

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

UmwG §§ 54 Abs. 1 S. 3, 123 Abs. 3 Nr. 1, 125 S. 1, 131 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 – Ausgliederung aus dem Vermögen einer GmbH & Co. KG auf eine GmbH & Co. KG zur Aufnahme; Mutter-Tochter-Verhältnis; Anteilsgewährungspflicht; Verzicht

BGB § 112 – Reichweite der Ermächtigung nach § 112 BGB; Gründung einer Gesellschaft

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BeurkG § 40; GmbHG, § 55 Abs. 1 – Unterschriftsbe-glaubigung durch ausländischen Notar in Abwesenheit der Unterzeichnenden

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

UmwG §§ 54 Abs. 1 S. 3, 123 Abs. 3 Nr. 1, 125 S. 1, 131 Abs. 1 Nr. 3 S. 3

Ausgliederung aus dem Vermögen einer GmbH & Co. KG auf eine GmbH & Co. KG zur Aufnahme; Mutter-Tochter-Verhältnis; Anteilsgewährungspflicht; Verzicht

I. Sachverhalt

Die A-GmbH & Co. KG ist alleinige Kommanditistin der B-GmbH & Co. KG (Mutter-Tochter-Verhältnis). Aus der A-GmbH & Co. KG (übertragender Rechtsträger) soll ein Teilbetrieb auf die B-GmbH & Co. KG (übernehmender Rechtsträger) ausgegliedert werden. Dabei sollen von dem übernehmenden Rechtsträger keine Anteile an den übertragenden Rechtsträger gewährt werden.

II. Frage

Ist die Ausgliederung auf die Tochtergesellschaft ohne Anteilsgewährung möglich, obwohl die Zulässigkeit des Verzichts auf die Anteilsgewährungspflicht für den hier vorliegenden Fall im UmwG nicht ausdrücklich geregelt ist?

III. Zur Rechtslage

Auch nach über 25 Jahren Geltung des Umwandlungsgesetzes ist die Frage der Anteilsgewährungspflicht bei der Verschmelzung und Spaltung neben dem Identitätsgrundsatz beim Formwechsel eine der umstrittensten des Umwandlungsrechts (s. dazu jüngst wieder Heckschen, GmbHR 2021, 8 ff. für Aufweichungen des Anteilsgewährungsgrundsatzes; dagegen für strenge Handhabung Weiler, GmbHR 2021, 473 ff.). Mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung sind viele Fallkonstellationen noch **nicht abschließend geklärt**.

1. Anteilsgewährungspflicht im Allgemeinen

Die **Gewährung von Anteilen** am Zielrechtsträger an die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers

stellt bei der Verschmelzung und Spaltung den **gesetzlichen Regelfall** dar (vgl. Grunewald, in: Lutter, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 20 Rn. 60 ff.). Verankert ist dies für die Verschmelzung in § 2 UmwG und in § 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG. Für alle Arten der Spaltung findet sich die Regelung in § 123 Abs. 1 bis 3 UmwG sowie für die Auf- und Abspaltung in § 131 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 UmwG. Bei der Ausgliederung erfolgt die Anteilsgewährung an den übertragenden Rechtsträger. Dies ist in § 131 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 UmwG ausdrücklich geregelt. Die Anteilsgewährungspflicht hat den Sinn, den Anteilsinhabern der übertragenden Gesellschaft oder der übertragenden Gesellschaft selbst eine Kompensation für ihren Vermögensverlust in Form des abfließenden Vermögens bzw. des Erlöschens der übertragenden Gesellschaft zu verschaffen.

Der zivilrechtliche Grundsatz der Anteilsgewährung korrespondiert mit den **steuerlichen Regelungen** des Umwandlungsgesetzes (§§ 20, 24 UmwStG; Weiler, GmbHR 2021, 473). Meist muss die Einbringung des Vermögens im steuerrechtlichen Sinne gegen Gewährung von Anteilen erfolgen, damit die oft gewünschte Buchwertfortführung erreicht wird.

2. Gesetzlich geregelte Fälle ohne Anteilsgewährungspflicht

Im Umwandlungsgesetz finden sich einige Ausnahmen von der Anteilsgewährungspflicht.

