

Roman Mayer*

Bestandsschutz oder Neuanfang? Die unionsrechtliche Niederlassungsfreiheit für *UK Limiteds* nach dem Brexit

Abstract

Der Beitrag thematisiert die gesellschaftsrechtliche Anerkennung der *private companies limited by shares* des Vereinigten Königreichs mit Verwaltungssitz in Deutschland nach Vollzug des Brexits. Hierbei wird zunächst das *EU-UK Trade and Cooperation Agreement* analysiert und ermittelt, inwieweit sich hieraus eine Niederlassungsfreiheit ergeben kann. Anschließend wird untersucht, ob sich aufgrund der fehlenden Ansätze des deutschen Rechts eine teleologische Reduktion des § 128 HGB zumindest für Altverbindlichkeiten ergibt, die auf die Grundsätze des Intertemporalen Rechts zurückzuführen ist.

The article explores German company law mechanisms for the recognition of UK *private companies limited by shares* with administrative headquarters in Germany after Brexit. The author analyzes whether freedom of establishment can be derived from the *EU-UK Trade and Cooperation Agreement*. Subsequently, the article discusses if a teleological interpretation of § 128 German Commercial Code (HGB), at least regarding pre-Brexit liabilities, can be drawn from the principles of intertemporal law given the lack of such an approach in express German company law.

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft im siebten Fachsemester an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und ist studentische Hilfskraft am Institut Öffentliches Recht Abt. IV. Der vorliegende Beitrag ist im Rahmen eines von Prof. Dr. Jan Lieder, LL.M. (Harvard) im Wintersemester 2021/22 angebotenen Seminars zum Deutschen, Europäischen und Internationalen Unternehmensrecht entstanden und wurde redaktionell betreut von stud. iur. Moritz Barth.

A. Einleitung

In den Anfängen der 2000er Jahre wurden mit zunehmender Tendenz *private companies limited by shares*¹ nach dem Recht des *United Kingdom*² gegründet, deren Tätigkeitsschwerpunkt und Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt wurde bzw. die diesen auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland hatten. Hierfür ausschlaggebend war zum einen, dass der *EuGH* in seiner fortlaufenden Rechtsprechung³ zur Niederlassungsfreiheit gemäß Artt. 49, 54 AEUV die Gründungstheorie für zwingend anzuwenden erklärte und so die Verlegung des Verwaltungssitzes nach Deutschland unter gleichzeitiger Anerkennung der Rechtsform ermöglichte. Zum anderen erfreute sich diese Gesellschaftsform bei deutschen Unternehmern einer steigenden Beliebtheit, da es zu diesem Zeitpunkt nach den Rechtsnormen des deutschen Gesellschaftsrechts keine Form einer Kapitalgesellschaft gab, die ohne Stammkapital bzw. mit einem sich aus der Praxis ergebenden Mindeststammkapital von einem Pfund (GBP) gegründet werden konnte.⁴ So war bei Gründung einer GmbH ein Mindeststammkapital von 25.000 € und bei einer AG ein Gründungskapital von 50.000 € erforderlich. Hinzu kam, dass bis zur Änderung des GmbHG im Zuge des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)⁵ im Oktober 2008 bei einer Einmann-GmbH-Gründung das Stammkapital bei Gründung in voller Höhe bzw. in Höhe von 50% eingezahlt werden und bei nicht voller Einzahlung der Gesellschaft Sicherheiten für die ausstehende Einlage geleistet werden mussten.⁶ Infolge der wachsenden Popularität der *UK Limited* in Deutschland hat der deutsche Gesetzgeber reagiert und mit Wirkung zum 1.11.2008 über § 5a GmbHG die Rechtsform der Unternehmensgesellschaft⁷ (haftungsbeschränkt) eingeführt.⁸ Diese gesetzliche Änderung und weitere Umstände führten dazu, dass die Anzahl der Neugründungen der *UK Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland bereits im Jahr 2009 ihren Höhepunkt erreicht hatte.⁹ Unabhängig davon gab es auch im

¹ Folgend: *UK Limited*.

² Folgend: *UK*.

³ *EuGH*, Urt. v. 9.3.1999, C-212/97, *Centros Ltd ./. Erbvervs- og Selskabsstyrelsen*; Urt. v. 5.11.2002, C-2008/00, *Überseering BV ./. NCC*; *EuGH*, Urt. v. 30.9.2003, C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam ./. Inspire Art Ltd*.

⁴ *Kadel*, Die englische Limited, MittBayNot 2006, 102 (108).

⁵ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 28.10.2008, BGBl. I 2008, S. 2026.

⁶ Zum Ganzen: *Limpert*, in: MüKo-GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 65 Rn. 4.

⁷ Folgend: *UG*.

⁸ *Servatius*, in: Baumbach/Hueck, 23. Aufl. 2022, § 5a Rn. 1.

⁹ *Heckschen*, in: Widmann/Mayer, 1. Aufl. 2002, Stand: 1.7.2019, § 122m Rn. 4.

Jahr 2018 schätzungsweise noch zwischen 8.000 und 10.000 *UK Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland.¹⁰

Mittlerweile führt diese Konstellation zu Problemen, da sich die Bürger des *UK* am 23.6.2016 bei einem Referendum über den Verbleib oder Austritt aus der Europäischen Union¹¹ für einen Austritt aus der EU entschieden haben.¹² Der Europäische Rat hat nach diesem Gesuch am 29.3.2017 das Austrittsverfahren nach Art. 50 AEUV eingeleitet. Bereits am 18.11.2018 wurde ein Vertrag zwischen der EU und dem *UK* über die Austrittsmodalitäten geschlossen, dem aber das *House of Parliament* nicht zustimmte und der somit scheiterte.¹³ Darauf folgte bis in den Dezember 2020 eine von Ungewissheit geprägte Zeit, in der auch mit einem „harten“ Brexit, also einem Austritt ohne Abkommen zu rechnen war.

Zu der vorgenannten Problemstellung ist auf das mit Wirkung zum 1.1.2021 zwischen der EU und dem *UK* getroffene Abkommen, das *EU-UK Trade and Cooperation Agreement*¹⁴ hinzuweisen, das von beiden Seiten vereinbart und anschließend unterzeichnet wurde. Seit Veröffentlichung dieses Abkommens steht sowohl in der Fachliteratur¹⁵, als auch in den Medien¹⁶ in der Diskussion, inwieweit sich hieraus eine Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften auf dem Gebiet des *UK* im Bereich der EU ergibt bzw. aufrechtzuerhalten bleibt. Dazu wird im Folgenden das *EU-UK Trade and Cooperation Agreement* analysiert, ausgelegt und es werden weitere Abkommen zum Vergleich hinzugezogen. Sollte sich weder aus dem Abkommen noch aus anderen Rechtsquellen eine Niederlassungsfreiheit ergeben, führt dies in der Konsequenz zur Anwendung

¹⁰ *Gesetzesentwurf der Bundesregierung*, Entwurf eines Vierten Gesetzes zu Änderung des Umwandlungsgesetzes, BT-Drs. 19/5463.

¹¹ In Folgenden: EU.

¹² Vgl. Übersicht der Referenden im *UK*, abrufbar unter: <https://www.parliament.uk/business/publications/research/eu-referendum/background-uk-eu-referendum-2016/> (zuletzt aufgerufen am 2.7.2022).

¹³ Zum Ganzen: *Heckschen*, in: Widmann/Mayer (Fn. 9), § 122m Rn. 1.

¹⁴ Abl. EU 2021 Nr. L 149, 10.

¹⁵ Stellvertretend: *Schmidt*, Brexit: Implikationen des EU-UK TCA im Bereich des Gesellschaftsrechts, GmbHR 2021, 229 ff.; *Schollmeyer*, Geht es für die britische Ltd. nach dem Brexit zurück auf die Trabrennbahn, NZG 2021, 692 ff.

¹⁶ Beispielhaft: *Thölke*, Persönliche Haftung über Nacht, FAZ-Einspruch v. 10.2.2021, abrufbar unter: <https://www.faz.net/einspruch/limited-nach-dem-brexit-persoenliche-haftung-ueber-nacht-17190653.html> (zuletzt aufgerufen am 2.7.2022); *Eggenberger*, Ende der *UK Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland?, Steuern & Recht - der Blog v. 23.6.2021, abrufbar unter: <https://www.fgs-blog.de/ende-der-uk-limited-mit-verwaltungssitz-in-deutschland/> (zuletzt aufgerufen am 2.7.2022).

der in Deutschland vorherrschend vertretenen Sitztheorie.¹⁷ Hiernach würden die *UK Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland zwangsläufig zu Personengesellschaften oder Einzelkaufleuten umqualifiziert.¹⁸ Infolge dieser möglichen Umqualifizierung könnte es zum Aufleben der persönlichen Haftung der Gesellschafter kommen. Hierbei wird sich auch die Frage stellen, ob dieser Umstand *ex tunc* oder *ex nunc* eintritt und inwieweit dies dem Vertrauensschutz der Gesellschafter, dem Gläubigerschutz und dem Arbeitnehmerschutz Rechnung trägt.

B. Gilt die Niederlassungsfreiheit noch immer?

Im Folgenden wird zunächst die Problematik des EU-Austritts des *UK* im gesellschaftsrechtlichen Kontext am Beispiel der *UK Limited* erläutert und anschließend ein Lösungsansatz dargelegt, welcher auch dem grundrechtlichen Vertrauensschutz Rechnung trägt.

I. Die europäische Niederlassungsfreiheit der *UK Limited*

1. Rechtslage vor dem 31.1.2020

Vor dem Inkrafttreten des Austrittsabkommens¹⁹ mit Ablauf des 31.1.2020 war das *UK* Mitgliedsstaat der EU. Demnach waren sämtliche sich aus Primär- und Sekundärrecht ergebenden Rechte auf Bürger:innen des *UK* anwendbar. Primärrecht versteht sich als das durch die Mitgliedsstaaten gesetzte Recht, zum Teil normiert in EUV und AEUV, Sekundärrecht wiederum ist das auf Grundlage des Primärrechts erlassene Recht.²⁰ Eine *UK Limited* konnte sich somit bis zu diesem Zeitpunkt auf die sich aus Primärrecht ergebende Niederlassungsfreiheit gemäß Artt. 49, 54 AEUV berufen. Hieraus entwickelte sich in Deutschland und einigen anderen Mitgliedsstaaten²¹ eine Konkurrenz zwischen der Gründungs- und der Sitztheorie.

¹⁷ *Kindler*, in: MüKo-BGB XIII, 8. Aufl. 2021, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 423; *Großerichter/Zwirlein-Forschner*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 1.12.2021, IPR Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Rn. 90; *BGH*, NJW 2009, 289 ff.

¹⁸ *Heckschen*, in: Widmann/Mayer (Fn. 9), § 122m Rn. 1.

¹⁹ ABl. C 384I v. 12.11.2019, S. 1.

²⁰ *Klöpper*, Verfassungsrecht I, 1. Aufl. 2011, § 41 Rn. 2, 4.

