

Julien Schickling*

Der Schutz der Stakeholder beim grenzüberschreitenden Formwechsel nach der neuen Umwandlungsrichtlinie

Abstract

In seinem wegweisenden Urteil in der Rechtssache *Polbud* hat der *EuGH* auch die isolierte Verlegung des Satzungssitzes unter den Schutz der Niederlassungsfreiheit gestellt. Dies schafft eine erhöhte Mobilität für Unternehmen im Europäischen Binnenmarkt. Gleichzeitig droht die neue Sitzaufspaltungsfreiheit missbraucht zu werden, um die Interessen von Gesellschaftern, Gläubigern und Arbeitnehmern (Stakeholder) zu umgehen. In Anbetracht dieser Gefahr hat die Europäische Union eine Umwandlungsrichtlinie zum Schutz der Stakeholder erlassen. Der Beitrag untersucht diese Richtlinie dahingehend, ob sie einen geeigneten und angemessenen Schutz der Stakeholder gewährleisten kann.

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft im neunten Fachsemester an der Goethe-Universität Frankfurt am Main mit dem Schwerpunkt „Internationalisierung und Europäisierung des Rechts“. Der vorliegende Beitrag beruht auf einer Seminararbeit, die von PD Dr. Julia Lübke, LL.M. (Harvard) im Sommersemester 2019 gestellt wurde.

A. Einleitung

Panama Papers und *Paradise Papers* – zwei Enthüllungen internationaler Journalistenteams aus den Jahren 2016 und 2017, die für große mediale Aufmerksamkeit gesorgt haben und das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Wirtschaft, die Politik und das Recht erschüttert haben.¹ Im Mittelpunkt der Skandale standen sogenannte *Briefkastenfirmen*. Diese haben zwar ihren rechtlichen Sitz in einem ausländischen Staat, üben dort aber selbst keine geschäftliche Tätigkeit aus.² Dadurch eignen sie sich bestens als Instrument der Rechtsumgehung und zur Verschleierung von Vermögensverhältnissen.³

Vor diesem Hintergrund polarisierte ein Urteil des *EuGH* aus dem Jahr 2017. In der Rechtssache *Polbud* billigte der *EuGH* die Verlegung des rechtlichen Sitzes einer polnischen Gesellschaft in das Niedrigsteuerland Luxemburg, selbst wenn dort keine geschäftliche Tätigkeit ausgeübt werden soll.⁴ Denn die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 AEUV erlaube es auch, mit einer solchen Sitzverlegung „in den Genuss günstigerer Rechtsvorschriften“ zu kommen.⁵

Dies schafft eine erhöhte Mobilität für Unternehmen im Europäischen Binnenmarkt. Die Kehrseite: Unternehmen können diese Freiheit missbrauchen, um die schutzwürdigen Interessen von Gesellschaftern, Gläubigern und Arbeitnehmern zu umgehen.⁶ So ist etwa die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Union unterschiedlich ausgeprägt,⁷ sodass sich eine deutsche Gesellschaft durch eine Sitzverlegung in das mitbestimmungsfreie Italien der Mitbestimmung ihrer Belegschaft entledigen könnte. Gewerkschaften befürchten daher geradezu eine „Flucht aus der Mitbestimmung“.⁸

¹ Exemplarisch zu den Hintergründen und Reaktionen auf die „Panama Papers“ siehe *Obermaier/Obermayer*, Nach dem Beben, Süddeutsche Zeitung v. 24.11.2017.

² Statt vieler *BFH*, DStR 1999, 193 (194).

³ *Kindler*, Unternehmensmobilität nach „Polbud“: Der grenzüberschreitende Formwechsel in Gestaltungspraxis und Rechtspolitik, NZG 2018, 1 (1); *Bundesregierung*, BT-Drucks. 18/11132, S. 1.

⁴ *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017, C-106/16, *Polbud* ./ *Wykonawstwo sp. z o.o.*, Rn. 41 ff.

⁵ *Ebd.*, Rn. 62.

⁶ *Stelmaszczyk*, Grenzüberschreitender Formwechsel durch isolierte Verlegung des Satzungssitzes: *EuGH* präzisiert den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit, *EuZW* 2017, 890 (893 f.); *Kindler* (Fn. 3), S. 2.

⁷ Siehe die Ausführungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer unten **D. III.**

⁸ Exemplarisch etwa die Kritik des *DGB*, Stellungnahme, S. 3 f., abrufbar unter: <https://www.dgb.de/presse/++co++3b06a88e-f95d-11e8-9f57-52540088cada> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021). Siehe hierzu näher unten **F. IV. 2.**

In Anbetracht dieser Gefahr hat das Europäische Parlament und der Rat am 27.11.2019 eine Richtlinie zur Änderung der RL 2017/1132/EU in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen (Umwandlungsrichtlinie) erlassen.⁹ Die Umwandlungsrichtlinie verfolgt zwei Ziele: Zum einen sollen die verfahrenstechnischen Voraussetzungen für grenzüberschreitende Umwandlungen geschaffen werden. Zum anderen sollen die Interessen der Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer in geeigneter und angemessener Weise geschützt werden.¹⁰

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit der grenzüberschreitenden Umwandlung und dem Schutz genau dieser Interessenträger, die allgemein auch als *Stakeholder* bezeichnet werden. Hierzu soll nach einer Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands (**B.**) auf die *Polbud*-Entscheidung des *EuGH* eingegangen werden (**C.**) und im Anschluss die schutzwürdigen Interessen der Stakeholder näher beleuchtet werden (**D.**). Daran anknüpfend wird die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung zum Schutz der Stakeholder erörtert (**E.**), um schließlich die neuen Vorschriften der Umwandlungsrichtlinie vorzustellen und dahingehend zu bewerten, ob sie tatsächlich einen geeigneten und angemessenen Schutz gewährleisten (**F.**).

B. Begriff und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands

Gegenstand der Untersuchung ist die grenzüberschreitende Umwandlung von Gesellschaften in der Europäischen Union. Der Begriff der Umwandlung ist jedoch unscharf und bedarf der Präzisierung. Im Folgenden sollen daher zunächst die für die Untersuchung grundlegenden Begriffe erläutert und der Gegenstand der Arbeit inhaltlich eingegrenzt werden.

I. Begriff der grenzüberschreitenden Umwandlung

Die *Umwandlung* ist im deutschen Recht der Oberbegriff für die Umwandlungsarten nach § 1 Abs. 1 UmwG. Danach können Rechtsträger durch Verschmelzung (§§ 2 – 122m UmwG), Spaltung (§§ 123 – 173 UmwG), Vermögensübertragung (§§ 174 – 189 UmwG) oder Formwechsel (§§ 190 – 304

⁹ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.11.2019, RL 2019/2121/EU, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32019L2121> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021). Siehe Erwägungsgrund 35 der RL 2019/2121/EU: „Insbesondere ist es wichtig, gegen „Scheingesellschaften“ oder „Strohfirmen“ vorzugehen, die gegründet werden, um sich Unionsrecht oder nationalem Recht zu entziehen, es zu umgehen oder dagegen zu verstoßen.“

¹⁰ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 5 f.

UmwG) umgewandelt werden. Davon zu unterscheiden ist der Begriff der Umwandlung, der vom *EuGH* und der Kommission verwendet wird¹¹ und nur den Formwechsel als spezielle Umwandlungsart meint.¹² Im Folgenden wird dem deutschen Verständnis einer Umwandlung gefolgt und daher der Begriff des *Formwechsels* verwendet.

Während sich der Formwechsel bei Personengesellschaften kraft Gesetzes vollzieht (z. B. von einer GbR in eine OHG, vgl. § 105 HGB), bedarf der Formwechsel von Kapitalgesellschaften eines Rechtsakts (z. B. von einer GmbH in eine AG, vgl. §§ 238 ff. UmwG). Letzterer bildet den Gegenstand dieses Beitrags.¹³ Wesentliches Merkmal des Formwechsels ist die Wahrung der Identität, d. h. der Rechtsträger wird weder aufgelöst noch neugegründet, und es findet keine Vermögensübertragung statt. Vielmehr besteht rechtliche und wirtschaftliche Kontinuität: Der Rechtsträger wechselt zwar sein „rechtliches Kleid“, bleibt aber als solcher samt Vermögensbestand erhalten.¹⁴

Zu unterscheiden ist zwischen der nationalen und grenzüberschreitenden Variante des Formwechsels. Beschränkt auf EU-interne Sachverhalte wird

¹¹ Exemplarisch siehe *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017, C-106/16, *Polbud ./.* *Wykonawstwo sp. z o.o.*, Rn. 33, 35, 38 und *EU-Kommission*, 25.4.2018, COM(2018) 241 final, S. 2, 4.

¹² *Bundesrat*, BR-Drucks. 179/18, S. 1; *Knaier*, *Uniales Umwandlungsrecht: Die Zukunft der Unternehmensmobilität im Binnenmarkt*, GmbHR 2018, 607 (617). Terminologische Änderungen fordern *Bormann/Stelmaszczyk*, *Grenzüberschreitende Spaltungen und Formwechsel nach dem EU-Company Law Package*, ZIP 2019, 353 Fn. 10; *Brandt*, *Grenzüberschreitender (Heraus-)Formwechsel – praktische Erfahrungen und Vergleich mit Reformvorschlägen im EU Company Law Package*, BB 2018, 2626 (2629 f.); *Kelm*, *Stellungnahme des IDW*, S. 2, abrufbar unter: <https://www.idw.de/blob/110568/bef4c0499340277bbdd134444ed931fe/download-bmjv-mobilrl-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021); *Wicke*, *Optionen und Komplikationen bei der Umsetzung des Richtlinienvorschlags zum grenzüberschreitenden Formwechsel (Teil I)*, DStR 2018, 2642 (2642 f.); ferner *Bayer/Schmidt*, *Das Vale-Urteil des EuGH: Die endgültige Bestätigung der Niederlassungsfreiheit als „Formwechselfreiheit“*, ZIP 2012, 1481 (1485); *Kindler*, *Der reale Niederlassungsbegriff nach dem VALE-Urteil des EuGH*, EuZW 2012, 888 (889).

¹³ Hintergrund ist der begrenzte Anwendungsbereich der Umwandlungsrichtlinie, der nur Kapitalgesellschaften erfasst, vgl. Art. 86a Abs. 1 der RL 2019/2121/EU. Kritisch hierzu *Schmidt*, *Grenzüberschreitender Formwechsel in der EU – Eckpunkte des Rechtsrahmens und Herausforderungen bei der Umsetzung*, ZEuP 2020, 565 (566 f.). Zur Frage einer analogen Anwendung *Stelmaszczyk*, *Die neue Umwandlungsrichtlinie – harmonisierte Verfahren für grenzüberschreitende Verschmelzungen, Spaltungen und Formwechsel*, GmbHR 2020, 61 (63).

¹⁴ *Bundesregierung*, BT-Drucks. 12/6699, S. 136 f.; *Winter*, in: *Schmitt/Hörtnagl*, 9. Aufl. 2020, § 190 Rn. 1, 5 ff.; *Schwanna*, in: *Semler/Stengel*, 4. Aufl. 2017, § 190 Rn. 3 f.

letzterer im Rahmen dieses Beitrags untersucht.¹⁵ Da der grenzüberschreitende Formwechsel bislang nicht unionsrechtlich harmonisiert wurde, richten sich seine Voraussetzungen nach dem Recht der Mitgliedstaaten. Es bedarf also der Mitwirkung zweier Rechtsordnungen, dem Wegzugsstaat auf der einen und dem Zuzugsstaat auf der anderen Seite.¹⁶ Aus der Perspektive des Wegzugsstaats ist der grenzüberschreitende Formwechsel einer Gesellschaft terminologisch ein *Herausformwechsel*, aus der Perspektive des Zuzugsstaats ein *Hereinformwechsel*.¹⁷

II. Abgrenzung zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung

Ein grenzüberschreitender Formwechsel geht zwar regelmäßig mit einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung einher, rechtlich sind diese Vorgänge aber voneinander zu trennen. Bereits der Begriff der „Sitzverlegung“ ist unscharf. Denn eine Gesellschaft kann zwei Sitze verlegen, den *Verwaltungssitz* und/oder den *Satzungssitz*. Ersterer meint den Ort, an dem sich die tatsächliche Hauptverwaltung der Gesellschaft befindet, letzterer jenen Ort, an dem die Gesellschaft laut Satzung ihren rechtlichen Sitz hat.¹⁸

Von Bedeutung ist die Sitzverlegung für das *Kollisionsrecht*, d. h. die Frage, welches nationale Recht auf die Gesellschaft Anwendung findet.¹⁹ Findet das Recht des Zuzugsstaats Anwendung, regelt anschließend das nationale *Sachrecht* die Rechtsfolgen der Sitzverlegung, also wie der Zuzugsstaat mit der zugezogenen Gesellschaft umgeht.²⁰ Wie sich zeigen wird, geht die grenzüberschreitende

¹⁵ Für EU-externe Sachverhalte gelten strengere Anforderungen, vgl. *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 831.

¹⁶ *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012, C-378/10, *VALE Építésí kft*, Rn. 37. Näher zu der sogenannten Vereinigungstheorie und ihren Folgen siehe *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2017, Rn. 7.104.

¹⁷ Zu dieser Unterscheidung näher *Dostal*, in: Römermann, Münchener Anwaltshandbuch zum GmbH-Recht, 4. Aufl. 2018, Teil M § 26 Rn. 333 ff.

¹⁸ *Behme*, Rechtsformwahrende Sitzverlegung und Formwechsel von Gesellschaften über die Grenze, 2015, S. 7; zur präzisen Definition des Verwaltungssitzes siehe *ders.*, S. 12, 155 f.

¹⁹ *Frank*, Formwechsel im Binnenmarkt: Die grenzüberschreitende Umwandlung von Gesellschaften in Europa, 2016, S. 4 f.; *Tschorr*, Die Verlegung des Satzungssitzes innerhalb der Europäischen Union, 2013, S. 9. Der Zuzugsstaat entscheidet selbst, ob der Verwaltungssitz (Sitztheorie) oder der Satzungssitz (Gründungstheorie) hierfür maßgeblich ist. Siehe näher hierzu *Wall*, in: Hausmann/Odersky, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2017, 6. Teil § 18 Rn. 5 ff.; *Wasmeier*, Grenzüberschreitende Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften durch Sitzverlegung und formwechselnde Umwandlung, 2014, S. 22 ff., 36 ff.

²⁰ *Behme* (Fn. 18), S. 23; *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, Rn. 770, 796; *Hoffmann*, Neue Möglichkeiten zur identitätswahrenden Sitzverlegung in Europa?: Richtlinienvorentwurf zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU,

Sitzverlegung auf sachrechtlicher Ebene des Zuzugsstaats nach gegenwärtiger Rechtslage regelmäßig mit einem Formwechsel in eine inländische Gesellschaft vergleichbarer Rechtsform einher (z. B. einer deutschen GmbH in eine italienische S. r. l.).²¹

C. *EuGH*-Entscheidung in der Rechtssache *Polbud*

Das Kollisions- und Sachrecht der Mitgliedstaaten wird vermehrt durch das Europarecht beeinflusst.²² Eine besondere Stellung nimmt in diesem Zusammenhang die Entscheidung des *EuGH* vom 25.10.2017 in der Rechtssache *Polbud* ein, auf die der Richtlinienentwurf der Kommission aufbaut.²³ Im Folgenden soll daher ein Blick auf die *Polbud*-Entscheidung geworfen und diese Entscheidung in die bisherige Rechtsprechung des *EuGH* zur Niederlassungsfreiheit eingebettet werden.

