

## Hendrik Tafel: Rechtmäßigkeitsprüfung, Eintragung und Bestandsschutz bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen, Spaltungen und Formwechseln nach dem Company Law Package

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 10. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des studienbegleitenden Seminars zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht bei Prof. Dr. Jessica Schmidt, LL.M. (Nottingham), Lehrstuhl Zivilrecht I – Bürgerliches Recht, deutsches, europäisches und internationales Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, entstanden.

### A. Einführung

Mit der Mobilitätsrichtlinie<sup>1</sup> (MobilRL) und der Digitalisierungsrichtlinie<sup>2</sup> (DigiRL), die zusammen das *Company Law Package* bilden, hat der europäische Gesetzgeber in nahezu rekordverdächtiger Zeit zwei umfangreiche Änderungsrichtlinien zu der Gesellschaftsrechtsrichtlinie<sup>3</sup> (GesRRL) auf den Weg gebracht.<sup>4</sup> Die DigiRL stellt zum einen digitale Werkzeuge und Verfahren während des gesamten Lebenszyklus der Gesellschaft zur Verfügung.<sup>5</sup> Zum anderen intendiert sie den weiteren Ausbau des *Business Registers Interconnection System* (BRIS).<sup>6</sup> Mit der MobilRL verfolgt der EU-Gesetzgeber den Anspruch, die Unternehmensmobilität im europäischen Binnenmarkt sekundärrechtlich abzusichern.<sup>7</sup> Dazu wird der durch das *Cross-Border Mergers Directive*<sup>8</sup> bereits seit 2005 existierende Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Verschmelzungen novelliert; die novellierten Vorschriften befinden sich nunmehr in den Art. 87 ff. GesRRL.<sup>9</sup> Neben der besagten Novellierung wird in Art. 86a ff. und 135 ff. GesRRL erstmals ein einheitlicher Rechtsrahmen sowohl für grenzüberschreitende Spaltungen als auch für

grenzüberschreitende Formwechsel<sup>10</sup> geschaffen.<sup>11</sup> Das *Company Law Package* stellt somit einen allgemeinen sekundärrechtlichen Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Umstrukturierungen (Formwechsel, Spaltung, Verschmelzung) dar. Für die bisher schwerfällige grenzüberschreitende Unternehmensmobilität im europäischen Binnenmarkt ist dies ohne Zweifel ein großer Schritt nach vorne.<sup>12</sup> Gleichwohl muss die Frage gestellt werden, ob der europäische Gesetzgeber mit der MobilRL einen effizienten und insbesondere rechtssicheren Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Umstrukturierungen geschaffen hat. Der vorliegende Beitrag analysiert diese Fragestellung im Hinblick auf die Rechtmäßigkeitsprüfung (B.), die Eintragung (C.) sowie den Bestandsschutz (D.).

### B. Rechtmäßigkeitsprüfung

Die GesRRL sieht für alle drei Umstrukturierungsvarianten ein im Grundsatz gleiches System der zweistufigen Rechtmäßigkeitsprüfung vor.<sup>13</sup> Das Prüfungsverfahren und Prüfungsprogramm, inklusive der Kommunikation der zuständigen Behörden, findet sich in den Art. 86m–86o, 127–128, 160m–160o GesRRL akkurat und ausführlich geregelt wieder.<sup>14</sup> Zur Darstellung der Rechtmäßigkeitsprüfung

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

<sup>2</sup> Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht.

<sup>3</sup> Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts.

<sup>4</sup> *Bayer/Schmidt*, BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2018/19 – Teil I: Company Law Package, BB 2019, S. 1922 (1922).

<sup>5</sup> *Bayer/Schmidt*, BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2017/18, BB 2018, S. 2562 (2566); *Knaier*, Digital first, Bedenken second – Ein kritischer Blick auf den Kommissionsvorschlag betreffend den Einsatz digitaler Instrumente und Verfahren im Gesellschaftsrecht, GmbHR 2018, S. 560 (560); *Schmidt*, DiRUG-RefE: Ein Digitalisierungs-Ruck für das deutsche Gesellschafts- und Registerrecht, ZIP 2021, S. 112 (113).

<sup>6</sup> *Kindler*, Das Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie auf der Zielgeraden, DB 2021, M4–M6; *Schmidt*, EU Company Law Package 2018 – Mehr Digitalisierung und Mobilität von Gesellschaften (Teil 1) –, DK 2018, S. 229 (229).

<sup>7</sup> *Teichmann*, Grundlinien eines europäischen Umwandlungsrechts: Das „EU-Company Law Package 2018“, NZG 2019, S. 241 (241).

<sup>8</sup> Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten.

<sup>9</sup> *Bayer/Schmidt*, BB 2018, S. 2562 (2566); *Bormann/Stelmaszczyk*, Grenzüberschreitende Spaltungen und Formwechsel nach dem EU-Company Law Package, ZIP 2019, S. 353 (353); *Kraft*, „Grenzüberschreitende Vorhaben“ nach Annahme der Mobilitätsrichtlinie durch das Europäische Parlament, BB 2019, 1864 (1864).

<sup>10</sup> Die GesRRL spricht von „Umwandlung“. Anlehnend an die Begrifflichkeiten im deutschen Umwandlungsgesetz wird im vorliegenden Beitrag von „Formwechsel“ anstatt von „Umwandlung“ gesprochen.

<sup>11</sup> *Bayer/Schmidt*, BB 2019, S. 1922 (1926); *Mayer/Kleinert*, Digitalisierung im Gesellschaftsrecht und grenzüberschreitende Umwandlungen, EuZW 2019, S. 393 (394); *Schmidt*, Coming soon: „Company Law Package Part 2 – Implementation“, EuZW 2019, S. 801 (802).

<sup>12</sup> So auch *Bayer/Schmidt*, BB 2019, S. 1922 (1926); *Stelmaszczyk*, Die neue Umwandlungsrichtlinie – harmonisierte Verfahren für grenzüberschreitende Verschmelzungen, Spaltungen und Formwechsel, GmbHR 2020, S. 61 (61).

<sup>13</sup> *Bayer/Schmidt*, BB 2019, S. 1922 (1929); *Stelmaszczyk*, GmbHR 2020, S. 61 (70).

<sup>14</sup> *Schmidt*, Grenzüberschreitender Formwechsel in der EU. Eckpunkte des Rechtsrahmens und Herausforderungen bei der Umsetzung, ZEuP 2020, S. 565 (574).

erläutert dieser Beitrag das zweistufige Prüfungssystem und setzt sich dabei insbesondere kritisch mit der Missbrauchskontrolle auseinander.

## I. Prüfungsverfahren und Prüfungsprogramm der ersten Stufe

### 1. Einreichung des Antrages auf Vorabbescheinigung

Das Prüfungsverfahren aller grenzüberschreitenden Umstrukturierungen wird durch Einreichung des Antrags auf Vorabbescheinigung bei der zuständigen Behörde eingeleitet, Art. 86m II, 127 II, 160m II GesRRL. Dabei müssen die Mitgliedstaaten – im Einklang mit der DigiRL – den Gesellschaften die Möglichkeit einräumen, den Antrag online einzureichen, sodass ein persönliches Vorstelligwerden der vertretungsberechtigten Organe nicht erforderlich ist, Art. 86m IV, 127 IV, 160m IV GesRRL.<sup>15</sup>

### 2. Einzureichende Unterlagen

Einzureichen sind jeweils der Plan für die grenzüberschreitende Umstrukturierung, der Bericht der Unternehmensleitung inklusive möglicher Stellungnahmen der Arbeitnehmer(vertreter), der Prüfungsbericht des Sachverständigen und etwaige Bemerkungen von Gesellschaftern, Gläubigern sowie Arbeitnehmern bzw. Arbeitnehmervertretern zu dem Plan der grenzüberschreitenden Umstrukturierung, Art. 86m II lit. a–d, 127 II lit. a–d GesRRL.<sup>16</sup> Nach der Mitgliedstaatenoption der Art. 86m II, 127 III, 160m III GesRRL, können die Kontrollstellen nebst den zuvor bezeichneten obligatorischen Unterlagen zusätzliche Informationen im Rahmen der Antragstellung verlangen.<sup>17</sup> Dazu zählen vornehmlich solche über die Arbeitnehmeranzahl zum Zeitpunkt der Erstellung des Umstrukturierungsplans, das Bestehen von Tochtergesellschaften und deren Standorte sowie Informationen zur Erfüllung von Pflichten gegenüber der öffentlichen Hand. Wie sich aus dem Wort „insbesondere“ ergibt, ist dieser Katalog nicht abschließend. Vielmehr können weitere Einreichungspflichten vorgesehen werden. Überdies

kann die Kontrollstelle der ersten Stufe mit anderen Behörden kommunizieren und von diesen zusätzliche Informationen beziehen, Art. 86m III UAbs. 2, 127 III UAbs. 2, 160m III UAbs. 2 GesRRL.

