

2. Kapitel

Allgemeiner Teil des Umwandlungsrechtes

I. Grundsätze des Umwandlungsrechtes

Das Umwandlungsgesetz unterscheidet in § 1 UmwG zwischen der Verschmelzung, der Spaltung (Aufspaltung, Abspaltung, Ausgliederung), der Vermögensübertragung und dem Formwechsel. Das Umwandlungsgesetz nimmt in § 1 Abs. 2 UmwG die Vorgabe eines gewissen „**numerus clausus**“ der **Umwandlungsarten** für sich in Anspruch,¹ d.h., dass Umwandlungen i.S. einer Gesamtrechtsnachfolge oder Identitätswahrung außerhalb des Anwendungsbereichs des UmwG nur zulässig sind, wenn sie durch Bundes- oder Landesgesetz ausdrücklich gesetzlich vorgesehen sind (sog. **Analogieverbot**).

Das Umwandlungsrecht ist gem. § 1 Abs. 3 UmwG grundsätzlich zwingender Natur, ergänzende Bestimmungen können von den Beteiligten jedoch getroffen werden, soweit die zwingenden Bestimmungen des Umwandlungsrechtes nicht abschließend sind oder Schutzvorschriften des UmwR hierdurch noch verschärft werden. Ähnlich wie im Sachenrecht ist es gerade Aufgabe des Notars bei der Beurkundung von Umwandlungsfällen darauf hinzuwirken, dass allen zwingenden Erfordernissen des Umwandlungsrechtes Rechnung getragen wird. Verschärft wird diese Aufgabe dadurch, dass im Zusammenspiel mit dem UmwStG teilweise keine Nachbesserungsmöglichkeit gegeben ist, damit die zumeist in erster Linie verfolgten steuerlichen Wirkungen des Umwandlungsvorgangs eintreten können, vgl. hierzu unten Rn. 78.

Das Umwandlungsgesetz regelt für jede Art der Umwandlung, welche Rechtsträger an ihr beteiligt sein können, vgl. Anhang. Eine zusammenfassende Übersicht über die möglichen Umwandlungsarten ist in Rn. 5 enthalten. Bei Beteiligung unterschiedlicher Formen von Rechtsträgern an Verschmelzungen als übertragende bzw. übernehmende Rechtsträger spricht die Literatur von sog. „**Mischverschmelzungen**“.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass andere „Umwandlungen“ immer noch nach allgemeinen Regeln anderer Rechtsbereiche möglich sind. Dies sind im Wesentlichen:

- die **An- und Abwachsung** gem. § 738 BGB bei sämtlichen Personengesellschaften,
- der Übergang des Gesellschaftsvermögens auf den letzten Gesellschafter einer Personengesellschaft, soweit dieser durch Ausscheiden aller übrigen Gesellschafter eintritt (sog. **Anwachsungsmodell**),
- der „**Formwechsel**“ von **OHG, KG und GbR** untereinander, der daher den allgemeinen Regeln des HGB unterliegt,
- der „**Formwechsel**“ von der **Unternehmergesellschaft in die GmbH**, der allein dadurch herbeigeführt werden kann, dass das Stammkapital der Unternehmerge-

¹ Ein aktuelles Beispiel aus der Rechtsprechung findet sich in der vielbeachteten Entscheidung des *OLG Hamm* vom 24.6.2010, NZG 2010, 1309 = ZIP 2010, 2205 = GmbHR 2010, 985 in welcher das OLG Hamm die Zulässigkeit einer Verschmelzung einer Komplementär-GmbH auf die Kommanditgesellschaft verneint hat, weil das Umwandlungsrecht bei der Verschmelzung voraussetzt, dass der übernehmende Rechtsträger fortbesteht und „die aus dem Gesetz folgenden Regelungsprinzipien einzuhalten sind“.

sellschaft zumindest auf das gesetzliche Mindeststammkapital erhöht wird.² Die „Umwandlung“ einer GmbH in eine Unternehmergeellschaft durch Kapitalherabsetzung bei gleichzeitiger Umfirmierung ist allerdings unzulässig.³

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass selbstverständlich alle Formen der Einzelrechtsnachfolge durch Einzelübertragung von Aktiva und Passiva (assets) oder von Gesellschaftsanteilen (shares) vom Umwandlungsrecht grundsätzlich unberührt bleiben.

- 4 In diesem Zusammenhang wird häufig die Anwendbarkeit der Schutzregeln des UmwG auf Vorgänge diskutiert, welche nicht dem Umwandlungsrecht unterliegen, aber zu strukturellen Veränderungen der Gesellschaft/des Unternehmens führen. Ausgangspunkt ist die **Holzmüller-Entscheidung**,⁴ in deren Folge die Ausgliederung oder Abspaltung von wesentlichem Gesellschaftsvermögens oder eine wirtschaftliche Fusion, durch welche die Beteiligungsstruktur und die Beteiligungsquote der betroffenen Anteilsinhaber gravierend verändert wird oder die Aufnahme einer Gesellschaft, die das bisherige Erscheinungsbild des Ausgangsrechtsträgers dauerhaft und nachhaltig verändert,⁵ als **Strukturentscheidung** anzusehen ist, welche zumindest bei einer Aktiengesellschaft einer Beschlussfassung der Anteilsinhaber mit qualifizierter Mehrheit bedarf.⁶ Durch die Rechtsprechung wird hierzu immer wieder bestätigt, dass sowohl das beschlussvorbereitende Verfahren als auch der Minderheitenschutz nach Beschlussfassung durch analoge Anwendung der Vorschriften des Umwandlungsgesetzes zu gestalten ist.⁷ Die dogmatischen Ansätze der Holzmüller-Entscheidung wurden in der Literatur sehr kontrovers diskutiert und kritisiert. Zum einen wird der Rechtfertigungsgrund für die Zuordnung einzelner, immer neu zu bestimmender Maßnahmen in den Zuständigkeitsbereich der Hauptversammlung hinterfragt, zum anderen wird die unsichere Rechtslage in Bezug auf Fragen der formellen Abwicklung und der inhaltlichen Reichweite des Zustimmungserfordernisses herausgestellt.⁸ Durch die „**Gelatine**“-**Entscheidungen** des BGH wurden die ungeschriebenen Mitwirkungsbefugnisse der Hauptversammlung wesentlich konkretisiert.⁹

