

Düsseldorfer Rechtswissenschaftliche Schriften 152

Tobias Schneiders

Die ausstehende Einlage in der Umwandlung



Nomos

Düsseldorfer Rechtswissenschaftliche Schriften

Herausgegeben von der

Juristischen Fakultät der
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Band 152

Tobias Schneiders

Die ausstehende Einlage in der Umwandlung



Nomos

Dissertation der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

Erstgutachter: Prof. Dr. Ulrich Noack

Zweitgutachter: Prof. Dr. Lutz Strohn

Datum der mündlichen Prüfung: 28.11.2017

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Düsseldorf, Heinrich-Heine-Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4724-5 (Print)

ISBN 978-3-8452-8990-8 (ePDF)

D 61

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinem Vater

Vorwort

Diese Arbeit lag der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf im Frühjahr 2017 als Dissertation vor. Für die Veröffentlichung wurden Rechtsprechung und Literatur aktualisiert.

Herzlich danken möchte ich meinem verehrten Doktorvater Prof. Dr. Ulrich Noack. Bereits im (Schwerpunktbereichs-)Studium hat er mich für das Unternehmensrecht begeistert. Während meiner anschließenden Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter hat er nicht nur meine fachliche, sondern auch meine persönliche Entwicklung durch seinen steten Rat geprägt. Ihm und seinem Lehrstuhl werde ich auch nach meinem Ausscheiden eng verbunden bleiben.

Danken möchte ich auch RiBGH a.D. Prof. Dr. Lutz Strohn für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die aufschlussreichen Einblicke in die Tätigkeit des II. Zivilsenats.

Mein Dank gilt ferner meinen Kollegen am Lehrstuhl, von denen ich insbesondere meine Freunde Rechtsanwältin Dr. Lisa Guntermann und Prof. Dr. Michael Beurskens hervorheben möchte. Für seine enge Freundschaft danke ich Richter Dr. Benjamin Theis.

Größter Dank gebührt jedoch meinem lieben Vater Ralf Schneiders. Obgleich er weder den Entschluss zur Anfertigung dieser Arbeit noch deren Fertigstellung miterlebt hat, hat er den größten Anteil hieran. Ihm ist diese Arbeit gewidmet.

Düsseldorf, im Dezember 2017

Tobias Schneiders

Inhaltsverzeichnis

Einführung	17
A. Einleitung	17
B. Untersuchungsgegenstand	18
1. Teil Rekonfiguration des Ausstands	20
A. Problemaufriss	20
B. Meinungsstand	22
I. Verschmelzung	23
1. Grundsatz der Beteiligungskontinuität	24
a) Mischverschmelzungen	24
b) Struktur der Argumentation	25
2. Grundsatz der Vermögensübertragung	25
a) Erwägungen des Gläubigerschutzes	27
b) Rechtstechnische Erwägungen	28
aa) Wahlmöglichkeit	29
bb) Verlust der Kapitalbindung	30
3. Mangelnde systematische Auslegung	31
4. Gegenstimmen	33
5. Vermengung von Pflichteinlage und Haftsumme	34
a) Gegenstand des Rechtsstreits	35
b) Keine Entscheidung über die Einlageforderung	36
II. Spaltung	37
1. Pauschaler Verweis ins Verschmelzungsrecht	37
2. Anwendbarkeit von § 51 Abs. 1 S. 3 UmwG	38
III. Formwechsel	39
1. Identitätsgedanke	39
2. Kapitalgesellschaft als Ziel-Rechtsform	40
a) Mindesteinzahlung der Einlageforderung	40
b) Deckung des Nennkapitals	41
C. Allgemeine Grundsätze	42
I. Ausgangsthese	43

II. Grenzen der Gestaltungsfreiheit	45
1. Ursprüngliche Gläubigerschutzmechanismen	45
a) Akzessorische Haftung	46
aa) Dogmatische Begründung der „Nachhaftung“	47
bb) Haftung des Kommanditisten	48
(1) Zeitliche Begrenzung	49
(2) Fortgeltung des gesamten Haftungssystems	50
cc) Folgerungen	51
b) Kapitalschutz	52
aa) Verschmelzung	52
(1) Ursprüngliche Diskussion	52
(2) Aktuelle Rechtslage	54
(3) Keine Korrekturen	57
bb) Spaltung	59
(1) Aufspaltung	59
(2) Abspaltung und Ausgliederung	60
cc) Formwechsel	63
dd) Folgerungen	64
c) Wesentliche Erkenntnisse	64
2. Formstrenge	64
a) Kapitalaufbringungskautele	65
aa) Unterwerfungspflicht	66
(1) Identifikation der Kapitalaufbringungsfunktion	67
(2) Bedeutung des Hin- und Herzählens	68
bb) Kapitalaufbringungskontrolle	69
(1) Werthaltigkeit der Forderungen	69
(2) Mindesteinzahlung	70
(a) Grundsätze der „Mischeinlage“	72
(b) Anmeldungsmodalitäten	73
b) „Entkleidung“ der Einlageforderung	75
aa) Neuabschluss einer Nebenabrede	76
bb) Umwandlungsrechtliche Lösung	77
c) Wesentliche Erkenntnisse	78
III. Willensbildung	78
1. Fortbestand	79
2. Entfall	80
a) Ungleichbehandlungen	81
b) Verhältnis zu anderen beteiligten Rechtsträgern	82

