

Eine niederländische Handelsgesellschaft zieht nach Deutschland – Anerkennungspflicht, Herausforderungen und Lösungsansätze

Priscilla Mathey-Bal^{} und Hannah Katharina Müller^{**}*

A. Problemstellung und Hintergrund	18
B. Die Staatsangehörigkeit einer Personengesellschaft.....	19
I. Einführung: Die Gründungstheorie und die Sitztheorie	19
II. Die VOF zieht nach Deutschland	20
1. Deutsches IPR: Sitztheorie	21
2. Niederländisches IPR: Gründungstheorie	22
3. Lösung des Gerichtshofes der Europäischen Union: Anerkennung.....	23
C. Merkmale einer <i>vennootschap</i> oder <i>firma</i> (VOF) im Vergleich zur offenen Handelsgesellschaft (OHG).....	25
I. Das anwendbare Recht.....	25
II. Gründungsvoraussetzungen	26
1. Vertrag zur Zusammenarbeit	26
2. Streben nach vermögenswerten Vorteil	26
3. Jeder Gesellschafter beteiligt sich.....	27
4. Es wird ein Betrieb ausgeübt	27
5. Firma.....	28
III. Rechtspersönlichkeit/Rechtsfähigkeit.....	29
1. Die VOF ist nicht selbstständiger Träger von Rechten und Pflichten	29
2. Die gemeinschaftlichen Gesellschafter der VOF sind Träger von Rechten und Pflichten.....	29
3. Die OHG ist rechtsfähig	30
IV. Prozessfähigkeit	30
V. Verwaltung und Vertretung	31
1. <i>Vennootschap</i> oder <i>firma</i>	31
2. Offene Handelsgesellschaft	32
3. Art. 12 EGBGB/Art. 13 Rom I-VO.....	32
VI. Haftung.....	33
VII. Umstrukturierung.....	34
1. Umwandlung	34
2. Wechsel der Gesellschafter.....	34
VIII. Die Auflösung der Gesellschaft.....	35
IX. Insolvenz der Gesellschaft	36
D. Zusammenfassung und Schlussfolgerung	36

^{*} P.P.D. Mathey-Bal, LL.M., ist Doktorandin und Dozentin am Lehrstuhl Unternehmensrecht der Universität Groningen.

^{**} H.K. Müller, LL.M., ist Doktorandin am Centre of Energy Law der Universität Groningen. Die Autoren danken Sarah Knoblich, LL.M., für ihre wertvollen Anregungen. E-Mail: H.K.Muller@rug.nl.

A. Problemstellung und Hintergrund

Wenn eine niederländische Handelsgesellschaft, beispielsweise eine *vennootschap onder firma* (VOF), beschließt, unter Beibehaltung der Rechtsform ihren tatsächlichen Sitz nach Deutschland zu verlegen, können einige juristische Schwierigkeiten entstehen. Trotz der unterschiedlichen Regelungen bezüglich der Vertretungsbefugnis und Haftung, müssen deutsche Gerichte diese ausländische Gesellschaftsform größtenteils anerkennen. Da ein Vertragspartner, der mit einer in Deutschland niedergelassenen Firma Geschäfte macht, in der Regel nicht von einer ausländischen Rechtsform ausgeht, kann dies zu Rechtsunsicherheit führen. Dieser Artikel zeigt die wichtigsten Unterschiede der VOF im Vergleich zur deutschen offenen Handelsgesellschaft auf und analysiert, in wieweit die VOF Deutschland anerkannt werden muss.

Die niederländische *vennootschap onder firma* und die deutsche offene Handelsgesellschaft (OHG) folgen einer langen Tradition. Beide reichen zurück in die Zeit des römischen Rechts, in welcher der Begriff *societas* unter anderem für eine Gesellschaft im Sinne eines Übereinkommens zwischen zwei oder mehr Parteien zur Zusammenarbeit stand. Die römisch-rechtliche *societas* war ursprünglich eine reine Innengesellschaft. Aufgrund der praktischen Anforderungen wurde im Laufe der Zeit von dieser Interpretation abgewichen.¹ Unter anderem forderte der Handelsverkehr eine weitgehendere, gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter.² So entwickelte sich diese Innengesellschaft zu einer echten Handelsgesellschaft. Die ersten Handelsgesellschaften in dieser Form kamen, soweit bekannt, im 13. Jahrhundert in norditalienischen den Handelsstädten vor, als sog. *compagnia*.³ Die älteste deutsche OHG, von der noch ein Gesellschaftsvertrag erhalten ist, war die OHG von Fugger in Augsburg.⁴ In den Niederlanden ist unter anderem das bekannte Kaufhaus *De Bijenkorf* 1870 aus einer VOF entstanden.⁵

Das Besondere an der niederländischen *vennootschap onder firma* ist, dass die rechtlichen Bestimmungen, durch welche die VOF zusammen mit der *maatschap* (Gesellschaft) und der *commanditaire vennootschap* (Kommandithandelsgesellschaft) eine gesetzliche Grundlage bekam, seit 1838 kaum verändert wurden. Es gab zwar einige Versuche zur Überarbeitung, wobei der 2011 zurückgezogene Gesetzesvorschlag das aktuellste Beispiel darstellt, mit dem die *openbare personenvennootschap* (offene Personengesellschaft) Rechtspersönlichkeit erhalten sollte. Diese Änderungsversuche sind jedoch stets gescheitert. Dies bedeutet in der Konsequenz, dass die entsprechenden Regelungen der niederländischen Rechtsordnung beinahe zwei Jahrhunderte alt sind. Im Laufe der Jahre wurde die VOF durch Rechtsprechung und Literatur weiterentwickelt. Somit ist das niederländische Gesellschaftsrecht auch für den niederländischen Juristen häufig schwer durchschauen. Einem ausländischen Juristen, in diesem Falle einem deutschen Juristen, dürfte es noch mehr Schwierigkeiten bereiten, die rechtlichen Befugnisse der VOF zu verstehen. Um die Be-

¹ Mehr, Ralph, *Societas und universitas* (Böhlau Verlag, Köln Weimar Wien, 2008), 5.

² Asser, Carel und Maeijer, Josephus, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het nederlands burgerlijk recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Maatschap, Vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap* (W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1995), Rn. 5.

³ Dillemans, Roger; Geens, Koen und Wyckaert, Marieke, *Beginselen van belgisch privaatrecht IV. Verenigingen en vennootschappen, II De vennootschap, A. Algemeen Deel* (Kluwer, Mechelen, 2011), Rn. 421; Windbichler, Christine, *Gesellschaftsrecht* (Beck, München, 2009), 103.

⁴ Dillemans; Geens und Wyckaert (Fn. 3), Rn. 421; Windbichler (Fn. 3), 103.

⁵ Siehe auch Mathey-Bal, Priscilla, 'De personenvennootschap als (ongewilde) constante', in: M. Kroeze (Hrsg.), *Piet Sanders. Een honderdjarige vernieuwer* (Boom juridische uitgevers, Den Haag, 2012), 51.

kantheit der VOF und damit auch die Rechtssicherheit zu vergrößern, gibt dieser Artikel eine Übersicht über die wichtigsten Merkmale der niederländischen *vennootschap onder firma*. Zur Veranschaulichung werden diese mit den wichtigsten Merkmalen der deutschen OHG verglichen.

Im zweiten Teil werden zuerst einige schwierige Fragestellungen aufgezeigt, die entstehen können, wenn eine VOF Tätigkeiten im Ausland aufnimmt. Anschließend wird untersucht, welches Recht nach dem deutschen Internationalen Privatrecht (IPR) und welches Recht nach dem niederländischen IPR Anwendung finden würde, wenn eine VOF ihren tatsächlichen Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt, ihre Rechtsform jedoch beibehalten möchte. Es wird deutlich, dass diese Frage nach deutschem und niederländischem IPR unterschiedlich beantwortet wird. Diesbezüglich hat der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) einen Lösungsansatz für dieses Problem entwickelt, welcher im weiteren Verlauf des Artikels besprochen wird. Im dritten Teil werden schließlich einige wichtige Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen der VOF und der OHG aufgezeigt. Dies betrifft unter anderem die Gründungsvoraussetzungen, den Umfang der Rechtspersönlichkeit, die Vertretungsbefugnis, die (Un-)Möglichkeit von Restrukturierungen und schließlich auch die Auflösung der Personengesellschaft.

B. Die Staatsangehörigkeit einer Personengesellschaft

I. Einführung: Die Gründungstheorie und die Sitztheorie

Nationale Gesellschaften⁶ existieren kraft unterschiedlicher nationaler Gesetzgebung, welche die Gründungs- und Ausführungsvoraussetzungen bestimmen. Die Staatsangehörigkeit der Gesellschaften bestimmt sich somit nach dem jeweiligen nationalen Gesellschaftsrecht. Hier kann die Zugehörigkeit entweder nach dem Recht des Staates bestimmt werden, nach dessen Recht die Gesellschaft gegründet wurde (Gründungstheorie) oder aber nach dem Recht des Staates, in dem die Gesellschaft ihren tatsächlichen Sitz hat (Sitztheorie). Der Gerichtshof der EU hat in *Daily Mail and General Trust PLC* bestätigt, dass der satzungsmäßige Sitz, die Hauptverwaltung und die Hauptniederlassung einer Gesellschaft als Anknüpfung gleich geachtet werden. Somit sind die jeweiligen Mitgliedstaaten frei in ihrer Entscheidung, welchen Anknüpfungspunkt sie wählen, um eine Gesellschaft als nationale Gesellschaft zu qualifizieren.⁷ Bei grenzüberschreitenden Rechtsverhältnissen ist die Frage, welcher Anknüpfungspunkt gilt, mit Hilfe des nationalen internationalen Privatrechts (IPR) der *lex fori* zu beantworten, welches das anwendbare Recht für Sachverhalte mit Auslandsberührung bestimmt. Im IPR können andere Interpretationen und Begriffen verwendet

⁶ Art. 54 VWEU geht von einem weiten Begriff der Gesellschaft aus, der unter anderem Personengesellschaften wie die VOF und die OHG umfasst. Siehe z.B. Van der Sangen, Ger, ‚Grenzeloze mobiliteit van ondernemingen na het Sevic-arrest‘, *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur (TOB)* 2006, 182; Vossestein, Gert-Jan, ‚Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting van vennootschappen‘, *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht (NTER)* 2009, 189; Teichmann, Christoph, ‚Gesellschaftsrecht im System der Europäischen Niederlassungsfreiheit‘, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR)* 2011, 659; Teichmann, Christoph, ‚Cartesio: Die Freiheit zum formwechselnden Wegzug‘, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZIP)* 2009, 393.

