

tigkeit von Gesellschaften nur dann Anwendung findet, wenn Dritte durch die gemäß Abschnitt I offengelegten Angaben zu der Annahme veranlaßt wurden, es bestehe eine Gesellschaft im Sinne der Richtlinie. Das ist nicht der Fall, wenn im Namen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung gehandelt wurde, deren Bestehen sich nicht aus dem öffentlichen Register ergibt, weil die vom nationalen Recht vorgeschriebenen Errichtungsformalitäten nicht erfüllt wurden.

Sind jedoch die im Namen einer nicht errichteten Gesellschaft mit beschränkter Haftung vorgenommenen Rechtshandlungen nach dem anwendbaren nationalen Recht als im Namen einer in Gründung befindlichen Gesellschaft im Sinne von Artikel 7 der Richtlinie vorgenommen anzusehen, ist es Sache des nationalen Rechts, die unbeschränkte gesamtschuldnerische Haftung derjenigen zu regeln, die diese Handlungen vorgenommen haben.

SITZUNGSBERICHT in der Rechtssache 136/87 *

I — Rechtlicher Rahmen des Ausgangsverfahrens

Die Erste Richtlinie des Rates vom 9. März 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten (68/151/EWG; ABl. 1968, L 65, S. 8), die insbesondere auf Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g EWG-Vertrag gestützt ist, verfolgt das Ziel, die Rechtssicherheit in den Beziehungen zwischen bestimmten Arten von Gesellschaften (Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung) und Dritten zu gewährleisten.

Sie enthält Harmonisierungsbestimmungen, die die ständige Offenlegung von Auskünften über die Gesellschaft — das heißt die Handels- oder Gesellschaftsregister (Abschnitt I, Artikel 2 bis 6) — betreffen und sowohl die Gründe für die Ungültigkeit der im Namen der Gesellschaft eingegangenen

Verpflichtungen (Abschnitt II, Artikel 7 bis 9) als auch die Fälle der Nichtigkeit der Gesellschaft und die Rechtsfolgen der Nichtigkeit beschränken (Abschnitt III, Artikel 10 bis 12).

Nach Artikel 3 der Richtlinie sind die die Gesellschaft betreffenden und der Offenlegung unterliegenden Urkunden und Angaben in einer Akte zu hinterlegen oder in ein Register einzutragen (Absatz 2). Sie können Dritten von der Gesellschaft erst nach der Bekanntmachung in einem staatlichen Amtsblatt entgegengesetzt werden (Absatz 5). Dritte können sich stets auf Urkunden und Angaben berufen, für die die Formalitäten der Offenlegung noch nicht erfüllt worden sind, es sei denn, daß die Urkunden oder Angaben mangels Offenlegung nicht wirksam sind (Absatz 7).

Für den Fall, daß im Namen einer in Gründung befindlichen Gesellschaft gehandelt worden ist, ehe diese die Rechtsfähigkeit erlangt hat, und daß die Gesellschaft die sich

* Verfahrenssprache: Niederländisch.

aus diesen Handlungen ergebenden Verpflichtungen nicht übernimmt, bestimmt Artikel 7 der Richtlinie, daß die Personen, die gehandelt haben, aus diesen Handlungen unbeschränkt als Gesamtschuldner haften, sofern nichts anderes vereinbart worden ist.

In Artikel 11 heißt es:

„Die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten können die Nichtigkeit der Gesellschaften nur nach Maßgabe folgender Bedingungen regeln:

- 1) Die Nichtigkeit muß durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden.
- 2) Die Nichtigkeit kann nur in folgenden Fällen ausgesprochen werden:
 - a) wenn der Errichtungsakt fehlt oder wenn entweder die Formalitäten der vorbeugenden Kontrolle oder die Form der öffentlichen Beurkundung nicht beachtet wurden;

...

Abgesehen von diesen Nichtigkeitsfällen können die Gesellschaften aus keinem Grund inexistent, absolut oder relativ nichtig sein oder für nichtig erklärt werden.“

In den Niederlanden wurde die Erste Richtlinie durch das Gesetz vom 29. April 1971 „zur Anpassung des niederländischen Gesellschaftsrechts an die Erste Richtlinie“ (Stbl. 1971, S. 285) ausgeführt. Das Gesetz fügte in das niederländische Handelsgesetzbuch einen Artikel 36 I ein, der, was die Gesellschaften mit beschränkter Haftung betrifft, später in Artikel 182 des Zweiten Buches des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches übernommen wurde.