²¹ *Kindler*, in: MüKo-BGB XIII (Fn. 17), Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 423.

a) Sitztheorie

In Deutschland besteht keine ausdrückliche Regelung für die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts,²² jedoch wird vorherrschend die Sitztheorie vertreten.²³ Danach werden die Rechtsverhältnisse einer Gesellschaft nach der an ihrem effektiven Verwaltungssitz geltenden Rechtsordnung bestimmt.²⁴ Hat also eine *UK Limited* ihren Satzungssitz im *UK* und verlegt ihren Verwaltungssitz nach Deutschland, so ist sie deutschem Recht zu unterstellen und nach deutschem Recht zu gründen, da sie dort ihren Tätigkeitsschwerpunkt hat.²⁵ Problematisch ist das vor allem dann, wenn die Gesellschaft des Herkunftslands dort anderen (Gründungs-)Voraussetzungen unterliegt, bzw. wenn bei Kapitalgesellschaften die Eintragungspflichten im Land des Verwaltungssitzes nicht vollständig erbracht werden. Die *UK Limited* ist vergleichbar mit der deutschen UG (haftungsbeschränkt), § 5a GmbHG, die infolge der wachsenden Popularität der *UK Limited* in Deutschland eingeführt wurde.²⁶ Die Eintragungsvoraussetzungen des deutschen Handelsregisters der *UK Limited* für ihren Verwaltungssitz entsprechen aber mangels konstitutiver Wirkung weder denen einer UG (haftungsbeschränkt) noch einer sonstigen deutschen oder europäischen Kapitalgesellschaft (vgl. § 11 Abs. 1 GmbHG, § 41 Abs. 1 S. 1 AktG).²⁷ Folgt man also der Sitztheorie, so wäre mangels erfolgreicher Eintragung in ein Handelsregister, bzw. mangels zulässiger Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, keine solche entstanden. Somit würde im Wege der Umqualifizierung eine Personengesellschaft entstehen oder – sollte an der Gesellschaft nur ein Gesellschafter beteiligt sein – durch Zuordnung zum Gesellschaftervermögen ein Einzelkaufmann.²⁸

²² *Fingerhuth/Rumpf*, MoMiG und die grenzüberschreitende Sitzverlegung – Die Sitztheorie ein (lebendes) Fossil?, IPRax 2008, 90 (90).

²³ Grundlegend: *RG*, JW 1904, 231 f.; *BGH*, NJW 2002, 3539 ff.; ebenfalls vertreten gegenüber der Schweiz: *BGHZ* 178, 192 ff. („Trabrennbahn“); *Kindler*, in MüKo-BGB XIII (Fn. 17), Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 423.

²⁴ *Schaub*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB I, 4. Aufl. 2020, § 12 Rn. 7.

²⁵ *A.*; *BGH*, NJW 1967, 36 ff.

²⁶ *Servatius*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 8), § 5a Rn. 1.

²⁷ *Mäsch/Gausing/Peters*, Deutsche Ltd., PLC und LLP: Gesellschaften mit beschränkter Lebensdauer? – Folgen eines Brexits für pseudo-englische Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland, IPRax 2017, 49 (52).

²⁸ Folgend: e.K.

b) Gründungstheorie

Demgegenüber wird in den Rechtsordnungen einiger europäischer Staaten die Gründungstheorie vertreten.²⁹ Diese ordnet die Geltung derjenigen Rechtsordnung an, nach der die betroffene Gesellschaft gegründet wurde.³⁰ Hierbei soll also das Gesellschaftsstatut vom Willen der Gründer bestimmt werden und deren Rechtswahl allgemein anerkannt sein.³¹ Vorliegend würde also eine im UK wirksam gegründete *UK Limited* mit Satzungssitz im UK und Verwaltungssitz in Deutschland auch in Deutschland als wirksam gegründete Kapitalgesellschaft des UK anerkannt werden.

c) Konkurrenz

Zwischen der Sitz- und der Gründungstheorie besteht eine Konkurrenz. Diese wurde durch den *EuGH* in fortlaufender Rechtsprechung durch die zentralen Urteile *Centros*³², *Überseering*³³ und *Inspire Art*³⁴ dahingehend geklärt, dass für alle Gesellschaften in Mitgliedstaaten der EU die Gründungstheorie anzuwenden ist.³⁵ Hierfür lässt sich anführen, dass die Gründungstheorie ein einheitlich anwendbares Kriterium für eine klare und unstreitige Ermittlung des Gesellschaftsstatuts bietet.³⁶ Zugleich spricht für die Anwendung der Gründungstheorie, dass im europäischen Kontext eines freien Binnenmarkts entsprechend der Vorgaben des Art. 3 Abs. 3 EUV die Anwendung der Sitztheorie nicht förderlich wäre und entgegen dessen Zielrichtung bürokratische Hürden aufbauen würde.³⁷ Handelt es sich also um eine im Mitgliedsstaat wirksam gegründete Kapitalgesellschaft, so gilt diese aufgrund der Niederlassungsfreiheit, Artt. 49, 54 AEUV, gemäß der Gründungstheorie in jedem Mitgliedsstaat als wirksam gegründet. Jede Gesellschaft mit Satzungssitz

²⁹ *Großrichter/Zwirlein-Forschner*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 17), IPR Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Rn. 90 ff.

³⁰ *Kindler*, in: MüKo-BGB XIII (Fn. 17), Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 364; *Großrichter/Zwirlein-Forschner*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 17), IPR Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Rn. 50.

³¹ *Schaub*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB I (Fn. 24), § 12 Rn. 13.

³² *EuGH*, Urt. v. 9.3.1999, C-212/97, *Centros Ltd ./. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*.

³³ *EuGH*, Urt. v. 5.11.2002, C-2008/00, *Überseering BV ./. NCC*.

³⁴ *EuGH*, Urt. v. 30.9.2003, C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam ./. Inspire Art Ltd*.

³⁵ *Henssler*, Internationale Anwaltskonzerne – berechtigte und überholte Hürden im nationalen Recht, in: FS Windbichler, 2020, S. 741 (742).

³⁶ *Kindler*, in: MüKo-BGB XIII (Fn. 17), Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 364.

³⁷ Vgl. *Ebd.*, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 367.

im UK konnte ihren Verwaltungssitz auch außerhalb des UK in den EU-Raum und somit auch nach Deutschland verlegen. Der Mitgliedsstaat musste gemäß Art. 49 Abs. 2 i. V. m. Art. 54 AEUV die Rechtsform der (mit dem Verwaltungssitz) zugezogenen Gesellschaft anerkennen.³⁸

2. Übergangsphase vom 1.2.2020 bis 31.12.2020

Mit Wirkung zum 1.2.2020 ist das UK aus der EU ausgetreten. In Art. 126 des Austrittsabkommens³⁹ wurde jedoch eine Übergangsphase vereinbart, in der bestimmte Grundfreiheiten und unionsrechtliche Regelungen vorübergehend bis zum 31.12.2020 weitergelten sollten. In Art. 126 i. V. m. Art. 127 Abs. 1 des Austrittsabkommens ist festgehalten, dass das materielle Unionsrecht für diesen Zeitraum weiter anzuwenden ist. Umfasst war hiervon auch die Niederlassungsfreiheit aus Artt. 49 ff. AEUV. Somit war der Betrieb einer UK *Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland vorübergehend weiterhin und unter Anerkennung bzw. Fortgeltung aller Rechte möglich.

3. Rechtslage seit dem 1.1.2021

Mit Ablauf der Übergangsfrist sind zum 31.12.2020 die Regelungen des Übergangsabkommens erloschen.

a) Niederlassungsfreiheit aus dem AEUV

Das Vereinigte Königreich ist aufgrund des Austritts und des Ablaufs der Übergangsfrist kein Mitgliedsstaat der EU mehr; die unionsrechtlichen Regelungen gelten für das UK nicht mehr. Aufgrund dessen ist es als Drittstaat zu behandeln,⁴⁰ somit entfällt auch die Geltung des Primär- und Sekundärrecht.⁴¹ Die durch Primärrecht entstandene Niederlassungsfreiheit (Artt. 49, 54 AEUV) erlosch demnach zum 1.1.2021 für natürliche und juristische Personen aus dem UK und somit auch für die UK *Limited*.

b) Niederlassungsfreiheit nach Art. 31 EWRAbk

Die sich aus Artt. 31, 34 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum⁴² ergebende Niederlassungsfreiheit ist nicht zugunsten des UK anzuwenden, da das UK durch den Austritt dem Anwendungsbereich des EWR-

³⁸ Müller-Graff, in: Streinz, 3. Aufl. 2018, Art. 49 Rn. 34.

³⁹ ABl. C 384I v. 12.11.2019, S. 1.

⁴⁰ Calliess, in: Calliess/Ruffert, 5. Aufl. 2016, Art. 50 Rn. 6.

⁴¹ BGH, NZG 2021, 692 ff.; Schmidt (Fn. 15), S. 230; Otte-Gräbener, Kommentar: „Keine EU-Niederlassungspflicht mehr für die englische Limited, aber Anerkennung in Deutschland nach dem EU-UK TCA“, BB 2021, 717 (717).

⁴² Folgend: EWRAbk.

Abkommens nicht mehr unterfällt. Dieses findet gemäß Art. 126 Abs. 1 EWRAbk ausdrücklich nur für die Gebiete, in denen der Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (heute AEUV) gilt, Anwendung und ist nach Maßgabe jenes Vertrags für die Hoheitsgebiete Islands, des Fürstentums Liechtenstein und des Königreichs Norwegen gültig. Im UK ist gerade durch den Austritt aus der EU der AEUV nicht mehr anzuwenden, sodass mangels Eröffnung des Anwendungsbereichs die Niederlassungsfreiheit aus Artt. 31, 34 EWRAbk nicht zugunsten von im UK gegründeten Gesellschaften wirken.⁴³

c) EU-UK TCA als Rechtsquelle der Niederlassungsfreiheit

Gegebenenfalls könnte sich aber eine Niederlassungsfreiheit aus einem anderen Abkommen ergeben. Vor Ablauf der Übergangszeit wurde am 30.12.2020 das *EU-UK Trade and Cooperation Agreement*⁴⁴ zwischen der EU, der Europäischen Atomgemeinschaft und dem UK unterzeichnet⁴⁵, welches zum 1.1.2021 vorläufig in Kraft trat.⁴⁶ Diesem Abkommen hat anschließend das Europäische Parlament zugestimmt⁴⁷ und der Europäische Rat hat am 29.4.2021 das Abkommen beschlossen.⁴⁸ Am 1.5.2021 trat, unter Einhaltung der Voraussetzungen des Art. FINPROV.9 des vorläufigen Abkommens⁴⁹ das Handels- und Kooperationsabkommen (EU-UK TCA)⁵⁰ endgültig in Kraft.⁵¹ Festzustellen ist hierbei, dass dieses Abkommen lediglich zwischen der EU und dem UK

⁴³ *Grzeszjick/Vorse*, Auswirkungen eines harten Brexit auf Britische Gesellschaften in Deutschland – der Gesetzgeber ist gefragt!, NZG 2019, 1129 (1129 f.).

⁴⁴ ABl. L 444 v. 31.12.2020, S. 14.

⁴⁵ Pressemitteilung des Europäischen Rats v. 30.12.2020, abrufbar unter: <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2020/12/30/press-release-signature-of-the-eu-uk-agreement-30-december-2020/> (zuletzt abgerufen am 2.7.2022).

⁴⁶ ABl. L 1 v. 1.1.2021, S. 1.

⁴⁷ Pressemitteilung des Europäischen Parlaments v. 28.4.2021, abrufbar unter: <https://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20210423IPR02772/parlament-billigt-handels-und-kooperationsabkommen-mit-vereinigtem-koenigreich> (zuletzt abgerufen am 10.6.2022).

⁴⁸ Beschl. des Europäischen Rats (EU) 2021/689 v. 29.4.2021, über den Abschluss – im Namen der Union – des Abkommens über Handel und Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft einerseits und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland andererseits und des Abkommens zwischen der Europäischen Union und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland über die Sicherheitsverfahren für den Austausch und den Schutz von Verschlussachen, ABl. L 149 v. 30.4.2021, S. 2.

