

Die Mobilitätsrichtlinie und das nationale Umwandlungsrecht

– Zum Für und Wider einer überschießenden Umsetzung –

ZHR 186 (2022) 1–6

1. Mit der Mobilitätsrichtlinie vom 27. 11. 2019¹ ist die Richtlinie über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts („GesRRL“),² mithin die Konsolidierungsrichtlinie, in der die Richtlinie über die innerstaatliche Verschmelzung, die Richtlinie über innerstaatliche Spaltungen³ und die Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen aufgegangen sind, um Vorschriften über die (nach der Systematik des UmwG einen Anwendungsfall des Formwechsels bildende) grenzüberschreitende „Umwandlung“ (Art. 86a ff. GesRRL) und die grenzüberschreitende Spaltung⁴ (Art. 160a ff. GesRRL) ergänzt worden; zudem hat die Mobilitätsrichtlinie die Vorschriften der Art. 118 ff. GesRRL über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften novelliert. Dieses durchaus beachtliche „Mobilitätspaket“, das nicht zuletzt vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit zu sehen ist,⁵ soll einen geeigneten sekundärrechtlichen

1 RL (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27. 11. 2019 zur Änderung der RL (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, Abl. EU v. 12. 12. 2019, Nr. L 321, S. 1; dazu etwa *Noack/Kraft*, DB 2018, 1577 ff.; *J. Schmidt*, Der Konzern 2018, 273 ff.; *Schollmeyer*, ZGR 2020, 62 ff.; *Stelmaszczyk*, Der Konzern 2021, 1 ff., 48 ff.; Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2018, 857 ff.

2 RL (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14. 6. 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, Abl. EU v. 30. 6. 2017, Nr. L 169, S. 46.

3 Zum sachlichen Anwendungsbereich der Vorschriften der Art. 135 ff. GesRRL über die innerstaatliche Spaltung siehe EuGH ZIP 2020, 314 (*I.G.I.*), Rdn. 42 und BGH ZIP 2021, 738, Rdn. 41: nur Aufspaltung; s. dazu noch unter 2.; näher *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 8 Rdn. 39 m.w.N.

4 Nach der Legaldefinition in Art. 160b Nr. 4 GesRRL erfassen die Vorschriften über die grenzüberschreitende Spaltung neben der Aufspaltung auch die Abspaltung und die Ausgliederung.

5 An erster Stelle zu nennen ist die *Polbud*-Entscheidung des EuGH v. 25. 10. 2017 (NJW 2017, 3639); siehe bereits *Habersack*, ZHR 182 (2018) 495, 496 f.; näher zu Stand und Systematik der EuGH-Rechtsprechung zur grenzüberschreitenden Mobilität von Gesellschaften *Behme*, ZHR 182 (2018) 32 ff.; *Schön*, ZGR 2013, 333 ff.; *Habersack/Verse* (Fn. 3), § 3 Rdn. 12 ff., 34 ff.; *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2017, § 7.

Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Umstrukturierungen schaffen und ist bis zum 31. 1. 2023 in nationales Recht umzusetzen.

Schon allein die Umsetzung der eigentlichen Richtlinienvorgaben wirft, wie das ZGR-Sondersymposium vom 8. 10. 2021 eindrucksvoll gezeigt hat, zahlreiche Fragen auf und stellt den deutschen Gesetzgeber vor große Herausforderungen. Noch einmal gesteigert werden diese Herausforderungen, wenn man die außerhalb des Anwendungsbereichs der Mobilitätsrichtlinie liegenden innerstaatlichen Pendanten zu den in der Richtlinie geregelten grenzüberschreitenden Umwandlungen⁶ in die Betrachtung einbezieht.⁷ Dann stellt sich nämlich unweigerlich die Frage, ob die Mobilitätsrichtlinie überschießend umgesetzt und die in ihr für grenzüberschreitende Umwandlungen vorgesehenen Erleichterungen auch für das jeweilige innerstaatliche Pendant eingeführt werden sollten, mithin auch innerstaatlicher Formwechsel, innerstaatliche Verschmelzung und innerstaatliche Spaltung von den Segnungen der Mobilitätsrichtlinie profitieren sollten.