I. Einordnung in die *EuGH*-Rechtsprechung zu Artt. 49, 54 AEUV

Die Entscheidung *Polbud* steht in einer Reihe wichtiger Urteile des *EuGH* zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften aus Artt. 49, 54 AEUV.²⁴ Die Niederlassungsfreiheit gehört zu den Grundprinzipien des Unionsrechts und gilt über Art. 54 Abs. 1 AEUV auch für Gesellschaften, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet wurden und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung, oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Europäischen Union haben.

Die Niederlassungsfreiheit umfasst für Gesellschaften u. a. das Recht auf Gründung und Leitung nach den Bestimmungen des Zuzugsstaats (Art. 49 Abs. 2 i. V. m. Art. 54 AEUV). Bereits in der Sache *Cartesio* vom 16.12.2008 hat der *EuGH obiter dicto* angedeutet,²⁵ und anschließend in der Rechtssache *VALE* vom 12.7.2012 ausdrücklich anerkannt,²⁶ dass die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften auch den grenzüberschreitenden Formwechsel umfasst, soweit sich die Gesellschaft im Zuge des Wegzugs in eine inländische Rechtsform des

ZHR 164 (2000), 43 (46).

²¹ Siehe die Ausführungen unten C. I. Zu einem solchen Formwechsel jüngst *OLG Frankfurt*, DNotZ 2017, 381 ff. (m. Anm. *Knaier*, S. 390).

²² *Grundmann* (Fn. 20), Rn. 772. Zu den Einflüssen des Europarechts näher *Saenger* (Fn. 15), Rn. 843 ff.

²³ Siehe *EU-Kommission*, 25.4.2018, COM(2018) 241 final, S. 2 f., 24.

²⁴ Für eine Übersicht der Entscheidungen des *EuGH* in dieser Sache eingehend *Frank* (Fn. 19), S. 17 ff.; *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, 11. Aufl. 2017, § 16 Rn. 24 ff.; *Kindler*, in: *MüKo-BGB XII*, 7. Aufl. 2018, IntGesR Rn. 111 ff.

²⁵ *EuGH*, Urt. v. 16.12.2008, C-210/06, *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt*, Rn. 111 ff.

²⁶ *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012, C-378/10, *VALE Építési Kft.*, Rn. 27 ff.

Zuzugsstaats umwandelt (Stichwort: *Sachrecht*) und dies vom Recht des Zuzugsstaats auch zugelassen wird (Stichwort: *Kollisionsrecht*).²⁷

Die Entscheidungen in der Rechtssache *Cartesio* und *VALE* bezogen sich auf Fälle, in denen die Gesellschaft nicht nur den Verwaltungssitz, sondern zugleich auch den Satzungssitz verlegt hat (Sitzeinheit). Ungeklärt und umstritten war dagegen bislang die Zulässigkeit der isolierten Verlegung des Satzungssitzes, d. h. die Frage, ob die Niederlassungsfreiheit auch einen grenzüberschreitenden Formwechsel unter Beibehaltung des Verwaltungssitzes im Wegzugsstaat schützt (Sitzaufspaltung).²⁸ Darüber entschied der *EuGH* jüngst in der Rechtssache *Polbud*.²⁹

II. Sachverhalt

Polbud war eine beschränkt haftende Kapitalgesellschaft nach polnischem Recht (sp. z o.o.) mit Sitz in Łąck, Polen. Sie hat mit Gesellschafterbeschluss vom 30.9.2011 entschieden, ihren Satzungssitz nach Luxemburg zu verlegen. Der Beschluss enthielt jedoch keinen Hinweis über eine gleichzeitige Verlegung des Verwaltungssitzes. Im Juni 2013 wurde die Gesellschaft sodann unter Wahrung ihrer Identität als eine beschränkt haftende Kapitalgesellschaft luxemburgischen Rechts (S.à r.l.) im luxemburgischen Handelsregister eingetragen. Das polnische Handelsregister lehnte hingegen den Antrag auf Löschung ab und verlangte stattdessen die nach polnischem Recht erforderliche vorherige Liquidation der Gesellschaft. Das oberste polnische Gericht sah den Formwechsel als rechtsmissbräuchlich an und ersuchte den *EuGH* um Vorabentscheidung.

III. Kernaussagen

Der *EuGH* stellt fest, dass die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften aus Artt. 49, 54 AEUV auch dann anwendbar sei, wenn nur der Satzungssitz, nicht

²⁷ *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012, C-378/10, *VALE Építési kft*, Rn. 29.

²⁸ Diese Frage war bis zur *Polbud*-Entscheidung des *EuGH* äußerst umstritten. Zustimmung etwa *Schmidt-Kessel*, Niederlassungsfreiheit gestattet Wegzugsbeschränkungen, GPR 2009, 26 (29); *Franz*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung und Niederlassungsfreiheit – eine systematische Betrachtung offener und geklärter Fragen, EuZW 2016, 930 (935); ablehnend *Böttcher/Kraft*, Grenzüberschreitender Formwechsel und tatsächliche Sitzverlegung – Die Entscheidung VALE des *EuGH*, NJW 2012, 2701 (2701); *Mörsdorf/Jopen*, Urteilsanmerkung zu *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012, C-378/10, *VALE Építési kft*, ZIP 2012, 1398 (1399).

²⁹ *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017, C-106/16, *Polbud ./. Wykonawstwo sp. z o.o.* (m. Bespr. *Kieninger*, NJW 2017, 3624 ff.). Siehe ferner die Anm. *Wicke*, DStR 2017, 2690 ff.; *Wachter*, NZG 2017, 1312 ff.

aber der Verwaltungssitz von einem Mitgliedstaat in einen anderen verlegt wird.³⁰ Maßgeblich sei, ob der Zuzugsstaat die bloße Verlegung des Satzungssitzes für eine Anerkennung der Gesellschaft genügen lässt, was Luxemburg vorliegend durch die Eintragung der umgewandelten Gesellschaft in sein Handelsregister zum Ausdruck gebracht habe.

Der *EuGH* erklärt sodann, dass eine Verlegung des Satzungssitzes auch zulässig sei und keinen Rechtsmissbrauch darstelle, wenn lediglich beabsichtigt wird, im Zuzugsstaat „in den Genuss günstigerer Rechtsvorschriften“ zu kommen.³¹ Damit stellt sich der *EuGH* gegen die Aussagen der Generalanwältin *Kokott*, die erklärte, die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften erfordere eine realwirtschaftliche Komponente mittels einer tatsächlichen Niederlassung im Zuzugsstaat und gewähre keine „freie Wahl des auf [die Gesellschaft] anwendbaren Rechts“.³²

Eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch die Rechtsordnung der Mitgliedstaaten könne zwar aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden,³³ dazu gehören nach ständiger Rechtsprechung des *EuGH* auch die Interessen der Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer.³⁴ Die polnische Regelung, die die zwingende Durchführung eines Liquidationsverfahrens vorschreibt, gleiche jedoch einer „allgemeinen Missbrauchsvermutung“, beschränke die Niederlassungsfreiheit unverhältnismäßig und sei daher als unzulässig anzusehen.³⁵

IV. Folgen für die Praxis

Mit seiner *Polbud*-Entscheidung hat der *EuGH* die Unternehmensmobilität im Europäischen Binnenmarkt erhöht. Setzt der Zuzugsstaat keine wirtschaftliche Betätigung im Inland voraus, kann eine Gesellschaft auch nachträglich im Wege der isolierten Satzungssitzverlegung von günstigeren Rechtsbedingungen profitieren. Selbst die Kommission erkennt an, dass sich dies „positiv auf das Wirtschaftswachstum, den Wettbewerb und die Produktivität auswirken dürfte“.³⁶ Die Beweggründe für ein solches Vorhaben sind vor allem

³⁰ *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017, C-106/16, *Polbud* ././ *Wykonawstwo sp. z o.o.*, Rn. 44.

³¹ *Ebd.*, Rn. 44, Rn. 40.

³² *Kokott*, Schlussanträge v. 4.5.2017, C-106/16, BeckRS 2017, 108853 Rn. 33 f., 38. Zu dem Erfordernis eines solchen „genuine links“ siehe die Ausführungen unten **F. V. 2.**

³³ *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017, C-106/16, *Polbud* ././ *Wykonawstwo sp. z o.o.*, Rn. 52.

³⁴ Siehe nur *EuGH*, Urt. v. 13.12.2005, C-411/03, *SEVIC Systems AG*, Rn. 28 m. w. N.

³⁵ *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017, C-106/16, *Polbud* ././ *Wykonawstwo sp. z o.o.*, Rn. 64.

³⁶ Siehe Erwägungsgrund 4 des Richtlinienvorschlags COM(2018) 241 final.

wirtschaftlicher und steuerlicher Natur.³⁷ Denn die Unternehmen haben ein legitimes Interesse daran, durch eine (legale!) *steueroptimierende* bzw. *steuerneutrale* Gesellschaftsstruktur einen möglichst hohen Unternehmensgewinn zu erwirtschaften.³⁸

Gleichzeitig wird die Niederlassungsfreiheit zur *Rechtswahlfreiheit*.³⁹ Die Unternehmen können sich die für sie günstigste Rechtsordnung quasi wie der Verbraucher bei einem Preisvergleich auf Internetportalen auswählen. Ein Phänomen, das positiv als *Wettbewerb der Rechtsordnungen*⁴⁰ und negativ als *Forum-Shopping*⁴¹ bezeichnet wird. Im Ergebnis setzen sich jene Rechtsordnungen durch, die sich an den ökonomischen Bedürfnissen der Unternehmen orientieren und ihnen möglichst „weiche“ Vorgaben machen.⁴² Dieser Effekt ist als *race to the bottom* bekannt und kann zu Sozial- und Steuerdumping führen.⁴³ Auch droht die neue *Sitzaufspaltungsfreiheit* von Unternehmen missbraucht zu werden, um schutzwürdige Interessen der Stakeholder zu umgehen.⁴⁴

³⁷ *Husbahn*, Grenzüberschreitende Formwechsel im EU/EWR-Raum: die identitätswahrende statutenwechselnde Verlegung des Satzungssitzes in der notariellen Praxis, RNotZ 2014, 137 (138 f.); *Stiegler*, Der grenzüberschreitende Rechtsformwechsel in der Europäischen Union, 2013, S. 8 f.; a. A. *Kindler* (Fn. 3), S. 2.

³⁸ *Paefgen*, „Polbud“ – Niederlassungsfreiheit als Sitzspaltungsfreiheit (Teil I), WM 2018, 981 (992 f.); *Knaier/Pfleger*, Der grenzüberschreitende Herausformwechsel einer deutschen GmbH, GmbHR 2017, 859 (860). Kritisch hingegen *Kindler* (Fn. 3), S. 2; *Teichmann*, Der Fall „Polbud“: Formwechsel in die Briefkastengesellschaft, GmbHR 2017, R356 (R357); wohl auch *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, S. 574: „Wenn Sitz und Satzung auseinandergehen, ist meist etwas faul.“

³⁹ *Schollmeyer*, Von der Niederlassungsfreiheit zur Rechtswahlfreiheit?, ZGR 2018, 186 (192); anders *Wolf*, Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften in Europa – Entwicklungslinien der Niederlassungsfreiheit zwischen Vale, Brexit und Digitalisierung, MittBayNot 2018, 510 (524 f.).

⁴⁰ Vgl. *Schall*, Der grenzüberschreitende Formwechsel in Europa nach Polbud, ZfPW 2018, 176 (184); *Wernicke*, Perspektiven des deutschen Rechts im Wettbewerb der Rechtsordnungen: Zwischen europäischem Vertrauensverlust und privatautonomer Renaissance, NJW 2017, 3038 (3038).

⁴¹ Vgl. *Wicke*, Optionen und Komplikationen bei der Umsetzung des Richtlinienvorschlags zum grenzüberschreitenden Formwechsel (Teil II), DStR 2018, 2703 (2705); *Altmeyden*, Kommentar zum GmbHG, 9. Aufl. 2019, Vor. zu § 64 Rn. 66.

⁴² So bereits BGH, DStR 2000, 1064 (1065).

⁴³ *Kindler* (Fn. 3), S. 2; *Wall*, in: Hausmann/Odersky (Fn. 19), 6. Teil § 18 Rn. 17; *Schaub*, in: Schüppen/Schaub, Münchener Anwaltshandbuch zum Aktienrecht, 3. Aufl. 2018, Teil A § 5 Rn. 17; skeptisch aber *Paefgen* (Fn. 38), S. 988.

⁴⁴ *Stelmaszczyk* (Fn. 6), S. 893 f.; *Kindler* (Fn. 3), S. 2.

D. Schutzwürdige Interessen der Stakeholder

Doch aus welchem Grund sind die Stakeholder als besonders schutzwürdig anzusehen? Im Folgenden soll untersucht werden, wie die schutzwürdigen Interessen der Stakeholder konkret aussehen und durch welche Vorschriften das nationale Recht ihnen *de lege lata* Schutz gewährt. Insbesondere soll der Frage nachgegangen werden, ob das nationale Recht den richtigen Schutzstandard hat, oder ob dieser zu hoch oder zu niedrig ist. Schließlich wird ein rechtsvergleichender Blick auf den gegenwärtigen Stand der Harmonisierung geworfen.

I. Interessen und Schutz der Gesellschafter

Als schutzbedürftige Stakeholder kommen zunächst die Gesellschafter selbst in Betracht. Diese haben kraft Gesellschaftsvertrag und aus dem Gesetz bestimmte Rechte und Pflichten.⁴⁵ Besondere Bedeutung erlangt bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel der *Schutz der Minderheitsgesellschafter*, der auf dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gesellschafter beruht.⁴⁶ Die Minderheitsgesellschafter verdienen einen besonderen Schutz, weil sie aus institutionellen Gründen keinen Einfluss auf die Willensbildung in der Gesellschaft erlangen können. Vielmehr sind sie bei der Ausübung ihrer gesellschaftlichen Tätigkeit von der Mehrheitsmacht abhängig, was die Gefahr einer Missachtung oder willkürlichen Ungleichbehandlung birgt.⁴⁷

Die Minderheitsrechte ergeben sich unmittelbar aus der Stellung als Gesellschafter und sind im deutschen Recht nur zum Teil gesetzlich fixiert.⁴⁸ Besondere Bedeutung erlangt insoweit die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht als *Lückenfüller*.⁴⁹ Sie gebietet es, in gesellschaftlichen Angelegenheiten angemessen auf die Interessen der Mitgesellschafter Rücksicht zu nehmen.⁵⁰ Die Treuepflicht wirkt insofern als Schranke der Mitwirkungsrechte.⁵¹ Daneben bestehen einige

⁴⁵ *Wicke*, Kommentar zum GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 14 Rn. 4; *Sudmeyer*, in: Schüppen/Schaub (Fn. 43), Teil B § 10 Rn. 110.