⁴⁹ ABl. L 444 v. 31.12.2020, S. 14.

⁵⁰ ABl. L 149 v. 30.4.2021, S. 10.

⁵¹ In Zukunft zitierte Artikel aus dem Abkommen (*EU-UK TCA*) sind der Fassung des Abl.EU 2021 Nr. L 149,10 zu entnehmen.

geschlossen wurde, es jedoch alle Mitgliedsstaaten, also auch Deutschland, miteinbezieht.⁵²

Das Recht auf Niederlassungsfreiheit wurde in diesem Abkommen nicht explizit vereinbart. Es ist allerdings umstritten, inwieweit Kapitalgesellschaften wie die *UK Limited* durch das EU-UK TCA in der EU und somit ebenfalls in Deutschland weiter als solche anerkannt werden bzw. sich eine Niederlassungsfreiheit durch Auslegung des Abkommens ergeben kann.⁵³ Sollte dies nicht der Fall sein, wäre nichts weiter zu der Gründungstheorie auszuführen. Somit wäre die Sitztheorie in Deutschland anzuwenden, wodurch eine Anerkennung der *UK Limited* nach hiesigem Recht als Kapitalgesellschaften nicht möglich wäre. Sie würde zwangsläufig zur rechtsfähigen Personengesellschaft (GbR oder OHG) umqualifiziert werden oder dem Gesellschafter anwachsen (Ein-Personen-*limited*)⁵⁴, woraus die persönliche Haftung der Gesellschafter resultiert.⁵⁵

II. Kann die Gründungstheorie weiter vertreten werden?

Es bleibt somit zu klären, inwieweit die Gründungstheorie weiter Anwendung findet und die *UK Limited* in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland fortbestehen kann.

1. Anwendung der Gründungstheorie durch Auslegung des EU-UK TCA zugunsten einer Niederlassungsfreiheit

Das EU-UK TCA benennt die Niederlassungsfreiheit zwar nicht ausdrücklich, jedoch könnte sich eine solche durch Auslegung des Abkommens ergeben.

In Art. 128 des EU-UK TCA wird der Marktzugang für ein Unternehmen oder einen Investor angeführt. Unternehmen ist in diesem Abschnitt des Abkommens als juristische Person oder Zweigniederlassung einer juristischen Person zu verstehen (Art. 124 (g) EU-UK TCA). Der Marktzugang ist nach Art. 128 EU-UK TCA im Grundsatz unbeschränkt und unbeschränkbar, es sind nur spezielle, in der Norm aufgelistete Ausnahmen zulässig. Ebenfalls ist eine Inländerbehandlung, Art. 129 EU-UK TCA, vereinbart, nach der die umfassten

⁵² *Terbechte*, All's well that ends well? – Das EU/VK-Handels- und Kooperationsabkommen, NJW 2021, 417 Rn. 4; *Kainer*, Keine Berufung einer britischen Limited auf Niederlassungsfreiheit nach Brexit, GmbHR 2021, 486 (491).

⁵³ Vgl. *Lieder*, Eine Berufung einer britischen private company limited by shares auf Niederlassungsfreiheit nach Brexit („All in One Star Ltd.“), EWiR 2021, 423 (424).

⁵⁴ *Tepper*, Geltung der Sitztheorie im Verhältnis Deutschland – Schweiz („Trabrennbahn“), EWiR 2009, 355 (356); BGHZ 178, 192 ff.

⁵⁵ *OLG Celle*, NJW-RR 2012, 1065 ff.

Unternehmen in vergleichbaren Situationen in Bezug auf die Niederlassung und den Betrieb nicht weniger günstig behandelt werden dürfen als nach inländischem Recht gegründete Unternehmen. Die Niederlassung beschreibt die Errichtung und den Erwerb einer juristischen Person im Gebiet der Vertragspartei (Art. 124 (h) EU-UK TCA). Ebenfalls ist in diesem Abkommen ein Meistbegünstigungsrecht vereinbart, wonach Investoren und erfasste Unternehmen nicht weniger günstig behandelt werden dürfen als Unternehmen in vergleichbaren Situationen im Gebiet der Niederlassung (Art. 130 Abs. 1 EU-UK TCA).⁵⁶

Für diese sich aus dem Abkommen ergebende Regelung müsste auch der Anwendungsbereich für die *UK Limited* eröffnet sein. Dies ist der Fall, soweit es sich bei ihr um einen „Investor einer Vertragspartei und ein erfasstes Unternehmen“ handelt. Gemäß Art. 124 (j) EU-UK TCA ist dies eine natürliche oder juristische Person einer Vertragspartei. „Juristische Person einer Vertragspartei“ ist auf Seiten des *UK* wiederum eine juristische Person, die nach dem Recht des Vereinigten Königreichs gegründet oder errichtet wurde und dort ihre „*substantive business operations*“ betreibt (Art. 124 (k, ii, A)).⁵⁷ Für *substantive business operations* ist die deutsche Übersetzung zu „wesentlichen Geschäftstätigkeit“⁵⁸ nicht konkret genug, weshalb im Folgenden der englische Begriff als Begriff der Verhandlungssprache verwendet wird.⁵⁹ Eine *UK Limited* müsste also gerade diese Schwelle überschritten haben. Vorliegend betroffen sind aber ausschließlich Gesellschaften, die ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt und somit in den Gründungsländern meist nur ihren Sitz gemeldet haben. Es bleibt also zu klären, ob eine solche Gesellschaft noch unter den Begriff der *substantive business operations* fällt oder ob somit die wesentliche Geschäftstätigkeit der Gesellschaft das Sitzland verlassen hat. *Substantive business operations* erfordern jedoch gerade nicht, dass sich der Verwaltungssitz einer Gesellschaft im Sitzland befindet.⁶⁰ Es genügen auch angemietete oder eigene Räumlichkeiten sowie das

⁵⁶ Zum Ganzen: *Schmidt* (Fn. 15), Rn. 12 ff; *Großerichter/Zwirlein-Forschner*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 17), IPR Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Rn. 32.

⁵⁷ Vgl. hierzu *Großerichter/Zwirlein-Forschner*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 17), IPR Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Rn. 33.

⁵⁸ *Schmidt* (Fn. 15), Fn. 35.

⁵⁹ Vgl. hierzu *Ebd.*

⁶⁰ *Zwirlein-Forschner*, *Jenseits des Acquis – Probleme der Registeranmeldung einer Limited nach Ende des Brexit-Übergangszeitraum*, IPRax 2021, 357 (361); *Schmidt* (Fn. 15), S. 232 Rn. 22.

Entrichten beispielsweise der Gewerbesteuer.⁶¹ Hierfür ist anzuführen, dass der Begriff der *substantive business operations* dem Kriterium des „*genuine link*“ nahezu entspricht, bei dem bereits die Führung eines Aktiendepots im Gründungsland oder die Nutzung eines Telefonanschlusses genügt hatte.⁶² Im Grundsatz ist anerkannt, dass an die Voraussetzungen des im Völkerrecht bekannten *genuine link* keine hohen Anforderungen gestellt werden dürfen.⁶³ Dies muss auch für die *substantive business operations* gelten. Sinn der Norm ist zu verhindern, dass Investoren aus Drittstaaten mit in der EU oder dem UK errichteten „Briefkastengesellschaften“ Ansprüche gegen die EU, deren Mitgliedsstaaten oder dem UK geltend machen können.⁶⁴

Demnach würde sich im Ergebnis ein Recht auf Niederlassungsfreiheit durch Auslegung ergeben und es zu der Anwendung der Gründungstheorie kommen. Kapitalgesellschaften aus dem UK, also auch die *UK Limited*, wären also weiter in Deutschland anzuerkennen.

2. Anwendung der Sitztheorie mangels Verpflichtung aus dem EU-UK TCA

Gegen dieses Ergebnis lässt sich jedoch anführen, dass eine Niederlassungsfreiheit im EU-UK TCA nicht ausdrücklich und unmittelbar vereinbart ist und somit gerade die Sitztheorie Anwendung findet. Es bestehen daher Zweifel, dass sich aus den Bestimmungen der EU-UK TCA über die Investitionsfreiheit und den Marktzugang eine solche ergeben kann.⁶⁵ Aus den unter **B. II. 1.** genannten Normen des Abkommens, also zum Marktzugang Art. 128 EU-UK TCA, zur Inländerbehandlung Art. 129 Abs. 1 EU-UK TCA und zum Meistbegünstigungsrecht Art. 130 Abs. 1 EU-UK TCA, unter Berücksichtigung der *substantive business operations*, muss nicht zwingend eine Niederlassungsfreiheit resultieren. Es gilt also zu ermitteln, inwieweit die Niederlassungsfreiheit zur Erfüllung der einzelnen Normen des Abkommens notwendig ist.

⁶¹ Schmidt (Fn. 15), S. 232 Rn. 22; im Original: *Fink/Nikomborirak*, World Bank Policy Research Paper 4130, 2007, S. 7.

⁶² Kindler, in: MüKo-BGB XIII (Fn. 17), Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 345; Schmidt, Im Labyrinth des Gesellschaftskollisionsrechts: Gründungstheorie statt „zurück auf die Trabrennbahn“, EuZW 2021, 613 (616).

⁶³ OLG Düsseldorf, NJW-RR 1995, 1124 (1125); Servatius, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, GesR, Internationales Gesellschaftsrecht A. Mobilität der Gesellschaften Rn. 27.

⁶⁴ Schmidt (Fn. 15), S. 233 Rn. 23.

⁶⁵ Schollmeyer (Fn. 15), S. 694.

Für den Marktzugang (Art. 128 EU-UK TCA) ist erforderlich, dass jedes erfasste Unternehmen Zugang zum Markt der anderen Vertragspartei erhält. Somit müsste die *UK Limited* auf den Markt der EU, also auch den deutschen Markt Zugang haben. Wäre die Niederlassungsfreiheit nicht gewährleistet, würde die *UK Limited* als nicht anerkannte Kapitalgesellschaft in Deutschland zur Personengesellschaft umqualifiziert werden. Auch die GbR⁶⁶ und die OHG⁶⁷ sind nach der deutschen Rechtsordnung rechtsfähig. Der Marktzugang an sich ist somit auch ohne Gewähr der Niederlassungsfreiheit gegeben. Ein Anspruch auf Marktzugang in genau der gewünschten Rechtsform ergibt sich indes aus der Regelung des Art. 128 EU-UK TCA nicht.⁶⁸

Weiterhin wird im Falle der Inländerbehandlung (Art. 129 EU-UK TCA) vorausgesetzt, dass ein erfasstes Unternehmen genauso behandelt wird wie ein vergleichbares inländisches Unternehmen. Auch hier würde durch die Umqualifizierung der *UK Limited* zu einer Personengesellschaft diese nicht zwingend eine Schlechterstellung gegenüber inländischen Gesellschaften bedeuten.

Bei dem Meistbegünstigungsrecht ist zudem zu berücksichtigen, dass sowohl die Niederlassung als auch die Gründung einer deutschen Zweigniederlassung durch die Umqualifizierung in eine Personengesellschaft nicht ausgeschlossen ist. Es ändert sich lediglich die Frage der Haftung: von einer Kapitalhaftungsbegrenzung zu einer unbegrenzten persönlichen Haftung.

