

# Die Folgen des „Brexit“ für die britische Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland

Dr. Marc Seeger\*

Am 23.6.2016 stimmten die Bürger des Vereinigten Königreichs von Großbritannien und Nordirland mit einer verhältnismäßig knappen Mehrheit für den sog. „Brexit“, also einen Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU. Der nachfolgende Beitrag stellt die gesellschaftsrechtlichen Folgen des Ausscheidens des Vereinigten Königreichs aus der EU auf britische Gesellschaften dar, die ihren Verwaltungssitz unter Berufung auf die Niederlassungsfreiheit und die dazu ergangenen Urteile des EuGH in Deutschland haben. Diese Folgen werden relevant, soweit in dem Austrittsabkommen zwischen dem Vereinigten Königreich und der EU keine Regelungen über das Schicksal britischer Gesellschaften mit Verwaltungssitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat getroffen werden. Der Beitrag soll im Hinblick darauf eine Grundlage für die anstehende rechtspolitische Diskussion dazu bieten, inwieweit der deutsche Gesetzgeber in den Verhandlungen über das Austrittsabkommen dafür eintreten sollte, dass zumindest Übergangsregelungen zum Schutz des Status der britischen Gesellschaften vorgesehen werden.

## 1. Die Umsetzung des Brexit

Ein Ausscheiden des Vereinigten Königreichs aus der EU kann gemäß Art. 50 Abs. 2 EUV grundsätzlich nur aufgrund eines Austrittsabkommens nach einer entsprechenden Absichtsmitteilung der britischen Regierung erfolgen. Das Austrittsabkommen ist nach Art. 50 Abs. 2 S. 3 EUV iVm Art. 218 Abs. 3 AEUV wie eine internationale Übereinkunft zwischen der EU und einem Drittstaat auszuhandeln. Geplant werden sollen gemäß Art. 50 Abs. 2 S. 2 EUV die Einzelheiten des Austritts, wobei der Rahmen für die künftigen Beziehungen des Vereinigten Königreichs zur Union zu berücksichtigen ist. Als Einzelheiten des Austritts können insbesondere die subjektiven Rechte der Unionsbürger gegenüber dem Vereinigten Königreich sowie der britischen Bürger gegenüber der EU geregelt werden.<sup>1</sup>

Gemäß Art. 50 Abs. 3 werden die Verträge, also EUV und AEUV, auf das Vereinigte Königreich ab dem Tag des Inkrafttretens des Austrittsabkommens (oder mangels Einigung auf ein Austrittsabkommen zwei Jahre nach der Mitteilung der Austrittsabsicht gemäß Art. 50 Abs. 2 S. 1 EUV<sup>2</sup>) keine Anwendung mehr finden. Grundsätzlich ist deshalb zunächst davon auszugehen, dass das Vereinigte Königreich und seine Bürger mit dem Ausscheiden aus der EU alle mit der bisherigen Mitgliedschaft verbundenen Privilegien verlieren werden, sofern das Austrittsabkommen oder ein da-

neben stehendes völkerrechtliches Übereinkommen zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich keine abweichenden Regelungen trifft.

## 2. Niederlassungsfreiheit

### 2.1 Grundlagen

Zu diesen Privilegien gehört auch die in Art. 49, 54 AEUV verbürgte Niederlassungsfreiheit von nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der EU haben. Auf der Grundlage der Niederlassungsfreiheit entschied der EuGH in einer Serie von Urteilen<sup>3</sup>, dass in EU-Mitgliedstaaten gegründete Gesellschaften ihren tatsächlichen Verwaltungssitz ohne Verlust der ihnen nach dem Recht des Gründungsstaats zukommenden Rechts- und Parteifähigkeit über die Grenze in einen anderen EU-Mitgliedstaat verlegen können, sofern nur der Gründungsstaat für diesen Fall nicht den Verlust der Rechtsfähigkeit anordnet.<sup>4</sup> Schlagwortartig<sup>5</sup> erteilte der EuGH der Gründungstheorie den Vorzug gegenüber der Sitztheorie, der die Rechtsprechung und Literatur in Deutschland zuvor uneingeschränkt folgten.<sup>6</sup>

Die Gründungstheorie findet im Übrigen Anwendung auf Gesellschaften aus den EFTA-Staaten, die Mitglied des EWR sind (Island, Liechtenstein, Norwegen), da Art. 31, 34 des EWR-Abkommens sehr ähnliche Regelungen über die Niederlassungsfreiheit enthalten. Gesellschaften mit einer Rechtsform eines Staates außerhalb der EU oder des EWR sind in Einzelfällen aufgrund staatsvertraglicher Regelungen anerkannt.<sup>7</sup> Sofern mit dem Vereinigten Königreich also eine in der Diskussion befindliche „Norwegen-Lösung“<sup>8</sup>, also ein Beitritt zum EWR-Abkommen umgesetzt würde, kämen britische Gesellschaften mit Verwaltungssitz in einem EU-Mitgliedstaat auch weiterhin in den Genuss der Niederlas-

3 EuGH v. 9.3.1999 – C-212/97, *Centros*, DStRE 1999, 414; v. 5.11.2002 – C-208/00, *Überseering*, IStR 2002, 809 mAnm Hoffmann/Sedemund; v. 30.9.2003 – C-167/01, *Inspire Art*, IStR 2003, 849; v. 16.12.2008 – C-210/06, *Cartesio*, DStR 2009, 121 mAnm Goette. Ausführlich zu den Urteilen in den Rechtssachen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art: Spahlinger* in Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, 2005, Rn. B 149 ff.

4 Kienle in MHDG GesR VI, 4. Aufl. 2013, § 19 Rn. 7.

5 Der EuGH selbst verwendete die Worte „Gründungstheorie“ oder „Sitztheorie“ in keinem seiner einschlägigen Urteile, vgl. *Spahlinger* (Fn. 3), Rn. B 199.

6 Dazu *Spahlinger* (Fn. 3), Rn. B 33 mwN zum Stand von Rechtsprechung und Literatur vor den EuGH-Urteilen.

7 Vgl. etwa Art. XXV Nr. 5 S. 2 des Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrages mit den Vereinigten Staaten von Amerika v. 29.10.1954 und dazu BGH v. 13.10.2004 – I ZR 245/01, DStR 2004, 2113 mAnm Goette.

8 Dies erscheint in erster Linie deswegen zweifelhaft, weil das EWR-Abkommen auch die Freizügigkeit der Bürger der Vertragsstaaten und der Unionsbürger vorsieht und gerade die Beschränkung der Freizügigkeit einer der wesentlichen Gründe für den Erfolg der Brexit-Befürworter war.

\* Dr. Marc Seeger ist Rechtsanwalt und als Assoziierter Partner im Düsseldorf Büro von Gleiss Lutz in den Bereichen Gesellschaftsrecht und M&A tätig.

1 Dörr in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 58. EL 2016, EUV Art. 50 Rn. 29.

2 Sofern die Frist nicht durch einstimmigen Beschluss des Europäischen Rates im Einvernehmen mit der britischen Regierung verlängert wird, vgl. Art. 50 Abs. 3 EUV aE.

## AUFSATZ

sungsfreiheit. Das Gleiche würde beim Abschluss eines weiteren, neben dem Austrittsabkommen stehenden völkerrechtlichen Abkommens zwischen dem Vereinigten Königreich und der EU oder auch nur der Bundesrepublik Deutschland gelten, das den Gesellschaften der beteiligten Vertragsparteien Niederlassungsfreiheit gewährt.

