

## A. Verschmelzung

Besonderheiten bei  
der Verschmelzung  
von  
Aktiengesellschaften

Sonderproblem:  
Risiko der  
Differenzhaftung bei  
Verschmelzung  
überschuldeter  
Rechtsträger

### Problem:

Unterbilanz- und Differenzhaftung der Gesellschafter bei Verschmelzung überschuldeter Rechtsträger?

### Ausgangsfall:

Die X-AG wird im Wege der Verschmelzung zur Aufnahme auf die Y-AG verschmolzen. Im Rahmen dieser Verschmelzung wird das Grundkapital der Y-AG um 476.800 Inhaberstückaktien im anteiligen Wert von je ein Euro erhöht. Die Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister wird vorgenommen. Später stellt sich heraus, dass die X-AG wertlos war. Der spätere Insolvenzverwalter der Y-AG will die damaligen Aktionäre der X-AG wegen Ansprüchen aus einer Unterbilanzhaftung in Anspruch nehmen.

*OLG München, Urt. v. 27.10.2005, 23 U 2826/05, NZG 2006, 73; bestätigt durch BGH, Urt. v. 12.3.2007, II ZR 302/05, DB 2007, 1241.*

122

21.06.2017

## A. Verschmelzung

Besonderheiten bei  
der Verschmelzung  
von  
Aktiengesellschaften

Sonderproblem:  
Risiko der  
Differenzhaftung bei  
Verschmelzung  
überschuldeter  
Rechtsträger

### OLG München/BGH



keine Differenzhaftung der früheren Gesellschafter

### Gründe:

- nach § 69 Abs. 1 S. 1 UmwG sind die §§ 188 Abs. 2 S. 1, 36a Abs. 2 S. 3 AktG nicht anwendbar
- keine analoge Anwendung der §§ 56 Abs. 2, 9 Abs. 1 GmbHG
  - Aktionäre übernehmen bei Verschmelzung keine Einlageverpflichtung
  - Mehrheitsbeschluss kann Einlageverpflichtung nicht ersetzen
  - Begründung persönl. Zahlungspflichten zu Lasten der Aktionäre ist dem AktG fremd

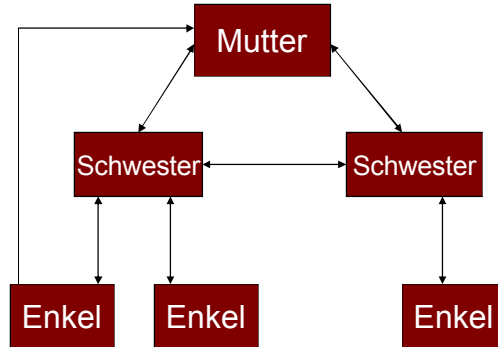
123

21.06.2017

## A. Verschmelzung

Verschmelzung im Konzern

### Verschmelzungsmöglichkeiten im Konzern



## A. Verschmelzung

Verschmelzung im Konzern

### Kapitalerhöhungsverbote/-gebote

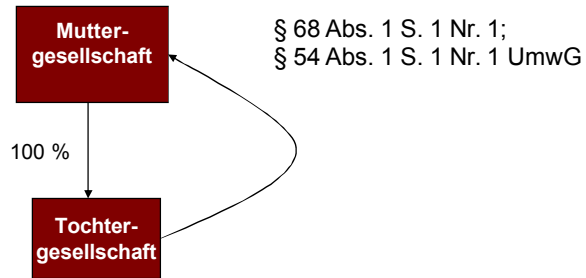
- Tochter auf Mutter (up-stream-merger): Kapitalerhöhungsverbot
- Mutter auf Tochter (down-stream-merger): Kapitalerhöhung nicht erforderlich, jedoch möglich
- Verschmelzung zweier Schwestern: Kapitalerhöhungsgebot, wenn kein Verzicht erklärt wird
- Mehrstufige Konzernverschmelzung

