

Christoph Ludwig

Internationales Gesellschaftsrecht der deutschen typenvermischten Personengesellschaften

Sitz der EU-auslandsgeführten Kapitalgesellschaft & Co. KG
und Niederlassungsfreiheit von Anteilshabern und
Leitungspersonen



Nomos

Studien zum Gesellschaftsrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Ulrich Haas

Prof. Dr. Detlef Kleindiek

Prof. Dr. Christoph Teichmann

Band 16

Christoph Ludwig

Internationales Gesellschaftsrecht der deutschen typenvermischten Personengesellschaften

Sitz der EU-auslandsgeführten Kapitalgesellschaft & Co. KG
und Niederlassungsfreiheit von Anteilshabern und
Leitungspersonen



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Würzburg, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6438-9 (Print)

ISBN 978-3-7489-0561-5 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Für Janna, Carla und meine Eltern

Vorwort

Die Juristische Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg nahm die vorliegende Arbeit im Wintersemester 2015 als Dissertation an. Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung wurden für die Drucklegung aktualisiert auf den Stand von Dezember 2019.

Vielmals zu danken habe ich meinem Doktorvater Prof. Dr. Christoph Teichmann für die Betreuung des Promotionsvorhabens einschließlich der Themenfindung sowie für die Aufnahme in die von ihm mitherausgegebene hiesige Schriftenreihe „Studien zum Gesellschaftsrecht“. Prof. Dr. Michael Sonntag danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Mein herzlicher Dank für die kritische Durchsicht des Manuskripts gilt meinem Studienfreund Dr. Jan-Hendrik Seifer und meinem langjährigen Schulfreund Prof. Dr. Timo Braun.

Besonders danken möchte ich meiner Ehefrau Janna sowie meinen Eltern Doris und Horst Ludwig für ihren Rückhalt in allen Lebenslagen einschließlich ihrer stetigen Unterstützung während meines Studiums und bei der Anfertigung dieser Arbeit.

Düsseldorf / Lauterbach (Hessen), im Dezember 2019 *Christoph Ludwig*

Inhaltsverzeichnis

Einleitung und Gang der Untersuchung	25
1. Teil: Grundlagen	30
A. Kapitalgesellschaft & Co. KG	30
I. Gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit und historische Entwicklung	30
1. Deutsche Kapitalgesellschaft & Co. KG	30
a) Allgemeine Zulässigkeit	30
b) UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG	32
2. EU-ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG	33
a) Allgemeine Rechtsfähigkeit und Beteiligungsfähigkeit nach Recht des Gründungsstaats	34
b) Keine sonstigen Zulässigkeitsschranken nach deutschem Recht	35
3. Supranationale Kapitalgesellschaft & Co. KG	38
II. Ausprägungen	39
B. Verwaltungssitz im EU-Ausland	41
I. Motive und Ursachen eines Verwaltungssitzes im Ausland	42
1. Unternehmerische, gesellschafts- und insolvenzrechtliche Vorteile	42
2. Steuerliche Vorteile	44
3. Identitätswahrung	47
4. Bewusste und zufällige Verlegung des Verwaltungssitzes	47
II. Grundzüge des Internationalen Gesellschaftsrechts	48
1. Vertragsstatut und Gesellschaftsstatut	48
2. Anknüpfungskonzepte zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts	49
a) Sitztheorie	50
aa) Objektive Anknüpfung	50
bb) Ort des effektiven Verwaltungssitzes	51
cc) Wandelbare Anknüpfung	55
dd) Vorteile und Nachteile	56
b) Gründungstheorien	58

