urkunde. Das Landgericht sah die Möglichkeit, dass ein nicht vertretungsberechtigter Mitarbeiter unberechtigt auf den Stempel zugegriffen habe und sich nunmehr aus Furcht vor der Einstandspflicht als Vertreter ohne Vertretungsmacht nicht äußere. Daher könne aus der Benutzung des Stempels nicht geschlossen werden, dass zwangsläufig ein zum Vertragsschluss Berechtigter das Formular unterzeichnet habe. Es hätte vielmehr beim Vertragspartner gelegen nachzufragen, wessen Unterschrift sich auf dem Formular befindet.

In einem Fall des OLG Brandenburg führte aber die Verwendung eines Firmenstempels zusammen mit anderen Umständen zur Annahme einer Anscheinsvollmacht und damit zum Vertragsschluss.<sup>20</sup> Jüngst hat der BGH<sup>21</sup> entschieden, dass das Aufbringen eines Firmenstempels eine besondere „Legitimationswirkung“ entfaltet: ist für einen Vertrag Schriftform einzuhalten, so genüge dafür bei einer Personengesellschaft mit mehreren Gesellschaftern eine Unterschrift und der Firmenstempel (es müssen also nicht alle Gesellschafter unterzeichnen). Der Stempel neben der Unterschrift weise denjenigen, der die Unterschrift geleistet hat, als unterschreibsberechtigt für die Gesellschaft aus. Dies betrifft aber nur das Formerfordernis. Ob der Unterzeichnende tatsächlich Vertretungsmacht hatte, um den Vertrag für die Gesellschaft abzuschließen, muss gesondert geprüft werden. Ist dies nicht der Fall, haftet der Unterzeichnende selbst als Vertreter ohne Vertretungsmacht.

## C. Auswirkungen für die Praxis

Bei der Verwendung eines Rechtsformzusatzes muss man sich akribisch an die gesetzlichen Vorgaben halten. Von „originellen“ Lösungen ist abzuweichen. Wer für die deutsche Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft handelt, muss sich stets vergewissern, dass diese nicht aus dem ausländischen Register gelöscht wurde.

Die Verwendung eines Firmenstempels kann Probleme mit einer Falschbezeichnung verhindern

und deutlich machen, für wen die Unterschrift geleistet wird. Allerdings ist unternehmensintern genau zu regeln, wer den Stempel benutzen kann. Es ist stets bei Unterschriftenzeilen eine weitere Zeile vorzusehen, in der in Druckschrift einzutragen ist, welche Person in wessen Namen unterschreibt.

## D. Literaturempfehlungen

Weber, Besser als erhofft? – Überschießende Rechtsscheinhaftung bei Firmierung einer UG (haftungsbeschränkt) als GmbH, JA 2012, 868.

Altmeppen, Irrungen und Wirrungen um den treuhänderischen Rechtsformzusatz und seine Haftungsfolgen, NJW 2012, 2833.

<sup>1</sup> Vgl. die §§ 4 und 5a GmbHG, § 4 AktG.

<sup>2</sup> Vgl. sec. 58 ff. des englischen Companies Act 2006.

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 05.02.2007 - II ZR 84/05 - NJW 2007, 1529, 1530; OLG Rostock, Urt. v. 05.10.2010 - 4 U 139/08; OLG Saarbrücken, Urt. v. 21.10.2008 - 4 U 385/07 - NJW-RR 2009, 179, 180; Heinrichs in: Palandt, BGB, § 177 Rn. 3.

<sup>4</sup> Vgl. § 311 Abs. 3 Satz 2 BGB.

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 12.06.2012 - II ZR 256/11 - NJW 2012, 2871; sehr kritisch z.B. Altmeppen, NJW 2012, 2833; Weber, JA 2012, 868.

<sup>6</sup> Miras, NZG 2012, 1095, 1097, spricht sich ausdrücklich dafür aus, den Haftungsbetrag nicht auf sämtliche Gläubiger aufzuteilen, sondern jedem Gläubiger den Haftungsbetrag ungeteilt zuzusprechen.

<sup>7</sup> Wachter, BB 2012, 2784.

<sup>8</sup> Miras, NZG 2012, 1095, 1098.

<sup>9</sup> BGH, Urt. v. 05.02.2007 - II ZR 84/05 - NJW 2007, 1529, 1530, für das Weglassen des Rechtsformzusatzes „BV“ einer niederländischen Besloten Vennootschap.

<sup>10</sup> Kindler in: MünchKomm BGB, Band 11, Rn. 585; Leible in: Michalski, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn.132, S. 130; Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, 2005, C IV.3 Rn. 293.

<sup>11</sup> Sec. 349 (1) und (4) CA 1985.

<sup>12</sup> Sec. 82 CA 2006 i.V.m. The Companies (Trading Disclosures) Regulations 2008, SI 2008/495.

<sup>13</sup> In Betracht kommt eine Haftung „for breach of warranty of authority“, aber ggf. auch eine unmittelbare Vertragsbindung mit dem Vertreter wegen des „acting on behalf of a non-existent principal“, wenn die Vertragsauslegung dies hergibt, vgl. Cotronic (UK) Limited v Dezonie (1991) BCC 200; Badgerhill Properties Limited v Cottrell (1991) BCC 463; Coral (UK) Limited v Rechtman and Altro Mozart Food Handels GmbH (1996) 1 Lloyd’s Rep 235.

<sup>14</sup> Sec. 83 (2) CA 2006.

<sup>15</sup> Heinrichs in: Palandt, BGB, § 179 Rn. 1.

<sup>16</sup> Vgl. von Hase in: Mehrbrey, Handbuch gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten, 2013, § 88 Rn. 40 f.

<sup>17</sup> OLG Jena, Beschl. v. 22.08.2007 - 6 W 244/07 - RIW 2007, 864, 866; Grimm, 2010, 22; Happ/Holler, DStR 2004, 730, 736; Just, Die englische Limited in der Praxis, 3. Aufl. 2008, Rn. 347; Leible in: Michalski, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Syst. Darst. 2 Rn.166, S. 187; J. Schmidt, ZIP 2008, 2400, 2401; Röder, RIW 2007, 866, 868; Süß, DNotZ 2005, 180, 189.

<sup>18</sup> BGH, Urt. v. 20.11.2012 - X ZR 108/10 - ZfBR 2013, 154, 156.

<sup>19</sup> LG Duisburg, Urt. v. 10.12.2003 - 11 S 112/02.

<sup>20</sup> OLG Brandenburg, Urt. v. 14.01.2009 - 3 U 75/08.

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 23.01.2013 - XII ZR 35/11 - BB 2013, 577.

