

Die Auslandsgesellschaft & Co. KG oder die Grenzen der Gestaltungsphantasie der Berater*

Christine Koziczinski

I. Der Jubilar und das Thema

"Wir machen den Weg frei". Wer Gelegenheit hatte, mit Dolf Weber zu arbeiten, oder wer ihm als junger Associate bei der Arbeit zuschauen durfte, der wird meine Auffassung teilen, dass dieser Slogan wunderbar auf den Jubilar passt. Strategische Ziele, betriebswirtschaftliche Notwendigkeiten oder steuerliche Optimierung: Für Dolf Weber gab es nur Lösungen, sei es für die ihm vertrauenden Mandanten oder für die Sozietät, deren Geschicke er viele Jahre mit gelenkt hat. Wir durften das angestrebte Ziel nicht in Frage stellen oder gar juristische Bedenken äußern, sondern mussten eine Lösung finden, die die Umsetzung der angestrebten Ziele *lege artis* ermöglichte. Und dabei schaute Dolf Weber schon immer über die Landesgrenzen hinaus. Sei es bei der Gründung ausländischer Büros durch die Sozietät oder in der Beratungspraxis. So haben wir jungen Gesellschaftsrechtsanwälte (natürlich unter Einbeziehung lokaler Anwälte) wie selbstverständlich Akquisitionsstrukturen für deutsche Immobilienportfolien im Ausland aufgesetzt. Dies waren in den 1990er Jahren vor allem – weil steuerlich privilegiert – niederländische Kapitalgesellschaften. Dass die Lösung juristisch fundiert und langfristig tragfähig sein musste, war für Dolf Weber eine Selbstverständlichkeit. Wir jungen Kollegen hatten die wissenschaftlichen Ressourcen, aber vor allem aber auch die Zeit, durch gründliche Recherche und im akademischen Austausch mit den Experten dafür Sorge zu tragen.

Die Kreativität der Berater hat nicht abgenommen. Bis heute werden vor allem die steuerlichen Berater nicht müde, kreative Lösungen zu suchen, die ihren Mandanten den Zufluss der Erträge aus Investitionen ohne

* Das Thema war auch Gegenstand eines Vortrags der Autorin anlässlich der Verleihung der juristischen Ehrendoktorwürde der EBS Universität für Wirtschaft und Recht in Wiesbaden.

lästige Steuerabflüsse ermöglichen. Das Thema dieses Vortrags hat seinen Ursprung in eben diesem Streben. Doch die Gestaltungsfantasie der Berater hat ihre Grenzen, nicht nur in den §§ 242 und 826 BGB und § 42 der AO, sondern schlicht in allgemeinen Grundsätzen des internationalen Privatrechts bzw. den bei uns anwendbaren Kollisionsnormen, sprich in unserer Rechtsordnung an sich.

Die diesem Beitrag zugrundeliegende, steuerlich motivierte Struktur, die hundertfach in unterschiedlichsten mittleren bis großen Immobilientransaktionen umgesetzt wurde, stellt uns nun vor ein Problem, das in der täglichen Beratungspraxis nicht nur Clifford Chance, sondern alle Sozietäten bewegt, die sich mit Immobilientransaktionen beschäftigen, und für das wir mangels einer höchstrichterlichen Entscheidung bisher auch keine allseitig befriedigende Lösung gefunden haben.

II. Einführung

Gesellschaftsrechtliche Beraterkunst war und ist es, eine Rechtsform für eine wirtschaftliche Tätigkeit zu finden, die einer Vielzahl von Anforderungen genügen muss. Haftungsbegrenzung, Zugriffsmöglichkeit auf liquide Mittel, unterschiedliche Steuerregime der beteiligten Parteien und insbesondere steuerliche Optimierung für (i) Gewinnausschüttung, (ii) Liquidationserlös oder beim (iii) Weiterverkauf der Gesellschaft/des Vermögens sind zu berücksichtigen. Beim Immobilienerwerb in Deutschland durch in- und ausländische Investoren war und ist bis heute oft die GmbH & Co. KG die Gesellschaftsform der Wahl, da sie Haftungsbeschränkung, unterjährige Verfügbarkeit der liquiden Mittel, steuerliche Transparenz und einen grunderwerbsteuerneutralen Verkauf der Immobilie im Share Deal in Zukunft ermöglicht.

