

Grundlagen der Anerkennung und Besteuerung von EU-/EWR-Gesellschaften im Lichte der europäischen Niederlassungsfreiheit

Alexander Metzing^{*}

Inhalt

A. Einleitung	45
B. Gesellschaftskollisionsrecht	46
I. Ausgangspunkt, Rechtsgrundlagen	46
II. Das Gesellschaftsstatut – Ermittlung und Bedeutung	46
1. Sitztheorie	46
2. Gründungstheorie	47
III. Einfluss der europäischen Grundfreiheiten	48
1. Niederlassungsfreiheit, Art. 49, 54 AEUV (≤ ex Art. 52, 58 EWGV ≤ ex Art. 43, 48 EGV)	48
2. Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften	49
a) Wegzugsfälle – Daily Mail (1988) und Cartesio (2008)	49
b) Zuzugsfälle	50
(1) Centros (1999)	50
(2) Überseering (2002)	50
(3) Inspire Art (2003)	51
(4) Kornhaas (2015)	51
c) Umwandlungsfälle	52
C. Die Besteuerung von Gesellschaften	54
I. Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse, Verhinderung der Steuerumgehung, Verhinderung doppelter Verlustberücksichtigung	54
1. Kumulatives Vorliegen von Rechtfertigungsgründen – Marks & Spencer (2005), A (2013) und Kommission/Vereinigtes Königreich (2015)	54
2. Die Entscheidung Kommission/Vereinigtes Königreich als Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen Oy AA (2007), Lidl Belgium (2008) und Nordea Bank (2014)?	55

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Internationales Privatrecht, Europäisches Privatrecht sowie Bürgerliches Recht von Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Rauscher an der Universität Leipzig.

II.	Steuerliche Kohärenz	56
1.	Bachmann (1992)	56
2.	Krankenheim Ruhesitz am Wannsee (2008) und Papillon (2008)	57
3.	Groupe Steria (2015)	58
III.	Steuerliche Kohärenz und ausgewogene Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse im Zusammenspiel – National Grid Indus (2011) und Timac Agro (2015)	59
D.	Schlussfolgerungen	61
I.	Gesellschaftskollisionsrecht im Lichte der Niederlassungsfreiheit	61
1.	Grundsätze zur Anerkennung von Auslandsgesellschaften in Deutschland	61
a)	Effektiver Verwaltungssitz der Gesellschaft in Deutschland	61
b)	Effektiver Verwaltungssitz der Gesellschaft im Ausland	63
2.	Grundsätze der grenzüberschreitenden Verwaltungssitzverlegung	63
a)	Wegzug einer deutschen Gesellschaft ins EU-/EWR-Ausland	64
b)	Zuzug einer EU-/EWR-Gesellschaft nach Deutschland	64
3.	Grundsätze der grenzüberschreitenden Umwandlung	65
a)	Grenzüberschreitender Formwechsel	65
(1)	Wegzug einer deutschen Gesellschaft ins EU-/EWR-Ausland	65
(2)	Zuzug einer EU-/EWR-Gesellschaft nach Deutschland	67
b)	Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen	67
4.	Bewertung	67
5.	Ausblick: Die Folgen des „Brexit“ im Hinblick auf die Behandlung in Deutschland tätiger Gesellschaften englischen Rechts	69
a)	Rechtliche Grundlagen des Ausscheidens des Vereinigten Königreichs aus der EU	69
b)	Kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften englischen Rechts nach dem Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU	71
(1)	Verwaltungssitz in England	71
(2)	Verwaltungssitz in Deutschland	72
c)	Reaktions- und Gestaltungsmöglichkeiten	73
(1)	Neugestaltung der Beziehungen zum Vereinigten Königreich auf internationaler Ebene	73
(2)	Gewährung eines Vertrauensschutzes für Gesellschaften nach englischem Recht mit Verwaltungssitz in Deutschland	74
(3)	Reaktionsmöglichkeiten auf Basis des Gesellschaftsrechts	80
d)	Fazit	81
II.	Nationales Steuerrecht im Lichte der Niederlassungsfreiheit	82
1.	Vergleichbarkeit der Sachverhalte	82

2. Rechtfertigungsgründe	85
a) Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse	85
b) Vermeidung der Steuerumgehung	86
c) Verhinderung doppelter Verlustberücksichtigung	87
d) Steuerliche Kohärenz	87
e) Berufung auf Sekundärrecht, zum Beispiel Mutter-Tochter-Richtlinie	88
3. Verhältnismäßigkeit und das Erfordernis der „finalen Verluste“	89
4. Bewertung	90
E. Zusammenfassung	91

A. Einleitung

Die Niederlassungsfreiheit hat in den vergangenen drei Jahrzehnten erheblich zur Mobilität von Gesellschaften in der Europäischen Union, aber auch im Europäischen Wirtschaftsraum beigetragen. Sie hat Auswirkungen auf die lange Zeit heftig umstrittene kollisionsrechtliche Behandlung von internationalen Gesellschaften. Bisweilen wurde die Frage nach der kollisionsrechtlichen Behandlung von Gesellschaften, d.h. danach, welches Recht auf gesellschaftsspezifische Vorgänge anzuwenden ist, daher auch als die „*questio (sic!) famosa* des Internationalen Gesellschaftsrechts“¹ bezeichnet. Jedenfalls mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur in den Art. 49, 54 AEUV geregelten Niederlassungsfreiheit wurde in Bezug auf das auf gesellschaftsspezifische Vorgänge bei Gesellschaften aus dem EU-Ausland anwendbare Recht Klarheit geschaffen. In Folge der vom EuGH hergestellten Rechtssicherheit war zu beobachten, dass sich zunehmend Gesellschaftsgründer der – (scheinbar) günstigeren – Gesellschaftsrechte anderer Mitgliedstaaten der EU bedienten. Vor diesem Hintergrund will der Beitrag die wichtigsten Entwicklungen auf dem Gebiet des europäischen Gesellschaftsrechts insbesondere hinsichtlich der Anerkennung von Kapitalgesellschaften zusammenfassen und die Auswirkungen der unionsrechtlich garantierten Niederlassungsfreiheit auf die Mobilität von Gesellschaften aus EU bzw. EWR im Zusammenspiel mit den mitgliedstaatlichen Regelungen aufzeigen. Dabei sollen auch die Folgen des Ausscheidens des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union betrachtet werden. Die Grundfreiheit spielt aber auch eine entscheidende Rolle bei der Besteuerung derartiger internationaler Gesellschaften und Konzerne, weshalb im Anschluss insbesondere die Grundzüge der Rechtsprechung des EuGH zur Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch mitgliedstaatliche Steuervorschriften dargestellt werden sollen.

1 *Großfeld*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 1998, IntGesR, Rn. 18.

B. Gesellschaftskollisionsrecht

I. Ausgangspunkt, Rechtsgrundlagen

Im Ausgangspunkt ist anerkannt, dass jede Gesellschaft ein „Heimatrecht“ besitzt, d.h. ein Recht, welches auf gesellschaftsspezifische Innen- und Außenrechtsbeziehungen, nicht aber auf sonstige nicht ausschließlich gesellschaftsrechtlich geprägte Fragen Anwendung findet – es handelt sich dabei um das Personalstatut der Gesellschaft, das so genannte Gesellschaftsstatut.² Der Streit um den Anknüpfungspunkt zur Ermittlung des einschlägigen Gesellschaftsstatuts ist nicht zuletzt auf eine fehlende Kodifikation der kollisionsrechtlichen Handhabung solcher Gesellschaften im europäischen Gemeinschaftsrecht wie im deutschen internationalen Privatrecht zurückzuführen. So nehmen sowohl Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-Verordnung als auch Art. 1 Abs. 2 lit. d Rom II-Verordnung das Gesellschaftsrecht von ihrem Anwendungsbereich aus. Während das europäische Übereinkommen vom 29. Februar 1968 über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen als gescheitert anzusehen ist, wurde ein angekündigtes Grünbuch unter anderem zum Internationalen Privatrecht der Unternehmen und Gesellschaften bislang nicht realisiert.³ Ein auf nationaler Ebene angestrebtes Gesetzgebungsvorhaben aus dem Jahr 2008 zur Einführung eines Art. 10 EGBGB n.F., nach dem sich das Gesellschaftsstatut nach dem Ort der Registereintragung oder bei fehlender oder nicht möglicher Registereintragung nach dem Recht des Staates, nach dem sie organisiert ist, bestimmt, wurde bislang nicht vollendet.⁴

II. Das Gesellschaftsstatut – Ermittlung und Bedeutung

1. Sitztheorie

In Deutschland wird zur Ermittlung des Gesellschaftsstatuts im Verhältnis zu sämtlichen Staaten grundsätzlich auf die Sitztheorie zurückgegriffen. Danach soll, selbst wenn sich der Satzungssitz in einem anderen Staat befindet, nur das Recht des Staates

2 *Großfeld*, Internationales und Europäisches Unternehmensrecht, 2. Aufl. 1995, S. 42; *Zimmermann*, in: *Heckschen/Herrler/Starke*, Beck'sches Notarhandbuch, 6. Aufl. 2015, Kap. H, Rn. 271; *Rauscher*, Internationales Privatrecht mit internationalem Verfahrensrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 627, 641 ff.

3 BGBl. 1972 II, 370; dazu *Kindler*, in: *MünchKomm-BGB*, 6. Aufl. 2015, IntGesR, Rn. 98 m.w.N.; zum Scheitern des Abkommens auch *Timmermans*, Die Europäische Rechtsangleichung im Gesellschaftsrecht, RabelsZ 48 (1984), S. 39 f.; zur Idee eines Grünbuchs siehe *Schwittek*, Internationales Gesellschaftsrecht in Japan, 2015, S. 114.

4 RefE des BMJ für ein Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen v. 7.1.2008; vgl. dazu auch *Rotheimer*, Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht, NZG 2008, S. 181.

Anwendung finden, in dem eine Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz hat.⁵ Dies ist der Ort, an dem der Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit liegt, die Organe der Gesellschaft angesiedelt sind und diese ihre unternehmerischen Entscheidungen verwirklichen, wobei im Zweifelsfall eine widerlegbare Vermutung zugunsten des tatsächlichen Verwaltungssitzes in dem Staat bestehen soll, nach dessen Recht die Gesellschaft erkennbar organisiert ist.⁶ Im Ergebnis wird das Recht angewendet, zu welchem die Gesellschaft den engsten Bezug aufweist. Neben Deutschland folgen diesem Ansatz unter anderem Frankreich, Luxemburg und Österreich.⁷

2. Gründungstheorie

Demgegenüber geht die Gründungstheorie davon aus, dass es zur Anwendung des Rechts kommt, unter dem die Gesellschaft rechts- und formwirksam gegründet wurde.⁸ Dabei wird aber nicht einheitlich beurteilt, ob der Ort der Registrierung, der Gründung, der Ort, nach dessen Recht die Gesellschaft ausgestaltet ist oder der Sitzungssitz ausschlaggebend sind.⁹ Dieser vor dem Hintergrund des Commonwealth und Kolonialismus entwickelten Ansicht wird vor allem in England, den USA, Liech-

5 RG, JW 1904, 231; RGZ 117, 215 (217f.); BGHZ 53, 181 (183); BGHZ 97, 269 (271); BGH, EuZW 2000, 412 f.; BGHZ 178, 192 (197); BGH, NZG 2012, 1195; OLG Frankfurt, NJW 1964, 2355; BayObLGZ 1985, 272 (279 f.); BayObLGZ 1998, 195 (197); *Kegel*, Internationales Privatrecht, 7. Aufl. 1995, S. 416; *Ebenroth*, in: MünchKomm-BGB, Bd. 7, 1. Aufl. 1983, nach Art. 10 EGBGB, Rn. 164 ff.; *Großfeld*, (Fn. 1), Rn. 38; *Timme/Hüllk*, Das Ende der Sitztheorie im Internationalen Gesellschaftsrecht?, JuS 1999, S. 1055; weitere Erläuterungen bei *Eidenmüller*, in: ders., Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 1, Rn. 4; *Hirte*, in: ders./Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 1, Rn. 2; *Kindler*, (Fn. 3), IntGesR, Rn. 5, 420; *Ebke*, Überseering: Die wahre Liberalität ist Anerkennung, JZ 2003, S. 927; *Spahlinger/Wegen*, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, 2005, Kap. B, Rn. 34.

6 BGHZ 97, 269 (272); OLG Hamm, DB 1995, 137; OLG München, NJW 1986, 2198; *Großfeld*, (Fn. 1), Rn. 18; *Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 54 AEUV, Rn. 35.

7 Frankreich: vgl. Art. 1837 Code Civil, Art. 3 Loi n°66-537 du 24 juillet 1966; Luxemburg: vgl. Art. 159 Loi du 10 août concernant les sociétés commerciales; Österreich: vgl. § 10 östIPRG, aber ÖstOGH, Beschl. v. 15.7.1999 – 6 Ob 124/99z (ÖstOLG Graz), EuZW 2000, 160.

8 Die Gründungstheorie nunmehr anwendend: BGHZ 154, 185 (190); BGHZ 164, 148 (151); *Beitzke*, Anerkennung und Sitzverlegung von Gesellschaften im EWG-Bereich, ZHR 127 (1965), S. 1, 22 ff.; der Gründungstheorie im Übrigen folgend *Behrens*, Zu den Folgen einer gesellschaftsrechtlichen Sitzverlegung ins Ausland, EuZW 1992, S. 550; *Bungert*, Deutsch-amerikanisches internationales Gesellschaftsrecht, ZVglRWiss 93 (1994), S. 123 stimmt vereinzelt der Kritik an der Sitztheorie zu; *Hellgardt/Illmer*, Wiederauferstehung der Sitztheorie?, NZG 2009, S. 96; *Knobbe-Keuk*, Umzug von Gesellschaften in Europa, ZHR 154 (1990), S. 328; *Neumayer*, Betrachtungen zum Internationalen Konzernrecht, ZVglRWiss 83 (1984), S. 139; weitere Erläuterungen *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, § 2, Rn. 29; *Hirte*, (Fn. 5), § 1, Rn. 2; *Rauscher*, (Fn. 2), Rn. 628.

9 *Trautrim*, Geschichte und Bedeutung von Sitz- und Gründungstheorie im deutschen Recht, ZHR 176 (2012), S. 437, Fn. 8.

tenstein, Ungarn oder der Tschechischen Republik gefolgt.¹⁰ Auch in Deutschland gilt sie aufgrund von Art. XXV Abs. 5 Satz 2 des Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrags im Rechtsverkehr mit den USA.¹¹

III. Einfluss der europäischen Grundfreiheiten

Die Anwendung der Sitztheorie führte unter anderem dazu, dass juristischen Personen mit effektivem Verwaltungssitz in Deutschland mangels nach deutschem Recht wirksamer Gründung die Rechtsfähigkeit zunächst ganz abgesprochen wurde; später wurde versucht, diesen Gesellschaften über eine als „neue Sitztheorie“ betitelte Konstruktion (Anerkennung als inländische GbR oder OHG) zur Rechtsfähigkeit zu verhelfen.¹² Der EuGH hat diesen Ansichten in den nachfolgenden Entscheidungen im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit eine Absage erteilt, soweit es sich um juristische Personen aus Mitgliedstaaten der EU bzw. des EWR handelte.

1. Niederlassungsfreiheit, Art. 49, 54 AEUV (\triangleq ex Art. 52, 58 EWGV \triangleq ex Art. 43, 48 EGV)

Die in Art. 49 AEUV (inhaltsgleich Art. 31 EWR-Abkommen) garantierte Niederlassungsfreiheit findet über Art. 54 Abs. 1 AEUV (inhaltsgleich Art. 34 EWR-Abkommen) auch auf die nach den Vorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten juristischen Personen mit mitgliedstaatlichem satzungsmäßigen Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung Anwendung. Diese legen gleichzeitig die Zugehörigkeit zu einer Rechtsordnung fest.¹³ Sie umfasst die Garantie unbeschränkter Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten sowie Gründung und Leitung von Unternehmen nach den Bestimmungen, die im Aufnahmestaat auch für dessen eigene Angehörige gelten. Es wird zwischen der unbeschränkten geschäftlichen Sitznahme (primäre Niederlassungsfreiheit) und der ebenfalls gemäß Art. 49 Abs. 1 Satz 2, Art. 54 Abs. 1 AEUV in den Schutzbereich der Grundfreiheit fallenden Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften unter Beibehal-

10 England: *Abrens*, Europäisches und internationales Wirtschaftsprivatrecht, 2007, Rn. 211, Fn. 11; *Kindler*, (Fn. 3), IntGesR, Rn. 359; *Vorpeil*, Neuere Entwicklungen im englischen Handels- und Wirtschaftsrecht, RIW 2012, S. 190 in Bezug auf *Re Eurodis Texim Electronics v. 19.4.2011*, (2011) EWHC 1025 (Ch.); USA: z.B. Federal Rules of Civil Procedure, Rule 17(b)(2); Liechtenstein: vgl. Art. 232 PGR Liechtenstein v. 1997; dazu OGH Liechtenstein, Urt. v. 19.7.2005 – 9 CG.2000.137, Rn. 7; Ungarn: vgl. Art. 18 Abs. 2 ungIPRG; Tschechische Republik: vgl. § 30 Abs. 1 Satz 1 tschechIPRG.

11 BGBL. 1956 II, 488 (500); dazu BGHZ 153, 353 (355); *Kindler*, (Fn. 3), IntGesR, Rn. 334.

12 OLG Frankfurt, NJW 1964, 2355; BayObLGZ 1985, 272 (279 f.); BayObLGZ 1998, 195 (197); BGHZ 97, 269 (217 f.); zur angesprochenen Konstruktion der „neuen Sitztheorie“ BGHZ 151, 204 (206 f.); *Ebke*, (Fn. 5), S. 929 greift die Bezeichnung von *Behrens*, Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art, IPRax 2003, S. 200, auf.

13 EuGH, Rs. 79/85, *Segers*, EU:C:1986:308, Rn. 13; EuGH, Rs. C-330/91, *Commerzbank*, EU:C:1993:303, Rn. 13.

tung des Unternehmensschwerpunktes im Herkunftsstaat (sekundäre Niederlassungsfreiheit) unterschieden. Diese Unterscheidung kann nicht immer trennscharf erfolgen.¹⁴ Eine Berufung auf die Niederlassungsfreiheit ist möglich, sofern der Sachverhalt einen räumlichen Unionsbezug aufweist.¹⁵

2. Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften

a) Wegzugsfälle – *Daily Mail* (1988) und *Cartesio* (2008)

In „Wegzugsfällen“ werden einer Gesellschaft, die aus ihrem Gründungsstaat (Wegzugsstaat) in einen anderen Staat (Zuzugsstaat) verlagert werden soll, durch den Wegzugsstaat Hindernisse bereitet. In seiner Grundsatzentscheidung *Daily Mail*¹⁶ hat der EuGH festgestellt, dass Gesellschaften nur aus der nationalen Rechtsordnung, nach der sie gegründet wurden, ihre rechtliche Existenzberechtigung herleiten könnten.¹⁷ Im zugrundeliegenden Fall beabsichtigte die Daily Mail and General Trust PLC, ihren Verwaltungssitz aus steuerlichen Gründen in die Niederlande zu verlegen. Das für die Zustimmung zur Verlegung des an den Verwaltungssitz geknüpften steuerlichen Sitzes zuständige Finanzministerium verweigerte diese. In seiner Entscheidung *Cartesio*¹⁸ folgte der EuGH der Ansicht Ungarns, dass ein Wegzug einer ungarischen Kommanditgesellschaft durch Verlegung (nur) ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes unter Wahrung der aus ihrer Heimatrechtsordnung abgeleiteten Rechtspersönlichkeit nicht in das Handelsregister eingetragen werden könne. Vielmehr komme nur eine Neugründung im Zuzugsstaat Italien in Frage.¹⁹ In beiden Fällen sollte die Niederlassungsfreiheit Beschränkungen der Sitzverlegung oder erstmaligen Sitznahme durch den Wegzugsstaat nicht entgegenstehen, weil dieser selbst festlegt, wann eine Gesellschaft als existent zu betrachten ist und sich auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann.²⁰ Es fehle an einer unionsrechtlich einheitlichen Definition der Gesellschaften, die sich auf die Niederlassungsfreiheit berufen können sollen.²¹

14 *Kindler*, (Fn. 3), IntGesR, Rn. 110; *Schlag*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 54 AEUV, Rn. 19 f.; vgl. zu Schwierigkeiten bei der Trennung der Erscheinungsformen der Niederlassungsfreiheit *Leible*, Niederlassungsfreiheit und Verweigerung der Eintragung einer Zweigniederlassung, NZG 1999, S. 301.

15 *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 49 AEUV, Rn. 38; *Leible*, (Fn. 14), S. 300.

16 EuGH, Rs. 81/87, *Daily Mail*, EU:C:1988:456.

17 *Ibid.*, Rn. 19.

18 EuGH, Rs. C-210/06, *Cartesio*, EU:C:2008:723.

19 *Ibid.*, Rn. 110; *Tiedje*, (Fn. 6), Art. 54 AEUV, Rn. 66.

20 EuGH, Rs. C-210/06, *Cartesio*, EU:C:2008:723, Rn. 109 f., 124; vgl. EuGH, Rs. 81/87, *Daily Mail*, EU:C:1988:456, Rn. 23 ff.; EuGH, Rs. C-208/00, *Überseering*, EU:C:2002:632, Rn. 70.

21 Zuletzt bestätigt im Urteil des EuGH, Rs. C-371/10, *National Grid Indus*, EU:C:2011:785, Rn. 26, in dem dieser eine Wegzugssteuer als nicht-gesellschaftsrechtliches Hindernis als rechtfertigungsfähige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit einordnet; laut EuGH, Rs. C-9/02, *de Lasteyrie du Saillant*, EU:C:2004:138, Rn. 69 sind Wegzugssteuern für natürliche Personen jedoch nicht vereinbar mit der Niederlassungsfreiheit; vgl. auch EuGH, Rs. C-378/10, *VALE*, EU:C:2012:440, Rn. 28.

b) Zuzugsfälle

In „Zuzugsfällen“ wird der Zuzug einer Gesellschaft Beschränkungen unterworfen.