a) Verbotsnormen

In diesem Zusammenhang ist insbesondere das **Verbot der Anteilsgewährung** bei Verschmelzung (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 HS 2 UmwG) und Spaltung (§ 131 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 HS 2) zu nennen, wenn diese von der **Tochter- auf die Muttergesellschaft** erfolgt (sog. „*upstream merger*“). Diese Regelungen gelten für alle Formen der umwandlungsfähigen Rechtsträger und werden für die GmbH in § 54 Abs. 1 S. 1 UmwG und für die AG in § 68 Abs. 1 S. 1 UmwG durch Regelungen über die Frage der Bildung neuer Anteile zur Anteilsgewährung flankiert. Der Gesetzgeber wollte damit insbesondere die Entstehung eigener Anteile bei der GmbH oder AG vermeiden, die bei der Personengesellschaft, wie der hier vorliegenden GmbH & Co. KG, allgemein gar nicht für zulässig bzw. rechtlich unmöglich gehalten werden (BGH NJW 1993, 1265, 1267; EBS/Wertenbruch, HGB, 4. Aufl. 2020, § 105 Rn. 16; Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 40. Aufl. 2021, § 105 Rn. 30; MünchKommHGB/Schmidt, 4. Aufl. 2016, § 105 Rn. 93; K. Schmidt, ZIP 2014, 493; MünchKommBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 705 Rn. 80; a. A. lediglich Priester, ZIP 2014, 245). Für die **Ausgliederung** von einer **Tochter-Gesellschaft auf deren Muttergesellschaft** gilt diese Einschränkung aus § 131 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 HS 2 UmwG ausweislich

des Gesetzestextes nicht, sodass bei dieser Konstellation grundsätzlich eine Anteilsgewährung für erforderlich gehalten wird (Weiler, GmbHR 2021, 473; Mayer, in: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Std.: März 2021 § 126 UmwG Rn. 95).

Für die hier vorliegende **umgekehrte Konstellation** der Umwandlung einer **Muttergesellschaft auf ihre Tochtergesellschaft** findet sich weder für die Verschmelzung in § 20 UmwG noch für die Spaltung einschließlich der Ausgliederung in § 131 UmwG ein entsprechendes Verbot der Anteilsgewährung.

b) Wahlrecht und Verzichtsmöglichkeit

§ 54 UmwG für die GmbH und § 68 UmwG für die AG enthielten im Grundsatz keine Regelungen zur Anteilsgewährungspflicht, sondern über die Art und Weise der Erfüllung einer solchen.

So besteht nach § 54 Abs. 1 S. 2 UmwG für die GmbH und nach § 68 Abs. 1 S. 2 UmwG für die AG bei der Verschmelzung einer Mutter- auf ihre Tochtergesellschaft ein **Wahlrecht**, ob die Anteile für Zwecke der Anteilsgewährung durch Kapitalerhöhung neu geschaffen werden oder die beteiligten Gesellschaften die vorhandenen Anteile an der aufnehmenden Tochtergesellschaft zur Anteilsgewährung verwenden.

Die in § 54 Abs. 1 S. 3 UmwG seit 25.4.2007 (BGBl. I S. 542) neu geregelte **Verzichtsmöglichkeit** beseitigt jetzt eine eventuelle Anteilsgewährungspflicht, wenn alle Anteilsinhaber eines übertragenden Rechtsträgers mit notariell beurkundeten Erklärungen darauf verzichten.

Sowohl das Wahlrecht über die Kapitalerhöhung zur Schaffung der für die Anteilsgewährung erforderlichen Gesellschafterbeteiligungen in § 54 Abs. 1 S. 2 UmwG als auch die Verzichtsmöglichkeit in § 54 Abs. 1 S. 3 UmwG sind inhaltlich und **vom Regelungsstandort her auf GmbHs** beschränkt. In § 68 UmwG finden sich entsprechende Regelungen für die Aktiengesellschaft.

c) Die Spaltung zu Null

§ 128 UmwG eröffnet für die Spaltung auch bei einer KG die Möglichkeit einer **quotenabweichenden (nicht verhältnismäßigen) Anteilsgewährung**. Die inzwischen h. A. in Rechtsprechung und Literatur (OLG München NZG 2013, 951; LG Essen NZG 2002, 736; LG Konstanz NZG 1998, 827; Heidinger, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 5 UmwG Rn. 9; s. ausführlich Weiler, NZG 2013, 1326 m. w. N.) leitet daraus eine echte Ausnahme vom Grundsatz der Anteilsgewährungspflicht ab. Mit Zustimmung sämtlicher Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers

kann danach eine „Spaltung zu Null“ vereinbart werden. Diese Norm umfasst allerdings nicht die Ausgliederung, denn sie nennt lediglich die Ab- und die Aufspaltung. Nach § 128 UmwG soll ausweislich der Gesetzesbegründung (Ganske, Umwandlungsrecht, 2. Aufl. 1995 zu § 128, S. 159) eine nicht verhältnismäßige Spaltung zugelassen werden, weil mit ihr die **Auseinandersetzung von Gesellschaftergruppen und Familienstämmen** im Wege der Sonderrechtsnachfolge ermöglicht wird. Gleichzeitig werden die betroffenen Anteilsinhaber durch das Erfordernis der Zustimmung geschützt. Die Ausgliederung erfasst diese Fallgruppe nicht, und es sind auch keine Anteilsinhaber unmittelbar betroffen.