In den Jahren 2002 ff. wurden vor diesem Hintergrund Kommanditgesellschaften gegründet, die außerdem keiner Betriebsstättenbesteuerung in Deutschland unterliegen sollten. Die naheliegende Struktur war zunächst die Gründung einer Kommanditgesellschaft mit einer Komplementärin, die ihrerseits eine ausländische Kapitalgesellschaft war. Häufigste Erscheinungsform in der Beratungspraxis sind die luxemburgische S.à r.l. & Co. KG, die holländische BV & Co. KG oder die englische Ltd. & Co. KG. Unter diesem Stichwort spricht die Praxis von der sogenannten "Auslandsgesellschaft & Co. KG". Gegen die Zulässigkeit einer solchen Rechtsform, d.h. einer Kommanditgesellschaft mit ausländischem Kom-

plementär, bestehen heute keine Bedenken mehr. Sowohl die Rechtsprechung als auch die Literatur gehen nahezu einhellig von der Wirksamkeit dieser Rechtsform aus.¹

Mit der Wahl einer ausländischen Komplementärin war aber regelmäßig nicht nur die Vertretung durch eine Gesellschaft ausländischen Rechts verbunden. Vielmehr war notwendige, ja zwingende Voraussetzung für das Erreichen der steuerlichen Ziele, dass nicht nur die Komplementärin ihren Satzungssitz im Ausland hatte, sondern vielmehr die Kommanditgesellschaft insgesamt weder Sitz noch Ort der Geschäftsleitung im Inland hatte, wobei gesellschaftsrechtlich der Verwaltungssitz der Ort der tatsächlichen Geschäftsleitung ist. Tatsächlich war also für die Vermeidung einer inländischen Betriebsstätte und für die Begründung eines ausländischen Verwaltungssitzes erforderlich, dass alle wesentlichen Geschäftsführungsmaßnahmen der Kommanditgesellschaft im Ausland getroffen wurden. Diese Personengesellschaften hatten daher auch im Rahmen ihrer eigenen Verwaltung keine Büros oder Mitarbeiter in Deutschland. Die Geschäftsführer hatten ihren Sitz am Sitz der Komplementärin im Ausland und sämtliche Geschäftsführungsentscheidungen wurden im Ausland getroffen und dies wurde auch sorgfältig dokumentiert.²

Es gibt heute noch eine sehr große Zahl von (teilweise sehr bedeutenden) Immobilien, die von Auslandsgesellschaft & Co. KGs mit Verwaltungssitz im Ausland gehalten werden. Diese sind nicht nur im Grundbuch eingetragen, sie sind Vermieter, Darlehensnehmer, Sicherheitengeber oder selbst Zielgesellschaft beim Verkauf einer Immobilie im Share Deal. Ge-

1 Vgl. statt aller: BGH, NJOZ 2010, 2124, 2124 f.; OLG Frankfurt a.M., NZG 2006, 830; LG Frankfurt a. M., 2-19 O 175/07 (unveröffentlicht); LG Frankfurt a. M., 3-14 O 106/08 (ebenfalls unveröffentlicht); Saarländisches OLG, DB 1989, 1076; BayOLG, ZIP 1986, 840, 841 ff.; *Binz/Mayer*, Die ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG im Aufwind?, GmbHR 2003, 249; *Mülsch/Nohlen*, Die ausländische Kapitalgesellschaft und Co. KG mit Verwaltungssitz im EG-Ausland, ZIP 2008, 1358; *Teichmann*, Die Auslandsgesellschaft & Co., ZGR 2014, 220, der zugleich anmerkt, dass das Nichtanerkennen aufgrund der Zulässigkeit der GmbH & Co. KG gegen das Gleichbehandlungsgebot verstoße und daher europarechtswidrig sei; *Werner*, Die Ltd. Co. KG – eine Alternative zur GmbH & Co. KG, GmbHR 2005, 288.

2 Dies ist nicht notwendigerweise mit einer Auslandsgesellschaft als Komplementärin verbunden. Die Problematik der Wahl eines ausländischen Verwaltungssitzes kann sich auch in einer inländischen Gesellschaft & Co. KG verstecken, wenn tatsächlich die Verwaltung der Objekt-KG durch einen ausländischen Kommanditisten ausschließlich aus dem Ausland heraus erfolgt.

genstand der nachfolgenden Ausführungen (III) ist die höchst umstrittene Frage, welches Recht auf eine solche Kommanditgesellschaft Anwendung findet, die tatsächlich ihren Verwaltungssitz außerhalb Deutschlands hat, sei es von Beginn an (Gründungsfälle) oder durch den Wegzug, d.h. die Verlegung ihres Verwaltungssitzes ins Ausland (Wegzugsfälle).³ In einem weiteren Teil (IV) sollen einige der praktischen Probleme skizziert werden, die sich aus dem auf diese Auslandsgesellschaft & Co. KGs anwendbaren Recht ergeben.

III. Deutsches internationales Privatrecht versus europarechtliches Primat

Der Jurist kann sich der Frage des anwendbaren Rechts von zwei Seiten nähern. Welche Antwort hat das deutsche internationale Privatrecht auf diese gesellschaftsrechtliche Frage? Oder: Gibt es übergeordnetes europäisches Recht, das unabhängig von der nationalen Umsetzung Vorrang hat? Da in der Vergangenheit der EuGH dem europäischen und den nationalen Gesetzgebern, denen es bis auf wenige Ausnahmen wie der Einführung der europäischen Aktiengesellschaft nicht gelang, ein europäisches Gesellschaftsrecht zu verabschieden, oft zuvor kam, soll zuerst ein Blick auf die Rechtsprechung des EuGH geworfen werden.

