

Mitbestimmungsschutz bei grenzüberschreitenden Umwandlungen

Stellungnahme zum „Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie“

Öffentliche Anhörung im Bundestags-Rechtausschuss am 7. November 2022

Inhaltsübersicht

I. Verknüpfung von Mitbestimmung und anwendbarem Gesellschaftsrecht	2
II. Europäischer Mitbestimmungsschutz	3
1. Verhandlungslösung mit Vorher-Nachher-Prinzip	3
2. Entstehungsgeschichte der Umwandlungsrichtlinie	4
3. Regelung in der verabschiedeten Umwandlungsrichtlinie	4
4. Umsetzung der EU-Vorgaben im RegE	5
III. Verweigerung der Vorabbescheinigung	6
1. Missbrauchsprüfung	6
a) Der europäische Missbrauchs begriff laut EuGH	6
b) Wahl einer anderen Gesellschaftsrechtsordnung	6
c) Schutz der Rechtspositionen Dritter im Wegzugsstaat	7
d) Missbräuchlicher Zweck	8
2. Verhältnismäßigkeit und Verfahrensregeln	8
IV. Abschließende Bewertung	9
1. Ausgestaltung der Missbrauchsprüfung	9
2. Alternative Vermeidungswege	9
3. Mitbestimmungsreform und -erstreckung	10

I. Verknüpfung von Mitbestimmung und anwendbarem Gesellschaftsrecht

Die Richtlinie, um deren Umsetzung es beim vorliegenden Gesetz geht (sog. Umwandlungsrichtlinie),¹ erfasst verschiedene Formen der grenzüberschreitenden Umwandlung: Den grenzüberschreitenden Formwechsel (in der Richtlinie „Umwandlung“ genannt), die grenzüberschreitende Verschmelzung und die grenzüberschreitende Spaltung.

Bereits in der Konzeptionsphase der EU-Richtlinie stand die Frage im Raum, wie bei derartigen grenzüberschreitenden Umwandlungen eine Umgehung der nationalen Mitbestimmungsregeln verhindert werden könne.² Unter *Mitbestimmung* sind dabei die Regelungen zu verstehen, die den Arbeitnehmern das Recht gewähren, einen Teil der Mitglieder des Aufsichtsrates zu bestellen (in Deutschland geregelt im Drittelbeteiligungsgesetz und im Mitbestimmungsgesetz).

Die Mitbestimmungsregeln sind *Teil des Gesellschaftsrechts*, da sie die Zusammensetzung des Aufsichtsrats als Gesellschaftsorgan betreffen. Die grenzüberschreitende Umwandlung wiederum impliziert eine *Änderung des anwendbaren Gesellschaftsrechts*. Beispielsweise wird durch den grenzüberschreitenden Formwechsel eine GmbH oder AG deutschen Rechts, die dem deutschen Mitbestimmungsrecht unterliegt, zu einer Gesellschaft ausländischen Rechts, deren Mitbestimmungsregeln dem ausländischen Recht zu entnehmen wären. Da viele EU-Rechtsordnungen eine dem deutschen Recht vergleichbare Mitbestimmung nicht kennen, könnte eine grenzüberschreitende Umwandlung dazu führen, dass in Deutschland tätige Arbeitnehmer nach Durchführung der grenzüberschreitenden Umwandlung keine Mitbestimmungsrechte mehr genießen.

Die Sorge, dass dies ausgenutzt werden könnte, erscheint nicht ganz unbegründet. In empirischer Hinsicht ist festzustellen, dass deutsche Unternehmen mitunter Rechtsformen wählen, auf die das deutsche Mitbestimmungsrecht keine Anwendung findet.³ Dazu gehören ausländische Rechtsformen, nicht selten als Komplementärin einer Kapitalgesellschaft & Co. KG eingesetzt, oder auch die Europäische Aktiengesellschaft (SE). Ob dies in jedem Einzelfall einer bewussten Mitbestimmungsvermeidung dient oder die Rechtsform um ihrer selbst willen gewählt wurde, weil sie im Vergleich zum deutschen Gesellschaftsrecht besondere Vorteile bietet, lässt sich den einschlägigen Statistiken nicht entnehmen.

Andererseits gibt es in der EU nicht wenige Staaten, die ebenso wie Deutschland den Arbeitnehmern Bestellungsrechte für Unternehmensorgane gewähren (z.B. Österreich oder die skandinavischen Staaten) und – soweit ersichtlich – keine Erosion der Mitbestimmung, wie sie in Deutschland beklagt wird, erleben. Die Ursachen für die geschilderte Entwicklung dürften also zumindest teilweise auch im deutschen Mitbestimmungssystem begründet liegen, das gerade im Bereich der vollen Parität vielfach als reformbedürftig angesehen wird. Darauf soll in der abschließenden Bewertung (unter IV.) zurückgekommen werden.

¹ Richtlinie (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen.