3. Überführung in die schuldrechtliche Ebene	83
a) Interne Gleichbehandlung	83
b) Externe Gleichbehandlung	85
4. Regimewechsel	86
a) Austrittsrecht als Kompensation	86
b) Rücksichtnahmegebot	88
c) Belastungsverbot	90
aa) Einzahlungstermine	92
bb) Ausfallhaftung gem. § 24 GmbHG	93
5. Wesentliche Erkenntnisse	93
D. Fallgruppen	94
I. Verschmelzung	94
1. Verschmelzung unter Kapitalgesellschaften	94
a) Fortbestand in der korporativen Ebene	94
aa) Gesetzssystematik	94
(1) Erwerb eigener Anteile nach Austritt gem. § 29 UmwG	95
(2) Zustimmungserfordernis gem. § 51 Abs. 1 S. 3 UmwG	96
(a) Alte Rechtslage	96
(b) Abbildung im UmwG von 1994	98
(c) Schlussfolgerungen	98
bb) Verschmelzungstechnik	99
(1) Tilgungsbestimmung	101
(2) Teleologische Erwägungen	102
cc) Folgerungen	103
(1) Anwendung der Einlagekautele	103
(a) Einzahlungshöhe	104
(b) Haftung der Vormänner	104
(c) Ausfallhaftung der Mitgesellschafter	105
(aa) Mischverschmelzungen	106
(α) Gesellschafter der Ziel-GmbH	107
(β) Gesellschafter der Überträgerin	110
(γ) Verschmelzung einer GmbH auf Rechtsträger anderer Rechtsform	111
(bb) Verschmelzung zur Neugründung einer GmbH	112
(2) Fortbestand als Nebenpflicht	113

b)	Fortbestand in der schuldrechtlichen Ebene	114
aa)	Erfüllbarkeit und Fälligkeit	115
bb)	Besicherungsmechanismen	116
(1)	Kaduzierung	116
(2)	Ausfallhaftung	116
(3)	Erlass	118
(4)	Verzinsung	119
c)	Entfall	119
aa)	„up-stream“-Verschmelzung	119
bb)	Verschmelzungsvertragliche Anordnung	120
(1)	Irrelevanz der Verzichtverbote	121
(2)	Kapitalbindung einer Ziel-AG	121
d)	Auslegung des Verschmelzungsvertrags	123
e)	Exkurs: andere „gebundene“ Forderungen	123
aa)	Differenzhaftung	124
bb)	Einlagenrückgewähr	124
2.	Verschmelzung von Personenhandels- auf Kapitalgesellschaften	126
a)	Fortbestand als inkorporierte Einlage	126
aa)	Leistungszeitpunkt und -höhe	127
bb)	Ausfallhaftung gem. § 24 GmbHG	127
cc)	Kommanditeinlagen	128
b)	Andere Gestaltungsvarianten	128
3.	Verschmelzung von Kapital- auf Personenhandelsgesellschaften	129
a)	Weite Gestaltungsfreiheit	130
b)	Kommanditeinlagen	130
aa)	Konfiguration des Ausstands	132
bb)	Zustimmungserfordernisse	133
4.	Verschmelzung von Personenhandelsgesellschaften	134
a)	Begründung einer Kommanditbeteiligung	134
b)	Verringerung der Haftsumme	135
II.	Spaltung	136
1.	Ursprüngliches Gläubigerschutzsystem	136
a)	Kapitalgesellschaften	136
aa)	Zugang zur vereinfachten Kapitalherabsetzung	137
bb)	Auswirkungen der Kapitalherabsetzung	139
b)	Personengesellschaften	140
aa)	Aufspaltung	140