Die Niederlassungsfreiheit des AEUV auf Gesellschaften

Die nunmehr in Art. 48, 54 AEUV verankerte Niederlassungsfreiheit gewährt auch Gesellschaften das Recht auf Etablierung auf dem Gebiet eines anderen Mitgliedsstaates. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH ist unter dem Begriff der Niederlassung "eine feste Einrichtung, die bei Eingliederung in die nationale Volkswirtschaft der tatsächlichen Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit zu dienen bestimmt ist"⁴ zu

3 *Thiermann*, Möglichkeiten und Grenzen von Auslandsgesellschaften & Co., ZIP 2011, 988; ausführlich zu den Vor- und Nachteilen einer Ausländischen Kapitalgesellschaft & Co. KG am Beispiel der englischen Limited: *Werner*, GmbHR 2005, 288, 292 ff.; zur Mitbestimmung und den Möglichkeiten der Vermeidung siehe *Olbertz/Sturm*, Unternehmerische Mitbestimmung - Vermeidungsstrategien für die GmbH bzw. GmbH & Co. KG, GmbHR 2014, 1254.

4 Siehe statt aller: EuGH, Rs. C-221/89 (Factortame II), EuGHE, Slg. 1991, I -3905, Rn. 20; EuGH, Rs. C- 55/94 (Gebhard), EuGHE, Slg. 1995, I 4165, Rn. 25.

verstehen. Die Niederlassungsfreiheit gebietet insgesamt Gleichbehandlung von in- und ausländischen Gesellschaften.⁵ Aber erfasst die Niederlassungsfreiheit die Möglichkeit für (inländische) Gesellschaften, ihren Satzungssitz unter Beibehaltung der Rechtsform in einen anderen Mitgliedsstaat zu verlegen? Ein Blick auf die relevante Rechtsprechung des EuGH soll das überprüfen.

Die Rechtsprechung des EuGH zu Wegzugs- und Zuzugsfällen

Der EuGH führte in seiner "Daily Mail"⁶-Entscheidung (1993) noch aus, dass die Artikel 52 und 58 EWG-Vertrag – also die damaligen Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit (nunmehr Art. 48, 54 AEUV) – einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedsstaates gegründet ist und in demselben auch ihren satzungsmäßigen Sitz hat, gerade nicht das Recht gewähren, dass diese den Sitz ihrer Geschäftsleitung in einen anderen Mitgliedstaat verlegen kann. Vielmehr ist es den Mitgliedsstaaten gestattet, den Wegzug nationaler Gesellschaften zu verbieten.

Die "Centros"⁷-Entscheidung des EuGH (1999) markiert einen bedeutenden Schritt in Richtung Freizügigkeit. So kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass "es für sich alleine keine missbräuchliche Ausnutzung des Niederlassungsrechts [darstelle], wenn ein Staatsangehöriger, der eine Gesellschaft gründen möchte, diese in dem Mitgliedstaat errichtet, dessen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften ihm die größte Freiheit lassen, und in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen gründet."⁸ Danach ist es den Mitgliedsstaaten zwar gestattet, missbräuchlichem Verhalten Einhalt zu gebieten, die bloße Umgehung von Kapitalaufbringungsvorschriften kann allerdings nicht als ein solches betrachtet werden. Im Ergebnis kann damit der Zuzug von ausländischen Gesellschaften nur unter engen Voraussetzungen untersagt werden.

In der "Überseering"⁹-Entscheidung (2002) urteilte der EuGH ausdrücklich, dass auch der Zuzug von Gesellschaften dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit unterfällt.

⁵ *Teichmann*, ZGR 2014, 220, 226.

⁶ EuGH, Rs. 81/87 (Daily Mail), NJW 1989, S. 2186.

⁷ EuGH, Rs. C-212/97 (Centros), NJW 1999, S. 2027.

⁸ EuGH, Rs. C-212/97 (Centros), NJW 1999, S. 2027, 2028.

⁹ EuGH, Rs. C-208/00 (Überseering), GmbHR 2004, S. 1137.

Diese Entwicklung setzte sich in der "Inspire Art"¹⁰-Entscheidung aus dem Jahre 2003 fort. So entschied der EuGH, dass eine Regelung eines Mitgliedsstaates europarechtswidrig sei, sofern diese die Ausübung der Freiheit zur Errichtung einer Zweigniederlassung eines Ausländers in diesem Staat von Voraussetzungen abhängig machen, die im innerstaatlichen Recht beispielsweise bei der Gründung von Gesellschaften oder bezüglich des Mindestkapitals unter Haftungsgesichtspunkten nicht vorgesehen sind. Ausnahme hiervon ist wieder, entsprechend der Centros-Entscheidung, die Verhütung von Missbrauch, der jedoch jeweils im konkreten Einzelfall nachzuweisen wäre.