### 3. Prüfungsprogramm

Gemäß Art. 86m I, 127 I, 160m I GesRRL prüft die Kontrollstelle der ersten Stufe ganz generell die Verfahrensschritte, für die das Recht des Wegzugstaates<sup>18</sup> maßgeblich ist.<sup>19</sup> Die Art. 86m VI, 127 VI, 160m VI GesRRL konkretisieren diesen generellen Prüfungsmaßstab und regeln, dass alle Unterlagen und Informationen geprüft werden müssen, die gemäß den Absätzen 2 und 3 übermittelt wurden. Die Prüfung erfolgt sowohl in formeller wie auch in materieller Hinsicht.<sup>20</sup> Dazu gehört in erster Linie die Frage, ob sich die umstrukturierende Gesellschaft überhaupt der gewünschten Umstrukturierungsmaßnahme bedienen kann (bspw. Verschmelzungsfähigkeit).<sup>21</sup> Überprüft wird ferner gegebenenfalls die Angabe der sich umstrukturierenden Gesellschaft, dass das Verfahren der Arbeitnehmerbeteiligung begonnen hat, Art. 86l III, IV, 133 III, IV, 160l III, IV GesRRL.<sup>22</sup> Im Hinblick auf die Einhaltung der Regelungen betreffend die Arbeitnehmermitbestimmung überprüft die Kontrollstelle, ob der Plan der Umstrukturierung Angaben zu den Verfahren und zu den Optionen für diese Regelungen enthält, Art. 86m V, 127 V, 160m V GesRRL. Darüber hinaus wird die Einhaltung der Schutzvorschriften zugunsten von Gläubigern sowie Minderheitsgesellschaftern geprüft. Nicht zum Prüfungsprogramm gehört indes die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit der grenzüberschreitenden Umstrukturierung.<sup>23</sup>

### 4. Missbrauchskontrolle

Für die Erteilung der Vorabbescheinigung ist insbesondere auch die Missbrauchskontrolle maßgebend.<sup>24</sup> Diese sorgte nicht nur während des EU-Legislativverfahrens für zahlreiche Debatten und Änderungsvorschläge, sondern ist auch heute noch einer der problemfälligsten Punkte im Rahmen der

<sup>15</sup> *Brehm/Schümmer*, Grenzüberschreitende Umwandlungen nach der neuen Richtlinie über grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, NZG 2020, S. 538 (542); der Verweis in Art. 86m Abs. 4 GesRRL auf Titel I Kapitel II ist ein redaktioneller Fehler. Richtig wäre der Verweis auf Titel I Kapitel III.

<sup>16</sup> *Stelmaszczyk*, GmbHR 2020, S. 61 (72); ausführlich zum Verfahren bei der grenzüberschreitenden Spaltung siehe *Stelmaszczyk*, Grenzüberschreitende Spaltungen de lege lata und de lege ferenda, DK 2021, S. 1 (5 ff.).

<sup>17</sup> *Stelmaszczyk*, GmbHR 2020, S. 61 (72).

<sup>18</sup> Der Übersichtlichkeit halber ist hier von Wegzugstaat die Rede. Gemeint ist damit ebenfalls der Mitgliedstaat der sich verschmelzenden Gesellschaft sowie der Mitgliedstaat der sich spaltenden Gesellschaft.

<sup>19</sup> *Stelmaszczyk*, GmbHR 2020, S. 61 (70).

<sup>20</sup> So bereits zu Art. 127 I GesRRL a. F. *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Auflage 2018, § 22 Rn. 22.103.

<sup>21</sup> So bereits zu Art. 127 I GesRRL a. F. *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 20), § 22 Rn. 22.103.

<sup>22</sup> *Brehm/Schümmer*, NZG 2020, S. 538 (542).

<sup>23</sup> So bereits zu Art. 127 I GesRRL a. F. *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 20), § 22 Rn. 22.103.

<sup>24</sup> *Bormann/Stelmaszczyk*, ZIP 2019, S. 353 (359).

Rechtmäßigkeitsprüfung.<sup>25</sup> Im Folgenden wird das Verfahren der Missbrauchskontrolle erläutert und ferner die Frage ergründet, ob die Missbrauchskontrolle, so wie sie *de lege lata* geregelt ist, die Mittel zur Verfügung stellt, um Missbräuche effektiv und vor allem rechtssicher zu verhindern.

### a) Kontrollverfahren der Missbrauchskontrolle

Hat die zuständige Kontrollstelle der ersten Stufe ernsthafte Bedenken, dass eine grenzüberschreitende Umstrukturierung zu missbräuchlichen und/oder betrügerischen Zwecken vorgenommen werden soll, muss sie alle maßgeblichen Tatsachen und Umstände berücksichtigen, Art. 86m IX, 127 IX, 160m IX GesRRL. Dazu zählen sowohl solche, welche die Kontrollstelle selbst im Rahmen ihrer Prüfung entdeckt, als auch solche, die sie durch Konsultation anderer Behörden erhält.<sup>26</sup> Erwägungsgrund 36 der MobilRL konkretisiert die Art. 86m IX, 127 IX, 160m IX GesRRL um einen Katalog von mindestens zu berücksichtigenden Umständen.<sup>27</sup> Im Rahmen des Kommissionsentwurfes der MobilRL war noch vorgesehen, dass der Sachverständige in seinem Bericht (auch) Informationen bezüglich der Missbrauchskontrolle aufnehmen muss und diese dadurch wiederum der Kontrollstelle zur Verfügung gestanden hätten.<sup>28</sup> Die GesRRL sieht indes nunmehr vor, dass sich die zuständige Kontrollstelle die Informationen selbst besorgen muss.<sup>29</sup> In erster Linie wird sie diese im Rahmen des Antrags auf Vorabbescheinigung erhalten.<sup>30</sup> Darüber hinaus räumen die Art. 86m XII, 127 XII, 160m XII GesRRL der Kontrollstelle weitere Informationsrechte ein. Danach können andere Behörden – auch aus dem Zugstaat<sup>31</sup> – konsultiert und Unterlagen sowie Informationen angefordert werden. Auch eines unabhängigen Sachverständigen kann sich bedient werden. Dies ist aus Gründen der Rechtssicherheit sowie im Hinblick auf die Beschleunigung des Verfahrens zu begrüßen. Für die Durchführung des Missbrauchskontrollverfahrens kann die grundsätzlich vorgesehene Prüffrist von drei Monaten um drei

weitere Monate verlängert werden, Art. 86m VII, 127 VII, 160m VII GesRRL. Die Art. 86m XI, 127 XI, 160m XI GesRRL erlauben sogar eine Überschreitung der sechsmonatigen Prüffrist, wenn es wegen der Komplexität des Prüfverfahrens nicht möglich ist, die reguläre Prüffrist einzuhalten.<sup>32</sup> Dieses Ergebnis ergibt sich bereits aus dem Wortlaut. Muss eine Gesellschaft über eine Verzögerung informiert werden, dann muss diese Verzögerung im Umkehrschluss auch möglich sein. Zu kritisieren ist, dass die Regelung weit gefasst wurde und so möglicherweise als Einfallstor für unnötig ausgedehnte Prüfungsverfahren dienen könnte, zumal auch die zeitliche Komponente offengelassen wurde. Zu hoffen bleibt, dass mit solchen Fällen restriktiv umgegangen wird und davon nur dann Gebrauch gemacht wird, wenn die sechsmonatige Frist unter jeglichen Gesichtspunkten nicht eingehalten werden kann.<sup>33</sup> Das Kontrollverfahren der Missbrauchskontrolle richtet sich nach nationalem Recht, Art. 86 IV 2, 127 IX 2, 160m IX 2 GesRRL. Die Missbrauchskontrolle führt so schon auf verfahrensrechtlicher Ebene zu nicht nur unerheblichen Herausforderungen, denn der Mitgliedstaat bzw. nationale Gesetzgeber muss das Kontrollverfahren in das bereits bestehende nationale Verfahrensrecht einpflegen.<sup>34</sup>

### b) Materiell-rechtliche Voraussetzungen

Das EU-Legislativverfahren war von großer Diskussion und gegenteiligen Ansätzen zu den materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Missbrauchskontrolle geprägt.<sup>35</sup> Der Kommissionsentwurf sah zur Missbrauchsverhinderung die Untersagung von sog. „künstlichen Gestaltungen“ vor, Art. 86c III, 160d III MobilRL-E. Das Europäische Parlament vertrat demgegenüber einen verschärften Ansatz und ergänzte das Verbot „künstlicher Gestaltungen“ um das Erfordernis eines „*Genuine-links*“<sup>36,37</sup> Der Rat hingegen wollte die Regelungen zur Missbrauchskontrolle streichen und als bloße Mitgliedstaatenoption ausgestalten.<sup>38</sup> Aufgrund der mitunter

<sup>25</sup> *Bayer/Schmidt*, BB 2019, S. 1922 (1930); *Schmidt*, ZEuP 2020, S. 565 (574); *Stelmaszczyk*, GmbHR 2020, S. 61 (62); *Teichmann*, NZG 2019, S. 241 (247 f.); ausführlich zu den Änderungsvorschlägen während des EU-Legislativverfahren *Bormann/Stelmaszczyk*, ZIP 2019, S. 353 (359 ff.).

<sup>26</sup> *Schmidt*, ZEuP 2020, S. 565 (574).

<sup>27</sup> *Schmidt*, ZEuP 2020, S. 565 (574).

<sup>28</sup> Art. 86g III lit. b, 160i III lit. f MobilRL-E.

<sup>29</sup> *Schmidt*, ZEuP 2020, S. 565 (575); vgl. auch *Stelmaszczyk*, GmbHR 2020, S. 61 (72).

<sup>30</sup> *Stelmaszczyk*, GmbHR 2020, S. 61 (72).

<sup>31</sup> Der Übersichtlichkeit halber ist hier nur von Zugstaat die Rede. Gemeint ist damit ebenfalls der Mitgliedstaat der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft, sowie der Mitgliedstaat der aus der Spaltung begünstigten Gesellschaft.

<sup>32</sup> So wohl auch *Stelmaszczyk*, GmbHR 2020, S. 61 (73).

<sup>33</sup> Vgl. dazu Erwägungsgrund 35 a. E. MobilRL.

<sup>34</sup> *Schmidt*, ZEuP 2020, S. 565 (575).

<sup>35</sup> Ausführlich zu den verschiedenen Ansätzen der Missbrauchskontrolle während des EU-Legislativverfahrens *Stelmaszczyk*, GmbHR 2020, S. 61 (71 ff.).

<sup>36</sup> Unter einem „*Genuine-link*“ in diesem Sinne ist ein mit einer Untersagungssanktion verbundenes Erfordernis einer realwirtschaftlichen Beziehung zum Zugstaat zu verstehen.