2 Eine Umwandlung nach UmwG ist nicht möglich, da die GmbH und die UG (haftungsbeschränkt) dieselbe Rechtsform darstellen, vgl. u.a. *Freitag/Riemenschneider* ZIP 2007, 1485, 1491, *Ernsthaler/Füller/Schmidt* § 5a Rn. 18, Münchener Kommentar GmbHG § 5a Rn. 37, 50, *Altmeyen/Roth* § 5a Rn. 25, *Baumbach/Hueck* § 5a Rn. 17.

3 Vgl. *Zirngibl* in *Bunemann/Zirngibl*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis § 2 Rn. 29, *Ernsthaler/Füller/Schmidt* § 5a Rn. 3, Münchener Kommentar GmbHG § 5a Rn. 9, *Altmeyen/Roth* § 5a Rn. 29, *Baumbach/Hueck* § 5a Rn. 16.

4 *BGH* BGHZ 83, 122 = NJW 1982, 1703.

5 Vgl. *Lutter* UmwG Einl. Rn. 57 f.

6 Vgl. zu dieser Diskussion auch die Ausführungen im 7. Kap. Rn. 3, 4.

7 Vgl. zur Zulässigkeit des Spruchverfahrens in analoger Anwendung des UmwG *BGH* DNotZ 2003, 364; vgl. zur Informationspflicht des Vorstandes gegenüber den Anteilseignern bei Beschlussfassung über das gesamte Gesellschaftsvermögen einer Tochtergesellschaft *BGH* DNotI-Report 2001, 66.

8 Vgl. die ausführliche Darstellung der Problempunkte und des Meinungsstands in *Heckschen/Simon* § 4 Rn. 4 ff., der darauf hinweist, dass die Frage, ob und in welchem Umfang bei der verfahrensrechtlichen Vorbereitung und Durchführung der Hauptversammlungszustimmung Analogieschlüsse in Betracht kommen, nur im Einzelfall entschieden werden kann, a.a.O. Rn. 5.

9 *BGH* je vom 26.4.2004 – II ZR 154/02 und II 155/02 = NZG 2004, 571 ff. = ZIP 2004, 993 ff.; der BGH hat in diesen Entscheidungen klargestellt, dass auch nach „Holzmüller“ Geschäftsführungsmaßnahmen Sache des Vorstands sind und nur in Ausnahmefällen, nämlich bei Berührung der Kernkompetenzen der Hauptversammlung, eine ungeschriebene Mitwirkungszuständigkeit der Hauptversammlung in Betracht kommt. Solche Strukturrentscheidungen sind nur dann anzunehmen, wenn diese in ihren Auswirkungen einer Satzungsveränderung gleichkommen. Dies ist dann

(Fortsetzung der Fußnote 9 auf Folgeseite)

Die nachfolgende Tabelle soll eine zusammenfassende Übersicht über die **Umwandlungsmöglichkeiten des UmwG** in Verbindung mit der SE-VO bieten; dabei ist zu beachten, dass die UG (haftungsbeschränkt) zwar unstrittig eine Unterform der GmbH ist,¹⁰ da die Vermögensübertragung im Zuge der Umwandlung jedoch als Sacheinlage bzw. Sachgründung beim übernehmenden oder neuen Rechtsträger anzusehen ist, scheidet die UG (haftungsbeschränkt) als aufnehmender Rechtsträger teilweise aus.¹¹

Umwandlungsform	Übertragende Rechtsträger	Übernehmende oder neue Rechtsträger	mit Vermögensübertragung	Ohne Vermögensübertragung
Verschmelzung in beliebiger Kombination zulässig	OHG, ¹² KG, Partnerschaft, GmbH, AG, KGaA, eG, e.V., ¹³ wirtschaftl. Verein gem. § 22 BGB, Europäische Aktiengesellschaft (SE) ¹⁴	OHG, KG, Partnerschaft, ¹⁵ GmbH, AG, KGaA, eG, Europäische Aktiengesellschaft (SE), ¹⁶ UG (haftungsbeschränkt) nur in Fällen der Verschmelzung ohne Kapitalerhöhung oder mit einer Kapitalerhöhung auf mind. 25 000 EUR ¹⁷	X	

(Fortsetzung der Fußnote 9 von Vorseite)

