

Die Neuordnung des internationalen Personengesellschaftsrechts

VON JOCHEN HOFFMANN, Erlangen / Nürnberg,
und SIMON HORN, Hamburg

Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) reformiert nicht nur das Sachrecht, sondern auch die international-privatrechtliche Anknüpfung: Die neu geschaffene Regelung des Sitzes in § 706 BGB hat in Übereinstimmung mit § 4a GmbHG, § 5 AktG einen kollisionsrechtlichen Regelungsgehalt und gibt die Verwaltungssitzanknüpfung nunmehr auch für eingetragene Personengesellschaften auf. Aufgrund der erheblichen Bedeutung der Registereintragung für die Anknüpfung erhalten auch sachrechtliche Vorschriften wie das Verbot der gewillkürten Löschung (§ 707a Abs. 4 BGB) international-privatrechtliche Relevanz. Umgekehrt sind kollisionsrechtliche Konsequenzen bei der Auslegung des anknüpfungsrelevanten Sachrechts zu berücksichtigen, insbesondere zur Vermeidung unbeabsichtigter Statutenwechsel. Zudem werden durch die Aufnahme der eingetragenen GbR in den Kreis der umwandlungsfähigen Gesellschaften auch die Möglichkeiten grenzüberschreitender Umwandlungen von Personengesellschaften erheblich erweitert.

Reshaping Germany's Private International Law on Partnerships. – The recent German act on the modernization of partnership law (MoPeG) reforms not only the substantive law but also the determination of connecting factors for conflict-of-law purposes. A newly created provision introducing a “registered seat” in § 706 of the German Civil Code (BGB) is relevant to conflict-of-law considerations as it abandons the “real seat” as a connecting factor for registered partnerships. Since the law applicable to a partnership now depends on the partnership’s place of registration, substantive provisions such as the prohibition of voluntary deregistration (§ 707a BGB para. 4) will now have a considerable impact on questions of private international law. Conversely, those interpreting the substantive law must take conflict-of-law issues into account, especially to avoid unintentionally changing the law to which an entity will be subject. Moreover, the eligibility of the registered partnership (eGbR) for domestic conversions, mergers, and divisions considerably expands the range of possibilities for cross-border transactions of that kind.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung: Der kollisionsrechtliche Regelungsgehalt des § 706 Satz 2 BGB	66
II. Die Vertragssitzanknüpfung als Kollisionsnorm (nur) der in Deutschland eingetragenen Personengesellschaften	69
III. Kollisionsrechtliche Differenzierungen: Personengesellschaften außerhalb des Anwendungsbereichs der Vertragssitzanknüpfung	71
1. Überblick	71
2. Innengesellschaften	72
3. Nicht eingetragene Außengesellschaften	73
4. Im Ausland eingetragene Außengesellschaften	75
IV. Statutenwechsel	76
1. Statutenwechsel durch den Eintragungsantrag	76
2. Statutenwechsel durch Löschung?	78
3. Statutenwechselnde Vertragssitzverlegung?	79
4. Statutenwechsel eingetragener Gesellschaften infolge fehlender Vertragssitzbestimmung?	80
5. Die Inlandseintragung als Einbahnstraße in das deutsche Gesellschaftsstatut?	82
V. Grenzüberschreitende Umwandlungen von Personengesellschaften	82
1. Grundlagen	82
2. Grenzüberschreitender Formwechsel von Personengesellschaften	84
3. Grenzüberschreitende Verschmelzung und Spaltung unter Beteiligung von Personengesellschaften	87
VI. Schlusspetitum	88
VII. Thesen	90

I. Einleitung: Der kollisionsrechtliche Regelungsgehalt des § 706 Satz 2 BGB

Das am 25. Juni 2021 vom Bundestag verabschiedete Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG)¹ enthält nicht nur weitreichende sachrechtliche Änderungen, sondern läutet für in Deutschland eingetragene Personengesellschaften auch kollisionsrechtlich die Abkehr von der Verwaltungssitzanknüpfung (vulgo „Sitztheorie“) ein. Mit § 706 BGB existiert erstmals eine allgemeine Regelung des Sitzes von Personen-

¹ Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) vom 10. August 2021, BGBl. 2021 I 3436. Alle Normzitate beziehen sich auch ohne gesonderten Hinweis bereits auf die jeweiligen Vorschriften i. d. F. des MoPeG. Das Gesetz beruht auf dem sogenannten „Mauracher Entwurf“, der 2020 von einer wissenschaftlichen Arbeitsgruppe im Auftrag des BMJV vorgelegt worden ist; vgl. *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (April 2020), <http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/042020_Entwurf_Mopeg.pdf?__blob=publicationFile&v=3> (22.9.2021).

gesellschaften, die durch die Verweisungen in §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB auch (und vor allem) für Personenhandelsgesellschaften gilt. Danach bestimmt sich der Sitz der Gesellschaft zwar grundsätzlich nach dem Verwaltungssitz (§ 706 Satz 1 BGB), eingetragene Personengesellschaften können aber ausweislich § 706 Satz 2 BGB alternativ einen dann maßgeblichen inländischen Vertragssitz vereinbaren. Dieser Vertragssitz muss keinen Bezug zur Geschäftstätigkeit haben und kann unabhängig von der im Gesellschafts- oder Handelsregister einzutragenden Anschrift (die nach § 707 Abs. 2 Nr. 1 lit. c BGB EU-weit gewählt werden kann) vereinbart werden. Die Neuregelung gewährt Personengesellschaften mithin zunächst einmal Sitzwahlfreiheit innerhalb Deutschlands, wobei der Vertragssitz vor allem für Register- und Gerichtszuständigkeiten relevant ist (§ 707 Abs. 1 BGB, § 113 HGB), nicht hingegen für Zustellungen an die Gesellschaft.²

Auf den ersten Blick scheint es sich insoweit um eine sachrechtliche Regelung zu handeln, die nur den Sitz von Gesellschaften deutschen Rechts betrifft, die Anwendbarkeit des deutschen Rechts aber voraussetzt und so die international-privatrechtliche Anknüpfung unberührt lässt.³ Die Begründung zeigt allerdings, dass der Sitzdefinition auch kollisionsrechtliche Bedeutung zukommen soll: Der inländische Vertragssitz soll den Gesellschaften ausdrücklich die Möglichkeit eröffnen, durch die „Trennung des Verwaltungs- und Vertragssitzes“ „sämtliche Geschäftstätigkeit außerhalb des deutschen Hoheitsgebietes zu entfalten, ohne auf eine für sie vertraute deutsche Rechtsform verzichten zu müssen“.⁴ Hingewiesen wird dabei auch auf die mit der „kollisionsrechtlichen Sitztheorie“ verbundenen Schwierigkeiten, deren Überwindung das „Sitzwahlrecht“ dienen soll, sowie auf das „Interesse der Rechtsvereinheitlichung“ mit Blick auf die für GmbH und AG bereits 2008 mit dem MoMiG⁵ eröffnete Möglichkeit „privatautonomer Sitzwahl“.⁶

Diese vom Gesetzgeber formulierten Ziele lassen sich nur erreichen, wenn man der Vorschrift auch einen kollisionsrechtlichen Regelungsgehalt

² Für Zustellungen gelten die allgemeinen Regeln, sodass sie weiterhin an die vertretungsberechtigten Gesellschafter zu bewirken sind. Die ins Handelsregister einzutragende Anschrift soll es allerdings ermöglichen, Ersatzzustellungen in den Geschäftsräumen (nach §§ 178, 180 ZPO) vorzunehmen, sodass die Anschrift nicht frei gewählt werden kann, sondern einen Ort bezeichnen muss, an dem „zuverlässig wirksam zugestellt werden kann“; vgl. *Deutscher Bundestag*, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, BT-Drs. 19/27635 vom 17.3.2021, S. 129.

³ *Marc-Philippe Weller / Sophia Schwemmer*, Das MoPeG: Eine Jahrhundertreform im Personengesellschaftsrecht?, *Betriebs-Berater (BB)* 29/30 (2021) I.

⁴ *Deutscher Bundestag*, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Fn. 2) 126–127.

⁵ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008, *BGBI.* 2008 I 2026.

⁶ *Deutscher Bundestag*, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Fn. 2) 127.

zumisst.⁷ Eine rein sachrechtliche Lesart des § 706 Satz 2 BGB unter Fortgeltung der kollisionsrechtlichen Verwaltungssitzanknüpfung würde bei Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland trotz eines inländischen Vertragssitzes nur im Falle einer Rückverweisung zu einem deutschen Gesellschaftsstatut führen (also bei Verwaltungssitz in einem Staat mit gesellschaftskollisionsrechtlicher Gründungsanknüpfung).⁸ Eine vollständige Entfaltung der Geschäftstätigkeit im Ausland unter Beibehaltung der deutschen Rechtsform wäre dann häufig nicht realisierbar.⁹ Auch die Angleichung an die Rechtslage nach § 4a GmbHG¹⁰, § 5 AktG¹¹ verlangt eine kollisionsrechtliche Interpretation, hat doch der Vertragssitz in § 706 Satz 2 BGB dieselbe Funktion wie der Satzungssitz des Kapitalgesellschaftsrechts, für dessen Regelungen die Auslegung als einseitige Kollisionsnorm heute weitgehend anerkannt ist.¹² Der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck der Rechtsvereinheitlichung verlangt ebenfalls einen Auslegungseinklang mit den korrespondierenden Vorschriften zur Sitzwahlfreiheit.¹³

⁷ Eingehend *Jan Lieder / Raphael Hilser*, Das Internationale Personengesellschaftsrecht des MoPeG, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR) 185 (2021) 471–506, 490 ff.; in diesem Sinne auch *Alexander Schall*, Eine dogmatische Kritik am „Mauracher Entwurf“ zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2020, 1443–1451, 1448–1449; *Holger Fleischer*, Ein Rundflug über das OHG-Recht im Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, BB 2021, 386–392, 388; *Michael Hippeli*, Zur avisierten Reform des Personengesellschaftsrechts, Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht 2020, 386–393, 391; *Jan-Henric M. Punte / Pelle Klemens / Yanick Sambulski*, Der „Mauracher-Entwurf“ zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – was lange währt, wird endlich gut?, ZIP 2020, 1230–1234, 1230; zurückhaltender *Heribert Heckschen*, Der so genannte „Mauracher Entwurf“ – ein positiver Schritt zur Reform des Personengesellschaftsrechts, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2020, 761–767, 763–764.

⁸ So aber für § 4a GmbHG noch immer *Marc-Philippe Weller*, in: Münchener Kommentar zum GmbHG³, Bd. I (2018) Einl. Rn. 386; im hiesigen Kontext des MoPeG *M.-Ph. Weller / Schwemmer*, Jahrhundertreform (Fn. 3) I.

⁹ In diesem Sinne auch *Lieder / Hilser*, Internationales Personengesellschaftsrecht des MoPeG (Fn. 7) 492.

¹⁰ Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) vom 20. April 1892, § 4a i. d. F. des Gesetzes vom 23. Oktober 2008, BGBl. 2008 I 2026.

¹¹ Aktiengesetz (AktG) vom 6. September 1965, § 5 i. d. F. des Gesetzes vom 23. Oktober 2008, BGBl. 2008 I 2026.