² Zu den vorbereitend in der „Informal Company Law Expert Group“ erörterten gesetzgeberischen Gestaltungsmöglichkeiten *Teichmann*, FS Hopt, 2020, S. 1255 ff.

³ Vgl. insoweit die Stellungnahme von Herrn *Thannisch* für den DGB (dort S. 2-4).

II. Europäischer Mitbestimmungsschutz

1. Verhandlungslösung mit Vorher-Nachher-Prinzip

Auf europäischer Ebene hat sich für den Bestandsschutz von Mitbestimmung eine Verhandlungslösung etabliert, die mit dem sog. Vorher-Nachher-Prinzip kombiniert wird. Erstmals wurde dieses Modell in der *SE-Richtlinie 2001* geregelt, dessen Regelungen im deutschen SE-Beteiligungsgesetz umgesetzt wurden. Dasselbe Modell wurde dann – mit gewissen Modifikationen – 2005 in die Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung übernommen und findet sich nunmehr in der 2019 verabschiedeten Umwandlungsrichtlinie, die in weitem Umfang auf die Vorschriften der SE-Richtlinie verweist.

In groben Zügen geht es dem EU-Gesetzgeber darum, bei grenzüberschreitenden Strukturmaßnahmen (SE-Gründung oder grenzüberschreitende Umwandlung) Verhandlungen zu etablieren, an denen die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter aus allen betroffenen EU-Mitgliedstaaten beteiligt sind. Hierfür entsendet die Belegschaft aus allen beteiligten Mitgliedstaaten Vertreter in ein sog. *Besonderes Verhandlungsgremium* der Arbeitnehmer, das gemeinsam mit der Unternehmensleitung eine Vereinbarung über die Modalitäten der Mitbestimmung abschließen kann. Eine solche „Internationalisierung“ der Mitbestimmung bietet einen Mehrwert gegenüber dem nationalen Recht, das bekanntlich nur den in Deutschland tätigen Arbeitnehmern das aktive und passive Wahlrecht gewährt.⁴ Außerdem schafft die Verhandlungslösung die rechtliche Grundlage dafür, die Mitbestimmungsmodelle verschiedener Länder zu kombinieren.

In diesem Sinne finden bei der Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft (SE) *Verhandlungen* statt, in deren Rahmen die Beteiligten das für ihre Gesellschaft anwendbare Mitbestimmungsmodell weitgehend frei ausgestalten können (vgl. § 21 SE-Beteiligungsgesetz).⁵ Bei einer grenzüberschreitenden Umwandlung finden Verhandlungen nicht in jedem Fall statt, sondern nur dann, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen (u.a. Überschreiten von 4/5 des nationalen Schwellenwertes für Mitbestimmung). Sofern die Verhandlungen zu einer Beteiligungsvereinbarung führen, gilt der Inhalt der Vereinbarung. Sollten die Verhandlungen scheitern, greift die gesetzliche Auffangregelung, die dem sog. *Vorher-Nachher-Prinzip* folgt: Die Zahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der Gesellschaft bemisst sich nach dem Sitzanteil, der vorher in der nationalen Ausgangsgesellschaft galt (§§ 34 ff. SE-Beteiligungsgesetz). Daraus resultiert ein Bestandsschutz des Mitbestimmungsniveaus, wie es im Zeitpunkt der SE-Gründung (oder der grenzüberschreitenden Umwandlung) existiert.

Allerdings gilt für eine SE dann nicht mehr das nationale Mitbestimmungsrecht (§ 47 Abs. 1 Nr. 1 SE-Beteiligungsgesetz). Die Mitbestimmung in der SE folgt stattdessen entweder der SE-Beteiligungsvereinbarung oder den gesetzlichen Auffangregelungen. Diese Bestimmungen sichern zwar den *Status Quo*, der im Zeitpunkt der SE-Gründung existiert. Sie regeln aber kein dynamisches Wachstum der Mitbestimmung, wenn die Belegschaft des Unternehmens später anwächst. Dieser Effekt wird auch als „*Einfrieren*“ der Mitbestimmung bezeichnet. Beispielsweise bleibt es in einer SE, die im Gründungsstadium die Drittelparität übernommen hat, auch dann bei der Drittelparität, wenn sie später die für das Mitbestimmungsgesetz relevante Schwelle von 2.000 Arbeitnehmern überschreitet.

⁴ Die Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem Unionsrecht hat der Europäische Gerichtshof in der *Erzberger/TUI*-Entscheidung bestätigt (Rs. C-566/15, Urteil vom 18. Juli 2017).

⁵ Handelt es sich um die bloße Umwandlung einer nationalen AG in eine SE ist die Gestaltungsfreiheit jedoch begrenzt. So muss weiterhin ein getrennter Wahlgang für von den Gewerkschaften vorgeschlagene Arbeitnehmervertreter durchgeführt werden (so im Fall SAP der EuGH, Rs. C-677/20 vom 18. Oktober 2022).