- der Fall, wenn mindestens 80 % des Geschäftsbetriebs veräußert werden sollen. Diese kann auch durch Maßnahmen bei Tochter-Gesellschaften gegeben sein.
- 10 Daher ist in der nachfolgenden Tabelle die UG nur dort ausdrücklich erwähnt, wo auf eine zur GmbH unterschiedliche Behandlung zu beachten ist.
- 11 Wegweisend hierzu *BGH* vom 19.4.2011 DStR 2011, 988 ff. = BB 2011, 1550 ff. = DNotI-Report 2011, 86 ff. = GmbHR 2011, 699 ff. = NJW 2011, 1881 ff. zur Zulässigkeit einer Sacheinlage bei der UG für eine den Betrag des Mindeststammkapitals erreichende Kapitalerhöhung und *BGH* vom 11.4.2011, NZG 2011, 666 ff. = DStR 2011, 1137 ff. = RNotZ 2011, 442 ff. = NJW 2011, 1883 ff. zur Unzulässigkeit einer Neugründung einer UG durch Abspaltung; s.a. *Heckschen* Anmerkung zum BGH-Urteil vom 19.4.2011, GWR 2011, 232.
- 12 Gem. § 1 Abs. 2 EWIV-Ausführungsgesetz sind auf die EWIV vorbehaltlich einer besonderen Regelung die Vorschriften über die OHG anzuwenden, so dass dieser alle Umwandlungsarten für die OHG offen stehen; h.M. u.a. *Lutter* § 3 Rn. 3 m.w.N., a.A. nur in *Widmann/Mayer* vor §§ 39 ff. Rn. 17.
- 13 Unter Beachtung der Einschränkung des § 99 Abs. 1 UmwG.
- 14 Nach der h.M. ist die Regelung in Art. 66 SE-VO nicht abschließend, so dass die Vorschriften des UmwG auf die SE anwendbar seien, soweit sich nicht Besonderheiten aus der SE-VO ergeben (so z.B. die zusätzliche Berücksichtigung der nach Art. 59 Abs. 1 SE-VO erforderlichen Stimmenmehrheit von 2/3 zu der in § 65 Abs. 1 S. 1 UmwG Mehrheit von mindestens ¾ des vertretenen Grundkapitals, s.a. *Lutter* § 3 Rn. 14 und § 122g Rn. 22); im Ergebnis so u.a. *Widmann/Mayer* § 20 Rn. 404 (*Vossius*) sowie Anh. 14 Rn. 520 (*Heckschen*), *Kallmeyer* Anh. Rn. 128ff. *Lutter* § 120 Rn. 18, Kölner Kommentar § 3 Rn. 30, *Semler/Stengel* Einl. C Rn. 57 ff., a.A. Münchener Kommentar AktG Art: 66 SE-VO Rn. 1 und 14.
- 15 Unter Beachtung der Einschränkung des § 45a UmwG.
- 16 Jedoch nur zur Aufnahme in bestehende SE; soweit durch die Verschmelzung eine SE neugegründet werden soll, sind die Regeln der Art. 2 Abs. 1, 17 Abs. 2b) SE-VO anzuwenden; somit ist eine Verschmelzung zur Neugründung einer SE unzulässig; vgl. hierzu insbesondere *Kossmann/Heinrich* ZIP 2007, 164, 168 sowie *Heckschen* in DAI Skript zur 5. Gesellschaftsrechtlichen Jahresarbeitsstagung vom 16.–17.3.2007, 145 ff., 219; s.a. im Ergebnis *Lutter* § 3 Rn. 13, Kölner Kommentar § 3 Rn. 29, *Kallmeyer* § 122b Rn. 3, Anh: Rn. 131 f.
- 17 S.a. *Heckschen* Das MoMiG in der notariellen Praxis Rn. 241 f., *Widmann/Mayer* § 3 Rn. 163., *Heinemann* NZG 2008, 822 i.V.m. *BGH* vom 19.4.2011 a.a.O. mit Anmerkung *Heckschen* a.a.O.

2 Allgemeiner Teil des Umwandlungsrechtes

Umwandlungsform	Übertragende Rechtsträger	Übernehmende oder neue Rechtsträger	mit Vermögensübertragung	Ohne Vermögensübertragung
Verschmelzung nur auf bestimmte Rechtsträger zulässig	Gen. Prüfungsverbände	Gen. Prüfungsverbände	X	
	VVaG	Versicherungs-AG oder VVaG		
Verschmelzung nur von bestimmten Rechtsträgern zulässig	e.V. ¹⁸	e.V.	X	
	GmbH, AG, KGaA, Europäische Aktiengesellschaft (SE), ¹⁹ UG (haftungsbeschränkt) ²⁰	Natürliche Person (Alleingesellschafter)		
	rechtsfähiger Verein ²¹	Gen. Prüfungsverbände		
Verschmelzung nur unter bestimmten Rechtsträgern zulässig (grenzüberschreitend ²²)	Kapitalgesellschaften, ²³ die nach dem Recht eines EU- bzw. EWR-Staates gegründet wurden und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in einem dieser Staaten haben, Europäische Aktiengesellschaft (SE)	Kapitalgesellschaften, die nach dem Recht eines EU- bzw. EWR-Staates gegründet wurden und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in einem dieser Staaten haben; nicht: Europäische Aktiengesellschaft (SE)	X	

18 Unter Beachtung der Einschränkung des § 45a UmwG.

19 S.a. Kölner Kommentar § 120 Rn. 18, *Lutter* § 120 Rn. 18, *Widmann/Mayer* Anhang 14 Rn. 528; str. ob in diesem Fall die Sperrfrist von zwei Jahren gem. Art. 66 SE-VO anzuwenden ist, dagegen Kölner Kommentar § 120 Rn. 18; für die Anwendung, da „generalisierungsfähige Wertung“ *Lutter* § 120 Rn. 18.

20 S.a. *Heckschen* Das MoMiG in der notariellen Praxis Rn. 251f., *Lutter* § 120 Rn. 18, *Kallmeyer* § 3 Rn. 9, *Widmann/Mayer* § 120 Rn. 2.1.

