

2. Wegfall der Niederlassungsfreiheit; gesellschaftsrechtliche Implikationen – Der Brexit als Anwendungsfall

2.1. Der Brexit als Anwendungsfall

- **23. Juni 2016 – Referendum über den Verbleib Großbritanniens in der Europäischen Union:** Anlassfall für die Auseinandersetzung mit den verschiedenen Möglichkeiten grenzüberschreitender Umgründung ist, wie erwähnt, der geplante Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union. Bekanntlich wurde die Basis für den Brexit im Juni 2016 im Rahmen eines Referendums gelegt. Ziel der Volksabstimmung war die Beilegung innerparteilichen Konflikts über die EU-Mitgliedschaft in der damals regierenden konservativen „Tory“-Partei unter Premierminister *David Cameron*. Entgegen den allgemeinen Erwartungen sprach sich mit rund 52 Prozent eine knappe Mehrheit für den Austritt aus, die Einwohner sowohl Schottlands (62 Prozent) als auch Nordirlands (55,8 Prozent) hingegen für einen Verbleib in der Europäischen Union. Ausschlaggebend für den geäußerten Austrittswunsch war mehrheitlich die Eindämmung der Personenfreizügigkeit durch Rückgewinnung der Kontrolle über die Grenzen und der nationalen Souveränität. Daneben versprach man sich durch die Möglichkeit von bilateralen Freihandelsabkommen mit Wirtschaftsmächten wie den USA, Kanada, China, Indien wie auch mit der EU selbst einen deutlichen Anstieg des Wirtschaftswachstums. Schließlich war dem Vereinigten Königreich auch die Höhe der an die Union jährlich zu leistenden Beitrittszahlungen ein Dorn im Auge.
- **29. März 2017 – Formelle Mitteilung über den Austritt:** Am 29. März 2017 erstatet Premierministerin *Theresa May* die offizielle Kündigungsmitteilung an die Union und löst damit die in Art 50 des Vertrags über die Europäische Union⁴⁵ („EUV“) statuierten Fristen zum Austritt aus. Gemäß Artikel 50 EUV kann jeder Mitgliedstaat im Einklang mit seinen verfassungsrechtlichen Vorschriften beschließen, aus der Union auszutreten. Die Austrittsabsicht ist dem Europäischen Rat mitzuteilen. Art 50 Abs 2 EUV folgend handelt die Union sodann auf der Grundlage der Leitlinien des Europäischen Rates mit dem austrittswilligen Staat ein Abkommen über die Einzel-

45 C-202/43, Vertrag über die Europäische Union, kundgemacht im Amtsblatt der Europäischen Union, abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/teu_2016/oj.

heiten des Austritts aus und schließt das Abkommen, wobei der Rahmen für die künftigen Beziehungen dieses Staates zur Union berücksichtigt wird. Das Abkommen wird nach Art 218 Abs 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union ausgehandelt. Es wird vom Rat im Namen der Union geschlossen; der Rat beschließt mit qualifizierter Mehrheit nach Zustimmung des Europäischen Parlaments.

Art 50 Abs 3 EUV folgend finden die Unionsverträge auf den betroffenen Staat ab dem Tag des Inkrafttretens des Austrittsabkommens oder andernfalls zwei Jahre nach der Austrittsmitteilung keine Anwendung mehr, es sei denn, der Europäische Rat beschließt im Einvernehmen mit dem betroffenen Mitgliedstaat einstimmig, diese Frist zu verlängern. Der durch Art 50 Abs 2 EUV statuierten Zweijahresfrist entsprechend wurde der Austrittstermin mit 29. März 2019 fixiert.

