

# Die Auslandsgesellschaft & Co.

Prof. Dr. CHRISTOPH TEICHMANN, Würzburg\*

## Inhaltsübersicht

ZGR 2014, 220–251

I. Einleitung	221
1. Die Typenvermischung als „Kind der Gesetzesumgehung“	221
2. Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Typenvermischung	223
II. Gründung der Auslandsgesellschaft & Co. KG	229
1. Gesellschaftsstatut von KG und Komplementärgesellschaft	229
2. Vertretungsverhältnisse in Komplementärgesellschaft und KG	231
3. Firma der Auslandsgesellschaft & Co. KG	236
III. Vertragsgestaltung	239
1. Anteilsinkulierung	240
2. Gesellschafterversammlung	241
3. Informationsrecht	241
IV. Geschäftsführerhaftung gegenüber der KG	243
1. Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte	243
2. Rechtsdogmatische Kritik	244
3. Allgemein: Geschäftsführung durch juristische Personen	245
V. Kapitalerhaltung	247
VI. Zusammenfassung in Thesen	250

*Etwa hundert Jahre nach dem erstmaligen Auftreten der GmbH & Co. KG erfreut sich nunmehr auch die Auslandsgesellschaft & Co. KG zunehmender Beliebtheit. Die schon für die GmbH & Co. KG beklagte Komplexität der Grundtypenvermischung wird dadurch noch zusätzlich erhöht. Verschiedene Rechtsfragen, die bislang in Analogie zu Wertungen des GmbH-Rechts entschieden wurden, benötigen eine neue Bewertung. Der Beitrag plädiert dafür, sich für die Kapitalgesellschaft & Co. KG von der Analogie zum GmbH-Recht zu lösen. Um auch die Auslandsgesellschaft & Co. KG adäquat erfassen zu können, bedarf es einer Rückbesinnung auf allgemeine Grundsätze der haftungsbeschränkten Personengesellschaft, für die im Schrifttum bereits umfangreiche Vorarbeiten existieren.*

*The combination of a limited partnership (Kommanditgesellschaft) and a limited-liability company (GmbH) as its general partner (GmbH & Co. KG) is rather common in Germany. It combines the flexibility and tax advantages of a partnership with the limited liability of a company. Having to deal with such GmbH & Co. KG, German courts tend to apply by analogy particular provisions governing limited-liability companies. In recent times, however, more and more foreign companies are used for the same purpose and become the sole*

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und Gesellschaftsrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

*general partner in a German limited partnership. The article elaborates the legal consequences of such cross-border combination of a company and a partnership. It advocates the development of a general concept of a limited-liability partnership: Every partnership, where the general partner is not a natural person, shall be treated the same way, irrespective of the home jurisdiction of its general partner.*

## I. Einleitung

### 1. Die Typenvermischung als „Kind der Gesetzesumgehung“

Die *GmbH & Co. KG* ist so etwas wie das Schmutzkind des deutschen Gesellschaftsrechts. Sie gehört zwar irgendwie zur Familie, muss sich aber bisweilen recht üble Beschimpfungen anhören. Ein „Juristisches Monstrum“ nannte sie *Holdheim* im Jahre 1892,<sup>1</sup> eine „groteske Verrenkung“ *Julius von Gierke* 1958.<sup>2</sup> Teile der Unternehmenskommission sahen in ihr 1980 eine „pervertierte Formenkombination“<sup>3</sup>, für zumindest „rechtspolitisch fragwürdig“ halten sie *Kübler* und *Assmann*.<sup>4</sup> Hintergrund dessen ist der Erfindungsreichtum der Kautelarpraxis, die etwa „sternförmige“<sup>5</sup> und „doppelstöckige“<sup>6</sup> *GmbH & Co. KG* kreiert hat sowie solche, bei denen eine natürliche Person Kommanditist, *GmbH*-Alleingesellschafter und *GmbH*-Geschäftsführer in einem ist („Einpersonen-*GmbH & Co. KG*“)<sup>7</sup>. Ein gewisser Verrenkungscharakter lässt sich diesen Konstruktionen schwerlich absprechen.

Indessen haben die in der Literatur geäußerten Vorbehalte gegenüber der „Grundtypenvermischung“<sup>8</sup> vor allem damit zu tun, dass die *GmbH & Co. KG* – zumindest aus historischer Perspektive – mit einiger Berechtigung als ein „Kind der Gesetzesumgehung“<sup>9</sup> angesehen werden darf. Das erste massenhafte Auftreten verzeichnete man in Bayern, nachdem dort im Jahre 1910 die Doppelbesteuerung von *GmbH* und *GmbH*-Gesellschafter eingeführt worden war.<sup>10</sup> In der zweiten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts bescherte

1 HOLDHEIM, 1892, zitiert nach K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, S. 1623 (§ 56 I 2 a), Fn. 4.

2 J. VON GIERKE, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8. Aufl., 1958, § 37 IV 4. (S. 230).

3 Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission, Köln, 1980, S. 433 (Rdn. 828).

4 KÜBLER/ASSMANN, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., 2006, S. 353.

5 Vgl. K. SCHMIDT, aaO (Fn. 1), S. 1638 (§ 56 II 3 g).

6 Vgl. BINZ/SORG, Die *GmbH & Co. KG*, 11. Aufl., 2010, S. 15 ff (§ 2 Rdn. 18 ff).

7 BINZ/SORG, aaO (Fn. 6), S. 1 (§ 1 Rdn. 3).

8 Vgl. zum Begriff K. SCHMIDT, aaO (Fn. 1), S. 1621 (§ 56 I 1 a) mit Verweis auf ZIELINSKI.

9 K. SCHMIDT, aaO (Fn. 1), S. 1626 (§ 56 I 3 b) bb).

10 Vgl. K. SCHMIDT, *GmbHR* 1984, 272 ff; zur historischen Entwicklung auch SCHLÄPFKE, Vermögensbindung in der Kapitalgesellschaft & Co. KG als haftungsbeschränkter Personengesellschaft, 2013, S. 33 ff.

die strenge Publizität der Kapitalgesellschaften der GmbH & Co. KG erneut großen Zulauf. Das europäische Recht forderte ab dem Jahre 1980 eine Offenlegung des Jahresabschlusses.<sup>11</sup> Der deutsche Gesetzgeber schaffte es, die Umsetzung dieser Verpflichtung für die GmbH & Co. KG ganze 20 Jahre hinauszuzögern.<sup>12</sup> Zu nennen ist weiterhin die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat. Die Kommanditgesellschaft ist als Rechtsform mitbestimmungsfrei, selbst wenn sie keine natürliche Person als voll haftenden Gesellschafter vorzuweisen hat. Das MitbestG rechnet allerdings die Arbeitnehmer der KG der Komplementär-GmbH zu (§ 4 Abs. 1 MitbestG), so dass es bei einem Überschreiten der Schwelle von 2.000 Arbeitnehmern zu einer Mitbestimmung in der Komplementär-GmbH kommt.<sup>13</sup> Im Drittelbeteiligungsgesetz fehlt eine derartige Sonderregelung, es findet daher auf die GmbH & Co. KG keine Anwendung.<sup>14</sup>

Wenn schon die GmbH & Co. KG ihre Attraktivität teilweise aus der Gesetzesvermeidung bezieht, fragt man sich unwillkürlich, welchen Zwecken eine *Auslandsgesellschaft & Co.* dienen mag. In diesem Fall übernimmt eine im Ausland gegründete Kapitalgesellschaft die Stellung des Komplementärs. Die oben genannten Kritiker der GmbH & Co. müssten darin gewissermaßen eine „doppelstöckig pervertierte Formenkombination“ sehen. Die Vermeidung von Mitbestimmung dürfte bei diesen Gestaltungen eine gewisse Rolle spielen. *Sick/Pütz* haben zahlreiche Kommanditgesellschaften identifiziert, die mit einer deutschen Komplementär-GmbH/AG der Mitbestimmung unterlägen, dies durch die Wahl einer Komplementär-Gesellschaft ausländischen Rechts jedoch elegant vermieden haben:<sup>15</sup> Air Berlin wird von einer Plc & Co. KG geführt, die Drogeriemärkte Müller sind flächendeckend als Ltd. & Co. KG organisiert, der Bekleidungshändler H&M firmiert in Deutschland als B.V. & Co. KG.

Eine besondere Motivation kann für ausländische Unternehmer darin liegen, dass sie in der Kapitalgesellschaft & Co. den Vorteil der Steuertransparenz<sup>16</sup> mit der Corporate Governance-Struktur einer ihnen bekannten Heimat-

11 Vgl. LUTTER/BAYER/J. SCHMIDT, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl., 2012, S. 779 ff (§ 24).

12 Im Jahre 2000 trat das Gesetz in Kraft, das die Kapitalgesellschaft & Co. der Rechnungslegungspublizität unterwarf. Zur Vorgeschichte LUTTER, Europäisches Unternehmensrecht, 4. Aufl., 1996, S. 143 f.

13 ULMER/HABERSACK/HENSLER, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl., 2013, § 4 MitbestG, Rdn. 1.

14 ULMER/HABERSACK/HENSLER, aaO (Fn. 13), § 1 DrittelbG, Rdn. 9.

15 Ausführlich STCK/PÜTZ, WSI-Mitteilungen 2011, 34 ff, zusammenfassend AG 2011, R 195 ff.

16 Zur steuerlichen Behandlung der GmbH & Co. KG eingehend BINZ/SORG, aaO (Fn. 6), S. 369 ff (§ 16-§ 21).

rechtsordnung kombinieren können.<sup>17</sup> Denn die Geschäftsführung wird in der Kapitalgesellschaft & Co. bekanntlich von der Kapitalgesellschaft übernommen. Unterliegt diese dem ausländischen Recht, bleibt für die Akteure weitgehend alles beim ohnehin Bekannten. Sodann erlaubt die Auslandsgesellschaft & Co. mit Hilfe der „Anwachsung“ eine Übertragung des Vermögens der KG auf die ausländische Kapitalgesellschaft.<sup>18</sup> Dies mag im Einzelfall das allseits beklagte Manko ausgleichen, dass die gesellschaftsrechtliche Sitzverlegung über die Grenze immer noch mit zahlreichen Unsicherheiten behaftet ist.<sup>19</sup>

Letzten Endes dürften die Gründe für die grenzüberschreitende Typenkombination vielfältiger Natur sein. Das lässt sich schon deshalb vermuten, weil in der Praxis die Kombination mit einer englischen Limited keineswegs die einzig übliche Gestaltung ist. Eine Analyse der Handelsregistereintragungen von 2012 ergab, dass sich auch die niederländische B.V. großer Beliebtheit erfreut. Anzutreffen sind außerdem zahlreiche dänische Aps. und luxemburgische S.a.r.l., weiterhin belgische BVBA sowie spanische S.L.; sogar US-amerikanische Gesellschaften treten als Komplementäre deutscher KGs in Erscheinung.<sup>20</sup>

## 2. Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Typenvermischung

Zweifellos gibt es für die Errichtung einer GmbH & Co. KG nicht nur bedenkliche, sondern auch durchaus legitime und nachvollziehbare Motive.<sup>21</sup> So lässt sich die formlose Kapitalbeschaffung der KG mit der beschränkten Haftung und der von natürlichen Personen unabhängigen Kontinuität der GmbH verknüpfen; zudem gestattet die GmbH im Gegensatz zur Personengesellschaft die Fremddorganschaft. Daher entschied das Reichsgericht schon im Jahre 1922 grundlegend, dass diese Rechtsform dem Handelsverkehr nicht

17 Für diesen Hinweis danke ich Notar Dr. Oliver Vossius (München).

18 Zu diesem Modell in der GmbH & Co. KG BINZ/SORG, aaO (Fn. 6), S. 667 ff (§ 28 Rdn. 38 ff); zur grenzüberschreitenden Anwachsung HOFFMANN, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 6, IntGesR, 2013, S. 1243 ff (§ 55), insb. S. 1246 (§ 55 Rdn. 8).

19 Zwar ist eine formwechselnde Sitzverlegung auf Basis der *Vale*-Entscheidung des EuGH denkbar (siehe nur TEICHMANN, DB 2012, 2085 ff) und in Einzelfällen auch schon zugelassen worden (OLG NÜRNBERG, GmbHR 2014, 96 ff). Eine klar und rechtssicher ausgestaltete Verfahrensregelung fehlt jedoch; zu den Bemühungen um eine Sitzverlegungsrichtlinie: LUTTER/BAYER/J. SCHMIDT, aaO (Fn. 11), S. 142 (§ 9 Rdn. 4).

20 Eine ausführliche Veröffentlichung der Datenauswertung ist für die GmbHR 2014 geplant.

21 Siehe nur BINZ/SORG, aaO (Fn. 6), S. 5 ff, HAAS/MOCK, in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 4. Aufl., 2014, § 161, Rdn. 43 ff sowie K. SCHMIDT, aaO (Fn. 1), S. 1627 f (§ 56 I 4).

verwehrt werden könne.<sup>22</sup> Er dürfe sich zur Erreichung seiner geschäftlichen Ziele der Formen und Organisationen bedienen, die ihm die geringst möglichen Kosten verursachen.<sup>23</sup> Mit der Übertragung dieser liberalen Grundhaltung auf die Auslandsgesellschaft & Co. KG tat man sich allerdings lange Zeit schwer.<sup>24</sup> Dabei ist der gedankliche Ausgangspunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit der Typenkombination zunächst das deutsche Recht (*unter b*), daneben ist aber auch die beteiligte ausländische Rechtsordnung in den Blick zu nehmen (*unter c*). Zuvor sind mit Bezug auf EU- und EWR-Gesellschaften die Vorgaben der europäischen Niederlassungsfreiheit zu klären (*unter a*).