Artikel 182 bestimmt:

- „1) Ist im Namen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung gehandelt worden, obwohl keine Eintragung im Sinne von

Artikel 180 dieses Gesetzbuches¹ erfolgt ist und ohne daß eine von einem Notar unterzeichnete Gründungsurkunde vorliegt oder eine Erklärung im Sinne von Artikel 179 dieses Gesetzbuches² abgegeben worden ist, so wird die Gesellschaft auf Antrag einer Person, die hieran ein Interesse hat, oder auf Verlangen der Staatsanwaltschaft vom Gericht für nichtig erklärt.

- 2) Die Rechte und Pflichten der für nichtig erklärten Gesellschaft bilden ein gesondertes Vermögen. Das Gericht ordnet bei der Nichtigkeitsklärung der Gesellschaft die Liquidation dieses Vermögens an und bestellt einen oder mehrere Liquidatoren. Die Liquidation erfolgt in sinngemäßer Anwendung der Artikel 24 und 278 bis 283 dieses Gesetzbuches.
- 3) Die Liquidatoren sind gegenüber Personen, die Anteile an der Gesellschaft erworben hatten, bevor diese für nichtig erklärt wurde, jederzeit berechtigt, sämtliche noch nicht vorgenommenen Zahlungen anzufordern und entgegenzunehmen, soweit dies für die Erfüllung der im Namen dieser Gesellschaft eingegangenen Verpflichtungen erforderlich ist. Artikel 199 dieses Gesetzbuches ist sinngemäß anwendbar.
- 4) Der Urkundsbeamte des zuletzt mit der Sache befaßten Gerichts sorgt dafür, daß eine rechtskräftig gewordene Entscheidung, mit der eine Gesellschaft für nichtig erklärt wurde, im *Nederlandse Staatscourant* veröffentlicht und ins Handelsregister eingetragen wird.

1 — Es handelt sich um die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister.

2 — Es handelt sich um die ministerielle Unbedenklichkeitsklärung.

- 5) Wer im Namen der für nichtig erklärten Gesellschaft gehandelt hat, haftet gegenüber Dritten persönlich für die Gesamtheit seiner Handlungen.“

II — Sachverhalt und Verfahren

Die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Ubbink Nederland BV und Isetco BV vereinbarten 1980, eine GmbH namens Ubbink Isolatie BV zu gründen. Zur Zeit der Vorgänge, die dem Ausgangsrechtsstreit zugrunde liegen, war im Handelsregister eine in Gründung befindliche offene Handelsgesellschaft Ubbink Isolatie BV mit den beiden vorgenannten Gesellschaften als Gesellschaftern und einem gewissen Juraske als Prokuristen mit dem Titel eines Direktors eingetragen. In der Eintragung war vermerkt, daß die offene Handelsgesellschaft ab 1. Januar 1981 die Tätigkeit einer unter dem Namen Ubbink Isolatie auftretenden Gesellschaft fortgesetzt hatte. Im Handelsregister war keine GmbH unter der Firma Ubbink Isolatie BV eingetragen.

Unter der Firma Ubbink Isolatie BV wurden Handlungen vorgenommen. Insbesondere wurde unter dieser Bezeichnung ein Vertrag mit der Gesellschaft Dak- en Wandtechnik geschlossen. Diese erhob am 8. Februar 1982 vor der Arrondissementsrechtbank Arnheim gegen die Ubbink Isolatie BV Klage auf Aufhebung des Vertrages und Schadensersatz. Ubbink Isolatie trat der Klage entgegen und erhob Widerklage. Nachdem Wandtechnik ihre Erwiderung in der Klagesache und zugleich ihre Antwort in der Widerklagesache eingereicht hatte, machte Ubbink Isolatie geltend, Wandtechnik habe ihre Klage zu Unrecht gegen die Ubbink Isolatie BV gerichtet. Die auf Antrag von Wandtechnik zugestellte Ladung sei nichtig; den Klage- und Widerklagean-

trägen könne nicht stattgegeben werden, da eine Ubbink Isolatie BV nicht existiere.

Mit Zwischenurteil vom 20. Oktober 1983 entschied die Arrondissementsrechtbank, daß, sollte sich herausstellen, daß eine Ubbink Isolatie BV überhaupt nicht gegründet worden oder daß der Gründungsakt nichtig sei, dies nicht ohne weiteres bedeuten würde, daß die GmbH nicht existiere. Vielmehr bestehe diese so lange fort, als sie nicht gemäß Artikel 181 des Zweiten Buches des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuchs aufgelöst oder gemäß Artikel 182 Absatz 1 dieses Gesetzbuches für nichtig erklärt worden sei.