## A. Verschmelzung

Verschmelzung im Konzern

### Kapitalerhöhungsverbote/-gebote

- Tochter auf Mutter (up-stream-merger):  
Kapitalerhöhungsverbot



126

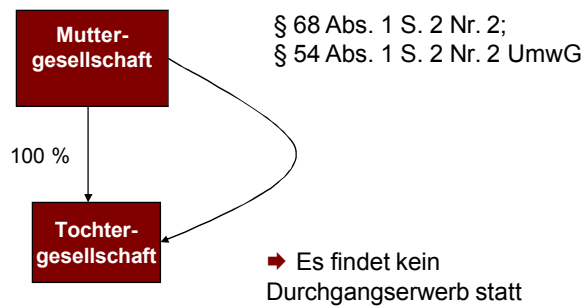
21.06.2017

## A. Verschmelzung

Verschmelzung im Konzern

### Kapitalerhöhungsverbote/-gebote

- Mutter auf Tochter (down-stream-merger):  
Kapitalerhöhung nicht erforderlich, jedoch möglich



127

21.06.2017

## A. Verschmelzung

### Verschmelzung im Konzern

## Verschmelzung von Schwestergesellschaften

- Änderung der Rechtslage durch Zweites Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes
- Anteilshaber des übertragenden Rechtsträgers können auf Anteilsgewährung verzichten, §§ 54 Abs. 1, 68 Abs. 1 UmwG
- Gilt nur für Verschmelzung unter Beteiligung von Kapitalgesellschaften (GmbH, AG, KGaA) als aufnehmendem Rechtsträger

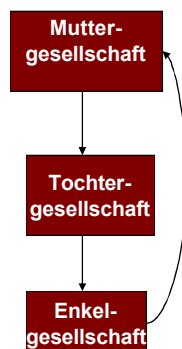
128

21.06.2017

## A. Verschmelzung

### Verschmelzung im Konzern

## Verschmelzung von Enkel- auf Muttergesellschaft



ohne Kapitalerhöhung möglich (streitig);  
jetzt besteht allerdings Möglichkeit zum Verzicht, §§ 54, 68 UmwG

129

21.06.2017

## A. Verschmelzung

### Verschmelzung im Konzern

Erleichterung für Konzernverschmelzungen durch das Dritte Gesetz zur Änderung des UmwG

- kein Zustimmungsbeschluss beim *up stream merger*, § 62 Abs. 4 UmwG n.F.
  - gilt nicht nur für Aktiengesellschaften, sondern für alle Kapitalgesellschaften, die als übertragende Rechtsträger beteiligt sind
  - **Problem:** Zeitpunkt des Vorliegens des 100%igen Beteiligungsverhältnisses
  - **Vorschlag:**
    - Zeitpunkt der Handelsregisteranmeldung **oder**
    - Zeitpunkt der Einleitung des Verschmelzungsverfahrens

## A. Verschmelzung

### Verschmelzung im Konzern

Erleichterung für Konzernverschmelzungen durch das Dritte Gesetz zur Änderung des UmwG

- kein Zustimmungsbeschluss beim *up stream merger*, § 62 Abs. 4 UmwG n.F.
  - Anteile am übertragenden Rechtsträger müssen sich im unmittelbaren Eigentum des Zielrechtsträgers befinden (Treuhandbesitz o.ä. ist nicht ausreichend)
  - keine Erstreckung auf Verschmelzungen auf GmbH oder andere Rechtsträger
  - Ausgangsrechtsträger muss Kapitalgesellschaft sein
- keine Anwendbarkeit bei *down stream merger* und *side step merger*

## A. Verschmelzung

### Verschmelzung im Konzern

Erleichterung für Konzernverschmelzungen durch das Dritte Gesetz zur Änderung des UmwG

➤ Zeitpunkt der Zuleitung an den Betriebsrat unklar, wenn § 62 Abs. 4 UmwG zur Anwendung kommt