#### *a) Vorgaben der europäischen Niederlassungsfreiheit*

Die überwiegende Zahl von ausländischen Komplementärgesellschaften kommt aus Staaten der Europäischen Union bzw. des Europäischen Wirtschaftsraumes. Sie können sich bei ihrer Betätigung innerhalb Deutschlands auf die Niederlassungsfreiheit der Art. 49/54 AEUV berufen.<sup>25</sup> Deren Prüfung vollzieht sich in zwei Stufen:<sup>26</sup>

Zunächst ist die Zugehörigkeit einer Gesellschaft zur Rechtsordnung eines Mitgliedstaats festzustellen. Dies entspricht der Staatsangehörigkeit von natürlichen Personen und ist ein Rechtsbereich, den der Gerichtshof der Europäischen Union als eine in die Autonomie der Mitgliedstaaten gelegte „Vorfrage“<sup>27</sup> ansieht. Steht die Zugehörigkeit zu einem Mitgliedstaat fest, und will sich die Gesellschaft anschließend in einem anderen Staat niederlassen, so wirkt die Niederlassungsfreiheit als Beschränkungsverbot. Wegzugs- und Zugzugsstaat dürfen der Niederlassung keine Hindernisse in den Weg stellen.<sup>28</sup> Im Aufnahmestaat wiederum gilt für die niederlassungswillige Gesellschaft, dass sie sich dort „nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine eigenen Angehörigen“ (Art. 49 Abs. 2 AEUV) niederlassen kann.<sup>29</sup>

Daraus folgt für die vorliegende Fragestellung zweierlei: (1) Sofern eine Gesellschaft in einem Mitgliedstaat von EU oder EWR wirksam gegründet wurde, genießt sie Niederlassungsfreiheit. Sie kann sich also unter denselben Vo-

22 RGZ 105, 101 ff.

23 RGZ 105, 101, 106.

24 Ausführliche Darstellung mit zahlreichen Nachweisen bei SCHLÄFKE, aaO (Fn.10), S. 62 ff.

25 Zum räumlichen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit siehe nur SCHLAG, in Schwarze, EU-Kommentar, 2012, Art. 54 AEUV Rdn. 8.

26 Eingehend TEICHMANN, FS Hommelhoff, 2012, S. 1213 ff, insb. 1217.

27 So ausdrücklich EuGH, Rs. 210/06 (*Cartesio*), Slg. 2008, I-9641, Tz. 109.

28 Speziell zur Wegzugsfreiheit TEICHMANN, FS Hommelhoff, S. 1213, 1229 ff.

29 Dazu TEICHMANN, ZGR 2011, 639, 665 ff.

raussetzungen wie inländische Gesellschaften an einer deutschen KG beteiligen. (2) Die Vorgaben des deutschen Gesellschaftsrechts muss sie dabei im Grundsatz als gegeben hinnehmen. Denn die Regeln über die Gründung und innere Struktur einer Kommanditgesellschaft deutschen Rechts gehören zu den oben genannten „Vorfragen“, die in der Autonomie des Mitgliedstaates stehen. Solange die ausländische Gesellschaft nicht unmittelbar oder mittelbar diskriminiert wird, gelten auch für sie die „Bestimmungen des Aufnahme staates für seine eigenen Angehörigen“ (Art. 49 Abs. 2 AEUV).

*b) Zulässigkeit nach deutschem Recht*

*aa) Kollisionsrechtliche Überlegungen*

Um die Frage nach der Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Typenkombination abschließend beantworten zu können, ist zunächst festzuhalten, dass es bei den hier interessierenden Fällen um Kommanditgesellschaften deutschen Rechts geht.<sup>30</sup> Es handelt sich um eine in Deutschland eingetragene KG, deren Komplementär eine Kapitalgesellschaft ausländischen Rechts ist. Soll eine Kommanditgesellschaft nach deutschem Recht errichtet werden, ist für die Frage, wer sich an ihr beteiligen kann, das deutsche Recht zuständig.<sup>31</sup> Soweit eine Komplementärgesellschaft deutschen Rechts der KG beitrifft, ist die Zulässigkeit geklärt. Kapitalgesellschaften können sich als alleiniger Komplementär an einer KG beteiligen.<sup>32</sup> Neben der GmbH & Co. KG gilt dies insbesondere für die AG & Co. KG.<sup>33</sup>

Gegen eine vergleichbare Kombination mit ausländischen Rechtsformen wird eingewandt, dass neben die ohnehin schon komplizierte Grundtypenvermischung dann auch noch das Problem der Statutenvermischung trete.<sup>34</sup> Das ist sicherlich zutreffend, aber doch kein durchgreifender Einwand. Gesellschaften, die dem Recht eines EU- oder EWR-Staates unterliegen, müssen

30 Dies setzt allerdings nach h. M. voraus, dass die KG ihren Verwaltungssitz in Deutschland hat (KINDLER, Münchener Komm. z. BGB, 5. Aufl., 2010, Band 11, IntGesR, Rdn. 576); weiterhin ROTH, in diesem Heft.

31 KINDLER, aaO (Fn. 30), IntGesR Rdn. 573; LEIBL, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, SystDarst 2, Rdn. 125; Süß, in: Süß/Wachter, Handbuch Internationales GmbH-Recht, 2. Aufl., 2011, § 1 Rdn. 136 ff (S. 48 ff).

32 RGZ 105, 101 ff; seitdem hat der Gesetzgeber die GmbH & Co. KG in vielerlei Vorschriften als zulässig vorausgesetzt und ihr besondere Regelungen zugedacht (siehe nur § 19 Abs. 2 HGB).

33 Vgl. BINZ/SORG, aaO (Fn. 6), S. 614 (§ 25 II).

34 Grundsätzlich ablehnend daher KINDLER, aaO (Fn. 30), IntGesR Rdn. 576. Aus vergleichbaren Erwägungen jedenfalls kritisch EBKE, ZGR 1987, 245, 265 ff. Demgegenüber hält Süß, aaO (Fn. 31), § 1 Rdn. 139 (S. 49), die Statutenvermischung für bewältigbar. Ebenso SCHLICHTER, DB 2006, 87, 89.

schon wegen der europäischen Niederlassungsfreiheit dieselben Rechte genießen wie eine inländische Kapitalgesellschaft.<sup>35</sup> Bei Drittstaaten liegen die Dinge zwar anders. Für diese gilt nach der Trabrennbahn-Entscheidung des BGH kollisionsrechtlich weiterhin die Sitztheorie, soweit keine völkerrechtlichen Abkommen zur Anwendung der Gründungstheorie zwingen.<sup>36</sup> Daher wird etwa eine Schweizer AG nur dann als solche akzeptiert, wenn sie ihren Verwaltungssitz in der Schweiz hat und nach dortigem Recht wirksam gegründet wurde. Ist dies jedoch der Fall, muss sie auch Komplementärin einer deutschen KG sein dürfen.<sup>37</sup> Denn die inländischen Schutzinteressen sind von einer ausländischen Kapitalgesellschaft, die sich an einer KG beteiligt, nicht in qualitativ anderer Weise betroffen als von einer ausländischen Kapitalgesellschaft, die hierzulande mit eigenem Geschäftsbetrieb auftritt.

### *bb) Sachrechtliche Anforderungen*

Eine davon zu trennende Strömung in der Literatur möchte bestimmte materielle Anforderungen an die Komplementär-Stellung definieren, denen ausländische Gesellschaften möglicherweise nicht gerecht werden.<sup>38</sup> Einem solchen Ansatz sind jedoch enge Grenzen gesetzt, soweit es um Auslandsgesellschaften aus den EU- und EWR-Staaten geht. Die europäische Niederlassungsfreiheit verlangt zum mindesten eine Gleichbehandlung von in- und ausländischen Gesellschaften.<sup>39</sup> Daher ist beispielsweise die Auffassung, nur eine Kapitalgesellschaft, die ein gesetzliches Mindestkapital aufweise, sei als Komplementärin anzuerkennen,<sup>40</sup> mit Einführung der Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt) hinfällig geworden – jedenfalls, wenn man mit der weit-

35 So auch KINDLER, aaO (Fn. 30), IntGesR Rdn. 577; weiterhin HAAS/MOCK, aaO (Fn. 21), § 161 HGB Rdn. 61, MÜLSCH/NOHLEN, ZIP 2008, 1358. Siehe bereits Bay-ObLG, NJW 1986, 3029, 3030 für die Ltd. & Co. KG; damals war jedoch auf Basis der weithin akzeptierten Sitztheorie die Zulässigkeit einer Typenkombination mit EU-/EWR-Gesellschaften heftig umstritten (dafür etwa GROTHE, Die „ausländische Kapitalgesellschaft & Co.“, 1989, zusammenfassend S. 197 f, dagegen KIESER, Die Typenvermischung über die Grenze, 1988, S. 112 ff).

36 BGH, NJW 2009, 289 ff (m. Anm. KIENINGER).

37 So bereits OLG Saarbrücken, NJW 1990, 647 f. Eingehend zur Problematik: SCHAPER, Selektion und Kombination von Gesellschaftsformen im institutionellen Wettbewerb, 2012, S. 210 ff (m.w.N.).

38 Ausführlich DUYS, Auslandskapitalgesellschaft & Co. KG, 2001, S. 39 ff sowie HAIDINGER, Die „ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG“, 1990, S. 109 ff; kritisch dazu HÖHNE, Die Ltd. & Co. KG, 2011, S. 103 ff.

39 Eingehend zur Struktur der Grundfreiheiten als Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote TEICHMANN, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 110 ff.

40 So noch K. SCHMIDT, aaO (Fn. 1), S. 1662 (§ 56 VII 2); auch EBENROTH/HOPP, JZ 1989, 883, 888, verlangen ein vergleichbares System der Kapitalaufbringung und -erhaltung; dagegen bereits SCHLICHTKE, DB 2006, 87, 88.

aus überwiegenden Auffassung, eine KG mit Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) als alleiniger Komplementärin zulässt<sup>41</sup>.

Aber auch andere Einwände, deren praktische Relevanz keineswegs bestritten werden soll, etwa ein fehlendes System der Kapitalerhaltung oder Schwierigkeiten bei der prozessualen Durchsetzung von Haftungsansprüchen, greifen letzten Endes nicht durch: Denn hier handelt es sich um Schwierigkeiten, die in gleicher Weise entstehen, wenn die ausländische Gesellschaftsform mit einer eigenen unternehmerischen Aktivität in Deutschland tätig wird. Es ist kein qualitativer Unterschied, wenn sich diese Gesellschaft als Komplementärin an einer KG beteiligt. Ihr die Komplementärstellung an einer deutschen KG aus Gründen zu verweigern, die in ihrem eigenen Personalstatut wurzeln, wäre demgegenüber eine bereits am Marktzugang ansetzende und daher unverhältnismäßige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit.<sup>42</sup> Soweit also eine ausländische Gesellschaft nach den allgemeinen kollisionsrechtlichen Regeln als solche anerkannt wird, kann sie sich auch als Komplementärin an einer KG beteiligen.<sup>43</sup>

Wollte man den Gefahren, die mit der Komplementärstellung ausländischer Kapitalgesellschaften verbunden sind, wirksam begegnen, kann dies nur auf der Ebene des allgemeinen KG-Rechts gelingen. Denn insoweit, also für ihre eigenen Gesellschaftsformen, genießen die EU-Mitgliedstaaten weitgehende Regelungsautonomie.<sup>44</sup> Gegenüber den allgemein geltenden Bestimmungen zur inneren Organisation und Haftungsverfassung einer KG deutschen Rechts könnte eine ausländische Komplementärgesellschaft nicht einwenden, derartige Regelungen gebe es in ihrem Heimatstaat nicht. Denn sie muss bei ihrer Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat die dort geltenden Regeln respektieren.<sup>45</sup> Das zunehmende Auftreten von Auslandsgesellschaften & Co. KG ist daher Anlass, sich auf eine in der deutschen Diskussion bereits vielfach vertretene Position zu besinnen: Die Kapitalgesellschaft & Co. KG hat sich mittlerweile zu einem eigenständigen Typus entwickelt.<sup>46</sup> Darauf wird im Folgenden aufzubauen sein.

41 Siehe dazu nur SCHLÄFKE, aaO (Fn. 10), S. 56–62.

42 Nationale Maßnahmen, die bereits den Marktzugang beschränken, sind aus Sicht der Niederlassungsfreiheit zumeist unverhältnismäßig; eingehend TEICHMANN, ZGR 2011, 639 ff, zuvor bereits in diesem Sinne DUYS, aaO (Fn. 38), S. 103–122.

43 In diesem Sinne bereits BayObLG, NJW 1986, 3029, 3030 ff (englische Limited) und OLG Saarbrücken, NJW 1990, 647 f (schweizerische AG).

44 Dazu bereits oben bei Fn. 27; enger noch DUYS, aaO (Fn. 38), S. 154 ff, der allerdings nur die *Centros*-Entscheidung berücksichtigen konnte.

