



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Missbrauchskontrolle bei grenzüberschreitenden
Umwandlungen nach der Mobilitätsrichtlinie
mit besonderem Blick auf ihre Umsetzung im UmRUG“**

Dissertation vorgelegt von Michel Pfütz

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dirk Verse

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

I. Einleitung

Die Mobilität von Unternehmen im Binnenmarkt ist zentraler Bestandteil der europäischen Niederlassungsfreiheit und bietet diesen die Möglichkeit, in anderen Mitgliedstaaten ihrer unternehmerischen Tätigkeit nachzugehen und damit eine optimale Ressourcenallokation innerhalb der Europäischen Union zu erreichen.

Grenzüberschreitende Umwandlungen (also Formwechsel, Verschmelzungen und Spaltungen) wurden bislang geprägt von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, der im Laufe seiner Judikatur zur Niederlassungsfreiheit ein unionsprimärrechtliches Umwandlungsrecht schuf und in dieser Rechtsmaterie seiner Rolle als „Motor der Integration“ mehr als gerecht wurde. Die Frage des „Ob“ einer grenzüberschreitenden Umwandlung wurde damit primärrechtlich vom EuGH positiv beantwortet. Das „Wie“, also die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen eines Umwandlungsvorgangs, insbesondere die Kooperation der Mitgliedstaaten im grenzüberschreitenden Prozess, war lange Zeit jedoch nicht beziehungsweise nur vereinzelt geregelt.

Die Ende 2019 verabschiedete Mobilitätsrichtlinie (Richtlinie (EU) 2019/2121) zur Änderung der Gesellschaftsrechtsrichtlinie (Richtlinie (EU) 2017/1132) ist nun die eindeutige Antwort auf das vom EuGH in seiner Jurisdiktion geschaffene unionsprimärrechtliche Umwandlungsrecht. Die Mobilitäts-RL, die 2023 im UmRUG (Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie) ihre nationale Umsetzung ins deutsche Recht erfuhr, schafft einen einheitlichen Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Umwandlungen von Kapitalgesellschaften innerhalb der Europäischen Union und versucht, durch umfassende Schutzmaßnahmen die Interessen aller am Umwandlungsprozess Beteiligten in Einklang zu bringen. Teil dieser Schutzkonzeption ist eine durch den Wegzugsstaat durchzuführende Missbrauchskontrolle, bei der dieser die Umwandlung darauf zu untersuchen hat, ob sie „zu missbräuchlichen oder betrügerischen Zwecken, die dazu führen oder führen sollen, sich Unionsrecht oder nationalem Recht zu entziehen oder es zu umgehen, oder zu kriminellen Zwecken vorgenommen werden soll“ (Art. 127 Abs. 8 GesRRL und § 316 Abs. 3 S. 1 UmwG für die grenzüberschreitende Verschmelzung; Art. 160m Abs. 8 GesRRL und §§ 329 S. 1, 316 Abs. 3 S. 1 UmwG für die grenzüberschreitende Spaltung; Art. 86m Abs. 8 GesRRL und § 343 Abs. 3 S. 1 UmwG für den grenzüberschreitenden Formwechsel).

Fällt eine grenzüberschreitende Umwandlung durch die Missbrauchskontrolle, scheitert zugleich der gesamte Umwandlungsprozess. Die damit einhergehende Sprengkraft verstärkt sich nochmals, wenn man versucht, die als Generalklausel ausgestaltete Missbrauchskontrolle mit ihren unbestimmten Rechtsbegriffen näher zu konkretisieren. Mit der generalklauselartigen Formulierung geht nämlich ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit einher, denn es bleibt offen, welche konkreten Fälle von ihr erfasst werden. Dies wiederum hemmt die Ausübung der Niederlassungsfreiheit im Binnenmarkt, was dem eigentlichen Ziel der Mobilitäts-RL entgegensteht, die Mobilität von Unternehmen zu fördern. Der Missbrauchskontrolle wohnt daher ein erhebliches Konfliktpotenzial inne. Die Missbrauchskontrolle bewegt sich im besonders komplexen Spannungsfeld zwischen der durch die Niederlassungsfreiheit geschützten Umwandlungsfreiheit der Gesellschaften einerseits und dem berechtigten Schutzbedürfnis der von der Umwandlung betroffenen Stakeholder andererseits.

Vordergründiges Ziel dieser Dissertation ist es, den umwandlungsrechtlichen Missbrauchstatbestand näher auszugestalten und seinen Anwendungsbereich im Schutzkonzept der Mobilitäts-RL zu untersuchen.

