

Dr. Albert Schröder, RA/FAHaGesR/FAStR

Neue Umwandlungsmöglichkeiten – Notausgang für die Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland?

Das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland wird voraussichtlich mit Ablauf des 29.3.2019 aus der EU ausscheiden. Ob es für die Fortgeltung des EU-Rechts Übergangsregeln geben wird, ist auch nach Zustimmung des britischen Kabinetts am 14.11.2018 zum Brexit-Abkommen weiterhin unklar. Zahlreiche als englische Limited organisierte Unternehmen betreiben ihre Geschäftstätigkeit de facto aus Deutschland heraus, haben daher hier auch ihren Verwaltungssitz. Deren Fortbestand als Limited – und damit die Haftungsbeschränkung ihrer Gesellschafter – ist akut gefährdet. Es gibt mehr oder weniger praktikable Vorschläge zur Problemlösung. Die Bundesregierung hat am 10.10.2018 einen Gesetzesvorschlag vorgelegt, dessen Wirksamkeit fraglich ist und der überdies das eigentliche Problem – die hohen Kosten und Steuerrisiken der Rückkehr in eine Rechtsform deutschen Rechts – außer Acht lässt.

I. Die „deutsche“ Limited

Laut Schätzung der Bundesregierung gibt es derzeit noch etwa 8000 bis 10000 englische private companies limited by shares (Limited, Ltd.), die ihren Verwaltungssitz in Deutschland haben.¹ Nach einer Zählung von *Kornblum* waren Anfang 2018 insgesamt rund 7400 solcher Gesellschaften im deutschen Handelsregister registriert; in dieser Zahl sind die nicht mit ihrer deutschen „Zweigniederlassung“ im Handelsregister eingetragener Gesellschaften noch nicht enthalten.² Der deutsche Notarverein kommt zu ähnlichen Größenordnungen.³ Die Zahl der Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland war ab Ende der neunziger Jahre im Anschluss an einige Urteile des EuGH⁴ sprunghaft gestiegen, weil sich viele Gründer Vorteile davon versprochen, dass das englische Recht kein Mindestkapital vorschreibt. Ab 2008 sank die Zahl aber wieder, nachdem der deutsche Gesetzgeber durch das MoMiG⁵ die Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt), umgangssprachlich auch „Mini-GmbH“, eingeführt und damit ebenfalls auf ein gesetzliches Mindestkapital verzichtet hat. Das deutsche Kollisionsrecht folgt zwar grundsätzlich unbeirrt der Sitztheorie, wonach eine Gesellschaft nicht nach dem Recht desjenigen Staates zu beurteilen ist, in dem sie gegründet wurde und registriert ist, sondern nach dem Recht des Staates, in dem sie ihren faktischen Verwaltungssitz hat.⁶ Es müsste also der Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland die Anerkennung als Gesellschaft englischen Rechts verwehren, obwohl nach englischem Kollisionsrecht, das der Gründungstheorie folgt, allein der Ort der Gründung und Registrierung maßgeblich ist, unabhängig davon, wo sich der Verwaltungssitz befindet. Das deutsche Recht ist aber nach der Rechtsprechung des EuGH⁷ europarechtlich durch die Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) überlagert. Daher ist der deutsche Rechtsanwender für in England gegründete und registrierte Gesellschaften an die nach englischem Recht geltende Gründungstheorie gebunden und muss somit die Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland als englische Gesellschaft anerkennen.

Die Rechtsfähigkeit der „deutschen“ Limited und damit auch die Haftungsbeschränkung ihrer Anteilsinhaber hängen mit anderen Worten am seidenen Faden des Europarechts. Sobald das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland die EU verlassen hat und auch eine etwaige Übergangszeit abgelaufen ist, gilt wieder unverfälscht deutsches Recht. Die Limited gilt dann, wenn sie mehrere Gesellschafter hat, als Personengesellschaft (OHG oder GbR, je nachdem ob sie ein Handelsgewerbe betreibt), und bei nur einem Gesellschafter als Teil des Vermögens ihres Alleingesellschafters.⁸

Der Brexit-bedingte Wegfall der Haftungsbeschränkung kann nicht nur kleinere Unternehmen betreffen, sondern auch „groß gewordene“ ehemalige Startups und nicht zuletzt auch Konzerngesellschaften in der Rechtsform der Limited, deren Geschäfte längst de facto von bei der deutschen Muttergesellschaft angesiedelten Konzernmitarbeitern miterledigt werden.

Im Folgenden werden praktisch relevante Wege aus der Brexit-Falle erörtert.

II. Wechsel in eine deutsche Rechtsform nach bisherigem Recht

1. Asset Deal

Spontan mag man zur Rettung der „deutschen“ Limited an eine Einzelübertragung aller Vermögenswerte auf eine deutsche Gesellschaft, z. B. GmbH oder UG (haftungsbeschränkt) denken, die dann das Geschäft weiter betreibt. Die Furcht vor der Besteuerung stiller Reserven oder der Unübertragbarkeit laufender Vertragsbeziehungen und Ver-

1 Vgl. Regierungsentwurf vom 10.10.2018 für ein Viertes Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, dort unter A., vgl. https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsvorhaben/Dokumente/RegE_Umwandlungsgesetz.pdf?jsessionid=60D6C4D9B6DA74F63DF42D753E619F3D.2_cid297?__blob=publicationFile&v=2 (Abruf: 26.10.2018); s. dazu *Bayer/J. Schmidt*, BB 2018, 2562, 2578.

2 *Kornblum*, GmbHR 2018, 669, 670, 677.

3 Stellungnahme des Deutschen Notarvereins vom 18.9.2018 (zum vorangegangenen Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, vgl. https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsvorhaben/DE/Umwandlungsgesetz_viertes.html, Abruf: 25.10.2018), abrufbar unter www.dnotv.de/stellungnahmen/viertes-gesetz-zur-aenderung-des-umwandlungsgesetzes-referentenentwurf/ (Abruf: 26.10.2018), unter A.1.1.