(1) Centros (1999)

In der Rechtssache *Centros*²² erkannte Dänemark die von Dänen in England gegründete Centros limited als ausländische Gesellschaft zwar an, verweigerte ihr aber aus Missbrauchsgesichtspunkten die Eintragung einer Zweigniederlassung.²³ Der Gerichtshof sah darin eine nicht aus Allgemeinwohlgründen, hier insbesondere aus gläubigerschützenden Mindestkapitalanforderungen, zu rechtfertigende Beschränkung der Niederlassungsfreiheit.²⁴

(2) Überseering (2002)

Die Entscheidung *Überseering*²⁵ betraf einen Fall der primären Niederlassungsfreiheit, da die niederländische Gesellschaft mit Haftungsbeschränkung durch die vollständige Übernahme durch deutsche Staatsbürger und die Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit ausschließlich aus dem Inland ihren effektiven Verwaltungssitz in die Bundesrepublik verlegt hatte. Der BGH erwog unter Anwendung der Sitztheorie die Abweisung der Klage der Gesellschaft mangels Parteifähigkeit nach § 50 Abs. 1 ZPO.²⁶ Der EuGH urteilte, dass zwar im Einzelfall die Rechtfertigung einer Beschränkung der Grundfreiheiten aus Gründen des Drittschutzes zugunsten der Arbeitnehmer, Minderheitsgesellschafter oder Gläubiger der Gesellschaft sowie des Fiskus möglich sei. Die Versagung der Rechtsfähigkeit auf Grundlage der Sitztheorie käme aber einer Negierung der Niederlassungsfreiheit gleich.²⁷ Der EuGH folgte im Ergebnis nicht der Auffassung, es wäre im Bezug auf die Anerkennung ausländischer Gesellschaften zwischen primärer und sekundärer Niederlassungsfreiheit zu unterscheiden.²⁸ Mit seinem Urteil in der Sache *Überseering* nahm der BGH auch von dem Versuch, die Sitztheorie auch im europäischen Kontext aufrechtzuerhalten, indem er ausländische Gesellschaften als zumindest rechtsfähige Personengesellschaften anerkannte, Abstand, da diese Konstruktion mehr als künstlich wirkt und erhebliche Haf-

22 EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, EU:C:1999:126.

23 *Verschraegen*, Internationales Privatrecht, 2012, Rn. 881.

24 EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, EU:C:1999:126, Rn. 30, 34 f.

25 EuGH, Rs. C-208/00, *Überseering*, EU:C:2002:632.

26 BGH, Beschl. v. 30.3.2000 – VII ZR 370/98, NZG 2000, 926.

27 EuGH, Rs. C-208/00, *Überseering*, EU:C:2002:632, Rn. 92 f.; zweifelnd Schlussanträge GA *Colomer* zu EuGH, Rs. C-208/00, *Überseering*, EU:C:2001:655, Rn. 50 ff.

28 So *Ebke*, Das Schicksal der Sitztheorie nach dem *Centros*-Urteil des BGH, JZ 1999, S. 660; *Zimmer*, Mysterium „*Centros*“ – Von der schwierigen Suche nach der Bedeutung eines Urteils des Europäischen Gerichtshofes, ZHR 164 (2000), S. 39 ff.; zweifelnd: OLG Hamm, Beschl. v. 1.2.2001 – 15 W 390/00, NZG 2001, 562; wie hier *Korte*, (Fn. 15), Art. 49, AEUV, Rn. 30 m.w.N.; *Paefgen*, Gezeitenwechsel im Gesellschaftskollisionsrecht, WM 2003, S. 564.

tungsrisiken für die Gesellschafter hervorruft.²⁹ Dies wurde in der Entscheidung *Inspire Art* implizit bestätigt.³⁰

(3) Inspire Art (2003)

Im Mittelpunkt der Entscheidung stand die Feststellung, dass Regelungen der Niederlande, die von der englischen Inspire Art limited als Voraussetzung für die Zweigniederlassungseintragung unter anderem die Offenlegung als „formal ausländische Gesellschaft“ und die Erfüllung gewisser Mindestkapitalvorschriften verlangten, sowohl gegen die abschließende Regelung des Art. 2 der Zweigniederlassungsrichtlinie 89/666/EWG als auch gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen.³¹ In den Rechts-sachen *Centros* und *Inspire Art* wurde dabei nicht pauschal die Anwendung des Rechts des Zuzugsstaates, sondern nur die durch die Anwendung dieses Rechts herbeigeführte Verdopplung der Niederlassungs- bzw. Gründungsanforderungen als Beschränkung gewertet.³² Nur im eindeutigen Missbrauchsfall sei eine Berufung auf die Grundfreiheiten zu verwehren; es bleibe den Mitgliedstaaten im Übrigen überlassen, nationale Maßnahmen zu ergreifen, um die missbräuchliche Berufung auf fremde Gesellschaftsrechte in ihren Wirkungen auf Dritte abzuschwächen.³³ Es wäre jedoch gerade im Sinne der Verwirklichung eines gemeinsamen Binnenmarktes und der Niederlassungsfreiheit, dass die Gesellschaftsgründer sich die ihnen günstigste Rechtsordnung wählen, um sodann in einem anderen Staat (nahezu) die gesamte Geschäftstätigkeit auszuüben, ohne dass aber das von vergleichbaren Gesellschaften in diesem Zuzugsstaat zu erbringende Mindestkapital auch von den zuziehenden Gesellschaften gefordert werden könnte.³⁴

(4) Kornhaas (2015)

In der Rechtssache *Kornhaas*³⁵ legte der BGH³⁶ dem EuGH die Frage vor, ob die Haftung des Geschäftsführers einer GmbH nach Zahlungsunfähigkeit oder Über-

29 So noch BGHZ 151, 204 (206 f.); abgelehnt in BGHZ 154, 185 (189).

30 Sanktionierung des Verstoßes gegen Offenlegungs- und Mindestkapitalpflichten und Behandlung als deutsche Personengesellschaft wirkt als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit: vgl. EuGH, Rs. C-167/01, *Inspire Art*, EU:C:2003:512, Rn. 141.

31 Ibid., Rn. 69 f., 105; *Drygala et al.* (Fn. 8), § 2, Rn. 35.

32 *Kindler*, (Fn. 3), IntGesR, Rn. 125.

33 EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, EU:C:1999:126, Rn. 24 f., 37; EuGH, Rs. C-167/01, *Inspire Art*, EU:C:2003:512, Rn. 136 f.; *Kindler*, „*Inspire Art*“ – Aus Luxemburg nichts Neues zum internationalen Gesellschaftsrecht, NZG 2003, S. 1089.

34 EuGH, Rs. C-367/96, *Kefalas*, EU:C:1998:222, Rn. 20; EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, EU:C:1999:126, Rn. 26 ff.; EuGH, Rs. C-167/01, *Inspire Art*, EU:C:2003:512, Rn. 105, 138 f.; *Rauscher*, (Fn. 2), Rn. 635; *Gänßler/Geyrhalter*, „*Inspire Art*“ – Briefkastengesellschaften „on the Move“, DStR 2003, S. 2169; *Timme/Hülk*, (Fn. 5), S. 1057.

35 EuGH, Rs. C-594/14, *Kornhaas*, EU:C:2015:806.

36 Vorlagebeschluss: BGH, Beschl. v. 2.12.2014 – II ZR 119/14, insb. Rn. 15 f. zum Meinungsstand hinsichtlich der Qualifikation von § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. als insolvenz- oder gesellschaftsrechtlich; Endurteil: BGH, Urt. v. 15.3.2016 – II ZR 119/14; Vorinstanz: OLG Jena, Schlussurteil v. 17.7.2013 – 2 U 815/12.

schuldung gemäß § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. (nunmehr § 64 Satz 1 GmbHG) als insolvenz- oder gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren sei und ob diese Regelung des deutschen Rechts im Falle der Anwendung auf den *director* einer *limited* englischen Rechts eine Missachtung der unionsrechtlich garantierten Niederlassungsfreiheit darstellt. Neben der Qualifikation der Norm als insolvenzrechtlich hielt der Gerichtshof fest, dass § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. weder die Nichtanerkennung der nach dem Recht eines EU-Mitgliedstaates erlangten Rechtsfähigkeit beinhaltet noch eine Sanktion des Geschäftsführers für das Nichterreichen des nach inländischem Recht erforderlichen Mindestkapitals darstellt.³⁷ Die Haftung des *directors* knüpft nur daran an, dass masseverkürzende Zahlungen zu einem Zeitpunkt geleistet wurden, in dem bereits die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hätte beantragt werden müssen.³⁸ Mithin stellt die Norm daher keine rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit dar, da weder die Anerkennung der wirksamen Gründung und Erlangung der Rechtsfähigkeit noch die freie Niederlassung in einem vom Gründungsstaat verschiedenen Mitgliedstaat betroffen sind. Mithin wird dadurch der sachliche Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit (wohl ganz im Sinne einer bloßen Tätigkeitsausübungsregelung im Sinne der „Keck“-Rechtsprechung des EuGH)³⁹ insoweit sachlich eingeschränkt, als dass Normen des Staates des Insolvenzgerichts, die die materielle Insolvenz einer Auslandsgesellschaft voraussetzen, keine Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit an sich darstellen können.⁴⁰

c) Umwandlungsfälle

§ 1 Abs. 1 UmwG enumeriert verschiedene Umwandlungsmöglichkeiten, welche anhand der Anzahl und Identität der vor und nach Umwandlung bestehenden Rechtsträger voneinander unterscheiden werden können. Grundsätzlich findet eine Vermögensübertragung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, im Falle des Rechtsformwechsels aufgrund Wahrung der Identität der Rechtsträger, ohne Liquidation und Auflösung statt.⁴¹ Dabei können sowohl der Zu- als auch Wegzugsstaat Hinder-

37 EuGH, Rs. C-594/14, *Kornhaas*, EU:C:2015:806, Rn. 25.

38 Ibid., Rn. 27.

39 EuGH, Rs. C-267/91, *Keck*, EU:C:1993:905; zu dieser Einordnung u.a. *Kindler*, Insolvenzrecht als Tätigkeitsausübungsregel, EuZW 2016, S. 139; *Müller*, EuGH: Qualifikation der Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall, LMK 2016, 376110; *Weller/Hübner*, Anmerkung: Haftung für masseverkürzende Zahlungen – Reichweite des Insolvenzstatuts, NJW 2016, S. 225.

40 *Mankowski*, Insolvenzrecht gegen Gesellschaftsrecht 2:0 im europäischen Spiel um § 64 GmbHG, NZG 2016, S. 284 f.; *Müller*, (Fn. 39), S. 225; kritisch dazu *Paefgen*, Anmerkung zu einer Entscheidung des EuGH (Urteil vom 10.12.2015 – C-594/14, WM 2016, 272) zur insolvenzrechtlichen Qualifikation des § 64 Satz 1 GmbHG und zum Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit, WuB 2016, S. 371 ff., der in dieser Auslegung eine Abkehr von der eigentlichen Funktion der Niederlassungsfreiheit als Beschränkungsverbot sieht.

41 *Semler*, in: ders./*Stengel*, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 1, Rn. 10 ff. m.w.N.; *Fandrich*, in: ders./*Pöhlmann/Bloehs*, GenG, 4. Aufl. 2012, § 1 UmwG, Rn. 11.

nisse bereiten. Die Rechtssachen *Sevic*⁴² und *VALE*⁴³ betrafen hierbei erstmals grenzüberschreitende Umwandlungsvorgänge unter Verlegung des Satzungssitzes. Der Gerichtshof befand, dass die generelle Verweigerung der Eintragung der Verschmelzung der luxemburgischen Security Vision Concept SA auf die deutsche Sevic Systems AG eine Beschränkung der unionsrechtlichen Niederlassungsfreiheit darstellt. Im Einzelfall wäre es zwar denkbar, dass zwingende Allgemeinwohlinteressen Beschränkungen zu rechtfertigen vermögen; eine pauschale Versagung der Eintragung von Gesellschaften mit nicht-ausschließlichem (Satzungs-⁴⁴) Sitz im Inland sei jedoch nicht mit Art. 49, 54 AEUV vereinbar.⁴⁵ Schon in seiner *Cartesio*-Entscheidung erkannte der EuGH, dass eine umwandlungswillige Gesellschaft sich ohne Sanktionierung mit der Auflösungsfolge im Gründungsmitgliedstaat identitätswahrend in eine Gesellschaftsform des Zuzugsstaates umwandeln können muss, soweit der aufnehmende Mitgliedstaat dies zulässt.⁴⁶ Darauf baute der Gerichtshof im *VALE*-Urteil auf. Der Zuzugsstaat müsse einen grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel – hier einer italienischen in eine ungarische Gesellschaft – bei gleichzeitig beabsichtigter Rechtsnachfolge insoweit zulassen, als er den Rechtsformwechsel auch für inländische Gesellschaften anerkennt und die umwandlungswilligen Gesellschaften die Voraussetzungen der inländischen Umwandlung erfüllen; der Wegzugsstaat darf sich dem nicht entgegenstellen.⁴⁷ Der EuGH formuliert damit die Notwendigkeit der „sukzessiven Anwendung“ zweier nationaler Rechtsordnungen.⁴⁸ Dieser Zweischritt zeigt sich daran, dass der EuGH die Verweigerung der Eintragung im Einzelfall als zulässig erachtete, weil die erforderliche Eintragung der Rechtsvorgängerin der umgewandelten *VALE Építési kft*, wie sie ungarisches Recht im Zusammenhang mit der Wahrung der rechtlichen und wirtschaftlichen Kontinuität zwischen Vorgänger- und Nachfolgergesellschaft fordert, nicht mehr möglich war, denn die *VALE Costruzioni* wurde in Italien bereits aus dem Register gelöscht.⁴⁹ Eher nebenbei hielt der EuGH fest, dass der Niederlassungsbegriff nur erfüllt sei, wenn sich die Gesellschaft tatsächlich im Aufnahmestaat anzusiedeln beabsichtigt und dort mittels einer festen Einrichtung eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben gedenkt.⁵⁰

42 EuGH, Rs. C-411/03, *Sevic*, EU:C:2005:762.

43 EuGH, Rs. C-378/10, *VALE*, EU:C:2012:440.

44 *Decker*, in: Hessler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 1 UmwG, Rn. 10; *Dauner-Lieb*, in: KölnKomm-UmwG, 2009, Bd. 1, § 1, Rn. 24.

45 EuGH, Rs. C-411/03, *Sevic*, EU:C:2005:762, Rn. 28, 30 f.

46 EuGH, Rs. C-210/06, *Cartesio*, EU:C:2008:723, Rn. 111 f.

47 *Mansel/Thorn/Wagner*; Europäisches Kollisionsrecht 2012, IPRax 2013, S. 3.

48 EuGH, Rs. C-378/10, *VALE*, EU:C:2012:440, Rn. 36 ff., 43 ff., 54 f.

49 *Ibid.*, Rn. 55; *Nagy*, Grenzüberschreitende Umwandlung in einem rechtlichen Vakuum: die Folgeentscheidung des ungarischen Obersten Gerichtshofs im Fall *VALE*, IPRax 2013, S. 583.

50 EuGH, Rs. C-378/10, *VALE*, EU:C:2012:440, Rn. 34; vgl. auch EuGH, Rs. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, EU:C:2006:544, Rn. 54.

C. Die Besteuerung von Gesellschaften

Die sowohl in der EU als auch im EWR gewährleistete Niederlassungsfreiheit hat in hohem Maße Auswirkungen auf die Besteuerung von Gesellschaften mit grenzüberschreitenden Bezügen in den Mitgliedstaaten. Nachfolgend soll die Rechtsprechung des EuGH zum Einfluss dieser Grundfreiheit auf die grundsätzliche Steuerhoheit der Mitgliedstaaten skizziert werden. Die Niederlassungsfreiheit kann sich nur dann auf die Besteuerung auswirken, wenn es sich um einen grenzüberschreitenden Sachverhalt handelt. Eine Beschränkung⁵¹ liegt grundsätzlich immer dann vor, wenn es sich um Maßnahmen handelt, die geeignet sind, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit zu „unterbinden, behindern oder weniger attraktiv [zu] machen“.⁵² Im Hinblick auf mitgliedstaatliche Steuerregelungen nimmt der Gerichtshof eine Beschränkung immer dann an, wenn eine EU-/EWR-Gesellschaft mit einer ausländischen Tochtergesellschaft oder Betriebsstätte gegenüber einer EU-/EWR-Gesellschaft mit einer Tochtergesellschaft oder Betriebsstätte im selben Mitgliedstaat steuerlich ungünstiger behandelt wird.⁵³ Dabei können sowohl der Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft bzw. des Stammhauses als auch der Staat, in dem sich Tochtergesellschaft bzw. Betriebsstätte befinden, durch nationale Vorschriften eine solche Ungleichbehandlung hervorrufen. Der Gerichtshof bewegt sich ganz im Rahmen seiner ständigen Rechtsprechung, indem er die Möglichkeit der Rechtfertigung von Beschränkungen aufgrund zwingender Gründe des Allgemeinwohls anerkennt. Zu den derartigen Allgemeinwohlbelangen zählte der EuGH in den vergangenen Jahren insbesondere die Folgenden.

I. Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse, Verhinderung der Steuerumgehung, Verhinderung doppelter Verlustberücksichtigung

1. Kumulatives Vorliegen von Rechtfertigungsgründen – Marks & Spencer (2005), A (2013) und Kommission/Vereinigtes Königreich (2015)

Die Rechtssachen *Marks & Spencer* sowie *Kommission/Vereinigtes Königreich* betrafen die Frage nach der Vereinbarkeit der Ablehnung der grenzüberschreitenden Einkommensverrechnung im Konzern mit der Niederlassungsfreiheit. Der EuGH entschied mit seinem Urteil zu *Marks & Spencer*,⁵⁴ dass eine derartige Beschränkung vor dem Hintergrund einer ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse zwischen den Mitgliedstaaten, der Steuerfluchtvermeidung oder der Verhinderung mehr-

51 Zur weitergehenden terminologischen Unterscheidung von Diskriminierungs- und Beschränkungsverboten vgl. Gröpl, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht, 2016, Kap. J, Rn. 115.

52 EuGH, Rs. C-591/13, *Kommission/Bundesrepublik Deutschland*, EU:C:2015:230, Rn. 56 m.w.N., der in Rn. 80 gleichzeitig feststellt, dass die Bestimmungen von AEUV und EWR zur Niederlassungsfreiheit jedenfalls einheitlich auszulegen sind; zum Vorliegen einer Beschränkung im EWR bereits EFTA-Gerichtshof, IStR 2009, 315 (319), Rn. 50 m.w.N.

53 So zuletzt EuGH, Rs. C-388/14, *Timac Agro*, EU:C:2015:829, Rn. 22.

54 EuGH, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer*, EU:C:2005:763.

maliger Berücksichtigung von Verlusten gerechtfertigt sein kann. Auf dieser Linie lag sodann auch die Entscheidung *A*,⁵⁵ in deren Rahmen sich der Gerichtshof mit der Frage zu beschäftigen hatte, ob in der Versagung der Verlustübernahme durch die finnische Muttergesellschaft bei Verschmelzung der ausländischen Tochter- auf die inländische Muttergesellschaft eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit lag. Diese Frage wurde im Ergebnis zwar bejaht, aber aufgrund des Vorliegens der drei genannten Rechtfertigungsgründe als gerechtfertigt angesehen. In Hinsicht auf eine infolge der *Marks & Spencer*-Entscheidung erfolgte Gesetzesänderung im Vereinigten Königreich bestätigte der EuGH in *Kommission/Vereinigtes Königreich*⁵⁶ zum einen, dass eine Rechtfertigung aus den drei genannten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses „zusammen genommen“, mithin wohl nur bei *kumulativem* Vorliegen⁵⁷ der vorgenannten Gründe erfolgen könne, und zum anderen, wie schon in der Entscheidung von 2005, dass die Regelung geeignet sein und das mildeste Mittel darstellen müsse.

2. Die Entscheidung Kommission/Vereinigtes Königreich als Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen *Oy AA* (2007), *Lidl Belgium* (2008) und *Nordea Bank* (2014)?

Im Hinblick auf die Frage nach dem Erfordernis des kumulativen Vorliegens der Rechtfertigungsgründe könnte die Entscheidung in der Rechtssache *Kommission/Vereinigtes Königreich* eine explizite Abweichung des EuGH von seiner ehemaligen Rechtsprechung insbesondere in den nachfolgend genannten Fällen darstellen. In seinem Urteil *Oy AA* hat der Gerichtshof allein die ausgewogene Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse zwischen den Mitgliedstaaten und die Verhinderung einer Steuerumgehung als für die Rechtfertigung einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ausreichend angesehen.⁵⁸ In der Rechtssache *Lidl Belgium*,⁵⁹ in der der EuGH in der Versagung der Verlustverrechnung einer im Ausland gelegenen Betriebsstätte einer deutschen Kommanditgesellschaft eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit sah, nahm er noch eine Rechtfertigung aufgrund der Vermeidung doppelter Verlustberücksichtigung und der Wahrung einer ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse an. Das Vorliegen einer Absicht zur Vermeidung der Steuerflucht musste hiernach nicht zwangsläufig gegeben sein. Auch in der Rechtssache *Nordea Bank* konzentrierten sich die Luxemburger Richter auf die Prüfung einer Rechtfertigung

55 EuGH, Rs. C-123/11, *A*, EU:C:2013:84.

56 EuGH, Rs. C-172/13, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, EU:C:2015:50.

57 „Zusammen genommen“, EuGH, Rs. C-172/13, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, EU:C:2015:50; zu dieser Deutung *Schumacher*, Das EuGH-Urteil Timac Agro – Was bleibt von der Rechtsfigur der finalen Verluste übrig?, *ISTR* 2016, S. 475; zur Frage des kumulativen Vorliegens vor der Entscheidung in der Rs. *Kommission/Vereinigtes Königreich* siehe *Jacobs*, in: ders./Endres/Spengel, *Internationale Unternehmensbesteuerung*, 8. Aufl. 2016, S. 216 f.; *Schiefer*, Anmerkung – Niederlassungsfreiheit: Verlustabzug bei Fusion mit gebietsfremder Tochtergesellschaft, *EuZW* 2013, S. 273.

