

### Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 147185

letzte Aktualisierung: 13. April 2016

**InsO §§ 254, 254a, 217, 225a, 243, 222, 249; UmwG §§ 2, 3, 5, 46**

**Verschmelzung zur Aufnahme im gestaltenden Teil des Insolvenzplans zweier insolventer GmbHs**

#### I. Sachverhalt

Es geht um die Eintragung der Verschmelzung der Ü-GmbH auf die A-GmbH. Die Besonderheit liegt darin, dass beide Gesellschaften in Insolvenz waren. In beiden Insolvenzverfahren war der selbe Insolvenzverwalter bestellt worden. Beide Verfahren wurden durch bestätigte Insolvenzpläne abgeschlossen. Die Bestätigungsbeschlüsse in beiden Verfahren sind rechtskräftig. Das Insolvenzverfahren über das Vermögen beider Gesellschaften ist aufgehoben worden.

Die Ü-GmbH war alleinige Gesellschafterin der A-GmbH. Ziel in beiden Insolvenzplänen war es, die Ü-GmbH auf die A-GmbH zu verschmelzen. Da die Ü-GmbH als übertragende Gesellschaft alle Geschäftsanteile der A-GmbH als aufnehmender Gesellschaft hielt, konnte die Verschmelzung ohne Kapitalerhöhung bei der A-GmbH als aufnehmende Gesellschaft erfolgen. Den Gesellschaftern der Ü-GmbH wurde im Wege des Anteiltauschs je Geschäftsanteil an der Ü-GmbH im Nennbetrag von jeweils EUR 12.500 ein Geschäftsanteil im Nennbetrag von jeweils EUR 25.565 an der A-GmbH gewährt.

In beiden Verfahren, also sowohl im Insolvenzplan Ü-GmbH als auch im Insolvenzplan A-GmbH wurde jeweils im gestaltenden Teil ein textlich gleichlautender Verschmelzungsvertrag aufgenommen, von der jeweiligen Gläubigerversammlung verabschiedet und vom Insolvenzgericht bestätigt. Die Ausführungen im gestaltenden Teil beider Insolvenzpläne sind identisch.

Das Handelsregister will die begehrte Eintragung der Verschmelzung versagen, weil die in beiden Insolvenzplänen niedergelegten Verschmelzungsverträge seiner Ansicht nach unzulänglich sind:

- Zum einen wird beanstandet, dass sich aus den dort niedergelegten Verschmelzungsverträgen nicht die Parteien ergäben und zudem auch nicht ersichtlich sei, wie die beteiligten Rechtsträger vertreten wurden.
- Zum anderen wird gerügt, dass in den Verschmelzungsverträgen die nach § 5 UmwG erforderliche Angabe eines exakten Verschmelzungstichtages fehle.

## II. Frage

Sind die Bedenken des Registergerichts berechtigt?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Verschmelzungsvertrag im Insolvenzplan?

In der Literatur ist umstritten, ob ein Insolvenzplan einen Verschmelzungsvertrag (aufschiebend bedingt auf die Bestätigung des Insolvenzplans) enthalten kann oder ob er diesen nur vorbereiten kann, sodass ein separater Verschmelzungsvertrag erforderlich ist:

#### a) Separater Verschmelzungsvertrag erforderlich

Nach Teilen der Literatur ist zu beachten, dass eine insolvente Gesellschaft erst mit Bestätigung des Insolvenzplans wieder umwandlungsfähig ist (Heckschen, in: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand: Februar 2013, § 13 Rn. 149.6; Heckschen, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 6. Aufl. 2015, D.IV. Rn. 135; Michalski/Nerlich, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 60 Rn. 208), dass jedoch andererseits das Amt des Insolvenzverwalters mit Bestätigung des Insolvenzplans erlischt und der Schuldner zu diesem Zeitpunkt wieder das Verfügungsrecht über sein Vermögen zurückerhält (Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 Rn. 149.6; Michalski/Nerlich, § 60 Rn. 208).

