

ARBER-Verlag GmbH

**Fachanwaltslehrgang
Handels- und Gesellschaftsrecht**

Thema: Umwandlungsrecht

Referent: Prof. Dr. Heribert Heckschen, Notar in Dresden

Einführung zum Umwandlungsrecht

Einführung zum Umwandlungs- recht

Entwicklung des
Umwandlungsrechts

Das Umwandlungs-
gesetz 1994

Merkmale einer Umwandlung?

- Gesamtrechtsnachfolge
 - Auswirkung auf Gläubiger/Vertragspartner
 - Anteilsinhaber finden sich (teilweise) in anderen Unternehmen wieder, teilweise mit anderen Mitanteileignern
 - Mitgliedschaftsrechte werden tangiert

Einführung zum Umwandlungs- recht

Entwicklung des
Umwandlungsrechts

Das Umwandlungs-
gesetz 1994

§ 1 UmwG

- Beschränkung auf Inlandssachverhalte

ABER:

- EuGH Entscheidung i.S. „SEVIC“
- §§ 122a ff. UmwG
- Verfahren i. d. S. „Cartesio“ (EuGH, Az.: C-210/06)
- Verfahren i.d.S. „VALE Építési Kft.“ (EuGH, Rs. C-378/10)
- Änderung des EGBGB
- BGH NJW 2009, 289 („Trabrennbahn“) sowie BGH ZIP 2009, 2385 („Singapur“)

Einführung zum Umwandlungs- recht

Entwicklung des
Umwandlungsrechts

Das Umwandlungs-
gesetz 1994

§ 1 UmwG – Cartesio (Az.: C-210/06)

Sachverhalt:

Eine ungarischem Recht unterliegende KG möchte ihren operativen Geschäftssitz von Ungarn nach Italien verlegen, jedoch weiterhin im ungarischen Handelsregister eingetragen bleiben, um auch weiterhin dem Recht Ungarns zu unterliegen. Das zuständige Gericht verweigert Eintragung der neuen Adresse in das Handelsregister; eine Sitzverlegung sei nach ungarischem Recht nicht möglich.

Vereinbarkeit dieser Regelungen mit Artt. 43, 48 EGV?

4

13.10.2017

Einführung zum Umwandlungs- recht

Entwicklung des
Umwandlungsrechts

Das Umwandlungs-
gesetz 1994

§ 1 UmwG – Cartesio (Az.: C-210/06)

Entscheidung des EuGH DB 2009, 52

- Recht, nach dem eine Gesellschaft gegründet worden ist, regelt auch ihre Möglichkeiten, ihren Satzungssitz unter Aufrechterhaltung ihrer Rechtspersönlichkeit in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen
- Verbot der Sitzverlegung in einen anderen EU-Mitgliedstaat unter Beibehaltung der bisherigen Gesellschaftsform verstößt nicht gegen Art. 43, 48 EGV
- aber: Formwechsel muss wohl ermöglicht werden (Tz. 111 ff.)

5

13.10.2017

Einführung zum Umwandlungs- recht

Entwicklung des
Umwandlungsrechts

Das Umwandlungs-
gesetz 1994

§ 1 UmwG – VALE Építési Kft. (Rs. C-378/10)

Sachverhalt:

- Geschäftsführer einer in Italien gegründeten, aber dort bereits gelöschten Kapitalgesellschaft und eine weitere Person schlossen einen GV zur Gründung einer ungarischen Kapitalgesellschaft. Sie beabsichtigten eine Eintragung in das ungarische Handelsregister. Zuvor zahlten sie das nach ungarischem Recht erforderliche Stammkapital ein.
- Da nach ungarischem Recht eine nicht-ungarische Gesellschaft nicht als Rechtsvorgängerin einer ungarischen Kapitalgesellschaft zum Handelsregister eingetragen werden kann, wurde der Antrag zurückgewiesen.

6

13.10.2017

Einführung zum Umwandlungs- recht

Entwicklung des
Umwandlungsrechts

Das Umwandlungs-
gesetz 1994

§ 1 UmwG – VALE Építési Kft. (Rs. C-378/10)

Kernproblem:

- EuGH hat in „Cartesio“-Entscheidung die Grundfreiheit der Niederlassungsfreiheit nur dann für einschlägig erachtet, wenn Zuzugsstaat überhaupt die Möglichkeit der grenzüberschreitenden Umwandlung vorsieht.
- Gegenstand des Vorlageverfahrens beim EuGH war, ob sich eine Gesellschaft auch dann auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann, wenn der Aufnahmemitgliedstaat die Möglichkeit des Wechsels der Rechtsform einer mitgliedstaatlichen Rechtsform in die heimische generell nicht vorsieht.

7

13.10.2017

Einführung zum Umwandlungs- recht

Entwicklung des
Umwandlungsrechts

Das Umwandlungs-
gesetz 1994

8

§ 1 UmwG – VALE Építési Kft. (Rs. C-378/10)

Entscheidung:

- Zuzugsfall unterfällt dem Anwendungsbereich der Art. 49, 54 AEUV
- Voraussetzung für Niederlassung ist jedoch die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit
- Aufnahmemitgliedstaat ist befugt, bei grenzüberschreitenden Umwandlungsvorgängen die maßgebenden Bestimmungen des nationalen Rechts über innerstaatliche Umwandlungen (wie z.B. Gründungsvorschriften) anzuwenden
- Aufgrund Äquivalenzprinzip und Effektivitätsgrundsatz ist es ihm jedoch verwehrt, die Eintragung der die Umwandlung beantragenden Gesellschaft als „Rechtsvorgängerin“ zu verweigern, wenn eine entsprechende Eintragung bei innerstaatlichen Umwandlungen vorgesehen ist

13

Einführung zum Umwandlungs- recht

Entwicklung des
Umwandlungsrechts

Das Umwandlungs-
gesetz 1994

9

§ 1 UmwG - OLG Nürnberg, 19.06.2013 – 12 W 520/13

- Als wohl erstes deutsches Gericht erkannte das OLG die grenzüberschreitende Umwandlung einer ausländischen Kapitalgesellschaft in eine inländische als rechtliche zulässig an.
 - Es ließ die Eintragung nicht daran scheitern, dass die Gesellschaft im Zeitpunkt der Antragsstellung beim deutschen Register bereits im Register des Gründungsstaates gelöscht war – fehlende Kontinuität des Rechtsträgers - .
 - Es verzichtete auf die vom EuGH in Sachen „Vale“ geforderten tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit im Aufnahmestaat.
- vgl. i.Ü. Grenzüberschreitende Sitzverlegung am Ende

13.10.2017

Einführung zum Umwandlungs- recht

Entwicklung des
Umwandlungsrechts

Das Umwandlungs-
gesetz 1994

§ 1 UmwG

- „numerus clausus“ der Umwandlungsmöglichkeiten
 - Keine Mischformen der Umwandlung
z. B. „verschmelzende Ausgliederung“ ist unzulässig
 - *OLG Hamm NZG 2010, 1309*:
Keine Verschmelzung einer Komplementär-GmbH auf
eine KG mit nur einem Kommanditisten, der zugleich der
Alleingesellschafter der Komplementär-GmbH ist.
- Zwingendes Recht
- Analogieverbot
 - Ausstrahlungswirkung des UmwG?

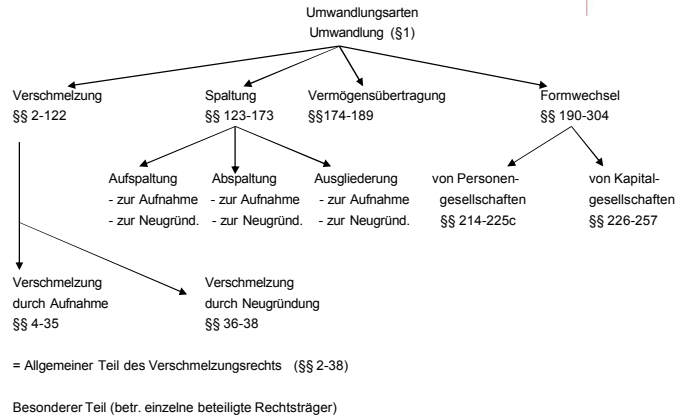
A. Die Verschmelzung

A. Verschmelzung

I. Grundsätzliches

1. Regelungstechnik des Umwandlungsgesetzes 1994

(S. 1 ff.)



12

13.10.2017

A. Verschmelzung

I. Grundsätzliches

1. Regelungstechnik des Umwandlungsgesetzes 1994

Umdeutung einer „Verschmelzung durch Aufnahme“ in „Vollübertragung“

OLG Dresden v. 17.10.2014 – 17 W 1160/14, n. v.

- unschädlich, wenn ein Umwandlungsvorgang im Vertrag fälschlicherweise als „Verschmelzung durch Aufnahme“ bezeichnet wird, obwohl es sich tatsächlich um eine Vollübertragung i.S.d. §§ 174 Abs. 1, 175 Nr. 1 UmwG handelt
- Gleiches gilt für nachfolgende Registeranmeldung

13

13.10.2017

A. Verschmelzung

I. Grundsätzliches

1. Regelungstechnik des Umwandlungsgesetzes 1994

Fall:

Die Einzelunternehmer X und Y wollen miteinander verschmelzen. Ist das möglich?

- § 2 ff. ?
- §§ 120 ff. ?
- § 738 BGB - Anwachsung?
- Liquidationsmodell/Einzelübertragung?

A. Verschmelzung

I. Grundsätzliches

1. Regelungstechnik des Umwandlungsgesetzes 1994

Fall:

Die Einzelunternehmer X und Y wollen miteinander verschmelzen. Ist das möglich?

Lösung:

- § 152 UmwG

A. Verschmelzung

I. Grundsätzliches

2. Alternative Umstrukturierungs- möglichkeiten

Analoge Anwendung des UmwG auf alt. Umstrukturierungs- möglichkeiten

Ausstrahlungswirkung des UmwG?

- Regelungen zum Minderheitenschutz sind nicht auf Umstrukturierungen außerhalb des UmwG anwendbar (*OLG Stuttgart v. 21.12.1993, 10 U 48/93, ZIP 1995, 1515*)
- Regelungen des UmwG auf Einzelrechtsübertragung nicht anwendbar (*LG Hamburg v. 21.1.1997, 402 O 122/96, DB 1997, 516; BayObLG v. 23.9.1998, 3Z BR 225/98, DB 1998, 2410; a.A. LG Karlsruhe v. 6.11.1997, O 43/97 KfH I, ZIP 1998, 385*)
- Umstrukturierungsmöglichkeiten außerhalb des UmwG stehen denen nach dem UmwG gleichwertig gegenüber – kein Vorwurf der rechtsmissbräuchlichen Ausübung (*OLG Naumburg v. 6.2.1997, 7 U 236/96, DB 1997, 466; BVerfG v. 23.8.2000, 1 BvR 68/95 und 1 BvR 147/97, NZG 2000, 1214 für die sog. übertragende Auflösung; OLG Frankfurt a. M. v. 10.2.2003, 5 W 33/02, DB 2003, 872*)

A. Verschmelzung

I. Grundsätzliches

2. Alternative Umstrukturierungs- möglichkeiten

(S. 2 ff.)

- Umwandlung nach dem UmwG 1994

Alternative Möglichkeiten:

- Anteilskauf (share deal)
- Einzelrechtsübertragung (asset deal)
- Einbringung als Sacheinlage
- Eingliederung
- An- und Abwachsungsmodelle
- Unternehmensverträge

A. Verschmelzung

I. Grundsätzliches

2. Alternative Umstrukturierungs- möglichkeiten

Fallstudie

(S. 2 f.)

Die A-AG, ein Unternehmen der Auto-Industrie, möchte die B-GmbH erwerben, die über interessante Forschungsobjekte, sehr attraktiven Grundbesitz in der Nähe der Produktionsstätte der A-AG und Know How verfügt, das für A-AG außerordentlich wertvoll ist. Die B-GmbH steht im 80%igen Anteilsbesitz des übertragungswilligen C. Die Verkaufsbereitschaft von Minderheitsgesellschaftern mit jeweils 5% Beteiligungen ist unklar. Die A-AG fragt ihren Berater nach den rechtlichen Wegen zur Übernahme der B-GmbH und den Vor- und Nachteilen aus zivil- und steuerrechtlicher Sicht. Der Erwerb soll möglichst liquiditätsschonend vollzogen werden.

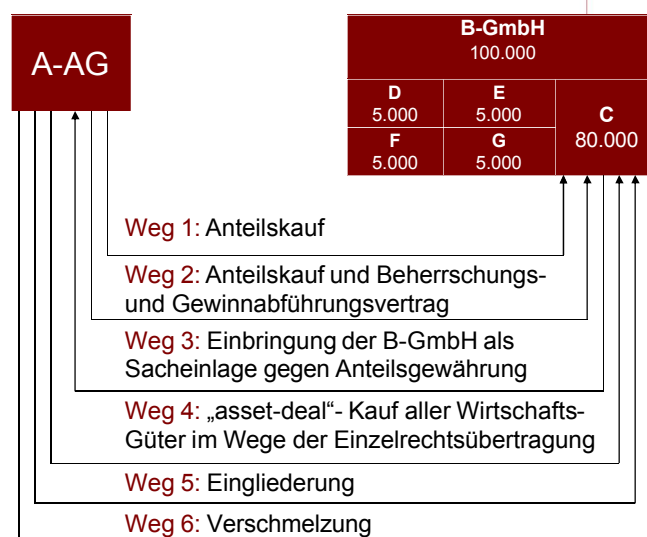
A. Verschmelzung

I. Grundsätzliches

2. Alternative Umstrukturierungs- möglichkeiten

Fallstudie

(S. 3)



A. Verschmelzung

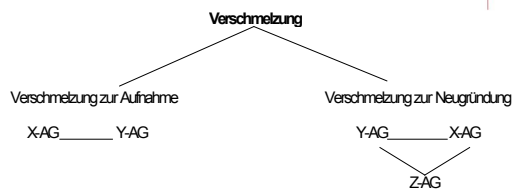
Allgemeines /
 Grundlagen

Fallbeispiel

Die X-AG und Y-AG sollen fusioniert werden. Die X-AG verfügt über erheblichen Grundbesitz und weist eine hohe Bilanzsumme aus, aber sie verfügt über beträchtliche Verlustvträge. Die Y-AG zählt zu ihren Aktionären einige streitlustige und unberechenbare Gesellschafter.

A. Verschmelzung

Allgemeines /
 Grundlagen



Ziel:
 Mehrere Unternehmen
 sollen fusioniert werden

Kennzeichen:
 ○ Gesamtrechtsnachfolge (alle Aktiva und Passiva)
 ○ unter Ausschluss der Liquidation
 ○ gegen Anteilsgewährung an die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers

Vor- und Nachteile (Bsp.)

Verschmelzung zur Aufnahme		Verschmelzung zur Neugründung	
+	-	+	-
- Kosten - Steuern (insbes. Verkehrssteuern) - Organisatorische Vorteile	- nur beschränkter Ausschluss des Klagerechts - Völlige Neustrukturierung kann erschwert werden - Satzungsrecht des aufnehmenden Rechtsträgers	- Satzung wird „maßgeschneidert“ - Klage gegen Umtauschverhältnis berühren das Verfahren nicht - keine zusätzliche Kapitalerhöhung	- Steuern

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Verschmelzungs-
fähigkeit

Verschmelzungsfähige
Rechtsträger

- Verschmelzungsfähige Rechtsträger, § 3 UmwG
 - Auch EWIV, da Gleichstellung mit Personengesellschaften
 - auch aufgelöste Rechtsträger
 - jetzt auch die SE und SCE
- Ausgenommen:
 - BGB-Gesellschaft; aber faktische Möglichkeit durch vorherige Eintragung
 - Erbengemeinschaft

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Verschmelzungs-
fähigkeit

Verschmelzungsfähige
Rechtsträger

Rechtsträger in Insolvenz

- Teilnahmemöglichkeit überschuldeter Rechtsträger an Umstrukturierungsmaßnahmen?
 - vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens
 - vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens aber nach Antragsstellung
 - nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens
- Möglichkeit der Restrukturierung: Verschmelzung

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Verschmelzungs-
fähigkeit

Zeitpunkt der
Verschmelzungs-
fähigkeit

Grundsatz (streitig)

- Zeitpunkt der Wirksamkeit der Verschmelzung (Eintragung)

Konsequenz

- Vor-Gesellschaften können an allen für Umwandlung erforderlichen Maßnahmen mitwirken
- Eintragung der Vor-Gesellschaft ins Handelsregister muss aber zumindest eine logische Sekunde vor Eintragung der Verschmelzung erfolgen.

Empfehlung

- Eintragung der Vor-Gesellschaft abwarten oder zumindest
- Abstimmung mit Handelsregister

24

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Ablauf

- Verschmelzungsvertrag
- **Zuleitung an Betriebsrat**
- Verschmelzungsbericht und -prüfung
- Verschmelzungsbeschluss
- **Befristung u. Ausschluss von Klagen**
- Registerverfahren
- **Rechtsfolgen der Verschmelzung**
- **Sicherheitsleistung**
- **Abfindungsangebot**

- Vollmachten

25

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Verschmelzungsvertrag

Problemfelder:

- Folgen für Arbeitnehmer
- Möglichkeit mehrerer Verschmelzungen in einem Vertragswerk?
- Festlegung des Umtauschverhältnisses
- variable Gestaltung von Verschmelzungstichtagen
- Keine Negativklärung im Verschmelzungsvertrag über Sonderrechte bzw. -vorteile
(*OLG Frankfurt a. M. ZIP 2011, 2408*)

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Verschmelzungsvertrag

Problemfelder:

- Nebenabreden
- Form
 - des Vertrages
 - des Vertragsentwurfs
- Auslandsbeurkundung
- Änderungen

A. Verschmelzung

Ablauf des Verschmelzungs- verfahrens

Verschmelzungsvertrag

Auslandsbeurkundung

- Motivation Kostenersparnis
- Keine gesetzliche Regelung
- Zulässigkeit von Auslandsbeurkundungen umstritten
- Gegen die Zulässigkeit der Auslandsbeurkundung spricht:
 - Materielle Richtigkeitsgewähr spricht dafür, dass grds. Beurkundungen im Ausland der Beurkundung vor dem deutschen Notar nicht gleichwertig sind
 - Materielle Richtigkeitsgewähr steht nicht zur Disposition der Parteien
 - Nur deutscher Notar kann den Mitteilungspflichten nach § 54 EStDV genügen → in diesen Fällen keine Gleichwertigkeit der Auslandsbeurkundung (so auch: Heinze, NZG 2017, 371)
- BGH v. 17.12.2013 – II ZB 6 /13, NZG 2014, 219
 - Eine nach dem GmbHG erforderliche Beurkundung kann auch nach dem Inkrafttreten des MoMiG durch einen ausländischen Notar vorgenommen werden, sofern die ausländische Beurkundung der deutschen gleichwertig ist.

28

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des Verschmelzungs- verfahrens

Verschmelzungsvertrag

Auslandsbeurkundung

- AG Charlottenburg 22.01.2016 – 99 AR 9466/15, GWR 2016, 96
 - Keine Gleichwertigkeit einer GmbH-Gründung durch einen Berner Notar ⇒ Eintragung ins HR (-)
 - Schweizer Ortsform nicht ausreichend um die Form des § 2 I 1 GmbHG zu wahren
 - Gleichwertigkeit nur gegeben wenn:
 - ausländisches Verfahrensrecht den tragenden Grundsätze des dt. Beurkundungsrechts entsprechen
 - ausländische Urkundsperson eine Funktion ausübt, die nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben der eines deutschen Notars entspricht

29

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des Verschmelzungs- verfahrens

Verschmelzungsvertrag

Verschmelzungstichtag

Wahl des Verschmelzungstichtages

- Keine gesetzliche Vorgabe (auch zukünftiger Verschmelzungstichtag möglich)
- Orientierung an
 - Gewinnberechtigung der Anteilshaber
 - Schluss des letzten GF des übertragenden RT zur Nutzung des Jahresabschlusses für § 17 Abs. 2 UmwG (Beachte 8-Monatsfrist innerhalb derer Verschm.Stichtag liegen muss)
 - Tag vor dem Abschluss des Verschmelzungsvertrages oder der Fassung der Zustimmungsbeschlüsse
- Aus §§ 87 Abs. 3, 1 Abs. 3 Satz 1 UmwG ergibt sich für Genossenschaften nicht, dass Schlussbilanz bereits bei Beschlussfassung vorliegen muss (LG Kassel v. 20.04.2007 - 13 T 20/06, Rpfleger 2007, 668)
- Zulässigkeit der Minutenabgrenzung und Wahl innerhalb eines Tages umstritten – keine Anerkennung durch FinanzVerw

30

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des Verschmelzungs- verfahrens

Verschmelzungsvertrag

Verschmelzungstichtag

Variabler Verschmelzungstichtag

- Zweck: Verzögerungen bei Eintragung vorbeugen
- Nach ganz h.M. zulässig
- Gegenauffassung lehnt die Verwendung wegen der Möglichkeit einer veränderten Verschmelzungswertrelation ab
- Teilweise wird auch § 17 Abs. 2 UmwG als Hindernis betrachtet
 - Schlussbilanz muss als Anlage bei Anmeldung vorliegen
 - Bei Verwendung var. VerschmStichtages ist Einreichung angepasster Schlussbilanz erforderlich

31

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des Verschmelzungs- verfahrens

Verschmelzungsvertrag

Verschmelzungstichtag

OLG Bremen v. 02.05.2016 – 2 W 23/16

- Verschmelzungstichtag nicht datumsmäßig
- Tag zweifelsfrei bestimmen
- Ausreichend Einstellung Aufhebungsbeschluss in das elektronische Handelsregister
 - Feststellung des Verschmelzungstichtages ohne Einsichtnahme in die Insolvenzakten möglich

A. Verschmelzung

Ablauf des Verschmelzungs- verfahrens

Zeitpunkt der
Gewinnberechtigung

Zeitpunkt der Gewinnberechtigung, § 5 Abs. 1 Nr. 5 UmwG BGH, Urt. v. 04.12.2012 - II ZR 17/12, ZIP 2013, 358

Sachverhalt

Die A-AG beschloss am 29.04.2005 die Zustimmung zur Verschmelzung auf die B-AG, die damals mehr als 75% der Aktien der A-AG hielt. Im Verschmelzungsvertrag war vorgesehen, dass die von der B-AG als Ausgleich zu gewährenden neuen Aktien ab dem 1. 1. 2005 gewinnbezugsberechtigt sein sollten. Abweichend davon sollten die neuen Aktien der B-AG erst nach dem 1. 1. 2006 gewinnberechtigt sein, falls die Verschmelzung erst nach der ordentlichen Hauptversammlung der A-AG im Jahre 2006, die über die Gewinnverwendung für das Geschäftsjahr 2005 beschließt, in das Handelsregister der B-AG eingetragen wird. Die Verschmelzung wurde erst nach der ordentlichen Hauptversammlung 2006 der A-AG in das Handelsregister der B-AG eingetragen. Die Aktionäre der A-AG verlangen nun, so behandelt zu werden, als wenn sie im Zeitpunkt der Ausschüttung der Dividende für 2005 schon Aktionäre der B-AG gewesen wären.