Ubbink Isolatie legte gegen das Zwischenurteil Berufung beim Gerechthof Arnheim ein, der dieses mit Urteil vom 5. März 1985 bestätigte. Gegen das letztgenannte Urteil wurde Kassationsbeschwerde eingelegt, und zwar durch „die Prozeßpartei, die in den vorhergehenden Instanzen als ‚Ubbink Isolatie BV‘ rechtlich belangt wurde und aufgetreten ist“. Diese machte mit ihrer Beschwerde geltend, der erwähnte Artikel 182 könne in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem keine GmbH gegründet worden und zustande gekommen sei, keine Anwendung finden.

Der Hoge Raad ging davon aus, daß das Gesetz vom 29. April 1971 zur Anpassung des niederländischen Rechts an die Erste Richtlinie, das dem Artikel 182 zugrunde liege, eine Regelung habe einführen wollen, die der Zielsetzung der Richtlinie völlig entspreche. Diese Vorschrift sei daher unter Berücksichtigung der Bedeutung von Abschnitt III der Richtlinie auszulegen.

Mit Urteil vom 24. April 1987 hat der Hoge Raad daher beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof gemäß Arti-

kel 177 EWG-Vertrag folgende Auslegungsfragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

„1) Führt, wenn im Namen einer Gesellschaft im Sinne der Ersten Richtlinie gehandelt wird, die Gesellschaft aber nach dem geltenden nationalen Recht nicht errichtet worden ist, weil — im Sinne von Artikel 11 Absatz 2 Buchstabe a der Richtlinie — ein öffentlich beurkundeter Errichtungsakt fehlt oder die Formalitäten der vorbeugenden Kontrolle nicht beachtet wurden, die Zielsetzung der Regelung in Abschnitt III der Richtlinie dazu, daß die „Gesellschaft“ in einem gegen sie angestregten Verfahren als bestehend anzusehen ist, solange ihre Nichtigkeit nicht in einem besonderen Verfahren zur Nichtigkeitsklärung und Auflösung „der Gesellschaft“ festgestellt worden ist?

2) Macht es für die Beantwortung der Frage 1 einen Unterschied, ob a) allein der öffentlich beurkundete Errichtungsakt fehlt oder allein die Formalitäten der vorbeugenden Kontrolle nicht beachtet wurden, oder aber ob b) dieser Akt fehlt und außerdem diese Formalitäten nicht beachtet wurden?

3) Macht es für die Beantwortung der Frage 1 einen Unterschied, ob a) die Handlungen im Rahmen einer Organisation von Personen und Sachen erfolgt sind, die — abgesehen von dem Auftreten unter dem Namen einer Gesellschaft — den Anschein einer Gesellschaft erweckt, oder ob b) die Handlungen erfolgt sind, ohne daß eine solche Organisation vorliegt?

4) Ist es für die Beantwortung der Frage 1 von Bedeutung, daß im Rahmen einer Organisation gehandelt worden ist, die nach dem geltenden nationalen Recht eine andere Rechtsform als die einer Gesellschaft im Sinne der Richtlinie hat — zum Beispiel die Rechtsform einer offenen Handelsgesellschaft — und als solche auch im Handelsregister eingetragen ist, jedoch unter einer Bezeichnung, die, abgesehen von der Angabe der Rechtsform, gleichlautend ist mit der Bezeichnung der nicht errichteten Gesellschaft, unter der gehandelt worden ist?“

Das Vorlageurteil des Hoge Raad ist am 30. April 1987 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

Gemäß Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der EWG haben schriftliche Erklärungen eingereicht die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch ihren Rechtsberater Antonio Caerio im Beistand von Rechtsanwalt Willem Jacob Lodewijk Calkoen, Rotterdam, die niederländische Regierung, vertreten durch den Minister für Auswärtige Angelegenheiten, und die Kassationsbeschwerdeführerin Ubbink Isolatie, vertreten durch Rechtsanwalt L. Hardenberg, Amsterdam.

Mit Entscheidung vom 11. November 1987 hat der Gerichtshof die Rechtssache gemäß Artikel 95 §§ 1 und 2 der Verfahrensordnung an die Sechste Kammer verwiesen.

Der Gerichtshof hat auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, die mündliche Verhandlung ohne vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen.

III — Beim Gerichtshof eingereichte schriftliche Erklärungen

Die *Kommission* stellt zunächst klar, daß die Richtlinie gegenwärtig in den Niederlanden auf die Rechtsvorschriften über die Aktiengesellschaften (NV) und die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (BV) angewendet werde.