II. Zusammenfassung der wesentlichen Untersuchungsergebnisse

1. Die Mobilitäts-RL vereinigt die zentralen Funktionen des Umwandlungsrechts. Auf der einen Seite etabliert sie durch ihre Ermöglichungsfunktion ein unionsweit einheitliches und rechtssicheres Regelungskonzept für grenzüberschreitende Umwandlungen von Kapitalgesellschaften und trägt damit zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und eines Binnenmarkts ohne Binnengrenzen bei. Auf der anderen Seite gewährleistet sie durch ihre Schutzfunktion einen korrespondierenden Stakeholderschutz für Arbeitnehmer, Gläubiger und (Minderheits-)Gesellschafter. In diese Schutzfunktion fügt sich die umwandlungsrechtliche Missbrauchskontrolle ein.
2. Die Mobilitäts-RL greift zu kurz, da sie nur Kapitalgesellschaften erfasst und die grenzüberschreitende Spaltung zur Aufnahme nicht harmonisiert. Insofern ist eine Nachbesserung erforderlich, damit ein Gleichlauf zur primärrechtlichen Umwandlungsfreiheit hergestellt wird. Ohne Regelungsrahmen fehlen auch die flankierenden Schutzbestimmungen, was das Missbrauchsrisiko grenzüberschreitender Umwandlungen außerhalb des Anwendungsbereichs der Mobilitäts-RL erhöht. Aus diesem Grund ist die überschießende Umsetzung des deutschen Gesetzgebers auf grenzüberschreitende Spaltungen zur Aufnahme zu begrüßen, greift aber ebenfalls zu kurz, da sie auf Rechtsträger unterhalb der Mitbestimmungsschwelle beschränkt ist.
3. Zum Großteil ist der Regelungsrahmen für grenzüberschreitende Formwechsel, Verschmelzungen und Spaltungen parallel ausgestaltet. Dies ist aufgrund der weitgehenden gestaltungsrechtlichen Austauschbarkeit der Umwandlungsarten Grundvoraussetzung für ein kohärentes Schutzsystem. Eine Unterscheidung, die nicht auf ein Spezifikum der Umwandlungsart zurückzuführen ist, ermöglicht Umgehungsgestaltungen innerhalb des bestehenden Regelungssystems. De lege ferenda müssen daher alle fortbestehenden Inkohärenzen beseitigt werden. Dazu zählen beispielsweise die im Unionsrecht bestehenden unterschiedlichen Mehrheitserfordernisse für den Zustimmungsbeschluss zum Formwechsel und zur Spaltung einerseits und zur Verschmelzung andererseits. Auch die einseitige Verzichtsmöglichkeit auf das Verhandlungsverfahren ausschließlich bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung (vgl. Art. 133 Abs. 4 lit. a GesRRL/ § 15 Abs. 3 MgVG), der besondere Gerichtsstand ausschließlich für den Formwechsel (vgl. Art. 86j Abs. 4 GesRRL/ § 341 Abs. 2 UmwG) und die mitbestimmungsrechtliche Verfahrensmissbrauchsklausel ausschließlich für Formwechsel und Spaltung (vgl. Art. 86l Abs. 3 lit. f bzw. 160l Abs. 3 lit. f GesRRL jeweils i. V. m. Art. 11 SE-RL/ § 36 MgFSG) sind systematisch nicht nachvollziehbar und müssen vereinheitlicht werden.
4. Die umwandlungsrechtliche Missbrauchskontrolle komplettiert den Stakeholderschutz des europäischen Umwandlungsrechts in ihrer Funktion als Auffangtatbestand. Die Ausgestaltung als Generalklausel ermöglicht dabei die notwendige Flexibilität und lückenfüllende Funktion für eine effektive Missbrauchsbekämpfung. Die mit der Unbestimmtheit der Missbrauchsklausel einhergehende Rechtsunsicherheit und Pervertierungsgefahr durch die Mitgliedstaaten wird durch die Letzt Konkretisierungskompetenz des EuGH hinreichend begrenzt.
5. Der umwandlungsrechtlichen Missbrauchsklausel liegt das Begriffs- und Systemverständnis des allgemeinen europäischen Rechtsmissbrauchsgrundsatzes zugrunde. Erforderlich ist daher ein objektives und subjektives Missbrauchselement. Ein Rückgriff auf das ungeschriebene allgemeine Missbrauchsverbot ist durch die Kodifizierung nicht länger nötig. Dieses wirkt vielmehr in der Auslegung der

umwandlungsrechtlichen Missbrauchsklausel fort. Der umwandlungsrechtlichen Missbrauchsklausel kommt jedoch über ihre Klarstellungsfunktion hinaus auch eine Konkretisierungsfunktion zu. Die Missbrauchsklausel verpflichtet die Mitgliedstaaten außerdem zur umfassenden Abwehr des Missbrauchs von nationalem und unionalem Recht. Sie hat dabei eine besondere rechtspraktische Bedeutung, da sie als Bestandteil eines jeden grenzüberschreitenden Umwandlungsverfahrens die für die Ausstellung der Vorabbescheinigung zuständige Stelle mit möglichen Missbrauchsrisiken konfrontiert und hierfür sensibilisiert.