45 Vgl. oben bei Fn. 29.

46 Zutreffend SCHLÄFKE, aaO (Fn. 10), S. 27: Es geht ganz allgemein um die Grundfrage, wie das Recht der KG auf den Umstand reagiert, dass statt einer natürlichen Person eine Kapitalgesellschaft einzige Komplementärin ist.



c) *Zulässigkeit nach ausländischem Recht*

Vielfach wird in einem zweiten Schritt eine Prüfung des Statuts derjenigen Gesellschaft gefordert, die sich als Komplementärin beteiligen will.<sup>47</sup> Dies zielt auf Rechtsordnungen, die eine Beteiligung von Kapitalgesellschaften an Personengesellschaften nicht zulassen.<sup>48</sup> Dieser zweite Prüfungsschritt ist berechtigt.<sup>49</sup> Verbietet das ausländische Recht seinen eigenen Kapitalgesellschaften, sich als voll haftende Gesellschafter an einer Personengesellschaft zu beteiligen, so ist diese Entscheidung zu respektieren. Das gebietet schon der Schutz der Gesellschafter, die sich unter dieser Prämisse an der Kapitalgesellschaft beteiligt haben.<sup>50</sup>

Allerdings ist vor übereilten Schlussfolgerungen zu warnen. Selbst wenn das ausländische Recht die Typenkombination verbietet, geschieht dies zumeist nicht um der Kapitalgesellschaft willen. Das Verbot soll vielmehr den Wesenskern der Personengesellschaft schützen, in der nach der Konzeption der betreffenden Rechtsordnung stets eine natürliche Person unbeschränkt haften soll.<sup>51</sup> Diese auf die Personengesellschaft bezogene Wertung ist für die vorliegende Fallgestaltung unbeachtlich. Denn die Haftungsverhältnisse einer deutschen Personengesellschaft bestimmen sich nach deutschem Recht.<sup>52</sup> Daher steht eine ausländische Rechtsordnung, die für ihre eigenen Personengesellschaften zwingend die volle Haftung von natürlichen Personen verlangt, einer Beteiligung ihrer Kapitalgesellschaften an deutschen Personengesellschaften regelmäßig nicht entgegen.<sup>53</sup>

47 BayObLG, NJW 1986, 3029, 3031; EBKE, ZGR 1987, 245, 266; KINDLER, aaO (Fn. 30), IntGesR Rdn. 573; KLÖHN/SCHAPER, ZIP 2013, 49, 55; LEIBLE, aaO (Fn. 31), Rdn. 125; SCHAPER, aaO (Fn. 37), S. 209 f; SCHLICHTE, DB 2006, 87, 91; Süß, aaO (Fn. 31), § 1 Rdn. 136 ff (S. 48 ff).

48 Vgl. Art. 594 Abs. 2 OR (Schweiz), wonach der unbeschränkt haftende Gesellschafter einer KG eine natürliche Person sein muss (dazu JUNG, ZVglRWiss 2013, 208, 222). Als weitere Beispiele werden Spanien und Japan genannt (Süß, aaO (Fn. 31), § 1 Rdn. 138 (S. 49)).

49 A. A. LEHMANN, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 6, IntGesR, 4. Aufl., 2013, § 5 Rdn. 61.

50 Man bedenke in dieser Hinsicht, dass in der deutschen Diskussion des frühen 20. Jahrhunderts die Einwände gegen eine GmbH & Co. KG weniger aus dem Recht der Personengesellschaft als aus dem Wesen der Kapitalgesellschaft abgeleitet wurden (vgl. die Nachweise bei HÖHNE, aaO (Fn. 38), S. 96, Fn. 29).

51 OLG Saarbrücken, NJW 1990, 647, 648; auch EBENROTH/HOPP, JZ 1989, 883, 890, stellen zutreffend fest, dass die schweizerische Norm „die zulässige innere Struktur einer Kommanditgesellschaft schweizerischen Rechts beschreibt“, wollen die Beteiligung an einer deutschen KG aber dennoch – insb. wegen der Sorge, die Haftungsansprüche seien in der Schweiz nicht durchsetzbar – ablehnen.

52 Ebenso GROTHE, aaO (Fn. 35), S. 200.

53 So für die Beteiligung einer schweizerischen AG an einer deutschen KG OLG Saarbrücken, NJW 1990, 647, 648; insoweit besteht Übereinstimmung mit LEHMANN, aaO

## II. Gründung der Auslandsgesellschaft & Co. KG

Anlässlich der Gründung einer Auslandsgesellschaft & Co. KG<sup>54</sup> ist zu klären, inwieweit das Gesellschaftsstatut der KG und der Komplementärgesellschaft dabei zusammenwirken (*unter 1.*). Sodann ist bei vielen Einzelthemen eine Koordinierung der beteiligten Rechtsordnungen nötig, wie der Fragenkreis um Vertretungsmacht und Insichgeschäft zeigt (*unter 2.*). Auch die Firmierung bedarf besonderer Aufmerksamkeit, wenn in einer deutschen KG eine ausländische Kapitalgesellschaft die Stellung des Komplementärs einnimmt (*unter 3.*).

### 1. Gesellschaftsstatut von KG und Komplementärgesellschaft

#### a) Sitztheorie für deutsche Personengesellschaften

Die kollisionsrechtlichen Schwierigkeiten einer Auslandsgesellschaft & Co. KG beruhen darauf, dass man in Deutschland bislang auf Personengesellschaften weiterhin die Sitztheorie anwendet.<sup>55</sup> Die KG muss also ihren Verwaltungssitz in Deutschland haben, wenn deutsches Gesellschaftsrecht auf sie anwendbar sein soll.<sup>56</sup> Der Verwaltungssitz einer Kommanditgesellschaft, deren einziger Komplementär eine Kapitalgesellschaft ist, bestimmt sich in aller Regel nach dem Verwaltungssitz der Kapitalgesellschaft. Denn diese führt die Geschäfte der KG; häufig ist das sogar ihr einziger Daseinszweck.<sup>57</sup> Damit handelt es sich bei der ausländischen Komplementärgesellschaft typischerweise um eine sog. Briefkastengesellschaft:<sup>58</sup> Sie verfolgt im Heimatstaat keinerlei Tätigkeit und beschränkt sich auf die Führung der Geschäfte einer deutschen KG.

(Fn. 49), § 5 Rdn. 61; ebenso HAIDINGER, aaO (Fn. 38), S. 144; GROTHE, aaO (Fn. 35), S. 204, und LEIBLE, aaO (Fn. 31), Rdn. 125; a. A. EBENROTH/HOPP, JZ 1989, 883, 890 (vgl. Fn. 51).

54 Vgl. auch den Überblick zu den Gründungsfragen bei BERGMANN, in: Heidel/Schall, HGB, 2011, Anh Ltd. & Co. KG (nach § 177 a HGB), Rdn. 9–31, und JUST, Die englische Limited in der Praxis, 4. Aufl., 2012, Rdn. 351–355.

55 Eingehend ROTH, in diesem Heft.

56 Es sei denn, das ausländische Recht verweist seinerseits auf das deutsche Recht zurück (zu dieser Konstellation MÜLSCH/NOHLEN, ZIP 2008, 1358, 1359).

57 SCHLÄFKE, aaO (Fn. 10), S. 30, spricht treffend von der Kapitalgesellschaft & Co. KG „im engeren Sinne“.

58 Zur Stellung der Briefkastengesellschaft im System der EU-Niederlassungsfreiheit eingehend TEICHMANN, ZGR 2011, 639, 669 ff.

*b) Internationales Gesellschaftsrecht der ausländischen Kapitalgesellschaft*

Sorgfältiger Prüfung bedarf daher im Einzelfall die Frage, ob beide Rechtsordnungen die Rechtsfähigkeit der Briefkastengesellschaft anerkennen. Handelt es sich um eine Gesellschaft aus der EU oder dem EWR, findet aus deutscher Sicht – mit Rücksicht auf die europäische Niederlassungsfreiheit – die Gründungstheorie Anwendung.<sup>59</sup> Es ist also unschädlich, wenn sich der Verwaltungssitz in Deutschland befindet. Die Existenz der Gesellschaft richtet sich nach dem Recht des Staates, in dem sie gegründet wurde. Die Verweisung der Gründungstheorie ist allerdings eine Gesamtnormverweisung; es wird also auch auf das Internationale Privatrecht der anderen Rechtsordnung verwiesen (vgl. Art. 4 Abs. 1 EGBGB).<sup>60</sup> Folgt der Gründungsstaat seinerseits der Gründungstheorie, bleibt es bei der Anwendung des Gründungsrechts. Folgt er hingegen der Sitztheorie, erfolgt eine Rückverweisung in das deutsche Recht. Diese führt zur Anwendung der deutschen Sachvorschriften (Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB).<sup>61</sup>

Die Auslandsgesellschaft & Co. KG birgt also dort besondere Gefahren, wo der ausländische Staat von seinen eigenen Gesellschaften verlangt, dass sie ihre Hauptverwaltung im Inland ansiedeln.<sup>62</sup> Mit der englischen Limited oder der gleichfalls beliebten niederländische B.V. befindet man sich auf der sicheren Seite; beide Königreiche folgen der Gründungstheorie und lassen Briefkastengesellschaften zu.<sup>63</sup> Anders verhält es sich im Großherzogtum Luxemburg. Dort wird das „Domizil“ einer inländischen Gesellschaft durch den Ort der Hauptverwaltung bestimmt; das Gesetz vermutet dabei, dass sich die Hauptverwaltung am Satzungssitz befindet.<sup>64</sup> Eine Änderung der „Nationalität“ der Gesellschaft ist durch einstimmigen Gesellschafterbeschluss möglich.<sup>65</sup> Das gilt sowohl für die Verlegung der Hauptverwaltung als auch für eine solche

59 Vgl. BGHZ 154, 185 ff (Endentscheidung im Fall *Überseering*); KINDLER, aaO (Fn. 30), IntGesR Rdn. 427, LEIBLE, aaO (Fn. 31), Rdn. 45.

60 Siehe nur KINDLER, aaO (Fn. 30), Rdn. 506 ff, LEIBLE, aaO (Fn. 31), Rdn. 45.

61 Zur Kritik an dieser Regelung SONNENBERGER, Münchener Komm. z. BGB, 5. Aufl., 2010, Band 10, Art. 4 EGBGB, Rdn. 32 ff.

62 Die europäische Niederlassungsfreiheit steht dem nicht entgegen (vgl. EuGH, Rs. C-210/06, *Cartesio*, Slg. 2008, I-9641, Tz. 110).

63 Für die Niederlande eingehend RAMMELOO, *Corporations in Private International Law*, 2001, S. 97 ff.

64 Vgl. folgenden Auszug aus Art. 2 des Gesetzes über Handelsgesellschaften: „Le domicile de toute société commerciale est situé au siège de l'administration centrale de la société. L'administration centrale d'une société est présumée, jusqu'à preuve du contraire, coïncider avec le lieu du siège statutaire de la société.“ Eine im Ausland gegründete Gesellschaft unterliegt nach Art. 159 des Gesetzes dem luxemburgischen Recht, wenn sie ihre Hauptverwaltung in Luxemburg hat.

65 Art. 67-1 des Gesetzes über Handelsgesellschaften.

des Satzungssitzes.<sup>66</sup> Die genauen Implikationen dieser Regelung für eine deutsche KG mit luxemburgischer Komplementärgesellschaft sind unklar. Die gesetzliche Anforderung eines realen Sitzes im luxemburgischen Inland bedeutet noch nicht zwingend, dass bei Verlagerung der Hauptverwaltung in einen anderen Staat die Auflösung der Gesellschaft droht. Praktische Fälle, in denen dies geschehen wäre, sind jedenfalls aus Luxemburg nicht bekannt geworden.

Das eng verwandte französische Recht zeigt überdies, mit welcher Geschmeidigkeit sich die Sitztheorie im Einzelfall anwenden lässt: Französische Gesellschaften müssen ihren „*siège social*“ im Inland haben. Dieser Sitz wird in Literatur und Rechtsprechung überwiegend als Ort der Hauptverwaltung verstanden.<sup>67</sup> Er entscheidet auch über das anwendbare Recht: Gesellschaften mit „*siège social*“ in Frankreich unterliegen dem französischen Recht.<sup>68</sup> Liegt die Hauptverwaltung außerhalb Frankreichs, spricht man von einem „fiktiven Gesellschaftssitz“. Diese Fiktivität müsste aber von Dritten im Einzelfall geltend gemacht werden; sie können sich entweder auf den Gesellschaftssitz oder auf die Hauptverwaltung berufen.<sup>69</sup> *Menjuqc* verweist auf den bemerkenswerten Umstand, dass es noch nie einen Fall gegeben habe, in dem bei einer in Frankreich registrierten Gesellschaft die Anwendung des französischen Rechts abgelehnt worden sei.<sup>70</sup> Die Fiktivität werde immer nur im umgekehrten Fall ins Feld geführt, wenn nämlich eine im Ausland gegründete Gesellschaft ihren Hauptsitz in Frankreich habe. Ungeachtet dessen wird die Praxis bei allen Komplementärgesellschaften, deren Heimatrecht noch der Sitztheorie folgt, zur Absicherung ihrer Konstruktion das „Gestaltungskorsett“<sup>71</sup> eines doppelten Verwaltungssitzes in Betracht ziehen müssen.

## 2. Vertretungsverhältnisse in Komplementärgesellschaft und KG

Fragen der Vertretungsmacht, die bereits in der nationalen GmbH & Co. KG Probleme bereiten, können in der Auslandsgesellschaft & Co. KG eine besondere Komplexität aufweisen. Das betrifft zum einen die Problematik von

66 SCHWACHTGEN, in: Süß/Wachter, Handbuch Int. GmbH-Recht, 2. Aufl., 2011, S. 1187, Rdn. 120.

67 Vgl. MERLE, *Sociétés commerciales*, 15. Aufl., 2012, S. 119, Rdn. 83 (m.N. aus der Rspr.).

68 MERLE, aaO (Fn. 67), S. 122, Rdn. 86. Art. L. 210-3 Abs. 1 Code de commerce lautet: „Les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française.“

69 MERLE, aaO (Fn. 67), S. 123, Rdn. 86. Vgl. dazu Art. L. 210-3 abs. 2 Code de commerce: „Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si son siège réel est situé en un autre lieu.“

70 MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 3. Aufl., 2011, S. 105, Rdn. 100.

71 Formulierung nach DUYS, aaO (Fn. 38), S. 152.

Insichgeschäften bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages (*unter a*), zum anderen die Vertretungsverhältnisse in der KG selbst (*unter b*).

a) *Abschluss des Gesellschaftsvertrages*

Nicht selten besteht eine GmbH & Co. KG faktisch nur aus einer natürlichen Person, die einerseits als Kommanditist auftritt, andererseits Alleingesellschafter und Geschäftsführer der GmbH ist.<sup>72</sup> Beim Abschluss des KG-Vertrages ist in einem solchen Fall § 181 BGB zu beachten: Die Komplementär-GmbH muss ihrem Geschäftsführer den Abschluss des KG-Vertrages mit sich selbst als Kommanditist ausdrücklich gestatten.<sup>73</sup> § 181 BGB gelangt nach ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung (§ 35 Abs. 3 Satz 1 GmbHG) auch in der Einpersonen-GmbH zur Anwendung.