¹² Dazu bereits *Jochen Hoffmann*, Die stille Bestattung der Sitztheorie durch den Gesetzgeber, ZIP 2007, 1581–1589, 1585–1586; ausführliche Nachweise (auch zur Gegenansicht) bei *dems.*, in: NomosKommentar zum BGB⁴, Bd. I (2021) Anh. Art. 12 EGBGB Rn. 144, sowie bei *Peter Behrens / Jochen Hoffmann*, in: Habersack / Casper / Löbbe, GmbHG Großkommentar³, Bd. I (2019) Einl. Rn. B 60.

¹³ Dafür bereits *Jochen Hoffmann*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts⁵, Bd. VI (2022) § 31 Rn. 39; *Lieder / Hilser*, Internationales Personengesellschaftsrecht des MoPeG (Fn. 7) 492.

II. Die Vertragssitzanknüpfung als Kollisionsnorm (nur) der in Deutschland eingetragenen Personengesellschaften

Die § 706 Satz 2 BGB zu entnehmende Kollisionsnorm hat grundsätzlich dieselbe Struktur wie die durch § 4a GmbHG, § 5 AktG im Rahmen des MoMiG 2008 geschaffene Satzungssitzanknüpfung,¹⁴ unterscheidet sich aber vor allem mit Blick darauf, dass die Eintragung hier im Gegensatz zum Kapitalgesellschaftsrecht (wo ihr konstitutive Wirkung zukommt) optional ist. Von den international verbreiteten Spielarten der echten Gründungsanknüpfung¹⁵ unterscheidet sie sich insoweit, als diese regelmäßig (insbesondere im angloamerikanischen Rechtskreis) nur auf Kapitalgesellschaften mit formalisiertem Gründungsvorgang, nicht hingegen auf Personengesellschaften angewendet werden.¹⁶ Auch das Anknüpfungsmoment unterscheidet sich, verweist die Gründungsanknüpfung doch auf den historischen Gründungsstaat und damit grundsätzlich auf ein unveränderliches Moment.¹⁷ Im Gegensatz dazu ist der Vertragssitz veränderlich, für die Anknüpfung kommt es nur auf den aktuellen Vertragssitz an. Wird also die Gesellschaft zunächst unter ausländischem Recht errichtet, dann aber ein inländischer Vertragssitz vereinbart und die Registereintragung in Deutschland herbeigeführt, unterliegt die Gesellschaft gleichwohl deutschem Recht.

Bei der Vertragssitzanknüpfung des deutschen Rechts handelt es sich (ebenso wie bei der Satzungssitzanknüpfung) um eine einseitige Kollisionsnorm: Sie regelt lediglich, dass deutsches Recht als Gesellschaftsstatut berufen ist, wenn die Voraussetzungen von Vertragssitz und inländischer Eintragung vorliegen. Ist das nicht der Fall, ermöglicht die Norm keine Verweisung, sodass auch im internationalen Personengesellschaftsrecht weiterhin ergänzend die ungeschriebene allgemein-allseitige Gesellschaftskollisionsnorm der Verwaltungssitzanknüpfung zur Anwendung gelangt. Auch wenn es rechtspolitisch wünschenswert erscheint, die Verwaltungssitzanknüpfung als allgemeine Gesellschaftskollisionsnorm zu überwinden,¹⁸ ist zu konzedieren, dass der Gesetzgeber dies nicht beabsichtigt. Vielmehr lässt die Gesetzesbegründung erkennen, dass die Verwaltungssitzanknüpfung für

¹⁴ Zu dieser näher statt vieler *J. Hoffmann*, Bestattung der Sitztheorie (Fn. 12) 1582 ff.

¹⁵ Dazu näher etwa *Jochen Hoffmann*, Das Anknüpfungsmoment der Gründungstheorie, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (ZVglRWiss) 101 (2002) 283–308, 287 ff.

¹⁶ NK-BGB/*J. Hoffmann* (Fn. 12) Anh. Art. 12 EGBGB Rn. 44; *Sebastian v. Thunen*, in: Beck-Online, Großkommentar zum Zivilrecht (Stand: 1.3.2021) Int. PersGesR Rn. 61.

¹⁷ Eingehend statt vieler *J. Hoffmann*, Anknüpfungsmoment der Gründungstheorie (Fn. 15) 287 ff.

¹⁸ Dafür bereits *Stefan Leible*/*Jochen Hoffmann*, „Überseering“ und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie, Recht der Internationalen Wirtschaft 2002, 925–936, 935–936; *dies.*, „Überseering“ und das deutsche Gesellschaftskollisionsrecht, ZIP 2003, 925–931, 930; *J. Hoffmann*, Bestattung der Sitztheorie (Fn. 12) 1589; NK-BGB/*J. Hoffmann* (Fn. 12) Anh. Art. 12 EGBGB Rn. 49; Münch.Hdb. GesR/*J. Hoffmann* (Fn. 13) § 31 Rn. 13; in diesem Sinne auch *Habersack*/*Casper*/*Löbke*/*Behrens*/*J. Hoffmann* (Fn. 12) Einl. Rn. B 29 ff.

die nicht geregelten Fälle vorausgesetzt¹⁹ und somit deren Fortgeltung im Übrigen durch den Gesetzgeber bekräftigt wird.²⁰ Hierdurch unterscheidet sich die Vertragssitzanknüpfung von dem auf Vorarbeiten des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht²¹ beruhenden Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen²² aus dem Jahr 2008, der primär ebenfalls das Recht des Registerstaates berufen (Art. 10 Abs. 1 Satz 1 EGBGB-RefE), die Sitzanknüpfung jedoch auch für nicht eingetragene Gesellschaften aufgegeben und insoweit auf das Organisationsrecht verwiesen hätte (Art. 10 Abs. 1 Satz 2 EGBGB-RefE). Ähnliches gilt für den 2016 vorgelegten Vorschlag der *Groupe européenne de droit international privé* (GEDIP) für eine Rom-VO für das auf Gesellschaften und andere Körperschaften anwendbare Recht.²³

Im Unterschied zu den einseitigen Kollisionsnormen für Kapitalgesellschaften (§ 4a GmbHG, § 5 AktG) regelt § 706 Satz 2 BGB die Eigenschaft als Personengesellschaft deutschen Rechts nicht abschließend: Die Satzungssitzanknüpfung des Kapitalgesellschaftsrechts knüpft die Eigenschaft als deutsche GmbH oder AG an den inländischen Satzungssitz, während die Eintragung im deutschen Handelsregister zugleich sachrechtlich für die Entstehung der Körperschaft als solcher erforderlich ist. Der inländische Satzungssitz genügt aber für die Anknüpfung, sodass auch die Vorgesellschaft bereits deutschem Recht unterliegt.²⁴ Fehlt hingegen der inländische Satzungssitz, liegt jedenfalls keine Kapitalgesellschaft deutschen Rechts vor. Soweit die Verwaltungssitzanknüpfung als allgemeine, allseitige Kollisionsnorm dennoch deutsches Recht beruft, wäre die Gesellschaft nicht körperschaftsrechtlich zu qualifizieren, sondern allenfalls als Personengesellschaft, wenn die Voraussetzungen hierfür vorliegen. Im Gegensatz dazu erhebt die Vertragssitzanknüpfung des § 706 Satz 2 BGB von vornherein nicht den An-

¹⁹ *Deutscher Bundestag*, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Fn. 2) 126.

²⁰ Schall, Kritik am „Mauracher Entwurf“ (Fn. 7) 1448.

²¹ *Deutscher Rat für Internationales Privatrecht*, Vorschlag der Spezialkommission für die Neugestaltung des Internationalen Gesellschaftsrechts auf europäischer/deutscher Ebene, in: Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, hrsg. von Hans Jürgen Sonnenberger (2007) 3–63.

²² *Bundesministerium der Justiz*, Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen, <<http://rsw.beck.de/docs/librariesprovider5/rsw-dokumente/Referentenentwurf-IGR>> (22.9.2021).

²³ *Groupe européenne de droit international privé*, Draft Rules on the Law Applicable to Companies and Other Bodies, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* 2016, 1135–1140; dazu näher etwa *Francisco Garcimartín Alférez*, GEDIP's Proposal on the Law Applicable to Companies, ebd. 949–976, 957 ff.; *Leonhard Hübner*, Eine Rom-VO für das Internationale Gesellschaftsrecht, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* (ZGR) 47 (2018) 149–185, 170 ff.

²⁴ Statt vieler *Stefan Leible*, in: Michalski/Leible/Heidinger/J. Schmidt, Kommentar zum GmbHG³, Bd. I (2017) Syst. Darst. 2 Rn. 101 m. w. N.

spruch, die Voraussetzungen für den Erwerb der Eigenschaft als deutsche Personengesellschaft abschließend zu regeln: Anders als bei den Kapitalgesellschaften sind sowohl die Festlegung eines Vertragssitzes als auch die Registereintragung optional (für die GbR) und jedenfalls nicht konstitutiv. Die Anwendung deutschen Rechts ermöglicht § 706 Satz 2 BGB nur, wenn von diesen Optionen Gebrauch gemacht wurde, andernfalls kann auch über die Verwaltungssitzanknüpfung deutsches Recht als Gesellschaftsstatut berufen werden. Die einseitige Kollisionsnorm ermöglicht mithin nur die positive Aussage der Anwendbarkeit deutschen Rechts, nicht aber die negative Aussage, dass es sich nicht um eine Personengesellschaft deutschen Rechts handelt. Die Frage, ob es sich um eine Gesamtverweisung oder um eine Sachnormverweisung handelt, stellt sich dagegen bei einseitigen Kollisionsnormen schon grundsätzlich nicht, da das deutsche Recht die eigene Verweisung stets annimmt.²⁵ Dies bringt Art. 4 Abs. 1 EGBGB implizit zum Ausdruck, indem er den Grundsatz der Gesamtverweisung auf die Fälle des Verweises auf ausländisches Recht beschränkt.²⁶

III. Kollisionsrechtliche Differenzierungen: Personengesellschaften außerhalb des Anwendungsbereichs der Vertragssitzanknüpfung

1. Überblick

Die Vorschrift des § 706 Satz 2 BGB gestaltet somit zwar das internationale Personengesellschaftsrecht um, enthält aber keine vollständige Kodifikation. Vielmehr wird eine punktuelle Regelung innerhalb eines im Übrigen weiterhin unregulierten Bereichs getroffen: Erfasst werden nur in Deutschland in das Gesellschafts- oder Handelsregister eingetragene Außengesellschaften. Hieraus folgt, dass es für alle anderen Personengesellschaften bei den bisherigen ungeschriebenen Grundsätzen des Gesellschaftskollisionsrechts bleibt, nach der Rechtsprechung²⁷ also in den meisten Fällen bei der Verwaltungssitzanknüpfung. Auch wenn ein allgemeiner Übergang auf die Gründungsanknüpfung höchst wünschenswert wäre (dazu näher unten VI.), lässt sich dem MoPeG eine solche Aussage nicht entnehmen (vgl. soeben II.). Geht man angesichts dessen davon aus, dass der BGH auch die (nach dem MoMiG 2008) erneute punktuelle Abkehr des Gesetzgebers von der Verwaltungssitzanknüpfung nicht zum Anlass für eine grundlegende

²⁵ Statt vieler *Robert Freitag*, in: NomosKommentar zum BGB⁴, Bd. I (2021) Art. 4 EGBGB Rn. 20.

²⁶ *Rainer Hausmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB (2019) Art. 4 EGBGB Rn. 98.

²⁷ Zur Fortgeltung der Verwaltungssitzanknüpfung im autonomen deutschen Kollisionsrecht BGH 27.10.2008 – II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Rn. 22 = IPRspr. 2008 Nr. 11 (*Trabrennbahn*).