6. Voraussetzung für den umwandlungsrechtlichen Missbrauchseinwand ist die Realisierung eines umwandlungsspezifischen Risikos. Ein missbräuchliches Verhalten, das sich vollkommen unabhängig von der Umwandlung realisiert und nur ein bloßes Beiwerk einer grenzüberschreitenden Umwandlung ist, kann daher nicht mit dem umwandlungsrechtlichen Missbrauchstatbestand bekämpft werden. Hier verbleibt die Möglichkeit eines Rückgriffs auf den allgemeinen europäischen Rechtsmissbrauchsgrundsatz.
7. Aufgrund des weiten Schutzbereichs der Niederlassungsfreiheit und der liberalen Auslegung durch den EuGH zu einer umfassenden unionsprimärrechtlichen Umwandlungsfreiheit, wird der Anwendungsbereich der umwandlungsrechtlichen Missbrauchsklausel erheblich eingeschränkt. Die Versagung der Vorabbescheinigung aufgrund des Missbrauchseinwands stellt einen der intensivsten Eingriffe in die Niederlassungsfreiheit dar, da sie den Wesenskern der Umwandlungsfreiheit betrifft. Daher ist der Missbrauchstatbestand eng auszulegen und restriktiv nur als ultima ratio anzuwenden.
8. Die Fallgruppenbildung der Missbrauchsklausel in missbräuchliche, betrügerische und kriminelle Zwecke ist für eine systematische Unterscheidung des Missbrauchstatbestandes weitestgehend unbrauchbar und soll vielmehr nur den weiten Anwendungsbereich der Missbrauchsklausel verdeutlichen.
9. Die Missbrauchskontrolle ist verfahrensrechtlich auf der ersten Stufe der zweistufigen Rechtmäßigkeitsprüfung im Rahmen der Ausstellung der Vorabbescheinigung durch den Wegzugsstaat einzuordnen. Soweit im deutschen Umwandlungsrecht für den aufnehmenden deutschen Rechtsträger nur eine einstufige Rechtmäßigkeitsprüfung mitsamt Missbrauchskontrolle vorgesehen ist, ist dies – entgegen anderslautenden Stimmen aus der Literatur – unionsrechtlich zulässig.
10. Der deutsche Gesetzgeber übernimmt den Wortlaut der Missbrauchsklausel nahezu 1:1 in das Umwandlungsgesetz, weicht jedoch in einem Punkt von der Mobilitätsrichtlinie ab: Und zwar soll nach dem UmwG eine Missbrauchskontrolle nur bei Anhaltspunkten für einen Missbrauch stattfinden. Die im deutschen Umwandlungsrecht vorgesehene zweistufige Missbrauchskontrolle aus Grob- und Tiefenprüfung bei Anhaltspunkten für Missbrauch ist unionsrechtlich zulässig. Sie bietet den Vorteil, dass eine vertiefte Missbrauchskontrolle kein streng formalistischer Bestandteil eines jeden Umwandlungsverfahrens ist und ihr nur in den tatsächlich notwendigen Fällen die gebotene Aufmerksamkeit zuteilwird.
11. Angesichts der potenziellen Komplexität missbräuchlicher Gestaltungen, die einen umfassenden wirtschaftlichen und rechtlichen Sachverstand in verschiedenen Bereichen des nationalen, unionalen und ausländischen Rechts erfordern können, droht im Rahmen

der Missbrauchskontrolle – insbesondere aufgrund begrenzter Zeit und Personalkapazitäten – eine Überforderung der Registergerichte. Dem kann durch Hinzuziehen von unabhängigen Sachverständigen entgegenwirkt werden. Um eine effiziente und effektive Missbrauchskontrolle zu gewährleisten, könnte das Registergericht durch standardisierte Unbedenklichkeitsbescheinigungen von regelmäßig mit der grenzüberschreitenden Umwandlung in Berührung kommenden Behörden, etwa dem Finanzamt, entlastet werden. Zwar besteht durch § 317 S. 1 Nr. 2 UmwG bereits die Möglichkeit des Informationsverlangens gegenüber öffentlichen Behörden. Ein standardisiertes Verfahren könnte solche Abfragen jedoch effizienter gestalten. Zudem würde sichergestellt, dass die Missbrauchsgefahren stets von der sachkundigsten Behörde beurteilt werden und dem Registergericht eine fundierte Entscheidungsgrundlage zur Verfügung steht.