- **25. November 2018 – Ratifizierung des Austrittsvertrags durch die EU:** Nach zähen Austrittsverhandlungen billigen die Staats- und Regierungschefs der 27 EU-Mitgliedstaaten am 25. November 2018 im Rahmen einer Sondertagung des Europäischen Rates das Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft.
- **15. Jänner 2019, 12. März 2019, 29. März – Abstimmung über das Austrittsabkommen im Unterhaus („House of Commons“) des britischen Parlaments:** Am 15. Jänner 2019 kommt es zur (nach innerstaatlichem Recht obligatorischen) Abstimmung über das Austrittsabkommen, welche in einer historischen Abstimmungsniederlage für das Abkommen und Premierministerin *May* mündet. Die Abgeordneten stimmen mit klarer Mehrheit von 432 Nein-Stimmen zu 202 Ja-Stimmen gegen das Abkommen, wobei über 100 Abgeordnete der eigenen Regierungspartei gegen das Abkommen stimmen und damit innerparteiliche Differenzen offenlegen.

Vor allem die die Grenze zwischen Nordirland als Teil des Vereinigten Königreichs und Irland als Mitgliedstaat der EU regelnde sogenannte „Backstop“-Regelung stellt ein nach Meinung der Abgeordneten ein besonderes Problem dar. In Ermangelung eines gemeinsamen Handelsabkommens zwischen Großbritannien und der EU bliebe das gesamte Vereinigte Königreich in der Zollunion mit der Europäischen Union. Nordirland bliebe darüber hinaus zusätzlich Teil des europäischen Binnenmarktes.

Demgegenüber würde im Falle eines unregulierten Austritts zwischen Irland und Nordirland eine EU-Außengrenze entstehen, welche die Wiedereinführung von Grenzkontrollen zwischen Irland und Nordirland zur möglichen Folge hätte und damit eine beträchtliche Einschränkung der Personenfreizügigkeit.

Insgesamt finden drei Abstimmungen über das Austrittsabkommen statt. Sämtliche Abstimmungen führen zur Abweisung des Abkommens.

- **21. März 2019 11. April 2019 – Verschiebung des EU-Austritts:** Auf Ersuchen der britischen Regierung wird der Austrittstag mehrfach verschoben. Als neues Brexit-Datum gilt derzeit⁴⁶ der 31. Oktober 2019.
- **7. Juni 2019, 23. Juli 2019 – Rücktritt von Theresa May als Premierministerin, Amtsübernahme durch Boris Johnson:** Am 7. Juni 2019 erklärt *Theresa May* nach zahllosen Versuchen zur innerparteilichen Einigung und Erreichung der Billigung des Austrittsabkommens ihren Rücktritt von Parteivorsitz und damit der Funktion als Premierministerin. Im innerparteilichen Kampf um die Nachfolge setzt sich der als Brexit-Hardliner bekannte ehemalige Außenminister *Boris Johnson* durch. Dieser verkündet, den EU-Austrittsvertrag neu verhandeln zu wollen und nötigenfalls am 31. Oktober 2019 ohne Abschluss eines Abkommens aus der Europäischen Union ausscheiden zu wollen. Sollte das Vereinigte Königreich tatsächlich ohne Abschluss eines Abkommens aus der Europäischen Union ausscheiden, müsste Großbritannien nach derzeitigem Stand⁴⁷ als Drittstaat mit sämtlichen rechtlichen Konsequenzen angesehen werden. Insbesondere wäre ein Austritt mit dem Wegfall der Niederlassungsfreiheit verbunden.

2.2. Wegfall der Niederlassungsfreiheit – Rechtliche Implikationen

2.2.1. Konsequenz der Drittstaatszugehörigkeit – Wegfall der Rechtsfähigkeit?

Während ein Wegfall der Niederlassungsfreiheit und die damit verbundene rechtliche Gleichsetzung mit Drittstaaten für der Gründungstheorie folgende Staaten, wie oben besprochen, aus gesellschaftsrechtlicher Sicht weniger problematisch sind, kann ein solcher in Staaten, die der Sitztheorie folgen, zu teils signifikanten rechtlichen Unsicherheiten führen.