## 2.2 Der „Limited-Boom“ in Deutschland

Die EuGH-Rechtsprechung eröffnete insbesondere die Möglichkeit, sich auch ohne Aufbringung des für die Gründung einer deutschen Kapitalgesellschaft notwendigen Mindestkapitals mit einer Kapitalgesellschaft ausländischen Rechts in Deutschland haftungsbeschränkt geschäftlich zu betätigen. Vor allem die britische Limited<sup>9</sup> erfreute sich nicht nur wegen der weniger hohen Sprachbarriere im Vergleich zu Gesellschaftsformen anderer Mitgliedstaaten großer Beliebtheit, sondern eben auch, weil es zur Gründung einer Limited keinerlei Mindestkapitals bedarf.<sup>10</sup>

Nicht verschwiegen werden soll, dass der einstige Limited-Boom in Deutschland zwischenzeitlich wieder deutlich abgeflacht ist. Der Hauptgrund liegt darin, dass der deutsche Gesetzgeber mit der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) im Zuge des MoMiG eine Rechtsformvariante zur Verfügung gestellt hat, die den Weg in die Beschränkung der persönlichen Haftung allen Gesellschaftern auch schon bei einem Stammkapital deutlich unter 25.000 € öffnet. Hinzu kam, dass sich nach und nach die Erkenntnis durchsetzte, dass die Limited einen recht hohen laufenden Verwaltungsaufwand (etwa durch Rechnungslegung nach britischem Recht) und Publizitätspflichten mit sich brachte, bei deren Nichteinhaltung hohe Strafen drohten.<sup>11</sup>

Nichtsdestotrotz gibt es auch weiterhin eine nicht zu vernachlässigende Anzahl von britischen Limiteds mit Verwaltungssitz in Deutschland.<sup>12</sup> Das Schicksal dieser Gesellschaften ist unmittelbar mit dem Brexit verknüpft.

## 3. Anwendung der Sitztheorie nach dem Brexit

### 3.1 Das Trabrennbahn-Urteil des BGH: Fortgeltung der Sitztheorie für Gesellschaften aus Drittstaaten

Der BGH schloss sich infolge der EuGH-Urteile der Gründungstheorie an, soweit es um Gesellschaften aus EU-

Mitgliedstaaten oder einem Vertragsstaat des EWR-Abkommens ging.<sup>13</sup> Er ist aber nicht dazu übergegangen, die Gründungstheorie generell auf Gesellschaften aus sonstigen Drittstaaten anzuwenden. Im Gegenteil entschied er in seinem Trabrennbahn-Urteil im Jahr 2008<sup>14</sup>, dass die Sitztheorie auch weiterhin dort gelte, wo nicht die Anwendung der Gründungstheorie aus der Niederlassungsfreiheit folge.<sup>15</sup> Eine schweizerische Aktiengesellschaft sei entsprechend nicht als solche, sondern lediglich als rechtsfähige deutsche Personengesellschaft zu behandeln, was insbesondere auch die persönliche Haftung der Gesellschafter einschließe.<sup>16</sup> Der BGH begründete seine Entscheidung damit, dass eine in der Schweiz gegründete AG als Kapitalgesellschaft nur dann in Deutschland rechtsfähig sei, wenn sie im deutschen Handelsregister eingetragen ist, was eine Neugründung voraussetze.<sup>17</sup> Mangels Eintragung als Kapitalgesellschaft im Handelsregister sei die Gesellschaft als rechtsfähige Personengesellschaft deutschen Rechts zu behandeln, nämlich als oHG oder GbR, die keiner Eintragung in ein deutsches Register bedürften.<sup>18</sup>

Ohne dies ausdrücklich anzusprechen, wendete der BGH damit den Rechtsformzwang aufgrund des Grundsatzes des Numerus clausus der Gesellschaftsformen an. Dieser Grundsatz besagt, dass (i) das deutsche Gesellschaftsrecht nur eine begrenzte Anzahl von Gesellschaftsformen zur Verfügung stellt, unter denen ein Auftreten am Markt zugelassen wird und dass andere als diese Gesellschaftsformen nicht zulässig sind (*Abschichtungsfunktion* des Numerus clausus der Gesellschaftsformen)<sup>19</sup> und (ii) jede Gesellschaft automatisch einer der gesetzlich zur Verfügung gestellten Rechtsformen zugeordnet wird (*Absorptionsfunktion* des Numerus clausus der Gesellschaftsformen).<sup>20</sup>

### 3.2 Folgen der Anwendung der Sitztheorie auf britische Limiteds nach dem Brexit

Können sich britische Gesellschaften nach dem Brexit wegen der eindeutigen Regelung des Art. 50 Abs. 3 EUV nicht mehr auf die Niederlassungsfreiheit berufen, liegt nahe, dass auch auf britische Gesellschaften die Sitztheorie Anwendung finden wird. Die Sitztheorie besagt, dass die Rechts-

9 Der Beitrag beschränkt sich im Folgenden auf die britische *private company limited by shares* als die am häufigsten in Deutschland verwendete britische Gesellschaftsform. Die Aussagen gelten aber für andere britische Gesellschaftsformen mit Verwaltungssitz in Deutschland, wie etwa eine *public company limited by shares* oder eine *limited liability partnership*, entsprechend. Für einen Überblick über die britischen Gesellschaftsformen siehe *Rothenburg/Walter/Platts* in *Wegen/Spahlinger/Barth*, Gesellschaftsrecht des Auslands, Vereinigtes Königreich, Stand: März 2013, Rn. 11 ff. oder *Just, Limited*, 4. Aufl. 2012, Rn. 5 ff.

10 Vgl. *Just* (Fn. 9), Rn. 95; *Rothenburg/Walter/Platts* (Fn. 9), Rn. 35. *Spahlinger* (Fn. 3), Rn. B 224 nennt mit der kostengünstigen, schnellen und unbürokratischen Gründung, der weitgehenden Freiheit bei der Gestaltung der Gesellschaftsstruktur, der Unanwendbarkeit des deutschen Mitbestimmungsregimes und dem fehlenden Erfordernis einer notariellen Beurkundung für die Anteilsübertragung weitere vermeintliche Vorteile einer Limited, zeigt aber zugleich auch die relativierenden Nachteile auf.

11 *Berberich/Haaf* in *BeckHdB GmbH*, 5. Aufl. 2014, § 1 Rn. 110.

12 Nach *Kornblum* GmbHHR 2016, 691 (692, 699 f.) waren in Deutschland am 31.12.2015 beim Handelsregister noch 8.968 Limiteds eingetragen.

13 BGH v. 13.3.2003 – VII ZR 370/98, *Überseering*, DStR 2003, 947 (948); v. 14.3.2005 – II ZR 5/03, DStR 2005, 839 (840 f.); v. 19.9.2005 – II ZR 372/03, DStR 2005, 1870 (1870 f.). Zur Umsetzung der Vorgaben des EuGH durch deutsche Gerichte insgesamt ausführlich *Spahlinger* (Fn. 3), Rn. B 167 ff.

14 BGH v. 27.10.2008 – II ZR 158/06, *Trabrennbahn*, DStR 2009, 59 mAnm *Goette*.

15 So auch *Spahlinger* (Fn. 3), Rn. B 79.

16 BGH v. 27.10.2008 – II ZR 158/06, *Trabrennbahn*, DStR 2009, 59 (62) mAnm *Goette*.

17 BGH v. 27.10.2008 – II ZR 158/06, *Trabrennbahn*, DStR 2009, 59 (61) mAnm *Goette*.

18 BGH v. 27.10.2008 – II ZR 158/06, *Trabrennbahn*, DStR 2009, 59 (62) mAnm *Goette* unter Verweis auf BGH v. 1.7.2002 – II ZR 380/00, DStR 2002, 1678 (1678 f.) mAnm *Goette*.

19 *K. Schmidt*, Zur Stellung der OHG im System der Handelsgesellschaften, 1972, 122; *Seeger*, Das Ausscheiden des einzigen Komplementärs, 2010, 70.