2. Die mit einer überschießenden Umsetzung⁸ verbundenen unionsrechtlichen und methodischen Fragen sind seit geraumer Zeit geklärt.⁹ So besteht Einvernehmen darüber, dass das Unionsrecht den nationalen Gesetzgeber nicht daran hindert, Sachverhalte, die nicht von der Richtlinie erfasst werden, in den Anwendungsbereich der Umsetzungsgesetzes einzubeziehen, und zwar ganz unabhängig davon, ob die Richtlinie minimal- oder vollharmonisierenden Charakter hat.¹⁰ Gewiss ist es vorstellbar, dass eine Richtlinie bestimmte sachliche Regelungen spezifischen Sachverhalten vorbehält und damit eine entsprechende Regelung für sonstige Sachverhalte verbietet; doch umfasst dann der Anwendungsbereich dieser Richtlinie auch die von ihr „negativ“ geregelten Sachverhalte, so dass sich die Erstreckung auf weitere Sachverhalte nicht als überschießende, sondern als fehlerhafte Umsetzung der Richtlinienvorgaben darstellen würde.¹¹ Der Mobilitätsrichtlinie lässt sich ein solcher Exklusivitätsanspruch freilich nicht entnehmen.

Geklärt ist auch, dass sich die Auslegung des nationalen Umsetzungsgesetzes, soweit es sich auf nicht von der Richtlinie erfasste Sachverhalte bezieht,

6 Im Folgenden i.S.d. § 1 Abs. 1 UmwG und damit im hiesigen Kontext Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel umfassend; die Vermögensübertragung ist nicht Gegenstand der Mobilitätsrichtlinie und kann deshalb ausgeklammert bleiben.

7 Darauf hat *Schollmeyer* im Rahmen seines Vortrags auf dem ZGR-Sondersymposium am 8. 10. 2021 zu Recht hingewiesen: „Die Frage überschießender Umsetzung dürfte ... im bevorstehenden Gesetzgebungsverfahren ein intensiv diskutierter Punkt werden.“ – *Verf.* dankt Herrn *Dr. Eberhard Schollmeyer* auch an dieser Stelle für die Überlassung des in einem ZGR-Sonderheft zu veröffentlichenden Manuskripts.

8 Begriffsprägend wohl *Habersack/Mayer*, JZ 1999, 913.

9 Näher *Habersack/Mayer*, in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 14.

10 *Habersack/Mayer* (Fn. 9), § 14 Rdn. 18.

11 *Habersack/Mayer* (Fn. 9), § 14 Rdn. 18.

nach nationalem Recht beurteilt, mithin ein unionsrechtlicher Zwang zu einheitlicher Auslegung nicht besteht.¹² Das Gebot richtlinienkonformer Auslegung umfasst mit anderen Worten nicht den Überschussbereich, so dass es eine Frage des nationalen Rechts ist, ob das Umsetzungsgesetz einheitlich oder „gespalten“ ausgelegt wird.¹³ In der Rechtsprechung des BGH ist dies, soweit ersichtlich, erstmals in dem zu § 5a Abs. 2 S. 4 VAG a.F. ergangenen Urteil des IV. Zivilsenats vom 7. 5. 2014 in aller Deutlichkeit herausgearbeitet worden.¹⁴ Aus neuerer Zeit ist neben dem Beschluss des XI. Zivilsenats vom 31. 3. 2020 zur Kaskadenverweisung in der Widerrufsbelehrung¹⁵ vor allem das zu einer (innerstaatlichen) Abspaltung ergangene *Metro*-Urteil des II. Zivilsenats vom 23. 2. 2021¹⁶ hervorzuheben. In ihm konnte der Senat an die in der *I.G.I.*-Entscheidung getroffenen Feststellung des EuGH anknüpfen, dass die unionsrechtlichen Vorschriften über die innerstaatliche Spaltung nur die Aufspaltung erfassen.¹⁷ Ausgehend von der Erkenntnis, dass sich für den Überschussbereich eine Pflicht zur richtlinienkonformen (und damit einheitlichen) Auslegung allein aus dem nationalen Recht ergeben kann, hat er in der Folge das nach Art. 93 Abs. 2 GesRRl nur für innerstaatliche Verschmelzungen und Aufspaltungen bestehende Erfordernis eines Sonderbeschlusses der Vorzugsaktionäre nach §§ 65 Abs. 2, 125 UmwG nicht auf die Abspaltung erstreckt, weil der deutsche Gesetzgeber die unionsrechtlichen Vorgaben „nicht unmittelbar und unbedingt bei Abspaltungen zur Anwendung bringen, sondern nur insoweit berücksichtigen (wollte), als Parallelen zur Aufspaltung bestehen“, und sich den Vorstellungen des deutschen Gesetzgebers im Rahmen von § 141 Abs. 1 AktG Rechnung tragen lasse.¹⁸