4 EuGH, 9.3.1999 – C-212/97, Centros, Slg. 1999, I-1459, BB 1999, 810 m. BB-Komm. *Hausmann*, RIW 1999, 450 m. RIW-Komm. *Cascante*, NZG 1999, 298; EuGH, 5.11.2002 – C-208/00, Überseeering, Slg. 2002, I-9919, BB 2002, 2402, EWS 2002, 573 m. EWS-Komm. *Hirte*; EuGH, 30.9.2003 – C-167/01, Inspire Art, BB 2003, 2195, EWS 2003, 521 m. EWS-Komm. *Hirte*, NJW 2003, 3331; EuGH, 16.12.2008 – Rs. C-210/06, Cartesio, BB 2009, 11 m. BB-Komm. *Behme/Nohlen*, NJW 2009, 569.

5 Durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, BGBl. I 2008, 2026 („MoMiG“).

6 BGH, 22.11.2016 – II ZB 19/15, BB 2017, 460, RIW 2017, 305 m. RIW-Komm. *Pfeiffer*, NZG 2017, 347, 349, Rn. 21; BGH, 8.9.2016 – III ZR 7/15, BB 2016, 2571 m. BB-Komm. *von Oertzen*, NZG 2016, 1187, 1188, Rn. 13 (obiter dictum); BGH, 27.10.2008 – II ZR 158/06 „Trabrennbahn“, BB 2009, 14 m. BB-Komm. *Lamsa*, RIW 2009, 79, NJW 2009, 289, 290, Rn. 21; BGH, 21.3.1986 – V ZR 10/85, NJW 1985, 2194, BB 1986, 2153 Ls.

7 S. Fn. 4.

8 Im Detail s. V. 1.

bindlichkeiten dürfte dem aber in den meisten Fällen entgegenstehen. Vor allem aber würde damit die Haftung für bereits bestehende Gesellschaftsschulden nicht beseitigt: Im Moment des Brexit haften die (oder haftet der) Gesellschafter auch für die vor dem Brexit entstandenen Schulden.

Vorzugswürdig ist daher eine Umwandlung mit Gesamtrechtsnachfolge, die alle Aktive, Passiva und laufenden Geschäftsbeziehungen auf einen Schlag regelt – und nach Möglichkeit auch steuerneutral ist. Dafür gibt es verschiedene Möglichkeiten:

2. Grenzüberschreitende Verschmelzung und Sitzverlegung

Als probatestes Mittel zur Umwandlung in eine deutsche Rechtsform per Gesamtrechtsnachfolge gilt bislang die Gründung einer deutschen GmbH sowie die anschließende grenzüberschreitende Verschmelzung der Limited auf diese GmbH nach §§ 122a ff. UmwG. Vorteilhaft an diesem Weg ist, dass steuerlich ein gesicherter Rechtsrahmen zur Verfügung steht, der die Steuerneutralität grundsätzlich ermöglicht, jedenfalls solange die Besteuerung der stillen Reserven in Deutschland sichergestellt bleibt (§§ 11, 13 UmwStG).

Diskutiert wird auch die grenzüberschreitende und damit formwechselnde Verlegung des Satzungssitzes von England nach Deutschland, die nach der *Vale*- sowie der *Polbud*-Entscheidung des EuGH⁹ ebenfalls von der Niederlassungsfreiheit gedeckt ist und daher von den nationalen Rechtsordnungen zugelassen werden muss. Dafür gibt es zwar bereits praktische Beispiele, bislang aber noch keinen gesicherten Rechtsrahmen in Form von europäischem Richtlinien-, Verordnungs- oder nationalem Gesetzesrecht. Grenzüberschreitende Sitzverlegungen müssen daher praktisch zunächst mit den zuständigen Registergerichten abgeklärt werden, was den Vorgang zeit- und kostenintensiv macht. Im Verhältnis zu England wird überdies berichtet, dass das Companies Haus die *Vale*- und *Polbud*-Entscheidungen des EuGH praktisch nicht umsetzt.¹⁰ Da kaum davon auszugehen ist, dass sich diese Verweigerungshaltung gegenüber europäischem Recht in der Zeit bis zum Wirksamwerden des Brexit legen wird, ist ausgerechnet für die hier zu behandelnde englische Limited dieser Weg praktisch nicht gangbar.

Aus Praktikersicht scheitert eine Rettung der „deutschen“ Limited per grenzüberschreitender Verschmelzung oder Sitzverlegung ohnehin weniger am Mangel an rechtlichem Umwandlungs-Werkzeug als vielmehr am Aufwand. Gerade kleinere oder ehemals kleinere Unternehmen, die sich seinerzeit für die Rechtsform der Limited entschieden hatten, um das gesetzliche Mindestkapital für eine GmbH nicht aufbringen zu müssen, scheuen den Aufwand einer solchen Umwandlung. Der Dokumentationsaufwand ist beträchtlich (Bekanntmachung des Verschmelzungsplans in Deutschland und in England, unverzichtbarer Verschmelzungsbericht, Beurkundung der Verschmelzung nebst Zustimmungsbeschlüssen, alles zweisprachig deutsch/englisch, Antrag auf Verschmelzungsbescheinigung¹¹ und mündliche Verhandlung mit Gesellschaftern und/oder Gläubigern beim High Court,¹² Entscheidung des High Court¹³ in England, Handelsregisteranmeldungen Deutschland, dabei Notarzwang in Deutschland und Barristorzwang in England). Der Deutsche Notarverein bezeichnet die Kosten dieser Prozedur zu Recht als häufigen „Dealbreaker“, insbesondere im Hinblick auf die hohen Kosten in England, die im unteren fünfstelligen GBP-Bereich begännen.¹⁴