12. Die Missbrauchskontrolle ermöglicht dem Wegzugsstaat im Einzelfall, eine eigentlich ausschließlich in der Prüfkompetenz des Zuzugsstaats liegende Materie aufgrund Missbrauchsverdachts bereits auf der ersten Stufe der Rechtmäßigkeitsprüfung selbst zu prüfen. Aufgrund des Konzepts der strikten Zuständigkeitsaufteilung von Wegzugs- und Zuzugsstaat im Rahmen der zweistufigen Rechtmäßigkeitsprüfung darf dies allerdings nur im Einzelfall und nur bei spezifischem Missbrauchsverdacht erfolgen.
13. Die Missbrauchsklausel darf funktionell nicht zur Kompensation rechtspolitischer Desiderata überdehnt und zu einer Verschärfung in der bestehenden Schutzkonzeption des europäischen Umwandlungsrechts führen. Insbesondere der Versuch, den Mitbestimmungsschutz durch eine Ausweitung potenzieller Mitbestimmungsrechte jenseits des vorgesehenen Konzepts aus Verhandlungs- und Auffanglösung über die Missbrauchsklausel zu begründen, muss daher abgelehnt werden.
14. Der deutsche Gesetzgeber hat dem zuständigen Registergericht drei Regelbeispiele mit an die Hand, bei denen Anhaltspunkte für einen Missbrauch bestehen und daher eine intensive Missbrauchskontrolle erforderlich ist.
 - a) Die Konkretisierung der Missbrauchsklausel im deutschen Umwandlungsgesetz durch Regelbeispiele ist eine sinnvolle Möglichkeit, den ansonsten wenig konturierten Missbrauchstatbestand für die Registergerichte handhabbar zu machen, ohne dabei das Auslegungsmonopol des EuGH für den europäischen umwandlungsrechtlichen Missbrauchsbegriff anzutasten. Als bloße Anhaltspunkte für einen Missbrauch nehmen sie die konkrete Missbrauchssubsumtion grundsätzlich nicht vorweg, sondern sollen vielmehr für eine tiefgehende Missbrauchskontrolle sensibilisieren.
 - b) Regelbeispiel Nr. 1, wonach ein erst auf Aufforderung des Gerichts eingeleitetes Verhandlungsverfahren über die zukünftige Arbeitnehmermitbestimmung einen Anhaltspunkt für Missbrauch darstellt, ist wenig innovativ und vermittelt lediglich eine Selbstverständlichkeit. Werden gesetzlich vorgeschriebene Verfahrensabläufe nicht eigenverantwortlich eingehalten, sondern muss das Registergericht hierauf insistieren, sollte das Umwandlungsvorhaben generell einer vertieften Missbrauchskontrolle unterliegen. Hier besteht ein erhöhtes Risiko, dass die gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrensabläufe gerade deshalb nicht beachtet wurden, um einen mit der Umwandlung verfolgten missbräuchlichen Zweck zu kaschieren. Das Regelbeispiel hätte man dahingehend generalisieren können, dass jeder Verstoß gegen das gesetzlich vorgeschriebene Umwandlungsverfahren einen Anhaltspunkt für einen missbräuchlichen Zweck begründet und als Folge eine tiefgehende Missbrauchskontrolle auslöst.

- c) Regelbeispiel Nr. 2 ist unionsrechtswidrig. Eine unionsrechtskonforme Auslegung ergibt, dass eine isolierte Satzungssitzverlegung ohne jegliche Wertschöpfung im Zielland und unter Beibehaltung des Verwaltungssitzes in Deutschland auch bei Erreichen von 4/5 des für die Unternehmensmitbestimmung maßgeblichen Schwellenwertes für sich genommen noch keinen Anhaltspunkt für einen Missbrauch begründen kann. Die präventive Flucht aus der Mitbestimmung durch isolierte Satzungssitzverlegung unter Einhaltung der gesetzlichen Schutzbestimmungen zur Arbeitnehmermitbestimmung ist per se nicht rechtsmissbräuchlich. Vielmehr ist die gezielte Vermeidung lediglich potenzieller Mitbestimmungsrechte durch grenzüberschreitende Umwandlung als grundsätzlich zulässige Regelungsarbitrage von der unionsrechtlichen Umwandlungsfreiheit geschützt.

Das Regelbeispiel widerspricht sowohl der primärrechtlichen Niederlassungsfreiheit als auch dem sekundärrechtlichen Schutzkonzept der Mobilitäts-RL.

Der EuGH erkennt nämlich in seiner *Polbud*-Entscheidung (EuGH, Urteil vom 25.10.2017, Rs. C-106/16) die isolierte Satzungssitzverlegung bei ausschließlicher Verbleib der Geschäftstätigkeit im Wegzugsstaat ausdrücklich als von der Niederlassungsfreiheit geschützt an, sofern der Zuzugsstaat eine Trennung von Satzungs- und Verwaltungssitz gestattet. Außerdem bestätigt er noch einmal die seit *Centros* (EuGH, Urteil vom 9.3.1999, Rs. C-212/97) geltende Rechtsprechung, wonach es für sich allein keinen Missbrauch darstellt, „wenn eine Gesellschaft ihren – satzungsmäßigen oder tatsächlichen – Sitz nach dem Recht eines Mitgliedstaats begründet, um in den Genuss günstigerer Rechtsvorschriften zu kommen“.