2. Entstehungsgeschichte der Umwandlungsrichtlinie

Bei Konzeption der Umwandlungsrichtlinie stand den Gesetzgebungsorganen der EU das Problem des „Einfrierens“ durchaus vor Augen. Die Europäische Kommission schlug daher vor, dass Verhandlungen über die Mitbestimmung bereits dann zu führen sind, wenn die Belegschaft 4/5 des Schwellenwertes erreicht, der im nationalen Recht die Mitbestimmung auslöst. Diese Regelung hat auch in die Endfassung der Richtlinie Eingang gefunden (vgl. Art. 86 I Abs. 2 für den grenzüberschreitenden Formwechsel). Damit soll verhindert werden, dass sich eine Gesellschaft kurz vor Erreichen des nationalen Schwellenwertes der bevorstehenden Mitbestimmung durch eine grenzüberschreitende Umwandlung entzieht.

Der Pferdefuß der 4/5-Regelung liegt darin, dass es bei einem Scheitern der Verhandlungen keine Auffanglösung gibt. Das Vorher-Nachher-Prinzip kann hier nicht helfen, da eine Gesellschaft, die erst 4/5 des mitbestimmungsrelevanten Schwellenwertes erreicht hat, nicht der Mitbestimmung unterliegt. Das Vorher-Nachher-Prinzip bedeutet in einem solchen Fall, dass es vorher keine Mitbestimmung gibt und folgerichtig auch nach der Umwandlung keine Mitbestimmung existiert. Die gesetzlich angeordnete Verhandlungspflicht droht dadurch leer zu laufen.

Als der Richtlinienentwurf in Rat und im Parlament behandelt wurde, kursierten unterschiedliche Vorschläge, um das Problem des Leerlaufens der Verhandlungen im Sinne eines besseren Mitbestimmungsschutzes zu lösen.⁶ Das Europäische Parlament wollte in der Richtlinie eine eigenständige Auffanglösung regeln, die bereits ab 50 Arbeitnehmer eine Mitbestimmung mit zwei Arbeitnehmervertretern eingeführt hätte.⁷ Das Parlament schlug außerdem eine Nachverhandlungspflicht vor, die eingreifen sollte, wenn die Gesellschaft innerhalb von sechs Monaten nach der Umwandlung eine mitbestimmungsrelevante Schwelle des Wegzugsstaates überschreitet.⁸ Zu guter Letzt wollte das Parlament auch erreichen, dass mit dem satzungsmäßigen Sitz immer auch der Verwaltungssitz verlegt werden müsse. Diese Kumulation von Schutzinstrumenten war unter den im Rat vertretenen Mitgliedstaaten nicht mehrheitsfähig. Dort wurde vorgeschlagen, Verhandlungen erst ab einem Schwellenwert von 500 Arbeitnehmern beginnen zu lassen. Dies entspricht der Regelung, die schon immer für die grenzüberschreitende Verschmelzung galt.

3. Regelung in der verabschiedeten Umwandlungsrichtlinie

Im letztlich verabschiedeten Text der Umwandlungsrichtlinie findet sich wieder der 4/5-Wert, den schon die Europäische Kommission vorgeschlagen hatte. Es fehlt allerdings jegliche Auffanglösung, so dass die eingangs erwähnte Problematik bestehen bleibt: Welchen Anreiz soll ein Unternehmen haben, ernsthafte Verhandlungen über die Mitbestimmung zu führen, wenn bei einem Scheitern der Verhandlungen die Auffanglösung darin besteht, dass es keine Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan gibt?

Die Bedenken, die im Zuge der Entstehungsgeschichte diskutiert wurden, haben zu keiner Regelung in der Richtlinie geführt und schlagen sich heute nur noch in den Erwägungsgründen nieder: Gemäß Erwägungsgrund 32 „spielen der Schutz und die Förderung der Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer im Verwaltungs- und Aufsichtsorgan einer Gesellschaft eine wichtige Rolle“. Weiter heißt es: „Deshalb ist der *erfolgreiche Abschluss von Verhandlungen* über Mitbestimmungsrechte im Kontext grenzüberschreitender Vorhaben entscheidend und sollte gefördert werden.“⁹ Weiterhin

⁶ Ausführlich zu diesem Aspekt der Entstehungsgeschichte *Teichmann*, FS Windbichler, 2020, S. 396 ff.

⁷ Weitere Schwellenwerte sollten 250 Arbeitnehmer (ein Drittel der Sitze) und 1.000 Arbeitnehmer (die Hälfte der Sitze) sein. Vgl. *Teichmann*, FS Windbichler, 2020, S. 396, 406.

⁸ Vgl. *Teichmann*, FS Windbichler, 2020, S. 396, 407.

⁹ Kursive Vorhebung durch *Verf.*

solle, so Erwägungsgrund 35, gegen „Scheingesellschaften“ oder „Strohgesellschaften“ vorgegangen werden, die gegründet werden, um sich Unionsrecht oder nationalem Recht zu entziehen, es zu umgehen oder dagegen zu verstoßen.

