

# Brexit und EWR-Abkommen

Von Dr. Hanspeter Daragan, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Bremen

Das Vereinigte Königreich – oder um der Kürze willen, Großbritannien – ist Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum und bleibt das auch nach seinem Austritt aus der EU. Deshalb gelten die Grundfreiheiten des Abkommens und die deutschen Bestimmungen, die an eine Zugehörigkeit zum EWR anknüpfen, im Verhältnis von Deutschland und Großbritannien unverändert fort. Das ändert sich erst, wenn Großbritannien auch aus dem EWR austritt oder wenn Deutschland das EWR-Abkommen gegenüber Großbritannien beendet oder suspendiert.

## I. Vormerkung

In den bisherigen Fachbeiträgen<sup>1</sup> ist das EWR-Abkommen nicht ausreichend berücksichtigt worden. Vielfach wird erwo-gen, ob Großbritannien gleich Norwegen Mitglied des EWR werden soll, eventuell nach Neumitgliedschaft in der EFTA. Aber solche Gedankenspiele erübrigen sich. Denn Großbritannien ist Vertragspartei des EWR-Abkommens und bleibt das auch nach seinem Austritt aus der EU. Ihm muss nicht erst gegeben werden, was es schon hat.

## II. Bedeutung des EWR-Abkommens

Das EWR-Abkommen<sup>2</sup> vom 2.5.1992 ist ein Assoziierungsabkommen der EU<sup>3</sup> und ihrer Mitgliedsstaaten mit den EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen. Es hat zum Ziel, zwischen den Vertragsparteien eine beständige und ausgewogene Stärkung der Handels- und Wirtschaftsbeziehungen zu fördern, um einen homogenen Europäischen Wirtschaftsraum zu schaffen.

Die Grundfreiheiten des Abkommens – der freie Warenverkehr, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Selbständigen und die Niederlassungsfreiheit für natürliche Personen und Gesellschaften, der freie Dienstleistungsverkehr und der freie Kapitalverkehr<sup>4</sup> – haben ihr Vorbild in den Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts. Dieses EWR-Recht – so immer noch zutreffend *Burtscher*<sup>5</sup> – spiegelt die Rechtslage in der Gemeinschaft wieder, so dass die EWR-Mitgliedschaft materiellrechtlich einer „Quasi-Teilmitgliedschaft“ in der EU sehr nahe kommt. In organisationsrechtlicher Hinsicht sieht das EWR-Abkommen einen EWR-Rat und einen Gemeinsamen EWR-Ausschuss vor. Außerdem haben die EFTA-Staaten eine EFTA-Überwachungsbehörde und einen EFTA-Gerichtshof (EFTA-GH) gegründet.<sup>6</sup> Deren Zuständigkeiten für die EFTA-Staaten entsprechen denen der EU-Kommission und des EuGH für die EU-Mitgliedsstaaten.

Der EuGH<sup>7</sup> hat in seinem Gutachten vom 14.12.1991<sup>8</sup> ausgeführt, der EWR beruhe auf einem völkerrechtlichen Vertrag, der Rechte und Pflichten im Wesentlichen nur zwischen den Vertragsparteien begründe; ihm komme für die Staatsangehörigen der Mitgliedsstaaten keine unmittelbare Wirkung zu. Aber dabei ist es nicht geblieben. Der EFTA-GH<sup>9</sup> hat dem EWR-Abkommen eine unmittelbare Drittwirkung zuerkannt; dem hat sich das Gericht erster Instanz<sup>10</sup> angeschlossen. Ihren Abschluss hat diese Entwicklung in Entscheidungen des EuGH<sup>11</sup> gefunden, wonach die Grundfreiheiten des EWR-Abkommens den gleichen Anwendungsvorrang genießen wie die Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts.

## III. Geltung erga omnes

Das EWR-Abkommen ist zwischen der EWG und ihren Mitgliedsstaaten sowie den EFTA-Staaten als je einer Gruppe abgeschlossen worden. Aber die Grundfreiheiten gelten dessen ungeachtet im Verhältnis aller Vertragsparteien untereinander, also auch unter den Mitgliedern der beiden Gruppen je für sich allein.

