



ÖGER Research Paper Series

Nr. 2/2023

„Grenzüberschreitende Formwechsel nach der
Umwandlungsrichtlinie 2019/2121/EU und deren Umsetzung in
Deutschland“

verfasst von
Elena von Eysmond

Wien, 2023

<https://oeger.eu/research-paper-series/>

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	3
1. Einleitung.....	5
2. Unternehmensmobilität in der Europäischen Union und die Rechtsprechung des EuGH.....	6
2.1. Rechtsformwahrende Verwaltungssitzverlegung.....	7
2.2. Grenzüberschreitende Formwechsel durch Satzungssitzverlegung.....	8
2.3. Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung auf die Praxis.....	10
3. Der Bedarf einer einheitlichen sekundärrechtlichen Regelung: die Entstehung der Umwandlungsrichtlinie.....	11
3.1. Der Verhandlungsrahmen des „Company Law Package“.....	11
3.2. Richtlinienvorschlag und Beratungen im Europäischen Parlament sowie im Rat.....	12
4. Grenzüberschreitende Formwechsel und die neue Umwandlungsrichtlinie... 	13
4.1. Anwendungsbereich.....	14
4.1.1. Erfasste Gesellschaften.....	14
4.1.2. Ausnahmen vom Anwendungsbereich.....	16
4.2. Anwendbares Recht.....	17
5. Der Ablauf eines grenzüberschreitenden Formwechsels im Rahmen der Umwandlungsrichtlinie.....	17
5.1. Formwechselplan.....	17
5.1.1. Besonderheiten beim Inhalt des Plans.....	18
5.1.2. Form und Sprache des Plans.....	18
5.2. Offenlegung.....	19
5.3. Prüfung des Formwechselplans.....	19
5.4. Formwechselbericht.....	21
5.4.1. Gestaltung und Mindestanforderungen.....	21
5.4.2. Entbehrlichkeit und Verzicht.....	22
5.4.3. Stellungnahme der Arbeitnehmerseite.....	23

5.4.4.	Ausnahme von der Berichtspflicht für Einpersonengesellschaften.	23
5.5.	Formwechselbeschluss.....	24
5.6.	Vorabbescheinigung und Missbrauchskontrolle.....	25
5.7.	Übermittlung und Prüfung im Wegzugsmitgliedstaat.....	27
5.8.	Eintragung und Wirksamwerden.....	27
6.	Die Stärkung des Beteiligenschutzes im Rahmen der Umwandlungsrichtlinie.....	28
6.1.	Schutz der Arbeitnehmermitbestimmung.....	28
6.2.	Schutz der Gesellschafter.....	30
6.2.1.	Austrittsrecht gegen Barabfindung.....	30
6.2.2.	Abfindungsergänzungsanspruch.....	31
6.3.	Schutz der Gläubiger.....	31
7.	Die Umsetzung der Richtlinienbestimmungen zum grenzüberschreitenden Formwechsel in Deutschland.....	32
7.1.	Umsetzung durch das UmRUG.....	33
7.1.1.	Anwendungsbereich.....	33
7.1.2.	Verfahrensablauf.....	34
7.1.3.	Formwechselplan.....	34
7.1.4.	Formwechselbericht.....	35
7.1.5.	Formwechselprüfung.....	36
7.1.6.	Formwechselbeschluss.....	37
7.1.7.	Annahme des Barabfindungsangebots.....	37
7.1.8.	Rechtmäßigkeitskontrolle.....	39
7.1.9.	Missbrauchskontrolle.....	40
7.1.10.	Gläubigerschutz.....	41
7.2.	Umsetzung durch das UmRUGMitbestG.....	42
8.	Fazit.....	44
	Literaturverzeichnis.....	47

Abkürzungsverzeichnis

ABl	=	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	=	Absatz
AEUV	=	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	=	Aktiengesellschaft
AktG	=	Aktiengesetz
Art	=	Artikel
BB	=	Betriebs-Berater
DStR	=	Deutsches Steuerrecht
BGBI	=	Bundesgesetzblatt der Bundesrepublik Deutschland
bzw	=	beziehungsweise
ErwGr	=	Erwägungsgrund
EU	=	Europäische Union
EuGH	=	Europäischer Gerichtshof
f	=	folgend
ff	=	fortfolgend
Fn	=	Fußnote
gem	=	gemäß
ggf	=	gegebenenfalls
GmbH	=	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	=	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	=	Die GmbH-Rundschau-Zeitschrift
GVG	=	Gerichtsverfassungsgesetz
GWR	=	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HGB	=	Handelsgesetzbuch

*Eysmond*t, Umwandlungsrichtlinie

HRV	=	Handelsregisterverordnung
iSv	=	im Sinne von
iVm	=	in Verbindung mit
KG	=	Kommanditgesellschaft
KGaA	=	Kommanditgesellschaft auf Aktien
lit	=	litera
NZG	=	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OHG	=	Offene Handelsgesellschaft
RL	=	Richtlinie
Rz	=	Randzeichen
S	=	Satz
SE	=	Societas Europaea
SpruchG	=	Spruchverfahrensgesetz
UAbs	=	Unterabsatz
UmwG	=	Umwandlungsgesetz
UmRUG	=	Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie
UmRUGMitbestG	=	Gesetz zur Umsetzung der mitbestimmungsrechtlichen Regelungen der Umwandlungsrichtlinie
UmwRL	=	Umwandlungsrichtlinie
VO	=	Verordnung
ZfPW	=	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZHR	=	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	=	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

1. Einleitung

Grenzüberschreitende Umwandlungen von Gesellschaften und deren rechtliche Handhabung haben in den vergangenen Jahren für viel Aufsehen gesorgt. In zahlreichen Entscheidungen¹ befassten sich Gerichte der europäischen Mitgliedstaaten mit der Zulässigkeit und den Modalitäten eines solchen Verfahrens. Letztendlich setzte sich der EuGH mit der Frage auseinander, ob und inwieweit grenzüberschreitende Umwandlungen von der primärrechtlich gewährleisteten Niederlassungsfreiheit geschützt werden. Auch wenn durch die Entscheidungen des EuGH der Weg für grenzüberschreitende Strukturmaßnahmen geebnet wurde, bestand immer noch eine Vielzahl an Einzelfragen und Unsicherheiten bei der Umsetzung. Somit wurde immer deutlicher, dass es einer sekundärrechtlichen Kodifikation bedarf, welche das konkrete Verfahren einer grenzüberschreitenden Umwandlung regelt. Dies wurde durch die 2019 erlassene Umwandlungsrichtlinie Realität, die mehrere Varianten der grenzüberschreitenden Umwandlung regelt: den Formwechsel, die Spaltung und die Verschmelzung. Die Richtlinie hat zwar streng genommen keine neuen Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet, jedoch liefert sie den verfahrensrechtlichen Rahmen für grenzüberschreitende Umwandlungen, die bereits durch das Primärrecht gewährleistet werden. Dies ist vor allem für die Praxis von großer Bedeutung. Durch die Umwandlungsrichtlinie wird zweifellos Rechtssicherheit dazugewonnen, doch lässt sie trotz umfangreicher Kodifikation einige Probleme ungeregelt. Ferner ist das Verfahren, da es nun sekundärrechtlich geregelt und die einzige normative Grundlage nicht mehr der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union ist, deutlich komplizierter und schwerfälliger geworden. Hierbei sind vor allem effektive Umsetzungen in den Mitgliedstaaten von großer Bedeutung. Somit ist insbesondere fraglich, wie Deutschland die Regelungen der Umwandlungsrichtlinie umgesetzt und ob der deutsche Gesetzgeber den Mindestgehalt der Regelungen möglicherweise sogar verschärft hat.

Während die Umwandlungsrichtlinie neben dem Formwechsel auch die Spaltung und die Verschmelzung beinhaltet, wird sich diese Arbeit auf den grenzüberschreitenden Formwechsel konzentrieren. Der Formwechsel innerhalb der Europäischen Union ist im Rahmen der Rechtsprechungsgeschichte des EuGH zur Niederlassungsfreiheit eine essenzielle Umwandlungsform, weshalb die sekundärrechtliche Kodifizierung von großer Bedeutung ist. Aufgrund dessen gilt es im Folgenden zu eruieren, ob die Regelungen zum grenzüberschreitenden Formwechsel durch die Umwandlungsrichtlinie und deren Umsetzung

¹ OLG Nürnberg NZG 2014, 349; OLG Frankfurt a. M. NZG 2017, 423; OGH 14.04.2014, 6Ob224/13d.

in Deutschland der umfassenden primärrechtlichen Gewährleistung der Umwandlungsfreiheit im Binnenmarkt gerecht werden. Diesbezüglich wird zu erwarten sein, dass sowohl die Umwandlungsrichtlinie als auch die Umsetzung in Deutschland durch das UmRUG und das UmRUGMitbestG der Gewährleistung der Umwandlungsfreiheit zumindest nicht in vollem Umfang gerecht wird.

Im Folgenden wird zunächst die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit sowie die Gründe für den Bedarf einer sekundärrechtlichen Regelung für grenzüberschreitende Umwandlungen beleuchtet. Des Weiteren wird auf die Entstehung der Umwandlungsrichtlinie sowie deren Ziele eingegangen. Sodann erfolgt eine Analyse des Verfahrens des grenzüberschreitenden Formwechsels sowie der weitreichenden Regelungen zum Beteiligenschutz im Rahmen der Umwandlungsrichtlinie. Zuletzt werden die Umsetzungsvorschriften in Deutschland näher betrachtet.

2. Unternehmensmobilität in der Europäischen Union und die Rechtsprechung des EuGH

Nach Art. 49, 54 AEUV können sich Unionsbürger sowie Gesellschaften, deren Gründung sich nach dem Recht eines Mitgliedstaates richtet und ihren Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung innerhalb der Europäischen Union haben, in jedem Mitgliedstaat niederlassen. Diese Grundfreiheit ist durch den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft seit 1957 gewährleistet. Während sich natürliche Personen in einem Mitgliedstaat niederlassen und einer selbstständigen Tätigkeit nachgehen können, erfolgt die Niederlassung von Unternehmen im Rahmen der Niederlassungsfreiheit nicht einfach durch Umzug in einen anderen Mitgliedstaat. Vielmehr muss eine grenzüberschreitende Sitzverlegung vollzogen werden. Im Rahmen dessen muss zwischen der rechtsformwahrenden Verwaltungssitzverlegung und dem grenzüberschreitenden Formwechsel durch eine Satzungssitzverlegung unterschieden werden. Während die Verlegung des Verwaltungssitzes in einen anderen europäischen Mitgliedstaat unter Beibehaltung der jeweiligen Rechtsform erfolgt, resultiert aus der Verlegung des Satzungssitzes über die Grenze eines Mitgliedstaates hinweg eine Rechtsformänderung in diejenige des Zuzugsmemberstaates. Beide Formen der grenzüberschreitenden Sitzverlegung waren Gegenstand einer Vielzahl an EuGH-Entscheidungen, welche die Frage zum Inhalt

hatten, inwieweit Unternehmensmobilität an der primärrechtlich gewährleisteten Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 AEUV zu messen ist.²

2.1. Rechtsformwahrende Verwaltungssitzverlegung

Die ersten richtungsweisenden Entscheidungen des EuGH behandelten die rechtsformwahrende Verwaltungssitzverlegung. Die Rechtssache *Daily Mail*³ legte dabei den Grundstein. In der Entscheidung vom 27. September 1988 ging es um die Zeitschrift Daily Mail, eine Limited britischen Rechts, die ihren Verwaltungssitz in die Niederlande verlegen wollte. Grund für die Verlegung des Verwaltungssitzes waren die im Vergleich zu Großbritannien günstigeren Steuerbedingungen. Die britischen Behörden wollten aber auf die Daily Mail Limited als Steuerzahler nicht verzichten, weshalb sie den Wegzug in die Niederlande untersagten. Die Daily Mail Limited sah in dem Wegzugsverbot einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit aus Art. 54 AEUV. Der EuGH entschied allerdings, entgegen der Auffassung der Daily Mail, dass die Niederlassungsfreiheit nicht anwendbar ist. Die Richter des EuGH argumentierten dies mit der „Geschöpftheorie“, wonach Gesellschaften Geschöpfe der nationalen Gesetzgeber seien und daher auch über ihre rechtliche Ausgestaltung entscheiden können. Dies inkludiert die Befugnis festzulegen, unter welchen Umständen der Wegzug von Gesellschaften verboten oder eingeschränkt werden kann. Somit lag in der Rechtssache *Daily Mail* kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit vor. Aufgrund dieser Entscheidung konnten Mitgliedstaaten ihre Gesellschaften mit einem Wegzugsverbot belegen und sie damit gewissermaßen in ihrem Land „einsperren“.⁴

Die erste Abkehr von der *Daily Mail* Entscheidung stellte die Rechtssache *Centros*⁵ dar. Die Centros Limited war eine Gesellschaft englischen Rechts, die von einem dänischen Ehepaar zu dem Zweck gegründet wurde, das hohe erforderliche Mindestkapital für die Gründung in Dänemark zu unterlaufen. Das Ehepaar wollte sodann ihre Geschäftstätigkeit in Dänemark aufnehmen und beantragte daher eine Zweigniederlassung. Die dänischen Behörden lehnte die Registrierung allerdings mit der Begründung ab, dass es sich um die eigentliche Hauptniederlassung handle und Rechtsmissbrauch vorliege. Der EuGH widersprach jedoch dieser Auffassung. Hierbei reichte ein Verweis auf den Wortlaut von Art. 49 Abs. 1 S. 2 AEUV, der die Niederlassungsfreiheit in Form der Gründung von Zweigniederlassungen

² Heckschen, Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitender Rechtsformwechsel, GWR 2020, 449.

³ EuGH 27.09.1988, C-81/87, *Daily Mail*.

⁴ Schall, Der grenzüberschreitende Formwechsel in Europa nach Polbud, ZfPW 2018, 189.

⁵ EuGH 09.03.1999, C-212/97, *Centros*.

gewährleistet. Somit lag ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit der Centros Limited vor.⁶ Die Grundsätze der *Centros* Entscheidung wurden in weiterer Folge in den Rechtssachen *Überseering*⁷ und *Inspire Art*⁸ bestätigt. In den drei Rechtssachen stellte der EuGH insgesamt fest, dass Zuzugsbeschränkungen für Gesellschaften, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates gegründet wurden, eine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit der betroffenen Gesellschaften bedeutet. Somit kann sich eine Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat niederlassen und dort unter dem Schutz der Niederlassungsfreiheit ihre Hauptniederlassung oder eine Zweitniederlassung errichten. Die Mitgliedstaaten steht es somit nicht zu, das Auseinanderfallen von Satzungssitz und Verwaltungssitz zu verbieten. Folglich sind auch sog. Briefkastengesellschaften möglich, die in ihrem Gründungsstaat weder einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen noch einen Verwaltungssitz haben. Hierbei findet keinerlei wirtschaftliche Integration im Gründungsstaat statt.⁹

2.2. Grenzüberschreitende Formwechsel durch Satzungssitzverlegung

Im Jahr 2008 folgte die Rechtssache *Cartesio*¹⁰, in der es um die Verlegung des Satzungssitzes ging. Bei *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt* handelte es sich um eine ungarische Kommanditgesellschaft, die ihren Satzungssitz unter Beibehaltung ihrer ungarischen Rechtspersönlichkeit nach Italien verlegen wollte. Das ungarische Handelsregister lehnte dies allerdings ab. Der EuGH entschied, dass es Sache der Mitgliedstaaten ist zu bestimmen, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, um als Gesellschaft ihres nationalen Rechts wirksam gegründet zu sein. Aus diesem Grund musste Ungarn den ausländischen Satzungssitz der ungarischen Kommanditgesellschaft auch nicht akzeptieren. Allerdings stellte der EuGH fest, dass die Niederlassungsfreiheit einen Anspruch auf grenzüberschreitenden Formwechsel in eine Rechtsform des Zielstaates umfasst, ohne dass es einer Auflösung bzw. Liquidation bedarf.¹¹ Somit wurde der durch das Primärrecht gewährleistete Anspruch auf einen grenzüberschreitenden und gleichzeitig identitätswahrenden Formwechsel geboren.¹² Nach der Entscheidung des EuGH bestanden allerdings noch einige Unklarheiten, die im Jahr 2012 in der *VALE*¹³ Entscheidung geklärt werden konnten. In der Rechtssache ging es um die VALE, eine Gesellschaft mit beschränkter

⁶ Schall, Der grenzüberschreitende Formwechsel in Europa nach Polbud, ZfPW 2018, 189.

⁷ EuGH 05.11.2002, C-208/00, *Überseering BV*.

⁸ EuGH 30.09.2003, C-167/01, *Inspire Art Ltd*.

⁹ Behrens/Hoffman in Habersack/Casper/Löbke, GmbHG Großkommentar³ (2019), Einleitung B7.

¹⁰ EuGH 16.12.2008, C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*.

¹¹ EuGH 16.12.2008, C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt* Rz 111-113.

¹² Schall, Der grenzüberschreitende Formwechsel in Europa nach Polbud, ZfPW 2018, 191.

¹³ EuGH 12.07.2012, C-378/10, *VALE Építési kft*.