⁴⁶ *Schäfer*, in: MüKo-BGB VII, 8. Aufl. 2020, § 705 Rn. 251. Zu dem Gleichbehandlungsgrundsatz im Gesellschaftsrecht eingehend *Schöne*, in: BeckOK-BGB, Ed. 58, Stand: 1.5.2021, § 705 Rn. 108 ff.

⁴⁷ *Saenger* (Fn. 15), Rn. 570; *Schäfer*, in: Staub III, 5. Aufl. 2009, § 105 Rn. 254.

⁴⁸ *Schäfer*, in: MüKo-BGB VII (Fn. 46), § 705 Rn. 244; *Saenger* (Fn. 15), Rn. 570.

⁴⁹ *Vorse*, in: Henssler/Strohn, 4. Aufl. 2019, § 14 GmbHG Rn. 98; *Fleischer*, Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2001, 1 (4 f.). Zur dogmatischen Grundlage der Treuepflicht eingehend *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 47), § 105 Rn. 228 ff.

⁵⁰ Grundlegend insofern *BGH*, DNotZ 1989, 14 (17 ff.).

⁵¹ *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2019, § 11 Rn. 14, 21 ff.;

gesetzliche Schutzvorschriften, etwa die aktienrechtlichen Vorschriften über die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Hauptversammlung (vgl. §§ 241 ff. AktG).

Gleichwohl gibt es keinen separaten Rechtsakt, welcher das Problem des Minderheitenschutzes kohärent und allgemein behandelt. Vielmehr enthalten verschiedene Gesetze zahlreiche Bestimmungen, die sich auf einen angemessenen Schutz von Minderheitsgesellschaftern konzentrieren.⁵² Darüber hinaus sind die Gerichte für dieses Thema sensibilisiert.⁵³ Man kann diese *Lückenfüllung* zwar als unzureichend kritisieren und eine stärkere gesetzliche Intervention fordern. Ob dies mit Blick auf die Vielschichtigkeit der Situationen überhaupt möglich oder sachgerecht wäre, erscheint jedoch fraglich, sodass der gegenwärtige Schutzstandard zu akzeptieren ist. Insgesamt betrachtet gewährleistet das deutsche Recht also einen angemessenen Schutz der Minderheitsgesellschafter.

Der Schutzstandard für Minderheitsgesellschafter ist nur teilweise europarechtlich harmonisiert und variiert je nach Mitgliedstaat. Dies verdeutlicht eine von der Kommission im Juli 2018 veröffentlichte Studie.⁵⁴ Ein Beispiel: Nur sechs Mitgliedstaaten gewähren den Minderheitsgesellschaftern gesetzlich das Recht, ein oder mehrere Mitglieder des Leitungs- bzw. Verwaltungsorgans zu ernennen.⁵⁵ Auch ist eine Treuepflicht der Gesellschafter nur in wenigen Mitgliedstaaten anerkannt. Wie eine von dem Europäischen Parlament im Mai 2012 veröffentlichte Studie zeigt, können sich Minderheitsgesellschafter lediglich in Deutschland, Österreich und Tschechien auf eine solche „Lückenfüllungsregelung“ verlassen.⁵⁶

Schäfer, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 36 Rn. 23; *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl. 2017, § 7 Rn. 3.

⁵² Eingehend zu den verschiedenen Regelungen zum Schutz der Minderheitsgesellschafter im deutschen Recht siehe den nationalen Bericht in *EU-Kommission*, Study on Minority Shareholders Protection, 27.7.2018, S. 255 ff., abrufbar unter: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1893f7b8-93a4-11e8-8bc1-01aa75ed71a1/language-en> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

⁵³ *Ebd.*, S. 255.

⁵⁴ Siehe *EU-Kommission* (Fn. 52), S. 1 ff. Zu den hieraus resultierenden Hemmnissen für grenzüberschreitende Investitionen im Europäischen Binnenmarkt siehe *dies.*, S. 385 ff.

⁵⁵ *Ebd.*, S. 87 f. Einen hohen Schutz gewährt z. B. das italienische Recht, wonach ein Mitglied des Verwaltungsrats einer börsennotierten Gesellschaft von Minderheitsaktionären ernannt werden muss.

⁵⁶ *Europäisches Parlament*, Study on Rights and Obligations of Shareholders, 15.5.2012, S. 59 f., abrufbar unter: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/juri/dv/pe462463

II. Interessen und Schutz der Gläubiger

Auch die Gläubiger als Vertragspartner der Gesellschaft kommen als schützenswerte Stakeholder in Frage. Als Anspruchsberechtigte sind sie an einer liquiden Gesellschaft interessiert, die über genügend Kapital zur Befriedigung ihres Anspruchs verfügt. Mit gewissen Ausnahmen haben die Gläubiger einer Kapitalgesellschaft grundsätzlich keinen Anspruch gegen die Gesellschafter selbst (vgl. § 13 Abs. 2 GmbHG, § 1 Abs. 1 S. 2 AktG).⁵⁷ Dieses Haftungsprivileg kann den Gläubigern aber nur zugemutet werden, wenn ihnen ein finanzielles Grundkapital der Gesellschaft als *Haftungsfonds* bzw. *Sicherheitspolster* zur Verfügung steht (Kapitalaufbringung).⁵⁸ So beträgt das Stammkapital einer GmbH gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG mindestens 25.000 €, ⁵⁹ das Grundkapital einer AG gemäß § 7 AktG mindestens 50.000 €.

Darüber hinaus müssen die Gesellschafter daran gehindert werden, dieses Kapital durch beliebige Vermögensentnahmen zu verringern (Kapitalerhaltung).⁶⁰ So besteht im deutschen Aktienrecht der Grundsatz der strengen Kapitalbindung, wie sich in dem Verbot der Einlagenrückgewähr aus § 57 Abs. 1 AktG zeigt.⁶¹ Kommt es trotz dieser Schutzvorschriften zu einer Insolvenz der Gesellschaft, greifen insolvenzrechtliche Vorschriften, insbesondere jene der Insolvenzordnung, die in erster Linie eine bestmögliche Befriedigung der Gesellschafter gewährleisten sollen.⁶²

Erneut fehlt ein Rechtsakt, der den Gläubigerschutz allgemein regelt, was mit Blick auf die Vielschichtigkeit der Gläubigerinteressen sachgerecht erscheint.⁶³

_/pe462463_en.pdf (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

⁵⁷ Zu den Ausnahmen einer „Durchgriffshaftung“ siehe *Altmeyden* (Fn. 41), § 13 Rn. 131 ff.

⁵⁸ *Ulmer/Casper*, in: *Habersack/Casper/Löbbe*, Großkommentar zum GmbHG I, 3. Aufl. 2019, § 5 Rn. 12; *Koch*, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2019, § 33 Rn. 14. Siehe hierzu und zum (entgegengesetzten) angelsächsischen Gläubigerschutz näher *Maschke*, Gläubigerschutz im Recht der Societas Privata Europaea in seiner gesetzgeberischen Entwicklung, 2011, S. 46 ff.

⁵⁹ Bei der Unternehmergeellschaft liegt dieses Stammkapital zwar nur bei mindestens 1 €, ist aber mit einer „Thesaurierungspflicht“ verbunden (vgl. § 5a GmbHG).

⁶⁰ *Windbichler* (Fn. 51), § 23 Rn. 17; *Schmolke*, in: *BeckOK-GmbHG*, Ed. 48, Stand: 1.5.2021, § 30 Rn. 1 f.

⁶¹ Zum Normzweck näher *Cahn/v. Spannenberg*, in: *BeckOK-AktG*, Stand: 1.6.2021, § 57 Rn. 5 ff.

⁶² *Ganter/Bruns*, in: *MüKo-InsO I*, 4. Aufl. 2019, § 1 Rn. 20; *Foerste*, Insolvenzrecht, 7. Aufl. 2018, § 1 Rn. 4 ff.

⁶³ Zu Recht weist *Fleischer*, in: *MüKo-GmbHG I*, 3. Aufl. 2018, Einl. GmbHG Rn. 287 darauf hin, dass es sich bei dem Gläubigerschutzrecht um eine „Querschnittsmaterie“ handelt, die das Gesellschafts- und Insolvenzrecht ebenso

Die Gerichte sind auch für dieses Problem sensibilisiert. So hat etwa der *BGH* die bis heute nicht kodifizierte Gesetzeslage im GmbH-Konzernrecht durch zahlreiche gläubigerschützende Urteile teilweise geschlossen.⁶⁴ Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Gläubiger stets die Möglichkeit haben, den Vertragsschluss mit der Gesellschaft von der Gewährung angemessener Sicherheiten abhängig zu machen, um eine weitere Haftungsmasse zur Verfügung zu haben.⁶⁵ Aus diesen Gründen gewährleistet das deutsche Recht auch bezüglich der Gläubiger einen angemessenen Schutz.

Der Gläubigerschutz ist in der Europäischen Union nur zum Teil harmonisiert und variiert je nach Mitgliedstaat. Dies verdeutlicht der bestehende Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Verschmelzungen, der gläubigerschützende Vorschriften nicht zwingend vorschreibt.⁶⁶ Lediglich für die AG wurde ein europäischer Mindestschutzstandard bei der Kapitalaufbringung und -erhaltung erreicht.⁶⁷ Für die GmbH gelten diese Vorschriften nicht, sodass etwa bei der Höhe des Mindeststammkapitals beträchtliche Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bestehen.⁶⁸ Auch das Insolvenzrecht ist nur in Teilen europarechtlich harmonisiert.⁶⁹

III. Interessen und Schutz der Arbeitnehmer

Schließlich sind auch die Arbeitnehmer schützenswerte Stakeholder, die kraft eines Arbeitsvertrags mit der Gesellschaft bei dieser angestellt sind und die ihre

berührt wie das Bilanzrecht sowie das Vertrags- und Deliktsrecht.

⁶⁴ Siehe exemplarisch *BGH*, NJW 1991, 3142 (3145 f.), wonach sich aus § 303 Abs. 1 AktG ein unmittelbar auf Zahlung gerichteter Anspruch ergeben könne, wenn feststeht, dass der Gläubiger mit seiner Forderung gegen die beherrschte Gesellschaft ausfällt. Eingehend zum „qualifiziert faktischen“ GmbH-Konzern siehe *Altmeyden* (Fn. 41), Anh. zu § 13 Rn. 157 ff.

⁶⁵ Zutreffend *Fastrich*, Optimierung des Gläubigerschutzes bei der GmbH – Praktikabilität und Effizienz, DStR 2006, 656 (662) („der beste Gläubigerschutz [ist] der Selbstschutz der Gläubiger“). Eingehend zur Möglichkeit des „Selbstschutzes“ der Gläubiger durch Ausübung ihrer Privatautonomie siehe unten **E**.

⁶⁶ Vgl. Art. 121 Abs. 2 S. 1 der RL 2017/1132 v. 14.6.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (GesR-RL). Siehe auch die Ausführungen hierzu unten **F. III**.

⁶⁷ Vgl. Artt. 44-58 der GesR-RL. Es handelt sich hingegen nur um einen Mindeststandard.

⁶⁸ So wurde das gesetzliche Mindestkapital einer GmbH französischen Rechts von 7.500 € abgeschafft, sodass diese auch mit 1 € gegründet werden kann (vgl. Art. L223-2 französisches HGB). Näher *Fleischer*, in: MüKo-GmbHG I (Fn. 63), Einl. GmbHG Rn. 241.

⁶⁹ Im Falle eines Insolvenzverfahrens mit Auslandsbezug greift die VO 2015/848/EU v. 20.5.2015 über Insolvenzverfahren (EuInsVO). Näher zu Vorgeschichte und Gegenstand siehe *Lüer*, in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, Kommentar zur InsO, 14. Aufl. 2015, Vor. EuInsVO Rn. 4 ff.; *Foerste* (Fn. 62), § 41 Rn. 698 ff.

Arbeit weisungsgebunden und in persönlicher Abhängigkeit verrichten (§ 611a Abs. 1 S. 1 BGB). Sie sind an einem Erhalt ihres Arbeitsplatzes und einer angemessenen Vergütung für ihre Arbeit interessiert.⁷⁰ Diese Faktoren können Arbeitnehmer durch Mitbestimmung beeinflussen. Dabei ist zwischen betrieblicher und unternehmerischer Mitbestimmung zu unterscheiden. Unter betrieblicher Mitbestimmung versteht man die Mitwirkung des Betriebsrats bei sozialen und personellen Angelegenheiten im jeweiligen Betrieb.⁷¹ Diese Mitbestimmung knüpft an den Ort des Betriebs an (Territorialitätsprinzip) und ist daher nicht von der *gefährlichen* isolierten Satzungssitzverlegung betroffen.⁷²

Demgegenüber bezweckt die *unternehmerische Mitbestimmung*, den Arbeitnehmern Einfluss auf die Planungs- und Entscheidungsverfahren zu verschaffen und setzt deshalb bei den Organen der Gesellschaft an.⁷³ Für die unternehmerische Mitbestimmung gelten im deutschen Recht zwei Schwellen:⁷⁴ Beschäftigt eine Kapitalgesellschaft i. d. R. mehr als 500 Arbeitnehmer, ist der Aufsichtsrat zu einem Drittel mit Arbeitnehmervertretern zu besetzen (vgl. § 1 Abs. 1, § 4 Abs. 1 DrittelbG⁷⁵). Bei i. d. R. mehr als 2.000 Arbeitnehmern erhöht sich diese Zahl auf die Hälfte (paritätischer Aufsichtsrat, vgl. § 1 Abs. 1, § 7 Abs. 1 MitbestG⁷⁶). Diese Schwellenwerte greifen nur für inländische Gesellschaften, was diese Mitbestimmung besonders anfällig für eine isolierte Satzungssitzverlegung macht.⁷⁷

Dies verdeutlicht auch das Individualarbeitsrecht, welches Arbeitnehmer vor sozialwidrigen Kündigungen schützt (§ 1 Abs. 1 KSchG).⁷⁸ Mit punktuellen Ausnahmen gibt es in der Europäischen Union bislang keine Regelungen mit

⁷⁰ Siehe nur *BVerfG*, NZA 1998, 470 (471).

⁷¹ *Saenger* (Fn. 15), Rn. 1058; *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, 25. Aufl. 2020, § 14 Rn. 806; *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2020, Rn. 640.

⁷² *Koch*, in: Erfurter Kommentar zum ArbR, 20. Aufl. 2020, § 1 BetrVG Rn. 5; *Teichmann*, Grundlinien eines europäischen Umwandlungsrechts: Das „EU-Company Law Package 2018“, NZG 2019, 241 (246).

⁷³ *Fähndrich*, Missbrauch einer grenzüberschreitenden Verschmelzung von Gesellschaften zur Flucht aus deutscher Unternehmensmitbestimmung, 2016, S. 5 f.; *Koch* (Fn. 58), § 30 Rn. 40; *Junker* (Fn. 71), Rn. 803 f.; *Waltermann*, Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2018, Rn. 898.

⁷⁴ Für Unternehmen des Bergbaus sowie der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie gilt vorrangig das Montanmitbestimmungsgesetz. Siehe näher hierzu *Waltermann* (Fn. 73), Rn. 899 f.