⁷ EuGH C-81/87 (*Daily Mail and General Trust PLC*), Nr. 19; Eberhard, Jochen, ‚Grenzüberschreitende Gesellschaften und hybride Rechtsformen‘, in: Müller, Wolf; Hoffmann, Wolf-Dieter (Hrsg.), *Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften. Gesellschaftsrecht. Steuerrecht* (Verlag C.H. Beck, München, 2009), 1609

werden als im materiellen nationalen Recht.⁸ Eine Personengesellschaft weist die Staatsangehörigkeit des jeweiligen Mitgliedstaates auf, mit dem sie den erforderlichen Anknüpfungspunkt teilt. Bezüglich des Anknüpfungspunktes kann somit grob zwischen den folgenden zwei Theorien unterschieden werden.⁹

- a. Nach der Gründungstheorie wird die Gesellschaft durch das Recht desjenigen Staates bestimmt, in dem sie gegründet wurde. In diesem Land hat die Gesellschaft ihren offiziellen, satzungsmäßigen Sitz („*formalistic seat*“). Dieser Ansatz wird unter anderem in den Niederlanden, England und Irland angewendet.
- b. Der „Theorie des tatsächlichen Geschäftssitzes“ (Sitztheorie) zufolge, ist das Recht des Landes maßgeblich, in dem die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz hat. Der tatsächliche Verwaltungssitz ist der „Ort, an dem sich das gesellschaftliche Handeln konzentriert“¹⁰ oder aber der Ort, an dem sich die Hauptverwaltung oder der Hauptsitz befinden. Eine Gesellschaft unterliegt nach dieser Theorie also dem Recht des Landes, auf dessen Hoheitsgebiet sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz hat.¹¹ Dieser Theorie wird unter anderem in Deutschland, Belgien und Frankreich gefolgt.

Wenn eine Gesellschaft nun ihren tatsächlichen Verwaltungssitz ins Ausland verlegt, können hierdurch juristische Probleme entstehen. Wenn die beiden Staaten unterschiedliche Theorien anwenden, kann es vorkommen, dass eine Gesellschaft einen Anknüpfungspunkt mit mehreren Rechtsordnungen aufweist. Dies ist etwa der Fall, wenn eine Personengesellschaft ihren tatsächlichen Sitz aus einem Land, welches die Gründungstheorie anwendet, in ein Land verlegt, welches die Sitztheorie anwendet, wie zum Beispiel aus den Niederlanden nach Deutschland. Die hierdurch entstehenden juristischen Herausforderungen werden im Folgenden behandelt.

II. Die VOF zieht nach Deutschland

Eine niederländische *vennootschap onder firma* kann sich dazu entschließen, ins Ausland zu expandieren. Denkbar ist, dass der in Nieuweschan (Niederlande) ansässige, als VOF eingetragener Fahrradhändler „De Snelle Fiets“ eine Zweigniederlassung auf der anderen Seite der Grenze, in Leer (Deutschland) eröffnen möchte. Der EuGH hat bereits in *Centros* geurteilt, dass Gesellschaften das Recht haben, „ihre Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat durch eine Agentur oder eine Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft auszuüben“.¹² Hierbei dienen der satzungsmäßige Sitz, die Hauptverwaltung oder die Hauptniederlassung dazu, die Zugehörigkeit der Gesellschaft zur Rechtsordnung eines Mitgliedstaats zu bestimmen.¹³ Die Autoritäten im Mitgliedstaat B dürfen also die Eintragung der Zweigniederlassung einer Gesellschaft, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat, nicht

⁸ Korom, Veronika und Metzinger, Peter, ‘Freedom of Establishment for Companies: the European Court of Justice confirms and refines its *Daily Mail* Decision in the *Cartesio* Case C-210/06’, *European Company and Financial Law Review (ECFR)* 2009, 139.

⁹ Korom und Metzinger (Fn. 8), 136.

¹⁰ Diephuis, J.H., ‘Erkenning van vreemde vennootschappen en rechtspersonen’, in: Diephuis J.H. und Timmermans, Christiaan (Hrsg.), *Erkenning van vreemde vennootschappen en rechtspersonen, preadvies Nederlandse vereniging voor internationaal recht* (Kluwer, Deventer, 1980), 10.

¹¹ EuGH C-81/87 (*Daily Mail and General Trust PLC*), Nr. 24.

¹² EuGH C-212/97 (*Centros Ltd/Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*), Nr. 20.

¹³ EuGH C-212/97 (*Centros Ltd/Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*), Nr. 20.

verweigern, da dies die Ausübung der Niederlassungsfreiheit beschränken würde.¹⁴ Nach der Auffassung des Gerichtshofes in *Inspire Art* darf der Aufnahmemitgliedstaat die Errichtung einer Zweigniederlassung auch nicht von bestimmten Voraussetzungen abhängig machen, die im innerstaatlichen Recht für die Gründung von Gesellschaften gelten.¹⁵ Die Verweigerung einer Eintragung oder das Aufstellen weiterer Voraussetzungen an eine Zweigniederlassung verletzt somit der Niederlassungsfreiheit.

Wenn die Gesellschafter in dem oben genannten Beispiel nun feststellen, dass die Geschäfte in Deutschland deutlich besser laufen als in den Niederlanden, könnten sie sich dazu entschließen, die niederländische Geschäftsstelle aufzulösen und sich, weiterhin als niederländische VOF, vollständig auf die Geschäfte in Deutschland zu konzentrieren. Die in *Centros*¹⁶ und *Inspire Art*¹⁷ entwickelte Rechtsprechung des EuGH, der zufolge die Verweigerung einer Eintragung oder das Stellen zusätzlicher Anforderungen im Widerspruch zur Niederlassungsfreiheit steht, gilt auch in dem Fall, wenn eine rechtmäßig gegründete Gesellschaft ihre Tätigkeiten ausschließlich oder nahezu ausschließlich im Zielland verrichtet.¹⁸ Problematisch in diesem Beispiel ist nun, dass damit auch der tatsächliche Sitz nach Deutschland verlegt wird. Hierdurch erhält die Gesellschaft auch einen Anknüpfungspunkt mit dem Zielland. Das Internationale Privatrecht, das *in casu* regelt, welches Recht zur Anwendung kommt, ist Teil des jeweiligen nationalen Rechts. Wie im Folgenden verdeutlicht wird, kommen in manchen Fällen die jeweiligen Rechtsordnungen zu unterschiedlichen Ergebnissen: nach deutschem IPR ist nun deutsches Recht anwendbar, während nach niederländischem IPR das niederländische Recht weiterhin anwendbar bleibt. Die Rechtsprechung bezüglich der Niederlassungsfreiheit bietet jedoch eine Lösung für diesen Widerspruch.

1. Deutsches IPR: Sitztheorie

Die deutschen IPR-Regelungen finden sich hauptsächlich im zweiten Kapitel des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB) sowie in spezialgesetzlichen Regelungen. Daneben wird es durch die europäischen Rom I-, II- und III-Verordnungen bestimmt, und wurde durch die Rechtsprechung weiterentwickelt. Das geschriebene IPR bietet für die Frage, welches Recht im oben genannten Fall anwendbar wäre, keine Lösung. In Rechtsprechung und Literatur wird jedoch vorgeschlagen, in solchen Fällen die Lehre der Sitztheorie anzuwenden.¹⁹ Wie oben erläutert, kommt damit das Recht des Landes zur Anwendung, in dem die (Haupt-)Verwaltung der Gesellschaft ansässig ist.²⁰ Aufgrund der

¹⁴ Dies gilt nur, solange es keinen Rechtfertigungsgrund für die Verweigerung gibt. Siehe EuGH C-212/97 (*Centros Ltd/Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*), Nr. 21-22.

¹⁵ EuGH C-16 7/01 (*Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/Inspire Art Ltd*), Nr. 105.

¹⁶ EuGH C-212/97 (*Centros Ltd/Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*), Nr. 20, 26, 30.

¹⁷ EuGH C-167/01 (*Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/Inspire Art Ltd*), Nr. 100.

¹⁸ EuGH C-167/01 (*Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/Inspire Art Ltd*), Nr. 101.

¹⁹ Birk, Rolf, in: Säcker, Franz und Rixecker, Roland (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB Bd. 10*, 5. Aufl. (Verlag C.H. Beck, München, 2010), Art. 7 EGBGB, Rn. 2. Vgl. Hopt, Klaus, in: Hopt, Klaus; Merkt, Hanno; Roth, Markus und Baumbach, Adolf (Hrsg.), *Beck'sche Kurz-Kommentare Handelsgesetzbuch*, 35. Aufl. (Verlag C.H. Beck, München, 2012), § 106 HGB, Rn. 8 ff.; BGH NJW 2011, 3372; BGHZ Az II ZR 158/06 (*Trabrennbahn*).

²⁰ Referentenentwurf für ein Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen vom 7. Januar 2008, p. 5; Bellingwout, Jacob, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen* (Kluwer, Deventer, 1996), 162.

nach herrschender Meinung geltenden Einheitslehre, ist auf eine Gesellschaft nur eine Rechtsordnung anwendbar. Das geltende Recht bestimmt auch den Umfang und die Folgen der Rechtsfähigkeit.²¹ Der am 7. Januar 2008 eingereichte *Entwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen* ist bisher noch nicht umgesetzt worden.²² Ziel des Entwurfs war es unter anderem, für alle privatrechtlichen Gesellschaften, Vereinigungen und Rechtspersonen (demnach auch Personengesellschaften) die Sitztheorie durch die Gründungstheorie zu ersetzen.²³ Nach dem Widerstand der Gewerkschaften ist es eher unwahrscheinlich, dass dieser Entwurf noch angenommen wird.²⁴ Der Bundesgerichtshof (BGH) hält ebenfalls an der Sitztheorie fest.²⁵ So wie oben beschrieben, wurde der tatsächliche Sitz von „*De Snelle Fiets*“ nach Deutschland verlegt. Das deutsche IPR erklärt demnach das deutsche Recht für anwendbar.

2. Niederländisches IPR: Gründungstheorie

Das niederländische internationale Gesellschaftsrecht, welches auch auf die VOF und ihr ähnliche ausländische Rechtsformen anwendbar ist²⁶, ist seit dem 1. Januar 2012 im Titel 8 vom 10. Buch des *Burgerlijk Wetboek* (BW) geregelt.²⁷ Nach niederländischem IPR ist das jeweilige Recht auf eine Gesellschaft anwendbar, in dem die Gesellschaft rechtmäßig gegründet wurde. In diesem Land liegt der für das IPR relevante Sitz der Firma (Art. 10:118 BW). Dementsprechend wenden die Niederlande die Gründungstheorie an. In welchem Land eine Gesellschaft gegründet ist, wird aus den folgenden Umständen abgeleitet:

- Der Sitz wird im Gründungsvertrag oder im Gesellschaftsvertrag festgelegt. Als Sitz im Sinne des niederländischen internationalen Gesellschaftsrechts gilt ausschließlich der Sitz, der nach dem Gründungsrecht als Sitz angegeben werden *must* (satzungsmäßiger Sitz).²⁸ Nicht jeder Ortsname, der in einer Urkunde vorkommt, kann daher der Sitz sein,

²¹ Für eine Übersicht der unterschiedlichen Ansichten siehe die Entscheidung des BGHs, in dem der Gerichtshof hinsichtlich *Überseering* eine präjudizielle Frage gestellt hat: BGHZ Az VII ZR 370/98S. In dieser Entscheidung spricht sich der BGH für die Einheitslehre aus, da ein anderer Ansatz zu Rechtsunsicherheit führen würde. Siehe auch Rammeloo, Stephan, *Corporations in private international law. A European perspective* (University Press, Oxford, 2001), 176, 185; Spahlinger, Andreas, ‚B. Deutsches Internationales Gesellschaftsrecht‘, in: Spahlinger, Andreas und Wegen, Gerhard (Hrsg.), *Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis* (Verlag C.H. Beck, München, 2005), Rn. 21-28.; Lang, Matthias, in: Ziemons, Hildegard und Jaeger, Carsten (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar GmbHG*, 15. Aufl. (Verlag C.H. Beck, München, 2012), Systematische Darstellungen Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 103.