Zudem hat der europäische Gesetzgeber durch die 4/5-Regelung die potenziellen Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer durch die Verhandlungs- und Auffanglösung abschließend geregelt. Dabei war er sich bewusst, dass bei Scheitern der Verhandlung keine wirksame Auffanglösung greift und es gemäß dem Vorher-Nachher-Prinzip zur dauerhaften Mitbestimmungsfreiheit der Gesellschaft kommen kann, selbst wenn nach der Umwandlung ein nach altem Gesellschaftsstatut relevanter Schwellenwert überschritten wird.

Zwar nimmt das Regelbeispiel die Subsumtion des Missbrauchs nicht vorweg. Allerdings ist sein Tatbestand derart detailliert bestimmt, dass es eine faktische Indizwirkung entfaltet und ein davon abweichendes Ergebnis nur schwer zulässt. Auch die nur verfahrensrechtliche Verzögerung eines eindeutig unionsrechtlich geschützten Sachverhalts kann bereits eine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen.

- d) Das Regelbeispiel Nr. 3 sensibilisiert für Missbrauchsgefahren bei der umwandlungsrechtlichen Entstehung einer ausländischen Rentnergesellschaft. Eine Missbrauchsgefahr aufgrund erschwelter prozessualer Durchsetzbarkeit der Betriebsrentenansprüche und des Beitragseinzuges durch den PSVaG im Ausland existiert, anders als die Regierungsbegründung zum UmRUG erwarten lässt, nicht. Eine spezifische Missbrauchsgefahr besteht jedoch bei einer zu geringen Dotierung der Rentnergesellschaft. Ein Missbrauchsrisiko besteht vor allem bei der erstmaligen Entstehung der Rentnergesellschaft durch grenzüberschreitende Spaltung. Zielt die Entstehung einer ausländischen Rentnergesellschaft auf eine nach deutschen Bilanzgrundsätzen zu bewertende Unterdotierung ab, infolgedessen die Rentnergesellschaft nicht dauerhaft ihre Versorgungsverbindlichkeiten erfüllen kann, sondern planmäßig nach Ablauf der zehnjährigen Nachhaftungsfrist in die Insolvenz rutscht, kann dies den umwandlungsrechtlichen Missbrauchstatbestand begründen.

Der offene Wortlaut des Regelbeispiels, der grundsätzlich jede ausländische Rentnergesellschaft unter Missbrauchsverdacht stellt, signalisiert zwar einerseits die grundsätzliche Zulässigkeit einer ausländischen Rentnergesellschaft, ist andererseits in seiner Missbrauchsindikation aber zu pauschal. Hier sollte durch den deutschen Gesetzgeber nachgebessert werden und das Missbrauchsrisiko konkretisiert werden, um nicht offensichtlich unproblematische Rentnergesellschaften einer verpflichtenden tiefgehenden Missbrauchskontrolle zu unterziehen.

15. Durch die einseitige Konturierung der Regelbeispiele auf Arbeitnehmerinteressen wird der Eindruck erweckt, dass Missbrauchspotenzial allein zulasten der Arbeitnehmer bestehe. Die anderen Stakeholdergruppen der Gläubiger und Minderheitsgesellschafter dürfen missbrauchsspezifisch jedoch nicht aus dem Blickfeld geraten, sodass eine Ergänzung der Regelbeispiele sinnvoll erscheint. Die Missbrauchsklausel schützt nämlich alle Stakeholdergruppen, also Arbeitnehmer, Gläubiger, (Minderheits-)Gesellschafter und die Allgemeinheit. Zur Systematisierung weiterer Missbrauchsrisiken grenzüberschreitender Umwandlungen bietet sich eine Fallgruppenbildung anhand der Stakeholdergruppen an.
16. Eine systematische Fallgruppenbildung erweist sich als ein zentrales Instrument zur Fortentwicklung der unbestimmten Missbrauchsklausel und ihrer Regelbeispiele. Sie liefert exemplarische Leitfälle, ohne die Missbrauchsklausel selbst einzuengen. Für Gesellschaften schafft die Fallgruppenbildung Vorhersehbarkeit, indem sie aufzeigt, welche Gestaltungen regelmäßig als Missbrauch einzustufen sind und welche nicht. Damit gewährleistet sie eine rechtssicherere Ausübung der Niederlassungsfreiheit durch die Gesellschaften. Gleichzeitig erhalten die Registergerichte eine praxisorientierte Handhabe für eine effektive und effiziente Missbrauchskontrolle. Dem Ausnahmecharakter des Missbrauchseinwands und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechend bleibt auf diese Weise immer die notwendige Einzelfallentscheidung gewahrt. Zudem bleibt es den Registergerichten unbenommen, die Fallgruppenbildung bei Bedarf eigenständig weiterzuentwickeln und an die konkreten Gegebenheiten des Einzelfalls anzupassen. Dadurch wird die notwendige Flexibilität der Generalklausel gewahrt und eine dynamische Fortbildung des umwandlungsrechtlichen Missbrauchstatbestands sichergestellt.
17. Umwandlungsspezifische Missbrauchsrisiken zulasten der Arbeitnehmer bestehen vor allem hinsichtlich der Umgehung der Arbeitnehmermitbestimmungsrechte. Umwandlungsspezifische Missbrauchsrisiken hinsichtlich des Individual- und Betriebsverfassungsrechts bestehen hingegen nicht.
 - a) Wird bei der Umwandlung lediglich das Verhandlungsrecht der Arbeitnehmer verletzt, wie beispielsweise bei Scheinverhandlungen über die Mitbestimmung, wäre die Untersagung der Umwandlung aufgrund des Missbrauchseinwands unverhältnismäßig, da insoweit eine Nachholung der Verhandlung ein milderes und ebenso effektives Mittel zur Verwirklichung der Verhandlungsrechte darstellt.
 - b) Eine Mitbestimmungsminderung durch innerstaatliche Folgeumwandlung im Anschluss an eine grenzüberschreitende Umwandlung kann keinen Anknüpfungspunkt für einen umwandlungsrechtlichen Missbrauch der vorbereitenden grenzüberschreitenden Umwandlung begründen. Hier ist ein nachträglicher Rechtsschutz durch die temporäre Mitbestimmungssicherung der Umsetzungsvorschrift zu Art. 86l Abs. 7, 133 Abs. 7, 160l Abs. 7 GesRRL und bei Formwechsel und Spaltung ggf. das mitbestimmungsspezifische Missbrauchsverbot (in Deutschland: § 36 MgFSG) vorrangig.