⁷⁵ Drittelbeteiligungsgesetz.

⁷⁶ Mitbestimmungsgesetz.

⁷⁷ *Oetker*, in: Erfurter Kommentar zum ArbR (Fn. 72), § 1 MitbestG Rn. 2; *Teichmann* (Fn. 72), S. 246.

⁷⁸ Zur geschichtlichen Entwicklung des KSchG näher *Oetker*, in: Erfurter Kommentar zum ArbR (Fn. 72), § 1 KSchG Rn. 1 ff.

kündigungsschutzrechtlichem Charakter.⁷⁹ Diesen hohen Schutzstandard im deutschen Recht kann man zwar als übermäßige Belastung der Arbeitgeber kritisieren. Der Schutz der Arbeitnehmer hat jedoch eine lange Tradition in Deutschland und dient der Umsetzung des Sozialstaatsgebots (Art. 20 Abs. 1 GG), sodass die bestehenden nationalen Schutzvorschriften zu akzeptieren sind.⁸⁰

Innerhalb der Europäischen Union ist die unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer sehr unterschiedlich ausgeprägt. Ein dem deutschen Recht vergleichbares Schutzniveau gewährleisten etwa Dänemark, Österreich und die Niederlande, gar keine unternehmerische Mitbestimmung kennen demgegenüber etwa Italien und Estland.⁸¹ Die Unternehmensmitbestimmung sorgt daher häufig für Streit zwischen den Mitgliedstaaten, weshalb man sich bei der Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft (*Societas Europaea*, im Folgenden: *SE*) auf eine Kompromisslösung geeinigt hat, die im Verlauf des Beitrags näher beleuchtet werden soll.⁸²

E. Möglichkeiten und Grenzen eines „Selbstschutzes“

Der Schutz der Stakeholder variiert also je nach Mitgliedstaat, was die Stakeholder besonders anfällig für eine isolierte Verlegung des Satzungssitzes in „weiche“ Rechtsordnungen macht. Doch können die Stakeholder ihre Interessen nicht effektiv selbst schützen, sodass es keiner gesetzlichen Intervention bedarf.⁸³ Ausgangspunkt dieser Überlegung ist die Privatautonomie. Als ein Teil der freien Selbstbestimmung und -verantwortung (Art. 2 Abs. 1 GG) erlaubt sie den Beteiligten, ihre eigenen Rechtsverhältnisse nach ihrem individuellen Willen zu gestalten.⁸⁴ Denn die Wirkungen eines Schuldverhältnisses beschränken sich

⁷⁹ Preis, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2021, Teil 1 A Rn. 36.

⁸⁰ Eingehend zur rechtspolitischen Debatte über die deutsche Arbeitnehmermitbestimmung siehe Bayer, Die Erosion der deutschen Mitbestimmung, NJW 2016, 1930 ff. Zur Entwicklung des deutschen Mitbestimmungsrechts näher Junker (Fn. 71), Rn. 806 ff. Die Europarechtmäßigkeit der deutschen Mitbestimmungsregelungen steht seit *EuGH*, Urt. v. 18.7.2017, C-566/15, *Erzberger ./ TUI AG*, Rn. 37 außer Frage.

⁸¹ Siehe dazu die Länderkarte zur Unternehmensmitbestimmung in der Europäischen Union vom *European Trade Union Institute*, abrufbar unter: <http://de.worker-participation.eu/Nationale-Arbeitsbeziehungen/Laender> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

⁸² Siehe die Ausführungen zur Mitbestimmung in der SE unten **F. IV. 1.**

⁸³ Diese Frage stellt (und verneint im Wesentlichen) etwa *Fleischer*, in: MüKo-GmbHG I (Fn. 63), Einl. GmbHG Rn. 289 ff. bezüglich des Schutzes der Minderheitsgesellschafter einer GmbH.

⁸⁴ Statt vieler *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, 92. EL 2020, Art. 2 Abs. 1 Rn. 101 f.

grundsätzlich auf die an ihm beteiligten Parteien (sog. relative Rechte).⁸⁵ Ihre Grenzen findet die Privatautonomie jedoch in zwingenden gesetzlichen Vorschriften zum Schutz der Allgemeinheit, insbesondere in den §§ 134, 138 BGB. Für einen effektiven Selbstschutz müssten bestimmte Voraussetzungen auf Seiten der schützenswerten Stakeholder vorliegen, insbesondere rechtliche Möglichkeiten zum Selbstschutz.

Die *Minderheitsgesellschafter* haben bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel ein Interesse am Erhalt ihrer Mitwirkungsrechte.⁸⁶ Ihre Rechte sind häufig im Gesellschaftsvertrag geregelt (§ 705 BGB).⁸⁷ Dieser schuldrechtliche Vertrag kann im Lichte der Privatautonomie abgeändert werden, um etwa bestehende Mitwirkungsrechte der Minderheitsgesellschafter zu stärken. Da die gesetzlichen Vorschriften lediglich einen Mindestschutz gewähren, wäre eine solche Vereinbarung rechtlich zulässig.⁸⁸ Dies setzt jedoch voraus, dass die Mehrheitsgesellschafter an einer entsprechenden Stärkung der Mitwirkungsrechte der Minderheitsgesellschafter interessiert sind.

Die *Gläubiger* haben bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel Interesse an einer liquiden Gesellschaft.⁸⁹ Zur Sicherung ihrer Ansprüche können die Gläubiger individualvertraglich die Gewährung einer angemessenen Sicherheit (§§ 232 ff. BGB) mit der Gesellschaft vereinbaren. Eine solche Sicherheit dient dazu, den Gläubiger vor drohenden Rechtsnachteilen zu bewahren und ihm eine zusätzliche Zugriffsmöglichkeit zur Befriedigung zu verschaffen.⁹⁰ Dass eine solche Vereinbarung rechtlich zulässig ist, steht im Lichte der Privatautonomie außer Frage.⁹¹ Zu beachten ist jedoch, dass der Nennwert der Forderung nicht

⁸⁵ Zu dieser sog. Relativität der Schuldverhältnisse siehe RGZ 57, 353 (356); *Mansel*, in: Jauernig, 18. Aufl. 2021, § 241 Rn. 4.

⁸⁶ Siehe die Ausführungen zu den Interessen der Minderheitsgesellschafter oben **D. I.**

⁸⁷ Eingehend zum Charakter des Gesellschaftsvertrags siehe *Schöne*, in: BeckOK-BGB (Fn. 46), § 705 Rn. 66 ff. Im Recht der Aktiengesellschaft wird das Gesellschaftsstatut als Satzung bezeichnet (z. B. in §§ 23, 179 AktG). Demgegenüber spricht das GmbHG vom Gesellschaftsvertrag (z. B. in §§ 2, 3, 53 GmbHG). Dieser Unterschied ist jedoch rein terminologischer Natur, siehe *Harbarth*, in: MüKo-GmbHG III, 3. Aufl. 2018, § 53 Rn. 8.

⁸⁸ Siehe exemplarisch die nach § 53 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 GmbHG vorgesehene Dreiviertelmehrheit für Satzungsänderungen bei einer GmbH. Umgekehrt ergibt sich hieraus eine sog. Sperrminorität von 25 %. Der Gesellschaftsvertrag kann das Mehrheitserfordernis zwar zugunsten der Minderheitsgesellschafter erhöhen, z. B. Einstimmigkeit verlangen, nicht jedoch herabsetzen, siehe *Altmeyden* (Fn. 41), § 53 Rn. 32; *Harbarth*, in: MüKo-GmbHG III (Fn. 87), § 53 Rn. 79.

⁸⁹ Siehe die Ausführungen zu den Interessen der Gläubiger oben **D. II.**

⁹⁰ *Grothe*, in: MüKo-BGB I, 8. Aufl. 2018, § 232 Rn. 1; *Repgen*, in: Staudinger, 2019, Vor. zu §§ 232 ff. Rn. 2.

⁹¹ Statt vieler *BGH*, NJW 1986, 1038 f.; *Mansel*, in: Jauernig (Fn. 85), Vor. zu §§ 232 ff.

110 % des realisierbaren Werts der Sicherheiten überschreiten darf (sog. Deckungsgrenze). Sonst droht eine Nichtigkeit der Vereinbarung wegen Gläubigerbenachteiligung nach § 138 Abs. 1 BGB.⁹²

Die *Arbeitnehmer* haben bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel zunächst ein Interesse am Erhalt ihrer Arbeitsplätze.⁹³ Ihre Arbeitsplätze können die Arbeitnehmer durch ein individual- oder tarifvertragliches Kündigungsverbot wegen betriebsbedingter Kündigungen erreichen.⁹⁴ Darüber hinaus sind die Arbeitnehmer an einer Mitbestimmung im Unternehmen interessiert. Zur Erhaltung ihrer betrieblichen bzw. unternehmerischen Mitbestimmung ist eine Betriebs- bzw. Tarifvereinbarung mit der Gesellschaft als Arbeitgeberin denkbar, die die bestehende gesetzliche Mitbestimmung der Arbeitnehmer zementiert oder sogar erweitert.⁹⁵ Aus Arbeitgebersicht gilt diese Mitbestimmung jedoch als „echter Hemmschuh“ und ist ein Hauptgrund für eine isolierte Sitzverlegung in einen „mitwirkungsschwachen“ Mitgliedstaat.⁹⁶

Rn. 1.

⁹² Eingehend zur ursprünglichen Übersicherung siehe *BGH*, NJW 1998, 2047 f. Der realisierbare Wert der Sicherheiten entspricht analog § 237 BGB 150 % des Nennwerts der Forderung. Das Überschreiten dieser Grenze kann zwar ein Indiz für eine Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB sein (so etwa *Armbrüster*, in: MüKo-BGB I [Fn. 90], § 138 Rn. 101), die Rechtsprechung stellt jedoch maßgeblich auf die Gesamtumstände des Einzelfalls ab, siehe *BGH*, NJW 1998, 2047 (2047). Bei einer nachträglichen Übersicherung infolge eines revolving Bestands der Sicherheiten führt das Überschreiten der Deckungsgrenze jedoch nicht zur Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB, sondern zu einem Anspruch des Sicherungsgebers gegen den Sicherungsnehmer auf Freigabe von Sicherheiten oberhalb der Deckungsgrenze, siehe *BGH*, NJW 1998, 671 ff.

⁹³ Siehe die Ausführungen zu den Interessen der Arbeitnehmer oben **D. III.**

⁹⁴ Der Kündigungsschutz aus § 1 Abs. 1 KSchG ist einseitig zwingendes Recht, d. h. Vereinbarungen zum Nachteil des Arbeitnehmers sind unwirksam. Abweichende Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers, etwa einzelvertragliche oder kollektivrechtliche Vereinbarungen sind dagegen zulässig, siehe statt vieler *BAG*, NZA 2014, 1083 Rn. 44; *Oetker*, in: Erfurter Kommentar zum ArbR (Fn. 72), § 1 KSchG Rn. 15. Für individualvertragliche Vereinbarung ergibt sich dies aus §§ 311 Abs. 1, 241 Abs. 1 BGB, für tarifvertragliche Vereinbarungen aus § 4 Abs. 1 TVG, siehe *Kiel*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt* (Fn. 79), § 1 KSchG Rn. 735, 740.

⁹⁵ Exemplarisch zur Erweiterung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats durch Tarifvertrag siehe statt vieler *BAG*, NZA 1988, 699 ff.; *Kania*, in: Erfurter Kommentar zum ArbR (Fn. 72), § 87 BetrVG Rn. 139.

⁹⁶ Dies erkennt selbst der *Bundesrat*, BR-Drucks. 740/16, S. 2, der „mit großer Sorge“ betrachtet, „dass sich junge, wachsende Kapitalgesellschaften zunehmend dem Geltungsbereich der Gesetze zur Unternehmensmitbestimmung entziehen“; ähnlich kritisch auch *DGB* (Fn. 8), S. 3 f.

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Stakeholder durchaus in der Lage sind, ihre Interessen durch Ausübung ihrer Privatautonomie selbst zu schützen. Denn das geltende Recht sieht häufig bloß einen Mindestschutz vor, von dem zugunsten der Stakeholder abgewichen werden kann. Die Privatautonomie beruht jedoch auf einer Willensübereinstimmung der beteiligten Parteien, sodass dieser „Selbstschutz“ stets auf eine Kooperation der anderen Seite angewiesen ist. In der Praxis hat die formwechselnde Gesellschaft hingegen kaum Anreize, den Stakeholdern mehr Rechte zu gewähren, als ihnen gesetzlich zustehen. Häufig ist ein hoher nationaler Schutzstandard sogar der maßgebliche Grund für eine isolierte Sitzverlegung in einen anderen Mitgliedstaat. Zum Schutz der Stakeholder bedarf es daher einer gesetzlichen Intervention.⁹⁷

F. Umwandlungsrichtlinie

Mit der neuen Umwandlungsrichtlinie möchte die Europäische Union Abhilfe schaffen und die Stakeholder in geeigneter und angemessener Weise schützen. Vor dem Hintergrund der eingangs gestellten Leitfrage, ob die Richtlinie tatsächlich einen geeigneten und angemessenen Schutz gewährleisten kann, sollen die Vorschriften im Folgenden dargestellt und dahingehend bewertet werden, ob dieses Ziel tatsächlich erreicht wird.

I. Überblick

In Anknüpfung an das „Company Law Package“ der Kommission vom 25.4.2018 haben das Europäische Parlament und der Rat im Jahr 2019 zwei Richtlinien erlassen, die die noch junge Richtlinie 2017/1132/EU vom 14.6.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (GesR-RL) ändern sollen. Die erste Richtlinie beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit Themen der Digitalisierung, insbesondere dem „Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht“. ⁹⁸ Die zweite Richtlinie dreht sich um grenzüberschreitende Strukturmaßnahmen, insbesondere „grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen“ (im Folgenden: RL).⁹⁹

⁹⁷ Zustimmung i. E. auch *Schmidt* (Fn. 13), S. 578 ff.; *dies.*, Study on cross-border mergers and divisions, transfers of seat: Is there a need to legislate?, 2016, S. 30 f., abrufbar unter: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556960/IPOL_STU\(2016\)556960_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556960/IPOL_STU(2016)556960_EN.pdf) (zuletzt abgerufen am 11.7.2021). Demgegenüber kritisch bezüglich des Schutzes der Minderheitsgesellschafter (freilich noch vor der *Polbud*-Entscheidung des *EuGH*) siehe *Eidenmüller*, in: ders., Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 4 Rn. 45 ff. („zweifelsohne hinreichende Selbstschutzmechanismen“).

⁹⁸ RL 2019/1151/EU v. 20.5.2019 zur Änderung der RL 2017/1132/EU im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht.