Der EuGH stützt seine Entscheidungen, die nur Mitgliedsstaaten der EU betreffen, zwar allein auf das Gemeinschaftsrecht. Das EWR-Abkommen erwähnt er bislang nur, wenn ein EFTA-Staat an dem Geschehen beteiligt ist.<sup>12</sup> Der EFTA-GH hingegen wendet das Abkommen auch im Verhältnis der EFTA-Staaten untereinander an.<sup>13</sup> So hat er am 22.7.2013<sup>14</sup> entschieden, dass sich ein norwegischer Staatsangehöriger, dem die Einreise in Island verweigert wurde, auf das EWRA und darüber auf eine EU-Richtlinie berufen konnte, die in Anhänge des EWRA übernommen worden war. Ferner hat er am 9.7.2014<sup>15</sup> entschieden, dass sich norwegische Staatsangehörige, die Trusts in Liechtenstein gegründet hatten, gegenüber Norwegen auf die Niederlassungsfreiheit und die Kapitalverkehrsfreiheit (Art 31 und Art. 40 EWRA) berufen können.<sup>16</sup> Dem ist zuzustimmen. Denn die Grundfreiheiten sind alle

1) *Bode/Bron et. al.*, BB 2016, 1367; *Bron*, ErbStB 2016, 177; *Bronger/Söhnchen*, EWS 2016, 131; *Herbst/Gebhardt*, DStR 2016, 1705; *Kerstin*, DB 2016, M5; *Linn*, IStR 2016, 557; *Peykan/Hantem/Gegusch et. al.*, DB 2016, 1526; *Seeger*, DStR 2016, 1817; *Welling/Holle*, IStR 2016, II; *Wollenschläger*, EuZW 2016, 241.

2) *Dazu Cordewener*, FR 2005, 236.

3) *Als Rechtsnachfolgerin der EG (Art. 1 Abs. 3 Satz 3 EUV)*. Die EG ihrerseits war Rechtsnachfolgerin der EWG, die das Abkommen abgeschlossen hat.

4) *Die Kapitalverkehrsfreiheit gilt nicht im Verhältnis zu Drittstaaten, wie das in Art. 63 Abs. 1 AEUV vorgesehen ist.*

5) *Das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR)*, 1992, S. 25.

6) *Im Abkommen zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofs (ÜGA).*

7) *Die im Folgenden zitierten Entscheidungen des EuGH und des EFTA-GH können auf den Webseiten der Gerichte eingesehen werden.*

8) *1/91*, Rn 20 f. *Slg* 1991 I-6079.

9) *V. 10.12.1998*, *Cl. Rep.* 95, E-Gr 59, *Sveinbjörnsdóttir*; v. 30.5.2002, E-4/01, *Karlsson*.

10) *V. 22.1.1997*, *R. T-115/95*, *Opel Austria*, Rn 107.

11) *EuGH v. 23.9.2003 C-452/01*, *Ospelt und Schlösse Weissenberg*, Rn 29 ff; v. 11.6.2009, C-521/07, *Kommission/Königreich der Niederlande*, Rn 33.

12) *Vgl. EuGH v. 11.10.2007*, C-451/05, *ELISA einerseits und EuGH v. 28.10.2010*, C-72/09, *Établissements Rimbaud andererseits*.

13) *Also nicht das EFTA-Abkommen, was notwendig wäre, wenn die Anwendung des EWRA davon abhängt, dass immer EU-Mitgliedsstaaten und EFTA-Mitgliedsstaaten betroffen sind.*

14) *E-15/12 Wahl*.

15) *E-3/13 und E-20/13 Olsen*.

16) *Zuvor hatte der EFTA-GH am 23.11.2004*, E-1/04, *Fokus Bank*, *allgemein entschieden, dass Norwegen die Einbehaltung Quellensteuer auf Dividendenzahlungen im Verhältnis zu allen Vertragsparteien des EWRA unterlassen muss.*

eindeutig so formuliert, dass sie für jede Vertragspartei gelten, unabhängig davon, ob sie einer der beiden Gruppen angehört und wenn ja, welcher.