Das verfahrensrechtliche Scharnier, um gegen missbräuchliche Umwandlungen vorzugehen, bildet die sog. *Vorabbescheinigung*. Mit ihr kann die wegziehende Gesellschaft belegen, „dass alle einschlägigen Voraussetzungen erfüllt und alle Verfahren und Formalitäten im Wegzugsmitgliedstaat ordnungsgemäß erledigt sind“ (Art. 86m Abs. 1 für den Formwechsel, vergleichbar Art. 127 Abs. 1 für die Verschmelzung und Art. 160m Abs. 1 für die Spaltung). Den Behörden im Zuzugsstaat dient die Vorabbescheinigung als Nachweis des ordnungsgemäß durchgeführten Verfahrens im Wegzugsstaat (Art. 86o Abs. 5 für den Formwechsel, vergleichbar Art. 128 Abs. 5 für die Verschmelzung und Art. 160o Abs. 5 für die Spaltung).

Die Ausstellung der Vorabbescheinigung steht unter einem ausdrücklichen Missbrauchsvorbehalt: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständige Behörde keine Vorabbescheinigung ausstellt, wenn im Einklang mit dem nationalen Recht festgestellt wird, dass eine grenzüberschreitende Umwandlung zu missbräuchlichen oder betrügerischen Zwecken, die dazu führen oder führen sollen, sich Unionsrecht oder nationalem Recht zu entziehen oder es zu umgehen, oder zu kriminellen Zwecken vorgenommen werden soll.“ (Art. 86m Abs. 8 für den Formwechsel, vergleichbar Art. 127 Abs. 8 für die Verschmelzung und Art. 160m Abs. 8 für die Spaltung).

4. Umsetzung der EU-Vorgaben im RegE

Der Regierungsentwurf folgt dieser Richtlinienvorgabe. Die Missbrauchsklausel der Richtlinie wurde zu diesem Zweck wörtlich übernommen. Sie findet sich in § 316 Abs. 3 UmwG-E für die grenzüberschreitende Verschmelzung:¹⁰ „Beim Vorliegen von Anhaltspunkten prüft das Gericht, ob die grenzüberschreitende Verschmelzung zu missbräuchlichen oder betrügerischen Zwecken, die dazu führen oder führen sollen, sich Unionsrecht oder nationalem Recht zu entziehen oder es zu umgehen, oder zu kriminellen Zwecken vorgenommen werden soll. Liegen solche Zwecke vor, so lehnt es die Eintragung gemäß Absatz 1 ab. Ist es für die Prüfung notwendig, zusätzliche Informationen zu berücksichtigen oder zusätzliche Ermittlungen durchzuführen, so kann die in Absatz 1 Satz 1 vorgesehene Frist um höchstens drei Monate verlängert werden.“

Unionsrechtlich unzulässig wäre es, die Vorabbescheinigung immer dann zu versagen, wenn keine Verhandlungen über die Mitbestimmung durchgeführt worden sind.¹¹ Denn Verhandlungen sind nach der ausdrücklichen Vorgabe der Umwandlungsrichtlinie nicht in jedem Fall der Umwandlung durchzuführen. Stattdessen sind klar definierte Konstellationen geregelt, in denen Verhandlungen durchgeführt werden müssen (vgl. Art. 86l Abs. 2 für den grenzüberschreitenden Formwechsel).

¹⁰ Vgl. die Parallelnormen § 329 i.V.m. 316 Abs. 3 UmwG-E für die grenzüberschreitende Spaltung und § 343 Abs. 3 UmwG-E für den grenzüberschreitenden Formwechsel.

¹¹ So aber offenbar der Vorschlag des DGB, Stellungnahme vom 5.9.2022, S. 7.

III. Verweigerung der Vorabbescheinigung

Der Dreh- und Angelpunkt bei der Vermeidung missbräuchlicher grenzüberschreitender Umwandlungen ist die Erteilung der Vorabbescheinigung, ohne die eine Eintragung im Zuzugsstaat nicht erfolgen kann. Bei missbräuchlichen Umwandlungen ist diese Bescheinigung zu versagen. Die Frage besteht allerdings darin, was unter Missbrauch genau zu verstehen ist.

1. Missbrauchsprüfung

a) Der europäische Missbrauchs begriff laut EuGH

Der Begriff des Rechtsmissbrauchs hat im Unionsrecht eine lange Tradition, die in allen Rechtsgebieten verankert ist, namentlich im Steuerrecht.¹² Als Definition des Missbrauchs hat sich in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) eine Definition herauskristallisiert, die für die Mobilitätsrichtlinie fruchtbar gemacht werden kann¹³: Der Vorwurf des Missbrauchs ergibt sich daraus, dass ein bestimmtes Verhalten zwar die *formalen Voraussetzungen* einer Norm erfüllt, dadurch allerdings ein Vorteil erlangt wird, der nicht dem *Ziel der Regelung* entspricht. Darüber hinaus fordert der Europäische Gerichtshof ein *subjektives Element*, das in der Absicht liegt, sich einen Vorteil dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden. Es genügt, wenn das vorwerfbare Ziel den Hauptzweck einer bestimmten Transaktion darstellt, es muss nicht der einzige Zweck sein. Bei einem Vorliegen bestimmter objektiver Anhaltspunkte wird das subjektive Element regelmäßig vermutet.