bb) Abspaltung und Ausgliederung	141
(1) Friktionen	142
(2) Haftsumme in der Überträgerin	143
2. Willensbildung	144
III. Formwechsel	145
1. Wechsel zwischen Kapitalgesellschaftsformen	145
a) Anwendbarkeit des neuen Regelungsregimes	145
aa) Einzahlungshöhe	146
bb) Haftung der Vormänner	147
cc) Mithaft gem. § 24 GmbHG	148
(1) Keine Modifikation der Ausfallhaftung	149
(2) Anteilseignerschutz	150
(a) Kein beredtes Schweigen	151
(b) Vergleichbarkeit der Interessenlagen	152
(aa) Kein Gleichlauf mit GmbH-Kapitalerhöhung	153
(bb) Risikoakkumulation	154
dd) Exkurs: andere „gebundene“ Forderungen	155
b) Anwendbarkeit des alten Regelungsregimes	156
2. Wechsel von Kapital- in Personengesellschaftsform	158
a) Eingreifen der persönlichen Haftung	158
b) Kommanditbeteiligungen	159
3. Wechsel von Personen- in Kapitalgesellschaftsform	159
a) Kommanditbeteiligungen	160
b) Fortbestand in der korporativen Ebene	160
IV. Grenzüberschreitende Umwandlungen	161
1. Verschmelzung	161
a) Korporative Ebene	162
b) Schuldrechtliche Ebene/Entfall	163
2. Formwechsel	164
3. SE-Gründung	165
2. Teil Ausstand im Ziel-Rechtsträger	167
A. Problemaufriss	167
B. Ziel-GmbH (§ 51 Abs. 1 S. 1 und 2 UmwG)	168
I. Bedeutung für den Anteilseignerschutz	168
II. Tatbestand	170
1. Offene Einlagen	170

2. Maßgeblicher Zeitpunkt	171
3. Teleologische Reduktion	171
a) Erweiterung des Haftungsrisikos	172
b) Risikominimierung	173
III. Rechtsfolgen	173
1. Anforderungen an den Verschmelzungsbeschluss	173
a) Maßgeblicher Personenkreis	173
b) Form der Zustimmung	175
aa) Wortlautanalyse	176
bb) Teleologische Aspekte	177
2. Verhältnis zu § 29 Abs. 1 UmwG	178
a) Konzeption von § 29 Abs. 1 UmwG	179
aa) Systematische Betrachtung	181
bb) Gesetzeshistorie	182
b) Entbehrlichkeit des Abfindungsangebots	184
3. Anmeldemodalitäten gem. § 52 S. 1 UmwG	185
a) Hinweis auf offene Einlagen	186
b) Bestätigung des Gesellschafterkreises	187
c) Strafbewehrung	189
aa) Beschränkung auf bestimmte Vertretungsorgane	189
bb) Beschränkung auf bestimmte Gesellschaftsformen	191
IV. Entsprechende Geltung	192
1. Spaltung	192
2. Grenzüberschreitende Verschmelzung	192
C. Mutter-Tochter-Verschmelzung (§§ 54/68 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 UmwG)	193
I. Meinungsstand	193
1. Ausschluss einer Konfusionslage	194
2. Absicherung der verschmelzungsbedingten Kapitalaufbringung	196
a) Keine Wertzuführung durch eigene Anteile	196
b) Keine Wertzuführung in Höhe des Einlagebetrages	196
3. Vorgaben zum Anteilstausch	197
a) Berechnung des Umtauschverhältnisses	197
b) Klarstellung zum Anteilstauschkonzept	197

II. Analyse	197
1. Abweichende Ansätze	198
a) Keine Klarstellung zum Anteilstauschkonzept	198
b) Keine Absicherung der verschmelzungsbedingten Kapitalaufbringung	198
c) Keine Vorgaben zur Berechnung des Umtauschverhältnisses	199
2. Gesetzgebungshistorie	200
a) Schlussfolgerungen	201
b) Kritische Würdigung	202
3. Wirkung des Kapitalerhöhungsverbots	203
a) Keine Relevanz der realen Werte	204
b) Vergleich mit den §§ 54/68 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 UmwG	205
III. Umsetzungsmöglichkeiten	206
1. Vorherige Beseitigung	206
a) Anteilsübertragung auf Dritte	207
b) Vollständige Einzahlung	207
2. Einzahlung qua „Verrechnung“	208
a) Unzulässigkeit einer Annahme an Erfüllung statt	208
aa) Aufweichung durch Regeln über verdeckte Sacheinlage	209
bb) Bedeutung für das „Verrechnungsmodell“	210
b) Transformation einer Bar- zur Sacheinlage	211
aa) Zulässigkeit	211
bb) Voraussetzungen	212
(1) Satzungsänderung	212
(2) Absicherung der Werthaltigkeit	213
c) Zusammenfassung	215
3. Lückenfüllung durch Verwendung der teileingezahlten Anteile	216
a) Ursprüngliche Vollzahlung	216
b) Ursprünglicher Einlageausstand	217
aa) Lösung nach hiesigem Ansatz	217
bb) Exkurs: Anteile aus anderer Hand	218
4. Lückenfüllung durch Verwendung eigener Anteile	219
a) Aushebelung des Kapitalerhöhungsverbots	219
b) Erwerbsverbot	220