⁹⁹ RL 2019/2121/EU v. 27.11.2019 zur Änderung der RL 2017/1132/EU in Bezug auf

Diese Umwandlungsrichtlinie modifiziert und ergänzt die bestehenden Vorschriften zu grenzüberschreitenden Verschmelzungen (vgl. Artt. 123 – 134 RL), und fügt neue Vorschriften zum grenzüberschreitenden Formwechsel (vgl. Art. 86a – t RL) und zur grenzüberschreitenden Spaltung (vgl. Art. 160a – u RL) ein.¹⁰⁰

Die Umwandlungsrichtlinie baut inhaltlich auf der *Polbud*-Entscheidung auf. So eröffneten sich durch das Urteil für Gesellschaften im Binnenmarkt zwar neue Möglichkeiten, die sich positiv auf das Wirtschaftswachstum, den wirksamen Wettbewerb und die Produktivität auswirken dürften.¹⁰¹ Allerdings führe das Fehlen eines Rechtsrahmens für grenzüberschreitende Formwechsel zu Rechtszersplitterung und Rechtsunsicherheit und somit zu Hindernissen für die Ausübung der Niederlassungsfreiheit.¹⁰² Die Richtlinie soll daher einen weiteren Beitrag zur Beseitigung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit leisten.¹⁰³

Gleichzeitig erkennen das Europäische Parlament und der Rat an, dass der Schutz von Stakeholdern mangels Vereinheitlichung in der Europäischen Union

grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen. Zur Frage der Vorwirkung der Richtlinie bis zur Umsetzung siehe *Brehm/Schümmer*, Grenzüberschreitende Umwandlungen nach der neuen Richtlinie über grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, NZG 2020, 538 (543 f.); *Schulte*, Das Company Law Package in der möglichen registergerichtlichen Umsetzung bis zu einer Transformation in nationales Recht, GmbHR 2020, 139 ff. mit einer Replik von *Nazari-Khanachayi*, Zur fehlenden Vorwirkung der Umwandlungsrichtlinie, GmbHR 2020, 940 ff. Bejahend bezüglich des Schutzes von Gläubigern und Arbeitnehmern *OLG Saarbrücken*, NZG 2020, 390 Rn. 6 ff. (m. Anm. *Fink/Chilerych*, S. 544).

¹⁰⁰ Einen „vor die Klammer gezogenen“ Allgemeinen Teil fordern aus systematischen Gründen und zur besseren Lesbarkeit zurecht *Bayer/Schmidt*, BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2018/19 – Teil I: Company Law Package, BB 2019, 1922 (1926); *Schmidt*, EU Company Law Package 2018: Mehr Digitalisierung und Mobilität von Gesellschaften (Teil 2), DK 2018, 273 (273); *Vossius*, Stellungnahme des DNotV, S. 26 f., abrufbar unter: https://www.dnotv.de/wp-content/uploads/StN-Master-Company-Law-Package-2018-07-04_final.pdf (zuletzt abgerufen am 11.7.2021); demgegenüber *Mörsdorf*, Der Entwurf einer Richtlinie für grenzüberschreitende Umwandlungen – Meilenstein oder Scheinriese?, EuZW 2019, 141 (143).

¹⁰¹ Siehe Erwägungsgrund 4 der RL 2019/2121/EU. Während sich der Entwurf der Kommission noch ausdrücklich auf das *Polbud*-Urteil des *EuGH* beruft (siehe Erwägungsgrund 3 des Richtlinienvorschlags COM(2018) 241 final), findet sich in der endgültigen Fassung der Richtlinie lediglich ein Hinweis auf „Entwicklungen der Rechtsprechung“.

¹⁰² RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 5.

¹⁰³ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 6.

„suboptimal“ ist.¹⁰⁴ So könne ein grenzüberschreitender Formwechsel missbraucht werden, um die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer zu beschränken oder sich ihrer gar zu entledigen.¹⁰⁵ Erforderlich sei daher ein angemessener Schutz der Stakeholder, der durch spezielle Schutzvorschriften gewährleistet werden soll und durch eine generalklauselartige Missbrauchskontrolle flankiert wird.¹⁰⁶ Diese Vorschriften basieren teilweise auf den bereits bestehenden Vorschriften zu grenzüberschreitenden Verschmelzungen in der GesR-RL.

Die Europäische Union befindet sich bezüglich des Schutzes der Stakeholder in einer allgemeinen Abwägungslage. Wie bereits mit der klassischen Formulierung „erforderlich und angemessen“ zum Ausdruck gebracht wird, heiligt der Zweck nicht jedes Mittel. Mit zwingenden Gründen des Allgemeinwohls, wie dem Schutz der Stakeholder, kann ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit zwar gerechtfertigt werden,¹⁰⁷ die Beschränkung muss hingegen ihrerseits dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, d. h. sie muss geeignet sein, das fragliche Ziel zu erreichen, und darf nicht über das hinausgehen, was zu dessen Erreichung erforderlich ist (Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 UAbs. 1 EUV).¹⁰⁸

Daneben treten weitere Anforderungen des *EuGH*, die er in der Rechtssache *V ALE* formuliert hat: So dürfen die Vorschriften für die Beteiligten nicht ungünstiger sein als die für inländische Formwechsel geltenden Regelungen (Äquivalenzgrundsatz) und sie dürfen die Durchführung des grenzüberschreitenden Formwechsels nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz).¹⁰⁹ Ergänzend hat der *EuGH* in der *Polbud*-Entscheidung erklärt, dass die Vorschriften nicht wie eine „allgemeine Missbrauchsvermutung“ wirken dürfen.¹¹⁰ Erforderlich ist vielmehr ein angemessener Ausgleich zwischen der Niederlassungsfreiheit und dem Schutz der Stakeholder.¹¹¹

¹⁰⁴ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 5. Siehe auch die Ausführungen zum Schutz der Stakeholder in der Europäischen Union oben **D**.

¹⁰⁵ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 31.

¹⁰⁶ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 6.

¹⁰⁷ *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017, C-106/16, *Polbud ./. Wykonawstwo sp. z o.o.*, Rn. 52, 54 m. w. N.

¹⁰⁸ *Ebd.*, Rn. 52.

¹⁰⁹ *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012, C-378/10, *V ALE Építési kft*, Rn. 48 m. w. N.

¹¹⁰ *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017, C-106/16, *Polbud ./. Wykonawstwo sp. z o.o.*, Rn. 64.

¹¹¹ So selbst *EU-Kommission*, 21.1.2019, C(2019) 114 final, S. 1, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2019/DE/C-2019-114-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

II. Schutz der Gesellschafter

1. Vorschriften der Umwandlungsrichtlinie

Die Gesellschafter haben bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel ein Interesse am Erhalt ihrer Mitwirkungsrechte. Dies betrifft insbesondere die Minderheit, die sich der Gefahr einer Missachtung durch die Mehrheit ausgesetzt sieht.¹¹² Dieser Schutz wird zunächst durch ein Informationsrecht gewährleistet. So hat das Leitungs- bzw. Verwaltungsorgan der Gesellschaft – abhängig von monistischer oder dualistischer Ausgestaltung der Führungsebene¹¹³ – den Gesellschaftern einen Bericht zu erstellen, in dem die rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekte des geplanten Formwechsels erläutert und begründet werden (Art. 86e Abs. 1 RL).¹¹⁴

Inhalt dieses Berichts sind gemäß Art. 86e Abs. 1 und 3 RL insbesondere die Auswirkungen des Formwechsels auf die künftige Geschäftstätigkeit der Gesellschaft, auf die Interessen der Gesellschafter und die Maßnahmen zu ihrem Schutz. Der Bericht muss den Gesellschaftern gemäß Art. 86e Abs. 6 RL spätestens sechs Wochen vor dem Tag der Gesellschafterversammlung in elektronischer Weise zugänglich gemacht werden, an dem über den Formwechsel beschlossen werden soll. Entsprechend dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann auf den Bericht verzichtet werden, wenn alle Gesellschafter dem zustimmen (Art. 86e Abs. 4 RL).

Auf Grundlage dieses Berichts sollen sich die Gesellschafter eine Meinung über den geplanten Formwechsel bilden.¹¹⁵ Sodann beschließt die Gesellschafterversammlung gemäß Art. 86h Abs. 1 RL in einem Beschluss, ob sie dem Plan für den grenzüberschreitenden Formwechsel zustimmt. Erforderlich ist eine Mehrheit von nicht weniger als zwei Dritteln, aber nicht mehr als 90 % der abgegebenen Stimmen oder des vertretenen Grundkapitals, was die Mitgliedstaaten eigens festlegen können (Art. 86h Abs. 3 S. 1 RL). Die

¹¹² Siehe die Ausführungen zu den Interessen der Minderheitsgesellschafter oben **D. I.**

¹¹³ Dies ist relevant für die aktienrechtliche Spitzenorganisation. Das deutsche Gesellschaftsrecht kennt das dualistische System (Trennungsprinzip). Adressat der Berichtspflicht wäre insofern der Vorstand. Zu der Unterscheidung zwischen monistischer und dualistischer Leitungsebene näher *Eberspächer*, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum AktG II, 4. Aufl. 2019, Art. 38 SE-VO Rn. 3 f.

¹¹⁴ Zu dem Formwechselbericht näher *Schollmeyer*, Der Verschmelzungs-, Spaltungs- und Formwechselbericht nach der neuen Umwandlungsrichtlinie, AG 2019, 541 ff.

¹¹⁵ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 16.

Schwelle darf nicht höher als jene sein, die für grenzüberschreitende Verschmelzungen gilt (Art. 86h Abs. 3 S. 2 RL).¹¹⁶

Für die Mehrheit dürfte es regelmäßig kein Problem sein, einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss zu fassen. Art. 86i Abs. 1 UAbs. 1 RL gewährt daher jenen Gesellschaftern ein Recht auf Veräußerung ihrer Anteile gegen Zahlung einer angemessenen Barabfindung, die gegen die Zustimmung zu dem Plan für den grenzüberschreitenden Formwechsel gestimmt haben.¹¹⁷ Die Mitgliedstaaten können dieses Recht nach Art. 86i Abs. 1 UAbs. 2 RL auch anderen Gesellschaftern der Gesellschaft einräumen, etwa Gesellschaftern mit stimmrechtslosen Anteilen.¹¹⁸ Sind die Gesellschafter der Auffassung, dass die Abfindung nicht angemessen ist, können sie bei der nach nationalem Recht zuständigen Behörde oder Stelle die Berechnung anfechten und die Angemessenheit der Barabfindung infrage stellen (Art. 86i Abs. 4 UAbs. 1 RL).

2. Bewertung

Der Schutz der Gesellschafter wird durch ein Informations- und Abfindungsrecht gewährleistet. Die Europäische Union hat sich hiermit von dem bisherigen Regelungsmodell bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen verabschiedet, dass den Minderheitenschutz weitgehend den Mitgliedstaaten überlassen hat (vgl. Art. 121 Abs. 2 S. 2 GesR-RL). Naturgemäß hatte dies zu einem Flickenteppich an unterschiedlichen Schutzstandards geführt.¹¹⁹ Die Vorschriften zum Gläubigerschutz beim grenzüberschreitenden Formwechsel sind zwar auch als Mindeststandard harmonisiert,¹²⁰ geben den Mitgliedstaaten aber höhere inhaltliche Vorgaben.

Zunächst müssen die Gesellschafter umfassend über den geplanten Formwechsel informiert werden. Dies soll die Gesellschafter in die Lage

¹¹⁶ In Deutschland kann bei einer GmbH höchstens eine Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen festgesetzt werden (vgl. § 50 Abs. 1 S. 1 UmwG), bei einer AG höchstens von drei Vierteln des vertretenen Grundkapitals (vgl. § 65 Abs. 1 S. 1 UmwG).

¹¹⁷ Zu Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Austrittserklärung näher *Lay*, Die Austrittserklärung des Minderheitsgesellschafters nach dem Company Law Package, GmbHR 2019, 1105 ff.

¹¹⁸ Siehe RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 18.

¹¹⁹ Siehe die Aussagen der Europäischen Kommission zur Ausgestaltung des Minderheitenschutzes in ihrem *impact assessment* unter SWD(2018), 141 final, S. 139 f., abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10102/2018/EN/SWD-2018-141-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021). Während einige Staaten keinen Minderheitenschutz eingeführt haben (wie z. B. Belgien), verfügen andere Staaten über ein höchst komplexes Schutzsystem (wie z. B. Deutschland).

¹²⁰ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 17 („Mindestschutzniveau“).

versetzen, die Konsequenzen des Formwechsels auf ihre Rechte abzuschätzen und sich eine eigene, begründete Meinung hierzu zu bilden. Denn Information bildet den Grundbaustein aller Schutzrechte (Informationsmodell).¹²¹ Die gleiche Informationspflicht trifft die Gesellschaft auch bezüglich der Arbeitnehmer. Es ist daher aus Gründen der Effizienz und Übersichtlichkeit zu begrüßen, dass die Berichte zu einem gemeinsamen Bericht für Gesellschafter und Arbeitnehmer vereint werden können.¹²²

Darüber hinaus haben jene Gesellschafter ein Abfindungsrecht, die gegen den Umwandlungsplan gestimmt haben. Dies ist zu begrüßen. Denn veräußern jene Gesellschafter, die den Formwechsel ablehnen, ihre Anteile gegen angemessene Abfindung etwa an jene Gesellschafter, die dem Formwechsel zustimmen, ist dies für alle Beteiligten vorteilhaft.¹²³ Zu begrüßen ist auch, dass der Anwendungsbereich entsprechend eingegrenzt wurde.¹²⁴ Denn nach dem Entwurf der Kommission wurden auch jene Gesellschafter geschützt, die gar nicht an der Beschlussfassung teilgenommen haben, was zu einem unkalkulierbaren Liquiditätsabfluss geführt hätte.¹²⁵

Hält ein Gesellschafter die Abfindung nicht für angemessen, kann er eine zusätzliche Barabfindung bei der zuständigen Behörde oder Stelle beantragen. Gesellschafter sind daher nicht allein auf die Gunst der Gesellschaft angewiesen, sondern erhalten einen zusätzlichen Schutz, was grundsätzlich zu befürworten ist. Problematisch ist jedoch, dass die endgültige Entscheidung, durch die eine zusätzliche Abfindung zuerkannt wird, nicht zwingend für alle Gesellschafter

¹²¹ Zum „Informationsmodell“ näher *Grohmann*, Das Informationsmodell im Europäischen Gesellschaftsrecht: Informationsregeln oder materiellrechtliche Regulierung?, EWS 2007, 540 ff.; *Bebme* (Fn. 18), S. 199 f.

¹²² Vgl. Art. 86e Abs. 2 UAbs. 2 RL. In diesem Sinne auch *Bayer/Schmidt* (Fn. 100), S. 1928; *Luy*, Grenzüberschreitende Umwandlungen nach dem Company Law Package, NJW 2019, 1905 (1908). Dies forderten bereits *Wicke* (Fn. 12), S. 2645; *Vossius* (Fn. 100), S. 34; dagegen *Bormann/Stelmaszczyk* (Fn. 12), S. 357; *Stelmaszczyk* (Fn. 13), S. 66; *Wachter*, Neues zum Europäischen Umwandlungsrecht (II), GmbHStB 2018, 317 (319 f.).

¹²³ *Vossius* (Fn. 100), S. 37; i. E. auch *DAV*, Stellungnahme zum Richtlinienentwurf COM(2018) 241 final, NZG 2018, 857 (860).