Wie erwähnt gilt in Österreich wie in den meisten kontinentaleuropäischen Staaten die Sitztheorie, während beispielsweise das Vereinigte Königreich der Gründungstheorie folgt. Gegenüber EU-Drittstaaten richtet sich aus österreichischer Sicht für die Frage der Rechtsfähigkeit einer juristischen Person das Personalstatut nach dem Recht jenes Staates, in welchem die Gesellschaft ihren tatsächlichen Sitz hat (§ 10 IPRG). Anknüpfungspunkt ist der Ort der Hauptverwaltung als jener Ort, wo die grundlegenden Entscheidungen zur Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden.

Folgt im grenzüberschreitenden Kontext der Zuzugsstaat (wie das Vereinigte Königreich) der Gründungstheorie und lässt er einen Satzungssitz auch in einem

46 Stand September 2019.

47 Stand September 2019.

anderen Staat als dem des Verwaltungssitzes zu (hier UK), so besteht ein ins Vereinigte Königreich übersiedelter Rechtsträger (auch wenn der Wegzugsstaat der Sitztheorie folgt) unverändert fort. Wenn hingegen der Zuzugsstaat wie Österreich der Sitztheorie folgt, so richtet sich das Personalstatut nunmehr nach dem Recht des Staates der Hauptverwaltung. Die Folge ist der Eintritt eines Statutenwechsels. Dies führt dazu, dass der Rechtsträger – trotz unverändertem Satzungssitz im Inland – nicht mehr als inländische Gesellschaftsform anerkannt wird.

Fraglich ist die praktische Konsequenz. Die Rechtsfolgen, die sich aus der Verwaltungssitzverlegung ergeben, richten sich nach der Rechtsordnung des Zuzugsstaats. Aus österreichischer Sicht ist strittig, ob eine betroffene Gesellschaft automatisch als aufgelöst gilt und analog § 10 Abs 2 FBG bzw § 10 Abs 3 FBG nach Liquidation aus dem Firmenbuch amtswegig zu löschen ist oder dennoch – unter teleologischer Reduktion des § 10 IPRG – fortbesteht.⁴⁸ § 10 IPRG folgend wird ein nach dem Recht eines Drittstaates gegründeter Rechtsträger bei Verlegung des Verwaltungssitzes nach Österreich nicht in seiner bisherigen Rechtsform anerkannt; dessen Personalstatut richtet sich von nun an nach österreichischem Recht. Die Gesellschaft müsste unter Einhaltung der österreichischen Vorschriften neu gegründet werden.⁴⁹

2.2.2. Problemfall Numerus Clausus (gesellschaftsrechtlicher Typenzwang)

Ein an die obige Problematik anknüpfendes Problem ergibt sich aus auch dem in Österreich verankerte Prinzip des gesellschaftsrechtlichen Typenzwangs („Numerus Clausus“). Der Privatautonomie sind im Gesellschaftsrecht insofern Grenzen gesetzt, als durch Parteienvereinbarungen keine neuen Gesellschaftsformen geschaffen werden können.⁵⁰ Gesellschafter können grundsätzlich nur aus dem vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten geschlossenen Kreis der Gesellschaftsformen wählen. Wiewohl Mischformen wie etwa die GmbH & Co KG zulässig sind, ist die Einführung bzw Schaffung von neuen Gesellschaftsformen nicht möglich.⁵¹ Wurde der Numerus Clausus durch den Beitritt zum europäischen Binnenmarkt de facto um die Gesellschaftsformen der übrigen Mitgliedstaaten erweitert, so endet diese Erstreckung in Ermangelung einer anderslautenden Vereinbarung selbstverständlich mit dem Wegfall der EU-Mitgliedszugehörigkeit.

48 In der deutschen Lehre wird zwischen „strenger“ Sitztheorie (Nichtexistenz der nicht nach den Vorschriften des Sitzstaats gegründeten Gesellschaft) und „modifizierter“ Sitztheorie (Ex-lege-Umwandlung in eine Rechtsform des Sitzstaats [Personengesellschaft, Einzelunternehmer]) unterschieden; vgl *Behrens*, Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach der Richtlinie 2005/56/EG (2007) 16; *Lutter/Lutter/Drygala*, UmwG, § 1 Rz 9; BGH-Urt v 1.7.2002, 2 ZR 380/00.