Inhaltsverzeichnis

aa) Ausprägungen und Wandelbarkeit der Anknüpfung	58
(1) „Inkorporationstheorie“	58
(2) „Registrierungstheorie“ und „Satzungssitztheorie“	59
(3) „Organisationstheorie“	60
(4) Weitere potentielle Anknüpfungspunkte	61
bb) Vorteile und Nachteile	61
3. Gesamtverweisung, Rück- und Weiterverweisung; Sachnormverweisung	63
2. Teil: Isolierte Betrachtung der deutschen Komplementärgesellschaft	65
A. Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG	65
I. Kollisionsrechtliche Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts nach der Sitztheorie	65
1. Grundsatz: Gesamtverweisung	67
2. Ausnahme: Sachnormverweisung	68
a) Verwaltungssitzwahl als Rechtswahl i.S.d. Art. 4 Abs. 2 S. 2 EGBGB?	68
b) Widerspruch gegen Sinn der Verweisung (Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB)?	70
3. Auflösung unmittelbar qua Sitztheorie bei ausländischem Verwaltungssitz?	72
4. Möglichkeit der Rückverweisung bereits bei Gründung	73
II. Sachrecht	74
1. Vorgaben für die Sitz-Wahl aus § 4a Abs. 2 GmbHG a.F. und § 5 Abs. 2 AktG a.F.	75
2. Zulässiger Verwaltungssitz in Gründungstheoriestaat bei tatsächlichem Anknüpfungsmoment im Inland	75
3. Unzulässigkeit eines ausländischen Verwaltungssitzes im Übrigen	77
a) Gesellschaftsgründung: Keine Eintragung, Registerlöschung, Amtsaufhebungsverfahren	77
b) Verwaltungssitzverlegung in Gründungstheoriestaat: Amtsaufhebungsverfahren	78
c) Verwaltungssitzverlegung in Sitztheoriestaat: Auflösung ipso iure	80
4. Rechtsfolgen eines entsprechenden Verlegungsbeschlusses	81

B. Aktuelle Rechtslage nach Inkrafttreten des MoMiG	82
I. Bedeutung der Neuregelung von § 4a GmbHG n.F. und § 5 AktG n.F.	82
1. Definitionsnormen	82
2. Freie Wahl des Satzungssitzes im Inland	83
3. Freie Wahl des Verwaltungssitzes im Ausland	84
a) Materiell-rechtlicher Gehalt	84
aa) Wortlaut	85
bb) Normhistorie	85
cc) Wille des Gesetzgebers	87
dd) Systematik: Inländische Geschäftsanschrift	89
ee) Zwischenergebnis	91
b) Kollisionsrechtlicher Gehalt	92
aa) Meinungsbild	92
(1) Einseitige Gründungsanknüpfung bzgl. des Wegzugs einer GmbH oder AG	92
(2) Allseitige Gründungsanknüpfung für das gesamte deutsche Internationale Gesellschaftsrecht	95
(3) Kein kollisionsrechtlicher Gehalt	97
bb) Stellungnahme	101
(1) Zum kollisionsrechtlichen Gehalt allgemein	101
(a) Wortlautanalyse: „im Inland“ als Ausdruck eines kollisionsrechtlichen Gehalts	101
(b) Keine Auslegung des „Sitz“-Begriffs als Verwaltungssitz	104
(c) Zur vermeintlich verfehlten Kodifizierung im GmbHG bzw. AktG	105
(d) Zum Gleichlauf von Kollisions- und Sachrecht	106
(e) Analyse und Bedeutung der Rechtsprechung zu §§ 4a GmbHG, 5 AktG n.F.	107
(f) Wille des Gesetzgebers: „Erhöhung“ des Spielraums deutscher Gesellschaften	110
(g) Keine Entbehrlichkeit eines kollisionsrechtlichen Gehalts im EU-Raum	112
(2) Zum allseitigen kollisionsrechtlichen Gehalt	114
c) Reichweite	117
aa) EU/EWR-Ausland und Drittstaaten	118