Die Richtlinie regle nicht die Voraussetzungen für die Entstehung der Rechtsfähigkeit oder dafür, wann in einem Rechtsstreit eine Gesellschaft als existent anzusehen sei. Die Unterlagen über die ihrem Erlaß vorausgegangenen Beratungen enthielten keine Äußerungen zu der Frage nach dem Zeitpunkt des Entstehens oder des Erwerbs der Rechtspersönlichkeit sowie nach der Existenz einer Gesellschaft. Ebensowenig fänden sich dort Hinweise auf den Begriff der faktischen Gesellschaft.

Der Zeitpunkt, in dem eine Gesellschaft Rechtspersönlichkeit erwerbe, richte sich nach staatlichem Recht. Die Richtlinie mache den Erwerb der Rechtspersönlichkeit nicht von der Eintragung der Gesellschaft in ein öffentliches Register (Handelsregister oder Gesellschaftsregister) abhängig. Sie erhebe eine solche Eintragung nicht zur Bedingung für die Entstehung einer Gesellschaft. Eine Gesellschaft könne bereits vor ihrer Eintragung in ein öffentliches Register Rechtsfähigkeit erwerben (wie dies insbesondere in den Niederlanden der Fall sei) oder erst mit dieser Eintragung. Keines dieser beiden Systeme sei mit der Richtlinie unvereinbar.

Die Richtlinie sei auf diejenigen Gesellschaften anwendbar, die aufgrund staatlichen Rechts Rechtsfähigkeit erlangt hätten. Das gelte namentlich für ihren Artikel 11, der darauf abziele, die Nichtigkeitsklärungen von Gesellschaften möglichst zu beschränken.

Artikel 11 letzter Absatz der Richtlinie sei im Lichte dieser Absicht zu lesen, die Möglichkeiten der Nichtigkeitsklärung zu begrenzen. Jede Wortspielerei im Zusammenhang mit Unterscheidungen, die staatliche Rechtsordnungen zwischen Begriffen wie Nichtigkeit, Inexistenz, absolute Nichtigkeit, relative Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit vornehmen mögen, verbiete sich hier. Die in Artikel 11 Absatz 2 Buchstaben a bis e aufgestellte — erschöpfende — Liste der Fälle einer Nichtigkeit gelte für alle diese Begriffe.

Es bestehe kein Anlaß dafür, eine Vereinigung für nichtig zu erklären, solange diese die Rechtsfähigkeit noch nicht erlangt habe.

Die Richtlinie enthalte eine sehr klare Bestimmung über die in Gründung befindlichen Gesellschaften, das heißt diejenigen, die nach staatlichem Recht noch nicht errichtet worden seien: Es handele sich um Artikel 7, dem zufolge Personen, die im Namen einer in Gründung befindlichen Gesellschaft gehandelt hätten, aus diesen Handlungen unbeschränkt als Gesamtschuldner hafteten.

Artikel 11 könne auch in Fällen, in denen eine Eintragung ins Handelsregister vorgenommen worden sei, so Anwendung finden, als ob eine rechtsfähige Gesellschaft vorliege. Sollte eine noch nicht rechtsfähige Gesellschaft dennoch als rechtsfähige Gesellschaft in ein öffentliches Register eingetragen worden sein, sollte also mit anderen Worten eine unrichtige Eintragung vorliegen, so könne diese Eintragung annulliert

werden. Dies habe nach Maßgabe der Bestimmungen von Artikel 3 der Richtlinie zu geschehen: Der Dritte müsse sich auf die Existenz der GmbH berufen können.

In einem solchen Fall führe die Eintragung (Artikel 3 der Richtlinie) dazu, daß der rechtliche Anschein einer Gesellschaft vorliege. Die unrichtige Eintragung müsse daher beseitigt werden. Außerdem könne Artikel 11 gemäß seinem Absatz 2 Buchstabe a anwendbar sein, wenn der Errichtungsakt fehle oder die Kontrollformalitäten nicht beachtet worden seien, was auf den Fall zutrefte, daß eine Gesellschaft als bestehend eingetragen worden sei.

Die Richtlinie enthalte keine Bestimmungen über die Kriterien für das Bestehen einer Gesellschaft; ihr Artikel 11 ziele darauf ab, die Möglichkeiten für die Nichtigerklärung bestehender Gesellschaften einzuschränken. Ob eine Gesellschaft als bestehend zu gelten habe, richte sich nach staatlichem Recht. Artikel 11 sei auch dann anwendbar, wenn eine Eintragung ins Handelsregister im Sinne von Artikel 3 der Richtlinie den Anschein einer existierenden Gesellschaft begründe.

Mit seiner zweiten Frage wolle der Hoge Raad wissen, ob die Antwort auf die erste Frage je nachdem unterschiedlich laute,

- a) ob ein Errichtungsakt vorliegt, oder
- b) ob die Formalitäten der vorbeugenden Kontrolle beachtet wurden.