Das Recht bzw. der Anspruch auf Niederlassungsfreiheit ist im Abkommen nicht konkret vereinbart. Im Zuge der Auslegung ist unter Berücksichtigung der langjährigen Beziehungen zwischen dem UK und der EU und den damit verbundenen rechtlichen und wirtschaftlichen Freizügigkeiten in und auf dem Gebiet der EU aber davon auszugehen, dass die Parteien eine Regelung zur Niederlassungsfreiheit explizit vereinbart hätten, wenn sie darüber eine Aussage hätten treffen wollen.⁶⁹

Im Ergebnis kann mithin auch im Wege der Auslegung des Abkommens die Niederlassungsfreiheit aus dem EU-UK TCA nicht abgeleitet werden. Somit wäre dieses Abkommen auch nicht auf die Frage der Niederlassungsfreiheit der

⁶⁶ *Schöne*, in BeckOK-BGB, Stand: 1.2.2022, § 705 Rn. 13.

⁶⁷ § 124 Abs. 1 HGB.

⁶⁸ Zum Ganzen: *Schollmeyer* (Fn. 15), S. 694.

⁶⁹ *Kainer* (Fn. 52), S. 490.

UK Limited anzuwenden und diese durch Anwendung der Sitztheorie als Personengesellschaft umzuqualifizieren.

III. Bewertung und Entscheidung

Nachdem beide Ansichten zu grundlegend unterschiedlichen Ergebnissen kommen, gilt es im Folgenden zu entscheiden, welcher der beiden überzeugt und ob die Ansätze endgültig anzuwenden sind oder ob eine Anpassung vorzunehmen ist.

1. Ist die Gründungs- oder die Sitztheorie anzuwenden?

Die entscheidende Fragestellung lautet also: Ergibt sich aus dem EU-UK TCA ein Recht auf Niederlassungsfreiheit?

Zum einen gilt hierbei zu beachten, dass die Niederlassungsfreiheit als subjektives Recht zum Zeitpunkt der Eintragung bzw. der Gründung der Gesellschaft, soweit diese vor dem 31.12.2020 lag, noch gegeben war und nicht ohne Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entzogen werden kann.⁷⁰ Würde also die Gründungstheorie weiter angewandt werden, so würde kein Eingriff in die Rechte der bestehenden *UK Limited* vorliegen und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wäre gewahrt.

Ebenfalls ist zugunsten der Niederlassungsfreiheit zu bedenken, dass ein europäischer Flickenteppich entstünde, sollte Deutschland die Sitztheorie vertreten und andere EU-Länder, wie beispielhaft angeführt Italien, Estland und Slowenien⁷¹, die Gründungstheorie.⁷² Hiernach wäre in einem Land, welches die Gründungstheorie vertritt, eine *UK Limited* als Kapitalgesellschaft anerkannt, in Deutschland wäre dieselbe jedoch als Personengesellschaft (oder e. K.) umzuqualifizieren. Eine solche Rechtsfolge würde dazu führen, dass es innerhalb der EU zu gesellschaftsrechtlichen Divergenzen käme. Dieses Ergebnis sollte sich aber nicht aus dem EU-UK TCA als europäisches Abkommen ergeben, da dieses den europäischen Grundsätzen eines freien Binnenmarktes widersprechen würde.

⁷⁰ *Ego*, in: MüKo-AktG, 5. Aufl. 2021, Europäisches Aktienrecht B. Europäische Niederlassung Rn. 24.

⁷¹ *Schaub*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB I (Fn. 24), nach § 12 Rn. 18; *Großerichter/Zwirlein-Forschner*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 17), IPR Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Rn. 90.

⁷² Vergleiche Argumentation zum CETA: *Mäsch*, in: BeckOK-BGB, Stand: 1.2.2022, EGBGB Art. 12 Rn. 8.

Auch ist zu berücksichtigen, inwieweit die Argumentation, die beim *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, dem Handelsabkommen zwischen der EU und Kanada und beim Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsabkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den USA, angewandt wurde, auf das vorliegende Abkommen zu übertragen ist. Vorrangig heranzuziehen sind hier die Vorschriften des Kapitel 8 CETA.⁷³ Artt. 123 ff. EU-UK TCA sind diesem Kapitel des CETA nachgebildet. Art. 8.1 CETA definiert Unternehmen i. V. m. Art. 1.1 CETA im Ergebnis ähnlich wie Art. 124 (g) EU-UK TCA. Beide nehmen Bezug auf die Eigenschaft „juristische Person einer Vertragspartei“. Diese sind, wie bereits ausgeführt, Unternehmen, die nach dem jeweiligen Recht der Vertragspartei gegründet wurden. Vorliegend müsste aufgrund der Ähnlichkeit der Normen die gleiche Rechtsfolge entstehen, bzw. müsste sich hieraus die Anwendung der Gründungstheorie ergeben.⁷⁴

Ebenfalls gilt zu beachten, dass der BGH in der Grundsatzentscheidung zu dem Abkommen mit den USA argumentiert: „Wenn Inländerbehandlung, Meistbegünstigung und Niederlassungsfreiheit vereinbart sind und eine Gesellschaft demgemäß sich in einem anderen Land geschäftlich betätigen darf, kann ihr dort nicht die Rechtspersönlichkeit abgesprochen werden, die ihr nach dem Recht des Staates zusteht, in dem sie errichtet worden ist.“⁷⁵ Im vorliegenden Fall des EU-UK TCA wurden sowohl Inländerbehandlung (Art. 129 EU-UK TCA) Meistbegünstigung (Art. 130 EU-UK TCA) und Marktzugang mit Niederlassungsmöglichkeiten (Art. 128 EU-UK TCA) vereinbart. Es könnte also angenommen werden, dass sich hieraus auch die Anwendung der Gründungstheorie ergibt.⁷⁶

Die Ähnlichkeit zu CETA und zum Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsabkommen lässt eine Anwendbarkeit der Gründungstheorie also plausibel erscheinen.

Ebenfalls begünstigend für die Anwendung der Gründungstheorie ist, dass aufgrund der Rücktrittsmöglichkeit des UK lange Zeit unklar war, ob der Brexit vollzogen wird und inwieweit dieser als „harter“ Brexit zu qualifizieren ist oder ob ein Abkommen auch zugunsten einer Niederlassungsfreiheit zustande

⁷³ Zum Ganzen: *Ego*, in: MüKo-AktG (Fn. 70), Europäisches Aktienrecht B. Europäische Niederlassung Rn. 20; *Schmidt* (Fn. 15), S. 231 f.

⁷⁴ Vgl. zum Ganzen: *Schmidt* (Fn. 15), S. 232 Rn. 18.

⁷⁵ BGH, NJW 2003, 1607 ff.

⁷⁶ Zum Ganzen: *Schmidt* (Fn. 15), S. 232 Rn. 18.

kommt.⁷⁷ Die hierdurch entstehende Rechtsunsicherheit hätte mit der Annahme der Niederlassungsfreiheit und der damit einhergehenden Fortgeltung der Gründungstheorie beseitigt werden können.⁷⁸

Auch ist zugunsten der Anwendung der Gründungstheorie anzumerken, dass in Abs. 10 der Präambel des EU-UK TCA eventuelle finanzielle Risiken für kleine und mittlere Unternehmen angesprochen werden. So kann die Umqualifizierung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft dazu führen, dass diese u.a. aufgrund des geänderten Haftungsregimes vermehrt mit wirtschaftlich gravierenden Folgen zu rechnen haben.

Jedoch gilt zu beachten, dass sich nur mit „erheblichem Auslegungs- und Argumentationsaufwand“ eine Niederlassungsfreiheit aus dem Abkommen ergibt.⁷⁹ Eine Auslegung ausschließlich aus dem Abkommen selbst genügt nicht für die Begründung einer Niederlassungsfreiheit. Stattdessen müssen für die Auslegung des Abkommens weitere (z.B. CETA) hinzugezogen werden, um eine ausreichende Auslegungsgrundlage zu schaffen. Unterstützend hierfür wurde in Abs. 5 der Präambel des EU-UK TCA vereinbart, dass eine ordnungsgemäße Auslegung gewährleistet sein soll. Eine ordnungsgemäße Auslegung staatsvertraglicher Normen wird über deren Sinn und Zweck hergeleitet, immer im Hinblick auf die Sicherstellung internationaler Einheitlichkeit.⁸⁰ Bei der Weite dieser Auslegung, um eine Niederlassungsfreiheit anzunehmen, könnte auf den Sinn und Zweck des EU-UK TCA abgestellt werden. Dieser besteht unter anderem darin, den Handelsverkehr zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich auch nach dessen Austritt zu ermöglichen und aufrechtzuerhalten.⁸¹ Auch wird durch die Annahme einer Niederlassungsfreiheit die internationale Einheitlichkeit nicht gefährdet. Somit handelt es sich in diesem Fall um eine ordnungsgemäße Auslegung. Ebenso kann es aber auch dem Sinn und Zweck des EU-UK TCA entsprechen, keine Niederlassungsfreiheit anzunehmen.

Ebenfalls gilt zu beachten, dass ein diskriminierungsfreier Handel zwischen dem UK und der EU auch ohne Niederlassungsfreiheit möglich ist.⁸² Die Kapitalgesellschaften des UK sind in Deutschland weiter in Form von Personengesellschaften (oder e. K.) rechtsfähig und können somit in der EU und

⁷⁷ *Ego*, in: MüKo-AktG (Fn. 70), Europäisches Aktienrecht B. Europäische Niederlassung Rn. 25.

⁷⁸ Vgl. im Ergebnis *Schmidt* (Fn. 15), S. 232.

⁷⁹ *Kainer* (Fn. 52), S. 491.

⁸⁰ *v. Hein*, in: MüKo-BGB XII, 8. Aufl. 2021, EGBGB Art. 3 Rn. 191.

⁸¹ Vgl. hierzu u.a. Abs. 3, 8, 10, 16 der Präambel des EU-UK TCA.

⁸² **B. II. 2.**; *Schollmeyer* (Fn. 15), S. 694 f.

in Deutschland Handel treiben. Auch ist eine Niederlassungsfreiheit, in der Weite, in der sie der *EuGH* versteht,⁸³ gerade nicht für einen solchen Handel erforderlich.⁸⁴

Ebenfalls unter Beachtung der Präambel kann bei gleichzeitiger Berücksichtigung folgender Gesichtspunkte eine Niederlassungsfreiheit nicht angenommen werden. Zum einen wird in Abs. 7 der Präambel des Abkommens die Autonomie der jeweiligen Vertragsparteien vereinbart, auf die auch in Abs. 19 der Präambel und den Art. 1 des EU-UK TCA noch einmal Bezug genommen wird. Ebenso gilt zu beachten, dass in Abs. 10 der Präambel des Abkommens vereinbart wird, dass ein offener und sicherer Markt erhalten werden soll. Ein offener Markt ist auch ohne Niederlassungsfreiheit gegeben. Darüber hinaus ist die Anwendung der Gründungstheorie für einen sicheren Markt die gerade nicht vorteilhaft. Nach dem Brexit kann das *UK* seine handelsrechtlichen Vorschriften ändern, ohne dass die *EU* Einfluss darauf ausüben kann. Dies würde im Hinblick auf den Gläubiger-, den Kapitalerhaltungsschutz, evtl. Arbeitnehmerschutzinteressen und Rechtssicherheit zu Problemen führen. Würde das *UK* seine Rechtsgrundlagen hierfür ändern, könnte dies sich zu einem kollisionsrechtlichen Problem entwickeln. Dies spricht eher für die Anwendung der Sitztheorie als maßgebliches Kriterium.