21 Unter Beachtung der Einschränkung des § 105 S. 2 UmwG.

22 Unter Beachtung der Einschränkung des § 122b Abs. 2 UmwG.

23 Es müssen Kapitalgesellschaften i.S. des Art. 2 Nr. 1 VRL sein, d.h. Kapitalgesellschaften i.S. der Publizitätsrichtlinie; somit nicht Personenhandelsgesellschaften und gemäß der Entscheidung des deutschen Gesetzgebers auch nicht die Genossenschaften.

Umwandlungsform	Übertragende Rechtsträger	Übernehmende oder neue Rechtsträger	mit Vermögensübertragung	Ohne Vermögensübertragung
Spaltung (Details zu Einschränkungen der Spaltungsmöglichkeiten sind ergänzend aus Tabelle 4. Kap. Rn. 13 zu entnehmen)	OHG, KG, Partnerschaft, GmbH, AG u. KGaA, ²⁴ eG, e.V. und wirtschaftl. Verein gem. § 22 BGB, ²⁵ -Europäische Aktiengesellschaft (SE), ²⁶ UG (haftungsbeschränkt) soweit keine Kapitalherabsetzung erforderlich ²⁷	OHG, KG, Partnerschaft, GmbH, AG u. KGaA, eG, Europäische Aktiengesellschaft (SE), ²⁸ UG (haftungsbeschränkt) nur in Fällen der Spaltung ohne Kapitalerhöhung, nicht zur Neugründung einer UG ²⁹ und nicht bei Ausgliederung ³⁰	X	
	Gen. Prüfungsverband	a) Auf-/Abspaltung zur Aufnahme: Gen. Prüfungsverband		
		b) Ausgliederung: GmbH, AG, KGaA		

24 Unter Beachtung der Zwei-Jahres-Sperre nach Ersteintragung im Handelsregister gem. § 141 UmwG; **gilt nicht** bei Ausgliederung zur Neugründung.

25 Unter Beachtung der Einschränkung des § 149 Abs. 1 UmwG.

26 Nach h.M. kann die SE an Spaltungsvorgängen teilnehmen, so u.a. HK-UmwG/Raible § 124 Rn. 29, *Oplustil/Schneider* NZG 2003, 13, 17, *Vossius* ZIP 2005, 741, 748 f., *Kossmann/Heinrich* ZIP 2007, 167 f. m.w.N. *Lutter* § 124 Rn. 6; *Kallmeyer* Anhang Rn. 137, **a.A.** Münchener Kommentar AktG Art: 66 SE-VO Rn. 1 und 14.

27 S.a. *Heckschen* Das MoMiG in der notariellen Praxis Rn. 254 ff., *Meister* NZG 2008, 767, 768 (mit ausführlicher Begründung), *Wachter* GmbHHR 2007, 209 f., *Lutter* § 124 Rn. 2; zur Vermeidung einer Kapitalherabsetzungspflicht durch Leistung barer Zuschüsse vgl. 4. Kap. Rn. 47.

28 Jedoch nur zur Aufnahme in bestehende SE; soweit durch die Spaltung eine SE neugegründet werden soll, sind die Regeln der Art. 2 SE-VO anzuwenden; somit ist eine Spaltung zur Neugründung einer SE unzulässig; vgl. hierzu *Widmann/Mayer* Anhang 14 Rn. 529, *Lutter* § 124 Rn. 7, Kölner Kommentar § 135 Rn. 45 sowie *Heckschen* in DAI Skript zur 5. Gesellschaftsrechtlichen Jahresarbeitsstagung vom 16.–17.3.2007, 145 ff., 218 f. unter Hinweis darauf, dass teilweise gefordert wird, die Zweijahresfrist des Art. 66 SE-VO analog anzuwenden, s.a. im Ergebnis *Kallmeyer* Anhang Rn. 137, 130.

29 Vgl. *OLG Frankfurt a.M.* GWR 2010, 449 = NZG 2010, 1429, bestätigt durch *BGH – II* ZB 9/10 – vom 11.4.2011 = NJW 2011, 1883 ff. = DStR 2011, 1137 = NZG 2011, 666 ff., da unzulässige Sachgründung nach § 5a II 2 GmbHG mit Zustimmung der h.M. in Literatur; a.A. soweit ersichtlich nur *Henrichs* NZG 2009, 1161, 1163 f.

30 Vgl. *Berninger* GWR 2011, 258 in seiner Anmerkung zu *BGH* a.a.O.: Das beabsichtigte Ziel einer Vermögensübertragung auf eine neue UG unter Vermeidung einer Einzelrechtsübertragung bei gleichzeitiger Anwendung des UmwG ist nur dadurch zu erreichen, dass vor der beabsichtigten Spaltung von den Gesellschaftern der GmbH oder der GmbH selbst zunächst eine UG bar gegründet und im zweiten Schritt auf diese UG dann zur Aufnahme abgespalten bzw. ausgegliedert wird, § 123 Abs. 2 Nr. 1, § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG. Diese Gestaltung ist dann möglich, wenn das Stammkapital der aufnehmenden UG im Zuge der Abspaltung/Ausgliederung auf mindestens 25 000 EUR erhöht wird (vgl. *Berninger* GmbHHR 2010, 63, 69 f.). Soweit bei einer Abspaltung/Ausgliederung zur Aufnahme das Stammkapital der aufnehmenden UG nicht auf den Mindestbetrag von 25 000 EUR erhöht wird, die Eintrittsstufe der „normalen GmbH“ also nicht erreicht wird, steht einer solchen Maßnahme wiederum das Sacheinlagenverbot des § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG entgegen.