Da Artikel 11 nur unter der Voraussetzung anwendbar sei, daß eine rechtsfähige Gesellschaft bestehe oder, wenn dies nicht der Fall

sei, daß eine Eintragung im Handelsregister vorliege, die den Anschein des Bestehens einer solchen Gesellschaft erwecke, hätten jene Vorgänge (Errichtungsakt oder Kontrollformalitäten) keinerlei Einfluß auf die Anwendbarkeit des genannten Artikels. Anders sei es nur, wenn einer dieser Vorgänge nach staatlichem Recht für den Nachweis dafür ausreiche, daß die Rechtsfähigkeit möglicherweise bejaht werden müsse.

Die dritte Frage des Hoge Raad gehe dahin, ob die Antwort je nachdem unterschiedlich lauten müsse, ob eine Organisation von Personen und Sachen vorliege, die den Anschein einer Gesellschaft erwecke. Auch dieser Gesichtspunkt könne keine Rolle spielen, da es für die Anwendbarkeit von Artikel 11 darauf ankomme, ob entweder eine rechtsfähige Gesellschaft als solche oder eine Eintragung vorliege.

Die vierte Frage gehe dahin, ob die Antwort davon abhängige, ob im Rahmen einer Organisation gehandelt worden sei, die eine andere Rechtsform habe und auch als solche ins Handelsregister eingetragen sei, jedoch unter einer praktisch identischen Bezeichnung. In diesem Fall sei die andere Gesellschaft eine als in Gründung befindliche GmbH eingetragene offene Handelsgesellschaft.

Die Erste Richtlinie sei auf die in ihrem Artikel 1 Absatz 1 genannten Gesellschaften und auf deren Eintragungen anwendbar, aber nicht auf die Eintragungen anderer Rechtsformen, wie hier der offenen Handelsgesellschaft. Vorliegend habe keine eingetragene GmbH existiert. Keine Eintragung im Handelsregister habe den Anschein einer bestehenden GmbH erweckt.

Die Kommission schlägt dem Gerichtshof vor, die Fragen des Hoge Raad wie folgt zu beantworten:

- „1) Artikel 11 und 12 der Richtlinie betreffen lediglich die Nichtigkeit derjenigen rechtsfähigen Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die unter einer dieser Gesellschaftsformen in ein öffentliches Register gemäß Artikel 3 der Richtlinie eingetragen sind.
- 2) Die Artikel 11 und 12 sind nicht auf in Gründung befindliche Gesellschaften anwendbar. Es steht den Mitgliedstaaten frei, die Nichtigkeit der in Gründung befindlichen Gesellschaften zu regeln und sonstige solche Gesellschaften betreffende Bestimmungen zu erlassen, vorausgesetzt daß sie hierbei Artikel 7 der Richtlinie beachten.“

Die *niederländische Regierung* betont, die Richtlinie wolle hauptsächlich diejenigen Personen schützen, die mit einer Kapitalgesellschaft oder einer Scheinkapitalgesellschaft Verträge schlossen und hierbei auf Daten vertrauten, die entweder im Handels- oder Gesellschaftsregister eingetragen seien oder von denen sie in sonstiger Weise Kenntnis erlangt hätten (Artikel 3 Absatz 7).

Ob es sich um eine Scheingesellschaft ohne gesondertes Vermögen, eine in Gründung befindliche Kapitalgesellschaft oder eine sich wie eine Kapitalgesellschaft verhaltende faktische Gesellschaft handele, die Gläubiger hätten kein Interesse daran, daß die Anwendung der Artikel 11 und 12 auf andere Fälle als diejenigen erstreckt werde, in denen der Dritte gemäß Artikel 3 sich auf Daten berufen könne, von denen er durch das Register oder in anderer Weise Kenntnis erlangt habe.

Die niederländische Regierung sei einstweilen nicht davon überzeugt, daß Artikel 11 im vorliegenden Fall unmittelbar anwendbar sei. Es sei möglich, daß es in dieser Rechtssache auf die Auslegung von Artikel 11 ankomme, insbesondere weil der niederländische Gesetzgeber den Anwendungsbereich der Rechtsvorschriften über die Nichtigkeit von Gesellschaften erweitert habe. Dieser Artikel sei jedenfalls dann anwendbar, wenn sich ein Gläubiger auf die Eintragung einer Gesellschaft in ein öffentliches Register oder auf einen Errichtungsakt berufe, von dem er in anderer Weise Kenntnis erlangt habe, auf welchen Fall sich Artikel 3 Absatz 7 beziehe. Denkbar sei ferner, daß Artikel 11 logischerweise Anwendung finden müsse, wenn der Dritte aufgrund des Rechtsscheins annehmen könne, daß eine Kapitalgesellschaft gegründet worden sei, und überdies Kenntnis von dem Entwurf eines Errichtungsaktes habe. Es erscheine aber nicht gerechtfertigt, den genannten Artikel in einem weitergehenden Sinne auszulegen.