Haftung italienischen Rechts, die ihren Satzungs- und Verwaltungssitz nach Ungarn verlegen und sich dabei auch in eine ungarische Gesellschaft umwandeln wollte. Während des Vollzugs des Formwechsels weigerte sich allerdings das ungarische Registergericht, die inzwischen umgewandelte Gesellschaft in ihr Handelsregister einzutragen. Hierin sah die Gesellschaft eine Verletzung ihrer Niederlassungsfreiheit. In seinem Urteil stellte der EuGH erneut fest, dass sich die Gründung einer Gesellschaft nach den nationalen Rechtsvorschriften richtet und diese somit maßgeblich sind. Mit der Niederlassungsfreiheit nicht zu vereinen seien aber nationale Regelungen, die inländischen Gesellschaften eine formwechselnde Sitzverlegung ermöglichen, ausländischen Gesellschaften eine Umwandlung in eine inländische Gesellschaftsform aber verwehren. Des Weiteren dürfen die durch die Niederlassungsfreiheit verliehenen Rechte nicht erschwert oder praktisch unmöglich gemacht werden. Nach Ansicht des EuGH könne der grenzüberschreitende Formwechsel zudem nur dann erfolgen, wenn der Zuzugsstaat Umwandlungsform des Formwechsels in seinem nationalen Recht überhaupt vorsieht. Es muss somit eine Umwandlungsmöglichkeit bestehen. Ferner verlangte der EuGH, dass die betroffene Gesellschaft einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit im Zuzugsmitgliedstaat nachgeht. Letzteres wird auch als *genuine link* bezeichnet. Ein Formwechsel ohne wirtschaftlichen Bezug zum Zuzugsmitgliedstaat ist demnach nicht von der Niederlassungsfreiheit gedeckt. Folglich wurde durch die Rechtssache *VALE* zwar festgestellt, dass alle grenzüberschreitenden Umwandlungsvorgänge, und damit auch Sitzverlegungen, unter dem Schutz der Niederlassungsfreiheit stehen. Voraussetzung hierfür ist allerdings die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit.¹⁴

In der jüngsten Entscheidung des EuGH, die Rechtssache *Polbud*¹⁵ aus dem Jahr 2017, ging es nicht wie bei *VALE* um die Frage, inwieweit der Zuzugsstaat der Niederlassungsfreiheit unterliegt, also einer Hineinumwandlung. Vielmehr ging es um die Vereinbarkeit der Wegzugsrechtsordnung mit der Niederlassungsfreiheit, demnach einen Fall der Herausumwandlung.¹⁶ Die Gesellschafter der polnischen *Polbud Wykonawstwo sp. z o.o.* hatten die Satzungssitzverlegung der Gesellschaft nach Luxemburg beschlossen und damit einen Formwechsel in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung luxemburgischen Rechts. Der tatsächliche Verwaltungssitz sollte allerdings in Polen bleiben. Das polnische Registergericht wies den Löschantrag allerdings ab, da nach nationalem Recht für die Löschung einer Gesellschaft eine Liquidation erforderlich ist. Die angerufenen polnischen Gerichte sahen in dem Formwechsel in eine Gesellschaft luxemburgischen Rechts ohne

¹⁴ *Stelmaszyk/Potyka in Herrler, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis*² (2021), § 15 Rz 592.

¹⁵ EuGH 25.10.2017, C-106/16, *Polbud*.

¹⁶ *Born/Ghassemi/Gehle, Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts VII*⁶ (2020), § 48 Rz 6.

tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit im Zuzugsmitgliedstaat einen Rechtsmissbrauch. Der EuGH musste sich sodann mit der Frage befassen, ob auch eine isolierte Sitzverlegung in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fällt respektive ob ein Verstoß gegen die Grundfreiheit vorliegt, wenn die Löschung aus dem nationalen Handelsregister von einer Liquidation abhängig gemacht wird. Wie in der Rechtssache *VALE* entschied der EuGH, dass der grenzüberschreitende Formwechsel von den nationalen Bestimmungen des Zuzugsstaates abhängig ist. Er begründete dies mit dem Grundsatz der Rechtswahlfreiheit, den der EuGH in der Rechtssache *Centros* herausgebildet hatte. Dieser Grundsatz sei neben neu gegründeten auch auf bereits bestehende Gesellschaften bei grenzüberschreitenden Umwandlungen anzuwenden. Zudem stellte der EuGH wie in den Rechtssachen *Centros* und *Inspire Art* fest, dass die Sitzverlagerung in ein Land mit günstigeren Rechtsvorschriften keinen Rechtsmissbrauch darstellt.¹⁷ Ferner hat der EuGH in der Rechtsache *Polbud* klargestellt, dass auch eine Satzungssitzverlegung ohne tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit fällt. Somit haben die Richter des EuGH das Erfordernis des *genuine links aus* der Rechtssache *VALE* ausdrücklich aufgegeben, woraus resultiert, dass weder Sitz noch genuine link zum Zuzugsstaat erforderlich ist. Dies hat zur Folge, dass jede Gesellschaft in jedem Stadium ihrer Existenz selbst über ihr Gesellschaftsstatut entscheiden kann und somit der Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen ihre gesamte Lebenszeit besteht.¹⁸

Der EuGH hat in der Rechtssache *Polbud* einen nahezu unbegrenzten unionsrechtlichen Anspruch hinsichtlich des grenzüberschreitenden Wechsels der Rechtsform geschaffen. Die Niederlassungsfreiheit gewährt damit einer Gesellschaft die Möglichkeit, sich einer anderen Rechtsordnung zu unterstellen ohne sich liquidieren und neu gründen zu müssen. Ein Wechsel des anwendbaren Rechts wurde somit allein auf Grundlage von Art. 49, 54 AEUV möglich.

2.3. Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung auf die Praxis

Die *Polbud* Entscheidung hatte zwar in der Theorie die Unternehmensmobilität in der Europäischen Union weit vorangebracht, allerdings stellte sich die Umsetzung in den Mitgliedstaaten als große Herausforderung dar. Der EuGH hatte in seinen Entscheidungen lediglich die generelle Zulässigkeit von grenzüberschreitenden Umwandlungen festgestellt. Die für die Praxis essenzielle Ausgestaltung des Verfahrens sowie materielle Schutzbestimmungen für Arbeitnehmer, Gläubiger und Gesellschafter hatte er jedoch kaum konturiert. Als Folge dessen bestand erhebliche Rechtsunsicherheit, weshalb sich

¹⁷ *Dosta in Römermann*, Münchner Anwaltshandbuch GmbH-Recht⁴ (2018), § 26 Rz 155-159.

¹⁸ *Möllers in Schulze/Janssen/Kadelbach*, Europarecht⁴ (2020), § 19 Rz 209.

insbesondere die Durchführung des grenzüberschreitenden Formwechsels und der Spaltung in der Praxis als sehr schwierig gestaltete. So führte das Fehlen von verfahrensrechtlichen Regelungen und Koordinierung zwischen den Mitgliedstaaten häufig zu einer Doppelprüfung der Wegzugs- bzw. Zuzugsvoraussetzungen durch die jeweiligen Behörden der Mitgliedstaaten. Ebenso kam es vor, dass eine Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister des Zuzugsmemberstaats, ohne dass die Voraussetzungen des Wegzugsmemberstaats eingehalten wurden. Die fehlende Harmonisierung der materiellen Schutzbestimmungen führte dazu, dass die Interessen der Beteiligten in einigen Mitgliedstaaten nur geringfügig geschützt wurden, während in anderen Mitgliedstaaten übertriebene Anforderungen grundsätzlich legitime Umwandlungen scheitern lassen konnten.¹⁹

3. Der Bedarf einer einheitlichen sekundärrechtlichen Regelung: die Entstehung der Umwandlungsrichtlinie

Nicht nur in der Praxis keimte nach der *Polbud* Entscheidung der Wille nach einem harmonisierten Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Umwandlungen auf. Auch der EU-Kommission und den Mitgliedstaaten wurde klar, dass es einer sekundärrechtlichen Regelung bedarf.

3.1. Der Verhandlungsrahmen des „Company Law Package“

Bereits im Jahr 2015 hatte die EU-Kommission mitgeteilt, den Binnenmarkt weiter auszubauen und die bestehenden Regelungen für die grenzüberschreitende Verschmelzung zu verschärfen.²⁰ Dieses Vorhaben wurde allerdings von zwei Ereignissen durchkreuzt: das Brexit Referendum in Großbritannien und die *Polbud* Entscheidung des EuGH. Der Brexit spielte dabei für Fragen der grenzüberschreitenden Umwandlung eine zweierlei entscheidende Rolle. Zum einen schied Großbritannien als wichtiger Verhandlungspartner im Rat aus. Dies war vor allem für Deutschland von Nachteil, da Großbritannien Deutschland regelmäßig in seinen Anliegen im Austausch gegen anderweitige Zugeständnisse unterstützt hatte. Des Weiteren würde Großbritannien in absehbarer Zeit nicht mehr zur Europäischen Union gehören, sodass die Fortgeltung der Niederlassungsfreiheit nicht mehr gewährleistet war. Mit dem Brexit bekamen Regelungen, die im Verhältnis zu Drittstaaten gelten, eine neue praktische Relevanz. Mit der *Polbud* Entscheidung und der damit einhergehenden Herstellung

¹⁹ *Stelmaszczyk/Potyka* in *Herrler*, Gesellschaftsrecht, § 15 Rz 17.

²⁰ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: „Den Binnenmarkt weiter ausbauen: Mehr Chancen für die Menschen und die Unternehmen“ vom 28. Oktober 2015, COM(2015) 550 final.

von Rechtswahlfreiheit von Unternehmen, setzte der EuGH den Unionsgesetzgeber unter enormen Handlungsdruck. Durch die Entscheidung wurden den Mitgliedstaaten alle Handlungsoptionen im nationalen Recht bei grenzüberschreitenden Umwandlungen genommen.²¹ In dieser frühen des nunmehr als „Company Law Package“ bezeichneten Vorhabens wurde daher deutlich, dass bei den Mitgliedstaaten ein großes Interesse an einer Umwandlungsrichtlinie bestand.²² Das „Company Law Package“ sollte dabei das Gesellschaftsrecht in der Europäischen Union erweitern und vereinfachen. Neben der Umwandlungsrichtlinie besteht das „Company Law Package“ auch aus einer Digitalisierungsrichtlinie²³, die den Zweck hat, durch digitale Verfahren die Gründung von Gesellschaften und die Errichtung von Zweigniederlassungen grenzüberschreitend zu vereinfachen. Während die Digitalisierungsrichtlinie bereits am 20. Juni 2019 verabschiedet wurde, gestaltete sich die Verhandlungen und die Beratungen rund um die Umwandlungsrichtlinie als deutlich komplizierter und umfangreicher.²⁴

3.2. Richtlinienvorschlag und Beratungen im Europäischen Parlament sowie im Rat

Aufgrund der *Polbud* Entscheidung des EuGH kam es zu einer Verzögerung bei der Vorlage des Richtlinienvorschlags. Die Kommission musste nach dieser weitreichenden Entscheidung zunächst noch prüfen, welche Spielräume ihr bei der Ausgestaltung einer sekundärrechtlichen Regelung grenzüberschreitender Umwandlungen noch zur Verfügung standen. Hierbei ging es vor allem um die Frage, ob im Sinne der *Polbud* Entscheidung materielle Schutzvorschriften zugunsten Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern zulässig sind. Mit der Vorlage des Richtlinienvorschlags der EU-Kommission im April 2018 war allerdings bereits klar, dass nur noch etwa ein Jahr bis zum Ende der Legislaturperiode des Europäischen Parlaments verbleiben würde. Es drohte zwar keine Diskontinuität, da das neu zusammengetretene Europäische Parlament in der Regel die in der vorangegangenen Legislaturperiode nicht abgeschlossenen Vorhaben mithilfe eines Fortsetzungsbeschlusses wiederaufnimmt. Wegen der in Europa herrschenden politischen Verschiebung bestand allerdings die Befürchtung, dass im neu zusammengetretenen Parlament eine Kompromissfindung nur schwer zu erreichen wäre. Demnach sollten die Beratungen schnell voranschreiten, was insbesondere aufgrund der Ratspräsidentschaft Österreichs Ende 2018

²¹ Schollmeyer in Bergmann/Drescher, Unternehmensmobilität im EU-Binnenmarkt (2022) 33.

²² Schollmeyer in Bergmann/Drescher, Unternehmensmobilität 35.

²³ RL (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Änderung der RL (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht, ABl L 2019/186, 80.

²⁴ Schollmeyer in Bergmann/Drescher, Unternehmensmobilität 35.

gelang. Die gebotene Eile im Gesetzgebungsverfahren führte dazu, dass einige Vorschriften nur oberflächlich beraten wurden, weshalb insbesondere die Vorschriften zur grenzüberschreitenden Spaltung Schwächen aufweisen. Andere Schwächen der Richtlinie sind allerdings auf viele Sonderwünsche der Mitgliedstaaten zurückzuführen. Beim grenzüberschreitenden Formwechsel etwa bestand ein Mitgliedstaat zum Schutz der Gläubiger auf den fortbestehenden Sondergerichtsstand gem. Art. 86j Abs. 4 UmwRL obwohl es sich bei dem Formwechsel aus Gläubigersicht um die am wenigsten risikoreiche Umwandlungsvariante handelt.²⁵ Trotz Zeitdruck und Sonderwünschen der Mitgliedstaaten haben sich das Europäische Parlament und der Rat noch im Mai 2019 kurz vor den Europawahlen auf die neue Umwandlungsrichtlinie geeinigt. Somit war erstmalig ein umfassender Rechtsrahmen für Umwandlungen von Unternehmen über die Grenze geschaffen.²⁶

Der enorme Zeitdruck, unter dem das Gesetzgebungsverfahren stand, hatte allerdings zur Folge, dass sich der ausgehandelte und vom Europäischen Parlament angenommene Gesetzestext im Corrigendum-Verfahren einer Überarbeitung unterziehen musste. Die Berichtigung wurde am 22. Oktober 2019 durch das Europäische Parlament angenommen. Nach der Zustimmung des Rates am 18. November 2019 wurde die Umwandlungsrichtlinie²⁷ am 12. Dezember 2019 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht.²⁸ Die Mitgliedstaaten hatten die neuen Vorgaben der Umwandlungsrichtlinie bis zum 31. März 2023 in nationales Recht umsetzen.

4. Grenzüberschreitende Formwechsel und die neue Umwandlungsrichtlinie

Die Umwandlungsrichtlinie ändert die Richtlinie (EU) 2017/1132 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts und erweitert diese um eine Vielzahl an neuen Regelungen. Während Vorschriften zur grenzüberschreitenden Verschmelzung bereits seit der Verschmelzungsrichtlinie von 2005 bestehen, sieht die Umwandlungsrichtlinie nun auch Regelungen zum grenzüberschreitenden Formwechsel und zur grenzüberschreitenden Spaltung vor. Für den grenzüberschreitenden Formwechsel enthält die Umwandlungsrichtlinie in den neu eingeführten Art. 86a bis 86t UmwRL einen klar formulierten Rechtsrahmen. Der grenzüberschreitende Formwechsel wird zwar im Rahmen der Umwandlungsrichtlinie als

²⁵ Schollmeyer in Bergmann/Drescher, Unternehmensmobilität 37.

²⁶ Stelmaszczyk/Potyka in Herrler, Gesellschaftsrecht, § 15 Rz 18.

²⁷ RL (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, ABl L 2019/321, 1.

²⁸ Stelmaszczyk/Potyka in Herrler, Gesellschaftsrecht, § 15 Rz 19.

„grenzüberschreitende Umwandlung“ bezeichnet. Um einen Gleichlauf mit den deutschen Umsetzungsvorschriften zu schaffen, wird die Umwandlungsform im Folgenden als „grenzüberschreitender Formwechsel“ bezeichnet. Ferner wird als Rechtsakt die Umwandlungsrichtlinie genannt und nicht die Gesellschaftsrechtsrichtlinie.

Der Anwendungsbereich und die Begriffsbestimmungen sind in Art. 86a und 86b UmwRL geregelt. In Art. 86c UmwRL findet nun auch eine sekundärrechtliche Regelung über die bereits im *Vale* Urteil ausgesprochene „sukzessive“ Anwendung des Rechts zweier beteiligter Mitgliedstaaten Einzug. Die Art. 86d bis 86t UmwRL enthalten zudem die detaillierten Mindestanforderungen an die Ausgestaltung des Verfahrens im nationalen Recht.²⁹

Die Umwandlungsrichtlinie verfolgt grundsätzlich Ziele, die für die Praxis von großer Relevanz sind. Zum einen sollen die Umwandlungen von Gesellschaften vereinfacht werden, damit diese in geordneter und gleichzeitig effizienter Weise ihre Umwandlung vollziehen können. Hiervon sollen insbesondere Klein- und Kleinstunternehmen profitieren, da diese angesichts ihrer Größe häufig mit unverhältnismäßig hohen Kosten und bürokratischem Aufwand konfrontiert werden.³⁰ Zum anderen strebt die Richtlinie ein angemessenes Verhältnis der Rechte der Gesellschafter zum Schutz von Arbeitnehmern, Gesellschaftern und Gläubigern an.³¹ Folglich hat die Richtlinie den Zweck, den Interessen der Stakeholder gerecht zu werden. Des Weiteren sollen durch das geschaffene Verfahren grenzüberschreitende Umwandlungen, die missbräuchliche oder betrügerische Zwecke verfolgen, verhindert werden.³²

4.1. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des grenzüberschreitenden Formwechsels ist in Art. 86a Abs. 1 UmwRL geregelt. Hier normiert die Richtlinie sowohl welche Rechtsformen erfasst sind als auch welche Ausnahmen zum Anwendungsbereich bestehen.