<sup>37</sup> Siehe dazu u. a. Art. 128 (AM 225–230) und Art. 128a (AM 231) des Entwurfes einer legislativen Entschliessung des Europäischen Parlaments, PE 625.524; siehe dazu auch *Stelmaszczyk*, GmbHR 2020, S. 61 (71 f.).

<sup>38</sup> *Stelmaszczyk*, GmbHR 2020, S. 61 (72); Siehe dazu auch Art. 127 VIII, Art. 86m VIII, 160o VIII des Vorschlag des Rates für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, ST 5401/19.



großen Kluft zwischen den verschiedenen Ansätzen war es eine Herausforderung, einen für alle Umstrukturierungsvarianten gleichen und rechtssicheren Rechtsrahmen zu schaffen, dabei aber gleichzeitig kein schwerfälliges Verfahren zu produzieren sowie im Übrigen nicht das intendierte Ziel – die Verhinderung von missbräuchlichen Umstrukturierungen – aus den Augen zu verlieren.<sup>39</sup> Ob der EU-Gesetzgeber dieser Herausforderung *de lege lata* gerecht geworden ist, ist im Nachstehenden zu klären.

#### aa) Voraussetzungen der Missbrauchskontrolle *de lege lata*

Gemäß Art. 86m VIII, 127 VIII, 160m VIII GesRRL darf eine grenzüberschreitende Umstrukturierung nicht genehmigt bzw. die Vorabbescheinigung nicht ausgestellt werden, wenn die Umstrukturierung zu missbräuchlichen, betrügerischen und/oder kriminellen Zwecken vorgenommen werden soll. Die materielle-rechtlichen Voraussetzungen der Missbrauchskontrolle knüpfen im Wesentlichen an die stRspr. des EuGH<sup>40</sup> an.<sup>41</sup> Der Unterschied zur EuGH-Judikatur liegt darin, dass die Mitgliedstaaten *de lege lata* nicht mehr bloß berechtigt, sondern dazu verpflichtet sind, eine grenzüberschreitende Umstrukturierung zu untersagen, wenn diese zu missbräuchlichen, betrügerischen und/oder kriminellen Zwecken vorgenommen werden soll.<sup>42</sup> Problematisch an dem vom EuGH entwickelten Missbrauchs begriff ist jedoch, dass dieser unbestimmt und somit wenig greifbar ist, was zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führt.<sup>43</sup> Klar ist, dass die Entscheidung, was genau eine missbräuchliche Umstrukturierung darstellt, nicht den Mitgliedstaaten überlassen werden kann, da der vom EuGH entwickelte Missbrauchs begriff unionsautonom ist.<sup>44</sup> Fraglich ist daher, ob die Richtlinie etwaige Konkretisierungen oder Anhaltspunkte bereithält, die dem Missbrauchs begriff mehr Konturen verleihen. Augenfällig ist zunächst, dass die Erwägungsgründe der MobilRL nicht mehr ausdrücklich festlegen, dass der Missbrauchs begriff restriktiv auszulegen

sei; dies sah allerdings Erwägungsgrund 40 S. 3 MobilRL-E noch vor.<sup>45</sup> Diese Einschränkung der Missbrauchskontrolle ist somit auch in der GesRRL *prima facie* ersatzlos entfallen.<sup>46</sup> Erwägungsgrund 34 der MobilRL spricht nur noch davon, dass eine Vorabbescheinigung erteilt wird, „es sei denn, die zuständige Behörde hat ernste Bedenken, dass das grenzüberschreitende Vorhaben 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 [...]“. Allerdings deutet sich darin ebenfalls ein Regel-Ausnahme-Verhältnis an. Auch die Systematik der Regelungen zur Erteilung der Vorabbescheinigung legt ein solches Regel-Ausnahme-Verhältnis nahe.<sup>47</sup> Die Art. 86m, 127, 160m GesRRL statuieren in den ersten Absätzen die Prüfungsvoraussetzungen und Rechtsfolgen. Erst nachstehend – in Abs. 8 und 9 – folgt sodann die Rechtmäßigkeitsprüfung.<sup>48</sup> Die GesRRL geht somit ebenfalls von einer restriktiven Auslegung des Missbrauchs begriffes aus. Das gefundene Ergebnis stimmt ferner mit der Rechtsprechung des EuGH überein.<sup>49</sup> Dieser hat ausdrücklich festgelegt, dass „nur im Einzelfall“ ein missbräuchliches Verhalten die Berufung auf das „einschlägige Gemeinschaftsrecht“<sup>50</sup> [verwehrt].<sup>51</sup> Das zeigt, dass der Missbrauchs begriff eng auszulegen ist und nur ganz bestimmte Missbrauchspraktiken erfassen dürfte. Isoliert betrachtet ist damit freilich wenig gewonnen. Mit den Erwägungsgründen 35 und 36 MobilRL hat der europäische Gesetzgeber einige Erläuterungen betreffend des Missbrauchs begriffes niedergeschrieben. Ob diese Erläuterungen dazu geeignet sind, dem Missbrauchs begriff mehr Konturen zu verleihen, anhand derer wiederum konkrete Voraussetzungen aufgestellt werden könnten, ist fraglich. Satz 1 des Erwägungsgrundes 35 MobilRL nennt ausdrücklich die Umgehung der Arbeitnehmerrechte. In diesem Kontext könnte noch an die Umgehung der Rechte der zwei anderen Stakeholder – Gesellschafter und Gläubiger der Gesellschaft –

<sup>39</sup> Stelmaszczyk, GmbHR 2020, S. 61 (72).

<sup>40</sup> EuGH, 9.3.1999 – C-212/97, Centros, ECLI:EU:C:1999:126, Rn. 25; EuGH, 30.9.2003 – C-167/01, Inspire Art, ECLI:EU:C:2003:512, Rn. 136; EuGH, 25.10.2017 – C106/16, Polbud, ECLI:EU:C:2017:804, Rn. 39.

<sup>41</sup> Schmidt, ZEuP 2020, S. 565 (575 f.).

<sup>42</sup> Bayer/Schmidt, BB 2019, S. 1922 (1930); Schmidt, ZEuP 2020, S. 565 (575 f.).

<sup>43</sup> Luy, Grenzüberschreitende Umwandlungen nach dem Company Law Package, NJW 2019, S. 1905 (1907); Schmidt, ZEuP 2020, S. 565 (576); Schollmeyer, Die „künstliche Gestaltung“ – der Herr Tur Tur unter den Rechtsfiguren, NZG 2018, S. 977 (978); Schollmeyer, Von der Niederlassungsfreiheit zur Rechtswahlfreiheit?, ZGR 2018, S. 186 (195 f.); Stelmaszczyk, Grenzüberschreitende Spaltungen *de lege lata* und *de lege ferenda* (Teil 2), DK 2021, S. 48 (65); Stelmaszczyk, GmbHR 2020, S. 61 (74); Teichmann, NZG 2019, S. 241 (248).

<sup>44</sup> Schollmeyer, NZG 2018, S. 977 (978); Stelmaszczyk, GmbHR 2020, S. 61 (74).

<sup>45</sup> Bungert/Becker, Der finale EU-Richtlinienentwurf zu grenzüberschreitenden Formwechseln, Verschmelzungen und Spaltungen, DB 2019, S. 1609 (1613); der restriktiven Auslegung zustimmend Bungert/Wansleben, Grenzüberschreitende Spaltungen nach dem Richtlinienentwurf der EU-Kommission, DB 2018, S. 2094 (2100); Paefgen, „Polbud“ - Niederlassungsfreiheit als Sitzspaltungsfreiheit. Zum Urteil des EuGH vom 25.10.2017 in der Rechtssache „Polbud“ = WM 2017, 2359, WM 2018, S. 1029 (1039); Schmidt, ZEuP 2020, S. 565 (577).

<sup>46</sup> Bungert/Becker, DB 2019, S. 1609 (1613).

<sup>47</sup> Bungert/Becker, DB 2019, S. 1609 (1613).

<sup>48</sup> Bungert/Becker, DB 2019, S. 1609 (1613).

<sup>49</sup> Bungert/Becker, DB 2019, S. 1609 (1613).

<sup>50</sup> Damit gemeint ist die Niederlassungsfreiheit.

<sup>51</sup> EuGH, 9.3.1999 – C-212/97, Centros, ECLI:EU:C:1999:126, Rn. 25.

gedacht werden.<sup>52</sup> Die GesRRL hat mit den Art. 86i–86l, 126a–126c, 160i–160l GesRRL indes umfassende Schutzmaßnahmen für diese drei Stakeholder vorgesehen. Somit stellt sich schon im Grundsatz die Frage, ob eine Umgehung dieser Regelungen – die ordnungsgemäße Umsetzung der Richtlinie vorausgesetzt – überhaupt noch möglich ist.<sup>53</sup> Jedenfalls folgt daraus, dass eine Umgehung der „Stakeholder-Rechte“ nur ganz ausnahmsweise in Betracht kommen kann.<sup>54</sup> Ein Gewinn an Bestimmtheit ist darin nicht zu erblicken. Erwägungsgrund 35 S. 1 MobilRL nennt zudem die Umgehung von Sozialversicherungszahlung und Steuerpflichten. Bereits wegen des pauschalen Wortlauts „Umgehung von Sozialversicherungszahlungen und Steuerpflicht“ ist dieser Punkt nicht wirklich geeignet, den Missbrauchs begriff fassbarer zu gestalten.<sup>55</sup> Im Übrigen ist dieser Punkt nicht passend, denn das Gesellschaftsrecht wird so für sachfremde Zwecke ausgenutzt.<sup>56</sup> Es kann nicht die Aufgabe des Gesellschaftsrechts sein, die Umgehung von Steuerpflichten zu verhindern.<sup>57</sup> Besser und vor allem sachgerechter wäre es gewesen, den Fällen eines steuerrechtlichen Gestaltungsmissbrauchs mit steuerrechtlichen und nicht mit gesellschaftsrechtlichen Mitteln zu begegnen.<sup>58</sup> Dafür sprechen schon die Erwägungsgründe 52 und 53 der MobilRL. Diese gehen nämlich selbst davon aus, dass steuerrechtliche Regelungen des nationalen Rechts der Mitgliedstaaten unberührt bleiben sollen.<sup>59</sup> Überdies sieht Erwägungsgrund 35 S. 2 MobilRL vor, dass es insbesondere wichtig sei, gegen „Scheingesellschaften“ oder „Strohfirmen“ vorzugehen, die gegründet werden, um sich Unionsrecht oder nationalem Recht zu entziehen, es zu umgehen oder dagegen zu verstoßen. Betrachtet man hingegen die stRspr. des EuGH seit der Rechtssache *Centros*<sup>60</sup>, ist dies ein offener Widerspruch. Der EuGH hat bereits mehrfach für Recht erkannt, dass es – isoliert betrachtet – noch keinen Missbrauch darstellt, wenn man eine Gesellschaft in demjenigen Mitgliedstaat gründet, der für sie das günstigste Recht bereithält, die Gesellschaft