58 EuGH, Rs. C-231/05, *Oy AA*, EU:C:2007:439.

59 EuGH, Rs. C-414/06, *Lidl Belgium*, EU:C:2008:278.

wegen einer Beschränkung aus denselben Gründen wie in der Rechtssache *Oy AA*.⁶⁰ Die dänische Finanzverwaltung ordnete in diesem Fall eine nachträgliche Besteuerung wegen der Schließung und Veräußerung der EU-ausländischen Betriebsstätten der dänischen Nordea Bank an eine verbundene Gesellschaft im Mitgliedstaat der Betriebsstätten an. Aufgrund einer Ausnahmeverordnung waren Verluste dieser Betriebsstätten zuvor im Rahmen der Steuerbemessung des dänischen Stammhauses berücksichtigt worden. Der EuGH hielt diese Nachversteuerung für nicht mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar, da diese bei der Schließung und Veräußerung inländischer Betriebsstätten nicht stattgefunden hätte. Trotz der grundsätzlichen Rechtfertigungsmöglichkeit *allein* vor dem Hintergrund der Besteuerungsbefugnisse der jeweiligen Mitgliedstaaten hielt der Gerichtshof die Regelung für über das zur Zweckerreichung erforderliche Maß hinausgehend.⁶¹ Es erscheint vor dem Hintergrund dieser Entscheidungen mehr als fraglich, ob der Gerichtshof mit seinem Urteil in der Rechtssache *Kommission/Vereinigtes Königreich* tatsächlich das Erfordernis eines kumulativen Vorliegens der vorgenannten Rechtfertigungsgründe fordert, zumal er in der Rechtssache *Lidl Belgium* sogar ausdrücklich auf diese Frage eingegangen war und dies verneint hatte.⁶²

II. Steuerliche Kohärenz

1. Bachmann (1992)

Der Europäische Gerichtshof hat erstmals in seinem Urteil zur Rechtssache *Bachmann*⁶³ den Rechtfertigungsgrund der steuerlichen Kohärenz aufgeworfen. Dem in Belgien beschäftigten deutschen Staatsangehörigen *Bachmann* wurde die Berücksichtigung von Sozialversicherungsbeiträgen, die er in Deutschland abführte, von der belgischen Finanzverwaltung bei der Feststellung des Gesamtbetrags seiner Erwerbseinkünfte verweigert. Nach der belgischen Regelung konnten nur in Belgien geleistete Beiträge einkommensmindernd berücksichtigt werden. Dies stelle zwar eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, jedoch würde die Nichtbesteuerung der vom Erwerbseinkommen abgezogenen Einkünfte nach belgischem Recht durch die spätere Besteuerung von Pensionen, Renten oder anderen Kapitalabfindungen bzw. die bei Nichtberücksichtigung von geleisteten Beiträgen zu Versicherungen durch die spätere Nichtbesteuerung bei Auszahlung der erworbenen Vorteile wieder ausgeglichen.⁶⁴ Auch wenn der EuGH in diesem Falle ein mit dem Königreich Belgien bestehendes Doppelbesteuerungsabkommen, durch welches bereits steuerliche Kohärenz

60 EuGH, Rs. C-48/13, *Nordea Bank*, EU:C:2014:2087, Rn. 27 ff.

61 Ibid., Rn. 31 ff.

62 EuGH, Rs. C-414/06, *Lidl Belgium*, EU:C:2008:278, Rn. 38 ff.; ohne ausdrücklich davon auszugehen, geht GAin Kokott zu EuGH, Rs. C-646/15, *Panayi Accumulation*, EU:C:2016:1000 ebenfalls nur auf den Rechtfertigungsgrund der Wahrung einer ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse ein.

63 EuGH, Rs. C-204/90, *Bachmann*, EU:C:1992:35.

64 Ibid., Rn. 21 f.

hergestellt wurde, außer Acht gelassen hat,⁶⁵ so wurde dieser Grundgedanke einer möglichen Rechtfertigung in der Rechtsprechung des EuGH zur Wechselwirkung zwischen mitgliedstaatlichen Steuervorschriften und der Niederlassungsfreiheit weiterentwickelt und präzisiert. Insbesondere muss ein *unmittelbarer* Zusammenhang zwischen dem in Frage stehenden steuerlichen Vorteil und der diesen Vorteil ausgleichenden steuerlichen Belastung bestehen.⁶⁶

2. Krankenheim Ruhesitz am Wannsee (2008) und Papillon (2008)

Aufgrund der vorgenannten Präzisierung wurde der Rechtfertigungsgrund der steuerlichen Kohärenz von den Luxemburger Richtern lange Zeit als nicht einschlägig betrachtet.⁶⁷ Erst in der Entscheidung *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee* wurde eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch die Nachversteuerung von Gewinnen nach Veräußerung einer ausländischen Betriebsstätte wieder wegen Wahrung steuerlicher Kohärenz als gerechtfertigt angesehen.⁶⁸ Diese Nachversteuerung resultierte aus einer nachträglichen Hinzurechnung von Verlusten einer ausländischen Betriebsstätte, welche ursprünglich im Rahmen der Besteuerung der inländischen Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheim GmbH einkommensmindernd berücksichtigt wurden. Der EuGH gelangte in dieser Fallgestaltung eher oberflächlich zu einer Annahme der Gewährleistung steuerlicher Kohärenz durch die deutschen Regelungen zur nachträglichen Hinzurechnung von Verlusten, da diese nur in dem Umfang erfolgen sollte, in dem Verluste zuvor in Abzug gebracht wurden; im Übrigen war die Beschränkung auch verhältnismäßig, da die Hinzurechnung bis zur Höhe der Gewinne der ausländischen Betriebsstätte erfolgte.⁶⁹

In der Rechtssache *Papillon* wurde dieser Rechtfertigungsgrund als gegeben angesehen und umfassend erörtert.⁷⁰ Die französische Finanzverwaltung versagte der französischen Gesellschaft Papillon die Verrechnung von Verlusten einer inländischen Enkelgesellschaft, an der Papillon über eine niederländische Tochtergesellschaft zu 99,99 Prozent beteiligt war. Handelte es sich um eine französische Tochtergesellschaft, wäre diese steuerliche Integration ohne Hindernisse möglich gewesen. Die französische Regelung zur steuerlichen Integration soll die steuerliche Konsolidierung innerhalb des (ausschließlich inländischen) Konzerns ermöglichen, während gewisse steuerrechtlich relevante Vorgänge wie Rückstellungen innerhalb des Konzerns im Ausgleich dafür nicht berücksichtigt werden sollen (sogenannte Neutralisierung), um

65 Insofern richtig EuGH, Rs. C-80/94, *Wielockx*, EU:C:1995:271, Rn. 24 f.; dazu *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 40. Aufl. 2009, Art. 39-55 EGV, Rn. 237 m.w.N.

66 EuGH, Rs. C-484/93, *Svensson und Gustavsson*, EU:C:1995:379, Rn. 18.

67 Nachweise bei *Gröpl*, (Fn. 51), Rn. 133, Fn. 272.

68 EuGH, Rs. C-157/07, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee*, EU:C:2008:588.

69 *Ibid.*, Rn. 44 ff., zur Verhältnismäßigkeit vgl. Rn. 45.

70 EuGH, Rs. C-418/07, *Papillon*, EU:C:2008:659, Rn. 43 ff.; eingehend dazu *Mamut/Schilcher*, Auswirkungen des EuGH-Urteils auf die österreichische Gruppenbesteuerung, taxlex 2009, S. 1.

eine doppelte Berücksichtigung von Verlusten⁷¹ innerhalb des Konzerns zu vermeiden. Würde man diese Regelung auch auf Konzernstrukturen, bei denen die Beteiligung an der Enkelgesellschaft durch eine ausländische Gesellschaft vermittelt wird, erstrecken, würde die Kohärenz der französischen Regelung grundsätzlich gefährdet. Stufte man nämlich die Regelung über die steuerliche Integration als unionsrechtswidrig ein und bezöge man daher ausländische Gesellschaften ein, würden diese auch von der steuerlichen Konsolidierung profitieren. Gleichzeitig würde aber dieser Vorteil nicht durch anderweitige Regelungen, zum Beispiel zur Neutralisierung, wieder ausgeglichen, da diese ebenfalls nur für ausschließlich inländische Konzerne gelten und gerade nicht wegen der Niederlassungsfreiheit auf ausländische zu erstrecken sind.⁷² Im Ergebnis hielt der EuGH diese Regelung aber für unverhältnismäßig.

3. Groupe Steria (2015)

Auch in der Entscheidung *Groupe Steria*⁷³ stand eine Rechtfertigung aufgrund der Wahrung der steuerlichen Kohärenz zur Debatte. Grundsätzlich sind nach französischem Recht Erträge aus Beteiligungen an anderen Gesellschaften zu 95 Prozent steuerbefreit. Der verbleibende Fünfprozentanteil soll pauschal die Kosten der Beteiligung erfassen, die den Ertrag der Gesellschaft grundsätzlich nicht mindern sollen, es sei denn, es handelt sich um einen steuerlichen Konzern, bei dem die am Konzern beteiligten Gesellschaften gemeinsam besteuert werden. Da sich ein steuerlicher Konzern nach französischem Recht jedoch nur aus inländischen Gesellschaften zusammensetzen kann und daher nur inländische Konzerngesellschaften von dieser Regelung profitieren können, sah der EuGH hierin eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Der für die Annahme der Erforderlichkeit zur Wahrung der steuerlichen Kohärenz notwendige unmittelbare Zusammenhang lag nach dem Gerichtshof nicht vor, da mit dem steuerlichen Vorteil der Bildung eines steuerlichen Konzerns und des Abzugs auch des Fünfprozentanteils nicht zugleich Belastungen verbunden waren, die diesen Vorteil (vollumfänglich) ausgleichen.⁷⁴ Im Übrigen wurde auch eine Rechtfertigung wegen der Wahrung der Besteuerungsbefugnisse der Mitgliedstaaten bzw. aufgrund der Mutter-Tochter-Richtlinie abgelehnt.⁷⁵

71 Hierzu anschaulich das Beispiel, das der EuGH in seinem Urteil bildet, EuGH, Rs. C-418/07, *Papillon*, EU:C:2008:659, Rn. 47f.

72 Dies wäre auch paradox, da doch die Grundfreiheiten einen Schutz gegen Benachteiligungen darstellen und damit gerade nicht zulasten der Träger der Grundfreiheiten wirken sollen.

73 EuGH, Rs. C-386/14, *Groupe Steria*, EU:C:2015:524.

74 Ibid., Rn. 34 ff.; vgl. Schlussanträge GAin Kokott zu EuGH, Rs. C-386/14, *Groupe Steria*, EU:C:2015:392, Rn. 40 ff.

75 EuGH, Rs. C-386/14, *Groupe Steria*, EU:C:2015:524, Rn. 23 ff., 37 ff.

III. Steuerliche Kohärenz und ausgewogene Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse im Zusammenspiel – National Grid Indus (2011) und Timac Agro (2015)

Wie der EuGH in seinen Entscheidungen zu *National Grid Indus*⁷⁶ und *Timac Agro*⁷⁷ festgehalten hat, decken sich die Rechtfertigungsgründe der steuerlichen Kohärenz und der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse unter den Mitgliedstaaten wohl. Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, wenn der Gerichtshof in der Sache *Groupe Steria* aus dem in *Marks & Spencer* entwickelten Rechtfertigungs-dreiklang nur die Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse prüft. Zum einen lehnt er diese nämlich ab, sodass es ohnehin nicht mehr der Prüfung der anderen erwähnten Rechtfertigungsgründe bedurfte, soweit man aufgrund der Entscheidung in der Sache *Kommission/Vereinigtes Königreich* ein kumulatives Vorliegen der drei Rechtfertigungsgründe fordern wollte. Zum anderen – und das wird zusätzlich noch festgestellt – liegt auch das Erfordernis steuerlicher Kohärenz nicht vor, das, wie aus der Rechtsprechung Luxemburgs beispielsweise in den Rechtssachen *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee* und *Papillon* hervorgeht, auch *für sich genommen* einen Rechtfertigungsgrund darstellen kann.

Im Ergebnis stellte daher in der Rechtssache *National Grid Indus* die Besteuerung nicht realisierter Wertzuwächse bei Verlegung des Verwaltungssitzes aus einem Mitgliedstaat (Wegzugsstaat) in einen anderen Mitgliedstaat (Zuzugsstaat) durch den Wegzugstaat eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, die aber wegen des Erfordernisses steuerlicher Kohärenz gerechtfertigt war. Die Besteuerung der Wertzuwächse im Wegzugsstaat war nämlich nur aufgeschoben (Steuervorteil) und sollte durch die Einziehung erst bei Realisierung des Wertzuwachses (Belastung) ausgeglichen werden.⁷⁸ Hierin bestand der unmittelbare Zusammenhang nach Ansicht der Luxemburger Richter. Im Übrigen würde der Wegzugsstaat seines Rechts zur Besteuerung von Wertzuwächsen beraubt, sodass auch eine Rechtfertigung aus Gründen der Verteilung der Besteuerungsbefugnisse zwischen Weg- und Zuzugsstaat gegeben ist.⁷⁹ Schließlich aber war die Regelung unverhältnismäßig, weil sie die *sofortige Einziehung* der Steuer bei Verlegung des Verwaltungssitzes und nicht den Aufschub bis zur tatsächlichen Realisierung des Wertzuwachses vorsah.⁸⁰

Ebenso verhielt es sich in der *Timac Agro*-Entscheidung des EuGH, bei der deutsche Steuervorschriften zu einer nachträglichen Hinzurechnung von Verlusten einer in Österreich gelegenen Betriebsstätte der inländischen Timac Agro führten, nachdem diese die Betriebsstätte an eine ebenfalls in Österreich gelegene und zur gleichen Unternehmensgruppe gehörende Gesellschaft veräußert hatte. Anders als in *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee* erfolgte aber die Hinzurechnung der von der Betriebs-

76 EuGH, Rs. C-371/10, *National Grid Indus*, EU:C:2011:785, Rn. 80.

77 EuGH, Rs. C-388/14, *Timac Agro*, EU:C:2015:829, Rn. 47.

78 EuGH, Rs. C-371/10, *National Grid Indus*, EU:C:2011:785, Rn. 79 („logisches Pendant“), 82.

79 Ibid., Rn. 46 f.

80 Ibid., Rn. 45 ff., 85 f.

stätte erzielten Verluste ohne Zusammenhang mit etwaigen Gewinnen, mit anderen Worten nicht nur bis zur Höhe des Gewinns der Betriebsstätte.⁸¹ Grundsätzlich wären die österreichischen Betriebsstätten aufgrund des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen Deutschland und Österreich nicht mit deutschen Betriebsstätten einer Gesellschaft vergleichbar. Für den Zeitraum, während dessen Deutschland den Verlustabzug trotz dieses Abkommens für die inländische Gesellschaft zuließ, bestand aber eine vergleichbare Situation.⁸² Der Gerichtshof entschied daher, dass in der deutschen Regelung zum Verlustabzug grundsätzlich eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit zu sehen war, da die Zulassung des Verlustabzugs sowohl bei der Besteuerung von Gesellschaften mit ausländischen (aufgrund des Doppelbesteuerungsabkommens) wie auch bei Gesellschaften mit inländischen Betriebsstätten vorgesehen war, eine nachträgliche Hinzurechnung von Verlusten aber nur im Falle der Veräußerung ausländischer, nicht aber inländischer Betriebsstätten erfolgen sollte.⁸³ Jedoch war auch diese Beschränkung gerechtfertigt. Einerseits bestünde sonst aufgrund des Doppelbesteuerungsabkommens mit Österreich, nach dem grundsätzlich Österreich die Hoheit über die Besteuerung der Betriebsstätten zukommt, die Gefahr, dass die Timac Agro frei wählen kann, in welchem Mitgliedstaat Gewinne oder Verluste geltend gemacht werden können. Ohne dieses Abkommen stünde die Steuerhoheit über die Einkünfte der Betriebsstätte Deutschland zu. Die Norm dient folglich der Gewährleistung einer symmetrischen Verteilung des Rechts zur Gewinnbesteuerung und der Möglichkeit der Geltendmachung eines Verlustabzugs.⁸⁴ Andererseits darf laut EuGH die Hinzurechnung der Verluste (Belastung) nicht losgelöst von der vormaligen Berücksichtigung der Verluste bei der Ermittlung der Einkünfte der Gesellschaft in Deutschland (Steuervorteil) betrachtet werden. Dies müsse auch dann gelten, sofern der Mitgliedstaat, in welchem sich die zu Besteuernde Gesellschaft befindet, keine Steuerhoheit über die Einkünfte der Betriebsstätte, zum Beispiel aufgrund eines Besteuerungsabkommens, ausübt.⁸⁵ Mithin stehen nämlich die Möglichkeit der Besteuerung von Einkünften durch einen Mitgliedstaat und die Möglichkeit, Verluste in diesem Staat in Abzug zu bringen, in einem Zusammenhang, der es erlaubt, bei fehlender Steuerhoheit – wie im vorliegenden Fall aufgrund des Doppelbesteuerungsabkommens – auch die Berücksichtigung von Verlusten zu versagen.⁸⁶ Dies gilt jedoch nur, soweit die in Abzug zu bringenden Verluste nicht endgültig sind und damit noch Berücksichtigung in Österreich finden könnten, andernfalls ist nämlich die Berücksichtigung der Verluste europarechtlich geboten. Der Nachweis, dass die Verluste endgültig waren, wurde jedoch noch nicht erbracht, insbesondere wurde nicht aus-

81 EuGH, Rs. C-388/14, *Timac Agro*, EU:C:2015:829.

82 Ibid., Rn. 27 f.; dazu *Cloer/Sejdija*, Rechtsprechungswechsel des EuGH zu finalen Verlusten, SteuK 2016, S. 92.

83 EuGH, Rs. C-388/14, *Timac Agro*, EU:C:2015:829, Rn. 24; diese Vergleichbarkeit ist aufgrund des Entfallens der Verlustabzugsmöglichkeit in Deutschland seit 1999 nicht mehr gegeben, womit es auch an einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit fehlt, siehe dazu Rn. 63 ff.

84 Ibid., Rn. 34 ff.

85 Ibid., Rn. 40 f.

86 Ibid., Rn. 41.

reichend dargelegt, dass alle zur Berücksichtigung von Verlusten in Österreich bestehenden Möglichkeiten in Anspruch genommen wurden.⁸⁷ Aus diesem Grund hielt der EuGH die Regelung für verhältnismäßig und mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar.

D. Schlussfolgerungen

I. Gesellschaftskollisionsrecht im Lichte der Niederlassungsfreiheit

1. Grundsätze zur Anerkennung von Auslandsgesellschaften in Deutschland

An die Frage nach der Rechtspersönlichkeit und -fähigkeit von Auslandsgesellschaften in Deutschland knüpfen vielfältige Folgefragen wie zum Beispiel nach der Registerfähigkeit, der Parteifähigkeit in Prozessen, den Haftungsmodalitäten oder den Mindestkapitalanforderungen an.

a) Effektiver Verwaltungssitz der Gesellschaft in Deutschland

EU- bzw. EWR⁸⁸-Gesellschaften sind im Gegensatz zu Drittstaatengesellschaften in Deutschland nicht auf Grundlage der Sitztheorie als Personengesellschaften mit der Folge des Wegfalls einer möglichen Haftungsprivilegierung,⁸⁹ sondern unter Beachtung der europäischen Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 54 AEUV auf Grundlage der Gründungstheorie als rechts- und parteifähig nach ihrem Gründungsrecht anzuerkennen. Auch im Übrigen⁹⁰ ist auf sämtliche gesellschaftsspezifischen Rechtsverhältnisse das Recht ihres Gründungsstaates anzuwenden. Manche ordnen daher

⁸⁷ Ibid., Rn. 52 ff. m.w.N.; dazu *Dodos/Niemann*, Verrechnung von „finalen“ Auslandsverlusten – auch nach „Timac Agro“!, DStR 2016, S. 1063.

⁸⁸ Vgl. BGHZ 164, 148 (149, 151); *Weller*, Die „Wechselbalgtheorie“, in: *Festschrift Goette*, 2011, S. 587, Fn. 26.

⁸⁹ BGHZ 178, 192 (199) mit Anm. *Gottschalk*, ZIP 2009, S. 950 und Anm. *Lamsa*, ZIP 2009, S. 16; BGH, ZIP 2009, 2385 (2386) mit Anm. *Wöhlert*, GWR 2009, S. 417; *Servatius*, in: *Hessler/Strohn*, *Gesellschaftsrecht*, 3. Aufl. 2016, IntGesR, Rn. 16.

⁹⁰ Ausdrücklich *Looschelders*, *Internationales Privatrecht*, Anh. zu Art. 10 EGBGB, 2004 Rn. 15; *Röpke*, Gläubigerregime im europäischen Wettbewerb der Gesellschaftsrechte, 2007, S. 78; *Behrens*, (Fn. 12), S. 204 f.

Art. 49, 54 AEUV als „versteckte“ Kollisionsnormen ein.⁹¹ Jedoch weist der EuGH darauf hin, dass es immer noch den Mitgliedstaaten überlassen ist, die Anknüpfung dafür zu bestimmen, unter welchen Umständen sich Gesellschaften auf die Niederlassungsfreiheit berufen können – mithin also auch auf die Möglichkeit, unter gewissen Voraussetzungen Wegzugsbeschränkungen aufzustellen – zumal die Kompetenz des EuGH für derartige Fragen fraglich sein dürfte.⁹² Außerdem stünde eine ausschließliche europäische Gründungsrechtsanknüpfung beispielsweise in Widerspruch zu der an der Sitztheorie ausgerichteten *Societas Europaea*.⁹³ Zu beachten ist aber, dass eine Anerkennung im Verwaltungssitzstaat (Deutschland) scheitert, wenn die Gesellschaft nach ihrem Gründungsrecht nicht mehr existiert, zum Beispiel wenn eine englische *limited* im Rahmen eines *striking off the register* in England mit konstitutiver Wirkung gelöscht wurde. Teilweise wird dies auch aus *VALE* für das Fehlen eines „*genuine link*“, d.h. eines realwirtschaftlichen Bezugs zwischen Gesellschaft und Registrierungsstaat,⁹⁴ abgeleitet. Deutsche Träger öffentlicher Gewalt müssten in der Folge im Ausland registrierte Briefkastengesellschaften, anders als nach *Centros* und *Inspire Art*, nicht anerkennen.⁹⁵ Gegen eine Gleichbehandlung der unter Satzungs- und Verwaltungssitzverlegung zugezogenen Gesellschaft mit einer solchen, die lediglich ihren

- 91 Dagegen *Rehm*, in: *Eidenmüller*, (Fn. 5), § 2, Rn. 69 ff.; *Kindler*, (Fn. 3), *IntGesR*, Rn. 143 ff.; *Knop*, *Gesellschaftsstatut und Niederlassungsfreiheit*, 2008, S. 65; *Lechner*, *Das Schicksal der europäischen Personengesellschaften im Zeitalter der Niederlassungsfreiheit*, 2014, S. 36; *Spahlinger/Wegen*, (Fn. 5), Kap. B, Rn. 198; *Wendehorst*, *Kollisionsnormen im primären Europarecht*, in: *Festschrift Heldrich*, 2005, S. 1085 f.; *Knapp*, *Überseering: Zwingende Anerkennung von ausländischen Gesellschaften?*, *DNotZ* 2003, S. 88; *Mansel*, *Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums*, *RabelsZ* 70 (2006), S. 673 f.; dafür *Arnold*, in: *KölnKomm-AktG*, Bd. 1, 2, Aufl. 2011, § 45, Rn. 28; *Weller*, (Fn. 88), S. 587; *Altenhain/Wietz*, *Die Ausstrahlungswirkung des Referentenentwurfs zum Internationalen Gesellschaftsrecht auf das Wirtschaftsstrafrecht*, *NZG* 2008, S. 570 f.; *Horn*, *Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit – „Inspire Art“*, *NJW* 2004, S. 896; *Thomale*, *Die Niederlassungsfreiheit als versteckte Kollisionsnorm*, *NZG* 2011, S. 1293; *Weller*, *Die Rechtsquellendogmatik des Gesellschaftskollisionsrechts*, *IPRax* 2009, S. 204.
- 92 EuGH, Rs. C-210/06, *Cartesio*, EU:C:2008:723, Rn. 108 ff.; *Lechner*, (Fn. 91), S. 36; *Drygala*, *Europäische Niederlassungsfreiheit vor der Rolle rückwärts?*, *EuZW* 2013, S. 573.
- 93 *Roth*, in: *ders./Altmeppen*, *GmbHG*, 8. Aufl. 2015, § 4a, Rn. 14; *Roth*, *Internationales Gesellschaftsrecht nach Überseering*, *IPRax* 2003, S. 125.
- 94 Dafür *Kindler*, (Fn. 3), *IntGesR*, Rn. 136; *Böttcher/Kraft*, *Grenzüberschreitender Formwechsel und tatsächliche Sitzverlegung – Die Entscheidung VALE des EuGH*, *NJW* 2012, S. 2703; *Jung*, *Die Niederlassungsfreiheit von Schweizer Gesellschaften bei Sitzwahl und Sitzverlegung im Europäischen Wirtschaftsraum*, *EuZW* 2012, S. 863; *Kindler*, *Der reale Niederlassungsbegriff nach dem VALE-Urteil des EuGH*, *EuZW* 2012, S. 891; *König/Bormann*, „*Genuine Link*“ und freie Rechtsformwahl im Binnenmarkt, *NZG* 2012, S. 1241; *Mörsdorf/Jopen*, *Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 12.7.2012, Aktenzeichen: C-378/10 – Zum „Ob“ und „Wie“ eines grenzüberschreitenden Formwechsels innerhalb der Europäischen Union*, *ZIP* 2012, S. 1398; *Roth*, *Das Ende der Briefkastengründung – Vale contra Centros*, *ZIP* 2012, S. 1745; dagegen *BGHZ* 190, 242 (247); *Paefgen*, in: *Westermann/Wertenbruch*, *Handbuch Personengesellschaften*, 62. EL 2015, § 60, Rn. 4118a; *Bayer/Schmidt*, *Das Vale-Urteil des EuGH: Die endgültige Bestätigung der Niederlassungsfreiheit als Formwechselfreiheit*, *ZIP* 2012, S. 1486; *Drygala*, (Fn. 92), S. 569 f.; *Mansel et al.*, (Fn. 47), S. 5.
- 95 *Kindler*, (Fn. 3), *IntGesR*, Rn. 136, 139; *König/Bormann*, (Fn. 94), S. 1241.