49 *Weigand* in *U. Torggler* (Hrsg), UGB³ (2019) § 13, V.2. Grenzüberschreitende Sitzverlegungen Rz 17.

50 Vgl 8 Ob 97/03b; *ecolex* 2004, 184 = ZIK 2004,103; JBl 1986, 591; 5 Ob 7/99m.

51 *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 26 Rz 11; *Weber*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht⁴ (2019) 1.3. Typenzwang (Numerus clausus) der Gesellschaftsformen 78; *Gurmann*, Grundzüge des Gesellschafts- und Insolvenzrechts² (2018) 2. Privatautonomie und zwingende Regelung 2.

2.2.3. Übergangsperiode durch nationale Gesetzgebung

Zur Schließung der gesetzlichen Lücken, die im Zuge eines ungeordneten Ausscheidens des Vereinigten Königreichs aus der EU auftreten könnten, hat der österreichische Gesetzgeber das Brexit-Begleitgesetz 2019⁵² („BreBeG 2019“) in Kraft gesetzt.

Für die Durchführung einer grenzüberschreitenden (Import-)Verschmelzung von Kapitalgesellschaften (siehe 3.4.) im Zusammenhang mit dem Brexit wird davon ausgegangen, dass der österreichische Gesetzgeber durch das BreBeG 2019 (siehe 3.4.6.) ausreichende (vorübergehende) Vorkehrungen, vor allem im Falle eines Hard Brexit, getroffen hat. Widrigenfalls müsste in Ermangelung rascher ergänzender Gesetzgebung von den zuständigen Gerichten interpretativ zur Durchführbarkeit gelangt werden. Hier ist im Vorfeld der Umgründung unbedingt die Rücksprache mit dem zuständigen Firmenbuchrichter anzuraten.

Ähnliche Regelungen wurden von zahlreichen EU-Mitgliedstaaten verankert.⁵³ Der englische Gesetzgeber dürfte eine entsprechende Adaptierung jedoch bislang nicht vorgenommen haben.

2.3. Umgründung als Ausweg

2.3.1. Allgemein

Eine Umgründung von betroffenen Unternehmen kann einen Ausweg aus der beschriebenen Situation darstellen. Unter dem Begriff Umgründung lassen sich groß gesprochen verschiedene Vorgänge zusammenfassen, bei welchen bei unverändertem Fortbestand der unternehmerischen (Betriebs-)Einheit der Rechtsträger eines Unternehmens wechselt.

Wie eingangs erwähnt, können die Motive für Umgründungen vielfältig sein und reichen von der Notwendigkeit zur Kapitalaufbringung/Liquiditätsstärkung über das Bedürfnis nach Trennung von Besitz und Betrieb sowie die Vorbereitung einer Unternehmensveräußerung/Betriebsübergabe bis hin zu arbeits- und kollektivvertraglichen Überlegungen oder auch der steuerlichen Nutzung von Verlustvorträgen.

Aus unternehmensrechtlicher Sicht sind diverse Begriffsdefinitionen, Unterscheidungen und Abgrenzungen zu treffen:

52 Bundesgesetz, mit dem das Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979, das Vertragsbedienstetengesetz 1948, das Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz, das Landesvertragslehrpersonengesetz 1966, das Land- und forstwirtschaftliche Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz, das Land- und forstwirtschaftliche Landesvertragslehrpersonengesetz, das Ausländerbeschäftigungsgesetz, das Studienförderungsgesetz 1992, das Betriebliche Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz, das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, das Integrationsgesetz, die Rechtsanwaltsordnung, das EIRAG und das Marktordnungsgesetz 2007 geändert werden sowie ein Bundesgesetz zur kollisionsrechtlichen Beurteilung von im Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland registrierten Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Österreich erlassen wird (Brexit-Begleitgesetz 2019 – BreBeG 2019), BGBl I 2019/25.