## 2

### Einstweiliger Rechtsschutz im norwegischen Zivilprozess (Teil 1)

von Dr. Reinhard Nacke, RA und FA für Steuerrecht, FPS Rechtsanwälte & Notare, Düsseldorf, Ralf-Thomas Wittmann, RA, Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte, Düsseldorf, Eivind Kogstad, RA, Law Firm Kogstad Lunde & Co., Oslo

#### A. Einleitung

Wie auch in anderen Rechtsordnungen hat das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach norwegischem Zivilprozessrecht den Zweck, dem Antragsteller vorläufigen Rechtsschutz zu gewäh-

ren, wenn ohne gerichtliche Anordnung einer dringend notwendigen Maßnahme die Zwangsvollstreckung der Gerichtsentscheidung in Zukunft unmöglich oder wesentlich schwieriger für den Antragsteller erscheint. Das Verfahren zum Erlass einstweiligen Rechtsschutzes ist in Teil VII Kapitel 32 bis 34 der norwegischen Zivilprozessordnung (der norwegische Originaltitel lautet: „tvisteloven“<sup>1</sup>) geregelt.<sup>2</sup>

## **B. Die Rechtslage**

### **I. Allgemeine Bestimmungen**

#### **1. Differenzierung zwischen Arrest und einstweiliger Verfügung**

Artikel 32-1 differenziert, dem deutschen Recht vergleichbar, zwischen zwei Arten des einstweiligen Rechtsschutzes, dem Arrest („arrest“) und der einstweiligen Verfügung („midlertidig forføyning“).

Ein Arrest nach norwegischem Recht setzt – vergleichbar mit § 916 ZPO – voraus, dass der Antragsteller gegenüber dem Antragsgegner eine Geldforderung hat (Artikel 32-1 Abs. 2). Für andere als Geldforderungen ist demgegenüber die einstweilige Verfügung der zutreffende Rechtsbehelf (Artikel 32-1 Abs. 3).

Betreffen der Antrag auf Erlass eines Arrests oder einer einstweiligen Verfügung die Festsetzung eines Schiffs, findet auch das norwegische Schifffahrtsgesetz („Sjøloven“) Anwendung (Artikel 32-3 i.V.m. Titel 32 des norwegischen Schifffahrtsgesetzes).

#### **2. Antragsvoraussetzungen/Zuständigkeit**

Voraussetzung für einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz ist nicht, dass der Antragsteller bereits über einen vollstreckbaren Titel verfügt. Ausreichend ist, dass der Antragsteller die Forderung substantiiert darstellen kann. Geht es um eine Geldforderung, so ist nicht Voraussetzung, dass für ein Hauptsacheverfahren ein Gerichtsstand in Norwegen eröffnet ist.

Zuständig für einen Antrag auf Erlass einstweiligen Rechtsschutzes ist das Gericht am Wohnsitz bzw. Sitz des Antragsgegners (Artikel 32-4

Abs. 1 Satz 1). Ein Antrag auf Erlass eines Arrests kann auch vor dem Gericht eines anderen Gerichtssprengels angebracht werden, wenn sich der Antragsgegner dort aufhält oder dort Vermögen des Antragsgegners aufzufinden ist. Ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung kann auch vor dem Gericht eingebracht werden, in dessen Sprengel sich das streitgegenständliche Objekt oder der streitgegenständliche Vermögensgegenstand befinden oder innerhalb vernünftiger Zeit befinden werden.

Ein Antrag auf Erlass eines Ausreiseverbots („utreiseforbud“) ist vor dem Gericht einzubringen, in dessen Sprengel sich der Antragsgegner dauerhaft oder vorübergehend aufhält (Artikel 32-4 Abs. 1 Satz 5).

Ein Antrag auf Erlass einstweiligen Rechtsschutzes setzt voraus, dass der Antragsteller den Arrest bzw. den Verfügungsanspruch sowie den Arrest bzw. den Verfügungsgrund substantiiert und schlüssig darstellt. Ein Antrag auf Erlass eines Arrests muss ferner die Höhe der Geldforderung und einen Maximalbetrag angeben. Der Maximalbetrag wird dann entscheidend, wenn die zu fordernde Summe noch nicht genau bestimmt werden kann. Der Maximalbetrag umfasst die Hauptforderung zuzüglich Zinsen und Prozesskosten (Gerichtskosten und durch den Gegner zu erstattende außergerichtliche Kosten). Der Maximalbetrag ist für das Gericht bindend, d.h. es kann nicht mehr als diesen Betrag dem Antragsteller zusprechen mit Ausnahme der Prozesskosten, bei denen das Gericht den Maximalbetrag übersteigen darf. Der Antragsteller hat zum Sachverhalt und in rechtlichen Gründen in der Antragschrift vorzutragen. Gibt es zur Untermauerung des Antrags schriftliche Unterlagen, so sind diese dem Gericht vorzulegen (Artikel 32-5 Abs. 2 und 3).

Der Antrag muss vor dem Bezirks- oder Stadtgericht („Tingrett“) eingereicht werden, das sowohl für Zivil- als auch Strafsachen zuständig ist. Eine Ausnahme gilt für die Hauptstadt Oslo. Dort sind Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz vor einem Gericht einzureichen, das sich aus Rechtsanwältinnen zusammensetzt. Ist ein Hauptsacheverfahren vor dem Berufungsgericht („lagmannsrett“) oder dem Obersten Gerichtshof („Høyesterett“) anhängig, ist der Antrag auf Erlass einstweiligen Rechtsschutzes vor dem Gericht des Hauptsacheverfahrens einzureichen. Schlichtungskammern, die bei Rechtsstreitigkeiten mit einem Streitwert von weniger als NOK 125.000 (ca. 17.200 Euro) zuständig

sind, sind für einstweiligen Rechtsschutz nicht zuständig.

### **3. Verfahrensablauf nach Einreichung der Antragschrift**

Ist der Antrag auf Erlass einstweiligen Rechtsschutzes bei Gericht anhängig, so hat das Gericht umgehend eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten des Antrags durchzuführen. Hat der Antrag keine Erfolgsaussichten, so hat es ihn unverzüglich zurückzuweisen. Weist der Antrag Mängel auf, die jedoch nachgebessert werden können, so hat das Gericht dem Antragsteller eine Frist aufzuerlegen binnen derer er die Nachbesserung vorzunehmen hat. Erfolgt keine fristgerechte Nachbesserung, ist der Antrag zurückzuweisen (Artikel 32-6).

Grundsätzlich ist über den Antrag auf Erlass einstweiligen Rechtsschutzes nach mündlicher Verhandlung zu entscheiden (Artikel 32-7 Abs. 1). Wenn eine solche Dringlichkeit besteht, dass eine mündliche Verhandlung nicht abgewartet werden kann, werden die gerichtlichen Maßnahmen getroffen, sobald der Antrag bei Gericht eingereicht wurde oder am Folgetag. Besteht eine solche Dringlichkeit nicht, so wird die mündliche Verhandlung regelmäßig binnen einer Frist von ein bis zwei Wochen nach Eingang des Antrags anberaumt. Erscheint der Antragsgegner zum Termin nicht, ergeht ein Versäumnisurteil.