20 *K. Schmidt* (Fn. 19), 121 f.; *Seeger* (Fn. 19); *Jahnke* ZHR 146 (1982), 595 (597).

## AUFSATZ

beziehungen einer Gesellschaft dem Recht des Ortes unterliegen, an dem die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensführung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden.<sup>21</sup> Für eine britische Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland bedeutete dies, dass deutsches Recht auf sie Anwendung findet.

Da eine Kapitalgesellschaft nach deutschem Recht eine Gründung nach den Vorschriften des GmbHG oder des AktG voraussetzt und erst mit der Eintragung in das Handelsregister als solche entsteht (§§ 11 Abs. 1 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 1 AktG), kann die britische Limited nicht als GmbH oder AG behandelt werden. Sie fällt der Abschichtungsfunktion des Numerus clausus der Gesellschaftsformen zum Opfer. Entsprechend wäre davon auszugehen, dass sie wie die schweizerische AG in dem vom BGH 2008 entschiedenen Trabrennbahn-Fall iSd Absorptionfunktion des Numerus clausus der Gesellschaftsformen wie eine Personengesellschaft behandelt würde.

Sofern die Limited im Zeitpunkt des Brexit nur einen Gesellschafter hatte<sup>22</sup>, würde überdies der Grundsatz eingreifen, dass es nach deutschem Recht keine Einpersonen-Personengesellschaft geben kann.<sup>23</sup> Es würde in diesem Fall gar keine Gesellschaft mehr anerkannt werden, sondern das Unternehmen der vormaligen Limited fiel mit allen damit verbundenen Rechtsbeziehungen dem einzigen Gesellschafter an, der für alle Verbindlichkeiten der ehemaligen und nunmehr vollbeendigten Gesellschaft unbeschränkt haftete.<sup>24</sup> Auch dieses Ergebnis ist wiederum eine Folge der Anwendung des Numerus clausus der Gesellschaftsformen, der eine Einpersonen-Personengesellschaft als nicht anerkannte Gesellschaftsform abschichtet und in die angesichts des Fehlens mehrerer Gesellschafter einzig denkbare Rechtsform eines Einzelkaufmanns absorbiert.

Unter steuerlichen Gesichtspunkten dürfte der Wegfall der britischen Limited wohl zur Folge haben, dass die stillen Reserven im Vermögen der Gesellschaft und in den Anteilen aufgedeckt und besteuert werden sowie offene Rücklagen als ausgeschüttet gelten.

#### 4. Kein Bestandsschutz

Bode/Bron<sup>25</sup> haben die Frage aufgeworfen, ob sich bereits existierende Limiteds mit Verwaltungssitz in Deutschland auf einen Bestandsschutz berufen können. Für die fortdauernde Anerkennung bereits existierender britischer Gesellschaften spreche, dass es zu den Grundprinzipien unserer Rechtsordnung gehöre, dass die Wirksamkeit von einmal getätigten Dispositionen und Rechtshandlungen nicht durch eine Änderung der Rechtslage wieder entzogen werden darf.

#### 4.1 Kein Bestandsschutz auf Grundlage des Rechtsstaatsprinzips

Diese Argumentation überzeugt nicht. Zwar ist richtig, dass die Verlässlichkeit der Rechtsordnung ein Element des Rechtsstaatsprinzips ist.<sup>26</sup> Geschützt ist das Vertrauen des Bürgers in die Kontinuität von Recht im Sinne individueller Erwartungssicherheit.<sup>27</sup> Zu berücksichtigen ist aber der grundsätzliche Vorrang des Unionsrechts vor dem nationalen Recht, der mit sich bringt, dass der Bürger mit einer Änderung der deutschen Rechtsvorschriften rechnen muss.<sup>28</sup>

Daneben darf auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Wirkungen des Brexit und des Wegfalls der Niederlassungsfreiheit für Limiteds deren Gesellschafter nicht vollkommen unvermittelt und ohne zeitlichen Vorlauf treffen. Es ist den Gesellschaftern unbenommen, die Folgen des Brexit für ihre Gesellschaft abzuwenden bzw. zu mildern, indem sie den Zeitraum der Austrittsverhandlungen nutzen, um eine der noch aufzuzeigenden Gestaltungsmöglichkeiten zuzusetzen und ihre Gesellschaft dadurch „zukunftsfest“ zu machen. Die Austrittsverhandlungen werden vermutlich nicht mit einem Abkommen enden, durch das das Vereinigte Königreich mit sofortiger Wirkung oder gar rückwirkend aus der EU ausscheiden wird. Selbst nach Abschluss der Verhandlungen wird also bis zum Inkrafttreten des Abkommens noch Gelegenheit zur Reaktion bestehen. Sofern während der Verhandlungen absehbar werden sollte, dass es wegen des Scheiterns der Verhandlungen zu einem vertragslosen Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU kommen könnte, steht das Austrittsdatum gemäß Art. 50 Abs. 3 EUV ebenfalls mit einem ausreichenden zeitlichen Vorlauf fest. Selbst in dem unwahrscheinlichen Fall, dass bis kurz vor Ablauf der Zweijahresfrist des Art. 50 Abs. 3 EUV vollkommen offen ist, ob es zum Abschluss eines Austrittsabkommens kommt, dürfte auszuschließen sein, dass die Verhandlungspartner am Vortag des Ablaufs der Frist das Scheitern der Verhandlungen mit der Folge verkünden, dass das Vereinigte Königreich in der kommenden Nacht aus der EU ausscheidet. Vielmehr dürfte in einem solchen Fall mit einer einstimmigen Verlängerung der Frist des Art. 50 Abs. 3 EUV durch den Europäischen Rat und die Regierung des Vereinigten Königreichs zu rechnen sein. Vor diesem Hintergrund erscheint übrigens auch die ebenfalls aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Forderung *Drygalas*<sup>29</sup> nach einer Übergangsfrist, die der deutsche Gesetzgeber für Limiteds nach dem Brexit gewähren solle, als übertrieben. Die Gesellschafter britischer Limiteds mit Verwaltungssitz in Deutschland sind durch die Abstimmung über den Brexit in „Alarmbereitschaft“ versetzt. Wer seine Niederlassungsfreiheit aus der EU-Mitgliedschaft seines Sitzstaats ableitet, muss die

21 BGH v. 21.3.1986 – V ZR 10/85, BGHZ 97, 269 (271 f.) = NJW 1986, 2194; Spahlinger (Fn. 3), Rn. B 34; Kienle (Fn. 4), § 19 Rn. 2; Just (Fn. 9), Rn. 18 f.

22 Wie eine deutsche Kapitalgesellschaft kann auch eine Limited nur einen Gesellschafter haben, *Rothenburg/Walter/Platts* (Fn. 9), Rn. 17.

23 Dazu eingehend *Seeger* (Fn. 19), 120 f. und 127 ff. mwN.

24 Zum in den Rechtsfolgen vergleichbaren Fall einer ehemals zweigliedrigen Kommanditgesellschaft, die nach dem Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters automatisch vollbeendet ist, siehe *Seeger* (Fn. 19), 119 ff.

25 Bode/Bron GmbHR 2016, R 129.

26 *Grzeszick* in Maunz/Dürig, GG, 48. EL, 2006, Art. 20 Rn. VII-50; *Schulze-Fielitz* in Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 146; jeweils mwN zur Rechtsprechung des BVerfG.

27 *Grzeszick* (Fn. 26), Art. 20 Rn. VII-69; *Schulze-Fielitz* (Fn. 26), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 147.

28 *Grzeszick* (Fn. 26), Art. 20 Rn. VII-94; vgl. auch *Schulze-Fielitz* (Fn. 26), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 159 mit Fn. 7230.