anschließend dann aber doch in einem anderen Mitgliedstaat tätig wird.<sup>61</sup> Unter Beachtung dieser stRspr. des EuGH ist der Missbrauchsvorbehalt bei „Scheingesellschaften“ oder „Strohfirmen“ nur insoweit anwendbar, als mit der „Scheingesellschaft“ oder der „Strohfirma“ wiederum missbräuchliche, betrügerische oder kriminelle Zwecke verfolgt werden.<sup>62</sup> Dort, wo nur von der durch die Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) geschützten Gründungs- und Rechtswahlfreiheit gebrauch gemacht wird, darf der Missbrauchsvorbehalt nicht angewendet werden.<sup>63</sup> Für den Missbrauchs begriff selbst ist damit wiederum nichts gewonnen. Ganz entscheidend ist zuletzt, dass man Erwägungsgrund 36 UAbs. 2 S. 3 MobilRL im Umkehrschluss nicht so versteht, dass ein Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz ein Anzeichen für Missbrauch und/oder Betrug darstellt.<sup>64</sup> Dies würde nicht nur im Widerspruch zu der restriktiven Auslegung der Missbrauchskontrolle stehen, sondern vor allem der stRspr. des EuGH seit *Centros* nachdrücklich widersprechen.<sup>65</sup> Die Erwägungsgründe verleihen dem Missbrauchs begriff keine schärferen Konturen und lassen ebenso wenig konkrete materiell-rechtliche Voraussetzungen erahnen. Der Missbrauchs begriff bleibt nach Untersuchung sämtlicher Anhaltspunkte unbestimmt.

#### bb) Möglicher Verbesserungsvorschlag: überschießende Umsetzung der Richtlinie

In der Literatur wird angeführt, die Missbrauchskontrolle ließe sich durch eine überschießende Umsetzung der MobilRL verbessern. Anknüpfungspunkt soll insoweit Erwägungsgrund 36 MobilRL sein, der ein „*Genuine-link*“-Erfordernis in Form eines Indizes in die Richtlinie integriert.<sup>66</sup> An dieser Stelle sollen die nationalen Gesetzgeber ansetzen und die in der Richtlinie enthaltene Indizregelung in Vermutungsregelungen

<sup>52</sup> Schmidt, ZEuP 2020, S. 565 (576 f.).

<sup>53</sup> Luy, NJW 2019, S. 1905 (1907); vgl. auch Mückl/Götte, Mitbestimmungsrecht im Vorschlag für eine Richtlinie in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, BB 2018, S. 2036 (2043); Ausführlich zum Stakeholder-Schutz siehe Schmidt, ZEuP 2020, S. 565 (578 ff.); Stelmaszczyk, DK 2021, S. 48 (48 ff.).

<sup>54</sup> Schmidt, ZEuP 2020, S. 565 (576); im Ergebnis so wohl auch Luy, NJW 2019, S. 1905 (1907).

<sup>55</sup> So wohl auch Schollmeyer, NZG 2018, S. 977 (978).

<sup>56</sup> Bayer/Schmidt, BB 2019, S. 1922 (1930); Schmidt, ZEuP 2020, S. 565 (576); Wachter, Neues zum Europäischen Umwandlungsrecht (I), GmbH-StB 2018, S. 283 (288 f.); a. A. aber wohl Noack/Kraft, Grenzüberschreitende Unternehmensmobilität - der Richtlinien vorschlag im Company Law Package, DB 2018, S. 1577 (1580).

<sup>57</sup> So auch schon zum MobilRL-E Wachter, GmbH-StB 2018, S. 283 (288).

<sup>58</sup> Bayer/Schmidt, BB 2019, S. 1922 (1930); Brandt, Grenzüberschreitender (Heraus-)Formwechsel – praktische Erfahrungen und Vergleich mit Reformvorschlägen im EU Company Law Package, BB 2018, S. 2626 (2633); Schmidt, ZEuP 2020, S. 565 (576); Schollmeyer, NZG 2018, S. 977 (978).

<sup>59</sup> So auch schon zum MobilRL-E Wachter, GmbH-StB 2018, S. 283 (288 f.).

<sup>60</sup> EuGH, 9.3.1999 – C-212/97, Centros, ECLI:EU:C:1999:126, Rn. 27.

<sup>61</sup> EuGH, 9.3.1999 – C-212/97, Centros, ECLI:EU:C:1999:126, Rn. 27; EuGH, 30.9.2003 – C-167/01, Inspire Art, ECLI:EU:C:2003:512, Rn. 96; EuGH, 25.10.2017 – C106/16, Polbud, ECLI:EU:C:2017:804, Rn. 40.

<sup>62</sup> Schmidt, ZEuP 2020, S. 565 (576 f.).

<sup>63</sup> Schmidt, ZEuP 2020, S. 565 (577); so auch Luy, NJW 2019, S. 1905 (1907).

<sup>64</sup> Schmidt, ZEuP 2020, S. 565 (575); so auch Luy, NJW 2019, S. 1905 (1907).

<sup>65</sup> Bayer/Schmidt, BB 2019, S. 1922 (1930); Schmidt, ZEuP 2020, S. 565 (577).

<sup>66</sup> Stelmaszczyk, GmbHR 2020, S. 61 (73); siehe auch Bungert/Becker, DB 2019, S. 1609 (1614).

abändern.<sup>67</sup> Erfüllt eine Gesellschaft die Kriterien einer Zweigniederlassung im Zuzugstaat, soll vermutet werden, dass das Vorhaben nicht missbräuchlich ist.<sup>68</sup> Ist die Zweigniederlassungsstelle darüber hinaus im Handelsregister des Zuzugstaates eingetragen, soll sogar unwiderleglich – im Sinne einer „*Safe harbour-Regelung*“ – vermutet werden, dass die Umstrukturierung nicht in missbräuchlicher Weise erfolgt.<sup>69</sup> Zutreffend ist die Annahme, das Kontrollverfahren ließe sich so für Umstrukturierungen aus realwirtschaftlichen Gründen beschleunigen.<sup>70</sup> Auch verstößt ein derartiges „*Genuine-link*“-Erfordernis nicht gegen die Niederlassungsfreiheit, da es nicht als positives Erfordernis mit Untersagungssanktion ausgestaltet ist. Grenzüberschreitende Formwechsel durch isolierte Satzungssitzverlegung wären nämlich weiterhin möglich. Dem Vorschlag ist aber entgegenzuhalten, dass er so wirkt, als sollten die sich umstrukturierenden Gesellschaften mit realwirtschaftlichem Bezug an der Missbrauchskontrolle vorbeigeschifft werden, um so dem unbestimmten Missbrauchsbegriff und den damit verbundenen Verzögerungen im Kontrollverfahren zu entgehen. Gesellschaften könnten sich dadurch aber letztlich (faktisch) gezwungen fühlen – nicht zuletzt aus wirtschaftlichen und zeitlichen Gründen – zumindest die Kriterien für die Zweigniederlassung im Zuzugstaat zu erfüllen, um potenziellen kontrollbedingten Verzögerungen zuvorzukommen. Dem „*Genuine-link*“ würde dadurch doch wieder eine große Bedeutung zukommen, was der EU-Gesetzgeber mit der weichen „*Indizregelung*“ indes nicht bezwecken wollte. Vielmehr hat sich der EU-Gesetzgeber mit der fertigen Richtlinie selbst gegen ein starkes, im Rahmen des Legislativverfahren diskutiertes<sup>71</sup> „*Genuine-link*“-Erfordernis entschieden.<sup>72</sup> Überdies steht die Frage im Raum, wie eine widerlegbare Vermutung widerlegt werden soll, wenn der für die Widerlegung relevante (Missbrauchs-)Begriff unbestimmt ist. Das Problem des unbestimmten Missbrauchsbegriffes erscheint hier erneut und bloß in anderem Gewand. Der Vorschlag hinkt folglich insbesondere im Hinblick auf die widerlegbare Vermutung. Der Verbesserungsvorschlag würde auch nicht das *de lege lata* bestehende Ursprungsproblem des sehr unbestimmten Missbrauchsbegriffes lösen und bedeutet

somit auch keinen Gewinn an Rechtssicherheit. Die sachgerechteren Gründe sprechen dafür, diesen Verbesserungsvorschlag zu verwerfen.