3. Exkurs: Übergangsfristen?

Für die Frage nach dem richtigen Gestaltungsmodell begrenzt ergiebig ist die Fragestellung, ob es Übergangsfristen für den Brexit allgemein oder für die Limited selbst geben wird. So wird etwa vorgeschlagen, der Limited analog Art. 7 Abs. 2 EGBGB für drei Jahre einen Bestandsschutz einzuräumen.¹⁵ Dagegen sprechen mehrere Argumente. Art. 7 Abs. 2 EGBGB ist eine Sondervorschrift für die Rechtsfähigkeit natürlicher Personen, die in unterschiedlichen Rechtsordnungen zu unterschiedlichen Zeiten eintreten kann (z. B. mit 18 oder mit 21 Jahren) und deren analoge Anwendung auf Gesellschaften bislang abgelehnt wird.¹⁶ Auch unterscheidet sich der Brexit-bedingte Statutenwechsel von dem der unterschiedlichen staatlichen Volljährigkeitsvorschriften dadurch, dass sich die Rechtsform des Zurechnungsobjekts bzw. im Fall des Alleingeschafters das Zurechnungsobjekt selbst ändert, während es im Volljährigkeitsfall um die Frage der familienrechtlichen Vertretung geht. Umgekehrt könnte man mit gleichem Recht eine Analogie zu Art. 43 Abs. 2 EGBGB ziehen, der für den sachenrechtlichen Statutenwechsel grundsätzlich kein Festhalten an dem ehemaligen Statut vorsieht, sondern nur eine Konfliktregelung für den Fall schafft, dass Rechte an einer Sache in Widerspruch zur Rechtsordnung des neuen Belegenheitsstaates stehen. Jedenfalls ist es nicht anzuraten, sich bei den nun anstehenden Gestaltungsüberlegungen auf dieses derzeit unsicher erscheinende Rettungsnetz zu verlassen.

Ohnehin würde auch die weitere Übergangszeit irgendwann einmal ablaufen und Gestaltungsmaßnahmen erfordern.¹⁷

III. Die vom BMJV vorgeschlagenen Änderungen

Vor dem Hintergrund dieser Schwierigkeiten ist es grundsätzlich zu begrüßen, dass die Bundesregierung sich der Limited angenommen und am 10.10.2018 einen Regierungsentwurf für ein Viertes Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes¹⁸ vorgelegt hat, durch das die grenzüberschreitende Verschmelzung der englischen Limited erleichtert werden soll. Der Vorschlag will eine grenzüberschreitende Verschmelzung auch auf deutsche Personengesellschaften ermöglichen und in zeitlicher Hinsicht insofern für leichte Entspannung sorgen, als die Beurkundung der Verschmelzung vor Wirksamwerden des Brexit zeitlich ausreichen soll. Der Ausschuss Handelsrecht des Deutschen Anwaltvereins¹⁹ sowie der Deutsche Notarverein²⁰ haben

9 EuGH, 12.7.2012 – C-378/10, *Vale*, BB 2012, 2069 m. BB-Komm. *Messenzehl/Schwarzfischer*, RIW 2012, 712 m. RIW-Komm. *Bollacher*, NJW 2012, 2715; EuGH, 25.10.2017 – C-106/16, *Polbud*, BB 2017, 2829, EWS 2017, 337, RIW 2017, 810, NZG 2017, 1308.

10 Vgl. Stellungnahme des deutschen Notarvereins (Fn. 3) unter Hinweis auf *Heckschen*, NotBZ 2017, 401, 404 f., sowie *Wachter*, GmbHR 2018, R260, R261.

11 Zur application: Art. 6, zur Zuständigkeit der Gerichte, z. B. des High Court für England: Art. 3 (1) The Companies (Cross-Border Mergers) Regulations 2007 vom 15.10.2007, 2007 No. 2974 Companies, abrufbar unter www.legislation.gov.uk/uk-si/2007/2974/pdfs/uk-si_20072974_en.pdf (Abruf: 26.10.2018).

12 Art. 11 The Companies (Cross-Border Mergers) Regulations 2007 (Fn. 11).

13 Court approval: Art. 16 The Companies (Cross-Border Mergers) Regulations 2007 (Fn. 11).

14 Vgl. Fn. 3, A.III.2; dies entspricht auch der praktischen Erfahrung des Autors. Dieses Problem wird vom Regierungsentwurf übersehen, der seine Kostenschätzung für eine grenzüberschreitende Verschmelzung auf die deutsche Seite beschränkt und die britische Seite ausblendet, vgl. RegE (Fn. 1), Begründung A.5, S. 7.

15 *Mäsch/Gausing/Peters*, IPrax 2017, 49, 54 f.

16 Vgl. die Literaturnachweise bei *Mäsch/Gausing/Peters*, IPrax 2017, 49, Fn. 42.

17 Gegenüber einer dauerhaften Anerkennung der „deutschen“ Limited hat sich das BMJV jedenfalls bereits skeptisch geäußert RegE (Fn. 1), Begründung A. III.

18 Vgl. Fn. 1.

19 Stellungnahme 47/2018 vom September 2018 abrufbar unter <https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-47-18-viertes-gesetz-zur-aenderung-des-umwandlungsgesetzes-77241> (Abruf: 26.10.2018).

20 Vgl. Fn. 3.

zu dem weitgehend identischen vorausgegangenen Referentenentwurf Stellungnahmen vorgelegt. Im Folgenden soll untersucht werden, ob die vorgeschlagenen Änderungen praktischen Nutzen stiften oder ob der Hebel nicht sinnvollerweise an einer ganz anderen Stelle angelegt werden sollte.

1. Regierungsvorschlag: Personengesellschaften als Zielunternehmen

Zum einen soll bei der Definition der Gesellschaften, die sich an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligen können, in § 122b Abs. 1 UmwG künftig differenziert werden. Als übertragende Gesellschaften kommen unverändert nur Kapitalgesellschaften im Sinne des Art. 119 Nr. 1 der Gesellschaftsrechts-Richtlinie (GesRRL),²¹ die nach dem Recht eines Mitgliedstaats der EU oder eines anderen Vertragsstaats des EWR gegründet worden sind und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Verwaltung oder ihrer Hauptniederlassung in einem Mitgliedstaat der EU oder einem anderen Vertragsstaats des EWR haben. Als übernehmende oder durch Verschmelzung gegründete neue Gesellschaften sollen zusätzlich auch Personenhandelsgesellschaften im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG, also OHGs, KGs und Partnerschaftsgesellschaften zugelassen werden, sofern sie in der Regel nicht mehr als 500 Arbeitnehmer haben. Bei Verschmelzung auf eine Personengesellschaft soll überdies auf die Erstellung eines Verschmelzungsberichts verzichtet werden können.