3. Ausgliederung aus dem Vermögen einer GmbH & Co. KG auf eine GmbH & Co. KG

a) Verbot von Anteilsgewährung

Aus den Ausführungen ergibt sich, dass für den hier vorliegenden Fall der Ausgliederung von der **Mutter- auf die Tochtergesellschaft** keine ausdrückliche Regelung im Gesetz existiert, die eine Ausnahme von der Anteilsgewährungspflicht regeln würde. Selbst bei der Ausgliederung einer **Tochter- auf ihre Muttergesellschaft** stellt sich nicht das Problem der unerwünschten oder unmöglichen Schaffung eigener Anteile, da die Beteiligung an der aufnehmenden Gesellschaft nicht den Anteilsinhabern des übertragenden Rechtsträgers, sondern diesem selbst gewährt werden.

Auch das Prinzip der **Einheitlichkeit von Beteiligungen** an Personenhandelsgesellschaften verhindert grundsätzlich nicht die Anteilsgewährung in der hier vorliegenden Konstellation der Ausgliederung aus dem Vermögen der **Mutter- auf ihre Tochtergesellschaft**. Denn die Anteilsgewährungspflicht besteht auf Seiten der aufnehmenden Tochter-GmbH & Co. KG, die eine Kommanditistenstellung an ihre übertragende Mutter-GmbH & Co. KG gewähren müsste. Da die Mutter-GmbH & Co. KG bereits Kommanditanteile an der Tochter-GmbH hält, kämen weitere separate Kommanditbeteiligungen für die Mutter-GmbH & Co. KG als gewährte Anteile nicht in Frage. Es entspricht aber der ganz h. M., dass auch die „**Aufstockung**“ der **bestehenden Beteiligung** durch Erhöhung des Kapitalkontos 1 zusätzliche Gesellschafterrechte verschafft und damit der Anteilsgewährungspflicht genügt (dazu Wicke, ZGR 2017, 527, 537).

b) Verzicht auf Anteilsgewährung bei der Personengesellschaft

Unabhängig von der Art des Umwandlungsvorganges stellt sich für Personenhandelsgesellschaften wie die hier vorliegende GmbH & Co. KG die Frage, ob § 54 Abs. 1 S. 3 UmwG anwendbar ist. Nach dem Wort-

laut der Norm und ihrer Stellung im Gesetz gilt diese Regelung nur für GmbHs. Für Aktiengesellschaften existiert die entsprechende Regelung des § 68 UmwG. Es bedürfte also für die KG einer analogen Anwendung dieser Regelung. Die inzwischen wohl h. M. bejaht die Verzichtsmöglichkeit auch bei der Beteiligung von Personenhandelsgesellschaften und stützt sich meist auf das „Erst-Recht-Argument“ (Heckschen, GmbHR 2021, 8 Rn. 14 m. w. N in Fn. 12; Wicke, ZGR 2017, 527, 530). Wenn bei der GmbH mit dem Verzicht auf Anteilsgewährung durch die dann mögliche Übertragung negativen Vermögens sogar eine Gläubigerschädigung ermöglicht wird, muss der Verzicht auf Anteilsgewährung auch bei anderen Rechtsträgern, bei denen keine Gläubigergefährdung besteht, zulässig sein.

c) Verzicht auf Anteilsgewährung bei der Ausgliederung

Für die Spaltung gilt nach § 125 UmwG weitestgehend das Recht der Verschmelzung. In § 125 S. 1 UmwG wird aber gerade für die hier vorliegende Ausgliederung nicht auf §§ 54 und 68 UmwG verwiesen (Weiß, in: FS Dieter Mayer, 2020, S. 127, 145; KölnKommUmwG/Simon, 2009, § 126 Rn. 30; Weiler, NZG 2013, 1326, 1328).