### c) Bewertung und Ausblick zur Missbrauchskontrolle

Erfreulich ist zunächst, dass der EU-Gesetzgeber die vollends unbestimmte Ausnahme für „künstliche Gestaltungen“ und die damit verbundene „eingehende Prüfung“ durch eine allgemeine einheitliche Missbrauchsprüfung nach dem vom EuGH entwickelten Missbrauchsbegriff ersetzt hat.<sup>73</sup> Dem Vorstehenden entsprechend ist aber klar, dass die *de lege lata* bestehenden materiell-rechtlichen Regelungen zur Missbrauchskontrolle ebenfalls erheblich Rechtssicherheit missen lassen.<sup>74</sup> Auch die Erwägungsgründe 35 und 36 MobilRL sind nicht in der Lage dem Missbrauchsbegriff Konturen und Bestimmtheit zu verleihen. Vielmehr tragen diese zu neuen Rechtsunsicherheiten bei.<sup>75</sup> Problematisch sind auch die mit der Unbestimmtheit des Missbrauchsbegriffes einhergehenden Verzögerungen der Rechtmäßigkeitsprüfung. Den nationalen Kontrollstellen wird es schwerfallen, den Missbrauchsbegriff sachgerecht anzuwenden. Aus simplen Verfahren könnten schwerfällige und komplexe Verfahren werden, die die sechsmonatige Prüffrist sprengen. Insgesamt bleibt festzuhalten, dass der EU-Gesetzgeber der aus dem Trilog hervorgehenden Herausforderung nicht gerecht geworden ist. Die nationalen Gesetzgeber sind nun gefragt und müssen Konkretisierungen des Missbrauchsbegriffes vornehmen, um ihren Kontrollstellen im Ansatz eine handhabbare Entscheidungsgrundlage bereitzustellen.<sup>76</sup> Dabei besteht freilich die Gefahr, dass die Mitgliedstaaten völlig unterschiedliche Maßstäbe zugrunde legen und es dadurch europaweit zu einer uneinheitlichen Missbrauchskontrolle kommt. Letztendlich besteht sogar das Risiko, dass die Missbrauchskontrolle von den Mitgliedstaaten selbst missbraucht wird, um nicht gewollte Umstrukturierungen zu verhindern.<sup>77</sup> Langfristig gesehen wird der EuGH – aufgrund der Unionsautonomie des Missbrauchsbegriffes – gehäuft darüber zu befinden haben, welche nationalen

<sup>67</sup> *Stelmaszczyk*, GmbHR 2020, S. 61 (73).

<sup>68</sup> *Stelmaszczyk*, GmbHR 2020, S. 61 (73); zu den notwendigen Kriterien EuGH, 22.11.1978 – Rs 33/78, Somafer, ECLI:EU:C:1978:205, Rn. 12.

<sup>69</sup> *Stelmaszczyk*, GmbHR 2020, S. 61 (73); *Bormann/Stelmaszczyk*, ZIP 2019, S. 353 (361 f.).

<sup>70</sup> *Stelmaszczyk*, GmbHR 2020, S. 61 (73).

<sup>71</sup> Siehe dazu u. a. Art. 128 (AM 225–230) und Art. 128a (AM 231) des Entwurfes einer legislativen Entschliessung des Europäischen Parlaments, PE 625.524.

<sup>72</sup> Ein „*Genuine-link*“-Erfordernis ebenfalls kritisierend *Mörsdorf*, Der Entwurf einer Richtlinie für grenzüberschreitende Umwandlungen - Meilenstein oder Scheinriese?, EuZW 2019, S. 141 (148).

<sup>73</sup> So auch *Schmidt*, ZEUP 2020, S. 565 (574); das Merkmal „rein künstliche Gestaltung“ kritisierend *Mörsdorf*, EuZW 2019, S. 141 (148); *Teichmann*, NZG 2019, S. 241 (247 f.); *Wicke*, Optionen und Komplikationen bei der Umsetzung des Richtlinienvorschlages zum grenzüberschreitenden Formwechsel (Teil II), DSSt 2018, S. 2703 (2704).

<sup>74</sup> *Bayer/Schmidt*, BB 2019, S. 1922 (1930 f.); *Luy*, NJW 2019, S. 1905 (1907); *Schmidt*, ZEUP 2020, S. 565 (577 f.); *Stelmaszczyk*, GmbHR 2020, S. 61 (74).

<sup>75</sup> So auch *Schmidt*, ZEUP 2020, S. 565 (577); *Stelmaszczyk*, GmbHR 2020, S. 61 (73).

<sup>76</sup> So auch *Stelmaszczyk*, DK 2021, S. 48 (64).

<sup>77</sup> *Bayer/Schmidt*, BB 2019, S. 1922 (1931); *Schmidt*, ZEUP 2020, S. 565 (577).



Umsetzungsvorschriften bzw. Entscheidungen der nationalen Kontrollstellen tatsächlich dem Missbrauchs begriff entsprechen und auch, ob die Entscheidungen der Mitgliedstaaten bzw. „seiner“ Kontrollstellen mit der primärrechtlich geregelten Niederlassungsfreiheit zu vereinbaren sind.<sup>78</sup> Anhand der Rechtsprechung des EuGH wird der Missbrauchs begriff nach und nach seine Konturen verliehen bekommen. Dies kann allerdings bis dahin eine Zeit der Rechtsunsicherheit bedeuten. Um mit der Missbrauchskontrolle – zumindest in naher Zukunft – im Ansatz ein handhabbares, harmonisiertes, rechtssicheres und effektives Instrument zur Missbrauchsbekämpfung bereitzustellen, sollte sich der EU-Gesetzgeber mit den Mitgliedstaaten in Austausch begeben und Anhaltspunkte entwickeln, die den Missbrauchs begriff bestimmbarer machen.<sup>79</sup>

## II. Abschluss des Verfahrens im Wegzugstaat und Übertragung der Vorabbescheinigung

Kommt die Kontrollstelle im Wegzugstaat nach der Prüfung zu dem Ergebnis, dass die grenzüberschreitende Umstrukturierung alle Voraussetzungen erfüllt und dass alle erforderlichen Verfahren und Formalitäten erledigt sind und kein Missbrauch vorliegt, stellt sie die Vorabbescheinigung aus, Art. 86 VII lit. a, 127 VII lit. a, 160m VII lit. a GesRRL. Diese wird via BRIS an die Kontrollstelle des Zuzugstaates übersandt, Art. 86n, 127a, 160n GesRRL. Erfreulich ist, dass nunmehr ausdrücklich klargestellt ist, dass die Vorabbescheinigung von der Kontrollstelle des Zuzugstaates als schlüssiger Nachweis der ordnungsgemäßen Erledigung der Verfahren und Formalitäten im Wegzugstaat anzuerkennen ist, Art. 86o V, 128 V, 160o V GesRRL. Der Möglichkeit zur Durchbrechung des Prinzips der Arbeitsteilung zwischen der Kontrollstelle der ersten Stufe und der Kontrollstelle der zweiten Stufe ist dadurch fortan der Riegel vorgeschoben.<sup>80</sup> Darüber hinaus verhindert die Vorabbescheinigung rechtssicher und effektiv das „Kapern“ von ausländischen Gesellschaften durch verfrühte Eintragung der grenzüberschreitenden Umstrukturierung im Zuzugstaat.<sup>81</sup> Nach Art. 86o V, 128 V, 160o V GesRRL ist der Weg für eine Genehmigung der grenzüberschreitenden Umstrukturierung nämlich erst dann frei, wenn die Vorabbescheinigung seitens der Kontrollstelle der ersten Stufe erteilt worden ist. Aus Gründen der Verfahrensvereinfachung

wäre es überdies erfreulich, wenn die Europäische Kommission noch von der in Art. 24 lit. e GesRRL enthaltenen Ermächtigung Gebrauch machen würde und einen Durchführungsakt erließe, der ein Standardformular für die Vorabbescheinigung ermöglicht.<sup>82</sup>

## III. Prüfungsverfahren und Prüfungsprogramm der zweiten Stufe

### 1. Prüfungsverfahren

Nach der Übermittlung der Vorabbescheinigung durch die Kontrollstelle der ersten Stufe erfolgt die Rechtmäßigkeitsprüfung der Kontrollstelle der zweiten Stufe im Zuzugstaat, Art. 86o, 128, 160o GesRRL. Auch hier obliegt es den Mitgliedstaaten, die zuständigen Kontrollstellen zu bestimmen, Art. 86o I 1, 128 I 1, 160o I 1 GesRRL. Ferner ist es den Mitgliedstaaten auch im Rahmen des Zuzugs überantwortet, ihren Kontrollstellen den verfahrensrechtlichen Rahmen für das Prüfungsverfahren zur Verfügung zu stellen.<sup>83</sup> Sofern es sich bei der grenzüberschreitenden Umstrukturierung um eine Verschmelzung handelt, müssen die an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften den gemeinsamen Plan für die grenzüberschreitende Verschmelzung vorlegen. Sofern die Zustimmung der Gesellschafterversammlung gemäß Art. 132 III GesRRL nicht erforderlich ist, legen die sich verschmelzenden Gesellschaften einen Plan für die grenzüberschreitende Verschmelzung vor, welchem jede der sich verschmelzenden Gesellschaften im Einklang mit dem nationalen Recht zugestimmt hat, Art. 128 II GesRRL. Handelt es sich um einen grenzüberschreitenden Formwechsel, so hat die sich umstrukturierende Gesellschaft den Plan für den grenzüberschreitenden Formwechsel vorzulegen, Art. 86o II GesRRL. Im Rahmen der grenzüberschreitenden Spaltung legt die sich spaltende Gesellschaft der Kontrollstelle der zweiten Stufe den Plan für die grenzüberschreitende Spaltung vor, Art. 160o II GesRRL. Neben dem Plan für die jeweilig gewählte grenzüberschreitende Umstrukturierung müssen die sich umstrukturierenden Gesellschaften auch etwaige Mitbestimmungsvereinbarungen mit den Arbeitnehmern einreichen, *argumentum e contrario* aus Art. 86o I UAbs. 2, 128 I 2, 160o I UAbs. 2 GesRRL.<sup>84</sup> Aus dem Wortlaut („stellen insbesondere sicher [...]“) ergibt sich, dass das nationale Recht der Zuzugstaaten weitreichendere

<sup>78</sup> Stelmaszczyk, GmbHR 2020, S. 61 (74).