2. Regierungsvorschlag: Zeitliche Streckung

Zum anderen soll in einem neuen § 122m UmwG klargestellt werden, dass der Zehnte Abschnitt des Umwandlungsgesetzes (also der Abschnitt, der die grenzüberschreitende Verschmelzung von EU-Gesellschaften regelt) für die Verschmelzung einer deutschen mit einer britischen Gesellschaft auch dann noch gilt, wenn der Verschmelzungsplan vor dem Ausscheiden des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union oder vor dem Ablauf einer Übergangsfrist, innerhalb derer das bereinigte Königreich in der Bundesrepublik Deutschland weiterhin als Mitgliedstaat der Europäischen Union gilt, notariell beurkundet worden ist, und die Verschmelzung unverzüglich, spätestens aber zwei Jahre nach diesem Zeitpunkt mit den erforderlichen Unterlagen zur Registereintragung angemeldet wird. Die Verschmelzung muss also nicht, was sonst durchaus denkbar wäre, vor Wirksamwerden des Brexit in beiden Registern eingetragen sein.

IV. Kritische Würdigung

1. Personengesellschaften als Zielunternehmen

Zwar ist die Erweiterung des Kreises der übernehmenden Rechtsträger auf Personengesellschaften grundsätzlich zu begrüßen. Gerade wenn man sich von der Annahme leiten lässt, dass es sich bei einer Vielzahl von „deutschen“ Limiteds um kleinere Unternehmen handelt, die zur Vermeidung des Mindeststammkapitals einer GmbH gegründet wurden, wird für viele von ihnen heute die GmbH allenfalls als das geringere Übel gegenüber der sonst drohenden unbegrenzten Haftung angesehen werden. Und zumindest wenn die Verschmelzung durch Einbringung gegen Kapitalerhöhung erfolgen soll,²² wird eine UG (haftungsbeschränkt) als aufnehmende Gesellschaft nicht infrage kommen, weil bei ihr Sacheinlagen nach § 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG ausgeschlossen sind.²³

Nach neuem Recht würde sich nun als Zielgesellschaft auch die GmbH & Co. KG anbieten, deren Komplementärin allerdings ebenfalls mit dem Mindeststammkapital ausgestattet werden müsste, oder – mit minimalem Stammkapital der Komplementärgesellschaft – die UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG.²⁴

Offen ist derzeit allerdings, ob mit diesem Gesetzgebungsvorschlag nicht die Rechnung ohne den Wirt gemacht wird. Die Internationale Verschmelzungsrichtlinie²⁵ wurde in England umgesetzt durch The Companies (Cross-Border Mergers) Regulations 2007.²⁶ Dort wurde – und wird bis heute unverändert – der Kreis der aus UK-Sicht verschmelzungsfähigen Rechtsträger definiert. Danach müssen jeweils eine „UK Company“ und eine „EEA Company“ beteiligt sein.²⁷ „EEA Company“ wiederum ist gesetzlich definiert als „body corporate governed by the law of an EEA State other than the United Kingdom“.²⁸ Und der Begriff „body corporate“ dürfte Personengesellschaften gerade nicht einschließen: Die Begriffe „body corporate“ und „corporation“ umfassen nach der Definition des Companies Act²⁹ „a body incorporated outside the United Kingdom, but do not include ... (b) a partnership that, whether or not a legal person, is not regarded as a body corporate under the law by which it is governed“.

Das englische Recht steht hinsichtlich dieser Beschränkung auf Kapitalgesellschaften als Zielgesellschaft auch in Übereinstimmung mit Europarecht. Denn nach Art. 118 GesRRL³⁰ gelten die Vorschriften ihres Titels II, Kapitel 2, (also die Vorschriften über die grenzüberschreitende Verschmelzung) für Kapitalgesellschaften. Als Kapitalgesellschaft definiert Art. 119 Nr. 1. Buchstabe a) die Gesellschaftsformen, die in Anhang II der GesRRL aufgelistet sind. Für Deutschland erschöpft sich diese Aufzählung in AG, KGaA und GmbH; Personengesellschaften sind dort nicht erwähnt. Danach wäre das Vereinigte Königreich auch gar nicht verpflichtet, eine grenzüberschreitende Verschmelzung auf eine deutsche Personengesellschaft zuzulassen.

Die Annahme,³¹ der zuständige Richter des High Court würde einer Verschmelzung einer Limited auf eine deutsche UG (haftungsbeschränkt) und Co. KG sein Approval nach Art. 16 der Companies (Cross-Border Mergers) Regulations geben, obwohl sein nationales

21 RL (EU) 2017/1132 des europäischen Parlaments und des Rates vom 14.6.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABIEU v. 30.6.2017, L 169, 46.

22 Vgl. zur Entbehrlichkeit einer Kapitalerhöhung § 54 GmbHG.

23 Der Ausschuss Handelsrecht des Deutschen Anwaltvereins (Fn. 19) schlägt daher in seiner Stellungnahme 47/2018 vom September 2018 (zum Referentenentwurf), S. 10 vor, das Sacheinlageverbot bei der UG (haftungsbeschränkt) de lege ferenda zu streichen.

24 RegE (Fn. 1), Begründung A. II, S. 5.

25 RL 2005/56/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABIEU v. 25.11.2005, L 310, 1 („IntVerschRL“), mittlerweile ersetzt durch die RL (EU) 2017/1132 des europäischen Parlaments und des Rates vom 14.6.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (kodifizierter Text), ABIEU v. 30.6.2017, L 169, 46 („GesRRL“).