Entscheidungen des Gerichts ohne vorausgehende mündliche Verhandlung (hierzu Art. 32-7 Abs. 2) sind anders als in Deutschland die Ausnahme. Ein solcher Ausnahmefall besteht beispielsweise, wenn keine Zeit besteht, um den Antragsgegner rechtzeitig zu unterrichten oder die Gefahr besteht, dass der Antragsgegner noch vor der mündlichen Verhandlung sein Vermögen beiseiteschafft. In der Rechtspraxis räumen die Gerichte dem Antragsgegner in der Regel die Gelegenheit ein, seinen Standpunkt vorzubringen, bevor ein Arrest ausgesprochen wird.

Wurde ein Arrest bzw. eine einstweilige Verfügung ohne vorangehende mündliche Verhandlung erlassen, so können die Parteien oder eine andere Person, die von dem gerichtlichen Beschluss betroffen ist, eine nachfolgende mündliche Verhandlung beantragen (Artikel 32-8). Hierbei kann das Gericht seine erste Entscheidung aufrecht erhalten, erweitern oder aufheben, sei es im Ganzen,

sei es in Teilen. Es kann die Aufrechterhaltung der Entscheidung auch davon abhängig machen, dass der Antragsteller binnen einer bestimmten Frist eine Sicherheit leistet (Artikel 32-8 Abs. 2).

### **4. Schadensersatzanspruch des Antragsgegners**

Vergleichbar mit § 945 ZPO sieht auch die norwegische Zivilprozessordnung eine Schadensersatzpflicht des Antragstellers für den Fall vor, dass ein vollstreckter Arrest bzw. eine vollstreckte einstweilige Verfügung zu einem späteren Zeitpunkt aufgehoben werden und dem Antragsgegner aus der Vollstreckung ein Schaden entstanden ist (Artikel 32-11 Abs. 1). War Inhalt des vollstreckten und später aufgehobenen gerichtlichen Beschlusses der Erlass eines Ausreiseverbots, so hat der Antragsteller dem Antragsgegner zusätzlich ein Schmerzensgeld für den erlittenen immateriellen Schaden zu zahlen (Artikel 32-11 Abs. 2).

Zur Absicherung der in Artikel 32-11 bestimmten Schadensersatzpflicht kann das Gericht dem Antragsteller vor Erlass des Arrests/der einstweiligen Verfügung die Leistung einer Sicherheit auferlegen. Dies wird nachfolgend näher erläutert werden.

## **II. Arrest**

### **1. Voraussetzungen für einen Arrest**

Voraussetzung für einen Antrag auf Erlass eines Arrests, ist, wie vorstehend ausgeführt, die Geltendmachung einer Geldforderung. Zudem muss die Geldforderung so beschaffen sein, dass sie Gegenstand eines gerichtlichen Hauptsacheverfahrens sein kann.

Gemäß der dem Wortlaut des § 917 ZPO sehr ähnlichen Definition in Art. 33-2 Abs. 1 kann Vermögen eines Antragsgegners durch Arrest beschlagnahmt werden, wenn das Verhalten des Antragsgegners befürchten lässt, dass die zwangsweise Durchsetzung der Forderung ohne Erlass des Arrests durch den Antragsgegner vereitelt oder wesentlich erschwert würde oder die Vollstreckung im Ausland stattfinden müsste. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür obliegt dem Antragsteller.

Der Antrag auf Erlass eines Arrests wegen einer Geldforderung gegenüber dem Staat, einer

kommunalen Gebietskörperschaft, einem kommunalen Unternehmen oder einem regionalen Gesundheitsunternehmen, ist unzulässig (Art. 33-1 Abs. 2).

Das Gericht kann den Antragsteller auffordern, für den möglichen Schaden bei Aufhebung des Arrests eine Sicherheitsleistung zu erbringen (Art. 33-3 Abs. 1). Die Sicherheitsleistung muss hierbei nicht mit der Höhe der Arrestforderung übereinstimmen.

Es ist nicht Voraussetzung für einen Arrestantrag, dass der Antragsteller bereits über einen vollstreckbaren Titel gegen den Antragsgegner verfügt. Auch muss die Forderung gegenüber dem Antragsgegner nicht überfällig sein. Selbst bedingte Forderungen können den Gegenstand eines Arrests darstellen, soweit es nicht unwahrscheinlich ist, dass die Bedingung eintreten wird.

Handelt es sich bei dem zu beschlagnahmenden Vermögensgegenstand um ein Schiff, an dem der Antragsteller ein dingliches Sicherungsrecht hält, und ist die Forderung des Antragstellers überfällig, so kann er selbst dann einen Arrest beantragen, wenn er keinen Arrestgrund vorträgt (Art. 33-2 Abs. 3). Der Grund für diese Ausnahme ist die Gefahr, dass der Antragsgegner das Schiff an einen Ort außerhalb des norwegischen Hoheitsgebiets verbringen könnte.

## 2. Glaubhaftmachung

Von diesem Ausnahmefall abgesehen setzt der Erlass eines Arrests voraus, dass der Antragsteller den Arrestanspruch sowie den Arrestgrund mit dem Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit glaubhaft macht, (Art. 33-3 Abs. 1 Satz 1).

Bei besonderer Dringlichkeit kann das Gericht selbst dann, wenn die Forderung des Antragstellers nicht glaubhaft gemacht ist, einen Arrest erlassen. Voraussetzung ist dann allerdings, dass der Antragsteller eine entsprechende Sicherheitsleistung erbringt.

## 3. Inhalt des Arrestbeschlusses

Art. 33-4 benennt die Einzelheiten des Arrestbeschlusses. Unter anderem hat der Beschluss neben den Parteibezeichnungen die Höhe der Forderung mit einem Maximalbetrag und den Arrest-

grund aufzuführen. Das Gericht kann auch konkret die zu beschlagnahmenden Vermögensgegenstände des Antragsgegners benennen.

Wenn das Gericht den Antragsteller auffordert, für die Vollstreckung des Arrests Sicherheit zu leisten und ferner die Vermögensgegenstände benennt, die zu beschlagnahmen sind, so hat es ferner eine Frist zu benennen, binnen derer die Sicherheit zu leisten ist (Art. 33-4 Abs. 1).

Auf Antrag des Antragsgegners hat das Gericht in seinem Arrestbeschluss oder in einem separaten Beschluss eine Frist zu bestimmen, binnen derer der Antragsteller ein Hauptsacheverfahren einzuleiten hat. Verfügt der Antragsteller bereits über einen vollstreckbaren Titel, so hat das Gericht eine Frist zu bestimmen, binnen derer der Titel zu vollstrecken ist. Ein im Ausland anhängiges Hauptsacheverfahren wird hierbei einem in Norwegen anhängigen Verfahren gleichgesetzt, wenn der Urteilsspruch des ausländischen Verfahrens in Norwegen bindend ist (Art. 33-4 Abs. 2).

In dem Arrestbeschluss hat das Gericht den Antragsgegner darüber aufzuklären, dass dieser einer Vollstreckung vorbeugen kann, indem er für die Forderung des Antragstellers Sicherheit leistet. Wird der Arrest ohne vorangehende mündliche Verhandlung erlassen, so hat das Gericht die Parteien über ihr Recht aufzuklären, eine nachfolgende mündliche Verhandlung zu verlangen.