<sup>79</sup> So auch Stelmaszczyk, GmbHR 2020, S. 61 (74).

<sup>80</sup> Bormann/Stelmaszczyk, ZIP 2019, S. 353 (359); Bungert/Becker, DB 2019, S. 1609 (1613); Bayer/Schmidt, BB 2019, S. 1922 (1929 f.); Stelmaszczyk, DK 2021, S. 48 (64); vgl. auch Wachter, Neues zum Europäischen Umwandlungsrecht (II), GmbH-StB 2018, S. 317 (322).

<sup>81</sup> So auch Bayer/Schmidt, BB 2019, S. 1922 (Fn. 173); Knaier, Unionales Umwandlungsrecht, GmbHR 2018, S. 607 (621); Luy, NJW 2019, S. 1905 (1908); Stelmaszczyk, GmbHR 2020, S. 61 (71); siehe für den Fall des „Kaperns“ OLG Frankfurt a.M., NZG 2017, 423 (423 ff.).

<sup>82</sup> Bayer/Schmidt, BB 2019, S. 1922 (1930); Schmidt, ZEuP 2020, S. 565 (Fn. 44).

<sup>83</sup> So bereits zu Art. 128 I GesRRL a. F. Lutter/Bayer/Schmidt (Fn. 20), § 22 Rn. 22.105.

<sup>84</sup> So bereits zu Art. 128 I GesRRL a. F. Lutter/Bayer/Schmidt (Fn. 20), § 22 Rn. 22.105.

Einreichungspflichten vorsehen kann. Dabei ist darauf zu achten, dass die Mitgliedstaaten nur sachdienliche weitere Einreichungspflichten statuieren (bspw. Nachweise für die ordnungsgemäße Gründung des übernehmenden Rechtsträgers bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung). Eine im nationalen Recht geregelte Einreichungspflicht darf zudem nicht zu unnötigen Verzögerungen im Kontrollverfahren führen.<sup>85</sup> Die einzureichenden Unterlagen müssen – im Einklang mit der DigiRL – vollständig online eingereicht werden können, ohne dass ein persönliches Vorstelligwerden der vertretungsberechtigten Organe erforderlich wird, Art. 86o III, 129 III 3, 160o III GesRRL. Stellt die zuständige Kontrollstelle der zweiten Stufe fest, dass alle einschlägigen Voraussetzungen erfüllt sind, so genehmigt sie die grenzüberschreitende Umstrukturierung, Art. 86o IV, 128 IV, 160o IV GesRRL.

## 2. Prüfungsgegenstand

Gemäß Art. 86 I, 128 I, 160o I GesRRL prüfen die Kontrollstellen der zweiten Stufe ganz generell die Verfahrensschritte, für die das Recht des Zuzugstaates maßgeblich ist.<sup>86</sup> Liegt ein grenzüberschreitender Formwechsel vor, so wird insbesondere geprüft, ob die formwechselnde Gesellschaft die Gründungs- sowie Eintragungsvoraussetzungen des jeweiligen maßgeblichen nationalen Rechts erfüllt, Art. 86o I GesRRL. Bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung wird vor allem geprüft, ob die sich verschmelzenden Gesellschaften einem gemeinsamen und gleichlautenden Verschmelzungsplan zugestimmt haben, Art. 128 I 2 GesRRL. Die Prüfung darf dabei lediglich in formaler Hinsicht erfolgen, denn eine materielle (Rechtmäßigkeits-)Kontrolle wurde bereits im Rahmen der Rechtmäßigkeitsprüfung im Wegzugstaat durchgeführt. Die Vorabbescheinigung ist insoweit ein schlüssiger Nachweis der (materiellen) Rechtmäßigkeit.<sup>87</sup> Handelt es sich um eine grenzüberschreitende Verschmelzung zur Neugründung ist überdies zu prüfen, ob die Gründungs- und Eintragungsvoraussetzungen des gewählten übernehmenden Rechtsträgers erfüllt sind, Art. 128 I GesRRL.<sup>88</sup> Bei der grenzüberschreitenden Spaltung prüft die zuständige Kontrollstelle insbesondere, ob die Gründungs- und Eintragungsvoraussetzungen der „begünstigten Gesellschaft“ erfüllt sind, Art. 160o I UAbs. 2 GesRRL. Darüber hinaus ist

bei allen drei Umstrukturierungsvarianten zu prüfen, ob die gegebenenfalls erforderlichen Regelungen zur Arbeitnehmermitbestimmung getroffen wurden, Art. 86o I UAbs. 2, 128 I 2, 160o I UAbs. 2 GesRRL. Kein Prüfungsgegenstand sind all diejenigen Verfahrensschritte sowie Formalitäten, die das Recht des Wegzugstaates betreffen. Die Vorabbescheinigung gilt auch insoweit als schlüssiger Nachweis für deren Erfüllung, Art. 86o V, 128 V, 160o V GesRRL. Dies ist zur Sicherung des arbeitsteiligen Systems der zweistufigen Rechtmäßigkeitsprüfung und somit letztlich auch aus Gesichtspunkten der Verfahrensbeschleunigung nachdrücklich zu begrüßen.<sup>89</sup>

## C. Eintragung

Die Regelungen betreffend die Eintragung von grenzüberschreitenden Umstrukturierungen sind in den Art. 86p, 130, 160p GesRRL statuiert. Die GesRRL sieht keine Vollharmonisierung für den Bereich des Eintragungsrechts vor, sondern überantwortet dieses teilweise den Mitgliedstaaten. Erkennbar ist das bereits durch die Kollisionsregelungen in Abs. 1 der Art. 86p, 130, 160p GesRRL.<sup>90</sup> Danach richten sich die Eintragungen nach den Bestimmungen des jeweiligen eintragenden Mitgliedstaates. Der jeweilige Absatz 2 UAbs. 1 lit. a–e enthält einen Katalog von mindestens in das Register einzutragenden Informationen. Diese müssen gemäß Abs. 2 UAbs. 2 über das BRIS öffentlich zugänglich gemacht werden.

### I. Grenzüberschreitende Spaltung

#### 1. Ablauf des Eintragungsverfahrens

Gemäß Art. 160p I GesRRL bestimmt sich das Registerrecht nach den nationalen Regelungen des jeweiligen Mitgliedstaates. Der Zeitpunkt, in dem die Spaltung in die Register der Mitgliedstaaten eingetragen werden kann, könnte somit durch den jeweiligen Mitgliedstaat selbstständig festgelegt werden dürfen.<sup>91</sup> Dagegen könnte man indes anführen, dass Art. 160q S. 2 GesRRL ein Wirksamwerden der Spaltung nicht ohne die in Art. 160p III GesRRL angeführten Mitteilungen zulässt. Hier wird aber ausdrücklich nur auf das Wirksamwerden abgestellt. Demnach steht diese Richtlinienregelung einer nationalen Regelung, die bestimmt, dass der Wegzugstaat unmittelbar nach Erteilung der

<sup>85</sup> So bereits zu Art. 128 I GesRRL a. F. *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 20), § 22 Rn. 22.106.

<sup>86</sup> *Bormann/Stelmaszczyk*, ZIP 2019, S. 353 (358 f.); *Knaier*, GmbHR 2018, S. 607 (621).

<sup>87</sup> So bereits zu Art. 128 I GesRRL a. F. *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 20), § 22 Rn. 22.108.; siehe dazu auch *Bormann/Stelmaszczyk*, ZIP 2019, S. 353 (359) *Knaier*, GmbHR 2018, S. 607 (621) m. w. N.

<sup>88</sup> So bereits zu Art. 128 I GesRRL a. F. *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 20), § 22 Rn. 22.107.

<sup>89</sup> *Bayer/Schmidt*, BB 2019, S. 1922 (1929); *Bormann/Stelmaszczyk*, ZIP 2019, S. 353 (359); *Bungert/Becker*, DB 2019, S. 1609 (1613).

<sup>90</sup> So wohl auch *Schollmeyer*, Wirksamkeit einer inländischen Registereintragung nach ausländischem Recht. Kann das neue Spaltungsrecht funktionieren?, IPRax 2020, S. 297 (298).

<sup>91</sup> *Schollmeyer*, IPRax 2020, S. 297 (299).



Vorabbescheinigung die Spaltung in sein Register einträgt, nicht im Wege.<sup>92</sup> Freilich müsste die Eintragung im Wegzugstaat dann mit einem Vermerk versehen werden, der die Voraussetzungen ihres Wirksamwerdens statuiert (mindestens die notwendigen Mitteilungen nach Art. 160p III GesRRL sowie dass die Gründungsvoraussetzungen im Zuzugstaat erfüllt sind).<sup>93</sup> Nach Übermittlung der Vorabbescheinigung trägt die zuständige Registerstelle im Zuzugstaat den neu entstehenden Rechtsträger in ihr Register ein. Anschließend wird dem Wegzugstaat per BRIS mitgeteilt, dass der begünstigte Rechtsträger eingetragen wurde, Art. 160p III 1 GesRRL. Handelt es sich um einen Fall der Aufspaltung so muss der Wegzugstaat die Gesellschaft unmittelbar nach Eingang der Mitteilung des Zuzugstaates löschen, Art. 160p III 2 GesRRL. Ist die Spaltung wirksam geworden, so muss die Registerstelle des Wegzugstaates der Registerstelle des Zuzugstaates dies mitteilen.