26 The Companies (Cross-Border Mergers) Regulations 2007 vom 15.10.2007, 2007 No. 2974 Companies (Fn. 11).

27 Art. 2 (2) (c) und (d) The Companies (Cross-Border Mergers) Regulations 2007 (Fn. 11).

28 Art. 3 (1) The Companies (Cross-Border Mergers) Regulations 2007 (Fn. 11).

29 Art. 1173 (1) Companies Act 2006, abrufbar unter www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/1173 (Abruf: 26.10.2018); dazu, dass „body corporate“ herkömmlich verstanden wird als juristische Person oder Körperschaft, vgl. ergänzend auch *Dietl/Lorenz*, Wörterbuch für Recht, Wirtschaft und Politik, Teil 1 Englisch-Deutsch, 1990; sowie ferner abrufbar unter www.dict.cc/englisch-deutsch/body+corporate.html, www.linguee.de/englisch-deutsch/uebersetzung/body+corporate.html, ferner die Definition „an organization such as a company or government that is considered to have its own legal rights and responsibilities“ <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/body-corporate> (alle Internetabrufe: 26.10.2018).

30 Vgl. Fn. 21.

31 Laut Abschnitt V. der Begründung des RegE wurde die Vereinbarkeit mit Europäischem Recht geprüft und bejaht. Dass eine solche Regelung nach europäischem Recht zulässig wäre, steht allerdings außer Frage. Der entscheidende Punkt ist jedoch, ob das Vereinigte Königreich folgen würde – und dies darf bezweifelt werden.

Recht und die GesRRL nur die Verschmelzung auf eine Kapitalgesellschaft vorsehen, steht also auf tönernen Füßen.

2. Zeitliche Streckung

Grundsätzlich ebenfalls zu begrüßen, aber ebenso skeptisch zu beurteilen ist die geplante Fristverlängerung. Denn auch insoweit stellt sich die Frage, ob das englische Recht eine solche Fristverlängerung überhaupt mitmachen würde. „Brexit means Brexit“ könnte ein Verdikt sein, das die Vollendung bei Wirksamwerden des Austritts begonnener, aber noch nicht abgeschlossener grenzüberschreitender Sitzverlegungen aus englischer Sicht geradezu ausschließt. Zu fürchten ist, dass die bei Inkrafttreten des Brexit begonnene Verschmelzung dann daran scheitert, dass der High Court sein Approval nicht erteilt, keine Verschmelzungsbescheinigung ausstellt und das deutsche Handelsregister daher nicht eintragen kann. Denn nach § 122l Abs. 1 S. 2 UmwG ist die englische Verschmelzungsbescheinigung der deutschen Handelsregisteranmeldung zwingend beizufügen. Daran ändert eine Fristverlängerung allein durch das deutsche Recht nichts.

Auch die geplante Fristverlängerung könnte sich daher praktisch als wirkungslos erweisen.

3. Zwischenergebnis

Die geplante Reform wird voraussichtlich keine praktische Erleichterung bringen. Sie setzt ohnehin an der falschen Stelle an. Das hauptsächliche Gestaltungsziel muss in einer Lösung liegen, die ohne die britische Seite auskommt, um die aus deutscher Sicht dysfunktional hohen Kosten auf der anderen Seite des Ärmelkanals zu vermeiden, andererseits aber auch keine Steuern auslöst, die angesichts des unveränderten Besteuerungsrechts der Bundesrepublik Deutschland als ebenso unsinnig empfunden würden.

Um den richtigen Anknüpfungspunkt hierfür zu finden, soll zunächst noch genauer beleuchtet werden, was rechtlich mit der Limited ohne weiteres Zutun bei Inkrafttreten des Brexit geschieht, um dann darzustellen, ob daraus ein besseres Gestaltungsmodell abgeleitet werden kann.

V. Vorüberlegungen: Was passiert mit der Limited bei Inkrafttreten des Brexit?

1. Zivilrechtliche Folgen

Solange das Vereinigte Königreich der EU angehört, ist das deutsche Kollisionsrecht von der europäischen Niederlassungsfreiheit überlagert, was zur Anwendung des englischen Sachrechts (Gesellschaftsrechts) führt. In dem Moment, in dem die Limited durch das Ausscheiden des Vereinigten Königreichs den Schutz der europäischen Niederlassungsfreiheit verliert, gilt wieder unverfälscht deutsches Kollisionsrecht. Und dieses verweist für eine Gesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland auf deutsches Sachrecht (Gesellschaftsrecht). Das ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung des BGH³² und wird auch zur Begründung des Regierungsentwurfs angenommen.³³ Es kommt also in dem Moment, in dem das Ausscheiden des Vereinigten Königreichs wirksam wird, zu einem Statutenwechsel.³⁴ Der Fall ist kollisionsrechtlich vergleichbar mit Souveränitätswechseln wie bei Gebietswechseln, Staatenteilungen oder auch dem Beitritt der neuen Bundesländer zur Bundesrepublik Deutschland 1990.³⁵

Die „deutsche“ Limited wird damit über Nacht zur Personengesellschaft, wenn sie mehrere Gesellschafter hat. Wenn es nur einen Ge-

sellschafter gibt, kommt auch eine Personengesellschaft nicht in Betracht, weil eine Personengesellschaft mit nur einem Gesellschafter dem deutschen Recht unbekannt ist.³⁶ In einem solchen Fall bleibt nur die individuelle Rechtsträgerschaft durch den Gesellschafter selbst, und zwar bei Betrieb eines Handelsgewerbes in Form eines Einzelkaufmännischen Unternehmens.³⁷ Es kommt also zu einer Universalrechtsnachfolge ähnlich einer Anwachsung,³⁸ nur mit dem Unterschied, dass das Vermögen nicht auf den letzten verbliebenen Gesellschafter einer Personengesellschaft, sondern auf den einzigen Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft übergeht. Dieses Konzept ist bei Kapitalgesellschaften bislang mangels geeigneten Rechtstatsachenmaterials unbekannt. Es fügt sich aber nahtlos in die Rechtsprechung des BGH zu Auslandsgesellschaften ein, wonach das Vermögen einer nicht anzuerkennenden Auslandsgesellschaft automatisch ihrem Alleingesellschafter zuzurechnen ist.³⁹ Neu ist nur der Brexit-bedingte Statutenwechsel, der aus einer nach deutschem Recht anzuerkennenden eine nicht anzuerkennende ausländische Kapitalgesellschaft macht.

