SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA
vom 8. März 1988 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Der Hoge Raad der Nederlanden hat dem Gerichtshof vier Fragen zu den die Nichtigkeit von Gesellschaften regelnden Vorschriften der Ersten Richtlinie des Rates 68/151/EWG vom 9. März 1968 [1] zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die den Gesellschaften im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, (nachstehend: „Erste Richtlinie") zur Vorabentscheidung vorgelegt.

I — Zusammenfassende Darstellung des der Vorlage zugrunde liegenden Sachverhalts

2. Zur Zeit der Vorgänge, die dem Verfahren vor den staatlichen Gerichten zugrunde liegen, war die Gesellschaft Ubbink Isolatie als in Gründung befindliche Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) unter der Firma „Ubbink Isolatie BV i. o." im niederländischen Handelsregister eingetragen.

3. Dagegen war keine GmbH namens „Ubbink Isolatie BV" im Handelsregister eingetragen. Die Firma Ubbink erfüllte keine der beiden Voraussetzungen — beglaubigte Urkunde und ministerielle Zustimmung —, denen das niederländische Recht die Gründung einer GmbH unterwirft. Sie konnte jedoch Rechtshandlungen als offene Handelsgesellschaft vornehmen.

4. Die Gesellschaft schloß indessen unter der Firma „Ubbink Isolatie BV" (ohne den Vermerk „i. o.", das heißt „in Gründung befindlich") einen Vertrag mit der Firma Dak- en Wandtechniek; sie wurde ferner unter der gleichen Bezeichnung von der letztgenannten Firma vor der Arrondissementsrechtbank Arnheim wegen Vertragsauflösung und vertraglicher Haftung verklagt. Vor diesem Gericht machte Ubbink Isolatie geltend, die GmbH „Ubbink Isolatie BV" sei nichtig, da sie nicht gegründet und nicht als solche ins Handelsregister eingetragen worden sei und somit nicht existiere; die in ihrem Namen vorgenommenen Handlungen seien also rechtlich ungültig.

5. Bevor sich das Gericht den materiellen Streitfragen zuwandte, entschied es, daß, selbst wenn „Ubbink Isolatie BV" nicht gegründet worden oder der Gründungsakt fehlerhaft gewesen sein sollte, hieraus nicht gefolgert werden könne, daß die GmbH „Ubbink Isolatie BV" nicht exitiere; vielmehr bestehe sie so lange, als sie nicht gemäß den niederländischen Rechtsvorschriften (Artikel 181 und 182 des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuchs) aufgelöst oder für nichtig erklärt worden sei.

6. Ubbink Isolatie legte zunächst Berufung beim Gerechtshof Arnheim und später Kassationsbeschwerde beim Hoge Raad ein; dieser war der Auffassung, der genannte Artikel 182 müsse unter Berücksichtigung der Bestimmungen von Abschnitt III der Ersten Richtlinie ausgelegt werden, und befaßte daher den Gerichtshof mit den vier im Sitzungsbericht wiedergegebenen Fragen.

* Aus dem Portugiesischen übersetzt.
1 — ABl. L 65 vom 14. 3. 1968, S. 8.

II — Prüfung der Fragen des Hoge Raad

7. Die vier Fragen des Hoge Raad zielen im wesentlichen darauf ab, ob und inwieweit die Bestimmungen von Abschnitt III der Ersten Richtlinie auf eine in Gründung befindliche Gesellschaft anwendbar sind, die die vom nationalen Recht für die Gründung einer Gesellschaft aufgestellten Voraussetzungen nicht erfüllt.

8. *A* — Die erste Frage des vorlegenden Gerichts ist die entscheidende. Sie geht dahin, ob, wenn im Namen einer GmbH gehandelt wird, die nicht rechtsgültig errichtet wurde, weil sie nicht alle vom nationalen Recht für die Gründung einer solchen Gesellschaft aufgestellten Voraussetzungen erfüllte, die Bestimmungen von Abschnitt III der Ersten Richtlinie zur Folge haben, daß die betroffene „Gesellschaft" so lange als existent gilt, als sie nicht im Rahmen eines zu diesem Zweck eingeleiteten Verfahrens für nichtig erklärt wurde.