## 2. Probleme bei der Eintragung grenzüberschreitender Spaltungen

Das Eintragungsrecht bei grenzüberschreitenden Spaltungen ist nicht frei von Widersprüchen.<sup>94</sup> Probleme bestehen bereits bei der Bestimmung des Zusammenspiels von Eintragung und Wirksamkeit (Art. 160p, 160q GesRRL).<sup>95</sup> Zu Problemen kommt es auch, wenn das nationale Recht des Wegzugstaates für das Wirksamwerden auf die Eintragung im Zuzugstaat abstellt: Der Wegzugstaat soll dem Zuzugstaat eigentlich mitteilen, dass die Spaltung nach seinem Recht wirksam geworden ist.<sup>96</sup> Hauptproblem der grenzüberschreitenden Spaltung ist aber, dass die GesRRL einen bereits aus dem deutschen Umwandlungsgesetz (UmwG) bekannten Streitpunkt wieder aufleben lässt. Die GesRRL lässt keine (harmonisierte) materiell-rechtliche Regelung zu der Frage erkennen, welche Wirkung die Eintragung der begünstigten Gesellschaft im Zuzugstaat hat. Lässt das nationale Recht des Zuzugstaates zu, dass mit der Eintragung der begünstigten Gesellschaft diese in diesem Zeitpunkt entsteht, führt dies zu der Entstehung von subjekt- und vermögenslosen Rechtsträgern.<sup>97</sup> Dies hätte der EU-Gesetzgeber sehen und

verhindern müssen. Einfach wäre es gewesen, eine materiell-rechtliche Regelung zu schaffen, die das Entstehen der begünstigten Gesellschaft an das Wirksamwerden der Spaltung knüpft.<sup>98</sup> Dies wäre zwar im Ergebnis auch eigenartig, weil so das Wirksamwerden der Eintragung bzw. das Entstehen der begünstigten Gesellschaft abhängig von ausländischem Recht sein würde.<sup>99</sup> Dazu besteht aber – jedenfalls im Hinblick auf die Wirkungen der Spaltung – keine wirkliche Alternative.<sup>100</sup> An dieser Stelle zeigt sich klar, dass der EU-Gesetzgeber vor der materiellen Harmonisierung des Eintragungsrechts zurückgeschreckt ist.<sup>101</sup> Den nationalen Gesetzgebern obliegt es nun – im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie – Regelungen zu treffen, die die zuvor bezeichneten Probleme adressieren. Insbesondere sollte ein fest definierter Zeitpunkt des Wirksamwerdens der grenzüberschreitenden Spaltung geregelt und die Entstehung von neuen Gesellschaften an das Wirksamwerden der Spaltung geknüpft werden. Dadurch würde der Eintragungsprozess an Klarheit gewinnen und das Eintragungsverfahren könnte deutlich beschleunigt werden.

## II. Grenzüberschreitender Formwechsel sowie Verschmelzung

Bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung und dem grenzüberschreitenden Formwechsel ist der Eintragungsprozess nicht so problembehaftet wie bei der grenzüberschreitenden Spaltung. Bei dem grenzüberschreitenden Formwechsel und der grenzüberschreitenden Verschmelzung trägt zuerst das Register im Zuzugstaat die Strukturmaßnahme wirksamkeitsbegründend – sofern die Rechtmäßigkeitsprüfung abgeschlossen ist – ein. Sodann wird dem Wegzugstaat per BRIS mitgeteilt, dass der grenzüberschreitende Formwechsel bzw. die grenzüberschreitende Verschmelzung wirksam geworden ist, Art. 86p III, 130 III 1 GesRRL. Unmittelbar nach Eingang dieser Mitteilung löscht das Register des jeweiligen Mitgliedstaates sodann die Gesellschaft/en.<sup>102</sup> Die Löschung ist dabei lediglich deklaratorischer Natur.<sup>103</sup> Erwägungsgrund 45 MobilRL stellt nochmals ausdrücklich klar, dass die Löschung im „früheren Mitgliedstaat“ erst nach der Eintragung im „neuen Mitgliedstaat“ erfolgen soll.

<sup>92</sup> Schollmeyer, IPRax 2020, S. 297 (299).

<sup>93</sup> Schollmeyer, IPRax 2020, S. 297 (299); Stelmaszczyk, DK 2021, S. 48 (62 f.).

<sup>94</sup> Schollmeyer, IPRax 2020, S. 297 (300).

<sup>95</sup> Schollmeyer, IPRax 2020, S. 297 (300).

<sup>96</sup> Luy, NJW 2019, S. 1905 (1909).

<sup>97</sup> Schollmeyer, IPRax 2020, S. 297 (301); zum Streitpunkt des deutschen UmwG *Heidenhain*, Entstehung vermögens- und subjektloser Kapitalgesellschaften, GmbHR 1995, S. 264 (264 ff.); *Neye*, Nochmals: Entstehung vermögens- und subjektloser Kapitalgesellschaften, GmbHR 1995, S. 565 (566 f.).

<sup>98</sup> Schollmeyer, IPRax 2020, S. 297 (301); auch den einheitlichen Wirksamkeitszeitpunkt fordernd Stelmaszczyk, DK 2021, S. 48 (62 f.).

<sup>99</sup> Schollmeyer, IPRax 2020, S. 297 (301).

<sup>100</sup> Schollmeyer, IPRax 2020, S. 297 (301).

<sup>101</sup> Luy, NJW 2019, S. 1905 (1909).

<sup>102</sup> Wachter, GmbH-StB 2018, S. 317 (322).

<sup>103</sup> Brehm/Schümmer, NZG 2020, S. 538 (542); vgl. auch *Knaier*, GmbHR 2018, S. 607 (622).

## D. Bestandsschutz

### I. Relativer oder absoluter Bestandsschutz

Eine in der Fachliteratur dominierende Ansicht ist, dass eine einmal wirksam gewordene Umstrukturierungsmaßnahme absoluten Bestandsschutz genießt, nach dem Wirksamwerden also unter keinen Gesichtspunkten mehr rückgängig gemacht werden kann.<sup>104</sup> Dem gegenüberstehend wird vertreten, dass die Art. 86t UAbs. 2, 134 UAbs. 2, 160u UAbs. 2 GesRRL als „Sanktion“ auch das hoheitliche Rückgängigmachen einer bereits wirksam gewordenen grenzüberschreitenden Umstrukturierung ermöglichen.<sup>105</sup> Nach dieser Ansicht besteht ein Bestandsschutz zwar grundsätzlich, dieser fände allerdings in den Art. 86t UAbs. 2, 134 UAbs. 2, 160u UAbs. 2 GesRRL seine Grenzen und wäre insoweit bloß relativer Natur. Unter Zugrundelegung des Wortlautes von UAbs. 2 („nach dem Tag des Wirksamwerdens der grenzüberschreitenden Umwandlung Maßnahmen und Sanktionen [verhängen zu können]“) folgt, dass sich die Sanktionen oder Maßnahmen gegen die aus der Umstrukturierungsmaßnahme folgende („neue“) Gesellschaft richten können, indes gerade nicht gegen die grenzüberschreitende Umstrukturierungsmaßnahme als solche. Auch die Systematik von Abs. 1 und UAbs. 2 streitet für dieses Ergebnis. Abs. 1 statuiert ausdrücklich, dass eine grenzüberschreitende Umstrukturierung „nicht für nichtig erklärt werden [kann]“. UAbs. 2 knüpft zeitlich an Abs. 1 – also an den Tag nach dem Wirksamwerden der grenzüberschreitenden Umstrukturierung – an. Zu diesem Zeitpunkt ist die „neue Gesellschaft“ im Zuzugstaat bereits existent. Genau gegen diese Gesellschaft sollen sich nach UAbs. 2 die Sanktionen und Maßnahmen richten. Durch die Trennung von Abs. 1 und UAbs. 2 als auch durch die gewählte zeitliche Komponente gibt die Richtlinie zu erkennen, dass die Frage des Bestandsschutzes einer grenzüberschreitenden Umstrukturierung von der Frage nach der Berechtigung, Sanktionen zu ergreifen, abgekoppelt sein soll. Auch ist bemerkenswert, dass die Richtlinie mit Art. 86t, 134, 160u GesRRL die Absicht verfolgt, Rechtssicherheit herzustellen.<sup>106</sup> Die Richtlinie würde ihr eigenes Ziel konterkarieren, wenn eine nachträgliche Rückgängigmachung einer wirksam gewordenen Umstrukturierung durch

„Sanktionen“ der Mitgliedstaaten möglich wäre. Deshalb ist nicht davon auszugehen, dass mit UAbs. 2 der Art. 86q, 123, 160u GesRRL eine Ausnahme von dem Bestandsschutz einmal wirksam gewordener Umstrukturierungen beabsichtigt ist. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass UAbs. 2 sehr weit gefasst ist („unter anderem im Hinblick auf [...]“). Dadurch und bedingt durch die Definitionsautonomie der Mitgliedstaaten im Hinblick auf Sanktionen und Maßnahmen<sup>107</sup> – somit auch bezüglich einer potenziellen Rückgängigmachung – könnte es zu einer Rechtszersplitterung des Bestandsschutzes von grenzüberschreitenden Umstrukturierungen im europäischen Raum kommen. Diese Rechtszersplitterung wäre wiederum der Rechtssicherheit und dem intendierten einheitlichen EU-Rechtsrahmen abträglich. Dem Vorstehenden entsprechend ist es sachgerecht, einen absoluten Bestandsschutz bei grenzüberschreitenden Umstrukturierungen anzunehmen.<sup>108</sup> Der Vollständigkeit halber ist zudem bemerkenswert, dass die Rechtsprechung des EuGH zur Gläubigeranfechtung (sog. *actio pauliana*) in der Rechtssache I.G.I.<sup>109</sup> der Annahme eines absoluten Bestandsschutzes nicht entgegensteht.<sup>110</sup>

### II. Kopplung des Bestandsschutzes an die Wirksamkeit

Im Kern sind die Regelungssysteme kongruent und bestimmen, dass eine grenzüberschreitende Umstrukturierung nicht mehr für nichtig erklärt werden kann, wenn sie einmal wirksam geworden ist, Art. 86q, 129, 160q GesRRL. Das Wirksamwerden einer grenzüberschreitenden Strukturmaßnahme hängt zum einen von dem nationalen Recht eines Mitgliedstaates ab, Art. 86q S. 1, 129 S. 1, 160q S. 1 GesRRL und zum anderen davon, ob das Verfahren der Rechtmäßigkeitsprüfung abgeschlossen ist, Art. 86q S. 2, 129 S. 2, 160q S. 2 GesRRL. Bei der grenzüberschreitenden Spaltung müssen zudem alle Mitteilungen nach Art. 160p III GesRRL erhalten worden sein, Art. 160q S. 2 GesRRL. Bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung bzw. dem Formwechsel ist das nationale Recht des Zuzugstaates maßgebend, Art. 86q S. 1, 129 S. 1 GesRRL. Die grenzüberschreitende Spaltung wird dagegen nach dem Recht des Wegzugstaates wirksam, Art. 160q S. 1 GesRRL.