Auf den ersten Blick irritierend könnte die Vorstellung sein, dass einer Limited mit Verwaltungssitz hierzulande mit Wirksamwerden des Brexit die rechtliche Anerkennung versagt wird, obwohl sie im Vereinigten Königreich und auch in anderen der Gründungstheorie folgenden Ländern weiterhin anerkannt wird und als Limited fortbesteht.⁴⁰ Doch auch hierfür gibt es rechtlich anerkannte und praktisch bewährte Vorbilder. Die deutsche Rechtsprechung hat schon während der deutschen Teilung, als Gesellschaften in der DDR enteignet und gelöscht wurden, mit ihrem Restvermögen in der Bundesrepublik aber weiter tätig waren, das Konstrukt der sog. Spalt- oder Restgesellschaft entwickelt.⁴¹ Der Gedanke dahinter ist, dass kein Staat verpflichtet ist, auf eigenem Staatsgebiet Enteignungen durch einen anderen Staat anzuerkennen. So hatte die Rechtsprechung auch wenig Mühe, eine Limited, die vom englischen Companies House zum Beispiel wegen unterlassener Einreichung von Bilanzen gelöscht wurde, in Deutschland weiterhin als englische Limited anzuerkennen.⁴² Umgekehrt kann Deutschland auch der englischen Limited im Brexit-Fall

32 BGH, 22.11.2016 – II ZB 19/15, BB 2017, 460, RIW 2017, 305 m. RIW-Komm. Pfeiffer, NZG 2017, 347, 349, Rn. 21; BGH, 8.9.2016 – III ZR 7/15, BB 2016, 2571 m. BB-Komm. von Oertzen, NZG 2016, 1187, 1188, Rn. 13 (obiter dictum); BGH, 27.10.2008 – II ZR 158/06, „Trabrennbahn“, BB 2009, 14 m. BB-Komm. Lamsa, RIW 2009, 79, NJW 2009, 289, 290, Rn. 21; BGH, 21.3.1986 – V ZR 10/85, BB 1986, 2153 Ls, NJW 1985, 2194.

33 Vgl. Fn. 1 unter Begründung Teil A, S. 5.

34 Kindler, in: MüKo/BGB, Internationales Privatrecht II Internationales Wirtschaftsrecht, 7. Aufl. 2018, IntGesR Rn. 519; Seeger, DStR 2016, 1817, Schrader, DStR 2018, 1898, Zwirlein/Großrichter/Gätsch, NZG 2017, 1041, 1042; Deutscher Notarverein (Fn. 3) A.II.; Ausschuss Handelsrecht des Deutschen Anwaltvereins (Fn. 19), unter I., S. 4.

35 BGH, 26.9.1966 – II ZR 56/65, NJW 1967, 36 (für das während der deutschen Besetzung des Elsass dort faktisch geltende deutsche Gesellschaftsrecht); Kindler (Fn. 34), Rn. 520 m. w. N.

36 BGH, 19.5.1960 – II ZR 72/59, NJW 1960, 1664.

37 So schon bisher für die außerhalb der EU und des EWR sowie speziellen Abkommensstaaten wie der USA registrierte Schein-Auslandsgesellschaft: BGH, 22.11.2016 – II ZB 19/15, BB 2017, 460, RIW 2017, 305 m. RIW-Komm. Pfeiffer, NZG 2017, 347, 349, Rn. 22 a. E.; Kindler (Fn. 34), Rn. 490.

38 Kindler (Fn. 34), Rn. 490; Miras/Tonner, GmbHR 2018, 601, 605; Süß, ZIP 2018, 1277, 1280.

39 So schon bisher für die außerhalb der EU und des EWR sowie spezielle Abkommensstaaten wie die USA registrierte Schein-Auslandsgesellschaft: BGH, 22.11.2016 – II ZB 19/15, BB 2017, 460, RIW 2017, 305 m. RIW-Komm. Pfeiffer, NZG 2017, 347, 349, Rn. 22 a. E.

40 Zumindest solange kein Löschungstatbestand nach englischem nationalem Recht besteht.

41 Z. B. für in der DDR enteignete Gesellschaften, die in der Bundesrepublik Deutschland weiter existierten: BGH, 5.3.2007 – II ARZ 2/05, NJW-RR 2007, 1182.

42 Vgl. etwa OLG Hamm, 11.4.2014 – I-12 U 142/13, NJW-RR 2014, 995; OLG Karlsruhe, 17.4.2014 – 11 AR 2/14, NZG 2014, 667; auch BGH, 22.11.2016 – II ZB 19/15, BB 2017, 460, RIW 2017, 305 m. RIW-Komm. Pfeiffer, NZG 2017, 347, 348, Rn. 13, für eine nach dem Recht der Bahamas gelöschte Gesellschaft.

die Rechtsfähigkeit aberkennen, auch wenn die Wirkungen dieser Maßnahme auf Deutschland (und ggf. andere Länder, die der Sitztheorie folgen) beschränkt sind, ohne dass eine weitere Anerkennung durch die englische Rechtsordnung entgegenstände.

Es bleibt also dabei: Sobald die Wirkungen des Brexit eintreten, wandelt sich die Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland ohne weiteres Zutun in eine Personengesellschaft um, wenn sie mehrere Gesellschafter hat. Hat sie nur einen Gesellschafter, wächst ihm das Vermögen in Gesamtrechtsnachfolge an.

2. Ertragsteuerliche Folgen

Bislang gibt es keine Vorschrift, die explizit regelt, wie der durch den Statutenwechsel ausgelöste Formwechsel in die Personengesellschaft oder die Anwachsung auf den Alleingesellschafter steuerlich behandelt wird. Zwar regeln §§ 9, 3 ff. UmwStG, unter welchen Voraussetzungen der Formwechsel von einer Kapital- in eine Personengesellschaft steuerfrei sein kann. Und §§ 3 ff., 11 ff. UmwStG regeln Entsprechendes für die Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft auf eine natürliche Person oder andere Kapitalgesellschaft. Der direkten Anwendung dieser Vorschriften auf den Brexit-Fall steht jedoch entgegen, dass nach § 1 Abs. 1 S. 1 UmwStG der Zweite bis Fünfte Teil (also §§ 3–19 UmwStG) nur für Verschmelzungen und Formwechsel nach dem Umwandlungsgesetz oder vergleichbare ausländische Verschmelzungen und Formwechsel gelten. Ob das Ausscheiden des Vereinigten Königreichs aus der EU und der dadurch bedingte Statutenwechsel für Kapitalgesellschaften ein vergleichbarer ausländischer Umwandlungsvorgang ist, muss derzeit zurückhaltend beurteilt werden. Nahe läge es, hier von einer ungeplanten Regelungslücke des Steuergesetzgebers zu sprechen und die §§ 3, 9 und 11 UmwG analog anzuwenden. Einen Fall des Anwachsens von Vermögen einer Kapitalgesellschaft auf ihre Gesellschafter regeln die Steuergesetze jedenfalls bislang nicht, weil es einen solchen Fall bislang schlicht nicht gab.