Nicht zuletzt das *Metro*-Urteil des BGH zeigt, dass sich die mit einer überschießenden Umsetzung verbundenen Herausforderungen selbst dann gut bewältigen lassen, wenn sich im konkreten Fall ein Wille des nationalen Gesetzgebers, die Richtlinienvorgaben auch für den Überschussbereich zur Anwendung zu bringen, nicht feststellen lässt und deshalb eine gespaltene Auslegung geboten ist. Erst recht gilt dies, wenn das nationale Recht textgleiche Normen schafft, von denen die eine der Umsetzung der Richtlinie dient und die andere den nicht von der Richtlinie erfassten Sachverhalt regelt. Obgleich man auch hierin einen Anwendungsfall der überschießenden Umsetzung zu erblicken

12 EuGH BKR 2020, 248, Rdn. 23 ff., 31 m.w.N. zur EuGH-Judikatur; ferner BGHZ 229, 27, Rdn. 43 = ZIP 2021, 738; BGH WM 2014, 1030, Rdn. 27 ff.; BGH BKR 2020, 255, Rdn. 4; näher *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, 545, 549 f.; a.A. noch *Drexel*, FS Heldrich, 2005, S. 67, 81 ff.

13 Näher und jew. m.w.N. *Habersack/Mayer* (Fn. 9), § 14 Rdn. 35 ff.; *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, 545, 549 f.

14 BGH WM 2014, 1030, Rdn. 28 ff.

15 BGH BKR 2020, 255, Rdn. 4.

16 BGHZ 229, 27 = ZIP 2021, 738.

17 EuGH ZIP 2020, 314, Rdn. 42.

18 BGHZ 229, 27, Rdn. 42 ff., 50 ff.

hat, liegt doch auf der Hand, dass sich eine gespaltene Auslegung deutlich ungewollt praktizieren lässt als im typischen Fall der überschießenden Umsetzung durch eine einzige Vorschrift mit einem über die Vorgaben der Richtlinie hinausgehenden Anwendungsbereich.¹⁹ Nachdem abzusehen ist, dass der Gesetzgeber bei Umsetzung der Mobilitätsrichtlinie der bewährten Systematik des UmwG und dem Beispiel der §§ 122a ff. UmwG folgen und eigenständige Regelungen für den grenzüberschreitenden Formwechsel und die grenzüberschreitende Spaltung erlassen wird, ließe sich deshalb eine etwaige Scheu vor überschießender Umsetzung gegebenenfalls auch dadurch überwinden, dass von Fall zu Fall von einer Verweisung nach Art der §§ 122a Abs. 2, 125 S. 1 UmwG abgesehen und richtliniendeterminierte Fragen statt dessen explizit sowohl für die innerstaatliche als auch für die grenzüberschreitende Umwandlung geregelt werden. Derlei Doppelungen sind nicht ungewöhnlich, wie §§ 126 ff. HGB in der Fassung durch das MoPeG²⁰ belegen, die für die OHG noch einmal explizit formulieren, was nach Inkrafttreten des MoPeG eigentlich schon aus § 105 Abs. 3 i.V.m. §§ 721 ff. BGB folgt. Notwendig ist ein solches Vorgehen freilich nicht, wie das *Metro*-Urteil des BGH deutlich zeigt.