Inhaltsverzeichnis

bb) Gründung und Sitzverlegung	121
II. Folgen für die kollisions- und sachrechtliche Behandlung der Verwaltungssitzwahl und -verlegung	121
C. Ergebnis zum 2. Teil	122
3. Teil: Isolierte Betrachtung der deutschen KG	124
A. Rechtslage nach autonom deutschem Recht	124
I. Kollisionsrecht	124
1. Kollisionsrechtliche Anknüpfungskonzeption für Personengesellschaften	124
a) Geltung des Vertrags- oder Gesellschaftsstatuts?	124
b) Ursprünglich Anknüpfung im Sinne der Sitztheorie	128
c) Nach MoMiG Übergang zur Gründungstheorie?	128
2. Kollisionsrechtliche Behandlung eines ausländischen Verwaltungssitzes bei Personengesellschaften	133
a) Möglichkeit einer Rückverweisung bei Personengesellschaften allgemein	134
b) Möglichkeit der Rückverweisung bereits bei Gründung einer Personengesellschaft	137
II. Sachrecht	138
1. Der „Sitz“ von Personengesellschaften	138
a) Maßgeblichkeit des Verwaltungssitzes	139
b) Maßgeblichkeit eines gesellschaftsvertraglich gewählten Sitzes	141
aa) Recht der Personen(handels)gesellschaften und Privatautonomie	142
bb) Ungerechtfertigte Ungleichbehandlung zu Kapitalgesellschaften	143
cc) Registerrechtliche Aspekte und Rechtsverkehrsschutz	145
c) Stellungnahme	148
aa) Wortlaut der Vorschriften über den Sitz	148
bb) Systematische Gesichtspunkte	148
(1) Sitz der Körperschaften	148
(2) Sitz der Partnerschaftsgesellschaft	150
(3) Sitz der EWIV	152
(4) Bedeutung des „Sitz“-Verständnisses in § 17 Abs. 1 S. 2 ZPO	153
(5) Folgerungen	153

cc)	Personengesellschaften zwischen natürlichen und juristischen Personen	154
dd)	Zur Rechtslage nach parallel ausgestaltetem österreichischem HGB (a.F.)	156
ee)	Kollisionsrechtliche Implikationen	158
ff)	Registerrechtliche Auswirkungen	158
	(1) Personengesellschaften ohne Eintragungsmöglichkeit (GbR)	159
	(2) Personenhandelsgesellschaften (OHG und KG)	160
	(a) Deklaratorische Eintragung und Registerzwang	160
	(b) Registerkontrolle	162
	(c) Schutz des Rechtsverkehrs	163
	(d) Schutz von Minderheitsgesellschaftern	164
	(e) Besonderheiten der KG	165
	(3) Zwischenergebnis	166
gg)	Einfluss des MoMiG	167
	(1) Kein ausdrücklich geäußelter Wille des Gesetzgebers	168
	(2) Einführung einer inländischen Geschäftsanschrift für Personenhandelsgesellschaften	169
	(a) Freie Wahl der inländischen Geschäftsanschrift	169
	(b) Zusammenfallen von Sitz und inländischer Geschäftsanschrift	170
d)	Zwischenergebnis	176
2.	Folge des ausländischen Verwaltungssitzes	177
a)	Verlust der Zuständigkeit eines inländischen Registergerichts	177
	aa) Zur registerrechtlichen Maßgeblichkeit des statutarischen Sitzes	178
	bb) Zur Geltung des Verwaltungssitzes nur für die (Erst-)Zuständigkeit des Registergerichts	179
	cc) Zur Bedeutung der inländischen Geschäftsanschrift	184
	dd) Zur hilfswisen Heranziehung anderer Inlandsmomente	186
b)	Verlust eines inländischen allgemeinen Gerichtsstands i.S.d. § 17 Abs. 1 ZPO	187