Auch im Hinblick auf die Regelung in Anhang 20 Nr. 9 EU-UK TCA lässt sich schließen, dass eine Niederlassungsfreiheit gerade nicht vereinbart werden sollte.⁸⁵ Dort heißt es, dass zur Klarstellung angemerkt sei, dass die Verpflichtung zur Inländerbehandlung nicht mit den Anforderungen verbunden ist, welche auf die Behandlung juristischer Personen aus dem Vereinigten Königreich auszudehnen ist, die ihre Hauptverwaltung in der Union haben. Ebenfalls erwähnt wird dies im Anhang 21 Nr. 4 und im Anhang 22 Nr. 8 EU-UK TCA. Auch hieraus lässt sich also nur auf die Annahme der Sitztheorie schließen.⁸⁶

Weiterhin gilt festzuhalten, dass in Art. XXV Abs. 5 S. 2 Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsabkommen explizit die Anerkennung des rechtlichen Status einer juristischen Person vereinbart ist. Hieraus lässt sich ausschließlich

⁸³ *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017, C-106/16, *Polbud ./.* *Wykonawstwo*.

⁸⁴ *Schollmeyer* (Fn. 15), S. 694 f.

⁸⁵ *Schollmeyer* (Fn. 15), S. 695.

⁸⁶ Zum Ganzen: vgl. *OLG München*, *EuZW* 2021, 955 Rn. 22 – Ausführung zu *SERVIN-1* Nr. 10; *Reuter*, Parteilähigkeit einer britischen Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland nach dem Brexit, *GPR* 2022, 97 (98); *Schollmeyer* (Fn. 15), S. 695.

die Anwendung der Gründungstheorie ableiten.⁸⁷ Folgt man der Argumentation des *BGH*, dass sich aus Inländerbehandlung, Meistbegünstigung und Niederlassungsfreiheit die Gründungstheorie ergibt, so wurde vorliegend (im EU-UK TCA) kein Bezug auf die Niederlassungsfreiheit genommen bzw. diese nicht vereinbart. In diesem Punkt unterscheiden sich das Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den USA (und auch CETA) und das EU-UK TCA.⁸⁸ Somit kann sich auch unter Berücksichtigung bzw. Heranziehung der Regelungen der anderen angeführten Abkommen kein Anspruch auf Niederlassungsfreiheit ergeben, mithin auch keine Anwendung der Gründungstheorie.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass das *UK* aus der EU austreten wollte. Aufgrund dessen kann man nicht von einer Privilegierung ohne korrespondierende Lastentragung sprechen. Ansonsten käme man im Resultat zu einer „Rosinenpickerei“ zugunsten des *UK*.⁸⁹ Dies würde das *UK* ohne sachlichen Grund privilegieren, da das *UK* bewusst sowohl die EU als auch den EWR verlassen hat und auch bewusst im Abkommen keine diesbezüglichen Regelungen getroffen wurden.⁹⁰

Folgt man diesem Argumentationsstrang, so kommt man zu dem Ergebnis, dass sich aus dem EU-UK TCA eine Anwendung der Gründungstheorie bzw. eine Niederlassungsfreiheit gerade nicht ergeben kann. Der Vergleich zu anderen Abkommen (CETA, Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsabkommen) führt nicht zu einer solchen Anwendung. Auch gilt zu beachten, dass die Europäische Kommission vor einer solchen international-privatrechtlichen Behandlung von Drittstaatengesellschaften gerade zurückschreckte.⁹¹ Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass das *UK* jederzeit (bis zum 31.1.2020) vom Austrittsabkommen hätte zurücktreten können.⁹² Dies war jedoch aufgrund der politischen Lage nicht zu erwarten.

Es kommt im Ergebnis somit zur Anwendung der Sitztheorie nach deutschem Recht und zur Umqualifizierung sämtlicher *UK Limited* mit Satzungssitz im *UK*

⁸⁷ *BGH*, NZG 2003, 531 (532); zustimmend: *Großrichter/Zwirlein-Forschner*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 17), IPR Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Rn. 19.

⁸⁸ *Kainer* (Fn. 52), S. 491.

⁸⁹ *Jung*, Anwendung der Gründungstheorie auf Gesellschaften schweizerischen Rechts?, NZG 2008, 681 (684).

⁹⁰ Vgl. zum Ganzen: *Kainer* (Fn. 52), S. 491.

⁹¹ *Schollmeyer* (Fn. 15), S. 694 f.

⁹² *Ego*, in: MüKo-AktG (Fn. 70), Europäisches Aktienrecht B. Europäische Niederlassung Rn. 25.

und Verwaltungssitz in Deutschland in Personengesellschaften (bzw. e.K.).⁹³ Vorliegend kommen also die Ergebnisse durch die Anwendung der Sitztheorie einem „harten Brexit“ in Bezug auf Kapitalgesellschaften gleich. Problematisch bleibt, dass die Niederlassungsfreiheit als subjektives Recht zum Zeitpunkt der Eintragungen der Gesellschaften ihres Verwaltungssitzes in Deutschland vorlag.⁹⁴

2. Mögliche Einschränkungen der Sitztheorie

Fraglich ist daher, inwieweit die Anwendung der Sitztheorie den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit entspricht und falls nicht, inwieweit und wodurch die Sitztheorie eingeschränkt werden muss. Die haftungsbeschränkten *UK Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland werden durch Umqualifizierung zu persönlich haftenden Personengesellschaften oder Einzelkaufleuten.⁹⁵ Hierdurch würde die persönliche Haftung der Gesellschafter ohne deren Zutun und ohne dies vermeiden zu können, aufleben. Zu klären bleibt zum einen, ob dieser Umstand *ex tunc*⁹⁶ oder *ex nunc*⁹⁷ eintritt. Hierbei handelt es sich um eine rein sachrechtliche Frage, die einer grundsätzlichen Teilbarkeit nicht entgegensteht.⁹⁸ Würde die persönliche Haftung *ex tunc* aufleben, so würden die (Alt-) Gesellschafter gemäß § 128 S. 1 HGB (im Falle der Umqualifizierung in eine GbR: § 128 S. 1 HGB analog)⁹⁹ persönlich für Altverbindlichkeiten haften.¹⁰⁰ Zum anderen ist umstritten, ob ein vorübergehender Bestandsschutz für bestehende *UK Limiteds* in Betracht kommt.¹⁰¹ Auch im Falle einer *Limited & Co. KG* würde eine solche Umqualifizierung stattfinden, da auch eine Personengesellschaft persönlich haftende Gesellschafterin einer KG sein

⁹³ Hierzu unterstützend: *OLG München*, EuZW 2021, 955 Rn. 10 - keine Parteifähigkeit, mangels Rechtsfähigkeit, einer britischen Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland nach dem Brexit.

⁹⁴ Vgl. zum Ganzen, im Ergebnis: *Kainer* (Fn. 52), S. 491; *Schollmeyer* (Fn. 15), S. 694 f.; *BGH*, NZG 2021, 702.

⁹⁵ *Teichmann/Kainer*, Auswirkungen des Brexit auf das Gesellschaftsrecht, EuZW-Sonderausgabe 1/2020, 14 (19).

⁹⁶ *Freitag/Korch*, Gedanken zum Brexit – Mögliche Auswirkungen im Internationalen Gesellschaftsrecht, ZIP 2016, 1361 (1363).

⁹⁷ *Weller/Thomale/Benz*, Englische Gesellschaften und Unternehmensinsolvenzen in der Post-Brexit-EU, NJW 2016, 2378 (2381 f.).

⁹⁸ *v. Bary/Ziereis*, Rückwirkung in grenzüberschreitenden Sachverhalten: Zwischen Statutenwechsel und ordre public, RabelsZ 85, 146 (162).

⁹⁹ Folgend wird § 128 S. 1 HGB zitiert, gemeint ist, § 128 S. 1 HGB für die OHG und § 128 S. 1 HGB analog für die GbR.

¹⁰⁰ *Ego*, in: MüKo-AktG (Fn. 70), Europäisches Aktienrecht B. Europäische Niederlassungsfreiheit Rn. 20 f; *Reuter*, (Fn. 86), S. 99.

¹⁰¹ Vgl. im Ergebnis: *Teichmann/Kainer* (Fn. 95), S. 14.

kann.¹⁰² Dies führt zwangsläufig, auch wenn die Komplementärin durch eine UG ersetzt werden würde, im Hinblick auf § 160 Abs. 1 HGB zu einer persönlichen (Nach-)Haftung der Gesellschafter.¹⁰³

Vorerst gilt zu klären, ob der Umstand im Allgemeinen *ex tunc* oder *ex nunc* wirkt. Teilweise wird der Wechsel des Statuts an allgemeine Grundsätze des intertemporalen Rechts angeglichen.¹⁰⁴ Hierbei wird an Art. 220 Abs. 1 EGBGB angeknüpft, worin Übergangsvorschriften zur Neuregelung des internationalen Privatrechts festgehalten werden. So wird im internationalen Familien-, Sachen- oder auch Erbrecht diskutiert und angenommen, dass bei einem Statutenwechsel das neue Statut lediglich „*pro futuro*“ gilt.¹⁰⁵ Es kommt also zu einem Statutenwechsel mit *ex nunc* - Wirkung. Jedoch gilt zu beachten, dass eine dem Art. 220 Abs. 1 EGBGB entsprechende Regelung für das Gesellschaftsrecht gerade nicht getroffen wurde.¹⁰⁶ Ebenfalls ergibt sich aus §§ 128 S. 1, 129 HGB auch eine akzessorische und persönliche Haftung der Gesellschafter für Altschulden der Gesellschaft. Zusätzlich ist zu bedenken, dass durch den Statutenwechsel zur Personengesellschaft¹⁰⁷ die Insolvenzantragspflicht gemäß § 15a Abs. 1 InsO nicht mehr zum Tragen kommt, wodurch ein wichtiger Baustein des Systems des Gläubigerschutzes entfällt.¹⁰⁸ Ebenfalls begünstigend für eine Rückwirkung ist die bewirkte Kontinuität des Rechtsträgers.¹⁰⁹ Somit ist davon auszugehen, dass der Statutenwechsel *ex tunc* wirkt.¹¹⁰ Hiernach haften die Gesellschafter also für Altverbindlichkeiten.

Fraglich ist, inwieweit dies unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes möglich und ob hierfür eine teleologische Reduktion des § 128 S. 1 HGB erforderlich ist.

a) Teleologische Reduktion des § 128 HGB aufgrund anerkannter Grundsätze

In Betracht kommt eine teleologische Reduktion des § 128 S. 1 HGB nach bereits anerkannten Grundsätzen zugunsten der Gesellschafter. Diese könnte

¹⁰² OLG Celle, NZG 2012, 667 (667).

¹⁰³ Dostal, in: Münchener Anwaltshandbuch: GmbH-Recht, 4. Aufl. 2018, § 26 Rn. 481.

¹⁰⁴ Heß, Intertemporales Privatrecht, 1. Aufl. 1998, S. 237 ff.

¹⁰⁵ Freitag/Korb (Fn. 96), S. 1363.

¹⁰⁶ Mäsch/Gausing/Peters (Fn. 27), S. 53.

¹⁰⁷ Ausgenommen GmbH & Co KG, diese kann in der Konstellation nicht vorliegen.

¹⁰⁸ Freitag/Korb (Fn. 96), S. 1363; vgl. hierzu auch: Hess, Back to the Past: BREXIT und das europäische internationale Privat- und Verfahrensrecht, IPRax 2016, 409 (416).

¹⁰⁹ Teichmann/Kainer (Fn. 95), S. 19.