A. Verschmelzung

Ablauf des Verschmelzungs- verfahrens

Zuleitung an den Betriebsrat

Problemfelder:

- Berechnung der Monatsfrist des § 5 Abs. 3 UmwG
- Informationsumfang (Vollständigkeit)
- Folgen eines Verstoßes gegen die Zuleitungspflicht
 - Verstoß gibt keine Klagebefugnis
 - Nichteintragung
- Möglichkeit des Verzichts auf Informationen?

34

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des Verschmelzungs- verfahrens

Zeitpunkt der Gewinnberechtigung

Zeitpunkt der Gewinnberechtigung, § 5 Abs. 1 Nr. 5 UmwG BGH, Urt. v. 04.12.2012 - II ZR 17/12, ZIP 2013, 358

Entscheidung

- Rechtmäßigkeit einer Klausel, wonach sich Beginn der Gewinnberechtigung um ein Jahr verschiebt, sofern Verschmelzung nicht bis zur nächsten turnusmäßigen Beschlussfassung über die Gewinnverteilung beim übertragenden Rechtsträger ins Handelsregister des übernehmenden Rechtsträgers eingetragen worden ist
 - Keine unangemessene Benachteiligung der Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers
- **Variabler** Zeitpunkt der Gewinnberechtigung, ist empfehlenswert, wenn aufgrund Anfechtungsklagen mit erheblichen Eintragungsverzögerungen zu rechnen ist

35

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des Verschmelzungs- verfahrens

Verschmelzungs- bericht u. -prüfung

Problemfelder:

- Informationstiefe des Verschmelzungsberichts
 - keine Angaben über Ausgleichszahlungen
 - kein detaillierter Synergiefahrplan
- Kompensation von Informationsdefiziten
- Verschmelzungsprüfer = Abschlussprüfer
- Verschmelzungsprüfer = Sachverständiger im Spruchstellenverfahren (*zulässig lt. LG Mannheim v. 25.02.2002, 23 AktE 1/97*)
- Pauschalangaben unzulässig
- Möglichkeit der Plausibilitätskontrolle ausreichend
- Verzichtsmöglichkeiten prüfen

36

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des Verschmelzungs- verfahrens

Verschmelzungs- bericht u. -prüfung

Parallelität zwischen Verschmelzungsprüfung und Erstellung des Verschmelzungsberichts

- keine Bedenken gegen (teilweise) zeitgleiche Vornahme der Prüfung durch Sachverständige und Erstellung des Verschmelzungsberichts
- keine Pflicht des Verschmelzungsprüfers, eigenständige unabhängige Bewertungsprüfung vorzunehmen;
- Verschmelzungsbericht und –prüfbericht ergänzen einander
⇒ Tatsachen, Zahlen, Erläuterungen, die bereits im Verschmelzungsbericht nachvollziehbar enthalten sind, müssen nicht im Prüfbericht enthalten sein.

Hanseat. OLG Hamburg v. 01.02.2008, 11 U 288/05 (n. v.)

37

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Verschmelzungs-
bericht u. -prüfung

Anforderungen hinsichtlich der Auswirkungen auf Abfindungsansprüche aus Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag

Verschmelzungsbericht genügt auch dann den Anforderungen des § 8 Abs. 1 UmwG, wenn er bei einer umstrittenen Rechtslage die Risiken, die den Anteilshabern aus einer Verschmelzung drohen, anschaulich und transparent beschreibt.

OLG Saarbrücken, Beschl. v. 7.12.2010, 4 AktG 476/10-144

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Verschmelzungs-
bericht u. -prüfung

Erfordernis der Unterzeichnung des Berichts?

- Unterzeichnung des Verschmelzungsberichtes durch alle Vorstandsmitglieder keine Voraussetzung für Wirksamkeit des Berichts.
- Wortlaut und Normzweck von § 8 Abs. 1 S.1 UmwG fordern lediglich die schriftliche Abfassung, aber keine Unterzeichnung.
- § 126 Abs. 1 BGB ist auf den Verschmelzungsbericht nicht anwendbar.

KG v. 25.10.2004, 23 U 234/03, DB 2004, 2746.

- Frage der Unterzeichnung vom BGH offengelassen
- Tendenz: wohl keine Unterzeichnung erforderlich.

BGH v. 21.5.2007, II ZR 266/04, DB 2007, 1858.

A. Verschmelzung **Nachberichtspflicht**

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Verschmelzungs-
bericht

Änderung durch das
Dritte Gesetz zur
Änderung des UmwG

➤ **Bisher:**

- Nachberichterstattung nur für Spaltungen unter Beteiligung von Aktiengesellschaften vorgesehen, § 143 UmwG
- bisher wird teilweise ein derartiger Bericht im Rahmen der Erläuterung nach § 64 UmwG für erforderlich erachtet

➤ **Neuregelung:**

- Nachberichterstattung für Umwandlungsmaßnahmen aller Rechtsträger
- Pflicht auch gegenüber Vertretungsorganen anderer beteiligter Rechtsträger

40

13.10.2017

A. Verschmelzung **Nachberichtspflicht**

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Verschmelzungs-
bericht

Änderung durch das
Dritte Gesetz zur
Änderung des UmwG

- Form des Nachberichts: schriftliche Form ratsam
- Adressat des Nachberichts: Hauptversammlung, nicht Aktionäre
- Zeitpunkt der Unterrichtung: Hauptversammlung, keine Vorabinformation
- Erstreckung auch auf den Formwechsel?

41

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Verschmelzungs-
bericht

Änderung durch das
Dritte Gesetz zur
Änderung des UmwG

42

13.10.2017

Nachberichtspflicht

➤ Offene Fragen:

- Wann liegen wesentliche Vermögensänderungen vor?
 - Wertschwankungen des gesamten Vermögens mit Auswirkung auf Umtauschverhältnis
 - Schranken? § 8 Abs. 2 UmwG
- Konsequenzen wesentlicher Vermögensänderungen
 - unter Umständen Neuberechnung des Umtauschverhältnisses
 - Nachtrag zum Verschmelzungs-/Spaltungsvertrag
 - erneute Einhaltung aller Einberufungsformalitäten und Berichtspflichten

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Verschmelzungs-
bericht

Änderung durch das
Dritte Gesetz zur
Änderung des UmwG

43

13.10.2017

Nachberichtspflicht

➤ Offene Fragen:

- Verzicht auf die Nachberichterstattung, § 64 Abs. 1 UmwG n.F.
 - kann wohl konkludent in Verzicht auf Verschmelzungsbericht gesehen werden
 - ausdrückliche Klarstellung dennoch ratsam
 - Erklärung zu notarieller Urkunde

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Verschmelzungs-
bericht

Änderung durch das
Dritte Gesetz zur
Änderung des UmwG

Nachberichtspflicht

➤ Konsequenz einer Beschränkung der Nachberichtspflicht auf Aktiengesellschaften:

- keine analoge Anwendung der Neuregelung und des § 143 UmwG auf andere Umwandlungsvorgänge
- **Aber:** Trotzdem wohl nach h.M. Erläuterungspflicht der Vertretungsorgane in der Anteilseignerversammlung?

44

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Beschlussfassung zur
Verschmelzung

Problemfelder:

- Einberufung (Tag, Ort, Einladungsfrist)
- Beschlussmehrheit
- Ausnahmen vom Beschlusserfordernis
- Auslegung
- Beschlussgegenstand
 - Änderungen / Ergänzungen?
- Beteiligung von Anteilseignern bei Kettenverschmelzungen
- Stellvertretung
- Stimmverbote
- kein generelles Zustimmungsverbot bei Verschlechterung der Rechtsstellung
- Schlussbilanz
- Kosten

45

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des Verschmelzungs- verfahrens

Beschlussfassung zur Verschmelzung

Ausnahmen vom Beschlussfordernis

Fallbeispiel:

Die A-AG erwirbt aufschiebend bedingt auf den 01.08.2014 100 % der Anteile an der B-GmbH. Sie fragt, ob sie von den Erleichterungen des § 62 Abs. 4 UmwG für eine beabsichtigte Verschmelzung Gebrauch machen kann.

46

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des Verschmelzungs- verfahrens

Beschlussfassung zur Verschmelzung

Ausnahmen vom Beschlussfordernis

Ausnahmen

- Kein Beschlussfordernis der übernehmenden AG zur Aufnahme der übertragenden Gesellschaft bei 9/10-Beteiligung an übertragender Gesellschaft, §§ 62 Abs. 1 S. 1, 78 UmwG
 - Ausnahme: Einberufungsverlangen von Aktionären mit 5%-Anteil am Grundkapital, §§ 62 Abs. 2 S. 1, 78 UmwG
- Kein Beschlussfordernis bei übertragender Kapitalgesellschaft als 100%iger Tochter der übernehmenden AG, § 62 Abs. 4 UmwG
 - ⇒ Problembereiche:
 - Wann muss 100% Anteilsbesitz vorliegen
 - Unmittelbarer Direktbesitz

47

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Beschlussfassung zur
Verschmelzung

Ausnahmen vom
Beschlusserfordernis

Ausnahmen

- Verschmelzung auf den Alleingesellschafter
- Kein Verschmelzungsbeschluss der Anteilsinhaber der übertragenden 100%igen Tochter bei grenzüberschreitender Verschmelzung, § 122g Abs. 2 UmwG
- Beschluss als Gegenstand eines Insolvenzplans

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Befristung und
Ausschluss von Klagen

Spruchverfahren

- einziger Rechtsbehelf zur Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung
- gesetzliche Grundlage: Spruchverfahrensgesetz (seit 01.09.2003)
 - für bis zum 01.09.2003 gestellte Anträge gelten (alte) Regelungen des UmwG, §§ 305 ff.

Einschränkungen des Anwendungsbereichs:

- nur für Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers
- nicht einschlägig, soweit Informationsmängel bezüglich der Berechnungsgrundlagen gerügt werden

A. Verschmelzung

Ablauf des Verschmelzungs- verfahrens

Befristung und Ausschluss von Klagen

Beschlussverfahren

Beschlussverfahren nach § 16 Abs. 3 UmwG:

Eintragung der Verschmelzung trotz anhängiger Anfechtungsklage möglich, wenn das zuständige Prozessgericht durch Beschluss feststellt, dass die Erhebung der Klage der Eintragung nicht entgegensteht.

Voraussetzungen (alternativ)

- Unzulässigkeit der Klage
- Offensichtliche Unbegründetheit
- Mindestquorum von 1.000 €
- Vorrangiges Vollzugsinteresse
- Rechtsmissbräuchlichkeit

50

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des Verschmelzungs- verfahrens

Befristung und Ausschluss von Klagen

Beschlussverfahren

Offensichtliche Unbegründetheit, § 16 Abs. 3 S. 3 Nr. 1

- Unbegründetheit muss schon bei cursorischer Prüfung der Rechtslage und ohne Erörterung schwieriger Rechtsprobleme offen zu Tage treten;
- Rechtsproblem muss höchstrichterlich entschieden oder sonst geklärt sein.

*LG Darmstadt v. 29.11.2005, 12 O 491/05, AG 2006, 128 (n. rkr.);
OLG München v. 17.02.2005, 23 W 2406/04, DB 2005, 1731;
OLG Frankfurt v. 22.08.2000, 14 W 23/00, ZIP 2000, 1928.*

51

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des Verschmelzungs- verfahrens

Befristung und Ausschluss von Klagen

Beschlussverfahren

Offensichtliche Unbegründetheit, § 16 Abs. 3 S. 3 Nr. 1

- unter Bedingungen des Eilverfahrens muss sich Unbegründetheit mit hoher Sicherheit vorhersagen lassen
- voraussichtliche Entscheidung von Berufungs- und Revisionsinstanz ist in Betrachtung mit einzubeziehen
- auf Prüfungsaufwand kommt es nicht an

OLG Jena v. 05.11.2008 - 6 W 288/08, NJW-RR 2009, 182;
OLG Frankfurt a. M. v. 19.06.2009, 5 W 6/09, NZG 2009, 1183;
KG v. 9.6.2008, 2 W 101/07, AG 2009, 30;
Schleswig-Holstein. OLG v. 15.10.2007, 5 W 50/07, AG 2008, 39;
OLG Frankfurt a. M. v. 08.02.2006, 12 W 185/05, ZIP 2006, 370.

A. Verschmelzung

Ablauf des Verschmelzungs- verfahrens

Befristung und Ausschluss von Klagen

Beschlussverfahren

Mindestquorum von 1.000 €, § 16 Abs. 3 S. 3 Nr. 2

- durch ARUG eingeführt
- Freigabebeschluss kann ergehen, wenn Kläger nicht innerhalb einer Woche nach Zustellung des Antrags durch Urkunden nachweisen, dass sie seit Bekanntmachung der Einberufung einen anteiligen Betrag von mind. 1.000 € halten
- Hintergrund:
 - nur Aktionäre mit ökonomisch sinnvoller Beteiligung sollen Kassationsmöglichkeit haben
 - Verkürzung der Verfahrensdauer durch Verminderung der Anzahl der Kläger
- *OLG Stuttgart ZIP 2009, 2337 (zu § 319 Abs. 6 S. 3 Nr. 2 AktG):* Regelung ist verfassungsrechtlich unbedenklich
- keine Anwendung auf Verfahren, die bereits vor dem 01.09.2009 anhängig waren, § 321 Abs. 2 UmwG n. F.

A. Verschmelzung

Vorrangiges Vollzugsinteresse, § 16 Abs. 3 S. 3 Nr. 3

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Befristung und
Ausschluss von Klagen

Beschlussverfahren

- durch ARUG neu formuliert und präzisiert
 - Neufassung stellt klar, dass
 - nur wirtschaftliche Interessen abzuwägen sind
 - Schwere des Rechtsverstoßes außerhalb der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist
 - Gesellschaft muss ihr Interesse an Eilentscheidung auch durch zügiges Betreiben des Verfahrens glaubhaft machen (OLG München v. 04.11.2009, 7 A 2/09, AG 2010, 160; wohl a. A. KG v. 12.03.2010 – 14 AktG 109, AG 2010, 497)
- ⇒ weder § 246a AktG noch § 16 UmwG sehen eine Frist vor, innerhalb derer der Freigabeantrag gestellt werden muss

54

13.10.2017

A. Verschmelzung

Zentrales Problemfeld:

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Registerverfahren

- Stichtag der Schlussbilanz darf nicht länger als 8 Monate vor der Anmeldung liegen.
- Ist eine unvollständige Anmeldung fristgerecht im Sinne des § 17 Abs. 2 UmwG?

- Nein → Zurückweisung
- Ja → Zwischenverfügung

55

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des Verschmelzungs- verfahrens

Registerverfahren

Vollständigkeit der Anmeldung:

- Zumindest Verschmelzungsbeschluss und Verschmelzungsvertrag müssen beigelegt sein (streitig)
- Im Übrigen streitig
 - Anlagen, insbesondere Schlussbilanz, können nachgereicht werden (*Schleswig-Holstein. OLG v. 11.4.2007, 2 W 58/07, NJOZ 2007, 4726; Thüringer OLG v. 21.10.2002, 6 W 534/02, NZG 2003, 43*)
 - Verschmelzungsvertrag muss Angaben zu § 5 Abs. 1 Nr. 2-5 UmwG enthalten (*OLG Hamm v. 3.8.2004, 15 W 236/04, NJW-RR 2004, 1556; KG v. 22.9.1998, 1 W 4387/97, WM 1999, 323*)
 - Unzureichende Bezeichnung der beteiligten Rechtsträger kann durch Klarstellung korrigiert werden (*OLG Hamm v. 19.12.2005, 15 W 377/05, RNotZ 2006, 127 für Kettenverschmelzung*)
 - Anmeldung per Fax nicht ausreichend, da Form des § 12 HGB nicht gewahrt ist (*Schleswig-Holstein. OLG v. 11.4.2007, 2 W 58/07, NJOZ 2007, 4726; a. A. Thüringer OLG v. 21.10.2002, 6 W 534/02, NZG 2003, 43*)

56

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des Verschmelzungs- verfahrens

Registerverfahren

Vollständigkeit der Anmeldung:

- Es können sämtliche Unterlagen nachgereicht werden, so lange nur eine formgerechte Anmeldung eingeht.
- sogar verfristete Anmeldung kann geheilt werden
- ggf. muss neue Zwischenbilanz aufgestellt und Verschmelzungsstichtag geändert werden

OLG Schleswig v. 11.4.2007, 2 W 58/07, NJOZ 2007, 4726

57

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des Verschmelzungs- verfahrens

Registerverfahren

Weitere Problemfelder

- Glaubhaftmachung der Behauptung, es sei kein Betriebsrat vorhanden
- Anforderungen an die Schlussbilanz (Anhang, Unterzeichnung)
- Entschmelzung
- EHUG und Störungen bei der Übermittlung der Unterlagen an das Handelsregister

58

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des Verschmelzungs- verfahrens

Rechtsfolgen der Verschmelzung

Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge

Umfang:

- Gesamtrechtsnachfolge erfasst sämtliche Sachen, Rechte, Rechtsverhältnisse, alle Aktiva und Passiva und auch die nicht bilanzierten Vermögensgegenstände
⇒ **Erhalt als Einheit + Übergang auf den übernehmenden Rechtsträger**
- Einzelübertragung nach allgem. Sachenrecht wird den Bedürfnissen der Praxis nicht gerecht
⇒ Gesamtrechtsnachfolge als Abkehr von dem Spezialitätsgrundsatz

59

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

Inhalt und Umfang der Gesamtrechtsnachfolge

Gesamtrechtsnachfolge im deutschen Recht:

- § 1922 BGB
- §§ 2, 20 UmwG
- Anwachsung § 738 BGB

-
- vgl. Identitätswahrung beim Formwechsel ⇒ gleiches Ziel

Die Gesamtrechtsnachfolge im Todesfall hat eine andere Ausgangslage

60

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

Inhalt und Umfang der Gesamtrechtsnachfolge

Ziel der Gesamtrechtsnachfolge:

- Verbesserung Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen
- Flexibilisierung der Unternehmensgestaltung
⇒ Gesamtrechtsnachfolge erfasst auch grds.
zustimmungspflichtige Rechtsverhältnisse unter bewusster
Inkaufnahme der Nachteile für Dritte ⇒ Kompensation
⇒ § 22 UmwG ⇒ Nachfolge in alle Vermögenspositionen
⇒ Ausnahmeregelung z.B. § 77a GenG

Grenze der Universalsukzession ⇒ ausländische Rechtsordnungen
⇒ Übertragbarkeit ist gesetzlich
ausgeschlossen

61

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

Die Aufschlüsselung einzelner Problemfelder anhand von Beispielen

1. Die sog. Vertrauenspositionen
 - a) Der Wohnungsverwalter
 - b) Der Testamentsvollstrecker
2. Öffentlich-rechtliche Erlaubnisse/Erlaubnis
3. Mitgliedschaften
4. Beteiligung an Personengesellschaften
5. Erledigung von Rechtsmitteln infolge Verschmelzung
6. Übergang der Haftung für Ordnungswidrigkeiten
7. Forderungsübergang trotz Abtretungsverbot

62

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

Gesamtrechtsnachfolge in die Person des Wohnsverwalters

BGH, Urt. v. 21.02.2014 – V ZR 164/13, NZG 2014, 637

- Wurde der Verwaltervertrag mit einer juristischen Person geschlossen, so handelt es sich jedenfalls in diesem Fall nicht um ein höchstpersönliches Rechtsverhältnis
- Bei der Verschmelzung von juristischen Personen gehen daher, im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nach § 20, der Verwaltervertrag und das Amt über.
- Auf ein persönliches Vertrauensverhältnis als Übertragungshindernis im Zuge der Gesamtrechtsnachfolge kann nicht abgestellt werden.