4.1.1. Erfasste Gesellschaften

Nach Art. 86a UmwRL muss eine Gesellschaft im Anwendungsbereich des Kapitels über grenzüberschreitende Formwechsel nach dem Recht eines Mitgliedstaates wirksam gegründet worden sein und ihren Satzungssitz, ihren Verwaltungssitz oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Europäischen Union haben. Die Regelungen der Art. 86a ff. UmwRL gelten

²⁹ *Heckschen*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitender Rechtsformwechsel, GWR 2020, 449.

³⁰ Begründung des Richtlinienvorschlags, COM (2018) 241 final, 4.

³¹ RL 2019/2121 ErwGr 4 S 3.

³² RL 2019/2121 ErwGr 34 S 4.

allerdings lediglich für Kapitalgesellschaften. Was unter einer Kapitalgesellschaft zu verstehen ist, ist in Art. 86b Nr. 1 UmwRL geregelt. Dieser verweist auf Anhang II der durch die Umwandlungsrichtlinie geänderten Gesellschaftsrechtsrichtlinie, welcher die von allem Umwandlungsformen erfassten Rechtsformen abschließend auflistet. Diese Rechtsformen müssen gem. Art. 86b Nr. 1 UmwRL einen grenzüberschreitenden Formwechsel vornehmen, um vom Anwendungsbereich erfasst zu sein. Nicht erfasst sind hingegen Personengesellschaften. In Ermangelung einer unionsrechtlichen Regelung wird der grenzüberschreitende Formwechsel anderer Rechtsträger daher weiterhin nach den bestehenden nationalen Regelungen sowie auf Basis der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit erfolgen müssen.³³ Den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern steht es allerdings frei zu entscheiden, ob sie Personengesellschaften in den Anwendungsbereich ihrer neu geschaffenen Regelungen miteinzubeziehen. Die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Kapitalgesellschaften ist nicht etwa als Resultat einer bewussten Einigung auf diese Rechtsträger, sondern vielmehr auf die mangelnde Konsensfähigkeit im Rechtssetzungsverfahren zurückzuführen. Dem Unionsgesetzgeber stünde ohnehin keine Kompetenz zu, den durch die Niederlassungsfreiheit umfassend gewährleistete Satzungssitzverlegung über die Grenze ausschließlich auf Kapitalgesellschaften zu beschränken. Ferner ergeben sich aus den entscheidenden EuGH Entscheidungen *Cartesio*, *Vale* und *Polbud* keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Unternehmensmobilität in der Europäischen Union auf Grundlage der Niederlassungsfreiheit Personengesellschaften ausschließt.³⁴

In den Begriffsbestimmungen aus Art. 86b Nr. 2 UmwRL wird ausgeführt, was unter einem grenzüberschreitenden Formwechsel zu verstehen ist. Demnach handelt es sich um einen Vorgang, durch den eine Gesellschaft ohne Auflösung oder Liquidation die bestehende Rechtsform des Wegzugsstaates in eine in Anhang II genannte Rechtsform des Zuzugsstaates umwandeln kann. Zudem können Gesellschaften ihren Satzungssitz unter Beibehaltung ihrer Rechtspersönlichkeit in den Zuzugsmitgliedstaat verlegen. Somit wird auch der isolierte grenzüberschreitende Formwechsel ohne gleichzeitige Verlegung des Verwaltungssitzes oder sonstigen Niederlassungsvorgang erfasst. Das Europäische Parlament forderte zwar in den frühen Zügen der Umwandlungsrichtlinie noch eine gleichzeitige Verlegung des Satzungssitzes und des Verwaltungssitzes zur Verhinderung von Rechtsmissbrauch. Diesen Forderungen

³³ *Goette/Habersack*, Münchner Kommentar zum Aktiengesetz VII⁵ (2021), Europäische Niederlassungsfreiheit, Rz 88.

³⁴ *Heckschen*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitender Rechtsformwechsel, GWR 2020, 449.

wurde allerdings durch die *Polbud* Entscheidung Einhalt geboten. Der EU-Gesetzgeber sah sich angesichts dessen gehindert, entgegen der EuGH-Rechtsprechung einen Sekundärrechtsakt zu erlassen. Somit sind nun auch Scheinauslandsgesellschaften sekundärrechtlich legitimiert.³⁵

4.1.2. Ausnahmen vom Anwendungsbereich

Die Ausnahmen vom Anwendungsbereich sind in Art. 86a Abs. 2 - 4 UmwRL geregelt. In Abs. 2 wird die Anwendung der Vorschriften zum grenzüberschreitenden Formwechsel auf Fonds-Gesellschaften ausdrücklich ausgeschlossen. Gem. Art 86a Abs. 3 UmwRL haben die Mitgliedstaaten für die in lit. a und b genannten Situationen sicherzustellen, dass das Kapitel über den grenzüberschreitenden Formwechsel nicht zur Anwendung kommt. Dies gilt unter anderem für Gesellschaften, die sich in Liquidation befinden und bereits mit der Vermögensverteilung an die Gesellschafter begonnen haben. Art. 86a Abs. 4 UmwRL gewährt den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht die Möglichkeit, die dort genannten Konstellationen dem Kapitel über den grenzüberschreitenden Formwechsel nicht zu unterwerfen. Hierbei können insbesondere Gesellschaften ausgenommen werden, die Gegenstand eines Insolvenzverfahrens, präventiven Restrukturierungsrahmen oder sonstigen Liquidationsverfahren als die der Gesellschaft sind.³⁶ Nicht ausdrücklich in den Anwendungsbereich einbezogen wurde die Rechtsform der SE, die auch in Anhang II der Gesellschaftsrechtsrichtlinie keine Erwähnung findet. Dies wirft die Frage auf, ob die SE aufgrund ihrer Gleichstellung mit einer Aktiengesellschaft ihres Sitzstaates vom Anwendungsbereich erfasst sein oder ob es nach dem Willen des Unionsgesetzgebers lediglich bei der Möglichkeit einer Umwandlung in eine Aktiengesellschaft gem. Art. 66 SE-VO³⁷ verbleiben soll. Diese Regelung wird allerdings dahingehend ausgelegt, dass sie nur den Formwechsel der SE in eine Aktiengesellschaft des Sitzstaates umfasst. Im Übrigen kann die SE an allen Umwandlungsmaßnahmen teilhaben, welches das Recht ihres Sitzstaates zur Verfügung stellt. Da eine SE als Ausgangsrechtsträger einen innerstaatlichen Formwechsel vollziehen kann, den auch eine Aktiengesellschaft des Sitzstaates vornehmen könnte, ist davon auszugehen, dass dies auch auf den

³⁵ *Goette/Habersack*, Münchner Kommentar zum Aktiengesetz VII⁵ (2021), Europäische Niederlassungsfreiheit, Rz 86.

³⁶ *Stelmaszczyk/Potyka* in *Herrler*, Gesellschaftsrecht, § 15 Rz 620.

³⁷ VO (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl L 2001/294, 1.

grenzüberschreitenden Formwechsel übertragbar ist.³⁸ Zudem haben die Regelungen zum grenzüberschreitenden Formwechsel nicht die Intention, an den bestehenden Regelungen und insbesondere an den Schutzvorschriften zur SE Änderungen vorzunehmen. Somit ist es nicht nachzuvollziehen, wieso die neu geschaffenen Möglichkeiten des grenzüberschreitenden Formwechsels nicht auch auf die SE Anwendung finden sollten.³⁹

4.2. Anwendbares Recht

Art. 86c UmwRL regelt die Frage, welches Recht auf den grenzüberschreitenden Formwechsel anzuwenden ist. Der Unionsgesetzgeber entschied sich hierbei auf Grundlage der *Vale* Entscheidung des EuGH für eine Kombinationslösung. Demnach ist für den Teil der Formalitäten und des Verfahrens, der im Zusammenhang mit der Erlangung der Vorabbescheinigung steht, das Recht des Wegzugsmitgliedstaates maßgeblich. Das Recht des Zuzugsmitgliedstaates dagegen ist für die Formalitäten und das Verfahren heranzuziehen, die nach der Erlangung der Vorabbescheinigung zu erfolgen haben. Somit finden die Rechtsordnungen beider beteiligter Mitgliedstaaten „sukzessiv“ Anwendung.⁴⁰

5. Der Ablauf eines grenzüberschreitenden Formwechsels im Rahmen der Umwandlungsrichtlinie

Bei dem Ablauf eines grenzüberschreitenden Formwechsels handelt es sich um ein komplexes, vielstufiges Verfahren. Hierbei sind Verfahrensschritte zu beachten, die sowohl im Wegzugsmitgliedstaat als auch im Zuzugsmitgliedstaat erfolgen müssen. Durch die Umwandlungsrichtlinie bleibt das Verfahren in seiner Grundstruktur zwar unverändert. Es werden jedoch vereinfachte Verfahrensbestimmungen sowie Schutzbestimmungen für die Beteiligten eingeführt. Ferner erfolgt eine Novellierung des Registerverfahrens und eine Erweiterung um eine gesetzlich bestimmte Missbrauchskontrolle.⁴¹

5.1. Formwechselplan

Im ersten Schritt des grenzüberschreitenden Formwechsels wird ein Formwechselplan durch das Leitungs- oder Verwaltungsorgan der formwechselnden Gesellschaft aufgestellt. Der Formwechselplan stellt die rechtliche sowie tatsächliche Grundlage für den

³⁸ *Drinhausen/Keinath*, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie Teil I, BB 2022, 1346.

³⁹ *Goette/Habersack*, Münchner Kommentar zum Aktiengesetz VII⁵ (2021), Europäische Niederlassungsfreiheit, Rz 89.

⁴⁰ *Brehm/Schümmer*, Grenzüberschreitende Umwandlungen nach der neuen Richtlinie über grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, NZG 2020, 538.

⁴¹ *Stelmaszczyk/Potyka* in *Herrler*, Gesellschaftsrecht, § 15 Rz 628.

grenzüberschreitenden Formwechsel dar. Wer als Leitungs- oder Verwaltungsorgan für die Aufstellung des Formwechselplans zuständig ist, richtet sich nach dem Gesellschaftsstatut der Ausgangsgesellschaft.⁴²

5.1.1. Besonderheiten beim Inhalt des Plans

Nach Art. 86d S. 2 lit. a und b UmwRL gehören zu den verpflichteten Angaben im Formwechselplan die essenziellen gesellschaftsrechtlichen Informationen wie Rechtsform, Firma und Satzungssitz der Ausgangsgesellschaft sowie der Zielgesellschaft. Die Pflicht zur Aufnahme der Satzung der Zielgesellschaft in den Formwechselplan wird gem. Art 86d S. 2 lit. c UmwRL um die Pflicht zur Aufnahme des Gründungsakts erweitert, sofern Satzung und Gründungsakt nicht Gegenstand eines gemeinsamen Aktes sind. Ferner müssen nach Art. 86d S. 2 lit. h UmwRL auch Angaben dazu enthalten sein, ob die formwechselnde Gesellschaft in den vergangenen fünf Jahren Beihilfen oder Förderungen erhalten hat. Diese Regelung soll insbesondere der Missbrauchskontrolle dienen. Aufgrund der Harmonisierung von Schutzvorschriften der Beteiligten muss der Formwechselplan zudem auf das Barabfindungsangebot an die Gesellschafter sowie Gläubigersicherheiten eingehen, Art. 86d S. 2 lit. f, lit. i. Des Weiteren muss der Formwechselplan angeben, in welchem Zeitrahmen der Formwechsel vollzogen werden soll. Dieser ist allerdings nicht verbindlich, sodass potenzielle Verzögerungen bei der Umsetzung die Wirksamkeit des Formwechselplans unberührt lassen. Für Arbeitnehmer besonders relevant ist die Verpflichtung aus Art. 86d S. 2 lit. j UmwRL. Demnach muss der Formwechselplan die voraussichtlichen Auswirkungen des Formwechsels auf die Beschäftigung enthalten.⁴³

5.1.2. Form und Sprache des Plans

Bestimmte Formvorschriften als auch Regelungen hinsichtlich der Verwendung einer bestimmten Sprache sind bei der Aufstellung des Formwechselplans nicht zu beachten. Allerdings ergibt sich aus dem Zusammenhang, dass der Plan zumindest der Schriftform bedarf. Der Kommissionsentwurf sah in seinem Richtlinienentwurf in Art. 86d Abs. 2 ursprünglich noch eine Sprachenregelung vor, die jedoch angesichts massiver Kritik gestrichen wurde.⁴⁴

⁴² *Stelmaszczyk/Potyka* in *Herrler*, Gesellschaftsrecht, § 15 Rz 629.

⁴³ *Brehm/Schümmer*, Grenzüberschreitende Umwandlungen nach der neuen Richtlinie über grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, NZG 2020, 538.

⁴⁴ *Stelmaszczyk/Potyka* in *Herrler*, Gesellschaftsrecht, § 15 Rz 655.

5.2. Offenlegung

Nach der Erstellung des Formwechselplans hat die Gesellschaft einige Unterlagen offenzulegen und im Register des Wegzugsmitgliedstaats öffentlich zugänglich zu machen. Nach Art. 86g Abs. 1 UmwRL muss nicht nur der Formwechselplan selbst, sondern auch eine an die Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmervertreter adressierte Mitteilung bekannt gemacht werden, aus der hervorgeht, dass sie der Gesellschaft Bemerkungen zu dem Formwechselplan zukommen lassen können. Diese Mitteilung muss spätestens fünf Arbeitstage vor der Gesellschafterversammlung dem Leitungs- oder Verwaltungsorgan zugehen. Ferner können die Mitgliedstaaten verlangen, dass der Prüfungsbericht eines unabhängigen Sachverständigen offengelegt wird, wobei es den Gesellschaften obliegt zu entscheiden, ob sie vertrauliche Informationen von der Offenlegung ausnehmen möchten. Nach Art. 86g Abs. 1 UAbs. 1 UmwRL sollen der Formwechselplan, die Mitteilung sowie ggf. der Bericht des unabhängigen Sachverständigen spätestens einen Monat vor der Gesellschafterversammlung, welche über den Formwechsel zu entscheiden hat, im Register des Wegzugsstaats öffentlich zugänglich gemacht werden. Des Weiteren müssen die Unterlagen über das durch die Digitalisierungsrichtlinie geschaffene europäische System der Registervernetzung öffentlich zugänglich gemacht werden. Eine zusätzliche nationale Bekanntmachung ist nach Art. 86g Abs. 5 UmwRL dagegen nur eine Mitgliedstaatenoption. Ebenfalls eine Mitgliedstaatenoption ist die Möglichkeit, Gesellschaften von der Offenlegungspflicht zu befreien, wenn der Formwechselplan auf der Internetseite der formwechselnden Gesellschaft veröffentlicht wird. Des Weiteren sollen die Mitgliedstaaten gem. Art 86g Abs. 4 UmwRL dafür Sorge tragen, dass die formwechselnden Gesellschaften ihren Offenlegungspflichten online erfüllen können, sodass ein Erscheinen des Antragstellers in Person vor einer zuständigen Behörde nicht erforderlich ist.⁴⁵

5.3. Prüfung des Formwechselplans

Art. 86f UmwRL sieht die Prüfung des Formwechselplans durch einen unabhängigen Sachverständigen vor. Dieser hat einen Bericht über das Prüfungsergebnis zu erstellen und diesen den Gesellschaftern spätestens einen Monat vor der Gesellschafterversammlung zugänglich zu machen. Sofern alle Gesellschafter zustimmen, besteht nach Art. 86f Abs. 3 UmwRL die Möglichkeit, auf die Prüfung des Formwechselplans sowie auf den Sachverständigenbericht zu verzichten. Wird allerdings ein unabhängiger Sachverständiger hinzugezogen, nennt Art. 86f Abs. 2 UmwRL den erforderlichen Berichtsinhalt. Der

⁴⁵ *Stelmaszczyk/Potyka in Herrler, Gesellschaftsrecht, § 15 Rz 656.*

Sachverständige muss nach Art. 86f Abs. 2 UAbs. 1 UmwRL in seinem Bericht zwingend angeben, ob das Angebot einer Barabfindung angemessen ist und wie dieses bestimmt worden ist. Ein Barabfindungsgebot durch die Gesellschaft an die Gesellschafter erfolgt insbesondere dann, wenn aufgrund des grenzüberschreitenden Vorhabens und dem damit einhergehenden Wechsel des auf ihre Rechte anwendbaren Rechts ein oder mehrere Gesellschafter aus der Gesellschaft austreten wollen. Um eine Benachteiligung der austretenden Gesellschafter zu verhindern, sollen die Gesellschafter eine Abfindung erhalten, die dem Wert der Anteile entspricht.⁴⁶ Die Berechnung des Angebots sollte daher auf anerkannten Bewertungsmethoden basieren.⁴⁷ Um die ausscheidenden Gesellschafter zu schützen, sieht Art. 86i Abs. 4 UmwRL die Möglichkeit vor, dass Gesellschafter, die ihre Barabfindung für unangemessen halten, bei der nationalen zuständigen Behörde eine zusätzliche Barabfindung zu beantragen. Die Mitgliedstaaten können aber auch vorsehen, dass das zusätzliche Barabfindungsbegehren nicht nur von ausscheidenden Gesellschaftern aufgrund des grenzüberschreitenden Formwechsels in Anspruch genommen werden kann, sondern auch von grundsätzlich ausscheidenden Gesellschaftern, die gegen Barabfindung eine Gesellschaft verlassen möchten. Somit soll ein Gleichlauf hergestellt werden können.⁴⁸

Ferner sind die Mitgliedstaaten nach Art. 86s UmwRL dazu verpflichtet, Regelungen zu erlassen, die mindestens eine zivilrechtliche Haftung des Prüfers vorsehen. Darüber hinaus müssen die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass kein Interessenkonflikt zwischen dem Sachverständigen und der Gesellschaft besteht und dieser objektiv und unparteiisch ist. Der Sachverständige sollte daher von einer Behörde ernannt werden und keinerlei Verbindung zu der formwechselnden Gesellschaft haben oder gehabt haben, welche seine Unabhängigkeit beeinträchtigen könnte.⁴⁹

In Art. 86f Abs. 3 UAbs. 2 UmwRL räumt die Richtlinie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, Einpersonengesellschaften von der Prüfungspflicht auszunehmen. Dies soll insbesondere konzerninterne Formwechsel erleichtern. Schutzbedürftige Belange der Arbeitnehmer oder Gläubiger werden durch die Ausnahmemöglichkeit allerdings nicht berührt. Die Formwechselprüfung dient im Gegensatz zum Formwechselbericht ausschließlich den Gesellschafterinteressen.⁵⁰

⁴⁶ RL 2019/2121 ErwGr 18.