29 Exit auch aus der britischen Limited?, abrufbar unter <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/brexit-bedrohung-limited-plc-deutschland-rechtsform-niederlassungsfreiheit/> (zuletzt abgerufen am 25.7.2016).

## AUFSATZ

Austrittsbestrebungen dieses Sitzstaats beobachten und kann sich nicht zurücklehnen und darauf vertrauen, dass schon nichts passieren werde.

Abschließend kommt noch hinzu, dass sich ein aus dem Rechtsstaatsprinzip des GG folgender Bestandsschutz auch schon deswegen nicht begründen lässt, da bei einem Ausscheiden des Vereinigten Königreichs aus der EU voraussichtlich gar keine deutschen Rechtsvorschriften geändert werden.<sup>30</sup> Das Austrittsabkommen wird gemäß Art. 50 Abs. 2 S. 1 EUV zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich abgeschlossen. Es bedarf eines Ratsbeschlusses mit qualifizierter Mehrheit (Art. 50 Abs. 2 S. 4, Abs. 4 EUV) sowie der Zustimmung des Europäischen Parlaments. Der Rat schließt das Abkommen als bilateralen völkerrechtlichen Vertrag im Namen der Union.<sup>31</sup> Der deutsche Gesetzgeber ist nicht beteiligt. Es kommen lediglich ab dem Ausscheiden des Vereinigten Königreichs aus der EU die Regelungen und Grundsätze des deutschen Gesellschaftsrechts zur Anwendung, die seit jeher gelten und von Unionsrecht und insbesondere der Niederlassungsfreiheit lediglich überlagert waren. Angesichts der klaren Regelung des Art. 50 Abs. 3 EUV, wonach die Verträge und damit die aus ihnen folgenden Rechte ab dem Tag des Ausscheidens eines Mitgliedsstaats keine Anwendung mehr finden, hätten die Gesellschafter britischer Limiteds wie gesagt damit rechnen können und müssen, dass die Niederlassungsfreiheit für sie künftig wegfallen könnte. Dies gilt umso mehr, als gerade das Vereinigte Königreich und seine Bürger stets eher EU-skeptisch eingestellt waren.

#### 4.2 Kein Bestandsschutz aus dem Gesellschaftsrecht

Das Gesellschaftsrecht kennt einige gesetzliche Regelungen, die Bestandsschutz vermitteln und diesen insbesondere an die Eintragung im Handelsregister knüpfen. Daneben versteht man im Gesellschaftsrecht unter Bestandsschutz die Instrumente, die der Aufrechterhaltung fehlerhafter (gesellschaftsrechtlicher) Rechtsgeschäfte mindestens für die Vergangenheit dienen. Angesprochen sind damit die Lehre vom fehlerhaften Verband, die (nur) die Rückwirkung der Nichtigkeit bzw. Anfechtung ausschließt und die Figur der Heilung, die auch mit Wirkung für die Zukunft endgültig auf die materielle Rechtslage einwirkt und insofern insbesondere auch Schadensersatzansprüche ausschließt.<sup>32</sup>

##### 4.2.1 Kein Bestandsschutz aufgrund der Eintragung im Handelsregister

Aus den gesetzlichen Regelungen über den Bestandsschutz einer GmbH-Gründung oder von Umwandlungsmaßnahmen aufgrund ihrer Eintragung im Handelsregister<sup>33</sup> lassen sich für den Fall der britischen Limiteds mit Verwaltungssitz in Deutschland nach dem Ausscheiden des Vereinigten Königreichs aus der EU keine Rückschlüsse ziehen. Diesen Regelungen ist gemeinsam, dass sie im Interesse des

Rechtsverkehrs die Geltendmachung von Mängeln der Gründung oder der Strukturmaßnahme auf besonders schwerwiegende Mängel beschränken oder sogar ganz ausschließen.<sup>34</sup>

Die Regelungen passen aber nicht auf die Situation einer nachträglichen Rechtsformverfehlung einer Gesellschaft wie der durch eine Limited nach dem Brexit. Die Gesellschafter der Limited haben hier nicht mehr im Rahmen einer nach deutschem Gesellschaftsrecht zweifellos zulässigen Maßnahme einen Fehler begangen, dessen eigentliche Folgen im Interesse des Rechtsverkehrs korrigiert werden sollen. Vielmehr bewegen sich die Gesellschafter zunächst schlicht außerhalb des vom deutschen Gesellschaftsrecht eröffneten rechtlichen Rahmens. Es geht also hier nicht darum, die Folgen eines Fehlers abzumildern, um einen ungehinderten Fortbestand der Gesellschaft in der gewählten Rechtsform bzw. der geänderten Struktur zu sichern. Es geht vielmehr um die Frage, in welcher Form es den Gesellschaftern überhaupt künftig erlaubt sein soll, sich als Gesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland zu betätigen. Das deutsche Gesellschaftsrecht reagiert insoweit nicht mit einem Bestandsschutz zugunsten der *als solche* unzulässigen Limited und perpetuiert damit auch noch den nach dem Brexit aus Sicht des deutschen Gesellschaftsrechts nicht mehr zu duldenen Zustand. Stattdessen bereinigt es diesen Zustand, indem es die unzulässige Gesellschaft einer zulässigen Rechtsform zuordnet. Für dieses Ergebnis spricht entscheidend, dass nicht dem Rechtsverkehr, sondern nur den Gesellschaftern durch einen Bestandsschutz geholfen würde. Für den Rechtsverkehr ist die kraft des nachträglichen Rechtsformzwangs eintretende Zuordnung der ehemaligen Limited zu einer zulässigen Personengesellschaftsform vorzugswürdig, da er es nicht weiter mit einer Gesellschaft aus einem Drittstaat zu tun hat.

##### 4.2.2 Keine Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Verband

Auch mit Blick auf die Lehre vom fehlerhaften Verband, die nur zu einem vergangenheitsbezogenen Bestandsschutz führt, indem eine Gründung<sup>35</sup> oder bestimmte Strukturmaßnahmen (Unternehmensverträge<sup>36</sup>, Kapitalerhöhungen<sup>37</sup>) bis zur Geltendmachung des Fehlers durch einen Gesellschafter als wirksam behandelt werden, lässt sich kein Bestandsschutz einer Limited nach dem Brexit begründen.

Die Lehre vom fehlerhaften Verband verhindert angesichts der regelmäßig damit verbundenen Schwierigkeiten die rückwirkende Beseitigung eines Rechtsgeschäfts nach den

30 Ähnlich *Drygala* (Fn. 29).

31 *Dörr* (Fn. 1), EUV Art. 50 Rn. 27.

32 *C. Schäfer* in FS K. Schmidt, 2009, 1389 (1391 f.).

33 Siehe etwa § 75 GmbHG bzw. § 20 Abs. 2 UmwG (Verschmelzung), § 131 Abs. 2 UmwG (Spaltung) und § 203 Abs. 3 UmwG (Formwechsel).

34 Zu § 75 GmbHG: *U. Haas* in *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 20. Aufl. 2013, § 75 Rn. 1, 3; *Büteröwe* in *Henssler/Strohn, GesR*, 3. Aufl. 2016, GmbHG § 75 Rn. 1. Zu § 20 Abs. 2 UmwG: *Heidinger* in *Henssler/Strohn, GesR*, 3. Aufl. 2016, UmwG § 20 Rn. 63; *Grunewald* in *Lutter, UmwG*, 5. Aufl. 2014, § 20 Rn. 76, jeweils unter dem speziellen Gesichtspunkt der Schwierigkeiten einer „Entschmelzung“.