²² Ege, Reinhard und Klett, Sabine, ‚Praxisfragen der grenzüberschreitenden Mobilität von Gesellschaften‘, *Deutsches Steuerrecht (DStR)* 2012, 2442; Rauscher, Thomas und Loose, Sven, ‚Schwerpunktbereich: Kapitalgesellschaften in der Bearbeitung auslandsrechtlicher Fälle‘, *Juristische Schulung (JuS)* 2013, 683.

²³ Referentenentwurf für ein Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen vom 7. Januar 2008, p. 9 und 10.

²⁴ Wöhlert, Helge-Torsten, ‚Umzug von Gesellschaften innerhalb Europas – Eine systematische Darstellung unter Auswertung der Entscheidungen „Cartesio“ und „Trabrennbahn“‘, *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (GWR)* 2009, 161.

²⁵ Siehe etwa. BGHZ AZ II ZR158/06 (Trabrennbahn), DStR 2009, 59.

²⁶ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 137, nr. 3, p. 67; *Kamerstukken II* 1994/95, 24 141, nr. 3, p. 2; Vlas, Paul, in: Huizink, Jan Bernd (Hrsg.), *Groene Serie Rechtspersonen*, (Kluwer, Deventer, 2013), Art. 10:117 Burgerlijk Wetboek, aant. 2.

²⁷ Hiervor war dies für Gesellschaften unter anderem im *Wet conflictenrecht corporaties* (WCC) geregelt. Mit der Verlegung nach Buch 10 BW wurde jedoch keine grundsätzliche Überarbeitung beabsichtigt; viele Regelungen wurden wörtlich übernommen. Deshalb gilt vieles, was für das WCC galt, noch stets. Siehe *Kamerstukken II* 2009/10, 32 137, nr. 3, p. 2, 67.

²⁸ *Kamerstukken II* 1994/95, 24 141, nr. 3, p. 16; Bellingwout (Fn. 20), 46.

welcher das anwendbare Recht bestimmt. Unter diese Gründungsverträge fällt auch der Gründungsvertrag einer *vennootschap onder firma*, der formlos – also auch mündlich – geschlossen werden kann, unabhängig davon, ob dieser auch in einer Urkunde niedergeschrieben wurde.²⁹

- Sollte der Sitz aus dem Gründungsvertrag nicht hervorgehen, was bei Personengesellschaften häufig vorkommt, ist der Ort entscheidend, der zur Zeit der Gründung den Mittelpunkt der Geschäfte darstellt. Der Begriff „*centrum*“ verdeutlicht, dass es nicht um eine willkürliche Niederlassung geht, von der aus die Gesellschaft auch nach außen auftritt.³⁰ Da der Zeitpunkt der Gründung ausschlaggebend ist, hat eine spätere Verlegung des Sitzes bzw. des *Centrums* ins Ausland für das anwendbare Recht grundsätzlich keine Auswirkungen.³¹

Aufgrund des niederländischen IPR ist die nach niederländischem Recht gegründete „*De Snelle Fiets*“ eine niederländische Gesellschaft. Selbst wenn sie in ihrem Gesellschaftsvertrag (*vennootschapsovereenkomst*) keinen Sitz erwähnt hat, hatte sie jedenfalls ihr Zentrum des Auftretens zur Zeit der Gründung in den Niederlanden. Die Verlegung des tatsächlichen Sitzes hat für ihre Staatsangehörigkeit keine Folgen: die VOF wird weiterhin durch niederländisches Recht beherrscht. Somit ist das niederländische Recht aufgrund von Art. 10:199 BW auch ausschlaggebend für die Frage, welche Befugnisse „*De Snelle Fiets*“ hat und welche Rechtshandlungen sie durchführen darf. Auch hinsichtlich der Frage, wer Gesellschafter werden kann³², hinsichtlich der Vertretungsbefugnis, der Haftung der Gesellschafter und bezüglich der Beendigung der Gesellschaft ist das niederländische Recht ausschlaggebend.

3. Lösung des Gerichtshofes der Europäischen Union: Anerkennung

Sowie beschrieben, bringt die Verlegung des tatsächlichen Sitzes einer niederländischen Gesellschaft nach Deutschland aus niederländischer Sicht (Gründungslehre) keine Änderungen des anwendbaren Rechts mit sich. Aus deutscher Sicht (Sitztheorie) hingegen schon. Im Fall *Überseering* beschäftigte sich der EuGH mit der Frage, ob eine Gesellschaft tatsächlich und ohne praktische Nachteile den Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegen kann. In diesem Kontext urteilte der EuGH:³³

Unter diesen Umständen stellt es eine mit den Artikeln 43 EG und 48 EG grundsätzlich nicht vereinbare Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, wenn ein Mitgliedstaat sich u. a. deshalb weigert, die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründet worden ist und dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat, anzuerkennen, weil die Gesellschaft im Anschluss an den Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile durch in seinem Hoheitsgebiet wohnende eigene Staatsangehörige, ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in sein Hoheitsgebiet verlegt haben soll, mit der Folge, dass die Gesellschaft im Aufnahmemitgliedstaat nicht zu dem Zweck parteifähig ist, ihre Ansprüche

²⁹ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 137, nr. 3, p. 68; *Kamerstukken II* 1994/95, 24 141, nr. 3, p. 16.

³⁰ *Kamerstukken II* 1994/95, 24 141, nr. 3, p. 16.

³¹ Vlas, Paul, *Rechtspersonen. Praktijkreeks IPR Deel 9*, (Maklu, Apeldoorn/Antwerpen, 2009), 40; Bellingwout (Fn. 20), 50.

³² *Kamerstukken II* 1994/95, 24 141, nr. 3, p. 19.

³³ EuGH C-208/00 (*Überseering BV/Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*), Nr. 82, 95.

aus einem Vertrag geltend zu machen, es sei denn, dass sie sich nach dem Recht dieses Aufnahmestaats neu gründet.³⁴

[D]ass in dem Fall, dass eine Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaats gegründet worden ist, in dessen Hoheitsgebiet sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat, in einem anderen Mitgliedstaat von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch macht, dieser andere Mitgliedstaat nach den Artikeln 43 EG und 48 EG verpflichtet ist, die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit zu achten, die diese Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaats besitzt.³⁵

Wenn eine Gesellschaft nun von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch macht und ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat B verlegt, ohne dabei den Anknüpfungspunkt mit dem Mitgliedstaat A zu verlieren, nach dessen Recht sie gegründet wurde, bleibt sie eine Gesellschaft nach dem Recht von Mitgliedstaat A. Dementsprechend muss Mitgliedstaat B die Gesellschaft als Gesellschaft, gegründet nach dem Recht des Gründungsstaates, anerkennen. Es muss sowohl die Rechtsfähigkeit als auch die daraus folgende Prozessfähigkeit anerkannt werden.³⁶ Hier wird argumentiert, dass Überseering somit eine IPR-Regelung beinhaltet.³⁷ Die Anerkennung einer Gesellschaft muss daher im Lichte der oben erwähnten Einheitslehre gesehen werden: auf eine Gesellschaft ist nur ein Recht anwendbar, so dass das anwendbare Recht auch die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bestimmt.³⁸ Rechtsfähigkeit ist die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein.³⁹ Das anwendbare Recht bestimmt somit nicht nur, ob die Gesellschaft überhaupt Träger von Rechten und Pflichten sein kann (allgemeine Rechtsfähigkeit), sondern auch den Umfang der Rechtsfähigkeit hinsichtlich speziellerer Fragen (besondere Rechtsfähigkeit).⁴⁰ Hierzu gehört zum Beispiel die Fähigkeit, anderen Gesellschaften beizutreten oder als Prozesspartei aufzutreten. Der Aufnahmemitgliedstaat muss die besondere Rechtsfähigkeit der ausländischen Gesellschaft anerkennen.⁴¹

Nach Ansicht von Leible und Hoffmann gilt das Urteil *Überseering* jedoch *nicht* für Personengesellschaften, weil in der englischen Übersetzung das Wort „company“ verwendet wird. Somit sei das Urteil beschränkt auf Kapitalgesellschaften.⁴² Auch die Tatsache, dass

³⁴ Art. 43 und 48 des ehemaligen EU-Vertrags sind nun zu finden in Art. 49 und 54 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). EuGH C-208/00 (*Überseering BV/Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*), Nr. 82.

³⁵ EuGH C-208/00 (*Überseering BV/Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*), Nr. 95.

³⁶ EuGH C-208/00 (*Überseering BV/Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*), Nr. 82. Wenn der eigene Mitgliedstaat die Sitztheorie anwendet, verliert eine Gesellschaft, die ihren tatsächlichen Sitz verlegt, den Anknüpfungspunkt mit ihrem Mitgliedsstaat. Demnach ist sie dann nicht mehr eine Gesellschaft nach dem Rechts des Gründungsstaates. Dies steht nicht im Widerspruch mit der Niederlassungsfreiheit, siehe EuGH C-210/06 (*Cartesio*), Nr. 110.

³⁷ Sonnenberger, Hans, in: Säcker, Franz und Rixecker, Roland (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB Bd. 10*, 5. Aufl. (Verlag C.H. Beck, München, 2010), Erster Teil, Zweites Kapitel, Einleitung, Rn. 140, 154. Diese Auslegung ist jedoch umstritten. Siehe hierzu etwa Schanze, Erich, in: Joerges, Christian und Pinkel, Tobias (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsdenken ohne Privatrecht – Europäisches Privatrecht ohne Demokratie?* (ZERP Diskussionspapier 1/2011).

³⁸ Pathe, Ilmo, in: Gummert, Hans, *Münchener Anwalts Handbuch Personengesellschaftsrecht*, 1. Aufl. (Verlag C.H. Beck, München, 2005), § 14, Rn. 3.

³⁹ Pitlo, Adriaan und Löwensteijn, Frederik, *Het rechtspersonenrecht* (Gouda Quint, Arnhem, 1986), 33.

⁴⁰ Eberhard (Fn. 7), 1596.

⁴¹ Eberhard (Fn. 7), 1591-1634.

⁴² Leible, Stefan und Hoffmann, Jochen, ‚Cartesio – fortgeltende Sitztheorie, grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot materiellrechtlicher Wegzugsbeschränkungen‘, *Betriebs-Berater (BB)* 2009, 58.

in dem späteren Urteil *Cartesio*⁴³ das Wort „company“ auf eine „*betéti társaság*“, eine tschechische Gesellschaftsform *ohne* Rechtspersönlichkeit⁴⁴ angewendet wurde, änderte ihre Meinung nicht. Sie argumentieren, dass der Gerichtshof hier eine Ausnahme für Kommanditgesellschaften machen wollte. Teichmann bestreitet diese Auffassung; in anderen Übersetzungen wird nämlich der weiter gefasste Begriff „Gesellschaft“ gebraucht. Außerdem sei für den autonomen Europäischen Gesellschaftsbegriff nicht die Rechtsform entscheidend, sondern das Streben nach Gewinn durch eine selbstständige Organisation.⁴⁵ Die meisten Autoren nehmen daher den gleichen Standpunkt ein wie Teichmann und gehen davon aus, dass *Überseering* auch auf Personengesellschaften anwendbar ist.⁴⁶ Die Verfasser dieses Artikels schließen sich der letzteren Auffassung an; die Niederlassungsfreiheit gilt immerhin nach Art. 54 AEUV gleichermaßen für Personengesellschaften. Hätte der Gerichtshof einen Unterschied machen wollen, hätte er dies wahrscheinlich explizit(er) formuliert.