⁴⁷ RL 2019/2121 ErwGr 20.

⁴⁸ *Brehm/Schümmer*, Grenzüberschreitende Umwandlungen nach der neuen Richtlinie über grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, NZG 2020, 538.

⁴⁹ RL 2019/2121 ErwGr 38.

⁵⁰ *Stelmaszczyk/Potyka* in *Herrler*, Gesellschaftsrecht, § 15 Rz 673.

Die ursprünglich im Kommissionsentwurf vorgesehene umfassende Erweiterung der Prüfungsgegenstände des Sachverständigen konnte sich allerdings nicht durchsetzen. Nach dem Vorschlag der EU-Kommission sollte der Sachverständige neben dem Formwechselplan auch die Berichte an die Arbeitnehmer und Gesellschafter prüfen. Des Weiteren sah der Vorschlag vor, dass der Sachverständige alle Umstände des Sachverhalts aufnehmen sollte, welche die Behörde im Wegzugsmitgliedstaat benötigte, um Aufschluss darüber zu erhalten, ob es sich um einen missbräuchlichen Formwechsel handelt. Die Prüfungsbefugnisse des unabhängigen Sachverständigen wären somit nicht nur in ihrem Umfang erheblich weiter geworden, sondern hätten auch eine ganz andere Wirkung erhalten. Somit hätte die Prüfung im Hinblick auf die Missbrauchskontrolle eine schutzbezogene Auswirkung erhalten. Als Folge dessen hätten die Gesellschafter nicht auf eine Prüfung verzichten können. Aus diesem Grund konnte sich der Kommissionsvorschlag letztendlich nicht durchsetzen.⁵¹

5.4. Formwechselbericht

Die Berichtspflichten des Leitungs- oder Verwaltungsorgans regelt Art. 86e UmwRL. Diese Pflicht hat insbesondere den Zweck, dem Schutz der Arbeitnehmer und Gesellschafter gerecht zu werden.

5.4.1. Gestaltung und Mindestanforderungen

In dem Bericht an die Gesellschafter und Arbeitnehmer muss das Leitungs- oder Verwaltungsorgan die wirtschaftlichen und rechtlichen Aspekte des Formwechsels darstellen sowie die zukünftige Geschäftstätigkeit der Gesellschaft erläutern. Ebenso muss der Formwechselbericht einen Abschnitt für Arbeitnehmer sowie einen für Gesellschafter enthalten. Der Gesellschaft steht es nach Art. 86e Abs. 2 UAbs. 2 UmwRL allerdings frei zu entscheiden, ob sie einen gemeinsamen Bericht für Gesellschafter und Arbeitnehmer erstellt, oder ob sie für Gesellschafter und Arbeitnehmer jeweils einen gesonderten Bericht verfasst. Der Abschnitt für Gesellschafter muss gem. Art 86e Abs. 3 UmwRL insbesondere Informationen über die Barabfindung sowie deren Berechnungsmethode enthalten, aber auch die rechtlichen Auswirkungen des grenzüberschreitenden Formwechsels auf die Gesellschafter. Wie auch der Katalog über die Anforderungen an den Abschnitt für Gesellschafter ist auch der Katalog für Arbeitnehmer nicht abschließend. Dieser muss nach Art. 86e Abs. 5 UmwRL insbesondere die Auskunft des Leitungs- oder Verwaltungsorgans enthalten, inwieweit sich der grenzüberschreitende Formwechsel auf die Arbeitsverhältnisse

⁵¹ *Stelmaszczyk/Potyka* in *Herrler*, Gesellschaftsrecht, § 15 Rz 671.

auswirkt sowie Maßnahmen zur Sicherung der Arbeitsverhältnisse. Ferner muss der Bericht auf die wesentlichen Änderungen der Beschäftigungsbedingungen der Arbeitnehmer eingehen, die mit dem Formwechsel einhergehen bzw. wie sich diese Faktoren auf potenziell gegebene Tochtergesellschaften auswirken könnten.

Nicht eindeutig geregelt ist die Frage, ob der Bericht im Fall eines gemeinsamen Berichts für Gesellschafter und Arbeitnehmer lediglich aus zwei Abschnitten bestehen soll oder ob den beiden Teilen ein allgemeiner Teil voranzustellen ist, der die allgemeinen Informationen aus Art. 86e Abs. 1 UmwRL zum Gegenstand hat. Diese Informationen sind für beide Interessensgruppen von gleicher Bedeutung. Systematik und Wortlaut der Regelungen sprechen für eine Einteilung des Berichts in drei Teile.⁵² Die formale Gestaltung in zwei oder drei Teile dürfte allerdings für die Praxis von subsidiärer Bedeutung sein. Es dürfte keine Umstände bereiten, diese identischen Informationen über die Auswirkungen der grenzüberschreitenden Umwandlung in jedem der beiden Abschnitte für Arbeitnehmer und Gesellschafter aufzunehmen.⁵³

5.4.2. Entbehrlichkeit und Verzicht

Nach Art. 86e Abs. 4 S. 1 UmwRL können die Gesellschafter auf den an sie adressierten Abschnitt verzichten. Der Verzicht erstreckt sich allerdings nicht auf den durch Art. 86e Abs. 1 UmwRL definierten Mindestinhalt, unabhängig davon, ob dieser in einem allgemeinen Teil gesondert aufgenommen wird oder jeweils in den Abschnitt für Arbeitnehmer bzw. Gesellschafter. Dasselbe gilt, wenn die Gesellschaften nach Art. 86e Abs. 2 UAbs. 2 UmwRL Möglichkeit Gebrauch machen und zwei separate Berichte für Arbeitnehmer und Gesellschafter erstellen. In diesem Fall können Gesellschafter nur auf den an sie gewidmeten Formwechselbericht verzichten, nicht jedoch auf den für Arbeitnehmer bestimmten.

In Art. 86e Abs. 9 UmwRL ist die Konstellation geregelt, wenn die Gesellschafter bei einem gemeinsamen Bericht auf den an sie gerichteten Abschnitt verzichten und die Gesellschaft über keine Arbeitnehmer verfügt. In dem Fall ist die Erstellung eines Formwechselberichts nicht erforderlich. Des Weiteren enthält die Vorschrift zwar für die Konstellation getrennter Berichte keine Regelung, das Redaktionsversehen wird allerdings angesichts einer Regelungslücke und vergleichbarer Interessenslage durch eine analoge Anwendung zu

⁵² *Schollmeyer*, Der Verschmelzungs-, Spaltungs- und Formwechselbericht nach der neuen Umwandlungsrichtlinie, AG 2019, 541.

⁵³ *Stelmaszczyk*, Die neue Umwandlungsrichtlinie – harmonisierte Verfahren für grenzüberschreitende Verschmelzungen, Spaltungen und Formwechsel, GmbHR 2020, 61.

beheben sein.⁵⁴ Somit wird es in beiden Fällen möglich sein, dass kein Formwechselbericht durch das Leitungs- oder Verwaltungsorgan zu erstellen ist. Für den Abschnitt der Arbeitnehmer ist nach Art. 86e Abs. 8 UmwRL die Regelung im Fall einer arbeitnehmerlosen Gesellschaft entbehrlich. Dasselbe gilt für die Erstellung getrennter Berichte. Eine Möglichkeit, auf den Formwechselbericht zu verzichten, sieht die Richtlinie allerdings nicht vor. Die Berichtspflichten gegenüber Arbeitnehmern dienen deren Schutz und wurden daher vom Unionsgesetzgeber als zwingendes Recht konzipiert.⁵⁵

5.4.3. Stellungnahme der Arbeitnehmerseite

Nach Art. 86e Abs. 6 UmwRL ist der Bericht den Arbeitnehmern bzw. den Arbeitnehmervertretern sowie den Gesellschaftern zusammen mit dem Formwechselplan in elektronischer Form zugänglich zu machen. Dies hat spätestens sechs Wochen vor der Gesellschafterversammlung zu erfolgen, welche den Formwechsel beschließt. Die Arbeitnehmer bzw. deren Vertreter können gem. Art. 86e Abs. 7 zu dem Bericht Stellung nehmen. Die Stellungnahme soll sich auf die in Art. 86e Abs. 1 und Abs. 5 UmwRL genannten Inhalte beziehen, demnach auf den erforderlichen Mindestinhalt sowie auf den Abschnitt für Arbeitnehmer. Der Abschnitt für die Gesellschafter ist allerdings nicht von der Möglichkeit der Stellungnahme erfasst. Diese ist dem Bericht als Anlage beizufügen. Erfolgt die Zugänglichmachung in elektronischer Form, so ist der Bericht unter Bezugnahme auf den Bericht mittels einer E-Mail an das Leitungs- oder Verwaltungsorgan zu übersenden.⁵⁶

5.4.4. Ausnahme von der Berichtspflicht für Einpersonengesellschaften

Die Richtlinie gewährt den Mitgliedstaaten, Einpersonengesellschaften lückenlos von der Berichtspflicht auszunehmen und somit auch von der Pflicht zur Erstellung eines Formwechselberichts für die Arbeitnehmer zu befreien. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 86e Abs. 4 S. 2 UmwRL, wonach es den Mitgliedstaaten überlassen wird zu entscheiden, ob sie Ausnahmen von den Bestimmungen von Art. 86e UmwRL für Gesellschaften mit nur einem Gesellschafter vorsehen möchten. Diese Möglichkeit erscheint jedoch für den Arbeitnehmerschutz unangemessen. Die Berichtspflicht dient gerade dazu, Arbeitnehmer über die zukünftige Ausrichtung der Gesellschaft zu informieren und sie insbesondere über den Bestand ihrer Arbeitsverhältnisse aufzuklären. Der Schutzzweck

⁵⁴ *Schollmeyer*, Der Verschmelzungs-, Spaltungs- und Formwechselbericht nach der neuen Umwandlungsrichtlinie, AG 2019, 541.

⁵⁵ *Stelmaszczyk/Potyka* in *Herrler*, Gesellschaftsrecht, § 15 Rz 695.

⁵⁶ *Stelmaszczyk/Potyka* in *Herrler*, Gesellschaftsrecht, § 15 Rz 697.

knüpft somit an das Vorhandensein von Arbeitnehmern an und nicht an der Anzahl der Gesellschafter.⁵⁷ Es kann angesichts der Ziele der Umwandlungsrichtlinie, u.a. dem Schutz der Arbeitnehmer⁵⁸, davon ausgegangen werden, dass es sich hierbei um ein Redaktionsversehen handelt. Art. 86e Abs. 4 S. 2 UmwRL ist somit zur Wahrung der Arbeitnehmerinteressen teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass die Mitgliedstaaten vorsehen können, Einpersonengesellschaften von der Vorlagepflicht des Formwechselberichts an den alleinigen Gesellschafter auszunehmen.⁵⁹

5.5. Formwechselbeschluss

Nach Art. 86h UmwRL entscheidet die Gesellschafterversammlung der formwechselnden Gesellschaft auf Grundlage des Formwechselplans über die vorzunehmende Maßnahme. Ergeht im Rahmen dessen eine Entscheidung, so wird der grenzüberschreitende Formwechsel in einem Formwechselbeschluss festgehalten. Die Form des Beschlusses sowie die Vorbereitung und Durchführung der Gesellschafterversammlung sind nicht Regelungsinhalt der Richtlinie. Dies richtet sich nach dem nationalen Gesellschaftsrecht. Allerdings enthält die Richtlinie Vorgaben, die es zusätzlich zu den nationalen Vorschriften zu beachten gilt.⁶⁰

Nach Art. 86h Abs. 3 UmwRL müssen die Mitgliedstaaten für den Zustimmungsbeschluss zumindest eine Mehrheit von zwei Dritteln, jedoch nicht mehr als 90 % der Stimmen der Gesellschafterversammlung vorsehen. Die Stimmrechtsschwelle darf zudem nicht die im nationalen Recht vorgesehene Schwelle für Zustimmungen grenzüberschreitender Verschmelzungen überschreiten. Diese Regelung wird um eine Mitgliedstaatenoption aus Art. 86h Abs. 4 UmwRL ergänzt, wonach die Zustimmung einzelner Gesellschafter verlangt werden kann, deren wirtschaftliche Verpflichtungen aufgrund einer Klausel im Formwechselplan oder Änderung des Errichtungsaktes gegenüber der Gesellschaft oder Dritten zunehmen. Dies setzt allerdings voraus, dass der konkrete Gesellschafter die Austritts- und Abfindungsrechte gem. Art. 86i UmwRL nicht ausüben kann.

Der Anfechtungsausschluss bezüglich der Zustimmung zum grenzüberschreitenden Formwechsel ist in Art. 86h Abs. 5 UmwRL normiert. Demnach müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die Zustimmung nicht aus den genannten Gründen angefochten werden kann. So kann der Gesellschafterbeschluss nicht ausschließlich mit der Begründung

⁵⁷ *Stelmaszczyk*, Die neue Umwandlungsrichtlinie – harmonisierte Verfahren für grenzüberschreitende Verschmelzungen, Spaltungen und Formwechsel, GmbHR 2020, 61.

⁵⁸ RL 2019/2121 ErwGr 11.

⁵⁹ *Stelmaszczyk/Potyka* in *Herrler*, Gesellschaftsrecht, § 15 Rz 698.

⁶⁰ *Stelmaszczyk*, Die neue Umwandlungsrichtlinie – harmonisierte Verfahren für grenzüberschreitende Verschmelzungen, Spaltungen und Formwechsel, GmbHR 2020, 61.

angefochten werden, dass die Barabfindung an die ausscheidenden Gesellschafter nicht angemessen war oder die angesichts der Barabfindung erteilten Informationen nicht den rechtlichen Anforderungen entsprechen. Hierbei handelt es sich um eine Regelung zum Schutz der Minderheitsgesellschafter.

Im Hinblick auf die Festlegung des Termins der Gesellschafterversammlung sind die zeitlichen Vorgaben zu beachten, die es gegenüber den Beteiligten zu wahren gilt. So muss gem. Art. 86g Abs. 1 lit. a UmwRL der Formwechselplan spätestens einen Monat vor der Gesellschafterversammlung offengelegt und im Register öffentlich zugänglich gemacht werden, ebenso nach Art. 86g Abs. 1 lit. b UmwRL die Bekanntmachung im öffentlichen Register, dass Gesellschafter, Arbeitnehmer bzw. deren Vertreter sowie Gläubiger spätestens fünf Arbeitstage vor der Gesellschafterversammlung ihre Bemerkungen zum Plan übermitteln müssen. Ferner muss der Bericht des unabhängigen Sachverständigen nach Art. 86f Abs. 1 UmwRL spätestens einen Monat vorher vorliegen. Angesichts dieser zu wahren zeitlichen Vorgaben bietet sich bei der Bestimmung des Termins der Gesellschafterversammlung eine großzügige Zeitspanne, um die Rechte der Beteiligten nicht zu untergraben.⁶¹

5.6. Vorabbescheinigung und Missbrauchskontrolle

Art. 86m UmwRL sieht die Ausstellung einer Vorabbescheinigung vor, aus der hervorgeht, dass die Voraussetzungen eines grenzüberschreitenden Formwechsels erfüllt sowie Formalitäten und Verfahren im Wegzugsmittgliedstaat eingehalten worden sind. Für die Erstellung einer solchen Vorabbescheinigung kann entweder ein Gericht, ein Notar oder eine sonstige Behörde durch den Mitgliedstaat für zuständig erklärt werden. Der Antrag auf Ausstellung muss den Formwechselplan, den Formwechselbericht für Gesellschafter und Arbeitnehmer, den Prüfungsbericht durch den unabhängigen Sachverständigen sowie Informationen zum Formwechselbeschluss enthalten. Die Mitgliedstaaten können gem. Art. 86m Abs. 3 UmwRL allerdings festlegen, dass dem Antrag zusätzliche Informationen beizulegen sind, etwa die Anzahl der Arbeitnehmer oder das Bestehen von Tochtergesellschaften. Die zuständige Behörde im Wegzugsmittgliedstaat prüft sodann die Unterlagen und sowie alle offengelegten Informationen. Für diese Prüfung hat die Behörde gem. Art. 86m Abs. 7 GessRRL drei Monate Zeit. Stellt sie fest, dass alle Voraussetzungen erfüllt und alle Formalitäten eingehalten wurden, die für einen grenzüberschreitenden Formwechsel erforderlich sind, erfolgt die Ausstellung der Vorabbescheinigung. Wurden allerdings nicht alle Voraussetzungen eingehalten bzw. nicht alle Formalitäten erfüllt, stellt

⁶¹ *Stelmaszczyk/Potyka* in *Herrler*, Gesellschaftsrecht, § 15 Rz 721.

die zuständige Behörde keine Vorabbescheinigung aus und teilt der betroffenen Gesellschaft ihre Entscheidung mit. In dem Fall kann die Behörde der Gesellschaft die Möglichkeit einräumen, die erforderlichen Bedingungen und Formalitäten innerhalb einer angemessenen Frist zu erledigen.