➤ **Vorschläge:**

- Zuleitung des (beurkundeten) Vertrags und ab diesem Zeitpunkt 1 Monat
- Zeitpunkt der Hinweisbekanntmachung nach § 62 Abs. 3 UmwG und ab diesem Zeitpunkt 1 Monat (*Glozbach*)
- 1 Monat vor Handelsregisteranmeldung (*Freitag*)

➤ § 62 Abs. 4 UmwG n.F.:

- Anknüpfung an Zeitpunkt des Abschlusses des Verschmelzungsvertrages

## A. Verschmelzung

### Verschmelzung im Konzern

Verschmelzungsrechtlicher *squeeze out*

➤ **Vorgabe der Richtlinie:** Beteiligungsschwelle bei 90 %, aber Mitgliedstaatenoption für 95 %

➤ **Bisher** drei verschiedene *squeeze out*-Verfahren:

- *squeeze out* nach §§ 327a ff. AktG – Beteiligungsschwelle: 95 %
- *squeeze out* nach §§ 39a ff. WpÜG – Beteiligungsschwelle: 95 %
- *squeeze out* nach § 12 Abs. 3 Nr. 1 FMStBG – Beteiligungsschwelle: 90 %
  - dazu: *LG München AG 2011, 211*

➤ keine generelle Absenkung auf 90 %

**A. Verschmelzung**

Verschmelzung im Konzern

Verschmelzungsrechtlicher *squeeze out*

➤ **Bisher:**



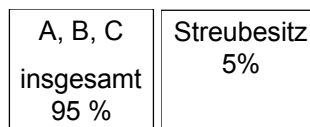
➤ **Zukünftig:** zusätzliche Option

**A. Verschmelzung**

Verschmelzung im Konzern

Verschmelzungsrechtlicher *squeeze out*

➤ **Bisher**



zulässig nach BGH NJW-RR 2009, 828 [„Lindner“]

➤ **Schritt 1:** Wertpapierleihe zwischen A, B, C auf einen der Aktionäre

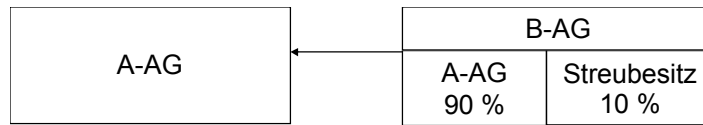
➤ **Schritt 2:** Durchführung *squeeze out*

## A. Verschmelzung

Verschmelzung im Konzern

Verschmelzungsrechtlicher *squeeze out*

### ➤ Neue Konstellation:



## A. Verschmelzung

Verschmelzung im Konzern

Verschmelzungsrechtlicher *squeeze out*

### Vorbereitung der Hauptversammlung

#### ➤ Prüfbericht

- vom Gericht zu bestellen
- Gericht kann dem Vorschlag des Hauptaktionärs folgen
- Parallelprüfung zulässig
- muss lediglich Plausibilitätsprüfung ermöglichen

#### ➤ Bankgarantie

- muss nur die angebotene Barabfindung abdecken



## A. Verschmelzung

Verschmelzung im Konzern

Verschmelzungsrechtlicher *squeeze out*

### Durchführung der Hauptversammlung

- Beschluss mit einfacher Mehrheit ausreichend (h. M.)
- Beschluss (wohl) stets beurkundungsbedürftig
- Verletzung der Informationsrechte der Aktionäre führt zur Anfechtbarkeit des Beschlusses

### Eintragung des Übertragungsbeschlusses

- hat konstitutive Wirkung

## A. Verschmelzung

Verschmelzung im Konzern

Verschmelzungsrechtlicher *squeeze out*

- Verfahren grds. verfassungsrechtlich unbedenklich
- Ausschluss nur gegen Gewährung einer angemessenen Abfindung möglich
- Angemessenheit der Barabfindung im Spruchverfahren überprüfbar