¹²⁴ In diesem Sinne auch *Stelmaszczyk*, Der materielle Stakeholderschutz nach der neuen Umwandlungsrichtlinie, ZIP 2019, 2437 (2439). Dies forderten bereits *Bundesrat*, BR-Drucks. 179/18, S. 8 f.; *DAV* (Fn. 123), S. 860; *Wicke* (Fn. 41), S. 2706 f.; wohl auch *Butterstein*, Modernisierung des EU-Gesellschaftsrechts zur Stärkung der grenzüberschreitenden Mobilität von Gesellschaften, EuZW 2018, 838 (843).

¹²⁵ Vgl. Art. 86j Abs. 1 des Richtlinienentwurfs COM(2018) 241 final. Hierzu bereits kritisch *Noack*, Das Company Law Package – Vorschläge der Europäischen Kommission zur Harmonisierung des materiellen Schutzes der Minderheitsgesellschafter bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen, AG 2018, 780 (782); *Teichmann* (Fn. 72), S. 245.

gültig ist. Vielmehr bedarf eine solche *erga omnes*-Wirkung einer ausdrücklichen Anordnung durch die Mitgliedstaaten.¹²⁶ Dies birgt die Gefahr einer Rechtszersplitterung in der Europäischen Union, was sich Unternehmen bewusst zunutze machen könnten, sodass eine zwingende Vorschrift durchaus wünschenswert gewesen wäre.¹²⁷

Insofern schafft die Richtlinie zwar dem Grunde nach einen angemessenen Gesellschafterschutz, die Vorschriften sind aber im Detail verbesserungswürdig.

III. Schutz der Gläubiger

1. Vorschriften der Umwandlungsrichtlinie

Die Gläubiger haben bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel ein Interesse an einer liquiden Gesellschaft, die über genügend Kapital zur Befriedigung ihres Anspruchs verfügt, und an einer bestmöglichen Befriedigung bei Insolvenz.¹²⁸ Letzteres wird durch ein *Formwechselverbot* gewährleistet. Gemäß Art. 86a Abs. 3 lit. a RL darf eine Gesellschaft keinen grenzüberschreitenden Formwechsel vornehmen, wenn sie sich in Liquidation befindet und mit der Verteilung ihres Vermögens an die Gesellschafter begonnen hat. Dadurch soll offenbar einem Missbrauch durch divergierende insolvenzrechtliche Vorschriften im Zu- und Wegzugsstaat vorgebeugt werden.¹²⁹

Darüber hinaus obliegt es grundsätzlich den Mitgliedstaaten, ein angemessenes Schutzsystem für die Interessen der Gläubiger vorzusehen (Art. 86j Abs. 1 UAbs. 1 RL).¹³⁰ Die Umwandlungsrichtlinie sieht lediglich vor, dass die Gesellschaft gemäß Art. 86d RL einen Umwandlungsplan zu erstellen hat, der Angaben über den Formwechsel, über die umgewandelte Gesellschaft sowie über den Schutz der Stakeholder enthält, insbesondere Einzelheiten zu den den Gläubigern angebotenen Sicherheiten (lit. f). Dieser Plan wird gemäß Art. 86g Abs. 1 UAbs. 1 RL spätestens einen Monat vor dem Tag der

¹²⁶ Vgl. Art. 86i Abs. 4 UAbs. 2 der RL 2019/2121/EU.

¹²⁷ Eine einheitliche Umsetzung durch die Mitgliedstaaten fordert *Schmidt* (Fn. 13), S. 581; in diesem Sinne zum Entwurf der Kommission bereits *Habersack*, Sekundärrechtlicher grenzüberschreitender Formwechsel ante portas, ZHR 182 (2018), 495 (499).

¹²⁸ Siehe die Ausführungen zu den Interessen der Gläubiger oben **D. II.**

¹²⁹ *Bayer/Schmidt* (Fn. 100), S. 1927; zum Entwurf der Kommission bereits *Bormann/Stelmaszczyk* (Fn. 12), S. 301; *Knaier* (Fn. 12), S. 617.

¹³⁰ Geschützt werden nur solche Gläubiger, deren Forderungen vor der Offenlegung des Plans für den grenzüberschreitenden Formwechsel entstanden und zum Zeitpunkt dieser Offenlegung noch nicht fällig geworden sind (Art. 86j Abs. 1 UAbs. 1 RL).

Geschafterversammlung i. S. d. Art. 86h RL im Register des Wegzugsstaats öffentlich zugänglich gemacht.

Erachten die Gläubiger den im Umwandlungsplan vorgesehenen Schutz ihrer Interessen für „nicht zufriedenstellend“, können sie innerhalb von drei Monaten nach der Offenlegung bei der zuständigen Verwaltungs- oder Justizbehörde des Wegzugsstaats „angemessene Sicherheiten“ beantragen (Art. 86j Abs. 1 UAbs. 2 RL). Hierzu müssen sie glaubhaft darlegen, dass die Befriedigung ihrer Forderungen durch den grenzüberschreitenden Formwechsel gefährdet ist und sie von der Gesellschaft keine angemessenen Sicherheiten erhalten haben. Bei der Bewertung solcher Sicherheiten soll die Behörde berücksichtigen, ob der Anspruch eines Gläubigers gegen die Gesellschaft oder einen Dritten nach dem grenzüberschreitenden Formwechsel mindestens in gleicher Höhe besteht und von entsprechender Bonität ist, wie er vor dem Vorhaben war, und ob der Anspruch vor demselben Gericht geltend gemacht werden kann.¹³¹

Darüber hinaus können die Mitgliedstaaten das Leitungs- bzw. Verwaltungsorgan der Gesellschaft gemäß Art. 86j Abs. 2 RL zur Abgabe einer „Solvenzerklärung“ verpflichten, die die aktuelle finanzielle Lage der Gesellschaft genau wiedergibt. Darin erklärt das Organ, dass aus seiner Sicht nach angemessenen Nachforschungen kein Grund zur Annahme besteht, dass die Gesellschaft infolge des Formwechsels ihre Verbindlichkeiten bei Fälligkeit nicht erfüllen kann. Mit anderen Worten: Die Gesellschaft ist liquide. Die Mitgliedstaaten können in diesem Fall die Mitglieder des Organs für die Richtigkeit dieser Erklärung persönlich haftbar machen.¹³² Den Gläubigern stünde dann im Falle einer Insolvenz der Gesellschaft nach bereits erfolgtem Formwechsel eine weitere Haftungsmasse zur Verfügung.

2. Bewertung

Der Schutz der Gläubiger wird durch Sicherheitsleistungen gewährleistet. Die Kommission nimmt sich damit der durchaus schwierigen Aufgabe an, den grenzüberschreitenden Gläubigerschutz zu harmonisieren. Denn das bisherige Regelungssystem auf nationaler Ebene hatte bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen zu erheblichen Problemen geführt.¹³³ Die Europäische Union hat sich daher bezüglich des Formwechsels nun für ein eigenständiges,

¹³¹ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 23.

¹³² RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 25.

¹³³ Siehe die Aussagen der Europäischen Kommission zum Gläubigerschutz in ihrem *impact assessment* unter SWD(2018), 141 final, S. 139. So gewährt etwa die Hälfte der Mitgliedstaaten den Gläubigerschutz „*ex ante*“, die andere Hälfte „*ex post*“.

europäisches Gläubigerschutzsystem entschieden, das wie der Gesellschafterschutz als Mindeststandard ausgestaltet ist und den Mitgliedstaaten höhere inhaltliche Vorgaben macht.¹³⁴

Zunächst muss die Gesellschaft Maßnahmen zum Schutz der Gläubiger in den Umwandlungsplan aufnehmen. Es ist zu begrüßen, dass der Gläubigerschutz damit in die Hand der Unternehmen gegeben wird, die als Vertragspartner besser auf die Interessen *ihrer* Gläubiger eingehen können.¹³⁵ Nur subsidiär kommen die Behörden ins Spiel, wenn die Gläubiger ihren Schutz als „nicht zufriedenstellend“ erachten.¹³⁶ Problematisch ist jedoch, dass der Gläubigerschutz unter engere Voraussetzungen gestellt wurde. Um die Beurteilung für die Behörde zu erleichtern, galten nach dem Vorschlag der Kommission bestimmte Vermutungsregeln, denen zufolge einem Gläubiger dann kein Nachteil entsteht, wenn das Verlustrisiko für ihn gering ist.¹³⁷ Unter anderem bestand im Entwurf die Möglichkeit, die Schutzbedürftigkeit individuell durch einen Sachverständigen prüfen zu lassen.¹³⁸

Demgegenüber müssen die Gläubiger nun nachweisen, dass die Befriedigung ihrer Forderung gefährdet ist und sie von der Gesellschaft keine angemessenen Sicherheiten erhalten haben. Die Vermutungsregel wurde ersatzlos gestrichen, was die Durchsetzung dieses Anspruchs in der Praxis erheblich erschweren dürfte, weshalb eine Rückkehr zum Vorschlag der Kommission durchaus sachgerecht erscheint.¹³⁹ Hierbei wäre jedoch zu berücksichtigen, dass sich Gläubiger mit hohen Forderungen regelmäßig ohnehin vertraglich abgesichert haben. Für Gläubiger mit geringen Forderungen schafft dies hingegen kaum Abhilfe. Denn die Kosten zur Bestellung eines Sachverständigen stehen in

¹³⁴ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 17. Vollharmonisierung fordern *Bungert/Wansleben*, Grenzüberschreitende Spaltungen nach dem Richtlinienentwurf der EU-Kommission, DB 2018, 2094 (2101); *Mörsdorf* (Fn. 100), S. 145.

¹³⁵ So auch zutreffend *Schmidt*, EU Company Law Package 2018: Mehr Digitalisierung und Mobilität von Gesellschaften (Teil 1), DK 2018, 229 (239).

¹³⁶ Kritisch zu dieser Formulierung *Bundesrat*, BR-Drucks. 179/18, S. 9 f.; *Bungert/Wansleben* (Fn. 134), S. 2102; *Stelmaszczyk* (Fn. 124), S. 2445; *Vossius* (Fn. 100), S. 38.

¹³⁷ Vgl. Art. 86k Abs. 3 des Richtlinienvorschlags COM(2018) 241 final. Siehe auch Erwägungsgrund 18 des Richtlinienvorschlags COM(2018) 241 final.

¹³⁸ Vgl. Art. 86k Abs. 3 lit. a des Richtlinienvorschlags COM(2018) 241 final.

¹³⁹ Kritisch auch *Bayer/Schmidt* (Fn. 100), S. 1933 („offenbar ein wenig zu innovativ für einige Mitgliedstaaten“); *Luy* (Fn. 122), S. 1908; *Winner*, Protection of Creditors and Minority Shareholders in Cross-border Transactions, ECFR 2019, 44 (57 f.); demgegenüber wohl *Stelmaszczyk* (Fn. 124), S. 2444.

keinem Verhältnis zum Ertrag, weshalb es sinnvoll erscheint, dass der Sachverständige die Prüfung *einheitlich für alle* Gläubiger durchführt.¹⁴⁰

Darüber hinaus *können* die Mitgliedstaaten eine Solvenzerklärung der Gesellschaft verlangen. Das ist zwar begrüßenswert, da den Gläubigern bei fehlerhafter Erklärung eine weitere Haftungsmaße zur Verfügung gestellt wird.¹⁴¹ Mit Blick auf die unterschiedlichen nationalen Traditionen hat die Europäische Union jedoch von einer entsprechenden Pflicht abgesehen und die konkrete Ausgestaltung den Mitgliedstaaten überlassen.¹⁴² Diese Zurückhaltung leuchtet zwar wegen der Mammutaufgabe des Gläubigerschutzes ein. Dennoch entsteht erneut ein Flickenteppich an unterschiedlichen Schutzstandards, den die Unternehmen durch Formwechsel in Rechtsordnungen mit geringem Gläubigerschutz missbrauchen könnten. Es wäre daher wünschenswert, die Abgabe einer Solvenzerklärung *zwingend* im Wege der Vollharmonisierung europarechtlich voranzusetzen.

Insofern schafft die Richtlinie zwar grundsätzlich einen angemessenen Gläubigerschutz, die Vorschriften sind aber auch im Detail verbesserungswürdig und sollten stärker europarechtlich harmonisiert werden.

IV. Schutz der Arbeitnehmer

1. Vorschriften der Umwandlungsrichtlinie

Die Arbeitnehmer haben bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel zunächst ein Interesse am Erhalt ihrer Arbeitsplätze.¹⁴³ Dieser Schutz wird, wie auch beim Schutz der Gesellschafter, durch ein Informationsrecht gewährleistet. Gemäß Art. 86e Abs. 1 RL muss die Gesellschaft einen Bericht erstellen, in dem die Auswirkungen des Formwechsels auf die Arbeitnehmer erläutert werden, etwa auf den Erhalt ihrer Arbeitsplätze sowie wesentliche Änderungen bei den Beschäftigungsbedingungen und den Standorten der Niederlassungen der Gesellschaft (Art. 86e Abs. 5 RL). Der Bericht ist den Arbeitnehmervertretern oder, falls es keine gibt, den Arbeitnehmern selbst, spätestens sechs Wochen vor

¹⁴⁰ Zum Entwurf der Kommission bereits *Teichmann* (Fn. 72), S. 246; *Wicke* (Fn. 41), S. 2708.

¹⁴¹ In diesem Sinne auch *Bayer/Schmidt* (Fn. 100), S. 1933 („interessante Option“); *Schmidt* (Fn. 135), S. 239; kritisch jedoch *Bungert/Wansleben* (Fn. 134), S. 2102 f.; *Lay* (Fn. 122), S. 1909; *Stelmaszczyk* (Fn. 124), S. 2445 („echter Hemmschuh“).

¹⁴² RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 25.

¹⁴³ Siehe die Ausführungen zu den Interessen der Arbeitnehmer oben **D. III.**

dem Tag der Gesellschaftsversammlung i. S. d. Art. 86h RL elektronisch zugänglich zu machen (Art. 86e Abs. 6 RL).

Darüber hinaus sind die Arbeitnehmer an einer Mitbestimmung im Unternehmen interessiert, um Einfluss auf die Planungs- und Entscheidungsverfahren im Unternehmen zu erhalten. Der Schutz der Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer soll durch Art. 86l RL erfolgen.¹⁴⁴ Besteht in einer Gesellschaft bereits ein System der Arbeitnehmermitbestimmung, so ist diese Gesellschaft nach Art. 86l Abs. 6 RL verpflichtet, eine Rechtsform zu wählen, die die Ausübung von Mitbestimmungsrechten ermöglicht. Ein Formwechsel einer ausländischen, mitbestimmten GmbH oder AG in eine deutsche Personengesellschaft oder Stiftung, die nicht der Mitbestimmung unterliegen,¹⁴⁵ wäre insofern ausgeschlossen.

Ist die beabsichtigte Rechtsform *mitbestimmungsfähig*, gilt bezüglich der Mitbestimmung grundsätzlich das Recht des Zuzugsstaats (Art. 86l Abs. 1 RL). Dieses Prinzip soll aber gemäß Art. 86l Abs. 2 RL in drei Fällen nicht gelten: Der wichtigste Fall tritt ein, wenn die Gesellschaft in den sechs Monaten vor Veröffentlichung des Umwandlungsplans eine durchschnittliche Zahl von Arbeitnehmern beschäftigt, die vier Fünftel des im Wegzugsstaat geltenden Schwellenwerts zur Mitbestimmung entsprechen. In Deutschland wären daher Gesellschaften mit 400 (DrittelbG) bzw. 1600 (MitbestG) Arbeitnehmern erfasst. Die anderen Fälle drehen sich um den Umfang an Mitbestimmung im betreffenden Organ (lit. a) und den Umfang an Mitbestimmungsrechten der einzelnen Arbeitnehmer (lit. b).