Soweit der Anschein einer rechtsgültig errichteten Kapitalgesellschaft den Dritten infolge einer unwirksamen Vorladung zu unnötigen Ausgaben veranlaßt habe, enthalte das allgemeine Recht Regeln, die es gestatteten, diese Auslagen demjenigen aufzubürden, der den trügerischen Schein zu vertreten habe.

Die *Kassationsbeschwerdeführerin* macht geltend, das niederländische Durchführungsgesetz zur Richtlinie habe den Grundsatz bekräftigt, wonach eine Aktiengesellschaft oder GmbH so lange nicht bestehe, als nur eine der beiden als wesentlich angesehenen Errichtungsfomalitäten — notarieller Errichtungsakt und ministerielle Zustimmung — erfüllt sei. Mit anderen Worten, eine solche Gesellschaft sei (in der Ausdrucksweise der früher geltenden Vorschriften) völlig oder (so Artikel 11 Absatz 2 der Richtlinie) absolut nichtig.

Artikel 7 der Richtlinie meine mit „in Gründung befindlicher Gesellschaft“ offensichtlich die künftige rechtsfähige Gesellschaft in deren Gründungsstadium, also z. B. vor Erteilung der ministeriellen Zustimmung, nicht aber die offene Handelsgesellschaft, die wie Ubbink Isolatie als in Gründung befindliche GmbH aufträte.

Die Bestimmungen von Artikel 11 der Richtlinie über die Nichtigkeit der Gesellschaften seien nur auf Gesellschaften im Sinne von Artikel 1 der Richtlinie anwendbar, nicht auf alle sonst denkbaren Formen des Zusammenwirkens, wie z. B. die in Gründung befindliche GmbH, die zunächst als offene Handelsgesellschaft tätig geworden sei.

Ebenso wie Artikel 11 der Ersten Richtlinie betreffe Artikel 182 des Zweiten Buches des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuchs ausschließlich die „faktischen Gesellschaften“, die nur dem Anschein nach, nicht jedoch in Wirklichkeit Gesellschaften seien. Er gelte daher nicht für offene Handelsgesellschaften, selbst wenn diese dem Anschein nach in Gründung befindliche Gesellschaften mit beschränkter Haftung seien.

Mit dem „gesonderten Vermögen“ im Sinne von Artikel 182 Absatz 2 sei nichts anderes gemeint als jene „faktische Gesellschaft“, welcher Begriff in erster Linie die Rechte der Dritten schützen wolle, die gutgläubig mit der nichtigen GmbH verhandelt hätten, unbeschadet der individuellen Haftung der in Artikel 182 Absatz 5 genannten, im Namen der Gesellschaft handelnden Personen.

In diesem Zusammenhang sei überdies darauf hinzuweisen, daß in den Niederlanden die gleichen Regeln für eine offene Handelsgesellschaft gälten, die anders als eine bloße faktische Gesellschaft auf einer Vereinbarung beruhe und gesetzlich geregelt

sei: sie sei nicht rechtsfähig, ihr Vermögen diene jedoch in erster Linie dem Schutz der Gläubiger, dies zusätzlich zur persönlichen, gesamtschuldnerischen Haftung der Gesellschafter.

Der grundlegende Unterschied zwischen der „faktischen Gesellschaft“ und der in Gründung befindlichen, als offene Handelsgesellschaft handelnden GmbH liege natürlich darin, daß die Gesellschafter der in Gründung befindlichen Gesellschaft die klare und zum Ausdruck gebrachte Absicht hätten, als solche — d. h. als gesamtschuldnerisch haftende Gesellschafter — zu handeln, und daß sie die Gesellschaft auch mit allen sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen ins Handelsregister hätten eintragen lassen, während Personen, die zu Unrecht im Namen einer in Wirklichkeit inexistenten GmbH aufträten, offensichtlich keine solche Absicht hätten.