¹¹⁰ Mayer/Manz, Der Brexit und seine Folgen auf den Rechtsverkehr zwischen der EU und dem Vereinigte Königreich seit dem 1.1.2021, BB 2021, 451 (452); Ego, in: MüKo-AktG (Fn. 70), Europäisches Aktienrecht B. Europäische Niederlassung Rn. 206.

individualvertraglich oder auch konkludent ausgestaltet sein.¹¹¹ Eine vertragliche Reduktion ist im EU-UK TCA aber nicht vereinbart. Es bleibt somit lediglich eine konkludente Reduktionsmöglichkeit. Zwar ist ein Ausschluss, der zwischen Gesellschaftern geschlossen wurde, nur im Innenverhältnis wirksam, § 128 S. 2 HGB, jedoch kann auch eine Vereinbarung mit dem Gläubiger getroffen werden.¹¹² Möglich ist dies auch stillschweigend, aber nur dann, wenn der Dritte, also der Gläubiger, nach den Umständen des Einzelfalls das Festhalten an der Haftung des Gesellschafters hätte erklären müssen.¹¹³ Von diesem Umstand kann vorliegend nicht ausgegangen werden, da die Gläubiger dieser Gesellschaften nicht damit rechnen konnten, dass die Gesellschafter persönlich für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften würden und es zu einer Umqualifizierung kommen würde.

Anderenfalls bleibt noch der institutionelle Haftungsausschluss wegen kapitalistischer Eigenart (geschlossene Immobilienfonds¹¹⁴).¹¹⁵ Dies wurde durch den *BGH* für jene Gesellschaften mit einem festen Anlegerkreis angenommen, bei welchen von Anfang an das Investmentvolumen vereinbart wurde.¹¹⁶ Daraus lässt sich schließen, dass die Beteiligung an diesen Fonds lediglich einer Kapitalanlage gleicht, weshalb die Vertragspartner nicht treuwidrig, unangemessen oder überraschend benachteiligt wurden.¹¹⁷ Hiervon kann aber bei einer *UK Limited* nicht ausgegangen werden, da diese nicht als geschlossener Fonds auftritt, sondern als allgemein werbend tätige Gesellschaft. Eine ausreichend vergleichbare Position liegt also nicht vor.¹¹⁸

Somit ist ein sich aus einer teleologischen Reduktion nach anerkannten Grundsätzen ergebenden Haftungsausschluss nicht möglich, da der Schutzvorschrift des § 128 S.1 HGB nicht ausreichend Genüge getan würde.

b) Vertrauensschutz für Neugesellschaften

Es könnte ein Vertrauensschutz für Neugesellschaften in Frage kommen. Wie Neugesellschaften zu definieren sind, ist umstritten. Teilweise wird an

¹¹¹ Vgl. *Nazari-Khanachayi*, Gesellschaftsrechtliche Folgen des Brexit: Zum Problem der drohenden persönlichen und unbeschränkten Haftung der Gesellschafter für „Altverbindlichkeiten“, WM 2017, 2371 (2375).

¹¹² *BGH*, BB 1971, 975 ff.

¹¹³ *Roth*, in: Baumbach/Hopt, 40. Aufl. 2020, § 128 Rn. 38.

¹¹⁴ *BGH*, NJW 2002, 1642 ff.

¹¹⁵ Vgl. *Nazari-Khanachayi* (Fn. 111), S. 2376.

¹¹⁶ *BGHZ* 150, 1 (4).

¹¹⁷ Vgl. zum Ganzen: *Nazari-Khanachayi* (Fn. 111), S. 2376.

¹¹⁸ a.A.: *Nazari-Khanachayi* (Fn. 111), S. 2376.

Gesellschaften angeknüpft, die nach dem Referendum gegründet bzw. ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt haben.¹¹⁹ Andernfalls kann an den 31.1.2020 oder an den Ablauf der Übergangsfrist, am 31.12.2020 angeknüpft werden.¹²⁰ Neugesellschaften sind in diesem Zusammenhang solche, die nach dem Inkrafttreten des Austrittsabkommens gegründet wurden, bzw. dann ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt haben. Der Übergangszeitraum ist hierfür nicht relevant, da zu diesem Zeitpunkt bereits klar war, dass das UK kein Mitglied der EU und somit auch das Primär- und Sekundärrecht nicht mehr anwendbar sein würde. Vor dem 31.1.2020 hätte das UK jederzeit einseitig den Rücktritt des Austritts bekanntgeben können. Danach besteht kein schutzwürdiges Interesse der Gesellschafter mehr, da auch mit einem „harten Brexit“ zu rechnen war. Somit sind als Neugesellschaften diejenigen zu betrachten, die ihren Verwaltungssitz nach dem 31.1.2020 nach Deutschland verlegt haben. Diese Gesellschaften des UK waren zu keinem Zeitpunkt durch die Niederlassungsfreiheit aus Artt. 49, 54 AEUV geschützt und können somit kein solches Vertrauen genießen. Insofern kann für Neugesellschaften kein Vertrauensschutz bestehen.

c) Vertrauensschutz für Altgesellschaften

Möglich wäre aber ein Vertrauensschutz zugunsten der Altgesellschaften. Altgesellschaften sind solche Gesellschaften des UK, die vor dem Inkrafttreten des Austrittsabkommens schon bestanden und ihren Verwaltungssitz bereits davor nach Deutschland verlegt hatten. Diese Gesellschaften haben das Recht auf Niederlassungsfreiheit innerhalb der Union genossen. Somit könnte ihnen zumindest in Bezug auf die Anwendung von § 128 S. 1 HGB, also dem Nichtbestehen der rückwirkenden persönlichen Haftung, ein Vertrauensschutz zustehen.

aa) Vertrauensschutz aus europäischem Recht

Ein solcher Vertrauensschutz könnte sich aus dem Primär- oder Sekundärrecht ergeben. In Betracht kommt hier der mögliche Fortbestand der Artt. 49, 54 AEUV. Fraglich ist, ob diese auch nach dem Austritt eines EU-Mitgliedsstaats ihre Wirkung, zumindest als Vertrauensschutz, entfalten. Maßstab ist Art. 50 EUV, die Möglichkeit des Austritts aus der Union. Lässt dieser einen Vertrauensschutz zu oder bestimmt einen solchen, so kann ein schutzwürdiges Vertrauen der Gesellschaften bestehen. Art. 50 Abs. 3 EUV gibt

¹¹⁹ *Weller/Thomale/Zwirlein*, Brexit: Statutenwechsel und Acqis communautaire, ZEuP 2018, 892 (903).

¹²⁰ *Ebd.*

jedoch vor, dass nach Inkrafttreten des Austrittsabkommens sämtliche Verträge auf den Austrittsstaat keine Anwendung mehr finden. Hieraus ergibt sich, dass die Grundrechte der EU sowie deren Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit nicht mehr anwendbar sind, sodass sich daraus auch kein Vertrauensschutz ergeben kann.¹²¹ Auch ergibt sich aus dem EU-UK TCA kein Tatbestand, der ein auf Artt. 49, 54 AEUV basierenden Vertrauensschutz rechtfertigt.¹²² Ein europäischer Vertrauensschutz ist somit nicht ersichtlich.

bb) Vertrauensschutz aus deutschem Recht

Es könnte sich jedoch aus dem deutschen Recht ein Vertrauensschutz ergeben, der zugunsten der Kapitalgesellschaften des UK gilt.

(1) Einfachgesetzlicher Vertrauensschutz

Ein Fortbestehen der *UK Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland könnte sich bereits aus einfachgesetzlichen Regelungen ergeben. Entwickeln könnte sich dieser aus dem Rechtsgedanken des Art. 7 Abs. 2 EGBGB. Danach wird die Rechts- und Geschäftsfähigkeit natürlicher Personen nach dem Recht ihrer Staatsangehörigkeit beurteilt. Absatz 2 bestimmt, dass diese Fähigkeit durch Wohnsitzwechsel in den Wirkungsgrad eines anderen Statuts nicht beeinträchtigt wird. Wer zum Beispiel als Deutscher mit Vollendung des 18. Lebensjahres voll geschäftsfähig geworden ist (§ 2 BGB), wird nicht wieder in die rechtsfähige Position eines Minderjährigen zurückgestuft, wenn er eine andere Staatsbürgerschaft erhält und nach dessen Rechtsordnung erst im Alter von 21 Jahren die Volljährigkeit erlangt.¹²³ Eine Anwendung des Art. 7 EGBGB kann jedoch, auch analog, nicht angenommen werden, da Art. 7 EGBGB ausschließlich und ganz bewusst nur von der Rechts- und Geschäftsfähigkeit natürlicher Personen spricht und somit nicht auf juristische Personen angewandt werden kann.¹²⁴ Angedacht wird aber ein Rückgriff auf den Rechtsgedanken des Absatz 2 im Fall des Brexits, bei welchem zwar bewusst nicht von juristischen Personen gesprochen wurde, dies jedoch kein Verbot darstellt.¹²⁵ Diesem kann ohne Rechtsgrundlage einfachgesetzlich nicht gefolgt werden, da eine analoge Anwendung aus genannten Gründen ausscheidet. Somit scheidet eine

¹²¹ *Grzeszick/Verse* (Fn. 43), S. 1132.

¹²² *Ebd.*

¹²³ *Mäsch/Gausing/Peters* (Fn. 27), S. 54.

¹²⁴ *Lipp*, in: MüKo-BGB XII, 8. Aufl. 2020, EGBGB Art. 7 Rn. 1; *Mäsch*, in: BeckOK-BGB (Fn. 72), EGBGB Art. 7 Rn. 2.

¹²⁵ *Mäsch/Gausing/Peters* (Fn. 27), S. 55.

Anwendung des Art. 7 Abs. 2 EGBGB (analog) und auch dessen Rechtsgedankens ohne Rechtsgrundlage.

(2) Verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz

Schließlich kommt ein verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz in Betracht. Dieser besteht dann, wenn ein Vertrauenstatbestand, welcher Rechtssicherheit gewährt, nachträglich durch ein neues Gesetz verändert wird.¹²⁶ Ein solcher Eingriff wird als Rückwirkung bezeichnet. Diese Rückwirkung muss aber mit dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip vereinbar sein, ein Verbot einer solchen ergibt sich also aus Art. 20 Abs 3 GG.¹²⁷

(a) Vorliegen einer die Rückwirkung begründenden Gesetzesänderung

Es müsste sich um eine Gesetzesänderung des deutschen Gesetzgebers handeln. Vorliegend hat jedoch nicht der deutsche Gesetzgeber gehandelt, sondern der des UK, indem der Austritt aus der EU beschlossen wurde. Fraglich ist aber, ob die Bundesrepublik eine Mitverantwortung aufgrund des geschaffenen Vertrauenstatbestands trägt. Der Tatbestand, an den hier angeknüpft wird, muss nicht zwingend aus einem vom deutschen Gesetzgeber verabschiedeten Gesetz resultieren, sondern kann auch durch dessen Verhalten und Mitverantwortung entstehen.¹²⁸ In Betracht kommt hierfür die aus der EU-Mitgliedschaft resultierende Möglichkeit, dass sich Gesellschaften anderer Mitgliedsländer in Deutschland niederlassen.¹²⁹ Auch gilt zu berücksichtigen, dass diese Niederlassungsfreiheit gebilligt und bis zum 31.12.2020 auch angewandt wurde. Vorliegend geht es also um die „Verlässlichkeit der Rechtsordnung“^{130,131} „Der Gesetzgeber ist [...] bei der Aufhebung oder Modifizierung geschützter Rechtspositionen, auch wenn der Eingriff verfassungsrechtlich zulässig ist, auf Grund des rechtsstaatlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit verpflichtet, eine angemessene Übergangsregelung zu treffen.“¹³² Die hier geschützte Rechtsposition ist die Niederlassungsfreiheit der britischen Kapitalgesellschaften. Zwar ist der deutsche Gesetzgeber nicht unmittelbar verantwortlich für die Änderung der Rechtslage, jedoch hätte er bei einem so

¹²⁶ BVerfG, NVwZ 2013, 1004 ff.