2 Allgemeiner Teil des Umwandlungsrechtes

Umwandlungsform	Übertragende Rechtsträger	Übernehmende oder neue Rechtsträger	mit Vermögensübertragung	Ohne Vermögensübertragung
	VVaG	a) Auf-/Abspaltung zur Aufnahme oder Neugründung: Versicherungs-AG oder VVaG b) Ausgliederung: GmbH oder AG (keine Übertragung von Versicherungsverträgen)		
Spaltung nur von bestimmten Rechtsträgern zulässig	e.V.	e.V.	X	
Spaltung nur als Ausgliederung zulässig	Einzelkaufmann (Einschränkungen des § 152 UmwG sind zu beachten)	a) zur Aufnahme: OHG, KG, GmbH, AG, KGaA, eG	X	
		b) zur Neugründung: GmbH, AG, KGaA		
	Stiftungen	a) zur Aufnahme: OHG, KG, GmbH, AG, KGaA		
		b) zur Neugründung: GmbH, AG, KGaA		
	Gebietskörperschaften oder Zusammenschlüsse von Gebietskörperschaften ³¹	a) zur Aufnahme: OHG, KG, GmbH, AG, KGaA, eG		
		b) zur Neugründung: GmbH, AG, KGaA, eG		

³¹ Jeweils unter Beachtung der Einschränkung des § 168 letzter HS UmwG.

Umwandlungsform	Übertragende Rechtsträger	Übernehmende oder neue Rechtsträger	mit Vermögensübertragung	Ohne Vermögensübertragung
Formwechsel nur eingeschränkt zulässig in bestimmte Rechtsformen ³²	GmbH, AG, KGaA, SE (str.) ³³	GbR, OHG, KG, Partnerschaft, GmbH, AG, KGaA, eG		X
	OHG, KG, Partnerschaft	GmbH, AG, KGaA, eG		
	e.G.	GmbH, AG, KGaA		
	e.V.	GmbH, AG, KGaA, e.G.		
	VVaG (nur größerer)	AG		
	Körperschaft/Anstalten des öffentlichen Rechts	GmbH, AG, KGaA		
	Europäische Aktiengesellschaft (SE) ³⁴	AG		
	UG (haftungsbeschränkt)	GbR, OHG, KG, Partnerschaft, eG ³⁵		

32 Jeweils unter Beachtung der in den Besonderen Vorschriften des Formwechselrechts (§§ 214 ff. UmwG) geregelten Einschränkungen und allgemeinen Einschränkungen vgl. 5. Kap. Rn. 4.

33 Sehr strittig, daher größte Vorsicht bei der praktischen Umsetzung! Nach einer Meinung ist die Regelung in Art. 66 SE-VO nicht abschließend, so dass die Vorschriften des UmwG auf die SE anwendbar seien, soweit sich nicht Besonderheiten aus der SE-VO ergeben; im Ergebnis so u.a. *Kallmeyer* § 191 Rn. 6, *Oplustil/Schneider* NZG 2003, 13, 15, 16, *DNotI-Gutachten* DNotI-Report 2010, 184 ff., jetzt auch *Semler/Stengel* Einl. C Rn. 63 offen lassend *Lutter* vor 190 Rn. 31 m.w.N.; **a.A.** Münchener Kommentar AktG Art: 66 SE-VO Rn. 1 und 14; *Heckschen* weist zu Recht in DAI Skript zur 5. Gesellschaftsrechtlichen Jahresarbeitstagung vom 16. – 17. 3. 2007, 145 ff., 221 f. darauf hin, dass vor dem Hintergrund starker Bedenken und Gegenstimmen zur Zulässigkeit eines direkten Formwechsels einer SE in eine andere Rechtsform als der AG richtigerweise das Vorgehen mit dem zuständigen Registerrichter abgestimmt werden sollte, sowie dass im Fall des Formwechsels der SE in eine andere Rechtsform als die einer nationalen AG die Regelungen des Art. 66 SE-VO, insbesondere die Zweijahresfrist, analog heranzuziehen sind. So im Ergebnis auch *Kossmann/Heinrich* ZIP 2007, 168 m.w.N., *Kallmeyer* Anhang Rn. 133; ausführliche Kommentierung zu den Umwandlungsmöglichkeiten in *Widmann/Mayer* Anhang 14 Rn. 519 ff.

34 Das Verfahren dieser Umwandlung richtet sich nach Art. 66 SE-VO.

35 Der direkte Formwechsel einer UG in eine AG oder KGaA ist m.E. ausgeschlossen, da vor dem Formwechsel das Stammkapital auf über 25 000 EUR erhöht werden müsste und somit die UG zur GmbH erstarkt; s.a. *Heckschen* Das MoMiG in der notariellen Praxis Rn. 247, *Meister* NZG 2008, 768, *Heinemann* NZG 2008, 820.

Umwandlungsform	Übertragende Rechtsträger	Übernehmende oder neue Rechtsträger	mit Vermögensübertragung	Ohne Vermögensübertragung
Vermögensübertragung (Vollübertragung und Teilübertragung)	GmbH	Öffentliche Hand	X	
	AG, KGaA, Europäische Aktiengesellschaft (SE) ³⁶	Öffentliche Hand		
	Versicherungs-AG	VVaG, öffentlich-rechtl. Versicherungsunternehmen		
	VVaG	Öffentlich-rechtliches Versicherungsunternehmen, Versicherungs-AG		
	öffentlich-rechtliches Versicherungsunternehmen	VVaG, Versicherungs-AG		