Ob dies die Finanzverwaltung ohne gesetzgeberischen oder richterlichen Eingriff auf Anhieb ebenso sehen würde, ist aber zu bezweifeln.⁴³ Eher ist zu befürchten, dass sie – obwohl durch den erzwungenen Umwandlungsvorgang kein Euro an stillen Reserven ins Ausland abwandert oder der deutschen Besteuerung sonst wie verloren ginge – einen Auflösungsprozess nach § 11 KStG annehmen und den „Liquidationsgewinn“ durch Betriebsvermögensvergleich samt übergegangener stiller Reserven ermitteln und besteuern wird.

VI. Anwachsung per Brexit?

1. Zivilrechtliche Betrachtung

Denkt man die Folgen des Brexit-bedingten Statutenwechsels zunächst einmal zivilrechtlich weiter, bringt der Brexit eine nicht wiederkehrende gestalterische Chance mit sich und ermöglicht einen deutlich einfacheren und kostengünstigeren Weg zur Haftungsbeschränkung als die grenzüberschreitende Verschmelzung.⁴⁴ Die Gesellschafter der Limited gründen eine neue Zielgesellschaft deutschen Rechts (im Folgenden: „Zielgesellschaft“). Als Rechtsform in Betracht kommen sämtliche Gesellschaften mit Haftungsbeschränkung, also insbesondere GmbH, GmbH & Co. KG, UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG oder AG. Sie übertragen ihre Anteile an der Limited an die Zielgesellschaft, was nur weniger Formalitäten und insbesondere keiner Mitwirkung englischer Behörden bedarf.⁴⁵ Sodann hat die Limited nur noch einen Gesellschafter. Im Moment des Statutenwechsels

kommt es ohne weiteres Zutun zur Anwachsung auf die Zielgesellschaft als Alleingesellschafterin der infolge des Brexit erlöschende Limited. Die Gesellschafter sind dann lückenlos und auch hinsichtlich der Altverbindlichkeiten über die Haftungsbeschränkung bei der Zielgesellschaft geschützt. Dieses Modell funktioniert auch und erst recht für die Limited mit nur einem Gesellschafter.

2. Ertragsteuerliche Betrachtung

Aus steuerlichen Gründen bietet es sich – jedenfalls bei Vorhandensein erheblicher stiller Reserven – an, die Anteile an der Limited als Sacheinlage gegen Kapitalerhöhung und Gewährung von Anteilen in die Zielgesellschaft einzubringen. So lässt sich die Steuerneutralität jedenfalls der Einbringung, also des vorbereitenden ersten Schrittes, nach §§ 21 bzw. 24 UmwStG erreichen.⁴⁶

Allerdings ist fraglich, ob auch der zweite Schritt, also die Brexit-bedingte Anwachsung auf die Zielgesellschaft, steuerneutral sein kann. Wie oben dargestellt,⁴⁷ ist derzeit nicht klar, ob der hier vertretenen Auffassung, wonach §§ 3, 11 UmwG trotz scheinbar entgegenstehendem Wortlaut des § 1 Abs. 1 S. 1 UmwStG anwendbar sind, praktisch gefolgt wird. Man könnte daher noch überlegen, durch geeignete Gestaltung den Anwendungsbereich der §§ 20, 21, 24 UmwStG zu erschließen. Nach diesen Vorschriften können Betriebe, Teilbetriebe, Mitunternehmeranteile und Kapitalgesellschaftsanteile unter bestimmten Voraussetzungen steuerneutral in eine Kapital- (§§ 21, 21 UmwStG) oder Personengesellschaft (§ 24 UmwStG) eingebracht werden gegen Gewährung von neuen Anteilen an dieser Gesellschaft. Wie oben⁴⁸ dargestellt, lässt sich dadurch in der Tat die Einbringung der Limited-Shares in die neu gegründete Zielgesellschaft steuerneutral erreichen. Wenn es dann zur Brexit-bedingten Anwachsung des Vermögens der Limited auf die Zielgesellschaft kommt, beruht dies nicht mehr auf einer Einlage der Anteile durch die Gesellschafter, sondern auf dem zeitlich darauffolgenden Erlöschen der Limited. Selbst wenn man die Anteile an der Limited erst aufschiebend bedingt auf den Eintritt des Statutenwechsels abtreten würde, so dass die Zielgesellschaft keine Limited-Shares, sondern den Betrieb der Limited mit Aktiva und Passiva erwirbt, änderte dies nichts daran, dass Einbringung und Erlöschen zwei rechtlich aufeinanderfolgende und damit grundsätzlich steuerrelevante Vorgänge sind. Folge: Das steuerliche Problem liegt nicht in der Einlage, sondern in dem unvermeidbaren Ende der Rechtsfähigkeit der Limited. §§ 20, 21, 24 UmwStG helfen daher für den zweiten Schritt – den der Anwachsung – nicht nochmals weiter.

3. Weiteres Zwischenergebnis

Mit anderen Worten: Es gibt zwar einen vergleichbare einfachen, kostengünstigen und schnell umsetzbaren Weg, ohne Mitwirkung des High Court eine Umwandlung in eine deutsche Gesellschaft vorzunehmen und dadurch eine Haftungsbeschränkung zu erreichen. Steuerlich wird dieser Weg allerdings gegenüber der umständlichen, teu-

43 Skeptisch auch Deutscher Notarverein (Fn. 3), unter A. III. 5.

44 *Miras/Tonner*, GmbHR 2018, 604 ff.; *Süß*, ZIP 2018, 1280 ff.