63

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

Gesamtrechtsnachfolge in die Person des Wohnungsverwalters

OLG München v. 31.01.2014 – 34 Wx 469/13, GWR 2014, 238

Sachverhalt

Im Rahmen der Veräußerung eines Teileigentums einer Wohnungseigentumsanlage beanstandete das Grundbuchamt, dass die nach der Teilungserklärung erforderliche Zustimmung des Wohnungseigentumsverwalters nicht vorgelegt worden sei. Der Verwalter, der die Zustimmung erteilt habe, sei nicht zuständig gewesen, da er seine Verwalterstellung durch eine Abspaltung vom früheren WEG-Verwalter ausweislich einer notariellen Bescheinigung erlangt habe. Das Grundbuchamt war der Auffassung, dass die Stellung als Wohnungsverwalter im Rahmen einer Abspaltung nicht übertragen werden könne. Die Vorinstanzen sind dieser Auffassung des Grundbuchamts gefolgt.

64

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

Gesamtrechtsnachfolge in die Person des Wohnungsverwalters

OLG München v. 31.01.2014 – 34 Wx 469/13, GWR 2014, 238

Entscheidung

1. Das Amt des Wohnungsverwalters geht im Rahmen einer Abspaltung zur Aufnahme nicht auf einen anderen Rechtsträger über.
2. Wird im Rahmen einer Abspaltung das Amt des Wohnungsverwalters auf einen anderen Rechtsträger übertragen, so erlischt die Verwalterstellung nicht, sondern verbleibt beim Ausgangsrechtsträger als bisherigem Verwalter.

65

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

Gesamtrechtsnachfolge in Mitgliedschaften

Fallbeispiel:

Die B-GmbH ist Mitglied eines Vereins, der über erhebliches Vermögen verfügt. Die B-GmbH wird auf die C-GmbH verschmolzen. Als man auf der nächsten Mitgliederversammlung erscheint, erklärt der Vereinsvorstand, die Mitgliedschaft sei erloschen und verwehrt den Zutritt zur Versammlung. Ist dies rechtens?

66

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

Gesamtrechtsnachfolge in Mitgliedschaften

a) Ausgangslage

- Mitgliedschaften des übernehmenden Rechtsträgers werden nicht berührt
- Schicksal der Mitgliedschaften des übertragenden Rechtsträgers hängen von der Rechtsform des Zusammenschlusses ab, an dem die Beteiligung besteht

b) Mitgliedschaften in Vereinen

aa) Streitstand

h.M.: Mitgliedschaft in einem Verein nicht übertragbar und nicht vererblich

⇒ deshalb auch keine Gesamtrechtsnachfolge nach UmwG

67

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

Gesamtrechtsnachfolge in Mitgliedschaften

b) Mitgliedschaften in Vereinen

bb) Stellungnahme

- § 38 BGB direkt
- § 38 BGB analog
- konkludente Abdingung des § 38 BGB
- Höchstpersönlichkeit
- § 77a GenG
- Formwechsel und Anwachsung

cc) Fazit

- Gesamtrechtsnachfolge grds. (+)
- wenn auch jur. Personen als Mitglieder mögl. > Gesamtrechtsnachfolge nicht angemessen

68

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

Beteiligungen an Personengesellschaften

Fallbeispiel:

Die B-GmbH hält eine Beteiligung an der X-OHG. Geht diese bei einer Verschmelzung der B-GmbH auf ihre Muttergesellschaft, die Y-AG, über? Wie ist es bei einer GbR?

69

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

70

Beteiligungen an Personengesellschaften

a) Ausgangslage

- Übergang der Beteiligung des Kommanditist als übertragenden Rechtsträger
- Fraglich: Übergang der Beteiligung des übertragenden Rechtsträgers an Personengesellschaften?

b) Für die Gesamtrechtsnachfolge in die Beteiligung an einer GbR wird im Einzelnen vertreten

aa) Streitstand

- § 727 Abs. 1 BGB: Beteiligung geht nicht über, wenn Übergang nicht im Gesellschaftsvertrag geregelt
- § 727 Abs. 1 BGB analog: Beteiligung geht über, wird aber zur Mitgliedschaft an einer Liquidationsgesellschaft
- Unterscheidung nach Rechtsform des aufnehmenden Rechtsträgers

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

71

Beteiligungen an Personengesellschaften

bb) Stellungnahme

- keine vergleichbare Interessenlage für analoge Anwendung des § 727 S. 1 BGB
- Gesellschafterinteressen bei Übergang ausreichend gewahrt
- Vergleich mit Formwechsel und Anwachsung
- m. E. dann kein Übergang, wenn ausdrücklich geregelt
⇒ Gesichtspunkt muss bei Vertragsgestaltung beachtet werden

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

72

Beteiligungen an Personengesellschaften

c) Für die Gesamtrechtsnachfolge in die Beteiligung als
Komplementär/ OHG-Gesellschaft wird im Einzelnen vertreten

aa) Streitstand

- § 131 Abs. 3 Nr.1 HGB entsprechend
- Gesellschaftsvertrag
- Wille der Gesellschafter

bb) Stellungnahme

- keine planwidrige Regelungslücke: Interessenlage bei Tod eines Gesellschafters und bei Verschmelzung nicht vergleichbar da beteiligte Rechtsträger keine natürliche Personen sind
- Interessen der Gesellschafter ausreichend gewahrt, §§ 133, 140 HGB

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

73

Beteiligungen an Personengesellschaften

d) Ergebnis

- sämtliche Mitgliedschaften des übertragenden Rechtsträgers gehen im Wege der Universalsukzession nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auf den übernehmenden Rechtsträger über
- rechtgeschäftlicher Ausschluss im Gesellschaftsvertrag möglich und dort notwendig, wo diese Rechtsfolge von den Gesellschaftern gerade nicht gewollt ist

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

Öffentlich-rechtliche Rechtspositionen

Fallbeispiel:

Der A-GmbH war ein telekommunikationsrechtliches Wegerecht zusammen mit einer Lizenz nach TKG 1996 durch Bescheid eingeräumt wurden. Nachdem die A infolge der Verschmelzung auf die B-GmbH erloschen, und somit der Adressat des Bescheides nicht mehr existent ist, stellt sich nunmehr die Frage, ob das der A eingeräumte Recht im Zuge der Verschmelzung auf die B übergehen konnte.

(nach VG Köln v. 27.10.2011 - 1 K 8589/09, BeckRS 2012, 47221)

74

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

Öffentlich-rechtliche Rechtspositionen

a) Ausgangslage

Werden öffentlich-rechtliche Rechtspositionen durch die Umstrukturierungen beeinflusst und wenn ja, inwieweit?

- öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse grds. erfasst
- höchstpersönliche Rechtspositionen gehen nicht über
- BVerwG: „Höchstpersönlich ist aber nur eine Rechtsbeziehung, die sich nicht von der Person des Trägers lösen lässt und sich in diesem persönlichen Bezug erschöpft [...]. Derartige, auf eine Person fixierte Rechtsverhältnisse kommen im Regelfall nur bei natürlichen Personen in Betracht.“
- Reg.Begr. zur Aufhebung des § 132 UmwG a.F.: „...von der Gesamtrechtsnachfolge [bleiben] nur höchstpersönliche Rechten und Pflichten ausgenommen...“

75

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

Öffentlich-rechtliche Rechtspositionen

b) Ausnahmen für „personalbezogene Erlaubnisse/Genehmigungen“?

- sachbezogene Genehmigungen gehen über
- Nehmen Personalgenehmigungen, deren Erteilung an Eigenschaften einer Person anknüpft, an der Gesamtrechtsnachfolge teil?

76

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

Öffentlich-rechtliche Rechtspositionen

b) Ausnahmen für „personalbezogene Erlaubnisse/Genehmigungen“?

Vorüberlegungen:

- Verhältnis des UmwG zu öffentl.-rechtl. Vorschriften: weitgehend ungeklärt
- kein Primat des öffentlichen Rechts, aber §§ 168, 202, 300 ff. UmwG
- Bundesgesetzgebungskompetenz kraft Sachzusammenhang, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG
- Art. 9 Abs. 1, 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG
- öffentl.-rechtl. Gesamtrechtsnachfolgeregelungen (§ 4 Abs. 3 EnwG, § 4 Abs. 3 BBodSchG); andererseits z.B. § 3 Abs. 1 GükG unergiebig
- öffentl.-rechtl. nicht personalbezogene Rechtspositionen und Verpflichtungen sollen übergehen
- **Interessengegensätze bestehen**

77

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

Öffentlich-rechtliche Rechtspositionen

c) Streitstand

Überwiegend werden personenbezogene öffentlich-rechtliche Rechtspositionen von der Gesamtrechtsnachfolge ausgenommen

aa. Rechtsprechung

- Erledigung iSv. § 43 Abs. 2 VwVfZG „auf andere Weise“
- als höchstpersönliches Recht einer Rechtsnachfolge nicht zugänglich
- gewerberechtliche Gesichtspunkte vorrangig
- ähnliche Rechtspositionen in Vergabeverfahren

bb. Auffassung der Verwaltung

- Tod einer natürlichen und Erlöschen einer juristischen Person bringen Erlaubnis zum Erlöschen

78

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

Öffentlich-rechtliche Rechtspositionen

d) Auffassungen in der Literatur

- Erledigen/Erlöschen bei Auflösung des Erlaubnisträgers
- Neuerteilung wenn der Konzessionsträger weiter bei der Übernehmerin tätig ist
- Gefahr des „Leerlaufens“ personenbezogener Genehmigungsvoraussetzungen
- Möglichkeit des Widerrufs / der Rücknahme reichen nicht aus
- materiell-rechtlicher Inhalt des Erlaubnisvorbehalts maßgeblich

vermittelnde Auffassungen:

- Erlaubnisträger erhält entsprechende Rechtstellung bei Übernehmerin
- Genehmigungsnatur und Genehmigungsvoraussetzungen
- analoge Anwendung von sog. Hinterbliebenenregelungen

79

13.10.2017

A. Verschmelzung Öffentlich-rechtliche Rechtspositionen

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

e) Stellungnahme – Argumente für die umfassende Einbeziehung öffentlich-rechtlicher Rechtspositionen in die umwandlungsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge

aa. Wortlaut des Gesetzes

- § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG
- § 45 Abs. 1 Hs. 2 UmwG
- § 14 a VAG

bb. „Keine höchstpersönlichen Rechtspositionen“

- höchstpersönliche Rechte können nur natürlichen Personen zustehen

80

13.10.2017

A. Verschmelzung Öffentlich-rechtliche Rechtspositionen

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

e) Stellungnahme – Argumente für die umfassende Einbeziehung öffentlich-rechtlicher Rechtspositionen in die umwandlungsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge

cc. Ratio des UmwG und der öffentlich-rechtlichen Normen

- Verlust personenbezogener Erlaubnisse als „Verschmelzungsbremse“
- Verlust nur ultima ratio
- Rücknahme und Widerruf
- kein Rückschluss aus Regelungen zur Nachfolge bzw. Ausschluss dieser

dd. Tod und andere Veränderungen beim Erlaubnisträger

- gewerberechtliche Hinterbliebenenprivilegien – Erstrechtschluss, wenn die Genehmigung bei Tod bestehen bleibt

81

13.10.2017 gesetzliche Wertung

A. Verschmelzung Öffentlich-rechtliche Rechtspositionen

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

ee) Verhältnismäßigkeit

- Reaktion durch Widerruf/Rücknahme über §§ 48, 49 VwVfZG i.V.m. den Fachgesetzen möglich
- Anzeigepflicht ausreichend
- Kenntnis der Behörde unproblematisch, da Umwandlung öffentlich
- Interesse der Übernehmerin an der Einhaltung materieller und personeller Genehmigungsvoraussetzungen
- System wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Eröffnungs- und Ausübungskontrolle und gesetzliche Wertung
 - nachträglicher Wegfall der Genehmigungsvoraussetzungen führt erst i.R.d. Ausübungskontrolle zum Wegfall der Genehmigung
 - vgl. Schrifttum zum Vergaberecht: Umwandlungen des Bieters haben nicht dessen Ausscheiden zur Folge

82

13.10.2017

A. Verschmelzung Öffentlich-rechtliche Rechtspositionen

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

ff) Vergleich mit Formwechsel und Anwachsung

- personenbezogene öffentlich-rechtliche Rechtspositionen gehen über
- Art. 3 Abs.1 GG

gg) Fazit

- Gesamtrechtsnachfolge (+) auch bei sog. Vertrauensstellungen
 - Anders nur bei ausdrücklicher Regelung in Vereins- oder Gesellschaftersatzungen
- Separate Erfassung von Wohnungsverwaltungen
- WEG-Verwaltung nicht in Rechtsform Einzelkaufmann führen
- Höchstpersönliche Rechtspositionen nur bei natürliche Personen

83

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

Grundsatz: Heilung von Verschmelzungsmängeln

Beispiele:

- Fehler des Verschmelzungsvertrages
- Verfahrensfehler, z.B. Verstoß gegen § 16 Abs. 2 UmwG
- Falsche Eintragsreihenfolge
- Verstoß gegen § 181 BGB
- Benachteiligung von Minderheitsaktionären

Ausnahme

- Verstoß gegen zwingende Vorschriften des Gesetzes und öffentliches Interesse an Beseitigung (wohl eher theoretischer Natur)

Problembereich: Auslandsvermögen

- vorsorglich Einzelübertragungsklausel aufnehmen

84

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

Übergang der Haftung für Ordnungswidrigkeiten

EuGH Urt.v. 05.03.2015 – Rs. C-343/13 – ECLI:EU:C2015:146
„MCH/ACT“

- Gesamtrechtsnachfolge = Übergang des gesamten Aktiv- und Passivvermögens
- Teil des Passivvermögens können auch Geldbußen sein
 - gilt unstreitig für Geldbußen die bereits verhängt aber noch nicht beglichen wurden sind.
 - Nach Auffassung des EuGH gehen auch Geldbußen über, die erst nach der Verschmelzung festgesetzt werden, aber vor der Verschmelzung begangene Zuwiderhandlungen ahnden.

85

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

Abtretungsverbot

BGH v. 22.9.2016 - VII ZR 298/14, ZIP 2016, 2015

Sachverhalt:

- D.GmbH und Besteller Vereinbarung Werkvertrag
- Mit rechtsgeschäftliches Abtretungsverbot
- D.GmbH Verschmelzung auf R.GmbH
- R.GmbH verlangt Werklohnzahlung
- Besteller: kein Übergang Anspruch wegen Abtretungsverbot nicht auf R.GmbH

**Problem: Wirkung von Abtretungsverboten auf die totale
Universalsukzession gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG**

- § 399 Alt. 2 BGB (-), weil keine Abtretung (allg. A.).
- Aber: § 412 BGB anwendbar (P1: Anwendbar auf
Universalsukzession; P2: „kraft Gesetzes“)?

86

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

Abtretungsverbot

BGH v. 22.9.2016 - VII ZR 298/14, ZIP 2016, 2015

Entscheidung:

- Keine Wirkung von rechtsgeschäftlichen Abtretungsverboten in Umwandlungsfällen
 - § 399 Alt. 2 BGB setzt rechtsgeschäftlichen Einzelakt voraus
 - Gesamtrechtsnachfolge gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG unmittelbar kraft gesetzlicher Anordnung
 - Aufhebung von § 132 UmwG mit Wirkung zum 25.04.2007. Beschränkungen betreffend Einzelrechtsnachfolge gelten im Umwandlungsrecht nicht

**Übertragbarkeit der Entscheidung auf die partielle
Universalsukzession (§ 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG): (+)**

87

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

Konsequenzen für die Gestaltungspraxis

a) Ersatz für wirkungslose Vinkulierungsklauseln

- Gestaltungspraxis: Reaktion mit Einziehungs-, Ausschluss- oder Auflösungsklauseln

b) Ersatz für wirkungslose Abtretungsverbote

- Gestaltungspraxis: Reaktion mit Kündigungsklauseln für den Fall, dass sich eine Umwandlung auf den geschlossenen Vertrag auswirkt

c) Formulierungsbeispiele

- Siehe Tagungsband

88

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

Erledigung eines Rechtsmittels infolge der Verschmelzung BGH v. 27.1.2015 – II ZB 7/14, NZG 2015, 438

Sachverhalt:

- Streitgegenstand gesetzliche Besetzung des Aufsichtsrates einer GmbH
- Vorinstanz: Aufsichtsrat nach den Regeln des Gesetzes über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat zu besetzen
- Beschwerde erfolglos
- Nach Einlegung Rechtsbeschwerde die Rechtsvorgängerin der Ag. durch Aufnahme auf die Ag. verschmolzen

89

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Rechtsfolgen der
Verschmelzung

Erledigung eines Rechtsmittels infolge der Verschmelzung

BGH v. 27.1.2015 – II ZB 7/14, NZG 2015, 438

Entscheidung:

- Rechtsbeschwerde kein Erfolg
- Erledigung der Rs. durch Eintragung der Verschmelzung ins HR
 - mit Erledigung entfällt Rechtsschutzbedürfnis
 - mit Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers endet die Organstellung des Aufsichtsrates
 - mit dem Wegfall des Organs entfällt auch der Verfahrensgegenstand des Statusverfahrens

90

13.10.2017

A. Verschmelzung

Ablauf des
Verschmelzungs-
verfahrens

Abfindungsangebot

- bei Mischverschmelzungen den Anteilseignern des übertragenden Rechtsträgers anzubieten
- Neuregelung durch Zweites Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes:
Abfindungsangebot muss jetzt auch bei Verschmelzung von börsennotierter AG auf nicht börsennotierte AG unterbreitet werden
- Bei börsennotierten Unternehmen muss durchschnittlicher Börsenkurs im relevanten Zeitraum von ca. 3 Monaten (vor der Bekanntmachung einer Strukturmaßnahme) Berücksichtigung finden (*BGH DB 2010, 1693 – Stollwerck*).
- Vinkulierungsklauseln beim aufnehmenden Rechtsträger
- Folge bei Annahme: Ausscheiden aus Gesellschaft, Verlust der Antragsberechtigung zum Spruchstellenverfahren

91

13.10.2017

A. Verschmelzung Ausgangslage

Besonderheiten bei
Verschmelzung von
Personen-
gesellschaften

Pflicht zur
Anteilsgewährung

- § 2 UmwG: „gegen Gewährung von Anteilen“
- § 5 Abs. 1 Nr. 2 UmwG:
„gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften“
- § 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG:
Anteilshaber der übertragenden Rechtsträger →
Anteilshaber des übernehmenden Rechtsträgers

92

13.10.2017

A. Verschmelzung Ausnahmen

Besonderheiten bei
Verschmelzung von
Personen-
gesellschaften

Pflicht zur
Anteilsgewährung

- Verbot der Mehrfachbeteiligung
 - Nur Erhöhung der Pflichteinlage
 - Oder Erhöhung der Privatkonten ausreichend?
- Verschmelzung GmbH & Co. KG auf KG
 - Verzicht nach §§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG?
 - Frage:
§§ 54, 68 UmwG auch auf Personengesellschaften
anwendbar?
 - Erst-Recht-Schluss
(a. A. *Hegemann*, GmbHR 2009, 702)

93

13.10.2017

A. Verschmelzung **Ausnahmen**

Besonderheiten bei
Verschmelzung von
Personen-
gesellschaften

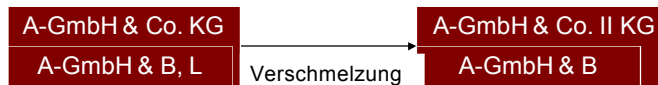
Pflicht zur
Anteilsgewährung

- Verschmelzung GmbH & Co. KG auf GmbH
 - Verzicht nach §§ 54 u. 68 UmwG
- Vor der gesetzlichen Klarstellung
 - Keine Anteilsgewährung, da GmbH nicht am Kapital der KG beteiligt war.
- Verschmelzung GmbH auf PersG
 - Nach h.M. Hinzutritt eines persönlich haftenden Gesellschafters im Zuge der Verschmelzung möglich.

A. Verschmelzung **Anteilsgewährung bei Personengesellschaften**

Besonderheiten bei
Verschmelzung von
Personen-
gesellschaften

Pflicht zur
Anteilsgewährung

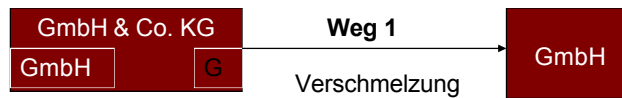


A. Verschmelzung

Besonderheiten bei
Verschmelzung von
Personen-
gesellschaften

Pflicht zur
Anteilsgewährung

Verschmelzungsmodelle und alternative Wege der Umstrukturierung bei Personengesellschaften



- G muss ein Anteil gewährt werden
- GmbH darf kein Anteil gewährt werden
- Buchwertfortführung und Rückwirkung unproblematisch

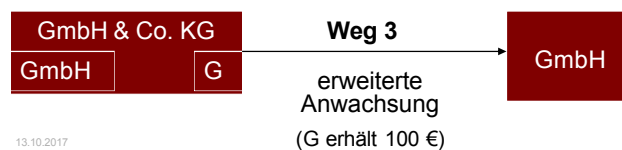
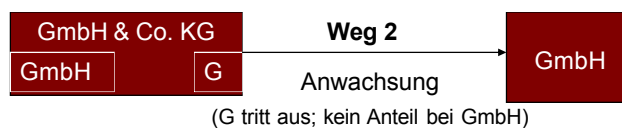
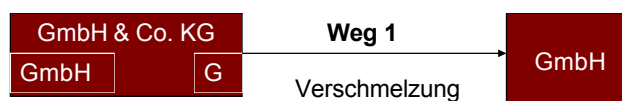
96

13.10.2017

A. Verschmelzung

Besonderheiten bei
Verschmelzung von
Personen-
gesellschaften

Verschmelzungsmodelle und alternative Wege der Umstrukturierung bei Personengesellschaften



97

13.10.2017

A. Verschmelzung

Besonderheiten bei
Verschmelzung von
Personen-
gesellschaften
Verschmelzungsprüfung

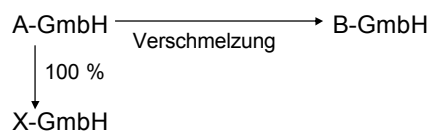
- § 44 UmwG: einzelne Gesellschafter können eine Verschmelzungsprüfung verlangen
- Neuregelung durch Zweites Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes
Prüfungsverlangen ist nun innerhalb einer Woche ab Zugang der Unterlagen zu äußern.