Treten bei der Errichtung einer Auslandsgesellschaft & Co. KG auf beiden Seiten dieselben Personen auf, weil der Geschäftsführer der im Ausland gegründeten Komplementärgesellschaft zugleich Kommanditist sein will,<sup>74</sup> ist für die Frage der Vertretungsmacht zunächst das anwendbare Recht zu klären. Es geht um den Abschluss des Gesellschaftsvertrages einer deutschen KG, Vertragsstatut ist also das deutsche Recht. Für das Zustandekommen des Vertrages gilt das BGB, demnach käme § 181 BGB zur Anwendung. Die ausländische Gesellschaft müsste ihrem Geschäftsführer den Vertragsschluss mit sich selbst als KG-Kommanditist gestatten.

Sieht man die Frage hingegen als Problem der organschaftlichen Vertretungsmacht, müsste das Gesellschaftsstatut zum Zuge kommen, also die Rechtsordnung, nach der die Gesellschaft gegründet wurde. Für organschaftliche Vertretung gilt im Ausgangspunkt das Recht, dem die Vereinigung untersteht.<sup>75</sup> So sieht es die überwiegende Rechtsprechung bei der Eintragung von Zweigniederlassungen englischer *private limited companies*. Für den *director* könne bei der deutschen Zweigniederlassung keine Befreiung von § 181 BGB eingetragen werden, weil sich die Frage seiner Vertretungsmacht nach englischem Recht richte und das englische Recht eine generelle Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens nicht kenne.<sup>76</sup>

72 Sog. Einpersonen-GmbH & Co. KG (s. o. Fn. 7).

73 Vgl. BINZ/SORG, aaO (Fn. 6), S. 32 f (Rdn. 48 f).

74 So etwas kommt durchaus vor – vgl. die Entscheidung OLG Frankfurt, GmbHR 2006, 1156.

75 SPELLENBERG, Münchener Komm. z. BGB, 5. Aufl., 2010, Band 10, IPR, Vorb. zu Art. 11 EGBGB Rdn. 73.

76 OLG München, NZG 2005, 850 (m.N. zur teilweise divergierenden Rechtsprechung der Landgerichte); OLG München NZG 2006, 512, 513; OLG Frankfurt, GmbHR 2009, 214.

Das englische Recht wiederum sieht im Selbstkontrahieren eine Pflichtverletzung des Geschäftsführers, da dieser generell keine Geschäfte abschließen darf, bei denen er einer Interessenkollision unterliegt.<sup>77</sup> Von dieser Pflichtenbindung kann nicht generell Befreiung erteilt werden.<sup>78</sup> Der Geschäftsführer kann lediglich im konkreten Einzelfall die übrigen Geschäftsführer informieren und deren Zustimmung einholen.<sup>79</sup> Ein Alleingesellschafter kann diese Entscheidung alleine treffen.<sup>80</sup> Dritte dürfen sich darauf verlassen, dass diese Verfahrensregeln eingehalten wurden.<sup>81</sup>

Zweifelhaft bleibt, ob für den Vertragsschluss der KG tatsächlich allein das englische Recht heranzuziehen ist. Vielfach wird argumentiert, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zwingt dazu, die Limited in ihrer Eigenschaft als Gesellschaft englischen Rechts zu achten.<sup>82</sup> Das ist einerseits richtig, beantwortet aber noch nicht die Frage, ob § 181 BGB wirklich vom ausländischen Gesellschaftsstatut verdrängt wird. Mit dem Verweis auf englisches Gesellschaftsrecht ist noch keineswegs gesagt, dass spezifische Wertungen des Vertragsstatuts keine Anwendung mehr fänden, wie etwa § 181 BGB, der im deutschen Recht als „Ordnungsvorschrift im Interesse der Verkehrssicherheit“<sup>83</sup> verstanden wird.<sup>84</sup>

Der Europäische Gerichtshof hat in einer Entscheidung zur Auslegung der Publizitätsrichtlinie entschieden, dass die Thematik der Interessenkonflikte von der Richtlinie nicht erfasst sei.<sup>85</sup> Und dies, obwohl es gerade ein Kern-

77 Näher dazu HANNIGAN, *Company Law*, 3. Aufl., 2012, S. 221 ff (Rdn. 11-1 ff); WACHTER, NZG 2005, 338 ff und SCHALL, NZG 2006, 54 ff. Zur Rechtslage in anderen europäischen Ländern vgl. den instruktiven Überblick von KLEIN, FS Fessler, 2013, S. 215 ff.

78 Differenzierend SCHALL, NZG 2006, 54, nach dessen Auffassung eine limited-spezifische Eintragung denkbar sei (z. B. Eintragung einer allgemein erteilten Befreiung von der „no conflict rule“). Kritisch allerdings HANNIGAN, aaO (Fn. 77), S. 247 f (Rdn. 11–71): „It is unlikely that the courts will accept anything in the nature of a universal authorisation via the articles, for example with regard to conflicts arising from a particular class of transactions.“

79 Die üblicherweise unverändert übernommene Modellsatzung („Model Articles for Private Companies Limited by Shares“) sieht in Artikel 14 eine solche Zustimmungspflicht vor. Vgl. weiterhin HANNIGAN, aaO (Fn. 77), S. 240 (Rdn. 11–50).

80 SCHALL, NZG 2006, 54; NEPTUNE LTD. v. FITZGERALD (1996), Ch. 274, 284, verlangt allerdings entweder eine Aufnahme der Erklärung in das Protokoll oder eine ausdrückliche Erklärung, wenn andere Personen (z. B. der Company Secretary) anwesend sind.

81 SCHALL, NZG 2006, 54.

82 OLG Frankfurt, GmbHR 2009, 214, 215; OLG München, NZG 2005, 850, 851.

83 SCHILKEN, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2009, § 181 Rdn. 5; SCHRAMM, Münchener Komm. z. BGB, 6. Aufl., 2012, § 181 Rdn. 3.

84 Dass eine fehlende Befreiung auf das Außenverhältnis durchschlägt, ist allerdings gerade im Bereich der organschaftlichen Vertretungsmacht rechtspolitisch fragwürdig (siehe WILLER/KRAFKA, NZG 2006, 495, 497).

85 EuGH, Rs. 104/96 (*Rabobank/Mediasafe*), Slg. 1997, S. I-7211, 7227 (Tz. 28).

anliegen dieser Richtlinie ist, die Reichweite der organschaftlichen Vertretungsmacht einheitlich zu bestimmen. Generalanwalt *La Pergola*, dessen Schlussanträgen der EuGH folgte, hatte hierzu ausgeführt:<sup>86</sup> „Es handelt sich genau gesehen um einen Unzuständigkeitsgrund allgemeiner Natur (dies betrifft alle Fälle der Vertretung und nicht nur die des Gesellschaftsrechts), ...“. Man könnte daraus mit guten Gründen ableiten, dass § 181 BGB unionsrechtlich nicht in den Bereich der organschaftlichen Vertretungsmacht gehört, sondern als allgemeine zivilrechtliche Vorschrift immer dann anwendbar ist, wenn eine ausländische Gesellschaft nach deutschem Recht Verträge abschließen will.

Am praktischen Ergebnis würde sich dadurch wohl wenig ändern. Denn selbst wenn § 181 BGB gilt, so folgt daraus doch auch, dass der Vertretene – also hier die ausländische Gesellschaft – den Abschluss des Vertrages gestatten kann. Nach welchen Regeln diese Gestattung abläuft, kann das deutsche Recht nicht entscheiden; insoweit bliebe es beim Organisationsstatut der ausländischen Gesellschaft. Wenn das englische Gesellschaftsrecht bei einem Alleingeschäftsführer dessen stillschweigende Zustimmung zum eigenen Rechtsgeschäft genügen lässt,<sup>87</sup> wäre das auch im Rahmen des § 181 BGB hinzunehmen. Letztlich ergibt sich daraus als Gestaltungsweg für die Praxis: Der Vertrag des Alleingeschäftsführers mit sich selbst als Kommanditisten ist als Fall der Interessenkollision zu erkennen und es ist zur Absicherung eine Zustimmung nach den Regeln des ausländischen Gesellschaftsstatuts einzuholen.

#### *b) Vertretung der KG durch die Komplementärgesellschaft*

In ihrer Eigenschaft als Komplementärin übernimmt die ausländische Kapitalgesellschaft gemäß §§ 161 Abs. 2, 125 HGB die Vertretung der KG. Eine Befreiung von § 181 BGB kann in diesem Rechtsverhältnis ohne weiteres erteilt und im Handelsregister eingetragen werden. Denn nunmehr geht es nicht um die Vertretung der ausländischen Gesellschaft, sondern um die Vertretung der deutschen KG.<sup>88</sup>

Problematisch ist hingegen der Informationsgehalt des Handelsregisters bezüglich der konkreten Vertretungsbefugnis. Im Register der KG werden nur die Person des Gesellschafters und dessen Vertretungsmacht in der KG eingetragen (§§ 161 Abs. 2, 106 Abs. 1 Nr. 1 und 4 HGB). Hingewiesen wird damit auf die Komplementärgesellschaft. Wer die Komplementärgesellschaft vertritt, und damit im Außenverhältnis auch für die KG auftritt, lässt sich aus dem Handelsregistereintrag der KG nicht entnehmen. Für die GmbH & Co.

86 Rs. 104/96, Slg. 1997, I-7213, I-7217.

87 SCHALL, NZG 1996, 54.

88 OLG Frankfurt, GmbHR 2006, 1156, 1157, mit zust. Anm. WERNER.

KG ist das nicht weiter tragisch, denn die GmbH ist ihrerseits mit Angabe der Vertretungsverhältnisse in einem deutschen Handelsregister eingetragen. Bei einer Auslandsgesellschaft & Co. KG ist der Geschäftspartner hingegen auf das ausländische Register verwiesen, in dem die Rechtsverhältnisse der Komplementärgesellschaft verzeichnet sind. Auf Basis der EU-Publizitätsrichtlinie müsste das dortige Informationsniveau demjenigen des deutschen Registers entsprechen.<sup>89</sup> Das ist allerdings gerade bei der besonders gebräuchlichen englischen Limited nicht der Fall: Das englische Register enthält – unter Verstoß gegen die Publizitätsrichtlinie<sup>90</sup> – keine Angaben zur Vertretungsbefugnis der *directors*. Das Informationsproblem wird zusätzlich dadurch verschärft, dass die Auslandsgesellschaft, sofern ihre einzige Aktivität in der Komplementärstellung besteht, nach überwiegender Auffassung keine inländische Zweigniederlassung registrieren muss.<sup>91</sup>

Rechtsprechung und Literatur fordern daher bei einer Auslandsgesellschaft & Co. KG mit unterschiedlichen Begründungen eine Eintragung der Vertretungsbefugnis im Register der KG.<sup>92</sup> Die unionsrechtliche Tragfähigkeit einer solchen Sonderbehandlung von ausländischen Komplementärgesellschaften ist höchst zweifelhaft. Die mangelhafte Umsetzung der Publizitätsrichtlinie in anderen Staaten<sup>93</sup> lässt sich nicht im nationalen Alleingang feststellen und mit punktuellen Gegenmaßnahmen beantworten, für welche die Richtlinie keine Grundlage gibt. Um sich nicht dem Vorwurf der Diskriminierung auszusetzen, müsste für die Kapitalgesellschaft & Co. KG generell eine Eintragung der Vertretungsverhältnisse bei der KG gefordert werden. Eine solche Transparenz der Vertretungsverhältnisse würde dann auch für KG mit deutschen Komplementärgesellschaften gelten, was durchaus zu begrüßen ist, weil sie auch hier die Recherche erleichtert. Sie wäre zugleich unionsrechtlich zulässig, weil nunmehr eine inländische Verkehrsregel diskriminierungsfrei auf jede Art von Kapitalgesellschaft ungeachtet ihrer Herkunft angewandt würde.

89 Die Existenz dieser Richtlinie ist sogar eines der wesentlichen Argumente für die liberale Grundhaltung des EuGH in Sachen Niederlassungsfreiheit; vgl. EuGH, Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, I-10236 (Rdn. 143).

90 Siehe nur SCHAUB, NZG 2000, 953, 959. Der Europäischen Kommission ist dies seit Jahrzehnten bekannt (vgl. Antwort der Kommission auf die schriftliche Anfrage Nr. 23/77, ABl. EG 1977, C 289/1); eine Reaktion erfolgte bislang nicht.