45 Vgl. Art. 770 ff. Companies Act (Fn. 11); der Ablauf (formloser Anteilskaufvertrag, Übergabe der share certificates, Abtretungsvereinbarung zweckmäßigerweise per stock transfer form, Weiterreichung an die Limited, die neue share certificates ausstellt und die Zielgesellschaft in die Gesellschafterliste einträgt) wird von *Miras/Tonner*, GmbHR 2018, 605 beschrieben.

46 *Miras/Tonner*, GmbHR 2018, 606.

47 Vgl. oben V. 2. zu den steuerlichen Folgen des Statutenwechsels.

48 Vgl. oben V. 2. zu den steuerlichen Folgen des Statutenwechsels.

ren und langwierigen grenzüberschreitenden Sitzverlegung insofern diskriminiert, als es dafür bislang keine Regelung gibt.

VII. Vorschlag für eine ertragsteuerliche Regelung

Der Gesetzgeber könnte das Problem durch einen minimalen Eingriff in das Umwandlungssteuergesetz beheben. Er müsste nur klarstellen, dass die §§ 3, 11 UmwStG nicht nur bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung nach §§ 122a ff. UmwG, sondern auch bei der Brexit-bedingten Anwachsung gelten, z.B. durch Einfügung einer neuen Ziff. 5 in § 2 Abs. 1 S. 1 UmwStG. Formulierungsvorschlag:⁴⁹

„Der Zweite bis Fünfte Teil gilt nur für

(1.–4. unverändert)

5.a) die Übertragung des Vermögens einer nach dem Recht des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland gegründeten Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland auf ihren Alleingesellschafter oder

b) den Formwechsel einer unter Buchstabe a) bezeichneten Gesellschaft in eine Rechtsform deutschen Rechts

infolge des durch den Austritt des Vereinigten Königreichs von Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union verursachten gesellschaftsrechtlichen Statutenwechsels.“

VIII. Fazit

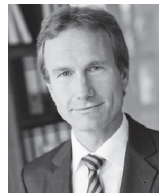
1. De lege lata gibt es derzeit nur einen Weg, die Haftungsbeschränkung einer englischen Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland sicher und steuerneutral umzusetzen: die grenzüberschreitende Verschmelzung nach §§ 122a ff. UmwG, Art. 1 ff. Companies (Cross-Border Mergers) Regulations 2007, §§ 20, 21 UmwStG auf eine deutsche Kapitalgesellschaft (sinnvollerweise GmbH). Dieser Weg ist aber unverhältnismäßig zeit- und vor allem kostenaufwendig und jedenfalls dann, wenn es keine Übergangsfrist für den Brexit geben wird, kaum noch rechtzeitig umzusetzen.

2. De lege ferenda würde sich daran voraussichtlich auch nichts ändern, wenn der Regierungsentwurf vom 10.10.2018 für ein Viertes Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes umgesetzt wird. Die dort vorgesehenen Regelungen bringen keine praktische Erleichterung, weil die englische Seite sie nicht mittragen wird.

3. Zivilrechtlich gibt es de lege lata eine einfache Möglichkeit, die Haftungsbeschränkung zu retten, und zwar durch Einbringung der Limited-Shares in eine Kapitalgesellschaft oder Kapitalgesellschaft & Co. KG. Steuerlich ist aber derzeit nicht abgesichert, dass in der Limited vorhandene, der deutschen Besteuerung unterliegende stille Reserven bei Wirksamwerden des Brexit nicht von der deutschen Finanzverwaltung besteuert würden, selbst wenn die stillen Reserven weiter in Deutschland steuerverhaftet blieben.

4. Wenn der Gesetzgeber den Gesellschaftern einer Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland eine praktisch gangbare Brücke zurück in eine deutsche Rechtsform bauen möchte, ohne auf die mehr als unsichere Mitwirkung der britischen Seite angewiesen zu sein, sollte er den Brexit-bedingten Statutenwechsel unter denselben Voraussetzungen steuerneutral ermöglichen wie die von ihm favorisierte, aber praktisch kaum zu gebrauchende grenzüberschreitende Verschmelzung.

Dr. Albert Schröder, RA/FAHaGesR/FAStR, ist Partner der Kanzlei Friedrich Graf Westfalen & Partner mbB am Standort Freiburg. Er ist spezialisiert auf Gesellschaftsrecht, Unternehmenstransaktionen und Schiedsverfahren (auch als Schiedsrichter), Mitherausgeber des Nomos-Kommentars zur Europäischen Aktiengesellschaft (SE) und Vorsitzender des Arbeitskreises der Fachanwälte für Handels- und Gesellschaftsrecht Südbaden.



⁴⁹ In dieselbe Richtung geht der Vorschlag des Deutschen Notarvereins (Fn. 3), B. II.

Dr. Michael J. R. Kremer, LL.M., RA, und Anna-Maria Quinke, RAin

Verjährungshemmung von Schadensersatzansprüchen bei von der EU-Kommission festgestellten Kartellrechtsverstößen

Der BGH hat bei Kartellschadensersatzprozessen, die vor dem 1.7.2005 entstandene Kartellschadensersatzansprüche zum Gegenstand haben, für mehr Rechtsklarheit gesorgt. Die Verjährungshemmungsvorschrift nach § 33 Abs. 5 GWB a.F. soll auch bei sog. Altfällen anwendbar sein, die zum Stichtag 1.7.2005 noch nicht verjährt waren. Nach wie vor bleiben einzelne Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Verjährungshemmung bei sog. Altfällen ungeklärt. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Dauer einer Verjährungshemmung von Kartellschadensersatzan-

sprüchen, die auf einen von der Europäischen Kommission (und nicht des BKartA) festgestellten Kartellrechtsverstoß gestützt werden.

I. Einleitung

Der BGH hat in Sachen Grauzementkartell II die umstrittene Frage der rückwirkenden Anwendbarkeit der Verjährungshemmungsvorschrift nach § 33 Abs. 5 GWB a.F. zugunsten der Kartellschadenser-