3. Der deutsche Gesetzgeber sollte deshalb eine überschießende Umsetzung der Mobilitätsrichtlinie keinesfalls aus rein prinzipiellen Erwägungen ablehnen, sondern sich von der Erwägung leiten lassen, ob die die grenzüberschreitenden Umwandlungen betreffenden Vorgaben der Mobilitätsrichtlinie nicht auch für den entsprechenden innerstaatlichen Vorgang eine überzeugende und dem geltenden Recht überlegene Lösung bereithalten. Anlass hierzu besteht in erster Linie für die Verschmelzung und die Spaltung. Insoweit nämlich dürfte es der Praxis nicht schwerfallen, ein aus ihrer Sicht unattraktives Recht der innerstaatlichen Verschmelzung und Spaltung dadurch abzuwählen, dass in den Vorgang eine Gesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat einbezogen wird und so die in Art. 118, 160a GesRRL geregelten Voraussetzungen der Mehrstaatlichkeit erfüllt werden.²¹

Dass dies alles andere als eine theoretische Spielerei ist, zeigen die Erfahrungen mit dem verschmelzungsrechtlichen Squeeze Out: Da es § 62 Abs. 5 UmwG ermöglicht, eine Restminderheit von bis zu 10% auszuschließen, während §§ 327a ff. AktG eine Beteiligung des Hauptaktionärs in Höhe von mindestens 95% voraussetzen, kann es von Fall zu Fall naheliegen, die Voraussetzungen des § 62 Abs. 5 UmwG durch dem Squeeze Out vorangehende konzerninterne Umstrukturierungen zu erfüllen. Auch aus dem Recht der SE ist bekannt, dass *Numerus clausus* der Gründungsformen und Mehrstaatlich-

19 Siehe bereits *Habersack/Mayer* (Fn. 9), § 14 Rdn. 14, dort am Beispiel von § 34 WpHG einerseits, § 30 WpÜG andererseits.

20 Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts v. 10. 8. 2021, BGBl. I, S. 3436; dazu *Karsten Schmidt*, ZHR 185 (2021) 16 ff.

21 Hierauf hat bereits *Schollmeyer* in seinem Würzburger Vortrag (Fn. 7) hingewiesen.

keitserfordernis des Art. 2 SE-VO – schon in Ermangelung einer überzeugenden teleologischen Rechtfertigung – den Zugang zur Rechtsform nicht effektiv begrenzen, vielmehr zur Kombination von Einzeltatbeständen einladen und deshalb zwar lästige, aber leicht überwindbare Barrieren darstellen.²²

4. Mit den bislang getroffenen Feststellungen soll nicht einem absoluten Gleichlauf zwischen dem Recht der innerstaatlichen Umwandlung und dem der grenzüberschreitenden Umwandlung das Wort geredet werden, zumal die Praxis nicht notwendigerweise dasjenige Modell favorisieren muss, das den Aktionären, Gläubigern und Arbeitnehmern den geringeren Schutz bietet; ein höheres Schutzniveau kann vielmehr ein Gütesiegel bilden und für die Wahl des Rechts der innerstaatlichen Umwandlung sprechen. Doch sollte hierüber aus sachlichen Erwägungen und mit Blick auf die konkrete Einzelregelung der Mobilitätsrichtlinie entschieden werden. Eine allein aus einer prinzipiellen Scheu vor einem „gold plating“ erfolgende „Eins-zu-eins-Umsetzung“ würde die Chance auf eine in der Sache gebotene Reform leichtfertig preisgeben und das Recht der innerstaatlichen Verschmelzung und Spaltung der Gefahr eines signifikanten Bedeutungsverlusts aussetzen.

Dass diese Gefahr überaus konkret ist, zeigt ein Blick auf Art. 126 Abs. 4 lit. a), Art. 126a Abs. 6 GesRRL, die für die grenzüberschreitende Verschmelzung auch für die übernehmende Gesellschaft die Überprüfung des Umtauschverhältnisses zwingend in das Spruchverfahren verweisen und damit also den für die innerstaatliche Verschmelzung seit langem – zuletzt von der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 72. Deutschen Juristentages²³ – geforderten²⁴ Ausschluss der Anfechtbarkeit des Verschmelzungsbeschlusses gebieten. Einen weiteren neuralgischen Punkt adressieren Art. 126a Abs. 7, Art. 160i Abs. 7 GesRRL, die es dem nationalen Gesetzgeber gestatten (wenn auch nicht gebieten), was für das deutsche Umwandlungsrecht schon lange und völlig zu Recht gefordert wird,²⁵ nämlich es der aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft und der durch die Spaltung begünstigten Gesellschaft zu ermöglichen, eine infolge gerichtlicher Überprüfung