In dem oben genannten Beispiel muss Deutschland somit die Rechtsfähigkeit der VOF „*De Snelle Fiets*“ in dem Maße anerkennen, wie diese nach niederländischem Recht gilt. Dies gilt, solange es keinen Rechtfertigungsgrund dafür gibt, diese Anerkennung zu beschränken.

C. Merkmale einer *vennootschap* oder *firma* (VOF) im Vergleich zur offenen Handelsgesellschaft (OHG)

I. Das anwendbare Recht

Die VOF weist ebenso wie die OHG eine mehrschichtige Struktur auf. Sie wird in den Artikeln 15 ff. des *Wetboek van Koophandel* geregelt (WvK, zu vergleichen mit dem Handelsgesetzbuch). Art. 16 WvK bestimmt, dass die VOF eine Gesellschaft zur Ausübung eines Betriebes unter einem gemeinschaftlichen Namen ist. Die VOF ist daher eine qualifizierte Form der Gesellschaft und somit sind auf die VOF auch die Regelungen über Gesellschaften aus Titel 9 des 7. Buches BW anwendbar, soweit das WvK keine abweichenden Bestimmungen enthält. Die VOF wird jedoch hauptsächlich durch den Gesellschaftsvertrag rechtlich ausgestaltet. In diesem Vertrag kann von den gesetzlichen Regelungen abgewichen werden, es sei denn, es handelt sich um zwingendes Recht. Da das niederländische Personengesellschaftsrecht, ebenso wie das Deutsche,⁴⁷ hauptsächlich dispositives Recht enthält, kann von den meisten Regelungen abgewichen, und für viele Punkte eine abweichende, den speziellen Bedürfnissen der Gesellschafter entsprechende Regelung getroffen werden. Daneben gilt das allgemeine Zivilrecht, besonders das *Burgerlijk Wetboek* (Art. 1 i.V.m. art. 15 WvK). Der Ansatz stimmt somit größtenteils mit der OHG überein, auf die ebenfalls die Regeln ihrer Grundform (der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, GbR) Anwen-

⁴³ EuGH C-210/06 (*Cartesio*).

⁴⁴ Tekla, Papp, *Corporations and partnerships in Hungary* (Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011), 217, 229.

⁴⁵ Teichmann (Fn. 6), 660.

⁴⁶ Ege und Klett (Fn. 22), 2442.

⁴⁷ Stengel, Arndt, ‚Organisationsrecht‘, in: Müller, Welf; Hoffmann, Wolf-Dieter (Hrsg.), *Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften. Gesellschaftsrecht. Steuerrecht* (Verlag C.H. Beck, München, 2009), 142.

dung finden, soweit von diesen Regelungen nicht in den Bestimmungen über die OHG abgewichen wird (§ 105 Abs. 3 HGB).⁴⁸

II. Gründungsvoraussetzungen

Die Grundform der VOF ist die Gesellschaft. Nach Art. 7A:1655 BW stellt die Gesellschaft einen Vertrag dar, in dem zwei oder mehr Personen sich zu dem Zwecke verbinden, eine gemeinschaftliche Leistung zu erbringen und den daraus entstehenden Vorteil miteinander zu teilen. Die VOF ist nach Art. 16 WvK eine Gesellschaft zur Ausübung eines Betriebes unter einem gemeinschaftlichen Namen. Um sich als VOF zu qualifizieren, müssen die folgenden fünf Voraussetzungen erfüllt werden.

1. Vertrag zur Zusammenarbeit

Dieser Vertrag kann formfrei (z.B. mündlich⁴⁹, schriftlich oder selbst stillschweigend⁵⁰) zwischen mindestens zwei Personen geschlossen werden. „Zusammenarbeit“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Gesellschafter zumindest gemeinschaftlich die Geschäftsführung bestimmen und dafür die Verantwortlichkeit übernehmen. Es ist nicht erforderlich, dass jeder Gesellschafter tatsächliche Arbeiten verrichtet.⁵¹ Weil die VOF eine *affectio societatis* ist, müssen die Gesellschafter den Willen haben, gleichermaßen miteinander zusammenzuarbeiten⁵²; es darf keinen Arbeitsvertrag zwischen den Gesellschaftern geben.⁵³ Obwohl die Interessen der Gesellschafter parallel verlaufen, darf es Unterschiede in der Verteilung der Gewinne geben.⁵⁴ Die Regelungen über die OHG weichen hiervon insoweit ab, als dass der Gesellschaftsvertrag an dieselbe Form gebunden ist wie jenes, welches der Gesellschafter in die Gesellschaft einzubringen gedenkt (zum Beispiel die Verpflichtung⁵⁵ zur Einbringung eines Grundstückes, § 311b Abs. 1 i.V.m. § 313 BGB).⁵⁶ Nach niederländischem Recht ist nicht die Einbringungsverpflichtung an eine bestimmte Form gebunden, sondern die Übertragung.

2. Streben nach vermögenswerten Vorteil

Das Hauptziel der Zusammenarbeit in einer VOF ist: das Erreichen eines vermögensrechtlichen Vorteils für alle Gesellschafter.⁵⁷ Es muss kein konkreter Gewinn geplant sein, das

⁴⁸ Windbichler (Fn. 3), 56.

⁴⁹ Rechtbank Arnhem 13 januari 1994, KG 1994, 71, Rn. 12.

⁵⁰ Hoge Raad 24 juni 1932, NJ 1932, 1587.

⁵¹ Mohr, Alexander, *Van personenvennootschappen* (Kluwer, Deventer, 2009), 18.

⁵² Asser und Maeijer (Fn. 2), Rn. 29.

⁵³ Van Veen, Wino, 'Bedrijfsopvolging bij personenvennootschappen; vennootschapsrechtelijke aspecten', in: Hoogeveen, Mascha, *Bedrijfsopvolging. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten (Preadvies KNB)* (Sdu, Den Haag, 2005), 134.

⁵⁴ Hoge Raad 13 juni 1969, NJ 1969, 384 (*Warnderink Vinke*).

⁵⁵ Siehe Hermanns, Marc, 'D II. Personengesellschaft', in: Brambring, Günter; Jerschke, Hans-Ulrich und Waldner, Wolfram, *Beck'sches Notar-Handbuch* (Verlag C.H. Beck, München, 2009), Rn. 7.

⁵⁶ BGHZ II ZR 291/53; Hopt, Klaus, in: Hopt, Klaus; Merkt, Hanno; Roth, Markus und Baumbach, Adolf (Hrsg.), *Beck'sche Kurz-Kommentare Handelsgesetzbuch*, 35. Aufl. (Verlag C.H. Beck, München, 2012), § 105 HGB, Rn. 55; Schöne, Torsten, in: Bamberger, Heinz und Roth, Herbert (Hrsg.), *Beck Online Kommentar BGB*, 28. Aufl. (Verlag C.H. Beck, München, 2013), § 705, Rn. 45.

⁵⁷ Siehe beispielsweise Grooten, Jacob, *Eenige opmerkingen over de vennootschap onder firma in het Nederlandsche recht* (Meijer's Boek en Handelsdrukkerij, Wormerveer, 1929), 4.

Einsparen von Kosten ist bereits ausreichend. Der Vorteil darf jedoch nicht ausschließlich ideell sein. Außerdem darf kein Gesellschafter vom Vorteil ausgeschlossen werden. Der gemeinsame Zweck einer OHG ist nach § 105 Abs. 1 HGB der Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma. Ein Streben nach Gewinn ist hierfür nicht erforderlich, jedoch muss die Tätigkeit selbstständig sein, auf Dauer ausgeübt und auf dem Markt gegen ein ernstgemeintes Entgelt angeboten werden.⁵⁸

3. Jeder Gesellschafter beteiligt sich

Jeder Gesellschafter muss sich in die Gesellschaft einbringen. Einbringen ist das Liefern eines Beitrags zum Erreichen des gemeinsamen Zieles.⁵⁹ Das Aufsichnehmen der Verpflichtung zur Einbringung ist hier schon ausreichend; das tatsächliche Einbringen muss bei der Gründung der Gesellschaft demnach noch nicht abgeschlossen sein.⁶⁰ Zur Einbringung geeignet sind etwa Geld, (Gebrauch von) Sachen oder Arbeitskraft. Der oberste niederländische Gerichtshof (*Hoge Raad*) hat 1952 geurteilt, dass Sachen nicht notwendigerweise in Mit-Eigentum übertragen werden müssen.⁶¹ Auch die OHG kennt eine Förderungspflicht für alle Gesellschafter.

4. Es wird ein Betrieb ausgeübt

In einer VOF wird immer ein (Gewerbe-)Betrieb – im Gegensatz zu freien Berufen – ausgeübt. Ob eine bestimmte Aktivität eine Betriebsausübung ist, hängt von der Verkehrsauffassung ab.⁶² Als Grundregel kann angenommen werden, dass die Dienstverrichtung aus einem Betrieb einen nichtpersönlichen Charakter hat und eher eine kommerzielle Tätigkeit umfasst. Beispiele hierfür sind Bauern, Fahrradhändler und Marktverkäufer. Bei einem freien Beruf hingegen sind persönliche Qualitäten wie Integrität sehr wichtig. Häufig gilt ein Vertrauensverhältnis, wie etwa das Berufsgeheimnis, zwischen dem Dienstleister und dem Dienstempfänger. Beispiele hierfür sind Anwalt, Notar und Arzt. Wenn ein Beruf gemeinschaftlich ausgeübt wird, wird häufiger von einer *maatschap* (Gemeinschaft) gesprochen, der Grundform der VOF. Der Unterschied zwischen freien Berufen und Betrieb ist jedoch vage und die diesbezüglichen Verkehrsauffassungen sind Veränderungen unterworfen. Was früher als freier Beruf galt, kann heute als Betrieb gesehen werden.⁶³ In Hinblick auf die OHG ist es vor allem von Bedeutung, dass der Handelsgewerbebegriff die freien Berufe ausschließt, also wissenschaftliche, künstlerische oder freiberufliche Tätigkeiten.⁶⁴ Somit ist auch nach deutschem Recht die Natur der Tätigkeit ausschlaggebend.

⁵⁸ Schmidt, Karsten, in: Schmidt, Karsten (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum HGB*, 3. Aufl., (Verlag C.H. Beck, München, 2010), § 1 HGB, Rn. 20, 23 und 31. Traditionell wurde noch auf eine Gewinnerzielungsabsicht abgestellt; hierauf wird in der Literatur aber zunehmend verzichtet, siehe Rn. 31 m.w.N.

⁵⁹ Hoge Raad 7 december 1955, *NJ* 1956, 163.

⁶⁰ Art. 7A:1655 BW und Hoge Raad 2 december 1931, B.i.b. 5095.

⁶¹ Hoge Raad 29 oktober 1952, *NJ* 1953, 557.

⁶² Slagter, Wiek, in: Huizink, Jan Bernd (Hrsg.), *Groene Serie Personenassociaties* (Kluwer, Deventer), II.1.7.5.

⁶³ Siehe beispielsweise Slagter (Fn. 62), II.1.7.5.

⁶⁴ Schmidt (Fn. 58), Rn. 19, 20 und 32 m.w.N.

