

Niederlassung in Deutschland

- No. 154 -

Ulrich Herfurth, Rechtsanwalt in Hannover
Regina Thums, Rechtsanwältin in Hannover

Wenn ausländische Unternehmen in Deutschland eine dauerhafte geschäftliche Präsenz unterhalten möchten, lassen sie sich in der Regel nicht nur durch Vertragspartner, sondern durch eigene Büros oder Unternehmen vertreten. Anstelle von Handelsvertretern werden also Vertriebstöchter eingesetzt, Serviceniederlassungen und Produktionsbetriebe werden in Tochtergesellschaften eingekleidet.

Dabei stellt sich schnell die Frage nach der geeigneten Rechtsform, in der die eigene Organisation betrieben werden soll. Die Entscheidung richtet sich nach Art und Umfang der geplanten Aktivitäten, nach der Erwartungshaltung des Marktes und nicht zuletzt nach steuerlichen Bedingungen.

Europäisches Recht

Das deutsche Gesellschaftsrecht, einschließlich des die Unternehmensstrukturen betreffenden Handelsrechts (z.B. Rechnungslegung), ist durch verschiedene Richtlinien und Verordnungen der Europäischen Union beeinflusst, so daß sich im Vergleich mit anderen EU-Staaten durchaus Gemeinsamkeiten ergeben. Aber trotz der voranschreitenden Harmonisierung auf der Ebene der Europäischen Union bestehen dennoch die verschiedensten nationalen Unterschiede und gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten unter den Mitgliedstaaten, insbesondere im Verhältnis vom deutschen zum romanischen oder angelsächsischen Rechtskreis.

Die Europäische Union arbeitet weiter an der Harmonisierung, also Anpassung und Vereinheitlichung des Gesellschaftsrechts der Mitgliedstaaten. Ein wichtiger Erfolg ist dabei die Schaffung der Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft, die ab 2004 in allen Mitgliedstaaten genutzt werden kann. Bereits verfügbar ist die Rechtsform

der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV).

Unternehmensformen

Zur Verfügung stehen nichtselbständige Einheiten wie ein Vertretungsbüro oder eine Niederlassung oder aber rechtlich selbständige Tochtergesellschaften in verschiedenen Rechtsformen. Die in Deutschland üblichen allgemeinen Unternehmensformen sind:

Einzelunternehmen:

- Einzelkaufmännisches Unternehmen (e.Kfm)

Unselbständige Einheiten:

- Vertretungsbüro
- Niederlassung

Personengesellschaften:

- Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GBR)
- Partnerschaftsgesellschaft
- Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV)
- Offene Handelsgesellschaft (OHG)
- Kommanditgesellschaft (KG; GmbH & Co KG)
- Stille Gesellschaft

Kapitalgesellschaften:

- Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)
- Aktiengesellschaft (AG)
- Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA)

Bei der Betrachtung muß grundsätzlich zwischen den Strukturen als Einzelunternehmen, als unselb-

ständige Einheit, als Personengesellschaft und als Kapitalgesellschaft unterschieden werden. Die Rechtsformen sind unterschiedlich eigenständig; die Kapitalgesellschaften gelten als juristische Person und sind damit wie eine natürliche Person stets selbst Träger von Rechten und Pflichten, also voll rechtsfähig. Personengesellschaften sind dagegen nur teilweise rechtsfähig (teilrechtsfähig): sie können zwar in einem Gerichtsverfahren unmittelbar Kläger oder Beklagter sein; steuerrechtlich zum Beispiel werden aber nur die Gesellschafter als Rechtssubjekt betrachtet, nicht die Gesellschaft.

Innerhalb der Gruppe der Kapitalgesellschaften ist die Unterscheidung zwischen AG und GmbH ursprünglich eher eine deutsche Besonderheit, die sich inzwischen auf andere Staaten übertragen hat. Hingegen kennen der anglo-amerikanische Rechtskreis nur eine Form von Kapitalgesellschaft, nämlich die der Aktiengesellschaft nahestehende *corporation*.

Der Katalog der Rechtsformen ist im Gesetz abschließend geregelt, neue Formen sind ohne Gesetzesänderung nicht zulässig.