Überträgt man dies auf die Fälle der grenzüberschreitenden Umwandlung, so bleibt festzuhalten: Missbräuchliches Verhalten ist im Ausgangspunkt ein Verhalten, das formal betrachtet keinen Rechtsverstoß aufweist. Es wird also im Kontext der grenzüberschreitenden Umwandlung um Fälle gehen, in denen eine Gesellschaft die Verfahrensregeln des Umwandlungsgesetzes korrekt eingehalten hat. Der Vorwurf missbräuchlichen Verhaltens bedarf angesichts dessen einer *besonderen Begründung*. Nach dem Wortlaut der Norm liegt sie darin, dass sich die Gesellschaft Unionsrecht oder nationalem Recht entzieht oder es umgeht und dies auch der Zielsetzung der Umwandlung entspricht.

Ein formal zulässiges Verhalten unterliegt dem Vorwurf des Missbrauchs, wenn es *Zwecke* verfolgt, die dem *Sinn und Zweck der Regelung* zuwiderlaufen. Die Richtlinie spricht hier – ebenso wie beim betrügerischen Verhalten – davon, dass die konkrete Zweckrichtung dazu führt oder dazu führen soll, sich Unionsrecht oder nationalem Recht zu entziehen oder es zu umgehen. Der Kern des Missbrauchsurteils liegt also darin, dass bestimmte Normen nach Durchführung der Umwandlung nicht mehr anwendbar sind und dies auch vom Unternehmen so gewollt war.

b) Wahl einer anderen Gesellschaftsrechtsordnung

Im Fall der grenzüberschreitenden Umwandlung ist die Zielsetzung der *Niederlassungsfreiheit* zu beachten, deren Verwirklichung die Umwandlungsrichtlinie dient. Der Sinn und Zweck der Niederlassungsfreiheit liegt auch und gerade darin, sich nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats neu organisieren zu dürfen. Dies ist der Kern der Rechtsprechungslinie von *Centros* bis *Polbud*.¹⁴ Diese Auffassung liegt auch der Richtlinie zugrunde, deren Umwandlungsverfahren stets zu einer Änderung des anwendbaren Gesellschaftsrechts führen. Die bewusste und zielgerichtete Wahl einer Rechtsordnung, die für das Unternehmen vorteilhafter erscheint als die bisherige Rechtsordnung, rechtfertigt für sich genommen keinen Missbrauchsvorwurf. Ganz im Gegenteil: Das Ziel, eine

¹² Zusammenfassend *Teichmann*, ZGR 2022, 376, 393 ff.

¹³ *Teichmann*, ZGR 2022, 376, 396.

¹⁴ EuGH, Urteil vom 9.3.1999 (*Centros*), Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459 ff.; EuGH, NJW 2017, 3639, Urt. v. 25.10.2017 – C-106/16, Rs. *Polbud*.

Änderung des anwendbaren Gesellschaftsrechts herbeizuführen, ist jeder grenzüberschreitenden Umwandlung immanent. Die Richtlinie wäre ihrer Wirksamkeit beraubt, wenn man allein aus diesem Umstand einen Missbrauchsvorwurf ableiten wollte.

Erwägungsgrund 2 bringt daher zum Ausdruck, dass die Niederlassungsfreiheit den „Anspruch einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft auf Umwandlung in eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Gesellschaft umfasst, soweit die Voraussetzungen des Rechts jenes anderen Mitgliedstaats eingehalten sind und insbesondere das Kriterium erfüllt ist, das in diesem anderen Mitgliedstaat für die Verbundenheit einer Gesellschaft mit seiner nationalen Rechtsordnung erforderlich ist.“

Auch wenn die Erwägungsgründe an anderer Stelle die Entstehung von Briefkastengesellschaften kritisch sehen (insb. EG 35), lässt sich allein daraus kein Missbrauchsvorwurf ableiten. Denn, so heißt es in Erwägungsgrund 3 zutreffend: „Laut Rechtsprechung schließt der Umstand, dass nur der satzungsmäßige Sitz, und nicht die Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung verlegt wurde, die Anwendung der Niederlassungsfreiheit nach Artikel 49 AEUV als solches nicht aus.“

Die konkreten rechtlichen Voraussetzungen, derer es bedarf, um das neue Gesellschaftsrecht zur Anwendung zu bringen, unterliegen dem Recht der einzelnen Mitgliedstaaten. Die Umwandlung steht funktional der Gründung einer Gesellschaft gleich. Soweit hierbei die Regeln des Aufnahme Staates eingehalten wurden, ist der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit – ebenso wie derjenige der Umwandlungsrichtlinie – eröffnet. Eine nationale Regelung, die allein aus dem Umstand, dass Hauptverwaltung und satzungsmäßiger Sitz auseinanderfallen, einen Missbrauch ableiten wollte, wäre daher nicht mit den unionsrechtlichen Vorgaben zu vereinbaren.