Inhaltsverzeichnis

aa)	Prozessualer „Sitz“-Begriff des § 17 ZPO	187
bb)	Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte	189
cc)	Zum Vergleich mit dem Wohnsitz natürlicher Personen	189
dd)	Zur (hilfsweisen) Zuständigkeit anderer oder sämtlicher inländischer Gerichte	190
3.	Konsequenzen für die deutsche Personengesellschaft	193
a)	Ursprüngliche Wahl des Verwaltungssitzes im Ausland bei Gründung	193
aa)	Verwaltungssitzstaat folgt Sitztheorie	193
bb)	Verwaltungssitzstaat folgt Gründungstheorie	194
	(1) Bedeutung von BGH, Urt. v. 06.04.1969 – VII ZR 163/68	194
	(2) Zur Anwendung der §§ 105 ff. HGB, die keine Eintragung erfordern	195
	(3) Zur Entstehung einer GbR	196
	(4) Zur faktischen Invollzugsetzung einer vollwertigen OHG bzw. KG	197
	(5) Rückwirkende kollisionsrechtliche Korrektur	200
b)	Nachträgliche Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland	201
aa)	Fortexistenz als Personengesellschaft deutschen Rechts	201
	(1) Zur bloß deklaratorisch wirkenden Eintragung	202
	(2) Zur Unwirksamkeit der Verwaltungssitzverlegung wegen fehlender Willensrichtung	203
	(3) Zur Fiktion des (Weiter-)Bestehens durch Registereintragung	204
	(4) Zwischenergebnis	205
bb)	Löschung der Personenhandelsgesellschaft nach § 395 FamFG	205
cc)	Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft	209
	(1) Gesetzliche Auflösungsstatbestände des Personengesellschaftsrechts	209
	(2) Übertragung der Grundsätze für Kapitalgesellschaften vor Inkrafttreten des MoMiG	210
	(a) Auflösungsbeschluss	210

(b)	Verstoß gegen §§ 4a Abs. 2 GmbHG, 5 Abs. 2 AktG a.F.	211
(c)	Parallele zur Satzungssitzverlegung bei Kapitalgesellschaften	213
(3)	Selbständige Betrachtung der Verwaltungssitzverlegung von Personengesellschaften	215
(a)	Sinn und Zweck der Auflösung	216
(b)	Ungeschriebener Auflösungsgrund	219
(c)	Auflösung durch Erzwingung einer entsprechenden Anmeldung	221
(d)	Möglichkeit eines Fortsetzungsbeschlusses	222
dd)	Fortbestehen als (Personen-)Gesellschaft des Zuzugsstaats ohne Auflösung	222
(1)	Automatischer Formwechsel sui generis durch kollisionsrechtlichen Statutenwechsel	223
(2)	Gewillkürter Formwechsel entsprechend UmwG	225
III.	Zwischenergebnis	226
B.	Auswirkungen der Niederlassungsfreiheit der KG	227
I.	Räumlicher Anwendungsbereich (grenzüberschreitender Bezug)	227
II.	Persönlicher Anwendungsbereich	228
1.	Gesellschaft (Art. 54 Abs. 1, 2 AEUV)	229
a)	Personengesellschaften	229
b)	Erwerbszweck	233
c)	Europäisch-autonomer Gesellschaftsbegriff	234
2.	Satzungsmäßiger Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung innerhalb der Union (Art. 54 Abs. 1 AEUV)	235
a)	Territorialer Bezug zum Unionsgebiet	235
b)	Zur Einschränkung bei Personengesellschaften auf bereits bestehende Tätigkeit	236
3.	Gegründet nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats (Art. 54 Abs. 1 AEUV)	237
a)	EuGH: „Vorfrage“ des nationalen Rechts	237
aa)	Eigenschaft der Gesellschaft als nach dem Recht des Herkunftsstaats gegründet	238
(1)	Kollisionsrecht und Sachrecht	239
(2)	Satzungssitz und Verwaltungssitz	243