Allerdings werden Rechtsformen miteinander kombiniert, zum Beispiel indem eine Kapitalgesellschaft die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters in einer KG einnimmt. Eine solche Gestaltung muß sich in der Firmierung der Gesellschaft niederschlagen, also als *GmbH & Co KG* oder *AG & Co KG*. Eigene Rechtsformen sind dies aber nicht, sondern lediglich bestimmte Anwendungsmodelle, auf die im Grundsatz das Recht der KG Anwendung findet.

Unter den Gesellschaftsformen erfreut sich in Deutschland die GmbH der größten Beliebtheit mit circa 440.000 registrierten Gesellschaften. Die Form der AG wird hingegen anders als in europäischen Nachbarländern vornehmlich von größeren Unternehmen bevorzugt, ihre Zahl liegt bei etwa 4.000 Gesellschaften in Deutschland. Sie ist aber aufgrund einiger gesetzlicher Erleichterungen und vor allem wegen der Einführung des Börsensegmentes Neuer Markt in den letzten Jahren deutlich angestiegen.

Die Rechtsform der KG hat wegen ihrer haftungsrechtlichen Nachteile eher geringere Bedeutung; von den circa 100.000 registrierten Gesellschaften werden lediglich etwa 25.000 als reine Kommanditgesellschaft unterhalten. Der wesentlich größere

Teil von etwa 75.000 Gesellschaften hat die haftungsschonende Mischform der GmbH & Co. KG gewählt.

Die Unternehmensformen sind Gegenstand einer getrennten Abhandlung (Caston Compact Nr. 155).

Gewerbliche Tätigkeiten

Eine dauerhafte wirtschaftliche Betätigung stellt eine gewerbliche Tätigkeit dar. Diese Betrachtung erfolgt unter den Gesichtspunkten des öffentlichen Rechts, also des Rechts der öffentlichen Verwaltung und des Steuerrechts.

Grundsätzlich bedarf eine gewerbliche Tätigkeit in Deutschland keiner besonderen Erlaubnis. Die Tätigkeit muß aber in jedem Fall bei der örtlichen Verwaltung (Stadt, Gemeinde) angemeldet werden, damit die Verwaltung über Art und Umfang gewerblicher Tätigkeit informiert ist und gegebenenfalls Aufsicht und Kontrollen ausüben kann.

In bestimmten Fällen darf ein Gewerbe aber nur mit Erlaubnis der zuständigen Behörde ausgeübt werden. Solche Fälle betreffen zunächst alle Arten von Handwerksberufen, die in der Handwerksordnung aufgeführt sind. Die Erlaubnis zur Ausübung eines Handwerks erteilt die Handwerkskammer nur, wenn der Betreiber seine Befähigung nachweist, er also eine Ausbildung zum Handwerksmeister erfolgreich abgeschlossen hat. Bei ausländischen Bewerbern aus Ländern der EU, in denen es einen vergleichbaren förmlichen Abschluß nicht gibt, reicht ein Nachweis über eine vergleichbare berufliche Erfahrung aus. Andere gewerbliche Tätigkeiten sind an die Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden gebunden, ohne daß dieser aber eine fachliche Qualifikation nachweisen muß. Dies gilt zum Beispiel für eine Tätigkeit als Makler oder Bauträger. Andere Tätigkeiten erfordern darüber hinausgehende Voraussetzungen: Bankgeschäfte verlangen eine Zulassung als Bank und unterstehen der Aufsicht des Bundesamtes für das Kreditwesen, Versicherungsgeschäfte verlangen die Zulassung als Versicherer und unterstehen der Aufsicht des Bundesamtes für das Versicherungswesen. Weitere Genehmigungen oder Zulassungen ergeben sich unter anderem für den Betrieb von Gaststätten, Personenbeförderung, Spedition und Fracht usw..