A. Verschmelzung

bei der
Verschmelzung
von GmbHs
Die Gesellschafterliste
nach der
Verschmelzung unter
Beteiligung von GmbHs

Problem: § 40 GmbHG i.d.F. nach MoMiG

Wer reicht wann welche Listen ein?



OLG Hamm NZG 2010, 113:

Liste ist durch Notar und nicht durch Geschäftsführer einzureichen

A. Verschmelzung

Besonderheiten bei
der Verschmelzung
von GmbHs

Keine Verschmelzung der Komplementär-GmbH einer Einmann-GmbH & Co. KG auf die KG

- derartige Verschmelzung ist ausgeschlossen
- Begründung:
 - aufnehmende KG erlischt im Augenblick des Wirksamwerdens der Verschmelzung kraft Gesetzes
 - UmwG setzt jedoch das Fortbestehen des aufnehmenden Rechtsträgers voraus (u. a. in den §§ 2, 20 UmwG).

OLG Hamm v. 24.6.2010, 15 Wx 360/09, ZIP 2010, 2205

A. Verschmelzung

Besonderheiten bei
der Verschmelzung
von GmbHs

Besondere Zustimmungserfordernisse

- § 50 UmwG – Beeinträchtigung von Sonderrechtsinhabern
- § 51 UmwG – Zustimmungspflicht bei nicht voll eingezahlten Anteilen

A. Verschmelzung

Besonderheiten bei
der Verschmelzung
von GmbHs

Umwandlung von
GmbHs in der
Krise

Motive

- Neuausrichtung
- Lautlose Liquidierung
- Sanierung

- ⇒ Umwandlung und Insolvenz widersprechen sich (im Vorfeld einer Insolvenz) nicht
- ⇒ Kein Vorrang der Insolvenzantragspflicht

A. Verschmelzung

Besonderheiten bei
der Verschmelzung
von GmbHs

Umwandlung von
GmbHs in der Krise

Problem

- Grds. keine Beteiligung insolventer Gesellschaften an Umwandlungsmaßnahmen (mit Insolvenzeröffnung Auflösung der Gesellschaft)
 - gem. § 3 Abs. 3 UmwG sind auch aufgelöste Rechtsträger als übertragende Rechtsträger verschmelzungsfähig, sofern Fortsetzung beschlossen werden kann
 - Fortsetzungsbeschluss grds. erst nach Einstellung des Insolvenzverfahrens mgl.
- Aber: Organisation und verpflichtende Vorbereitung von Umwandlungsmaßnahmen im **Insolvenzplanverfahren**
 - durch Verzahnung umwandlungsrechtlicher und insolvenzrechtlicher Beschlussfassungen

A. Verschmelzung

OLG Brandenburg Beschl. v. 27.01. 2015 – 7 W 118/ 14,
ZIP 2015, 929

Besonderheiten bei
der Verschmelzung
von GmbHs

Umwandlung von
GmbHs in der Krise

- § 3 Abs. 3 UmwG aufgelöste Rechtsträger nur als übertragender Rechtsträger
- Keine erweiternde Auslegung auf übernehmende aufgelöste Rechtsträger
 - für analoge Anwendung fehlt planwidrigen Regelungslücke
 - Keine Regelungslücke durch Einführung ESUG

104

13.10.2017

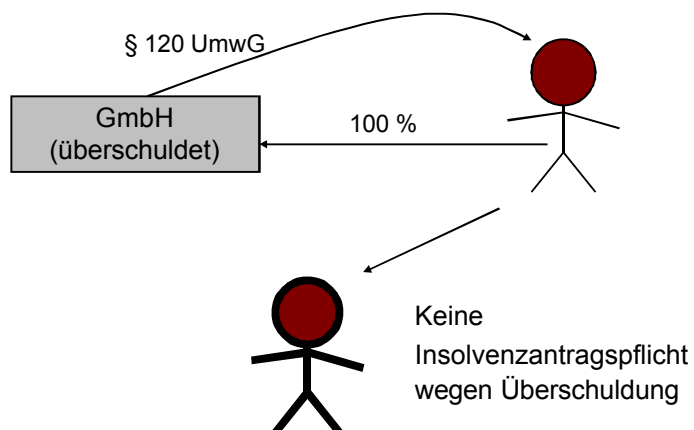
A. Verschmelzung

Besonderheiten bei
der Verschmelzung
von GmbHs

Umwandlung von
GmbHs in der Krise

Einzelfälle

Verschmelzung
überschuldeter
Rechtsträger auf
Alleingesellschafter



105

13.10.2017

A. Verschmelzung

Besonderheiten bei
der Verschmelzung
von GmbHs

Umwandlung von
GmbHs in der Krise

Einzelfälle

Verschmelzung
überschuldeter
Rechtsträger auf
Alleingesellschafter

Fall

- Zulässigkeit wird teilweise bestritten
- Nicht ausreichender Gläubigerschutz

Aber:

- Zwei Gerichtsentcheidungen billigen die Verschmelzung
- keine entspr. Regelung zum § 152 UmwG
- Keine außergewöhnliche Gläubigergefährdung

A. Verschmelzung

Besonderheiten bei
der Verschmelzung
von GmbHs

Umwandlung von
GmbHs in der Krise

Einzelfälle

Verschmelzung
überschuldeter
Rechtsträger auf
Alleingesellschafter

Fall

- Keine Insolvenzantragspflicht beim Alleingesellschafter
- Gläubigerschutz nach § 22 UmwG
- Sicherheitsleistung ist problematisch
 - Vermögen wird „aufgezehrt“
- Problem des nachgelagerten Gläubigerschutzes

A. Verschmelzung

Besonderheiten bei
der Verschmelzung
von GmbHs

Umwandlung von
GmbHs in der Krise

Einzelfälle

Verschmelzung eines
Rechtsträgers auf
überschuldeten
Alleingeschäfter

Literatur:

- Teilweise wird Unzulässigkeit angenommen
Arg: § 152 UmwG
- Gegenargument:
Gesetzgeber sieht das Problem des Gläubigerschutzes
 - § 22 UmwG
 - § 140 UmwG
 - § 152 UmwG
 - § 120 UmwG gerade keine entsprechende
Gläubigerschutzregelung

108

13.10.2017

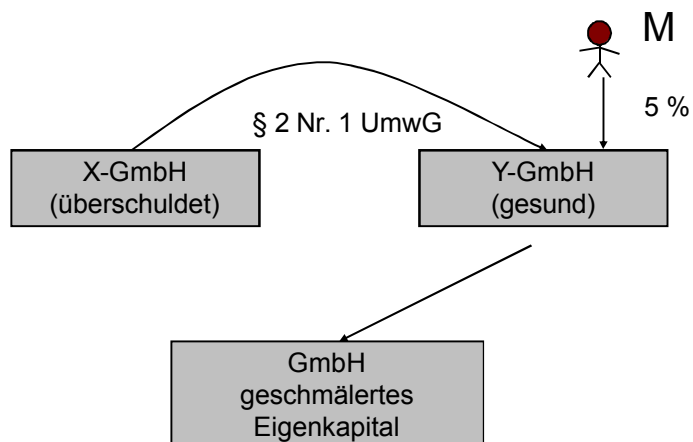
A. Verschmelzung

Besonderheiten bei
der Verschmelzung
von GmbHs

Umwandlung von
GmbHs in der Krise

Einzelfälle

Verschmelzung einer
überschuldeten GmbH
auf eine gesunde GmbH



109

13.10.2017

A. Verschmelzung

Besonderheiten bei
der Verschmelzung
von GmbHs

Umwandlung von
GmbHs in der Krise

Einzelfälle

Verschmelzung einer
überschuldeten GmbH
auf eine gesunde GmbH

Fall

- §§ 54 u. 68 UmwG
Verzicht auf Anteilsgewährung ist nach h.M. möglich
- M (5 %) sieht sich benachteiligt.
- Das Registergericht hat keine umfassende Prüfungspflicht.
- Handelsregister kann Eintragung nur bei positiver Kenntnis ablehnen (Schutzschrift)

110

13.10.2017

A. Verschmelzung

Besonderheiten bei
der Verschmelzung
von GmbHs

Umwandlung von
GmbHs in der Krise

Einzelfälle

Verschmelzung einer
überschuldeten GmbH
auf eine gesunde GmbH

Fall

- M kann ggf. Sittenwidrigkeit geltend machen
- möglicherweise Beiseiteschaffen i.S.d. § 283 StGB
- nachgelagerter Gläubigerschutz greift ggf. zu kurz
 - Verschmelzung wird bereits mit Eintragung wirksam

111

13.10.2017

A. Verschmelzung

Besonderheiten bei
der Verschmelzung
von GmbHs

Umwandlung von
GmbHs in der Krise

Einzelfälle

Verschmelzung einer
überschuldeten GmbH
auf eine gesunde GmbH

Abwandlung:

Bei der überschuldeten GmbH ist Insolvenzantrag gestellt.

Fraglich:

- Betriebsstilllegung?
 - notwendig dafür: Zustimmung des Insolvenzverwalters, § 72 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO
 - wohl keine Zustimmung notwendig
- Der Betrieb soll fortgeführt werden.

112

13.10.2017

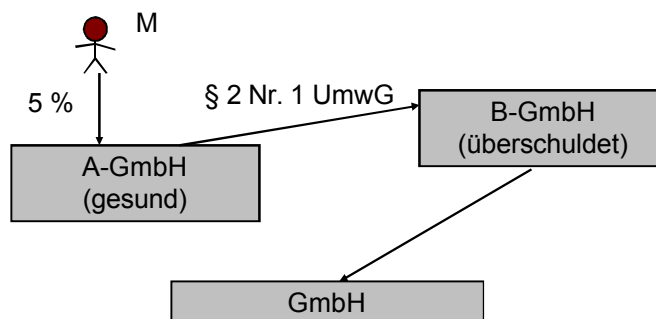
A. Verschmelzung

Besonderheiten bei
der Verschmelzung
von GmbHs

Umwandlung von
GmbHs in der Krise

Einzelfälle

Verschmelzung einer
gesunden GmbH auf
eine überschuldete
GmbH



113

13.10.2017

A. Verschmelzung

Besonderheiten bei
der Verschmelzung
von GmbHs

Umwandlung von
GmbHs in der Krise

Einzelfälle

Verschmelzung einer
gesunden GmbH auf
eine überschuldete
GmbH

Fall

- kein Vorrang der Insolvenzantragspflicht
- Verzicht nach §§ 54 u. 68 UmwG möglich
- Aspekt der Kapitalaufbringung auch vor Gesetzesänderung kein Problem
- Es drohen Nachteile für Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers.
- „Ungerechtigkeiten“ bei Stimm- und Gewinnrechten

114

13.10.2017

A. Verschmelzung

Besonderheiten bei
der Verschmelzung
von GmbHs

Umwandlung von
GmbHs in der Krise

Einzelfälle

Verschmelzung einer
gesunden GmbH auf
eine überschuldete
GmbH

Fall

- Minderheitsgesellschafter kann den Verzicht auf die Anteilsgewährung verhindern
- Ungünstige Gläubigersituation
 - Anspruch auf Sicherheit u.U. zu spät
 - Verschmelzung vollzogen
 - Zeitraum zwischen den Eintragungen ist zu kurz

115

13.10.2017

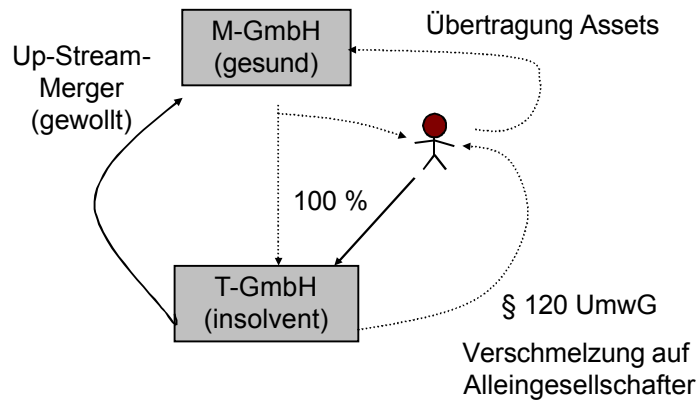
A. Verschmelzung

Besonderheiten bei
der Verschmelzung
von GmbHs

Umwandlung von
GmbHs in der Krise

Einzelfälle

Verschmelzung einer
überschuldeten
Tochtergesellschaft auf
die gesunde
Muttergesellschaft



116

13.10.2017

A. Verschmelzung

Besonderheiten bei
der Verschmelzung
von GmbHs

Umwandlung von
GmbHs in der Krise

Einzelfälle

Verschmelzung einer
überschuldeten
Tochtergesellschaft auf
die gesunde
Muttergesellschaft

Fall

- **Grundsatz:**
Insolvente Gesellschaft kann nicht an Verschmelzung teilnehmen
- **Lösung:**
 - Beteiligung auf natürliche Person
 - Verschmelzung nach § 120 UmwG
 - danach Übertragung auf die Muttergesellschaft

117

13.10.2017

A. Verschmelzung

Besonderheiten bei der Verschmelzung von GmbHs

Umwandlung von GmbHs in der Krise

- Verschmelzung aufgelöster Rechtsträger (als übertragender) ist möglich, wenn die Fortsetzung beschlossen werden könnte.
- Umwandlung ist auch im Rahmen eines Insolvenzplans möglich.
- Insolvenzverfahren sichert den Bestand der Masse
 - gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger

Insolvenzanfechtung

- wenn objektive Benachteiligung der Gläubiger §§ 132 od. 133 InsO

Anfechtungsgesetz

- ähnlich wie in der Insolvenz, ABER außerhalb des Insolvenzverfahrens
 - ⇒ Eintragung hat Heilungswirkung

118

13.10.2017

A. Verschmelzung

Besonderheiten bei der Verschmelzung von GmbHs

Umwandlung von GmbHs in der Krise

Strafrechtliche Aspekte

Problem

Krise / Sanierung ⇔ Strafrecht

Beiseiteschaffen - § 283 StGB

- Gefährdung oder Erschwerung des Gläubigerzugriffs
 - kann ggf. schon in dem Erfordernis des Umschreibens des Titels liegen
 - ggf. auch, wenn für die Verschmelzung keine ausreichende Gegenleistung für das Haftungsvermögen gewährt wird

119

13.10.2017

A. Verschmelzung

Besonderheiten bei
der Verschmelzung
von GmbHs

Umwandlung von
GmbHs in der Krise

Strafrechtliche Aspekte

Problem

Krise / Sanierung ⇔ Strafrecht

Insolvenzverschleppung - § 64 i.V.m. § 84 GmbHG

- in der Krise besteht Antragspflicht
- spätestens nach drei Wochen
- Problem:
Dauer der Umstrukturierungsmaßnahme

120

13.10.2017

A. Verschmelzung

Besonderheiten bei
der Verschmelzung
von GmbHs

UG
(haftungsbeschränkt)

Umwandlungsfähigkeit der UG (haftungsbeschränkt)

1. Die UG (haftungsbeschränkt) als Zielgesellschaft

- Verschmelzung durch **Aufnahme**
 - Verschmelzung mit Kapitalerhöhung
 - **Problem:**
Sacheinlagenverbot, § 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG
 - Verschmelzung unzulässig
 - bei Kapitalerhöhung auf 25.000 € ist
Sachkapitalerhöhung zulässig
BGH ZIP 2011, 955

121

13.10.2017

A. Verschmelzung

Besonderheiten bei
der Verschmelzung
von GmbHs

5. UG
(haftungsbeschränkt)

Umwandlungsfähigkeit der UG (haftungsbeschränkt)

1. Die UG (haftungsbeschränkt) als Zielgesellschaft

- Verschmelzung durch **Aufnahme**
 - Verschmelzung ohne Kapitalerhöhung
 - Sacheinlagenverbot greift hier nicht.
 - **Problem:**
Herabsetzung des Grund- bzw. Stammkapitals auf bis zu 1 € bei down-stream-/side-step-merger
 - Gefahr der Umgehung der Kapitalherabsetzungsvorschriften

122

13.10.2017

A. Verschmelzung

Besonderheiten bei
der Verschmelzung
von GmbHs

UG
(haftungsbeschränkt)

Umwandlungsfähigkeit der UG (haftungsbeschränkt)

1. Die UG (haftungsbeschränkt) als Zielgesellschaft

- Verschmelzung durch **Neugründung**
 - Sacheinlagenverbot gilt auch hier
 - ⇒ Verschmelzung durch Neugründung einer UG ausgeschlossen
 - Teleologische Reduktion des § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG, da hier keine Alternative zur Sachgründung vorhanden?

123

13.10.2017

A. Verschmelzung

Besonderheiten bei
der Verschmelzung
von GmbHs

UG
(haftungsbeschränkt)

Umwandlungsfähigkeit der UG (haftungsbeschränkt)

2. Die UG (haftungsbeschränkt) als Ausgangsgesellschaft

- Umwandlung einer UG in eine GmbH
 - durch Kapitalerhöhung ohne Rückgriff auf UmwG möglich, da Unterform der GmbH
 - Gilt das Sacheinlageverbot auch bei Kapitalerhöhung über 10.000 €?
- bei **Verschmelzung** und **Aufspaltung** keine Unterschiede zur „normalen“ GmbH

124

13.10.2017

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.

125

13.10.2017

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

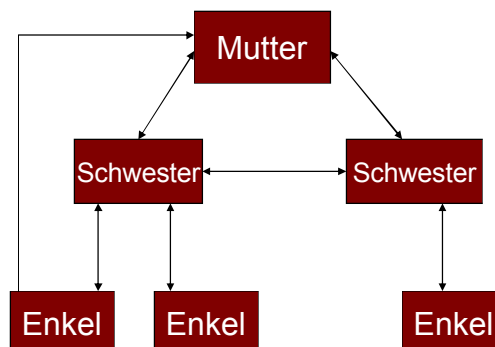
126

13.10.2017

A. Verschmelzung

Verschmelzung im
Konzern
(S. 28 ff.)

Verschmelzungsmöglichkeiten im Konzern



127

13.10.2017

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

128

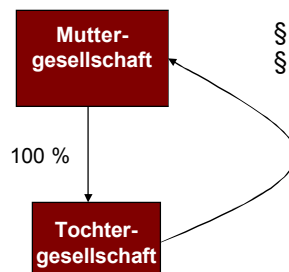
13.10.2017

A. Verschmelzung

Verschmelzung im Konzern

Kapitalerhöhungsverbote/-gebote

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



§ 68 Abs. 1 S. 1 Nr. 1;
§ 54 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UmwG

129

13.10.2017

A. Verschmelzung

Verschmelzung im Konzern

Beihilfecharakter des § 6a GrEStG

BFH v. 30.5.2017 – 2 R 62/14, GWR 2017, 369

Sachverhalt:

- Kl. AlleinGter einer grundbesitzenden Tochtergesell.
- Verschmelzung Tochtergesell. auf Kl.
- FA: grunderwerbsteuerrechtl. Vorgang; keine Befreiung nach § 6a GrEStG Voraussetzung:
 - Beteiligung herrs. Untern. mindst. 95 % innerh. 5 Jahre vor und nach Umwandlung an abhäng. Gesell.
- FG: Klage stattgegeben
- BMF Verfahrensbeitritt

A. Verschmelzung

Verschmelzung im Konzern

Entscheidung:

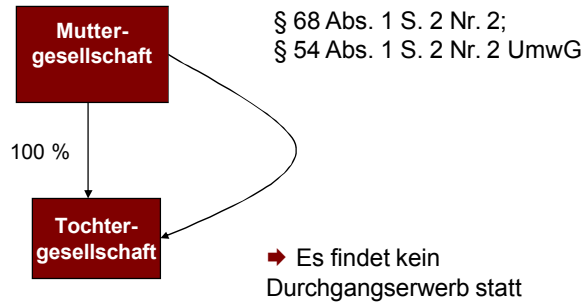
- BFH Vorlage **EuGH Vorabentscheidung**
- Vorgang nach § 6a GrEStG steuerbegünstigt
- irrelevant Kl. nach Verschmelzung keine Beteiligung mehr
- weite Auslegung herrs. Unternehmen gem. § 6a S. 3 GrEStG
- **Aber:** Steuervergünstigung **unzulässige Beihilfe** gem. **Art. 107 Abs. 1 AEUV** (Verbot selektiver Beihilfe für best. Unternehmen od. Produktionszweige)? Probleme:
 - § 6a GrEStG nur für Umwandlungen, nicht für andere Umstrukturierungsmaßnahmen
 - Abstellen auf Beteiligungshöhe von 95 %
 - Mindesthaltedauer von 5 Jahren

A. Verschmelzung

Verschmelzung im Konzern

Kapitalerhöhungsverbote/-gebote

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



132

13.10.2017

A. Verschmelzung

Verschmelzung im Konzern

Verschmelzung von Schwestergesellschaften

- Änderung der Rechtslage durch Zweites Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes
- Anteilsinhaber 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

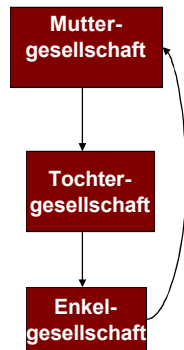
133

13.10.2017

A. Verschmelzung

Verschmelzung im
Konzern

Verschmelzung von Enkel- auf Muttergesellschaft



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

134

13.10.2017

A. Verschmelzung

Verschmelzung im
Konzern

Erleichterung für
Konzern-
verschmelzungen 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

135

13.10.2017

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.
 - 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*

136

13.10.2017

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 (*Freytag*)
- § 62 Abs. 4 UmwG n.F.:
 - Anknüpfung an Zeitpunkt des Abschlusses des Verschmelzungsvertrages

137

13.10.2017

A. Verschmelzung

Verschmelzung im
Konzern

Verschmelzungs-
rechtlicher *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 %

138

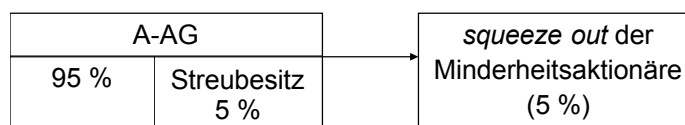
13.10.2017

A. Verschmelzung

Verschmelzung im
Konzern

Verschmelzungs-
rechtlicher *squeeze out*

- **Bisher:**



- **Zukünftig:** zusätzliche Option

139

13.10.2017

A. Verschmelzung

Verschmelzung im
Konzern

Verschmelzungs-
rechtlicher *squeeze out*

➤ Bisher

A, B, C insgesamt 95 %	Streubesitz 5%
------------------------------	-------------------

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

- **Schritt 1:** Wertpapierleihe zwischen A, B, C auf einen der Aktionäre
- **Schritt 2:** Durchführung *squeeze out*

140

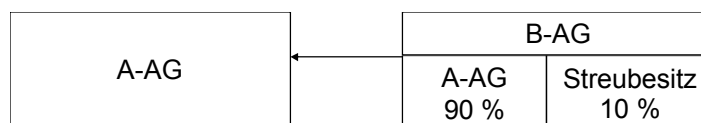
13.10.2017

A. Verschmelzung

Verschmelzung im
Konzern

Verschmelzungs-
rechtlicher *squeeze out*

➤ Neue Konstellation:



141

13.10.2017

A. Verschmelzung

Verschmelzung im
Konzern

Verschmelzungs-
rechtlicher *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

142

13.10.2017

A. Verschmelzung

Verschmelzung im
Konzern

Verschmelzungs-
rechtlicher *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

143

13.10.2017

A. Verschmelzung

Verschmelzung im Konzern

Verschmelzungs- rechtlicher *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

Verschmelzungs- rechtlicher *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.