Im Jahr 2005 urteilte der EuGH, dass auch grenzüberschreitende Verschmelzungen dem Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit unterfallen ("Sevic"¹¹-Urteil). Grund hierfür sei, dass dies für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes eine wichtige Modalität der Ausübung der Niederlassungsfreiheit darstelle. In der Folge kam es zur Verabschiedung der Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung und deren Umsetzung in den §§ 122a ff. UmwG. Diese regeln jedoch ausschließlich die Fälle der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften untereinander.¹²

Seit dem "Vale"¹³-Urteil aus dem Jahr 2012 ist es dem nationalen Gesetzgeber auch nicht mehr erlaubt, den Zuzug einer Auslandsgesellschaft zu verweigern, wenn diese ihre Rechtsform über die Grenze hinweg in eine Rechtsform des Zuzugslandes wechseln möchte, wenn dieser Rechtsformwechsel für Inlandsgesellschaften möglich ist.¹⁴

Der EuGH hatte also in der Entscheidung "Daily Mail" zum Wegzug einer Gesellschaft noch ausdrücklich klargestellt, dass dieser mit einem Verlust der Anerkennung im Land seines ursprünglichen Sitzes verbunden sein kann, wenn die Rechtsordnung des Gründungslandes dies bestimmt. "Daily Mail" bestätigt also das Primat des nationalen Kollisionsrechtes für Wegzugsfälle. Die oben beschriebenen darauf folgenden Entscheidungen

10 EuGH, Rs. C-167/01 (Inspire Art), NJW 2003, S. 331.

11 EuGH, Rs. C-411/03 (Sevic), NJW 2006, S. 425.

12 S. hierzu auch MünchGmbHG/J. Mayer, § 4a Rn. 66c.

13 EuGH, Rs. C-378/10 (Vale), NJW 2012, S. 2715.

14 Erste vielversprechende praktische Erfahrungen wurden zu dieser Konstellation gesammelt; so ging das OLG Nürnberg in einem Beschluss aus dem Jahr 2013 davon aus, dass die grenzüberschreitende Verlegung einer ausländischen Kapitalgesellschaft (konkret einer luxemburger S.à r.l.) von Luxemburg nach Deutschland in eine Kapitalgesellschaft deutschen Rechts unter identitätswahrender Umwandlung möglich und zulässig ist, NZG 2014, 349, 350 f.

des EuGH befassten sich zwar ausnahmslos mit den sogenannten Zuzugsfällen und den (unzulässigen) Hürden, die das Land des Zuzugs einer Gesellschaft auferlegt, die in ihren Einzugsbereich umziehen möchte. Es wäre dennoch konsequent gewesen, wenn der EuGH auch für die sogenannten Wegzugsfälle unter Aufgabe der "Daily Mail"-Rechtsprechung zugunsten der Niederlassungsfreiheit entschieden hätte. Zu aller Überraschung hat der EuGH aber im Jahr 2008 im "Cartesio"¹⁵-Urteil das "Daily Mail"-Urteil insoweit bestätigt, als er einem Mitgliedsstaat die Anwendung inländischen Kollisionsrechts für die Frage gestattet, ob eine nach seiner Rechtsordnung wirksam gegründete Gesellschaft im Falle eines Wegzugs weiterhin in diesem anderen Mitgliedsstaat Bestand haben kann.¹⁶ Es sprechen viele gute Gründe dafür, dass die Niederlassungsfreiheit heute weiter ausgelegt wird und auch den Wegzug der Gesellschaften unter Beibehaltung ihrer bei Gründung gewählten Governance erfassen sollte. Insgesamt ist jedoch anzumerken, dass die Rechtsprechung des EuGH noch keine unionsrechtlichen Vorgaben für eine rechtsformwahrende Verlegung des Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedsstaat macht. In der "Cartesio"-Entscheidung hat der EuGH vielmehr deutlich klargestellt, dass eine solche Regelung nur durch den Gesetzgeber erfolgen darf. Der EuGH hat in – ungewohnter Zurückhaltung – von der Möglichkeit der weiten Auslegung der europarechtlichen Regelungen keinen Gebrauch gemacht. Mit der bisher herrschenden Meinung¹⁷ muss man daher die Frage des anwendbaren Rechts unter Anwendung des nationalen Kollisionsrechts lösen.

Die Anwendung deutschen internationalen Privatrechts

Für die Frage, welches Recht auf die Auslandsgesellschaft & Co. KG mit Verwaltungssitz im Ausland Anwendung findet, muss im ersten Schritt auf die in Deutschland geltenden kollisionsrechtlichen Regeln zurückge-

15 EuGH, Rs. C-210/06 (Cartesio), NJW 2012, S. 2715.

16 Dies war insofern überraschend, als dass vielfach erwartet wurde, dass auch dieses letzte Primat des innerstaatlichen Rechts fallen würde, vgl. hierzu beispielsweise *Leible*, in: Michalski (Hrsg.), GmbHG, Systematische Darstellung 2 Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 35.