9. Sowohl die Kommission als auch die Firma Ubbink sind der Meinung, daß diese Frage zu verneinen sei.

10. Besonders überzeugend erscheint mir die Ansicht der Kommission, wonach die Erste Richtlinie — mit Ausnahme einiger Bestimmungen, namentlich der Artikel 2 Absatz 1 Buchstaben a und d, 7 und 10 — nur auf bereits bestehende rechtsfähige Gesellschaften sowie eventuell auf solche, die im Handelsregister als rechtsfähig eingetragen sind, anwendbar sei.

11. Eine der in solchen Fällen anwendbaren Bestimmungen der Richtlinie sei gerade Artikel 11, der im Interesse von Dritten diejenigen Tatbestände beschränken wolle, die nach den Rechtsordnungen der verschiedenen Staaten zur Nichtigkeit der von der Richtlinie erfaßten Gesellschaften führen könnten.

12. Nach Ansicht der Kommission ist Artikel 11 grundsätzlich nicht auf die Nichtigerklärung einer Gesellschaft anwendbar, solange diese keine Rechtsfähigkeit erlangt habe.

13. Da die Richtlinie keine Bestimmungen darüber enthalte, zu welchem Zeitpunkt die Rechtsfähigkeit erlangt werde, und diese Frage daher nach nationalem Recht zu beantworten sei, müsse die erste Frage des vorlegenden Gerichts notwendigerweise verneint werden.

14. Auch ich bin der Meinung, daß die Frage in diesem Sinne zu beantworten ist.

15. In der Tat steht, wie die Kommission ausführt, fest, daß die Richtlinie die Frage nach dem Erwerb der Rechts- oder der Parteifähigkeit durch die von ihr erfaßten Gesellschaften offenläßt: Diese Frage kann grundsätzlich von den nationalen Rechtsordnungen frei geregelt werden.

16. So machen bestimmte — sogar die meisten — Rechtsordnungen den Erwerb der Rechtsfähigkeit von der Eintragung ins Handelsregister abhängig, während andere eine solche Bedingung nicht vorsehen.

17. Die niederländische Rechtsordnung gehört zur zweiten Gruppe: Sie stellt für die

Errichtung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung (wie derjenigen, die in Portugal „sociedades por quotas" genannt werden) — und von Aktiengesellschaften — zwei Voraussetzungen auf, nämlich die Errichtung durch notarielle Urkunde und die vorbeugende Verwaltungskontrolle in Form der ministeriellen Zustimmung.

18. Man wird sagen können, daß eine solche Regelung — die den Erwerb der Rechtsfähigkeit durch eine Gesellschaft von der Erfüllung der Registerformalitäten trennt — nicht leicht mit dem rechtlichen System der Richtlinie in Einklang zu bringen ist, die der Eintragung ins Register als einem Mittel zum Schutz der Interessen Dritter und zur Gewährleistung der Sicherheit des Rechtsverkehrs, besonders des internationalen Rechtsverkehrs, große Bedeutung beimißt. Zum Beispiel stellt man fest, daß Artikel 11 das Fehlen der Eintragung nicht unter den Fällen aufzählt, in denen die Nichtigkeit ausgesprochen werden kann, was angesichts der Tatsache, daß die Rechtsordnungen der meisten Mitgliedstaaten den Erwerb der Rechtsfähigkeit von der Eintragung ins Register abhängig machen, nur folgerichtig ist.

19. Aus diesen Überlegungen läßt sich jedoch nicht ableiten, daß nationale Rechtsvorschriften, die den Erwerb der Rechtsfähigkeit von vor der Eintragung eingetretenen Tatsachen abhängig machen, mit der Richtlinie unvereinbar wären.

20. Die Richtlinie enthält auch keine materiellen oder verfahrensrechtlichen Bestimmungen über die Voraussetzungen, unter denen eine Gesellschaft vor Erwerb der Rechtsfähigkeit als existent zu gelten hat.