91 OLG Frankfurt, GmbHR 2008, 707, 708; zustimmend HÖHNE, aaO (Fn. 38), S. 173 ff (m. w. N.).

92 Vertreten wird etwa eine Analogie zu § 33 Abs. 2 Satz 2 HGB oder zu den §§ 13 d ff HGB. Die verschiedenen Begründungsansätze werden eingehend dargelegt bei HÖHNE, aaO (Fn. 38), S. 189–198; weiterhin JUST, aaO (Fn. 54), Rdn. 354; SCHLICHTER, DB 2006, 87, 89. Aus der Rechtsprechung: BayObLG, NJW 1986, 3029, 3032; OLG Dresden, DB 2007, 2084; LG Stade, GmbHR 2007, 1160.

93 Damit begründet HÖHNE, aaO (Fn. 38), S. 195 ff, die unionsrechtliche Zulässigkeit des Eintragungserfordernisses.



### 3. Firma der Auslandsgesellschaft & Co. KG

#### a) Firmenrechtliche Ausgangslage

Zu guter Letzt gilt es bei der Gründung der Auslandsgesellschaft & Co. KG für diese eine geeignete Firma zu finden. Seit der Liberalisierung des Firmenrechts muss die KG-Firma nicht mehr aus dem Namen der Komplementärin gebildet werden. Allerdings muss die Firma gemäß § 19 Abs. 2 HGB deutlich machen, dass in der KG keine natürliche Person persönlich haftet. Diese Verpflichtung gilt auch für die Auslandsgesellschaft & Co. KG. Gebräuchlich sind Firmierungen wie „Ltd. & Co. KG“ oder „B.V. & Co. KG“. Fraglich ist aber, ob es in allen Fällen genügt, einfach den Rechtsformzusatz des ausländischen Rechts zu verwenden.

Dabei ist zu differenzieren:

(1) Die EU-ausländische Kapitalgesellschaft kann im Inland unter ihrer unveränderten Firma auftreten, die nach ausländischem Recht gebildet wird. Für sie gilt die EU-Publizitätsrichtlinie; erklärende Zusätze für den inländischen Rechtsverkehr können nicht verlangt werden.<sup>94</sup>

(2) Wenn sich die ausländische Kapitalgesellschaft an einer Kommanditgesellschaft beteiligt, die deutschem Recht unterliegt, geht es um die Firmierung dieser Kommanditgesellschaft. Dafür ist deutsches Firmenrecht maßgeblich.<sup>95</sup> Die KG kann eine Personen- oder Sachfirma wählen, ebenso ist eine reine Phantasiefirma denkbar.<sup>96</sup> Aus dem allgemeinen Firmenrecht sind die Gebote der Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft (§ 18 Abs. 1 HGB) sowie das Irreführungsverbot (§ 18 Abs. 2 HGB) zu beachten.

(3) Für eine KG, in der keine natürliche Person die persönliche Haftung übernimmt, gilt zusätzlich § 19 Abs. 2 HGB. Demnach muss die Firma eine Bezeichnung enthalten, welche die Haftungsbeschränkung kennzeichnet. Bei Verwendung einer deutschen Kapitalgesellschaft ist deren Rechtsformzusatz hinreichend aussagekräftig, also insbesondere „GmbH & Co. KG“ sowie „AG & Co. KG“. Dieser Zusatz erhält seine praktische Bedeutung aus der Vorschrift des § 176 HGB; wenn die Haftungsbeschränkung nicht hinreichend deutlich wurde, droht den Gesellschaftern die persönliche Haftung. Bei einer ausländischen Rechtsform könnte man daran zweifeln, ob der Rechtsverkehr allein anhand des Rechtsformzusatzes erkennt, dass es sich

94 Vgl. EuGH, Rs. C-167/01 (*Inspire Art*), Slg. 2003, I-10195, I-10216 f (Tz. 65–71), zur Unzulässigkeit des Zusatzes „formal ausländische Gesellschaft“. Weiterhin HÖHNE, aaO (Fn. 38), S. 210 ff.

95 HOPT, in: Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., 2012, § 17 Rdn. 50; HÖHNE, aaO (Fn. 38), S. 213.

96 HOPT, aaO (Fn. 95), § 19 HGB Rdn. 6 ff.

um eine haftungsbeschränkte Gesellschaft handelt.<sup>97</sup> Diese Frage bedarf nachfolgend weiterer Vertiefung.

*b) Erkennbarkeit der Haftungsbeschränkung  
bei einer Auslandsgesellschaft & Co. KG*

Hinsichtlich der Frage, wie eine Auslandsgesellschaft & Co. KG zu firmieren habe, hangelt man sich bislang noch von Einzelfall zu Einzelfall. Die Bezeichnung „Ltd. & Co. KG“ wird mit dem Hinweis gebilligt, man wisse mittlerweile in Deutschland, was sich hinter einer Limited verberge.<sup>98</sup> Doch der rechtstatsächliche Flickenteppich hat längst jedes erkennbare Muster verloren, wie einige Stichproben aus dem aktuellen Unternehmensregister zeigen. Dort finden sich beispielsweise folgende Firmierungen: „Märkische Blumen Werkstatt Stichting & Co. KG“; „Café Moin Moin Verwaltungs-EOOD & CO. KG“; „MED PRO Group Partnership Corporation & Co. KG“; „Other Stories AB & Co. KG“. Dem inländischen Rechtsverkehr ist es ohne vertiefte Rechtskenntnisse kaum möglich, diese Bezeichnungen zu entschlüsseln. Erst nach längeren Recherchen in- und außerhalb des Unternehmensregisters stellt sich heraus: Bei der *Stichting* handelt es sich um eine niederländische Stiftung, die *EOOD* ist eine Einpersonen-GmbH bulgarischen Rechts, die *Partnership Corporation* hat ihren Sitz im US-Bundesstaat Delaware und die Abkürzung „AB“ steht für die schwedische *aktiebolag*. Nicht unerwähnt bleiben soll die „Elite21 Support GmbH & Co. KG“, als deren voll haftender Gesellschafter sich bei einem Blick in das Unternehmensregister eine niederländische B.V. namens „Lotto Team Services B.V.“ entpuppt.

Nachdem das Firmenrecht auch eine Phantasiebezeichnung erlaubt, kann die Verwendung der ausländischen Rechtsform nicht in allen Fällen genügen, um dem inländischen Rechtsverkehr hinreichend deutlich zu signalisieren, dass keine natürliche Person haftet. Ob eine x-beliebige Buchstabenkombination lediglich die kreative Phantasiefirma einer rein deutschen Personengesellschaft oder aber die korrekte Rechtsformbezeichnung eines ausländischen Rechtsträgers ist, vermag der Rechtsverkehr ohne weitere Nachforschungen nicht zu entscheiden. Weitere Nachforschungen soll der nach § 19 Abs. 2 HGB gebotene Zusatz aber gerade entbehrlich machen. Der BGH hat für eine deutsche GmbH & Co. KG in einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 1978 eine persönliche Rechtsscheinhaftung der Gesellschafter angeordnet, weil der Rechtsformzusatz nach § 19 Abs. 2 HGB nicht korrekt war.<sup>99</sup> Den Einwand, die wahren Rechtsverhältnisse seien aus dem Handelsregister ersichtlich, hat er

97 Zur Diskussion HEIDINGER, Münchener Komm. z. HGB, 3. Aufl., 2010, § 19, Rdn. 31.

98 HÖHNE, aaO (Fn. 38), S. 216 ff.

99 BGHZ 74, 354 ff.

nicht zugelassen. Das Gesetz verlangt in § 19 Abs. 2 HGB eine höhere Publizität, die über die Eintragung im Handelsregister gerade hinausgeht. „Die Haftungsbeschränkung soll bereits aus der Firma ersichtlich sein, ohne dass insoweit das Handelsregister eingesehen werden muss.“<sup>100</sup> Das gilt erst recht für eine KG, deren Komplementär ausländischem Recht unterliegt.<sup>101</sup>

c) *Einheitliche Firmierung der haftungsbeschränkten Personengesellschaft*

Gemäß § 19 Abs. 2 HGB muss somit die Firma als solche bereits eindeutig darüber Auskunft geben, dass in der Kommanditgesellschaft keine natürliche Person voll haftet. Um die Irritation durch ausländische Rechtsformzusätze zu vermeiden, wollen einige Autoren der Auslandsgesellschaft & Co. KG den Zusatz „GmbH & Co. KG“ gestatten.<sup>102</sup> Der Zusatz habe sich als selbstständiger Rechtsformzusatz etabliert, der selbst dann als Hinweis auf die Haftungsbeschränkung verwendet werden könne, wenn keine deutsche GmbH beteiligt sei.<sup>103</sup> Daran ist richtig, dass der Zusatz „GmbH & Co. KG“ den Zweck des § 19 Abs. 2 HGB erfüllt. Denn er macht deutlich, dass keine natürliche Person persönlich haftet. Der Zusatz stößt sich aber an einem anderen Prinzip des deutschen Firmenrechts, nämlich dem Irreführungsverbot (§ 18 Abs. 2 HGB). Wenn es sich bei dem Komplementär tatsächlich um eine ausländische Kapitalgesellschaft handelt, ist das für den Rechtsverkehr eine wichtige Information. Denn das Haftungsregime ist in der EU gerade bei den kleinen Kapitalgesellschaften nicht vereinheitlicht.<sup>104</sup> Die Verwendung des Kürzels „GmbH“ ist geeignet, den Rechtsverkehr darüber in die Irre zu führen, dass er am Ende des Tages nicht etwa eine deutsche GmbH als Anspruchsgegner vorfindet, sondern beispielsweise eine niederländische B.V. oder eine bulgarische Einpersonengesellschaft. Ohne die Haftungsverhältnisse anderer Rechtsordnungen bewerten zu wollen, haben potenzielle Gläubiger doch ein schützenswertes Interesse daran, zumindest die rechtliche Herkunft der haftenden Gesellschaft zu kennen. Schließlich liegt auch unionsrechtlich das entscheidende Argument dafür, dass ausländische Gesellschaften im inländischen Rechtsverkehr ungehindert auftreten können, in der Erkennbarkeit ihrer Herkunft.<sup>105</sup> Der Zusatz

100 BGHZ 74, 354, 357.

101 Vgl. dazu OLG Saarbrücken, NJW 1990, 647, 648: „AG schweizerischen Rechts & Co. KG“.

102 Wie soeben dargelegt, finden sich solche Fälle auch tatsächlich im aktuellen Unternehmensregister.

103 HEIDINGER, aaO (Fn. 97), § 19 HGB, Rdn. 31.

104 Die zweite gesellschaftsrechtliche Richtlinie (sog. Kapitalrichtlinie) gilt nur für Aktiengesellschaften.

105 In der Entscheidung *Inspire Art* spielte es eine wesentliche Rolle, dass die Gesellschaft *Inspire Art* „als Gesellschaft englischen Rechts und nicht als niederländische Gesellschaft“ aufgetreten sei (EuGH, Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10195, I-10234, Tz. 135).

„GmbH & Co. KG“ ist daher gerade für den Fall einer ausländischen Komplementärgesellschaft kein geeigneter Weg, um den Rechtsverkehr korrekt zu informieren.

Der allgemeine Zusatz „beschränkt haftende Kommanditgesellschaft“ wäre als Warnhinweis besser geeignet.<sup>106</sup> Er informiert zwar nicht unmittelbar über die konkrete Rechtsform des Komplementärs, er führt andererseits aber auch nicht in die Irre. Ein potenzieller Geschäftspartner wird den Zusatz so verstehen, wie er gemeint ist, dass nämlich keine natürliche Person haftet und er daher im Falle eines Falles über die Eigenschaft des Komplementärs nähere Erkundigungen einziehen muss. Mehr verlangt § 19 Abs. 2 HGB nicht. Der Zusatz „GmbH & Co. KG“ wäre hingegen geeignet, von solchen Erkundigungen gerade abzuhalten, weil man fälschlich der Auffassung sein könnte, anhand der Firmierung bereits über die Rechtsform des Komplementärs informiert worden zu sein.

Allerdings müsste dieser Zusatz dann für jede Personengesellschaft gelten, in der keine natürliche Person voll haftet. Es läge unionsrechtlich ein Fall der Diskriminierung vor, wenn man einer deutschen GmbH gestattet, als „GmbH & Co. KG“ zu firmieren, und lediglich für die Auslandsgesellschaft & Co. KG ein Sonderrecht schafft. Selbst wenn man darauf abstellt, dass es hier nicht um eine Unterscheidung inländisch/ausländisch geht, sondern allein um das Kriterium der für den Rechtsverkehr erkennbaren Haftungsbeschränkung, bliebe es jedenfalls beim Vorwurf der faktischen Diskriminierung. Die strengere Firmierungspflicht träfe naturgemäß überwiegend oder sogar ausschließlich ausländische Rechtsformen, da vor allem inländische und nur wenige – wie im Fall der Limited – besonders gebräuchliche ausländische Rechtsformen den nötigen Bekanntheitsgrad aufweisen würden, um ihre angestammten Rechtsformzusatz verwenden zu können.

### III. Vertragsgestaltung

Ist schon die GmbH & Co. KG als kautelarjuristische Herausforderung bekannt, so verdient die Vertragsgestaltung in der Auslandsgesellschaft & Co. KG erst recht besondere Aufmerksamkeit. Einige Beispiele seien genannt: Die Übertragbarkeit von Anteilen sollte zumindest dann vertraglich geregelt werden, wenn an der Auslandsgesellschaft & Co. KG mehrere natürliche Personen beteiligt sind (*unter 1.*). Auch die Verzahnung der Gesellschafterversammlungen erfordert in aller Regel eine ausgefeilte Regelung (*unter 2.*). Schließlich ist die Reichweite von Gesellschafter-Informationsrechten zu bedenken (*unter 3.*).