## 4. Vollstreckung des Arrests

Art. 33-5 regelt die Vollstreckung des Arrests. Der Antragsteller muss nicht gesondert einen Antrag auf Vollstreckung des Arrests stellen. Die Vollstreckung erfolgt unverzüglich, nachdem das Vollstreckungsorgan die Entscheidung erhalten hat.

Wenn dem Antragsteller in dem Arrestbeschluss aufgegeben wurde, eine Sicherheit zu leisten, so wird der Arrest unverzüglich vollstreckt, sobald das Gericht bestätigt hat, dass die Sicherheit geleistet wurde. Die Vollstreckung schließt die Entscheidung darüber ein, welcher Vermögensgegenstand beschlagnahmt wird, wenn dies nicht bereits in dem Arrestbeschluss selbst vorgesehen wurde. Ferner umfasst die Vollstreckung die Unterrichtung der Parteien über deren Ergebnis.

Der Antragsgegner kann zu jeder Zeit einer Vollstreckung zuvorkommen, indem er für die Forde-

rung des Antragstellers Sicherheit leistet (Art. 33-5 Abs. 3).

*Der Beitrag wird in der nächsten Ausgabe des AZO Handels- und Gesellschaftsrecht fortgesetzt.*

<sup>1</sup> Ähnliche Regelungen sehen das norwegische Familienrechtsgesetzbuch (der norwegische Titel lautet: „ekteskapsloven“) sowie die norwegische Zwangsvollstreckungsordnung (der norwegische Titel lautet: „tvangsfullbyrdelsesloven“) vor.

<sup>2</sup> Nachfolgend beziehen sich Artikelangaben mangels anderweitiger Bezeichnung auf dieses Gesetz.

## ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

### 3

#### **Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen, die sich in einem anderen Staat als dem Staat befinden, dessen Recht der geschlossene Vertrag unterstellt ist**

##### **Leitsatz:**

**Wird über eine in Deutschland belegene Sache ein Vertrag nach ausländischem Recht abgeschlossen und ist fraglich, ob das Eigentum übergehen soll, muss der Vertrag zunächst nach den von dem Vertragsstatut vorgegebenen Regeln ausgelegt werden; deutsches Recht als *lex rei sitae* entscheidet darüber, ob eine danach vereinbarte Eigentumsübertragung auch den Anforderungen an eine dingliche Einigung gemäß § 929 Satz 1 BGB entspricht.**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20.07.2012, V ZR 135/11

von Dipl.-Kfm. Jochen König, RA, WP und StB, Müller-Gick-Krieger und Partner, Duisburg

#### **A. Problemstellung**

Der BGH beleuchtet ein allgemeines – und in den Zeiten internationaler Handels- und Kreditbeziehungen so praxisrelevantes wie gerne übersehenes – Problem an einem etwas exotischen Sachverhalt: Die Übertragung des Ei-

gentums an Sachen (im Urteilsfall Kernbrennstäben), die sich in einem anderen Staat befinden als in dem Staat, dessen Recht der zugehörige Vertrag unterstellt wurde, folgt nicht dem Recht des Vertrages, sondern dem Recht des Belegenheitsstaates. Wird dies bei einem Unternehmenskaufvertrag, internationalen Kauf- oder Liefervertrag oder bei Bestellung dinglicher Sicherheiten an im Ausland belegener Sachen übersehen, können sich überraschende und ungewollte Konsequenzen ergeben.

#### **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

In dem recht verwickelten Sachverhalt war am Schluss die entscheidende Frage, ob eine in Konkurs gefallene deutsche AG (a) noch Eigentümerin einer Reihe von in Deutschland lagernden Kernbrennstäben gewesen war und somit noch wirksam ein Pfandrecht daran hatte bestellen können oder (b) durch einen dem Recht des US-Bundesstaats Colorado unterstellten Vertrag ihr Eigentum an den Kernbrennstäben auf ein anderes Unternehmen übertragen hatte und die nachfolgende Pfandrechtsbestellung folglich ins Leere gegangen war. Hierbei sorgte ein Klassiker des internationalen Privatrechts für weitere Friktionen, dass nämlich verschiedene Rechte, auch das Recht von Colorado, das deutsche Abstraktionsprinzip nicht kennen.

Mit der h.M. (vgl. statt aller Wendenhorst in: MünchKomm BGB, 5.Aufl. 2010, Art. 43 EGBGB Rn. 82) zerlegt der BGH den Vertrag in einen schuldrechtlichen Teil, der vorliegend dem Recht von Colorado folgt, und einen dinglichen Teil, der deutschem Recht als der *lex rei sitae* folgt, Art. 43 Abs. 1 EGBGB. Danach brauchte es für eine Übereignung der Kernbrennstäbe entsprechend den §§ 929 ff. BGB der Einigung über den Eigentumsübergang und des Besitzübergangs bzw. eines Ersatztatbestandes für die Besitzerlangung. Da im Urteilsfall die Parteien die Geltung deutschen Rechts für den dinglichen Teil übersehen hatten, fehlten Vertragsbestimmungen, die passgenau für die §§ 929 ff. BGB formuliert waren.

Der BGH musste sich damit der Frage zuwenden, ob im Wege der Auslegung den im Rahmen des Vertrages abgegebenen Erklärungen diejenigen Erklärungen entnommen werden können, die nach deutschem Recht, genauer den §§ 929, 931 BGB, für eine Eigentumsübertragung an den bei einem Dritten lagernden Brenn-



stäben benötigt wurden. Hiermit stellte sich die weitere Frage, nach welchem Recht, deutschem oder dem Recht von Colorado, die Auslegung zu erfolgen hat. Der BGH entschied sich für eine Auslegung nach dem Recht von Colorado, also dem Vertragsstatut. Diese Weichenstellung prägte die weitere Entscheidung, denn im Recht von Colorado gilt die „parol evidence rule“, d.h. außerhalb der Urkunde liegende Umstände, die im Widerspruch zum Wortlaut der Urkunde stehen, dürfen nicht herangezogen werden (wobei dies nach US-Recht ein verfahrensrechtliches Beweiserhebungsverbot ist, vom BGH für die Entscheidung in der deutschem Recht unterstehenden dinglichen Beurteilung als Auslegungsregel qualifiziert wurde). Die Heranziehung der Auslegungsregeln des Vertragsstatuts auch für den dinglichen Teil ist nicht unbestritten (vgl. Jaensch, EWiR 2012, 761, m.w.N.). Sie erscheint jedoch praxisgerecht, da (1) das Vertragsstatut in der Regel dem Rechtsverständnis und „Empfängerhorizont“ der Parteien am besten entspricht, (2) nur so eine gewisse Einheitlichkeit der Entscheidung hergestellt werden kann, wenn nicht nur eine, sondern mehrere Sachen zu übereignen und diese in unterschiedlichen Staaten belegen sind, und – last, but not least – (3) auch nur so das wenig praxisgerechte Urteil vermieden werden kann, dass schuldrechtlich eine Pflicht zur Eigentumsübertragung im Wege der Auslegung zu verneinen ist, dinglich wegen anderer Auslegungsregeln hingegen ein (nicht geschuldeter) Eigentumsübergang bejaht werden muss.