17 *T. Fleischer*, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 1.

griffen werden. Hier kommt es zunächst auf den Anknüpfungsgegenstand an. Das ist in unserem Fall Existenz und Governance einer Gesellschaft, also die Voraussetzungen, unter denen eine Gesellschaft am Geschäftsleben teilnimmt, einschließlich ihres Gegenstands, der Willensbildung und ihrer Vertretung. Im nächsten Schritt ist zu prüfen, welche Anknüpfungspunkte das internationale Privatrecht bietet. Danach wird in nahezu allen Jurisdiktionen zwischen Sitz- und Gründungstheorie unterschieden.

Gründungstheorie

Nach der Gründungstheorie ist eine Gesellschaft rechts- und parteifähig, wenn sie nach dem Recht ihres Gründungslandes wirksam gegründet und nach dessen Recht rechts- und parteifähig ist.¹⁸ Diese Theorie wird vor allem in England, Dänemark und den Niederlanden angewendet. Vorteile liegen in der einfachen Bestimmbarkeit des anwendbaren Rechts und der Privatautonomie. Nachteilig ist, dass die Rechtswahl durch den Gründer die Gefahr eines Rechtsgeschäfts zu Lasten Dritter, konkret der Gläubiger, Minderheitsgesellschafter und Arbeitnehmer, birgt. Dies hat zudem die Folge, dass ein Wettlauf der Staaten um das "liberalste" Gesellschaftsrecht ausgelöst werden könnte.¹⁹

Sitztheorie

Anknüpfungspunkt der Sitztheorie²⁰ ist hingegen der effektive Verwaltungssitz der Gesellschaft. Neben einer wirksamen Gründung unter Beachtung der einschlägigen Vorschriften des Gründungsstaates ist es erforderlich, dass die juristische Person auch ihren Verwaltungssitz im Land der

18 *Preißler*, in: *Preißler/Rönn*, Die KG und die GmbH & Co. KG, Kap. VIII Rn. 3.1.1; *Götze*, in: *Wegen* (Hrsg.), Gesellschaftsrecht des Auslandes, Deutschland, Rn. 418.

19 "Race to the bottom", vgl. hierzu BGH, ZIP 2000, 967, 968; wohl angelehnt an den "Delaware-Effekt" in den USA, s. dazu ausführlich die kritische Reflexion von *Eidenmüller*, in: *Lorenz* (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, München 2005 (zitiert als *Eidenmüller*, in: FS Heldrich, S. 581).

20 Zur strengen Sitztheorie s. BGH, ZIP 2000, 967, 968.

Inkorporation hat.²¹ Die Sitztheorie gilt in Deutschland, Frankreich, Belgien und Luxemburg, wobei in Deutschland nunmehr die modifizierte Sitztheorie²² herrscht. Vorteilhaft ist, dass es zu einer Berücksichtigung von Schutzinteressen der mit der Gesellschaft am Ort ihrer wirtschaftlichen Haupttätigkeit in Kontakt tretenden Verkehrskreise kommt. Dagegen sprechen jedoch z.B. die Schwierigkeiten bei der Lokalisierung des Verwaltungssitzes²³ und die Einschränkungen des Wegzugs.

Die Regelungen der §§ 4a GmbHG, 5 AktG

Bis zum MoMiG²⁴ galt die Sitztheorie für sämtliche Gesellschaftsformen auf die deutsches Kollisionsrecht anzuwenden war. Gemäß §§ 4a GmbHG, 5 AktG, die durch das MoMiG geändert wurden,²⁵ können deutsche Gesellschaften einen ausländischen Verwaltungssitz wählen, ohne dass dies Auswirkungen auf ihren Bestand hat (lediglich der Satzungssitz muss "im Inland" sein). Ziel dieser Regelungen war zum einen die Ermöglichung des Wegzugs deutscher Kapitalgesellschaften ins Ausland. Zum anderen sollte die Exportfähigkeit deutscher Gesellschaftsformen gesteigert werden, insbesondere in Hinblick auf die englische Limited, auf einem "level playing field".²⁶

Anwendbares Recht für die KG?

An vergleichbaren gesetzlichen Regelungen wie für die GmbH und die AG fehlt es für die KG. Es gibt keine Norm, nach der auch für die Perso-

21 MünchBGB/Kindler, Bd. 11 IntGesR Rn. 420; Preißler, in: Die KG und die GmbH & Co. KG, Kap. VIII Rn. 3.1.1; Götze, in: Wegen (Hrsg.), Gesellschaftsrecht des Auslandes, Deutschland, Rn. 417.