Verwaltungssitz erstmalig in Deutschland begründet oder hierhin verlegt, spricht, dass der EuGH das Erfordernis einer beabsichtigten wirtschaftlichen Tätigkeit im Gründungsstaat nur im Zusammenhang mit der Rechtfertigung einer Beschränkung, nicht aber mit der Eröffnung des Anwendungsbereichs der Art. 49, 54 AEUV statuiert.⁹⁶ Außerdem stand in *VALE* und *Cadbury Schweppes* der realwirtschaftliche Bezug zum Aufnahme- und nicht zum Herkunftsstaat in Frage.⁹⁷ Die Entscheidungen *Centros* und *Inspire Art* betrafen im Übrigen den Zuzug durch Errichtung einer Zweigniederlassung unter Beibehaltung der schon bestehenden (Haupt-)Niederlassung im Gründungsstaat, während dem *VALE*-Urteil der Zuzug unter Auflösung der Ursprungsgesellschaft im Herkunftsstaat zugrunde lag. Insofern ist diese vom Gedanken des Drittschutzes geleitete Einschränkung abzulehnen, auch weil ein solches Erfordernis der Verwirklichung des Binnenmarktes und dem „Wettbewerb der Gesellschaftsrechte“⁹⁸ entgegenstünde. Dem dadurch ausgelösten und gefürchteten „*race to the bottom*“ durch eine Flucht in die Rechtsordnung des „günstigsten Rechts“ ist entgegenzuhalten, dass man sich auch auf europäischer Ebene unter anderem um die Harmonisierung des Aktionärs- und Gläubigerschutzes oder auf nationaler Ebene um grundfreiheitenkonforme Schutzmechanismen bemühte.⁹⁹ Mithin schützt damit die Niederlassungsfreiheit nur die einmal erworbene Rechtsfähigkeit und das Vertrauen auf den Fortbestand der Mindestkapitalanforderungen.¹⁰⁰

b) Effektiver Verwaltungssitz der Gesellschaft im Ausland

Hat die wirksam gegründete EU-/EWR-Gesellschaft ihren Verwaltungssitz im Ausland, genauer gesagt im Inkorporationsstaat, so wird sie im Falle eines rechtserheblichen Auftretens in Deutschland auch unter Zugrundelegung der Sitztheorie als nach dem Recht des Gründungsstaates rechtsfähige Gesellschaft anerkannt. Insofern bedarf es keiner Korrektur im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit.

2. Grundsätze der grenzüberschreitenden Verwaltungssitzverlegung

Die Verlegung des effektiven Verwaltungssitzes ohne gleichzeitige Satzungssitzverlegung kann auf verschiedenen Wegen erfolgen, zum Beispiel durch Verlegung des Wohnsitzes der (Allein-)Gesellschafter oder Ausübung der Hauptgeschäftstätigkeit über eine Zweigniederlassung.

96 Hoffmann, in: NomosKomm-BGB, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, Anh. zu Art. 12 EGBGB, Rn. 59; Teichmann, Gesellschaften im System der Europäischen Niederlassungsfreiheit, ZGR 2011, S. 672, Fn. 182; Mansel et al., (Fn. 47), S. 5; Drygala, (Fn. 92), S. 570.

97 Hoffmann, (Fn. 96), Anh. zu Art. 12 EGBGB, Rn. 59; vgl. auch BGHZ 190, 242 (247); siehe auch EuGH, Rs. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, EU:C:2006:544, Rn. 54.

98 Z.B. Horn, (Fn. 91), S. 900.

99 Habersack/Versch, Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2011, § 3, Rn. 39; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015, § 7, Rn. 11; zum Delaware-Syndrom, vgl. Ebke, (Fn. 5), S. 930.

100 Kindler, (Fn. 39), S. 139.

a) Wegzug einer deutschen Gesellschaft ins EU-/EWR-Ausland

Nach den *Daily Mail-/Cartesio*-Grundsätzen ist der Herkunftsmitgliedstaat berechtigt, die Verwaltungssitzverlegung mit der Auflösung der Gesellschaft zu sanktionieren. Wird der Verwaltungssitz einer deutschen Gesellschaft in einen der Gründungstheorie folgenden Staat verlegt, so bestimmen sich die gesellschaftsspezifischen Rechtsverhältnisse aufgrund der Gründungsrechtsanknüpfung nach deutschem Recht.¹⁰¹ Weil die §§ 4a GmbHG, 5 AktG auch einen ausländischen Verwaltungssitz zulassen,¹⁰² bleiben die betreffenden Kapitalgesellschaften trotz Trennung des Sitzungs- vom Verwaltungssitz nunmehr auch nach deutschem Recht bestehen. Wird der Verwaltungssitz hingegen in einen der Sitztheorie folgenden Staat verlegt, kommt es, da Deutschland das anzuwendende Recht grundsätzlich an den Verwaltungssitz anknüpft, zu einem Statutenwechsel.¹⁰³ Insofern verweist das deutsche Kollisionsrecht auf das Recht des Zuzugsstaates, welches die Verweisung annimmt; eine Rückverweisung auf das deutsche Recht gibt es mithin in diesem Falle nicht, sodass die Gesellschaft in der Regel mangels Erfüllung der Gründungsanforderungen im Zuzugsstaat nicht anzuerkennen wäre. Auch beim Wegzug durch Verwaltungssitzverlegung ist jedoch im unionsrechtlichen Kontext, soweit erforderlich, die Gesellschaft je nach Zuständigkeit sowohl von deutschen Gerichten als auch von Gerichten des Zuzugsstaates als nach dem (deutschen) Gründungsrecht rechtsfähig anzuerkennen, soweit sie nach deutschem Recht noch existiert.¹⁰⁴ Eine identitätswahrende Verwaltungssitzverlegung ist daher möglich, solange der deutsche Gesetzgeber an den §§ 4a GmbHG, 5 AktG festhält.

b) Zuzug einer EU-/EWR-Gesellschaft nach Deutschland

Verlegt eine wirksam gegründete EU-/EWR-Gesellschaft ihren Verwaltungssitz ins Inland, so ist diese als nach dem Recht ihres Herkunftsstaates rechtsfähig anzuerkennen.¹⁰⁵ Dies gilt sowohl bei Verlegung des Verwaltungssitzes als auch bei Begründung

101 *Desch*, in: Bunnemann/Zirngibl, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, 2. Aufl. 2011, § 7, Rn. 96; *Ego*, in: MünchKomm-AktG, Bd. 7, 4. Aufl. 2017, Kap. B, Rn. 176; *Kindler*, (Fn. 3), IntGesR, Rn. 823; *Leible*, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 4a, Rn. 177.

102 *Solveen*, in: Hölters, AktG, 2. Aufl. 2014, § 5, Rn. 7; *Funke/Michalski*, in: Michalski, (Fn. 101), § 4a, Rn. 9, 17.

103 *Drescher*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 5, Rn. 10; *Servatius*, (Fn. 89), IntGesR, Rn. 37; *Leible*, (Fn. 101), § 4a, Rn. 177; *Kindler*, (Fn. 3), IntGesR, Rn. 827; *Rauscher*, (Fn. 2), Rn. 648.

104 *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2012, § 6, Rn. 56; *Drescher*, (Fn. 103), § 5, Rn. 10; *Fingerhuth/Rumpf*, MoMiG und die grenzüberschreitende Sitzverlegung – Die Sitztheorie, ein (lebendes) Fossil, IPRax 2008, S. 92; *Teichmann*, Gesellschaften im System der Europäischen Niederlassungsfreiheit, ZIP 2009, S. 401; unklar *Kindler*, (Fn. 3), IntGesR, Rn. 821 f., insb. Fn. 3157, der darauf abstellt, ob der Zuzugsstaat infolge der Rechtsprechung des EuGH die Gründungstheorie übernommen hat.

105 BGHZ 190, 242 (246).

eines Verwaltungssitzes zur Ausübung der Geschäftstätigkeit über eine Niederlassung.¹⁰⁶ Folglich ist auch für EU- und EWR-Gesellschaften die identitätswahrende Verwaltungssitzverlegung nach Deutschland ohne Rechtsformwechsel unter der Prämissen der Anerkennung des Wegzugs durch den Herkunftsstaat möglich. In Einzelfällen kann eine Berufung auf Art. 49, 54 AEUV aber wegen Missbrauchs ausgeschlossen sein oder können Sonderregeln für Auslandsgesellschaften aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls eine gerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen. Zu den Anforderungen hieran hat der EuGH, abgesehen von den allgemeinen Anforderungen an eine Beschränkung der Grundfreiheiten, bisher keine Aussagen getroffen.¹⁰⁷

3. Grundsätze der grenzüberschreitenden Umwandlung

a) Grenzüberschreitender Formwechsel

Sofern die Gesellschaft beabsichtigt, neben ihrem Verwaltungs- auch ihren Satzungssitz oder gar nur diesen zu verlegen, steht die Frage im Raum, unter welchen Umständen dies möglich ist. Außerdem ist zu klären, ob trotz der Verlegung die Gesellschaft ihre Identität wahrt („Wechsel des Rechtskleids *uno actu*“), sodass die Existenz des Rechtsträgers unberührt bliebe und dieser ohne Auflösung und Neugründung fortbestünde.¹⁰⁸

(1) Wegzug einer deutschen Gesellschaft ins EU-/EWR-Ausland

In Umwandlungsfällen ist eine „sukzessive Anwendung“ zweier Rechtsordnungen angezeigt. Verlegt eine deutsche Gesellschaft ihren Verwaltungs- und Satzungssitz ins Ausland, so verliert sie den Status als deutsche Gesellschaft.¹⁰⁹ Es folgen Auflösung und Liquidation.¹¹⁰ Zwar sind Wegzugsbeschränkungen im Grunde mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar, sodass der Wegzugsstaat der Gesellschaft die rechtliche Existenz absprechen könnte mit der Folge, dass es nach dem Recht des Zuzugsstaates an einem Ausgangsrechtsträger eines Formwechsels fehlt. Im *obiter dictum* zur Rechtssache *Cartesio* hat der EuGH jedoch festgehalten, dass, soweit das Recht des

106 Vgl. EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, EU:C:1999:126.

107 *Lutter/Bayer/Schmidt*, (Fn. 104), § 6, Rn. 49.

108 *Kalss/Klampfl*, in: *Dause, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 2015, Kap. E.III., Rn. 126; *Thiermann*, „Grenzüberschreitende Neugründung einer Gesellschaft“ – ein neues Rechtsinstitut innerhalb der Europäischen Union?, *EuZW* 2012, S. 211; *Mörsdorf/Jopen*, (Fn. 94), S. 1398; vgl. Vorentwurf für eine Sitzverlegungsrichtlinie v. 22.4.1997, abgedruckt in *ZIP* 1997, S. 1722.

109 Vgl. unter B.III.2.c).

110 *Lutter/Bayer/Schmidt*, (Fn. 104), § 6, Rn. 66; vor dem MoMiG: OLG Hamm, *EuZW* 1998, 31 (32); OLG Düsseldorf, *NZG* 2001, 506 (506 f.) unter Hinweis auf den Entwurf für eine Sitzverlegungsrichtlinie; *Großfeld*, (Fn. 1), *IntGesR*, Rn. 610, 634; *Bayer/Schmidt*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitende Restrukturierungen nach MoMiG, *Cartesio* und *Trabrennbahn*, *ZHR* 173 (2009), S. 744.

Zuzugsstaates seinen Gesellschaften auf nationaler Ebene eine Umwandlung¹¹¹ ermöglicht, der Wegzugsstaat diesen Wegzug zulassen muss.¹¹² Im Recht des Wegzugsstaates muss ein grenzüberschreitender Formwechsel hingegen nicht notwendigerweise vorgesehen sein.¹¹³ In allen anderen Fällen besteht keine Pflicht des Wegzugsstaates zur Ermöglichung eines identitätswahrenden Formwechsels.¹¹⁴ Unerheblich ist auch, ob eine haftungsbeschränkte Gesellschaft in eine rechtsformkonträre Gesellschaft des Zuzugsstaates umgewandelt wird, obwohl dies strenggenommen keinen Formwechsel darstellt.¹¹⁵ Offen bleibt, ob auch eine isolierte Satzungssitzverlegung möglich ist – vor dem Hintergrund der Verwirklichung des Binnenmarktes müsste man dies bejahen, hinsichtlich der fehlenden niederlassungsrelevanten Mobilitätskomponente und dem fehlenden realwirtschaftlichen Bezug zum Zuzugsstaat nach VALE hingegen verneinen.¹¹⁶

- 111 Laut *Ege/Klett*, Praxisfragen der grenzüberschreitenden Mobilität von Gesellschaften, DStR 2012, S. 2442 f. kann mit „grenzüberschreitende Umwandlung“ in der VALE-Entscheidung des EuGH nur ein Rechtsformwechsel gemeint sein.
- 112 *Lutter/Bayer/Schmidt*, (Fn. 104), § 6, Rn. 58, 66; *Bergmann*, Niederlassungsfreiheit: Wegzug und Zuzug von Gesellschaften in der EU, ZEuS 2012, S. 251 f.; *Verse*, Niederlassungsfreiheit und grenzüberschreitende Sitzverlegung, ZEuP 2013, S. 478 ff.
- 113 *Roth*, Grenzüberschreitender Rechtsformwechsel nach VALE, in: Festschrift Hoffmann-Becking, 2011, S. 976; *Krebs*, Grenzüberschreitender Formwechsel nach Deutschland – Einordnung, Voraussetzungen und Praxisfolgen, GWR 2014, S. 146; so aber OLG Nürnberg, NZG 2014, 349 (350); *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 10. Aufl. 2017, Rn. 1211e.
- 114 *Nentwig*, Verlegung des Satzungssitzes einer deutschen GmbH ins europäische Ausland – dargestellt am Beispiel Luxemburg, GWR 2015, S. 447.
- 115 *Bayer/Schmidt*, (Fn. 110), S. 760; *Ege/Klett*, (Fn. 111), S. 2443; *Schall*, Grenzüberschreitende Umwandlungen der Limited (UK) mit deutschem Verwaltungssitz – Optionen für den Fall des Brexit, ZfPW 2016, S. 421 m.w.N.
- 116 Str., dagegen *Leible*, Warten auf die Sitzverlegungsrichtlinie, in: Festschrift Roth, 2011, S. 454; *Kindler*, (Fn. 3), IntGesR, Rn. 831 f.; *Roth*, (Fn. 113), S. 992; *Wilhelmi*, Die Freizügigkeit von Gesellschaften in der Europäischen Union – von Daily Mail bis VALE, in: Festschrift Hailbronner, 2013, S. 541; *Böttcher/Kraft*, (Fn. 94), S. 2703; *Hushahn*, Grenzüberschreitende Formwechsel im EU/EWR-Raum – die identitätswahrende statutenwechselnde Verlegung des Satzungssitzes in der notariellen Praxis, RNotZ 2014, S. 147; *Knof/Mock*, Niederlassungsfreiheit und Wegzugsbeschränkungen, ZIP 2009, S. 33; *König/Bormann*, (Fn. 94), S. 1243; *Schönhaus/Müller*, Grenzüberschreitender Formwechsel aus gesellschafts- und steuerrechtlicher Sicht, ISTR 2013, S. 176; dafür: *Lutter/Bayer/Schmidt*, (Fn. 104), § 6, Rn. 59; *von Hein*, in: MünchKomm-BGB, Bd. 10, 6. Aufl. 2015, Art. 3 EGBGB, Rn. 112 f.; einschränkend *Bayer/Schmidt*, (Fn. 94), S. 1486; *Bebme*, Der grenzüberschreitende Formwechsel von Gesellschaften nach Cartesio und Vale, NZG 2012, S. 939; *Kieninger*, The Law Applicable to Corporations in the EC, RabelsZ 73 (2009), S. 618; vgl. auch Art. 3 Satz 2 des Vorentwurfs für eine Sitzverlegungsrichtlinie v. 22.4.1997, abgedruckt in ZIP 1997, S. 1721 ff.; dazu *Hoffmann*, Neue Möglichkeiten zur identitätswahrenden Sitzverlegung in Europa – Der Richtlinienvorentwurf zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU, ZHR 164 (2000), S. 51 f. Der EuGH wird durch eine Vorlage des Polnischen Obersten Gerichts die Möglichkeit haben, hierzu Stellung zu beziehen, dazu *Bayer/Schmidt*, BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsbericht Europäisches Unternehmensrecht 2015/16, BB 2016, S. 1932.

(2) Zuzug einer EU-/EWR-Gesellschaft nach Deutschland

Der Zuzugsstaat muss einen identitätswahrenden, grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel aufgrund des Äquivalenzgrundsatzes zumindest soweit zulassen, wie dieser auch auf nationaler Ebene gestattet ist.¹¹⁷ Demgemäß unterliegen die zuziehenden Gesellschaften den nationalen Umwandlungsvorschriften, soweit diese nicht an ihre Herkunft anknüpfen. Ohne ein Rechtsinstrument des Zuzugsstaates zum Rechtsformwechsel auch nationaler Gesellschaften ist hingegen eine Neugründung der zuzugswilligen Gesellschaft im Zuzugsstaat erforderlich.

b) Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen

Grenzüberschreitende Verschmelzungen richten sich nach den §§ 122aff. UmwG.¹¹⁸ Mangels Entscheidungen zu grenzüberschreitenden Spaltungen wird mithin davon ausgegangen, dass aufgrund der Einordnung der Spaltung als Umkehrfall der Verschmelzung auch derartige Vorgänge durch die Niederlassungsfreiheit gewährleistet würden. Neben der Verschmelzung entsprechen auch „andere Gesellschaftsumwandlungen den Zusammenarbeits- und Umgestaltungsbedürfnissen von Gesellschaften“ und stellen „besondere, für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes wichtige Modalitäten der Niederlassungsfreiheit“ dar.¹¹⁹

4. Bewertung

Ob ein Staat der Gründungs- oder der Sitztheorie folgt, hängt im Grunde maßgeblich von dessen Verständnis des Gesellschaftsrechts ab. Soll das nationale Gesellschaftsrecht insbesondere dem Schutz von Gläubigern, Minderheitsgesellschaften oder Arbeitnehmern dienen, spricht vieles für die Anwendung der Sitztheorie. Ist das Interesse des Staates hingegen darauf gerichtet, Rechtssicherheit zugunsten derjenigen zu schaffen, die mit der Gesellschaft in Berührung kommen, kann eine Gründungsrechtsanknüpfung vorzugswürdig sein. Sie führt dazu, dass das auf die gesellschaftsspezifischen Rechtsverhältnisse anwendbare Recht eindeutig ermittelt werden kann, indem man das Recht bestimmt, unter dessen Geltung die Gesellschaft wirksam gegründet wurde. Andernfalls müssten derartige Rechtsverhältnisse nach dem Recht ihres ef-

117 EuGH, Rs. C-210/06, *Cartesio*, EU:C:2008:723, Rn. 111, 113; nunmehr auch in der dt. Rechtsprechung anerkannt OLG Nürnberg, NZG 2014, 349 (349f.); Krebs, (Fn. 113), S. 144; a.A. noch OLG Nürnberg, NZG 2012, 468 (469).

118 Umsetzung der VerschmelzungsRL 2005/56/EG v. 26.10.2005, ABl. L 310 v. 25.11.2005, S. 1; *Spahlinger/Wegen*, Deutsche Gesellschaften in grenzüberschreitenden Umwandlungen nach „SEVIC“ und der Verschmelzungsrichtlinie in der Praxis, NZG 2006, S. 722 ff. – keine Unterscheidung zwischen Zu- und Wegzug mehr.

119 EuGH, Rs. C-411/03, *Sevic*, EU:C:2005:762, Rn. 19; *Gesell*, in: Prinz, Umwandlungen im Internationalen Steuerrecht, 2013, Rn. 2.99 f. m.w.N.; *Prinz/Hüttig*, in: Prinz/Winkeljohann, Beck'sches Handbuch der GmbH, 5. Aufl. 2014, Rn. 76 ff. m.w.N.; *Gottschalk*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Ablehnung ihrer Eintragung in nationales Handelsregister, EuZW 2006, S. 84.

fektiven Verwaltungssitzes beurteilt werden. An welchem Ort dieser liegt, kann mitunter nicht immer zweifelsfrei geklärt werden, da die Tätigkeit von Gesellschaften als Unternehmensträgern ständigem Wandel und insbesondere im internationalen Verkehr durchaus einer häufigeren Verlagerung der Niederlassungen unterworfen ist. Dann besteht die Gefahr, dass es unbemerkt zum Statutenwechsel kommen kann und dies weitreichende Folgen hat, von der Aufhebung der beschränkten Haftung bis zu Unsicherheiten bezüglich der Vertretungsverhältnisse in der Gesellschaft. Im europäischen Kontext ergeben sich diese Gefahren wie gezeigt jedoch nicht mehr, da die Niederlassungsfreiheit die Anwendung der Gründungstheorie bedingt. Dies dient nicht nur der Verwirklichung eines gemeinsamen Binnenmarktes, soweit die Mobilität von Gesellschaften anderer Mitgliedstaaten erhöht wird, indem man ihre Anerkennung im Inland gewährleistet, sondern führt gleichzeitig dazu, dass Gesellschaften das nach ihrer Ansicht für sie günstigste Gesellschaftsrecht wählen können. Freilich wird dieser Ansatz von den Vertretern der Sitztheorie kritisiert, soweit man den Missbrauch zulasten Dritter fürchtet. Auf der europäischen Ebene wird aber aufgrund weitreichender abgeschlossener und angestoßener Harmonisierungsmaßnahmen ein ausreichendes Schutzniveau gewährleistet, sodass man der Verwirklichung der Parteiautonomie von Gesellschaftsgründern umfassend gerecht werden kann. Soweit jedoch der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit nicht eröffnet ist, mithin die Gesellschaften keinen ausreichenden Bezug zur EU bzw. zum EWR haben, bleibt berechtigterweise Raum für die Anwendung der Sitztheorie. Dann können die Staaten nämlich keinen hinreichenden Schutz für Gesellschaftsgläubiger, Minderheitsgesellschafter oder Arbeitnehmer einer ausländischen Gesellschaft gewährleisten. Aus diesem Grund erscheint es dann nur gerechtfertigt, Gesellschaften, welche überwiegend im Inland tätig werden, auch an den inländischen Rechtsvorschriften zu messen, insbesondere weil die Gesellschaften zur inländischen Rechtsordnung den engeren Bezug aufweisen. Dabei handelt es sich um ein Grundprinzip des Internationalen Privatrechts, welches hier ergänzend herangezogen werden kann.