Inhaltsverzeichnis

IV. Spaltung	222
1. Auf- und Abspaltung	222
2. Ausgliederung	222
Schlusswort	224
Literaturverzeichnis	225

Einführung

A. Einleitung

Das Umwandlungsgesetz erlaubt es, Unternehmensträger zu reorganisieren. Zu diesem Zweck bietet es verschiedene Werkzeuge, mit denen gesellschaftsrechtliche Strukturen weitaus flexibler konfiguriert werden können, als es die allgemeinen Regeln zulassen. Die Praxis macht von diesem Instrumentarium rege Gebrauch und profitiert hierbei davon, dass die Materie von Wissenschaft und Rechtsprechung in weiten Bereichen sorgsam aufbereitet worden ist. Mit Zweifelsfragen ist sie jedoch konfrontiert, wenn in den beteiligten Rechtsträgern Einlagen ausstehen. Denn das Gesetz bietet nur wenige Regelungen, welche die insoweit denkbaren Konstellationen explizit adressieren. Gängige Handbücher und Kommentare bieten zwar Lösungen für einige Problemstellungen, bleiben im Detail aber vage und verfolgen unterschiedliche Linien. Die Umwandlungswilligen können sich daher auf keine klare Rechtslage verlassen; in der Folge werden Einlageausstände häufig vor Durchführung der avisierten Maßnahme beseitigt.

Die vorliegende Studie versucht, Abhilfe zu schaffen, indem sie untersucht, welche (weiteren) Gestaltungsoptionen offenstehen, wenn im Rahmen der Vorbereitung einer Umwandlung Einlageausstände identifiziert werden. Hierbei berücksichtigt sie, dass Einlagen nach der Nomenklatur *Karsten Schmidts*¹ nicht nur sog. Einlagen im engeren Sinne, sondern auch Beitrag sind. Einerseits wird also auf die gläubigerschützende Komponente Rücksicht genommen, die sich daraus ergibt, dass Einlageleistungen die den Gläubigern (jedenfalls potentiell) zur Verfügung stehende Haftmasse mehren. Andererseits wird bedacht, dass es sich auch um eine Pflicht der Anteilsinhaber zur Förderung des Gesellschaftszwecks handelt. Die Analyse bleibt allerdings in der gesellschaftsrechtlichen Ebene: Steuerrechtliche Folgen der erarbeiteten Handlungsmöglichkeiten werden nicht nachvollzogen.

1 ZHR 1990, 237, 240.

B. Untersuchungsgegenstand

Die Studie gliedert sich in zwei Teile. Im ersten werden Konstellationen adressiert, in denen ausstehende Einlagen unmittelbar von den umwandlungsbedingten Reorganisationsakten betroffen sind. Dies ist zunächst dann der Fall, wenn ein Ausstand im übertragenden Rechtsträger einer Verschmelzung oder Spaltung zu verzeichnen ist. Denn bei einer derartigen Gestaltung steht ein Transfer auf den Ziel-Rechtsträger im Raum. In diese Kategorie fällt aber auch der Formwechsel, da dieser den Ausstand einem neuen Regelungsregime unterstellt. Im zweiten Teil der Untersuchung stehen Gestaltungen im Mittelpunkt, bei denen Einlageausstände nur mittelbar in die Umwandlung einbezogen werden. Gemeint sind hiermit Ausstände, die bereits im Ziel-Rechtsträger einer Verschmelzung oder Spaltung zu finden sind. Die Vermögensübertragung nach den §§ 174 ff. UmwG ist in beiden Teilen nicht Gegenstand der Betrachtung. Dieses an die öffentliche Hand und Versicherungsunternehmen gerichtete Instrument konnte weder wissenschaftliche² noch praktische³ Bedeutung erlangen.

In Anlehnung an die Praxis legt die Studie ihren Fokus auf die beiden Kapitalgesellschaftsformen AG und GmbH, bezieht aber auch die Personhandelsgesellschaften mit ein. Unter dem Begriff der ausstehenden Einlage ist damit in Erster Linie eine (statutarisch verankerte)⁴ Forderung eines Rechtsträgers gegen seine Anteilsinhaber zu verstehen. In den Perso-

2 Im von *Kallmeyer* herausgegebenen Kommentar wird z.B. auf eine Darstellung komplett verzichtet.

3 *Fonk*, in: *Semler/Stengel*, § 174 Rn. 10 urteilt sogar, der Gesetzgeber habe „die Bedürfnisse der Praxis [...] falsch eingeschätzt“; siehe dort auch zu statistischen Angaben. Nach *Sagasser*, in: *Sagasser/Bula/Brünger*, § 21 Rn. 5 wird vorrangig die Bestandsübertragung nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz genutzt.