21. Was Artikel 12 angeht, so betrifft er lediglich die Wirkungen einer Nichtigerklärung nach Artikel 11.

22. Unbeschadet der Bestimmungen von Artikel 12 verpflichtet Artikel 11 die nationalen Gesetzgeber nicht dazu, zwischen den verschiedenen Formen der Ungültigkeit (Nichtigkeit, Nichtigerklärung, Nichtexistenz) zu wählen, die sich aus einem der in Absatz 2 aufgezählten Mängel ergeben können. Ebensowenig läßt die Richtlinie auf der Ebene des Prozeßrechts irgendeine Präferenz für dieses oder jenes rechtliche System erkennen, sei es eines, nach dem eine solche Nichtigkeit einredeweise geltend gemacht, sei es eines, nach dem sie nur auf eine Klage hin ausgesprochen werden kann.

23. Die erste Frage des vorlegenden Gerichts kann also ganz offensichtlich nicht bejaht werden: Die Richtlinie enthält keinerlei Angaben darüber, ob eine Gesellschaft, die die Voraussetzungen des nationalen Rechts für eine rechtsgültige Errichtung (beglaubigte Urkunde und vorbeugende Kontrolle) nicht erfüllt, so lange als existent gelten kann, als sie nicht für nichtig erklärt wurde, und ob zur Erwirkung einer solchen Erklärung eine gesonderte Klage zu erheben ist.

24. Es ist Sache der nationalen Rechtsordnungen, diese Fragen zu regeln; die Richtlinie läßt ihnen insoweit weitestgehende Freiheit.

25. Betrachtet man das Problem in diesem Licht, so verliert die Frage — zu der die Kommission ausdrücklich Stellung genommen hat — viel von ihrer Bedeutung, ob die in Artikel 11 enthaltene Beschränkung der Fälle, in denen die Nichtigkeit ausgesprochen werden kann, lediglich rechtsfähige Gesellschaften betrifft oder auch für Gesellschaften gelten kann, die noch keine Rechtsfähigkeit erlangt haben, jedoch bereits insoweit existieren, als sie ihre Tätigkeit aufgenommen haben und als in ihrem Namen gehandelt wurde.

26. Diese Frage wirft das Problem der Nichtigkeit der rechtlich fehlerhaften Gesellschaften auf.

27. Sinn und Aufbau der Richtlinie und einigen ihrer Bestimmungen läßt sich in der Tat, wie mir scheint, entnehmen, daß ihre Verfasser Rahmenvorschriften erlassen und die mitgliedstaatlichen Regelungen der Nichtigkeit rechtsfähiger Gesellschaften oder solcher Gesellschaften die im Handelsregister eingetragen sind, als ob sie rechtsfähig wären, koordinieren wollten (wie wir gesehen haben, machen ja die meisten nationalen Rechtsordnungen den Erwerb der Rechtsfähigkeit von der Eintragung in dieses Register abhängig). Wie wir ferner gesehen haben, spricht gerade der Wortlaut von Artikel 11 für diese Auslegung, die offenbar auch von Artikel 7 bestätigt wird, der einzigen Bestimmung, die ausdrücklich auf Handlungen abzielt, die im Namen einer Gesellschaft vorgenommen wurden, bevor diese Rechtsfähigkeit erlangt hat.

28. Wie dem auch sei, ich glaube nicht, daß dieses Problem im vorliegenden Rechtsstreit entschieden werden muß.

29. Dies trifft nicht nur deswegen zu, weil uns das vorlegende Gericht keine Fragen zu diesem Punkt stellt (insbesondere dazu, ob die etwaigen Gründe für die Nichtigkeit eines Gesellschaftsvertrags vor Erwerb der Rechtsfähigkeit in Artikel 11 erschöpfend aufgezählt sind), sondern auch, weil die Frage für die Entscheidung im Ausgangsrechtsstreit nicht erheblich ist.