Daher könnte der Insolvenzplan den organisationsrechtlich geprägten Verschmelzungsvertrag zwischen dem in Insolvenz befindlichen Rechtsträger und einem Dritten nicht substituieren (Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 Rn. 149.6; Heckschen, in: Beck'sches Notar-Handbuch, D.IV. Rn. 136). So sei der Dritte (hier: der jeweils andere Insolvenschuldner) nicht förmlich Beteiligter des Insolvenzplanverfahrens. Die Anforderungen an die Erklärung des Dritten würden sich allein nach den hierfür geltenden Vorschriften des Umwandlungsrechts bestimmen und nicht nach den für den Dritten nicht geltenden Vorschriften des Insolvenzrechts (Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 Rn. 149.6). Demnach könnte der Insolvenzplan eine nachfolgende Umwandlungsmaßnahme nur vorbereiten. Auch könnte der Insolvenzplan die Rechtsstellung der Gesellschafter der Insolvenschuldner nicht zu deren Nachteil verändern, da diese nicht Beteiligte des Verfahrens seien, sodass ein Verschmelzungs- oder Spaltungsvertrag auch der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedürfe (Limmer, in: Handbuch der Unternehmensumwandlung, 4. Aufl. 2012, Teil 5 Rn. 107 m. w. N.).

Vorgeschlagen wird von diesem Teil der Literatur ein Prozedere, nach der in einem ersten – insolvenzrechtlich geprägten – Schritt der Insolvenzplan (samt Fortsetzungsbeschluss und Zustimmungsbeschluss zur Umwandlungsmaßnahme auf Seiten des insolventen Rechtsträgers, vgl. §§ 217 S. 2, 225a, 254a Abs. 2 InsO, sowie Entwurf des Verschmelzungsvertrages) aufgestellt wird unter der Bedingung der Zustimmung der Gesellschafterversammlung des nicht vom Insolvenzplan betroffenen Rechtsträgers auf umwandlungsrechtlicher Ebene (§ 249 InsO) und sodann die Gläubiger der Gesellschaft sowie die Anteilsinhaber jeweils gem. §§ 243, 222 InsO abstimmen. In einem zweiten – umwandlungsrechtlich geprägten – Schritt fassen die Anteilsinhaber des nicht in Insolvenz befindlichen Rechtsträgers den entsprechenden Zustimmungsbeschluss aufschiebend bedingt auf die Bestätigung des Insolvenzplans. In einem dritten – wieder insolvenzrechtlich geprägten – Schritt wird der Insolvenzplan bestätigt und das Insolvenzverfahren aufgehoben. Die an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften

schließen in einem vierten – rein umwandlungsrechtlich geprägten – Schritt den Verschmelzungs- bzw. Spaltungsvertrag und die Umwandlung wird in einem fünften Schritt angemeldet (vgl. zum Vorstehenden: Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 Rn. 149.6; Heckschen, in: Beck'sches Notarhandbuch, D.IV. Rn. 137; Limmer, Teil 5 Rn. 107; Michalski/Nerlich, § 60 Rn. 209).

### **b) Regelungen im gestaltenden Teil des Insolvenzplans ausreichend**

Nach der Gegenauuffassung (Madaus, ZIP 2012, 2133; MünchKommInsO/Eidenmüller, 3. Aufl. 2014, § 225a Rn. 97-98; Uhlenbruck/Hirte, 14. Aufl. 2015, § 225a Rn. 44; Jaffé, in: Wimmer, FK-InsO, § 225a Rn. 38-39 und § 217 Rn. 83-90) gilt seit dem ESUG etwas anderes:

So erlaube § 225a Abs. 3 InsO den Beteiligten nun ausdrücklich, den Fortsetzungsbeschluss schon in den Insolvenzplan aufzunehmen (Madaus, ZIP 2012, 2133), auch wenn dieser erst mit Aufhebung des Insolvenzverfahrens nach rechtskräftiger Planbestätigung wirksam werden könne (MünchKommInsO/Eidenmüller, § 225a Rn. 97). Gleiches müsse für den Umwandlungsbeschluss gelten (MünchKommInsO/Eidenmüller, § 225a Rn. 97).