5. Firma

Die VOF nimmt unter einem bestimmten Namen am Rechtsverkehr teil.⁶⁵ Der Name kann ein Phantasienamen sein (Elefantenbar), es kann jedoch auch ein Name sein, der Auskunft über die Tätigkeit gibt (Groninger Fahrradverleih) oder aber ein Name, der aus dem Namen eines oder mehrerer Gesellschafter besteht (Jansen und Söhne). Der Name muss keine Auskunft über die Rechtsform geben und es muss auch nicht deutlich werden, wenn etwa nur Rechtspersonen Gesellschafter sind. Die in § 105 Abs. 1 HGB genannte Voraussetzung des Betriebes eines Handelsgewerbes *unter gemeinschaftlicher Firma* wird mittlerweile nicht mehr als selbständiges Merkmal gesehen; nach der herrschenden Meinung ist es nun ausreichend, dass es sich um eine Außengesellschaft handelt, die als Einheit am Rechtsverkehr teilnimmt.⁶⁶ Wenn alle Gesellschafter einer OHG keine haftbaren natürlichen Personen sind, muss dies jedoch aus dem Namen hervorgehen, so dass die Beschränkung der Haftung deutlich wird (§ 19 Abs. 2 HGB).

Abschließend muss sich jede VOF in das Handelsregister eintragen lassen. Das Ausbleiben der Eintragung hat jedoch keinen Einfluss auf die Existenz der VOF. Wenn die Einschreibung nicht oder nicht vollständig durchgeführt wurde, drohen Sanktionen. Die Nicht-Eintragung ist ein wirtschaftliches Delikt⁶⁷ und hat als Konsequenz, dass jeder Gesellschafter gegenüber Dritten unbegrenzt vertretungsbefugt ist (Art. 29 WvK). Bei unvollständiger oder falscher Eintragung können sich die Gesellschafter gegenüber gutgläubigen Dritten nicht auf die Tatsache berufen, dass die Eintragung veröffentlicht hätte werden müssen (Art. 25 Handelsregisterwet 2007). Die Regelungen der OHG sind teilweise vergleichbar: wenn mit der Zusammenarbeit ein Handelsgewerbe (§105 Abs. 1 HGB) betrieben wird, ist die Gesellschaft automatisch eine OHG. Wird jedoch kein Handelsgewerbe betrieben, sondern beispielsweise ein Kleingewerbe, dann qualifiziert sich die entstandene GbR nur als OHG, wenn sie sich ins Handelsregister einträgt.⁶⁸ Die Eintragung ist daher in diesem Fall konstitutiv für die Qualifikation als OHG (§ 105 Abs. 2 HGB).

Wenn die ersten drei Voraussetzungen erfüllt sind, aber eine oder beide der in vier und fünf genannten Voraussetzungen nicht, dann ist eine „normale“ Gesellschaft entstanden. Erst, wenn alle fünf Voraussetzungen erfüllt sind, handelt es sich um eine *vennootschap onder firma*. Die Haftung der Gesellschafter ist in einer VOF weitreichender (gesamtschuldnerische Haftung) als in einer normalen Gesellschaft (anteilige Haftung).

⁶⁵ Hoge Raad 4 januari 1937, NJ 1937, 586 (*Schaaper*); Hoge Raad 20 november 1914, NJ 1915, 148, W. 9789; Hoge Raad 8 april 1937, NJ 1937, 640. Hoge Raad 14 november 2008, LjN BC3673, Rn. 3.4.2. Siehe auch Mathey-Bal, Priscilla, 'De stille maatschap in het openbare handelsregister', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR)* 2013 (6980), 477.

⁶⁶ Schmidt, Karsten, in: Schmidt, Karsten (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum HGB*, 3. Aufl., (Verlag C.H. Beck, München, 2011), § 105 HGB, Rn. 43. Bei der Eintragung ins Handelsregister muss jedoch eine gemeinschaftliche Firma angegeben werden.

⁶⁷ Art. 1 unter 4 Wet op de economische delicten.

⁶⁸ Kessler, Wolfgang und Schiffers, Joachim, 'Rechtsformwahl', in: Müller, Welf; Hoffmann, Wolf-Dieter (Hrsg.), *Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften. Gesellschaftsrecht. Steuerrecht* (Verlag C.H. Beck, München, 2009), 1 (4).

III. Rechtspersönlichkeit/Rechtsfähigkeit

1. Die VOF ist nicht selbstständiger Träger von Rechten und Pflichten

Die VOF ist keine Rechtsperson.⁶⁹ Der *Hoge Raad* hat dies seit 1880 in ständiger Rechtsprechung bestätigt.⁷⁰ Aufgrund der fehlenden Rechtspersönlichkeit kann die VOF nicht als selbstständiger Vermögensträger gesehen werden und kann entsprechend nicht Eigentümerin von Sachen sein. Somit ist die VOF sachenrechtlich transparent. Die VOF kann wegen des Fehlens der Rechtspersönlichkeit auch nicht selbstständig Schuldverhältnisse eingehen. Häufig gehen die Gesellschafter deshalb Schuldverhältnisse im Namen der VOF ein. Dies hat indes keine rechtlichen Auswirkungen für die VOF; es führt jedoch dazu, dass die Gesellschafter das Schuldverhältnis in ihrem gesellschaftlichen Zusammenhang eingehen. Somit haben die Gesellschafter gemeinschaftlich einen Vertrag geschlossen aber nicht die VOF als solche.

2. Die gemeinschaftlichen Gesellschafter der VOF sind Träger von Rechten und Pflichten

Die Gesellschafter sind die Rechtsträger ihres gemeinschaftlichen Vermögens. Die Sachen, die zum Gesellschaftsvermögen gehören, fallen in die *vennootschappelijke goederengemeenschap* (gesellschaftliche Sachengemeinschaft). Das Gesellschaftsvermögen⁷¹ ist getrennt vom Privatvermögen der Gesellschafter und dem Zweck der Gesellschaft untergeordnet. Die Trennung und Zweckgebundenheit des Vermögens hat folgende Konsequenzen:

- Ein Gesellschafter hat mindestens zwei Vermögen:
 - o Ein Privatvermögen, über das er frei verfügen kann.
 - o Einen bestimmten Anteil an dem Vermögen, das zum Erreichen des gemeinsamen Zwecks der Gesellschaft bestimmt ist.⁷² Der Gesellschafter ist Rechtsträger hinsichtlich dieses Vermögens, aber er darf es, solange die Gesellschaft existiert, ausschließlich für den Zweck der Gesellschaft verwenden. Dieses Vermögen wird *vennootschappelijk vermogen* (Gesellschaftsvermögen) genannt.
- Ausschließlich die Gläubiger der Gesellschaft können einen Anspruch auf das Gesellschaftsvermögen erheben.⁷³ Eine solche Sicherheit für die Kreditgeber erhöht möglicherweise die Kreditwürdigkeit⁷⁴ und damit die Finanzierungsmöglichkeiten der Gesellschaft. Die Kreditgeber müssen daher nicht auch noch die Privatgläubiger der Gesellschafter neben sich dulden.

⁶⁹ Obwohl noch immer eine Diskussion über die Frage geführt wird, ob die VOF eine Rechtsperson ist, geht die herrschende Meinung davon aus, dass sie keine Rechtspersönlichkeit hat. Siehe für eine begrenzte Übersicht der Diskussion Huussen-De Groot, Frédérique, *Rechtspersonen in de negentiende eeuw* (W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1976), 130-132.

⁷⁰ Hoge Raad 11 juni 1880, W. 4521; Hoge Raad 20 november 1914, NJ 1915, 148 und Hoge Raad 9 april 1958, NJ 1958, 331.

⁷¹ Dies wurde vom Hoge Raad bestimmt, zuerst ohne Begründung, in Hoge Raad 28 januari 1889, W. 5735. Später mit Begründung in Hoge Raad 26 november 1897, W. 7047 (*Boeschoten/Besier*).

⁷² Hoge Raad 24 januari 1947, NJ 1947, 71 (*Rouma/Levelt*) und Hoge Raad 17 december 1993, NJ 1994, 301 (*Van den Broeke/Van der Linden*).

⁷³ Siehe auch Grooten (Fn. 57), 34.

⁷⁴ Wezeman, Jan Berend, 'Bevoegdheden, aansprakelijkheid en verhaal bij de personenvennootschap nieuwe stijl', *Ondernemingsrecht* 2003, 99; Mohr, Alexander, 'Goederenrechtelijke aspecten van de 'openbare vennootschap'', *WPNR* 2003 (6524), 213 (215).

- Die Privatschuldner eines Gesellschafters können keinen Anspruch auf den Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen erheben. Solange die Gesellschaft existiert, können sie auch keine Verteilung des Vermögens fordern. Die Gesellschafter selbst können während der Existenz der Gesellschaft auch keine Trennung und Verteilung des Vermögens fordern.⁷⁵

Wegen der großen praktischen Bedeutung soll hier noch einmal bekräftigt werden, dass die Unterteilung des gemeinschaftlichen Vermögens diesem zwar einen besonderen (selbstständigen) Status gibt, aber eine Personengesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit nie Rechtsträgerin hiervon sein kann.

3. Die OHG ist rechtsfähig

Nach deutschem Recht haben Personengesellschaften ebenfalls keine eigene Rechtspersönlichkeit. Es wird dennoch unterschieden zwischen Personengesellschaften mit und solchen ohne Rechtsfähigkeit. Die OHG ist eine rechtsfähige Personengesellschaft (§ 124 Abs. 1 HGB).⁷⁶ Aufgrund ihrer Rechtsfähigkeit besitzt die OHG die Fähigkeit, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen (siehe etwa § 14 BGB).⁷⁷ Sie kann unter ihrer Firma Eigentum, Besitz oder andere dingliche Rechte erwerben, Inhaberin von Forderungen sein und Rechtsgeschäfte abschließen. Eine OHG ist somit selbstständige Vermögensträgerin von ihrem Gesellschaftsvermögen.⁷⁸

IV. Prozessfähigkeit

Die VOF ist ebenso wie die OHG⁷⁹ parteifähig (Art. 51 Rv). Die VOF kann selbstständig und unter eigenen Namen als Prozesspartei auftreten, ohne dass die einzelnen Gesellschafter auch Prozesspartei sein müssen. Hiermit wurde eine Ausnahme vom Prinzip im niederländischen Recht eingeführt, dass ausschließliche natürliche Personen und Rechtspersonen Rechtsfähigkeit besitzen. Im Prozess mit der Gesellschaft sie die Einsprüche erheben, die ihr zustehen.⁸⁰ Die Gesellschafter können die ihnen persönlich zustehenden Einsprüche jedoch nicht geltend machen.⁸¹ Wenn die VOF verurteilt wird, kann das Urteil nur hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens ausgeführt werden, welches sich im Eigentum der Gesellschafter befindet.⁸² Ein Gläubiger, der sich auch aus dem Privatvermögen eines der Gesellschafter befriedigen will, muss eine Klage gegen den individuellen Gesellschafter einrei-

⁷⁵ Huizink, Jan Bernd, *Contractuele samenwerkingsvormen in beroep en bedrijf* (Kluwer, Deventer, 2011), 19 und Hoge Raad 24 januari 1947, NJ 1947, 71 (*Rouma/Levelt*).

⁷⁶ Dieser Paragraph besagt, dass die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.