Hat die zuständige Behörde innerhalb der Dreimonatsfrist ernsthafte Bedenken, dass der geplante grenzüberschreitende Formwechsel missbräuchlichen oder betrügerischen Zwecken dient, kann sie dies gem. Art. 86m Abs. 9 UmwRL in einem Verfahren nach nationalem Recht prüfen. Bei dieser Missbrauchskontrolle handelt es sich um eine zweistufige Rechtmäßigkeitskontrolle. Die Einzelheiten dieses Verfahrens sind in Art. 86m Abs. 9 - 12 UmwRL geregelt. Im Rahmen dieser Missbrauchskontrolle muss die zuständige Stelle im Wegzugsmitgliedstaat bei der Prüfung relevante Tatsachen berücksichtigen. Dabei kann die Dreimonatsfrist gem. Art. 86m Abs. 10 UmwRL um weitere drei Monate verlängert werden. Kommt es bei der Prüfung innerhalb der regulären Dreimonatsfrist sowie der Verlängerung im Rahmen der Missbrauchskontrolle angesichts der Komplexität des Verfahrens zu Verzögerungen, so haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass der Antragsteller über die Gründe für die Verzögerung unterrichtet wird.⁶² Die Richtlinie gibt allerdings keinerlei Aufschluss darüber, was als rechtsmissbräuchliches Verhalten einzustufen ist. Nach Erwägungsgrund 34 S. 5 UmwRL liegt betrügerisches oder rechtsmissbräuchliches Verfahren vor, wenn das Ziel der Umwandlung in der Umgehung nationaler oder europäischer Rechtsvorschriften liegt. Die Richtlinie gibt somit den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, weitere Konkretisierungen vorzunehmen. Problematisch an diesem Weg ist allerdings, dass aufgrund der *Polbud* Entscheidung kein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorliegt, wenn eine Gesellschaft lediglich ihren Satzungssitz verlegt, um von den nationalen Rechtsvorschriften anderer Mitgliedstaaten zu profitieren. Dahingehend ist die Frage, welche Formen der Sitzgestaltungen einen Missbrauch darstellen, gerade nicht von den Mitgliedstaaten zu beantworten. Vielmehr handelt es sich um einen unionsautonomen Begriff. Die Mitgliedstaaten können zwar Maßnahmen ergreifen, um Straftaten wie Betrug zu bekämpfen. Allerdings bedarf es einheitlicher und klarer Kriterien, was unter missbräuchlichen Zwecken bei grenzüberschreitenden Vorhaben zu verstehen ist. Es wird somit dem EuGH obliegen zu entscheiden, ob die Umsetzungsvorschriften der Mitgliedstaaten respektive die hierauf basierenden nationalen Entscheidungen mit den Richtlinienbestimmungen und der Niederlassungsfreiheit vereinbar sind.⁶³

⁶² RL 2019/2121 Art 86m Abs 11 .

⁶³ *Stelmaszczyk/Potyka* in *Herrler*, Gesellschaftsrecht, § 15 Rz 293.

5.7. Übermittlung und Prüfung im Wegzugsmitgliedstaat

Liegen die Voraussetzungen für einen grenzüberschreitenden Formwechsel vor und wurde eine Vorabbescheinigung im Wegzugsmitgliedstaat ausgestellt, ist diese an die zuständige Behörde im Zuzugsmitgliedstaat weiterzuleiten. Nach Art. 86n Abs. 1 UmwRL haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass die Übermittlung der Vorabbescheinigung über das System der Registervernetzung vonstatten geht. Im Zuzugsmitgliedstaat erfolgt sodann eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit der grenzüberschreitenden Sitzverlegung angesichts der Verfahrensschritte, auf die das Recht des Zuzugsmitgliedstaats anzuwenden ist. Dies erfasst insbesondere die Voraussetzungen für die Errichtung des Zielrechtsträgers. Ferner hat die Behörde im Zuzugsmitgliedstaat die Vorabbescheinigung gem. Art. 86o Abs. 5 UmwRL als Nachweis für den ordnungsgemäßen Ablauf des Verfahrens im Wegzugsmitgliedstaat anzuerkennen.⁶⁴

5.8. Eintragung und Wirksamwerden

Die Offenlegung des Abschlusses des grenzüberschreitenden Formwechsels hat nach Art. 86p Abs. 1 UmwRL im Register des Wegzugs- sowie des Zuzugsmitgliedstaat nach den jeweiligen nationalen Regelungen zu erfolgen. Hierbei stellt Art. 86p Abs. 2 UmwRL Mindestanforderungen bezüglich des Inhalts der Eintragung. So muss im Register des Zuzugsmitgliedstaates zumindest die Tatsache eingetragen werden, dass die Eintragung der umgewandelten Gesellschaft aufgrund eines grenzüberschreitenden Formwechsels erfolgt, ebenso der Tag der Eintragung. Im Register des Wegzugsmitgliedstaats ist einzutragen, dass die Löschung auf einem grenzüberschreitenden Formwechsel beruht sowie den Tag der Löschung. In den Registern beider Mitgliedstaaten ist die Eintragungsnummer, Rechtsform und Firma der Gesellschaft respektive Eintragungsnummer, Rechtsform und Firma der umgewandelten Gesellschaft zu hinterlegen. Des Weiteren haben die Mitgliedstaaten nach Art. 86p Abs. 3 UmwRL dafür zu sorgen, dass das Register des Zuzugsmitgliedstaates dem Register des Wegzugsmitgliedstaates mitteilt, dass der Formwechsel wirksam geworden ist und sodann die Eintragung der Gesellschaft aus dem Register des Wegzugsmitgliedstaats gelöscht wird.

Wann der grenzüberschreitende Formwechsel wirksam wird, regelt nach Art. 86p UmwRL das Recht des Zuzugsmitgliedstaats. Hierbei gilt es aber zu beachten, dass der Zeitpunkt des Wirksamwerdens nicht vor der Beendigung der Prüfungen in beiden Mitgliedstaaten liegen

⁶⁴ *Brehm/Schümmer*, Grenzüberschreitende Umwandlungen nach der neuen Richtlinie über grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, NZG 2020, 538 (542).

darf. Die Löschung der Gesellschaft aus dem Register des Wegzugsmitgliedstaats wirkt daher nur deklaratorisch.⁶⁵

6. Die Stärkung des Beteiligtenschutzes im Rahmen der Umwandlungsrichtlinie

Aus den Erwägungsgründen der Umwandlungsrichtlinie geht hervor, dass neben der Einführung eines einheitlichen Rechtsrahmens für alle Umwandlungsformen der Beteiligtenschutz ein erklärtes Ziel des Unionsgesetzgebers ist. So sollen die Rechte von Gesellschaftern bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel, Spaltung oder Verschmelzung mit dem Schutz von Arbeitnehmern, Gesellschaftern und Gläubigern in einem angemessenen Verhältnis stehen.⁶⁶

6.1. Schutz der Arbeitnehmermitbestimmung

Bei grenzüberschreitenden Umwandlungen bestand vor der Umwandlungsrichtlinie aus Arbeitnehmersicht häufig die Gefahr, dass durch den Wechsel des anwendbaren Gesellschaftsrechts das System der Mitbestimmung für Arbeitnehmer abgestreift wird. Aus diesem Grund regelt Art. 86l UmwRL nun die Bestimmungen zur Arbeitnehmerbeteiligung beim grenzüberschreitenden Formwechsel. Der Unionsgesetzgeber greift hierbei auf das für die SE entwickelte Modell der Mitbestimmung zurück, welches auf einer Verhandlungslösung mit gesetzlicher Auffangregelung basiert. Diese Regelungen bestanden bereits für die grenzüberschreitende Verschmelzung vor der Umwandlungsrichtlinie.⁶⁷

Nach Art. 86l Abs. 1 UmwRL unterliegt die Arbeitnehmermitbestimmung grundsätzlich dem Recht des Staates, in dem die umgewandelte Gesellschaft ihren Sitz hat. Die Regelungen des Zuzugsmitgliedstaats kommen dann nicht zur Anwendung, wenn die Gesellschaft sechs Monate vor der Offenlegung des Formwechselplans im Durchschnitt eine Anzahl von Arbeitnehmern beschäftigt hat, die vier Fünfteln des Schwellenwertes des Wegzugsmitgliedstaats entspricht, ab dem eine Arbeitnehmermitbestimmung im Sinne von Art. 2 lit. k SE-RL⁶⁸ ausgelöst wird. Bislang galt in der Gesellschaftsrechtsrichtlinie, zumindest für Verschmelzungen, der starre Schwellenwert von 500. Die Vier-Fünftel-Regelung soll dabei den nationalen Regelungen gerecht werden, die einen Schwellenwert von unter 500 vorsehen. Des Weiteren soll die Regelung rechtsmissbräuchliches Verhalten

⁶⁵ *Brehm/Schümmer*, Grenzüberschreitende Umwandlungen nach der neuen Richtlinie über grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, NZG 2020, 538 (543).

⁶⁶ RL 2019/2121 ErwGr 4.

⁶⁷ *Müller-Bonanni/Jenner/Thomas*, Mitbestimmungsrechtliche Folgen grenzüberschreitender Verschmelzungen, Umwandlungen und Spaltungen nach der RL (EU) 2019/2121, NZG 2021, 764.

⁶⁸ RL 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl L 2001/294, 22.

verhindern, indem die Flucht vor der Mitbestimmung durch eine Umwandlung unmöglich wird. Das Recht des Zuzugsmittgliedstaats kommt auch dann nicht zur Anwendung, wenn dieses nicht mindestens den gleichen Umfang an Mitbestimmungsregelungen für Arbeitnehmer vorsieht, wie sie in der Gesellschaft vor dem Formwechsel bestand. In verfahrensmäßiger Hinsicht haben diese Ausnahmen zum Sitzstaatprinzip zur Folge, dass ein Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren durchzuführen ist, also ein Verhandlungsgremium gebildet werden muss, wenn von vier Fünftel der Arbeitnehmer der Schwellenwert im Wegzugsmittgliedstaat erreicht wurde oder das Schutzniveau im Zuzugsmittgliedstaat hinter dem des Wegzugsmittgliedstaats zurückbleibt. Diese Ausnahmen haben somit zur Folge, dass Verhandlungen über die Mitbestimmung von Arbeitnehmer zu führen sind. Es besteht somit eine Verhandlungspflicht. Eine Verhandlungspflicht besteht auch dann, wenn nach dem Recht des Zuzugsmittgliedstaats ausländische Arbeitnehmer nicht über das gleiche Maß an Ansprüchen von Mitbestimmungsrechten verfügen wie inländische Arbeitnehmer. Der Wortlaut des Art. 86l Abs. 2 lit. b UmwRL setzt nicht voraus, dass die ausländischen Arbeitnehmer vorher bereits Mitbestimmungsrechte ausüben konnten. Der Zweck der Regelung ist jedoch die Sicherung der Mitbestimmungsrechte, weshalb der Tatbestand dahingehend einzuschränken ist, dass die ausländischen Arbeitnehmer bereits vor dem grenzüberschreitenden Formwechsel Beteiligungsrechte hatten.⁶⁹

Die Umwandlungsrichtlinie regelt das Verhandlungsverfahren nicht selbst, sondern verweist in Art. 86l Abs. 3 UmwRL auf die Regelungen der SE-Richtlinie. Für die Aufnahme der Verhandlungen bedarf es der Bildung eines Verhandlungsgremiums, welches sich aus Arbeitnehmervetretern, Tochtergesellschaften und Betrieben zusammensetzt. Die Anzahl der Sitze ist dabei proportional zur Anzahl der Arbeitnehmer. Mit Abschluss der Mitbestimmungsvereinbarung oder durch Ablauf der Verhandlungsfrist endet das Verhandlungsverfahren. Wurde innerhalb der sechsmonatigen Verhandlungsfrist keine Vereinbarung erzielt, greift die gesetzliche Auffangregelung aus Teil 3 b des Anhangs der SE-Richtlinie. Nach Art. 86l Abs. 4 lit. a UmwRL kann das Verhandlungsgremium aber festlegen, dass mit der Erreichung einer Zweidrittelmehrheit von mindestens zwei Drittel der Arbeitnehmervetreter keine Verhandlungen eröffnet oder bereits laufende Verhandlungen vorzeitig beendet werden. Kommt es zu einem solchen Beschluss, findet das Recht des Zuzugsmittgliedstaats Anwendung und nicht die gesetzliche Auffangregelung. Es kommt somit nicht zu erneuten Verhandlungen.⁷⁰

⁶⁹ *Schubert* in *Bergmann/Drescher*, Unternehmensmobilität 167.

⁷⁰ *Müller-Bonanni/Jenner/Thomas*, Mitbestimmungsrechtliche Folgen grenzüberschreitender Verschmelzungen, Umwandlungen und Spaltungen nach der RL (EU) 2019/2121, NZG 2021, 764.

Findet auf die umgewandelte Gesellschaft das System der Arbeitnehmermitbestimmung Anwendung, so ist die Gesellschaft gem. Art. 86i Abs. 6 UmwRL dazu verpflichtet, eine Rechtsform anzunehmen, welche die Ausübung von Mitbestimmungsrechten vorsieht. Art. 86i Abs. 7 UmwRL regelt zudem die Verpflichtung, innerhalb einer Frist von vier Jahren keine Änderungen an der Arbeitnehmermitbestimmung vorzunehmen. Nach Art. 86i Abs. 8 UmwRL müssen zur Verbesserung der Transparenz die Gesellschaft den Arbeitnehmern bzw. deren Vertretern das Verhandlungsergebnis über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer ohne inadäquate Verzögerung mitteilen.

6.2. Schutz der Gesellschafter

Die Umwandlungsrichtlinie sieht in Art. 86i UmwRL einige Regelungen zum Schutz der Gesellschafter vor. Dabei handelt es sich allerdings nur um einen Mindeststandard, was bedeutet, dass die Mitgliedstaaten zum Schutz der Gesellschafter bereits bestehende nationale Regelungen beibehalten oder neue Vorschriften einführen, sofern sie mit der Umwandlungsrichtlinie und der Niederlassungsfreiheit im Einklang stehen.