Die gesellschaftsrechtlichen Fortsetzungsregeln, die für den Fortsetzungsbeschluss zunächst die Bestätigung des Insolvenzplans und damit den Abschluss des Insolvenzplanverfahrens voraussetzen, würden nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers (BT-Drs. 17/5712, S. 32: „Damit bedarf es keines förmlichen Fortsetzungsbeschlusses der Gesellschaft mehr, wenn die Gesellschaft weitergeführt werden soll.“) zurücktreten.

§ 3 Abs. 3 UmwG müsse neu interpretiert werden, so dass jede Gesellschaft bereits im Insolvenzplanverfahren fortsetzungsfähig und damit umwandlungsfähig sei (Jaffé, § 225a Rn. 39 und § 217 Rn. 84; Madaus, ZIP 2012, 2133).

Die Zulässigkeit der in den Plan aufgenommenen gesellschafts- und umwandlungsrechtlichen Maßnahmen unterliege der Entscheidungskompetenz des für die Planbestätigung zuständigen Insolvenzgerichts (Jaffé, § 217 Rn. 88). Ob dem im nachfolgenden Eintragsverfahren zuständigen Registergericht neben der vom Gesetzgeber zugewiesenen Beurkundungsfunktion (BT-Drs. 17/5712, S. 37) eine ergänzende, umfassende Prüfungskompetenz zukomme, erscheine zweifelhaft (Jaffé, § 217 Rn. 88). *Madaus* lehnt ein Überprüfungsrecht des Registergerichts mit Blick auf den Grundsatz der Rechtskraft und aus der praktischen Erwägung, dass anderenfalls die Planungssicherheit und damit die Sanierung insgesamt gefährdet sei, ab (Jaffé, a. a. O. unter Verweis auf: Madaus, ZIP 2012, 2138 f.; Müller, KTS 2012, 419, 448; a. A. Horstkotte/Martini, ZInsO 2012, 557, 567; Becker, ZInsO 2013, 1885, 1890; offen lassend: Kahlert/Gehrke, DStR 2013, 975, 977). Dem Registergericht komme nur dann eine subsidiäre Prüfungskompetenz zu, wenn die Eintragungsvoraussetzungen nicht aus dem Plan und dessen Anlagen hervorgingen und deshalb auch noch nicht vom Insolvenzgericht geprüft werden konnten.

Fest steht nach Rechtsauffassung von *Jaffé* (§ 217 Rn. 88) jedenfalls, dass ein Verschmelzungsvertrag nur dann in den Insolvenzplan aufgenommen werden könne und ihm damit die Formerleichterung nach § 254a Abs. 1 InsO zukomme, wenn alle Vertragsparteien auch Beteiligte des Planverfahrens seien. Der aufnehmende nichtinsolvente Rechtsträger müsse somit zugleich Gläubiger des zu verschmelzenden Schuldners sein. Sei dies nicht der Fall, so seien die Annahme- und Zustimmungserklärungen des

nichtinsolventen Rechtsträgers als Verpflichtungserklärung nach § 230 Abs. 3 InsO dem Plan als Anlage beizufügen. Auf diese Weise nähmen sie dann an der Formfiktion nach § 254a Abs. 3 InsO Teil (Jaffé, a. a. O. unter Verweis auf: Madaus, ZIP 2012, 2133 [2138]; wohl ablehnend Becker, ZInsO 2013, 1885 [1888]).

## 2. Bedenken des Registergerichts

Sind im vorliegenden Sachverhalt die beiden GmbHs (d. h. die A-GmbH als Gesellschaft und die Ü-GmbH als Gesellschafterin) jeweils Beteiligte des Insolvenzplanverfahrens der anderen GmbH und unterstellt man, dass seit Inkrafttreten des ESUG ein Verschmelzungsvertrag in den Insolvenzplan aufgenommen werden kann, stellt sich die Frage, ob die vom Registergericht vorgebrachten Bedenken stichhaltig sind. So bemängelt dieses zum einen, dass sich aus den Verschmelzungsverträgen nicht die Parteien ergäben und auch nicht ersichtlich sei, wie die beteiligten Rechtsträger vertreten würden. Zum anderen wird gerügt, dass die nach § 5 UmwG erforderliche Angabe eines exakten Verschmelzungstichtages fehlen, da der Verweis auf den Aufhebungsbeschluss des Insolvenzverfahrens nicht genüge.