- c) Ein Missbrauch kommt in Betracht, wenn die Gesellschaft die Arbeitnehmerzahl gezielt kurzfristig unter eine mitbestimmungsrelevante Schwelle absenkt, um die Rechtsfolge der Auffanglösung abzuschwächen und ein niedrigeres Mitbestimmungsniveau zu perpetuieren. Selbstverständlich gilt das erst recht, wenn die Gesellschaft über die Anzahl der Arbeitnehmer täuscht und infolgedessen den Einfriereffekt der Auffanglösung abzuschwächen versucht.
 - d) Außerdem ist ein umwandlungsrechtlicher Missbrauch anzunehmen, wenn ein gesetzeswidriger Ist-Zustand der Mitbestimmungsignorierung durch grenzüberschreitende Umwandlung unter Ausnutzung des Einfriereffekts perpetuiert werden soll. Zwar könnte das Missbrauchspotenzial minimiert sein, sofern der EuGH für die Auffanglösung auf das Soll-Statut der Mitbestimmung abstellt. Allerdings bestehen Restzweifel an einer solchen Auslegung durch den EuGH. Ohnehin verbleibt ein Missbrauchspotenzial, sofern die Bekämpfung der Mitbestimmungsignorierung im Wegzugsstaat dem Zuzugsstaat auferlegt würde, zeigt doch die Praxis der Mitbestimmungsignorierung in Deutschland, dass es nicht einmal Deutschland selbst gelingt, seine eigenen nationalen Mitbestimmungsvorschriften effektiv durchzusetzen.
18. Das allgemeine Gläubigerschutzsystem der Mobilitäts-RL begegnet den Missbrauchsrisiken grenzüberschreitender Umwandlungen zulasten der Gläubiger bereits in weiten Teilen effektiv. Nichtsdestotrotz verleiht zum Schutz der Gläubiger ein Restanwendungsbereich der umwandlungsrechtlichen Missbrauchsklausel.
- a) Die Missbrauchsklausel kann insbesondere bei einer gezielten Gläubigerschädigung zur Anwendung kommen. Der Anspruch auf Sicherheitsleistung ist aufgrund des möglichen Informationsdefizits beim Gläubiger regelmäßig nicht ausreichend. Auch die gesamtschuldnerische Nachhaftung bei der Spaltung weist aufgrund ihrer zeitlichen Beschränkung auf fünf bzw. bei Verbindlichkeiten auf zehn Jahre Schutzlücken auf.
 - b) Ein umwandlungsrechtlicher Missbrauch zulasten der Gläubiger kommt bei einem existenzvernichtenden Eingriff, beispielsweise durch grenzüberschreitende Verschmelzung eines zahlungsunfähigen auf einen zahlungsfähigen Rechtsträger mit Folge dessen Insolvenz, in Betracht. Im Vergleich zum vom BGH entwickelten ex post-Schutz durch Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft nach § 826 BGB ist die umwandlungsrechtliche Missbrauchskontrolle durch ihren ex ante-Schutz vorteilhafter, da die Werthaltigkeit des Anspruchs aus § 826 BGB von der Solvenz des Gesellschafters abhängt, wohingegen der existenzvernichtende Eingriff durch Versagung der Vorabbescheinigung von vornherein verhindert wird.
 - c) Ein Missbrauch zulasten der Gläubiger ist auch bei einer spaltungsrechtlichen Trennung von Haftungsmasse und Haftungsrisiko bei zielgerichteter Insolvenz eines beteiligten Rechtsträgers unter Ausnutzung der Schutzlücken im System der gesamtschuldnerischen Nachhaftung möglich. Der Zweck der Haftungssegmentierung und die ökonomische Rechtfertigung der Haftungsprivilegierung von Kapitalgesellschaften wird zweckwidrig und missbräuchlich ausgenutzt, wenn bereits zum Zeitpunkt der Spaltung die Insolvenz eines beteiligten Rechtsträgers nach Ablauf der Nachhaftungsfrist geplant ist.