Rechtsprechungsänderung nehmen wird, bleibt diese auf die verbleibenden Fallgruppen als ungeschriebene Kollisionsnorm anwendbar. Allerdings ist insoweit zwischen verschiedenen Konstellationen zu differenzieren.

2. Innengesellschaften

Reine Innengesellschaften nehmen kollisionsrechtlich seit jeher eine Sonderrolle ein, da sie nach vertragsrechtlichen Grundsätzen anzuknüpfen sind. Dabei ist unerheblich, ob sie als Gesellschaftsverträge der Bereichsausnahme des Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO unterfallen und daher nach dem (ggf. ungeschriebenen) nationalen Vertragskollisionsrecht anzuknüpfen sind²⁸ oder unmittelbar in den Anwendungsbereich der Rom I-VO fallen²⁹: Vorrangig gilt jedenfalls der Grundsatz der freien Rechtswahl.³⁰ Haben die Gesellschafter das anwendbare Recht nicht ausdrücklich gewählt und ist auch keine konkludente Rechtswahl feststellbar, ist nach dem Grundsatz der engsten Verbindung anzuknüpfen.³¹ Nur bei reinen Inlandssachverhalten wäre zwingendes Recht des betroffenen Staates dennoch anwendbar.³² Die engste Verbindung ist im Wege einer Gesamtschau zu ermitteln und kann insbesondere Elemente wie die gemeinsame Ansässigkeit der Gesellschafter in einem Staat, die Ansässigkeit eines allein nach außen für Rechnung der Innengesellschaft handelnden Gesellschafters und die Ausrichtung des wirtschaftlichen Zwecks der Gesellschaft berücksichtigen.³³

Im Rahmen des MoPeG wird die Innengesellschaft unter dem Begriff der „nicht rechtsfähigen Gesellschaft“ behandelt, die nach § 705 Abs. 2 Alt. 2 BGB „den Gesellschaftern zur Ausgestaltung ihres Rechtsverhältnisses untereinander“ dient. Die Existenz gesonderter Regelungen in §§ 740 ff. BGB ändert nichts an der im deutschen IPR anerkannten vertragsrechtlichen Qualifikation. Da die neuen Vorschriften zu Sitzwahl und Registereintragung (§§ 706 ff. BGB) auf Innengesellschaften nicht anwendbar sind, bleibt ihre kollisionsrechtliche Behandlung vom MoPeG unberührt.

²⁸ Dafür NK-BGB/J. Hoffmann (Fn. 12) Anh. Art. 12 EGBGB Rn. 163; Matthias Weller, in: Calliess/Renner, Rome Regulations³ (2020) Art. 1 Rome I Regulation Rn. 35; ähnlich Alexander Schall, in: Heidel/Schall, Handelsgesetzbuch³ (2020) Anh. Int. PersGesR Rn. 30 ff.

²⁹ So Eva-Maria Kieninger, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger, Internationales Vertragsrecht³ (2018) Art. 1 VO (EG) 593/2008 Rn. 21; Jan D. Lüttringhaus, in: Ferrari, Concise Commentary on the Rome I Regulation² (2020) Art. 1 Rn. 80; Dieter Martiny, in: Münchener Kommentar zum BGB⁸, Bd. XIII (2021) Art. 1 Rom I-VO Rn. 74; Walter G. Paefgen, in: Westermann/Wertenbruch, Handbuch Personengesellschaften (Loseblatt, Stand: September 2021) Rn. I-4903; Wulf-Henning Roth, Internationalprivatrechtliche Aspekte der Personengesellschaften, ZGR 43 (2014) 168–216, 179.

³⁰ NK-BGB/J. Hoffmann (Fn. 12) Anh. Art. 12 EGBGB Rn. 163.

³¹ NK-BGB/J. Hoffmann (Fn. 12) Anh. Art. 12 EGBGB Rn. 163.

³² NK-BGB/J. Hoffmann (Fn. 12) Anh. Art. 12 EGBGB Rn. 163.

³³ Näher NK-BGB/J. Hoffmann (Fn. 12) Anh. Art. 12 EGBGB Rn. 163; ähnlich MüKo BGB/Martiny (Fn. 29) Art. 1 Rom I-VO Rn. 74.

3. Nicht eingetragene Außengesellschaften

Außengesellschaften, die „nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen“ sollen, werden vom MoPeG als „rechtsfähige Gesellschaften“ bezeichnet (§ 705 Abs. 2 Alt. 1 BGB). Deren gesellschaftsrechtliche Qualifikation ist unabhängig von einer Registereintragung unbestritten. Die in § 706 Satz 2 BGB vorgesehene Möglichkeit der Vereinbarung eines kollisionsrechtlich relevanten Vertragssitzes setzt schon nach dem Gesetzeswortlaut die Eintragung voraus, da (mangels Formbedürftigkeit des Gesellschaftsvertrags) nur die Registeranmeldung eine „verlässliche Grundlage“ für die Sitzbestimmung darstellt.³⁴ Zugleich wird sichergestellt, dass die Sitzwahl dem „tatsächlichen Willen der Gesellschafter entspricht“, weil die Anmeldung nach § 707 Abs. 4 Satz 1 BGB von allen Gesellschaftern gemeinsam zu bewirken ist.³⁵ Da die Registereintragung gem. § 707 Abs. 1 BGB fakultativ ist,³⁶ wird zukünftig zwischen eingetragenen und nicht eingetragenen rechtsfähigen Außengesellschaften zu unterscheiden sein. Dies gilt nicht nur für die BGB-Gesellschaften, sondern auch für Personenhandelsgesellschaften: Diese unterliegen zwar einer Eintragungspflicht nach §§ 29, 106 HGB, der Vertragssitz ist aber erst mit erfolgter Eintragung maßgeblich. Auch eine pflichtwidrig nicht eingetragene OHG oder KG ist daher kollisionsrechtlich wie eine BGB-Außengesellschaft zu behandeln, bei der auf eine Anmeldung rechtmäßig verzichtet wurde.

Als Sitz dieser nicht eingetragenen rechtsfähigen Gesellschaften gilt nach § 706 Satz 1 BGB der Verwaltungssitz. Bezüglich der kollisionsrechtlichen Anknüpfung lässt sich der Gesetzesbegründung für diese Fälle zwar keine Aussage entnehmen, die gezielte Differenzierung zwischen den eingetragenen und nicht eingetragenen Gesellschaften lässt aber nur den Schluss zu, dass für Letztere von der Fortgeltung der Sitzanknüpfung auszugehen ist.³⁷ Daher bleibt es bei der Anknüpfung an den Verwaltungssitz, worunter (wie bisher) der Ort zu verstehen ist, an dem die wesentlichen Verwaltungsentscheidungen in Geschäftsführungsakte umgesetzt werden.³⁸ Liegt dieser Verwaltungssitz im Inland, kommt daher in allen Fällen fehlender inländi-

³⁴ *Deutscher Bundestag*, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Fn. 2) 126.

³⁵ *Deutscher Bundestag*, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Fn. 2) 126.

³⁶ *Deutscher Bundestag*, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Fn. 2) 127.

³⁷ So ausdrücklich *Lieder / Hilser*, Internationales Personengesellschaftsrecht des MoPeG (Fn. 7) 493; in diesem Sinne auch *Schall*, Kritik am „Mauracher Entwurf“ (Fn. 7) 1448.

³⁸ Sogenannte Sandrock'sche Formel; erstmals *Otto Sandrock*, Die Multinationalen Korporationen im Internationalen Privatrecht, in: *Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen*, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 18 (1978) 169–249, 238; heute höchstrichterliche Rspr., vgl. nur BGH 21.3.1986 – V ZR 10/85, BGHZ 97, 269, 272 = IPRspr. 1986 Nr. 19.

scher Registereintragung – die Voraussetzung für die Anwendung von § 706 Satz 2 BGB wäre – deutsches Gesellschaftsrecht zur Anwendung. Dies gilt insbesondere für nicht niederlassungsberechtigte, drittstaatliche Kapitalgesellschaften, die vom BGH bei Verwaltungssitz im Inland als Personengesellschaften deutschen Rechts behandelt werden.³⁹ In diesen Fällen fehlt eine inländische Registereintragung, sodass ihre rechtliche Behandlung von der Neuregelung unberührt bleibt. Infolge des Brexits betrifft dies insbesondere die englische Ltd. mit Verwaltungssitz im Inland, die nach Verlust der Niederlassungsfreiheit⁴⁰ von der Rechtsprechung wohl ebenfalls als deutsche Personengesellschaft behandelt wird.⁴¹

Liegt der Verwaltungssitz dagegen im Ausland, bleibt es bei der Berufung des ausländischen Verwaltungsrechts als Gesellschaftsstatut. Da es sich dabei um eine Gesamtverweisung (Art. 4 Abs. 1 EGBGB) handelt, ist aber weiter zu prüfen, ob das Kollisionsrecht des Verwaltungssitzstaats die Verweisung des deutschen IPR annimmt oder auf das deutsche Recht zurückverweist (was vom deutschen Recht nach Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB angenommen würde). Letzteres kommt vor allem in Betracht, wenn im Verwaltungssitzstaat die Anknüpfung der Personengesellschaft nach international-vertragsrechtlichen Grundsätzen erfolgt und sich eine Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechts feststellen lässt.⁴² In diesem Fall wäre aus deutscher Sicht trotz des ausländischen Verwaltungssitzes deutsches Recht als Gesellschaftsstatut berufen. Selbst ohne Eintragung in das deutsche Register genügt also Rechtswahlfreiheit im Verwaltungssitzstaat, um die Personengesellschaft deutschem Recht zu unterstellen. Die fehlende inländische Registerzuständigkeit (§ 707 Abs. 1 BGB) ändert nichts an der kollisionsrechtlichen Bewertung.⁴³

³⁹ BGH 1.7.2002 – II ZR 380/00, BGHZ 151, 204, 206 ff.

⁴⁰ BGH 16.2.2021 – II ZB 25/17, NZG 2021, 702.

⁴¹ Zur Frage, ob das Abkommen über Handel und Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft einerseits und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland andererseits (ABl. 2021 L 149/10) eine Anerkennungspflicht mit kollisionsrechtlicher Relevanz begründet, befindet sich die Diskussion noch am Anfang; dagegen OLG München 5.8.2021 – 29 U 2411/21 Kart, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2021, 955, Rn. 21 ff.; *Eberhard Schollmeyer*, Geht es für britische Ltd. nach dem Brexit zurück auf die Trabrennbahn?, NZG 2021, 692–696, 694–695; *Karsten Engsig Sørensen*, Free Movement of Companies Under the New Trade and Cooperation Agreement Between the EU and the UK, European Company Law 18 (2021) 117–124, 121 ff.; dafür insbesondere *Jessica Schmidt*, Brexit: Implikationen des EU-UK TCA im Bereich des Gesellschaftsrechts, GmbH-Rundschau 2021, 229–240, 231 ff.; *dies.*, Im Labyrinth des Gesellschaftskollisionsrechts: Gründungstheorie statt „zurück auf die Trabrennbahn“, EuZW 2021, 613–620, 615 ff.

⁴² NK-BGB / *J. Hoffmann* (Fn. 12) Anh. Art. 12 EGBGB Rn. 160.

⁴³ So schon *Jens Koch*, in: Staub, Handelsgesetzbuch⁵, Bd. I (2009) § 13h HGB Rn. 38 zur bisherigen Rechtslage.