Von der gewerblichen Tätigkeit ist die freiberufliche Tätigkeit zu unterscheiden, bei der die persönliche Leistung und geistige Qualifikation des Tätigen im Vordergrund steht; in der Regel sind diese nur nach besonderer Ausbildung und aufgrund einer Zulassung zugänglich: Rechtsanwälte, Steuerberater, Buchprüfer und Wirtschaftsprüfer, öffentlich bestellte Ingenieure, Ärzte, Apotheker und andere. Allerdings können im steuerrechtlichen Sinn auch Unternehmensberater (ohne besonderen Qualifikationsnachweis) als freiberuflich Tätige eingeordnet werden. Die Einordnung ist von besonderem Interesse, weil gewerbliche Unternehmen der örtlichen Gewerbesteuer unterliegen, freiberuflich Tätige aber nicht.

Apotheker sind im steuerlichen Sinn gewerblich tätig.

Kaufmann und Handelsregister

Seit der Reform des Handelsgesetzbuches (HGB) im Sommer 1998 werden nicht mehr nur Produktion und Handel ohne weiteres als kaufmännische Tätigkeiten angesehen, sondern auch Dienstleistungen. Folglich unterliegen nun auch Unternehmen wie Handwerk, Softwareentwicklung, Beratung und andere unabhängig von ihrer Größe den Regeln des Handelsgesetzbuches für Kaufleute, insbesondere den verschärften Anforderungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr, den Vorschriften zur Rechnungslegung und - bei mehreren Beteiligten - ohne weiteres dem Gesellschaftsrecht für Handelsgesellschaften.

Kaufleute können, Handelsgesellschaften müssen sich im örtlichen Handelsregister (commercial registry) eintragen. Das Handelsregister wird durch das örtliche Amtsgericht geführt und enthält die Angaben zu Kaufleuten, die für den Rechtsverkehr von Bedeutung sind: Firma (Bezeichnung, unter der die Tätigkeit ausgeübt wird), Inhaber, Sitz, Rechtsform, Kapital- und Haftungsverhältnisse und Vertretungsberechtigung. Das Handelsregister genießt öffentlichen Glauben: jedermann kann sich auf die dort erkennbaren Eintragungen berufen, auch wenn die tatsächlichen Verhältnisse anders sind (es sei denn, ihm ist der wahre Sachverhalt bekannt). Wenn also ein Geschäftsführer bereits abberufen, aber im Handelsregister noch als solcher eingetragen ist, kann er durchaus noch im Namen der Gesellschaft handeln, es sei denn, der Vertragspartner kennt die Abberufung bereits.

Die Akten des Handelsregisters enthalten auch die Gesellschaftsverträge von Kapitalgesellschaften (nicht von Personengesellschaften) und solche Beschlüsse, deren Inhalt zu Veränderungen in den Eintragungen im Handelsregister führen. Aufgrund der Publizitätsvorschriften sind auch die Jahresabschlüsse der betroffenen Unternehmen im Handelsregister zu hinterlegen und teilweise auch weitergehend zu veröffentlichen (s.u. Publizität).

Tätigkeit und Beteiligung von Ausländern

Ausländer können sich auf verschiedene rechtliche Weise als Personen oder Unternehmen in Deutschland gewerblich betätigen.

Die Möglichkeiten einer persönlichen Tätigkeit eines Ausländers oder ausländischer Unternehmen in Deutschland hängen zunächst von seinem Herkunftsland ab; für Personen aus EU und EWR gelten Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit (und als Arbeitnehmer Freizügigkeit; s.u. im Kapitel Personal und Arbeit).

Beschränkte Tätigkeiten können Ausländer direkt mittels eines Vertretungsbüros unternommen werden; sollen selbständig Geschäfte getätigt werden, könnte das ausländische Unternehmen eine Niederlassung in Deutschland errichten. Bei Planung längerfristiger gewerblicher Tätigkeiten ist jedoch die Gründung einer Tochtergesellschaft, vorzugsweise in der Rechtsform der GmbH nahe-zulegen. Die Ausübung der Geschäftstätigkeit eines ausländischen Unternehmens in Form einer eigenständigen juristischen Person wird auf dem deutschen Markt als stärkeres Engagement im Geschäftsverkehr angesehen, die zu mehr Beachtung und Akzeptanz im deutschen Geschäftsleben führen kann.

