

# DNotI

Deutsches Notarinstitut

**Dokumentnummer:** i15wx360\_09  
**letzte Aktualisierung:** 8.9.2010

**OLG Hamm**, 24.6.2010 - I-15 Wx 360/09

UmwG §§ 2, 20

## **Verschmelzung von Komplementär-GmbH auf KG wegen Erlöschens der KG als dem aufnehmenden Rechtsträger nicht möglich**

Eine Verschmelzung einer GmbH auf die Kommanditgesellschaft, in der die GmbH die Komplementärfunktion wahrnimmt, ist ausgeschlossen, weil die aufnehmende KG im selben Augenblick des Wirksamwerdens der Verschmelzung kraft Gesetzes erlöschen würde. Das UmwG setzt jedoch das Fortbestehen des aufnehmenden Rechtsträgers voraus.

Die weitere Beschwerde wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Erstbeschwerde als unzulässig verworfen wird.

**Tenor:**

Der Beschwerdewert beträgt 3.000 €

## **Gründe**

I.)

Die Beteiligte zu 1) ist die Komplementärin der betroffenen KG, der Beteiligte zu 2) deren einziger Kommanditist. Sie haben zur Eintragung in das Handelsregister der betroffenen Gesellschaft angemeldet, dass die Beteiligte zu 1) als übertragender Rechtsträger aufgrund des Verschmelzungsvertrages, des Beschlusses der

Dr. I-GmbH und des Beschlusses der Gesellschafterversammlung der betroffenen Gesellschaft mit der Gesellschaft des übernehmenden Rechtsträgers, nämlich der betroffenen Gesellschaft, verschmolzen ist, die betroffene Gesellschaft durch die Vereinigung aller Gesellschaftsanteile in einer Person erloschen ist und ihr Geschäftsbetrieb von ihrem bisherigen Kommanditisten in nicht im Handelsregister eingetragener Form fortgeführt wird.

Mit Zwischenverfügung vom 13.08.2009 hat das Registergericht die elektronische Signatur beanstandet. Zugleich hat es darauf hingewiesen, dass die Verschmelzung aus seiner Sicht unzulässig sei, da sie zur Auflösung des übernehmenden Rechtsträgers führe. Gegen die Auffassung haben sich die Beteiligten durch Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten gewandt. Das Amtsgericht hat diese Eingabe als Beschwerde ausgelegt und dem Landgericht zur Entscheidung vorgelegt. Diese hat die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen haben die Beteiligten zunächst Antrag auf Zulassung der Rechtsbeschwerde stellen lassen, nach einem Hinweis auf das anwendbare Verfahrensrecht jedoch erklärt, dass diese Erklärung als weitere Beschwerde gelten solle.

II.)

Die weitere Beschwerde ist nach den §§ 27, 29 FGG statthaft und formgerecht eingelegt. Ihre Beschwerdebefugnis ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass ihre Erstbeschwerde ohne Erfolg geblieben ist.

In der Sache ist die weitere Beschwerde unbegründet, da die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Rechts beruht. Allerdings hat das Landgericht verkannt, dass die Erstbeschwerde bereits unzulässig war, da es an einer rechtsmittelfähigen Entscheidung (§ 19 FGG) fehlt. Zwar ist auch im Registerrecht anerkannt, dass eine Zwischenverfügung, obwohl sie keine Endentscheidung ist, ausnahmsweise anfechtbar ist, um eine Vorabklärung schwieriger Fragen im Interesse des Verkehrsschutzes zu erreichen. Keine anfechtbare Zwischenentscheidung liegt jedoch vor, wenn das Registergericht lediglich zur Gewährleistung rechtlichen Gehörs auf seinen Rechtsstandpunkt hinweist. Dies ist hier der Fall, da das Registergericht neben dem Hinweis auf einen behebbaren Formmangel ausdrücklich auf die Unzulässigkeit der Verschmelzung und damit auf ein nicht behebbares Eintragungshindernis hingewiesen hat. Auch hat es die Beteiligten nicht etwa –unter Fristsetzung– zur Behebung von Mängeln, sondern zur Antragsrücknahme aufgefordert. In Ermangelung sonstiger Anhaltspunkte, die für eine –dann unzulässige– Zwischenverfügung sprechen könnten, ist vom Vorliegen eines bloßen Hinweises auszugehen, der der Beschwerde nicht zugänglich ist. Da die Beschwerde danach bereits unzulässig war, war die weitere Beschwerde mit einer Klarstellung hinsichtlich

des Ergebnisses der zweiten Instanz zurückzuweisen.