106 BURGARD, in: Staub, HGB, 5. Aufl., 2009, § 19 Rdn. 24; HÖHNE, aaO (Fn. 38), S. 218 ff.

### 1. Anteilsvinkulierung

In der personengleichen GmbH & Co. KG, bei der alle Kommanditisten zugleich GmbH-Gesellschafter sind, ist eine Verzahnung der beiden Gesellschaften sinnvoll, um ein Auseinanderfallen der Beteiligungskreise zu vermeiden.<sup>107</sup> Für die deutsche GmbH gilt der Grundsatz der freien Übertragbarkeit (§ 15 Abs. 1 GmbHG). Um einen unerwünschten Gesellschafterwechsel auszuschließen, wird eine Vinkulierungsklausel in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen (§ 15 Abs. 5 GmbHG); außerdem muss die Verfügung daran geknüpft werden, dass auch der korrespondierende Anteil in der jeweils anderen Gesellschaft übertragen wird.<sup>108</sup> Bei einer Auslandsgesellschaft & Co. KG muss dies an das Gesellschaftsrecht der ausländischen Komplementärgesellschaft angepasst werden. Zu vergleichen und parallel zu regeln sind weiterhin die Regelungen über den Ausschluss oder Austritt von Gesellschaftern.

Für das englische Recht ist zu beachten, dass der Anteilsübergang erst mit Eintragung des neuen Gesellschafters im Register der Gesellschafter wirksam vollzogen ist.<sup>109</sup> Die Registrierung liegt in den Händen des Geschäftsführers. Studiert man hierzu englische Fachliteratur, erhält man die erstaunliche Auskunft, dass der Geschäftsführer die Registrierung eines neuen Gesellschafters jederzeit und aus welchen Gründen auch immer verweigern könne.<sup>110</sup> Der neue Companies Act von 2006 brachte immerhin die Verbesserung, dass der Geschäftsführer dem Anteilserwerber die Gründe seiner Verweigerung mitteilen muss (Sec. 771 Abs. 1 Companies Act 2006). Wer seinen Anteil veräußern will, sollte daher zusehen, dass er sich mit dem *director* seiner Limited gut stellt. Eine vergleichbare Regelung findet sich in den Model Articles for Private Companies (Art. 26 Abs. 5). Weder das Gesetz noch die Mustersatzung geben Auskunft darüber, unter welchen Voraussetzungen der Geschäftsführer die Registrierung verweigern darf. Er unterliegt insoweit einer Bindung an das Interesse der Gesellschaft (*fiduciary duty*), darf die Registrierung also nicht willkürlich verweigern.<sup>111</sup> Allerdings gehen die Gerichte davon aus, dass der *director* im Zweifel besser weiß, was im Interesse der Gesellschaft liegt, als der Richter und greifen nur äußerst zurückhaltend ein.<sup>112</sup> Empfehlenswert ist daher eine ausdrückliche Regelung in der Satzung, die das Ermessen des *directors* auf klar definierte Ausnahmetatbestände reduziert.<sup>113</sup>

107 Siehe nur BINZ/SORG, aaO (Fn. 6), § 8 Rdn. 41 ff (S. 187 ff).

108 BINZ/SORG, aaO (Fn. 6), § 8 Rdn. 44 (S. 188).

109 GOWER AND DAVIES, Principles of Modern Company Law, 9. Aufl., 2012, S. 982 f (Rdn. 27-2).

110 HANNIGAN, aaO (Fn. 77), S. 317 (Rdn. 14-58).

111 Näher GOWER AND DAVIES, aaO (Fn. 109), S. 990 (Rdn. 27-7).

112 Näher HANNIGAN, aaO (Fn. 77), S. 318 (Rdn. 14-60).

113 Zu solchen Klauseln HANNIGAN, aaO (Fn. 77), S. 319 (Rdn. 14-62 ff).

## 2. *Gesellschafterversammlung*

In der GmbH & Co. KG sind zwei Gesellschafterversammlungen zu unterscheiden: Die Gesellschafterversammlung der KG und diejenige der GmbH. Handelt es sich bei den Gesellschaftern um dieselbe Personengruppe („personengleiche GmbH & Co. KG“), hat diese Unterscheidung etwas Künstliches. Empfehlenswert ist eine Vertragsgestaltung, die beide Versammlungen miteinander verzahnt:<sup>114</sup> Gleiche Beteiligungsverhältnisse in beiden Gesellschaften; Ausschluss der GmbH vom Stimmrecht in der KG; gleiche Mehrheitserfordernisse in beiden Gesellschaften; einheitliches Einberufungs- und Beschlussverfahren in beiden Gesellschaften. Ob und inwieweit sich dieses Ergebnis jeweils auch in der Verknüpfung mit dem Innenrecht einer ausländischen Kapitalgesellschaft erzielen lässt, bedarf im Einzelfall sorgfältiger Prüfung. Bei einer englischen Limited richtet sich das Verfahren einer Gesellschafterversammlung und der Beschlussfassung entweder nach der Satzung oder, falls diese keine eigenen Regelungen trifft, nach den Model Articles, die automatisch zur Anwendung kommen, soweit sie in der Satzung der Gesellschaft nicht ausgeschlossen wurden.<sup>115</sup> Sie erfüllen damit in gewisser Weise die Funktion, die in Deutschland das dispositives Recht übernimmt. Die Model Articles werden vom Secretary of State erlassen (Art. 19 (1) Companies Act) und sind damit aus deutscher Warte einer Rechtsverordnung vergleichbar.<sup>116</sup>

## 3. *Informationsrecht*

Im Recht der deutschen GmbH & Co. KG wird allseits bemängelt, dass der GmbH-Gesellschafter und der Kommanditist unterschiedlich ausgestaltete Informationsrechte genießen.<sup>117</sup> Das Informationsrecht nach § 51 a GmbHG steht jedem einzelnen Gesellschafter zu und erfasst alle Angelegenheiten der Gesellschaft.<sup>118</sup> Der Kommanditist erhält gemäß § 166 Abs. 1 HGB lediglich diejenigen Informationen, die er benötigt, um die Richtigkeit des Jahres-

114 K. SCHMIDT, aaO (Fn. 1), S. 1647 (§ 56 IV 2).

115 Vgl. Art. 20 (1) Companies Act: „On the formation of a limited company – (a) if articles are not registered, or (b) if articles are registered, in so far as they do not exclude or modify the relevant model articles, the relevant model articles (so far as applicable) form part of the company’s articles in the same manner and to the same extent as if articles in the form of those articles had been duly registered.“

116 So OLG Hamm, GmbHR 2011, 310, 311. Vgl. außerdem JUST, aaO (Fn. 54), Rdn. 75 ff.

117 Vgl. BINZ/SORG, aaO (Fn. 6), S. 93 ff (§ 5 Rdn. 84 ff) sowie K. SCHMIDT, aaO (Fn. 1), S. 1646.

118 Siehe nur TEICHMANN, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbH-Gesetz, 2012, § 51 a Rdn. 5 und Rdn. 15.

abschlusses zu überprüfen.<sup>119</sup> In einer GmbH & Co. KG sind die Kommanditisten nicht selten gleichzeitig auch Gesellschafter der GmbH. Systematisch erscheint die unterschiedliche Informationsregelung dann zwar besonders widersinnig. Rechtspraktisch bleibt sie aber gerade hier ohne Auswirkungen, weil sich das Informationsrecht des § 51 a GmbHG in der GmbH & Co. KG auch auf alle Angelegenheiten der KG erstreckt.<sup>120</sup> Der Kommanditist, der gleichzeitig GmbH-Gesellschafter ist, kann sich also dieses Informationsrecht zunutze machen.

Im Kontext der Auslandsgesellschaft & Co. könnte allerdings gerade die Wahl einer ausländischen Komplementärgesellschaft dazu führen, dass die Diskrepanz der Informationsrechte erneut aufbricht. Wer gleichzeitig als Kommanditist an der KG und als Gesellschafter an der Auslandsgesellschaft beteiligt ist, bleibt nach deutschem Recht auf § 166 Abs. 1 HGB beschränkt und muss sich in der Komplementärgesellschaft mit den Informationsrechten zufrieden geben, die das ausländische Recht gewährt. Dies wird häufig weniger weit reichen als der § 51 a GmbHG. Das englische Gesellschaftsrecht kennt beispielsweise ein gesetzliches Fragerecht nur in der Hauptversammlung von börsennotierten Gesellschaften.<sup>121</sup> Eine Einsichtnahme in Unterlagen der Gesellschaft schließen die Model Articles for Private Companies sogar ausdrücklich aus.<sup>122</sup>

Insoweit gewinnt in der Auslandsgesellschaft & Co. KG eine andere Diskussionslinie an Bedeutung, nämlich die Ausdehnung des Informationsrechts der Kommanditisten.<sup>123</sup> Nach vielfach vertretener Auffassung steht dem Kommanditisten ein Recht auf Information über alle Angelegenheiten der Gesellschaft zu, die für die sachgemäße Wahrnehmung seiner Mitgliedschaftsrechte wesentlich sind.<sup>124</sup> Zu den Rechten des Kommanditisten, die mit einem Informationsbedürfnis einhergehen, gehören das Widerspruchsrecht des § 164 HGB und seine steuerliche Stellung als Mitunternehmer.<sup>125</sup> Zur besseren Absicherung wäre allerdings gerade in einer Auslandsgesellschaft & Co. KG eine vertragliche Regelung dringend anzuraten.

119 BINZ/SORG, aaO (Fn. 6), S. 93 (§ 5 Rdn. 85), sprechen von einem „funktionsgebundenen“ Informationsrecht.

120 Siehe nur HAAS/MOCK, aaO (Fn. 21), § 161 HGB Rdn. 66.

121 Art. 319A Companies Act (erlassen in Umsetzung der EU-Aktionärsrechterichtlinie).

122 Art. 50 Model Articles: „Except as provided by law or authorised by the directors or an ordinary resolution of the company, no person is entitled to inspect any of the company’s accounting or other records or documents merely by virtue of being a shareholder.“

123 Dazu K. SCHMIDT, aaO (Fn. 1), S. 1541 (§ 53 III 3) sowie DERS., JZ 2008, 425, 432 f.

124 BINZ/SORG, aaO (Fn. 6), S. 96 (§ 5 Rdn. 94); HAAS/MOCK, aaO (Fn. 21), § 161 HGB Rdn. 29 ff.

125 HOPT, aaO (Fn. 95), § 166 HGB Rdn. 11. Beachte allerdings, dass § 164 HGB dispositiv ist (aaO, § 164 HGB Rdn. 6).

#### IV. Geschäftsführerhaftung gegenüber der KG

##### 1. Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte

In der GmbH & Co. KG liegt die Geschäftsführung der KG bei der Komplementär-GmbH (§§ 161 Abs. 2, 114 HGB); die Kommanditisten sind von der Geschäftsführung ausgeschlossen (§ 164 HGB). Die KG wird im Außenverhältnis durch die GmbH vertreten (§§ 161 Abs. 2, 125 Abs. 1 HGB). Es handelt somit für die KG der Geschäftsführer der GmbH. Lebhaft diskutiert und in mehreren Gerichtsentscheidungen relevant wurde die Frage, ob der KG bei Pflichtverletzungen des GmbH-Geschäftsführers ein direkter Ersatzanspruch gegen diesen zusteht. Der Sachverhalt einer frühen BGH-Entscheidung von 1982 illustriert dies sinnfällig:<sup>126</sup> Innerhalb der KG war für die GmbH eine Tätigkeitsvergütung von 60.000 DM beschlossen worden. Der Geschäftsführer der GmbH entnahm für die GmbH einen höheren Betrag, nämlich insgesamt 174.000 DM. Die KG verklagte den Geschäftsführer persönlich auf Schadensersatz.

Streng genommen besteht zwischen dem Geschäftsführer und der KG keine Rechtsbeziehung, auf die sich ein solcher Anspruch stützen könnte. Die KG müsste sich an die GmbH wenden, denn diese ist als Komplementärin für die Geschäftsführung zuständig. Die GmbH ihrerseits müsste dann gemäß § 43 GmbHG ihren Geschäftsführer auf Schadensersatz in Anspruch nehmen. Der Bundesgerichtshof hingegen gewährt der KG in ständiger Rechtsprechung einen direkten Anspruch gegen den GmbH-Geschäftsführer.<sup>127</sup> Dies wurde zunächst für die Publikums-KG entschieden,<sup>128</sup> dann auf jede KG ausgedehnt, in der sich die Funktion der GmbH in der Haftung und Geschäftsführung für die KG erschöpft<sup>129</sup>.

Haftungsgrundlage ist die dogmatische Figur des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte. Ursprünglich wurde der Anstellungsvertrag zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer als ein Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte angesehen,<sup>130</sup> mittlerweile ist jedoch klargestellt, dass auch das organ-schaftliche Verhältnis selbst Schutzwirkung für Dritte entfaltet.<sup>131</sup> Dies gilt immer dann, wenn der einzige Daseinszweck der GmbH darin liegt, die Komplementärstellung in der KG einzunehmen. Denn in einem solchen Fall besteht die Tätigkeit des GmbH-Geschäftsführers naturgemäß und für alle er-

126 BGH, NJW 1982, 2869.

127 BGHZ 75, 321, 323; BGHZ 76, 326, 338; BGHZ 100, 190, 193; zuletzt BGH, NJW 2013, 3636, 3637. Ebenso verhält es sich in Österreich (siehe nur TORGLER, UGB, 2013, § 161 Rdn. 12).