## A. Verschmelzung

### Verschmelzung im Konzern

#### Verschmelzungsrechtlicher *squeeze out*

- Ausschluss von Minderheitsaktionären
- eröffnet, wenn Hauptaktionär Beteiligungsquote von 95 % hat, § 327a Abs. 1 S. 1 AktG (Kapitalmehrheit ausreichend)
  - Hauptaktionär muss Volleigentum an Aktien besitzen
    - auf §§ 1243, 1274 ff. BGB gestützte Verpfändung der Aktien hindert Durchführung eines Squeeze-out-Verfahrens nicht (*OLG München ZIP 2009, 416*)
  - Kapitalmehrheit kann auch durch Wertpapierleihe erlangt werden (*BGH ZIP 2009, 908 [„Lindner“]*)

#### Sachverhalt:

Minderheitsaktionäre der Lindner Holding KGaA wollten gegen Squeeze-out-Beschluss vorgehen, da die Anteilseignerin die notwendigen 95 % des Grundkapitals im Wege eines Wertpapierdarlehens erreicht hatte. Sie waren der Ansicht, dass Wertpapierdarlehen mangels Dauerhaftigkeit grundsätzlich für die Begründung der Stellung als Hauptaktionärin unzureichend seien.

140

21.06.2017

## A. Verschmelzung

### Verschmelzung im Konzern

#### Verschmelzungsrechtlicher *squeeze out*

### Vorbereitung der Hauptversammlung

- Übertragungsbericht
  - vom Vorstand in vertretungsberechtigter Zahl zu unterzeichnen
  - nicht zwingend im Volltext auszulegen
- Jahresabschlüsse
  - nur für die letzten drei Geschäftsjahre auszulegen, für die Jahresabschluss bereits aufgestellt ist

141

21.06.2017

## A. Verschmelzung

Verschmelzung im  
Konzern

Verschmelzungs-  
rechtlicher *squeeze out*

### ➤ Ablauf des Verfahrens:

- Abschluss des notariellen Verschmelzungsvertrages mit Zusatz, dass *squeeze out* nach § 62 Abs. 5 UmwG n.F. beabsichtigt ist
- Fassung des *squeeze out*-Beschlusses (binnen 3 Monaten ab Beurkundung des Verschmelzungsvertrages)
- Durchführung *squeeze out*

## A. Verschmelzung

Verschmelzung im  
Konzern

Verschmelzungs-  
rechtlicher *squeeze out*

### ➤ Ablauf des Verfahrens:

- weitere Vorbereitung der Verschmelzung:
  - kein Verschmelzungsbericht,
  - keine Verschmelzungsprüfung und
  - nach § 62 UmwG n.F. keine Verschmelzungsbeschlüsse
- **RegE:** Vollzug der Verschmelzung keine Bedingung für den *squeeze out*
- **verabschiedetes Gesetz:** Durchführung der Verschmelzung als Bedingung des *squeeze out*

## A. Verschmelzung

Verschmelzung im Konzern

Verschmelzungsrechtlicher *squeeze out*

### > Offene Fragen:

- Angaben zum Umtauschverhältnis im Verschmelzungsvertrag
- bei bedingungsmaßiger Verknüpfung von Verschmelzung und *squeeze out* wohl nicht erforderlich ⇒ also Doppelbedingung im Verschmelzungsvertrag
- erste Entscheidung:  
**OLG Hamburg, Beschl. v. 14.06.2012 - 11 AktG 1/12, NZG 2012, 944**
  - Verfahren ist nicht verfassungswidrig
  - Rechtsmissbrauch verneint, wenn Aktionär seine Beteiligung erst kurz vorher von GmbH in AG formgewechselt hat