4. Im Ausland eingetragene Außengesellschaften

Nach dem Wortlaut des § 706 Satz 2 BGB spielt eine ausländische Registereintragung keine Rolle, sodass sich an der kollisionsrechtlichen Behandlung von im Ausland eingetragenen Personengesellschaften nichts ändert.⁴⁴ Da die Rechtsprechung an der grundsätzlichen Verwaltungssitzanknüpfung als allgemeiner Kollisionsnorm des deutschen internationalen Gesellschaftsrechts bislang festhält (oben III.1.), wäre auf den ersten Blick das Verwaltungssitzrecht als Gesellschaftsstatut berufen, bei inländischem Verwaltungssitz mithin deutsches Recht. Die ausländische Registereintragung macht indes deutlich, dass die Gesellschaft nach ausländischem Recht organisiert und von den Gesellschaftern diesem Recht unterstellt worden ist. Da die europäische Niederlassungsfreiheit nicht nur Körperschaften erfasst, sind auch nach EU-ausländischem Recht gegründete Personengesellschaften im Inland als solche anzuerkennen.⁴⁵ Insoweit sind die im Zuge der EuGH-Entscheidungstrias *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* entwickelten Grundsätze, die eine Pflicht zur Achtung der Rechtsform begründen,⁴⁶ auf Personengesellschaften zu übertragen. Erforderlich ist daher die Gewährung von Rechtswahlfreiheit für niederlassungsberechtigte Personengesellschaften.⁴⁷ Ähnliches gilt für US-amerikanische Personengesellschaften, für die nach Art. XXV des deutsch-amerikanischen Freundschaftsvertrags⁴⁸ ebenfalls eine Anerkennungspflicht besteht, sofern sie im Gebiet der USA gemäß der dort geltenden Gesetze errichtet worden sind.⁴⁹ In beiden Fällen ist hierfür nicht einmal die Eintragung im Gründungsstaat erforderlich, sofern diese keine konstitutive Bedeutung für die Entstehung der Gesellschaft hat, es genügt dann die Errichtung des Gesellschaftsvertrags. Diese Ausnahmen von der Verwaltungssitzanknüpfung bleiben durch § 706 Satz 2 BGB unberührt. Lediglich für drittstaatliche Personengesellschaften ohne völkervertragliche Anerkennungspflicht bleibt es bei der Verlegung des Verwaltungssitzes beim Statutenwechsel.⁵⁰

⁴⁴ *Lieder / Hilser*, Internationales Personengesellschaftsrecht des MoPeG (Fn. 7) 496.

⁴⁵ Statt vieler *Sascha Stiegler*, Grenzüberschreitende Mobilität von Personengesellschaften, ZGR 46 (2017) 312–359, 330 ff.

⁴⁶ EuGH 9.3.1999 – Rs. C-212/97 (*Centros*), ECLI:EU:C:1999:126, insb. Rn. 27 ff.; EuGH 5.11.2002 – Rs. C-208/00 (*Überseering*), ECLI:EU:C:2002:632, Rn. 79 ff., insb. Rn. 82, 95; EuGH 30.9.2003 – Rs. C-167/01 (*Inspire Art*), ECLI:EU:C:2003:512, Rn. 95 ff. insb. Rn. 105.

⁴⁷ Näher NK-BGB / *J. Hoffmann* (Fn. 12) Anh. Art. 12 EGBGB Rn. 173 ff.

⁴⁸ Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 29. Oktober 1954, BGBl. 1956 II 487.

⁴⁹ BGH 29.1.2003 – VIII ZR 155/02, BGHZ 153, 353, 356 ff. = IPRspr. 2003 Nr. 10. Gemäß Art. XXV Abs. 5 umfasst der Begriff „Gesellschaften“ „corporations, partnerships, companies and other associations“ (Hervorhebung nur hier).

⁵⁰ Zur Situation britischer Gesellschaften nach dem Brexit siehe oben Fn. 41.

IV. Statutenwechsel

Da die meisten Spielarten der sogenannten Gründungstheorie an die unveränderliche ursprüngliche Inkorporation (die durch die im Körperschaftsrecht regelmäßig konstitutive Registereintragung abgeschlossen wird) anknüpfen, stellt der Statutenwechsel bei der Gründungsanknüpfung einen Fremdkörper dar.⁵¹ Die durch das MoPeG nunmehr angeordnete Vertragssitzanknüpfung unterscheidet sich hiervon insoweit, als sie neben der allgemeinen Anknüpfung an den Verwaltungssitz steht und so geradezu voraussetzt, dass durch die erstmalige Herbeiführung der Voraussetzungen des § 706 Satz 2 BGB (oder deren spätere Beseitigung) ein Statutenwechsel eintritt. Auch wenn bei den Personengesellschaften anders als bei den Kapitalgesellschaften nicht die drastische Konsequenz der Nichtanerkennung der Rechtspersönlichkeit und damit der Verlust des Haftungsprivilegs droht, kann der Statutenwechsel sich auch hier erheblich auf das Haftungsrecht auswirken. Beispielhaft sei nur auf den Fall eines Statutenwechsels einer französischen GbR ins deutsche Recht verwiesen: Nach Artt. 1857 Abs. 1, 1858 Code civil haften die Gesellschafter der französischen *société civile* gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nur subsidiär und *pro rata*, während die Gesellschafter der deutschen GbR nach § 721 BGB unmittelbar und gesamtschuldnerisch haften. Weitere Änderungen kann ein Statutenwechsel insbesondere hinsichtlich der Vertretungsmacht auslösen.⁵²

1. Statutenwechsel durch den Eintragungsantrag

Vereinbaren die Gesellschafter bei Gründung einer Gesellschaft mit ausländischem Verwaltungssitz einen inländischen Vertragssitz und die Eintragung ins deutsche Gesellschafts- bzw. Handelsregister, erlaubt § 706 Satz 2 BGB die Berufung deutschen Rechts erst mit der Eintragung. Zuvor handelt es sich um eine nicht eingetragene Außengesellschaft, die nach den soeben dargestellten Grundsätzen (oben III.3.) dem Recht am ausländischen Verwaltungssitz unterliegt. Es kommt daher in dieser Situation zwangsläufig zu einem Statutenwechsel.

Auf den ersten Blick könnte man indes bezweifeln, dass in dieser Konstellation eine Eintragung überhaupt möglich ist: § 707 Abs. 1 BGB weist die ausschließliche Registerzuständigkeit dem Gericht des Sitzes zu, womit zu-

⁵¹ Jochen Hoffmann, Neue Möglichkeiten zur identitätswahrenden Sitzverlegung in Europa?, ZHR 164 (2000) 43–66, 55; ders., Anknüpfungsmoment der Gründungstheorie (Fn. 15) 287 ff.; NK-BGB/J. Hoffmann (Fn. 12) Anh. Art. 12 EGBGB Rn. 44; a. A. Peter O. Mühlert / Klaus Ulrich Schmolke, Die Reichweite der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften – Anwendungsgrenzen der Artt. 43 ff. EGV bei kollisions- und sachrechtlichen Niederlassungshindernissen, ZVglRWiss 100 (2001) 233–274, 272 m. Fn. 146.

⁵² Jan Lieder, in: Oetker, Handelsgesetzbuch⁷ (2021) § 105 HGB Rn. 145a.

nächst nur der Verwaltungssitz (§ 706 Satz 1 BGB) gemeint sein kann, da nach dem Wortlaut des § 706 Satz 2 BGB der Vertragssitz erst mit Eintragung zum Sitz der Gesellschaft wird. Hieraus könnte man schließen, dass für die erstmalige Eintragung ausschließlich das Register am Ort des Verwaltungssitzes nach § 706 Satz 1 BGB zuständig ist, sodass der Erwerb des deutschen Gesellschaftsstatuts zunächst einen inländischen Verwaltungssitz voraussetzen würde. Die Vertragssitzanknüpfung nach § 706 Satz 2 BGB würde bei einer derart streng am Wortlaut orientierten Sicht nur die anschließende Verwaltungssitzverlegung ins Ausland eröffnen. Dass eine solche Auslegung kaum beabsichtigt sein kann, zeigt schon der Blick auf die Konsequenz bei Inlandsfällen: Wird hier ein vom Verwaltungssitz abweichender Vertragssitz vereinbart, bedürfte es einer Eintragung am Verwaltungssitz und direkt im Anschluss der Anmeldung der Sitzverlegung (§ 707 Abs. 3 BGB). Auch der Gesetzgeber geht daher in der Gesetzesbegründung ausdrücklich davon aus, dass für die Registerzuständigkeit bei Ersteintragung ein im Innenverhältnis vereinbarter Vertragssitz bereits maßgeblich ist, auch wenn dieser im Außenverhältnis erst mit deren Vornahme wirksam wird.⁵³ Daher ist auch bei ausländischem Verwaltungssitz die Eintragung am Vertragssitz möglich.

Der Erwerb des deutschen Gesellschaftsstatuts und damit der Statutenwechsel aus dem bis dahin anwendbaren Verwaltungssitzrecht erfolgt nach dem Wortlaut des § 706 Satz 2 BGB mit der Registereintragung. Deren Zeitpunkt hängt jedoch ausschließlich vom Registergericht ab und kann von den Gesellschaftern nicht gesteuert werden. Wenn die Geschäfte schon vor Eintragung begonnen werden sollen, könnte ein Statutenwechsel somit nicht vermieden werden.

Unter der Satzungssitzanknüpfung des Kapitalgesellschaftsrechts (§ 4a GmbHG, § 5 AktG) wird diese Folge durch die kollisionsrechtliche Anknüpfung der Vor-GmbH bzw. Vor-AG vermieden, die nach allgemeiner Ansicht bereits dem Gesellschaftsstatut der zukünftigen juristischen Person unterliegen.⁵⁴ Auch bei ausländischem Verwaltungssitz wird mithin das deutsche Gesellschaftsstatut durch die notarielle Errichtung der Satzung (§ 23 Abs. 1 AktG, § 2 Abs. 1 GmbHG) erworben, die zur Entstehung der Vorgesellschaft führt. Da sachrechtlich von der Entstehung einer bereits körperschaftsrechtlichen Grundsätzen unterliegenden Struktur ausgegangen wird und das Formerfordernis einen formalen Gründungsakt gewährleistet, ist die kollisionsrechtliche Anerkennung der Identität von Vorgesellschaft und Körperschaft nur konsequent. Die Verankerung des Satzungssitzes in der notariellen Urkunde stellt eine hinreichend sichere Grundlage für die Anknüpfung dar.

⁵³ *Deutscher Bundestag*, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Fn. 2) 127.

⁵⁴ Statt vieler Michalski/Leible/Heidinger/J. Schmidt/Leible (Fn. 24) Syst. Darst. 2 R.n. 101 m.w.N.