53 Wie etwa vom deutschen Gesetzgeber durch entsprechende Ergänzung des deutschen UmwG.

- **Formwechselnde Umwandlung:** Identität bleibt des Rechtsträgers bleibt erhalten. Dieser wechselt lediglich sein Rechtskleid. Eine Vermögensübertragung auf einen anderen Rechtsträger unterbleibt. Zu beachten ist, dass eine bloß formwechselnde Umgründung ohne Vermögensübertragung zwar unternehmens-/gesellschaftsrechtlich, jedoch nicht steuerrechtlich als relevante Umgründung erfasst wird.
- **Übertragende Umgründung:** Ein übertragender Rechtsträger überträgt Gesellschaftsvermögen auf einen übernehmenden Rechtsträger und erhält im Gegenzug eine Beteiligung an den Geschäftsanteilen.
- **Einzelrechtsnachfolge (Singularsukzession):** Im Rahmen eines Vermögensübergangs durch Einzelrechtsfolge werden Vermögenswerte auf Grundlage eines (einheitlichen) Titelgeschäfts einzeln nach den für die jeweilige Übertragung vorgesehenen Übertragungsarten (Modi) auf den übernehmenden Rechtsträger überführt, um dem im Sachenrecht verankerten Spezialitätsprinzip zu entsprechen. Dieses verlangt die für jeden einzelnen Vermögenswert grundsätzlich gesonderte Setzung sachenrechtlicher Verfügungsakte unter jeweiliger Einhaltung der für den jeweiligen Typus des Vermögenswerts vorgesehener gesetzlicher Übertragungsform.⁵⁴
- **Gesamtrechtsnachfolge (Universalsukzession):** Die Gesamtrechtsnachfolge geht vom Spezialitätsprinzip ab und bewirkt einen „automatischen“ (ex lege) Eintritt des Rechtsnachfolgers in die Rechtsstellung des Vorgängers.⁵⁵ Der übernehmende Rechtsnachfolger tritt daher grundsätzlich in sämtliche den übertragende Rechtsträger treffenden Vertragspflichten ohne inhaltliche Änderung ein.⁵⁶ Die Vermögensübertragung erfolgt in einem Akt. Sachenrechtliche Übertragungsakte zur Übertragung der einzelnen Vermögenswerte müssen nicht gesetzt werden.

Folgende Formen zur Umgründung stehen im österreichischen Umgründungsrecht grundsätzlich zur Verfügung. Diese bilden auch die Tatbestände des Umgründungssteuergesetzes⁵⁷ (UmgrStG):

- Verschmelzung von Kapitalgesellschaften (Art I UmgrStG)
- Umwandlung einer Kapitalgesellschaft auf einen Nachfolgerrechtsträger (Art 2 UmgrStG)⁵⁸

54 Beispielsweise hat die Übertragung unbeweglicher körperlicher Sachen durch Eintragung im Grundbuch zu erfolgen, während bewegliche körperliche Gegenstände grundsätzlich durch physische Übergabe übertragen werden, weiters: Zedierung von Forderungen, Indossament von Orderpapieren etc; vgl *Stingl*, Gesamtrechtsnachfolge im Gesellschaftsrecht, 1. Allgemeines 1.

55 Vgl *Krejci*, Unternehmensrecht³ 156; *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung 17; *Kalss/Schauer/Winner*, Allgemeines Unternehmensrecht² Rz 8/51; *Stingl*, Gesamtrechtsnachfolge im Gesellschaftsrecht, 1. Allgemeines 2.

56 *Hübner-Schwarzinger/Wiesner*, Umgründungslexikon, Rechtsnachfolge 193.

57 Bundesgesetz, mit dem abgabenrechtliche Maßnahmen bei der Umgründung von Unternehmen getroffen werden (Umgründungssteuergesetz – UmgrStG), BGBl 1991/699.