35 *C. Schäfer* in *Henssler/Strohn, GesR*, 3. Aufl. 2016, § 2 GmbHG Rn. 68; *ders.* in *MüKoBGB*, 6. Aufl. 2013, § 705 Rn. 342; *Mayer* in *MüKoGmbHG*, 2. Aufl. 2015, § 2 Rn. 170; *Fastrich* in *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 20. Aufl. 2013, § 2 Rn. 39.

36 *Emmerich* in *Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 7. Aufl. 2013, AktG § 291 Rn. 29.

37 *Lieder* in *MüKoGmbHG*, 2. Aufl. 2016, § 57 Rn. 55; *Zöllner/Fastrich* in *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 20. Aufl. 2013, § 57 Rn. 28.

## AUFSATZ

Regeln des allgemeinen Zivilrechts, nicht aber dessen Aufhebung für die Zukunft ab Geltendmachung des Mangels.<sup>38</sup> Diese Rechtsfolge der Lehre vom fehlerhaften Verband wäre den Gesellschaftern einer Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland für die Zeit nach dem Ausscheiden des Vereinigten Königreichs aus der EU vermutlich sogar höchst willkommen. Nur sie könnten die Gesellschaft für die Zukunft beseitigen. Nicht-Gesellschafter könnten die Fehlerhaftigkeit nicht geltend machen und somit könnte die Gesellschaft auch weiter als Limited am Rechtsverkehr teilnehmen.

Indes kann die Lehre vom fehlerhaften Verband hier keine Anwendung finden, da schon gar kein fehlerhafter Verband vorliegt. Die Anwendung des nachträglichen Rechtsformzwangs führt gerade dazu, dass der ehemaligen Limited (abgesehen von dem Fall der Einpersonen-Limited, bei der sich wegen der automatischen Rechtsnachfolge des einzigen Gesellschafters aber gleichfalls keine Rückabwicklungsfragen stellen) keine Rückabwicklung droht, die durch die Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Verband verhindert werden müsste.

#### 4.2.3 Keine Heilung

Ein Bestandsschutz folgt auch nicht aus einer Heilung, die anders als die Lehre vom fehlerhaften Verband mehr als eine bloß bestandskräftige Vergangenheit bewirkt. Eine Heilung wirkt gestaltend auf die Rechtslage ein, indem sie die Fehlerwirkungen für die Zukunft beseitigt.<sup>39</sup> Sie ist demnach das an einen bestimmten Tatbestand geknüpfte Wirksamwerden eines bisher unwirksamen Rechtsgeschäfts, infolgedessen das bisherige Wirksamkeitsdefizit endgültig, anders als nach der Lehre vom fehlerhaften Verband auch für die Zukunft, beseitigt ist.<sup>40</sup> Das Kapitalgesellschaftsrecht kennt Heilungstatbestände in § 276 AktG und § 76 GmbHG für den Fall eines Mangels, der die Bestimmungen über den Gegenstand des Unternehmens betrifft. Daneben wird eine Heilung insbesondere im Zusammenhang mit einer fehlerhaften Kapitalaufbringung in den Fällen einer verdeckten Sacheinlage<sup>41</sup> oder eines Hin- und Herzählens<sup>42</sup> akzeptiert. Gemeinsam ist diesen Heilungsmöglichkeiten, dass sie jeweils voraussetzen, dass die ursprünglichen Anforderungen des Gesetzes erfüllt werden, damit das Geschäft sowohl für die Vergangenheit als auch für die Zukunft als wirksam behandelt werden kann.

Dies zeigt, dass auch eine Heilung für den Fall des nachträglichen Rechtsformzwangs gegenüber einer Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland nach dem Ausscheiden des Vereinigten Königreichs aus der EU nicht passt. Die Gesellschaft ist zu keinem Zeitpunkt unwirksam, sie besteht bis zum Ausscheiden in der Rechtsform der Limited und sodann als Personengesellschaft. Die Absorptionsfunktion des Numerus clausus der Gesellschaftsformen mit der Folge der au-

tomatischen Zuordnung der Gesellschaft zu einer Rechtsform, deren Voraussetzungen sie erfüllt, stellt bei Lichte gesehen ein milderes Mittel gegenüber der alternativ denkbaren automatischen Vollbeendigung der Gesellschaft wegen der nachträglichen Rechtsformverfehlung dar. Der Rechtsträger besteht (wiederum vom Sonderfall der Einpersonen-Limited abgesehen) als solcher fort und bleibt Träger der in der Rechtsform der Limited erworbenen Rechte und Pflichten. Die Situation der ehemaligen Limited nach dem EU-Austritt unterscheidet sich damit signifikant von den Fällen, in denen der Gesetzgeber und die Rechtsprechung eine Heilungsmöglichkeit anerkennen.

#### 4.3 Kein Gebot eines Bestandsschutzes

Nachdem sich weder aus dem Verfassungsrecht noch aus dem Gesellschaftsrecht ein den Limiteds mit Verwaltungssitz in Deutschland zugutekommender Bestandsschutz begründen lässt, ist es auch nicht geboten, einen Bestandsschutz gesetzlich vorzusehen. Es darf eben nicht außer Acht bleiben, dass der Limited und ihren Gesellschaftern nicht schlechthin verboten wird, ihren Geschäften auch weiterhin in Deutschland und von ihrem deutschen Verwaltungssitz aus nachzugehen. Im Gegenteil sorgt die Absorptionsfunktion des Numerus clausus der Gesellschaftsformen gerade dafür, dass die Gesellschaften auch nach dem Ausscheiden des Vereinigten Königreichs aus der EU kontinuierlich am Markt tätig bleiben können. Sie müssen sich aber im Interesse des Rechtsverkehrs an den für Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland geltenden Regelungen messen lassen. Mangels eines weiteren Eingreifens der Niederlassungsfreiheit wird einer fortdauernden wirtschaftlichen Betätigung als britische Limited von einem deutschen Verwaltungssitz aus die Anerkennung versagt werden. Den Gesellschaftern steht offen, es bei den Folgen zu belassen, die aus dem Eingreifen der Absorptionsfunktion des Numerus clausus der Gesellschaftsformen resultieren.<sup>43</sup> Vielfach wird dies gerade wegen der damit einhergehenden persönlichen und unbeschränkten Haftung nicht gewollt sein. Gerade die beschränkte Haftung dürfte eines der wesentlichen Argumente für die Wahl der Limited als Rechtsform gewesen sein.<sup>44</sup> Die Gesellschafter müssen dann aber anerkennen, dass das künftig allein anwendbare deutsche Gesellschaftsrecht für eine beschränkte Haftung grundsätzlich einen „Eintrittspreis“<sup>45</sup> und das Durchlaufen eines bestimmten Gründungsverfahrens verlangt.

#### 5. Gestaltungsmöglichkeiten

Es ist aber nicht so, dass die Gesellschafter einer britischen Limited dem Eingreifen des nachträglichen Rechtsformzwangs mit Wirksamwerden des Ausscheidens des Vereinigten Königreichs aus der EU schutzlos und unabwendbar ausgeliefert sind. Die unter Ziff. 3 aufgezeigten Rechtsfolgen treten mangels einer vertraglichen Lösung im

38 C. Schäfer (Fn. 32), 1389 (1392).

39 C. Schäfer, Die Lehre vom fehlerhaften Verband, 2002, 247.

40 C. Schäfer (Fn. 39), 248; Wiedemann in Großkomm-AktG, 4. Aufl. 2006, § 189 Rn. 31.

41 Dazu Verse in Henssler/Strohn, GesR., 3. Aufl. 2016, GmbHG § 19 Rn. 68 ff. und vor dem MoMiG BGH v. 4.3.1996 – II ZB 8/95, DStR 1996, 795 (797 f.).