### C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung zeigt die Probleme auf, die Auslandssachverhalte/Auslandbezüge verursachen können. Wie das Besprechungsurteil deutlich macht, ist es mit der Wahl deutschen Rechts nicht getan, wenn (a) bei einem asset deal Teile des verkauften Unternehmens oder Teile seiner Vorräte im Ausland belegen sind, (b) im Rahmen von Kreditverträgen im Ausland befindliche Waren als dingliche Sicherheit dienen sollen oder schlicht (c) im Ausland lagernde Ware verkauft werden sollen.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Die Bedeutung des Urteils liegt in erster Linie darin, aufzuzeigen, dass Verträge mit Auslandsbezügen sehr sorgfältig durchdacht werden sollten. Nachdem inzwischen fast alle Teile der Wirt-

schaft in irgendeiner Form entweder beim Einkauf oder im Vertrieb Auslandsberührung haben, ist diese Warnung von hoher praktischer Bedeutung für die Berater- wie Richterschaft. Demgegenüber ist die dogmatische Klärung, ob die Auslegung der möglicherweise als Übereignung zu qualifizierenden Erklärungen nach den Regeln des Vertragsstatuts oder denen des Belegenheitsstaates zu erfolgen hat, für die Kautelarpraxis von eher geringem Problem. Denn ist dieses Problem erst einmal erkannt, werden sich eindeutige Formulierungen finden, so dass es keiner Auslegung mehr bedarf. Der forensisch Tätige wird sich hingegen über die Klärung freuen, welchem Recht seine Auslegung der lückenhaften Vertragsformulierungen folgt.

## 4

### Übereinstimmung von Geschäftsanschrift und Sitz einer Personenhandelsgesellschaft erforderlich

#### Leitsätze:

**1. Zum Erfordernis der Anmeldung einer inländischen Geschäftsanschrift einer Kommanditgesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister.**

**2. Zur Frage, ob Sitz und Geschäftsanschrift einer Kommanditgesellschaft übereinstimmen müssen.**

Anmerkung zu KG Berlin, Beschluss vom 16.04.2012, 25 W 39/12

von Günter Friedel, RA, Industrie- und Handelskammer zu Düsseldorf

#### A. Problemstellung

Das KG Berlin hatte die Frage zu entscheiden, ob eine Kommanditgesellschaft ihre inländische Geschäftsanschrift verändern kann, ohne gleichzeitig auch den Satzungssitz entsprechend zu verlegen. Der 25. Zivilsenat des Kammergerichts hat diese Möglichkeit ausdrücklich abgelehnt.

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Komplementärin S ... GmbH und die Kommanditistin der Beteiligten ... S ... meldeten am 16.02.2012 die neue inländische Geschäftsans-

schrift der Beteiligten mit K ... in N... beim AG Charlottenburg zur Eintragung in das Handelsregister an. Mit der angefochtenen Zwischenverfügung vom 20.02.2012 teilte das Registergericht dem Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten mit, dass gleichzeitig zur geänderten inländischen Geschäftsanschrift die Sitzverlegung anzumelden sei, da sich bei Personengesellschaften der Gesellschaftssitz stets am Ort der faktischen Geschäftsleitung befinde, so dass die Lage der Geschäftsräume sich nicht von der inländischen Geschäftsanschrift unterscheide.

Mit der hiergegen eingelegten Beschwerde macht die Beteiligte geltend, die Geschäftsanschrift sei im Inland grundsätzlich frei wählbar. Eine Übereinstimmung mit dem Firmensitz sei nicht erforderlich. Das Registergericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 03.04.2012 nicht abgeholfen und sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. Der 25. Zivilsenat des KG Berlin hält die Beschwerde für unbegründet.

Nach Auffassung des Kammergerichts habe das AG Charlottenburg zu Recht mit seiner Zwischenverfügung vom 20.02.2012 die Beteiligte zur Anmeldung der der neuen Geschäftsadresse entsprechenden Sitzverlegung aufgefordert. Eine Kommanditgesellschaft habe ihre inländische Geschäftsanschrift zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Dabei gelte für Personenhandelsgesellschaften, dass die Hauptniederlassung oder ihr Sitz stets am Ort der faktischen Geschäftsleitung liege, so dass sich in diesen Fällen die inländische Geschäftsanschrift stets mit der Lage der Geschäftsräume decke. Der Grund für die Einführung der Anmeldung der Geschäftsanschrift durch das MoMiG im Jahr 2008 sei nämlich die Schaffung einer Zustellungserleichterung für die Gläubiger. Dieser werde aber dann nicht erreicht, wenn der Sitz der Personenhandelsgesellschaft und deren Geschäftsanschrift auseinander fielen.

Daraus folge, dass gleichzeitig zur geänderten inländischen Geschäftsanschrift für die Verwaltung der Personenhandelsgesellschaft deren Sitzverlegung anzumelden sei, da sich bei Personengesellschaften der Gesellschaftssitz stets am Ort der faktischen Geschäftsleitung befinde, so dass die Lage der Geschäftsräume sich nicht von der inländischen Geschäftsanschrift unterscheide. Hier soll aber Sitz der Gesellschaft Berlin bleiben, während die Geschäftsadresse in N

... liegen soll, was nach dem Vorgesagten ausgeschlossen sei.

### C. Kontext der Entscheidung

Seit der Neuregelung durch das MoMiG zum 01.11.2008 können Kapitalgesellschaften sowohl ihren Satzungssitz, als auch ihren Verwaltungssitz und ihre inländische Geschäftsanschrift frei bestimmen (vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 35 f.; § 4a GmbHG, § 5 AktG). Die Frage, ob diese Wahlmöglichkeit seitdem auch für Personenhandelsgesellschaften gilt, ist umstritten. Während einige die freie Bestimmbarkeit annehmen (so etwa Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl. 2009, § 106 Rn. 18 f.; Koch, ZHR 173, 101-118 (2009), sehen andere als Sitz zwingend den Ort an, von dem aus tatsächlich die Geschäfte geleitet werden und wo sich der Schwerpunkt der geschäftlichen Tätigkeit befindet (so die h. M., etwa BGH, Ur. v. 27.05.1957 - II ZR 317/55 - WM 1957, 999, 1000; OLG Schleswig, Ur. v. 14.11.2011 - 2 W 48/11 - DNotI-Report 2012, 49; Krafska/Willer/Kühn, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 607; Oetker/Weitemeyer, HGB, 2. Aufl. 2011, §106 Rn. 22; Langhein in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2011, § 106 Rn. 28). Das KG Berlin hatte sich in einem Beschluss vom 07.02.2012 (25 W 4/12) am Rande zu diesem Meinungsstreit geäußert: Es unterstützte die Ansicht, dass auch eine KG einen faktischen und einen gesellschaftsvertraglichen Sitz an unterschiedlichen Orten haben. Davon hat sich das KG Berlin jetzt deutlich distanziert.