¹²⁷ Vgl. Grzeszick/Verse (Fn. 43), S. 1132.

¹²⁸ Ebd., S. 1133.

¹²⁹ Ebd.

¹³⁰ BVerfG, NVwZ 2013, 1004 (1005).

¹³¹ Jarass, in: Jarass/Pieroth, 16. Aufl. 2020, Art. 20 Rn. 95.

¹³² BVerfGE 58, 300 (351); vgl. auch BVerfG, NVwZ 2017, 1111 (1124).

gewichtigen Eingriff tätig werden und zumindest eine Übergangslösung schaffen müssen.

Von dem deutschen Gesetzgeber wurde allerdings eine Regelung zugunsten der betroffenen Gesellschaften und Gesellschafter getroffen. So wurde der § 122m UmwG mit Wirkung zum 1.1.2019 eingeführt, der die grenzüberschreitende Verschmelzung von Gesellschaften mit Satzungssitz im UK ermöglicht.¹³³ Nach dieser Norm hätten Gesellschaften aus dem UK bis spätestens zum 31.12.2020 einen Verschmelzungsvertrag notariell beurkunden lassen müssen und würden dann für zwei Jahre oder bis zum Ende des Verschmelzungsvorgangs Bestandsschutz genießen. Diese Regelung müsste aber dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen. Damit die gewünschte Rechtsfolge des § 122m UmwG eintreten kann, müssen neben diesen Voraussetzungen auch die §§ 122a ff. UmwG erfüllt werden. So ist eine Verschmelzungsbescheinigung, § 122l Abs. 1 S. 2 UmwG, mit der Anmeldung einzureichen, die nicht älter als 6 Monate sein darf.¹³⁴ Diese muss aufgrund der durch die Umsetzungsvorschriften des Vereinigten Königreichs zu Art. 127 der GesR-RL von der für die übertragende Gesellschaft zuständigen Stelle im Vereinigten Königreich ausgestellt werden.¹³⁵ Problematisch wird dies dadurch, dass das englische *Companies House* sich standhaft weigert, den grenzüberschreitenden Formwechsel einzutragen, wie ein Schreiben¹³⁶ vom 8.2.2017 aufzeigt.¹³⁷ In diesem Schreiben spricht das *Companies House* davon, dass das UK eine Verschmelzung aus dem UK heraus ohne deren Auflösung nicht zulässt.¹³⁸ Hierbei ignoriert das *Companies House* die Rechtsprechung des *EuGH*.¹³⁹ Zusätzlich zu dieser Aussage ist das UK nach dem Austritt aus der Union nicht mehr an die Gesellschaftsrechtsrichtlinie gebunden und muss und wird somit auch nach dem 1.1.2021 keine Verschmelzungsbescheinigungen mehr ausstellen.¹⁴⁰ Die Wirkung des § 122m UmwG hält sich somit in Grenzen, da die

¹³³ BGBl. I 2018, S. 2694.

¹³⁴ Klett, in: Habersack/Wicke, 2. Aufl. 2021, § 122l Rn. 23.

¹³⁵ Drinhausen, in: Semler/Stengel/Leonard, 5. Aufl. 2021, § 122m Rn. 6.

¹³⁶ Schreiben des *Companies House* v. 8.2.2017, abrufbar unter: https://www.heckschen-vandelloo.de/cdn/user_upload/content/pdf/rechtsprechung/schreiben-companies-house-08-02-2017.pdf (zuletzt aufgerufen am 10.6.2022).

¹³⁷ Heckschen, Der Brexit und ausgewählte gesellschaftsrechtsrechtliche Fragen aus deutscher Sicht, NotBZ 2017, 401 (404).

¹³⁸ Übersetzt aus dem Englischen, im Original: „The UK does not have procedures in place to allow transfers of companies out of England and Wales (or Scotland or Northern Ireland) without the company dissolving[...].“

¹³⁹ Heckschen, in: Widmann/Mayer (Fn. 9), § 122m Rn. 7.

¹⁴⁰ Vgl. Schmidt (Fn. 15), S. 237, Rn. 48, 53.

Mühen einer Verschmelzung wegen der Versagung der Bescheinigung durch das *Companies House* ins Leere laufen werden. Selbst wenn man § 122m UmwG so auslegen würde, dass ein Verschmelzungsbescheinigung nicht nötig wäre, so würde eine *UK Limited* im UK weiter als solche bestehen und in Deutschland dagegen beispielsweise als GmbH. Eine solche Rechtsunsicherheit kann nicht gewollt sein, folglich ist eine solche Auslegung nicht zulässig¹⁴¹ (sog. Statutenverdopplung)¹⁴². Die durch den deutschen Gesetzgeber verabschiedete Regelung des § 122m UmwG im 4. UmwÄndG läuft, mangels Zusammenarbeit der britischen Behörden und mangels europäischen Zwanges, praktisch leer.¹⁴³ Hätte eine *UK Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland einen solchen, den Voraussetzungen des § 122m UmwG entsprechenden, notariellen Vertrag bereits vor dem 31.12.2020 beurkundet, so würde nach Ablauf der Zweijahresfrist mangels Nachreichung der Verschmelzungsbescheinigung die Verschmelzung fehlschlagen. Somit würde es zwangsläufig zur Umqualifizierung der Gesellschaft in eine Personengesellschaft (oder e. K.) kommen und den Gesellschaftern wäre vorübergehend, jedoch maximal für zwei Jahre, geholfen. Im Anschluss würden dann ohne eine zufriedenstellende Verhinderungsmöglichkeit dieselben Rechtsfolgen eintreten.

Hieraus folgt, dass die durch den deutschen Gesetzgeber getroffenen Regelungen nicht ausreichen, um die schwerwiegenden, aus dem Wegfall der Niederlassungsfreiheit resultierenden Folgen zu vermeiden. Zwar ist dem deutschen Gesetzgeber ein Entscheidungsspielraum gegeben, inwieweit die Übergangsvorschrift die Rechtsfolgen abmildert, bzw. wie die Vorschrift wirkt.¹⁴⁴ Jedoch kann eine ins Leere laufende Vorschrift nicht genügen, da alternative Regelungen hätten getroffen werden müssen. Es ist also keine der Verhältnismäßigkeit genügenden Gegenmaßnahme getroffen worden.

(b) Bestehen einer solchen Rückwirkung

Da dem deutschen Gesetzgeber zumindest eine Mitverantwortung unterstellt werden kann, gilt es zwischen einer echten und unechten Rückwirkung zu unterscheiden.¹⁴⁵ Eine echte Rückwirkung liegt vor, soweit in bereits abgeschlossene Tatbestände eingegriffen wird, die also der Vergangenheit angehören und es sich um eine Rückwirkung von Rechtsfolgen handelt.¹⁴⁶

¹⁴¹ Vgl. *Schmidt* (Fn. 15), S. 237 Rn. 54.

¹⁴² Vgl. *Ebd.*, S. 231 Rn. 11.

¹⁴³ Vgl. *Ebd.*, S. 237 Rn. 55.

¹⁴⁴ BVerfGE 76, 256 (259); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Fn. 131), Art. 20 Rn. 108.

¹⁴⁵ BVerfGE 11, 139 (145 f.); *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*, 94. EL 2021, Art. 20 Rn. 76.

¹⁴⁶ BVerfGE 127, 1 (16 f.).

„Soweit belastende Rechtsfolgen einer Norm erst nach ihrer Verkündung eintreten, tatbestandlich aber von einem bereits ins Werk gesetzten Sachverhalt ausgelöst werden, liegt eine ‚unechte‘ Rückwirkung vor.“¹⁴⁷ Es ist somit entscheidend, zu welchem Zeitpunkt die Änderung ihre Wirkung entfaltet.

(aa) Abgeschlossene Tatbestände

Der Statutenwechsel tritt, aus genannten Gründen, *ex tunc* in Kraft. Es wären also auch Altverbindlichkeiten von dem Eingriff betroffen. Altverbindlichkeiten sind als bereits abgeschlossene Sachverhalte zu verstehen, in die nachträglich eingegriffen wird.¹⁴⁸ In diesem Bezug handelt es sich also um eine echte Rückwirkung.¹⁴⁹ Fraglich ist, wie diese zu behandeln ist.

Echte Rückwirkungen sind grundsätzlich unzulässig.¹⁵⁰ Dies ergibt sich aus dem besonders schutzwürdigen Interesse des Bürgers auf Fortbestand bereits abgewickelter Tatbestände ebenso wie aus dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG.¹⁵¹ Jedoch kann zur Vermeidung der Ankündigungseffekte bei einer echten Rückwirkung ein den Vertrauensschutz ausnahmsweise überwiegender Tatbestand vorliegen, soweit ein zwingender Grund des Allgemeinwohls diesen rechtfertigt.¹⁵² Hierfür wurden mehrere Fallgruppen entwickelt, bei deren Vorliegen der einschlägigen Voraussetzungen eine echte Rückwirkung zulässig wird.

Der einzig in Frage kommende Tatbestand besteht, soweit der betroffene Kreis, also alle Gesellschafter der *UK Limited*, damit rechnen mussten, dass eine Änderung bevorsteht, bzw. diese rückwirkend in Kraft tritt.¹⁵³ Vorliegend könnte man den Gesellschaftern der Kapitalgesellschaften des *UK* unterstellen, dass diese mit dem Wegfall der Niederlassungsfreiheit und dem damit verbundenen Haftungsschutz hätten rechnen müssen. Dem kann entgegengehalten werden, dass es zwar möglich gewesen war, dass diese Rechtsfolge eintreten würde, jedoch wurden die betroffenen Gesellschafter in dem Vertrauen gestärkt, dass eine, zumindest rückwirkende Rechtsfolge, nicht eintreten wird, da die Niederlassungsfreiheit innerhalb des Übergangszeitraums von der EU bestätigt wurde. Dies hat das Vertrauen geweckt und auch aufrechterhalten, dass

¹⁴⁷ *BFH*, DStR 2012, 1914 (1916).

¹⁴⁸ *Mäsch/Gausing/Peters* (Fn. 27), S. 54.

¹⁴⁹ Vgl. im Ergebnis: *Grzeszick/Verse* (Fn. 43), S. 1134.

¹⁵⁰ BVerfGE 13, 261 (271); 25, 371 (403); 30, 367 (385 f.); *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Fn. 145), Art. 20 Rn. 80.

¹⁵¹ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Fn. 145), Art. 20 Rn. 80.

¹⁵² *Ebd.*, Rn. 82.

¹⁵³ Vgl. etwa BVerfGE 13, 261 (272).

zumindest die bis zum 31.12.2020 abgeschlossenen Geschäfte noch von der Durchgriffshaftung ausgenommen und somit geschützt seien.¹⁵⁴ Die betroffenen Gesellschafter mussten also nicht davon ausgehen, dass auch in die bereits abgeschlossenen Tatbestände eingegriffen wird.

Es liegt also eine unzulässige echte Rückwirkung in die bereits zum 31.12.2020 abgeschlossenen Sachverhalte vor.