6.2.1. Austrittsrecht gegen Barabfindung

Nach Art. 86i Abs. 1 UmwRL können Gesellschafter, die gegen den Formwechselplan gestimmt haben, ihre Anteile gegen Zahlung einer angemessenen Barabfindung veräußern. Bei dem Abfindungsgebot muss es sich um ein Barabfindungsgebot handeln, welches nach Art. 86d lit. i UmwRL im Formwechselplan enthalten sein muss. Der Zusatz, dass die Mitgliedstaaten auch anderen Gesellschaftern ein Austrittsrecht gewähren können, schafft einen Gleichlauf und unterstreicht die Qualifikation als Mindeststandard.⁷¹

Die Richtlinie sieht in Art. 86i Abs. 2 S. 3 UmwRL vor, dass die Gesellschaft eine elektronische Adresse für die Erklärung zur Verfügung stellen muss, in welcher die austrittsberechtigten Gesellschafter die Ausübung ihres Rechts auf Barabfindung bekanntgeben. Diese Erklärung ist im Sinne der Richtlinie allerdings nicht als rechtsverbindliche Annahme des Barabfindungsgebots zu verstehen. Diese überlässt es vielmehr den Mitgliedstaaten zu entscheiden, wie sie die Annahme des Barabfindungsgebots regeln. Damit wird berücksichtigt, dass im Rahmen einer näheren Ausgestaltung der Annahmeerklärung im Rat keine Einigung erzielt wurde. Aus diesem Grund stellt Erwägungsgrund 19 S. 3 UmwRL klar, dass nationale Formerfordernisse unberührt bleiben. Die Möglichkeit der Abgabe in elektronischer Form bedeutet, dass die Abgabe per Mail

⁷¹ *Stelmaszczyk*, Der materielle Stakeholderschutz nach der neuen Umwandlungsrichtlinie, ZIP 2019, 2437.

erfolgen können muss. Für die Praxis ist allerdings eine Zustellungsform mit Beweissicherung dienlicher. Die Frist für die Austrittserklärung beträgt gem. Art. 86i Abs. 2 S. 2 UmwRL einen Monat nach der Gesellschafterversammlung. Die Annahme des Barabfindungsangebots kann nach Art. 86i Abs. 3 UmwRL höchstens zwei Monate nach Wirksamwerden des Formwechsels erklärt werden. Zu diesem Zeitpunkt ist die Barabfindung spätestens an die Gesellschafter zu zahlen.⁷²

6.2.2. Abfindungsergänzungsanspruch

Die Richtlinie statuiert in Art. 86i Abs. 4 UAbs. 1 UmwRL einen Abfindungsergänzungsanspruch. Demnach kann jeder austretende Gesellschafter, der die Barabfindung für unangemessen hält, bei der zuständigen nationalen Behörde oder Stelle eine zusätzliche Barabfindung beantragen. Die Richtlinie verzichtet dabei auf die Festlegung einer konkreten Antragsfrist. Vielmehr obliegt es gem. Art. 86i Abs. 4 S. 2 UmwRL den Mitgliedstaaten, eine Frist für den Antrag auf Barabfindung festzulegen. Wer dabei der richtige Antragsgegner ist, hängt davon ab, innerhalb welcher Frist der Antrag gestellt werden muss. Legen die Mitgliedstaaten etwa eine Frist von zwei Monaten nach Eintragung im Register des Zuzugsmitgliedstaats fest, kommt als Antragsgegner nur die Gesellschaft neuer Rechtsform in Betracht.⁷³

Auch in Hinsicht der internationalen Zuständigkeit sieht die Richtlinie in Art. 86i Abs. 5 UmwRL eine Regelung vor. Aus dieser folgt, dass das Recht des Wegzugsmitgliedstaats auf die Regelungen zum Barabfindungsanspruch anzuwenden ist und die Gerichte dieses konkreten Mitgliedstaats auch international ausschließlich zuständig sind. Somit wird für den Gleichlauf von *forum* und *ius* gesorgt.⁷⁴

6.3. Schutz der Gläubiger

Der Gläubigerschutz ist in Art. 86j UmwRL geregelt. Die Mitgliedstaaten müssen nach Art. 86j Abs. 1 UmwRL ein angemessenes Schutzsystem für Gläubiger vorsehen, deren Forderungen vor der Offenlegung des Formwechselplans entstanden und zu diesem Zeitpunkt noch nicht fällig waren. Dieses Schutzsystem umfasst die Möglichkeit zur Beantragung einer angemessenen Sicherheit innerhalb von drei Monaten nach der Offenlegung des Plans bei der Verwaltungs- oder Justizbehörde des jeweiligen Mitgliedstaats. Dies setzt voraus, dass die Gläubiger glaubhaft machen können, dass ihre Befriedigung durch die Sitzverlegung der

⁷² Stelmaszczyk/Potyka in Herrler, Gesellschaftsrecht, § 15 Rz 741 – 745.

⁷³ Stelmaszczyk/Potyka in Herrler, Gesellschaftsrecht, § 15 Rz 747 – 752.

⁷⁴ Schmidt in Bergmann/Drescher, Unternehmensmobilität 253.

Gesellschaft gefährdet ist und sie keine angemessenen Sicherheiten erhalten haben. Allerdings reicht hierfür nicht die bloße Forderungsanmeldung. Vielmehr müssen Gläubiger zur Wahrung ihres Anspruchs Klage erheben. Diesbezüglich sieht Art. 86j Abs. 4 UmwRL einen besonderen internationalen Gerichtsstand für Gläubigerklagen vor. Nach dieser Regelung können Gläubiger innerhalb von zwei Jahren nach Wirksamwerden des grenzüberschreitenden Formwechsels auch im Wegzugsmittgliedstaat Klage gegen die Gesellschaft erheben.⁷⁵

Die Mitgliedstaaten können zudem nach Art. 86j Abs. 2 UmwRL eine optionale Solvenzerklärung vorsehen. Diese Erklärung erfolgt durch das Leitungs- oder Verwaltungsorgan der Gesellschaft und erfasst die aktuelle finanzielle Lage, die höchstens auf einen Monat vor Abgabe der Erklärung datiert sein darf. Der Inhalt der Erklärung muss sich darauf beziehen, dass aus Sicht des Leitungs- und Verwaltungsorgans keine Bedenken dahingehend bestehen, dass die Gesellschaft nach erfolgtem Formwechsel nicht im Stande sein könnte, ihren Verbindlichkeiten bei Fälligkeit nachzukommen. Die Solvenzerklärung ist dabei zusammen mit dem Formwechselplan offenzulegen.⁷⁶ Das Erfordernis einer solchen Erklärung über die finanzielle Situation einer Gesellschaft sowie die Rechtsfolgen bei einer potenziell fehlerhaften Erklärung obliegt allerdings den Mitgliedstaaten.⁷⁷

7. Die Umsetzung der Richtlinienbestimmungen zum grenzüberschreitenden Formwechsel in Deutschland

Die Vorgaben der Umwandlungsrichtlinie waren bis zum 31. Januar 2023 in das nationale Recht umzusetzen. Aufgrund von Verzögerungen im Gesetzgebungsverfahren ist das deutsche Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG)⁷⁸ erst am 1. März 2023 in Kraft getreten. Das Gesetz zur Umsetzung der mitbestimmungsrechtlichen Regelungen der Umwandlungsrichtlinie (UmRUGMitbestG)⁷⁹ konnte pünktlich zum Ende der Umsetzungsfrist in Kraft treten.

⁷⁵ *Stelmaszczyk/Potyka* in *Herrler*, Gesellschaftsrecht, § 15 Rz 789.

⁷⁶ *Stelmaszczyk/Potyka* in *Herrler*, Gesellschaftsrecht, § 15 Rz 782 – 783.

⁷⁷ *Stelmaszczyk*, Der materielle Stakeholderschutz nach der neuen Umwandlungsrichtlinie, ZIP 2019, 2437.

⁷⁸ Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Gesetze (UmRUG), BGBl 2023 I 51/1.

⁷⁹ Gesetz zur Umsetzung der mitbestimmungsrechtlichen Regelungen der Umwandlungsrichtlinie (UmRUGMitbestG), BGBl 2023 I 10/1.

7.1. Umsetzung durch das UmRUG

Die Vorschriften zum grenzüberschreitenden Formwechsel wurden in den neu eingeführten Dritten Teil des Sechsten Buches des Umwandlungsgesetzes (UmwG)⁸⁰ mit dem Titel „Grenzüberschreitende Formwechsel“ eingefügt. Der grenzüberschreitende Formwechsel wird nun in den §§ 333 bis 345 UmwG geregelt. Des Weiteren finden die allgemeinen Vorschriften zum innerstaatlichen Formwechsel nach den §§ 190 ff. UmwG sowie die Vorschriften zum innerstaatlichen Formwechsel von Kapitalgesellschaften aus den §§ 226 f. und §§ 238 ff. Anwendung.

7.1.1. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der Neuregelungen zum grenzüberschreitenden Formwechsel ist in §§ 333 Abs. 1 und 334 UmwG geregelt. In § 333 Abs. 1 UmwG wird zunächst der grenzüberschreitende Formwechsel definiert. Demnach handelt es sich um den Wechsel einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft in eine Rechtsform eines anderen Mitgliedstaats unter gleichzeitiger Satzungssitzverlegung in diesen Mitgliedstaat. Im Anwendungsbereich geht der deutsche Gesetzgeber nicht über die Richtlinienvorgaben hinaus, sodass nach § 334 UmwG die Regelungen zum grenzüberschreitenden Formwechsel nur auf Kapitalgesellschaften Anwendung finden, welche in Anhang II der Gesellschaftsrechtsrichtlinie aufgeführt sind. Ausgangs- und Zielrechtsform können daher unter den deutschen Rechtsformen nur die GmbH, die AG und die KGaA sein. Personengesellschaften sind somit nicht vom Anwendungsbereich erfasst. Erfolgt ein Formwechsel einer ausländischen Gesellschaftsform in eine OHG oder KG, einer deutschen OHG oder KG in eine ausländische Gesellschaftsform respektive einer deutschen Kapitalgesellschaftsform in eine ausländische Personengesellschaftsform, gibt es keine Kodifizierung hierfür. Solche grenzüberschreitenden Formwechsel können somit nur wie bisher auf Grundlage der Niederlassungsfreiheit und nach Maßgabe des nach dem Internationalen Privatrecht ermittelten nationalen Umwandlungsrecht erfolgen. Dies hat allerdings Rechtsunsicherheit zur Folge. Zwar käme hier nach der Einführung der Regelungen zum grenzüberschreitenden Formwechsel eine analoge Anwendung in Betracht. Angesichts des Verzichts einer solchen Regelung fehlt es allerdings an einer planwidrigen Regelungslücke.⁸¹

⁸⁰ Umwandlungsgesetz, BGBl I 77/3210.

⁸¹ *Drinhausen/Keinath*, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie Teil I, BB 2022, 1346.

7.1.2. Verfahrensablauf

Das Verfahren des grenzüberschreitenden Formwechsels im Rahmen des Umwandlungsgesetzes entspricht dem für den innerstaatlichen Formwechsel, jedoch wird es um die besonderen sekundärrechtlichen Vorgaben aus der Umwandlungsrichtlinie ergänzt. Nach § 333 Abs. 2 UmwG finden die Vorschriften des Umwandlungsgesetzes nur für den Formwechsel im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG Anwendung, also sowohl für den Formwechsel einer der erfassten Kapitalgesellschaftsformen als Ausgangsrechtsträger sowie als Zielrechtsträger. Da aber die Vorschriften des deutschen Umwandlungsrechts nur Geltung finden, wenn die formwechselnde Gesellschaft deutschem Umwandlungsrecht unterliegt, ist dies dahingehend auszulegen, dass die §§ 333 ff. UmwG nur für das Verfahren als Wegzugsmittgliedstaat gelten. Somit finden die deutschen Vorschriften nur beim Herausformwechsel Anwendung. Im Fall eines Hineinformwechsels einer Kapitalgesellschaft ausländischen Rechts in eine inländische Rechtsform sind hingegen die Vorschriften des betroffenen Wegzugsmittgliedstaats anzuwenden, welche dieser zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie erlassen hat. Das deutsche Recht findet hierbei nur mit seiner Vorschrift über das Eintragungsverfahren gem. § 345 UmwG Anwendung.⁸²

7.1.3. Formwechselplan

Die Anforderungen an den Formwechselplan sind in § 335 UmwG geregelt. Nach § 335 Abs. 1 UmwG ist das Vertretungsorgan der Gesellschaft für die Erstellung des Formwechselplans zuständig. In Deutschland ist somit bei der AG und der KGaA der Vorstand, bei der GmbH der Geschäftsführer für den Formwechselplan verantwortlich. In § 335 Abs. 2 UmwG sind die Mindestanforderungen geregelt, welche im Plan enthalten sein müssen. Hierbei übernimmt der deutsche Gesetzgeber mit wenigen Formulierungsänderungen den Katalog aus Art. 86d UmwRL. Die einzige zusätzliche Anforderung, die nicht bereits in der Richtlinie genannt ist, sind die Auswirkungen des Formwechsels aus Betriebsrenten bzw. deren Anwartschaften. Hier hat der deutsche Gesetzgeber den Fokus auf Arbeitnehmerrechte noch einmal verschärft.⁸³

Die in der Richtlinie nicht enthaltenden Formvorschriften für grenzüberschreitende Formwechsel finden nun im Umwandlungsgesetz Einzug. Nach § 335 Abs. 3 UmwG muss der Formwechselplan, im Gegensatz zu einem innerstaatlichen Formwechsel, notariell beurkundet werden. Zur Begründung für diese unterschiedliche Handhabung führt der

⁸² *Drinhausen/Keinath*, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie Teil I, BB 2022, 1346.

⁸³ *Stelmaszczyk/Potyka* in *Herrler*, Gesellschaftsrecht, § 15 Rz 644.

Gesetzgeber an, dass ein grenzüberschreitender Formwechsel eines höheren Beratungsaufwands bedürfe als ein innerstaatlicher Formwechsel, weshalb die Beurkundung Rechtssicherheit bringen würde.⁸⁴ Eine Regelung der sprachlichen Anforderungen ist zwar nicht explizit im Umwandlungsgesetz enthalten. Ist allerdings eine deutsche Gesellschaft an dem grenzüberschreitenden Formwechsel beteiligt, ist der Formwechselplan in deutscher Sprache zu verfassen. Bei einer fremdsprachigen Version ist eine deutschsprachige Übersetzung beizulegen. Dies ergibt sich aus § 184 S. 1 GVG, wonach die Gerichts- bzw. Amtssprache deutsch ist. Probleme können sich hierbei ergeben, wenn eine zweiseitige Version in der Landessprache jeder Gesellschaft erstellt. Enthält eine Version Übersetzungsfehler, liegt ein versteckter Dissens vor. Betrifft dieser auch noch einen Punkt, welcher zu den gesetzlichen Mindestanforderungen aus § 335 Abs. 2 UmwG gehört, kommt der Formwechselplan in Ermangelung einer Einigung nicht zustande.⁸⁵

Hinsichtlich der Bekanntmachung des Formwechselplans verweist § 336 UmwG auf die Regelung zur Bekanntmachung des Verschmelzungsplans. Gem. § 308 Abs. 1 UmwG ist der Plan beim Register einzureichen. Das Registergericht hat sodann in der Bekanntmachung Angaben zu machen, die verpflichtend in ihrer Gesamtheit vorliegen müssen. Zum einen ist ein Hinweis erforderlich, dass der Plan beim Handelsregister eingereicht worden ist sowie die Rechtsform, Sitz, Firma und Registernummer der betroffenen Gesellschaft. Zum anderen ist ein Hinweis darüber bekanntzumachen, dass Anteilshaber, Gläubiger sowie der Betriebsrat spätestens fünf Arbeitstage vor der Gesellschafterversammlung ihre Bemerkungen zum Plan übermitteln können. Ferner darf die Gesellschafterversammlung erst einen Monat nach der Bekanntmachung des Plans im Handelsregister über die grenzüberschreitende Maßnahme entscheiden. Somit hat der deutsche Gesetzgeber die Mindestanforderungen aus Art. 86g UmwRL umgesetzt, die Mitgliedstaatenoption allerdings nicht. Folglich hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, den Bericht des unabhängigen Sachverständigen im Register offenzulegen sowie die Möglichkeit sich von der Offenlegungspflicht durch Veröffentlichung des Plans auf der Internetseite zu befreien. Eine solche Regelung würde in Deutschland die Publizität des Handelsregisters unterwandern.⁸⁶

7.1.4. Formwechselbericht

Auch für den Formwechselbericht aus § 337 UmwG erfolgt ein Verweis auf die entsprechende Regelung zur grenzüberschreitenden Verschmelzung. Gem. § 337 Abs. 1

⁸⁴ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, Begründung zu § 335 Abs. 1 und 3 UmwG 118.

⁸⁵ *Stelmaszczyk/Potyka* in *Herrler*, Gesellschaftsrecht, § 15 Rz 199.

⁸⁶ *Stelmaszczyk/Potyka* in *Herrler*, Gesellschaftsrecht, § 15 Rz 662 – 666.