A. Verschmelzung

Verschmelzung im
Konzern

Verschmelzungs-
rechtlicher *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

146

13.10.2017

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*

147

13.10.2017

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*

148

13.10.2017

A. Verschmelzung

Verschmelzung im
Konzern

Verschmelzungs-
rechtlicher *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

149

13.10.2017

A. Verschmelzung

Verschmelzung im
 Konzern

Verschmelzungs-
 rechtlicher *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“)

150

13.10.2017

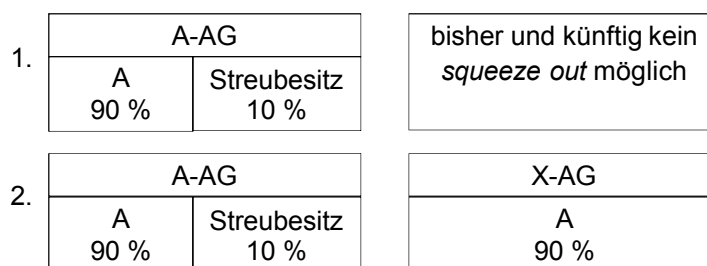
A. Verschmelzung

Verschmelzung im
 Konzern

Verschmelzungs-
 rechtlicher *squeeze out*

> Rechtsmissbrauch – Fall 1

(ausf. Florstedt in NZG 2015, 1212)



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

151

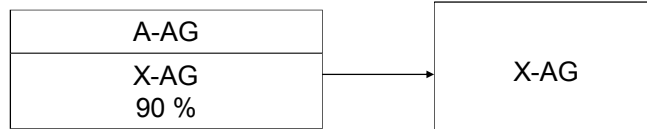
13.10.2017

A. Verschmelzung

Verschmelzung im
Konzern

Verschmelzungs-
rechtlicher *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

152

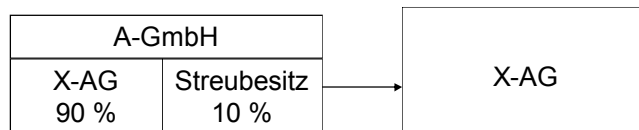
13.10.2017

A. Verschmelzung

Verschmelzung im
Konzern

Verschmelzungs-
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

153

13.10.2017

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.

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?

156

13.10.2017

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

157

13.10.2017

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.“

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)

B. Die Spaltung

B. Die Spaltung

Grundlagen

Wirtschaftliche und rechtliche Motivation

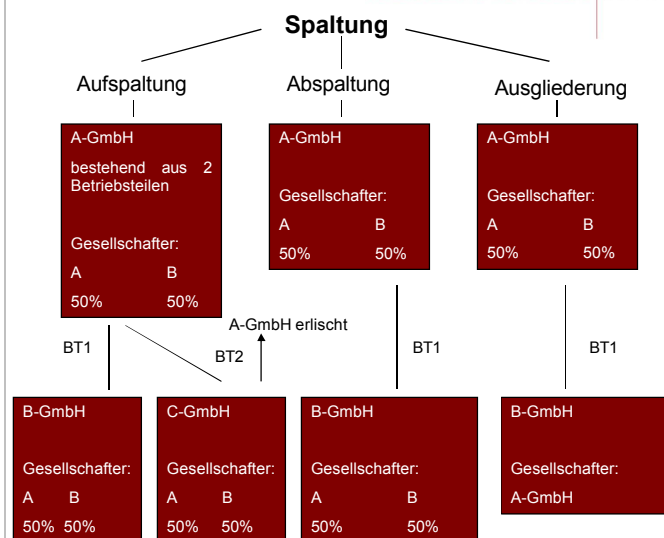
- Vorbereitung zur Veräußerung von Betriebsanteilen
- Trennen von Gesellschaftern
- Schaffung rechtlich selbständiger „profit-center“
- out-sourcing nicht zwingend unternehmensspezifischer Einheiten
- Vermeidung von Mitbestimmung
- Vermeidung von Publizitätspflichten
- Verselbständigung von Betriebsanteilen zum Zwecke der Haftungs- und Risikobegrenzung (➔ Altlastenspaltung)
- Schaffung von Holdingstrukturen
- uneingeschränkt: Rückgängigmachung aus wirtschaftlicher oder rechtlicher Sicht gescheiterter Zusammenschlüsse
- Betriebsaufspaltung
- Vorbereitung der Unternehmensnachfolge

B. Die Spaltung

Grundlagen

Spaltungsarten

(S. 84)



B-GmbH

Gesellschafter:
 A B
 50% 50%

C-GmbH

Gesellschafter:
 A B
 50% 50%

B-GmbH

Gesellschafter:
 A B
 50% 50%

B-GmbH

Gesellschafter:
 A-GmbH

B. Die Spaltung

Grundlagen

Vor- und Nachteile

Vor- und Nachteile gegenüber alt. Übertragungswegen

Vorteile	Nachteile
Partielle Gesamtrechtsnachfolge	Detaillierte Vermögensaufstellung
Keine Zustimmung der Vertragspartner zum Übergang der Verträge	Etwaige Mitwirkungserfordernisse sind zu beachten
Höchstwertbegrenzung bei den Kosten	Gesamtschuldnerische Nachhaftung (5 Jahre)
	Beachtung von Berichts- und Prüfungspflichten

164

13.10.2017

B. Die Spaltung

Ablauf des Spaltungsverfahrens/ Problembereiche

Problemfelder:

- Genauigkeit der Bezeichnung der übertragenen Vermögenswerte
- Umfang der Angaben über die Folgen für Arbeitnehmer
- Reichweite der Vorschrift des § 132 UmwG
- Betriebsrat kann auch Entwurf ohne Anlagen erhalten (LG Essen v. 15.03.2002, 42 T 1/02, ZIP 2002, 893)

165

13.10.2017

B. Die Spaltung

Ablauf des
Spaltungsverfahrens/
Problembereiche

Spaltung zu Null

OLG München v. 10.07.2013, 31 Wx 131/13, GmbHR 2013, 874

Sachverhalt:

Von der A-GmbH & Co KG sollte ein Teil des Vermögens im Wege der Abspaltung durch Aufnahme auf eine bestehende Z.-GmbH & Co. KG übertragen werden. Laut Spaltungsvertrag sollten der Komplementärin der übertragenden Gesellschaft, die nicht an der aufnehmenden Gesellschaft beteiligt war, keine Anteile gewährt werden. Das Registergericht lehnte die Eintragung ab, weil es in dieser Gestaltung einen Widerspruch zu § 126 Abs. 1 Nr. 2 UmwG sah.

166

13.10.2017

B. Die Spaltung

Ablauf des
Spaltungsverfahrens/
Problembereiche

Spaltung zu Null

OLG München v. 10.07.2013, 31 Wx 131/13, GmbHR 2013, 874

Entscheidung:

- aus § 126 Abs. 1 Nr. 10 UmwG ergibt sich die Zulässigkeit der sog. nichtverhältnismäßigen Spaltung
- Die nach § 128 UmwG zulässige „nichtverhältnismäßige Spaltung“ beinhaltet auch die „Spaltung zu Null“, bei der einzelne Gesellschafter überhaupt keine Anteile erhalten
- Schutz der Anteilshaber ausreichend, da Verzicht auf Anteilsgewährung nur einstimmig möglich und dies der notariellen Beurkundung bedarf

167

13.10.2017

B. Die Spaltung

Ablauf des
Spaltungsverfahrens/
Problembereiche

Mischung von
Umwandlungsarten

168

Problembereich: Mischung von Umwandlungsarten

Beispiel:

Von der A-GmbH (Gesellschafter sind A und B) soll ein Teilbetrieb auf die B-GmbH abgespalten werden. Die B-GmbH steht im alleinigen Anteilsbesitz des B. A soll anstelle von Anteilen an der B-GmbH 1 Mio. € erhalten.

Lösung:

Unzulässig:

- § 1 Abs. 2 UmwG: numerus clausus der Umwandlungsmöglichkeiten ⇒ Analogieverbot
- Kompensationsleistungen für Verzicht auf Anteilsgewähr dürfen nicht von Gesellschaft gewährt werden
⇒ §§ 54 Abs. 4, 68 Abs. 3 UmwG bare Zuzahlungen nur 10 %
- Kompensation durch Gesellschafter zulässig

13.10.2017

B. Die Spaltung

Ablauf des
Spaltungsverfahrens/
Problembereiche

Abspaltung vinkulierter
GmbH-Geschäftsanteile

169

OLG Hamm v. 16.04.2014 – 8 U 82/14, BeckRS 2014, 09536

Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Gesellschafterstellung der Klägerin. Die klagende Gesellschaft hatte im Wege der Abspaltung zur Aufnahme (§ 123 Abs.2 Nr. 1UmwG) von dem übertragenden Rechtsträger Geschäftsanteile an der Beklagten, einer GmbH, erworben. Die Satzung der beklagten GmbH enthielt die Vinkulierung der Geschäftsanteile – also das Erfordernis der Zustimmung aller Gesellschafter bei der Geschäftsanteilsübertragung. Da der Mehrheitsgesellschafter der Beklagten an der Abspaltung nicht beteiligt war und deshalb der Übertragung des Geschäftsanteils auf die Klägerin nicht zugestimmt hatte, vertrat die Beklagte die Meinung, dass aufgrund der Vinkulierung der Geschäftsanteil nicht auf die Klägerin übergegangen war.

13.10.2017

B. Die Spaltung

Ablauf des
Spaltungsverfahrens/
Problembereiche

Abspaltung vinkulierter
GmbH-Geschäftsanteile

OLG Hamm v. 16.04.2014 – 8 U 82/14, BeckRS 2014, 09536

Entscheidung:

- **Gegenstand der Gesamtrechtsnachfolge:**
das **Vermögen** (im Fall der Abspaltung: Teilvermögen) als solches
- Vinkulierung:
Übertragungshindernis bezogen auf den einzelnen
Gesellschaftsanteil (Ebene der Einzelrechtsübertragung)
→ Gilt nicht im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge
- Dies gilt nicht nur für die **Umwandlung unter Auflösung des übertragenden Rechtsträgers** (Verschmelzung, Aufspaltung), sondern **auch** für eine solche, bei der der **übertragende Rechtsträger fortbesteht** (Abspaltung, Ausgliederung)
→ Übertragbarkeit vinkulierter Geschäftsanteile ohne Zustimmung der Gesellschafter bzw. übrigen Gesellschafter

170

13.10.2017

B. Die Spaltung

Ablauf des
Spaltungsverfahrens/
Problembereiche

Bezeichnung des zu
übertragenden
Vermögens

- Sachenrechtlicher Bestimmtheitsgrundsatz gilt
- Einzelaufstellung nicht erforderlich, Individualisierung anhand von Kontonummern möglich, die nicht im Vertrag zugeordnet sein müssen
(LG Essen v. 15.3.2002, 42 T 1/02, ZIP 2002, 893)
- Sog. All-Klauseln sind zulässig
(BGH v. 8.10.2003, XII ZR 50/02, ZIP 2003, 2155)
- z.B. „Alle Verbindlichkeiten des Eigenbetriebs, die diesem wirtschaftlich zuzuordnen sind“
(LAG Düsseldorf v. 5.6.2003, 11 (1) Sa 1/03, BB 2004, 1344; BAG v. 22.05.2005, 3 AZR 499/03, ZIP 2005, 957)

171

13.10.2017

B. Die Spaltung

Ablauf des
Spaltungsverfahrens/
Problembereiche

Grundstücke in der
Spaltung

- Vergessene Grundstücke

BGH v. 25.1.2008 - V ZR 79/07, NZG 2008, 436

- Grundstücke müssen nach § 28 GBO bezeichnet werden
- Andernfalls gehen sie nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge über
- Keine Auslegung zulässig, da dies Rechtssicherheit führt
- § 28 GBO besitzt damit materiell-rechtliche Bedeutung
- Eigentumsübergang findet damit außerhalb des GB statt

OLG Schleswig v. 26.08.2009 - 2 W 241/08, DNotZ 2010, 66

- Verwendung von All-Klauseln zulässig

172

13.10.2017

B. Die Spaltung

Ablauf des
Spaltungsverfahrens/
Problembereiche

Grundstücke in der
Spaltung

Teilflächen

Problem:

- unvermessene Teilfläche kann nicht nach § 28 GBO bezeichnet werden
- Eigentumswechsel an Teilfläche kann nicht erfolgen bevor Grundstück im Rechtssinne gebildet

BGH v. 25.1.2008 - V ZR 79/07, NZG 2008, 436

- An die Bezeichnung von Teilflächen sind keine geringeren Anforderungen zu stellen.
- § 28 GBO darf aber nicht überspannt werden.
- Bezeichnung muss auf andere Weise erfolgen: Beifügung eines Lageplans
- korrekte Bezeichnung muss später nachgeholt werden, erst dann erfolgt Rechtsübergang.

173

13.10.2017

B. Die Spaltung **Teilflächen**

Ablauf des
Spaltungsverfahrens/
Problembereiche

Grundstücke in der
Spaltung

KG v. 1.8.2014 - 1 W 213/14, ZIP 2014, 1732

- Vor grundbuchmäßiger Teilung besteht nur Anwartschaftsrecht
- Erstarkt zum Vollrecht, wenn Teilung durch Vollzug im Grundbuch rechtlich existent ist
- ABER kein Rechtsübergang, wenn im Spaltungsvertrag die hinreichende Bezeichnung schlicht vergessenen wurde oder sonst unzureichend ist
 - In diesem Fall besteht keine Heilungsmöglichkeit
 - Andernfalls würde dies eine Nachholung materiell-rechtlicher Voraussetzungen im Grundbuchberichtigungsverfahren darstellen
 - Mangels Rechtsübergang ist eine Grundbuchunrichtigkeit aber zu keinem Zeitpunkt entstanden

174

13.10.2017

B. Die Spaltung **Rechte an Grundstücken**

Ablauf des
Spaltungsverfahrens/
Problembereiche

Grundstücke in der
Spaltung

OLG Schleswig v. 26.08.2009 - 2 W 241/08, DNotZ 2010, 66

- § 28 GBO gilt auch für die Bezeichnung von Dienstbarkeiten

KG v. 1.8.2014 - 1 W 213/14, ZIP 2014, 1732

- Bezeichnung von Rechten an Grundstücken nicht unmöglich
- keine allgemeine Erkenntnis dahin, dass Unternehmen grundsätzlich über eine solche Anzahl an Dienstbarkeiten oder allgemein Rechten an Grundstücken verfügten, dass in einem Spaltungsfall die genaue Bezeichnung der Rechte nach § 28 GBO praktisch undurchführbar wäre

175

13.10.2017

B. Die Spaltung

Ablauf des
Spaltungsverfahrens/
Problembereiche

Grundstücke in der
Spaltung

Prüfungsumfang des Grundbuchamtes

**OLG Düsseldorf v. 19.4.2010 - 3 Wx 88/10, FGPrax
2010, 225**

- Unrichtigkeitsnachweis ist dem Grundbuch durch Vorlage des Spaltungs- und Übertragungsvertrag nachzuweisen

B. Die Spaltung

Ablauf des
Spaltungsverfahrens/
Problembereiche

Privatvermögen e.K.

Ausgliederung auch von Privatvermögen eines eingetragenen Kaufmanns auf Kapitalgesellschaft

OLG Brandenburg v. 08.08.2014 – 5 W 84/13, ZIP 2014, 2361

- eingetragener Kaufmann kann auch Teile seines Privatvermögens (hier: Auflassungsvormerkung; § 152 S. 1 UmwG) ausgliedern
- **Einbeziehung in die Ausgliederung durch Umwidmung des Privatvermögens in das Unternehmensvermögen**
- Nachweis in grundbuchmäßiger Form (§ 29 Abs.1 S. 1 GBO) erfolgt durch notarielle beurkundeten Ausgliederungsvertrag.

B. Die Spaltung

Ablauf des
Spaltungsverfahrens/
Problembereiche

Bezeichnung des zu
übertragenden
Vermögens

- Rechtsfolge im Übrigen unklar:
 - Ist Auflassung erforderlich / reicht Identitätserklärung aus?
 - Was gilt bei Aufspaltungen?
- Was gilt bei anderen Grundstücksrechten?

B. Die Spaltung

Ablauf des
Spaltungsverfahrens/
Problembereiche

Übertragung von
Versorgungs-
verbindlichkeiten

- (alleinige) Ausgliederung von Versorgungsverbindlichkeiten ist zulässig ⇒ kein Gestaltungsmissbrauch
 - keine Zustimmung des Pensionsberechtigten und des PSV
 - kein Widerspruchsrecht des Pensionsberechtigten nach § 613a BGB

BAG v. 22.2.2005 - 3 AZR 499/03 (A), ZIP 2005, 957

BAG v. 11.3.2008 - 3 AZR 358/06, BeckRS 2008, 5670

B. Die Spaltung

Ablauf des
Spaltungsverfahrens/
Problembereiche

Kredittransaktionen bei
der Spaltung

Übertragung von Kreditforderungen im Rahmen der Umwandlung

- Probleme werden beim Datenschutz und Bankgeheimnis diskutiert
- H.M. Portfoliotransaktionen durch Umwandlungsmaßnahmen verstoßen nicht gegen Datenschutz und Bankgeheimnis
- Zustimmung des Kunden nicht erforderlich
- A.A. wird in der Literatur durchaus vertreten
 - Kein „Umwandlungsprivileg“ bei Portfoliotransaktionen weil kein Betriebsteil übergeht

180

13.10.2017

B. Die Spaltung

Ablauf des
Spaltungsverfahrens/
Problembereiche

Kredittransaktionen bei
der Spaltung

➤ Bezeichnung der Sicherheiten im Übertragungsvertrag (BGH ZIP 2008, 600)

- bei fehlender Bezeichnung gem. § 28 GBO kein Rechtsübergang
- Rechtsfolge des § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG nur, wenn Grundstück ausreichend bezeichnet
- Nach h.M. gilt dies auch für Grundschulden
- Wohl kein Rechtsübergang, wenn Gegenstände nicht ausreichend bezeichnet
- Wohl keine Nachholung der Bezeichnung möglich
- Problem der Form der Bezeichnung der Sicherheiten

181

13.10.2017

B. Die Spaltung

Ablauf des
Spaltungsverfahrens/
Problembereiche

Prozessuale
Auswirkungen einer
Spaltung

Aufspaltung, § 123 Abs. 1 UmwG

- Ausgangsrechtsträger geht unter

Prozessuale Konsequenzen wie bei Verschmelzung:

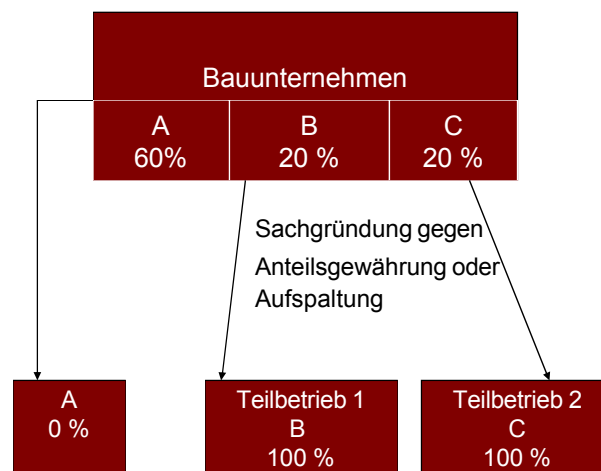
- Ausgangsrechtsträger wird nicht anwaltlich vertreten
 - Unterbrechung des Prozesses nach § 239 Abs. 1 ZPO analog
- Ausgangsrechtsträger wird anwaltlich vertreten
 - keine Unterbrechung
 - Fortsetzung des Rechtsstreits nach § 246 Abs. 1 ZPO

182

13.10.2017

B. Die Spaltung

Die Aufteilung des
Unternehmens



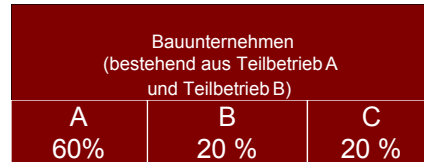
183

13.10.2017

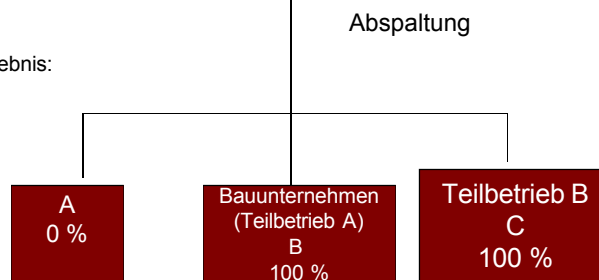
B. Die Spaltung

Die Aufteilung des Unternehmens

Ausgangslage:



Ergebnis:



184

13.10.2017

B. Die Spaltung

Die Aufteilung des Unternehmens

Zulässigkeit der Spaltung zu Null?