Inhaltsverzeichnis

(3) Statutenwechsel und Statutenwahrung	244
bb) Existenz der Gesellschaft vermittels nationaler Rechtsvorschriften („Geschöpftheorie“)	250
(1) Vorschriften über Gründung und Funktionsweise	251
(2) Steuerrechtliche Behinderungen: Die Bedeutung von Daily Mail	252
(3) Einordnung als „Vorfrage“	258
b) Kritische Würdigung der „Vorfrage“-Konzeption	259
aa) Zum gegenwärtigen Stand des Unionsrechts	259
bb) Dogmatische Einordnung in Art. 54 AEUV	262
(1) Eigene primärrechtliche Anknüpfung an alternative Merkmale?	262
(2) Verweis auf mitgliedstaatliche Anknüpfungskonzeption	264
(3) Gründung und Fortexistenz	266
cc) Vermeintliche Wertungswidersprüche	269
(1) Fehlende Rechtfertigungsmöglichkeit und mitgliedstaatliche Disposition über Primärrecht	270
(2) Ungleichbehandlung von Gesellschaften aus Sitztheorie- und Gründungstheoriestaaten	271
(3) Zur Untrennbarkeit von Staatszugehörigkeit und Existenz	273
(4) Zum Verstoß gegen den effet utile-Grundsatz	273
(5) Zur Unterscheidung von Wegzug und Zuzug	275
(6) Zur (Un-)Gleichbehandlung von Gesellschaften und natürlichen Personen	275
(a) Gleichstellung mit natürlichen Personen	277
(b) Unterschiede bzgl. rechtlicher Komponente der Staatszugehörigkeit und Existenz	279
c) Dennoch keine „Immunität“ des nationalen Rechts über die Gründung und Auflösung von Gesellschaften	281
d) Übertragung auf die KG	283
aa) Gründungsfälle	283
bb) Rechtsformwahrende Verwaltungssitzverlegung	284
cc) Rechtsformwechselnde Verwaltungssitzverlegung	284
III. Zwischenergebnis	286
C. Auswirkungen von Rechtsetzungsvorhaben auf die Rechtslage de lege ferenda	287

I. Vollständiger Übergang zur Gründungsanknüpfung	287
II. Europäische Sitzverlegungsrichtlinie	289
D. Ergebnis zum 3. Teil	289
4. Teil: Gesamtbetrachtung der Kapitalgesellschaft & Co. KG	291
A. Ausgangspunkt nach herkömmlicher Betrachtung im deutschen Recht	291
I. Verwaltungssitzkongruenz von Kommandit- und Komplementärgesellschaft	291
II. Konstellationen einer Kapitalgesellschaft & Co. KG mit Verwaltungssitz im Ausland	294
III. Folgen eines im Ausland liegenden Verwaltungssitzes	295
1. Kollisionsrecht	295
a) Deutsche Kapitalgesellschaft & Co. KG	295
b) EU-ausländische und supranationale Kapitalgesellschaft & Co. KG	295
2. Sachrecht	297
a) Problembewusstsein	297
b) Zulässigkeit nur bei Aufrechterhaltung zweier paralleler Verwaltungssitze	299
c) Im Übrigen: Unzulässigkeit wegen fehlender Verknüpfung zur deutschen Rechtsordnung	301
d) Rechtsfolgen des Verwaltungssitzes im Ausland	301
aa) (Kapitalgesellschaft & Co.) KG	301
bb) Komplementärgesellschaft	302
(1) Deutsche und EU-ausländische Kapitalgesellschaft	302
(2) SUP	302
(3) SE	303
cc) Kommanditisten	304
B. Implikation der Niederlassungsfreiheit von Anteilshabern und Leitungspersonen	305
I. Räumlicher Anwendungsbereich für „Briefkastengründungen“	308
II. Persönlicher Anwendungsbereich	310
1. EU-ausländische Kapitalgesellschaft	310
2. Supranationale Kapitalgesellschaft (SE)	310
III. Sachlicher Anwendungsbereich	311
1. Gründung von und Beteiligung an Gesellschaften	311