Strittig ist, ob eine **in Gründung befindliche Gesellschaft** beteiligter Rechtsträger sein kann. Eine Minderheitsmeinung vertritt unter Hinweis auf die Identität von Vor-Gesellschaft und Kapitalgesellschaft nach Eintragung, dass die Vor-Gesellschaft bereits einen Verband darstellt, der umwandlungsfähig ist.³⁷ Es ist m.E. der vermittelnden herrschenden Meinung beizutreten, dass die Gesellschaft zumindest eine logische Sekunde vor Wirksamwerden des Umwandlungsvorgangs entstanden sein muss, d.h. dass bei der Kapitalgesellschaft die Eintragung im Handelsregister erfolgt sein muss.³⁸ Hierfür kann der Zustimmungsbeschluss aufschiebend bedingt auf den Zeitpunkt der Entstehung der Kapitalgesellschaft abgegeben werden.³⁹ Die Gesellschaft in Gründung kann daher den Umwandlungsvertrag abschließen, die Umwandlungsbeschlüsse herbeiführen und die Handelsregisteranmeldung durchführen, muss aber für das Wirksamwerden der Umwandlung zuvor als Gesellschaft wirksam entstehen.⁴⁰

- 6 Da § 1 UmwG von Rechtsträgern mit dem Sitz in Inland spricht, ging die überwiegende Meinung bis zum Vorliegen der SEVIC-Entscheidung des EuGH⁴¹ davon aus, dass der Anwendungsbereich des UmwG auf inländische Umwandlungsvorgänge beschränkt ist. Bereits in der 1. Auflage dieses Handbuchs wurde jedoch darauf hingewiesen, dass durch das **Analogieverbot** eine **grenzüberschreitende Umwandlung** nicht automatisch ausgeschlossen ist. So wurden auch schon vor der SEVIC-Entscheidung Einzelfälle von grenzüberschreitenden Verschmelzungen in deutsche Handelsregister eingetragen.⁴² Der Gesetzgeber hat die grenzüberschreitende Umwandlung gemäß amtlicher Begründung bewusst zunächst ausgeklammert.⁴³ Zu Recht verwiesen bereits Dorr/Stukenborg in ihren Ausführungen zu der ersten transnationalen Verschmelzung

36 S.a. *Kallmeyer* Anhang Rn. 138.

37 *K. Schmidt* ZGR 1990, 580 (592); *Bayer* ZIP 1997, 1613 (1614).

38 So im Ergebnis u.a. *Lutter* § 3 Rn. 5; *Widmann/Mayer* Vor §§ 46–59 Rn. 83.

39 Vgl. *Widmann/Mayer* § 120 Rn. 7.2 sowie a.a.O., *Lutter* a.a.O.

40 Ausführliche Erörterung des Themas bei *Heckschen/Simon* § 5 Rn. 96 ff.

41 *EuGH* DB 2005, 2804 ff.

42 Praxisberichte in *Dorr/Stukenborg* in DB 2003, 647 ff., *Rixen/Böttcher* in *GmbHR* 1993, 572 ff., *Wenglorz* in BB 2004, 1061.

43 Vgl. hierzu ausführlich zu den verschiedenen Interpretationsansätzen *Sagasser* § 2 Rn. 30 ff.

nach dem UmwG,⁴⁴ dass die in der Literatur häufig vertretene Ablehnung der Zulässigkeit transnationaler Umwandlungen spätestens dann nicht mehr haltbar sein wird, wenn der Entwurf einer Richtlinie Nr. 14 zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU vom 22.4.1997 einmal realisiert ist.

Mit der Verordnung zur europäischen Aktiengesellschaft, **Societas Europaea** (SE-VO), welche am 8.10.2004 in Kraft getreten ist, wurde ein wichtiger Schritt in diese Richtung gemacht. Danach wurde teilweise für grenzüberschreitende Verschmelzungen auch der Weg der Kettenverschmelzung unter Zwischenschaltung einer europäischen Aktiengesellschaft (SE) gewählt, um das wirtschaftliche Ergebnis einer grenzüberschreitenden Verschmelzung zu erreichen.

Mit der **SEVIC-Entscheidung** des EuGH vom 13.12.2005 hat dieser klargestellt, dass grenzüberschreitende Verschmelzungen Maßnahmen zur Ausübung der Niederlassungsfreiheit sind, welche gem. Art. 43, 48 EGV grundsätzlich für Gesellschaften mit Sitz in verschiedenen Mitgliedsstaaten zu schützen sind. Die generelle Verweigerung grenzüberschreitender Verschmelzungen in § 1 UmwG stelle daher eine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar. Der EuGH stellt aber auch klar, dass der nationale Gesetzgeber jedoch wegen zwingender Gründe des Allgemeinwohls die Zulässigkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen unter bestimmten Umständen einschränken darf. Im Hinblick auf andere Umwandlungsarten führt der EuGH aus, dass auch diese den Zusammenarbeits- und Umgestaltungsbedürfnissen von Gesellschaften in verschiedenen Mitgliedsstaaten entsprechen und daher wichtige Modalitäten der Ausübung der Niederlassungsfreiheit darstellen. Der EuGH hatte im Rahmen des sog. **CARTESIO-Verfahrens**⁴⁵ zu entscheiden, ob die Niederlassungsfreiheit vom Wegzugstaat beschränkt werden darf. In der Literatur war es sehr strittig, ob die SEVIC-Entscheidung auch auf den Schutz der Niederlassungsfreiheit in Bezug auf die freie Wegzugsmöglichkeit aus einem Staat innerhalb der EU hätte erstreckt werden können.⁴⁶ Mit der CARTESIO-Entscheidung hat der EuGH – für viele überraschend – jedem Mitgliedstaat zugestanden, es einer Gesellschaft seines nationalen Rechts nicht zu gestatten, diese Eigenschaft (Rechtsform) zu behalten, wenn sie sich durch die Verlegung ihres Sitzes in einen anderen Mitgliedstaat dort neu organisieren möchte. Nach einem obiter dictum des EuGH in der CARTESIO-Entscheidung ist jeder Mitgliedstaat jedoch verpflichtet, die Verlegung des Sitzes bei gleichzeitiger Umwandlung in eine Rechtsform des Zielstaats grundsätzlich zu dulden. Dies eröffnet eine Weiterentwicklung zur Zulässigkeit des grenzüberschreitenden Formwechsels, der jedoch vom EuGH klar davon abhängig gemacht wird, ob der Zuzug-Staat diesen zulässt.⁴⁷