(ausf. Heckschen, GmbHR 2015, 897)

LG Konstanz v. 13.02.1998 – 1 HTH 6/97, GmbHR 1998, 837

OLG München v. 10.07.2013 – 31 Wx 131/13, GmbHR 2013, 874

Klar: nur ein Anteilseigner wird am Zielrechtsträger beteiligt

Unklar: Darf er beim Ausgangsrechtsträger ausscheiden?

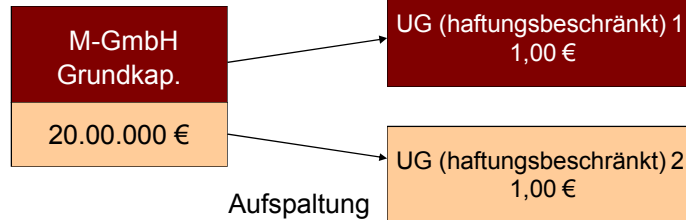
Unklar: Können weitere Anteilseigner ausscheiden?

185

13.10.2017

B. Die Spaltung

Die Spaltung als
Maßnahme der
erleichterten
Kapitalherabsetzung



- ➔ Nach deutschem UmwG zulässig
- ➔ Möglichkeit zur Umgehung der Kapitalherabsetzungsvorschriften (streitig)

186

13.10.2017

B. Spaltung

Gesamt-
schuldnerische Haftung
für Verbindlichkeiten
des übertragenden
Rechtsträgers nach
§ 133 I 1 UmwG

Das Haftungssystem des UmwG zum Schutz der Gläubiger des Ausgangsrechtsträgers im Überblick

- **Erfordernis des Gläubigerschutzes:** Zuordnung der Schulden des Ausgangsrechtsträgers ohne Zustimmung der Gläubiger zu neuem Rechtssubjekt
- **Gläubigerschutz:** Ziel des Gesetzgebers (BR-Drucks. 74/95, S. 71)
- **Umsetzung:**
 - Anspruch auf Sicherheitsleistung, § 125 i. V. m. § 22 UmwG
 - *Schwäche:* Entsteht erst nach Eintragung der Umwandlung; Gläubiger tragen das Insolvenzrisiko des Zielrechtsträgers!
 - Nachhaftung gem. § 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG

187

13.10.2017

B. Spaltung

Gesamt-
schuldnerische
Haftung für
Verbindlichkeiten des
übertragenden
Rechtsträgers nach
§ 133 I 1 UmwG

BGH v. 13.8.2015 - II ZR 90/14, ZIP 2015, 1823

Sachverhalt (soweit hier von Belang) im Überblick:

- Kläger wurde als Versicherungsvertreter i. S. d. §§ 92, 84 ff. HGB für Beklagte tätig
- 2007: Beklagte gliedert Vertriebsgeschäft und Kläger aus
- 2009: Ordentliche Kündigung gegenüber Kläger; dieser kündigt ebenso
- Kläger verlangt Ausgleich vom Ausgangsrechtsträger (§§ 92 Abs. 2, 89b HGB)

B. Spaltung

Gesamt-
schuldnerische Haftung
für Verbindlichkeiten des
übertragenden
Rechtsträgers nach §
133 I 1 UmwG

BGH v. 13.8.2015 – VII ZR 90/14, ZIP 2015, 1823

Haftung des übertragenden Rechtsträgers nach Ausgliederung für Ausgleichsanspruch des Versicherungsvertreeters

Entscheidung:

- § 133 I 1 UmwG - Rechtsgrund für die Entstehung der Forderung muss vor dem Wirksamwerden der Ausgliederung liegen
- Vertragl. Ansprüche sind in diesem Sinne begründet, wenn der Vertrag vor dem Wirksamwerden der Ausgliederung geschlossen wurde
- Dies gilt auch, wenn die weiteren Voraussetzungen ihres Entstehens erst nach dem Wirksamwerden der Ausgliederung erfüllt werden

B. Spaltung

Gesamt-
schuldnerische Haftung
für Verbindlichkeiten
des übertragenden
Rechtsträgers nach
§ 133 I 1 UmwG

BGH, Urt. v. 13.8.2015 - II ZR 90/14, ZIP 2015, 1823

Anmerkung: Es bleibt weiterhin offen, was im Detail
„höchstpersönlich“ bedeutet (vgl. Heckschen, GmbHR 2014, 626
ff.). Liegt jedenfalls nur ganz ausnahmsweise vor (BGH, Urt. v.
21.02.2014 – V ZR 164/13, GWR 2014, 194).

Praxishinweis

- Beteiligte Rechtsträger hinzuweisen auf umfassende Haftung
aus § 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG
- Hinweis auf alternativer Wege über die Einzelrechtsnachfolge
Beispiel: Einbringung der Sachgesamtheit im Wege der
Sachgründung und Sachkapitalerhöhung

190

13.10.2017

B. Die Spaltung

Die Spaltung unter
Beteiligung der UG
(haftungsbeschränkt)

UG als Zielrechtsträger

Umwandlungsfähigkeit der UG (haftungsbeschränkt)

1. Die UG (haftungsbeschränkt) als Zielgesellschaft

- ◆ Spaltung auf die UG (haftungsbeschränkt)
 - gleiche Grundsätze wie bei Verschmelzung
 - Schutz der Gläubiger über § 133 UmwG gewährleistet
(5jährige Haftung des übertragenden Rechtsträgers für
Verbindlichkeiten)
 - Beispielsfall:
Die Piercerin P hat Angst, dass sie bei einem falschen
Stich in enorme Haftung gerät. Sie möchte ihr
Einzelunternehmen in eine UG (haftungsbeschränkt)
„umwandeln“. Welche Wege stehen ihr offen?
 - § 152 UmwG (-)
 - Sachgründung (-)
 - Bargründung und Sachkapitalerhöhung (-)

191

13.10.2017

B. Die Spaltung

Die Spaltung unter
Beteiligung der UG
(haftungsbeschränkt)

UG als Zielrechtsträger

Umwandlungsfähigkeit der UG (haftungsbeschränkt)

OLG Frankfurt a. M. v. 09.03.2010, 20 W 7/10, ZIP 2010, 1798

Leitsatz des Gerichts:

Der Entstehung einer UG (haftungsbeschränkt) im Wege der
Umwandlung durch Abspaltung zur Neugründung steht die
Vorschrift des § 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG entgegen.

B. Die Spaltung

Die Spaltung unter
Beteiligung der UG
(haftungsbeschränkt)

UG als Zielrechtsträger

Umwandlungsfähigkeit der UG (haftungsbeschränkt)

BGH Beschl. v. 11.04.2011 – II ZB 9/10; NZI 2011, 551

- bestätigt OLG Frankfurt a.M. - ZIP 2010, 1798
- wg. § 138 UmwG ist Abspaltung zur Neugründung stets
Sachgründung ⇒ Abspaltung scheitert an § 5 a II 2 GmbHG

B. Die Spaltung

Die Spaltung unter
Beteiligung der UG
(haftungsbeschränkt)

UG als Zielrechtsträger

Umwandlungsfähigkeit der UG (haftungsbeschränkt)

Problem: Abspaltung von Bargeld

- nach anzuwendenden Gründungsrecht (§ 135 Abs. 2 S. 1 UmwG) würde es sich um Bareinlage handeln.
- erst § 138 UmwG (Sachgründungsbericht) qualifiziert den Vorgang in Sacheinlage um ⇒ § 5a II. 2 GmbHG, Abspaltung (-)

B. Die Spaltung

Die Spaltung unter
Beteiligung der UG
(haftungsbeschränkt)

UG als
Ausgangsrechtsträger

Umwandlungsfähigkeit der UG (haftungsbeschränkt)

2. Die UG (haftungsbeschränkt) als Ausgangsgesellschaft

- ◆ bei **Aufspaltung** keine Unterschiede zur „normalen“ GmbH
- ◆ Abspaltung, Ausgliederung
 - wenn mit Kapitalherabsetzung verbunden, ist Beteiligung einer UG ausgeschlossen
 - keine Anwendbarkeit der §§ 58 ff. GmbHG

B. Die Spaltung

Die Spaltung unter
Beteiligung der UG
(haftungsbeschränkt)

UG als
Ausgangsrechtsträger

196

Umwandlungsfähigkeit der UG (haftungsbeschränkt)

Fallbeispiel:

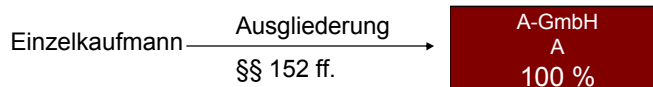
A möchte sein Einzelunternehmen auf eine UG (haftungsbeschränkt) umwandeln. Welche Wege stehen zur Verfügung?

1. Sachgründung (-)
2. Formwechsel (-) UG nicht formwechselfähig
3. Verschmelzung auf bestehende UG (haftungsbeschränkt) (-)
4. Ausgliederung zur Neugründung (-) wg. § 5a GmbHG
5. Ausgliederung zur Aufnahme (+) bei Verzicht auf Anteilsgewährung (SteuerR!)
6. Bargründung und anschließende Einstellung in die Rücklagen (+) (SteuerR!)

B. Die Spaltung

Ausgliederung vom
Einzelkaufmann

197



Die Ausgliederung zur Neugründung ist die einzige Art der Spaltung, an der ein Minderkaufmann als übertragender Rechtsträger beteiligt sein kann; die Fortführung der Firma ist bei der Ausgliederung auf eine GmbH möglich, wenn die Firma des Einzelkaufmanns erlischt, weil die Ausgliederung das gesamte Unternehmen des Einzelkaufmanns erfasst.

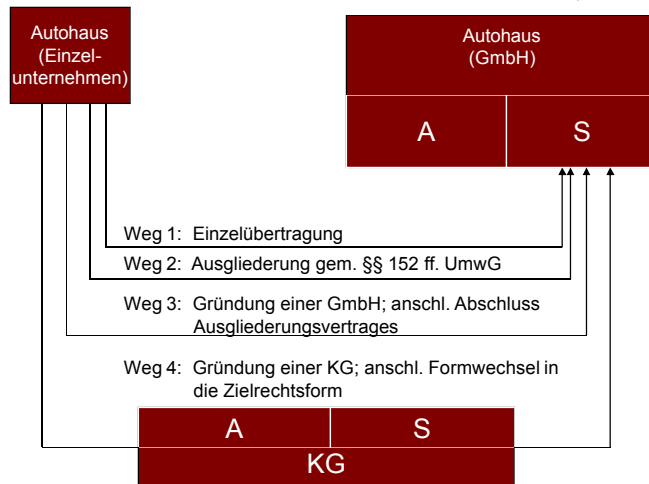
LG Hagen v. 1.12.1995, 22 T 3/95, GmbHR 1996, 127

13.10.2017

B. Die Spaltung

Ausgliederung vom Einzelkaufmann

Alternative Gestaltungs-
möglichkeiten



B. Die Spaltung

Ausgliederung vom Einzelkaufmann

1. Einzelrechts- übertragung

Probleme und Alternativen

- Steuerliche Probleme wenn eine Buchwertfortführung geplant ist und keine Kapitalerhöhung vorgenommen wird
- Möglicherweise verschleierte Sachgründung
 - ➔ gravierende Folgen
- Auflistung sämtlicher Aktiva und Passiva
 - ➔ e.A. Bezugnahme auf Bilanz ausreichend
- Bei Mitübertragung eines Grundstücks → Beurkundungspflicht für den ganzen Einbringungsvertrag § 311 b BGB
- Keine Kostenobergrenze (§ 39 Abs. 4 KostO gilt nicht)

B. Die Spaltung

Ausgliederung vom Einzelkaufmann

2. Ausgliederung § 152 UmwG

Probleme und Alternativen

- Voraussetzungen des Spaltungsverfahrens sind einzuhalten
- Kennzeichnung des zu übertragenden Vermögens
 - ➔ wie bei der Einzelrechtsnachfolge
- Gesamtschuldnerische Nachhaftung

B. Die Spaltung

Ausgliederung vom Einzelkaufmann

3. GmbH-Gründung → Ausgliederungsvertrag

Probleme und Alternativen

- Keine Möglichkeit zur Ausgliederung auf eine neu zu gründende Personengesellschaft
 - ➔ müsste vor der Ausgliederung gegründet werden
- Zustimmungsbeschluss bei der GmbH notwendig

B. Die Spaltung

Probleme und Alternativen

Ausgliederung vom
Einzelkaufmann

4. Gründung KG, dann
Umwandlung in AG

- Übertragung eines KG Anteils
 - ➡ steuerliche Privilegierung, soweit Identität zwischen Schenker und Inhaber der Gesellschaftsanteile
- Anschließend Formwechsel
 - ➡ grunderwerbsteuerbar?

B. Die Spaltung

Eintragung eines Einzelkaufmanns (als Vorstufe zur Ausgliederung)

Ausgliederung vom
Einzelkaufmann

**Eintragung eines
Einzelkaufmanns (als
Vorstufe zur
Ausgliederung)**

Sachverhalt:

- ein als Einzelunternehmen betriebener Pflegedienst (Pflege und Betreuung, insbesondere im Bereich der außerklinischen Intensivpflege und Heimbeatmung) mit 78 Mitarbeitern, einem Jahresumsatz von ca. 240.000 Euro und einem Wirkungskreis in 37 Gemeinden sollte als e.K. eingetragen werden
- nach Ansicht des RegG kommt eine Eintragung als e.K. nicht in Betracht, da es sich um eine freiberufliche Tätigkeit handele

B. Die Spaltung

Ausgliederung vom
Einzelkaufmann

Eintragung eines
Einzelkaufmanns (als
Vorstufe zur
Ausgliederung)

Lösung:

- auch eine **freiberufliche Tätigkeit, kann in so einer Art und Weise ausgeübt** werden, **dass** nach außen ein **gewerbliches Unternehmen** unter Zurücktreten der geistigen, kreativen oder wissenschaftlichen Betätigung vorliegt,
- ob noch eine freiberufliche oder eher gewerbliche Tätigkeit vorliegt, darüber entscheidet nach Maßgabe des BGH die **Verkehrsanschauung** entsprechend dem Gesamtbild der Tätigkeit (BGH NJW 11, 3037); der betriebliche, organisatorische und wirtschaftlicher Aufbau bzw. die Ausgestaltung der Tätigkeit ist maßgeblich (BGHZ 33, 321, 336)

B. Die Spaltung

Ausgliederung vom
Einzelkaufmann

Eintragung eines
Einzelkaufmanns (als
Vorstufe zur
Ausgliederung)

Lösung:

- wesentlich ist, ob die geistige, kreative und wissenschaftliche Leistung oder die technische kaufmännische Gestaltung des Betriebs im Vordergrund stehen;
- Indizien für Gewerblichkeit:
 - marktnahes und wettbewerbsorientiertes Verhalten ist für freie Berufe untypisch (vgl. OLGR Bamberg 2003, 356, 357);
 - Beschäftigung eines ganzen Stabs von Mitarbeitern: wenn die höchstpersönliche Leistungserbringung – als ein wesentliches Merkmal der Freiberuflichkeit – zurücktritt
 - größerer Betrieb, Zusammenschluss und gemeinschaftlicher Tätigkeit mit Nichtfreiberuflern
- hier im Ergebnis Eintragung als e.K. aufgrund der Größe des Betriebes, Anzahl der Mitarbeiter und Einsatzgebiet und marktorientiertem Auftritt



B. Spaltung

In der Krise

Problem: Spaltung in der Insolvenz

- gesellschaftsrechtl. Maßnahme iSv § 225a III InsO → Ausgliederung od. Abspaltung
- Vorteil zum Asset Deal: Wirkung der Gesamtrechtsnachfolge u. optimale Verwertungsmöglichkeit
- **Problem: § 133 I UmwG**
 - Teleologische Reduktion überwiegende Schrift. Wortlaut des § 133 I UmwG im Insolvenzplanverfahren
 - Nur so Sicherstellung hoher Veräußerungserlös
 - ähnl. Begr. BGH Ablehnung Anwendung von § 25 I HGB bei Veräußerung durch den InsVerw.
 - Fortsetzungshaftung zwangsläufig unauflösl. Widerspruch zw.
 - Aufgabe InsVerw. keine Zerschlagung des sanierungsfähigen Unternehmens u.
 - Interesse Gläubiger schnellst- u. bestmögl. Verwertung der Masse
 - Gl. im Insplanverf. durch §§ 245, 251 InsO geschützt



B. Spaltung

In der Krise

Problem: Spaltung in der Insolvenz

- Rechtslage unklar
- Empfehlung: Vornahme Entschuldung des übertragenden Rechtstr. durch einen auf die Planbestätigung aufschiebend bedingten Forderungsverzicht
- Dadurch erhebliche Reduzierung od. sogar vollständige Vermeidung der Verbindlichkeiten bis zur Eintragung der Spaltung
- Denkbar auch Verzicht auf Haftung im gestalt. Teil des InsP
- Schrift.: Nichtentgegensteht § 254 II 1 InsO
- **weiteres Problem: § 140 UmwG**
 - solche Erklärung entbehrlich, wenn Abwicklung übertragender Rechtstr. u. keine Verletzung Gläubigerinteressen durch die Spaltung, sondern im Gegenteil Wahrung in hohem Maße
 - Schwierigkeiten Fortsetzung übertragender Rechtstr.
 - Teil Lit.: Mit Sanierung Wiederauffüllung Stammkapital od. Anpassung Stammkapital nach § 139 UmwG
 - a. A. Erklärung ausreichend, keine Vertiefung Unterbilanz

C. Formwechsel

208

13.10.2017

C. Formwechsel

Grundlagen

- Identitätswahrende Umwandlung
 - Fortbestand des Vermögens
 - Wirtschaftliche Kontinuität
 - Grundsätzliche Identität der Anteilseigner
- GbR kann über Zwischenschritt der Eintragung ins Handelsregister an Umwandlung teilnehmen
- Formwechsel außerhalb des UmwG bleibt möglich
 - Z.B. durch vertragliche Umgestaltung der Haftungsverhältnisse einer OHG
 - Auch bei Eintritt eines neuen Komplementärs liegt insoweit identitätswahrender Formwechsel vor, so dass lediglich Richtigstellung des Grundbuchs notwendig (*BayObLG v. 7.5.2002, 3Z BR 55/02, NZG 2002, 882*)

209

13.10.2017

C. Formwechsel

§ 197 UmwG Anwendung der Gründungsvorschriften

§ 197 UmwG Anwendung der Gründungsvorschriften

Der Grundsatz der Unzulässigkeit der Umgehung von Gründungsvorschriften als Auslegungsmaßstab

- **Wille des Gesetzgebers:** „Wenn für die Errichtung des formwechselnden Rechtsträgers mildere Gründungsvorschriften maßgeblich waren, sollen die für die neue Rechtsform geltenden strengeren Maßstäbe durch den Formwechsel nicht unterlaufen werden können“ (BR-Drucks. 75/94, S. 141).

→ **Grundsatz der Unzulässigkeit der Umgehung von Gründungsvorschriften.**

210

13.10.2017

C. Formwechsel

§ 197 UmwG Anwendung der Gründungsvorschriften

Die Beschränkung der Anwendung der Gründungsvorschriften

- Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 197 Satz 1 UmwG durch die Vorschriften der §§ 214 ff. UmwG
 - Kein Bedürfnis der Anwendbarkeit der Gründungsvorschriften
 - Vermeidung der Angleichung an eine Neugründung
- Teleologische Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 197 Satz 1 UmwG
 - „**In erster Linie**“ (BR-Drucks. 75/94, S. 141)
 - Maßgeblich: Sinn und Zweck des § 197 Satz 1 UmwG
 - **Gläubigerschutz durch Verhinderung der Umgehung von strengeren Gründungsnormen**
 - Negativvoraussetzung: Keine Angleichung an Neugründung.