Entgegen dem klaren **Wortlaut des Gesetzes** will dennoch ein erheblicher Teil der Literatur einen Verzicht auch bei einer Ausgliederung zulassen (Lieder, in: Lutter, § 123 Rn. 42 und § 125 Rn. 64; Limmer, in: Limmer, Handbuch der Unternehmensumwandlung, 6. Aufl. 2019, Teil 3, Rz. 141 f.; Sickinger, in: Kallmeyer, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 125 Rn. 55, 57; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG/UmwStG, 9. Aufl. 2020, § 126 UmwG Rn. 47, 48; Semler/Stengl/Schröer, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 126 Rn. 31; Priester, in: Lutter, § 126 UmwG Rn. 26; J. Schmitt, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 8, 5. Aufl. 2018, § 22 Rn. 20; BeckOGK-UmwG/Verse, Std.: 1.1.2022, § 125 Rn. 55, 56, § 126 Rn. 35). Diese Meinung argumentiert, es sei kein sachlicher Grund erkennbar, warum bei der Ausgliederung die Verzichtsmöglichkeit nicht bestehen solle. Insbesondere bei konzernrechtlichen Ausgliederungsmaßnahmen könne man keinerlei Drittinteressen gefährdet sehen. Auf der Basis einer teleologischen Reduktion müsse auch bei der Ausgliederung der Verzicht auf Anteilsgewährung möglich sein (Lieder, in: Lutter, § 125 Rn. 64). Die verdeckte Regelungslücke ergebe sich aus den Materialien zum 2. UmwG-Änderungsgesetz (Verweis auf Begr. RegE, BT-Drucks. 16/2919, 13, 18). Dort habe sich der Gesetzgeber keine Gedanken über die Anwendung bei der Ausgliederung gemacht (BeckOGK-UmwG/Verse, § 125 Rn. 55, 56). Der Regelungszweck treffe bei der

Ausgliederung nicht weniger zu als bei der Ab- oder Aufspaltung (Lieder, in: Lutter, § 125 Rn. 64). Der strukturelle Unterschied zur Abspaltung bleibe insofern erhalten, dass für den Verzicht der ausgliedernde Rechtsträger selbst und bei der Abspaltung die Gesellschafter zuständig seien. Die Anteilsgewährungspflicht sei jedenfalls kein Dogma mehr (arg. § 54 Abs. 1 S. 3 UmwG), sondern nur der gesetzlich vorgesehene Regelfall (Heck-schen, GmbHR 2021, 8, 9 Rn. 13; Wicke, ZGR 2017, 527, 529)

Demgegenüber geht die **Gegenmeinung** davon aus, dass § 125 S. 1 UmwG bewusst gerade nicht auf §§ 54 Abs. 1 S. 3 bzw. 68 Abs. 1 S. 3 UmwG verweise. Denn der Gesetzgeber habe in Kenntnis des bereits in der Vergangenheit geführten Meinungsstreits zur Verzichtmöglichkeit in Ausgliederungsfällen auch im Rahmen der nachfolgenden Anpassungen des Umwandlungsgesetzes keine Ausnahme vorgesehen (3. Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes v. 11.7.2011, BGBl. I, 2011, 1338; 4. Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes v. 9.12.2018, BGBl. I, 2018, 2694). Diese Meinung nimmt daher keine Gesetzeslücke an, sondern geht von einer abschließenden gesetzlichen Regelung aus (Weiler, GmbHR 2021, 473 Rn. 8; Weiler, NZG 2013, 1326, 1328; Heinz/Wilke, GmbHR 2012, 889, 891; Weiler, in: Widmann/Mayer, § 123 UmwG Rn. 67; Mayer, in: Widmann/Mayer, § 126 UmwG Rn. 96; Simon, in: FS Schaumburg, 2009, S. 1341, 1356 f.; Köln-KommUmwG/Simon, § 125 Rn. 19; Fronhöfer, in: Widmann/Mayer, § 125 UmwG Rn. 75). Die Ausgliederung mit Verzicht auf die Anteilsgewährung nähere sich auch der Spaltung mit Verzicht an (Simon, in: FS Schaumburg, S. 1341, 1356 f.), wodurch die vorgegebenen Strukturen des Umwandlungsgesetzes ausgehebelt würden.

4. Ergebnis

Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass die hier aufgeworfene Rechtsfrage mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt ist. Die überwiegende Ansicht in der Literatur hält einen Anteilsgewährungsverzicht bei der Ausgliederung einer Personenhandelsgesellschaft auf eine andere Personenhandelsgesellschaft analog § 54 Abs. 1 S. 3 UmwG für zulässig. Diese Meinung schreckt auch nicht vor einer erforderlichen teleologischen Reduktion der ausdrücklichen Regelung in § 125 UmwG zurück, die die Nichtanwendung des § 54 UmwG beinhaltet.

Die Spaltung zu Null kann für die hier vorliegende Ausgliederung u. E. nicht fruchtbar gemacht werden, da die Ausgliederung in § 128 UmwG nicht genannt ist und

die Norm nur Fälle der Abspaltung und Aufspaltung regeln wollte.

Für die Praxis besteht die Möglichkeit, in Absprache mit dem Registergericht den Ausgliederungsvorgang ohne Anteilsgewährung zu gestalten. Wenn die Ausgliederung im Handelsregister eingetragen ist, wird diese nach § 131 Abs. 2 UmwG zumindest bestandskräftig.