⁷⁷ Siehe etwa Hopt, Klaus, in: Hopt, Klaus; Merkt, Hanno; Roth, Markus und Baumbach, Adolf (Hrsg.), *Beck'sche Kurz-Kommentare Handelsgesetzbuch*, 35. Aufl. (Verlag C.H. Beck, München, 2012), § 124 HGB, Rn. 3.

⁷⁸ Siehe Hopt, Klaus, in: Hopt, Klaus; Merkt, Hanno; Roth, Markus und Baumbach, Adolf (Hrsg.), *Beck'sche Kurz-Kommentare Handelsgesetzbuch*, 35. Aufl. (Verlag C.H. Beck, München, 2012), § 124 HGB, Rn. 2-3; Steitz, Michael, in: Henssler, Martin und Strohn, Lutz (Hrsg.), *Beck'sche Kurz-Kommentare Gesellschaftsrecht*, 1. Aufl. (Verlag C.H. Beck, München, 2011), § 124 HGB, Rn. 18; Windbichler (Fn. 3), 138-140.

⁷⁹ Beispielsweise Steitz (Fn. 78), Rn. 18.

⁸⁰ Siehe etwa Hoge Raad 18 december 1959, NJ 1960, 121 (*De Gouw/De Hamer*), Hoge Raad 9 mei 1969, NJ 1969, 307.

⁸¹ Hoge Raad 18 december 1959, NJ 1960, 121 (*De Gouw/De Hamer*).

⁸² Hoge Raad 18 december 1959, NJ 1960, 121 (*De Gouw/De Hamer*).

chen. Hierbei kann der Gesellschafter dann die ihm persönlich zukommenden Einsprüche erheben. Wenn *alle* Gesellschafter bezüglich einer Gesellschaftsschuld auch privat verurteilt werden, kann das Urteil auch aus dem Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden.⁸³

Bei der OHG gilt, dass ein vollstreckbarer Titel gegen die OHG nicht gegen die Gesellschafter und ein Titel gegen die Gesellschafter nicht gegen die OHG geltend gemacht werden kann.⁸⁴

V. Verwaltung und Vertretung

1. Vennootschap onder firma

Jeder Gesellschafter ist berechtigt, die VOF zu vertreten (Art. 17 WvK). Hinsichtlich dieser Grundregel gibt es jedoch Ausnahmen. Erstens kann ein Gesellschafter von der Vertretungsbefugnis vollständig ausgeschlossen werden. Dieser Ausschluss entfaltet jedoch nur Wirkung gegenüber Dritten, wenn dies auch im Handelsregister eingetragen ist.⁸⁵ Zweitens kann die Vertretungsbefugnis von einem Gesellschafter mit Begrenzungen verbunden werden. So kann etwa die Vertretungsmacht auf einen bestimmten Höchstbetrag oder auf bestimmte Handlungen begrenzt sein. Auch die Beschränkungen können Dritten gegenüber nur geltend gemacht werden, wenn sie im Handelsregister eingetragen sind.⁸⁶ Weiterhin beschränkt der im Handelsregister aufgenommene Zweck der Gesellschaft die Vertretungsbefugnis.⁸⁷ Wenn ein Gesellschafter Handlungen durchführt, die nicht zur Realisierung des Zieles führen *können*, kann diese Überschreitung Dritten entgegen gehalten werden.⁸⁸

Wenn ein Gesellschafter ohne Vertretungsmacht im Geschäftsverkehr auftritt, ist die VOF (im Sinne der gesamten Gesellschafter) nicht gebunden. Der Vertragspartner kann bestimmen, ob der handelnde Gesellschafter das Schuldverhältnis selbst erfüllen muss (Art. 7A:1681 BW) oder ob der handelnde Gesellschafter den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen hat (Art. 3:70 i.V.m. Art. 78 BW).

Für die VOF gibt es keine Regelungen über widersprüchliche Interessen. Ein Gesellschafter, der bei einer Rechtshandlung ein widersprüchliches Interesse hat, bleibt vertretungsbefugt.⁸⁹

Grundsätzlich hat somit jeder Gesellschafter, der vertretungsbefugt ist, auch die Befugnis zur Geschäftsführung.⁹⁰ Vertretungsbefugnis und Geschäftsführungsbefugnis sind demnach miteinander verbunden, sofern der nichts anderes vorseht. Unter die Geschäftsführung einer Gesellschaft fallen die tägliche Führung und andere Handlungen, die tatsächlich zu den

⁸³ Hoge Raad 3 december 1971, NJ 1972, 117 (*Hotel Jan Luyken*).

⁸⁴ Siehe Steitz, Michael, in: Henssler, Martin und Strohn, Lutz (Hrsg.), Beck'sche Kurz-Kommentare Gesellschaftsrecht, 1. Aufl., (Verlag C.H. Beck, München, 2011), § 124 HGB, Rn. 31-32. BGH 22.3.2011, NJW 2011, 2048, § 129 Abs. 4 HGB.

⁸⁵ Art. 17 Abs. 1 WvK i.V.m. Art. 19 Handelsregisterbesluit 2008 i.V.m. Art. 25 Handelsregisterwet 2007.

⁸⁶ Art. 17 Abs. 2 WvK i.V.m. Art. 19 Handelsregisterbesluit 2008 i.V.m. Art. 25 Handelsregisterwet 2007.

⁸⁷ Art. 17 Abs. 2 WvK i.V.m. Art. 19 Handelsregisterbesluit 2008 i.V.m. Art. 25 Handelsregisterwet 2007.

⁸⁸ Hoge Raad 8 juni 1990, NJ 1990, 607. Ebenfalls Hoge Raad 23 maart 1928, NJ 1928, 370; Hoge Raad 15 juli 1973, NJ 1973, 469.

⁸⁹ Siehe hier Art. 17 WvK.

⁹⁰ Asser, Carel und Maeijer, Josephus, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Maatschap, Vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap (W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1995), Rn. 92.

normalen Tätigkeiten der Gesellschaft gehören.⁹¹ Die Führung der Gesellschaft kann exklusiv an einen Nicht-Gesellschafter übertragen werden.

2. Offene Handelsgesellschaft

Auch für die OHG gilt aufgrund von § 125 Abs. 1 HGB dass jeder Gesellschafter vertretungsbefugt ist, solange dies nicht durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen wurde. Die Vertretungsbefugnis gilt somit prinzipiell uneingeschränkt.⁹² Nach § 126 Abs. 2 HGB besteht jedoch die Möglichkeit der Gesamtvertretung. Im Gesellschaftsvertrag kann somit entschieden werden, ob die Geschäftsführung der OHG nur gemeinschaftlich oder durch jeden einzelnen Gesellschafter zulässig ist.

Jedem Gesellschafter steht grundsätzlich auch die Führung der Geschäfte der Gesellschaft zu, solange nichts anderes geregelt wurde.⁹³ Die Geschäftsführung, oder in jedem Fall das Ausüben eines bestimmenden Einflusses, darf nicht an Dritte delegiert werden. Es wird hier von dem Prinzip der „Selbstorganschaft“ ausgegangen.⁹⁴ Dies ist zwingend. Der Hintergrund dieser Regel ist, dass die Gesellschafter neben der Gesellschaft persönlich für die Schuldverhältnisse der Gesellschaft haftbar sind.⁹⁵ Die Befugnis zur Führung der Gesellschaft kann über eine Vollmacht an Dritte delegiert werden.⁹⁶ Ein Gesellschafter hat, getreu dem Motto „Niemand darf in eigener Sache Richter sein“ kein Stimmrecht bei dem Beschluss über das Aufheben seiner Vertretungsbefugnis oder seiner Befugnis zur Geschäftsführung.⁹⁷ Wenn es ein widersprüchliches Interesse zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter gibt, dann gilt ein Stimmverbot aufgrund von §§ 712 Abs. 1, 715 und 727 BGB.

3. Art. 12 EGBGB/Art. 13 Rom I-VO

Eine Person, die in Deutschland mit einer in Deutschland niedergelassenen niederländischen VOF einen Vertrag abschließt, geht wahrscheinlich nicht davon aus, dass die Gesellschaft eine ausländische Rechtsform hat, für welche andere Vertretungsregeln gelten als für deren deutsches Äquivalent, die OHG. Die Frage, inwieweit eine Gesellschaft sich gegenüber der Gegenpartei darauf berufen kann, dass ein Vertreter nach ausländischem Recht unbefugt war, wird in Art. 12 EGBGB geregelt. Aufgrund dieses Artikels kann eine Person, die:

- einen Vertrag mit einer Gegenpartei abschließt, die sich in demselben Staat befindet,
- und die nach den Sachvorschriften des Rechts dieses Staates rechts-, geschäfts- und handlungsfähig wäre,

sich nur dann auf ihre aus den Sachvorschriften des Rechts eines anderen Staates abgeleitete Rechts-, Geschäfts- und Handlungsunfähigkeit berufen, wenn der andere Vertragsteil bei

⁹¹ Asser, Carel und Maeijer, Josephus, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Maatschap, Vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap (W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1995), Rn. 74; Mohr, Alexander, Van personenvennootschappen (Kluwer, Deventer, 2009), 23.

⁹² Windbichler (Fn. 3), 144.

⁹³ Stengel (Fn. 47), 150.

⁹⁴ §§ 709, 714 BGB und 114, 125 HGB. Siehe Stengel (Fn. 47), 146-147, 157. Es kann zwar ein Geschäftsführer eingestellt werden, jedoch limitiert dies nicht die Haftung der Gesellschafter.

⁹⁵ Stengel (Fn. 47), 144.

⁹⁶ Stengel (Fn. 47), 146-147, 157.

⁹⁷ Windbichler (Fn. 3), 129.

Vertragsabschluss diese Rechts-, Geschäfts- und Handlungsunfähigkeit kannte oder kennen musste. Obwohl Art. 12 EGBGB nur von der Vertretungsbefugnis einer natürlichen Person spricht, geht die herrschende Meinung davon aus, dass er im Wege der Analogie auch auf Gesellschaften anwendbar ist.⁹⁸ Art. 12 EGBGB stimmt mit Art. 13 Rom I-VO überein.⁹⁹ Da es keine Klarheit hinsichtlich der Frage gibt, ob Art. 13 ROM I-VO analog auf Gesellschaften anwendbar ist, wird hier Art. 12 EGBGB angewendet.¹⁰⁰ Sollte Art. 13 Rom I-VO anwendbar sein, geht er vor. Dies verändert das Ergebnis jedoch nicht.