## A. Verschmelzung

Verschmelzung im Konzern

Verschmelzungsrechtlicher *squeeze out*

### > Rechtsmissbrauch?

- hauptsächlich diskutiert für folgende Konstellationen:
  - Einlage einer 90%igen Mehrheitsbeteiligung in eine Holding, um im Anschluss den verschmelzungsrechtlichen *squeeze out* durchzuführen
  - Formwechsel in Aktiengesellschaft, um dann im Anschluss *squeeze out* durchzuführen
  - Zusätzlich: Möglichkeit der Wertpapierleihe? (vgl. BGH ZIP 2009, 908 „Lindner“)

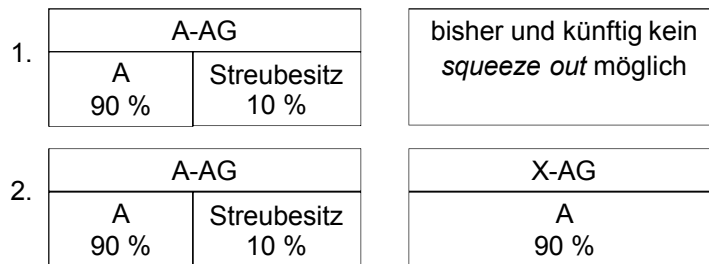
## A. Verschmelzung

Verschmelzung im Konzern

Verschmelzungsrechtlicher *squeeze out*

### ➤ Rechtsmissbrauch – Fall 1

(ausf. Florstedt in NZG 2015, 1212)



bisher und künftig kein *squeeze out* möglich

- a) Ausgliederung/Einbringung von 90 % auf X-AG-Holding
- b) verschmelzungsrechtlicher *squeeze out*, § 62 Abs. 5 UmwG n.F.

146

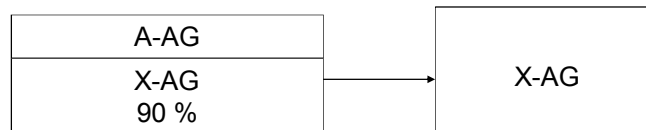
21.06.2017

## A. Verschmelzung

Verschmelzung im Konzern

Verschmelzungsrechtlicher *squeeze out*

### ➤ Rechtsmissbrauch – Fall 2

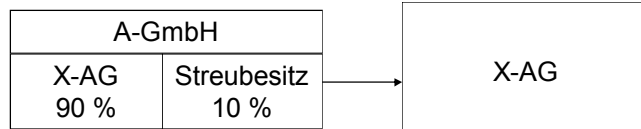


- **Schritt 1:** Verschmelzungsvertrag mit *squeeze out*-Ankündigung
- **Schritt 2:** verschmelzungsrechtlicher *squeeze out*
- **Schritt 3:** Abbruch Verschmelzungsverfahren

⇒ aufgrund § 62 Abs. 5 UmwG n.F. nicht möglich

147

21.06.2017

**A. Verschmelzung**Verschmelzung im  
KonzernVerschmelzungs-  
rechtlicher *squeeze out***➤ Rechtsmissbrauch – Fall 3****➤ Schritt 1:** Formwechsel der A-GmbH in eine A-AG**➤ Schritt 2:** verschmelzungsrechtlicher *squeeze out* auf die X-AG

148

21.06.2017

**A. Verschmelzung**Die Verschmelzung  
von Vereinen**Schlussbilanz, § 17 Abs. 2 UmwG**

- ist – nach Wortlaut der Norm – für alle Rechtsträger vorzulegen
- Vorlagepflicht auch für Rechtsträger, die ansonsten nicht bilanzierungspflichtig sind? ➔ streitig:
  - **A1:** § 17 Abs. 2 S. 2 UmwG begründet eigenständige Bilanzierungspflicht
    - ➔ Auch nicht bilanzierungspflichtige Rechtsträger müssen Bilanz vorlegen.
  - **A2 – h. M.:** § 17 Abs. 2 S. 2 UmwG begründet **keine** eigenständige Bilanzierungspflicht
    - ➔ Nicht bilanzierungspflichtige Rechtsträger müssen keine Bilanz vorlegen. Vorlage einer Einnahmen-Überschuss-Rechnung ausreichend.