4 Keine Berücksichtigung finden nur schuldrechtliche (Neben-)Abreden. Diese standen insgesamt bisher kaum im Fokus des umwandlungsrechtlichen Schrifttums: Festgehalten wurde bereits, dass schuldrechtlich eingeräumte Sonderrechte nicht in die korporative Ebene hineinwirken, weshalb aus ihnen keine besonderen Voraussetzungen für den Verschmelzungsbeschluss abgeleitet werden können (*Simon/Nießen*, in: *KK/UmwG*, § 50 Rn. 19; *Stratz*, in: *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, § 50 Rn. 12; mit zutreffendem Hinweis auf potentielle Abwehransprüche auf schuldrechtlicher Ebene *Winter/J. Vetter*, in: *Lutter*, § 50 Rn. 45). Zudem sind Konsortialverträge bei der Auslotung der Reichweite einer umwandlungsbedingten Gesamtrechtsnachfolge adressiert worden; gemeint sind also nicht Vereinbarungen in Bezug auf den umzuwandelnden Rechtsträger selbst, sondern auf eine andere Gesellschaft, an der der Rechtsträger beteiligt ist (hierzu *Burg/Marx*, NZG 2013, 127).

nengesellschaften wird diese oft als Pflichteinlage bezeichnet, um sie von der Haftsumme der Kommanditisten abzugrenzen.⁵ Letztere schlägt einen Bogen zu den Kapitalgesellschaften: Einzahlungen (in der Regel auf die Pflichteinlage) lassen die Außenhaftung gem. § 171 Abs. 1 2. Hs. HGB entfallen, Rückzahlungen gem. § 172 Abs. 4 HGB wiederaufleben. Die Situation hat damit eine gewisse Nähe zur Kapitalbindung in GmbH und AG, unterscheidet sich aber durch den direkten Zugriff auf die Gesellschafter.

Auf eine weitergehende Einführung, etwa in allgemeine Fragen und Prinzipien der Umwandlung nach dem UmwG, wird an dieser Stelle verzichtet, obwohl sie bei anderen Arbeiten zu umwandlungsrechtlichen Themen häufig zu beobachten ist.⁶ Die bei einem Einlageausstand auftretenden Probleme sollen in der hiesigen Studie möglichst „barrierefrei“ erörtert werden. Ob des stark eingengten Untersuchungsgegenstandes ist nämlich davon auszugehen, dass die (potentielle) Leserschaft mit den Grundlagen vertraut ist. Diese müssen also nur dort rekapituliert werden, wo sie zur Beantwortung aufgeworfener Fragen einen Beitrag leisten können.

5 Vgl. *Strohn*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, § 171 Rn. 5; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, § 171 Rn. 1.

6 Vgl. z.B. *Moog*, S. 25 ff., der Aspekte wie die Entstehungsgeschichte des UmwG abstrakt voranstellt, oder *Theißen*, S. 1 ff., der fast schon lehrbuchartig Spaltungsmöglichkeiten und Beweggründe der an einer Maßnahme Beteiligten darstellt.

1. Teil Rekonfiguration des Ausstands

A. Problemaufriss

Stehen in einem übertragenden oder formwechselnden Rechtsträger Einlageforderungen aus, erscheint deren Schicksal a prima vista eindeutig: Im erstgenannten Fall werden sie als Vermögensbestandteil gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auf den Ziel-Rechtsträger transferiert; im zweitgenannten bestehen sie im formwechselnden Rechtsträger fort, dessen Vermögen infolge der Identitätswahrung gem. § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG⁷ grundsätzlich nicht angetastet wird. Gefestigt wird diese erste Annahme dadurch, dass die genannten Eintragungswirkungen nicht durch Anordnungen des Verschmelzungsvertrags⁸ bzw. Formwechselbeschlusses⁹ modifiziert werden können. Zweifel werden demgegenüber dadurch hervorgerufen, dass die Forderungen nicht nur dem Vermögen zugeordnet werden können, sondern auch Teil des mitgliederschaftlichen Pflichtenprogramms sind. Die Umwandlungsmechanismen eröffnen in Bezug auf die Beteiligung der Anteilsinhaber grundsätzlich eine weite Gestaltungsfreiheit, so dass durchaus Raum für Abweichungen von der These eines Fortbestands der Einlageforderungen besteht. Die im Allgemeinen bei der mitgliederschaftlichen Ausgestaltung gewährten Freiheiten zeigen sich bei der Verschmelzung etwa an Zustimmungserfordernissen, die das Gesetz in § 50 Abs. 2 UmwG für den Entzug von Sonderrechten vorsieht. Noch deutlicher werden sie an der Möglichkeit, die Beteiligungsverhältnisse an der Überträgerin gem. §§ 54/68 Abs. 1 S. 3 UmwG vollständig entfallen zu lassen.

Bei den in der Praxis im Mittelpunkt stehenden Kapitalgesellschaften bewegt sich der umwandlungsrechtliche Beteiligungsmodus in den Bahnen der Kapitalaufbringung. Dadurch werden die Gestaltungsspielräume

7 Decher/Hoger, in: Lutter, § 202 Rn. 7, sprechen von einer „Vermögensidentität“; vgl. auch Vossius, in: Widmann/Mayer, § 202 Rn. 25 f.; Leonard, in: Semler/Stengel, § 202 Rn. 7.