30. Erstens ist Ubbink in der Tat im Handelsregister nicht als GmbH, sondern als in Gründung befindliche GmbH eingetragen, für die die Vorschriften über die offenen Handelsgesellschaften gelten[2]. Zweitens werden die beiden Förmlichkeiten, die erfüllt sein müssen, damit eine Gesellschaft als errichtet anzusehen ist, und die vorliegend nicht erfüllt sind — öffentliche Beurkundung und vorbeugende Kontrolle — ausdrücklich unter den Nichtigkeitsgründen nach Artikel 11 (Nr. 2 Buchstabe a) aufgezählt. Von anderen Formalitäten war in dem vorliegenden Rechtsstreit nicht die Rede.

31. *B* — Ändert sich das Ergebnis, zu dem ich für die Beantwortung der ersten Frage gelangt bin, wenn einer der in den drei anderen Fragen des vorlegenden Gerichts bezeichneten Umstände vorliegt?

32. Wie erinnerlich, zielen diese Fragen des Hoge Raad darauf ab, ob es für die Beantwortung der ersten Frage einen Unterschied macht,

— ob der öffentlich beurkundete Errichtungsakt fehlt und/ob die Formalitäten der vorbeugenden Kontrolle nicht beachtet wurden;

— ob eine Organisation von Personen und Sachen existiert, die den äußeren Anschein einer Gesellschaft erweckt, in deren Namen bestimmte Rechtshandlungen vorgenommen wurden;

— ob im Rahmen einer Organisation gehandelt wurde, die eine andere Rechtsform als die in der Richtlinie genannten Gesellschaften hat (z. B. 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 derjenigen einer von der Richtlinie erfaßten Gesellschaft, die noch nicht rechtswirksam errichtet wurde.

2 — Etwaige Unklarheiten, die eine in dieser Weise lautende Eintragung bei Dritten hervorrufen könnte, indem sie diese über die wahre Natur der Gesellschaft irreführt, liegen außerhalb des Rahmens der vom vorlegenden Gericht gestellten Fragen.

33. Was den ersten dieser Punkte betrifft (Vorlagefrage 2), so spielt das Vorliegen oder Nichtvorliegen der dort bezeichneten Sachverhalte für die Beantwortung der Frage 1 keine Rolle, da, wie dies anscheinend im niederländischen Recht der Fall ist, beide dort genannten Bedingungen erfüllt sein müssen, damit eine Gesellschaft als gegründet angesehen werden kann. Anders lägen die Dinge nur, wenn das nationale Recht es für die gültige Errichtung der Gesellschaft genügen ließe, daß *eine* dieser Bedingungen erfüllt ist: In diesem Fall würde die Antwort auf die Frage 1 in gewissem Sinne ihre volle Bedeutung behalten, soweit es um die Rechtsfolgen der Nichterfüllung der für die Errichtung der Gesellschaft geforderten Bedingung geht.

34. Was die beiden anderen Fragen angeht, so hat das vorlegende Gericht bei ihrer Abfassung den konkreten Fall im Auge gehabt, der dem Ausgangsverfahren zugrunde liegt.

35. Zum einen wurden Rechtshandlungen im Namen einer GmbH vorgenommen, die noch nicht rechtswirksam gegründet worden war, da die beiden vom niederländischen Recht geforderten Voraussetzungen nicht erfüllt waren.

36. Es ist Sache des nationalen Rechts, darüber zu befinden, ob und inwieweit dem möglicherweise hierdurch hervorgerufenen Anschein des Vorliegens einer GmbH besondere Bedeutung beizumessen ist; die Richtlinie enthält hierzu keinerlei Hinweise.

37. Da es sich aber um eine in Gründung befindliche Gesellschaft handelte, die noch keine Rechtsfähigkeit erlangt hatte, mußte das nationale Recht sich an Artikel 7 der Richtlinie halten, wonach, wenn „im Namen einer in Gründung befindlichen Gesellschaft gehandelt worden [ist], ehe diese die Rechtsfähigkeit erlangt hat, und ... die Gesellschaft die sich aus diesen Handlungen ergebenden Verpflichtungen nicht [übernimmt], ... die Personen, die gehandelt haben, aus diesen Handlungen unbeschränkt als Gesamtschuldner [haften], sofern nichts anderes vereinbart worden ist". Dies, und nur dies, ist die Forderung, die die Erste Richtlinie zum Schutz der Dritten gegenüber in Gründung befindlichen Gesellschaften aufstellt.