Auch vor dem Hintergrund der Gründungstheorie gewährt der EuGH den Mitgliedstaaten jedoch einen Spielraum bei der Anerkennung. Er verweigert Gesellschaften die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit, sofern diese Inanspruchnahme in missbräuchlicher oder betrügerischer Weise erfolgt. In seiner Entscheidung zu *Inspire Art* hat der EuGH dies zwar nochmals ausdrücklich betont, ist aber – abgesehen von vereinzelten Ausführungen – eine Erklärung schuldig geblieben, in welchen Fällen tatsächlich einmal ein Missbrauch vorliegen soll, zumal er, wie bereits gezeigt, festgestellt hat, dass allein die Wahl des für Gesellschaft und Gesellschafter günstigsten Gesellschaftsrechts nicht darunter fallen soll.¹²⁰ Ebenso verhält es sich in Situationen, in denen er anerkannt hat, dass im Falle der Zulassung einer Berufung auf die Niederlassungsfreiheit eine Beschränkung aus zwingenden Allgemeinwohlgründen gerechtfertigt sein kann.

120 Zu einzelnen Fallgruppen der betrügerischen bzw. missbräuchlichen Berufung auf die Niederlassungsfreiheit vgl. *Kindler*, (Fn. 3), IntGesR, Rn. 431 ff.

5. Ausblick: Die Folgen des „Brexit“ im Hinblick auf die Behandlung in Deutschland tätiger Gesellschaften englischen Rechts

Besondere Brisanz erhält das Thema der Niederlassungsfreiheit durch das britische Referendum zum Austritt aus der EU am 23. Juni 2016. Es stellt sich die Frage, wie Gesellschaften, die nach englischem¹²¹ Recht inkorporiert sind, nach Ausscheiden des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union zu behandeln sein werden.

a) Rechtliche Grundlagen des Ausscheidens des Vereinigten Königreichs aus der EU

Nachdem lange Zeit nicht klar war, ob Mitgliedstaaten aus der EU austreten können (sollten) und, falls ja, wie dies im Einzelnen abzulaufen hat,¹²² wurde mit dem Vertrag von Lissabon 2009 in Art. 50 EUV eine Regelung zum Austritt aus der Union geschaffen. Danach kann ein Mitgliedstaat im Einklang mit seinen verfassungsrechtlichen Vorschriften den Austritt beschließen. Was genau darunter zu verstehen ist, ist nicht endgültig geklärt. In Deutschland würde sich beispielsweise die Frage stellen, ob ein Austritt überhaupt mit dem Integrationsauftrag von Art. 23 GG in Einklang zu bringen wäre.¹²³ Das britische Volk hat zwar mit dem Referendum für einen Austritt votiert, das Austrittsverfahren als solches wurde damit aber noch nicht in Gang gesetzt.¹²⁴ Der Mitgliedstaat muss vielmehr gegenüber dem Europäischen Rat die Absicht erklären, aus der Union auszutreten, Art. 50 Abs. 2 Satz 1 EUV. Eine Frist hierzu ist nicht vorgesehen.¹²⁵ Aufgrund des Verweises auf den Austritt eines Mitgliedstaates „im Einklang mit seinen verfassungsrechtlichen Vorschriften“ in Art. 50 Abs. 1 EUV stellt sich die Frage, auf welche Weise das Vereinigte Königreich das Austrittsverfahren in Gang setzt, insbesondere, welchen nationalen Organen diese Kompetenz zu kommt. Dies ist umso schwieriger zu beantworten, als dass es in diesem Mitgliedstaat keine geschriebene Verfassung gibt.¹²⁶ Es geht maßgeblich um die Frage nach dem

121 Die *private company limited by shares* („limited“) gehört trotz zahlenmäßigen Rückgangs in den vergangenen Jahren zu den beliebtesten ausländischen Gesellschaftsformen in Deutschland. Siehe dazu *Kornblum*, Bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Stand 1.1.2016), GmbHR 2016, S. 692 und dessen Berichte zu den Vorjahren sowie *Seeger*, Die Folgen des „Brexit“ für die britische Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland, DStR 2016, S. 1818, Fn. 9. Es finden sich mit der *public company limited by shares* („plc“, z.B. Air Berlin) und der *limited liability partnership* („llp“, z.B. Freshfields Bruckhaus Deringer) aber auch andere haftungsbeschränkte Gesellschaftsformen englischen Rechts in Deutschland. Die nachfolgenden Ausführungen gelten entsprechend für Gesellschaften nach dem Recht der anderen Teilrechtsordnungen im Vereinigten Königreich.

122 *Skouris*, Brexit: Rechtliche Vorgaben für den Austritt aus der EU, EuZW 2016, S. 806 f.; *Thiele*, Der Austritt aus der EU – Hintergründe und rechtliche Rahmenbedingungen eines „Brexit“, EuR 2016, S. 288 f. m.w.N.

123 *Ibid.*, S. 292 ff.

124 Das Referendum ist nicht bindend, dazu *Hestermeyer*, How Brexit Will Happen: A Brief Primer on EU Law and Constitutional Law Questions Raised by Brexit, King's College London Legal Studies Research Paper Series No. 2016-36, S. 5 ff.

125 *Ulrich*, BREXIT – „We really didn't see that coming,...“, GmbHR 2016, S. R225.

126 *Skouris*, (Fn. 122), S. 809.

„Ob“ und „Wie“ der Mitwirkung des britischen Parlaments, d.h. darum, ob das britische Parlament vor Abgabe der Austrittserklärung hieran durch einen formellen Gesetzgebungsakt beteiligt werden muss oder jedenfalls darüber beraten und Stellung beziehen können muss. Dies ist unter anderem deshalb strittig, weil grundsätzlich der Regierung des Vereinigten Königreichs die ausschließliche völkerrechtliche Vertretungsmacht zur Aushandlung sowie Kündigung von Abkommen zukommt.¹²⁷ In seiner Entscheidung vom 24. Januar 2017 hat sich der Supreme Court des Vereinigten Königreichs der Auffassung angeschlossen, dass die Regierung durch einen formellen parlamentarischen Akt zur Abgabe der Absichtserklärung ermächtigt werden muss.¹²⁸ Liegt die Absichtserklärung des Vereinigten Königreichs vor, werden durch den Europäischen Rat die Leitlinien des Austritts bestimmt. Auf Grundlage dieser wird dann ein Austrittsabkommen mit dem austrittswilligen Mitgliedstaat ausgehandelt, Art. 50 Abs. 2 Satz 2 EUV. Dieses Abkommen regelt dabei nicht nur die Formalien des Austritts, sondern auch das zukünftige Verhältnis des Mitgliedstaates zur EU.¹²⁹ Dies ist insbesondere auch erforderlich, da durch die jahrelange Mitgliedschaft des Vereinigten Königreichs in der EU eine Reihe tiefgreifender Beziehungen zu den anderen EU-Staaten begründet wurde, deren Auflösung auch durch einen Austritt nicht ohne weiteres möglich ist.¹³⁰ Man denke beispielweise an den Handel zwischen dem Vereinigten Königreich und den übrigen EU-Staaten, der auch durch einen Brexit nicht zum Erliegen kommen wird, jedoch ohne eine spezielle Vereinbarung den entsprechenden Handelszöllen unterworfen werden kann. Besondere Vorgaben zum Inhalt des Austrittsabkommens macht Art. 50 EUV jedoch nicht. Es wird sodann mit qualifizierter Mehrheit vom Rat im Namen der Union geschlossen. Dazu ist nach Zustimmung des Europäischen Parlaments ein Beschluss des Rates mit qualifizierter Mehrheit erforderlich, Art. 50 Abs. 2 Satz 4 Halbsatz 2 EUV. Auf Seiten des Vereinigten Königreichs muss dieses Abkommen wiederum nach den nationalen verfassungsrechtlichen Vorgaben angenommen werden, sodass man auch an dieser Stelle – mit Blick auf die Entscheidung des Supreme Court des Vereinigten Königreichs – die Ansicht vertreten können wird, dass hierzu ebenfalls eine Zustimmung des Parlaments erforderlich ist. Teilweise wird gefordert, dieses Abkommen ebenfalls durch ein Referendum bestätigen zu lassen ist.¹³¹ Mit Abschluss des Abkommens finden die Verträge (EUV, AEUV) sowie das Sekundärrecht der Union keine Anwendung mehr auf das Vereinigte Königreich. Können sich die EU und der Austrittskandidat auf kein Abkommen einigen, entfällt die Wirkung des Unionsrechts spätestens zwei Jahre nach

127 Zum Streitstand hinsichtlich des Ingangsetzens des Verfahrens nach Art. 50 EUV umfassend *Craig*, Brexit: A Drama in Six Acts, Oxford Legal Studies Research Paper 45/2016, S. 29 ff.; *Kaiser*, Auf dem Weg zum „Brexit“ – Die Europäische Union im britischen Verfassungsrecht, EurR 2016, S. 600 ff.; *Skouris*, (Fn. 122), S. 809; siehe auch Pressemitteilung Nr. 2016-0196 v. 24.1.2017 zum Urteil des United Kingdom Supreme Court, [2017] UKSC 5.

128 United Kingdom Supreme Court, [2017] UKSC 5, 94.

129 *Skouris*, (Fn. 122), S. 808.

130 *Ibid.*

131 *Eleftheriadi*, Legal Aspects of Withdrawal from the EU: A Briefing Note, University of Oxford Legal Research Paper Series 2016, S. 25 ff.

Abgabe der Absichtserklärung zum Austritt aus der EU, sofern nicht einstimmig vom Europäischen Rat in Übereinstimmung mit dem Vereinigten Königreich eine Verlängerung der Verhandlungsfrist bestimmt wird, vgl. Art. 50 Abs. 3 EUV. Wird kein Abkommen geschlossen und läuft die besagte Frist ab, hätte dies ein abruptes Ende der Mitgliedschaft zur Folge, welches für alle Beteiligten eine vermutlich unübersichtliche Lage bedeuten würde.

*b) Kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften englischen Rechts
nach dem Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU*

Mit dem Außerkrafttreten insbesondere des Primärrechts der EU entfällt im Verhältnis der Mitgliedstaaten zum Vereinigten Königreich auch die Möglichkeit, sich auf die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 54 AEUV zu berufen. Das Vereinigte Königreich wird nunmehr gegenüber Deutschland wie auch gegenüber allen anderen Mitgliedstaaten der EU im Lichte der Niederlassungsfreiheit wie ein Drittstaat behandelt.¹³² Dies hat zur Folge, dass Gesellschaften nach englischem Recht – vorbehaltlich einer entsprechenden Regelung im Rahmen der Austrittsverhandlungen – nicht mehr mit der im Verhältnis zu sonstigen EU- bzw. EWR-Staaten angewendeten Gründungstheorie als nach ihrem Gründungsrecht rechtsfähig anzuerkennen sind. Unter Zugrundelegung der vom BGH gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten vertretenen Sitztheorie¹³³ kommt es zukünftig hinsichtlich des Gesellschaftsstatuts englischer Gesellschaften in Deutschland darauf an, in welchem Staat sich ihr effektiver Verwaltungssitz befindet und ob die Gesellschaften die Gründungsanforderungen des Staates erfüllen.¹³⁴

(1) Verwaltungssitz in England

Bei Gesellschaften, welche nach englischem Recht inkorporiert wurden und deren effektiver Verwaltungssitz, d.h. der Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit, sich weiterhin in England befindet, ergeben sich keine Änderungen. Mit der in Deutschland gegenüber Drittstaatengesellschaften anzuwendenden Sitztheorie kommt es hinsichtlich der Frage nach dem auf die gesellschaftsspezifischen Rechtsverhältnisse anwendbaren Recht zu einer Verweisung in das Recht, in dessen Geltungsbereich sich der effektive Verwaltungssitz befindet, hier also dem englischen Recht. Da das englische Recht

132 Basedow, Brexit und das Privat- und Wirtschaftsrecht, ZEuP 2016, S. 571; Weller/Thomale/Benz, Englische Gesellschaften und Unternehmensinsolvenzen in der Post-Brexit-EU, NJW 2016, S. 2380.

133 BGHZ 178, 192.

134 Dazu Seeger, (Fn. 121), S. 1818.

selbst der Gründungstheorie¹³⁵ folgt, es die Gesamtverweisung¹³⁶ aus dem deutschen Recht also annimmt, bleibt es dabei, dass Gesellschaftsstatut englisches Recht ist.

(2) Verwaltungssitz in Deutschland

Befindet sich hingegen der Verwaltungssitz englischer Gesellschaften in Deutschland oder wird dieser – beabsichtigt oder unbeabsichtigt durch Verlagerung des Mittelpunktes der Geschäftstätigkeit – nach Deutschland verlegt, findet unter Zugrundelegung der Sitztheorie nunmehr das deutsche Recht auf die gesellschaftsspezifischen Rechtsverhältnisse Anwendung. Da diese Gesellschaften, deren deutsches Pendant besonderen Gründungsanforderungen unterliegt,¹³⁷ jene Anforderungen in der Regel nicht erfüllen, werden sie im deutschen Recht als GbR oder als OHG, bei nur einem Gesellschafter in der englischen Gesellschaft als nichtkaufmännischer Einzelunternehmer oder als Einzelkaufmann (je nach Umfang des Gewerbebetriebs) mit allen sich daraus ergebenden Rechtsfolgen behandelt und nicht mehr als nach ihrem Gründungsrecht rechtsfähig anerkannt.¹³⁸ Einerseits werden sich Schwierigkeiten aus dem Umstand ergeben, dass nicht alle Rechtsverhältnisse in der Gesellschaft eine Entsprechung im deutschen Personengesellschafts- bzw. Handelsrecht finden.¹³⁹ Andererseits würde die Haftungsordnung der Gesellschaften ins Gegenteil verkehrt, soweit die Gesellschaften ursprünglich bewusst mit einer auf das Gesellschaftsvermögen begrenzten Haftung gegründet wurden und durch die Umqualifizierung in eine Personengesellschaft bzw. Behandlung als Einzelunternehmer die Gesellschafter nunmehr unbeschränkt persönlich haften.¹⁴⁰ Dieses Ergebnis mag in Fällen unbefriedigend sein, in denen die Gesellschaft englischen Rechts schon seit jeher ihren Verwaltungssitz in Deutschland hatte oder ihr Verwaltungssitz schon vor dem Referendum nach Deutschland verlagert wurde, soweit dadurch eine Art Vertrauenstatbestand in die Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung auf die Gesellschaftsverhältnisse ge-

135 Siehe unter B.II.2.

136 Sitztheorie als Gesamtverweisung, h.M.; BGH, NZG 2010, 911; OLG Hamm, NJW 2001, 2183, *Kindler*, (Fn. 3), IntGesR, Rn. 506; *Wall*, in: *Hausmann/Odersky*, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2016, § 18, Rn. 142; *Welter*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2011, § 26, Rn. 76.

137 Z.B. kann die GmbH, deren Gesellschaftsvertrag zwingend notariell zu beurkunden ist, § 2 Abs. 1 GmbHG, als deutsches Gegenstück der englischen *limited* verstanden werden.

138 BGHZ 151, 204 (206 f.); BGHZ 178, 192 (199); *Hess*, Back to the Past: BREXIT und das europäische internationale Privat- und Verfahrensrecht, IPRax 2016, S. 418; *Mäsch/Gaußing/Peters*, Deutsche Ltd., PLC und LLP: Gesellschaften mit beschränkter Lebensdauer – Folgen eines Brexits für pseudo-englische Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland, IPRax 2017, S. 52; *Schall*, Ohne Mindestkapital von England nach Deutschland wechseln – die UG & Co. GmbH als Zielrechtsträger eines grenzüberschreitenden Formwechsels, GmbHR 2017, S. 25; *Seggewiße/Weber*, Auswirkungen eines britischen Austritts aus der Europäischen Union auf die in Deutschland tätigen Limiteds, GmbHR 2016, S. 1303; vgl. auch OLG Hamm, NZG 2014, 703 (704 f.).

139 Zum Problem des Handelns des *directors* der *limited*, siehe *Freitag/Korch*, Gedanken zum Brexit – Mögliche Auswirkungen im Internationalen Gesellschaftsrecht, ZIP 2016, S. 1365 f.; *Mäsch et al.*, (Fn. 138), S. 52 m.w.N.

140 *Freitag/Korch*, (Fn. 139), S. 1363; *Hess*, (Fn. 138), S. 418; *Mäsch et al.*, (Fn. 138), S. 52; *Schall*, (Fn. 138), S. 25; a.A. *Seggewiße/Weber*, (Fn. 138), S. 1303.

schaffen worden sein könnte. Ob dies tatsächlich der Fall ist, wird noch darzustellen sein. Solchen Gesellschaften jedoch, die erst nach dem 23. Juni 2016 ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegten oder neu gegründet wurden, kann hingegen keinesfalls ein Vertrauensschutz zuteilwerden.

c) Reaktions- und Gestaltungsmöglichkeiten

Seit dem Referendum über den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union werden verschiedene Ansätze diskutiert, wie man die oben beschriebenen Folgen für Gesellschaften englischen Rechts abmildern könnte.

(1) Neugestaltung der Beziehungen zum Vereinigten Königreich auf internationaler Ebene

Zunächst ist eine Neuregelung der Beziehungen des Vereinigten Königreichs zur EU bzw. deren Mitgliedstaaten möglich. Auch wenn aus Sicht der Gesellschaften die Frage nach dem nunmehr geltenden Gesellschaftskollisionsrecht hohe Priorität haben dürfte, so ist es doch eher unwahrscheinlich, dass eine Regelung hierzu in dem mit der Union auszuhandelnden Austrittsabkommens geschaffen werden wird. Es werden zunächst wesentlich bedeutendere Fragen, welche das Verhältnis des Vereinigten Königreichs zur Europäischen Union betreffen, zu klären sein.

Da ein Austritt aus der EU einen automatischen Austritt auch aus dem EWR-Abkommen zur Folge hätte,¹⁴¹ könnten sich englische Gesellschaften nur auf die Niederlassungsfreiheit nach Art. 31, 34 EWR-Abkommen hinsichtlich der Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit innerhalb des EWR berufen, soweit der austretende Mitgliedstaat auf Seiten der Nicht-EU-Mitgliedstaaten dem Abkommen wieder beitritt. Diese Lösung würde jedoch allenfalls zu einer Verschlechterung des *status quo* führen, soweit das Vereinigte Königreich weiterhin zur Anerkennung der durch das Abkommen auf den Europäischen Wirtschaftsraum erstreckten sonstigen EU-Grundfreiheiten (insbesondere Arbeitnehmerfreiheit) verpflichtet wäre, von denen es sich eigentlich lösen wollte, ohne dass ihm aber noch ein Mitspracherecht in EU-Institutionen erhalten bliebe.¹⁴² Da sich mittlerweile ein „hard Brexit“¹⁴³ abzeichnet, dürfte eine derartige Lösung als unrealistisch gelten.

Keine Verpflichtung zur Gewährleistung entsprechender Freiheiten brächte der Abschluss eines bilateralen Abkommens mit Deutschland bzw. mit der Europäischen Union als ebenfalls partiell völkerrechtsfähiges Rechtssubjekt mit sich, welches eine Anerkennung englischer Gesellschaften als nach ihrem Gründungsrecht rechtsfähig

141 *Mäsch et al.*, (Fn. 138), S. 51; vgl. auch *Basedow*, (Fn. 132), S. 569; *Weller et al.*, (Fn. 132), S. 2380; a.A. *Hess*, (Fn. 138), S. 418, Fn. 126, der ein Ausscheiden des Vereinigten Königreichs erst nach Kündigung des EWR-Abkommens annimmt.

142 *Basedow*, (Fn. 132), S. 569; *Kaiser*, (Fn. 127), S. 605; *Teichmann/Knaier*, Brexit – Was nun?, Auswirkungen des EU-Austritts auf englische Gesellschaften in Deutschland, IWRZ 2016, S. 244; *Ulrich*, (Fn. 125), S. R225.

143 Vgl. zu den Begrifflichkeiten *Teichmann/Knaier*, (Fn. 142), S. 244.

und damit eine Anwendung der Gründungstheorie im Verhältnis zum Vereinigten Königreich vorsieht.¹⁴⁴ Ob sich die EU auf ein derartiges Abkommen aber einlassen wird, ohne dass Großbritannien entsprechende Zusicherungen hinsichtlich der uneingeschränkten Gewährleistung der Grundfreiheiten macht, ist mehr als fraglich. Eine „Rosinenpickerei“ dürfe es jedenfalls aus Sicht der Bundesregierung nicht geben, so die Bundeskanzlerin in ihrer Regierungserklärung vom 28. Juni 2016 zum EU-Austrittsreferendum Großbritanniens. Eine Lösung sich ergebender Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Behandlung englischer Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland bzw. anderen EU-Mitgliedstaaten, welche der Sitztheorie folgen, auf internationaler Ebene wird im Ergebnis wohl nicht zu erreichen sein.

(2) Gewährung eines Vertrauensschutzes für Gesellschaften nach englischem Recht mit Verwaltungssitz in Deutschland

Eine weitere Möglichkeit zur Reaktion auf ein Ausscheiden des Vereinigten Königreichs aus der EU kann darin bestehen, den bestehenden Gesellschaften mit deutschem Verwaltungssitz einen Vertrauensschutz zu gewähren.