Ausländer können sich in Deutschland an Gesellschaften aller Rechtsformen beteiligen, unabhängig davon, ob die Beteiligung durch natürliche oder juristische Personen erfolgt. Investitionsbeschränkungen und Beschränkungen zur Kapitaleinfuhr bestehen nicht. Für die einfache Beteiligung auf Gesellschafterebene bedarf es auch keines Wohnsitzes, gewöhnlichen Aufenthalts oder einer Aufenthaltsgenehmigung. Einschränkend gilt lediglich, daß die Beteiligung nicht gegen ausländerrechtliche Vorschriften oder Regelungen über die gewerbliche Tätigkeit von Ausländern verstoßen darf.

Einzelkaufmännisches Unternehmen (e.K.)

Jede Person, die selbst und unmittelbar eine kaufmännische Tätigkeit im Sinne des Handelsgesetzbuchs ausübt, betreibt damit ein einzelkaufmännisches Unternehmen; das Handelsgesetzbuch verwendet den Begriff Handelsgeschäft anstelle von Unternehmen. Der Einzelkaufmann geht Rechtsbeziehungen unmittelbar selbst ein. Er haftet im Prinzip unbeschränkt für die Verpflichtungen aus seinem Geschäft und kann diese Haftung nicht allgemein, sondern nur vertraglich für den Einzelfall beschränken. Der Einzelkaufmann muß sich nicht in das Handelsregister eintragen, die Möglichkeit steht ihm aber offen. Dann darf er den Zusatz e.Kfm. oder als Frau e.Kfr oder allgemein e.K. führen. Ist er eingetragen, darf er auch unter einer anderen Bezeichnung als unter seinem eigenem Namen im Handelsverkehr auftreten (trade name).

Für einen Ausländer kommt eine Betätigung als Einzelkaufmann in Deutschland im Grunde nur in Betracht, wenn er sich im Land selbst aufhält oder das Unternehmen nicht als Niederlassung eines ausländischen Unternehmens angesehen werden kann.

Repräsentanz

Der erste Schritt eines eigenen Auftritts ausländischer Unternehmen in Deutschland ist häufig ein Vertretungsbüro (Repräsentanz). Diese im Zusammenhang mit der Errichtung von Niederlassungen verwendeten Begriffe kennt weder das deutsche Gewerberecht noch das Handelsrecht. Tatsächlich handelt es sich bei einer Repräsentanz um eine geschäftliche Einheit, die das Unternehmen nur im Zielland bekannt machen und Verbindungen halten soll, aber nicht selbst eine geschäftliche Tätigkeit ausübt. Es schließt insbesondere nicht selbst Geschäfte ab, sondern bahnt allenfalls diese nur an.

Errichtung

Da diese Geschäftseinheit keine Eigenständigkeit besitzt, ist eine Eintragung in das Handelsregister nicht notwendig.

Unabhängig davon muß das Unternehmen aber die Ausübung des Gewerbes bei der zuständigen Behörde anmelden (Stadt, Gemeinde; dort das Ordnungsamt/Gewerbeabteilung).

Geschäftsleitung

Die Repräsentanz ist eine in allen Entscheidungen, in der Führung und Organisation von der Hauptniederlassung abhängige Geschäftseinheit. Eine eigenständige Geschäftsleitung hat die Repräsentanz nicht, vielmehr erfolgt die Leitung direkt von der Hauptniederlassung aus.

Steuern

Steuerrechtlich wird eine Repräsentanz regelmäßig als unselbständige Niederlassung des ausländischen Unternehmens betrachtet. Nach dem Doppelbesteuerungsabkommen entsteht für die Repräsentanz in Deutschland keine Steuerpflicht, im Gegensatz zu einer Betriebsstätte (siehe unten).

Die Versteuerung von Gewinnen erfolgt nach Doppelbesteuerungsabkommen in dem Land der Hauptniederlassung.

Niederlassung/Betriebsstätte

Ein weitergehender Schritt zum Eintritt in den deutschen Markt für ausländische Unternehmen ist die Errichtung einer Niederlassung (branch office).