38. Mit anderen Worten, es ist Sache des Rechts eines jeden Mitgliedstaats, zu bestimmen, ob und inwieweit — unabhängig davon, ob eine „in Gründung befindliche" Gesellschaft existiert und über die persönliche Haftung der Handelnden hinaus (Artikel 7 der Richtlinie) — die Tatsache, daß im Namen einer nicht rechtswirksam gegründeten Gesellschaft gehandelt wurde, rechtlich hinreichend gewichtig ist, um zur Nichtigerklärung einer solchen „fehlerhaften Gesellschaft" oder „faktischen Gesellschaft" führen zu können, und insbesondere, ob es hierfür erforderlich ist, daß eine Organisation von Personen und Sachen besteht.

39. Zum anderen geht aus den Akten hervor, daß Ubbink Isolatie ins Handelsregister als „in Gründung befindliche" GmbH eingetragen wurde, die den Vorschriften über die offenen Handelsgesellschaften unterworfen war.

40. Artikel 11 der Richtlinie enthält aber keine besonderen Bestimmungen für den Fall, daß das Recht eines Mitgliedstaats die Eintragung einer zu gründenden Aktiengesellschaft oder GmbH als „in Gründung befindlicher" Gesellschaft gestattet, sie als offene Handelsgesellschaft behandelt und die Frage nach ihrer Nichtigkeit frei regelt.

41. Die Erste Richtlinie gilt nur für die in ihrem Artikel 1 genannten Gesellschaften, zu denen die offenen Handelsgesellschaften nicht gehören; die Regeln über die Errich-

tung und die etwaige Nichtigkeit derartiger Gesellschaften liegen deshalb außerhalb des normativen Rahmens der Richtlinie und fallen in die Zuständigkeit der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten.

42. Entgegen der von Ubbink vertretenen Auffassung glaube ich jedoch, daß Artikel 7 der Richtlinie anwendbar ist, wenn eine offene Handelsgesellschaft aufgrund einer ausdrücklichen Bestimmung des staatlichen Rechts oder der Auslegung einer solchen Bestimmung durch Rechtslehre oder Rechtsprechung als in Gründung befindliche Gesellschaft eines von der Richtlinie erfaßten Typs anzusehen ist. Anderenfalls würde der von diesem Artikel bezweckte Schutz der Interessen Dritter verfehlt, indem ein solches Gebilde im Wege der rechtlichen Fiktion als offene Handelsgesellschaft angesehen würde. Dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber steht es also nicht frei, die Haftung solcher Gesellschaften nach seinem Belieben zu regeln (z. B. in der Weise, daß er sie ausschließlich den Geschäftsführern oder den Gesellschaftern auferlegte); er muß sie vielmehr denjenigen Personen auferlegen, die für die Gesellschaft gehandelt haben.

III — Ergebnis

43. Nach alledem schlage ich Ihnen vor, die Fragen des Hoge Raad wie folgt zu beantworten:

„1) Es ist Sache eines jeden Mitgliedstaats, Vorschriften über die etwaige Nichtigkeit von in Gründung befindlichen Gesellschaften eines Typs zu erlassen, der von Artikel 1 der Ersten Richtlinie des Rates vom 9. Juni 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, erfaßt wird; diese Vorschriften müssen jedoch in Einklang mit Artikel 7 der Richtlinie stehen. Den Bestimmungen von Abschnitt III der Ersten Richtlinie läßt sich daher nicht entnehmen, daß eine in Gründung befindliche GmbH, die die Voraussetzungen des nationalen Rechts für die Errichtung einer Gesellschaft nicht erfüllt, in deren Namen jedoch bestimmte Rechtshandlungen vorgenommen wurden, so lange als existent anzusehen wäre, als sie nicht in einem zu diesem Zweck eingeleiteten Verfahren für nichtig erklärt wurde.

2) Die Antwort auf die erste Frage bleibt auch dann unverändert, wenn irgendeiner der in der zweiten, dritten oder vierten Frage des vorlegenden Gerichts bezeichneten Umstände vorliegt."