149

21.06.2017



## A. Verschmelzung

### Die Verschmelzung von Vereinen

### Wahl des Vorstandes bei Verschmelzung zur Neugründung

- richtet sich nach § 27 Abs. 1 BGB
- Bestellung kann erfolgen:
  - durch Mitgliederversammlung des neuen Vereins (nach Abschluss Verschmelzungsvertrag und Fassung der Beschlüsse durch übertragende Rechtsträger)
  - durch beteiligte Rechtsträger bei Abschluss des Verschmelzungsvertrages
  - durch Satzung



## A. Verschmelzung

### Die Verschmelzung von Vereinen

### Verschärfung der Beschlussmehrheit durch Satzungsregelung über Auflösungsmehrheit

**OLG Stuttgart, Beschl. v. 23.05.2011, 8 W 294/10, NotBZ 2012, 98**

#### Sachverhalt

Der A-Verein soll auf den B-Verein verschmolzen werden. Die Satzung des A-Vereins schreibt für den Fall der Auflösung eine Mehrheit von zwei Dritteln der in der Mitgliederversammlung anwesenden Mitglieder vor. Für den Fall der Verschmelzung enthält sie keine Regelung. In der Mitgliederversammlung, die über die Zustimmung zur Verschmelzung zu entscheiden hat, wird eine Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen, nicht aber zwei Drittel der Anwesenden erreicht. Ist die erreichte Mehrheit ausreichend?



## A. Verschmelzung

### Die Verschmelzung von Vereinen

### Verschärfung der Beschlussmehrheit durch Satzungsregelung über Auflösungsmehrheit

OLG Stuttgart, Beschl. v. 23.05.2011, 8 W 294/10,  
NotBZ 2012, 98

#### Entscheidung

*Sollen zwei Vereine miteinander verschmolzen werden, so gelten Regelungen in der Satzung des übertragenden Vereins, die qualifizierte Anforderungen für die Auflösung des Vereins vorsehen (hier: Zweidrittelmehrheit aller stimmberechtigten Mitglieder), grundsätzlich entsprechend für den Verschmelzungsbeschluss der Mitgliederversammlung.*

- Enthält Satzung keine ausdrückliche Regelung, so ist durch Auslegung zu ermitteln, ob eine Satzungsbestimmung eine höhere Mehrheit für Verschmelzungsbeschluss vorschreibt

152

21.06.2017



## A. Verschmelzung

### Die Verschmelzung von Vereinen

### Dreiviertelmehrheit bei Beschluss über Verschmelzung von zwei Vereinen

OLG Hamm v. 19.09.2012, 8 AktG 2/12, NZG 2013, 388

„ [...]“

*2. Der Verschmelzungsbeschluss der Mitgliederversammlung eines Vereins bedarf, wenn nicht in der Satzung eine größere Mehrheit vorgeschrieben ist, gemäß § 103 UmwG einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen.*

**§ 275 UmwG, § 33 Absatz 1 S. 2 BGB sind mangels Regelungslücke auf einen solchen Beschluss nicht analog anzuwenden.“**

153

21.06.2017



## A. Verschmelzung

Die Verschmelzung  
auf den  
Alleingesellschafter

A-GmbH  
A  
100 %

Verschmelzung  
durch Aufnahme,  
§§ 120 ff.

A = Nichtkaufmann  
(z.B. Steuerberater)

## A. Verschmelzung

Die Verschmelzung  
auf den  
Alleingesellschafter

- Keine Auffangregelung für nicht verschmelzungsfähige Rechtsträger
- Alleingesellschafter muss natürliche Person sein
- Alleingesellschafter muss weder kaufmännisch noch unternehmerisch tätig sein
- Bereits eingetragene Einzelfirma des Gesellschafters kann beibehalten werden (so OLG Schleswig v. 15.11.2000, 2 W 145/00)