58 Die Umgründungsform der Umwandlung darf nicht von der in weiterer Folge behandelten, auf EU-rechtlicher Ebene entwickelten Methode der identitätswahrenden formwechselnden Umwandlung

- Einbringung von Vermögenswerten in eine bestehende oder neu gegründete Kapitalgesellschaft (Art III UmgrStG)
- Zusammenschluss zu einer Personengesellschaft (Art IV UmgrStG)⁵⁹
- Realteilung einer Personengesellschaft (Art V UmgrStG)⁶⁰
- Spaltung (Art VI UmgrStG)⁶¹

Von den im UmgrStG geregelten Umgründungsmethoden sind im gegenständlichen Kontext die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften sowie die Einbringung relevant.

Verschmelzung ist die Übertragung des Vermögens einer (oder mehrerer) Kapitalgesellschaft(-en) unter Ausschluss der Abwicklung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf eine bestehende oder neu gegründete Gesellschaft. Gemäß § 219 AktG, § 96 GmbHG erfolgt die Vermögensübertragung gegen Gewährung von Geschäftsanteilen an der übernehmenden Gesellschaft an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft.

Bei der Verschmelzung zur Aufnahme wird das Vermögen der übertragenden Gesellschaft auf eine bereits bestehende Gesellschaft übertragen. Als Gegenleistung erhalten die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft Geschäftsanteile an der übernehmenden Gesellschaft. Die übertragende Gesellschaft geht mit der Eintragung der Verschmelzung im Firmenbuch unter. Bei der Verschmelzung zur Neugründung wird das Vermögen der übertragenden Gesellschaft(-en) auf eine neu zu gründende Gesellschaft als übernehmende Gesellschaft übertragen und die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft mit Anteilen an der übernehmenden Gesellschaft abgegolten. Die übertragende Gesellschaft geht ebenfalls mit der Eintragung der Verschmelzung im Firmenbuch unter.

Bei der Einbringung werden Betriebe oder Teilbetriebe, Mitunternehmeranteile oder qualifizierte Kapitalanteile § 12 Abs 1 UmgrStG folgend auf eine übernehmende Körperschaft übertragen. Die Einbringung ist im österreichischen Unternehmens- bzw Gesellschaftsrecht nicht geregelt. Unternehmensrechtlich kommen die Bestimmungen der §§ 20 ff AktG bzw §§ 6 ff GmbHG über die Sacheinlage zur Anwendung. Zivilrechtlich erfolgt die Vermögensübertragung grundsätzlich durch

(siehe 2.1.2.) verwechselt werden. Bei der Umwandlung nach den Bestimmungen des Umwandlungsgesetzes handelt es sich um eine Übertragung, bei welcher das Vermögen einer Kapitalgesellschaft ohne Liquidation im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den Hauptgesellschafter/Nachfolgesellschafter oder eine Personengesellschaft in Form einer OG oder KG als Nachfolgeunternehmen gegen Abfindung der ausscheidenden Gesellschafter übertragen wird.

59 Der Vollständigkeit halber sind ebenfalls die Umgründungsformen des Zusammenschlusses sowie der Realteilung zu nennen. Diese sind jedoch ausschließlich auf Personengesellschaften anwendbar und im gegenständlichen Kontext schon allein deshalb nicht relevant.

60 Ibid; zusätzlich hat die Realteilung schon dem Wortlaut nach nicht die im gegenständlichen Kontext angestrebte Unternehmenskonzentration zum Ziel, sondern dient im Gegenteil der Dekonzentration eines vormals einheitlichen Unternehmens.

61 Auch die Spaltung dient der Dekonzentration.

2. Wegfall der Niederlassungsfreiheit; Brexit als Anwendungsfall

Einzelrechtsnachfolge. Grundsätzlich muss der Einbringende durch die Gewährung von Anteilen an der übernehmenden Körperschaft entschädigt werden, wodurch das wirtschaftliche Engagement des Einbringenden in Form einer Beteiligung in der Regel erhalten bleibt.

Einen „Ausreißer“ stellt die grenzüberschreitende Umwandlung dar, weil diese ihre rechtliche Grundlage gänzlich in der Rechtsprechung des EuGH findet (siehe 3.1.).