128 BGHZ 75, 321, 323.

129 BGHZ 76, 326, 338.

130 BGHZ 75, 321, 323.

131 Angedeutet in BGHZ 100, 190, 193, deutlicher BGH, NJW 2013, 3636, 3637.



kennbar ausschließlich darin, die Geschäfte der KG zu führen.<sup>132</sup> Wenn die GmbH neben der Geschäftsführung der KG hingegen noch weitere, nicht ganz unbedeutende Tätigkeiten ausführt, soll ein Vertrag mit Schutzwirkung regelmäßig nicht in Betracht kommen.<sup>133</sup>

## 2. Rechtsdogmatische Kritik

Die Konstruktion des Anstellungs- oder Organschaftsverhältnisses mit Drittwirkung hat schon im deutschen Recht ihre Schwächen.<sup>134</sup> Sie rekurriert auf einen hypothetischen Parteiwillen, den es im Zweifel so nicht gibt.<sup>135</sup> Und sie bindet die Haftung des Geschäftsführers an die Sonderregeln des GmbH-Gesetzes, die für die KG nicht passen. Virulent wurde dies im Fall der kurzen Verjährung des GmbH-Rechts. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1982 konnte der BGH die Anwendung der Fünfjahresfrist des § 43 Abs. 4 GmbHG nur mit einem Kunstgriff vermeiden, weil der GmbH-Geschäftsführer zugleich Kommanditist war: Er könne sich auf die kurze Frist nicht berufen, weil er zugleich auch seine Gesellschafterpflichten als Kommanditist verletzt habe.<sup>136</sup>

Für die Auslandsgesellschaft & Co. KG ist der Ansatz des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte auch aus einem anderen Grunde ungeeignet: Dienstvertrag und Organstellung des Geschäftsführers richten sich in diesem Fall nach dem ausländischen Gesellschaftsstatut der Komplementär-gesellschaft. Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte hingegen ist eine Konstruktion des deutschen Rechts, mit der die engen Grenzen des Deliktsrechts überwunden werden sollen.<sup>137</sup> Es dürfte wenig Erfolg versprechen, die Organstellung des *directors* einer englischen Limited mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach deutschem Rechtsverständnis ausstatten zu wollen.

132 Die Literatur stimmt dem – zumindest im Ergebnis – überwiegend zu. Vgl. HAAS/MOCK, aaO (Fn. 21), § 161 HGB Rdn. 82, HÜFFER, ZGR 1981, 348, 356, K. SCHMIDT, aaO (Fn. 1), S. 1649 (§ 56 IV 3).

133 BGH, NJW-RR 2002, 965, 966.

134 Eingehend KREBS, Geschäftsführungshaftung bei der GmbH & Co. KG und das Prinzip der Haftung für sorgfaltswidrige Leitung, 1991.

135 Daher ablehnend gegenüber dieser dogmatischen Begründung der Schutzwirkung LOOSCHELDERS, Schuldrecht AT, 11. Aufl., 2013, S. 79 (Rdn. 201). Vgl. auch die Kritik bei KREBS, aaO (Fn. 134), zusammenfassend S. 149 ff.

136 BGH, NJW 1982, 2869.

137 Siehe nur HARKE, Allgemeines Schuldrecht, 2010, S. 253 (Rdn. 263) und S. 427 (Rdn. 433).

### 3. Allgemein: Geschäftsführung durch juristische Personen

Die Auslandsgesellschaft & Co. KG bietet daher den Anlass, die bislang gebräuchliche Konstruktion des deutschen Rechts zu überdenken. Deren Grundübel besteht darin, die GmbH & Co. KG aus Perspektive der GmbH zu betrachten, so als wäre die GmbH & Co. KG in Wirklichkeit eine GmbH. Tatsächlich wird nur umgekehrt ein Schuh daraus: Es handelt sich nach wie vor um eine KG – und das eigentliche Problem liegt darin, dass die Geschäftsführung der KG systemfremd einer juristischen Person anvertraut wird.

Die Geschäftsführung durch juristische Personen ist dem deutschen Gesellschaftsrecht unbekannt. Für das GmbH- und das Aktienrecht ist ausdrücklich geregelt, dass nur natürliche Personen die Geschäftsführung übernehmen dürfen.<sup>138</sup> Dass ausgerechnet für die Personengesellschaft etwas anderes gelten sollte, wäre überraschend. Die Geschäftsführung durch natürliche Personen steht dort nur deshalb nicht im Gesetz, weil die Geschäftsführungskompetenz automatisch dem persönlich haftenden Gesellschafter zufällt und dieser grundsätzlich als natürliche Person gedacht ist.<sup>139</sup> In seinem Gesetzesvorschlag zur Kodifizierung einer „haftungsbeschränkten Personengesellschaft“ hat der wissenschaftliche *Arbeitskreis GmbH-Reform* ebendies mit größter Selbstverständlichkeit ausdrücklich vorgesehen.<sup>140</sup> Auch wenn es bislang zu einer eigenständigen Regelung dieses Typus nicht gekommen ist, muss doch dasselbe Ergebnis aus allgemeinen Grundsätzen abgeleitet werden: Die Geschäftsführung durch juristische Personen ist im deutschen Gesellschaftsrecht nicht vorgesehen, weshalb für diese Konstellation adäquate Regelungen fehlen. Will man die Geschäftsführung durch juristische Personen dennoch zulassen, was mit Billigung der GmbH & Co. KG faktisch geschehen ist, sind die damit verbundenen Fehlanreize in angemessener Weise aufzufangen.

Wie man zu verfahren hat, wenn eine juristische Person die Geschäftsführung übernimmt, zeigt das französische Recht. Der Code de Commerce gestattet für Aktiengesellschaften die Geschäftsführung durch eine juristische Person (Art. L. 225-20 Code de Commerce). Allerdings sieht der französische Gesetzgeber sehr deutlich, dass man die eigentliche Verantwortung nicht auf eine juristische Person delegieren kann. Diese muss daher kraft Gesetzes eine natürliche Person als dauerhaften Vertreter benennen. Dieser Person kommt nach französischer Auffassung eine eigenständige Organstellung in der ver-

138 § 6 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, § 76 Abs. 3 Satz 1 AktG.

139 Ebenso für den Fall des Prokuristen: KG, NZG 2002, 48.

140 § 180 Abs. 1 Sätze 1 und 2 HGB-E: „Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer. Diese müssen natürliche Personen sein, sie brauchen nicht Gesellschafter zu sein.“ ARBEITSKREIS GMBH-REFORM, Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform, Band 1, 1971, S. 27.

walteten Gesellschaft zu.<sup>141</sup> Sie unterliegt kraft Gesetzes derselben zivil- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit als wäre sie unmittelbar ernannter Geschäftsführer.<sup>142</sup> Allein dies bietet, so die französische Literatur, die Gewähr, dass die geschäftsführende Person ihre Aufgabe mit dem nötigen Ernst wahrnimmt.<sup>143</sup> Eine vergleichbare Regelung findet sich in der Verordnung über die Europäische Aktiengesellschaft. Art. 47 SE-VO gestattet die Geschäftsführung durch juristische Personen, wenn das für Aktiengesellschaften maßgebliche Recht des Sitzstaates der SE nichts anderes bestimmt. Art. 47 Abs. 1 Unterabs. 2 SE-VO bestimmt, dass im Falle einer juristischen Person als Organmitglied diese eine natürliche Person als Vertreter bestellen muss.

Ebenso muss die Lösung für das deutsche Recht lauten.<sup>144</sup> Dafür lassen sich allgemein zivilrechtliche und gesellschaftsrechtliche Überlegungen verbinden: Die Schutzwirkung eines bestimmten Rechtsverhältnisses für Dritte ist kein Ergebnis ergänzender Vertragsauslegung, sondern eine gesetzlich angeordnete Rechtsfolge, die sich auf § 311 Abs. 3 BGB stützt.<sup>145</sup> In Fällen besonderer Leistungsnähe, bei denen ein Dritter bestimmungsgemäß mit der Leistung in Berührung kommt, entspricht es dem allgemeinen Gebot der Rücksichtnahme, die Interessen des Dritten zu wahren. Daher hat die Pflichtenstellung des GmbH-Geschäftsführers im Verhältnis zur KG ihre Wurzel im Gesellschaftsvertrag der Kommanditgesellschaft. Der direkte Zugriff des GmbH-Geschäftsführers auf das KG-Vermögen ist eine zwingende Folge der gesetzlich angeordneten Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht des Komplementärs. Es kann daher nicht vom Parteiwillen abhängen, ob der Geschäftsführer bereit ist, persönlich für die Wahrnehmung dieser Tätigkeit Verantwortung zu übernehmen. Diese Verantwortung folgt zwingend aus der gesetzlichen Rollenverteilung. Wer in organschaftlicher Stellung die Verwaltung einer bestimmten Vermögensmasse zugewiesen erhält, ist dem Träger dieser Vermögensmasse Rechenschaft schuldig. Diese aus dem deutschen Zivil- und Gesellschaftsrecht abgeleiteten Überlegungen muss sich auch der Geschäftsführer einer ausländischen Kapitalgesellschaft entgegenhalten lassen, wenn diese die Geschäftsführung einer deutschen KG übernimmt. Sie haben daher auch für eine Auslandsgesellschaft & Co. KG Gültigkeit.

Bestärkt wird dieses Ergebnis durch spezialgesetzliche Vorschriften, die schon jetzt die natürliche Person adressieren und nicht den dahinter stehenden

141 MERLE, aaO (Fn. 67), S. 431 (Rdn. 376); ausführlich OPPETIT, JCP 1969, I, 2227, Textziffer 19 ff.

142 COZIAN/VIANDIER/DEBOISSY, *Droit des Sociétés*, 23. Aufl., 2010, S. 279 (Tz. 505); MERLE, aaO (Fn. 67), S. 430 f (Rdn. 376); OPPETIT, JCP 1969, I, 2227, Textziffer 29 ff.

143 OPPETIT, JCP 1969, I, 2227, Textziffer 29.

144 Zu weitergehenden Implikationen dieser Feststellung (z. B. direktes Weisungsrecht der Kommanditisten), K. SCHMIDT, JZ 2008, 425, 432.

145 HARKE, aaO (Fn. 137), S. 427 ff (Rdn. 433 ff); LOOSCHELDERS, aaO (Fn. 135), S. 79 (Rdn. 202).

Rechtsträger. Ein Beispiel dafür ist das Insolvenzrecht. Der Insolvenzgrund der Überschuldung gilt auch für Personengesellschaften, bei denen der persönlich haftende Gesellschafter keine natürliche Person ist (§ 19 Abs. 3 InsO). Maßgeblicher Regelungsgrund ist die „fehlende Haftung einer natürlichen Person für die Verbindlichkeiten einer verselbständigten Vermögensmasse“.<sup>146</sup> In diesem Fall besteht auch eine Insolvenzantragspflicht gemäß § 15 a Abs. 1 Satz 2 InsO.<sup>147</sup> Der Grund liegt darin, dass den Gläubigern nur eine beschränkte Vermögensmasse haftet.<sup>148</sup> Die Einbeziehung der GmbH & Co. KG rechtfertigt sich wiederum daraus, dass dort keine natürliche Person unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet.<sup>149</sup> Normadressat ist der organschaftliche Vertreter der persönlich haftenden Gesellschaft.<sup>150</sup> Dies fügt sich in die vorstehenden Grundwertungen des deutschen Zivilrechts ein und ist daher keine Spezialregelung, die außerhalb des Insolvenzrechts ohne Berechtigung wäre, sondern vielmehr Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, wie er zuvor entwickelt wurde.

#### V. Kapitalerhaltung

Im Bereich der Kapitalerhaltung stellt sich ein vergleichbares Problem: Die Rechtsprechung neigt dazu, die Lösung für die GmbH & Co. KG im Recht der GmbH zu suchen. Der Streitfall besteht in der Ausschüttung von KG-Vermögen an einen Kommanditisten. Nach dem allgemeinen Recht der KG ist eine solche Ausschüttung unbegrenzt möglich. Allerdings lebt dadurch die Haftung des Kommanditisten wieder auf, die wiederum ihre Grenze an der vereinbarten Haftsumme findet. Vom Kommanditisten ist eine Selbstdisziplinierung nicht zuverlässig zu erwarten. Das Gesetz vertraut hier auf die „Bremsfunktion“ des persönlich haftenden Gesellschafters.<sup>151</sup> Dieser wird normalerweise im eigenen Interesse dafür sorgen, dass die KG lebensfähig und zahlungsfähig bleibt. Übersteigt die Ausschüttung die Leistungsfähigkeit der KG, spürt der Komplementär dies an seinem eigenen Geldbeutel, weil er für alle Verbindlichkeiten der KG persönlich haftet.

Das System des Gläubigerschutzes im GmbH-Recht basiert hingegen auf der Vorstellung, dass eine solche Bremsfunktion dort fehlt und daher übermäßige Ausschüttungen anderweitig verhindert werden müssen. Dies überträgt der BGH in ständiger Rechtsprechung auf die GmbH & Co. KG: Ein Komman-

146 PAPE, in: Kübler/Prütting/Bork, Komm. z. InsO, 50. Lfg. 9/12, § 19 Rdn. 4.

147 Zu deren Anwendbarkeit auf die Auslandsgesellschaft & Co. KG KLÖHN/SCHAPER, ZIP 2013, 49, 50.

148 PREUSS, in: Kübler/Prütting/Bork, Komm. z. InsO, 50. Lfg. 9/12, § 15 a Rdn. 18.

149 KLÖHN, Münchener Komm. z. InsO, 3. Aufl., 2013, § 15 a Rdn. 49.

150 PREUSS in: Kübler/Prütting/Bork, Komm. z. InsO, 50. Lfg. 9/12, § 15 a Rdn. 44.

151 So BGHZ 100, 342, 357. Weiterhin SCHLÄFKE, aaO (Fn. 10), S. 123 f.

ditist, der Vermögen entnimmt, muss dieses auf Basis der §§ 30, 31 GmbHG wieder zurückzahlen und zwar auch über den Betrag seiner Haftsumme hinaus. Dies wurde zunächst für Kommanditisten entschieden, die gleichzeitig GmbH-Gesellschafter waren,<sup>152</sup> dann aber auch auf Kommanditisten erstreckt, die nicht zugleich der GmbH angehörten<sup>153</sup>.