42 Dazu Verse (Fn. 41), GmbHG § 19 Rn. 93 f.

43 Dazu oben Ziff. 3.1.

44 Vgl. etwa Fleischer in MüKoGmbHG, 2. Aufl. 2015, Einleitung Rn. 310; Berberich/Haaf (Fn. 11), § 1 Rn. 110; Spahlinger (Fn. 3), Rn. B 224.

45 Goette DStR 2009, 51.

## AUFSATZ

Zuge der Austrittsverhandlungen<sup>46</sup> nur dann ein, wenn die Gesellschafter in der Zeit bis zum Ausscheiden des Vereinigten Königreichs aus der EU keine Vorsorge für die Zeit danach treffen und es unterlassen, angemessen auf den bevorstehenden Brexit zu reagieren.

Zur Vermeidung der aufgezeigten Folgen des Brexit für eine Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland könnte das Unternehmen der Limited entweder durch einen anderen Rechtsträger oder durch einen mit der vorherigen Limited identischen Rechtsträger nach einer Strukturmaßnahme fortgesetzt werden.

### 5.1 Asset Deal

Die auf den ersten Blick einfachste Variante dürfte darin bestehen, dass die Limited sämtliche Vermögensgegenstände und Rechtsverhältnisse im Wege eines Asset Deal auf eine deutsche Kapitalgesellschaft (einschließlich der UG (haftungsbeschränkt)) überträgt. Diesem Vorgehen stehen aber gleich mehrere gute Gründe entgegen. So würden bei der Übertragung eventuelle stille Reserven der Vermögensgegenstände der Limited aufgedeckt.<sup>47</sup> Hinzu käme, dass die Gesellschaft zur Übertragung jedes einzelnen Vertragsverhältnisses auf den neuen Rechtsträger die Zustimmung des anderen Vertragspartners bräuchte (Vertragsübernahme).<sup>48</sup> Dies gilt nur dort nicht, wo einer Übertragung gegebenenfalls im Voraus vertraglich zugestimmt wurde, was eher der Ausnahmefall sein dürfte. Zudem ist zu beachten, dass die Limited nach der Übertragung ihrer Vermögensgegenstände und Vertragsverhältnisse weiterhin existiert und erst noch nach britischem Recht im Rahmen einer sog. „Members' Voluntary Liquidation“ zu liquidieren ist.<sup>49</sup> Es mag Einzelfälle geben, in denen weder eine Steuerlast durch die Aufdeckung stiller Reserven, noch die mitwirkungsbedürftige Übertragung von Vertragsverhältnissen oder die Notwendigkeit einer Liquidation der Limited einem Asset Deal entgegenstehen. In solchen Fällen dürfte sich allerdings die Frage stellen, ob es überhaupt Anstrengungen bedarf, den Geschäftsbetrieb der Limited zu übertragen oder ob nicht eine einfache Neugründung einer deutschen Gesellschaft und die Fortsetzung des Geschäftsbetriebs durch diesen neuen Rechtsträger zweckmäßiger wäre.

## 5.2 Grenzüberschreitender Formwechsel

### 5.2.1 Die Cartesio- und Vale-Rechtsprechung des EuGH

In der Rechtssache *Cartesio* entschied der EuGH im Jahr 2008<sup>50</sup>, dass auch der rechtsformwechselnde Zuzug in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit fällt. Gemeint ist der Fall, dass eine Gesellschaft ihren (Register-)Sitz unter

Änderung des anwendbaren nationalen Rechts in einen anderen Mitgliedstaat verlegt und dabei in eine Gesellschaftsform des Zuzugsstaats umgewandelt wird.<sup>51</sup> Es sei nicht gerechtfertigt, dass der Wegzugsstaat die Gesellschaft daran hindert, sich in eine Gesellschaft nach dem nationalen Recht eines anderen Mitgliedstaats umzuwandeln, soweit dies nach dem Recht des Zuzugsstaats möglich sei.<sup>52</sup> Unklar blieb damit zunächst noch, ob der Zuzugsstaat den Hineinformwechsel von Gesellschaften aus EU-Mitgliedstaaten zulassen muss, wenn er inländischen Gesellschaften einen Formwechsel gestattet. Diese Unklarheit beseitigte der EuGH mit seinem *Vale*-Urteil aus dem Jahr 2012<sup>53</sup>, in dem er urteilte, dass es einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit darstelle, wenn die Regelungen des Zuzugsstaats für grenzüberschreitende Sachverhalte ungünstiger sind als die für gleichartige innerstaatliche Sachverhalte.<sup>54</sup>

### 5.2.2 Mögliche Zielrechtsformen

Angesichts der deutschen Gesellschaften in §§ 190 ff. UmwG eröffneten Möglichkeiten eines Formwechsels können sich britische Limiteds mit Verwaltungssitz in Deutschland also nach der Rechtsprechung des EuGH bis zum Ausscheiden des Vereinigten Königreichs aus der EU wegen der Niederlassungsfreiheit darauf berufen, dass ein grenzüberschreitender Formwechsel in eine deutsche Kapitalgesellschaftsform für sie möglich sein muss.<sup>55</sup> Steuerlich wäre ein identitätswahrender „Hereinformwechsel“ vor dem Brexit grundsätzlich steuerneutral möglich.

Es dürfte den Limited-Gesellschaftern in erster Linie darum gehen, eine persönliche Haftung auch für die Zukunft auszuschließen. Andererseits dürfte jedenfalls bei einem Großteil der Limiteds weiterhin ein Interesse daran bestehen, als „Preis“ für den Haftungsausschluss ein möglichst geringes Stammkapital aufbringen zu müssen. Dies wirft die Frage auf, ob auch ein grenzüberschreitender Formwechsel in eine UG (haftungsbeschränkt) in Frage käme. Diese Rechtsformvariante einer GmbH<sup>56</sup> hatte der Gesetzgeber bekanntlich im Zuge des MoMiG als Antwort auf den Boom der britischen Limited infolge der EuGH-Urteile eingeführt.<sup>57</sup>

Die UG (haftungsbeschränkt) kommt als Zielrechtsform eines Formwechsels aber nicht in Frage.<sup>58</sup> Dies liegt an dem in § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG vorgesehenen Sacheinlageverbot. Der Gesetzgeber des MoMiG hielt Sacheinlagen bei einer UG

46 Dazu oben Ziff. 2.1.

47 Wassermann/Schulte-Umberg in Rotthege/Wassermann, Unternehmenskauf bei der GmbH, 2011, 8. Kap. Rn. 122.

48 Rotthege in Rotthege/Wassermann, Unternehmenskauf bei der GmbH, 2011, 7. Kap. Rn. 44; Seibt in Seibt, BeckFormB M&A, 2. Aufl. 2011, 7; Kästle/Oberbracht, Unternehmenskauf Share Purchase Agreement, 2. Aufl. 2010, 4.

49 Vgl. Rothenburg/Walter/Platts (Fn. 9), Rn. 115 ff.

50 EuGH v. 16.12.2008 – C-210/06, *Cartesio*, DStR 2009, 121 mAnm Goette.

51 EuGH v. 16.12.2008 – C-210/06, *Cartesio*, DStR 2009, 121 (127) mAnm Goette.

52 EuGH v. 16.12.2008 – C-210/06, *Cartesio*, DStR 2009, 121 (127) mAnm Goette.

53 EuGH v. 12.7.2012 – C-378/10, *Vale*, NZG 2012, 871.

54 EuGH v. 12.7.2012 – C-378/10, *Vale*, NZG 2012, 871 (874).

55 Zum Parallelfall einer luxemburgischen S.á r.l. OLG Nürnberg v. 19.6.2013 – 12 W 520/13, DStR 2014, 812 (813) sowie jüngst zum Formwechsel einer französischen S.á r.l. in eine GmbH KG v. 21.3.2016 – 22 W 64/15, DStR 2016, 1427.