8 Grunewald, in: Lutter, § 20 Rn. 7 f.; Marsch-Barner, in: Kallmeyer, § 5 Rn. 4; Vossius, in: Widmann/Mayer, § 20 Rn. 32.

9 Stratz, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 202 Rn. 5; vgl. auch Meister/Klöcker, in: Kallmeyer, § 202 Rn. 12.

zwar eingeschränkt, gleichwohl werden die Folgen der Umwandlung für Einlageforderungen nicht klarer: Im Rahmen der Verschmelzung werden die Anteilsinhaber der Überträgerin gem. § 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 UmwG ipso iure an der Ziel-Gesellschaft beteiligt.¹⁰ Dies setzt voraus, dass entsprechende Anteile bereits vor der Verschmelzung vorhanden waren oder in ihrem Zuge qua Kapitalerhöhung oder Neugründung generiert werden.¹¹ Die neu zu gewährenden Anteile werden also auf regulärem Wege geschaffen, sind demgemäß ihrerseits zwingend mit einer Einlagepflicht verbunden. In gewisser Weise treffen bei Annahme einer Übertragung von Einlagepflichten also zwei Forderungen aufeinander. Regelungen für diesen Konflikt enthält das UmwG nicht. Insbesondere ist kein expliziter Mechanismus vorgesehen, der die ursprüngliche Forderung mit dem bereitgestellten Anteil (am Kapital) koppeln kann. Für den Formwechsel könnte man dieses Problem – zumindest bei Maßnahmen unter Kapitalgesellschaftsformen – dadurch lösen, dass man die Beteiligung nicht als vollständig neu begründet, sondern nur einem anderen Regelungsregime unterworfen sieht.¹² Allerdings versteht das Gesetz das Überstreifen des neuen Rechtskleids in § 197 S. 1 UmwG gründungsähnlich. Deshalb findet gem. § 220 Abs. 1 (i.V.m. § 245) UmwG eine Art Kapitalaufbringungsvorgang statt, dessen Ergebnis jedenfalls nicht ohne weiteres ein Ausstand sein kann.

Die Schwierigkeiten, eine ggf. übertragene oder fortbestehende Forderung als Anteil am Kapital zu qualifizieren, gehen mit der Frage einher, welche Regeln nach Umwandlung auf sie anwendbar sind. Bei einer rechtsformidentischen Verschmelzung mag man über die konstruktiven Probleme hinwegsehen und weiterhin von einer veritablen Einlageforderung ausgehen, die den entsprechenden Kautelen unterliegt. Jedoch läge es bei einem Formwechsel und einer rechtsformverschiedenen Verschmelzung dann nahe, die Vorschriften der Ziel-Rechtsform zur Anwendung kommen zu lassen. Dies führt zu zweifelhaften Ergebnissen, wenn sich die Haftungsregime deutlich unterscheiden: Nach Wechsel von der Personen- zur Kapitalgesellschaft etwa wäre die Forderung plötzlich Teil des Kapitalaufbringungssystems und übernehme damit eine ihr zuvor nicht zuge dachte gläubigerschützende Funktion. Das ist deshalb nicht unproblema-

10 *Grunewald*, in: Lutter, § 20 Rn. 61; *Marsch-Barner*, in: Kallmeyer, § 20 Rn. 29.

11 Vgl. *Sagasser/Luke*, in: *Sagasser/Bula/Brünger*, § 9 Rn. 291.

12 Vgl. hierzu *Decher/Hoger*, in: Lutter, § 202 Rn. 13 ff.; *Meister/Klöcker*, in: Kallmeyer, § 202 Rn. 35; *a.A. Vössius*, in: *Widmann/Mayer*, § 202 Rn. 28 ff.

tisch, weil die in der Personengesellschaft bestehende akzessorische Haftung durch die Umwandlung nicht vollständig beendet wird.¹³ Es entsteht also eine Art doppelte Sicherung der Gläubiger.

Problembehaftet ist ferner die Beurteilung von Spaltungsvorgängen. Da diese Umwandlungsform ebenfalls die der Verschmelzung zugrundeliegenden Mechanismen nutzt,¹⁴ müssen zumindest im Ansatz ähnliche Ergebnisse erzielt werden. Ein gravierender Unterschied besteht jedoch darin, dass die Überträgerin gem. § 131 Abs. 1 Nr. 2 UmwG nur bei einer Aufspaltung erlischt. Deshalb könnte eine Übertragung von Einlageforderungen in den übrigen Fällen daran scheitern, dass sie dem ursprünglichen Rechtsträger womöglich nicht „entrissen“ werden können. Zudem stellt sich schon bei der Aufspaltung die Frage, ob der Grundsatz der freien Vermögensaufteilung (vgl. § 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG) einzuschränken ist, die Zuteilung der Forderungen also nach bestimmten Regeln zu erfolgen hat.