Inhaltsverzeichnis

a)	Wortlaut des AEUV	312
b)	Rechtsprechung des EuGH	313
c)	Einwände gegen die „Gründungsfreiheit“	315
aa)	Zur fehlenden „Mobilitätskomponente“	315
bb)	Gründung einer Gesellschaft als „Vorfrage“ der Niederlassungsfreiheit?	317
2.	Gesellschaftsgründung und -beteiligung als „Niederlassung“ i.S.d. Art. 49 AEUV	317
a)	Selbständige Erwerbstätigkeit	318
b)	Tatsächliche Ausübung mittels fester Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat	319
aa)	Allgemeine Anforderungen	319
bb)	Dogmatische Einordnung	320
cc)	Erfordernisse im Einzelnen	323
(1)	Niederlassung im Aufnahmestaat	323
(a)	Zu „Briefkastengründungen“ und zur Rechtswahlfreiheit	323
(b)	Zur Bedeutung des Verwaltungssitzes und der Hauptniederlassung	329
(c)	Zum bloßen Gründungsakt	331
(2)	Zum Erfordernis eines „genuine link“ im Herkunftsstaat	332
c)	Primäre und sekundäre Niederlassungsfreiheit	336
3.	Konkurrenzverhältnis zur Kapitalverkehrsfreiheit	340
a)	Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV)	340
b)	Abgrenzung	341
4.	Leitung von Gesellschaften	343
5.	Sachlicher Anwendungsbereich für eine Kapitalgesellschaft & Co. KG	344
IV.	Gewährleistungsgehalt	345
1.	Grundstruktur	345
a)	Gesellschaftsgründung und -leitung nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats (Art. 49 Abs. 2 AEUV)	345
aa)	Regelungsautonomie des Aufnahmestaats	345
bb)	Diskriminierungsverbot	346
cc)	Beschränkungsverbot	347
dd)	Bedeutung des Gleichstellungsgebots für Gesellschaftsbeteiligungen (Art. 55 AEUV)	350
b)	Rechtfertigungsmöglichkeiten	351

aa) Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit (Art. 52 Abs. 1 AEUV)	351
bb) Zwingende Allgemeininteressen (Vier-Stufen-Test, Gebhard-Formel)	351
2. Niederlassungsfreiheit der Anteilsinhaber und Niederlassungsfreiheit der Gesellschaft	353
a) Auflösung des Spannungsfelds „Vorfrage“ vs. „fehlende Immunität“	353
b) Überwindung der Asymmetrie von „Wegzugs-“ und „Zuzugsfällen“	354
c) Dogmatischer Zusammenhang von Art. 49 Abs. 2 AEUV und Art. 54 Abs. 1 AEUV	356
d) Wertungswiderspruch aus Cartesio	357
aa) Verwaltungssitzerfordernis als Beschränkung oder Diskriminierung	357
bb) Widerspruch zur „Vorfrage“-Lösung des EuGH in Cartesio	361
3. Reichweite der Niederlassungsfreiheit der Anteilsinhaber und Leitungspersonen	362
a) Uneingeschränkter Rechtfertigungsvorbehalt nationalen Gesellschaftsrechts?	363
b) Lösung auf Ebene des persönlichen oder sachlichen Schutzbereichs?	366
aa) Vorrang der Niederlassungsfreiheit der Gesellschaft?	366
bb) Differenzierung von erstmaliger Gründung oder nachträglicher Beteiligung?	367
cc) Abgrenzung nach Verfahrensführer im Ausgangsrechtsstreit?	369
dd) Auslegung des Art. 49 Abs. 2 AEUV i.V.m. Art. 54 AEUV	370
c) Lösung auf Ebene des Gewährleistungsgehalts	371
aa) Mittelbare Beschränkung der Niederlassungsfreiheit der Gesellschaft (Segers)	371
(1) Verwaltungssitzvorgabe und Wohnsitzerfordernis	372
(2) Wohnsitzerfordernisse in der Rspr. des EuGH	372
(3) Bedeutung für Anteilsinhaber und Leitungspersonal einer Gesellschaft	374