Zunächst ist fraglich, ob überhaupt Vertrauens- im Sinne eines Bestandsschutzes zu gewährleisten ist. Dagegen spricht, dass Gesellschaften immerhin seit dem Referendum am 23. Juni 2016 mit der Möglichkeit rechnen dürfen, dass es zu einem Austritt und damit in Deutschland – wie auch in allen anderen EU-Mitgliedstaaten, welche der Sitztheorie gegenüber Drittstaatengesellschaften folgen – zu einem Statutenwechsel kommen wird.¹⁴⁵ Wollten die Gesellschaften auch nach dem Ausscheiden des Vereinigten Königreichs aus der EU ihren Verwaltungssitz in Deutschland beibehalten, müssten sie sich zwingend an den Regelungen des deutschen Gesellschaftsrechts messen lassen und sich notfalls in das System haftungsbeschränkter Gesellschaften einkaufen.¹⁴⁶ Mit einem Bestandsschutz sei im Übrigen nur den Gesellschaftern geholfen.¹⁴⁷

Dies kann jedoch aus mehreren Gründen nicht überzeugen. Zum einen ist sowohl der Ausgang der Austrittsverhandlungen als auch der Zeitpunkt des Austritts nicht absehbar. Zwar erfolgt in dem Fall, dass ein Austrittsabkommen nicht ausgehandelt wird, der Austritt zwei Jahre nach der Übermittlung der Erklärung nach Art. 50 Abs. 2 Satz 1 EUV, bis zu diesem Zeitpunkt bleibt der Ausgang der Verhandlungen aber offen und die Möglichkeit einer Verlängerung der Verhandlungsfrist bestehen (vgl. Art. 50 Abs. 3 EUV). Die Gesellschaften dürfen nicht gezwungen werden, den

144 *Basedow*, (Fn. 132), S. 569; *Kaiser*, (Fn. 127), S. 605 f. So findet die Gründungstheorie beispielsweise auch gegenüber Gesellschaften aus den USA Anwendung, Art. XXV Abs. 5 Satz 2 des Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrags, BGBl. 1956 II, 487.

145 *Teichmann/Knaier*, (Fn. 142), S. 245 lehnen einen Bestandsschutz jedenfalls in Fällen ab, in denen die Zweijahresfrist des Art. 50 Abs. 3 EUV ausreichend Zeit für eine Bereinigung der bestehenden Situation gibt.

146 *Seeger*, (Fn. 121), S. 1821.

147 *Ibid.*, S. 1820.

„Eintrittspreis“¹⁴⁸ für das deutsche Recht der haftungsbeschränkten Gesellschaften zu begleichen, solange keine Gewissheit über die zukünftigen Beziehungen des Vereinigten Königreichs zur Europäischen Union und hinsichtlich der Möglichkeit eines Festhaltens an der Rechtsform, in welcher sie ihre Gesellschaft aus wohl abgewogenen Motiven gegründet haben, besteht. Mithin kann also erst in dem Zeitraum, *nachdem* Gewissheit über den endgültigen Ausgang der Austrittsverhandlungen herrscht, von den Gesellschaftern eine Entscheidung verlangt werden, in welcher Rechtsform sie zukünftig ihr Unternehmen fortsetzen wollen.¹⁴⁹ Es muss den Gesellschaftern überlassen bleiben, die für die Erfüllung des Gesellschaftszwecks geeignete Gesellschaftsform unter Beachtung der jeweiligen rechtlichen Rahmenbedingungen zu wählen. Um zu verhindern, dass sich in dem Zeitraum nach einem Ausscheiden ohne Neuordnung der Beziehungen des Vereinigten Königreichs zur EU das Interessengleichgewicht – bei der *limited* insbesondere im Hinblick auf die Haftungsbeschränkung – einseitig zugunsten der Gläubiger, aber auch der Gesellschafter, verändert, ist ein Vertrauensschutz im Sinne eines Bestandsschutzes zu gewährleisten, indem englische Gesellschaften mit deutschem Verwaltungssitz ihr bisheriges Gesellschaftsstatut behalten. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass sich die Gesellschafter zwar mit der Gründung einer Gesellschaft nach englischem Recht der Rechtsordnung des Vereinigten Königreichs anvertraut haben,¹⁵⁰ von einem Bewusstsein für das Risiko, dass dieser Mitgliedstaat aus der Europäischen Union austreten könnte,¹⁵¹ kann aber nicht die Rede sein. Dies muss insbesondere für Gesellschaften gelten, welche vor Schaffung der Regelung des Art. 50 EUV gegründet wurden, da zu diesem Zeitpunkt nicht klar war, ob und falls ja, unter welchen Voraussetzungen ein Austritt möglich ist. Es handelte sich dabei vielmehr um eine zulässige Auswahl einer Rechtsordnung, welche mit den anderen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in einem für Gesellschaftsgründer günstigen Wettbewerb stand. Diese Gesellschaften hierfür nunmehr zu bestrafen, erscheint widersprüchlich.

Der Vertrauensschutz kann jedoch in Deutschland nicht auf allgemeine verfassungsrechtlich gewährleistete Rechtsstaatsprinzipien gestützt werden, da der Wechsel des Gesellschaftsstatuts nicht auf einen deutschen Hoheitsakt, sondern auf ein Verhalten eines Mitgliedstaats der Europäischen Union zurückzuführen ist, namentlich auf den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU und das damit einhergehende Außerkrafttreten unter anderem der Niederlassungsfreiheit mit allen seinen rechtli-

148 Goette, Aktuelle Entwicklungen im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung, DStR 2009, S. 51.

149 Davon geht im Ergebnis auch Seeger, (Fn. 121), S. 1819 aus, jedoch schließt er einen Bestandsschutz während eines Übergangszeitraums vor dem Hintergrund aus, dass selbst im ungünstigsten Falle eines Scheiterns der Verhandlungen erst kurz vor Ablauf der Zweijahresfrist des Art. 50 Abs. 3 EUV kein Austritt „über Nacht“ erfolgen wird.

150 So Teichmann/Knaier, (Fn. 142), S. 245.

151 Seeger, (Fn. 121), S. 1820; Teichmann/Knaier, (Fn. 142), S. 245.

chen Folgen.¹⁵² Das für die Ermittlung des Gesellschaftsstatuts relevante Anknüpfungskriterium – der Verwaltungssitzes bzw. im Verhältnis zu EU-Mitgliedstaaten der Ort der Inkorporation – bleibt unverändert. Auch wenn der Statutenwechsel nicht unmittelbar auf die Handlung deutscher Hoheitsträger zurückgeht, soll es jedoch ausnahmsweise geboten sein, das Vertrauen in den Bestand erworbener Rechtsposition zu schützen.¹⁵³ Dies könnte unter Anwendung allgemeiner kollisionsrechtlicher Grundsätze gewährleistet werden.

Teilweise wird vorgeschlagen, die Anerkennung von englischen Gesellschaften nach ihrem Gründungsrecht unter Zugrundelegung des Rechtsgedankens von Art. 220 Abs. 1 EGBGB (intertemporales Kollisionsrecht) zu erreichen.¹⁵⁴ Im nunmehr mit großer Wahrscheinlichkeit eintretenden Fall des Austritts aus der EU will man eine Parallele zu den Rechtsfolgen bei Änderung der einschlägigen Kollisionsnorm ziehen. Bereits begründete Rechtsverhältnisse bestehen in Anlehnung an Art. 220 Abs. 1 EGBGB zwar nicht grundsätzlich unter Beibehaltung der bisherigen Rechtslage fort, jedoch sei im Zweifel das Vertrauen der von einem Statutenwechsel Betroffenen in angemessener Weise zu schützen.¹⁵⁵ Man plädiert daher aufgrund des Wechsels von der beschränkten zur unbeschränkten Gesellschafterhaftung sowie weiteren Veränderungen in der Organisationsverfassung der Gesellschaft für einen Übergangszeitraum von circa zwei Jahren, in dem eine Anerkennung der Gesellschaften nach ihrem englischen Gründungsrecht anzunehmen sei, um auf den Statutenwechsel angemessen reagieren zu können.¹⁵⁶ Hiergegen ist jedoch einzuwenden, dass die vorliegende Situation nicht mit derjenigen bei einer gesetzlichen Änderung des Kollisionsrechts vergleichbar ist. Während die Änderung einer Kollisionsnorm auf einen Entschluss des staatlichen Hoheitsträgers zurückzuführen ist, dessen nationales Kollisionsrecht angewendet werden soll, beruht der Statutenwechsel im Fall des Ausscheidens des Vereinigten Königreichs auf einer Entscheidung eines anderen Hoheitsträgers. Im Übrigen hat sich nicht das Kollisionsrecht als solches verändert, sondern der Sachverhalt, auf den das Anknüpfungskriterium zur Ermittlung des Ge-

152 *Mäsch et al.*, (Fn. 138), S. 53; *Seeger*, (Fn. 121), S. 1820; a.A. *Drygala*, Exit auch aus der britischen Limited?, LTO v. 5.7.2016, www.lto.de/recht/hintergruende/h/brexit-bedrohung-limited-plc-deutschland-rechtsform-niederlassungsfreiheit/2 (1.3.2017); ohne nähere Begründung *Bayer/Schmidt*, (Fn. 116), S. 1934.

153 Vgl. zu diesem Gedanken *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 21, II.3; *Bode/Bron*, Brexit als Risiko für die Anerkennung von Limited und LLP?, GmbHR 2016, S. R129; *Freitag/Korch*, (Fn. 139), S. 1363, *Mäsch et al.*, (Fn. 138), S. 53; zum Vertrauenschutz bei Handeln staatlicher Hoheitsträger auch *von Hein*, (Fn. 116), Einl. IPR, Rn. 85. *Freitag/Korch*, (Fn. 139), S. 1363.

154 *Ibid.*; nach Änderung der Kollisionsnorm soll laut *Hobloch*, in: *Erman*, BGB, 14. Aufl. 2014, Art. 220 EGBGB, Rn. 12 bei nichtfamilienrechtlichen Dauerschuldverhältnissen nur in besonderen Situationen ein Statutenwechsel denkbar sein; nach *von Hein*, (Fn. 116), Einl. IPR, Rn. 85 ist das Vertrauen der Beteiligten eines vor der Schaffung einer neuen Kollisionsnorm begründeten Rechtsverhältnisses in angemessener Weise zu schützen. Vgl. auch *Sonnenberger*, Intertemporales Privatrecht fürs Internationale Privatrecht, in: *Festschrift Ferid*, 1988, S. 458, der für Dauerschuldverhältnisse, welche zeitlich nicht teilbar sind, für die Anwendung der alten Kollisionsregel plädiert, sofern nicht eine Rückwirkung der neuen Kollisionsregel geboten ist.

155 *Freitag/Korch*, (Fn. 139), S. 1364.

sellschaftsstatuts abstellt,¹⁵⁷ namentlich die Zugehörigkeit des Vereinigten Königreichs zur Europäischen Union. Mit anderen Worten: Es bleibt dabei, dass gegenüber Mitgliedstaaten der EU die Gründungstheorie, im Übrigen – vorbehaltlich entsprechender Abkommen – die Sitztheorie angewendet wird. Da das Vereinigte Königreich nunmehr als Drittstaat zu behandeln ist, ist gegenüber dessen Gesellschaften die Sitztheorie anzuwenden. Hinzu kommt, dass die Wahl eines circa zweijährigen Übergangszeitraums keine Rechtssicherheit mit sich bringt, da in jedem Einzelfall die entsprechenden Begleitumstände beachtet werden müssten, da nur ein „angemessener“ Schutz bisher geschaffener Rechtslagen zu gewähren ist.

Eine Korrektur kann aber auch durch das Ziehen einer Parallele zur Behandlung von Fallkonstellationen erfolgen, in denen sich der dem Anknüpfungsmoment zugrundeliegende Sachverhalt geändert hat (sogenannter Statutenwechsel im engeren Sinn¹⁵⁸).¹⁵⁹ Dabei ist grundsätzlich zwischen abgeschlossenen und offenen Tatbeständen zu differenzieren. Während bei abgeschlossenen Tatbeständen grundsätzlich das alte Statut in Bezug auf bestehende Rechtsverhältnisse und erworbene Rechte fortwirkt, werden offene Tatbestände, unabhängig davon, ob sie bereits unter dem alten Statut begonnen, aber noch nicht abgeschlossen wurden, oder ob sie gänzlich nach dem Statutenwechsel vorgenommen wurden, dem neuen Statut unterstellt.¹⁶⁰ Bei Dauerrechtsverhältnissen muss diese Unterscheidung grundsätzlich ebenso erfolgen,¹⁶¹ es sei denn, hiervon wird durch spezielle Vorschriften ausdrücklich abgewichen.¹⁶² Zwar können einzelne Elemente wie Gründung oder Beendigung durchaus einem konkreten Zeitpunkt zugeordnet werden, die sich daraus ergebenden Folgen wirken jedoch weit über den Zeitpunkt hinaus, in welchem die entsprechenden Handlungen vorgenommen wurden. So bildet beispielsweise die Gründung einer Gesellschaft unter einem bestimmten Recht in einer bestimmten Rechtsform die Grundlage der Haftungsordnung innerhalb der Gesellschaft im Hinblick auf alle zukünftig eingegangenen Verbindlichkeiten. Derartige Dauerrechtsverhältnisse, bei denen abgeschlossene und offene Tatbestände nicht eindeutig unterschieden werden können,¹⁶³ soll ein Statutenwechsel daher solange unberührt lassen, solange dies im Hinblick auf die betroffenen Interessen – im vorliegenden Fall also der Gesellschaft, ihrer Gesell-

157 *Mäsch et al.*, (Fn. 138), S. 53.

158 *Rauscher*, (Fn. 2), Rn. 432.

159 Vgl. *Weller et al.*, (Fn. 132), S. 2382, die diese Lösung als „intertemporale Anerkennungslösung“ bezeichnen, obwohl sie auf einen Statutenwechsel durch Sitzverlegung, d.h. durch eine Änderung der dem Anknüpfungskriterium zugrundeliegenden Tatsachen verweisen; sich diesen anschließend *Stiegler*, Der EU-Austritt Großbritanniens aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, in: *Kramme/Badus/Schmidt-Kessel*, Brexit und die juristischen Folgen, 2017, S. 133. Eine ausführliche Erläuterung zu dieser Lösungsmöglichkeit, ohne dieser aber zu folgen, findet sich bei *Mäsch et al.*, (Fn. 138), S. 54.

160 *Rauscher*, (Fn. 2), Rn. 440 f.

161 Vgl. *von Hein*, (Fn. 116), Einl. IPR, Rn. 81; *Sturm/Sturm*, in: *Staudinger*, BGB, Neubearbeitung 2012, Einl. IPR, Rn. 846; auch *Kropholler*, (Fn. 153), § 27, II.3.a.

162 Zu Ausnahmen siehe *Sturm/Sturm*, (Fn. 161), Einl. IPR, Rn. 848; *Kropholler*, (Fn. 153), § 27, II.3.b.

163 *Sonnenberger*, (Fn. 155), S. 457 f.: „Dauerrechtslagen [...] die keine zeitlich teilbaren Wirkungen äußern“.

schafter sowie Gläubiger und der Allgemeinheit – geboten ist.¹⁶⁴ Diesem Lösungsansatz ist entgegenzuhalten, dass es sich nicht allein um eine Veränderung des dem Anknüpfungsmoment zugrundeliegenden Sachverhalts handelt, sondern dass aufgrund des beabsichtigten Austritts des Vereinigten Königreichs gleichzeitig ein gänzlich anderes Anknüpfungskriterium, nämlich statt des Gründungsortes nunmehr der effektive Verwaltungssitz der Gesellschaft, ausschlaggebend ist.¹⁶⁵

Während die ersten beiden Lösungsansätze den Grund des Statutenwechsels in den Blickpunkt nehmen, bevorzugen *Mäsch/Gausing/Peters*¹⁶⁶ eine am Rechtsgedanken des Art. 7 Abs. 2 EGBGB ausgerichtete Lösung, die sich an der durch den Statutenwechsel beeinflussten Rechtsfrage ausrichtet. Danach soll die einmal erlangte Rechts- und Geschäftsfähigkeit von einem Statutenwechsel unbeeinflusst bleiben – das betroffene Rechtssubjekt dürfe in den Erhalt der einmal erworbenen Rechtsstellung vertrauen, während gleichzeitig auch das Interesse des Rechtsverkehrs, bei Gesellschaften insbesondere der Gesellschafter, der Gesellschaftsgläubiger und der Arbeitnehmer, in die Existenz, genauer gesagt in die Rechts- und Geschäftsfähigkeit geschützt wird. Der Ablehnung einer analogen Anwendung des Art. 7 Abs. 2 EGBGB auf Gesellschaften¹⁶⁷ wird die besondere, bei Schaffung der Vorschrift nicht vorhersehbare Situation des Brexit entgegengehalten, weshalb sich auf die Beibehaltung des englischen Rechts als Gesellschaftsstatut auch nur vor dem Referendum gegründete Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland berufen können sollen. Auch hierbei wird jedoch eine Übergangsfrist von höchstens drei Jahren eingeräumt, da auch bei natürlichen Personen Art. 7 Abs. 2 EGBGB maximal bis zu dem Zeitpunkt, in dem die natürlichen Personen auch nach ihrem neuen Personalstatut die Rechts-¹⁶⁸ und Geschäftsfähigkeit erlangt haben, Schutz gewährt; dieser Zeitraum beträgt in der Regel maximal drei Jahre.¹⁶⁹ Diesem Lösungsansatz ist zugutezuhalten, dass er, anders als die ersten beiden vorgeschlagenen Wege zur Begründung eines Vertrauenschutzes, berücksichtigt, dass die vorliegende Situation weder allein auf der Veränderung einer Kollisionsregel noch des dieser zugrunde zu legenden Sachverhalts beruht.

Im Ergebnis befürworten alle Lösungsansätze mit unterschiedlichen, auf kollisionsrechtliche Grundsätze rekurrierenden Begründungen eine Beibehaltung des englischen Rechts als Gesellschaftsstatut. Sie kommen jedoch dazu, dass diese Anerken-

164 *Mäsch et al.*, (Fn. 138), S. 54 verweisen auf *Bartels*, Zuzug ausländischer Kapitalgesellschaften unter der Sitztheorie, ZHR 176 (2012), S. 425 ff., insb. S. 431 f. („qualifizierte Fortschreibung der ausländischen Rechtsform“ unter Bestehen eines Erfordernisses der Hinwirkung auf einen Anschluss an eine entsprechende nationale Gesellschaft). Vgl. auch *Sonnenberger*, (Fn. 155), S. 458 f. für den Fall der Änderung der Kollisionsregel.

165 *Mäsch et al.*, (Fn. 138), S. 54.

166 *Ibid.*, S. 54 f.

167 Vgl. *Hohloch*, (Fn. 155), Art. 7 EGBGB, Rn. 1; *Lipp*, in: MünchKomm-BGB, Bd. 10, 6. Aufl. 2015, Art. 7 EGBGB, Rn. 1; *Ludwig*, in: jurisPK-BGB, Bd. 6, 8. Aufl. 2017, Art. 7 EGBGB, Rn. 3; *Mäsch*, in: BeckOK-BGB, 41. Edition 2013, Art. 7 EGBGB, Rn. 2.

168 Beispiele für Rechtsordnungen, in denen natürlichen Personen die einmal erlangte Rechtsfähigkeit wieder entzogen werden kann bzw. die Erlangung der Rechtsfähigkeit nicht wie im deutschen Recht mit der Vollendung der Geburt eintritt, sind selten, siehe dazu *Mäsch*, (Fn. 167), Art. 7 EGBGB, Rn. 9.

169 *Mäsch et al.*, (Fn. 138), S. 55.

nung allenfalls für einen Übergangszeitraum zu gewährleisten sei. Dieser beginnt mit dem endgültigen Ausscheiden des Vereinigten Königreichs aus der EU.¹⁷⁰ Das ist nachvollziehbar, da erst mit dem Abschluss eines Austrittsabkommens zwischen dem Vereinigten Königreich und der Europäischen Union bzw. nach Ablauf der Frist zur Aushandlung eines solchen Abkommens Gewissheit hinsichtlich des Eintritts eines Statutenwechsels besteht. Die Abgabe der Austrittserklärung hingegen führt jedenfalls aus dem Grund, dass nicht geklärt ist, ob diese auch widerrufen werden kann,¹⁷¹ noch nicht zu einer endgültigen Aussicht auf den Austritt des Mitgliedstaats und damit zu einer Gewissheit des Eintritts eines Statutenwechsels. Dem ist insoweit zuzustimmen, als dass es den Gesellschaften möglich sein muss, auf die Unterstellung unter eine neue Rechtsordnung reagieren zu können. Dem tragen alle dargestellten Lösungsansätze mit unterschiedlicher dogmatischer Begründung Rechnung. Jedoch entsteht im Rahmen der beiden erstgenannten Lösungsansätze eine erhebliche Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Frage, in welchem Umfang bzw. bis zu welchem Zeitpunkt die Anerkennung weiterhin nach englischem Recht „angemessenen“ Schutz genießen muss bzw. „geboten“ ist, während letztergenannter Vorschlag jedenfalls spätestens drei Jahre nach dem Ausscheiden aus der EU endgültig die Anerkennung als Gesellschaft englischen Rechts versagen will.

Eine dauerhafte Anerkennung der Gesellschaften als solche englischen Rechts wird aber durch keinen der Lösungsansätze gewährt. Dies wäre nur durch eine Änderung des nationalen Kollisionsrechts erreichbar. Da in Deutschland das Gesellschaftskollisionsrecht nicht kodifiziert ist, kann nur ein Rechtsprechungswechsel des BGH¹⁷² eine Änderung bewirken. Dies entspräche auch den Interessen der Gesellschafter, welche sich in der Regel bewusst für eine Gesellschaftsform entschieden haben, in welcher allein das Gesellschaftsvermögen haftet; die Gläubiger waren sich bei der Begründung von Rechtsverhältnissen mit der englischen Gesellschaft hierüber ebenso im Klaren wie von der Gesellschaft beschäftigte deutsche Arbeitnehmer. Ob es tatsächlich zu einer Änderung der Rechtsprechung kommt, bleibt aber abzuwarten. Einerseits verhindert die Beibehaltung des bisherigen Gesellschaftsstatuts, dass die Gesellschafter, die den Statutenwechsel selbst nicht beeinflussen konnten, persönlich in Anspruch genommen werden und die Gesellschaftsgläubiger, die bei der Begründung von Verbindlichkeiten unter Geltung des alten Gesellschaftsstatuts mit einer persönlichen Haftung nicht rechnen durften, einen Vorteil erlangen. Andererseits ist zu befürchten, dass, wenn englische Gesellschaften weiterhin als solche behandelt würden, Arbeitnehmer-, (Minderheits-)Gesellschafter- und Gläubigerschutz jedenfalls insoweit eingeschränkt werden könnten, als dass die auf Unionsrecht beruhenden Rahmenbedingungen eines angemessenen (Mindest-)Schutzes¹⁷³ nicht mehr gewährleistet werden können. Unter anderem aufgrund dieser Rahmenbedingungen konnte sich

170 Freitag/Korch, (Fn. 139), S. 1364; Mäsch et al., (Fn. 138), S. 55.

171 Skouris, (Fn. 122), S. 807 m.w.N.

172 Hierzu Weller et al., (Fn. 132), S. 2381.

173 So insbesondere auf dem Gebiet des Aktienrechts, z.B. RL 2004/25/EG (ÜbernahmeRL), oder des Arbeitsschutzes, z.B. RL 89/391/EWG (ArbeitsschutzRL), siehe dazu auch unter D.I.1.a).

schließlich gegenüber EU-Gesellschaften die Gründungstheorie durchsetzen, während gegenüber Drittstaatengesellschaften der BGH die Anwendung der Gründungstheorie seit jeher mit dem Argument ablehnte, dass auf anderem Weg als unter Zugrundelegung deutschen Rechts aufgrund der Anwendung der Sitztheorie deutschen Arbeitnehmern, Minderheitsgeschaftern oder Gläubigern kein angemessener Schutz zuteilwerden kann. Es müsste daher zumindest festgestellt werden, ob im Vereinigten Königreich ein den deutschen bzw. europäischen Standards vergleichbares Schutzniveau besteht.¹⁷⁴ Gesellschaften sollten daher nicht darauf vertrauen, dass der BGH sich dazu entschließt, künftig die Gründungstheorie anzuwenden.