Eine solche selbständige Niederlassung ist eine von dem im Ausland betriebenen Hauptgeschäft räumlich getrennte Betriebsstätte, mit gewisser Selbständigkeit, auch wenn nicht alle Geschäfte vollumfänglich von ihr abgewickelt werden müssen. Diese Selbständigkeit kann sich zum Beispiel in einer eigenen Leitung mit Entscheidungsfreiheit, einer gesonderten Buchführung und eigenem Geschäftsvermögen zeigen.

Die Niederlassung ist keine selbständige juristische Person, vielmehr bleibt die im Ausland ansässige Hauptniederlassung Inhaberin aller Rechte und Pflichten.

Die gesamte Organisation der deutschen Niederlassung ist somit abhängig von der ausländischen Hauptniederlassung und dem dort geltenden Recht. Auch sind alle gesellschaftsrechtlichen Beziehungen nach dem jeweiligen nationalen Recht der Hauptniederlassung zu beurteilen. So richtet es sich zum Beispiel nach dem jeweiligen nationalen Recht der Hauptniederlassung, ob die Aufnahme der Geschäftstätigkeit in Deutschland eine Satzungsänderung bei der Hauptniederlassung erfordert.

Das ändert jedoch nichts daran, daß sich die Behandlung der Niederlassung als solche nach deutschem Recht richtet.

Errichtung

Die Errichtung einer Niederlassung erfolgt durch die tatsächliche Aufnahme des Geschäftsbetriebs. Das kann durch die Eröffnung eines Geschäftslokals erfolgen oder auch schon durch die Eröffnung eines Bankkontos.

Ein Mindestkapital ist für den Betrieb einer Niederlassung nach deutschem Recht nicht vorgeschrieben. Hier ist jedoch jeweils auch das nationale Recht der Hauptniederlassung zu beachten, aus dem sich eine Mindestkapitalausstattung der Niederlassungen ergeben kann.

Die Niederlassung ist aufgrund ihrer Eigenständigkeit im deutschen Rechtsverkehr bei dem Handelsregister zur Eintragung anzumelden. Dabei hat die Eintragung lediglich dokumentierenden (erklärenden / deklaratorischen) und keinen rechtsbegründenden Charakter. Das Unternehmen kann anders als mit einer Repräsentanz am Ort der eingetragenen Niederlassung Klage erheben oder verklagt werden.

Unabhängig davon muß das Unternehmen die Niederlassung bei der zuständigen Behörde anmelden (Stadt, Gemeinde; dort das Ordnungsamt/Gewerbeabteilung).

Geschäftsleitung

Die Niederlassung hat einen Niederlassungsleiter, der von der Hauptniederlassung insoweit bevollmächtigt wurde. Dabei richtet sich die Bestellung der handelnden Organe nach dem nationalen Recht der Hauptniederlassung, also dem Herkunftsland. Für den Aufenthalt eines ausländischen Niederlassungsleiters in Deutschland und für die Ausübung seiner Tätigkeiten sind besondere ausländerrechtliche Bestimmungen zu beachten.

Die Pflichten zur Rechnungslegung der Niederlassung richten sich nach dem deutschen Recht, während sich die Kontrollrechte der Gesellschafter nach dem jeweiligen nationalen Recht der Hauptniederlassung richten. Aufgrund der – zumindest EU-weiten Angleichung der Rechnungslegungsstandards, sollte dieses Auseinanderfallen der anzuwendenden Rechtskreise für die Rech-

nungslegung und die Kontrolle in der Praxis jedoch keine Problem mehr bereiten.

Steuern

Die Zurechnung der Gewinne richtet sich jeweils nach den Regelungen der Doppelbesteuerungsabkommen. Die Gewinne bzw. Einkünfte der Betriebsstätte sind nach dem Arm's Length-Prinzip (Fremdvergleich) zu ermitteln. Dies bedeutet für die Gewinnermittlung, daß nur solche Erträge und Aufwendungen der Betriebsstätte zugerechnet werden dürfen, die auch ein fremder Dritte anstelle der Betriebsstätte akzeptiert hätte.

Die in der Niederlassung (als Betriebsstätte) erwirtschafteten Gewinne sind in Deutschland zu versteuern. Dabei richtet sich die Art der Besteuerung nach der Rechtsform der (ausländischen) Hauptniederlassung, bzw. dem deutschen Gegenstück dazu.