Mit der Wendung „im Namen einer GmbH handelnd“ ziele Artikel 182 Absatz 1 sicherlich auf den Fall, daß eine GmbH nicht rechtsgültig errichtet worden sei, weil ein notariell beurkundeter Akt oder die ministerielle Zustimmung oder beides fehle, daß Dritte jedoch hätten annehmen können, sie hätten es mit einer GmbH zu tun, ohne daß sie die Unrichtigkeit dieses Anscheins unverzüglich hätten feststellen können. Eine solche Lage sei nur gegeben, wenn — wie Artikel 182 ebenfalls zu Recht voraussetze — „keine Eintragung im Sinne von Artikel 180 dieses Gesetzbuches erfolgt ist“. Die offene Handelsgesellschaft, die als in Gründung befindliche Ubbink Isolatie BV bezeichnet worden sei, sei aber tatsächlich als solche im Handelsregister eingetragen gewesen. Klarzustellen sei, daß diese offene Handelsgesellschaft später im Wege der Kündigung aufgelöst worden sei, woraufhin das Gericht die Auseinandersetzung nach Maßgabe der für offene Handelsgesellschaften geltenden Vorschriften verfügt habe.

Niemals habe mehr oder etwas anderes bestanden als die nunmehr aufgelöste offene

Handelsgesellschaft, so daß ein Antrag auf Nichtigerklärung nach Artikel 182 hier in jeder Hinsicht ein Schlag ins Wasser sei. Wenn es in der Praxis — wie vorliegend — geschehen könne, daß die in Gründung befindliche GmbH aus Unachtsamkeit ihrer beabsichtigten Errichtung vorgreife und es tatsächlich unterlasse, auf Briefen und anderen Urkunden den Vermerk „i. o.“ (in Gründung befindlich) anzubringen, so ändere dies hieran nichts. In einem solchen Fall könne nämlich eine Nichtigerklärung nicht in Betracht kommen, da der Richter feststellen müsse, daß er es in Wahrheit nicht mit einer nichtigen „faktischen Gesellschaft“ zu tun habe, sondern mit einer gültigen und ins Handelsregister eingetragenen offenen Handelsgesellschaft.

Artikel 182 gehöre zu den Rechtsvorschriften über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und müsse daher dahin verstanden werden, daß er einem Rechtsmißbrauch in der Form der Erweckung eines mit der Rechtswirklichkeit nicht übereinstimmenden Anscheins entgegenstehe. In diesem Zusammenhang müsse betont werden, daß die Wendung „im Namen [einer GmbH] handeln“ nicht Artikel 11 der Ersten Richtlinie entnommen worden sei, so daß dieser Artikel für ihre Auslegung ebensowenig hilfreich sein könne.

Die Auslegung von Artikel 182 sei also einzig und allein eine Frage des niederländischen Rechts. Da eine Einzelperson, die zu Unrecht als GmbH auftrete, ohne daß mit der Errichtung einer entsprechenden Organisation begonnen worden sei, nur sich selbst verpflichte und daher von vornherein „für alle ihre Handlungen gegenüber Dritten persönlich haftet“, bedürfe es in einem solchen Fall keiner Nichtigerklärung. Da es sich jedenfalls stets um ein tatsächliches Verhalten handle, das nicht anhand einer im Handelsregister veröffentlichten Form der Zusammenarbeit nachgeprüft werden könne, komme alles auf die Umstände des Einzelfalls an. Abstrakte Regeln ließen sich hier nicht aufstellen.

Sobald tatsächlich eine Eintragung im Handelsregister vorliege, die nach Artikel 31 der Handelsregisterwet [Gesetz über das Handelsregister] als allgemein bekannt gelten könne, stellten sich die von Artikel 182 aufgeworfenen Probleme nicht. Insofern sei dem Arnheimer Gericht ein Zirkelschluß unterlaufen, indem es entschieden habe, Artikel 182 Absatz 1 sei bereits anwendbar, wenn eine in Gründung befindliche Gesellschaft — nicht aber eine GmbH — tatsächlich eingetragen worden sei.

Die Richtlinie verfolge nicht die Absicht, den Zivilprozeß in den Mitgliedstaaten zu regeln, und schweige daher über das für die Nichtigerklärung einzuschlagende Verfahren. Sicherlich bestehe kein Grund für die Annahme, daß der Zivilrichter nach der Durchführung der Ersten Richtlinie die Befugnis verloren habe, in einem Prozeß, in dem es um das Bestehen einer GmbH gehe, darüber zu befinden, ob diese existent sei. Dies gelte um so weniger, als das niederländische Recht schon vor Erlaß der Richtlinie von dem Grundsatz ausgegangen sei und diesen auch nachher beibehalten habe, daß eine Gesellschaft ipso iure absolut nichtig sei, wenn es an einem notariellen Akt oder an der ministeriellen Zustimmung fehle, und erst recht, wenn beide Voraussetzungen fehlten. Die Erste Richtlinie respektiere diesen Grundsatz, und Artikel 182 habe ihn in keiner Weise angetastet. Bei dieser Ausgangslage brauche nicht geprüft zu werden, ob man es bei Fehlen eines notariellen Aktes und/oder der ministeriellen Zustimmung mit einer nichtigen oder aber mit einer inexistenten GmbH zu tun habe.