(3) Reaktionsmöglichkeiten auf Basis des Gesellschaftsrechts

Da im Ergebnis aber nicht sicher ist, ob Gerichte eine Übergangslösung auf Basis kollisionsrechtlicher Prinzipien anerkennen, sind Gesellschaften aus Praxissicht gut beraten, sich bereits zum aktuellen Zeitpunkt zu entscheiden, ob sie ihren Verwaltungssitz zurück nach England oder in einen anderen Staat, der der Gründungsrechtsanknüpfung folgt, verlegen oder ob sie auf die Erfüllung deutscher Gründungsanforderungen hinwirken und ihre Gesellschaft in eine solche deutschen Rechts überführen. Während Ersteres vor allem bei Gesellschaften, die ihre Tätigkeit allein oder überwiegend auf den deutschen Markt ausgerichtet haben, unwahrscheinlich ist, dürfte Letzteres zu den praxistauglichsten Lösungen gehören. Ohne eine baldige Reaktion können im schlimmsten Fall auch sensible steuerrechtliche Folgen drohen.¹⁷⁵

Denkbar ist zunächst, dass Vermögensgegenstände im Wege eines *asset deals* auf einen deutschen Unternehmensträger mit beschränkter Haftung übertragen werden. Dies ist jedoch überaus umständlich, da sämtliche Vermögensgegenstände im Wege der Einzelrechtsnachfolge übertragen werden müssten, bestehende Vertragsverhältnisse ohne Zustimmung des jeweiligen Vertragspartners womöglich gar nicht übertragen werden könnten und die in England fortbestehende Gesellschaft noch zu liquidieren wäre.¹⁷⁶

Solange das Vereinigte Königreich noch Mitgliedstaat in der EU ist, könnte unter dem Schutz der Niederlassungsfreiheit die englische Gesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland grenzüberschreitend in eine haftungsbeschränkte Gesellschaft deutschen Rechts überführt werden.¹⁷⁷ Nach den Grundsätzen des *Cartesio*- und *VALE*-Urteils des EuGH muss der Zuzugsstaat einen Hineinformwechsel gestatten, wenn das Recht des Zuzugsstaats einen entsprechenden Rechtsformwechsel auch seinen nationalen Gesellschaften ermöglicht; der Wegzugsstaat darf einen Wegzug in diesem Fall nicht verhindern.¹⁷⁸ Dies muss auch bei einem Formwechsel einer Gesellschaft

174 BGHZ 178, 192 (197).

175 Dies andeutend *Bode/Bron*, (Fn. 153), S. R129.

176 *Seeger*, (Fn. 121), S. 1822; *Teichmann/Knaier*, (Fn. 142), S. 246 jeweils m.w.N.

177 *Weller et al.*, (Fn. 132), S. 2382 verweisen darauf, dass der Anwendungsbereich des UmwG für Drittstaatengesellschaften nicht eröffnet ist, weshalb nach dem Brexit eine Hineinumwandlung nicht mehr möglich ist; *Freitag/Korch*, (Fn. 139), S. 1364; *Schall*, (Fn. 138), S. 25 ff.; *Teichmann/Knaier*, (Fn. 142), S. 246.

178 Siehe dazu unter B.III.2.c).

ausländischen Rechts in eine rechtsformäquivalente Gesellschaft des inländischen Rechts gewährleistet werden.¹⁷⁹ Dabei wird die Gesellschaft identitätswahrend in eine Gesellschaft deutschen Rechts umgewandelt, d.h. es bedarf keiner zusätzlichen Neugründung einer Gesellschaft in Deutschland oder Liquidation der ehemaligen englischen Gesellschaft im Vereinigten Königreich. Ob zusätzlich zu dieser Satzungssitzverlegung nach dem *VALE*-Urteil ein realwirtschaftlicher Bezug zum Zuzugsstaat zu fordern ist,¹⁸⁰ wird in dieser Fallgestaltung nicht relevant. Der Rechtsformwechsel erfolgt gerade aufgrund des deutschen Verwaltungssitzes und des daher zu befürchtenden Statutenwechsels mit der Folge einer Umqualifizierung in eine Personengesellschaft.

Daneben kommt auch eine Verschmelzung der englischen auf eine deutsche haftungsbeschränkte Gesellschaft in Frage.¹⁸¹ Diese Variante hat den Vorteil, dass das Verfahren der grenzüberschreitenden Verschmelzung aufgrund europäischen Sekundärrechts mittlerweile in §§ 122a ff. UmwG geregelt ist, während bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel noch nicht höchstrichterlich geklärt ist, ob sich dieser in europarechtskonformer Anwendung¹⁸² der nationalen Verfahrensvorschriften vollzieht.

Natürlich kann die Gesellschaft auch in jede andere Gesellschaftsform eines Mitgliedstaates umgewandelt werden.¹⁸³ Diese sind weiterhin unter Zugrundelegung der Gründungstheorie als solche in Deutschland anzuerkennen.

Nach Ausscheiden aus der Europäischen Union bliebe noch die Möglichkeit, auf die Umwandlung der in Deutschland im Wege der Umqualifizierung fortbestehenden Personengesellschaft in eine entsprechend haftungsbeschränkte Gesellschaft hinzuwirken. Diese Lösung ist jedoch nicht tauglich, sofern die englische Gesellschaft nur einen Gesellschafter hatte, da nach der Umqualifizierung im deutschen Recht keine Personengesellschaft mit nur einem Gesellschafter entstehen kann und der ehemalige Alleingesellschafter als Einzelunternehmer und Rechtsnachfolger nicht in den Anwendungsbereich des Umwandlungsgesetzes fällt.

d) Fazit

Englische Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland sollten sich in Zukunft nicht darauf verlassen, dass sie ihr Gesellschaftsstatut – zumindest auf Grundlage allgemeiner kollisionsrechtlicher Prinzipien für einen Übergangszeitraum – beibehalten.

179 *Bayer/Schmidt*, (Fn. 104), S. 760; *Ege/Klett*, (Fn. 111), S. 2443; *Schall*, (Fn. 115), S. 421 m.w.N.

180 Siehe dazu unter D.I.1.a).

181 Eine Verschmelzung auf eine UG ist problematisch, da bei dieser ein Sacheinlageverbot besteht; umfassend hierzu *Schall*, (Fn. 115), S. 438 ff.; zum gleichen Problem auch beim Formwechsel *Seeger*, (Fn. 121), S. 1822 ff.; siehe im Übrigen auch *Freitag/Korch*, (Fn. 139), S. 1364 f.; *Teichmann/Knaier*, (Fn. 142), S. 247.

182 Hierauf hindeutend und die Anwendung des Verfahrens zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung einer Europäischen Aktiengesellschaft ablehnend KG, Beschl. v. 21.3.2016 – 22 W 64/15, DStR 2016, 1427 (1428), vgl. auch *Freitag/Korch*, (Fn. 139), S. 1364.

183 Zur Umwandlung in eine irische *limited* z.B. *ibid.*, S. 1364; *Schall*, (Fn. 115), S. 445 ff.

Es ist vielmehr davon auszugehen, dass, da sich aktuell auch keine Lösung auf politischer Ebene abzeichnet, diese Gesellschaften mit der Sitztheorie zukünftig deutschem Recht unterstellt werden. Um eine Umqualifizierung in eine Personengesellschaft oder die Behandlung als Einzelunternehmer zu verhindern, sollte noch vor Abschluss der Austrittsverhandlungen oder Ablauf der Frist des Art. 50 Abs. 3 EUV die Gesellschaft durch Umwandlung in eine Rechtsform eines Mitgliedstaates der EU überführt werden, um eine Anerkennung als solche auch mit deutschen Verwaltungssitz sicherzustellen.

II. Nationales Steuerrecht im Lichte der Niederlassungsfreiheit

Der EuGH hatte sich in einer Reihe von Entscheidungen mit der Vereinbarkeit mitgliedstaatlicher Steuervorschriften mit der Niederlassungsfreiheit zu befassen. Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass der Gerichtshof die Prüfung im Allgemeinen nach dem bekannten Schema zur Grundfreiheitenprüfung vornimmt. Zunächst stellt er fest, ob eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und damit ein Eingriff in deren Schutzbereich vorliegt, wovon grundsätzlich immer dann ausgegangen werden kann, wenn gemischt in- und ausländische Gesellschaften bzw. Konzerne gegenüber rein inländischen Gesellschaften und Konzernen steuerlich ungünstiger behandelt werden. Eine Ausnahme davon machen die Luxemburger Richter dann, wenn die Situationen objektiv nicht miteinander vergleichbar sind. Im Anschluss daran werden mögliche Rechtfertigungsgründe geprüft. Selbst falls solche angenommen werden, kommt der EuGH erst dann zur Vereinbarkeit mit der europäischen Niederlassungsfreiheit, wenn die in Frage stehende Regelung auch geeignet und zur Erreichung des mit der Steuerregelung verfolgten Ziels erforderlich, mithin also verhältnismäßig im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist. Ausnahmsweise wird im Rahmen der Frage der nachträglichen Hinzurechnung von zuvor berücksichtigten konzerninternen Verlusten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, die bei rein inländischen Sachverhalten nicht erfolgt, noch geprüft, ob die Verluste final waren.

1. Vergleichbarkeit der Sachverhalte

Auch wenn der Europäische Gerichtshof sich nicht in jeder seiner Entscheidungen zur Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch mitgliedstaatliche Steuervorschriften zur Vergleichbarkeit der Sachverhalte äußert, so sind doch Fallgruppen respektive Begründungsansätze zur Darlegung einer solchen Vergleichbarkeit erkennbar. Die Vergleichbarkeit muss im Hinblick auf das mit der Steuervorschrift verfolgte Ziel und den Zusammenhang, in dem diese Anwendung findet, festgestellt werden.¹⁸⁴ Ob die fehlende Vergleichbarkeit der Sachverhalte bereits das Vorliegen einer Beschränkung ausschließt oder erst zur Rechtfertigung einer vorliegenden Beschrän-

184 EuGH, Rs. C-123/11, A, EU:C:2013:84, Rn. 33 m.w.N.

kung führt, wird bisweilen nicht eindeutig beantwortet.¹⁸⁵ Dies wirkt sich jedenfalls insoweit aus, als dass bei der Verneinung einer Beschränkung anders als bei der Annahme einer Rechtfertigung wegen fehlender Vergleichbarkeit die Verhältnismäßigkeitsprüfung der nationalen Regelung entfällt. Nicht zuletzt auch deshalb hat die Generalanwältin Kokott in ihren Schlussanträgen zur Rechtssache *Nordea Bank* den Verzicht auf die Vergleichbarkeitsprüfung und die Fokussierung auf die Rechtfertigungsprüfung vorgeschlagen.¹⁸⁶ Dem hat der EuGH mit seinem Urteil in dieser Rechtssache jedoch eine Absage erteilt.

Grundsätzlich ist im Hinblick auf die Vergleichbarkeitsprüfung die Besteuerung von Gesellschaften mit im Ausland ansässigen Betriebsstätten und die Besteuerung von Mutter- mit ausländischen Tochtergesellschaften zu unterscheiden. Im Rahmen der ersten Fallgruppe kann weitergehend differenziert werden zwischen Freistellungs- und Anrechnungsbetriebsstätten, wobei die Differenzierung auf der jeweiligen Ausgestaltung der bilateral vereinbarten Doppelbesteuerungsabkommen, d.h. auf der Vereinbarung der Freistellungs- oder der Anrechnungsmethode¹⁸⁷ beruht.

Für Freistellungsbetriebsstätten hat der EuGH festgestellt, dass die von diesen erzielten Verluste nicht im Rahmen der Besteuerung der inländischen Trägergesellschaft geltend gemacht werden können, weil es an einer vergleichbaren Situation fehle, es sei denn, der Mitgliedstaat, dessen Steuervorschriften an der Niederlassungsfreiheit gemessen werden, hat durch nationale Regelungen den Verlustabzug im Rahmen der inländischen Besteuerung ausnahmsweise wie bei einer inländischen Betriebsstätte (vorübergehend) zugelassen¹⁸⁸ oder das Doppelbesteuerungsabkommen enthält einen Progressionsvorbehalt.¹⁸⁹ An den beiden Ausnahmen, die sich keinesfalls als abschließend verstehen, zeigt sich exemplarisch, dass auch bei Vereinbarung der Freistellungsmethode durchaus eine Vergleichbarkeit angenommen werden kann, die durch

¹⁸⁵ Gegen eine Prüfung auf Rechtfertigungsebene EuGH, Rs. C-388/14, *Timac Agro*, EU:C:2015:829, Rn. 26, in dem ausdrücklich zwischen der Vergleichbarkeit und der Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls differenziert wird; davon geht grundsätzlich auch GAin Kokott in ihren Schlussanträgen zu EuGH, Rs. C-388/14, *Timac Agro*, EU:C:2015:533, Rn. 21 aus; für die Prüfung i.R.d. Rechtfertigung noch: EuGH, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer*, EU:C:2005:763, Rn. 36 ff.

¹⁸⁶ Schlussanträge GAin Kokott zu EuGH, Rs. C-48/13, *Nordea Bank*, EU:C:2014:153, Rn. 22 ff.; allgemein zur Kritik an der Vergleichbarkeitsprüfung *Englisch*, Nordea Bank – ein weiterer Meilenstein der EuGH-Judikatur, IStR 2014, S. 561, der aber dennoch für einen Erhalt der Prüfung plädiert; a.a. *Mitschke*, Nordea Bank: Nachbesteuerung von Verlusten bei Umwandlung von ausländischen Betriebsstätten in Tochtergesellschaften, IStR 2014, S. 566.

¹⁸⁷ Zur Terminologie siehe *Fey*, in: Beck'sches Steuer- und Finanzrechtslexikon, 2016, Stichworte: Freistellungsmethode, Anrechnungsmethode.

¹⁸⁸ EuGH, Rs. C-388/14, *Timac Agro*, EU:C:2015:829, Rn. 27 f., 64 f.; zur Kritik an der Wirkung der vorübergehenden Zulassung des Verlustabzugs nach § 2a Abs. 3, 4 EStG a.F. zugunsten der Vergleichbarkeit der Sachverhalte, obwohl später doch noch eine Hinzurechnung der Verluste erfolgt vgl. *Benecke/Staats*, *Timac Agro*: Verluste der österreichischen Betriebsstätte einer deutschen Kapitalgesellschaft, IStR 2016, S. 82.

¹⁸⁹ EuGH, Rs. C-123/11, A, EU:C:2013:84, Rn. 43 ff.; zur Terminologie in diesem Zusammenhang siehe *Fey*, (Fn. 187), Stichwort Freistellungsmethode, Rn. 3.

Vorschriften der an den Doppelbesteuerungsabkommen beteiligten Staaten bedingt ist. Mithin muss dies in jedem Einzelfall gesondert festgestellt werden.

Im Falle von Anrechnungsbetriebsstätten ist die Vergleichbarkeit hingegen gegeben, da aufgrund der Vereinbarung der Anrechnungsmethode im Doppelbesteuerungsabkommen sowohl die Gewinne als auch die Verluste der ausländischen Betriebsstätte im Rahmen der Steuerbemessung der inländischen Trägergesellschaft berücksichtigt werden.¹⁹⁰

In Bezug auf den Verlustabzug im Rahmen der Besteuerung von inländischen Mutter- mit ausländischen Tochtergesellschaften ist festzuhalten, dass das Nichtvorliegen der Vergleichbarkeit nach dem EuGH jedenfalls nicht allein aufgrund der Tatsache angenommen werden sollte, dass den Mitgliedstaaten aufgrund des im Steuerrecht geltenden Territorialitätsprinzips grundsätzlich die Besteuerungsbefugnis nur für solche Gesellschaften zukommt, die auf deren Gebiet ansässig sind und wirtschaftlich tätig werden. Würde man allein auf die fehlende Steuerhoheit für gebietsfremde Gesellschaften, d.h. allein auf deren Ansässigkeit hinsichtlich der Vergleichbarkeit abstellen, würde es zu einer grundsätzlichen Negierung der Niederlassungsfreiheit in grenzüberschreitenden Fällen kommen.¹⁹¹ Daran hat der EuGH scheinbar auch noch in seiner Entscheidung *Kommission/Vereinigtes Königreich* im Anschluss an die Sache *Marks & Spencer* festgehalten, soweit er ohne weitere Begründung eine Beschränkung durch die Nichtgewährung des Verlustabzugs im Konzern annahm und unmittelbar zur Rechtfertigungsprüfung überging.¹⁹² In letzter Zeit wendet man sich vermehrt gegen diese Pauschalialisierung. Es wird eine Parallele zu ausländischen Freistellungs-betriebsstätten gezogen. Die dortige grundsätzliche Nichtvergleichbarkeit müsste erst Recht für solche ausländischen Tochtergesellschaften gelten, die prinzipiell nicht steuerpflichtig im Inland sind.¹⁹³ Dem ist zuzugeben, dass aufgrund der fehlenden Ansässigkeit im Inland grundsätzlich keine Besteuerungsbefugnis des Mitgliedstaats besteht. Diese Pauschalialisierung verleitet auf der anderen Seite jedoch nur zu schnell dazu, mögliche Ausnahmeverordnungen zur Besteuerung von Auslandsgesellschaften zu übersehen.¹⁹⁴ Im Übrigen ermöglicht die Annahme einer Vergleichbarkeit eine differenzierte Prüfung im Rahmen der Rechtfertigung einer Beschränkung der Nie-

190 EuGH, Rs. C-48/13, *Nordea Bank*, EU:C:2014:2087, Rn. 24 m. Anm. *Mitschke*, (Fn. 186), S. 566; *Schumacher*, (Fn. 57), S. 478.

191 EuGH, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer*, EU:C:2005:763, Rn. 36 ff.: Die Niederlassungsfreiheit würde „ihres Sinnes entleert“.

192 EuGH, Rs. C-172/13, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, EU:C:2015:50, Rn. 21 ff.

193 Benecke/Staats, Wann muss das Ertragsteuerrecht der Mitgliedstaaten einen Verlustausgleich im Konzern („group relief“) auch grenzüberschreitend ermöglichen (Interpretation der sog. *Marks & Spencer*-Ausnahme)?, IStR 2014, S. 862 f., dies., Britischer Konzernabzug von „finalen Verlusten“ ausländischer Tochtergesellschaften seit „Marks & Spencer“, IStR 2015, S. 141; Schiefer, Timac Agro: Verluste der österreichischen Betriebsstätte einer deutschen Kapitalgesellschaft, IStR 2016, S. 80; *Schumacher*, (Fn. 57), S. 478; vgl. auch Schlussanträge GAin Kokott zu EuGH, Rs. C-172/13, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, EU:C: 2014:2321, Rn. 26 ff., wenngleich diese dennoch für eine Vergleichbarkeit argumentiert, um insbesondere eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Rechtfertigung vornehmen zu können.

194 Z.B. §§ 7 ff. AStG, vgl. zu den Bedenken *Schumacher*, (Fn. 57), S. 478.

derlassungsfreiheit und wird somit auch dem umfassenden Schutzcharakter der Grundfreiheiten eher gerecht. Außerdem bleibt eine Erörterung der Verhältnismäßigkeit möglich. Mithin kann daher die oben angeführte Rechtsprechung auch als Verwirklichung des unionsrechtlichen Effizienzgeboes verstanden werden.

2. Rechtfertigungsgründe

a) Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse

Im Rahmen von Konzernstrukturen spielt dieser Rechtfertigungsgrund eine entscheidende Rolle. Eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit kann in solchen Fällen nämlich angenommen werden, wenn inländischen Muttergesellschaften mit inländischen Tochtergesellschaften ein Steuervorteil gewährt wird, im Falle von ausländischen Tochtergesellschaften dieser aber verweigert wird. Ein solcher Vorteil kann zum Beispiel in der Bildung eines steuerlichen Konzerns mit inländischen, nicht aber mit ausländischen Tochtergesellschaften im Rahmen der Besteuerung gesehen werden.¹⁹⁵

Der Rechtfertigungsgrund ist anzunehmen, wenn die in Frage stehenden Steuervorschriften darauf abzielen, Verhaltensweisen zu verhindern, die das Besteuerungsrecht eines Mitgliedstaates hinsichtlich der auf dessen Hoheitsgebiet vorgenommenen wirtschaftlichen Tätigkeit gefährden.¹⁹⁶ Da die Besteuerungsbefugnisse der Mitgliedstaaten keine unionsrechtliche Vereinheitlichung erfahren haben, müssen weiterhin die Mitgliedstaaten befugt sein, entsprechende Maßnahmen zu ergreifen, um untereinander eine ausgewogene Aufteilung der Besteuerung zu erreichen.¹⁹⁷

Auswirkungen auf die Steuerhoheit mehrerer Mitgliedstaaten hat der EuGH beispielsweise in seinem Urteil zur Rechtssache *X Holding*¹⁹⁸ angenommen. Es stand zur Debatte, ob eine inländische Muttergesellschaft durch Bildung eines steuerlichen Konzerns auch die Verluste einer ausländischen Tochtergesellschaft im Rahmen der Steuerbemessung der Muttergesellschaft geltend machen durfte. Dies wurde verneint, weil die Muttergesellschaft andernfalls – im Extremfall jährlich – frei entscheiden könnte, ob sie eine steuerliche Einheit nach ihrer Heimatrechtsordnung mit der Auslandstochter bildet, an der sie beteiligt ist, oder die Verluste durch die Tochtergesellschaft in deren Ansässigkeitsstaat geltend gemacht werden.¹⁹⁹ Im bereits angesprochenen Urteil *Groupe Steria* hat der EuGH diesen Rechtfertigungsgrund jedoch verneint, da in diesem Fall nur die Steuerhoheit Frankreichs durch die Berücksichtigung eingehender Dividenden betroffen war und nicht auch die Steuerhoheit des Staates, in welchem sich die die Dividenden ausschüttende Tochtergesellschaft be-

195 EuGH, Rs. C-337/08, *X Holding*, EU:C:2010:89, Rn. 18 f.; EuGH, Rs. C-386/14, *Groupe Steria*, EU:C:2015:524, Rn. 15 ff.

196 In diesem Sinne EuGH, Rs. C-231/05, *Oy AA*, EU:C:2007:439, Rn. 54.

197 *Bahns/Brinkmann/Gläser/Sedlaczek*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, (Fn. 6), Vorb 110-113 AEUV, Rn. 69 m.w.N.