VI. Haftung

Die Gesellschafter einer VOF sind aufgrund von Art. 18 WvK gesamtschuldnerisch für die Gesellschaftsschulden haftbar. Hierfür ist es ohne Bedeutung, ob die Schulden aus Verträgen, unerlaubter Handlung oder einem anderen Schuldverhältnis entstanden sind.¹⁰¹ Ein Gläubiger kann seine Forderung wahlweise aus dem Privatvermögen eines oder mehrerer Gesellschafter oder aus dem gesamten Gesellschaftsvermögen befriedigen, ohne dass eine Reihenfolge einzuhalten wäre. Diese Haftungsregelung ist zwingend. Von ihr kann nicht im Gesellschaftsvertrag abgewichen werden. Jedoch kann in einem Vertrag mit einem Geschäftspartner eine anderslautende Regelung aufgenommen werden. Wenn einem Dritten die Geschäftsführung übertragen wurde, ist dieser aufgrund von Art. 18 WvK nicht haftbar. Im niederländischen Recht gibt es keine Regelungen über die Haftbarkeit eines Gesellschafters, nachdem er aus der Gesellschaft ausgetreten ist, und ebenso wenig über die Haftung für bestehende Schulden, wenn ein neuer Gesellschafter in die Gesellschaft eintritt. Teilweise wird vertreten, dass ein ausscheidender Gesellschafter nicht für Schulden aus Dauerschuldverhältnissen haftbar ist, die entstehen, nachdem der Vertragspartner über seinen Austritt informiert wurde.¹⁰² Andere sind der Auffassung, dass er haftbar bleibt.¹⁰³ Weitere Ansichten besagen, dass es auf die konkreten Umstände ankommt¹⁰⁴ oder schlagen einen Mittelweg vor.¹⁰⁵ Hinsichtlich der Haftbarkeit beim Eintritt eines Gesellschafters gibt es ebenfalls unterschiedliche Meinungen.¹⁰⁶ Das Fehlen einer eindeutig herrschenden Meinung führt zu einer großen Rechtsunsicherheit.

Auch die Gesellschafter einer OHG haften neben der OHG selbst persönlich als Gesamtschuldner.¹⁰⁷ Ein Gesellschafter haftet für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft sofern er Gesellschafter war, als diese entstanden. Daher ist der Zeitpunkt des Abschlusses eines Vertragsverhältnisses relevant.¹⁰⁸ Ein ausgeschiedener Gesellschafter haftet weiterhin für

⁹⁸ Spellenberg, Ulrich, in: Säcker, Franz und Rixecker, Roland (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl. (Verlag C.H. Beck, München, 2010), Art. 12 EGBGB, Rn. 9.

⁹⁹ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), Verordnung vom 17.6.2008, (Amtsblatt Nr. L 177 vom 4.7.2008, S. 6, ber. Amtsblatt Nr. L 309 vom 24.11.2009, S. 87).

¹⁰⁰ Spellenberg (Fn. 98), Rn. 9.

¹⁰¹ Hof Leeuwarden 15 maart 2011, LJN BP9082.

¹⁰² Kantonrechter Tilburg 18 januari 1990, Prg. 1990, 3218.

¹⁰³ Hof 's-Hertogenbosch 19 mei 1983, NJ 1984, 263; Hof 's Hertogenbosch 5-9-2006, RO 2006, 9.

¹⁰⁴ Hof Amsterdam 20 april 1989, NJ 1990, 201.

¹⁰⁵ Huizink (Fn. 75), 74.

¹⁰⁶ Vertreter der Haftung für ältere Schulden sind u.a. Rechtbank Rotterdam 9 september 2009, RO 2010, 23; Rechtbank Assen 23. Februar 2005, JOR 2005/85; Mohr (Fn. 51), 290. Gegenmeinung: Asser und Maeijer (Fn. 2), Rn. 277-280; Van Veen (Fn. 53), 185-186.

¹⁰⁷ § 128 HGB.

¹⁰⁸ Neu, Michael, *Gesellschaftsrecht schnell erfasst* (Springer-Verlag, Berlin Heidelberg New York, 2004), 39.

die vor seinem Ausscheiden entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft,¹⁰⁹ einschließlich der Verbindlichkeiten, die aus früher geschlossenen (Dauer-)Schuldverhältnissen resultieren, jedoch erst nach seinem Austritt entstehen.¹¹⁰ Solch eine Haftung ist zeitlich jedoch nicht unbegrenzt. Nach § 160 HGB haftet ein Gesellschafter für die bis dahin begründeten Verbindlichkeiten, wenn sie vor Ablauf von fünf Jahren nach dem Ausscheiden fällig werden und „daraus Ansprüche gegen ihn in einer in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Art festgestellt sind oder eine gerichtliche oder behördliche Vollstreckungshandlung vorgenommen oder beantragt wird; bei öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeiten genügt der Erlass eines Verwaltungsakts.“¹¹¹ Wenn ein Gesellschafter in eine bestehende OHG eintritt, wird er aufgrund von § 130 HGB für alle vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten haftbar.¹¹²

VII. Umstrukturierung

1. Umwandlung

Eine VOF kann nicht in eine andere Rechtsperson wie etwa eine *besloten vennootschap* (BV, vergleichbar mit der deutschen GmbH) oder *naamloze vennootschap* (NV, vergleichbar mit der deutschen Aktiengesellschaft) umgewandelt werden. Sie darf auch nicht an Verschmelzungen oder Spaltungen beteiligt sein. Wenn die Gesellschafter das Unternehmen in Form einer BV weiterführen wollen, müssen sie eine BV neu gründen und die VOF auflösen. Die Aktiva müssen dann an die BV übertragen werden und die BV muss die Verpflichtungen der VOF übernehmen.

Eine OHG hingegen ist umwandlungsfähig. Sie kann an einer Verschmelzung (§ 3 Abs. 1 UmwG) oder an einer Spaltung beteiligt sein, ihr Vermögen übertragen oder durch Formwechsel eine andere Rechtsform erhalten (§§ 190, 191 und 214 UmwG). Bei Umwandlungen wird die wirtschaftliche Kontinuität der Gesellschaft sichergestellt.¹¹³

2. Wechsel der Gesellschafter

Für die VOF gilt die Grundregel, dass das Austreten eines Gesellschafters, ungeachtet der Gründe des Austritts, zu einer vollständigen Auflösung der Gesellschaft führt. Von dieser Grundregel kann abgewichen werden, indem im Gesellschaftsvertrag eine *voortzettingsbeding* (Fortsetzungsklausel) aufgenommen wird. Die Gesellschaft wird dann nach dem Austreten des Gesellschafters durch die verbleibenden Gesellschafter fortgeführt, sofern noch mindestens zwei Gesellschafter übrig sind.

Wenn ein Gesellschafter aus einer VOF austritt, muss er seine Anteile an den Sachen, die Teil vom Gesellschaftsvermögen sind und an denen er Miteigentümer ist, nach den Regeln für die Übertragung getrennter Güter übertragen. So ist etwa für die Übertragung seiner

¹⁰⁹ Hopt, Klaus, in: Hopt, Klaus; Merkt, Hanno; Roth, Markus und Baumbach, Adolf (Hrsg.), *Beck'sche Kurz-Kommentare Handelsgesetzbuch*, 35. Aufl. (Verlag C.H. Beck, München, 2012), § 105 HGB, Rn. 72; Neu (Fn. 108), 69-70.

¹¹⁰ Neu (Fn. 108), 69-70 en Windbichler (Fn. 3), 89.

¹¹¹ § 160 Abs. 1 HGB. Diesbezüglich Windbichler (Fn. 3), 150.

¹¹² Hopt, Klaus, in: Hopt, Klaus; Merkt, Hanno; Roth, Markus und Baumbach, Adolf (Hrsg.), *Beck'sche Kurz-Kommentare Handelsgesetzbuch*, 35. Aufl. (Verlag C.H. Beck, München, 2012), § 105 HGB, Rn. 72.

¹¹³ Pathe, Ilmo, in: Gummert, Hans, *Münchener Anwalts Handbuch Personengesellschaftsrecht*, 1. Aufl. (Verlag C.H. Beck, München, 2005), § 10, Rn. 79.

Anteile an einem Bürogebäude eine notarielle Urkunde erforderlich (Art. 3:96 i.V.m. 3:89 BW). Für die Übertragung seiner Anteile an einer Forderung ist die Übertragungsurkunde sowie eine Mitteilung an den Schuldner (Art. 3:94 Abs. 1 BW) oder eine *authentieke akte* (öffentliche Urkunde) oder *onderhandse akte* (Privaturkunde) ohne Mitteilung an den Schuldner erforderlich (Art. 3:94 Abs. 3 BW).

Für die OHG gilt seit der Handelsrechtsreform 1998 das Kontinuitätsprinzip. Nach § 131 Abs. 3 HGB führen unter anderem Ableben oder Insolvenz eines Gesellschafters zu seinem Austritt. Die Gesellschaft wird fortgeführt, solange noch mindestens zwei Gesellschafter überbleiben. Somit ist die OHG von ihren Gesellschaftern weniger abhängig als die VOF.¹¹⁴ Tritt ein Gesellschafter aus einer OHG aus und bleiben mindestens zwei Gesellschafter übrig, so wächst sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu (§ 738 BGB). Wenn nur ein Gesellschafter übrig bleibt, der den Betrieb als Einzelunternehmen fortsetzt, dann wächst das gesamte Vermögen, also der gesamte Betrieb, dem Fortführenden zu.¹¹⁵

VIII. Die Auflösung der Gesellschaft

Nach dem Austritt eines Gesellschafters, etwa durch Ableben oder Insolvenz, wird die VOF von Rechts wegen aufgelöst (Art. 7A:1683 BW), sofern nichts anderes im Gesellschaftsvertrag vereinbart wurde. Sobald die VOF aufgelöst wurde, muss das Vermögen verteilt werden. Nach ihrer Auflösung besteht die Gesellschaft als *vennootschap in liquidatie* (Gesellschaft in Liquidierung) fort, sofern dies für die Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens vonnöten ist.¹¹⁶ Sie kann in dieser Zeit noch als Prozesspartei in einem Gerichtsverfahren auftreten.¹¹⁷ Es ist demnach nicht erforderlich, namens der VOF öffentlich zu machen, dass sie sich in Liquidation befindet. Die Auseinandersetzung geschieht im Prinzip gemeinschaftlich durch die Gesellschafter (Art. 32 WvK).¹¹⁸ Erst werden die Forderungen der Schuldner aus den Aktiva befriedigt. Wenn das Gesellschaftsvermögen nicht ausreicht, um alle Forderungen zu erfüllen, können die Konkursverwalter von jedem ehemaligen Gesellschafter fordern, dass er Geld zuzahlt (Art. 33 WvK). Sollte nach der Erfüllung der Forderungen noch Vermögen übrig sein, werden die Gesellschafter ausbezahlt. Sobald der Abgleich abgeschlossen ist, ist die VOF aufgelöst.¹¹⁹

Die Auflösung einer OHG kann mit oder ohne Liquidation zu einer Vollbeendigung führen. Im Falle einer Liquidation muss dies durch Namenszufügung der Firma angezeigt werden, etwa i.L. oder in Liq. (§ 153 HGB).¹²⁰ Das Vermögen wird in Geld umgewandelt, die Gläubiger werden ausbezahlt und ein eventueller Überschuss wird an die Gesellschafter

¹¹⁴ Windbichler (Fn. 3), 154.

¹¹⁵ BGH NJW-RR 2002, 704; Hopt, Klaus, in: Hopt, Klaus; Merkt, Hanno; Roth, Markus und Baumbach, Adolf (Hrsg.), *Beck'sche Kurz-Kommentare Handelsgesetzbuch*, 35. Aufl. (Verlag C.H. Beck, München, 2012), § 105 HGB, Rn. 22; Schöne, Torsten, in: Bamberger, Heinz und Roth, Herbert, *Beck Online Kommentar BGB*, 28. Aufl., (Verlag C.H. Beck, München, 2013), § 736, Rn. 10.

¹¹⁶ Hof 's Hertogenbosch 24 februari 1993, NJ 1994, 645; Rechtbank Utrecht 28 september 2011, LJN BT7221.

¹¹⁷ Siehe etwa Hof 's-Hertogenbosch 4 september 2007, NJF 2008, 91.