#### IV. Fortbestehende Mitgliedschaft

Großbritannien bleibt Vertragspartei des EWR-Abkommens, wenn es aus der EU austritt. Das Abkommen bestimmt nicht ausdrücklich, dass ein Mitgliedsstaat der EU aus dem EWR ausscheidet, wenn er aus der EU ausscheidet. Aus Art. 126 EWRA ergibt sich nichts anderes.<sup>17</sup> Dort ist der räumliche Anwendungsbereich des EWR-Abkommens geregelt, indem gesagt wird, es gelte für das Hoheitsgebiet der damaligen EWG-Staaten, soweit dafür der EWG-Vertrag gilt. Das hat es erübrigt, den Anwendungsbereich durch Wiederholung zu bezeichnen. Eine weitergehende Bedeutung kommt der Verweisung daher nicht zu. Auch das Völkervertragsrecht sagt nicht, dass eine Vertragspartei eines multilateralen Vertrags aus dem Vertrag ausscheidet, wenn sie eine Eigenschaft einbüßt, die Voraussetzung dafür war, Vertragspartei zu werden, hier also die Mitgliedschaft Großbritanniens in der EWG – und fortgeführt in der EU.<sup>18</sup> Darin liegt ein Wegfall der Geschäftsgrundlage, der aber nach Art. 62 WVK<sup>19</sup> keine automatischen Rechtsfolgen hat, sondern nur den anderen Vertragsparteien das Recht gibt, den Vertrag zu beenden oder zu suspendieren.

Auch eine Austrittsvereinbarung nach Art. 50 Abs. 2 Satz 2 EUV ändert nichts an der Zugehörigkeit Großbritanniens zum EWR. Sie wird ausschließlich zwischen der EU und Großbritannien geschlossen<sup>20</sup> und kann daher keine Regelungen über das EWR-Abkommen treffen, zumal die EU insoweit kein Handlungsmandat für ihre Mitgliedsstaaten und vor allem nicht für die EFTA-Staaten hat.<sup>21</sup>

Aber einiges ändert sich grundlegend. Nach seinem Austritt aus der EU unterliegt Großbritannien hinsichtlich der Einhaltung des EWR-Abkommens weder einer Überwachung durch die EU-Kommission noch einer Überwachung durch die EFTA-Überwachungsbehörde (dazu Art. 109 EWRA). Über seinen Umgang mit dem Abkommen befinden seine nationalen Gerichte, die keine Vorlagemöglichkeit nach Art. 267 AEUV mehr haben. Und wenn man in Art. 126 EWRA über den räumlichen Geltungsbereich eine dynamische Verweisung auf den jeweiligen Geltungsbereich des EWG-Rechts und nun des Gemeinschaftsrechts sieht, würde eine Nicht(mehr)anwendung des Gemeinschaftsrechts das Hoheitsgebiet Großbritanniens von der Anwendung des EWR-Abkommens ausnehmen. Dann bliebe Großbritannien Vertragspartei des Abkommens, aber das Abkommen würde für sein Hoheitsgebiet nicht mehr gelten. Es hätte dann denselben Status wie die EU, für die das Abkommen auch gilt, obwohl sie kein Hoheitsgebiet hat, in dem es anwendbar ist.

#### V. Rechtsfolgen für Deutschland

In Deutschland bleibt erst einmal alles so, wie es ist. Deutschland ist also weiterhin verpflichtet, die Grundfreiheiten des EWR-Abkommens gegenüber Großbritannien zu beachten,<sup>22</sup> und für seine Gerichte gelten die Vorlagemöglichkeiten und Vorlagepflichten nach Art. 267 AEUV unverändert auch für das EWR-Abkommen.<sup>23</sup> Für englische Limiteds mit Verwal-

tungssitz in Deutschland gilt weiterhin die Gründungstheorie<sup>24</sup> und nicht die Sitztheorie. Sie behalten also ihre Rechtsfähigkeit in Deutschland und werden nicht zu OHGs. Auch deutsche Rechtsvorschriften, die an eine Zugehörigkeit zum EWR anknüpfen, beziehen sich weiterhin auf Großbritannien. Deshalb bleibt der Erwerb von Betriebsvermögen in einer Betriebsstätte in Großbritannien nach § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG begünstigt, ebenso der Erwerb qualifizierter Anteile an Kapitalgesellschaften mit Sitz oder Geschäftsleitung in Großbritannien nach § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG. Soweit im Steuerrecht Amtshilfe und auch Beitreibungshilfe verlangt wird, so zum Beispiel bei der Wegzugsbesteuerung (§ 6 Abs. 5 Satz 2 AStG), ist dem aufgrund der Art. 27 und 28 DBA/Großbritannien genügt.