56 Begr. RegE MoMiG, BT-Drs. 16/6140, 31.

57 *Fastrich* (Fn. 35), § 5a Rn. 1; *Miras*, Die neue Unternehmensgesellschaft, 2008, Rn. 89 ff. (mit ausführlichem Vergleich zwischen Limited und UG [haftungsbeschränkt]).

58 HM, vgl. *Decher/Hoger* in Lutter, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 191 Rn. 5 mwN; *Heckschen* ZIP 2015, 2049 (2058); *Melchior* GmbHR 2014, R 305 (R 306); *Tettinger* Konzern 2008, 75 (77 f.); *Meister* NZG 2008, 767 (768).

## AUFSATZ

(haftungsbeschränkt) schlicht für nicht erforderlich, da die Gründer einer UG (haftungsbeschränkt) das Stammkapital ja frei wählen können.<sup>59</sup> Nach § 197 S. 1 UmwG sind beim Formwechsel alle für die neue Rechtsform geltenden Gründungsvorschriften anzuwenden, so also im Falle einer UG (haftungsbeschränkt) auch das Sacheinlageverbot. Da es sich bei einem Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft *de facto* um eine Neugründung durch Sacheinlagen<sup>60</sup> handelt, steht das Sacheinlageverbot einem grenzüberschreitenden Formwechsel einer Limited in eine UG (haftungsbeschränkt) entgegen.

Eine andere Frage ist, ob der Gesetzgeber an dieser Stelle *de lege ferenda* eine relativ einfache Möglichkeit zur „Rettung“ der vom Brexit betroffenen Limiteds mit Verwaltungssitz in Deutschland vorsehen könnte, indem er das Sacheinlageverbot des § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG für den Fall einer Umwandlung einer Limited in eine UG (haftungsbeschränkt) vorübergehend aussetzt. Der Gesetzgeber würde damit nachträglich das mit dem MoMiG verfolgte Ziel eines Zurückdrängens der Limiteds vollenden und den Unternehmen und ihren Gesellschaftern zu einer Zukunft in der bewusst als deutsche Antwort auf die Limited eingeführten UG (haftungsbeschränkt) verhelfen. Natürlich sollten dabei die auch ansonsten für einen Formwechsel geltenden Voraussetzungen, also insbesondere das Erfordernis eines Sachgründungsberichts nach § 220 Abs. 2 UmwG, beibehalten werden.

*De lege lata* bleibt es zunächst bei der Möglichkeit eines grenzüberschreitenden Formwechsels in eine GmbH. Dieser richtet sich nach den Regeln des Wegzugsstaats und den analog anzuwendenden und europarechtskonform auszulegen den rechtsformunabhängigen und rechtsformspezifischen Vorschriften in §§ 191 bis 213 UmwG und §§ 238 ff. UmwG.<sup>61</sup> Die wiederum aus § 197 Abs. 1 UmwG folgende Anwendbarkeit der Gründungsvorschriften des GmbHG bedeutet aber nicht, dass die Gesellschafter im Zuge des Formwechsels das volle Mindestkapital des § 5 Abs. 1 GmbHG in bar aufbringen müssten. So kann es genügen, wenn bei einer Neubewertung des Vermögens der Limited die Schwelle des § 5 Abs. 1 GmbHG erreicht wird.<sup>62</sup> Sofern der Wert des Vermögens das Mindeststammkapital nicht erreicht, besteht die Möglichkeit, durch effektive Kapitalzufuhr aufzufüllen.<sup>63</sup> Dagegen kommt ein grenzüberschreitender Formwechsel nicht in Betracht, soweit das Vermögen der Limited den Betrag des gesetzlichen Mindestkapitals einer GmbH nicht erreicht und die Gesellschafter nicht bereit sind, die Differenz in bar aufzubringen.

### 5.3 Grenzüberschreitende Verschmelzung

Neben einem grenzüberschreitenden Formwechsel könnte sich auch eine grenzüberschreitende Verschmelzung als Ge-

staltungsmöglichkeit auf europarechtlicher Grundlage anbieten. Anders als für den grenzüberschreitenden Formwechsel existiert für eine grenzüberschreitende Verschmelzung mit der Verschmelzungsrichtlinie und den §§ 122a ff. UmwG ein kodifizierter rechtlicher Rahmen.

Bei der Limited handelt es sich nach § 122b Abs. 1 UmwG iVm Art. 2 Nr. 1 Buchst. b der Verschmelzungsrichtlinie<sup>64</sup> um eine verschmelzungsfähige Gesellschaft. Zielrechtsform einer grenzüberschreitenden Hineinverschmelzung können nach § 122b Abs. 1 UmwG iVm Art. 2 Nr. 1 Buchst. a der Verschmelzungsrichtlinie und Art. 1 Abs. 1 der Publizitätsrichtlinie 2009<sup>65</sup> alle deutschen Kapitalgesellschaftsformen sein. Angesichts der Rechtsnatur einer UG (haftungsbeschränkt) als Rechtsformvariante einer GmbH stellt sich auch insoweit wieder die Frage nach der Zulässigkeit einer Beteiligung einer UG (haftungsbeschränkt) an der Verschmelzung.<sup>66</sup>

Diese wird dem Grunde nach für eine grenzüberschreitende Verschmelzung auf eine UG (haftungsbeschränkt) bejaht, allerdings mit der Einschränkung, dass die UG (haftungsbeschränkt) durch die Verschmelzung ein Stammkapital in Höhe des Mindestkapitals des § 5 Abs. 1 GmbHG erreichen muss.<sup>67</sup> Demnach könnte eine grenzüberschreitende Verschmelzung auf eine UG (haftungsbeschränkt) erfolgen, sofern das Vermögen der Limited einen Wert mindestens in Höhe der Differenz zwischen dem Stammkapital der – in Vorbereitung der Verschmelzung gegründeten – UG (haftungsbeschränkt) und dem Mindeststammkapital des § 5 Abs. 1 GmbHG aufweist.<sup>68</sup> Umgekehrt bedeutet dies, dass die UG (haftungsbeschränkt) im Wege der Bargründung mit einem Stammkapital mindestens in Höhe der Differenz zwischen dem Mindeststammkapital des § 5 Abs. 1 GmbHG und dem Wert des Vermögens der Limited ausgestattet werden muss. In der Sache ergeben sich damit unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung keine Unterschiede zu einem Formwechsel.<sup>69</sup> Für die Verschmelzung könnte insoweit sprechen, dass es mit den §§ 122a ff. UmwG anders als für den grenzüberschreitenden Formwechsel einen gesetzlichen Rahmen gibt, sodass das zu beobachtende Verfahren weniger Unsicherheiten mit sich bringt. Steuerlich kann eine

64 Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABLEU 2005 L 310, 1.

65 Richtlinie 2009/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.9.2009 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften iSd Art. 48 Abs. 2 des Vertrags im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABLEG 2009 L 258, 11.

66 Zur parallelen Frage beim grenzüberschreitenden Formwechsel oben Ziff. 5.2.2.

67 Kiem in Habersack/Drinhausen, SE-Recht, 2013, UmwG § 122b Rn. 6; Bayer in Lutter, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 122b Rn. 4; C. Schäfer (Fn. 35), GmbHG § 5a Rn. 32. Vgl. auch BGH v. 19.4.2011 – II ZB 25/10, DStR 2011, 988 (989 f.). Weitergehend ohne die genannte Einschränkung Paura in Ulmer/Habersack/Löbke, GmbHG, 2. Aufl. 2013, § 5a Rn. 66 f.