### a) Parteien

Ein Verschmelzungsvertrag muss u.a. den Rechtsträger, der verschmolzen wird, und den Rechtsträger, der den übertragenden Rechtsträger aufnehmen soll, nach Name oder Firma, Sitz und auch durch Angabe der gesetzlichen Vertreter bezeichnen (Mayer, in: Widmann/Mayer, § 5 Rn. 11). Klargestellt sein muss, welcher Rechtsträger überträgt und welcher aufnimmt (Mayer, a. a. O.).

Richtig ist u. E. der Einwand, dass ein Insolvenzplan nicht wie ein Vertrag aufgebaut ist (vgl. etwa das Muster bei Frege/Keller/Riedel, Insolvenzrecht, 8. Aufl. 2015, Teil 4, Kapitel 1 Rn. 2015 – Anlage). Es gibt keine „Parteien“, sondern Beteiligte (die zustimmen müssen), einen Planverfasser (den Insolvenzverwalter) und das den Plan bestätigende Insolvenzgericht. Inhaltlich gibt es einen darstellenden Teil (§ 220 InsO) und einen gestaltenden Teil (§ 221 InsO), durch den die Rechtsstellung der Beteiligten untereinander geändert wird und in dem der Insolvenzverwalter bevollmächtigt werden kann, die zur Umsetzung notwendigen Maßnahmen zu ergreifen.

Ob die Beteiligten (ordnungsgemäß vertreten) den Insolvenzplan angenommen haben (vgl. §§ 244-246a InsO) und der Schuldner dem Insolvenzplan zugestimmt hat (vgl. § 247 InsO), ist u. E. auch nicht vom Registergericht zu prüfen. Dies oblag vielmehr dem Insolvenzgericht bei Bestätigung des Plans (vgl. § 248 InsO). Annahme und Zustimmung sind nämlich Voraussetzung für die Bestätigung des Insolvenzplans durch das Insolvenzgericht (MünchKommInsO/Sinz, § 248 Rn. 6). Insbesondere muss das Insolvenzgericht auch von Amts wegen prüfen, ob etwaige Widersprüche unbeachtlich sind oder die Zustimmung als erteilt gilt (MünchKommInsO/Sinz, § 248 Rn. 7).

### b) Verschmelzungstichtag

Ferner gehört zum obligatorischen Inhalt des Verschmelzungsvertrages die in § 5 Abs. 1 Nr. 6 UmwG vorgeschriebene Angabe des Zeitpunkts, von dem an die Handlungen der übertragenden Rechtsträger als für Rechnung des übernehmenden Rechtsträgers vorgenommen gelten (Verschmelzungstichtag; vgl. Mayer, § 5 Rn. 152). Dieser Tag ist identisch mit dem Tag des Übergangs der Rechnungslegung vom übertragenden Rechtsträger auf den übernehmenden (Schröer, in: Semler/Stengel, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 5 Rn.

51). Er hat insbes. für die Einhaltung der Achtmonatsfrist bei der Anmeldung nach § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG Bedeutung (Heidinger, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 5 Rn. 22). Der Verschmelzungsstichtag kann in der Vergangenheit liegen oder grds. auch ein zukünftiger Stichtag sein, wobei er nicht nach Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister liegen darf (Heidinger, § 5 Rn. 23). Ob eine variable Stichtagsregelung, bei der sich der Verschmelzungsstichtag in Abhängigkeit von der Eintragung im Handelsregister jahresweise oder quartalsweise verschiebt, zulässig ist, ist streitig (dafür: Schröer, § 5 Rn. 62; zum Streitstand vgl. auch Heidinger, § 5 Rn. 23).

Dazu, ob der Tag nach dem Aufhebungsbeschluss des Insolvenzgerichts als Verschmelzungsstichtag vereinbart werden kann, konnten wir leider keine Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur ausfindig machen. Dafür könnte sprechen, dass der Tag zumindest genau bestimmbar ist, da der Aufhebungsbeschluss gem. § 200 Abs. 2 InsO öffentlich bekannt zu machen und als Entscheidung des Insolvenzgerichts mangels entsprechender gesetzlicher Regelung sogar unanfechtbar ist (vgl. § 6 Abs. 1 InsO: MünchKommInsO/Hintzen, 3. Aufl. 2013, § 200 Rn. 10).