UmwG finden § 309 Abs. 1 - 3, Abs. 5 UmwG sowie § 310 Abs. 1 - 3 UmwG entsprechend Anwendung. Das Erfordernis eines allgemeinen Teils sowie eines spezifischen Teils für Anteilsinhaber sowie Arbeitnehmer ist in § 309 Abs. 2 UmwG geregelt. § 309 Abs. 3 UmwG stellt es den Gesellschaften frei, einen getrennten oder einheitlichen Bericht für diese beiden Stakeholder Gruppen zu erstellen. Die Anforderungen an den Bericht für Arbeitnehmer hat der deutsche Gesetzgeber aus Art. 86e Abs. 5 UmwRL wortgetreu übernommen. Somit sind die Auswirkungen der grenzüberschreitenden Maßnahme auf die Arbeitsverhältnisse sowie wesentliche Änderungen der Beschäftigungsbedingungen in § 309 Abs. 5 UmwG geregelt. Für die Anteilsinhaber ist der Formwechsel an sich sowie die künftige Beteiligung der Anteilsinhaber nach dem Formwechsel rechtlich und wirtschaftlich zu begründen. Hierbei sind insbesondere die Unterschiede der Gesellschafterrechte nach dem bisherigen anwendbaren Recht und nach dem anwendbaren Recht der Zielrechtsform zu erläutern. Der anteilsinhaberspezifische Teil des Formwechselberichts muss zudem gem. § 337 Abs. 2 Nr. 2 UmwG konkret auf die Rechte und Rechtsbehelfe der Anteilsinhaber hinsichtlich des Barabfindungsgebots eingehen. Die Ausnahmen von der Berichtspflicht sind in § 337 Abs. 3 UmwG geregelt. Ein Formwechselbericht für die Anteilsinhaber bedarf es dann nicht, wenn die alle Anteilsinhaber auf einen Bericht verzichten sowie wenn die formwechselnde Gesellschaft nur einen Anteilsinhaber hat. Der deutsche Gesetzgeber hat folglich von der Mitgliedstaatenoption aus Art. 86e Abs. 4 S. 2 UmwRL Gebrauch gemacht, Einpersonengesellschaften von der Berichtspflicht auszunehmen. Des Weiteren kann der arbeitnehmerspezifische Teil des Berichts entfallen, wenn die Gesellschaft sowie etwaige Tochtergesellschaften keine Arbeitnehmer beschäftigen. Sind sowohl der anteilsinhaberspezifische als auch der arbeitnehmerspezifische Teil des Berichts entbehrlich, ist gar kein Formwechselbericht zu erstellen. Bei den Fristen für die Zugänglichmachung des Formwechselberichts gegenüber Arbeitnehmervertretern und Anteilsinhabern ist der deutsche Gesetzgeber bei den vorgegebenen Fristen durch die Richtlinie geblieben. So ist gem. § 337 Abs. 1 i.V.m. § 310 Abs. 1 UmwG der Formwechselbericht den Anteilsinhabern und Arbeitnehmervertretern sechs Wochen vor der Gesellschafterversammlung elektronisch zugänglich zu machen.⁸⁷

7.1.5. Formwechselprüfung

Die Anforderungen an die Prüfung des Formwechselberichts sind in § 338 UmwG geregelt. Hierfür wird zunächst auf die Vorschriften über die Verschmelzungsprüfung aus §§ 9 bis 11

⁸⁷ *Schmidt*, Der UmRUG-Referentenentwurf: grenzüberschreitende Umwandlungen 2.0 – und vieles mehr, NZG 2022, 635.

und 12 Abs. 1 UmwG verwiesen, die entsprechend anzuwenden sind. Diese regeln die Bestellung und die Verantwortlichkeit des unabhängigen Sachverständigen, der für die Prüfung des Formwechselberichts und die Erstellung eines Berichts über das Ergebnis der Prüfung verantwortlich ist. Prüfungsgegenstand ist der Formwechselbericht, wobei die Angemessenheit der Barabfindung für die ausscheidenden Anteilsinhaber sowie die Prüfung der Bewertungsmethode den Schwerpunkt bilden. Der Prüfungsbericht des unabhängigen Sachverständigen ist gem. § 338 Abs. 1 S. 3 UmwG spätestens einen Monat vor der Gesellschafterversammlung den Anteilsinhabern, die über den Formwechsel zu entscheiden haben, zukommen zu lassen. Die Prüfung und die anschließende Erstellung eines Prüfungsberichts sind folgerichtig dann entbehrlich, wenn überhaupt kein Formwechselbericht zu erstellen ist.⁸⁸

7.1.6. Formwechselbeschluss

Auf den Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung finden gem. § 333 Abs. 2 UmwG die Vorschriften zum innerstaatlichen Formwechsel nach den §§ 193 ff. UmwG entsprechend Anwendung. Hier sind insbesondere Regelungen zum Inhalt des Formwechselbeschlusses enthalten, der weitestgehend dem Inhalt den Formwechselplans entspricht. Hierbei geht der deutsche Gesetzgeber über die Anforderungen des Art. 86h UmwRL hinaus, der keine inhaltlichen Anforderungen an den Formwechselbeschluss stellt. Der Entwurf des Plans ist gem. § 193 Abs. 2 UmwG spätestens einen Monat vor der Gesellschafterversammlung den Arbeitnehmervertretern zuzuleiten. Ferner kann eine Anfechtung des Formwechselbeschlusses nicht auf Grundlage einer unangemessenen Barabfindung oder diesbezüglicher Informationsmängel erfolgen, was Art. 86h Abs. 4 UmwRL entspricht. § 339 UmwG sieht zusätzlich zu den Regelungen zum innerstaatlichen Formwechsel auf Grundlage von Art. 86h Abs. 2 UmwRL vor, dass die Zustimmung von der Bestätigung der mitbestimmungsrechtlichen anwendbaren Vorschriften in der Zielrechtsform abhängig gemacht wird. Der deutsche Gesetzgeber hat somit die Mitgliedstaatenoption zum Schutz der Mitbestimmung der Arbeitnehmer umgesetzt.⁸⁹

7.1.7. Annahme des Barabfindungsgebots

Hinsichtlich der Bewertung der Anteile und der Verfahrensvorschriften bei der Barabfindung finden sich umfassende Regelungen in § 340 UmwG, der Art. 86i UmwRL umsetzt. Das

⁸⁸ Vgl § 338 Abs 2 i V m §§ 12 Abs 3, 9 Abs 2 und 8 Abs 3 UmwG.

⁸⁹ *Drinhausen/Keinath*, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie Teil I, BB 2022, 1346.

Barabfindungsgebot, welches gem. § 340 Abs. 6 S. 1 UmwG stets durch einen unabhängigen Sachverständigen auf Angemessenheit zu prüfen ist, setzt einen Widerspruch des Anteilsinhabers gegen den Formwechselbeschluss voraus und steht unter der aufschiebenden Bedingung des Wirksamwerdens des grenzüberschreitenden Formwechsels. Somit wird keine Bindungswirkung erzielt, sollte die grenzüberschreitende Maßnahme nicht vollzogen werden. Diese Regelung verdeutlicht den Schutz von ausscheidenden Gesellschaftern und gibt keine Möglichkeit, unliebsame Anteilsinhaber durch eine potenziell fingierte grenzüberschreitende Maßnahme aus der Gesellschaft zu entfernen. Die Voraussetzung des Widerspruchs gegen den Formwechselbeschluss zeigt auf, dass die Mitgliedstaatenoption aus Art. 86i Abs. 1 UmwRL, einen Gleichlauf zwischen austretenden Gesellschaftern aufgrund des grenzüberschreitenden Vorhabens und generell austretenden Gesellschaftern zu schaffen, nicht umgesetzt wurde. Allerdings verweist § 340 Abs. 1 S. 4 UmwG auch auf § 211 UmwG, eine Regelung zur Barabfindung bei innerstaatlichen Formwechseln, welche es austretenden Gesellschaftern ermöglicht, ihren Gesellschaftsanteil einem Dritten zu veräußern. Der Anteilsinhaber ist somit nicht auf die Barabfindung beschränkt, sondern kann sich auch einer anderweitigen Veräußerung bedienen. Der deutsche Gesetzgeber gewährt somit austretenden Anteilsinhabern beim grenzüberschreitenden Formwechsel mehr Gestaltungsspielraum als es die Richtlinie tut. Diese sieht ausschließlich die Barabfindung vor.⁹⁰

Da keine Einigung im Rat erzielt werden konnte, hatte der Unionsgesetzgeber bei der Ausgestaltung der Mitteilungs- und Annahmeerklärung aus Art. 86i Abs. 2 und Abs. 3 UmwRL dem nationalen Gesetzgeber Spielraum gelassen. Gem. § 340 Abs. 2 UmwG trifft den austretenden Gesellschafter nun die Obliegenheit, seine Intention zur Annahme des Barabfindungsgebots spätestens einen Monat nach der Zustimmung des Formwechsels der Gesellschaft mitzuteilen. Dabei handelt es sich allerdings nicht um eine verbindliche Annahmeerklärung des Angebots. Vielmehr soll der Gesellschaft die Möglichkeit gegeben werden, den drohenden Liquiditätsabfluss einschätzen und kalkulieren zu können. Die rechtverbindliche Annahme des Barabfindungsgebots kann bis zu zwei Monate nach der Gesellschafterversammlung erklärt werden, in der die Zustimmung der Anteilsinhaber zum grenzüberschreitenden Formwechsel erfolgt ist. Dies setzt allerdings voraus, dass die Mitteilung aus § 340 Abs. 2 UmwG fristgerecht erklärt wurde. Ergeht eine rechtverbindliche Annahmeerklärung durch den austretenden Gesellschafter vor Ablauf der Mitteilungsfrist, ist die Erklärung über die Absicht der Annahme des Abfindungsgebots entbehrlich. Die Ausgestaltung der Regelungen zur Mitteilungs- und Annahmeerklärung des

⁹⁰ *Semler/Stengel/Leonard*, Umwandlungsgesetz⁵ (2021), § 211 Rz 1.

Barabfindungsgebots durch den deutschen Gesetzgeber werden sowohl dem Schutz der austretenden Gesellschafter als auch den übrigen Gesellschaftern gerecht. Einerseits besteht innerhalb eines Monats nach der Zustimmung zum Formwechselplan Planungssicherheit für die Gesellschaft, ob Barabfindungen zu zahlen sind. Andererseits wird durch die Ausschöpfung der Höchstfrist von zwei Monaten durch den deutschen Gesetzgeber der austretende Anteilsinhaber in keine Überrumpfungssituation gebracht, sondern hat nach der Mitteilung einen weiteren Monat Zeit, seine rechtverbindliche Annahme zum Barabfindungsgebot zu erklären. Liegt eine rechtverbindliche Annahmeerklärung vor, wird der Anteilsinhaber gem. § 340 Abs. 4 UmwG nicht Anteilsinhaber der Gesellschaft neuer Rechtsform. Die Fälligkeit der zu zahlenden Barabfindung richtet sich nach § 340 Abs. 5 UmwG, wonach die Auszahlung der Barabfindung zwei Wochen nach Wirksamwerden des grenzüberschreitenden Formwechsels zu erfolgen hat.

Für die gerichtliche Durchsetzung wird auf die Regelungen zum Gläubigerschutz aus § 341 UmwG verwiesen. Aus § 341 Abs. 2 UmwG geht hervor, dass der Anteilsinhaber innerhalb von zwei Jahren nach Wirksamwerden des grenzüberschreitenden Formwechsels Forderungen gegen die formwechselnde Gesellschaft geltend machen kann, die bereits vor der Bekanntmachung des Formwechselplans entstanden sind. Die gerichtliche Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung erfolgt gem. §§ 340 Abs. 1, 212 UmwG i.V.m. § 1 Nr. 4 SpruchG im Rahmen eines Spruchverfahrens.⁹¹

7.1.8. Rechtmäßigkeitskontrolle

Das mit den Art. 86m ff. UmwRL geschaffene zweistufige Kontrollsystem des grenzüberschreitenden Formwechsels wurde durch die §§ 342 ff. UmwG in das nationale Gesetz implementiert. Die Regelungen zur ersten Prüfungsstufe, welche die Prüfung der Verfahrensschritte in Deutschland als Wegzugsmittgliedstaat umfasst, sind in §§ 342 bis 344 UmwG geregelt. § 342 UmwG sieht die Anmeldung des grenzüberschreitenden Formwechsels vor. Hierbei hat das Vertretungsorgan der Gesellschaft die Aufgabe, die Anmeldung der grenzüberschreitenden Maßnahme beim zuständigen Registergericht zu erklären. Zuständig für die Prüfung ist dabei das Registergericht am Satzungssitz der Gesellschaft. Das Vertretungsorgan hat dafür zu sorgen, dass die erforderlichen Unterlagen beim Registergericht eingehen. Bei den inhaltlichen Anforderungen an die Anmeldung hat sich der deutsche Gesetzgeber an Art. 86m UmwRL orientiert, geht aber sogar noch weit über diesen hinaus. So hat das Vertretungsorgan neben der Beifügung des Formwechselplans,

⁹¹ Goette, Das Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie – Ein Überblick, DStR 2023, 157.

Formwechselberichten und Stellungnahmen auch etwa gem. § 342 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 4 UmwG zu versichern, dass an die Gläubiger die angebotene Sicherheit geleistet wurde bzw. dass sich die Gesellschaft nicht im Zustand der Zahlungsunfähigkeit befindet. Ferner ist nach § 342 Abs. 4 UmwG die Anzahl der Arbeitnehmer, die Anzahl der Tochtergesellschaften inklusive geografischer Standpunkte sowie das Bestehen etwaiger Verbindlichkeiten gegenüber der öffentlichen Hand anzugeben. Der deutsche Gesetzgeber stellt somit hohe Anforderungen an die Anmeldung des grenzüberschreitenden Formwechsels beim zuständigen Registergericht. Aufgrund der Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie können die erforderlichen Unterlagen nun auch gem. §§ 12 HGB i.V.m. §§ 39 a, 40 a BeurKG ausschließlich online eingereicht werden. Fällt die Prüfung der eingereichten Unterlagen positiv aus, hat das Registergericht gen. § 343 Abs. 1 S. 4 UmwG eine Vorabbescheinigung auszustellen.⁹² Der Unionsgesetzgeber hatte es im Rahmen von Art. 86m UmwRL unterlassen, inhaltliche Anforderungen an die Vorabbescheinigung zu stellen oder ein Standardformular zu schaffen.⁹³ Der deutsche Gesetzgeber hat diesbezüglich allerdings nachgebessert. Das Registergericht hat gem. § 343 Abs. 1 S. 2 und Abs. 4 UmwG von Amts wegen die Bescheinigung zu erstellen und anzugeben, welches Formwechselverfahren angewandt wurde, die Bezeichnung der formwechselnden Gesellschaft sowie die Feststellung, dass alle Voraussetzungen erfüllt und Formalitäten erledigt wurden. Die Vorabbescheinigung wird sodann der zuständigen Stelle im Zuzugsmitgliedstaat übermittelt. § 9 Abs. 1 S. 1 HRV sieht diesbezüglich vor, dass die Bescheinigung in den Registerordner aufgenommen wird und damit gem. § 9b Abs. 1 S. 1 HGB über das System der Registervernetzung im Zielstaat zugänglich gemacht wird. Die zuständige Stelle im Zielstaat überprüft sodann als zweite Kontrollstelle diejenigen Verfahrensschritte, welche für sie als Zuzugsmitgliedstaat beim Hereinformwechsel maßgeblich sind. Die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen sowie die Eintragung selber sind in § 345 UmwG geregelt. Diese entsprechen den Vorschriften aus Art. 86p und Art. 86q UmwRL.⁹⁴

7.1.9. Missbrauchskontrolle

Wird der grenzüberschreitende Formwechsel i.S.v. Art. 86m Abs. 8 UmwRL zu missbräuchlichen Zwecken vorgenommen, darf keine Vorabbescheinigung ausgestellt

⁹² *Schmidt*, Der UmRUG-Referentenentwurf: grenzüberschreitende Umwandlungen 2.0 – und vieles mehr, NZG 2022, 635.

⁹³ *Schmidt*, BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2020/2021, BB 2021, 1923 (1924).

⁹⁴ *Schmidt*, Der UmRUG-Referentenentwurf: grenzüberschreitende Umwandlungen 2.0 – und vieles mehr, NZG 2022, 635.

werden. In Ermangelung einer Definition durch den europäischen Gesetzgeber hat sich der deutsche Gesetzgeber bewusst dagegen entschieden, den Missbrauchstatbestand in § 343 Abs. 3 UmwG näher zu präzisieren. Grund hierfür ist die mangelnde Rechtssicherheit, die durch eine konkretisierende Regelung geschaffen würde. Letztendlich kann nur der EuGH verbindlich entscheiden, was hierunter zu verstehen ist. Die Umsetzungsnorm bestimmt daher lediglich, wie auch die Richtlinienbestimmung, dass das zuständige Gericht prüft, ob der grenzüberschreitende Formwechsel zu missbräuchlichen Zwecken vorgenommen werden soll, um sich nationalem Recht oder Unionsrecht zu entziehen. Wird dies bejaht, darf gem. § 343 Abs. 3 S. 2 UmwG keine Vorabbescheinigung erteilt werden.⁹⁵ In den Begründungen zum deutschen Referentenentwurf wird allerdings betont, dass stets eine Gesamtbetrachtung sämtlicher Umstände durchzuführen ist sowie Anhaltspunkte für einen Missbrauch angeführt. Demnach liegt der Verdacht des Vorliegens missbräuchlicher Zwecke etwa vor, wenn offene Forderungen der öffentlichen Hand gegen die Gesellschaft bestehen oder diese falsche Versicherungen oder Angaben gemacht hat.⁹⁶ Es wird sich allerdings erst im Laufe der Zeit, auch etwa durch EuGH-Entscheidungen, eine gewisse Praxis herausbilden.

7.1.10. Gläubigerschutz

In Umsetzung von Art. 86k UmwRL regelt § 341 UmwG den Gläubigerschutz beim grenzüberschreitenden Formwechsel. Für die gegebenenfalls zu leistende Sicherheitszahlung an die Gläubiger durch die Gesellschaft wird auf § 314 UmwG verwiesen. Der Anspruch ist gem. § 341 Abs. 1 UmwG gegenüber dem zuständigen Gericht glaubhaft zu machen. Im Gegensatz zur Richtlinienbestimmung aus Art. 86k Abs. 2 UmwRL gewährt § 314 Abs. 3 UmwG nicht nur einen Monat zur Geltendmachung des Anspruchs ab Offenlegung des Formwechselplans, sondern drei Monate. Der deutsche Gesetzgeber gibt somit den Gläubigern mehr Zeit, etwaige Forderungen zu benennen und gerichtlich geltend machen zu können. Dies ermöglicht im Sinne des durch den europäischen Gesetzgeber anvisierten Zwecks dieser Regelung, dass sich Gesellschaften infolge eines grenzüberschreitenden Formwechsel nicht ihren Verbindlichkeiten gegenüber ihren Gläubigern entziehen können. Um der Gefahr einer Vielzahl von Verfahren vor unterschiedlichen Prozessgerichten entgegenzuwirken, sieht § 314 Abs. 5 UmwG für die Geltendmachung des Anspruchs einen

⁹⁵ *Schmidt*, Der UmRUG-Referentenentwurf: grenzüberschreitende Umwandlungen 2.0 – und vieles mehr, NZG 2022, 635.