In der Sache weist der Senat ohne Präjudiz darauf hin, dass er die Einschätzung der Vorinstanzen teilt. Der Senat teilt mit dem Landgericht die Auffassung von Schmidt (Lutter, UmwG, 4.Aufl. § 39 Rdn.19), dass eine Komplementär-GmbH nicht auf eine Kommanditgesellschaft mit nur einem Kommanditisten, der zugleich Alleingesellschafter der Komplementär-GmbH ist, verschmolzen werden kann, da dies zur sofortigen Beendigung der Gesellschaft bei gleichzeitiger Anwachsung des Vermögens auf den verbliebenen Gesellschafter führen würde.

Das Umwandlungsgesetz geht u.a. in den §§ 2, 20 UmwG davon aus, dass als Ergebnis einer Verschmelzung der übernehmende Rechtsträger fortbesteht. Dies ist in der o.a. Konstellation durch die Kombination von Verschmelzung und Anwachsung nicht mehr der Fall. Da Eintragung der Verschmelzung hier zum sofortigen Erlöschen des übernehmenden Rechtsträgers führt, würde das Handelsregister mit der Eintragung sofort unrichtig.

Der Unzulässigkeit lässt sich auch nicht entgegen halten, dass dasselbe Ergebnis, nämlich die liquidationslose Beendigung der Kommanditgesellschaft, auch auf anderem Weg erreichen ließe, sei es durch den Austritt der Komplementär-GmbH, sei es durch die Verschmelzung der GmbH auf ihren Alleingesellschafter, § 3 Abs.2 Nr.2 UmwG (vgl. hierzu BGH NJW 1998, 2536). Im ersten Fall ist das Umwandlungsgesetz überhaupt nicht tangiert. Es handelt sich um einen rein gesellschaftsrechtlichen Vorgang, den der Gesetzgeber des UmwG weder ausschließen, noch sonst irgendwie regeln wollte (vgl. BT-Drs. 12/6699 S.80). Aus ihm kann sich also auch kein Widerspruch zu Grundsätzen des UmwG ergeben. Entsprechendes gilt für die zweite Fallgestaltung einer Verschmelzung der Komplementär-GmbH auf ihren Alleingesellschafter (häufig als erweitertes Anwachsungsmodell bezeichnet). Denn der Umwandlungsvorgang als solcher weist keine Besonderheiten auf und führt bezogen auf die an ihm beteiligten Rechtsträger auch zu dem gewollten Ergebnis, nämlich dem Erwerb des Gesellschaftsvermögens der Kapitalgesellschaft durch ihren Alleingesellschafter.

Vorliegend lässt sich hingegen bereits dem Verschmelzungsbeschluss entnehmen, dass die erklärten Rechtsfolgen (Übernahme des GmbH-Vermögens durch die KG als fortbestehenden Rechtsträger) nicht eintreten sollen bzw. effektiv nicht einmal eintreten können. Einer solchen Gestaltung ist die rechtliche Anerkennung zu verweigern, da die Formen des UmwG genutzt werden, um eine Rechtsfolge herbeizuführen, die das UmwG so nicht vorsieht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Regelungen des UmwG das Ergebnis der gesetzgeberischen Abwägung verschiedenster Aspekte ist wie der potentiell betroffenen Arbeitnehmerinteressen, des Gläubiger- und Verkehrsschutzes sowie -mit Rücksicht auf das korrespondierende UmwStG- auch einer angemessenen steuerrechtlichen Handhabung von Umwandlungsvorgängen. Hieraus ist zu folgern, dass derjenige, der sich der Handlungsformen des Umwandlungsgesetzes bedienen will, auch die aus dem Gesetz folgenden Regelungsprinzipien einzuhalten hat.

Die Wertfestsetzung beruht auf den §§ 131, 30 KostO.