Es läge an sich nahe, diese sachgerechte Lösung auch auf die „Vor-GbR/OHG/KG“ zu übertragen und diese bereits aufgrund der Vereinbarung eines inländischen Vertragssitzes dem deutschen Recht zu unterstellen. In- des ist zu bedenken, dass es eine derartige Vor-Struktur im Personengesell- schaftsrecht nicht gibt: Mangels konstitutiver Registereintragung entsteht die Personengesellschaft als solche (also in ihrer endgültigen Form) bereits mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags. Selbst die KG entsteht im Regelfall (bei Betrieb eines Handelsgewerbes) unabhängig von der Eintragung, ledig- lich die Kommanditistenhaftung vor Eintragung ist speziell geregelt (§ 176 HGB).⁵⁵ Anzuknüpfen ist also keine Vorstufe, sondern die Gesellschaft selbst, und insoweit formuliert § 706 Satz 2 BGB spezielle Anforderungen. Im Gegensatz zu Kapitalgesellschaften mangelt es Personengesellschaften ferner an einem formalisierten Gründungsakt, der eine hinreichende Grundlage für den Nachweis des Vertragssitzes und die Sicherstellung des Einverständnisses aller Gesellschafter gewährleisten könnte. Anders als im Kapitalgesellschaftsrecht gibt es auch keine Notwendigkeit, überhaupt eine Eintragung herbeizuführen. Die reine Behauptung von Vertragssitz und Eintragungsabsicht ist nicht mit der notariellen Satzungserrichtung ver- gleichbar. Somit ist (vor dem Hintergrund des Wortlauts des § 706 Satz 2 BGB⁵⁶) der Abschluss des Gesellschaftsvertrags noch keine hinreichende Grundlage, um das deutsche Gesellschaftsstatut ohne inländischen Verwal- tungssitz zu erwerben.

Mit dem Stellen des Eintragungsantrags zum Gesellschafts- bzw. Han- delsregister ändert sich dies, wird so doch die Eintragungsabsicht nach au- ßen manifestiert. Da alle Gesellschafter den Antrag gemeinsam zu stellen haben (§ 707 Abs. 4 BGB), ist gesichert, dass der Vertragssitz tatsächlich zwi- schen den Gesellschaftern vereinbart worden ist und die Eintragung deren gemeinsamem Willen entspricht. Der Zeitpunkt der Antragstellung unter- liegt der Steuerung der Gesellschafter, sodass sie es in der Hand haben, die- se vor Geschäftsaufnahme zu bewirken, um Haftungsprobleme zu vermei- den. Im Ergebnis ist mithin dafür zu plädieren, die kollisionsrechtliche Wirkung der Eintragung des Vertragssitzes durch eine erweiternde Ausle- gung des § 706 Satz 2 BGB auf den Zeitpunkt des Eintragungsantrags vor- zuverlegen.

2. Statutenwechsel durch Löschung?

Ein Statutenwechsel könnte ferner infolge einer Löschung der Gesell- schaft aus dem deutschen Gesellschafts- bzw. Handelsregister eintreten, da

⁵⁵ Statt vieler *Barbara Grunewald*, in: Münchener Kommentar zum HGB⁴, Bd. III (2019) § 161 HGB Rn. 10.

⁵⁶ *De lege ferenda* wäre alternativ auch Rechtswahlfreiheit denkbar; vgl. allgemein NK-BGB/J. Hoffmann (Fn. 12) Anh. Art. 12 EGBGB Rn. 164.

dann die Voraussetzungen des § 706 Satz 2 BGB mangels Eintragung nicht mehr vorlägen. Es wäre daher auf die allgemeine Kollisionsnorm und damit auf die Verwaltungssitzanknüpfung zurückzugreifen, sodass es bei ausländischem Verwaltungssitz zum Statutenwechsel käme. Indes ist diese Situation sachrechtlich ausgeschlossen: Ist die Gesellschaft einmal eingetragen (und unterliegt damit deutschem Recht), ordnet § 707a Abs. 4 BGB an, dass sie „nur nach den allgemeinen Vorschriften“ gelöscht werden kann. Gemeint ist damit, dass eine gewillkürte Löschung ausgeschlossen ist, die Gesellschafter also an die einmal getroffene Entscheidung für die Form der „eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ bzw. der Personenhandelsgesellschaft (die nach § 107 Abs. 2 HGB auch bei fehlendem Handelsgewerbe nur in die Form der eGmbH überführt werden kann) gebunden sind.⁵⁷ Praktisch kommt eine Löschung daher nur nach Durchführung eines Liquidationsverfahrens (§ 738 BGB) oder im Falle der Insolvenz in Betracht, mithin nach Vollbeendigung und Erlöschen des Rechtsträgers deutschen Rechts. Eine Fortführung der Aktivitäten kann dann nur in einer neuen Gesellschaft erfolgen, sodass mangels Identität der Rechtsträger kein Statutenwechsel vorliegt.

3. Statutenwechselnde Vertragssitzverlegung?

Da nach § 706 Satz 2 BGB der Vertragssitz im Inland liegen muss, hätte dessen Verlegung ins Ausland zur Folge, dass die Voraussetzungen der Vertragssitzanknüpfung nicht mehr vorlägen. Dass der Vertragssitz durch Änderung des Gesellschaftsvertrags grundsätzlich geändert werden kann, setzt § 707 Abs. 3 Satz 1 BGB – der nicht zwischen Verwaltungs- und Vertragssitz differenziert – voraus. Durch eine wirksame Vertragssitzänderung und Vereinbarung eines Auslandssitzes könnte die Gesellschaft mithin nachträglich für eine Verwaltungssitzanknüpfung optieren und so einen Statutenwechsel auslösen.

Indes ist eine solche grenzüberschreitende Vertragssitzverlegung mit dem sachrechtlichen Ausschluss der gewillkürten Löschung (§ 707a Abs. 4 BGB; soeben IV.2.) sowie dem Inlanderfordernis des Vertragssitzes (§ 706 Satz 2 BGB) unvereinbar. Im Gegensatz zur Verlegung des Sitzes innerhalb von Deutschland entfällt bei grenzüberschreitender Vertragssitzverlegung und ausländischem Verwaltungssitz auch die deutsche Registerzuständigkeit. Die bereits erfolgte Eintragung bleibt hiervon nicht unberührt, da nach § 395 FamFG⁵⁸ die Amtslöschung stattfindet, wenn eine Eintragung „wegen des Mangels einer wesentlichen Voraussetzung“ (worunter man jedenfalls

⁵⁷ *Deutscher Bundestag*, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Fn. 2) 132.

⁵⁸ Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) vom 17. Dezember 2008, BGBl. 2008 I 2586.

die grundsätzliche inländische Registerzuständigkeit zu fassen haben wird) zum Zeitpunkt der Löschung unzulässig wäre. Die Verlegung des Vertragssitzes ins Ausland hätte daher dieselbe Wirkung wie die gewillkürte Löschung, sodass das Verbot des § 707a Abs. 4 BGB konsequenterweise dahin auszulegen ist, dass es beide Fälle erfasst. Im Ergebnis ist der Gesellschafterbeschluss zur Begründung eines ausländischen Vertragssitzes daher als nichtig und damit wirkungslos anzusehen (§ 110 Abs. 2 Nr. 1 HGB bei den Personenhandelsgesellschaften bzw. § 134 BGB bei der eGmbH).⁵⁹ Das inländische Gesellschaftsstatut bleibt aus Sicht des deutschen Rechts dadurch selbst dann anwendbar, wenn es im Ausland zu einer (für § 706 Satz 2 BGB irrelevanten) weiteren Registereintragung gekommen ist.

4. Statutenwechsel eingetragener Gesellschaften infolge fehlender Vertragssitzbestimmung?

Der Wortlaut des § 706 Satz 2 BGB setzt voraus, dass die Gesellschafter eine Vereinbarung über den Vertragssitz treffen, dieser also im Gesellschaftsvertrag festgelegt wird. Fehlt eine solche Vereinbarung, bleibt es bei der Maßgeblichkeit des Verwaltungssitzes nach Satz 1, sodass die Gesellschaft dort zum Register angemeldet werden kann; die Anwendbarkeit deutschen Rechts steht dann nicht infrage. Im Fall der Verwaltungssitzverlegung einer solchen eingetragenen Gesellschaft ins Ausland stellt sich indes die Frage, ob ein Statutenwechsel ausgelöst wird: Geht man davon aus, dass bei fehlender Vertragssitzvereinbarung die Anknüpfung an den Verwaltungssitz erfolgt, wäre konsequenterweise von der Anwendbarkeit des neuen Verwaltungssitzrechts und damit von einem Statutenwechsel auszugehen – selbst wenn dies von den Gesellschaftern gar nicht beabsichtigt war.

Da es den Gesellschaftern offensteht, ihre Gesellschaft durch die Vereinbarung eines Vertragssitzes weiterhin dem deutschen Recht zu unterstellen (was bei Wahl des bisherigen Verwaltungssitzes auch die Registerzuständigkeit unberührt ließe und daher nicht einmal anzumelden wäre), erschiene die Folge des unbeabsichtigten Verlustes des Gesellschaftsstatuts als unangemessen. Soweit die Gesellschafter der Verwaltungssitzverlegung zugestimmt haben und sich nicht feststellen lässt, dass ein Statutenwechsel beabsichtigt war, ist diesem Beschluss daher zugleich die konkludente Vereinbarung eines Vertragssitzes am bisherigen Verwaltungssitz zu entnehmen. Da die grenzüberschreitende Verwaltungssitzverlegung aufgrund der potenziell statutenändernden Wirkung nicht als einfache Geschäftsführungsmaßnahme, sondern als Grundlagengeschäft anzusehen ist,⁶⁰ bedarf es zwingend

⁵⁹ So i.E. auch *Lieder/Hilser*, Internationales Personengesellschaftsrecht des MoPeG (Fn. 7) 497, jedoch mit abweichender Begründung.

⁶⁰ In diesem Sinne bereits BGH 27.5.1957 – II ZR 317/55, WM – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM) 1957, 999, 1000; vgl. zur GmbH ferner *Jochen Hoffmann*, in:

einer Beschlussfassung aller Gesellschafter,⁶¹ der man die konkludente Vertragssitzvereinbarung entnehmen kann.

Auch mit einem derartigen Verständnis des Verlegungsbeschlusses lassen sich indes Fälle der eigenmächtigen grenzüberschreitenden Verwaltungssitzverlegung durch einen geschäftsführenden Gesellschafter nicht lösen, da es hier an einer Beschlussfassung im Vorfeld der Verlegung gerade fehlt. Da sich die Verwaltungssitzanknüpfung nur auf die faktischen Verhältnisse bezieht, kommt es auch in einem solchen Fall zum Statutenwechsel.⁶² Bei Personengesellschaften ist das ein durchaus realistisches Szenario, wenn die Verwaltung von der Privatwohnung eines Gesellschafters aus geführt wird und dieser (ohne die Konsequenzen für die Gesellschaft zu hinterfragen) auf die andere Seite der Grenze umzieht. Würde man die Gesellschaft hier auf den Weg der nachträglichen Vereinbarung eines inländischen Vertragssitzes verweisen, wäre die Folge ein doppelter Statutenwechsel in das ausländische Verwaltungssitzrecht und wieder zurück. Dabei kann es – insbesondere in Bezug auf Kommanditisten – zu erheblichen haftungsrechtlichen Konsequenzen kommen, wenn das ausländische IPR am Verwaltungssitz nicht aufgrund einer Gründungsanknüpfung auf das deutsche Recht zurückverweist: Wird etwa der Verwaltungssitz einer KG nach Portugal verlegt, das ausweislich Artt. 3, 39 Abs. 2 port. Código das Sociedades Comerciais (CSC) an den Verwaltungssitz anknüpft, gilt mangels Eintragung ins dortige Handelsregister die unbeschränkte Haftung des *sócio comanditário* (so die portugiesische Terminologie) nach Art. 39 Abs. 2 port. CSC, wenn dieser in die Geschäftsaufnahme vor Eintragung eingewilligt hat. Der dadurch begründeten Haftung gleich der eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters kann man sich durch den erneuten Statutenwechsel nicht wieder entziehen.