B. Meinungsstand

Die durch ausstehende Einlagen evozierten Probleme stellen in der umwandlungsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur keine terra incognita dar. Allerdings finden sich kaum allgemeine Überlegungen, da das Phänomen nicht übergreifend betrachtet wird: Gerichtliche Entscheidungen können naturgemäß nur über Einzelfälle ergehen und der jeweilige Spruchkörper ist allein schon aus Praktikabilitätsgründen kaum in der Lage, die zu beurteilende Rechtsfrage in das Gesamtsystem einzuordnen. Das umwandlungsrechtliche Schrifttum adressiert die hier aufgeworfenen Fragen nahezu ausschließlich in Kommentaren und Handbüchern. Solche vornehmlich an die Praxis gerichteten Werke gliedern ihre Darstellung anhand der einzelnen Umwandlungsformen und teilen die Bearbeitung unter mehreren Autoren auf; Herausgeber koordinieren zudem nur organisatorisch, nicht inhaltlich. Sinnvolle Überlegungen bleiben daher oft auf bestimmte Konstellationen beschränkt, obschon sie auch in anderen Bereichen zur Lösung von Zweifelsfragen beitragen könnten. Aber auch das Gegenteil ist der Fall: Stellenweise werden etwa zur Verschmelzung entwickelte Ansät-

13 Hierzu unter C. II. 1. a) auf S. 46.

14 Häufig wird missverständlich davon gesprochen, dass die Spaltung eine Verschmelzung „spiegelt“ (z.B. *Leuering*, in: J. Kraft/Redenius-Hövermann, Kap. 3 § 1 Rn. 1; zurecht krit. *A. Teichmann*, in: Lutter, § 123 Rn. 1).

ze unkritisch auf den Formwechsel übertragen, ohne die bestehenden Unterschiede zu bedenken. Ähnliches ist in Bezug auf die Spaltung zu beobachten. Da sie als übertragende Umwandlungsform¹⁵ auf den Mechanismen der Verschmelzung aufbaut, wird hier (soweit überhaupt auf ausstehende Einlagen eingegangen wird) zu unkritisch auf das Verschmelzungsrecht verwiesen. Ein weiteres Manko ist darin zu sehen, dass – den Bedürfnissen der Praxis entsprechend – vornehmlich Einlageforderungen von Kapitalgesellschaften in den Mittelpunkt der Darstellungen gerückt werden. Hierdurch kommen Überlegungen zu Rechtsformübergreifenden Maßnahmen in weiten Teilen zu kurz.

I. Verschmelzung

Einlageforderungen übertragender Rechtsträger einer Verschmelzung sollen nach heute nahezu allgemeiner Auffassung im Ziel-Vehikel fortbestehen.¹⁶ Gestützt wird dieser Leitsatz, wie auch schon vor dem Inkrafttreten des UmwG von 1994,¹⁷ entweder auf den Vermögensübergang gem. § 20

15 Gemeint sind Verschmelzung und Spaltung, nicht die übertragende Umwandlung nach altem Recht (zu dieser beiläufig unter I. 5. ab S. 34).

16 *Simon*, in: KK/UmwG, § 20 Rn. 12; *Rieckers/Cloppenburg*, in: BeckOGK/UmwG, § 20 Rn. 23; *Heidinger*, in: Henssler/Strohn, § 20 UmwG Rn. 28 und 55; *Haeder*, in: Henssler/Strohn, § 51 UmwG Rn. 4; *Maulbetsch*, in: HK/UmwG, § 5 Rn. 25; *Drygala*, in: Lutter, § 2 Rn. 32 und § 5 Rn. 22; *Grunewald*, in: Lutter, § 20 Rn. 47; *Stengel*, in: Semler/Stengel, § 2 Rn. 40; *Schröer*, in: Semler/Stengel, § 5 Rn. 17; *Leonard/Simon*, in: Semler/Stengel, § 20 Rn. 63; *Mayer*, in: Widmann/Mayer, § 5 Rn. 77 und § 51 Rn. 23; *Wälzholz*, in: Widmann/Mayer, § 29 Rn. 40; *Marsch-Barner*, in: Kallmeyer, § 2 Rn. 12 und § 5 Rn. 7; *N. Zimmermann*, in: Kallmeyer, § 51 Rn. 5; *Stratz*, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 2 Rn. 8; *Bötcher*, in: NK/UmwR, § 2 Rn. 20; *Bermel*, in: Goutier/Knopf/Tulloch, § 20 Rn. 48; *Schnorbus*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 77 Anh. Rn. 163; *Limmer*, in: Limmer, Teil 2 Rn. 577; *Richter*, in: Happ, Abschn. 7.01 Rn. 13.6; *Stoye-Benk/Cutura*, Kap. 3 Rn. 12.; außerhalb von Kommentaren/Handbüchern *Schöne*, S. 206 f.; *Hahn*, S. 134; *Huber*, S. 93 und 109; *Röhricht*, S. 131 ff.; *Rosner*, AG 2011, 5, 8; *Gutachtendienst des DNotI*, DNotI-Report 2011, 49, 51; *Gutachtendienst der Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt*, GmbHR 1997, 693; *Ihrig*, ZHR 160 (1996), 317, 340.