Gemäß den §§ 161 Abs. 2, 106 Abs. 2 Nr. 2 letzte Alternative HGB hat eine Kommanditgesellschaft die inländische Geschäftsanschrift zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Dabei gilt für Personenhandelsgesellschaften, dass die Hauptniederlassung oder ihr Sitz stets am Ort der faktischen Geschäftsleitung liegt, so dass sich in diesen Fällen die inländische Geschäftsanschrift stets mit der Lage der Geschäftsräume deckt (Krafska/Willer/Kühn, Registerrecht, Rn. 341). Der Sitz einer KG richtet sich daher grundsätzlich nach dem Ort ihrer tatsächlichen Geschäftsführung, also dem Verwaltungssitz.

Im Gegensatz zu Kapitalgesellschaften ist eine KG dadurch stark an ihre faktische Präsenz gebunden, z.B. an den Ort, an dem sich Büroräume der Gesellschaft befinden oder ihre Geschäftsführer schwerpunktmäßig ihre Tätig-

keiten ausüben. Daran knüpfen sich dann z.B. die Zuständigkeit des Registergerichts (§§ 161 Abs. 2, 106 Abs. 1, 13 ff. HGB) oder auch der allgemeine Gerichtsstand für zivilrechtliche Streitigkeiten (§ 17 Abs. 1 Satz 1 ZPO) an. Dies ist ein deutlicher Unterschied zu Kapitalgesellschaften, bei denen sich die maßgeblichen Zuständigkeiten fast immer nach dem Satzungssitz richten, der vom Verwaltungssitz abweichend bestimmt werden kann. Einen „Doppelsitz“ für eine Personengesellschaft gab es bisher nur in wenigen Ausnahmefällen (vgl. hierzu Hopt in: Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl. 2012, § 106 Rn. 9).

Das führt nach Ansicht des KG Berlin auch trotz MoMiG und inländischer Geschäftsanschrift immer noch dazu, dass Satzungs- und faktischer Verwaltungssitz übereinstimmen müssen. Die inländische Geschäftsanschrift muss also immer gleichzeitig auch den Satzungssitz bezeichnen. Ändert sich die Lage der Geschäftsräume an einen anderen Ort, liegt darin eine Sitzverlegung. Diese ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Für Kapitalgesellschaften hingegen gilt, dass die inländische Geschäftsanschrift nicht mit der Lage der Geschäftsräume übereinstimmen muss (Krafka/Willer/Kühn, Registerrecht, Rn. 340).

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Bis zu einer Änderung des Gesetzes ist für Personenhandelsgesellschaften – auch nach Inkrafttreten des MoMiG – davon auszugehen, dass der Ort der Geschäftsführung auch Sitz der Gesellschaft ist (vgl. Baumbach/Hopt, HGB, § 106 Rn. 8) und damit die Geschäftsadresse mit diesem übereinstimmt.

## 5

### Eröffnung des Sekundärinsolvenzverfahrens: Existenz einer inländischen Niederlassung

#### Orientierungssätze:

**1. Für die Beurteilung der Frage, ob eine Niederlassung i.S.d. § 354 Abs. 1 InsO existiert, ist der Zeitpunkt der Zustellung des Antrags auf Eröffnung des Sekundärverfahrens maßgebend.**

**2. Eine Niederlassung i.S.d. § 354 Abs. 1 InsO ist auch dann anzunehmen, wenn zwar die Geschäftstätigkeit komplett eingestellt ist, aber noch einige Mitarbeiter zu Abwicklungszwecken eingesetzt werden.**

Anmerkung zu LG Frankfurt, Beschluss vom 30.10.2012, 2-09 T 418/12, 2/09 T 418/12, 2-9 T 418/12, 2/9 T 418/12

von Dr. Friedrich L. Cranshaw, RA

#### A. Problemstellung

Das LG Frankfurt hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, unter welchen Voraussetzungen eine Niederlassung i.S.d. § 354 Abs. 1 InsO zu bejahen ist, wenn der Rechtsträger des betroffenen Unternehmens seinen „Hauptsitz“ in den USA hat, die Schuldnerin vor Eingang des Antrags auf Eröffnung des Partikularinsolvenzverfahrens beschlossen hat, die inländische Niederlassung aufzuheben und wenn zum Zeitpunkt des Beschlusses über die Eröffnung des Partikularinsolvenzverfahrens nur noch geringfügige Restabwicklungsarbeiten an dem bisherigen inländischen Standort durchgeführt werden. Die Fragen sind strukturell interessant, für einen Gläubiger, der den Antrag stellt aber nur dann, wenn zum Zeitpunkt der Eröffnung noch hinreichend Masse zur Befriedigung seiner Ansprüche im Inland vorhanden ist. Dabei wird davon ausgegangen, dass unmittelbar nach Eingang des Antrags die erforderlichen Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO getroffen werden. Ansonsten stellt sich der Erfolg des Antragstellers leicht als „Pyrrhus“-Sieg heraus.

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Die Schuldnerin ist eine Gesellschaft mit Hauptsitz in den USA. In Frankfurt unterhielt sie eine Niederlassung. Der Antragsteller, ein Herr K., vormals offenbar im Inland Arbeitnehmer der Schuldnerin, hatte „eine Bonusforderung für das Jahr 2011 in Höhe von 10.000 Euro“, die evtl. noch nicht fällig gewesen sein mag. Am 28.05.2012 entschied die Schuldnerin, ihre Niederlassung in Frankfurt zu schließen. Am 30.05.2012 ging der Insolvenzantrag des Antragstellers beim Amtsgericht ein. Der Antrag wurde der Schuldnerin erst am 02.07.2012 zugestellt. Zu jenem Zeitpunkt sei die Niederlassung noch nicht abgewickelt gewesen. Die Schuldnerin habe noch 12 Arbeit-

nehmer beschäftigt, von denen allerdings nur zwei dort noch effektiv arbeiteten; drei befanden sich in Elternzeit und sieben waren freigestellt. Das Mietverhältnis habe man (formell) am 05./09.07.2012 auf den 15.07.2012 beendet. Eine originäre „Anwaltstätigkeit“ sei nicht mehr ausgeübt worden. Ein Untermietverhältnis war zum 04.07.2012 aufgelöst worden. Am 21.08.2012 eröffnete das AG Frankfurt das Partikularinsolvenzverfahren als Sekundärinsolvenzverfahren (Besprechungsentscheidung Rn. 13, §§ 354, 356 InsO). Die dagegen gerichtete Beschwerde hat das LG Frankfurt als Beschwerdegericht zurückgewiesen. Die Rechtsbeschwerde wurde nicht zugelassen.