Solche Fälle eigenmächtigen und möglicherweise unbeabsichtigten Statutenwechsels lassen sich nur vermeiden, indem man bereits dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrag eine Vertragssitzbestimmung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung entnimmt: Soweit die Außengesellschaft ins Gesellschafts- oder Handelsregister eingetragen werden soll, ist daher der aktuelle Verwaltungssitz, an dem die Eintragung erfolgen soll, auch ohne darauf bezogene Vereinbarung als Vertragssitz anzusehen, soweit sich kein entgegenstehender Gesellschafterwille feststellen lässt. Der Vertragssitz wird so auch dann zum Regelbestandteil des Gesellschaftsvertrags, wenn die Gesellschafter sich keine Gedanken darüber gemacht haben, ob der nach § 707 Abs. 2 Nr. 1 lit. b BGB bzw. § 106 Abs. 2 Nr. 1 lit. b HGB angemeldete Sitz als Verwaltungs- oder Vertragssitz anzusehen sein soll.

Michalski/Leible/Heidinger/J. Schmidt, Kommentar zum GmbHG³, Bd. II (2017) § 53 GmbHG Rn. 118.

⁶¹ Statt vieler: *Jochen Hoffmann / David Bartlitz*, in: Heymann, Handelsgesetzbuch³, Bd. II (2019) § 114 HGB Rn. 3.

⁶² BGH 27.5.1957 (Fn. 60) 1000.

5. Die Inlandseintragung als Einbahnstraße in das deutsche Gesellschaftsstatut?

Aufgrund des Verbots der gewillkürten Löschung einmal eingetragener Personengesellschaften (oben IV.2.) scheint es auf den ersten Blick so, als könne ein Statutenwechsel nach erfolgter Inlandseintragung nicht mehr eintreten. Die soeben dargestellten Auslegungsgrundsätze bezwecken gerade, eine Umgehung dieses Verbots zu vermeiden. Das bedeutet indes nicht, dass der Gesellschaft mit der Eintragung der Weg in eine ausländische Rechtsordnung verwehrt wäre: Durch das MoPeG wurde die eingetragene GbR (wie zuvor schon die Personenhandelsgesellschaften) in den Kreis der nach § 3 UmwG⁶³ umwandlungsfähigen Gesellschaften aufgenommen. Soweit vergleichbare innerstaatliche Vorgänge zulässig sind, verlangt das aus der Niederlassungsfreiheit folgende Äquivalenzprinzip auch die Ermöglichung eines entsprechenden grenzüberschreitenden Herausformwechsels für alle eingetragenen Personengesellschaften. Selbst Formwechsel, die innerstaatlich nicht vom UmwG erfasst, sondern anderweitig gesellschaftsrechtlich eröffnet werden, sind aufgrund der Vorgaben der Niederlassungsfreiheit international im gleichen Umfang zu ermöglichen (näher zum Ganzen sogleich V.1.). Ein solcher grenzüberschreitender Formwechsel wirkt letztlich wie eine statutenwechselnde Vertragssitzverlegung. Festzuhalten ist daher, dass die Vertragssitzanknüpfung in Kombination mit dem Verbot gewillkürter Löschung eingetragener Personengesellschaften zwar einen genuin kollisionsrechtlichen Statutenwechsel unterbindet, nicht aber einem grenzüberschreitenden, statutenändernden Formwechsel unter Wahrung eines die Löschung der Inlandseintragung an die Eintragung der Gesellschaft in ein vergleichbares Auslandsregister koppelnden Verfahrens entgegensteht.⁶⁴

V. Grenzüberschreitende Umwandlungen von Personengesellschaften

1. Grundlagen

Während die Möglichkeiten des UmwG den Personenhandelsgesellschaften schon bisher umfassend zur Verfügung standen, wird die Umwandlungsfähigkeit der eGbR durch das MoPeG in § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG (auf den § 124 UmwG für die Spaltung verweist) für die Verschmelzung sowie in § 191 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 UmwG für den Formwechsel erstmals anerkannt. Zugleich wird jedoch die Begrenzung auf die eingetragene GbR

⁶³ Umwandlungsgesetz (UmwG) vom 28. Oktober 1994, BGBl. 1994 I 3210, ber. 1995 I 428.

⁶⁴ *Lieder / Hilsner*, Internationales Personengesellschaftsrecht des MoPeG (Fn. 7) 498.

konsequent umgesetzt und daher insbesondere die bisherige Möglichkeit des Formwechsels in eine nicht eingetragene GbR in § 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG beseitigt. Erweitert werden dadurch auch die Möglichkeiten grenzüberschreitender Umwandlungen: Die Begrenzung des Anwendungsbereichs des UmwG auf „Rechtsträger mit Sitz im Inland“ (§ 1 Abs. 1 UmwG) ist kollisionsrechtlich zu verstehen und regelt auch für Umwandlungen mit Beteiligung von Rechtsträgern ausländischen Rechts, dass der Vorgang dem UmwG unterliegt, soweit das deutsche Gesellschaftsstatut des inländischen Rechtsträgers nach der Kombinationslehre⁶⁵ anwendbar ist.⁶⁶ Danach entscheidet das Zuzugsrecht nur über die Voraussetzungen des Erwerbs des Gesellschaftsstatuts und die zukünftigen Rechtsverhältnisse der Gesellschaft, während das Wegzugsrecht die Voraussetzungen des Wegzugs und die damit einhergehenden Schutzmechanismen regelt, womit der umwandlungsrechtliche Schwerpunkt eindeutig beim Wegzugsrecht liegt.⁶⁷ Verfahrensrechtlich sind in diesem Rahmen grundsätzlich die jeweils einschlägigen Vorschriften des UmwG anzuwenden, ergänzt um die analoge Anwendung der §§ 122a ff. UmwG, insbesondere bezüglich der Koordination der Registereintragungen.⁶⁸ Das UmwG enthält Stand heute nur für die grenzüberschreitende Verschmelzung Sonderregelungen, die seit 2019 nach § 122b Abs. 1 UmwG auch die Hereinverschmelzung auf deutsche Personenhandelsgesellschaften (unter bestimmten Voraussetzungen) ermöglichen.⁶⁹ Dies bedeutet indes nicht, dass andere grenzüberschreitende Umwandlungen ausgeschlossen wären: Schon aufgrund der Vorgaben der Niederlassungsfreiheit (Artt. 49, 54 AEUV), die auch den Personengesellschaften einschließlich der (einen Erwerbszweck verfolgenden) Außen-GbR zusteht,⁷⁰ kann aus dem Fehlen spezieller Normen nicht auf die Unzulässigkeit geschlossen werden.⁷¹ Die Niederlassungsfreiheit verlangt vielmehr grundsätzlich, dass die Mitgliedstaaten grenzüberschreitende Umwandlungen im selben Umfang zulassen wie vergleichbare Inlandsumwandlungen. Danach sind sowohl Herausumwandlungen (also Formwechsel, Verschmelzungen und Spaltungen von Gesellschaften eigenen Gesellschaftsstatuts auf Rechtsträger anderer Mitgliedstaaten)⁷² als auch Hereinumwandlungen (also Formwechsel, Ver-

⁶⁵ Näher zur Kombinationslehre als Kollisionsnorm des Umwandlungsrechts statt vieler *Peter Kindler*, in: Münchener Kommentar zum BGB⁸, Bd. XIII (2021) Int. GesR Rn. 803 ff.

⁶⁶ Statt vieler *Tim Drygala*, in: Lutter, UmwG⁶, Bd. I (2019) § 1 UmwG Rn. 31.

⁶⁷ Näher Münch.Hdb. GesR / *J. Hoffmann* (Fn. 13) § 54 Rn. 10.

⁶⁸ Münch.Hdb. GesR / *J. Hoffmann* (Fn. 13) § 54 Rn. 23 f.

⁶⁹ Dazu näher *Jochen Hoffmann*, Die grenzüberschreitende Verschmelzung auf eine deutsche Personenhandelsgesellschaft, NZG 2019, 1208–1216, 1212 ff.

⁷⁰ Allgemeine Meinung; statt vieler *Jürgen Tiedje*, in: v.d. Groeben / Schwarze / Hatje, Europäisches Unionsrecht⁷, Bd. I (2015) Art. 54 AEUV Rn. 19 m. w. N.

⁷¹ So aber offenbar *Stefan Simon / Daniel Rubner*, in: Kölner Kommentar zum Umwandlungsgesetz (2009) Vor §§ 122a ff. UmwG Rn. 124.

⁷² Hierzu EuGH 16.12.2008 – Rs. C-210/06 (*Cartesio*), ECLI:EU:C:2008:723, Rn. 112; EuGH 25.10.2017 – Rs. C-106/16 (*Polbud*), ECLI:EU:C:2017:804, Rn. 43.

schmelzungen und Spaltungen EU-ausländischer Gesellschaften auf inländische Rechtsträger)⁷³ zuzulassen, soweit vergleichbare innerstaatliche Umwandlungsmöglichkeiten bestehen. Die nunmehr erfolgte umfassende Anerkennung der Umwandlungsfähigkeit der eingetragenen GbR (§§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 191 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 UmwG) bedeutet also grundsätzlich, dass die eGbR sich auch an grenzüberschreitenden Herein- und Hinausumwandlungen beteiligen kann. Erforderlich ist aber die Feststellung, dass eine vergleichbare Inlandsumwandlung zulässig wäre, wofür insbesondere die Unterscheidung zwischen eingetragenen und nicht eingetragenen Gesellschaften relevant ist.

Für drittstaatliche Gesellschaften, die nicht in den Genuss der Niederlassungsfreiheit kommen, existiert hingegen kein vergleichbares Äquivalenzprinzip, insoweit bleibt es dem autonomen deutschen Umwandlungsrecht überlassen, ob es Umwandlungen unter Beteiligung drittstaatlicher Gesellschaften zulassen will.⁷⁴ Jedoch ist auch in Bezug auf drittstaatliche Gesellschaften eine kollisionsrechtliche Lesart des § 1 UmwG im Sinne der Vereinigungstheorie vorzugswürdig, da sie den unnötig komplizierten Zwischenschritt der Neugründung in Deutschland vermeidet.⁷⁵

2. Grenzüberschreitender Formwechsel von Personengesellschaften

Bezüglich der Beteiligung von Personengesellschaften an einem grenzüberschreitenden Formwechsel sind zunächst die Beschränkungen aus § 214 Abs. 1 und § 228 Abs. 3 UmwG zu beachten. Danach ist der Formwechsel einer eingetragenen Personengesellschaft nur in eine juristische Person (Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft) zulässig, während umgekehrt die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine eGbR voraussetzt, dass kein Handelsgewerbe betrieben wird. Auf den ersten Blick könnte man aus § 214 Abs. 1 UmwG schließen, dass auch grenzüberschreitend der Formwechsel in eine andere Form der Personengesellschaft nicht eröffnet werden muss. Indes folgt aus § 214 UmwG nicht, dass ein solcher Formwechsel nicht möglich wäre, sondern lediglich, dass er sich nicht nach den Vorschriften des UmwG vollzieht: Der Übergang zwischen den verschiedenen Formen des Personen-

⁷³ EuGH 13.12.2005 – Rs. C-411/03 (*SEVIC Systems*), ECLI:EU:C:2005:762, Rn. 22f.; EuGH 12.7.2012 – Rs. C-378/10 (*VALE*), ECLI:EU:C:2012:440, Rn. 36; hierzu *J. Hoffmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzung (Fn. 69) 1213f.

⁷⁴ Näher Habersack / Casper / Löbbe / Behrens / *J. Hoffmann* (Fn. 12) Einl. Rn. B 191.