<sup>104</sup> Bayer/Schmidt, BB 2019, S. 1922 (1934 f.); Schmidt, ZEuP 2020, S. 565 (589); Stelmaszczyk, GmbHR 2020, S. 61 (75).

<sup>105</sup> Schurr, Schutzbestimmungen und Verfahrensregeln in der neuen Richtlinie zu grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, EuZW 2019, S. 539 (543).

<sup>106</sup> Siehe dazu Erwägungsgründe 50 und 10 MobilRL.

<sup>107</sup> Siehe dazu Art. 86t UAbs. 2, 134 UAbs. 2, 160u UAbs. 2 GesRRL: „gemäß nationalem Recht“.

<sup>108</sup> So im Ergebnis auch Bayer/Schmidt, BB 2019, S. 1922 (1934 f.); Schmidt, ZEuP 2020, S. 565 (589); Stelmaszczyk, GmbHR 2020, S. 61 (75); a. A. Schurr, EuZW 2019, S. 539 (543).

<sup>109</sup> EuGH, 30.01.2020 – C-394/18, I.G.I. Srl, ECLI:EU:C:2020:56.

<sup>110</sup> Schmidt, Spaltung versus actio pauliana - Die Entscheidung des EuGH in der Rs. I.G.I., EuZW 2020, S. 372 (373); dem zustimmend Schollmeyer, Überschneidende Richtlinienumsetzung schafft überschneidende EuGH-Rechtsprechung: Beispiel Umwandlungsrecht, NZG 2020, S. 589 (591 f.); Stelmaszczyk, DK 2021, S. 48 (Fn. 304).

Für die grenzüberschreitende Spaltung und den grenzüberschreitenden Formwechsel verweisen die Vorschriften des Wirksamwerdens (Art. 86q, 160q GesRRL) auf das gesamte Verfahren der Rechtmäßigkeitsprüfung. Darüber hinaus bestimmen Art. 86o V, 160o V GesRRL, dass ein grenzüberschreitender Formwechsel bzw. Spaltung nicht ohne die Vorabbescheinigung genehmigt werden darf. Art. 129 S. 1 GesRRL verweist für die grenzüberschreitende Verschmelzung indes nur auf Art. 128 GesRRL, also auf die Kontrolle im Zuzugstaat. Gleichwohl folgt aus Art. 128 V GesRRL ausdrücklich, dass die grenzüberschreitende Verschmelzung nicht genehmigt werden darf, bevor die Vorabbescheinigung erteilt worden ist.<sup>111</sup>

### III. Bewertung des Bestandsschutzes

Dass die GesRRL für alle drei Umstrukturierungsvarianten einen absoluten Bestandsschutz vorsieht, ist erfreulich. Der absolute Bestandsschutz ist sinnvoll.<sup>112</sup> Gerade bei so komplexen Verfahren wie der grenzüberschreitenden Umstrukturierung wäre es problematisch und würde an die Grenzen des Machbaren stoßen, wenn man alles, was nach der grenzüberschreitenden Umstrukturierung passiert ist, rückabwickeln müsste.<sup>113</sup> Darüber hinaus ist besonders erfreulich, dass der Bestandsschutz an den Abschluss der Rechtmäßigkeitsprüfung im Wegzugstaat gekoppelt ist. Fehlt es an einer Vorabbescheinigung, so kann die grenzüberschreitende Umstrukturierung nicht wirksam werden und mithin auch keinen Bestandsschutz erlangen.<sup>114</sup> Dadurch wird das „Kapern“ ausländischer Gesellschaften *de lege lata* rechtssicher ausgeschlossen.<sup>115</sup> Einziger Kritikpunkt der Bestandsschutzregeln ist der in Art. 86q, 134, 160u GesRRL jeweils enthaltene UAbs. 2, dessen Regelungsgehalt und -reichweite auf den ersten Blick nicht transparent genug sind, sich bei genauer Auseinandersetzung aber erschließen.

### E. Fazit

Das *Company Law Package* ist zweifelsfrei ein großer Gewinn für die grenzüberschreitende Unternehmensmobilität im europäischen Binnenmarkt. Bezüglich der Regelungen der Rechtmäßigkeitsprüfung, der Eintragung und des Bestandsschutzes fällt insbesondere die neue Vorabbescheinigung positiv auf. Durch sie gehört die Durchbrechung des arbeitsteiligen Systems der zweistufigen Rechtmäßigkeitsprüfung der Vergangenheit an. Auch wird

durch diese letztlich das problematische „Kapern“ ausländischer Gesellschaften rechtssicher ausgeschlossen. Äußerst begrüßenswert ist zudem die Entscheidung des EU-Gesetzgebers, einer einmal wirksam gewordenen grenzüberschreitenden Umstrukturierung absoluten Bestandsschutz zu verleihen. Für die notwendige Rechtssicherheit nach Abschluss der grenzüberschreitenden Umstrukturierung ist damit gesorgt. Aus Gesichtspunkten der Verfahrensbeschleunigung fällt auch die – im Einklang mit der DigiRL – vorgesehene „Online-Einreichung“ der notwendigen (Antrags-)Unterlagen positiv auf. Nicht bestritten werden kann also, dass das *Company Law Package* vielerlei positive Aspekte im Bereich der Rechtmäßigkeitsprüfung, der Eintragung und des Bestandsschutzes enthält. Anhand der vorstehenden Ausführungen ist allerdings auch klar, dass dem enormen Zeitdruck, dem alle am Legislativverfahren Beteiligten ausgesetzt waren, einige wichtige Punkte zum Opfer gefallen sind. Diese Punkte produzieren Rechtsunsicherheiten und stockende Verfahren. Als Hauptproblempunkt hat sich die Missbrauchskontrolle im Rahmen der Rechtmäßigkeitsprüfung herauskristallisiert. Zwar gibt es gegenüber dem Kommissionsentwurf der MobilRL einige positive Änderungen. Gleichwohl ist die Missbrauchskontrolle aufgrund des sehr unbestimmten Missbrauchsbegriff *de lege lata* nicht in der Lage, die für diesen Bereich notwendige Rechtssicherheit zu gewährleisten. Auch das Eintragsrecht betreffend die grenzüberschreitende Spaltung produziert einige Rechtsunsicherheiten und wird die nationalen Gesetzgeber bei der Umsetzung vor Herausforderungen stellen. Damit das „Eintragsrecht“ funktioniert und der schnelle Registervollzug bei grenzüberschreitenden Umstrukturierungen gewährleistet werden kann, müssen die an der grenzüberschreitenden Umstrukturierung beteiligten Mitgliedstaaten ein harmonisiertes bzw. aufeinanderpassendes materiell-rechtliches „Eintragsrecht“ aufweisen. Das mehrfach vorhandene Verzögerungspotential und die bestehenden Rechtsunsicherheiten gehen nicht nur zulasten der Gesellschaften, die einem grenzüberschreitenden Umstrukturierungswunsch nachgehen, sondern auch zulasten der generellen Attraktivität von grenzüberschreitenden Umstrukturierungen. Zweifelsohne müssen die in dem vorliegenden Beitrag aufgezeigten Problempunkte beseitigt werden. Dies gilt nicht nur, um die notwendige Rechtssicherheit, Einheitlichkeit und Effektivität der Regelungen zu gewährleisten, sondern auch, um

<sup>111</sup> *Stelmaszczyk*, GmbHR 2020, S. 61 (70 f.).

<sup>112</sup> *Schmidt*, ZEuP 2020, S. 565 (589).

<sup>113</sup> *Schmidt*, ZEuP 2020, S. 565 (589); *Stelmaszczyk*, GmbHR 2020, S. 61 (75).

<sup>114</sup> *Stelmaszczyk*, GmbHR 2020, S. 61 (70); so wohl auch *Bungert/Wansleben*, DB 2018, S. 2094 (2101).

<sup>115</sup> So auch *Bayer/Schmidt*, BB 2019, S. 1922 (Fn. 173); *Knaier*, GmbHR 2018, S. 607 (621); *Luy*, NJW 2019, S. 1905 (1908); *Stelmaszczyk*, GmbHR 2020, S. 61 (71); siehe für den Fall des „Kaperns“ einer ausländischen Gesellschaft OLG Frankfurt a.M., NZG 2017, S. 423 (423 ff.).



Unternehmensmobilität im europäischen Binnenmarkt zu fördern und einen höheren Grad an Attraktivität zu gewährleisten. Wie die Mitgliedstaaten die neuen Regelungen der GesRRL umsetzen werden, um die aufgezeigten Problempunkte aus der Welt zu schaffen, ist mit Spannung

abzuwarten. Dasselbe gilt für die mit Sicherheit folgende Rechtsprechung des EuGH im Hinblick auf die nationalen Umsetzungsvorschriften bzw. den darauf basierenden Entscheidungen der Kontrollstellen.