Greift eine dieser Ausnahmen, muss die Gesellschaft mit den Arbeitnehmern Verhandlungen aufnehmen, um ihre Mitbestimmungsrechte festzulegen (Verhandlungslösung).¹⁴⁶ Der Ablauf orientiert sich an Vorschriften der Richtlinie 2001/86/EG zur Beteiligung der Arbeitnehmer in der Societas Europaea (SE-RL),¹⁴⁷ auf die in Art. 86l Abs. 3 RL verwiesen wird. Die

¹⁴⁴ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 30.

¹⁴⁵ Vgl. § 1 Abs. 1 MitbestG, § 1 Abs. 1 DrittelbG. Eine Ausnahme gilt für die GmbH & Co. KG, die der Mitbestimmung unterliegen kann (vgl. § 4 MitbestG). Zu weiteren Strategien der Mitbestimmungsvermeidung siehe *Bayer/Hoffmann*, Mitbestimmungsvermeidung am Beispiel des Gesundheits- und Pflegesektors, AG 2017, R119 ff.

¹⁴⁶ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 30. Zu der Verhandlungslösung in der SE eingehend *Gesell/Berjasevic*, in: Jung/Krebs/Stiegler, Gesellschaftsrecht in Europa, 2019, § 4 Rn. 230, 246 ff.

¹⁴⁷ Grundlegend zur Entstehungsgeschichte der SE siehe *Oechsler/Mihaylova*, in: MüKo-

Verhandlungen sind stets zwingend (*arg. e contrario* zu Art. 133 Abs. 4 lit. a GesR-RL) und erfolgen zwischen dem Leitungs- oder Verwaltungsorgan der Gesellschaft und einem Verhandlungsgremium, das die Arbeitnehmer repräsentiert (Art. 3 SE-RL). Die Verhandlungen sollen gemäß Art. 4 und 5 SE-RL innerhalb von sechs Monaten (ggf. zwölf Monaten) in dem „Willen zur Verständigung“ mit einer Vereinbarung abgeschlossen werden, die die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer regelt.¹⁴⁸

Kommt es in dieser Zeit zu keiner Vereinbarung zwischen den Parteien, hält die Richtlinie subsidiär eine sogenannte Auffanglösung bereit, welche auf dem *Vorher-Nachher-Prinzip* beruht.¹⁴⁹ Das bedeutet, dass der vor dem Formwechsel bestehende Beteiligungsgrad der Arbeitnehmer auch nach dem Formwechsel erhalten bleibt (Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Anhang Teil 3 lit. a SE-RL). Mit anderen Worten: Die Mitbestimmung wird *eingefroren*.¹⁵⁰ Kommt es anschließend zu weiteren Umstrukturierungen, müssen die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer gemäß Art. 86l Abs. 7 RL vier Jahre nach Wirksamwerden des Formwechsels gewahrt bleiben.

2. Bewertung

Der Schutz der Arbeitnehmer wird durch ein Informations-¹⁵¹ und Verhandlungsrecht gewährleistet. Aufgrund der politischen Sprengkraft der unternehmerischen Mitbestimmung und den unterschiedlichen Schutzstandards im Europäischen Binnenmarkt gehörte diese Thematik von Anfang an zu den neuralgischen Punkten des gesamten Rechtsrahmens für grenzüberschreitende Formwechsel.¹⁵²

Zunächst muss eine mitbestimmte Gesellschaft eine solche Rechtsform des Zuzugsstaats wählen, die die Ausübung von Mitbestimmungsrechten ermöglicht. In diesem *Rechtsformzwang* offenbart sich ein Verstoß gegen den in der *VALE-*

AktG VII, 4. Aufl. 2017, Vor. zu Art. 1 SE-VO Rn. 1 ff. Zur Arbeitnehmerbeteiligung in der SE näher *Giedinghagen*, in: Drinhausen/Eckstein, Handbuch der AG, 3. Aufl. 2018, § 19 Rn. 143 ff.; *Fähndrich* (Fn. 73), S. 105 ff.

¹⁴⁸ Siehe auch Erwägungsgrund 30 der RL 2019/2121/EU: „einvernehmliche Lösung“.

¹⁴⁹ Zur Auffanglösung näher *Giedinghagen*, in: Drinhausen/Eckstein (Fn. 147), § 19 Rn. 167 ff.

¹⁵⁰ *Bayer*, Die Erosion der deutschen Mitbestimmung, NJW 2016, 1930 (1933); *Lön/Stolzenberg*, Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren bei der SE-Gründung – Potentielle Fehler und praktische Folgen, NZA 2016, 1489 (1490).

¹⁵¹ Die Ausführungen zum Informationsrecht der Gläubiger oben **F. II. 2** gelten entsprechend. Kritisch mit Blick auf den reduzierten Informationsanspruch der Arbeitnehmer im Vergleich zum Kommissionsentwurf *Schollmeyer* (Fn. 114), S. 550.

¹⁵² *Bundesrat*, BR-Drucks. 179/18, S. 10; *Schmidt* (Fn. 135), S. 244.

Entscheidung formulierten Äquivalenzgrundsatz. Denn einer mitbestimmten AG oder GmbH ist es nach deutschem Recht ohne Weiteres gestattet, sich in eine Personengesellschaft umzuwandeln, die nicht der unternehmerischen Mitbestimmung unterliegt (vgl. §§ 228 ff. UmwG). Findet ein solches Vorhaben hingegen über die Grenze statt, steht der Rechtsformzwang entgegen, sodass der grenzüberschreitende Formwechsel gegenüber dem inländischen benachteiligt wird.¹⁵³

Die übrigen Vorschriften zur Mitbestimmung basieren auf jenen für grenzüberschreitende Verschmelzungen, wurden aber in zweierlei Hinsicht angepasst:¹⁵⁴ Erstens greift die Verhandlungslösung bereits, wenn vier Fünftel der nationalen Schwelle für die Arbeitnehmermitbestimmung erreicht werden. Für die grenzüberschreitende Verschmelzung galt demgegenüber bislang eine feste Grenze von 500 Arbeitnehmern (vgl. Art. 133 Abs. 2 GesR-RL a. F.). Durch die Vier-Fünftel-Regelung soll offenbar einem Missbrauch durch kurzfristige Reduktion der Arbeitnehmerzahl vor dem geplanten Formwechsel vorgebeugt werden, was eine einleuchtende Anpassung ist.¹⁵⁵

Zu begrüßen ist auch, dass die Schwelle bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung entsprechend angepasst wurde, um eine Umgehung zu verhindern.¹⁵⁶ Ein Beispiel: Hat eine deutsche Gesellschaft i. d. R. 499 Arbeitnehmer, hätte sie über die Verschmelzung mit einer zuvor gegründeten, ausländischen Gesellschaft problemlos die Vier-Fünftel-Schwelle umgehen

¹⁵³ Mückel/Götte, Unternehmensmitbestimmung und grenzüberschreitende Unternehmensmobilität: Mitbestimmungsrecht im Vorschlag für eine Richtlinie in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, BB 2018, 2036 (2040); Paefgen, „Polbud“ – Niederlassungsfreiheit als Sitzspaltungsfreiheit (Teil II), WM 2018, 1029 (1038).

¹⁵⁴ Siehe nur *EU-Kommission*, 25.4.2018, COM(2018) 241 final, S. 23 f.

¹⁵⁵ Zutreffend *Bayer/Schmidt* (Fn. 100), S. 1934; *Schmidt* (Fn. 100), S. 281; demgegenüber *Habersack* (Fn. 127) S. 501 f.; *DAV* (Fn. 123), S. 861 f.; *Noack/Kraft*, Grenzüberschreitende Unternehmensmobilität – der Richtlinienvorschlag im Company Law Package, DB 2018, 1577 (1581); auch *Junker*, Sicherung der Unternehmensmitbestimmung in der Europäischen Union: Die Europäische Kommission auf dem Holzweg, EuZA 2019, 141 (142) („Es gibt keine Vermutung für Unternehmenswachstum“).

¹⁵⁶ Dies forderten bereits *Bundesrat*, BR-Drucks. 179/18, S. 2, 11; *Brandi* (Fn. 12), S. 2632; *Hoischen*, Stellungnahme der BNotK, S. 20, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2018/Downloads/06182018_Stellungnahme_Bundesnotarkammer_Digitalisierungs-und-UmwandlungsRL.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 11.7.2021); *Knäier* (Fn. 12), S. 622. Die Kommission begründete diese Unterschiede mit vermeintlich „höhere[n] Risiken“ des grenzüberschreitenden Formwechsels in ihrer Stellungnahme v. 21.1.2019, C(2019), 114 final, S. 2.

können. Für die Unternehmen eröffnet die Vorschrift jedoch eine andere Umgehungstaktik. Wird eine Gesellschaft vor Erreichen der Vier-Fünftel-Schwelle umgewandelt, und lässt sie die Verhandlungen bewusst scheitern, so wird die derzeitige, nicht vorhandene Mitbestimmung wegen des Vorher-Nachher-Prinzips der Auffanglösung auf ewig eingefroren.¹⁵⁷ Genau an dieser Stelle hatte noch der Vorschlag des Europäischen Parlaments angesetzt:¹⁵⁸ Ab einem Schwellenwert von 50 Arbeitnehmern sollten zwei Arbeitnehmervertreter im Leitungs- bzw. Verwaltungsorgan sitzen, ab 250 Arbeitnehmern ein Drittel und ab 1000 Arbeitnehmern die Hälfte. Durch einen solchen sogenannten *Mitbestimmungs-Escalator* würden die Lücken der SE-Auffanglösung effektiv beseitigt.

Zweitens wird die Verhandlungslösung stets zwingend vorausgesetzt, d. h. es gibt keine Möglichkeit der Parteien, ohne vorherige Verhandlung unmittelbar die Auffanglösung als anwendbar zu erklären. Diese Möglichkeit besteht aber bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung (vgl. Art. 133 Abs. 4 lit. a GesR-RL). Auch diese Abweichung vermag nicht zu überzeugen. Denn gerade diese Option war einer der Fortschritte gegenüber dem „starrten“ SE-Modell und ist ein wichtiges Instrument, um die Umstrukturierung kostengünstig und zügig zur Eintragung zu bringen.¹⁵⁹ Der Vorschlag forciert nun kostenintensive und zeitaufwendige Verhandlungen, selbst wenn eine Vereinbarung von vornherein aussichtslos ist.¹⁶⁰

¹⁵⁷ DGB (Fn. 8), S. 6 f.; Hoffmann, Mitbestimmungsfreie Gesellschaften deutschen Rechts durch grenzüberschreitenden Formwechsel?, EuZW 2018, 785 (786); ders./Vitols, Stellungnahme des ETUI, S. 3, abrufbar unter: <https://www.etui.org/sites/default/files/Policy%20Brief%20EU%20company%20law%20package%20Hoffmann%20Vitols%20Policy%20Brief%202018.11.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021); Lay (Fn. 122), S. 1906; Selent, Die Mitbestimmung nach dem Company Law Package aus Perspektive des deutschen Kompromissvorschlags zur europäischen Mitbestimmung, NZG 2018, 1171 (1177 f.); Stelmaszczyk (Fn. 124), S. 2446 (der in dem Fehlen einer dynamischen Auffangregelung ein Redaktionsversehen sieht). Relativierend Pütz, Die Unternehmensmitbestimmung nach dem „Company Law Package“ der EU – Erste Überlegungen zur Umsetzung der neugefassten Mobilitäts-Richtlinie (EU) 2017/1132 in das deutsche Recht, AG 2020, 117 (123), der auf eine konsequente Anwendung des Art. 86l Abs. 4 lit. a RL verweist.

¹⁵⁸ Vgl. Art. 86l Abs. 3 lit. g des Änderungsvorschlags v. 9.1.2019, A8-0002/2019, S. 119.

¹⁵⁹ Bayer/Schmidt (Fn. 100), S. 1934; Schmidt (Fn. 100), S. 281; Habersack, in: Habersack/Henssler, Kommentar zum Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2018, § 23 MgVG Rn. 3.

¹⁶⁰ Bungert/Wansleben (Fn. 134), S. 2103; Habersack (Fn. 127), S. 501 f.; Mückl/Götte (Fn. 153), S. 2040 f.; Schmidt (Fn. 100), S. 281; Stelmaszczyk (Fn. 124), S. 2446.

Insofern ist die Richtlinie nicht in der Lage, einen angemessenen Arbeitnehmerschutz zu gewährleisten.

V. Missbrauchskontrolle

1. Vorschriften der Umwandlungsrichtlinie

Flankiert wird der Schutz der Stakeholder durch eine allgemeine Missbrauchskontrolle. So darf eine Vorabbescheinigung nach Art. 86m Abs. 8 RL nicht ausgestellt werden, wenn im Einklang mit dem nationalen Recht festgestellt wird, dass ein grenzüberschreitender Formwechsel zu „missbräuchlichen oder betrügerischen Zwecken vorgenommen werden soll, die dazu führen oder führen sollen, sich Unionsrecht oder nationalem Recht zu entziehen oder es zu umgehen“. Was konkret unter „missbräuchlichen oder betrügerischen Zwecken“ zu verstehen ist, lässt die Richtlinie aber offen.

Dieses Konzept einer Missbrauchskontrolle ist seinerseits kein rechtliches Novum. Die Kommission hatte sich in ihrem Entwurf auf eine Entscheidung des *EuGH* vom 12.9.2006 in der Rechtssache *Cadbury-Schweppes* berufen.¹⁶¹ Darin erklärt der *EuGH*, dass eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit mit Gründen der Bekämpfung missbräuchlicher Praktiken nur gerechtfertigt sei, wenn „rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltungen“ zur Steuervermeidung unterbunden werden sollen.¹⁶² Zwar wurde der Begriff der „künstlichen Gestaltung“ in der Richtlinie gestrichen, jedoch wird durch den allgemein gefassten Missbrauchsvorbehalt lediglich kodifiziert, was ohnehin ständige Rechtsprechung des *EuGH* ist.¹⁶³

Da es sich hierbei um eine Ausnahme von der Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften aus Artt. 49, 54 AEUV handelt, muss die Bestimmung eng ausgelegt werden und auf einer Prüfung des Einzelfalls unter Berücksichtigung aller relevanten Tatsachen und Umständen beruhen.¹⁶⁴ Zu berücksichtigen sind etwa die Merkmale der Niederlassung, insbesondere der Zweck, die Branche und die Investition, die Zahl und der gewöhnliche Arbeitsort der Arbeitnehmer,

¹⁶¹ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes* ./ *Commissioners of Inland Revenue*.
¹⁶² *Ebd.*, Rn. 55.