22 BGH, NJW 2002, 3539, 3539 f.

23 S. ausführlich zu dieser Problematik: Zimmer, in: Baums/Hopt/Horn (Hrsg.), Liber Amicorum Richard M. Buxbaum, 2000, S. 655 ff. (zitiert als Zimmer, in: Liber Amicorum Buxbaum, S. 655).

24 BGBl. Teil I 2008, Nr. 48, 28.10.2008, S. 2026.

25 Konkret kam es hier zu einer jeweiligen Streichung der Absätze 2 und der Ergänzung der Worte "im Inland" in Abs. 1, s. bereits Reg.-Bgr., BTDr. 16/6140.

26 Reg.-Bgr., BTDr. 16/6140, 29. Ausführlich zu den durch die Neufassung erfolgten Änderungen: MünchGmbHG/J.Mayer, § 4a Rn. 68 ff.

nenhandelsgesellschaften die Gründungstheorie ausdrücklich Anwendung findet. So stellt sich die Frage, ob die §§ 4a GmbHG, 5 AktG zumindest entsprechend auf die Kommanditgesellschaft angewendet werden können.²⁷ Zum einen gibt es keine Gründe, die eine unterschiedliche Behandlung dieser Gesellschaftsformen zwingend erforderlich machen.²⁸ Zum anderen ist im Zuge des MoMiG auch der § 106 HGB angepasst worden. Nach ihm hat die Anmeldung der Personenhandelsgesellschaft die Mitteilung einer inländischen Geschäftsadresse zu enthalten. Hieraus wird zum Teil der Schluss gezogen, dass das Wort "inländisch" nur sinnvoll sei, wenn der Verwaltungssitz der Gesellschaft wiederum im Ausland liege, bzw. zumindest liegen könne.²⁹

Auch wenn sich der deutsche Gesetzgeber durch die Einführung der Vorschriften der §§ 4a GmbHG, 5 AktG für die Gründungs- und damit zeitgleich gegen die Sitztheorie zumindest für die Rechtsformen der AG und der GmbH entschieden hat,³⁰ muss man mit Blick auf die Gesetzmaterien und die Tatsache, dass bereits während des Gesetzgebungsvorhabens ein Referentenentwurf zur Einführung der Gründungstheorie für alle Gesellschaftsformen vorlag, die entsprechende Anwendung auf die Kommanditgesellschaften jedoch verneinen. Der Gesetzgeber hat sich bewusst gegen die Geltung der Gründungstheorie allgemein oder die Einführung einer mit § 4a GmbH vergleichbaren Regelung im Recht der Personenhandelsgesellschaft entschieden.³¹

27 In diesem Sinne: *Schäfer*, in: Staub (Bgr.), GK HGB, § 106 Rn. 19; ähnlich *Baumbach/Hopt/Roth*, § 106 HGB Rn. 8, der zwar das Festhalten an der Sitztheorie wohl für unangebracht hält, aber das entsprechende Regelungsbedürfnis ablehnt, *ders.*, ZGR 2014, 168, 190.

28 LG Frankfurt a. M., 2-19 O 175/07 (unveröffentlicht); zustimmend und sowohl von der Argumentation und dem Ergebnis identisch: LG Frankfurt a.M., 3/14 O 106/08 (ebenfalls unveröffentlicht), wengleich sich dieses stärker auf den Ort der Eintragung in das Handelsregister stützt, da dies ein kollisionsrechtlicher Anknüpfungspunkt sei.

29 *Thiermann*, ZIP 2011, 988, 990; *Roth*, ZGR 2014, 168, 198 mwN, unter Verweis auf den offenen Wortlaut und eine ansonsten unbegründete Ungleichbehandlung von Kapital- und Personengesellschaften; im Ergebnis wohl auch *Weitemeyer*, in: Oetker (Hrsg.), § 106 HGB Rn. 24.

30 In diesem Sinne auch *MünchGmbHG/J.Mayer*, § 4a Rn. 76: es handle sich hierbei um eine "versteckte, einseitige und rechtsformspezifische Kollisionsnorm".

31 BGH, NJW 2009, 289, 291, der zudem darauf hinweist, dass es bereits aus diesem Grund zu keinem massiven Vorgehen durch die Rechtsprechung kommen dürfe. Wie der Gesetzgeber zukünftig verfahren werde, sei offen, so der BGH unter Ver-

Zunächst ist daher festzuhalten, dass eine KG als deutsche Gesellschaft bei der Gründung ihren Verwaltungssitz in Deutschland haben muss. Sofern die KG ihren Sitz ins Ausland verlegen will, fällt sie zwangsweise *de lege lata* in Liquidation, da dieser Vorgang einen Statutenwechsel zur Folge hat.³² Ein Fortbestehen als werbende Gesellschaft nach dem "alten" Recht ist für sie als Personenhandelsgesellschaft gerade nicht möglich.