Bei ausländischen Kapitalgesellschaften unterliegen die inländischen Gewinne der Körperschaftsteuer, die bei 25 % liegt. Ist die Hauptniederlassung jedoch keine juristische Person, werden die Gewinne den Gesellschaftern direkt zugerechnet und unterliegen der Einkommenssteuer. Die Einkommenssteuer bemisst sich nach dem zu versteuernden Einkommen und liegt zwischen 25 % und 48,5% (siehe dazu auch Abschnitt H Steuern).

Darüber hinaus wird ein Solidaritätszuschlag in Höhe von 5,5% bezogen auf die erhobene Einkommensteuer erhoben.

Gesondert anhand des ausländischen Rechts ist zu prüfen welche Besteuerung das Unternehmen in Fällen trifft, in denen die in Deutschland erwirtschafteten Gewinne im Tätigkeitsstaat (Deutschland) auch besteuert werden. Im Verhältnis zu einigen Staaten sind die in Deutschland versteuerten Gewinne im Ausland steuerfrei, in anderen Staaten werden die in Deutschland entrichteten Steuern lediglich auf die jeweilige nationale Steuer angerechnet. Die Prüfung erfolgt im Einzelfall anhand des jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommens.

Unabhängig von der nationalen Steuer unterliegen die Gewinne der Niederlassung der Gewerbesteuer, die von der Gemeinde erhoben wird. Auch für diese Steuerart sind im Einzelfall die Sonderregelungen des Doppelbesteuerungsabkommens zu prüfen.

15. September 2001

www.caston.info

Mehrere tausend Beiträge zu Recht & Wirtschaft International finden Sie kostenfrei im Internet bei caston.info. Dort können Sie nach Schlagwort und Sachgebieten recherchieren.

Unsere Titelliste erhalten Sie auch per Fax.

IMPRESSUM

HERAUSGEBER

HERFURTH & PARTNER, Rechtsanwälte GbR
Hannover · Göttingen · Brüssel; www.herfurth.de

REDAKTION (Hannover)

verantw.: Ulrich Herfurth, Rechtsanwalt; Klaus J. Soyka, Dipl.
rer. pol.; Heike Thürnagel, Rechtsanwältin; Anja Dex-
heimer;

unter Mitarbeit von Kenneth S. Kilimnik, LL.M., M.IUR., Attor-
ney at Law (USA); Angelika Herfurth, Rechtsanwältin;
Claudia Beckert, Rechtsanwältin; Jens-Uwe Heuer,
Rechtsanwalt; Véronique Demarne, Juriste (F); Regina
Thums, Rechtsanwältin; Dr. jur. Konstadinos
Massuras, Rechtsanwalt u. Dikigoros (GR); Susana
Crisol Díaz, Abogada (E); Joachim Grouven, LL.M,
Rechtsanwalt; Christine Klein, Rechtsanwältin; Tho-
mas Gabriel, Rechtsanwalt; Michail B. Chidekel,
LL.M., Adwokat (RUS); JUDr. Yvona Rampáková, Ju-
ristin (CR); Dr. jur. Xiaoqing Zheng, Juristin (CHIN),
Tobia Birnbickel; Christian Holst, Dipl.-Kfm. (FH).

KORRESPONDENTEN (Ausland)

in Amsterdam, Athen, Bangkok, Barcelona, Bombay, Brüssel,
Budapest, Bukarest, Helsinki, Kiew, Kopenhagen, Lissabon,
London, Luxemburg, Madrid, Mailand, Moskau, New York,
Oslo, Paris, Peking, Prag, Singapur, Sydney, Stockholm, Tokio,
Warschau, Wien, Zürich.

VERLAG

CASTON Wirtschaftsdienst GmbH,
Luisenstr. 5, D - 30159 Hannover,
Telefon 0511 - 30756-50, Telefax 0511 - 30756-60
eMail info@caston.info; Internet www.caston.info

Alle Angaben erfolgen nach bestem Wissen; die Haftung ist auf
Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Wiedergabe, auch
auszugsweise, nur mit Genehmigung der Herausgeber.