¹⁶³ Siehe nur *EuGH*, Urt. v. 9.3.1999, C-212/97, *Centros Ltd.*, Rn. 18 und 24; Urt. v. 30.9.2003, C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam* ./ *Inspire Art Ltd*, Rn. 98; Urt. v. 25.10.2017, C-106/16, *Polbud* ./ *Wykonawstwo sp. z o.o.*, Rn. 39. Zum unionsautonomen Missbrauchsbegriff näher *Bayer/Schmidt* (Fn. 100), S. 1930 f.; *Stelmaszczyk* (Fn. 13), S. 72 ff.

¹⁶⁴ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 36. In diesem Sinne auch *Schmidt* (Fn. 13), S. 577 („nur eine *ultima ratio*“).

sowie etwaige Geschäftsrisiken im Zu- und Wegzugsstaat.¹⁶⁵ Diese Merkmale dienen hingegen lediglich als Anhaltspunkte und sollten nicht isoliert betrachtet werden.¹⁶⁶

Die Prüfung erfolgt durch die „zuständige Behörde“ des Wegzugsstaats, die gemäß Art. 86m Abs. 1 UAbs. 1 RL von den Mitgliedstaaten benannt wird. In Deutschland wäre hierfür wohl das Handelsregister zuständig.¹⁶⁷ Die Behörde wird auf Antrag der Gesellschaft tätig, die den Formwechsel beabsichtigt. Sie hat gemäß Art. 86m Abs. 7 RL innerhalb von drei Monaten nach Erhalt der erforderlichen Dokumente zu entscheiden, ob alle Voraussetzungen erfüllt sind und stellt bejahendenfalls eine Vorabbescheinigung aus. Hat sie jedoch „ernste Bedenken“, ob es sich bei dem geplanten Formwechsel um eine missbräuchliche Gestaltung handelt, so *muss* sie zusätzliche Ermittlungen durchführen und kann den Prüfungszeitraum um maximal drei weitere Monate verlängern (Art. 86m Abs. 9 und 10 RL).

2. Bewertung

Das Konzept einer allgemeinen Missbrauchskontrolle dient dem Schutz aller Stakeholder. Dadurch soll offenbar die Konstellation der eingangs genannten Briefkastenfirmen erfasst werden, die aus betrügerischen Zwecken zum alleinigen Ziel der Rechtsumgehung gegründet werden.¹⁶⁸ Ein durchaus legitimes Ziel, dem sich die Europäische Union stellen muss. Dennoch sollte unbedingt die Verhältnismäßigkeit gewahrt werden. Abzulehnen und unionsrechtswidrig wäre jedenfalls die vereinzelt geforderte¹⁶⁹ Voraussetzung einer Einheit von Satzungs- und Verwaltungssitz.¹⁷⁰ Denn dies widerspräche klar der

¹⁶⁵ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 36.

¹⁶⁶ Vgl. Art. 86m Abs. 9 S. 1 der RL 2019/2121/EU: „nicht isoliert betrachtet“. Hierzu auch RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 36: „Alle diese Elemente sollten nur Anhaltspunkte im Rahmen der Gesamtprüfung darstellen und sollten daher nicht isoliert betrachtet werden.“

¹⁶⁷ *Brandi* (Fn. 12), S. 2632. Siehe etwa die Vorschriften zur Zuständigkeit des Handelsregisters bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung nach §§ 122k f. UmwG.

¹⁶⁸ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 35: „Insbesondere ist es wichtig, gegen „Scheingesellschaften“ oder „Strohfirmen“ vorzugehen, die gegründet werden, um sich Unionsrecht oder nationalem Recht zu entziehen, es zu umgehen oder dagegen zu verstoßen.“

¹⁶⁹ Exemplarisch der *Bundestag* zur SUP-Richtlinie unter BT-Drucks. 18/4843, S. 4 f.

¹⁷⁰ Zutreffend *Bayer/Schmidt*, Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften: Formwechsel durch isolierte Satzungssitzverlegung, ZIP 2017, 2225 (2233); *Selent* (Fn. 157), S. 1178.

Sitzaufspaltungsfreiheit aus der *Polbud*-Entscheidung, was offenbar auch die Kommission in ihrem Entwurf anerkannt hat.¹⁷¹

Man hat sich daher für eine allgemeine Missbrauchskontrolle entschieden, die sich an der Rechtsprechung des *EuGH* zur Niederlassungsfreiheit orientiert. Das bedeutet hingegen nicht, dass sich diese Figur auch als Generalklausel für eine allgemeine Missbrauchskontrolle eignet. Denn der Vorschlag enthält bereits in den Art. 86i-l RL umfassende Vorschriften zum Schutz der Stakeholder, die – soweit die angeregten Verbesserungen erfolgen – einen angemessenen Interessenausgleich gewährleisten können. Fälle eines steuerrechtlichen Missbrauchs dürften am effektivsten durch das Steuerrecht bekämpft werden.¹⁷²

Darüber hinaus bleibt trotz der vorgeschlagenen Indizien unklar, was konkret unter „missbräuchlichen oder betrügerischen Zwecken“ zu verstehen ist.¹⁷³ Die Vorschrift öffnet sprichwörtlich die *Büchse der Pandora* für subjektive Wertungen, was eine untragbare Rechtsunsicherheit schafft und die Behörden vor eine Mammutaufgabe stellt.¹⁷⁴ Zu begrüßen ist jedoch zumindest, dass die Missbrauchskontrolle auf alle Umwandlungsarten ausgeweitet wurde (Art. 127, Art. 160m RL). Die Unternehmen hätten sonst dazu verleitet sein können, auf die grenzüberschreitende Verschmelzung zurückzugreifen, da hierfür – ohne ersichtlichen Grund – keine entsprechende Missbrauchskontrolle im Entwurf der Kommission vorgesehen war.¹⁷⁵

¹⁷¹ Siehe *EU-Kommission*, 25.4.2018, COM(2018) 241 final, S. 24. Eine entsprechende Feststellung in der endgültigen Fassung der Richtlinie fehlt jedoch.

¹⁷² *Brandi* (Fn. 12), S. 2633; *DAV* (Fn. 123), S. 858; *Kelm* (Fn. 12), S. 2 f. Kritisch bezüglich der Übertragbarkeit der Rechtsprechung des *EuGH* etwa *Bungert/Wansleben* (Fn. 134), S. 2100; *Behme*, Europäisches Umwandlungsrecht – Stand und Perspektiven, ZHR 182 (2018), 32 (58).

¹⁷³ In diesem Sinne auch *Bayer/Schmidt* (Fn. 100), S. 1931; *Bungert/Becker*, Der finale EU-Richtlinienentwurf zu grenzüberschreitenden Formwechseln, Verschmelzungen und Spaltungen, DB 2019, 1609, 1616 f.; *Heckschen*, Das Company Law Package und die Auswirkungen für das Notariat, NotBZ 2020, 241 (245); *Lay* (Fn. 122), S. 1907; *Stelmaszczyk* (Fn. 13), S. 72. Kritisch zum Entwurf der Kommission bereits *Brandi* (Fn. 12), S. 2632 f.; *Bundesrat*, BR-Drucks. 179/18, S. 5; *DAV* (Fn. 123), S. 858; *DGB* (Fn. 8), S. 10; *Schmidt* (Fn. 100), S. 276; *Schollmeyer*, Die „künstliche Gestaltung“ – der Herr Tur Tur unter den Rechtsfiguren, NZG 2018, 977 (978); demgegenüber wohl *Noack/Kraft* (Fn. 155), S. 1580.

¹⁷⁴ Zum Entwurf der Kommission bereits *Vossius* (Fn. 100), S. 30 f.; *Wicke* (Fn. 41), S. 2704.

¹⁷⁵ Kritisch bereits *DAV* (Fn. 123), S. 858; *Hoffmann/Vitols* (Fn. 157), S. 3; *Hoischen* (Fn. 156), S. 14; *Schmidt* (Fn. 100), S. 276; *Stelmaszczyk* (Fn. 13), S. 71.

Einen Schritt in die falsche Richtung ging der Vorstoß des Europäischen Parlaments, der die Gesellschaft dazu verpflichten wollte, die Ausübung einer „wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit“ mittels einer dauerhaften, festen Einrichtung im Zuzugsstaat (*genuine link*) zu belegen.¹⁷⁶ Ein solches realwirtschaftliches Erfordernis hatte der *EuGH* noch selbst mittels *obiter dictum* in seiner *VALE*-Entscheidung gefordert.¹⁷⁷ Faktisch soll hierdurch eine Gleichsetzung von Satzungs- und Verwaltungssitz erreicht werden,¹⁷⁸ was mit der jüngsten Entscheidung des *EuGH* zur Sitzaufspaltung in der Sache *Polbud* unvereinbar erscheint. Das Erfordernis eines *genuine link* ist insofern abzulehnen.¹⁷⁹ Richtigerweise wurde daher in der endgültigen Fassung der Richtlinie auf ein solches Erfordernis verzichtet. Dennoch findet sich auch dort der Hinweis, dass die Behörde einen Missbrauch oder Betrug ablehnen soll, wenn die Gesellschaft in dem Zuzugsstaat den Ort ihrer tatsächlichen Verwaltung oder wirtschaftlichen Tätigkeit hat.¹⁸⁰ Dies darf nicht dazu führen, dass das eigentlich gestrichene *genuine link*-Erfordernis durch die Hintertür wieder eingeführt wird.¹⁸¹

G. Fazit

Die Zielsetzung der Umwandlungsrichtlinie stimmt.¹⁸² Die Europäische Union muss energisch gegen Briefkastenfirmen vorgehen und darf nicht lediglich passiv zuschauen, wie die schutzwürdigen Interessen der Stakeholder und Steuereinnahmen durch missbräuchliche Konstruktionen umgangen werden. Der Schutz der Stakeholder ist jedoch keine regulatorische Einbahnstraße,

¹⁷⁶ Vgl. Art. 1a Abs. 17 des Änderungsvorschlags v. 9.1.2019, A8-0002/2019, S. 83 f.

¹⁷⁷ *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012, C-378/10, *VALE Építési kft*, Rn. 34 m. w. N.

¹⁷⁸ Siehe Erwägungsgrund 3 des Änderungsvorschlags v. 9.1.2019, A8-0002/2019, S. 11.

¹⁷⁹ Zutreffend *Bayer/Schmidt* (Fn. 100), S. 1927 („klar primärrechtswidrig“); *Behme* (Fn. 172), S. 61; *Mörsdorf* (Fn. 100), S. 148; *Oechsler*, Die *Polbud*-Entscheidung und die Sitzverlegung der SE, ZIP 2018, 1269 (1270); *Paefgen* (Fn. 38), S. 984; in diesem Sinne wohl auch *BGH*, NJW 2011, 3372 Rn. 19; demgegenüber *Bormann/Stelmaszczyk* (Fn. 12), S. 362; *Bundesrat*, BR-Drucks. 179/18, S. 5; *Hoischen* (Fn. 156), S. 15 f.; *Wicke* (Fn. 41), S. 2704 f.; relativierend *Schollmeyer* (Fn. 39), S. 200 („nur eine theoretische Überlegung“).

¹⁸⁰ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 36.

¹⁸¹ Zutreffend *Bayer/Schmidt* (Fn. 100), S. 1930 („gesamte *EuGH*-Judikatur seit *Centros* konterkariert“); *Bungert/Becker* (Fn. 173), S. 1614; *Heckschen* (Fn. 173), S. 245; *Kraft*, „Grenzüberschreitende Vorhaben“ nach Annahme der Mobilitätsrichtlinie durch das Europäische Parlament, BB 2019, 1864 (1867); *Luy* (Fn. 122), S. 1907; *Stelmaszczyk* (Fn. 13), S. 73.

¹⁸² *Bayer/Schmidt* (Fn. 100), S. 1926 sprechen sogar von einem „echten Meilenstein“ für das Unternehmensrecht, für den allen am Legislativverfahren Beteiligten „großen Applaus“ gebühre; in diesem Sinne auch *Kraft* (Fn. 181), S. 1868; *Luy* (Fn. 122), S. 1910; *Stelmaszczyk* (Fn. 13), S. 75.

sondern erfordert stets einen angemessenen Ausgleich mit der Niederlassungsfreiheit und den Mobilitätsinteressen der Unternehmen.

Überzeugen kann die Richtlinie mit den Vorschriften zum Schutz der Gesellschafter und Gläubiger, die – wenn auch im Detail verbesserungswürdig – einen solchen Interessenausgleich dem Grunde nach gewährleisten. Enttäuschend ist hingegen der Ausblick für die Arbeitnehmer und ihre Mitbestimmung. Es ist zwar begrüßenswert, dass sich die Europäische Union überhaupt diesem rechtspolitisch heiklen Thema gestellt hat.¹⁸³ Dennoch schaffen die Vorschriften gravierende Schutzlücken, die allesamt hausgemacht sind und offenbar aus politischem Widerstand nur teilweise in der endgültigen Fassung der Richtlinie behoben wurden.

Abzulehnen ist auch der Vorstoß einer allgemeinen Missbrauchsklausel, der sich in der endgültigen Fassung der Richtlinie wiederfindet. Anstelle einer „künstlichen Gestaltung“ ist nun von „missbräuchlichen oder betrügerischen Zwecken“ die Rede. Ein unbestimmter Begriff wird kurzerhand durch einen neuen ersetzt. Hierin steckt der leise Vorwurf des Rechtsmissbrauchs, was die angestrebte Rechtssicherheit konterkariert und nicht gerade vom Vertrauen in die Unternehmen zeugt.¹⁸⁴ Die Missbrauchsklausel sollte daher ersatzlos gestrichen und durch die vorgeschlagenen Verbesserungen bei den Schutzvorschriften der Stakeholder kompensiert werden.

Da die endgültige Fassung der Umwandlungsrichtlinie bereits in Kraft getreten ist, lassen sich diese Korrekturwünsche zwar nicht mehr im Text der Richtlinie vornehmen. Dennoch können die Mitgliedstaaten durch eine sachgerechte Ausübung der Mitgliedstaatenoptionen manche Mängel in der Umsetzung beheben.¹⁸⁵ Ferner ist zu hoffen, dass der *EuGH* in der gerichtlichen Kontrolle die in der *Polbud*-Entscheidung aufgestellten Grundsätze konsequent anwendet.¹⁸⁶ Schließlich wäre mittel- bis langfristig eine stärkere Harmonisierung der unterschiedlichen nationalen Schutzniveaus wünschenswert. Denn es gilt: Je

¹⁸³ So auch die bewusst überspitzte Aussage von *Selent* (Fn. 157), S. 1178: „Das Wesentliche vorweg: Die EU hat in ihrem RL-E an die Mitbestimmung gedacht!“.

¹⁸⁴ Zutreffend *Jung*, EU Company Law Package – Ein Upgrade?, GPR 2018, 157 (157) zu dem Vorschlag der Kommission.

¹⁸⁵ In diesem Sinne auch *Stelmaszczyk* (Fn. 13), S. 76 (der jedoch relativierend auf einige unbehebbar Mängel hinweist). Zu den zahlreichen Mitgliedstaatenoptionen näher *Heckschen* (Fn. 173), S. 245.

¹⁸⁶ Zu den Grundsätzen des *Polbud*-Urteils des *EuGH* siehe oben **C. III.**

einheitlicher die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, desto geringer der Anreiz für Rechtsumgehung und Steuervermeidung.