Inhaltsverzeichnis

(4) Implikation der personalistischen Struktur von Personengesellschaften	376
(5) Zwischenergebnis	378
bb) Bereichsausnahme für Gründungsvorschriften vom Beschränkungsverbot?	378
cc) Betroffenheit des Marktzugangs von hinter der Gesellschaft stehenden natürlichen Personen?	382
d) Vorgaben aus Vale	386
aa) Gleichlaufendes Unionsrecht bei grenzüberschreitender Neugründung durch Umwandlung und originäre Gesellschaftsgründung	386
bb) Relevanz des Grundfreiheitenträgers	388
cc) Niederlassungsfreiheit und Recht zur Umwandlung und Neugründung („Ob“)	392
(1) „Soweit dies nach diesem Recht möglich ist“ (Cartesio)	392
(2) Grundsätzliche Geltung nationaler Gründungsvorschriften	396
dd) Niederlassungsfreiheit und Modalitäten der Umwandlung und Neugründung („Wie“)	397
(1) Geltung allgemeiner Grundsätze des Unionsrechts	397
(a) Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz	398
(b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	398
(2) Geltung für Verfahrensregelungen einer grenzüberschreitenden Umwandlung	399
(3) Geltung für Vorschriften über Existenz und mitgliedstaatlicher Eigenschaft einer Gesellschaft?	400
(4) Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz vs. Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot	404
(a) Äquivalenz- und Effektivitätsprinzip als Teil der Niederlassungsfreiheit	405
(b) Höhere Anforderungen an Verstoß gegen Effektivitätsgrundsatz	405
(c) Positive Regelungspflicht im Gegensatz zu bloßer Nichtanwendungspflicht	408
4. Folgen für die Prüfung der Niederlassungsfreiheit der Gesellschaft selbst	409

5. Erneute Überprüfung eines inländischen Verwaltungssitzerfordernisses der KG	410
a) Meinungsstand bei grenzüberschreitenden Umwandlungen (zur Neugründung)	410
b) Einordnung auf der Ebene des „Wie“ der Gründung	412
c) Überprüfung anhand der Grundsätze von Äquivalenz und Effektivität	413
V. Zwischenergebnis	415
C. Geänderte Rechtslage für eine Kapitalgesellschaft & Co. KG nach MoMiG	416
I. Inländische Zweigniederlassungseintragung für ausländischen Verwaltungssitz?	418
1. Rechtslage für die (Kapitalgesellschaft & Co.) KG als Personenhandelsgesellschaft	418
2. Rechtslage für die Komplementärgesellschaft als Kapitalgesellschaft	419
a) Inländische Zweigniederlassung durch inländischen Verwaltungssitz	421
b) Inländische Zweigniederlassung durch ausländischen Verwaltungssitz	422
II. Bestimmung des „Sitzes“ analog §§ 4a GmbHG, 5 AktG	424
1. Mögliche Lesarten des Analogieschlusses	426
2. Bestehen einer Regelungslücke	428
3. Planwidrigkeit der Regelungslücke	431
4. Rechtliche Vergleichbarkeit der Sachverhalte	432
a) Wertungen der §§ 4a GmbHG, 5 AktG in ihrer Neufassung durch das MoMiG	433
b) Vergleichbarkeit von Kapitalgesellschaft und Kapitalgesellschaft & Co. KG	435
aa) Kapitalgesellschaft & Co. KG als faktische Kapitalgesellschaft	435
bb) Normsystem der Kapitalgesellschaft & Co. KG	437
cc) Vergleichbarkeit der schützenswerten Interessengruppen	440
(1) Vorbemerkung: Kein Wechsel des Gesellschaftsstatuts	440
(2) Unternehmensmitbestimmung der Arbeitnehmer	440
(3) Minderheitenschutz	443
(4) Gläubigerschutz	445