Artikel 182 ziele stets auf den Fall, daß lediglich eine nichtige Gesellschaft vorliege und sonst nichts. Sobald eine in Gründung befindliche GmbH in Form einer gültigen offenen Handelsgesellschaft existiere, die überdies ordnungsgemäß im Handelsregister eingetragen sei, gebe es nichts, was für

nichtig erklärt werden könnte. Gegenüber einer offenen Handelsgesellschaft habe der Richter nämlich im Verfahren nach Artikel 11 der Ersten Richtlinie und Artikel 182 keine Zuständigkeit; wenn bei der Vornahme irgendeines Rechtsaktes lediglich der Vermerk „in Gründung befindlich“ oder die im Niederländischen gebräuchlichere Abkürzung „i. o.“ unterblieben sei, so könne dieser Mangel für sich allein nicht zur Nichtigklärung führen.

Sollte die Richtlinie zur Folge haben, daß eine GmbH bis zu ihrer Nichtigklärung existiere, obwohl die vom niederländischen Recht für das Bestehen einer solchen Gesellschaft aufgestellten Voraussetzungen in keiner Weise erfüllt seien, so wäre sie in sich selbst widersprüchlich: sie würde dann nämlich für eine unbestimmte Zeit die einstweilige Gültigkeit eines Gebildes vorschreiben, dessen etwaige absolute Nichtigkeit zu regeln sie ausdrücklich den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten überlasse.

Die Kassationsbeschwerdeführerin schlägt daher vor, die Vorlagefragen des Hoge Raad wie folgt zu beantworten:

Frage 1: Wenn, wie in den Niederlanden, eine Gesellschaft bei Fehlen des Errichtungsaktes oder Nichtbeachtung der Formalitäten der vorbeugenden Kontrolle oder der Form der öffentlichen Beurkundung ohne weiteres im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Unterabsatz 2 Buchstabe a der Richtlinie nichtig ist und der Richter daher insoweit über keinerlei Ermessen verfügt, so führt die Zielsetzung der Regelung in Abschnitt III der Richtlinie nicht dazu, daß die „Gesellschaft“ in einem gegen sie angestrebten Verfahren als bestehend anzusehen ist, solange ihre Nichtigkeit nicht in einem besonderen Verfahren zur Nichtigklärung und Auflösung „der Gesellschaft“ festgestellt worden ist.

Frage 2: Artikel 11 Absatz 1 Unterabsatz 2 Buchstabe a zählt nacheinander drei Fälle auf, in denen das staatliche Recht die Nichtigkeit aussprechen kann: das Fehlen des Errichtungsaktes, die Nichtbeachtung der Formalitäten der vorbeugenden Kontrolle und die Nichtbeachtung der Form der öffentlichen Beurkundung.

Frage 3: Geht man davon aus, daß mit dem in den Artikeln 10 bis 12 der Ersten Richtlinie nicht vorkommenden Ausdruck „im Namen einer Gesellschaft handeln“ gemeint ist, daß Handlungen vorgenommen werden, die den Anschein erwecken sollen, es handle sich um eine Gesellschaft im Sinne dieser Richtlinie, so hängt die Frage, ob ein solcher Anschein erweckt wurde, dennoch vollständig von den Umständen des Einzelfalls ab. Die Antwort auf die Frage A ändert sich hierdurch nicht.

Frage 4: Angesichts der entscheidenden Bedeutung, die Artikel 3 der Ersten Richtlinie — deren Bestimmungen in den Niederlanden namentlich durch die Artikel 5, 69, 180 und 182 des Zweiten Buches des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches ausgeführt wurden — der Offenlegung der die Gesellschaften betreffenden Daten beimißt, kann sich jede eingetragene Gesellschaft auf ordnungsgemäß veröffentlichte Tatsachen, insbesondere auf ihre in dieser Weise offenlegte Rechtsform, berufen, da nach dem vorgenannten Artikel 182 in Verbindung mit Artikel 3 Absatz 5 der Richtlinie die offengelegten Urkunden und Angaben Dritten entgegengesetzt werden und hiermit lediglich diejenigen Dritten gemeint sein können, die trotz dieser Offenlegung von einer abweichenden Annahme ausgegangen sind.

T. F. O'Higgins
Berichterstatter