Richtlinien der EU sind im EWR zwar nur verbindlich, wenn auf sie in den Anhängen des EWRA oder in den Entscheidungen des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Bezug genommen wird oder wenn sie darin enthalten sind (Art. 7 EWRA).<sup>25</sup> Aber da die Grundfreiheiten in der EU und im EWR weitgehend identisch sind,<sup>26</sup> können sie als Interpretationshilfen dienen; auf diese Weise sind sie auch im EWR von Bedeutung.<sup>27</sup>

Deutschland hat aber das Recht, das EWR-Abkommen nach Art. 62 WVK gegenüber Großbritannien wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu beenden oder zu suspendieren.<sup>28</sup> Denn das Abkommen soll nach seinem Ziel und Zweck keinen Staat als Vertragspartei haben, der weder der EU noch der EFTA angehört, und zudem keiner Kontrolle durch Organe der EU oder des EWR unterliegt.

17) Vgl. dazu Herbst/Gebhardt, DSrR 2016, 1705, Fn. 2.

18) Ebenso Dörr in Grabitz/Hilff/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 50 EUV Rn 39 (August 2011).

19) Dem Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WVK) sind zwar nicht alle Vertragsparteien des EWRA beigetreten. Aber es formuliert Grundsätze des Völkergewohnheitsrechts (vgl. dazu Doebring, Völkerrecht, 2. Aufl. 2004, § 5 Rn 327; Heintschel von Heinegg in Ipsen, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, § 16 Rn 4 ff; 74; Herdegen, Völkerrecht, 15. Aufl. 2016, § 15 Rn 4, 36 ff) und kann daher im vorliegenden Zusammenhang beachtet werden.

20) Calliess, in Calliess/Ruffert, EUV, AEUV, 4. Aufl. 2011, EUV Art. 50 Rn 7.

21) In der Austrittsvereinbarung kann Großbritannien allenfalls verpflichtet werden, nach Art. 127 EWRA vom EWRA zurückzutreten.

22) Zu den Beschränkungen des ErbStG durch die Kapitalverkehrsfreiheit siehe aus neuester Zeit EuGH v. 26.5.2016, C-244/15, Rn 48, Kommission / Griechenland mwN.

23) Dazu Wegener, in Calliess/Ruffert, EUV, AEUV, 4. Aufl. 2011, AEUV Art. 267 Rn 10.

24) So der BGH (v. 19.9.2005, II ZR 372/03, BGHZ 164, 148) zu einer AG liechtensteinischen Rechts.

25) Die Mutter-Tochter-Richtlinie, die Fusionsrichtlinie und die Zins- und Lizenzrichtlinie sind nicht übernommen worden, vgl. Ljalj in Baudenbacher, The Handbook of EEA Law, 2016, S. 730.

26) Zur einheitlichen Auslegung der Vorschriften des EWRA und des AEUV über die Niederlassungs- und die Kapitalverkehrsfreiheit siehe EuGH v. 19.7.2012 (C-48/11, A Oy) und v. 26.5.2016, C-244/15, Rn 48, Kommission / Griechenland; ebenso EFTA-GH v. 3.10.2012 (E-15/11, Arcade Drilling). Zu den grundlegenden Prinzipien der Homogenität und der Reziprozität siehe Barnard, in The EEA and the EFTA Court, 2014, S. 151.

27) So hat der EuGH den Umfang der Kapitalverkehrsfreiheit unter Rückgriff auf die aufgehobene Richtlinie 88/361/EWG vom 24.6.1988 bestimmt (vgl. Ur. v. 23.2.2006, C-513/03, van Hilten, Rn 40). Zu einer mittelbaren Wirkung der Fusionsrichtlinie beim Anteilsaustausch siehe EuGH v. 19.7.2012, C-48/11, A Oy. Zu einem bereits nach Art. 31 EWRA oder Art. 40 EWRA steuerneutral möglichen grenzüberschreitenden Anteilsaustausch siehe EFTA-GH v. 2.12.2013, E-14/13, ESA v. Iceland.

28) Ebenso Dörr in Grabitz/Hilff/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 50 EUV Rn 39 (August 2011).

## Auf einen Blick

Großbritannien ist Vertragspartei des EWR-Abkommens und bleibt das auch nach seinem Austritt aus der EU. Daher gelten die Grundfreiheiten des Abkommens, die mit denen des Gemeinschaftsrechts weitgehend identisch sind, für und gegen Großbritannien fort. Auch deutsche Rechtsvorschriften, die den EWR einbeziehen, beziehen nach wie vor Groß-

britannien ein. Das ändert sich erst, wenn Großbritannien vom EWR-Abkommen zurücktritt oder wenn Deutschland das Abkommen wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gegenüber Großbritannien beendet oder suspendiert. Ob es dazu kommt, wird man sehen.