c) Schutz der Rechtspositionen Dritter im Wegzugsstaat

Der Umgehungsvorwurf kann nach alledem nicht auf der Wahl einer bestimmten Rechtsordnung beruhen, sondern allenfalls auf einer Verletzung derjenigen Interessen, die zum Zeitpunkt der Umwandlung existierten und auf Basis des bislang anwendbaren Rechts Schutz genießen. Zu erinnern ist hier an den Passus der *Centros*-Entscheidung, wonach es einer Gesellschaft nicht gestattet werden müsse, sich durch den Wechsel der Rechtsordnung ihren Verpflichtungen gegenüber inländischen privaten oder öffentlichen Gläubigern zu entziehen.¹⁵ Die freie Rechtswahl, welche die Niederlassungsfreiheit und die Richtlinie schützen, richtet sich gewissermaßen nur auf die Zukunft. Neue Gläubiger und andere Stakeholder müssen künftig damit leben, dass die Gesellschaft auf Basis einer anderen Gesellschaftsrechtsordnung tätig wird.

Demgegenüber dürfen all jene, die bereits vor der Umwandlung Ansprüche oder Anwartschaften erworben haben, prinzipiell noch auf den Schutz der bislang geltenden Rechtsregeln vertrauen. Das kommt in der Richtlinie durch vielfältige *Schutzvorkehrungen* zum Ausdruck. Zu nennen ist das Austrittsrecht der Minderheitsgesellschafter gegen Barabfindung, der besondere Schutz der Gläubiger (insb. durch Sicherheitsleistung) und das Verhandlungsverfahren zum Schutz der unternehmerischen Mitbestimmung. Es handelt sich hier in der Terminologie der Niederlassungsfreiheit um zulässige *Beschränkungen*, die einem zwingenden Allgemeinwohlinteresse dienen. Eine gezielte Umgehung dieser Schutzmechanismen wäre in aller Regel als missbräuchlich zu qualifizieren.

Der Verweis auf die von der Richtlinie explizit geschützten Interessen wirft allerdings die Frage auf, ob es nicht mit der Anwendung der konkret geregelten Schutzinstrumente sein Bewenden haben muss. Darauf ist zu antworten: Im Regelfall ja, im Ausnahmefall aber auch nicht. Zum Begriff des Missbrauchs gehört gerade, dass sich der Betroffene formal korrekt verhält, sein Verhalten aber angesichts der

¹⁵ EuGH, Urteil vom 9.3.1999 (*Centros*), Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459 ff. (Rn. 38).

Begleitumstände als missbräuchlich erscheint. Dies wiederum ist im Lichte von Sinn und Zweck der Norm zu ermitteln. Es sind Fälle denkbar, in denen eine Gesellschaft formal alle Vorgaben der Richtlinie einhält, materiell gesehen aber dennoch die von der Richtlinie intendierten Schutzinteressen verfehlt.

Hinsichtlich der Mitbestimmung könnte daher ein Missbrauch vorliegen, wenn der Schwellenwert von 4/5 der mitbestimmungsrelevanten Arbeitnehmerzahl zwar erreicht wurde, die Verhandlungen aber nicht ernsthaft betrieben werden und das einzige Ziel der Umwandlung darin besteht, sich anschließend in einer mitbestimmungsfreien Rechtsordnung wiederzufinden.¹⁶

d) Missbräuchlicher Zweck

Der missbräuchliche Zweck der Umwandlung beinhaltet – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes – ein *subjektives Element*. Die Umwandlungsmaßnahme verfolgt gerade das Ziel, sich der Anwendung bestimmter Regelungen zu entziehen und lässt sich durch andere Motive nicht plausibel erklären. Die Effekte einer potenziell nachteiligen Veränderung der Rechtsstellung von Gesellschaftern, Gläubigern oder Arbeitnehmern treten im Gesamtbild der Umstände zurück, wenn für die Umwandlung eine darüberhinausgehende plausible Motivation erkennbar ist. Das ist typischerweise der Fall, wenn die Gesellschaft im Zuzugsstaat eine nennenswerte wirtschaftliche Aktivität verfolgt oder wenn dort ein sonstiger unternehmerischer Schwerpunkt liegt, der sich beispielsweise aus einer erheblichen Zahl von dort ansässigen Kunden oder Geschäftspartnern ergeben kann.

