

Prof. Dr. Heribert Heckschen  
Dr. Pascal Salomon

Hohe Straße 12  
01069 Dresden

Tel 0351 473 05 0  
Fax 0351 473 05 10

# "Anteilsgewähr bei Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel – aktuelle Entwicklungen"

06.01.2021

Im Rahmen von Umwandlungsvorgängen stellt sich stets die Frage, ob und in welchem Umfang bei einer Verschmelzung oder Spaltung Anteile als Ausgleich für die untergehende Beteiligung beim Ausgangsrechtsträger gewährt werden müssen. In gleicher Weise stellt sich die Frage, ob bei einem Formwechsel allen Anteilseignern/Gesellschaftern des Ausgangsunternehmens Mitgliedschaftsrechte am Zielunternehmen zustehen bzw. sich dort zwingend fortsetzen.

In seinem Beitrag in der GmbHR 2021, 8 untersucht *Prof. Dr. Heribert Heckschen* diese Fragen detailliert und auf der Basis der aktuellen Rechtsprechung für alle drei Umwandlungsvorgänge.

Während ein Teil der Literatur vom sog. Dogma der Anteilsgewährung ausgeht und nur dort einen Verzicht auf Anteilsgewähr zulässt, wo das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht, entwickelt sich mittlerweile die herrschende Meinung dahin, dass die Gewährung von Anteilen am Zielunternehmen sowohl bei der Verschmelzung als auch bei der Spaltung und vor allem auch beim Formwechsel zur Disposition der Beteiligten steht. Der Gesetzgeber hat 2007 für Kapitalgesellschaften den Weg insoweit frei gemacht, als er für Verschmelzungs- und Spaltungsvorgänge ausdrücklich vorgesehen hat, dass die Beteiligten auf die Anteilsgewähr verzichten können, wenn Kapitalgesellschaften beteiligt sind (§ 54 Abs. 1 Satz 3, § 68 Abs. 1 Satz 3 UmwG).

Mit der ganz herrschenden Meinung ist davon auszugehen, dass die Verzichtsmöglichkeit erst recht bei Personengesellschaften besteht. Der Beitrag zeigt aber auch auf, wo Grenzen für den Verzicht liegen: z.B. kein Verzicht gegen Geldzahlung seitens des Zielunternehmens.

Dem Verzicht auf Anteilsgewähr liegt häufig der Wille der Beteiligten zugrunde, keine Kapitalerhöhung durchzuführen, weil im Rahmen einer solchen dem Registergericht nachzuweisen ist, dass die im Rahmen der Kapitalerhöhung gewährten Anteile werthaltig durch das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers gedeckt sind. Diese Nachweisführung löst häufig nicht unerhebliche Kosten aus. Darüber hinaus ist es beispielsweise dann, wenn eine GmbH & Co. KG Ausgangsrechtsträger ist, häufig so, dass die Komplementär-GmbH am Vermögen des Ausgangsrechtsträgers nicht beteiligt ist und deswegen auch am Zielunternehmen nicht beteiligt werden soll.

Gerade insoweit geht die überwiegende Meinung davon aus, dass auch ohne höchstrichterliche Klärung durch den BGH ein Verzicht auf Anteilsgewähr möglich ist, obwohl der Ausgangsrechtsträger eine Personengesellschaft ist.

Es ist allerdings zu beachten, dass das, was umwandlungsrechtlich möglich ist, häufig umwandlungssteuerrechtlich gefährlich ist. Grundsätzlich gilt, dass eine sog. Buchwertfortführung nach § 20 UmwG nur zulässig ist, wenn Anteile gewährt werden. Es sollte daher von einer Anteilsgewährung nur abgesehen werden, wenn ausschließlich Kapitalgesellschaften am Umwandlungsvorgang beteiligt sind.

Es stellt sich im Übrigen die weitergehende Frage, inwieweit Dritte im Rahmen der Umwandlung hinzutreten können. Nur in ganz wenigen Fällen gibt es hierzu ausdrückliche Regelungen im Umwandlungsgesetz. So legt der Gesetzgeber beispielsweise bei der Ausgliederung vom Einzelkaufmann fest, dass diese nur auf eine bestehende Personengesellschaft erfolgen könne, nicht aber auf eine durch den Umwandlungsvorgang neu gegründete. Hier wird wohl ein Dritter nicht im Rahmen der Umwandlung beitreten können.

Beim Formwechsel stehen vor allem zwei Konstellationen im Fokus:

Soll eine GmbH in eine GmbH & Co. KG formgewechselt werden, stellt sich die Frage, ob die künftige Komplementärin der GmbH & Co. KG schon vor dem Formwechsel dem Ausgangsrechtsträger beitreten muss oder dies auch erst im Rahmen des Formwechsel möglich ist. Mit einer neuen Entscheidung (OLG Oldenburg v.

Prof. Dr. Heribert Heckschen  
Dr. Pascal Salomon

Hohe Straße 12  
01069 Dresden

Tel 0351 473 05 0  
Fax 0351 473 05 10

19.12.2019 – 12 W 133/19, GmbHR 2020, 327 mit Verweis auf BGH v. 09.05.2005 – II ZR 29/03, GmbHR 2005, 1136) hat die Rechtsprechung nochmals ausführlich dargelegt, dass es zulässig ist, dass die künftige Komplementärin erst im Rahmen des Formwechsels beitrifft. Umgekehrt wünschen die Beteiligten häufig, dass beim Wechsel von der GmbH & Co. KG in die GmbH die bisherige Komplementärin ausscheidet. Auch hierzu gibt es aktuelle Rechtsprechung (KG v. 19.12.2018 – 22 W 85/18, GmbHR 2019, 287). Die Rechtsprechung ist der Auffassung, dass dies zulässig ist.

Darüber hinaus untersucht der Beitrag die Thematik der Mitgliedschaftskontinuität anhand eines aktuellen Urteils aus dem Bereich des Genossenschaftsrechts (OLG Naumburg v. 12.12.2019 – 1 U 125/19, NZG 2020, 715).

Der aktuelle Aufsatz zeigt umfassend die bisherige Entwicklung der Rechtsprechung und Literatur auf. Der Autor schließt sich der Ansicht an, dass in weitem Umfang die Gewährung von Anteilen und Mitgliedschaften zur Disposition der Beteiligten steht.

#### **Quelle:**

Autor: Prof. Dr. Heribert Heckschen  
Fundstelle: GmbHR 2021, 8

« Zum Fachbereich "Umwandlung"

« Zum Fachbereich "Umstrukturierung"

« Zur Startseite