II. Das Beschwerdegericht ist der Auffassung, die Schuldnerin habe zum relevanten Zeitpunkt in Deutschland eine Niederlassung unterhalten. Der Begriff der Niederlassung in § 254 Abs. 1 InsO sei, da deutsches Recht heranzuziehen sei, § 21 ZPO zu entnehmen. Erforderlich sei daher eine auf (eine gewisse) Dauer angelegte „Geschäftsstelle“ mit Befugnis zu selbstständigem „Geschäftsabschluss“. Ferner zitiert das Landgericht eine „andere Auffassung“, die auf den Niederlassungsbegriff Art. 2h) EulnsVO anwende, wonach darunter jeder Ort zu subsumieren sei, „an dem der Schuldner einer wirtschaftlichen Aktivität von nicht vorübergehender Art nachgeht, die den Einsatz von Personal und Vermögenswerten vorsieht“ (Besprechungsentscheidung Rn. 7). Letztlich, so das LG Frankfurt im Ergebnis, komme es auf Unterschiede der Begrifflichkeit nicht an, weil die Schuldnerin zu jedem der in Frage kommenden Zeitpunkte (Antragstellung, Eröffnung) eine Niederlassung (im Sinne beider Definitionen) in Frankfurt unterhalten habe. Maßgeblich sei nicht die Entscheidung über den Insolvenzantrag, denn dann könne der Schuldner durch schnelle Abwicklung der Niederlassung den Insolvenzantrag unzulässig machen. Ebenso könne das Gericht durch Untätigbleiben ebenfalls die Unzulässigkeit bewirken. Ferner bleibe eine ursprünglich bestehende Zulässigkeit von einer Änderung der zugrundeliegenden Tatsachen nach § 4 InsO i.V.m. § 261 ZPO unberührt.

Das Urteil des BGH vom 12.06.2007 (XI ZR 290/06 - ZIP 2007, 1676) stehe dem nicht entgegen. Dort hatte der Bankensenat zu dem Gerichtsstand der Niederlassung in Verbrauchersachen judiziert, der entsprechende Art. 15 Abs. 2 EuGVVO sei nicht anwendbar, wenn die „Zweig-

niederlassung, Agentur oder sonstige Niederlassung bereits vor Erreichung der Klage aufgelöst worden“ sei (BGH, Urt. v. 12.06.2007 - XI ZR 290/06 Rn. 12 ff., 19); der BGH leitet dieses Ergebnis aus den Zielen der Verordnung ab. Der BGH wollte Art. 15 Abs. 2 EuGVVO nicht auf „vergangene Sachverhalte erstrecken, deren Feststellung erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann“ (XI ZR 290/06 Rn. 20). Beklagte war eine Londoner Bank, die ihre Münchener Repräsentanz Anfang 2004 aufgelöst und Ende September 2004 im Register gelöscht hatte; eine Zweigniederlassung bestand damals lediglich noch seitens der „Unternehmensgruppe der Beklagten“ in Frankfurt. Die Klage reichte der Kläger erst im Dezember 2004 ein (XI ZR 290/06 Rn. 2).

Diese Sachlage – so das Ergebnis des LG Frankfurt – sei hier nicht gegeben. Unter Würdigung der vorstehend umrissenen Sachverhaltsdetails meint das Landgericht, es komme nicht einmal darauf an, ob § 354 Abs. 1 InsO die Rechtshängigkeit des Insolvenzantrags oder die Eröffnungsentscheidung im Auge habe, denn eine Niederlassung habe zu beiden Zeitpunkten vorgelegen. Das LG Frankfurt unterscheidet wie bei der Liquidation einer Gesellschaft bei der Niederlassung zwischen der Auflösung und dem „Abwicklungsstadium“. Obwohl nur zwei Arbeitnehmer von zuletzt zwölf zum Zeitpunkt der Eröffnung noch mit Restabwicklungsarbeiten beschäftigt waren, genügt das dem LG Frankfurt. Am 12.10.2012 hatte der Insolvenzverwalter das Gericht darüber unterrichtet, am Tage der Eröffnung, dem 21.08.2012, hätten die Arbeitnehmer der Schuldnerin noch unter deren Firma mit Briefkopf und E-Mails mit Dritten (so darf man den Beschluss verstehen) kommuniziert. Der Antragsteller habe auch ein rechtlich beachtenswertes Interesse an der Eröffnung des Sekundärinsolvenzverfahrens nach § 14 InsO, seine Forderung gelte als fällig gemäß § 41 InsO, „auch wenn diese tatsächlich nicht fällig sein sollte.“ Das Landgericht hat die Voraussetzungen der Rechtsbeschwerde verneint und daher nicht zugelassen.

### C. Kontext der Entscheidung

I. Im vorliegenden Fall ist das autonome deutsche internationale Insolvenzrecht heranzuziehen, da der Sitz der Schuldnergesellschaft in den USA ist, so dass auch dort der Insolvenzgerichtsstand begründet war. Der Gesetzgeber

wollte mit § 354 InsO einen Mittelweg beschreiben und weder eine Niederlassung nach der EuInsVO fordern, aber umgekehrt auch nicht Vermögen im Inland allein ausreichen lassen (BT-Drs. 15/16, S. 24 f. v. 25.10.2002). Im letzteren Fall soll es auf ein besonderes Interesse des antragstellenden Gläubigers ankommen (§ 354 Abs. 2 InsO), das aber dann irrelevant ist, wenn wie hier eine Niederlassung besteht. Im Übrigen wollte sich der Gesetzgeber durchaus auch an der EuInsVO orientieren. Bemüht man wie in der Gesetzesbegründung zum deutschen autonomen internationalen Insolvenzrecht einerseits die EuInsVO, andererseits Abweichungen davon, so erscheint es richtig, einen Blick auf die hier freilich nicht verbindliche Auslegung des Niederlassungsbegriffs der EuInsVO in Art. 2h) EuInsVO durch den EuGH zu werfen. In dem Urteil „Interdil“ vom 20.10.2011 (C-396/09 - ZInsO 2011, 2123 = DZWIR 2012, 60 m. Anm. Cranshaw, DZWIR 2012, 53 und juris-PR-HaGesR 5/2012 Anm. 6) hat der EuGH darauf erkannt, eine Niederlassung sei eine „auf die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ausgerichtete(n) Struktur mit einem Mindestmaß an Organisation und einer gewissen Stabilität [...]“. Das bloße Vorhandensein von Vermögenswerten hat der EuGH nicht für ausreichend erachtet. Notwendig ist, dass die Niederlassung nach objektiven Kriterien zu beurteilen ist, ihre Aktivitäten müssen nach außen erkennbar sein. Der EuGH legt also zutreffend dieselben Maßstäbe an wie bei der Frage, wo der Mittelpunkt der wesentlichen wirtschaftlichen Interessen des Schuldners insgesamt liegt, um daraus den internationalen Insolvenzgerichtsstand zu bestimmen (centre of main interests gemäß Art. 3 Abs. 1 InsO, das „COMI“). In der Kommentarliteratur wird konsequent vorgeschlagen, den Begriff der Niederlassung in § 354 InsO wie in der EuInsVO auszulegen (Stephan in: Kreft, InsO, 6. Aufl. 2011, § 354 Rn. 12; Lüer, in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO, 13. Aufl. 2010, § 354 Rn. 9, dort unter Ablehnung des § 21 ZPO).