211

13.10.2017

C. Formwechsel

§ 197 UmwG
Anwendung der
Gründungsvorschriften

Zusammenfassung: Die zweistufige Prüfung der Anwendung des Gründungsrechts

Zweistufige Prüfung:

1. **Stufe:** Ausdrückliche Ausnahme von § 197 Satz 1 UmwG in den §§ 214 ff. UmwG?
2. **Stufe:** Greift der Schutzzweck der betreffenden Gründungsvorschrift auch beim Formwechsel, ohne dass dieser an eine Neugründung angeglichen wird?

Anmerkung: Irrelevanz des Streits zwischen Gründungstheorie und Identitätslehre

- Für teleologische Betrachtung irrelevant
- In jedem Fall Begrenzung des Anwendungsbereichs des § 197 Satz 1 UmwG durch Annäherung an Neugründung

212

13.10.2017

C. Formwechsel

Identität der
Anteilseigner beim
Formwechsel

Formwechsel

- grundsätzlich gleichbleibende quotale Beteiligung
- Identität der Anteilseigner
 - § 202 UmwG
 - Pendant zur Anteilsgewährungspflicht

213

13.10.2017

C. Formwechsel

Identität der Anteilseigner beim Formwechsel

- Formwechsel GmbH & Co. KG in GmbH bzw. umgekehrt
 - Hinzu- bzw. Austritt des persönlich haftenden Gesellschafters gewünscht
 - früher grundsätzlich sog. Treuhandmodelle
- BGH Entscheidung v. 9.5.2005
 - Hinzutritt eines Gesellschafters im Zuge des Formwechsels zulässig

214

13.10.2017

C. Formwechsel

Identität der Anteilseigner beim Formwechsel

GmbH & Co. KG in
GmbH

- **Offene Fragen**
 - Entscheidung übertragbar auf andere Gesellschaftsformen?
 - Welche Mehrheit ist erforderlich?
 - Gilt für Hinzu- wie Austritt?
- **Folgerungen**
 - Austritt ebenfalls zulässig
 - Gilt dies auch für andere Umwandlungsvorgänge?

215

13.10.2017

C. Formwechsel **Sonderproblem: Einheitsgesellschaft**

Identität der
Anteilseigner beim
Formwechsel

GmbH & Co. KG in
GmbH

A-GmbH & Co. KG

A-GmbH	A
A-GmbH & Co. KG	
Komplementärin	Kommanditist

Frage:

Können oder müssen eigene Anteile gewährt werden?

216

13.10.2017

C. Formwechsel **Beschlussfassung**

Wechsel von der
GmbH in die GmbH &
Co. KG

Tritt eine eigens zu diesem Zweck gegründete GmbH als Komplementärin in eine KG ein, so bedarf der Beschluss über den Eintritt nicht der Zustimmung aller Gesellschafter, wenn der Gesellschaftsvertrag „Beschlüsse über Änderungen des Gesellschaftsvertrags, Abtretung von Gesellschaftsbeteiligungen oder über die Auflösung der Gesellschaft“ mit einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen zulässt. Eine solche Regelung trägt den Anforderungen der Lehre vom Bestimmtheitsgrundsatz in ausreichendem Maße Rechnung.

BayObLG v. 10.11.2004, 3Z BR 148/04, DB 2005, 43.

217

13.10.2017

C. Formwechsel **Beschlussfassung**

Wechsel von der GmbH/AG in die GmbH & Co. KG

- Wenn eine AG in eine KG umgewandelt werden soll, muss für die Aktionäre aufgrund der Einladung zur Hauptversammlung eindeutig feststehen, wer Komplementär werden soll.
- Weicht die angekündigte von der beschlossenen Komplementärin ab, so kann der Beschluss angefochten werden.

LG Wiesbaden v. 8.6.1998, 11 O 65/96, AG 1999, 189.

C. Formwechsel **Registerverfahren**

Wechsel von der GmbH in die GmbH & Co. KG

Es ist zulässig, dass beim Formwechsel in eine Kommanditgesellschaft der Gesellschaftsvertrag der Zielgesellschaft eine Bevollmächtigung für die persönlich haftende Gesellschafterin für Registeranmeldungen vorsieht.

Schleswig-Holst. OLG v. 4.6.2003, 2 W 50/03, DB 2003, 1502.

C. Formwechsel

Wechsel von der
GmbH in die GmbH &
Co. KG

Organstellung, Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführer (BGH ZIP 2007, 910).

Organstellung



Anstellungsverhältnis

mit Wirksamkeit
des Formwechsels
beendet

- bleibt unberührt
- wandelt sich insb. nicht
in ein Arbeitsverhältnis
- Entscheidung über
Kündigung obliegt
Gesellschafterversamm-
lung der GmbH entspr.
§ 46 Nr. 5 GmbHG

220

13.10.2017

C. Formwechsel

Formwechsel von der
GmbH & Co. KG in
die GmbH

Probleme

- Gründungsvorschriften des Zielrechtsträgers sind zu beachten
 - Bei der GmbH sind daher die Sachgründungsvorschriften zu beachten
- Gründungskosten sind in der Satzung zu benennen
- Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG muss abgegeben werden

Ausscheiden des Komplementärs im Zuge des Formwechsels
GmbH & Co. KG ➔ GmbH möglich?

- ➔ Der BGH bejaht die Möglichkeit des Eintritts im umgekehrten
Fall

221

13.10.2017

C. Formwechsel

Formwechsel der AG in eine GmbH

Problem: Form von Vollmachten

Beispiel:

Eine AG soll durch Formwechsel in eine GmbH umgewandelt werden. Die Hauptversammlung der AG, in welcher der Formwechsel beschlossen wird, wird mit privatschriftlichen Vollmachten der Aktionäre notariell beurkundet. Alsdann wird der Formwechsel in das Handelsregister eingetragen.

Bedürften die Vollmachten der Aktionäre der notariellen Form des § 2 Abs. 2 GmbHG?

⇒ **Streitig**

222

13.10.2017

C. Formwechsel

Umwandlung UG (haftungsbeschränkt) in GmbH

„Umwandlung“ UG (haftungsbeschränkt) in GmbH

- vollzieht sich nach § 5a GmbHG außerhalb des UmwG
- Möglichkeiten der Erhöhung des Stammkapitals:
 - aus gebildeten Rücklagen auf mind. 25.000 € (testierte Bilanz!)
 - mit Bareinlagen der Gesellschafter
 - Frage: Volleinzahlungsgebot?
 - OLG München v. 23.09.2010, 31 Wx 149/10: Volleinzahlung erforderlich
- GmbH entsteht mit Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses im Handelsregister

223

13.10.2017

C. Formwechsel

Umwandlung UG
(haftungsbeschränkt) in
GmbH

„Umwandlung“ GmbH in UG (haftungsbeschränkt)

- gesetzlich nicht vorgesehen
 - § 190 Abs. 1 UmwG sieht nur Rechtsformwechsel zwischen Rechtsträgern unterschiedlicher Rechtsform vor, nicht innerhalb ein und derselben.
 - Herabsetzung des Stammkapitals unter 25.000 € nicht möglich, da
 - UG Einstiegsvariante der GmbH sein soll
 - Kapitalherabsetzung nicht zur Unterschreitung des Mindeststammkapitals führen darf, § 58 GmbHG
- ➔ daher insgesamt abzulehnen

224

13.10.2017

C. Formwechsel

Umwandlung UG
(haftungsbeschränkt) in
GmbH

Umwandlungsfähigkeit der UG (haftungsbeschränkt)

1. Die UG (haftungsbeschränkt) als Zielgesellschaft

- **Formwechsel**
 - Ausgangspunkt:
UG kann nur zur Gründung einer Gesellschaft errichtet werden (allg. Ansicht)
 - Einheitstheorie:
Formwechsel ist keine Neugründung, sondern identitätswahrender Rechtsformwechsel
⇒ Formwechsel in UG nicht möglich
 - Trennungstheorie:
Formwechsel stellt Neugründung einer Gesellschaft dar (Identitätsprinzip nur Fiktion)
⇒ Formwechsel in UG grundsätzlich möglich

225

13.10.2017

C. Formwechsel

Umwandlung UG
(haftungsbeschränkt) in
GmbH

Umwandlungsfähigkeit der UG (haftungsbeschränkt)

1. Die UG (haftungsbeschränkt) als Zielgesellschaft

➤ Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in UG

- Kapitalgesellschaften dürfen Mindesthaftkapital nicht unterschreiten ⇒ geht unverändert auf UG über
- Problem:
Stammkapital einer UG max. 9.999 €

⇒ UG für Formwechsel ungeeignet, da Umwandlung in GmbH
- Formwechsel GmbH in UG nicht möglich, da UG lediglich Unterform der GmbH

226

13.10.2017

C. Formwechsel

Umwandlung UG
(haftungsbeschränkt) in
GmbH

Umwandlungsfähigkeit der UG (haftungsbeschränkt)

1. Die UG (haftungsbeschränkt) als Zielgesellschaft

➤ Formwechsel einer Personenhandelsgesellschaft in UG (haftungsbeschränkt)

- wirtschaftlich Gründung durch Sacheinlage
⇒ Problem: Sacheinlagenverbot
- keine Alternative in Form einer Bargründung
⇒ teleologische Reduktion des § 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG dahingehend, dass ein Rechtsformwechsel einer „werthaltigen“ Personenhandelsgesellschaft in die UG zulässig ist.
- UG wird durch Formwechsel mit erheblichem Vermögen ausgestattet ⇒ Entwicklung zur GmbH wird beschleunigt

227

13.10.2017

C. Formwechsel

Umwandlung UG
(haftungsbeschränkt) in
GmbH

Umwandlungsfähigkeit der UG (haftungsbeschränkt)

2. Die UG (haftungsbeschränkt) als Ausgangsgesellschaft

- Formwechsel einer UG, §§ 190 ff.
 - in AG:
 - nicht möglich, da erforderliche Kapitalerhöhung zwangsläufig zu Umwandlung in GmbH führt
 - in Personengesellschaft:
 - möglich; keine Besonderheiten im Vergleich zu anderen Kapitalgesellschaften
 - keine Beschränkungen aus Besonderheiten des § 5a GmbHG

228

13.10.2017

C. Formwechsel

Formwechsel in eine
AG

1. Abwicklung und
Fehlerquellen

Abwicklung / Problemkreise

- Identität der Anteilseigner; nicht verhältnismäßiger Formwechsel ist möglich
- Gründungsprüfung / Gründungsbericht nach § 33 AktG
- Kapitalaufbringung
- Beteiligung der Arbeitnehmer / des Betriebsrats
- Konstituierung des Aufsichtsrates

229

13.10.2017

C. Formwechsel

Formwechsel in eine AG

1. Abwicklung und Fehlerquellen

Beschluss / Abfindungsangebot

- Vertragliche Regelung, wonach ein dem Formwechsel nicht zustimmender Gesellschafter aus der Gesellschaft gegen Abfindung ausscheidet, ist unzulässig
- Der Gesellschafter bleibt bis zur Entscheidung über die Annahme der Barabfindung im Spruchverfahren an der neuen Gesellschaft beteiligt
vgl. OLG Frankfurt a. M. v. 30.4.2002, 20 W 137/02; OLG Karlsruhe v. 26.9.2002, 9 U 195/01

C. Formwechsel

Formwechsel in eine AG

2. Rechtsfolgen des Formwechsels

Problemfelder

- Stellung der Organe /Prokuristen
- Beteiligung als stiller Gesellschafter / Unternehmensverträge
- Übergang öffentlich-rechtlicher Genehmigungen
- Rückwirkung
- Anwendbares Recht bis zur Eintragung

C. Formwechsel

Formwechsel in eine AG

2. Rechtsfolgen des Formwechsels

Stille Gesellschaft / Unternehmensverträge

- Stille Beteiligung stellt Teilgewinnabführungsvertrag im Sinne des Aktienrechts dar
- Stiller Gesellschafter muss dem Formwechsel nicht zustimmen.
- Stille Beteiligung dürfte wohl keinen Sondervorteil nach § 23 AktG darstellen, der in die Gründungssatzung aufzunehmen wäre
- Kapitalerhaltungsvorschriften nach §§ 57 ff. AktG sind zu beachten
- Gewinnbeteiligung darf nicht über den jeweiligen Jahresüberschuss hinausgehen, § 301 AktG

232

13.10.2017

C. Formwechsel

Formwechsel in eine AG

2. Rechtsfolgen des Formwechsels

Stille Gesellschaft / Unternehmensverträge

Der Formwechsel einer beherrschten AG in die GmbH & Co. KG führt grundsätzlich nicht zur automatischen Beendigung des Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages. Das bestehende Vertragsverhältnis ist nur dann mit der Rechtsform des verpflichteten Unternehmens nicht zu vereinbaren, wenn der Komplementär der KG eine natürliche Person ist, die nicht zum Kreis des herrschenden Unternehmens gehört und das herrschende Unternehmen selbst nicht an der Personengesellschaft beteiligt ist.

OLG Düsseldorf v. 27.2.2004, 19 W 3/00 AktE, ZIP 2004, 753

233

13.10.2017

C. Formwechsel

Formwechsel in eine AG

2. Rechtsfolgen des Formwechsels

- Rechtsträgerwechsel findet nicht statt, daher fällt auch keine Grunderwerbsteuer an; Unbedenklichkeitsbescheinigung kann vom GBA nicht verlangt werden

LG Dresden v. 16.7.1998, 2 T 626/98, DB 1998, 1807.

- Umwandlungsbeschluss lässt Verfügungsbefugnis über Gesellschafterrechte unberührt; Veräußerung richtet sich bis zur Eintragung nach Vorschriften des Ausgangsrechtsträgers; neuer Anteilshaber ist ggf. im HR des neuen Rechtsträgers einzutragen.

BayObLG v. 2.4.2003, 3Z BR 57/03, ZIP 2003, 1145.

C. Formwechsel

Formwechsel einer Kapital- in eine Personengesellschaft als Sanierungs- maßnahme

Fall

- Durch Formwechsel in OHG fällt Insolvenzantragspflicht fort, wenn Überschuldung der Insolvenzgrund ist.
- Bei Formwechsel in KG muss der persönlich haftende Gesellschafter eine natürliche Person sein.
- immer zu beachten → Insolvenzantragspflichten

C. Formwechsel

Gemeinnützige
Vereine im Lichte
jüngster
Entwicklungen

Ausgangspunkt

Hierzu ausführlich: Winheller, DStR 2015, 1389; ders.
DStR 2013, 2009

- Großteil der Verbände und gemeinnützige Trägervereinigungen Idealvereine nach § 21 BGB
- registergerichtliche Eintragungspraxis der letzten Jahre zunehmend geprägt von einer ablehnenden Haltung gegenüber dem Idealverein
- Problematik besteht bei Neugründungen sowie bei Satzungsänderungen oder gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen

C. Formwechsel

Gemeinnützige
Vereine im Lichte
jüngster
Entwicklungen

Rechtsrahmen

- Differenzierung zwischen Idealverein und wirtschaftlichem Verein
- typologische Abgrenzungsmethode zur Klärung des „wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs“ eines Vereins im Sinne des § 22 BGB
- Daher wirtschaftliche Betätigung, wenn Verein am Markt gegenüber Dritten unternehmerisch tätig wird, für seine Mitglieder unternehmerische Teilfunktionen wahrnimmt oder allein gegenüber seinen Mitgliedern unternehmerisch auftritt
- Trotz wirtschaftlicher Beteiligung ist Eintragung über das Nebenzweckprivileg möglich
- Nebenzweckprivileg erlaubt Idealverein unternehmerische Tätigkeiten, die dem idealen Hauptzweck zu- und untergeordnet sowie Hilfsmittel zur Zweckerreichung sind

C. Formwechsel

Gemeinnützige Vereine im Lichte jüngster Entwicklungen

Indizwirkung der Gemeinnützigkeitsanerkennung

Entscheidung:

- Aufhebung Beschlüsse u. Einstellung Amtslöschungsverf.
- Bet.=nicht wirtschaftliche Vereine, da ihr Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ausgerichtet
- Zwar üben beide unternehmerische Tätigkeiten durch den entgeltlichen Betrieb von Kindertagesstätten aus, diese jedoch vom Nebenzweckprivileg erfasst
- **Indizwirkung für nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Verein Anerkennung als gemeinnützig im Sinne der §§ 51 ff. AO**
- Gesetzgebungshistorie zeige, dass der Gesetzgeber den gemeinnützigen Verein als einen Regelfall eines Idealvereins angesehen hat, der nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist

C. Formwechsel

Gemeinnützige Vereine im Lichte jüngster Entwicklungen

Indizwirkung der Gemeinnützigkeitsanerkennung

Entscheidung:

- Finanzverwaltung viel effektiver Vorauss. der §§ 51 ff. AO überwachen als die Registergerichte
- Diese Vereine kein Kapital anhäufen
- Verwendung erwirtschafteten Mittel ausschließlich für den satzungsmäßigen Zweck → Gläubigerschutz nicht gefährdet
- Gl. wissen Vereine keine garantierte Mindestkapitalausstattg.
- Die **Größe und der Umfang** des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs allein sind **nicht aussagekräftig**, ob dieser dem **sogenannten Nebenzweckprivileg** unterfällt

C. Formwechsel

Gemeinnützige Vereine
im Lichte jüngster
Entwicklungen

Traditionelle Freimaurerloge nicht gemeinnützig – BFH v. 17.5.2017 – V R 52/15, juris

Orientierungssätze:

- Erfüllt eine Vereinigung hinsichtlich der Förderung der Religion die gemeinnützigkeitsrechtlichen Voraussetzungen für eine Anerkennung nicht, ist eine Gemeinnützigkeit wegen Förderung mildtätiger Zwecke ebenfalls ausgeschlossen.
- Eine sog. Gleichheit im Unrecht besteht wegen des Vorrangs des Gesetzes nicht. Es gibt keinen Anspruch auf Fehlerwiederholung bei der Rechtsanwendung.
- Die Normen der EMRK verstärken lediglich ein dem Steuerpflichtigen nach nationalem Recht bereits zustehendes Recht, können ein den deutschen Gesetzen nicht innewohnendes Recht aber regelmäßig nicht eigenständig begründen.

C. Formwechsel

Gemeinnützige Vereine
im Lichte jüngster
Entwicklungen

Folgerungen und Konsequenzen:

- Überdenken Festhalten an der Rechtsform des Vereins
- Im Falle nachträglicher Aberkennung Gemeinnützigkeit droht Amtslöschungsverfahren nach § 395 FamFG
 - Verschärfung des Haftungsrisikos von einer Organhaftung zu einer Vertreterhaftung
- Andere Rechtsformgestaltungsmöglichkeiten nach Prüfung der Satzung (gGmbH; Neugründung/Ausgliederung)
- Außerdem BGH Entscheidung für zahlreiche nicht gemeinnützigen Vereine wie z.B. Gewerbevereine, Marketingvereine in Einkaufszentren etc. problematisch.
- Im Rahmen der Eintragung von nicht völlig unzweifelhaft gemeinnützigen Vereinen hilfreich vor dem Eintragungsantrag Bestätigung vorläufige Anerkennung der Gemeinnützigkeit durch die Finanzverwaltung bestätigen zu lassen

C. Formwechsel

Gemeinnützige
Vereine im Lichte
jüngster
Entwicklungen

Alternativen: gGmbH

- Umwandlung über Formwechsel nach den §§ 272 ff. UmwG

Pro:

- Vereinsvermögen wird zum Gesellschaftsvermögen
- Verträge mit Dritten werden von der gGmbH fortgeführt
- Mitglieder des Vereins werden zu Gesellschaftern der gGmbH
- hohe Kapitalausstattung als Reichen für Seriosität im Rechtsverkehr

Contra:

- oftmals wollen die Mitglieder des Vereins nicht zu Gesellschaftern werden, daher Austritt notwendig
- hohes Stammkapital
- Bilanzierungspflicht

C. Formwechsel

Gemeinnützige
Vereine im Lichte
jüngster
Entwicklungen

Neugründung / Ausgliederung

- Über die Gründung einer 100%-Tochter gGmbH kann der Verein seinen „wirtschaftlichen Betrieb“ auf diese ausgliedern

Pro:

- Verein als solcher existiert mit unveränderter Mitgliedschaft weiter
- Verein ist einziger Gesellschafter der gGmbH
- wirtschaftliche Aktivitäten der Tochtergesellschaft werden dem Verein nicht zugerechnet

Contra:

- Änderung des Satzungsgegenstandes des Vereins dahingehend, dass dieser lediglich Förderzwecke verfolgt, dafür kann § 33 I 2 BGB Mehrheit erforderlich sein!