Diese Überlegungen finden ihren Widerhall in den Erwägungsgründen. So endet Erwägungsgrund 36 mit dem Hinweis, die zuständige Behörde könne den Umstand, dass die Gesellschaft nach der Umwandlung im Zuzugsstaat den Ort ihrer tatsächlichen Verwaltung oder einer *tatsächlichen wirtschaftlichen Aktivität* hat, als Anzeichen dafür nehmen, dass keine Umstände vorliegen, die zu einem Missbrauch oder Betrug führen. Die Entstehung einer bloßen Briefkastengesellschaft ist somit einerseits ein Anhaltspunkt dafür, dass eine missbräuchliche Zwecksetzung vorliegen könnte. Es bedarf darüber hinaus aber weiterer Sachverhaltsermittlung (vgl. Erwägungsgrund 36: alle relevanten Tatsachen und Umstände). Umgekehrt schließt das Vorliegen einer faktischen Ansiedlung im Zuzugsstaat einen Missbrauch zwar nicht gänzlich aus, lässt ihn aber doch unwahrscheinlich erscheinen.

2. Verhältnismäßigkeit und Verfahrensregeln

Der Vorwurf rechtsmissbräuchlichen Verhaltens ist nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes eine Maßnahme, die unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit steht. Daraus folgt verfahrensrechtlich zwingend, dass die zuständige Behörde der Gesellschaft vor einer endgültigen Versagung der Vorabbescheinigung Gelegenheit zur Stellungnahme geben muss. Materiell-rechtlich wiederum ist zu bedenken, dass es in den allermeisten Fällen *mildere Mittel* gibt, als die Umwandlung durch Versagung der Vorabbescheinigung gänzlich zu vereiteln. Beispielsweise kann zum Schutz einzelner Gläubiger eine Sicherheit geleistet werden oder die Mitbestimmung der Arbeitnehmer durch nachgeholtene Verhandlungen zu ihrem Recht kommen.

Ist auf diese Weise eine verhältnismäßige Vorgehensweise gesichert, erhöht dies auch die Aussichten auf eine zurückhaltende Überprüfung durch den Europäischen Gerichtshof. In zahlreichen Missbrauchsfällen hat er die endgültige Entscheidung über den konkreten Sachverhalt dem nationalen Gericht überlassen. Dies könnte deshalb Bedeutung erlangen, weil der Missbrauchsvorwurf in aller Regel auf die Umgehung nationalen Rechts abzielt. Die teleologische Auslegung des nationalen

¹⁶ In diesem Sinne *Teichmann*, in: Birkmose/Neville/Engsig Sørensen (Hrsg.), *Abuse of Companies*, 2019, 79, 111.

Gerichts, die ergibt, dass die Norm auf den konkreten Sachverhalt ihrem Sinn und Zweck nach Anwendung finden sollte, wird der Gerichtshof voraussichtlich nicht in Frage stellen.

IV. Abschließende Bewertung

1. Ausgestaltung der Missbrauchsprüfung

Da die Feststellung von Missbrauch stets eine Einzelfallentscheidung ist, sollte die gesetzliche Regelung zurückhaltend sein. Der Ansatz des Gesetzentwurfes besteht darin, die vom EU-Recht vorgegebene Generalklausel in das deutsche Recht zu übernehmen. Damit lässt sich gut arbeiten. Jeder Versuch, die Generalklausel eigenmächtig zu konkretisieren, würde die Gefahr eines Verstoßes gegen EU-Recht in sich bergen. Letzen Endes obliegt es dem Europäischen Gerichtshof, dem Begriff des Missbrauchs für die Konstellation der grenzüberschreitenden Umwandlungen nähere Konturen zu verleihen.

Ob das Verfahren zur Erteilung der Vorabbescheinigung tatsächlich mit weiteren Verfahrensrechten einzelner Beteiligter angereichert werden muss,¹⁷ erscheint ebenso zweifelhaft. Wenn eine bestimmte Interessengruppe den Eindruck hat, die Umwandlung diene missbräuchlichen Zwecken, kann sie das zuständige Handelsregister davon in Kenntnis setzen. Dieses ist verpflichtet, entsprechenden Hinweisen nachzugehen (vgl. § 316 Abs. 3 UmwG-E). Explizite Verfahrensrechte sind dafür nicht erforderlich. Sie werfen im Gegenteil die Frage auf, warum beispielsweise die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften Verfahrensrechte erhalten und nicht auch der Betriebsrat, die Gläubiger, die Minderheitsgesellschafter, das Finanzamt, die Sozialversicherungsbehörden und alle anderen Personen oder Gruppen, denen missbräuchliches Verhalten schaden könnte.

Das materielle Problem von Missbrauch liegt darin, dass man ihn schwer generalisieren kann und jede Regelung die Gefahr birgt, im Einzelfall über das Ziel hinauszuschießen. Der Vorschlag, einen Missbrauch bereits dann gesetzlich zu vermuten, wenn der Verwaltungssitz nicht im Zuzugsstaat angesiedelt wird,¹⁸ ist in einer solchen Weise überschießend. Denn neben dem Verwaltungssitz sind andere plausible Gründe denkbar, warum eine Gesellschaft eine andere Rechtsordnung wählt. Möglicherweise sind die Anteilseigner keine deutschen Staatsbürger und präferieren deshalb eine Rechtsform ihres eigenen Rechtskreises. Oder es sind wichtige Kunden im Zuzugsstaat angesiedelt.