¹¹⁸ Rechtbank Almelo 6 januari 2010, JOR 2010/58 (*Wilke/Olde Daalhuis*).

¹¹⁹ Beispielsweise Hoge Raad 22 december 2009, NJ 2010, 15, Rn. 3.1.

¹²⁰ Eberhard, Jochen, 'Auflösung und Liquidation', in: Müller, Wolf; Hoffmann, Wolf-Dieter (Hrsg.), *Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften. Gesellschaftsrecht. Steuerrecht* (Verlag C.H. Beck, München, 2009), 955 (967 ff.).

ausgekehrt (§ 731 BGB und § 145 HGB).¹²¹ Wenn das Vermögen nicht ausreicht, um alle Gläubiger zu befriedigen, können die Liquidatoren keine Zuzahlung von den Gesellschaftern verlangen. Die Gläubiger müssen sich selbst an die einzelnen Gesellschafter halten.¹²² Wenn das Vermögen verteilt ist, ist die OHG aufgelöst.¹²³

IX. Insolvenz der Gesellschaft

Zwar hat eine VOF kein eigenes Vermögen, dennoch kann sie insolvent werden, wenn die Gläubiger nicht mehr vollständig befriedigt werden können (Art. 2 Abs. 3 und Art. 4 Abs. 3 Faillissementswet (Fw)). Dies kann dadurch erklärt werden, dass der Begriff „vennootschappelijk vermogen“ nur das Vermögen der Gesellschafter umfasst, das speziell für die Zusammenarbeit bestimmt ist. Wenn dies nicht länger zur Befriedigung aller Verbindlichkeiten ausreicht, ist die VOF insolvent. Weil die jeweiligen Gesellschafter auch mit ihrem Privatvermögen vollständig für die Gesellschaftsschulden haften, wird davon ausgegangen, dass auch das Privatvermögen der Gesellschafter nicht mehr ausreichend ist, da die Gesellschafter sonst die Gesellschaftsschulden aus ihrem Privatvermögen bezahlt hätten. Die Insolvenz der VOF führt daher auch automatisch zur Insolvenz der Gesellschafter.¹²⁴ Eine Ausnahme gilt für Umschuldungsregelungen, die auf einen Gesellschafter angewendet werden (Art. 3 Fw). Es wird allerdings davon ausgegangen, dass dann auch die VOF nicht insolvent erklärt wird.

Auch die OHG ist aufgrund von § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO insolvenzfähig. Das Insolvenzverfahren kann unabhängig von der Zahlungsfähigkeit der Gesellschafter eröffnet werden. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass es ein Gesellschaftsvermögen gibt.

D. Zusammenfassung und Schlussfolgerung

Wenn eine niederländische VOF ihren tatsächlichen Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt, hat die VOF sowohl nach deutschem als auch nach niederländischem IPR einen Anknüpfungspunkt mit beiden Ländern. Mit den Niederlanden, weil die VOF nach niederländischem Recht gegründet wurde (Gründungstheorie) und mit Deutschland, weil die VOF dort ihren Verwaltungssitz hat (Sitztheorie). Der Gerichtshof der Europäischen Union hat in seinem Urteil *Überseering* bestimmt, dass in einem solchen Fall das Aufnahmeland (Deutschland) die Existenz der Gesellschaft nach dem Recht des Ursprungslandes (Niederlande) anerkennen muss. Nicht nur die Existenz, sondern auch der Umfang der Rechtsfähigkeit muss anerkannt werden. Deutschland muss die niederländische VOF somit grundsätzlich „so nehmen, wie sie ist“. Dies gilt nur, solange es keinen Rechtfertigungsgrund gibt, um die Anerkennung zu beschränken.

Auf die VOF ist eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsregeln anwendbar. Dies ist einerseits darin begründet, dass ihre gesetzlichen Regelungen in unterschiedlichen Gesetzen enthalten sind und andererseits liegt es daran, dass die VOF vor allem durch Rechtsprechung und die Rechtsliteratur entwickelt wurde. Die Gründungsvoraussetzungen für eine VOF und eine

¹²¹ Eberhard (Fn. 120), 968.

¹²² Windbichler (Fn. 3), 123.

¹²³ BGH NJW 1982, 238 und Steitz (Fn. 78), Rn. 22.

¹²⁴ Hoge Raad 14 april 1927, NJ 1927, 725; Hoge Raad 2 september 1988, NJ 1988, 1038; Hoge Raad 22 december 2009, JOR 2010/247.

OHG sind vergleichbar. Weiterhin gilt, dass mit der VOF ein Betrieb (im Gegensatz zu einem Beruf) ausgeübt werden muss.

Der wahrscheinlich wichtigste Unterschied zwischen der VOF und der OHG ist, dass die OHG rechtsfähig ist und die VOF zwar prozessfähig ist aber bis auf weniger Ausnahmen keine Rechtsfähigkeit besitzt. Nach niederländischem Recht ist die Möglichkeit, Vermögensträger zu sein, Rechtspersonen und natürliche Personen vorbehalten. Weil die VOF weder eine juristische noch eine natürlich Person ist, kann sie keine Eigentümerin von Sachen (goederen) oder Inhaberin von Forderungen sein. Das Handeln „im Namen der VOF“ bedeutet dann auch nichts weiter, als dass es sich um eine gemeinschaftliche Handlung der Gesellschafter handelt. Die Gesellschafter sind somit gemeinschaftlich in ihrem gesellschaftlichen Verhältnis die Träger der Rechten und Pflichten der VOF. Wenn sich ein Gesellschaftsvermögen geformt hat, sind die Gesellschafter die gemeinsamen Rechtsträger. Das Gesellschaftsvermögen ist jedoch getrennt vom Privatvermögen der Gesellschafter zu sehen. Das bedeutet, dass nur die Gesellschaftsgläubiger Anspruch auf das Gesellschaftsvermögen erheben können, jedoch nicht, dass die VOF Eigentümerin ist. Nach deutschem Recht wird keine Rechtspersönlichkeit vorausgesetzt, um Eigentümer zu sein und um Rechtsverhältnisse einzugehen. Sowohl natürliche Personen als auch Rechtspersonen so wie rechtsfähige Personengesellschaften, wozu auch die OHG zählt, können Eigentum erwerben und Pflichten begründen. Die OHG und die VOF besitzen beide die Prozess- und Insolvenzfähigkeit. Für die VOF sind dies Ausnahmen von der Regel, dass sie nicht rechtsfähig ist.

Die Gesellschafter einer VOF und die Gesellschafter einer OHG sind hauptsächlich über das Gesellschaftsvermögen verbunden. Im niederländischen Recht herrscht Unklarheit – und damit Rechtsunsicherheit – über die Frage, inwieweit ein ausgeschiedener Gesellschafter weiterhin für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet, und ob ein eintretender Gesellschafter für schon bestehende Schulden haftbar wird. Das deutsche Recht ist in diesen Fragen klarer.

Sowohl für die VOF als auch für die OHG läuft die Befugnis zur Vertretung und zur Geschäftsführung grundsätzlich parallel. Alle Gesellschafter sind einzeln Vertretungsberechtigt, solange nichts anderes vereinbart wurde. Die Vertretungsbefugnis eines Gesellschafters einer VOF kann jedoch beschränkt werden, etwa auf einen bestimmten Höchstbetrag oder bestimmten Handlungen. Wenn sie im Handelsregister eingetragen sind gelten diese Beschränkungen auch Dritten gegenüber. Bei der OHG hingegen gilt die Vertretungsbefugnis unbeschränkt, es sei denn, eine Gesamtvertretung wurde gewählt.¹²⁵ Der niederländische Gesetzgeber will hiermit die Gesellschafter einer VOF (voreinander) schützen, weil sie gesamtschuldnerisch für die Gesellschaftsschulden haftbar sind. Die Tatsache, dass eine Vertretungsbeschränkung ins Handelsregister eingetragen wurde, heißt in der Regel, dass die VOF an Handlungen, welche die Vertretungsbefugnis überschreiten, nicht gebunden ist. Bei der OHG hingegen kann die Gesamtvertretung zwar ins Handelsregister eingetragen werden. Wird diese Vollmacht jedoch übertreten, kommt das allgemeine Zivilrecht zur Anwendung; das Ergebnis hängt somit unter anderem davon ab, ob die Gegenpartei die Beschränkung kannte oder hätte kennen müssen. Diese Fragen der Beweislast gelten nicht für die VOF. Der deutsche Gesetzgeber schützt die Gesellschafter jedoch mit dem Prinzip

¹²⁵ Somit kann die Vertretungsbefugnis mit Wirkung für Dritte auf eine gemeinschaftliche Vertretung beschränkt werden. Dies hat zur Folge, dass eine Verbindlichkeit gegenüber Dritten nur gemeinschaftlich eingegangen werden kann, solange nicht einzelne Gesellschafter eine weitergehende Vollmacht der anderen Gesellschafter erhalten.

der „Selbstorganschaft“, welches nicht für die VOF gilt: die Geschäftsführung darf vollständig an einen Nicht-Gesellschafter übertragen werden. Für die VOF gibt es weiterhin keine Regelung bezüglich widerstreitender Interessen, während ein OHG-Gesellschafter in bestimmten ihn betreffenden Fragen ein Stimmverbot hat.

Von einer Person, die in Deutschland ein Rechtsgeschäft mit einer in Deutschland niedergelassenen Gesellschaft eingeht, kann nicht immer erwartet werden, dass sie die ausländischen Vertretungsregeln kennt. Somit kann die VOF eine in Deutschland nicht geltende Vertretungsbeschränkung der Gegenseite nicht entgegenhalten, solange diese die Beschränkung weder kannte noch hätte kennen müssen (Art. 12 EGBGB/Art. 13 Rom I-VO).

Anders als die OHG kann eine VOF ihre Gesellschaftsform nicht ändern. Weiterhin gilt, dass nach niederländischem Recht die VOF grundsätzlich aufgelöst wird, wenn ein Gesellschafter austritt. Für die OHG gilt das Gegenteil. Wenn die VOF nach dem Austritt eines Gesellschafters doch fortgesetzt wird, muss der austretende Gesellschafter seine Anteile an den jeweiligen Gesellschaftsgütern nach den Übertragungsvorschriften übertragen, die für alle Sachen gelten. Der Anteil an der OHG wächst den überlebenden Gesellschaftern zu. Hieraus kann geschlossen werden, dass das Austreten eines Gesellschafters aus einer VOF im Prinzip weitreichendere Konsequenzen hat als das Austreten aus einer OHG. Während der Auflösung gelten für die VOF andere Regeln als für die OHG. So muss bei der VOF aus dem Namen nicht deutlich werden, dass sie sich in Liquidation befindet, während dies bei der OHG erforderlich ist. Die Liquidatoren der VOF können eine Zuzahlung der ehemaligen Gesellschafter fordern, wenn nicht alle Gläubiger aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigt werden können. Die Liquidatoren einer OHG haben diese Möglichkeit nicht. Somit ist deutlich geworden, dass es zwischen der VOF und der OHG zwar viele Gemeinsamkeiten, aber auch fundamentale Unterschiede gibt. Es kann durchaus vorkommen, dass ein deutscher Richter mit einer *vennootschap onder firma* konfrontiert wird und sie dann, mit einigen Ausnahmen, in ihrer vollen Rechtsform anerkennen muss.