II. Im selben Urteil hat der EuGH entschieden, dass allein die Betriebseinstellung und die Löschung im Register des Sitzstaates (nach einer kurz zuvor dorthin erst stattgefundenen Sitzverlegung) nichts daran ändern, dass weiterhin das nach den allgemeinen Kriterien ermittelte COMI zum Zeitpunkt des Eröffnungsantrags heranzuziehen ist (Urteil v. 20.10.2011 - C-396/09 Rn. 53 ff. „Interdil“). Damit kommt es für die in-

ternationale Zuständigkeit auch für dergleichen Liquidationsgesellschaften nach der EuInsVO auf das COMI zu jenem Zeitpunkt an. Da das Sekundärverfahren bzw. das Partikularverfahren im Rahmen ihrer jeweiligen Zielsetzung nach EuInsVO und dem „autonomen“ Recht vergleichbar behandelt werden können, war vorliegend eine Niederlassung der Schuldnerin in Frankfurt zum Zeitpunkt des Insolvenzantrags zu bejahen. Der geschilderte Sachverhalt geht über die Mindestanforderungen der EuInsVO an eine Niederlassung hinaus. Die EuInsVO und die Judikatur des EuGH sind hier zwar nicht verbindlich. Sie können aber doch angesichts des Gesetzeszwecks, sich der EuInsVO im autonomen internationalen Insolvenzrecht im sinnvollen Umfang anzugleichen, zur Unterstützung der Gesetzesauslegung herangezogen werden.

Die ursprüngliche Vorstellung, das seinerzeitige EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren, das schließlich in der EuInsVO umgesetzt wurde, durch einen Verweis im inländischen Recht vollständig gegenüber Drittstaaten anzuwenden (BT-Drs. 12/7303, S. 117 und BT-Drs. 15/16, S. 13) wurde nicht verwirklicht. Gründe hierfür waren zum einen, dass bei Drittstaaten, anders als im EU-Raum, jeweils einzelfallbezogen geprüft werden muss, ob der jeweiligen Rechtsordnung dasselbe Vertrauen entgegen gebracht werden kann wie einer Rechtsordnung der EU-Staaten. Neben weiteren Aspekten weist die Regierungsbegründung auch auf die Sekundärverfahren hin, bei denen ein einheitliches internationales Insolvenzrecht bestehen müsse, wolle man die entsprechenden Regelungen der EuInsVO auch bei Drittstaaten unreflektiert anwenden (BT-Drs. 15/16, S. 13). Umgekehrt heißt das aber, dass die Auslegungserwägungen zur EuInsVO im Allgemeinen herangezogen werden können, um der Auslegung des deutschen autonomen internationalen Insolvenzrechts zur Seite zu stehen. Diese Vorgehensweise führt vorliegend zur Bejahung des Niederlassungsbegriffs nach Maßgabe der Rechtsprechung des EuGH und diese Deutung entspricht der Zielsetzung des Gesetzgebers des § 354 Abs. 1 InsO, wenn man die Begründung des Regierungsentwurfes, der unverändert Eingang in das Gesetz gefunden hat, betrachtet (BT-Drs. 15/16, S. 24 f.). Damit liegen die Dinge hier so, dass die Eigenschaft der Niederlassung auch noch am Tag der Eröffnung zu bejahen war.

III. Auf die perpetuatio fori des § 261 Abs. 3 Nr. 2 ZPO i.V.m. § 4 InsO kommt es daher nicht mehr an. Es ist aber nicht erkennbar, warum diese Regelung im Sekundärverfahren nicht auch gelten soll, wenn man nicht dergleichen Verfahren generell auf strikte Ausnahmen im Interesse der Universalität reduzieren will, wofür das Gesetz keinen Anhaltspunkt bietet. Vielmehr geht es um die Durchsetzung der Interessen der inländischen Gläubiger und zwar gerade dann, wenn das ausländische Verfahren bei im Inland vorhandenen Vermögen für den betreffenden Gläubiger ungünstiger wäre (vgl. Stephan in: Kreft, InsO, § 354 Rn. 6). Auch hier ist ein Blick auf die Rechtsprechung des EuGH hilfreich. In dem frühen Urteil „Staubitz-Schreiber“ zur EulnsVO (Urt. v. 17.01.2006 - C-1/04 Rn. 29 - EuGHE 2006, 701 = ZIP 2006, 188) hat der EuGH judiziert, ein Wohnsitzwechsel berühre die internationale Zuständigkeit des angerufenen Gerichts nach Stellung des ersten Insolvenzantrags nicht mehr. Mit anderen Worten vertritt der EuGH den Ansatz einer perpetuatio fori. Die Entscheidung ist für das Hauptinsolvenzverfahren ergangen. Es ist aber nicht erkennbar, warum sie nicht auch im Partikular- bzw. Sekundärinsolvenzverfahren herangezogen werden kann.

Der BGH hat zur EulnsVO in seinem „Notarbeschluss“ vom 08.03.2012 (IX ZB 178/11 Rn. 7 - ZInsO 2012, 699 = DZWIR 2012, 303) das Vorhandensein einer Niederlassung „zum maßgebenden Zeitpunkt der Antragstellung“ gefordert und sich hierfür auf die Urteile „Interedil“ und „Staubitz-Schreiber“ bezogen. Es ist wiederum aus den vorstehenden Gründen nicht erkennbar, warum dies außerhalb der EulnsVO nicht gelten soll. Vielmehr kann man die dortigen Grundsätze erst recht heranziehen. Ansonsten drohen nicht begründbare Wertungswidersprüche.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Die Entscheidung des LG Frankfurt verdient Zustimmung. Aufgrund der naheliegenden Ableitung des Ergebnisses aus den Grundsätzen der EulnsVO unter Heranziehung der Rechtsprechung von EuGH und BGH, wie es die Begründung des Gesetzgebers ermöglicht, war auch die Zulassung der Rechtsbeschwerde nicht veranlasst. Die Gläubiger werden angesichts dieser Entscheidung vielleicht schneller den Insolvenzantrag stellen, damit das Gericht Sicherungs-

maßnahmen (§ 21 InsO) ergreifen kann, um das etwa drohende Ausbluten der Niederlassungen zu vermeiden. Gerade für den Kleingläubiger bzw. den Arbeitnehmer dürfte die Rechtsverfolgung im Ausland, hier sogar außereuropäisch in den USA in einem dortigen Verfahren, unverhältnismäßig kostenintensiv sein und ihn evtl. daher veranlassen, sich auf die Anmeldung der Forderung zu beschränken und abzuwarten, ob er etwas erhält. Eine Investition in nutzlos aufgewandte Rechtsverfolgungskosten ist dem betroffenen Gläubiger nicht zumutbar, auch wenn das Sekundärverfahren für das Hauptverfahren störend sein mag. Auf das besondere Interesse des § 354 Abs. 2 InsO kommt es nicht an, wenn zum Zeitpunkt des Insolvenzantrags eine inländische Niederlassung bestanden hat.