Dem könnte jedoch entgegengehalten werden, dass die Aufhebung des Insolvenzverfahrens nicht schon mit Ergehen des entsprechenden Beschlusses des Insolvenzgerichts erfolgt, sondern vielmehr der Zeitpunkt der öffentlichen Bekanntmachung maßgeblich ist (vgl. § 258 Abs. 2 S. 1 und § 200 Abs. 2 i. V. m. § 9 Abs. 1 S. 3 InsO). Die Veröffentlichung gilt als bewirkt, sobald nach dem Tag der Veröffentlichung zwei weitere Tage verstrichen sind (MünchKommInsO/Hintzen, § 200 Rn. 10). Der Beschluss über die Aufhebung des Insolvenzverfahrens wird zu dem Zeitpunkt für und gegen alle Beteiligten wirksam, zu dem seine öffentliche Bekanntmachung bewirkt gilt, also ebenfalls nach Ablauf von zwei weiteren Tagen nach dem Tage der Veröffentlichung (MünchKommInsO/Hintzen, § 200 Rn. 17). Insofern könnte unklar sein, ob sich der Tag „der auf den Tag des Beschlusses des Insolvenzgerichts gem. § 258 InsO über die Aufhebung des Insolvenzverfahrens folgt“ auf den Erlasstag bezieht oder auf den Tag des Wirksamwerdens des Aufhebungsbeschlusses.

Außerdem könnte problematisch sein, dass in beiden Insolvenzplänen auf den Tag abgestellt wird, an dem das Insolvenzgericht das jeweilige Insolvenzverfahren aufhebt. Da zwei separate Insolvenzverfahren durchgeführt werden, ist der Tag der Aufhebung des einen Insolvenzverfahrens nicht notwendigerweise auch der Tag der Aufhebung des anderen Insolvenzverfahrens. Allerdings könnte dies zumindest dann unschädlich sein, wenn die Aufhebungsbeschlüsse in beiden Verfahren tatsächlich am gleichen Tag gefasst wurden. Auf der anderen Seite lässt sich auch argumentieren, dass es reiner Zufall wäre, wenn der Tag der Aufhebung des einen Insolvenzverfahrens mit dem Tag der Aufhebung des anderen Insolvenzverfahrens identisch ist und sich beide Insolvenzpläne somit auf den gleichen Tag als Verschmelzungsstichtag beziehen.

Tendenziell würden wir daher eher eine wirksame Bestimmung des Verschmelzungsstichtages verneinen.

Ergänzend ist anzumerken, dass die gewählte Gestaltung rein praktisch dazu führt, dass die zu erstellende Schlussbilanz des übertragenden Rechtsträgers (vgl. § 17 Abs. 2 UmwG, wobei gem. Satz 4 der Stichtag der Schlussbilanz höchstens 8 Monate vor Eingang der Anmeldung beim Gericht des übertragenden Rechtsträgers liegen darf), die nach noch überwiegender aber bestrittener Auffassung auf den Tag nach dem Verschmelzungsstichtag erstellt werden muss (vgl. Heidinger, in: Henssler/Strohn,

Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 17 Rn. 30), nicht dem Insolvenzplan beigefügt werden kann, sondern nur nachträglich erstellt und sodann der Anmeldung beigefügt werden kann. Dies ist vorliegend aber auch entsprechend vorgesehen.

**c) Ergebnis**

Im Ergebnis würden wir die beanstandete „Parteibezeichnung“ als nicht problematisch einstufen.

Hinsichtlich des Verschmelzungsstichtags erscheint uns jedoch fraglich, ob § 5 Abs. 1 Nr. 6 UmwG hinreichend Genüge getan wurde. Eine abschließende Stellungnahme ist uns hierzu mangels aufgefunder Fundstellen und notwendiger Auslegung der Insolvenzpläne (die abschließend nur durch ein hierzu angerufenes Gericht erfolgen kann) aber leider nicht möglich.