22 Casper, AG 2007, 97 ff.; BeckOGK/Casper, Stand: 1. 9. 2021, Art. 2 SE-VO Rdn. 4, 21 ff.; Oechsler, NZG 2005, 697 ff.; MünchKommAktG/Oechsler/Mihaylova, 5. Aufl. 2021, Art. 2 SE-VO Rdn. 8 ff.; Habersack/Drinhausen/Habersack, SE-Recht, 3. Aufl. 2021, Art. 2 SE-VO Rdn. 27 f. m.w.N.

23 Siehe den mit überwältigender Mehrheit angenommenen Beschluss Nr. 9, in: Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages 2018, Bd. II/1, 2019, S. O 132; zuvor Koch, Empfiehlt sich eine Reform des Beschlussmängelrechts im Gesellschaftsrecht?, Gutachten F zum 72. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages 2018, Bd. I, 2018, S. F 65.

24 Handelsrechtsausschuss DAV, NZG 2007, 497, 503; Hommelhoff, ZGR 1993, 452, 471; J. Vetter, ZHR 168 (2004) 4 ff.; Lutter/Decher, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 14 Rdn. 25; Habersack/Wicke/Rieckers/Cloppenburg, UmwG, 2. Aufl. 2021, § 14 Rdn. 36 m.w.N.

25 Handelsrechtsausschuss DAV, NZG 2007, 497, 500 und NZG 2013, 694, 698 f.; Bayer, ZHR 172 (2008) 24, 29; Lutter/Decher (Fn. 24), § 15 Rdn. 10 m.w.N.

des Umtauschverhältnisses erforderliche bare Zuzahlung durch die – liquiditätsschonende – Gewährung von Anteilen zu ersetzen.²⁶ Macht der deutsche Gesetzgeber – wofür die besseren Gründe sprechen – von dieser Mitgliedstaatenoption für die grenzüberschreitende Verschmelzung und Spaltung Gebrauch,²⁷ stünde er unweigerlich vor der Frage, das Ersetzungsrecht auch für die innerstaatliche Verschmelzung und Spaltung einzuführen.

Schon das Beispiel der Bewertungsrüge auf Ebene der übernehmenden Gesellschaft und das Beispiel der Ersetzung der baren Zuzahlung durch Anteile sollten ausreichen, um die mit einem Verzicht auf eine überschießende Umsetzung akut drohende Gefahr eines flächendeckenden Ausweichens der Praxis auf das Recht der grenzüberschreitenden Verschmelzung und Spaltung zu verdeutlichen. Der Gesetzgeber braucht sich nur in die Position eines Vorstands und Aufsichtsrats zu versetzen und zu fragen, wie dieser wohl den Gewinn an Transaktionssicherheit, der mit dem Anfechtungsausschluss verbunden ist, und den liquiditätsschonenden Effekt, der mit der Möglichkeit der Ersetzung der baren Zuzahlung durch die Gewährung von Anteilen einhergeht, gewichtet wird, wenn er vor der Frage steht, ob er eine anstehende Umstrukturierung nach den hergebrachten Regeln über die innerstaatliche Verschmelzung und Spaltung vollzieht oder den überschaubaren Aufwand, den die Einbeziehung einer EU-Auslandsgesellschaft erfordert, in Kauf nimmt und für das Recht der grenzüberschreitenden Verschmelzung oder Spaltung optiert. Die Antwort dürfte nicht schwerfallen und sollte der Umsetzung die Richtung vorgeben, zumal sowohl der Anfechtungsausschluss als auch die Anteilsgewähr in der Sache überzeugen.

Mathias Habersack

²⁶ Eingehend dazu *Noack/Habrigh*, AG 2019, 908 ff.

²⁷ Zu den hierbei anzustellenden Erwägungen siehe *Noack/Habrigh*, AG 2019, 908 ff., ferner den Würzburger Vortrag von *Schollmeyer* (Fn. 7).