Inhaltsverzeichnis

(a)	Kapitalschutz	445
(b)	Insolvenz	447
(c)	Publizität	447
(d)	Fehlende Auswirkungen eines im Ausland liegenden Verwaltungssitzes	449
dd)	Registerkontrolle	450
c)	Implikation der MoMiG-Neuregelungen	452
aa)	Verwaltungssitzwahl von Kapitalgesellschaften im Ausland	452
bb)	Schaffung eines level playing field zu EU- Auslandsgesellschaften	456
cc)	Einführung einer inländischen Geschäftsanschrift für eine Kapitalgesellschaft (& Co. KG)	460
(1)	Mittelbare erleichterte öffentliche Zustellung	460
(2)	Sachverhaltsvergleichbarkeit: Vorkommen missbräuchlicher (Auslands-)Firmenbestattungen	462
(3)	Zur Kongruenz von Geschäftsanschrift und Verwaltungssitz einer Kapitalgesellschaft & Co. KG	467
(a)	Zu OLG Schleswig, Beschl. v. 14.11.2011 – 2 W 48/11	467
(b)	Zulässigkeit der Eintragung von „c/o“- Zusätzen	470
d)	Praktische (registerrechtliche) Handhabung	472
e)	Zwischenergebnis	476
5.	Isolierte Deutung der Analogie für die deutsche Kapitalgesellschaft & Co. KG	477
III.	Europarechtskonformität	477
1.	Folgen für die EU-ausländische oder supranationale Kapitalgesellschaft & Co. KG	478
2.	Eingriff in die Niederlassungsfreiheit	479
3.	Rechtfertigungsgesichtspunkte	480
a)	Zwingende Gründe des Allgemeininteresses	480
b)	Geeignetheit	481
c)	Erforderlichkeit und mildere Mittel	481
aa)	Erfordernis eines inländischen Satzungssitzes allgemein	481
bb)	Koppelung an den Satzungssitz der Komplementärgesellschaft und mildere Mittel	482

(1) Verhältnis zur Koppelung des Satzungssitzes an den Verwaltungssitz?	483
(2) Weitere Komplementärgesellschaft in deutscher Rechtsform	484
(3) Inländische Geschäftsanschrift	485
(4) Eintragung einer inländischen Zweigniederlassung der ausländischen Komplementärin	485
(5) Eigenständiger, gesellschaftsvertraglich wählbarer Sitz	491
4. Zwischenergebnis	491
IV. Folgen für das deutsche Recht	491
1. Primärrechtskonforme Anwendung deutschen Rechts	492
2. Kollisionsrecht	494
3. Sachrecht	494
a) Verankerung der Kapitalgesellschaft & Co. KG durch inländischen Satzungssitz	495
b) Registerpublizität und Zustellungserreichbarkeit der deutschen Komplementärgesellschaft	495
c) Registerpublizität und Zustellungserreichbarkeit der EU-ausländischen bzw. supranationalen Komplementärgesellschaft	495
aa) Publizitäts- und Informationsdefizit	496
(1) Eintragung einer Zweigniederlassung	496
(2) Eintragung der Vertretungsbefugnisse im Registerblatt der KG	496
(a) Eintragungsfähigkeit gesetzlich nicht vorgesehener Angaben	497
(b) Eintragungserfordernis wie bei sonstigen juristischen Personen analog § 33 Abs. 2 HGB?	497
(c) Eintragungserfordernis wie bei inländischen Personenhandelsgesellschaften nach § 106 Abs. 2 Nr. 1 bzw. Nr. 4 HGB (analog) bzw. Zweigniederlassungen analog §§ 13d ff. HGB	498
bb) Fehlende Möglichkeit zur erleichterten öffentlichen Zustellung	502

Inhaltsverzeichnis

(1) Öffentliche Zustellung analog § 15a HGB bzw. § 185 Nr. 2 ZPO?	503
(2) Eintragung einer inländischen Geschäftsanschrift und eines Empfangsvertreters analog §§ 13d ff. HGB	505
(a) Eigene Zweigniederlassungseintragung?	505
(b) Eintragung zusätzlicher Angaben aus §§ 13d ff. HGB in das Registerblatt der KG	505
cc) Europarechtskonformität	507
D. Ergebnis zum 4. Teil	510
Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	512
Literaturverzeichnis	521