Mit der **Verschmelzungsrichtlinie vom 15.12.2005 (VRL)** über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedsstaaten wurde in Art. 19 VRL den Mitgliedsstaaten aufgegeben bis zum 31.12.2007 im nationalen Recht grenzüberschrei-

44 *Dorr/Stukenborg* in DB 2003, 647 ff., hier 647.

45 *EuGH* IStR 2009, 59 ff. – C-210/06 –, ZIP 2006.

46 Eine gute Übersicht zum Meinungsstand findet sich in *Limmer* ZNotP 2007, 244 f.; zu den Erwartungen an die CARTESIO Entscheidung im Vorfeld auch *Neye*; *Schmidtbleicher* BB 2007, 613; interessant dazu auch die Entscheidung des *Amtsgericht [Kantongerecht] Amsterdam* vom 29.1.2007, DB 2007, 677 ff. zur Zulässigkeit der „Hinausverschmelzung“ einer niederländischen BV infolge SEVIC.

47 Gute Anmerkungen zur CARTESIO-Entscheidung finden sich bei *Zimmer/Naendrup* NJW 2009, 545 ff., *Frobenius* DStR 2009, 487 ff., *Sethe/Winzer* WM 2009, 536 ff.

tende Verschmelzungen zuzulassen, wenn das nationale Recht auch für innerstaatliche Gesellschaften Verschmelzungen zulässt.

Mit dem **Inkrafttreten der §§ 122a ff. UmwG** am 25.4.2007 hat der deutsche Gesetzgeber nur einen Teilaspekt der vorstehenden zwingenden europarechtlichen Vorgaben für grenzüberschreitende Umwandlungsvorgänge in nationales Recht umgesetzt. Mayer⁴⁸ weist zu Recht darauf hin, dass die Beschränkung des Anwendungsbereichs der §§ 122a ff. UmwG auf Kapitalgesellschaften zwar der VRL entspricht, wichtige Aspekte der SEVIC-Entscheidung des EuGH jedoch unberücksichtigt lässt. So beschränkt der EuGH die Niederlassungsfreiheit nicht auf Kapitalgesellschaften, so dass die Grundsätze der Entscheidung sinngemäß auch für die Verschmelzung von Personenhandelsgesellschaften und anderen Unternehmensträgern anzuwenden sein müssten. Auch die explizite Ausnahme von Spaltungsvorgängen gem. § 125 UmwG von grenzüberschreitenden Umwandlungsvorgängen sowie die Nichteinführung von Regelungen zum grenzüberschreitenden Formwechsel dürften gegen die Grundsätze der SEVIC-Entscheidung verstoßen.⁴⁹ Heckschen⁵⁰ weist darauf hin, dass der Gesetzgeber plant, für andere grenzüberschreitende Umwandlungen außerhalb der Verschmelzung die Grundlage durch eine Änderung des EGBGB zu legen. In diesen nicht normierten Fällen geht die primärrechtliche Niederlassungsfreiheit den Lücken der sekundärrechtlichen Regelungen vor.⁵¹ Für die Praxis stellt sich aber in diesen Bereichen die schwierige Aufgabe ein Verfahren zu finden, das umsetzbar und eintragungsfähig ist. Man muss hier auf die Regeln zurückgreifen (s.a. die »Vereinigungstheorie«⁵²), die auf der Grundlage der bisherigen Rechtslage entwickelt wurden.

Sehr instruktiv und in vielen Detailfragen weiterführend ist hierzu die Dissertation von *Martina Tauchert-Nosko* zur Verschmelzung und Spaltung von Kapitalgesellschaften in Deutschland und Frankreich. Sie führt unter anderem aus, dass in Frankreich und mehreren weiteren Ländern der Europäischen Gemeinschaft grenzüberschreitende Umwandlungen ausdrücklich oder stillschweigend zugelassen sind und somit bei der Untersuchung der Durchführbarkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen und Spaltungen es mangels einer länderübergreifenden Regelung Aufgabe des Kollisionsrechtes ist, die Brücke zwischen den Rechtsordnungen zu schlagen.⁵³ Nach Untersuchung der kollisions- und materiell-rechtlichen Probleme wird bei Tauchert-Nosko deutlich, dass grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen innerhalb der Europäischen Gemeinschaft nicht von vorneherein unüberwindbar sind, »in ihren Wirkungen entsprechen sich Verschmelzung und Spaltung in den europäischen Rechtsordnungen aufgrund der zwingenden Richtlinienvorgaben in vielen Punkten. Die Mitgliederinteressen sind aufgrund der Rechtsangleichung weitgehend gewahrt oder kön-

48 S. D. Mayer in DAI Skript zur 5. Gesellschaftsrechtlichen Jahresarbeitstagung vom 16.–17.3.2007, 119 ff., 133 f.

49 So im Ergebnis auch *Kallmeyer/Kappes* AG 2006, 224, 237; *Haritz/v. Wolff* GmbHR 2006, 340, 341; *Louven* ZIP 2006, 2021, 2023 f.; *Drinhausen/Keinath* BB 2006, 725, 732; *Kossmann/Heinrich* ZIP 2007, 164.