Diese Vielfalt der denkbaren Motive lässt es geraten erscheinen, die Beweislast nicht von vornherein beim Unternehmen anzusiedeln. Nach dem Wortlaut der Richtlinie stellt die zuständige Behörde keine Vorabbescheinigung aus, wenn „festgestellt wird“, dass eine grenzüberschreitende Umwandlung missbräuchlichen Zwecken dient. Eine Vermutung genügt also gerade nicht. Die Aufklärungspflicht liegt beim Handelsregister, nicht etwa muss ein Unternehmen, das eine grenzüberschreitende Umwandlung vornimmt, aktiv darlegen, dass es keine missbräuchlichen Zwecke verfolgt. In Fällen eklatanten Missbrauchs wird das Handelsregister zweifellos die nötigen Hinweise von den geschädigten Personengruppen erhalten und diesen auch nachgehen.

2. Alternative Vermeidungswege

Zudem ist bei einer realistischen Betrachtung anzunehmen, dass selbst eine höchst ausgefeilte Missbrauchsprüfung keinen einzigen Fall der Mitbestimmungsumgehung verhindern wird. Das Beispiel, das in der DGB-Stellungnahme genannt wird, liefert dafür Anschauungsmaterial.

Der DGB beschreibt den Fall einer deutschen GmbH mit 450 Arbeitnehmern, die sich zur Vermeidung der Mitbestimmung in eine Malta Ltd. umwandelt.¹⁹ Wollte das Unternehmen tatsächlich diesen Weg

¹⁷ Vgl. hierzu DGB-Stellungnahme vom 5.9.2022, S. 8.

¹⁸ Vgl. DGB-Stellungnahme vom 5.9.2022, S. 8.

¹⁹ DGB-Stellungnahme vom 5.9.2022, S. 5.

gehen, so wäre dieser mit zahlreichen praktischen Hürden versehen. Es besteht das Risiko, dass Minderheitsgesellschafter gegen Barabfindung austreten wollen, was einen unerwünschten Abfluss von Liquidität bedeutet. Gläubiger, die ihre Forderungen gefährdet sehen, könnten die Bestellung von Sicherheiten verlangen. Außerdem müssten Verhandlungen mit den Arbeitnehmern durchgeführt werden. Sollte von Anfang an die Absicht bestehen, diese scheitern zu lassen, wird gerade dies das Verhältnis zur eigenen Belegschaft, auf das KMU besonderen Wert legen, nicht gerade verbessern. Darüber hinaus besteht das Risiko, dass die gesamte Transaktion am Ende daran scheitert, dass die Vorabbescheinigung wegen Missbrauchsverdachts nicht oder nur mit Verzögerung erteilt wird.

Wenn das Unternehmen fachkundigen Rechtsrat einholt, wird es einen ganz anderen Weg einschlagen: Statt der GmbH wählt das Unternehmen die Rechtsform der GmbH & Co. KG. Anschließend wird eine Malta Ltd. erworben. Die Malta Ltd. tritt in die KG ein, die GmbH tritt aus. Das Ergebnis ist eine Ltd. & Co. KG, die nicht der deutschen Mitbestimmung unterliegt. Bei dieser Variante gibt es kein Austrittsrecht für Minderheitsgesellschafter, keine Sicherheitsleistung an Gläubiger und kein Verhandlungsverfahren. Es bedarf keiner großen Fantasie vorherzusagen, welchen Weg ein Unternehmen wählen wird, das sich mit möglichst wenig Aufwand der Mitbestimmung entziehen will.

3. Mitbestimmungsreform und -erstreckung

Auf mittlere und lange Sicht kann die Erosion der deutschen Mitbestimmung daher nur durch eine nationale Reformgesetzgebung verhindert werden: Erstens bedarf es einer Modernisierung insbesondere der paritätischen Mitbestimmung, die den heutigen Gegebenheiten einer international vernetzten Wirtschaft nicht mehr vollständig gerecht wird. Möglicherweise würde dies bereits die Fluchtbewegung erheblich abschwächen.

Darüber hinaus kann einer Verwendung ausländischer Rechtsformen, deren Belegschaft allein oder überwiegend in Deutschland tätig ist, ein Mitbestimmungserstreckungsgesetz effektiv entgegenwirken. Dieses Gesetz müsste allerdings, um einer Überprüfung am Maßstab der Niederlassungsfreiheit standzuhalten, dem unionsrechtlichen Modell der Verhandlungslösung folgen, da nur auf diese Weise eine sinnvolle und maßgeschneiderte Kombination der inländischen Mitbestimmungsregeln mit dem ausländischen Gesellschaftsstatut erreichbar wäre.²⁰

²⁰ Teichmann, ZIP 2016, 899 ff.; a.A. Seifert (zitiert in DGB-Stellungnahme, Fn. 10).