198 EuGH, Rs. C-337/08, *X Holding*, EU:C:2010:89.

199 Ibid., Rn. 30 ff.; kritisch dazu *Englisch*, Besteuerung der Gewinne bei der Muttergesellschaft unter Ausschluss gebietsfremder Tochtergesellschaften, IStR 2010, S. 215.

fand.²⁰⁰ Eine Gefährdung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse durch wahlweise Einbeziehung in den steuerlichen Konzern war hier nicht zu befürchten.

Hieran wird deutlich, dass zunächst jede Regelung zu Steuervorteilen darauf überprüft werden muss, ob diese die Steuerhoheit mehr als nur eines Mitgliedstaates beeinflussen kann. Nur wenn das der Fall ist, kann die Regelung überhaupt eine aus Allgemeinwohlgründen gerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen und die Nichtanwendung auf grenzüberschreitende Sachverhalte der Verhinderung einer Gefährdung der Steuerhoheit eines Mitgliedstaates dienen.

b) Vermeidung der Steuerumgehung

Um eine Rechtfertigung aus Gründen der Steuerumgehung annehmen zu können, muss als Vorfrage geklärt werden, ob der zu beurteilende Sachverhalt überhaupt eine Steuerumgehung darstellt. Dabei genügt es nicht, pauschal darauf abzustellen, dass der Steuerpflichtige eine Niederlassung in einem anderen Staat als dem Staat unterhält, in dem die Muttergesellschaft ansässig ist.²⁰¹ Der Gerichtshof formuliert, es müsse sich um „rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Konstruktionen [handeln], um die Steuer zu umgehen, die normalerweise auf die durch Tätigkeiten im Inland erzielten Gewinne zu zahlen ist“.²⁰² In solchen Fällen stellt eine nationale Steuervorschrift dann keinen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit dar, wenn es das spezifische Ziel der in Frage stehenden Regelung ist, diese Konstruktionen zu verhindern, wobei die Regelung es zulassen muss, dass einzelfallabhängig abweichende Beurteilungen des Vorliegens einer Steuerumgehung zum Beispiel wegen zwingender wirtschaftlicher Gründe berücksichtigt werden können.²⁰³ Das Vorliegen einer solchen Steuerumgehung wurde in den Verfahren *Nordea Bank* und *Timac Agro* mit der Begründung angenommen, dass die jeweiligen Gesellschaften sich zunächst auf die Möglichkeit der Geltendmachung von Verlusten ihrer ausländischen Betriebsstätten im Rahmen der entsprechenden Abkommen beriefen und in der Folgezeit dann bei Erwirtschaftung von Gewinnen diese Betriebsstätten an ausländische Tochtergesellschaften veräußerten, sodass der Zugriff auf diese Gewinne im Inland ausgeschlossen wurde.²⁰⁴ Daher hat der EuGH in diesen Fällen die nachträgliche Hinzurechnung der vormals abgezogenen Verluste zur Verhinderung einer Steuerumgehung als grundsätzlich (vorbehaltlich der Finalität) mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar angesehen.

200 EuGH, Rs. C-386/14, *Groupe Steria*, EU:C:2015:524, Rn. 29.

201 EuGH, Rs. C-347/04, *Rewe Zentral*, EU:C:2007:194, Rn. 52; auch EuGH, Rs. C-322/11, K, EU:C:2013:716, Rn. 60 m.w.N.

202 *Ibid.*, Rn. 61 m.w.N.

203 EuGH, Rs. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, EU:C:2006:544, Rn. 61; EuGH, Rs. C-322/11, K, EU:C:2013:716, Rn. 61 m.w.N.; *Bahns et al.*, (Fn. 197), Vorb 110-113 AEUV, Rn. 65.

204 EuGH, Rs. C-48/13, *Nordea Bank*, EU:C:2014:2087, Rn. 28 f.; EuGH, Rs. C-388/14, *Timac Agro*, EU:C:2015:829, Rn. 43 f.

c) *Verhinderung doppelter Verlustberücksichtigung*

Im Übrigen erkennt der EuGH eine nationale Regelung als gerechtfertigt an, sofern sie dazu dient, die mehrfache Geltendmachung von Verlusten auszuschließen. Dieser Rechtfertigungsgrund ähnelt dem der Wahrung einer ausgewogenen Verteilung der Besteuerungsbefugnisse. Dort steht der Gedanke der Steuerhoheit der Mitgliedstaaten im Vordergrund, d.h., dass ein Staat Verluste einer ausländischen Betriebsstätte oder Tochtergesellschaft nur berücksichtigen soll, wenn er auch die Besteuerungsbefugnis über selbige ausübt. Bei der Verhinderung der doppelten Verlustberücksichtigung ist der Verlustabzug ebenfalls Ausgangspunkt der Rechtfertigungsprüfung durch den EuGH. Jedoch fokussiert sich die Prüfung darauf, ob sich für die zu besteuern den Gesellschaften Vorteile aus der Tatsache ergeben, dass sie die Verluste sowohl als die der ausländischen Niederlassung als auch als die des Stammhauses im Inland geltend machen können. Dies gilt es nach dem EuGH zu verhindern. Es mache für den Rechtfertigungsgrund keinen Unterschied, ob es sich um Verluste von ausländischen Betriebsstätten oder Tochtergesellschaften handelt.²⁰⁵ Die Frage nach der doppelten Verlustberücksichtigung stellt sich freilich nur, wenn man überhaupt zu dem Ergebnis gelangt, dass die Sachverhalte objektiv vergleichbar sind. Dies ist insbesondere in den bereits genannten Fallgruppen zu thematisieren.

d) *Steuerliche Kohärenz*

Eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ist vorbehaltlich der Verhältnismäßigkeit der Regelung hinzunehmen, sofern ein im nationalen Steuersystem eines Mitgliedstaates bestehender Zusammenhang zwischen einer nachteiligen und einer vorteilhaften Regelung für einen Steuerpflichtigen gewahrt werden soll.²⁰⁶ Seit der EuGH in seinem Urteil *Bachmann*²⁰⁷ anerkannte, dass auch die Wahrung der Kohärenz von mitgliedstaatlichen Steuerregelungen eine Ungleichbehandlung von inländischen gegenüber ausländischen (in diesem Falle natürlichen) Personen bzw. Rechtsgebilden rechtfertigen kann, sind die Voraussetzungen für eine solche Annahme durch die Rechtsprechung konkretisiert worden. Zunächst ist zu untersuchen, ob nicht bereits durch ein Doppelbesteuerungsabkommen steuerliche Kohärenz auf der *zwischenstaatlichen Ebene* geschaffen wurde.²⁰⁸ Sofern dies nicht der Fall ist, muss untersucht werden, ob auf *nationaler Ebene* zwischen dem – bei grenzüberschreitendem Sach-

205 Für Betriebsstätten EuGH, Rs. C-414/06, *Lidl Belgium*, EU:C:2008:278, Rn. 35 ff.; zur Ausdehnung des Verlustabzugs im Konzern im Zusammenhang mit Auslandsgesellschaften EuGH, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer*, EU:C:2005:763, Rn. 47 f.; EuGH, Rs. C-337/08, *X Holding*, EU:C:2010:89, Rn. 28 f., bezogen auf den Rechtfertigungsgrund der Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse.

206 *Bahns et al.*, (Fn. 197), Vorb 110-113 AEUV, Rn. 73.

207 EuGH, Rs. C-204/90, *Bachmann*, EU:C:1992:35 zur Rechtfertigung einer Beschränkung der Arbeitnehmerfreiheitigkeit.

208 In dieser Annahme EuGH, Rs. C-80/94, *Wielockx*, EU:C:1995:271, Rn. 25; dazu *Randelzhofer/Forsthoff*, (Fn. 65), vor Art. 39-55 EGV, Rn. 237 m.w.N.; *Kessler/Obser*, in: *Kessler/Kröner/Köhler*, Konzernsteuerrecht, 2. Aufl. 2008, § 1, Rn. 177.

verhalt nicht gewährten – steuerlichen Vorteil und einer diesen Vorteil ausgleichenden steuerlichen Belastung ein *unmittelbarer Zusammenhang* besteht.²⁰⁹ Der EuGH hielt fest, dass dieser Zusammenhang grundsätzlich im Hinblick auf das mit der Regelung verfolgte Ziel bestimmt werden muss.²¹⁰ Der Zusammenhang ist jedenfalls dann nicht gegeben, wenn es sich nicht um denselben betroffenen Steuerpflichtigen oder die gleiche Steuerart handelt.²¹¹ Es bedarf der Darlegung einer über eine bloße Systemgerechtigkeit hinausgehenden Gleichbelastung von In- und Ausländern im Sinne eines im Ergebnis erzielten Gleichgewichts der steuerlichen Belastung.²¹² Hintergrund des Rechtfertigungsgrunds ist, dass man bei isolierter Betrachtung andernfalls zu dem Ergebnis gelangen würde, dass die Regelung über einen steuerlichen Vorteil als unionsrechtswidrig einzustufen wäre. Aufgrund der Niederlassungsfreiheit wären ausländische Gesellschaften bzw. Konzerne einzubeziehen, sodass diese auch von der steuerlichen Konsolidierung profitieren können. Gleichzeitig würde aber dieser Vorteil nicht durch anderweitige belastende Regelungen wieder ausgeglichen, da diese nur für ausschließlich inländische Gesellschaftsstrukturen gelten und auch nicht auf ausländische zu erstrecken sind. Einer Erstreckung solcher nachteiliger Regelungen stünde nämlich das Diskriminierungsverbot entgegen.

e) Berufung auf Sekundärrecht, zum Beispiel Mutter-Tochter-Richtlinie

In der Sache *Groupe Steria* sah der EuGH schließlich auch die Mutter-Tochter-Richtlinie nicht als geeigneten Rechtfertigungsgrund für eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit an. Mithin dürfe von den in dieser Richtlinie zugelassenen Regelungsmöglichkeiten durch die Mitgliedstaaten nur im Einklang mit der Niederlassungsfreiheit Gebrauch gemacht werden.²¹³ Die Wahrnehmung von Ausgestaltungsspielräumen muss im Einklang mit europäischem Primärrecht stehen.²¹⁴ Dies verwundert nicht, da auch innerhalb des Unionsrechts ein Rangverhältnis zwischen den Rechtsvorschriften besteht. Mithin können daher ein vom Unionsrecht vorgegebenes Ziel und die Umsetzung durch die Mitgliedstaaten eine Beschränkung der Grundfreiheiten nicht rechtfertigen.

209 So zuletzt EuGH, Rs. C-388/14, *Timac Agro*, EU:C:2015:829, Rn. 39.

210 EuGH, Rs. C-319/02, *Manninen*, EU:C:2004:484, Rn. 43.

211 EuGH, Rs. C-251/98, *Baars*, EU:C:2000:205, Rn. 40; EuGH, Rs. C-168/01, *Bosal*, EU:C:2003:479, Rn. 30.

212 Gröpl, (Fn. 51), Kap. J, Rn. 134; Sedemund, Das Prinzip der steuerlichen Kohärenz als Rechtfertigungsaspekt für Eingriffe in die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, IStR 2001, S. 191 f.

213 EuGH, Rs. C-386/14, *Groupe Steria*, EU:C:2015:524, Rn. 39; EuGH, Rs. C-168/01, *Bosal*, EU:C:2003:479, Rn. 26.

214 Schiefer, Niederlassungsfreiheit: Unterschiedliche Behandlung bei der Dividendenbesteuerung von Muttergesellschaften eines steuerlichen Konzerns, EuZW 2015, S. 799.

3. Verhältnismäßigkeit und das Erfordernis der „finalen Verluste“

Der Gerichtshof sieht eine nationale Regelung jedoch nur dann als mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar an, wenn diese nicht unverhältnismäßig ist. Davon ist dann auszugehen, wenn die Regelung geeignet ist, das verfolgte Ziel wirksam zu erreichen und wenn die vom Unionsrecht aufgestellten Grundsätze und Ziele so wenig wie möglich beeinträchtigt werden. Mit anderen Worten darf die Regelung nicht über das hinausgehen, was zur Zielerreichung erforderlich ist.²¹⁵ Dies bedeutet konkret, dass zu überprüfen ist, ob dem Mitgliedstaat Wege offenstehen, durch die das mit der streitgegenständlichen Regelung verfolgte Ziel auf andere, die Niederlassungsfreiheit weniger beeinträchtigende Weise zu erreichen ist. Dazu kann es beispielsweise gehören, dass eine Steuer auf nicht realisierte Wertzuwächse im Falle der Verlegung des Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedstaat erst erhoben wird, wenn diese Wertzuwächse tatsächlich realisiert werden.²¹⁶ Gleichfalls kann beispielsweise eine Regelung auch unverhältnismäßig sein, wenn die ausländische Niederlassung in ihrem Niederlassungsstaat alle Möglichkeiten zur Verlustberücksichtigung in Anspruch genommen hat und es für sie auch keine andere Möglichkeit mehr gibt, Verluste, die nach inländischen Steuervorschriften nachträglich doch nicht berücksichtigt werden sollen, im Niederlassungsstaat für künftige Zeiträume geltend zu machen.²¹⁷ Diese Formulierung wirft die Frage auf, wann Verluste als endgültig, mithin „final“ angesehen werden können und damit ein Ausschluss der Geltendmachung bzw. eine nachträgliche Hinzurechnung derartiger Verluste durch einen Mitgliedstaat unionsrechtswidrig ist. Sofern eine Gesellschaft ihre wirtschaftliche Tätigkeit durch eine Tochtergesellschaft oder Betriebsstätte im Ausland endgültig aufgibt und nicht wieder aufnimmt, kann von einer derartigen Finalität von Verlusten gesprochen werden.²¹⁸ Überträgt aber beispielsweise eine Gesellschaft ihre Auslandsbetriebsstätte auf eine andere konzernzugehörige Auslandsgesellschaft wie in der Rechtssache *Timac Agro*, stellt sich die Frage nach der Finalität der Verluste, da möglicherweise auch im Rahmen des Fortbestehens in der Hand der Auslandsgesellschaft die Geltendmachung der nicht berücksichtigten Verluste noch möglich sein könnte. Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung das Merkmal der Finalität wenn überhaupt inhaltlich nur unzureichend konkretisiert; er verweist vielmehr auf die Ausformung durch die mitgliedstaatlichen Gerichte.²¹⁹ Dies ist auch in der wissenschaftlichen Befassung auf Kritik

215 EuGH, Rs. C-48/13, *Nordea Bank*, EU:C:2014:2087, Rn. 31; Schlussanträge GAin *Ko-kott* zu EuGH, Rs. C-172/13, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, EU:C:2014:2321, Rn. 33 m.w.N.

216 EuGH, Rs. C-371/10, *National Grid Indus*, EU:C:2011:785, Rn. 51 ff.

217 EuGH, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer*, EU:C:2005:763, Rn. 55.

218 *Watrin/Wittkowski/Lindscheid*, EuGH: Keine Sofortverrechnung ausländischer Betriebsstättenverluste – Das Urteil in der Rs. Lidl Belgium aus betriebswirtschaftlicher Sicht, IStR 2008, S. 642.

219 EuGH, Rs. C-388/14, *Timac Agro*, EU:C:2015:829, Rn. 53 ff.

gestoßen. Es wird daher auf die umfassende Aufarbeitung im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH und des Bundesfinanzhofes in anderen Beiträgen verwiesen.²²⁰

4. Bewertung

Die Grundfreiheitenprüfung vor dem Hintergrund des nationalen Steuerrechts folgt den bekannten Grundsätzen. Teilweise zeigen sich aber Modifizierungen der Prüfung. So haben die Luxemburger Richter mit dem Erfordernis objektiv vergleichbarer Sachverhalte eine Voraussetzung geschaffen, deren Überprüfung sie selbst nicht konsequent durchführen. Es zeigen sich erhebliche Unsicherheiten insbesondere hinsichtlich der dogmatischen Einordnung wie auch der inhaltlichen Reichweite der Voraussetzung. Im Rahmen der Rechtfertigung aus zwingenden Allgemeinwohlgründen prüft der EuGH sodann einen Kanon aus Rechtfertigungsgründen, die sich wie gezeigt in den letzten Entscheidungen immer stärker einander annähern und sich teilweise überlagern. Dies wird besonders deutlich in den Schlussanträgen in der Rechtssache *Kommission/Vereinigtes Königreich*, in der sich die Generalanwältin *Kokott* hinsichtlich der vom EuGH in früheren Entscheidungen bereits angenommenen Rechtfertigungsgründe gar nicht erst festzulegen scheint.²²¹ Mithin darf es daher in Zukunft auch nicht verwundern, falls in der Rechtsprechung des EuGH wahlweise die gerade am nächsten liegenden Rechtfertigungsgründe herangezogen werden. Die Gefahr einer Absenkung des durch die Niederlassungsfreiheit vermittelten Schutznieuvenus wird aber nicht zu befürchten sein, da allen Rechtfertigungsgründen immer noch der Gedanke des Allgemeinwohlschutzes einerseits und der Ermöglichung einer effektiven Verwirklichung der Grundfreiheiten andererseits zugrunde liegt. Nur minimal gerecht geworden ist der EuGH den jüngsten Erwartungen an seine Rechtsprechung zur Frage des Vorliegens finaler Verluste. Es bleibt daher abzuwarten, ob er auch in Zukunft die Klärung des Vorliegens solcher Verluste wie bisher den mitgliedstaatlichen Gerichten überlässt und sich auf allgemeine Aussagen hinsichtlich des Erfordernisses endgültiger Verluste beschränken wird.

Der Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU hat auch steuerrechtliche Konsequenzen. Mit dem Außerkrafttreten des unionsrechtlichen Primärrechts entfällt für Gesellschaften englischen Rechts in Deutschland wie in allen anderen Mitgliedstaaten die Möglichkeit, sich auf das Diskriminierungsverbot oder die Niederlas-

220 Z.B.: *Ackermann/Höft*, Die steuerliche Berücksichtigung grenzüberschreitender Verluste – das endgültige Finale der finalen Verluste, EuZW 2016, S. 258; *Benecke/Staats*, (Fn. 188), S. 80; *Corlewener*, Die EuGH-Rechtsprechung zur steuerlichen Berücksichtigung von („finalen“) Auslandsverlusten – immer noch kein Finale in Sicht!, EuZW 2015, S. 295; *Dodos/Niemann*, (Fn. 87), S. 1057; *Kessler/Philipp*, Zur gemeinschaftsrechtlichen Notwendigkeit der inländischen Berücksichtigung „finaler“ Verluste aus EU-Betriebsstätten – Anmerkungen zur BFH-Judikatur und deren Folgefragen, IStR 2010, S. 865; *Mitschke*, Ausnahmsweiser Abzug „finaler“ ausländischer Betriebsstättenverluste, IStR 2014, S. 381; *Schnitger*, EuGH in der Rs. Timac Agro zu finalen ausländischen Betriebsstättenverlusten – War es das bei der Freistellungsmethode?, IStR 2016, S. 72; *Schumacher*, (Fn. 57), S. 473.

221 Vgl. Schlussanträge GAin Kokott zu EuGH, Rs. C-172/13, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, EU:C:2014:2321, Rn. 31.

sungsfreiheit zu berufen. Darüber hinaus werden eine Reihe steuerlicher Vergünstigungen, die über europäisches Sekundärrecht Eingang in das nationale Recht gefunden haben und die auf die EU-Mitgliedschaft abstellen, keine Anwendung mehr finden können.²²² Einzig bilateral verhandelte Abkommen wie das deutsch-britische Doppelbesteuerungsabkommen bleiben weiterhin in Kraft, da diese keinen Bezug zum EU-Recht aufweisen.²²³

E. Zusammenfassung

Kapitalgesellschaften können sich auf die sich aus den Verträgen über EU bzw. EWR ergebende Niederlassungsfreiheit berufen. Die Niederlassungsfreiheit gebietet es, diese Gesellschaften in Deutschland anzuerkennen und in allen gesellschaftsspezifischen Fragestellungen nach dem Recht ihres Gründungsstaates zu behandeln. Insofern verbietet sich ein Rekurs auf die zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts in Deutschland trotz nicht unerheblicher Kritik mehrheitlich vertretene Sitztheorie. Diese findet vorbehaltlich völkervertraglicher Regelungen jedoch weiterhin in Bezug auf Drittstaatengesellschaften Anwendung. Das Gesellschaftsstatut bestimmt einheitlich, unter welchen Bedingungen eine Gesellschaft gegründet, geführt, aufgelöst und liquidiert wird. Auf dieser Grundlage kann der Herkunftsstaat einer Gesellschaft entscheiden, unter welchen Bedingungen er einer Gesellschaft ihren Status als solche und damit die Möglichkeit der Berufung auf die Niederlassungsfreiheit gewährt. Daher ist insbesondere keine Wegzugsfreiheit der Gesellschaften gewährleistet, es sei denn, eine Gesellschaft will sich innerhalb der EU grenzüberschreitend umwandeln und der Zugangsstaat kennt entsprechende Umwandlungen auch bei nationalen Gesellschaften. Aufgrund des Brexit werden in absehbarer Zeit nach dem Recht des Vereinigten Königreichs gegründete Gesellschaften der Sitztheorie unterworfen. Insbesondere solchen mit deutschem Verwaltungssitz ist daher zu raten, entsprechende Maßnahmen zu treffen, da es andernfalls zu einer von den Gründern nicht beabsichtigten Umqualifizierung mit der Folge des Wegfalls der Haftungsbeschränkung kommen kann.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs der vergangenen Jahre stellen mitgliedstaatliche Steuervorschriften, die Gesellschaften mit Auslandsniederlassungen gegenüber Gesellschaften ohne einen solchen Auslandsbezug benachteiligen, grundsätzlich eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar. Diese sind nach dem EuGH jedoch „statthaft“, wenn die Situationen dieser beiden Gesellschaftskonstellationen und ihrer Besteuerung objektiv nicht miteinander vergleichbar sind. Darüber hinaus wurde für steuerrechtliche Verfahren eine eigene Rechtfertigungsdogmatik entwickelt, die ihre Basis in der bisherigen Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten, namentlich der Rechtfertigung aus zwingenden Allgemeinwohlgründen findet. Bei Bejahung eines Rechtfertigungsgrundes bzw. einer Gruppe von

222 Zu den steuerrechtlichen Folgen eines Brexit insbesondere für Gesellschaften des Vereinigten Königreichs in Deutschland *Linn*, Der Brexit – erste Überlegungen zu den Folgen im deutschen Internationalen Steuerrecht, IStR 2016, S. 557 ff.

223 *Demleitner*, Brexit und seine steuerlichen Auswirkungen für Deutschland, SteuK 2016, S. 478.

Rechtfertigungsgründen wird die in Frage stehende Regelung noch auf ihre Verhältnismäßigkeit untersucht. In diesem Rahmen spielt das Erfordernis der Finalität von Verlusten jedenfalls im Hinblick auf die Verweigerung der Verlustberücksichtigung bzw. die nachträgliche Hinzurechnung von zuvor berücksichtigten Verlusten eine entscheidende Rolle.