Zwischenfazit für die Auslandsgesellschaft & Co. KG

Insgesamt lässt sich – angestoßen durch die Rechtsprechung des EuGH – eine Wendung hin zur ausschließlichen Anwendung der Gründungstheorie feststellen. Dies wäre ein weiterer wichtiger Schritt auf dem Weg zur Harmonisierung der Rechtsordnungen und gleichzeitiger Rechtssicherheit.³³ Mangels gesetzlicher Regelungen muss aber weiterhin in der Praxis von der Geltung der Sitztheorie bei Personenhandelsgesellschaften ausgegangen werden. Bei der Auslandsgesellschaft & Co. KG mit Verwaltungssitz im Ausland muss daher im Weiteren unterschieden werden, ob sie den Verwaltungssitz nach Gründung ins Ausland verlegt hat (Wegzugsfall) oder von Anfang an ihren Verwaltungssitz im Ausland hatte (Gründungsfall). In den Wegzugsfällen kommt es zur Zwangsliquidation der Gesellschaft, die aber weiterhin als KG i.L. deutschem Gesellschaftsrecht unterliegt.³⁴ Im Gründungsfall entscheidet das Recht des Landes, in dem die

weis auf den damals zur Diskussion gestandenen Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen (s. FN 33). In Anbetracht der Tatsache, dass die Arbeiten an diesem Entwurf aus dem Jahr 2008 jedoch inzwischen aufgegeben wurden, wäre eine obergerichtliche Klärung weiterhin wünschenswert.

- 32 *Weitemeyer*, in: Oetker (Hrsg.), § 105 HGB Rn. 108; *Thiermann*, ZIP 2011, 988, 990; ablehnend zu der damit verbundenen Liquidation: *MünchHGB/Langhein*, § 106 Rn 30.
- 33 So auch die Begründung des Referentenentwurfes zum Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristische Personen, S. 5, außerhalb der EU hat der BGH sich im Jahr 2009 für das Festhalten an der Sitztheorie ausgesprochen, sofern keine völkerrechtlichen Abkommen zwingend die Anwendung der Gründungstheorie vorsehen, BGH, NJW 2009, 289 - Trabrennbahn, m. Anm. *Kieninger*; *Eidenmüller*, in: FS Heldrich, S. 581, 595, sieht in diesen Urteilen bereits die vollständige Beseitigung der Sitztheorie.
- 34 *Weitemeyer*, in: Oetker (Hrsg.), § 105 HGB Rn. 108 nWN; *Thiermann*, ZIP 2011, 988, 990; ähnlich BGH, NZG 2009, 1106, die Gesellschaft bestünde jedenfalls als

Gesellschaft ihren Verwaltungssitz hatte über deren Gesellschaftsstatut. Findet dort ebenfalls die Sitztheorie Anwendung (z.B. in Luxemburg) ist das ausländische Recht anwendbar. Findet dort die Gründungstheorie Anwendung (z.B. in England) kommt es zur Rückverweisung nach Deutschland, das diese Verweisung annimmt.³⁵

IV. Ausgewählte Probleme der Auslandsgesellschaft & Co. KG

Für die Auslandsgesellschaft & Co. KG ergeben sich daher je nach Ausgestaltung die unterschiedlichsten Probleme, die bei der Entscheidung über die Struktur oft unterschätzt werden, und die nachfolgend nur skizziert werden sollen.

In den Wegzugsfällen, dass heißt der gesetzlich angeordneten Liquidation, ist fraglich, wie die Gesellschaft künftig vertreten wird. Sollte die Komplementärin im Gesellschaftsvertrag nicht auch als Liquidatorin bestellt worden sein, würde die Gesellschaft wirksam gemäß §§ 161 Abs. 2, 146 HGB von allen ihren Gesellschaftern vertreten werden müssen. Dies war in der Vergangenheit bei einer Vielzahl der Gesellschaften mangels Bewusstsein über den Liquidationsstatus nicht der Fall. Die Wirksamkeit der von der Komplementärin alleine abgeschlossenen Rechtsgeschäfte u.a. auch des Immobilienerwerbs kann in Frage stehen.

Ein ähnliches Problem stellt sich in Hinblick auf die Frage der werbenden Tätigkeit einer Gesellschaft in Liquidation. Während der Liquidation ist gemäß § 149 S. 1 HGB die werbende Tätigkeit einzustellen und die Liquidatoren müssen die ausstehenden Forderungen einziehen etc., kurz zusammengefasst: alles tun, um die Vollbeendigung der Gesellschaft herbeizuführen. Auch bei diesem Vorgang kollidiert das Interesse der Gesellschafter und in der Regel auch der Gläubiger am Fortbestand und unterbrechungslosem Fortsetzen der Gesellschaft mit der gesetzlich angeordneten Folge der Liquidation. Fraglich ist, ob Rechtsgeschäfte, die gegen den Liquidationszweck verstoßen, wirksam sind. Einmal mehr zeigt dieses Beispiel, dass der Wegzug einer Personengesellschaft in einen anderen Mitgliedsstaat gerade nicht die Liquidation derselben zur Folge haben, sondern vielmehr ihren Fortbestand erlauben sollte.