- d) Das Risiko einer faktischen Normentziehung im Erkenntnisverfahren ist aufgrund des allgemeinen Gerichtsstands, der wahlweise nicht nur an den Satzungssitz, sondern auch an die Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung anknüpft, sowie durch zahlreiche besondere und ausschließliche Gerichtsstände, die für einen Großteil der (Alt-)Forderungen einen Gerichtsstand im Wegzugsstaat begründen, weitestgehend ausgeschlossen. Ein Restrisiko verbleibt hier lediglich für Gläubiger gesetzlicher Schuldverhältnisse und verfügender Verträge sowie für öffentliche Gläubiger.
 - e) Das Risiko einer faktischen Normentziehung im Vollstreckungsverfahren ist mangels umwandlungsspezifischen Risikos nicht mit der umwandlungsrechtlichen Missbrauchsklausel zu bekämpfen. Ohnehin bietet auch hier die EuGVVO eine ausreichende Gewähr für eine sichere Vollstreckung im EU-Ausland.
 - f) Forumshopping in der Insolvenz ist primär ein insolvenzrechtliches Missbrauchsrisiko, wobei auch hier der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum der EuInsVO den Restanwendungsbereich für das Missbrauchsverdict erheblich einschränkt. Dennoch kann im Einzelfall auch die umwandlungsrechtliche Missbrauchsklausel zum Einsatz kommen, sofern sich im Forumshopping ein umwandlungsspezifisches Missbrauchsrisiko verwirklicht, etwa wenn die Vermutungsregel des Gleichlaufs von Gesellschafts- und Insolvenzstatut am Satzungssitz bei zeitgleicher Inszenierung einer Scheinverlegung des COMI ins Ausland ausgenutzt werden soll, um das Insolvenzgericht des Zuzugsstaats über den tatsächlichen COMI zu täuschen, oder wenn die grenzüberschreitende Umwandlung Teil des Gesamtplans einer gläubigerschädigenden Firmenbestattung im Ausland ist.
 - g) Ein besonderes Missbrauchsrisiko zulasten öffentlicher Gläubiger, insbesondere der Sozialversicherungsträger als Gläubiger der Sozialversicherungszahlungen oder des Finanzamts als Gläubiger der Steuerschulden im Vergleich zu sonstigen Gläubigern ist in Bezug auf die Auslandsvollstreckung nicht zu erkennen. Den Gefahren der Auslandsvollstreckung wird durch spezifische europarechtliche Regelungen zur Amtshilfe begegnet, die den Einsatz der Missbrauchsklausel unverhältnismäßig machen. Ohnehin handelt es sich bei der Auslandsvollstreckung um kein umwandlungsspezifisches Missbrauchsrisiko.
Rechtsmissbrauch im Steuerrecht im Kontext grenzüberschreitender Umwandlungen ist regelmäßig nicht über die umwandlungsrechtliche Missbrauchsklausel zu bekämpfen, sondern gezielt durch die steuerrechtlichen Missbrauchstatbestände. Diese sind nicht nur *lex specialis*, sondern auch das mildere Mittel.
19. Auch für die Minderheitsgesellschafter besteht ein umfassendes Schutzsystem durch das europäische Umwandlungsrecht, das nur ausnahmsweise Raum für die umwandlungsrechtliche Missbrauchskontrolle lässt. Ein Anwendungsbereich der umwandlungsrechtlichen Missbrauchskontrolle besteht insbesondere bei einem Ausbooten und Herausdrängen der Minderheitsgesellschafter aus der Gesellschaft.
- a) Die umwandlungsrechtliche Missbrauchskontrolle und das Institut der materiellen Beschlusskontrolle wegen treuwidrigem und missbräuchlichem Stimmrechtsverhalten der Mehrheitsgesellschafter sind gleichberechtigt nebeneinander anwendbar. Die Missbrauchskontrolle ist für den Minderheitsgesellschafter allerdings in zweifacher Hinsicht vorteilhafter: Zum einen bietet sie insbesondere finanziell schwachen und rechtlich weniger versierten Gesellschaftern einen registergerichtlichen Schutz vor Mehrheitsmissbrauch, ohne dass diese das mit einer Beschlussanfechtungsklage

verbundene Kosten- und Prozessrisiko tragen müssen. Zum anderen gibt es keine einmonatige Ausschlussfrist, sodass sich das Versäumnis der Klagefrist gegen den Umwandlungsbeschluss nach § 14 Abs. 1 UmwG nicht auf die Möglichkeit zur Durchführung der umwandlungsrechtlichen Missbrauchskontrolle auswirkt.