⁷⁵ *Walter Bayer / Jessica Schmidt*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitende Restrukturierungen nach MoMiG, *Cartesio* und *Trabrennbahn*, ZHR 173 (2009) 735–774, 774; *Lutter / Drygala* (Fn. 66) § 1 Rn. 27; Habersack / Casper / Löbbe / Behrens / *J. Hoffmann* (Fn. 12) Einl. Rn. B 192; a. A. *Florian Drinhausen / Astrid Keinath*, in: Beck-Online, Großkommentar zum Umwandlungsgesetz (Stand: 1.10.2021) § 1 UmwG Rn. 21ff.; *Florian Drinhausen*, in: Semler / Stengel / Leonard, Umwandlungsgesetz⁵ (2021) Einl. C Rn. 32f.; *Barbara Dauner-Lieb*, in: Kölner Kommentar zum Umwandlungsgesetz (2009) § 1 Rn. 29.

gesellschaftsrechts erfolgt innerstaatlich entweder faktisch durch Aufnahme des Betriebs eines Handelsgewerbes (von GbR zu OHG), durch eine konstitutive Registereintragung (in den Fällen des § 107 Abs. 1 HGB) oder durch Änderung des Gesellschaftsvertrags (in die Form der KG). Das durch das MoPeG eingeführte spezielle Verfahren des Statuswechsels (§ 707c BGB) erlaubt (anstelle der bisher möglichen Löschung im Handelsregister) insbesondere den Formwechsel von einer Personenhandelsgesellschaft in eine eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Aufgrund des Verbots der gewillkürten Löschung (oben IV.2.) ist lediglich der Wechsel von einer eingetragenen Personengesellschaft in eine nicht eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausgeschlossen. Umgekehrt steht es der nicht eingetragenen GbR dagegen offen, jederzeit einen Eintragungsantrag zu stellen und so in jede Personengesellschaftsform zu wechseln. Ob der innerstaatliche Formwechsel vom Umwandlungsrecht oder vom allgemeinen Gesellschaftsrecht eröffnet wird, ist aus Sicht der Niederlassungsfreiheit gleichgültig – vergleichbare grenzüberschreitende Formwechsel sind unter den jeweils innerstaatlich anwendbaren Bedingungen zu ermöglichen.⁷⁶

Für den Hereinformwechsel einer Auslandsgesellschaft in eine deutsche Personengesellschaft ist hieraus der Schluss zu ziehen, dass diese Möglichkeit für alle EU-ausländischen Gesellschaftsformen umfassend zu gewährleisten ist und es insbesondere nicht darauf ankommt, ob die Gesellschaft im Ausland in ein Register eingetragen ist.⁷⁷ Lediglich für das einzuhaltende Verfahren ist hier analog zu den innerstaatlichen Grundsätzen zu differenzieren: Auf den Formwechsel einer ausländischen Kapitalgesellschaft in eine deutsche Personengesellschaft ist – soweit das Zuzugsrecht nach der Kombinationslehre den Vorgang regelt – das UmwG (§§ 228 ff. UmwG sowie §§ 122a ff. UmwG in Bezug auf die grenzüberschreitende Koordinierung des Registerverfahrens bzw. zukünftig die im Zuge der Umsetzung der Mobilitäts-RL 2019/2121⁷⁸ für den grenzüberschreitenden Formwechsel von Kapitalgesellschaften zu schaffenden Normen analog) anzuwenden. Folglich ist lediglich bei Betrieb eines Handelsgewerbes die Umwandlung in eine eGbR ausgeschlossen (§ 228 Abs. 3 UmwG). Der Hereinformwechsel einer Personengesellschaft stellt sich dagegen als rein gesellschaftsrechtlicher Statutenwechsel dar (dazu bereits oben IV.) und vollzieht sich mithin durch Vereinbarung eines deutschen Vertragssitzes und Eintragungsantrag zum deutschen Gesellschafts- oder Handelsregister.⁷⁹

⁷⁶ Vgl. in diesem Sinne zur alten Rechtslage auch Heidelberg/Schall/Schall (Fn. 28) Anh. Int. PersGesR R.n. 92; BeckOGK/v. Thunen (Fn. 16) Int. PersGesR R.n. 129.

⁷⁷ Vgl. in diesem Sinne zur alten Rechtslage auch Heidelberg/Schall/Schall (Fn. 28) Anh. Int. PersGesR R.n. 91.

⁷⁸ Richtlinie (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, ABl. 2019 L 321/1.

⁷⁹ Vgl. in diesem Sinne zur alten Rechtslage auch Heidelberg/Schall/Schall (Fn. 28) Anh. Int.

Für den Herausformwechsel einer deutschen Personengesellschaft in eine Auslandsgesellschaft steht das UmwG nach dessen § 214 Abs. 1 nur zur Verfügung, sofern die Umwandlung in eine ausländische Kapitalgesellschaft (oder Genossenschaft) erfolgen soll, wobei insoweit die wesentlichen Voraussetzungen nach der Kombinationslehre ohnehin dem Zuzugsrecht zu entnehmen sind. In eine ausländische Personengesellschaft kann sich eine in Deutschland eingetragene Personenhandelsgesellschaft oder eGmbH dagegen nur im Rahmen eines gesellschaftsrechtlichen Statuswechsels umwandeln. Dieser erfolgt verfahrensrechtlich grundsätzlich nach § 707c BGB, wobei zur Koordinierung des grenzüberschreitenden Eintragungsverfahrens – die von § 707c Abs. 2 BGB angeordnete Abgabe von Amts wegen ist grenzüberschreitend ohne entsprechende Regelung nicht durchführbar – wiederum auf die §§ 122a ff. UmwG in analoger Anwendung zurückgegriffen werden kann. Zulässig ist der grenzüberschreitende Statuswechsel aber nur, soweit auch der vergleichbare Inlandsvorgang möglich ist. Dabei ist vor allem das innerstaatlich geltende und daher auch auf grenzüberschreitende Vorgänge anwendbare Verbot der gewillkürten Löschung zu beachten; dieses schließt einen Wechsel von einer eingetragenen in eine nicht vergleichbar eingetragene Rechtsform aus (dazu bereits soeben). Daher kommen nur eintragungsfähige Zielrechtsformen für den Herausformwechsel in Betracht. Besteht in einem Zuzugsstaat für Personengesellschaften überhaupt keine Registerpublizität (so etwa mit Ausnahme der Limited Partnership in Irland⁸⁰) oder ist für eine bestimmte Rechtsform keine Eintragung vorgesehen, kommt ein Formwechsel also nicht in Betracht. Letzteres schließt beispielsweise den Wechsel von einer deutschen eGmbH in eine österreichische GbR (§§ 1175 ff. ABGB) aus, da diese nicht eintragungsfähig ist. Möglich bleibt aber der Formwechsel in eine OHG österreichischen Rechts, die nach § 105 Satz 4 UGB für „jeden erlaubten Zweck“ zur Verfügung steht (also kein Handelsgewerbe voraussetzt).

Aus Sicht des deutschen Wegzugsrechts ist zu beachten, dass die mit dem Formwechsel verbundene Änderung des Gesellschaftsstatuts nicht dazu führt, dass die Gesellschafter sich für die bereits zuvor begründeten Verbindlichkeiten von der Haftung nach deutschen Grundsätzen befreien können. Vielmehr unterliegen diese Ansprüche auch bezüglich der persönlichen Gesellschafterhaftung nach § 224 UmwG weiterhin deutschem Recht.⁸¹ Die Haftung im Rahmen des Zuzugsrechts bleibt davon unberührt. Die sonstigen Voraussetzungen für den Erwerb der Zielrechtsform richten sich dagegen nach dem Zuzugsrecht, da auch bei Umwandlungen außerhalb des

PersGesR Rn. 75; Westermann / Wertenbruch / Paefgen (Fn. 29) Rn. I-4985; Oetker / Lieder (Fn. 52) § 105 HGB Rn. 145a; a. A. BeckOGK / v. Thunen (Fn. 16) Int. PersGesR Rn. 130 (Anwendung des UmwG).

⁸⁰ Michael Twomey / Maedhbh Clancy, Twomey on Partnership² (2019) Rn. 28.53.

⁸¹ Thomas Hornberger, Rechtsformwahrende Sitzverlegung, Verschmelzungen und Formwechsel von Personengesellschaften innerhalb der EU (2020) 252.

UmwG die Kombinationslehre anwendbar ist. Hierzu gehört auch die Frage, ob der Verwaltungssitz im Zuzugsstaat genommen werden muss, denn während das Wegzugsrecht die Mitnahme des tatsächlichen Sitzes nicht verlangen darf, steht es dem Zuzugsrecht frei, die Anknüpfung des eigenen Gesellschaftsstatuts an den Verwaltungssitz vorzunehmen und dessen Verlegung damit zur Voraussetzung zu machen.⁸²

3. Grenzüberschreitende Verschmelzung und Spaltung unter Beteiligung von Personengesellschaften

Diese Grundsätze für die Bestimmung der niederlassungsrechtlich gebotenen Umwandlungsmöglichkeiten sind ebenso auf Verschmelzung und Spaltung anzuwenden. Maßstab der Zulässigkeit ist wiederum die Eröffnung der vergleichbaren inländischen Umwandlung. Die Erstreckung der Verschmelzungs- und Spaltungsfähigkeit auf die eGbR bedeutet, dass sich zukünftig Personenhandelsgesellschaften und eGbR umfassend an derartigen grenzüberschreitenden Umwandlungen beteiligen können. Voraussetzung ist lediglich, dass es sich bei den weiteren beteiligten (oder neu zu gründenden) Gesellschaften um solche handelt, die einer umwandlungsfähigen deutschen Rechtsform vergleichbar sind. Zentral ist auch hier das Erfordernis der Registereintragung, sodass Umwandlungen unter Beteiligung von Gesellschaftsformen, die nicht der Registerpublizität unterliegen, vom deutschen Recht auch international nicht zu eröffnen sind. Weitere Einschränkungen bezüglich der Verschmelzungs- und Spaltungsmöglichkeiten sieht das UmwG nicht vor. Für die Personenhandelsgesellschaften hat sich insoweit nichts geändert, die bestehende Rechtslage wird lediglich auf die eGbR erstreckt.

Verfahrensrechtlich sind auf die grenzüberschreitende Verschmelzung aller Personengesellschaften die §§ 122a ff. UmwG analog sowohl auf die Heerein- als auch auf die Hinausverschmelzung anzuwenden, soweit die Niederlassungsfreiheit den Vorgang eröffnet.⁸³ Ebenso können zukünftig die im Zuge der Umsetzung der Mobilitäts-RL 2019/2121 für die grenzüberschreitende Spaltung von Kapitalgesellschaften⁸⁴ zu schaffenden Normen primärrechtskonform analog auf die Spaltung von Personengesellschaften angewendet werden. Einstweilen sind im Grundsatz die Vorschriften der §§ 123 ff. UmwG über die innerstaatliche Spaltung, flankiert durch eine

⁸² Vgl. einerseits EuGH 25.10.2017 – *Polbud* (Fn. 72) Rn. 41 ff., andererseits EuGH 12.7.2012 – *VALE* (Fn. 73) Rn. 32.

⁸³ Vgl. so schon *J. Hoffmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzung (Fn. 69) 1215–1216, zu den bestehenden Beschränkungen für Personenhandelsgesellschaften im Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen; ferner *Westermann/Wertenbruch/Paefgen* (Fn. 29) Rn. I-4967 ff.; a. A. *Heidel/Schall/Schall* (Fn. 28) Anh. Int. PersGesR Rn. 90.