Liquidationsgesellschaft iSd §§ 145 ff., 161 Abs. 2 HGB fort; OLG München, NZG 2007, 915, wenngleich nur für den Wegzug einer GmbH.
35 *Thiermann*, ZIP 2011, 988, 992 mwN.

Im Gründungsfall kann eine deutsche Gesellschaft dann vorliegen, wenn das Land des Verwaltungssitzes der KG der Gründungstheorie folgt. Hier kommt es zu einer Rückverweisung nach Deutschland, und die Gesellschaft ist nach dem deutschen Sachrecht zu beurteilen.³⁶ Eine Rück- bzw. Weiterverweisung ist grundsätzlich zu beachten.³⁷ Eine Entscheidung des BGH zu dieser Konstellation liegt bisher nicht vor. Somit bleibt noch abzuwarten, ob er die Gesellschaft nach den Grundsätzen der fehlerhaften oder faktischen Gesellschaft als KG anerkennen würde oder gar als GbR qualifizieren würde. Die rechtsgeschäftliche Vertretung der Gesellschaft hängt aber z.B. maßgeblich von der Beantwortung dieser Frage ab. Sollen die Anteile dieser Gesellschaft verkauft werden, ist zu klären, was wie übertragen werden kann. Hat diese Gesellschaft Immobilien erworben, stellt sich die Frage, ob die Eintragung der Gesellschaft im Grundbuch als deutsche KG den Rechtsübergang auf die Gesellschaft bewirkt hat.

Im Gründungsfall liegt eine Gesellschaft ausländischen Rechts dann vor, wenn das Land des Verwaltungssitzes der KG der Sitztheorie folgt. Auch hier hängt die rechtsgeschäftliche Vertretung der Gesellschaft maßgeblich davon ab, welche Rechtsform ausländischen Rechts begründet wurde. Sollen die Anteile dieser Gesellschaft verkauft werden, ist wiederum offen, was wie übertragen werden kann. Wie oben stellt sich die Frage des wirksamen Grundbuchvollzugs (Rechtsübergang auf eine Gesellschaft ausländischen Rechts!) und des Vertragsgegenstands bei einem Share Deal.

V. Fazit und Ausblick

Die Rechtsprechung des EuGH zeigt zwar in die Richtung der Gründungstheorie, vollständige Liberalisierung und Niederlassungsfreiheit liegt dennoch insbesondere für Personenhandelsgesellschaften im Fall der Gründung mit Verwaltungssitz in Ausland oder bei späterem Wegzug nicht vor. Hier wäre eine Klärung seitens der Rechtsprechung oder besser des Gesetzgebers wünschenswert. Eine Regelung wie die der §§ 4a GmbHG, 5 AktG bietet sich, wie gesehen, nicht nur für Kapitalgesellschaften an. Die

³⁶ *Thiermann*, ZIP 2011, 988, 992 mwN.

³⁷ *Götze*, in: *Wegen* (Hrsg.), *Gesellschaftsrecht des Auslandes, Deutschland*, Rn. 417.

aktuellen Vorgaben in Hinblick auf die diskutierte Problematik im Spannungsfeld des Wegzugs und der damit einhergehenden Liquidation werden der Interessenlage der Gesellschafter, aber auch der Gläubiger nicht gerecht. Geboten ist primär eine Korrektur dahingehend, eine Personengesellschaft im Falle des Wegzugs nicht zu liquidieren, sondern ihr ebenso wie einer Kapitalgesellschaft den Wegzug zu ermöglichen. Letztlich ist die vollständige Aufgabe der Sitztheorie zu wünschen.³⁸ Dies wäre im Sinne der Gleichbehandlung und der Liberalisierung des (internationalen) Gesellschaftsrechts überaus zu begrüßen, zumal der Ort der Geschäftsleitung im internationalen Umfeld bei Geschäftsführern, die ihren Lebensmittelpunkt in verschiedenen Ländern haben und die wesentliche Entscheidungen oft über das Telefon treffen, nicht immer leicht zu bestimmen ist.³⁹

Bis dahin wird sich die Praxis mit den Auslandsgesellschaften & Co. KGs mit Verwaltungssitz im Ausland in all ihren Ausprägungen beschäftigen müssen, zumal der Wunsch der steuerlichen Berater nach einem Aufsetzen dieser Strukturen trotz Kenntnis der unklaren Rechtslage immer wieder an die Rechtsberater herangetragen wird.

38 Ähnlich bereits *Mülsch/Nohlen*, ZIP 2008, 1358, 1362; aA *Fingerhuth/Rumpf*, MoMiG und die grenzüberschreitende Sitzverlegung – Die Sitztheorie ein (lebendes) Fossil?, IPRax 2008, 90.

39 S. ausführlich *Zimmer*, in: *Liber Amicorum Buxbaum*, S. 655 ff.