50 *Heckschen* DNotZ 2007, 453 unter Verweis auf den Vorschlag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht für eine Regelung des Internationalen Gesellschaftsrechts auf europäischer/nationaler Ebene, *Sonnenberg/Bauer* RIW-Beilage 1 zu Heft 4/2006, 1 ff.

51 Sehr gute Darstellung zur Thematik in *Herrler* EuZW 2007, 295 ff.

52 Ausführlich hierzu *Kindler* in Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 11, 4. Auflage, 2006 Rn. 848 ff. m.w.N.; *Bayer/Schmidt* ZIP 2006, 210, 212; *Leible/Hoffmann* RIW 2006, 161; *Kallmeyer* ZIP 1996, 535 f., *Krause/Kulpa* ZHR 171 (2007), 50; *Limmer* ZNotP 2007, 246 f.

53 *Tauchert-Nosko* S. 265 m.w.N.

nen mittels Anpassung gewahrt werden, indem man einen einstimmigen Beschluss oder ein Sonderaustrittsrecht vorsieht. Etwas problematischer scheinen die Gläubigerinteresse, während die Rechte der Arbeitnehmer auf individueller Ebene durch die Arbeitnehmer-RL sichergestellt sind, auf Ebene der Mitbestimmung eventuell vertraglich gesichert werden können.«⁵⁴ Weitere Ansätze, insbesondere im Hinblick auf die analoge Anwendung der zwischenzeitlich erfolgten Kodifizierungen grenzüberschreitender Umwandlungsvorgänge, werden fortlaufend in der Literatur diskutiert.⁵⁵ Für die notarielle Praxis empfiehlt sich hier ganz besonders eine intensive und detaillierte Abstimmung mit den zuständigen Registergerichten.

Mit der Verordnung zur europäischen Aktiengesellschaft, **Societas Europaea** (SE-VO), welche am 8.10.2004 in Kraft getreten ist, wurde ein wichtiger Schritt zur Schaffung eines europäischen Gesellschaftsrechts gemacht. Die SE bot als erste Rechtsform die Möglichkeit, innerhalb der Mitgliedstaaten der EU/des EWR grenzüberschreitende Umstrukturierungen vorzunehmen.⁵⁶ Diese Funktion der SE spiegelt sich auch in dem numerus clausus der Gründungsformen einer SE, nämlich der ausschließlichen Zulässigkeit der originären Gründung durch Verschmelzung (»grenzüberschreitend«), Art. 2 Abs. 1 SE-VO, Gründung einer Holding-SE, Art. 2 Abs. 2 SE-VO, oder Gründung einer Tochter-SE, Art. 2 Abs. 3 SE-VO, durch bestehende AGs, GmbHs oder SEs mit Mehrstaatenbezug oder durch Formwechsel einer AG in eine SE, Art. 2 Abs. 4 SE-VO.⁵⁷ Teilweise wurde nach Inkrafttreten der SE-VO für grenzüberschreitende Verschmelzungen auch der Weg der Kettenverschmelzung unter Zwischenschaltung einer europäischen Aktiengesellschaft (SE) gewählt, um das wirtschaftliche Ergebnis einer umfassenderen grenzüberschreitenden Verschmelzung zu erreichen.

Für dieses Handbuch sind die **zulässigen Umwandlungen unter Beteiligung einer SE** interessant. Zum einen sind das die in der Übersicht oben Rn. 5 aufgeführten Umwandlungsarten des UmwG, an welchen eine SE beteiligt werden kann. Zum anderen sind dies die in der SE-VO geregelten Verschmelzungsmöglichkeiten, Art. 17 SE-VO sowie der Formwechsel einer AG in eine SE gem. Art. 37 SE-VO sowie der Formwechsel einer SE in eine AG gem. Art. 66 SE-VO. Die SE-VO, in Kraft seit 8.10.2004, wird ergänzt durch das SE-Ausführungsgesetz (SEAG) sowie das SE-Beteiligungsgesetz (SEBG), welche beide am 29.12.2004 in Kraft getreten sind. Soweit die SE-VO (in erster Linie) sowie das SEAG sowie das SEBG (in zweiter Linie) keine speziellen Rechtsvorschriften enthalten, gelten in dritter Linie die nationalen Vorschriften zur Aktiengesellschaft und hier wiederum in erster Linie die Vorschriften des AktG und in zweiter Linie die übrigen auf die AG anwendbaren Vorschriften, so auch das UmwG.⁵⁸

⁵⁴ Tauchert-Nosko S. 274 f.

⁵⁵ Vgl. Bungert BB 2006, 53 ff., Geyhalter/Weber NZG 2005, 837 ff., Siems EuZW 2006, 135 ff., Herrler EuZW 2007, 295 ff.

⁵⁶ Ein für die Praxis sehr instruktiver Beitrag findet sich bei Heckschen »Erste Erfahrungen mit der SE in der notariellen Praxis«, DAI-Skript zur 5. Gesellschaftsrechtlichen Jahresarbeitstagung vom 16.–17.3.2007 in Hamburg, S. 145 ff. sowie ausführliche Darstellung der Grundlagen zur SE bei Spitzbart »Die Europäische Aktiengesellschaft – Aufbau der SE und Gründung –«, RNotZ 2006, 369 ff.; ausführlich dazu Widmann/Mayer Anhang 14 Rn. 519 ff.

⁵⁷ Details zu den einzelnen Gründungsformen bei Spitzbart a.a.O.

⁵⁸ Vgl. Spitzbart a.a.O. 372 f., sehr gute Übersicht über die Bestimmung des anwendbaren Rechts in Widmann/Mayer Anhang 14 (Heckschen) Rn. 38 ff.