Diese Analogie zu den §§ 30, 31 GmbHG geht ins Leere, wenn die Komplementärgesellschaft einem ausländischen Recht unterliegt. Es hätte einen gewissen Reiz und auch eine gewisse Logik, nun für jede Auslandsgesellschaft & Co. KG die Ausschüttungsregeln der betreffenden Auslandsgesellschaft analog auf die KG anzuwenden.<sup>154</sup> Dem Kommanditisten einer Ltd. & Co. KG drohte ein böses Erwachen. Denn das englische Kapitalerhaltungsregime ist streng, wesentlich strenger als das deutsche GmbH-Recht. Erstens dürfen nur Gewinne ausgeschüttet werden.<sup>155</sup> Zweitens kann die Ausschüttung nicht unmittelbar auf die Bilanz gestützt werden, sondern erfordert eine Überleitungsrechnung, bei der die realisierten von den nicht-realisierten Gewinnen geschieden werden.<sup>156</sup> Mit einer solchen Lösung würde man sich allerdings im Falle einer B.V. & Co. KG auch das 2012 frisch reformierte niederländische Gesellschaftsrecht ins Haus holen, das seinen Kapitalschutz radikal entrümpelt und an seine Stelle einen Solvenztest gesetzt hat, dessen konkrete Handhabung noch völlig ungeklärt ist.<sup>157</sup> Überträgt man dies auf die B.V. & Co. KG, dürfte Vermögen der KG immer nur dann an die Kommanditisten ausgeschüttet werden, wenn der Geschäftsführer der Komplementär-B.V. vernünftigerweise annehmen darf, dass die KG auch nach der Ausschüttung ihre fälligen Schulden noch wird bezahlen können.

Wiederum stellt sich die Grundsatzfrage, ob die Anleihe im Recht der Komplementär-Gesellschaft dogmatisch der richtige Ansatz ist. Dafür spricht, dass die Gläubiger gerade diese Gesellschaft als persönlich haftenden Gesellschafter ansehen und daher nicht mehr und nicht weniger erwarten können als den Gläubigerschutz dieser Rechtsform. Dagegen spricht, dass es sich bei der KG um eine Rechtsform des deutschen Rechts handelt und die Gläubiger eine ebenso berechtigte Erwartung haben, dass Regelungskonzepte aus der Systematik des deutschen KG-Rechts heraus entwickelt werden. Dazu gibt es im

152 BGHZ 60, 324 ff sowie BGHZ 69, 274 ff.

153 BGHZ 110, 342 ff. Vgl. zur Paralleldiskussion in Österreich TORGLER, aaO (Fn. 127) § 161 UGB Rdn. 17 (m.w.N.).

154 In diesem Sinne für die Ltd. & Co. KG: SCHLICHTE, DB 2006, 1357; SCHAPER, aaO (Fn. 37) S. 272 ff; vgl. weiterhin SCHLÄFKE, aaO (Fn. 10), S. 238–247, der im Ergebnis jedoch einen von der Rechtsform der Komplementärgesellschaft unabhängigen Vermögensschutz favorisiert.

155 Vgl. EBERT/LEVEDAG, in: Süß/Wachter, Handbuch Internationales GmbH-Recht, 2. Aufl., 2011, Länderbericht England, Rdn. 234 ff (S. 724).

156 Dazu in Kürze: KNOCH, Rechnungslegung der englischen Limited, Würzburg, 2014.

157 Näher HIRSCHFELD, RIW 2013, 134, 139.

Schrifttum umfangreiche Vorarbeiten,<sup>158</sup> die hier nicht in allen Einzelheiten gewürdigt werden können. Wichtig erscheinen jedoch folgende Eckpunkte:

Es handelt sich bei der Gesellschaft dem Grundtypus nach weiterhin um eine KG. Ausgangspunkt der Überlegungen muss daher das gesetzliche Normalstatut der KG sein. Dieses begrenzt die Haftung des Kommanditisten auf die Haftsumme (vgl. § 172 Abs. 1 HGB). Selbst wenn er dem KG-Vermögen einen höheren Betrag entnimmt, haftet er nur bis zur Haftsumme auf Rückzahlung.<sup>159</sup> Der damit fehlende Verhaltensanreiz zur Schonung des KG-Vermögens wird kompensiert durch die „Bremsfunktion“ des Komplementärs, der sich im eigenen Interesse um die Lebensfähigkeit der KG sorgen wird, weil er persönlich für deren Verbindlichkeiten haftet. Der BGH fasst dies treffend zusammen: „Die gesetzliche Regelung geht davon aus, dass die Gesellschaftsgläubiger durch die unbeschränkte Haftung des persönlich haftenden Gesellschafters gegen eine Aushöhlung des Gesellschaftsvermögens zugunsten des Kommanditisten ausreichend gesichert sind.“<sup>160</sup> In der GmbH & Co. KG entfällt diese Bremsfunktion.<sup>161</sup> Darin liegt der eigentliche Legitimationsgrund für die Rechtsprechung des BGH, der den Kommanditisten zur Rückzahlung des erhaltenen Betrages – auch über die Haftsumme hinaus – verpflichtet.

Der BGH stützt dies bislang auf eine Analogie zu den §§ 30, 31 GmbHG. Das war rechtspraktisch nachvollziehbar, solange es in der Praxis nahezu ausschließlich um GmbHs als Komplementärgesellschaften ging. Je mehr sich dieses Bild wandelt in Richtung auf eine bunte Vielfalt von Komplementärgesellschaften, umso mehr gilt es klarzustellen, dass die Rückzahlungspflicht des Kommanditisten im Grunde als Ausprägung eines allgemeinen Grundgedankens des deutschen Gesellschaftsrechts zu verstehen ist: Das Vermögen einer Gesellschaft, in der keine natürliche Person voll haftet, dient vorrangig der Befriedigung der Gläubiger.<sup>162</sup> Dieser Gedanke wird in GmbH und AG in eine gesetzlich regulierte Vermögensbindung umgemünzt. Vergleichbares gibt es in der KG nicht, weil sie nach dem gesetzlichen Leitbild nicht als haftungsbeschränkte Gesellschaft konzipiert wurde. In der KG fehlen daher gesetzliche Ausschüttungsregeln. Bei dieser Ausgangslage kann es für die GmbH & Co. KG im Grundsatz bleiben. Ein Ausschüttungsverbot in Analogie zu § 30

158 Dazu gehören die auf Vorarbeiten von K. SCHMIDT (siehe nur DERS., Gesellschaftsrecht, aaO (Fn. 1), S. 1653 ff (§ 56 V)) aufbauende Untersuchung von DUYS, aaO (Fn. 38), S. 43 ff, sowie die Monographien von HÖHNE, aaO (Fn. 38), S. 225 ff und SCHLÄFKE, aaO (Fn. 10), S. 111 ff.

159 Dazu eingehend SCHLÄFKE, aaO (Fn. 10), S. 172–188.

160 BGHZ 60, 324, 328.

161 SCHLÄFKE, aaO (Fn. 10), S. 123 f.

162 Aus diesem Grund lässt sich auch das Konzept der Existenzvernichtungshaftung auf die Kapitalgesellschaft & Co. KG übertragen (näher SCHLÄFKE, aaO (Fn. 10), S. 297–304).

GmbHG, das am Vermögen der Komplementärgesellschaft zu orientieren wäre,<sup>163</sup> vermag für die Kapitalgesellschaft & Co. KG nicht zu überzeugen. Denn das Konzept eines gebundenen „Stammkapitals“ ist zu sehr vom deutschen GmbH-Recht geprägt, als dass es sich erfolversprechend auf die Auslandsgesellschaft & Co. KG übertragen ließe. Die Entnahme durch einen Kommanditisten bleibt also zulässig, führt aber zum Wiederaufleben der Haftung gemäß § 172 Abs. 4 HGB. Dass diese Rückzahlungspflicht im allgemeinen KG-Recht auf die eingetragene Haftsumme beschränkt ist, rechtfertigt sich nur aus der Existenz eines anderen, voll haftenden Gesellschafters. Ist dieser eine Kapitalgesellschaft, entfällt die Legitimation für die Begrenzung des Rückzahlungsanspruchs. Der Kommanditist muss der KG daher den erhaltenen Betrag in der Höhe zurückerstatten, wie er zur Befriedigung der Gläubiger benötigt wird. Das entspricht zwar im Ergebnis dem Inhalt des § 31 GmbHG, lässt sich aber im System des deutschen Rechts als Rechtsfortbildung im Haftungsregime der KG verstehen, das auf die besondere Konstellation anzupassen ist, in der keine natürliche Person voll haftet.

#### VI. Zusammenfassung in Thesen

1. Die Geschichte der GmbH & Co. KG ist in gewisser Hinsicht eine Geschichte der Gesetzesumgehungen. Dies erklärt das Misstrauen, das nun der Auslandsgesellschaft & Co. entgegenschlägt, bei der zur Typenvermischung noch die Statutenvermischung hinzukommt. Das rechtfertigt es allerdings nicht, ihr generell die Zulässigkeit zu versagen. Gesellschaften aus EU- und EWR-Staaten können sich insoweit auf die Niederlassungsfreiheit berufen. Aber auch bei Gesellschaften aus Drittstaaten besteht kein durchgreifender Grund, ihnen die Beteiligung an einer deutschen Personengesellschaft zu versagen, soweit sie in Deutschland allgemein als rechtsfähig anerkannt werden.
2. Die KG deutschen Rechts muss, wenn keine natürliche Person unbeschränkt haftet, eine Bezeichnung enthalten, welche die Haftungsbeschränkung kennzeichnet (§ 19 Abs. 2 HGB). Die Kombination mit der ausländischen Rechtsformbezeichnung reicht dafür nicht immer aus. Der Ausweis als „haftungsbeschränkte“ Kommanditgesellschaft ist vorzuzugswürdig, muss aber aus unionsrechtlichen Gründen dann auch für die GmbH & Co. KG gelten. Aus Gründen der Transparenz ist außerdem eine Regelung vonnöten, wonach die konkreten Vertretungsverhältnisse im Register der KG einzutragen sind.
3. In der grenzüberschreitend-typenvermischten Personengesellschaft müssen die Gesellschaftsverträge der Personengesellschaft und ihrer ausländischen Komplementärin aufeinander abgestimmt werden. Gestaltungsthemen sind

163 So Duys, aaO (Fn. 38), S. 57.

insb. die Anteilsübertragung, die Verzahnung der Gesellschafterversammlungen und das Informationsrecht der Kommanditisten.

4. In der GmbH & Co. KG besteht bei pflichtwidriger Geschäftsführung nach ständiger Rechtsprechung ein direkter Anspruch der KG gegen den GmbH-Geschäftsführer, dessen Stellung als Rechtsverhältnis mit Schutzwirkung für Dritte angesehen wird. Gegenüber einer ausländischen Komplementär-Gesellschaft geht dieser dogmatische Ansatz ins Leere. Die Geschäftsführerhaftung ist daher eigenständig aus dem Wesen der Kapitalgesellschaft & Co. KG zu entwickeln. Sie ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen des deutschen Rechts: Prinzipiell sind nur natürliche Personen zur Geschäftsführung befugt; im Falle einer zwischengeschalteten juristischen Person ist deren Organ zugleich persönlich für die Verwaltung des Gesellschaftsvermögens verantwortlich.

5. Für die GmbH & Co. hat die Rechtsprechung ein Kapitalerhaltungssystem entwickelt, das sich auf eine Analogie zum GmbH-Gesetz gründet. Dieses Modell ist für die Auslandsgesellschaft & Co. ungeeignet. Vorzugswürdig ist auch hier ein eigenständig im deutschen KG-Recht wurzelndes Vermögensregime der haftungsbeschränkten Personengesellschaft. Die Kommanditisten trifft dabei eine direkte Verantwortung für die Vermögenserhaltung in der KG. Ausschüttungen, die zur Überschuldung führen, müssen nicht nur bis zur Haftsumme, sondern auch darüber hinaus zurückerstattet werden.

6. Das vermehrte Auftreten der Auslandsgesellschaft & Co. KG beschleunigt damit eine Entwicklung, die zur GmbH & Co. KG schon seit langem zu beobachten ist: Die Personengesellschaft, in der keine natürliche Person die volle Haftung übernimmt, entwickelt sich zu einem eigenständigen Typus, der in seiner Eigenart gewürdigt werden muss. Die Gesellschaft bleibt dabei dem Grundtypus nach eine Personengesellschaft. Sie bedarf aber besonderer Behandlung insoweit, als die Geschäftsführung von einer juristischen Person wahrgenommen wird und die Kommanditisten Mitverantwortung für die Vermögenserhaltung der Gesellschaft tragen.

7. Ein solches, aus dem System des deutschen Gesellschaftsrechts entwickeltes Regelungskonzept, ist auch unionsrechtlich unproblematisch. Die im Ausland gegründete Gesellschaft darf sich in Deutschland ungehindert an einer KG beteiligen. Sie muss dabei aber das deutsche KG-Recht im Sinne einer „Vorfrage“ als gegeben hinnehmen. Denn die Niederlassung im Inland steht gemäß Art. 49 Abs. 2 AEUV unter der Maßgabe, dass dabei die Vorschriften des Aufnahmestaates für seine eigenen Staatsangehörigen zu beachten sind.