(bb) Offene und nachfolgende Tatbestände

Überdies können auch noch offene Tatbestände vorliegen. Diese sind Rechtsverhältnisse, die nach altem Sachrecht begründet und unter dem neuen Statut wirksam fortbestehen.¹⁵⁵ Hierbei entscheidet das neue Statut auch darüber, ob und inwieweit das Unternehmen die bisher verwirklichten Ansätze anerkennt.¹⁵⁶ Damit sind also Sachverhalte angesprochen, die nicht zum 31.12.2020 abgeschlossen, davor aber bereits begründet waren. Hierbei handelt es sich um eine unechte Rückwirkung, da belastende Rechtsfolgen erst nach ihrer Verkündung eintreten, tatbestandlich aber von einem bereits ins Werk gesetzten Sachverhalt ausgelöst wurden.¹⁵⁷ Die aus der Umqualifizierung resultierenden Rechtsfolgen treten also *ex nunc* ein. Somit sind hiervon offene und nachfolgende Sachverhalte, also solche die erst seit dem 1.1.2021 abgeschlossen wurden, betroffen.

Ein solcher Eingriff wird als grundsätzlich zulässig angesehen.¹⁵⁸ Unzulässig ist er dann, wenn infolge einer Abwägung zwischen dem Vertrauensschutz des Einzelnen und dem Wohl der Allgemeinheit das Vertrauen des Einzelnen, hier also der Gesellschafter, überwiegt.¹⁵⁹ Durch die Umqualifizierung der Gesellschaften wird bei den Gesellschaftern der *UK Limited* in die Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG, und die Vereinigungsfreiheit, Art. 9 Abs. 1 GG, eingegriffen; zudem wird die Eigentumsgarantie, Art. 14 Abs. 1 GG berührt. Im Falle der Deutschengrundrechte aus Art. 12 GG und Art. 9 GG wird darauf hingewiesen, dass es sich bei den betroffenen Gesellschaftern um Deutsche (Art. 116 Abs. 1 GG) oder Unionsbürger:innen (dann in Verbindung mit

¹⁵⁴ Zur Vertrauensbestätigung: *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 1. Aufl. 2002, S. 307 f.

¹⁵⁵ *Mäsch/Gausing/Peters* (Fn. 27), S. 54.

¹⁵⁶ *Thorn/Hoffmann*, in: Hoffmann/Thorn, 9. Aufl. 2007, § 5 Rn. 105.

¹⁵⁷ *Grzeszick/Verse* (Fn. 43), S. 1134.

¹⁵⁸ BVerfGE 30, 392 (404); 63, 152 (175); 72, 141 (154); *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Fn. 145), Art. 20, Rn. 88.

¹⁵⁹ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Fn. 145), Art. 20 Rn. 89 ff.; vgl. auch: *Schwarz* (Fn. 154), S. 310 ff.

Art. 18 AEUV) handeln muss, da Angehörige anderer Staaten bei diesen Grundrechten ausschließlich durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt sind.¹⁶⁰ Es gilt hierbei zu berücksichtigen, dass über den gesamten Austrittszeitraum hinweg der Abschluss eines Austrittsabkommens angestrebt wurde.¹⁶¹ Gleichzeitig war aber auch während des kompletten Verhandlungszeitraums ein „harter“ Brexit nicht endgültig auszuschließen.¹⁶²

Wiegt man die Grundrechte der Gesellschafter nun gegen das Gemeinwohlinteresse ab, so sind letztendlich die Gesellschafts- und Gesellschafterinteressen den Gläubigerinteressen, unter Berücksichtigung der Abreitnehmerinteressen der einzelnen Gesellschaften gegenüberzustellen.¹⁶³

Problematisch ist hierbei, dass durch den Austritt des UK aus der EU sämtliche Regelungen, die sich aus der Gesellschaftsrichtlinie ergeben, einseitig vom UK abgeändert werden können.¹⁶⁴ So ist langfristig von einer Gläubigergefährdung auszugehen, die mit einer UK Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland Geschäfte betreiben. Dies wird auch dadurch bestärkt, dass das UK nicht mehr der gerichtlichen Kontrolle des *EuGH* untersteht, wodurch die Gläubiger ebenfalls benachteiligt werden.

Andererseits gilt zu beachten, dass für die Gesellschafter nicht absehbar war, dass eine Niederlassungsfreiheit in einem Handelsabkommen nicht vereinbart werden würde, soweit ein solches zustande kommt. Jedoch muss spätestens mit Inkrafttreten des Abkommens deutlich und erkennbar geworden sein, welche Rechtsfolgen den Kapitalgesellschaften mit Satzungssitz im UK und Verwaltungssitz in Deutschland droht.

Somit überwiegen das Gläubigerinteresse und das Allgemeininteresse die Grundrechte der Gesellschafter. Die unechte Rückwirkung ist somit zulässig, auch wenn der Gesetzgeber keinen ausreichenden Schutz ermöglicht hat.

(c) Rechtsfolgen der Rückwirkungen

Es liegt also sowohl eine echte Rückwirkung in Bezug auf die abgeschlossenen Tatbestände vor als auch eine unechte Rückwirkung für offene und nachfolgende

¹⁶⁰ Nach a.A. wird Art. 2 I GG auch für Unionsbürger:innen materiell mit dem besonderen Gehalt des Deutschen-Grundrechts angereichert (Vgl. hierzu *Vedder/Lorenzmeier/Wendel* in: v. Münch/Kunig, 7. Aufl. 2021, Art. 116 GG Rn. 27.).

¹⁶¹ *Grzeszick/Verse* (Fn. 43), S. 1135.

¹⁶² *Ebd.*, S. 1129.

¹⁶³ *Ebd.*, S. 1135; zustimmend auch: v. Bary/Ziereis (Fn. 98), S. 162 f.

¹⁶⁴ **B. III. 1.**

Tatbestände. Die unechte Rückwirkung ist zulässig und zieht somit keine Konsequenzen nach sich. Die echte Rückwirkung wiederum ist unzulässig, da hierdurch ungerechtfertigter Weise in Tatbestände eingegriffen wird, die bereits abgeschlossen sind. Hierfür hätte der Gesetzgeber eine angemessene Regelung treffen müssen, die die Gesellschafter schützt.

Somit ist vor einem verfassungsrechtlichen Hintergrund davon auszugehen, dass § 128 S. 1 HGB insoweit teleologisch reduziert werden muss, als dass für Verbindlichkeiten, die zum 31.12.2020 abgeschlossen waren, keine persönliche Haftung der Gesellschafter auflebt. Für sämtliche andere Verbindlichkeiten lebt die persönliche Haftung des § 128 S. 1 HGB dagegen auf. Vergleichbar ist diese Wirkung mit der Grundregel des intertemporalen Rechts.¹⁶⁵ Zwar ist dieses Institut hier mangels Eröffnung des Anwendungsbereichs nicht direkt anzuwenden,¹⁶⁶ jedoch ist dessen Rechtsgedanke hier durchaus passend.

Ein vorübergehender Vertrauensschutz, bzw. Bestandsschutz der Gesellschaften ist wiederum nicht zu erwarten, da hierfür die Einwirkung in die Grundrechte zu gering sind und der Gläubigerschutz, auch im Hinblick auf § 15 Abs. 1 InsO, nicht ausreichend gewahrt wäre. Zusätzlich gilt zu berücksichtigen, dass der Vertrauensschutz es gerade nicht gebietet, eine bestimmte begünstigende Rechtslage zu bewahren, um den Begünstigten „vor jeglicher Enttäuschung [...] [der] Erwartung“¹⁶⁷ zu schützen.¹⁶⁸

C. Fazit und Ausblick

Im Ergebnis lässt sich mithin festhalten, dass sich eine nach dem Recht des *UK* gegründete *UK Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland seit dem 1.1.2021 nicht mehr auf die Niederlassungsfreiheit gemäß Artt. 49, 54 AEUV berufen kann und sich auch aus dem *EU-UK TCA* kein Recht auf Niederlassungsfreiheit ergibt. Demnach ist für die *UK Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland die Sitztheorie anzuwenden.

Hierdurch kommt es zur Umqualifizierung der bestehenden *UK Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland. Diese sind seit dem 1.1.2021 als Personengesellschaften, also als GbR oder als OHG anzusehen. Sollte es sich bei der *UK Limited* um eine Ein-Personen-Limited gehandelt haben, so ist diese als

¹⁶⁵ *Neubaus*, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, 2. Aufl. 1976, S. 298.

¹⁶⁶ **B. III. 2.**

¹⁶⁷ *Robbers*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz VII, 139. EL 2009, Art. 20 Abs. 1 Rn. 2569.

¹⁶⁸ BVerfGE 76, 256, (349 f.).

Einzelkaufmann zu qualifizieren. Auch bei einer Limited & Co KG wird die Komplementärin also zur OHG, bzw. GbR umqualifiziert oder durch einen Einzelkaufmann ersetzt. Handelt es sich bei der Limited & Co KG um eine Ein-Personen-Limited, bei welcher der Gesellschafter der Limited dem alleinigen Kommanditisten entspricht, so wird die KG aufgelöst und dem Gesellschafter zugerechnet, da dieser sonst – insoweit nicht zulässig – zugleich alleiniger Komplementär und Kommanditist wäre.

Hierdurch lebt die persönliche Haftung der Gesellschafter auf, wodurch diese auch für Altverbindlichkeiten haften müssten. Hierbei ist davon auszugehen, dass ein temporaler Vertrauensschutz mit Fortbestand den Gesellschaftern nicht gewährt werden kann. Die Grundrechte der Gesellschafter überwiegen nicht gegenüber dem Allgemeininteresse und dem Gläubigerschutz.

Zugleich gilt festzuhalten, dass der Gesetzgeber mit § 122m UmwG keine dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügende Übergangslösung geschaffen hat. Diese läuft mangels Zusammenarbeit mit dem britischen *Companies House* in Bezug auf die Ausstellung der Verschmelzungsbescheinigung leer.

Im Fall der persönlichen Haftung der Altverbindlichkeiten gilt jedoch festzuhalten, dass nach Vertrauensschutzgrundsätzen für die Gesellschafter eine solche Rückwirkung unzulässig und unzureichend ist. Mangels tauglicher Rechtsgrundlage ist hierbei, im Hinblick auf den Rechtsgedanken des einfachen intertemporalen Rechts, eine teleologische Reduktion des § 128 S. 1 HGB vorzunehmen.

Es bleibt im Allgemeinen also abzuwarten, wie sich der *BGH* in dieser konkreten Frage der Anerkennung und der Haftung der *UK Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland äußert. Hierzu hat der *BGH*¹⁶⁹ im Jahr 2021 zwar bereits festgestellt, dass sich eine britische *Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland nicht weiter auf die Niederlassungsfreiheit gemäß Artt. 49, 54 AEUV berufen kann, wobei er sich nach dem intertemporalen Grundsatz der *ex temporis actus*¹⁷⁰ auf das geltende Recht während des Revisionsverfahrens stützte,¹⁷¹ jedoch ging er nicht weiter auf das *EU-UK TCA* ein. Auch die darauffolgende Entscheidung des *OLG München*,¹⁷² das einer solchen Gesellschaft die Prozessfähigkeit aberkannte, lässt

¹⁶⁹ *BGH*, NZG 2021, 692 ff.

¹⁷⁰ Siehe hierzu *Heß* (Fn. 104), S. 336.

¹⁷¹ *Zwirlein-Forschner* (Fn. 60), S. 362.

¹⁷² *OLG München*, EuZW 2021, 955 ff.

offen, inwieweit eine teleologische Reduktion des § 128 S. 1 HGB angemessen ist.

Gleichzeitig ist abzuwarten, ob der deutsche Gesetzgeber den § 122m UmwG nachbessert, oder ob, vergleichbar mit den Grundsätzen des intertemporalen Rechts, eine Änderung zumindest der klarstellenden Wirkung der Haftung für Altverbindlichkeiten gesetzlich verankert wird.