⁸⁴ Dazu näher *Münch.Hdb. GesR / J. Hoffmann* (Fn. 13) § 56 Rn. 64 ff.

analoge Anwendung der §§ 122k, 122l UmwG für die Ausstellung einer Spaltungsbescheinigung zur Koordinierung der Registereintragungen, auch auf Personengesellschaften anzuwenden, soweit die Niederlassungsfreiheit die grenzüberschreitende Spaltung eröffnet.⁸⁵

VI. Schlusspetitum

Ähnlich wie einst Cato der Ältere im römischen Senat jede seiner Reden mit dem Aufruf zur Zerstörung Karthagos beendet haben soll, hat in den letzten Jahrzehnten ein vielstimmiger Chor in der deutschen Literatur bei jedem sich bietenden Anlass die endgültige Aufgabe der Verwaltungssitzanknüpfung gefordert.⁸⁶ Einer der Autoren dieses Aufsatzes hat hierzu mehrfach beigetragen,⁸⁷ den anderen hat nur seine Jugend bislang davon abgehalten. Was hat es gebracht? Auch nachdem infolge der *Überseering*-Entscheidung⁸⁸ des EuGH die Verwaltungssitzanknüpfung für niederlassungsberechtigte Gesellschaften aufgegeben werden musste⁸⁹ und sogar der Gesetzgeber selbst sie durch § 4a GmbHG und § 5 AktG für die deutschen Kapitalgesellschaften einseitig abgeschafft hat, konnte sich der BGH weder

⁸⁵ Eingehend Münch.Hdb. GesR / J. Hoffmann (Fn. 13) § 56 Rn. 37 ff.

⁸⁶ Vgl. etwa (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) Peter Behrens, Niederlassungsfreiheit und Internationales Gesellschaftsrecht, RabelsZ 52 (1988) 498–525, 498; ders., Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem *Überseering*-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art, Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2003, 193–207, 205–206; Günther Beitzke, Juristische Personen im Internationalprivatrecht und Fremdenrecht (1938) 92 ff.; Ulrich Drobnig, Kritische Bemerkungen zum Vorentwurf eines EWG-Übereinkommens über die Anerkennung von Gesellschaften, ZHR 129 (1967) 93–120, 115; Horst Eidenmüller, Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa, ZIP 2002, 2233–2245, 2244; ders., Beurteilung der Rechtsfähigkeit einer ausländischen Gesellschaft nach dem Recht des Gründungsstaats, Juristenzeitung 2003, 526–529, 528; Günther Grasmann, System des internationalen Gesellschaftsrechts (1970) 470 ff.; Leonhard Hübner, Kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus „nicht-privilegierten“ Drittstaaten (2011) 326 ff.; Jan Kropholler, Internationales Privatrecht⁶ (2006) § 55 I 4; Michalski / Leible / Heidinger / J. Schmidt / Leible (Fn. 24) Syst. Darst. 2 Rn. 53; Lieder / Hilser, Internationales Personengesellschaftsrecht des MoPeG (Fn. 7) 499–500; Karl H. Neumayer, Betrachtungen zum internationalen Konzernrecht, ZVglRWiss 83 (1984) 129–177, 139 ff.; Walter G. Paefgen, Gezeitenwechsel im Gesellschaftskollisionsrecht, WM 2003, 561–570, 570; J. Schmidt, Labyrinth des Gesellschaftskollisionsrechts (Fn. 41) 619; grundsätzlich auch Daniel Zimmer, Internationales Gesellschaftsrecht (1996) 220 ff.; an der Verwaltungssitzanknüpfung zumindest zweifelnd Christian v. Bar / Peter Mankowski, Internationales Privatrecht², Bd. II (2019) § 7 Rn. 112 f.

⁸⁷ Vgl. Leible / J. Hoffmann, „Überseering“ und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie (Fn. 18) 935–936.; dies., „Überseering“ und das deutsche Gesellschaftskollisionsrecht (Fn. 18) 930; J. Hoffmann, Bestattung der Sitztheorie (Fn. 12) 1589; NK-BGB / J. Hoffmann (Fn. 12) Anh. Art. 12 EGBGB Rn. 49; Münch.Hdb. GesR / J. Hoffmann (Fn. 13) § 31 Rn. 13; in diesem Sinne auch Habersack / Casper / Löbbe / Behrens / J. Hoffmann (Fn. 12) Einl. Rn. B 29 ff.

⁸⁸ EuGH 5.11.2002 – *Überseering* (Fn. 46).

⁸⁹ Grundlegend BGH 13.3.2003 – VII ZR 370/98, BGHZ 154, 185, 188 ff. = IPRspr. 2003 Nr. 13 (*Überseering*).

2008 in der *Trabrennbahn*-Entscheidung⁹⁰ noch 2016 in der Entscheidung zum Stiftungskollisionsrecht⁹¹ hierzu durchringen. Nunmehr – rund 20 Jahre nach *Überseering* – eröffnet der Gesetzgeber zwar den Personengesellschaften deutschen Rechts die Vertragssitzanknüpfung, geht aber zugleich in seltener Deutlichkeit von der Fortgeltung der Verwaltungssitzanknüpfung als allgemeiner (wenn auch weitgehend verdrängter) Kollisionsnorm aus.⁹² Das *Trabrennbahn*-Urteil des BGH fiel in eine dynamische Zeit tiefgreifenden kollisionsrechtlichen Umbruchs und wollte ganz ausdrücklich einer gesetzgeberischen Entscheidung nicht vorgreifen.⁹³ Zwischenzeitlich hat sich der rechtspolitische Kontext jedoch so grundlegend gewandelt, dass für Zurückhaltung kein Grund mehr besteht: Der Referentenentwurf⁹⁴ von 2008 ist gescheitert und auch der 2016 vorgelegte GEDIP-Vorschlag⁹⁵ hat bislang in Brüssel kein gesetzgeberisches Echo hervorgerufen.⁹⁶

Cui bono? Welche Verkehrsinteressen eigentlich so wichtig sein sollen, dass man dafür einen derartigen kollisionsrechtlichen Flickenteppich in Kauf nimmt, erschließt sich nicht: Tritt die drittstaatliche Kapitalgesellschaft im Inland als solche auf, werden die betroffenen Verkehrskreise nicht getäuscht; die aufgrund der Behandlung als Personengesellschaft deutschen Rechts⁹⁷ entstehende persönliche Haftung stellt sich dann eher als *windfall profit* dar. Wo tatsächlich schutzwürdige Interessen berührt sind, lässt auch eine Gründungs- bzw. Satzungssitzanknüpfung genügend Raum für punktuelle Sonderanknüpfungen.⁹⁸ Die Argumente müssen hier nicht im Einzelnen wiederholt werden.⁹⁹

Mit Blick auf die historische Parallele zu Cato ist der Sitztheorie im Interesse aller Autoren, die sich an dem Ruf nach ihrer Aufgabe beteiligt haben, dennoch ein langes Leben zu wünschen: Bekanntlich erfolgte die Zerstö-

⁹⁰ BGH 27.10.2008 (Fn. 27); ebenso BGH 8.10.2009 – IX ZR 227/06, ZIP 2009, 2385, Rn. 4 = IPRspr. 2009 Nr. 10.

⁹¹ BGH 8.9.2016 – III ZR 7/15, NZG 2016, 1187, Rn. 13 = IPRspr. 2016 Nr. 21.

⁹² Vgl. *Deutscher Bundestag*, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Fn. 2) 126; so auch *Schall*, Kritik am „Mauracher Entwurf“ (Fn. 7) 1448.

⁹³ Vgl. BGH 27.10.2008 (Fn. 27) Rn. 22.

⁹⁴ *Bundesministerium der Justiz*, Referentenentwurf (Fn. 22).

⁹⁵ *Groupe européen de droit international privé*, Draft Rules (Fn. 23).

⁹⁶ Erwogen, aber schlussendlich verworfen hat die Kommission Überlegungen, im Zuge des sogenannten Company Law Package auch einen Rechtsakt zum internationalen Gesellschaftsrecht vorzulegen; vgl. *EU-Kommission*, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, COM(2018) 241 final vom 25.4.2018, S. 24.

⁹⁷ BGH 1.7.2002 (Fn. 39) 206 ff.; bestätigt durch BGH 27.10.2008 (Fn. 27) Rn. 23.

⁹⁸ Dazu im Einzelnen statt vieler *Peter Behrens*, Sonderanknüpfungen im Internationalen Gesellschaftsrecht, in: *Sonnenberger* (Fn. 21) 401–468, 434 ff.

⁹⁹ Vgl. dazu schon *Behrens*, Niederlassungsfreiheit und Internationales Gesellschaftsrecht (Fn. 86) 513 ff.; im Kontext der Panama Papers etwa *Eva-Maria Kieninger*, Internationales Gesellschaftsrecht zwischen Polbud, Panama und Paradise, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 26 (2018) 309–319, 316 ff.; v. *Bar / Mankowski*, IPR (Fn. 86) § 7 Rn. 112f.

zung Karthagos im Dritten Punischen Krieg im Jahr 146 v. Chr. und damit drei Jahre nach dem Tod Catos. In diesem Sinne: *Ceterum censemus theoriam sedis esse omittendam*. Im Übrigen sind wir der Meinung, dass die Sitztheorie aufgegeben werden sollte.

VII. Thesen

1. Die Regelung des Vertragssitzes in § 706 Satz 2 BGB hat in Übereinstimmung mit § 4a GmbHG, § 5 AktG einen kollisionsrechtlichen Regelungsgehalt und stellt eine einseitige Kollisionsnorm für eingetragene Personengesellschaften dar.

2. Die kollisionsrechtliche Anknüpfung von Innengesellschaften und nicht in Deutschland eingetragenen Personengesellschaften wird von der Neuregelung nicht berührt. Für nicht eingetragene Außengesellschaften geht der Gesetzgeber von der Fortgeltung der Verwaltungssitzanknüpfung aus.

3. Strebt eine Personengesellschaft mit Verwaltungssitz im Ausland die Eintragung in Deutschland an, greift die Vertragssitzanknüpfung bereits mit Stellung des Eintragungsantrags ein, sodass zu diesem Zeitpunkt der Statutenwechsel erfolgt.

4. Einem Statutenwechsel durch Änderung des Gesellschaftsvertrags im Wege einer nachträglichen Aufhebung des Vertragssitzes oder einer Verlegung des Vertragssitzes ins Ausland steht das Verbot der gewillkürten Löschung gem. § 707a Abs. 4 BGB entgegen.

5. Zur Vermeidung eines unbeabsichtigten Statutenwechsels ist bei eingetragenen Personengesellschaften ohne Vertragssitzregelung im Gesellschaftsvertrag der eingetragene Verwaltungssitz im Wege der ergänzenden Auslegung als Vertragssitz anzusehen, wenn kein entgegenstehender Wille der Gesellschafter feststellbar ist.

6. Die innerstaatliche Umwandlungsfähigkeit der eGmbH erfordert aufgrund der Niederlassungsfreiheit die Zulassung grenzüberschreitender Umwandlungen unter Beteiligung EU-ausländischer Gesellschaften im selben Umfang. Dies gilt auch dann, wenn sich der Vorgang im nationalen Recht nur im allgemeinen Gesellschaftsrecht abspielt (insbesondere in Form des Statuswechsels).

7. *Ceterum censemus theoriam sedis esse omittendam*.