⁹⁶ Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG), Begründungen zu § 316 UmwG-E, abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Umsetzung_Umwandlungsrichtlinie.html; zuletzt abgerufen am 25. Mai 2023.

besonderen Gerichtsstand für das Gericht vor, welches dem Bezirk für das Registergericht angehört, das die Vorabbescheinigung erteilt.⁹⁷ § 314 Abs. 4 UmwG regelt über die Richtlinienbestimmungen aus Art. 86k UmwRL hinaus das Verfahren im Fall des Wegfalls des Sicherungsinteresses. Demnach sind geleistete Sicherheiten zurück zu gewähren, wenn der grenzüberschreitende Formwechsel gescheitert ist. Hier nennt § 314 Abs. 4 UmwG einen nicht abschließenden Katalog an Fällen, wann das Scheitern gegeben ist.⁹⁸

Ferner ist für den grenzüberschreitenden Formwechsel § 341 Abs. 2 UmwG in Umsetzung von Art. 86j Abs. 4 UmwRL eingeführt worden. Aus dieser Regelung folgt ein besonderer Gerichtsstand für Gläubigerklagen wegen einer Forderung gegen die formwechselnde Gesellschaft, welcher auch entsprechend auf Klagen der Anteilsinhaber anzuwenden ist. In dem Fall sind deutsche Gerichte international zuständig, wenn die Forderung vor der Bekanntmachung des Formwechselplans entstanden ist und die Klage durch die Gläubiger innerhalb von zwei Jahren nach dem Wirksamwerden des grenzüberschreitenden Formwechsels erhoben wird.⁹⁹ Der inländische Gerichtsstand bestimmt sich nach dem letzten inländischen Sitz des formwechselnden Rechtsträgers. Hierbei dürfte es somit auf den satzungsmäßigen Sitz gem. § 5 AktG und § 4a GmbHG, wobei auch andere inländische Gerichtsstände nach den allgemeinen Bestimmungen in Betracht kommen.¹⁰⁰

7.2. Umsetzung durch das UmRUGMitbestG

Die Umsetzung des Schutzes der Arbeitnehmerrechte ist nicht im Rahmen des UmRUG vollzogen worden, sondern in einem gesonderten Gesetz. Dabei handelt es sich um das UmRUGMitbestG, wozu auch das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer beim grenzüberschreitenden Formwechsel und bei der grenzüberschreitenden Spaltung (MgFSG) gehört. Ziel des MgFSG ist ausweislich von § 1 Abs. 1 S. 2 MgFSG die Sicherung der Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer. Das Gesetz über die Mitbestimmung ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass gem. Art. 86l Abs. 1 UmwRL die aus einem grenzüberschreitenden Formwechsel hervorgehende Gesellschaft den mitbestimmungsrechtlichen Regelungen des Mitgliedstaats unterliegt, in dem sie ihren Satzungssitz hat. Somit beurteilt sich das Mitbestimmungsstatut beim grenzüberschreitenden Formwechsel einer mitgliedstaatlichen Kapitalgesellschaft in eine deutsche GmbH grundsätzlich nach dem deutschen Mitbestimmungsrecht. Nach § 3 Abs. 1 S. 1 MgFSG

⁹⁷ Goette, Das Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie – Ein Überblick, DStR 2023, 157.

⁹⁸ Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drucksache 20/5237, 88.

⁹⁹ Goette, Das Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie – Ein Überblick, DStR 2023, 157.

¹⁰⁰ Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drucksache 20/3822, 118.

erfasst das Gesetz Fälle der Hereinumwandlung. Die Herausumwandlung unterliegt den in Umsetzung von Art. 861 Abs. 2 und 3 UmwRL erlassenen Parallelvorschriften des jeweiligen Zuzugsmitgliedstaats.

Handelt es sich bei der Ausgangsgesellschaft etwa um eine GmbH österreichischen Rechts mit mehr als 300 Arbeitnehmern, so ist gem. § 29 öGmbH ein Aufsichtsrat mit einer Arbeitnehmerbeteiligung von einem Drittel der Mitglieder erforderlich.¹⁰¹ Der grenzüberschreitende Formwechsel in eine GmbH deutschen Rechts hätte unter Anwendung des § 4 MgFSG den Verlust der Mitbestimmung zur Folge. Dem Verlust entgegen nun § 5 MgFSG, der auf Art. 861 Abs. 2 UmwRL zurückgeht. Aus § 5 Nr. 2 folgt, dass das anwendbare Recht des Zuzugsmitgliedstaats nicht anzuwenden ist, wenn es nicht mindestens denselben Schutzstandard an Arbeitnehmermitbestimmung vorsieht wie das anwendbare Recht des Wegzugsmitgliedstaats. Somit sollen die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer i.S.v. § 26 Abs. 1 MgFSG erhalten bleiben. Wesentlich ist zudem die Vier-Fünftel-Regelung, die in § 5 Nr. 1 MgFSG geregelt ist. Danach werden Verhandlungen über die Mitbestimmung bereits dann erforderlich, wenn die durch den Formwechsel entstandene Gesellschaft eine Anzahl von Arbeitnehmern beschäftigt, die zumindest vier Fünfteln des Wertes entspricht, der eine Arbeitnehmermitbestimmung im Wegzugsmitgliedstaat auslöst.¹⁰² Dem Bundesrat waren die ergriffenen Maßnahmen allerdings nicht weitgehend genug und kritisierte an der Vier-Fünftel-Regelung, dass das Fehlschlagen der Verhandlungen letztlich zu keiner Vereinbarung führt und auf der Seite der Unternehmensleitung kein Verhandlungsdruck besteht.¹⁰³ Zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte hat der deutsche Gesetzgeber daher neben dem allgemeinen Missbrauchsverbot für grenzüberschreitende Umwandlungen aus § 343 Abs. 3 UmwG ein Missbrauchsverbot speziell für die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer eingeführt. Nach § 36 S. 1 MgFSG darf ein grenzüberschreitendes Vorhaben nicht dazu benutzt werden, Arbeitnehmern bestehende Mitbestimmungsrechte zu entziehen oder kommende vorzuenthalten. Hier führt der deutsche Gesetzgeber in Umsetzung von Art. 861 Abs. 7 UmwRL einen nicht abschließenden Katalog an Beispielen, wann ein solcher Missbrauch vorliegt.

Ist ein Anwendungsfall von § 5 MgFSG einschlägig, so gelten nicht die allgemeinen Mitbestimmungsgesetze des Zuzugsmitgliedstaats, sondern die speziellen Vorschriften aus den §§ 25 ff. MgFSG. Es kommen somit Verhandlungslösung und Auffanglösung zur

¹⁰¹ *Kalss in Baums/Ulmer*, Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten, ZHR-Beiheft 72 2004, 97.

¹⁰² *Habersack*, EU-weite Unternehmensmobilität und Mitbestimmungssicherung nach Umsetzung der Mobilitätsrichtlinie, ZHR 2023, 48.

¹⁰³ Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drucksache 20/3822, 66.

Anwendung. Somit bestimmt sich im Anwendungsbereich der §§ 25 ff. MgFSG etwa die Sitzverteilung im Aufsichtsrat nach § 27 MgFSG und nicht nach dem MitbestG.¹⁰⁴

Weitere Kernpunkte im Zusammenhang mit der Arbeitnehmermitbestimmung ist nach §§ 6 ff. MgFSG die unverzügliche Information über das grenzüberschreitende Vorhaben, damit ein Verhandlungsgremium gebildet werden kann. Aus § 11 Abs. 2 MgFSG soll bei der Wahl auf bestehenden Gremien zurückgegriffen werden, um anfallende Kosten oder zeitliche Verzögerungen zu vermeiden. Ferner sind in den §§ 32, 33 MgFSG Regelungen des Schutzniveaus für den Fall enthalten, wenn die aus dem grenzüberschreitenden Formwechsel hervorgehende Gesellschaft erneut einen grenzüberschreitenden Formwechsel oder eine innerstaatliche Umwandlung vornimmt.¹⁰⁵

8. Fazit

Der Unionsgesetzgeber hat mit der Umwandlungsrichtlinie einen umfangreichen Rechtsrahmen geschaffen, der das Verfahren des grenzüberschreitenden Formwechsels sekundärrechtlich kodifiziert. Es gelten nun in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union einheitliche Vorschriften. Zwar bestand vor der Umwandlungsrichtlinie angesichts fehlender verfahrensrechtlicher Regelungen Rechtsunsicherheit. Verglichen mit dem nun anwendbaren Verfahren beim grenzüberschreitenden Formwechsel führt die Richtlinie allerdings zu einer Erhöhung des Verfahrensaufwands und fordert einen streng einzuhaltenden Zeitplan. Dies widerspricht dem eigentlichen Zweck der Richtlinie, die grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften innerhalb der Europäischen Union zu erleichtern. Inwiefern die hohen Anforderungen an das Verfahren dem Zweck der Richtlinie zuwiderlaufen, wird sich allerdings erst in den kommenden Jahren zeigen. Nichtsdestotrotz sind die Bestimmungen der Umwandlungsrichtlinie geeignet, bestehende Rechtsunsicherheit bei der Anwendung zweier Rechtsordnungen zu beseitigen. Dies betrifft insbesondere die klare Zuständigkeitszuweisung und Prüfungskompetenzen der Behörden im Wegzugs- und Zuzugsmitgliedstaat. Die auf dem zweistufigen Verfahren basierende Missbrauchskontrolle ist von ihrer Idee her eine sinnvolle Möglichkeit, strafbarem Handeln beim grenzüberschreitenden Formwechsel entgegenzuwirken. Was jedoch unter „missbräuchlichen und betrügerischen Zwecken“ im Rahmen der Missbrauchskontrolle zu verstehen ist, bleibt fraglich. Hier wird der EuGH in der Pflicht sein. Ein weiteres Versäumnis des europäischen Gesetzgebers ist die fehlende Anwendung auf alle Rechtsträger, die nach Art. 54 AEUV in den Anwendungsbereich der

¹⁰⁴ *Habersack*, EU-weite Unternehmensmobilität und Mitbestimmungssicherung nach Umsetzung der Mobilitätsrichtlinie, ZHR 2023, 48.

¹⁰⁵ *Goette*, Das Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie – Ein Überblick, DStR 2023, 157.

Niederlassungsfreiheit fallen. Es wäre wünschenswert gewesen, einen einheitlichen und verlässlichen Rechtsrahmen nicht nur für Kapitalgesellschaften, sondern auch für Personengesellschaften zu schaffen. Denn überall dort, wo keine Richtlinienregelung existiert, verbleibt Rechtsunsicherheit. Während bei der Schaffung eines einfachen Verfahrens noch Handlungsbedarf besteht, hat die Richtlinie ihr Ziel, den Schutz der Arbeitnehmer, Gesellschafter und Gläubiger zu gewährleisten, erreicht. Mit der Einführung von Berichtspflichten, Barabfindung, Sicherheiten und Arbeitnehmerbeteiligung hat der Unionsgesetzgeber dafür gesorgt, dass die Stakeholder an dem Verfahren beteiligt werden und ihre Rechte durch den grenzüberschreitenden Formwechsel nicht verloren gehen. Die zusätzlichen Mitgliedstaatenoptionen lassen zudem Freiraum für eine weitergehende Ausgestaltung.

Bei der Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie in Deutschland verdeutlicht die Einführung eines neuen Buches im Umwandlungsgesetz für grenzüberschreitende Umwandlungen die große Anzahl an Neuregelungen, die mit der Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie einhergehen. Der Verweis auf die allgemeinen Bestimmungen zum innerstaatlichen Formwechsel zeigt allerdings auch die Ähnlichkeit der Regelungen, die zwischen dem innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Formwechsel bestehen. Die Umsetzungsvorschriften orientieren sich insgesamt stark an den Richtlinienbestimmungen und übernehmen diese teilweise sogar wortgetreu. Der deutsche Gesetzgeber hat zudem einige Mitgliedstaatenoptionen umgesetzt. Hierbei ist es zu begrüßen, dass der Gesetzgeber insbesondere solche Mitgliedstaatenoptionen nicht umgesetzt hat, welche das Verfahren verlangsamen und wiederum solche eingeführt hat, die das Verfahren vereinfachen. Somit hat der deutsche Gesetzgeber die Gefahr einer Bürokratisierung des grenzüberschreitenden Formwechsels erkannt und dem Ziel der Schaffung eines einfachen Verfahrens entsprochen. Insbesondere bei den Schutzvorschriften für Arbeitnehmer, Gesellschafter und Gläubiger geht der deutsche Gesetzgeber über die Richtlinienbestimmungen hinaus und verschärft diese sogar. Dies ist insoweit zu begrüßen, da somit das bereits bestehende hohe nationale Schutzniveau auf grenzüberschreitende Formwechsel erweitert wird. Fraglich verbleibt allerdings, wie Deutschland mit der Missbrauchskontrolle verfahren wird. Der deutsche Gesetzgeber hat zwar richtig gehandelt und keine Vorgaben eingeführt, was genau unter „missbräuchlichen und betrügerischen Zwecken“ zu verstehen ist. Dies kann allerdings in der Praxis zu einem Stolperstein werden.

Somit kann festgehalten werden, dass die Vorschriften der Umwandlungsrichtlinie und deren Umsetzung in Deutschland insgesamt gut gelungen sind. Insbesondere die

Eysmond, Umwandlungsrichtlinie

Schutzbestimmungen für Arbeitnehmer, Gesellschafter und Gläubiger erweisen sich als besonders sinnstiftend. Angesichts der mangelnden Anwendung der Regelungen zum grenzüberschreitenden Formwechsel auf alle von Art. 54 AEUV erfassten Gesellschaftsformen fehlt es allerdings an der versprochenen umfassenden sekundärrechtlichen Kodifizierung. Daraus folgt, dass die Regelungen der Umwandlungsrichtlinie zum grenzüberschreitenden Formwechsel und deren Umsetzung in Deutschland der umfassend gewährleisteten Umwandlungsfreiheit nur teilweise gerecht werden.

Literaturverzeichnis

- Baums, Theodor*
Ulmer, Peter Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten, ZHR-Beiheft 72 2004, 97.
- Brehm, Johann*
Schümmer, Kevin Grenzüberschreitende Umwandlungen nach der neuen Richtlinie über grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, NZG 2020, 53.
- Born, Manfred (Hrsg.)*
Ghassemi, Nima (Hrsg.)
Gehle, Burkhard (Hrsg.) Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 7, 6. Auflage, München 2020.
- Bundesministerium der Justiz* Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG), 20. April 2022, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Umsetzung_Umwandlungsrichtlinie.html, zuletzt abgerufen am 25. Mai 2023.
- Drinhausen, Florian*
Keinath, Astrid Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie Teil I, BB 2022, 1346.
- Goette, Maximilian* Das Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie – Ein Überblick, DStr 2023, 157.
- Goette, Maximilian (Hrsg.)*
Habersack, Mathias (Hrsg.) Münchner Kommentar zum Aktiengesetz Band 7, 5. Auflage, München 2022.
- Habersack, Mathias* EU-weite Unternehmensmobilität und Mitbestimmungssicherung nach Umsetzung der Mobilitätsrichtlinie, ZHR 187 2023, 48.

Eysmond, Umwandlungsrichtlinie

- Habersack, Mathias (Hrsg.)* GmbH Großkommentar, 3. Auflage, München 2019.
- Casper, Matthias (Hrsg.)*
- Löbbe, Marc (Hrsg.)*
- Heckschen, Heribert* Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitende Rechtsformwechsel, GWR 2020, 449.
- Müller-Bonanni, Thomas* Mitbestimmungsrechtliche Folgen grenzüberschreitender Verschmelzungen, Umwandlungen und Spaltungen nach der RL (EU) 2019/2121, NZG 2021, 764
- Jenner, Alice*
- Thomas, Kathrin*
- Herrler, Sebastian* Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Auflage, München 2021.
- Bergmann, Alfred (Hrsg.)* Unternehmensmobilität im EU-Binnenmarkt, Berlin 2022.
- Drescher, Ingo (Hrsg.)*
- Römermann, Volker* Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 4. Auflage, München 2018.
- Schall, Alexander* Der grenzüberschreitende Formwechsel in Europa nach Polbud, ZfPW 2018, 189.
- Schmidt, Jessica* BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2020/2021, BB 2021, 1923.
- dies.* Der UmRUG-Referentenentwurf: grenzüberschreitende Umwandlungen 2.0 – und vieles mehr, NZG 2022, 635.
- Schollmeyer, Eberhard* Der Verschmelzungs-, Spaltungs- und Formwechselbericht nach der neuen Umwandlungs-richtlinie, AG 2019, 541.

Eysmond, Umwandlungsrichtlinie

- Schulze, Reiner (Hrsg.)* Europarecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2020.
Janssen, André (Hrsg.)
Kadelbach, Stefan (Hrsg.)
- Semler, Johannes (Hrsg.)* Umwandlungsgesetz, 5. Auflage, München 2021.
Stengel, Arndt (Hrsg.)
Leonard, Nina (Hrsg.)
- Stelmaszczyk, Peter Der materielle Stakeholderschutz nach der neuen
Umwandlungsrichtlinie, ZIP 2019, 2437.
- ders.* Die neue Umwandlungsrichtlinie – harmonisierte
Verfahren für grenzüberschreitende Verschmelzungen,
Spaltungen und Formwechsel, GmbHR 2020, 61.