- b) Eine grenzüberschreitende Umwandlung zur Vorbereitung eines Squeeze-outs ist per se nicht als Missbrauch zu qualifizieren, da die Mehrheitsgesellschafter hierbei lediglich die vom Gesetz zur Verfügung gestellten Gestaltungsmöglichkeiten ausnutzen.
 - c) Ein umwandlungsrechtlicher Missbrauch liegt in der Regel vor, wenn der Mehrheitsgesellschafter die Anteilsrechte der Minderheitsgesellschafter gezielt im Rahmen einer externen nicht verhältnismäßigen Verschmelzung oder Spaltung durch ein besonders unangemessenes Umtauschverhältnis verwässert und damit gegebenenfalls die Tatbestandsvoraussetzungen für den Ausschluss des Minderheitsgesellschafters mittels Squeeze-outs schafft. Zwar wird die Vermögensposition der Minderheitsgesellschafter grundsätzlich durch das Spruchverfahren hinreichend geschützt. Ein unangemessenes Umtauschverhältnis kann jedoch zu einem faktisch irreversiblen Verlust der Anteilsinhaberschaft führen. Bei einem Missbrauch der Mehrheitsmacht überwiegt – abweichend von der grundsätzlichen gesetzgeberischen Wertung, die dem Vollzugsinteresse der Umwandlung den Vorrang einräumt – das Schutzinteresse der Minderheitsgesellschafter an einem vollständigen Erhalt ihrer Anteilsinhaberschaft.
 - d) Ein Missbrauch zulasten der Minderheit kommt außerdem in Betracht, wenn im Zuge einer grenzüberschreitenden Verschmelzung oder Spaltung beim aufnehmenden Rechtsträger eine Satzungsänderung vorgenommen wird, die gezielt die neu hinzutretenden Minderheitsgesellschafter benachteiligen soll.
 - e) Ein existenzvernichtender Eingriff durch grenzüberschreitende Umwandlung, beispielsweise durch Verschmelzung eines verschuldeten auf einen gesunden Rechtsträger oder umgekehrt, kann nicht nur einen Missbrauch zulasten der Gläubiger, sondern auch zulasten der dissentierenden Minderheitsgesellschafter begründen. Der Schutz der Minderheitsgesellschafter eines zunächst solventen übernehmenden Rechtsträgers durch den Nachbesserungsanspruch in Form einer baren Zuzahlung ist unzureichend, da selbst ein höheres Umtauschverhältnis an einer Gesellschaft nach einem existenzvernichtenden Eingriff faktisch keinen finanziellen Mehrwert hat und der Anspruch gegen die Gesellschaft von deren Solvenz abhängt, die nach einem existenzvernichtenden Eingriff nicht mehr gegeben ist.
 - f) Auch der Schutz der Minderheitsgesellschafter eines zunächst solventen übertragenden Rechtsträgers ist lückenhaft. Zwar genießen die Minderheitsgesellschafter einer übertragenden Gesellschaft, sofern die aufnehmende Gesellschaft einem anderen Gesellschaftsstatut unterliegt, ein Austrittsrecht gegen Barabfindung. Allerdings ist der Barabfindungsanspruch der Minderheitsgesellschafter gefährdet, wenn die angebotene Barabfindung bewusst zum Nachteil der Minderheitsgesellschafter zu niedrig angesetzt wird, da sich der Sicherheitsanspruch der Höhe nach auf die im Verschmelzungsplan angebotene Abfindung beschränkt.
20. Die umwandlungsrechtliche Missbrauchskontrolle ist als Baustein eines umfassenden Schutzkonzeptes für grenzüberschreitende Umwandlungen zu begrüßen. Die mit der Unbestimmtheit der Generalklausel einhergehende Rechtsunsicherheit wird perspektivisch

zu Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH führen. Allein dieser kann letztverbindlich über die Auslegung der umwandlungsrechtlichen Missbrauchsklausel entscheiden. Entsprechende Gerichtsentscheidungen bleiben mit Spannung abzuwarten. Denn nur diese können langfristig Rechtssicherheit schaffen und eine effiziente und effektive Missbrauchsbekämpfung durch die Registergerichte ermöglichen.

Die Dissertation wird in der AHW-Reihe im Carl Heymanns Verlag erscheinen.