68 Die aufnehmende UG (haftungsbeschränkt) könnte dann nach der Verschmelzung wegen der Erreichung des Mindeststammkapitals auch als GmbH firmieren, § 5a Abs. 5 S. 1 GmbHG.

69 Dazu oben Ziff. 5.2.2.

59 Begr. RegE MoMiG, BT-Drs. 16/6140, 32.

60 Heckschen ZIP 2015, 2049 (2058); Tettinger Konzern 2008, 75 (77 f.).

61 OLG Nürnberg v. 19.6.2013 – 12 W 520/13, DStR 2014, 812 (813 ff.); Heckschen ZIP 2015, 2049 (2051 ff.). Anders Hushahn RNotZ 2014, 137 (140), der grundsätzlich Art. 8 SE-VO analog heranziehen und nur ergänzend auf §§ 190 ff. UmwG zurückgreifen will.

62 Heckschen ZIP 2015, 2049 (2058); Melchior GmbHR 2014, R 305 (R 306).

63 Heckschen ZIP 2015, 2049 (2058); Melchior GmbHR 2014, R 305 (R 306).

## RECHTSPRECHUNG

Aufdeckung und Besteuerung stiller Reserven bei einer „Hereinverschmelzung“ vor dem Brexit grundsätzlich vermieden werden.

## 6. Zusammenfassung

Der Beitrag zeigt, dass den Limiteds mit Verwaltungssitz in Deutschland und ihren Gesellschaftern ohne eine einschlägige Regelung in dem Austritts- oder einem sonstigen Abkommen bei einem Ausscheiden des Vereinigten Königreichs aus der EU erhebliche Konsequenzen drohen. Diese bestehen insbesondere im Eintritt einer persönlichen und un-

beschränkten Haftung für die Gesellschafter der nach dem Brexit kraft nachträglichen Rechtsformzwangs automatisch in eine deutsche Personengesellschaft umgewandelten Gesellschaft. Bei einer Einpersonen-Limited käme es zur automatischen Rechtsnachfolge des einzigen Gesellschafters. Trotz dieses drohenden Risikos lässt sich weder aus dem Verfassungsrecht noch aus dem Gesellschaftsrecht ein Bestandsschutz für die in Deutschland tätigen Limiteds begründen. Es liegt damit an den Gesellschaftern, rechtzeitig Vorsorge zu treffen. Insofern ist in erster Linie an einen grenzüberschreitenden Formwechsel in oder eine grenzüberschreitende Verschmelzung auf eine deutsche GmbH zu denken.

## RECHTSPRECHUNG

### Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO – Schlüssigkeitsprüfung eines außergerichtlichen Sanierungskonzepts

InsO § 133 Abs. 1 S. 1, S. 2

1. Den Gläubiger, der die (drohende) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und die Benachteiligung der Gläubiger kennt, trifft die Darlegungs- und Beweislast, dass er spätere Zahlungen auf der Grundlage eines schlüssigen Sanierungskonzeptes erlangt hat.

2. Der Gläubiger kann nur dann von einem schlüssigen Sanierungskonzept des Schuldners ausgehen, wenn er in Grundzügen über die wesentlichen Grundlagen des Konzeptes informiert ist; dazu gehören die Ursachen der Insolvenz, die Maßnahmen zu deren Beseitigung und eine positive Fortführungsprognose.

3. Der Gläubiger, der im Rahmen eines Sanierungsvergleichs quotal auf seine Forderungen verzichtet in der Annahme, andere Gläubiger verzichteten in ähnlicher Weise, kann von einer Sanierung des Schuldnerunternehmens allein durch diese Maßnahme nur ausgehen, wenn nach seiner Kenntnis die Krise allein auf Finanzierungsproblemen beruht, etwa dem Ausfall berechtigter Forderungen des Schuldners.

4. Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, das Sanierungskonzept des Schuldners fachmännisch zu prüfen oder prüfen zu lassen; er darf sich auf die Angaben des Schuldners oder dessen Berater zu den Erfolgsaussichten des Konzeptes verlassen, solange er keine Anhaltspunkte dafür hat, dass er getäuscht werden soll oder dass der Plan keine Chancen auf dauerhaften Erfolg bietet.

5. Der Sanierungsplan des Schuldners muss nicht den formalen Erfordernissen entsprechen, wie sie das Institut für Wirtschaftsprüfer eV in dem IDW Standard S 6 (IDW S 6) oder das Institut für die Standardisierung von Unternehmenssanierungen (ISU) als Mindestanforderungen an Sanierungskonzepte (MaS) aufgestellt haben.

BGH, Urt. v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14

Vorinstanz: OLG Düsseldorf v. 20.2.2014 – I-12 U 91/13, BeckRS 2014, 21705

### Sachverhalt:

1 Der Klägerin nimmt als Verwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der E. GmbH (nachfolgend: Schuldnerin) die Beklagte auf Rückzahlung einer Vergleichszahlung in Anspruch. Die Beklagte erbrachte für die Schuldnerin Speditionsleistungen. Im Januar 2007 standen ihr fällige Forderungen von 59.703,20 € zu, von denen 25.416,85 € rechtskräftig tituliert waren. Aufgrund des Titels erwirkte die Beklagte im Januar 2007 einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss. Die Volksbank als Drittschuldnerin teilte ihr mit, dass keine pfändbaren Guthaben vorhanden seien und Vorpfändungen iHv 16.000 € bestünden.

2 Mit Schreiben v. 15.1.2007 wandte sich die von der Schuldnerin beauftragte Wirtschaftsprüfungsgesellschaft R. an die Beklagte und teilte mit, dass eine buchmäßige Überschuldung der Schuldnerin iHv 3,5 Mio. € bestehe. Die Kreditlinien seien eingefroren, es drohe in Kürze Zahlungsunfähigkeit. Zur Vermeidung der Insolvenz sei ein Vergleichsvorschlag erarbeitet worden, nachdem die Gläubiger auf 65 % der Forderungen verzichten sollten, davon auf 15 % gegen Besserungsschein. Der Vergleichsvorschlag könne dann umgesetzt werden, weil von Dritten Liquidität zur Verfügung gestellt werde. Voraussetzung sei, dass alle Gläubiger dem Vorschlag bedingungslos zustimmten. Anderenfalls sei ein Insolvenzverfahren unabdingbar, das keine Befriedigungsquote erwarten lasse. Antwort werde bis 19.1.2007 erbeten.

3 Die Beklagte stimmte am 26.1.2007 auf einem Formular der Schuldnerin zu. Mit Anwaltsschriftsatz v. 29.1.2007 stimmte sie erneut zu und teilte mit, dass sie sich an die Zustimmung gebunden fühle, wenn bis 15.2.2007 35 %, also 20.896,12 €, bezahlt würden. Mit Schreiben v. 30.1.2007 teilte R. mit, dass bis 22.2.2007 der genannte Betrag von 20.896,12 € bezahlt werde. Mit Schreiben v. 22.2.2007 teilte sie mit, aus „abwicklungstechnischen“ Gründen verzögerte sich die Auszahlung um ca. 10 Tage. Die Zahlung erfolgte am 29.3.2007.

4 Das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin wurde auf der Grundlage von Anträgen vom Mai, Oktober und Dezember 2011 am 20.1.2012 eröffnet.

5 Der Kläger hat die Zahlung nach § 133 Abs. 1 InsO angefochten. Die Schuldnerin habe sich seit vielen Jahren in einer tiefgreifenden Krise befunden. Die Beklagte habe dies aufgrund des Schreibens von R. gewusst. Der Sanierungsversuch sei offensichtlich nicht ernsthaft gewesen. Es seien von vorneherein allenfalls die Hälfte der Gläubiger an den Vergleichsbemühungen beteiligt gewesen, nicht aber die Kreditinstitute, das FA und die Sozialversicherungsträger.