17 *Dutti*, S. 74; *Würdinger*, S. 234 f.; *Wygold*, S. 43; *Veh*, S. 30 ff.; *Schubert*, S. 15 ff.; *Lehmann*, S. 537; *Heckschen*, S. 59; *Schilling*, AG 1958, 229; *Dietrich*, DR 1940, 1121, 1123 f.; *Mann*, ZentrBIHR 1933, 154, 156 f.; *Flechtheim*, JW 1933, 1012, 1014; *Grunewald*, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 346 Rn. 34; *A. Kraft*, in: KK/AktG², § 339 Rn. 56; *Schilling*, in: GK/AktG³, § 339 Anm. 10 und § 346

Abs. 1 Nr. 1 UmwG oder den Grundsatz der Beteiligungskontinuität gem. Nr. 3 S. 1. Was hieraus im Einzelnen folgt, bleibt indessen unklar, bestenfalls umstritten.

1. Grundsatz der Beteiligungskontinuität

Im jüngeren Schrifttum überwiegt die Einordnung als Frage der Beteiligungskontinuität. Da das (neue) Teilungsverhältnis am Ziel-Rechtsträger dasjenige an der erloschenen Überträgerin fortsetze, sei es identisch ausgestaltet, umfasse also auch dieselben Pflichten.¹⁸ Für die vorwiegend im Fokus stehende Verschmelzung unter Kapitalgesellschaften bedeute dies, dass die an der übernehmenden Gesellschaft gewährten Anteile als nicht voll eingezahlt anzusehen seien.¹⁹ *Torsten Schöne* reichert diese Folgerung noch mit dem Gedanken der Gleichbehandlung an: Anteilshaber mit rückständigen Einlagen dürften bei der Anteilsgewährung nicht genauso behandelt werden wie solche, die bereits vollständig geleistet hätten.²⁰

a) Mischverschmelzungen

Im Grundsatz ist es für die Vertreter dieser Ansicht irrelevant, ob sich die für die Einlageforderung geltenden Regeln bei anderer Form des Ziel-

-
- Anm. 34; *ders./Zutt*, in: Hachenburg⁷, § 77 Anh. II § 25 VerschmG Rn. 47; *Schlegelberger/Quassowski*, § 240 Rn. 20; *Godin/Wilhelmi*, § 339 Anm. 11; *Veith/Börnstein*, § 5 Rn. 24; *Baumbach/Hueck*, AktG, § 346 Rn. 16; *Ritter*, § 240 Gliederungs-nr. 4.b); *Bartl/Henkes/Schlarb*, § 25 KapErhG Rn. 115; *Priester*, in: Scholz⁷, Anh. Umw. § 25 KapErhG Rn. 31; *Dehmer*, § 20 KapErhG Gliederungs-nr. 4; *J. Meyer-Landrut*, in: Meyer-Landrut/Miller/Niehus, § 77 Anh. § 25 KapErhG Rn. 14; *Lutter/Hommelhoff*¹³, Anh. Verschm. § 20 KapErhG Rn. 9.
- 18 *Drygala*, in: Lutter, § 2 Rn. 32; *Marsch-Barner*, in: Kallmeyer, § 2 Rn. 12; *Stengel*, in: Semler/Stengel, § 2 Rn. 40; *Schröer*, in: Semler/Stengel, § 5 Rn. 17; *Stratz*, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 2 Rn. 8; *Mayer*, in: Widmann/Mayer, § 5 Rn. 77; ähnlich *Hahn*, S. 135; *Richter*, in: Happ, Abschn. 7.01 Rn. 13.6; im Ergebnis auch *Huber*, S. 93 und 109 sowie *Stoye-Benk/Cutura*, Kap. 3 Rn. 12.
- 19 Besonders deutlich *Huber*, S. 93 und 109; *Drygala*, in: Lutter, § 5 Rn. 22; *Marsch-Barner*, in: Kallmeyer, § 5 Rn. 7; *Schröer*, in: Semler/Stengel, § 5 Rn. 17; *Mayer*, in: Widmann/Mayer, § 5 Rn. 77 und § 51 Rn. 23; *Richter*, in: Happ, Abschn. 7.01 Rn. 13.6; *Stoye-Benk/Cutura*, Kap. 3 Rn. 12.
- 20 *Schöne*, S. 207.