C. Formwechsel

Gemeinnützige Vereine im Lichte jüngster Entwicklungen

Alternativen: Stiftung

- Formwechsel nach UmwG nicht möglich
- Zunächst Errichtung eigenständiger, danach Übertragung des Vermögens des Vereins auf die Stiftung
- Zuletzt Liquidation des Vereins

Pro:

- Seriosität
- Spendenakquise möglich

Contra:

- hohes Ausstattungsvermögen erforderlich, weil Stiftungsvermögen das Stiftungsziel dauerhaft aus Erträgen finanzieren muss
- staatliche Kontrolle und Eintragung ins Stiftungsregister
- Änderungen des Stiftungsziels kaum möglich

C. Formwechsel

Gemeinnützige Vereine im Lichte jüngster Entwicklungen

Alternativen: Gemeinnützige UG (haftungsbeschränkt)

- Umwandlung über Formwechsel nach §§ 272 ff. UmwG (-)
- Bargründung oder
- Sachgründung
- für Gründung einer gemeinnützigen UG fallen Notarkosten in größerem Umfang als im Vergleich zu einer normalen UG an
- Bilanzierungspflicht

C. Formwechsel

Einzelne Probleme

Keine Klauselumschreibung nach Formwechsel

BGH v. 14.1.2016 – V ZB 148/14, ZIP 2016, 765 = EWIR 2016, 397 = NotBZ 2016, 302

Sachverhalt:

- Gl. Zwangsversteigerung in zwei Wohnungen
- Titelschuldnerin und im Grundbuch eingetragen = W-GmbH
- Im Handelsregister Eintragung Formwechsel der W-GmbH in die B-OHG mit den Gter I.B. und D.A.
- Später Löschung auf Antrag
- Anschriften der Gter nicht ermittelbar → Bestellung Zustellungsbevollmächtigten
- Nach Erteilung des Zuschlagsbeschlusses erhob B-GbR Beschwerde
- Gter hätten ihre Anteile an der W-GmbH an zwei Limited verkauft
- AG stellte Zwangsversteigerungsverfahren vorläufig ein und Gl. soll Titel auf die Gter der B-GbR umschreiben zu lassen und zustellen

C. Formwechsel

Einzelne Probleme

Keine Klauselumschreibung nach Formwechsel

BGH v. 14.1.2016 – V ZB 148/14, ZIP 2016, 765 = EWIR 2016, 397 = NotBZ 2016, 302

Entscheidung:

- In diesem Fall keine titelergänzende Klausel nach § 727 ZPO notwendig
- Formwechsel nur im Handelsregister und nicht im Grundbuch gem. § 47 Abs. 2 GBO eingetragen
- keine Rechtsnachfolge
→ Beide Umwandlungen (von der GmbH zur OHG und dann zur GbR) keine Änderung Identität des Rechtsträgers
- Titelschuldner = im Grundbuch Eingetragene
- Anwendung Fiktion des § 1148 S. 1 BGB.

C. Formwechsel

Formwechsel in eine GbR, § 235 UmwG

BGH, Urt. v. 18.10.2016 – II ZR 314/15, ZIP 2017, 14

Einzelne Probleme

Sachverhalt:

- A-GmbH schuldete Kl. Mietrückstände
- Bekl. (B-GmbH und A.H.) Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile A-GmbH
- Beschluss Formwechsel M-GbR
- Bekl. Veräußerung Geschäftsanteile A-GmbH an 2 britische Limited
- RG Eintragung Formwechsel in HR der A-GmbH unter Nennung Gter
- Notar Einreichung neue Gterliste (Gter: Limited)
- HR Eintragungsberichtigung erst knapp 2 Jahre später durch Rötung der Eintragung der Gesellschafter
- Kl. zunächst Geltendmachung Mietrückstände ggü. M-GbR und Bekl.
- Nach Hinweis Gericht auf eingereichte Gterliste:
→ Kl. nur noch gegen Bekl. vor und hilfsweise Freistellung von den Kosten des Rechtsstreits

C. Formwechsel

Formwechsel in eine GbR, § 235 UmwG

BGH, Urt. v. 18.10.2016 – II ZR 314/15, ZIP 2017, 14

Einzelne Probleme

Entscheidung:

- § 235 Abs. 1 UmwG: GbR selbst (Zielrechtsträger) abweichend von § 198 Abs. 1 UmwG nicht in das HR einzutragen
- Erst recht: Gter der GbR nicht einzutragen
- *Keine analoge Anwendung von § 47 Abs. 2 GBO*
- Gl. können Einsicht in letzte Gterliste des Ausgangsrechtsträgers nehmen
- Haftung nach § 15 Abs. 2 HGB
 - Eintragungspflichtige Tatsache (-)
 - Eintragungsfähige Tatsache genügt nicht

C. Formwechsel

Formwechsel in eine GbR, § 235 UmwG

BGH, Urt. v. 18.10.2016 – II ZR 314/15, ZIP 2017, 14

Einzelne Probleme

Entscheidung:

- *Allgemeine Rechtsscheinsgrundsätze* bleiben unberührt: „Wer unrichtig als Gesellschafter einer durch Umwandlung entstandenen GbR im Handelsregister eingetragen ist, kann nach allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätzen für die Kosten eines Rechtsstreits haften, den ein Gläubiger der Ausgangs-GmbH im Vertrauen auf seine Haftung als Gesellschafter gegen ihn führt“ (2. Leitsatz des Senats).

D. Grenzüberschreitende Umwandlung

D. Grenzüberschreitende Umwandlung

Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie – Die neuen Regelungen im Überblick

Die Regelungen im Einzelnen:

- § 122a UmwG:
 - Definition der grenzüberschreitenden Verschmelzung

Nicht erfasst sind:

- rein nationale Verschmelzungen
- Verschmelzungen mit Gesellschaften aus Drittstaaten
- Verschmelzungen unter Beteiligung von Personengesellschaften sowie Genossenschaften
- Spaltung und Formwechsel

D. Grenzüberschreitende Umwandlung

Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie – Die neuen Regelungen im Überblick

Die Regelungen im Einzelnen:

- § 122b UmwG - Verschmelzungsfähige Rechtsträger sind:

- GmbH
- AG
- KGaA
- SE mit Sitz in Deutschland

Nicht erfasst sind:

- Verschmelzungen unter Beteiligung von Personengesellschaften, Genossenschaften sowie Kapitalsammelgesellschaften

D. Grenzüberschreitende Umwandlung

Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie – Die neuen Regelungen im Überblick

Die Regelungen im Einzelnen:

- §§ 122c, d UmwG:
 - Verschmelzungsvertrag ⇔ Verschmelzungsplan
 - zusätzliche Angaben gegenüber § 5 UmwG:
 - Satzung der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft
 - Angaben zu dem Verfahren, für AN-Mitbestimmung
 - Angaben zur Bewertung der übergehenden Aktiva und Passiva
 - Bilanzstichtage der beteiligten Gesellschaften

254

13.10.2017

D. Grenzüberschreitende Umwandlung

Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie – Die neuen Regelungen im Überblick

Die Regelungen im Einzelnen:

- §§ 122c, d UmwG:
 - Notarielle Beurkundung, § 122c Abs. 4
 - Bekanntmachung des Verschmelzungsplans, § 122d UmwG ⇒ jetzt auch generell für GmbHs zwingend!
- § 122e UmwG:
 - Zuleitung des Verschmelzungsberichts
⇒ nicht mehr verzichtbar, muss auch an Betriebsrat bzw. Arbeitnehmer gehen

255

13.10.2017

D. Grenzüber- schreitende Umwandlung

Umsetzung der
Verschmelzungs-
richtlinie – Die neuen
Regelungen im
Überblick

Die Regelungen im Einzelnen:

- § 122f UmwG - Verschmelzungsprüfung
 - erfolgt durch einen oder mehrere Sachverständige
 - Prüfungsbericht muss Gesellschafterversammlung spätestens einen Monat vor Beschlussfassung vorliegen
- § 122g UmwG – Zustimmung der Anteilseigner
 - richtet sich nach den bekannten Bestimmungen der §§ 13, 50, 56, 65, 73 und 78 UmwG
 - entbehrlich, wenn sich alle Anteile der übertragenden Gesellschaft in der Hand der übernehmenden Gesellschaft befinden.

256

13.10.2017

D. Grenzüber- schreitende Umwandlung

Umsetzung der
Verschmelzungs-
richtlinie – Die neuen
Regelungen im
Überblick

Die Regelungen im Einzelnen:

- § 122i UmwG – Abfindungsangebot an nicht zustimmende Anteilsinhaber
- § 122j UmwG – Schutz der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft
- § 122k UmwG
 - Vertretungsorgane müssen Versicherung abgeben, dass allen nach § 122j UmwG anspruchsberechtigten Gläubigern Sicherheit geleistet wurde
 - falsche Versicherung wird in § 314a UmwG unter Strafe gestellt (Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahre oder Geldstrafe)

257

13.10.2017

D. Grenzüberschreitende Umwandlung

Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie – Die neuen Regelungen im Überblick

Kritik an Neuregelungen:

- Unvollständig
 - Arbeitnehmermitbestimmung und Besteuerung unzureichend geregelt
 - Grenzüberschreitende Spaltungen nicht erfasst

D. Grenzüberschreitende Umwandlungen

Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts

- „...Intention der Kodifikation ist die Klarheit und Übersichtlichkeit des europäischen Gesellschaftsrechts im Ausführung der Initiative "Europa der Bürger", um ein verständliches und einfaches Unionsrecht zu [entwickeln]. Diesem Ziel standen die zahlreichen und sich ständig ändernden gesellschaftsrechtlichen Richtlinien gegenüber.
- Materielle Inhaltsänderungen der aufgehobenen Richtlinien sind nicht vorliegend, lediglich eine Konsolidierung zum Zwecke der Übersicht wurde durchgeführt.

D. Grenzüber- schreitende Umwandlungen

- Inhalt der Richtlinie sind insbesondere Gründung-, Offenlegungs- und Kapitalvorschriften, sowie die Verschmelzung und Spaltung von Kapitalgesellschaften.“ (www.kapitalmarktrecht-im-internet.eu/de/Rechtsgebiete/Gesellschaftsrecht/Europaeisches_Recht/9341/Richtlinie_2017_1132_EU.htm Abruf v. 04.09.2017)
- Die Regelungen zur Verschmelzung finden sich in den Artikeln 87 ff., zur grenzüberschreitenden Verschmelzung in den Artikeln 118 ff.
- Die Regelungen zum Zustimmungsbeschluss der Anteilseigner sind in Art. 126, Abs. 2 sowie in Art. 132, Abs. 1 (Konzernverschmelzung) festgelegt.

D. Grenzüber- schreitende Umwandlungen

Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts

Kodifiziert als Rahmenrichtlinie einige der wesentlichen bisherigen Richtlinien:

- **Spaltungsrichtlinie** (Richtlinie 82/891/EWG)
(nunmehr aufgehoben)
- **Verschmelzungsrichtlinie** (Richtlinie 2011/35/EU)
(nunmehr aufgehoben)
- **Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen** (IntVerschmRL 2005/56/EG)
(nunmehr aufgehoben)
- Ebenfalls aufgehoben:
 - **Zweigniederlassungsrichtlinie** (89/666/EWG)
 - **Kapitalrichtlinie** (2012/30/EU)

D. Grenzüberschreitende Verschmelzung

Fortbestand von Anleihen

EuGH v. 7.4.2016 – Rs. C-483/14, GWR 2016, 231

Die österr. Spark. Vers. AG macht als Gläubigerin verschiedene Zinsforderungen aus einer Nachranganleihe geltend, die von der zypr. Kommunalkredit Int. Bank LTD begeben worden waren. Nach Anleihebedingungen gilt deutsches Recht. Die Emittentin zahlte ab Ende 2008 keine Zinsen mehr und wurde am 2010 grenzüberschreitend auf die österr. KA Finanz AG verschmolzen. Vor österr. Gerichten forderte die Gläubigerin von der KA Finanz AG Zahlung der offenen Zinsen für 2009+2010, hilfsweise nach § 226 III des österr. AktG die Einräumung der Anleihe gleichwertiger Rechte. Danach sind Inhabern von Schuldverschreibungen bei einer Verschmelzung gleichwertige Rechte zu gewähren oder die Änderung der Rechte oder das Recht selbst angemessen abzugelten. Dies setzt Art. 15 der RL 78/855/EWG über die innerst. Verschmelzung um, demzufolge Inhabern von Wertpapieren, die keine Aktien sind, aber Sonderrechte tragen, gleichwertige Rechte zu gewähren sind.

D. Grenzüberschreitende Verschmelzung

EuGH v. 7.4.2016 – Rs. C-483/14, GWR 2016, 231

Entscheidung:

- Unionsrecht ist dahin auszulegen, dass grenzüberschreitende Verschmelzung einer Anleiheemittentin auf eine andere Gesellschaft nicht zur Folge hat,
 - dass Anleihen untergehen, oder
 - dass sich das auf die Anleihe anwendbare Recht ändert
- Art. 15 der 3. RL 78/855/EWG über die Gewährung gleichwertiger Rechte an Inhaber von Wertpapieren, die mit Sonderrechten verbunden, jedoch keine Aktien sind, begründet keine Rechte der übernehmenden Gesellschaft.

D. Grenzüberschreitende Sitzverlegung

Anwendbares Recht

KG v. 21.03.2016 – 22 W 64/15, NZG 2016, 834

Sachverhalt:

Eine nach französischem Recht gegründete Kapitalgesellschaft (SARL) wollte ihren Geschäftssitz von Paris nach Berlin verlegen.

Entscheidung:

- Grenzüberschreitender Formwechsel richtet sich nach deutschen Vorschriften über den Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine GmbH.
- Regelungen über den grenzüberschreitenden Sitzwechsel einer Europäischen Gesellschaft finden keine Anwendung.
- Absage an „Checkliste“ des AG Charlottenburg

D. Grenzüberschreitende Sitzverlegung

OLG Frankfurt a.M. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15, ZIP 2017, 611

Sachverhalt:

- GmbH (im dts. HR eingetragen) Anmeldung Satzungssitzverlegung nach Italien, neue ital. Adresse, Beschluss ital. Rechtsform „S.r.l.“
- HR Zurückweisung Anmeldung, formwahrende Sitzverlegung
- Eintragung ins ital. HR
- Einreichung Gründungs- und Eintragungsunterlagen dts. HR
- Zurückweisung keine Anmeldung unter formwechselnden Vorschriften (§§ 190 ff. UmwG)

D. Grenzüberschreitende Sitzverlegung

OLG Frankfurt a.M. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15, ZIP 2017, 611

Entscheidung:

- Grds: Formwahrende Sitzverlegung einer deutschen GmbH in einen EU-Staat nach h.M. unzulässig und führt zur Auflösung
- ABER: Besteht deutliche Absicht eines Rechtsformwechsels in eine Rechtsform des Zuzugsstaates, muss keine explizite Sitzverlegung eingereicht werden
- Möglich ist auch eine Sitzverlegung samt Formwechsel durch Wahl einer Rechtsform des Zuzugsstaates durch europarechts-konforme Auslegung der §§ 1 I Nr. 4, 191 II UmwG
- Entspr. Anwendung § 101 I Nr. 1 und 3, II, III UmwG
- Nichtanwendung dieser Vorschriften hätte Ungleichbehandlung von deutschen und ausländischen Handelsregistern zur Folge
- Nicht vereinbar mit Niederlassungsfreiheit, Art. 49, 54 AEUV

266

D. Grenzüberschreitende Sitzverlegung

Vorlageverfahren aus Polen, EuGH Gerichtsmittteilung v. 13.6.2016 – C – 106/16, BeckEuRS 2016,476206

Sachverhalt:

- Poln. GmbH Beschluss Verlegung Sitz nach Luxemburg
- Ort der tatsächlichen Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit?
- Poln. HR Eröffnung Liquidationsverfahren, Best. Liquidator
- In Lux. Beschluss grenzüberschreitende Sitzverlegung mit Änderung in die lux. GmbH, Namensänderung und Neufassung des Gesellschaftsvertrages
- Eintragung S.à.r.l. in lux. HR
- Poln. RG Verweigerung Löschung (Fehlen nach polnischem Recht erforderlichen Nachweise über die Auflösung und Liquidation)
- GmbH → Verlegung Gesellschaftssitz, Fortbestehen der Gesellschaft in Lux. → Beendigung Liquidationsverfahren
- Oberste Gerichtshof Polens Vorlage EuGH gem. Art. 267 AEUV zur Vorabentscheidung

267

D. Grenzüberschreitende Sitzverlegung

Schlussantrag der Generalanwältin v. 4.5.2017 – EUGH C-106/16, BeckRS 2017, 108853

- Unter die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 und Art. 54 AEUV fällt ein Vorgang, sofern eine tatsächliche Ansiedlung dieser Gesellschaft im anderen Mitgliedstaat zum Zweck der Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit besteht oder beabsichtigt wird
- Nationaler Rechtsvorschriften beschränken die Niederlassungsfreiheit, wenn die Löschung der Gesellschaft im HR des Herkunftsmitgliedstaats deren vorherige Auflösung nach Durchführung der Liquidation voraussetzt
- Generelle Pflicht zur Durchführung eines Liquidationsverfahrens stellt kein verhältnismäßiges Mittel dar, um die Gläubiger, Minderheitsgesellschafter und Arbeitnehmer zu schützen

268

Brexit Grundlagen:

- Deutschland: Sitztheorie (Anknüpfung an effektiven Verwaltungssitz)
- EuGH: Sitztheorie mit Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) unvereinbar
 - Deutschland erkennt seither Gesellschaften, welche
 - in EU-/EWR-Mitgliedstaaten gegründet wurden und ihren Sitz ins Inland verlegen als wirksam gegründete und existierende Auslandsgesellschaften an

Brexit

Gesellschaftsrechtliche Konsequenzen des Brexits:

- keine Anwendbarkeit der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit
- UK wird in Deutschland als Drittstaat angesehen
- Nach BGH ist auf Drittstaaten Sitztheorie anwendbar
- Bei Verbleib im EWR (unwahrscheinlich):
 - Anerkennung ausländischer Gesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland
 - Gesellschaften mit Satzungssitz im UK und Verwaltungssitz in Deutschland werden wie inländische PersGes behandelt (unbeschränkte persönliche Haftung)
- Bestandsschutz für betroffene Gesellschaften? str.

Brexit

Spezifische Probleme der Limited:

- faktisch ausschließlich am deutschen Verwaltungssitz tätig
- Nach englischem Recht gegründete haftungsbeschränkte Gesellschaft erfüllt nicht Voraussetzungen des deutschen Rechts an vergleichbare Rechtsform
- Anerkennung der Ltd nur durch Niederlassungsfreiheit
- Zu erwartende Probleme:
 - Behandlung als GbR oder oHG (durch Sitztheorie)
 - Grundsatz der Selbstorganschaft
 - Probleme bei Vertretung bei Personenverschiedenheit von directors und Gtern.

Brexit

Gestaltungsmöglichkeiten

➤ Asset Deal

- Übertragung sämtliche Vermögensgegenstände und Rechtsverhältnisse auf deutsche Kapitalgesellschaft
- P.: ggf. Aufdeckung stiller Reserven
- P.: Vertragsübernahme
- P.: Liquidation der Ltd. in GB

➤ Grenzüberschreitender Formwechsel

- bis zum Brexit wegen Niederlassungsfreiheit grenzüberschreitender Formwechsel in deutsche Kapitalgesellschaftsform möglich
- „Hereinformwechsel“ vor Brexit grundsätzlich steuerneutral
- P.: kein Formwechsel in UG (haftungsbeschränkt)

➤ Grenzüberschreitende Verschmelzung

- Auch auf UG (haftungsbeschränkt) möglich, sofern durch Verschmelzung Mindeststammkapital erreicht

D. Grenzüberschreitende Umwandlung

Die Europäische Gesellschaft

Rechtsgrundlagen

- Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) → (SE-VO)
- Richtlinie 2001/86/EG vom 8.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer (SE-RL)

Ausführungs- / Transformationsgesetze

- Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG)
- Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SEBG)

D. Grenzüberschreitende Umwandlung

Die Europäische Gesellschaft

Gründung / Entstehung

Originäre Gründungsvarianten

- durch Verschmelzung
- durch Gründung einer Holding- SE
- durch Gründung einer Tochter- SE
- durch Umwandlung

Abgeleitete Gründungsvarianten

- Eigengründung (SE gründet SE)

274

13.10.2017

D. Grenzüberschreitende Umwandlung

Die Europäische Gesellschaft

Gründungsvoraussetzungen

- Grundkapital mind. 120.000 Euro
- Gründer nur juristische Personen
 - Bei Gründung einer Tochter-SE auch GmbHs sowie juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts
 - Bei Verschmelzung nur Aktiengesellschaften
- Europäischer bzw. mehrstaatlicher Bezug notwendig
 - Verschmelzung zu einer SE nur möglich, wenn mindestens zwei der teilnehmenden Aktiengesellschaften dem Recht verschiedener Mitgliedsstaaten unterliegen
 - Bei den anderen Gründungsvarianten ist zur Herstellung des europäischen Bezuges teilweise eine, dem Recht eines anderen Mitgliedsstaates unterliegende Tochtergesellschaft oder Zweigniederlassung ausreichend

275

13.10.2017

D. Grenzüber- schreitende Umwandlung

Die Europäische
Gesellschaft

Zweistufiges Registerverfahren bei Verschmelzung

- Prüfung im Wegzugsstaat
 - ➡ Ausstellung einer Bescheinigung (Eintragungsnachricht)
- Prüfung im Zuzugsstaat

Problem:

Einstufiges Registerverfahren bei Gründung einer Holding-SE

D. Grenzüber- schreitende Umwandlung

Die Europäische
Gesellschaft

Entwicklungen:

- Aufgabe der Pläne für eine Societas Privata Europaea (SPE)
- Richtlinienentwurf für das Statut einer **Societas Unius Personae (SUP)**
 - Einpersonen (nat./jur.) – Gesellschaft
 - mind. Kapital 1 Euro
 - Onlinegründung mit Musterprotokoll
 - keine Thesaurierungspflicht
 - Anwendung des Rechts des Mitgliedstaates in dem die Registrierung erfolgt
 - Verwaltungs- und Satzungssitz müssen nicht identisch sein

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit