

Studien zum
Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht

195

Marcel Mennemann

Die Auswirkung von Umwandlungen auf die Verantwortlichkeit von Vorstand und Geschäftsführung



Nomos

Studien zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb

Prof. Dr. Mathias Habersack

Prof. Dr. Christoph Kumpan, LL.M. (Univ. of Chicago)

Prof. Dr. Adam Sagan, MJur (Oxon)

Begründet von

Prof. Dr. Klaus J. Hopt

Prof. Dr. Manfred Lieb

Prof. Dr. Harm Peter Westermann

Band 195

Marcel Mennemann

Die Auswirkung von Umwandlungen auf die Verantwortlichkeit von Vorstand und Geschäftsführung



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8560-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-2981-9 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Danksagung

Meinen Eltern, die mich stets mit Rat und Tat unterstützt haben und stets ein offenes Ohr für alle Probleme juristischer und nicht-juristischer Art hatten und haben und meinen Großeltern, die zuerst meine Leidenschaft am Lesen förderten und dann mein Interesse an der Juristerei weckten, danke ich an vorderster Stelle. Diese Position teilen sie sich mit meiner Ehefrau, Clara, die mich bereits ein Drittel meines Lebens (und zwar das beste) und während der gesamten Promotion begleitet hat und mich speziell in der Anfangs- und Schlussphase ertragen musste und der dafür das höchste Lob gebührt.

Meiner Doktormutter Frau Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb danke ich dafür, dass sie mein Promotionsvorhaben von Anfang an unterstützt hat und mich gelehrt hat, ohne ein allzu enges Korsett – und doch nicht ohne die nötige Unterstützung an den richtigen Stellen – eigenständig zum Ziel zu gelangen. Herrn Prof. Dr. Martin Henssler danke ich für die Zweitkorrektur der Arbeit und das spannende Gespräch im Rahmen der Disputatio.

Michael Schwartzkopff und Prof. Dr. Stefan Siepelt von LLR möchte ich genauso wie Dr. Markus Linnerz LL.M. dafür danken, dass sie mir das Gesellschaftsrecht aus einer praktischen Warte nähergebracht und während des Schreibprozesses stets für Diskussionen und Ratschläge zur Verfügung standen. Gleiches gilt für Dr. Christian Schneider von DLA Piper, der mir viele Fragen rund um das Thema D&O-Versicherungen beantworten konnte.

Last but certainly not least danke ich meinen Freunden und Leidensgenossen, die während der Promotionsphase zuerst zahlreiche Gespräche zu allen Fragen rund um das Thema Organhaftung aushalten und anschließend auch noch die Ergebnisse dieser Gespräche Korrektur lesen mussten. Namentlich zu nennen sind hier PD Dr. Rafael Harnos, Caro Kraus, Dr. Florian Kraus, Jasmin Atta-Schumacher und Thiemo Schumacher sowie nicht zuletzt Kasten Sickert; die zahlreichen nicht namentlich benannten Unterstützer können sich gleichwohl angesprochen fühlen und tun dies hoffentlich auch.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
Einführung	19
§ 1 Problemstellung, Themeneingrenzung	19
§ 2 Gang der Untersuchung	24
1. Teil Umwandlungsrechtliche Grundlagen	26
§ 1 Begriff der Umwandlung	26
A. Umwandlungen mit Vermögensübergang	27
I. Verschmelzung	27
II. Spaltung	28
1. Aufspaltung	29
2. Abspaltung	29
3. Ausgliederung	30
B. Umwandlung ohne Vermögensübergang: Der Formwechsel	30
§ 2 Struktur und Leitmaxime des Umwandlungsgesetzes	32
A. Aufbau des UmwG	32
B. Maßgebliche Prinzipien des UmwG	33
I. Schutz der Anteilsinhaber	33
1. Informationsrechte	34
2. Umwandlungsprüfung und Prüfungsbericht	36
3. Anforderungen an Umwandlungsbeschlüsse	36
4. Vermögensschutz	38
5. Gerichtliche Kontrolle des Umwandlungsbeschlusses	39
6. Zwischenergebnis	41
II. Gläubigerschutz	42
1. Individueller und institutioneller Schutz	42
a. Institutioneller Gläubigerschutz	43
b. Individueller Gläubigerschutz	44

c. Gläubigerschutz durch Kontinuität der Verbandsverfassung?	45
2. Zwischenergebnis	46
§ 3 Motive für Umwandlungen	48
A. Verschmelzung	48
B. Spaltung	49
C. Formwechsel	50
D. Rechtsmissbrauch als Motiv für Umwandlungen?	51
2. Teil Das Haftungsregime der Kapitalgesellschaften	53
§ 1 Die Organhaftung bei Aktiengesellschaften	54
A. Zuständigkeit für die Anspruchsverfolgung	56
B. Ermessen bezüglich Verfolgung bestehender Ersatzansprüche	58
I. Die Verfolgungspflicht nach dem ARAG/Garmenbeck- Urteil	61
II. Reichweite der Verfolgungspflicht nach heutiger Lesart	63
III. Relevanz der exakten Konturierung der Verfolgungspflicht	64
C. Möglichkeit des Anspruchsverzichts sowie von Vergleichen	66
D. Entlastung von Vorstandsmitgliedern	69
I. Rechtliche Ausgangslage	69
II. Bedeutung der Entlastung bzw. ihrer Verweigerung	71
III. Anspruch auf Entlastung?	72
§ 2 Die Organhaftung bei Gesellschaften mbH	74
A. Zuständigkeit für die Anspruchsverfolgung	76
I. Beschlussfassung über „Ob“ der Verfolgung von Ersatzansprüchen	76
1. Entscheidungszuständigkeit bei nicht mitbestimmten Gesellschaften	76
2. Entscheidungszuständigkeit bei mitbestimmten Gesellschaften	77
II. Entscheidung über prozessuale Vertretung der Gesellschaft	78
1. Zuständigkeit bei GmbH ohne Aufsichtsrat	78
2. Zuständigkeit bei GmbH mit Aufsichtsrat	79

B. Ermessen bei Verfolgung von Ersatzansprüchen	80
I. Grundsatz: Weites unternehmerisches Ermessen	80
II. Grenze der unternehmerischen Treuepflicht	82
III. Zuweisung der Verfolgungskompetenz an den Aufsichtsrat	84
C. Möglichkeit des Anspruchsverzichts sowie von Vergleichen	84
D. Entlastung von Mitgliedern der Geschäftsführung	86
I. Grundlagen	86
II. Präklusionswirkung der Entlastung	87
3. Teil: Der Einfluss von Umwandlungsvorgängen auf die Organverantwortlichkeit	89
§ 1 Grundlagen	89
A. Auswirkungen auf Rechtsstellung des geschäftsführenden Organs	89
I. Verschmelzung	89
II. Spaltung	92
III. Formwechsel	93
1. Fortdauer der Organstellung über Formwechsel hinaus?	93
2. Stellungnahme	94
3. Zwischenergebnis	97
B. Fortbestand/Übergang von vor der Umwandlung entstandenen Ersatzansprüchen	97
I. Übergang vollständig bestehender Organhaftungsansprüche	98
II. Übergang „werdender“ Organhaftungsansprüche	98
C. Auswirkungen auf den Versicherungsschutz der Organmitglieder	101
I. Die D&O-Versicherung	102
II. Versicherungsschutz bei Kontrollwechsel	104
III. Versicherungsschutz bei Umwandlungen ohne Kontrollwechsel	106
1. Gefahrenerhöhung bei Verschmelzung	107
2. Gefahrenerhöhung bei Spaltung	108
3. Gefahrenerhöhung bei formwechselnder Umwandlung	109
IV. Zwischenergebnis	110
D. Die persönliche Organhaftung für Umwandlungsschäden	111
I. Anspruchsberechtigte	112
II. Fiktionswirkung des § 25 Abs. 2 S. 1 UmwG	113
III. Der besondere Vertreter gem. §§ 26 Abs. 1, 206 S. 1 UmwG	114

IV. Zwischenergebnis	117
§ 2 Allgemeine Grundsätze zur Kontinuität	119
A. Übergang gesellschaftsinterner Vorgaben entsprechend UmwG	120
I. Erweiterter umwandlungsrechtlicher Vermögensbegriff	120
II. Übergang im Rahmen der Identität	122
III. Zwischenergebnis: Kein umfassender Übergang des Binnenrechts	123
B. Übergang von Entlastungs- und Verfolgungspflicht	123
I. Anspruch auf Beschlussfassung über Entlastung	124
II. Anspruch auf Verfolgung bestehender Ersatzansprüche	125
III. Stellungnahme	125
C. Gesamtanalogie hinsichtlich gesellschaftsinterner Vorgaben	127
I. Vorliegen der Analogievoraussetzungen bezüglich Binnenrecht	127
1. Bestehen einer „echten“ Regelungslücke	127
a. „Unechte Lücke“ aufgrund von § 51 Abs. 1 S. 1, 3 UmwG	128
b. „Unechte Lücke“ wegen Nichtberücksichtigung von Kontinuitätsthese	129
c. „Unechte Lücke“ wegen Wertung der §§ 25, 26; 205, 206 UmwG	130
2. Praktische Gründe gegen eine umfassende Kontinuität	131
II. Zwischenergebnis: Keine umfassende Analogie	132
§ 3 Auswirkungen auf die Organhaftung	133
A. Zuständigkeit für die Inanspruchnahme	134
I. Zuständigkeit für die Vertretung des Zielrechtsträgers	134
1. Grundsatz: Inanspruchnahme als Maßnahme der Geschäftsführung	136
2. Abweichende Zuständigkeit	137
a. Spiegelbildliche Anwendung des bisherigen Kompetenzrahmens	138
b. Hypothetische Betrachtung	139
aa. AG als Zielrechtsträger	139
(1.) Meinungsstand	139
(2.) Stellungnahme	142
bb. GmbH als Zielrechtsträger	143

3. Zwischenergebnis: Hypothetische Betrachtung	146
II. Zuständigkeit für die Entscheidung über die (Nicht-)Verfolgung	147
1. Entscheidungskompetenz bei AG als Zielrechtsträgerin	148
2. Entscheidungskompetenz bei GmbH als Zielrechtsträgerin	150
3. Zwischenergebnis: Ebenfalls hypothetische Betrachtung	151
B. Verfolgungspflicht	152
I. Ausgangslage	153
1. Verfolgungspflicht als Binnenrecht der AG	154
2. ARAG/Garmenbeck-Doktrin als allgemeiner Grundsatz	155
II. Verfolgungspflicht nach Einzelfällen	156
1. Rechtsformwahrende Umwandlungen	158
a. Umwandlungen mit ausschließlicher GmbH- Beteiligung	158
b. Umwandlungen mit ausschließlicher AG-Beteiligung	160
aa. Fortbestehender Interessenkonflikt des Aufsichtsrats	161
bb. Schaffung eines falschen Anreizes für die Umwandlung	162
cc. Schutzbedürfnis für (Minderheits-)Gesellschafter	164
(1.) Schutz der Aktionäre der übertragenden AG	165
(2.) Schutz der Aktionäre der übernehmenden AG	166
(3.) Stellungnahme	166
dd. Kontinuität des unternehmerischen Verantwortungssystems	168
ee. Zwischenergebnis	169
ff. Fortbestehende Verfolgungspflicht bei Übernahme des Betroffenen	170
(1.) Erwägungen für eine Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats	170
(2.) Erwägungen gegen eine Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats	171
(a.) Übernahme des Ersatzpflichtigen als Vorstandsmitglied	172
(b.) Übernahme des Ersatzpflichtigen als Aufsichtsratsmitglied	173
(3.) Zwischenergebnis: Keine Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats	174

c. Zwischenergebnis	175
2. Rechtsformverändernde Umwandlungen	175
a. Verschmelzung oder Spaltung unter Veränderung der Rechtsform	176
b. Formwechsel	179
aa. Formwechsel einer GmbH in eine AG	179
bb. Formwechsel einer AG in eine GmbH	181
III. Zwischenergebnis	183
C. Möglichkeit des Anspruchsverzichts bzw. von Vergleichen	183
I. Gesetzliche Ausgangslage	184
1. Rechtsformwahrende Umwandlungen	184
2. Rechtsformverändernde Umwandlungen	185
3. Zwischenergebnis	186
II. Vorgaben als Bestandteil des materiellen Anspruchs	186
III. Analoge Anwendung des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG	188
1. Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke	189
2. Vergleichbare Interessenlage	191
a. Bei rechtsformwahrenden Umwandlungen	191
aa. Fortgeltung zwecks Schutzes der Minderheitsaktionäre	191
bb. Fortgeltung wegen Schädigung des Zielrechtsträgers	192
cc. Fortgeltung zwecks Verhinderung eines voreiligen Verzichts	193
dd. Fortgeltung aufgrund Interessenkonflikts beim Zielrechtsträger	194
ee. Zwischenergebnis	195
b. Bei rechtsformverändernden Umwandlungen	196
aa. Umwandlung einer AG in eine GmbH	197
bb. Umwandlung einer GmbH in eine AG	199
cc. Fälle des § 203 UmwG	200
IV. Zwischenergebnis: Analogie nicht möglich	201
D. Entlastung des Vorstands bzw. Geschäftsführers	202
I. Bedürfnis einer nachträglichen Entlastung	202
II. Entlastungsmöglichkeit nach Abschluss der Umwandlung	204
1. Ausgeschlossen bei fortgesetzter Organmitgliedschaft?	204
2. Nachträgliche Entlastungserteilung	210
a. Entlastung durch Organ des umgewandelten Rechtsträgers	210

b.	Entlastung durch Zielrechtsträger	212
aa.	Die Auffassung des OLG München	212
bb.	Die Auffassung des OLG Hamburg	213
cc.	Meinungsbild in der Literatur	214
c.	Stellungnahme: Analogie	215
aa.	Regelungslücke	215
bb.	Planwidrigkeit	216
cc.	Vergleichbare Interessenlage	217
dd.	Zwischenergebnis	222
3.	Zuständigkeit für die nachträgliche Entlastung	222
4.	Wirkung der Entlastung	225
a.	Entlastung eines ehemaligen Geschäftsführers durch Ziel-AG	226
b.	Entlastung eines ehemaligen Vorstandsmitglieds durch Ziel-GmbH	227
5.	Gesamtentlastung mit Organwaltern des Zielrechtsträgers?	228
III.	Zwischenergebnis	229
4. Teil:	Schutz vor umwandlungsbedingten Einflüssen auf die Organverantwortlichkeit	230
§ 1	Publizität der Vorteile	231
A.	Information im Rahmen des Verschmelzungs- oder Spaltungs- und Übernahmevertrags	231
I.	Vorstandsmitglieder von Anwendungsbereich erfasst	232
II.	Besonderer Vorteil i.S.d. §§ 5 Abs. 1 Nr. 8; 126 Abs. 1 Nr. 8 UmwG	232
1.	Begriff des „besonderen Vorteils“	233
2.	Änderung des Rechtsrahmens angabepflichtig?	234
3.	Zusage der Freistellung bzw. der Entlastung angabepflichtig?	235
4.	Rechtsfolge eines Verstoßes	237
B.	Information im Rahmen des Umwandlungsberichts	238
I.	Erforderlicher Inhalt des Umwandlungsberichts	239
II.	Auswirkungen auf bestehende Ersatzansprüche berichtspflichtig?	239
1.	Erforderliche Angaben zu Änderung des anwendbaren Rechtsrahmens	240

2. Haftungsrechtliche Folgen bekannt bzw. dem Gesetz zu entnehmen	241
C. Zwischenergebnis	243
§ 2 Grenze des Rechtsmissbrauchs	245
A. Umwandlungen zwecks Privilegierung des Vorstands als reale Gefahr?	245
I. Gleichzeitige Inanspruchnahme eines Großaktionärs	246
1. Die Entscheidung des OLG Köln	246
2. Parallelen zu wegfallendem Minderheitenschutz bezüglich Organhaftung	248
II. Vermeidung von Kartellbußen über die Bonus- bzw. Kronzeugenregelung	249
III. Vermeidung sonstiger Nachteile	251
IV. Zwischenergebnis	252
B. Materielle Kontrolle des Umwandlungsbeschlusses	253
I. Reichweite der materiellen Beschlusskontrolle	253
II. Sachgrunderfordernis im Umwandlungsrecht	254
C. Missbrauchskontrolle	256
I. Individueller und institutioneller Rechtsmissbrauch	257
II. Rechtsmissbrauch im Umwandlungsrecht	258
1. Diskutierte Missbrauchskonstellationen	258
a. Besondere Schwere der Beeinträchtigung	259
b. Nutzung der Umwandlung für sachfremde Ziele	259
2. Bestimmung des Missbrauchs subjektiv oder objektiv?	261
III. Missbräuchlichkeit der Umwandlung zwecks Privilegierung des Vorstands	264
1. Missbrauch wegen Schutzinstrumenten des UmwG ausgeschlossen?	265
2. Ausreichender Schutz gegen konkrete Freistellungsbeschlüsse	266
a. Minderheitsschutz bei Umwandlung in eine AG	267
b. Minderheitsschutz bei Umwandlung in eine GmbH	268
c. Praxistauglichkeit	269
3. Zwischenergebnis: Missbrauch ausgeschlossen	270
5. Teil: Ergebnisse	272
Literaturverzeichnis	281

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angeführten Orte
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Art.	Artikel
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
Begr.	Begründer
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BOARD	Zeitschrift für Aufsichtsräte in Deutschland
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
bzgl.	bezüglich
ca.	circa
D&O	Directors-and-Officers
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe; dieselben
DJT	Deutscher Juristentag
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
DStR	Deutsches Steuerrecht

Abkürzungsverzeichnis

ebd.	ebenda
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	folgende Seite
ff.	folgende Seiten
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
Gesellschaften mbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GesR	Gesellschaftsrecht
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GS	Gedenkschrift
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
h.M.	herrschende Meinung
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
i.H.v.	in Höhe von
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
JA	Juristische Arbeitsblätter
JZ	JuristenZeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
LG	Landgericht
LMK	Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung
M&A	Mergers and Acquisitions
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer

MontanMitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechung-Report Zivilrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht
o.g.	oben genannt; oben genannte
OLG	Oberlandesgericht
Os.	Orientierungssatz
Rn.	Randnummer
S.	Satz
SE	Europäische Aktiengesellschaft (Societas Europaea)
sog.	sogenannt; sogenannter
TOP	Tagesordnungspunkt
u.a.	unter anderen; unter anderem
u.U.	unter Umständen
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
UmwG	Umwandlungsgesetz
v.	von; vom
Var.	Variante
vgl.	vergleiche
VW (Zeitschrift)	Versicherungswirtschaft
WM	Wertpapiermitteilungen
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
z.B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Einführung

§ 1 Problemstellung, Themeneingrenzung

Die Rechtsform legt fest, nach welchen Regeln ein Unternehmen agiert. Sie hat tiefgreifende Auswirkungen auf beinahe alle Bereiche der Unternehmenstätigkeit und bestimmt, an welchen Leitlinien die Gesellschaftsorgane ihre Tätigkeit ausrichten müssen. Eine Brückenfunktion zwischen den verschiedenen Rechtsformen nimmt das Umwandlungsrecht ein. Es schafft zugleich ein Instrumentarium zur Anpassung der Gesellschafts- und Konzernstruktur. Mit Umwandlungen – im Rahmen dieser Untersuchung begrenzt auf solche Maßnahmen nach dem UmwG – werden den Unternehmen Strukturmaßnahmen an die Hand gegeben, die ihnen die Änderung ihrer Betriebsorganisation, eine Anpassung an veränderte Umweltbedingungen und eine Veränderung der einschlägigen Rahmenbedingungen für die Unternehmenstätigkeit ermöglichen.¹ Die umwandlungsrechtlichen Instrumente werden, insbesondere aufgrund der Flexibilität, die sie Unternehmen gewähren, in der Praxis rege genutzt.²

Im Rahmen einer solchen Strukturmaßnahme kann es an verschiedenen Stellen zu Friktionen und Spannungsverhältnissen zwischen den bis zum Wirksamwerden der Umwandlung anzuwendenden Rechtsvorgaben und dem „neuen“ Rechtsrahmen kommen. Die Frage nach der im Einzelfall anwendbaren Rechtsordnung wird speziell im Kontext der Organverantwortlichkeit virulent.³ Ersatzansprüche unterliegen im Verhältnis

1 *Dauner-Lieb* in: KK-UmwG, Einleitung A, Rn. 11 f.

2 Aktuelle Statistiken zur Zahl der jährlichen Unternehmensumwandlungen sucht man vergebens, im Jahr 2005 wurden jedoch ca. 15.000 Umwandlungen gezählt, wobei hierbei nicht zwischen der Art der Umwandlung differenziert wurde, vgl. Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik 5/2006, 77.

3 Dazu *Grunewald* in: Lutter UmwG Band 1, § 20 Rn. 30; *Rieckers/Cloppenburg* in: Habersack/Wicke UmwG, § 20 Rn. 85 f.; *Simon* in: KK-UmwG, § 20 Rn. 6 ff.; *Redeke*, Entlastungslücken, passim; *Hoffmann-Becking* in: FS Ulmer, 243 ff.; *Allmendinger/Lüneborg*, ZIP 2017, 1842, 1843 ff.; *Cordes*, ZfPW 2017, 497, 497 ff.; *Habersack/Schürnbrand*, NZG 2007, 81, 87; *Haßler*, AG 2016, 388, 388 ff. Auch an anderen Stellen können sich ähnliche Probleme ergeben, vgl. etwa zur Anwendbarkeit der Cooling-off-Periode des § 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 AktG im Anschluss an eine Umwandlung *Schulenburg/Brosius*, BB 2010, 3039, 3039 ff.

einer Gesellschaft zu ihren Organmitgliedern abhängig von der jeweiligen Gesellschaftsform spezifischen Durchsetzungsgarantien und sonstigen rechtsformspezifischen Vorgaben; man kann von einer „Bindung“ bzw. „Verstrickung“ des betroffenen Ersatzanspruchs sprechen.⁴ Etwa besteht in Bezug auf Ersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder einer AG eine Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats entsprechend der ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung;⁵ ein Verzicht auf diese Ansprüche ist gem. § 93 Abs. 4 S. 3 AktG erst nach Ablauf von drei Jahren und nur bei Zustimmung der Hauptversammlung zulässig.⁶ Macht sich ein Vorstandsmitglied ersatzpflichtig und wird die geschädigte Gesellschaft sodann umgewandelt, wirft dies verschiedene Fragen zu den Auswirkungen auf die Organhaftung auf. Besonders deutlich tritt diese Problematik bei Umwandlungen zu Tage, die mit einem Rechtsformwechsel einhergehen. Wie etwa soll der Fall behandelt werden, dass sich ein Vorstandsmitglied an einer Kartellabsprache beteiligt und damit seine Legalitätspflicht verletzt hat, der Schaden in Form einer Kartellbuße jedoch erst im Anschluss an einen Formwechsel in eine GmbH eingetreten ist?⁷ Geht in diesem Fall ein „aktienrechtlicher Ersatzanspruch“ (gem. § 93 Abs. 2 AktG) auf die GmbH über oder entsteht bei dieser originär ein „GmbH-rechtlicher Anspruch“ (gem. § 43 Abs. 2 GmbHG)? Macht es bei diesem Fallbeispiel einen Unterschied, ob der Anspruch bereits vor der Umwandlung „vollständig“ war oder sich einzelne Anspruchsvoraussetzungen erst beim Zielrechtsträger realisieren?⁸ Wer ist bei der Ziel-GmbH für die Entscheidung über eine Inanspruchnahme zuständig und wer vertritt die Gesellschaft im Prozess? Ist das zuständige Organ dabei zur Verfolgung verpflichtet oder endet die Verfolgungspflicht mit Wirksamwerden des Formwechsels? Ist ein Anspruchsverzicht

4 Habersack/Schürnbrand, NZG 2007, 81, 81 sprechen von „gebundenen Ansprüchen“; während Haßler, AG 2016, 388, 392, den Begriff der „Verstickung“ des Anspruchs nutzt.

5 BGH, Urteil v. 21.04.1997 – II ZR 175/95 (ARAG/Garmenbeck) = NJW 1997, 1926, Os. 2, 3, 1927 ff.

6 Die Wirksamkeit eines Verzichts i.S.d. § 93 Abs. 4 S. 3 AktG ist zusätzlich davon abhängig, dass gegen diesen keine Minderheit von wenigstens zehn Prozent Widerspruch zur Niederschrift erhebt.

7 Beispiel nach Cordes, ZfPW 2017, 497, 498; zur Bußgeldverhängung gegen einen Rechtsnachfolger vgl. § 81a Abs. 2, 3 GWB.

8 Für die Zwecke dieser Untersuchung soll der Begriff des „Zielrechtsträgers“ sowohl übernehmende Rechtsträger (bei übertragenden Umwandlungen) als auch Rechtsträger neuer Rechtsform (bei Formwechseln) erfassen. Ist von „umgewandelten Rechtsträgern“ die Rede, meint dies sowohl übertragende als auch formwechselnde Rechtsträger.

erst nach Ablauf der Sperrfrist aus § 93 Abs. 4 S. 3 AktG möglich? Mit der Thematik der umwandlungsbedingten Veränderung der haftungsrechtlichen Rahmenbedingungen geht auch die Folgefrage einher, inwieweit im Hinblick auf diese Änderung Publizitätspflichten bestehen, ob also z. B. ein entsprechender Hinweis im Umwandlungsbericht erforderlich ist.

Diesen und weiteren Fragestellungen soll im Rahmen der folgenden Untersuchung nachgegangen werden. Soweit bislang in der Literatur Stellung zu diesen Problemen bezogen wurde, geschah dies stets nur mit Blick auf einzelne Umwandlungskonstellationen und zudem regelmäßig beschränkt auf bestimmte Einzelfragen, etwa die Anwendbarkeit des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG nach einer Umwandlung oder die nachträgliche Entlastungsmöglichkeit seitens des Zielrechtsträgers.⁹ Die Rechtsprechung hatte sich lediglich zur Aufsichtsratszuständigkeit beim Zielrechtsträger gem. § 112 AktG analog im Anschluss an eine Umwandlung sowie zur Frage einer anschließenden Entlastungskompetenz durch den Zielrechtsträger zu positionieren.¹⁰

Auch die nachfolgende Untersuchung erhebt im Hinblick auf die betrachteten Umwandlungsarten keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Eine umfassende Darstellung sämtlicher Umwandlungskonstellationen ist nicht möglich, ohne erhebliche Einbußen bei der Tiefe der Darstellung hinnehmen zu müssen; das UmwG lässt verschiedenste Formen von Umwandlungen unter Beteiligung aller Arten von Gesellschaften zu.¹¹ Die Darstel-

9 Beschränkt auf einzelne Umwandlungsarten und Kontinuitätsfragen etwa *Hoffmann-Becking* in: FS Ulmer, 243 ff. (zu Verschmelzungen); *Redeke*, Entlastungslücken, 85 ff. (zur Entlastungsmöglichkeit nach der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften); *Allmendinger/Lüneborg*, ZIP 2017, 1842, 1842 ff. (zum Formwechsel einer AG in eine GmbH); *Habersack/Schürnbrand*, NZG 2007, 81, 81 ff. (zu Formwechseln zwischen AG und GmbH); *Haßler*, AG 2016, 388, 388 ff.; *Martens*, AG 1986, 57, 57 ff. (jeweils zur Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften).

10 Zur Zuständigkeit des Aufsichtsrats des Zielrechtsträgers gem. § 112 AktG (analog) auch gegenüber ehemaligen geschäftsführenden Organen eines umgewandelten Rechtsträgers BGH, Urteil v. 28.04.1997 – II ZR 282/95 = NJW 1997, 2324; v. 01.12.2003 – II ZR 161/02 = NJW 2004, 1528; Beschl. v. 16.10.2006 – II ZR 7/05 = NJW-RR 2007, 98; zur Entlastungszuständigkeit des Zielrechtsträgers OLG München, Urteil v. 15.11.2000 – 7 U 3916/00 = NZG 2001, 616, 617; OLG Hamburg, Urteil v. 30.12.2004 – 11 U 98/04 = AG 2005, 355 ff.

11 Bei Inkrafttreten des UmwG zum 01.01.1995, BGBl. I 1994, 3210 ff., zählte *Bar-todziej*, ZIP 1994, 580, 580, 119 mögliche Arten der Umwandlung; so auch *Dauner-Lieb* in: KK-UmwG, Einleitung A Rn. 39 ff. Diese Zahl hat sich mit Schaffung der Europäischen Gesellschaft und Zulassung grenzüberschreitender Umwandlungen, vgl. dazu *Gutkès* in: Sagasser/Bula/Brünger Umwandlungen, 737 ff., weiter erhöht.

lung soll sich somit auf die besonders praxisrelevanten Kapitalgesellschaftsformen der GmbH und der AG konzentrieren. Ausgeklammert werden grenzüberschreitende Umwandlungen sowie konzernrechtliche Besonderheiten. Anspruch der Untersuchung ist es hingegen, die umwandlungsbedingten Auswirkungen verschiedener Umwandlungsformen unter Beteiligung von Aktiengesellschaften und/oder Gesellschaften mbH auf das Schicksal der Organverantwortlichkeit in einer bislang unerreichten Breite darzustellen. Dies soll sowohl den an einer Umwandlung beteiligten Unternehmen und ihren Organmitgliedern als auch den Anteilseignern und Gläubigern einen Ansatzpunkt für den rechtssicheren Umgang mit – insbesondere potentiell pflichtwidrigen – Geschäftsführungsmaßnahmen geben, die vor Wirksamwerden einer Umwandlung beim umgewandelten Rechtsträger stattgefunden haben.

Die praktische Relevanz dieser Thematik ist keineswegs zu unterschätzen. Dies zeigt das Beispiel der Fusion der *Deutsche Bank AG* und der *Commerzbank AG*, die Anfang 2019 entsprechende Gespräche geführt hatten.¹² Zwar gaben die Bankhäuser zwischenzeitlich bekannt, dass eine Verschmelzung vorerst nicht stattfinden werde.¹³ Dennoch verdeutlicht diese geplante Zusammenlegung, welche rechtlichen Fragen eine Umwandlung aufwirft: So hätte die Fusion erheblichen Einfluss auf die Verantwortlichkeit der Altorgane beider Bankenhäuser und das Pflichtenprogramm der Organe des Zielrechtsträgers haben können. Wären im Anschluss an die Umwandlung Pflichtverletzungen der ehemaligen Vorstandsmitglieder einer der verschmolzenen Banken zu Tage getreten, die eine Ersatzpflicht des Betroffenen gem. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG begründet hätten, wäre es für den Zielrechtsträger von erheblicher Bedeutung gewesen, welches seiner Organe für die Verfolgung zuständig ist, ob die Verfolgung in dessen Ermessen steht oder eine Verfolgungspflicht besteht sowie ob ein Vergleich mit dem ersatzpflichtigen Organmitglied ohne Zustimmung der Hauptversammlung möglich ist, um etwa einen Imageschaden abzuwenden. Die Relevanz eines rechtssicheren Handlungsrahmens wird dadurch unterstrichen, dass den Organmitgliedern des Zielrechtsträgers etwa dann, wenn

12 Vgl. Ad-hoc-Mitteilung der Deutschen Bank, https://www.db.com/newsroom_news/2018/deutsche-bank-prueft-strategische-optionen-und-bestaetigt-gespraechе-mit-der-commerzbank-de-11826.htm (zuletzt abgerufen am 30.12.2019).

13 <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/deutsche-bank-commerzbank-fusion-gescheitert-1.4421219> (zuletzt abgerufen am 23.07.2021).

eine Inanspruchnahme trotz des Bestehens einer Verfolgungspflicht unterbleibt, eine eigene Haftung droht.¹⁴

14 Erachtet man etwa den Aufsichtsrat des Zielrechtsträgers als zuständiges Organ für die Verfolgung von Ersatzansprüchen, vgl. dazu 3. Teil § 3 A. I. 3. und bejaht dessen Verfolgungspflicht entsprechend der ARAG/Garmenbeck-Doktrin, vgl. dazu 3. Teil § 3 B., würde eine drohende Eigenhaftung aus §§ 116 S. 1 i.V.m. 93 Abs. 2 S. 1 AktG folgen.

§ 2 Gang der Untersuchung

Der Versuch einer Annäherung an die Frage, inwieweit Strukturmaßnahmen nach dem UmwG Auswirkungen auf die Verantwortlichkeit beziehungsweise die Inanspruchnahme von (ehemaligen) Organmitgliedern eines umgewandelten Rechtsträgers haben, setzt zunächst eine Auseinandersetzung mit den Grundlagen und rechtlichen Rahmenbedingungen von Umwandlungsvorgängen voraus. Der erste Teil dient einer entsprechenden Grundlegung. Nach einer Darstellung und Kategorisierung verschiedener Umwandlungsvarianten in § 1 sollen die Vorgaben des UmwG zu den Modalitäten von Umwandlungen im Mittelpunkt stehen. Ein Schwerpunkt wird dabei auf den maßgeblichen Leitmaximen des UmwG liegen, die in § 2 herausgearbeitet werden. Hieraus lassen sich möglicherweise bereits Rückschlüsse darauf ziehen, in welcher Weise das UmwG selbst Schutzinstrumente für den Fall umwandlungsbedingter Rechtseinbußen auf Seiten der Gesellschafter und der Gläubiger bereithält. Ausgehend davon soll beantwortet werden, inwieweit eine darüberhinausgehende Absicherung der Anteilseigner oder Gläubiger über die Fortgeltung gesellschaftsrechtlicher Schutzregelungen über die Umwandlung hinaus notwendig ist. Sodann soll in § 3 umrissen werden, welche Motive in der Unternehmenspraxis hinter der Durchführung einer Umwandlung stehen können.

Im Anschluss daran werden im zweiten Teil die gesellschaftsrechtlichen Vorgaben des AktG und des GmbHG im Umfeld zur Organverantwortlichkeit gegenübergestellt. Dabei sollen rechtsformspezifische Unterschiede im Rechtsverhältnis der jeweiligen Gesellschaft zu ihren Geschäftsführern bzw. Vorständen herausgearbeitet werden. In § 1 wird mit den stärker ausdifferenzierten aktienrechtlichen Vorgaben begonnen. Auf diese Vorgaben wird im GmbH-Recht – dazu Näheres in § 2 – an vielen Stellen Bezug genommen, sie dienen dort zudem der Lückenschließung. Unter den Oberbegriff der „Organverantwortlichkeit“ soll neben unmittelbar haftungsrechtlichen Fragen auch die Entlastungsthematik gefasst werden. Dies folgt aus der Bedeutung der Entlastung oder deren Verweigerung als Billigung bzw. Missbilligung der Verwaltung der Gesellschaft im entlastungsrelevanten Zeitraum. Über die Verweigerung der Entlastung können Mitglieder der Verwaltung abgestraft werden, auch wenn die relevante

mangelhafte Geschäftsführung noch nicht die Schwelle zur Organhaftung überschritten hat.

Im dritten Teil und Teil der Untersuchung steht die Fragestellung im Mittelpunkt, welchen Einfluss Umwandlungsvorgänge nach dem UmwG auf die Verantwortlichkeit der Organmitglieder der beteiligten Gesellschaften haben. Dieser Teil bildet den Kern der Arbeit. Dazu werden in § 1 zunächst grundlegende Auswirkungen von Umwandlungen auf die Rechtsbeziehungen der umgewandelten Gesellschaft zu ihren bis zur Umwandlung amtierenden Organen dargestellt. Im Anschluss soll in § 2 die Frage im Mittelpunkt stehen, ob für am Umwandlungsstichtag unbedenete, „schwebende“ Sachverhalte die Verbandsverfassung des umgewandelten Rechtsträgers beim Zielrechtsträger – direkt oder analog – fortwirken kann. Dabei wird sich zeigen, dass jedenfalls eine derart umfassende Fortdauer des Organisationsrahmens des umgewandelten Rechtsträgers im Hinblick auf die Verantwortlichkeit seiner bisherigen Organmitglieder nicht möglich ist. Ausgehend von dieser Erkenntnis erfolgt in § 3 eine Erörterung der ausnahmsweisen Anwendbarkeit einzelner Vorgaben über die Umwandlung hinaus.

Soweit sich im Rahmen des dritten Teils zeigt, dass Bindungen im Hinblick auf die Organverantwortlichkeit mit Wirksamwerden der Umwandlung enden und auch eine fortgesetzte Anwendung beim Zielrechtsträger nicht möglich ist, sollen im vierten Teil der Untersuchung Rechtsschutzmöglichkeiten derjenigen aufgezeigt werden, die durch die bis zur Umwandlung anwendbaren Vorgaben geschützt wurden. Ein Schutz ist dabei einerseits durch eine Ausweitung der Informationspflichten im Vorfeld zur Umwandlung denkbar. Eine entsprechende Erweiterung der Informationspflichten um umwandlungsbedingte Änderungen im Rahmen der Organverantwortlichkeit wird in § 1 thematisiert. Andererseits könnte im Falle einer missbräuchlichen Umwandlung eine nachträgliche Kontrolle über ein klageweises Vorgehen gegen den Umwandlungsbeschluss statthaft sein. Nachdem hinterfragt wird, ob überhaupt Konstellationen denkbar sind, in denen Umwandlungen rechtsmissbräuchlich dazu eingesetzt werden, bestehende gesellschaftsrechtliche Bindungen – etwa die Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats entsprechend der ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung – zu unterlaufen, wird in § 2 ein entsprechender Rechtsschutz der Betroffenen thematisiert.

Zuletzt sollen die maßgeblichen Ergebnisse im fünften Teil zusammenfassend dargestellt werden.

1. Teil Umwandlungsrechtliche Grundlagen

§ 1 Begriff der Umwandlung

Umwandlungen sind allgemein als Vorgänge definiert, bei denen sich die Rechtsform und/oder die Vermögenszuordnung eines Rechtsträgers ändert.¹⁵ Demgegenüber reduziert das UmwG den Begriff auf enumerativ aufgezählte Maßnahmen, die anhand eines speziellen Verfahrens ablaufen.¹⁶ Auch außerhalb des UmwG können Umwandlungen auf verschiedenem Wege herbeigeführt werden.¹⁷ Der sogenannte *numerus clausus* gem. § 1 Abs. 2 UmwG schließt Umwandlungen anderer Art außerhalb des Anwendungsbereichs des UmwG nicht aus, diese partizipieren jedoch nicht an den Vereinfachungen des Gesetzes.¹⁸ Da sich diese Arbeit jedoch nur mit den Auswirkungen von Umwandlungen i.S.d. UmwG befasst, wird auf sonstige Gestaltungen nicht näher eingegangen.

Bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts am 01.01.1995,¹⁹ wurde der Begriff der Umwandlung mal weitergehend dahin verstanden, dass dieser sämtliche Umstrukturierungsmaßnahmen erfasse, mal enger dahin, dass eine Umwandlung eine Gesamt- oder Sonderrechtsnachfolge verlange.²⁰ Daneben differenzierte der Gesetzgeber zwischen Umwandlungen als Vorgang, bei welchem es zu einem Wechsel der Rechtsform des jeweiligen Unternehmens kam, sowie anderen Strukturänderungen, durch die Vermögen auf einen neuen Rechtsträger übertragen werden soll, namentlich Verschmelzungen und Spaltungen.²¹

Um den terminologischen Randunschärfen zu begegnen und um die zuvor verstreuten umwandlungsrechtlichen Regelungen zusammenzuführen, wurde 1995 der Begriff der Umwandlung in § 1 Abs. 1 UmwG als

15 *Hofmann/Riethmüller*, JA 2009, 481, 481 m.w.N.

16 *Stengel* in: Semler/Stengel UmwG, § 1 Rn. 1 ff.; *Hofmann/Riethmüller*, JA 2009, 481, 481.

17 Näher zu Umwandlungen außerhalb des UmwG *Bayer* in: Lutter UmwG Band 1, Einl. I Rn. 55 f.

18 BegrRegE UmwG, BT-Drs.75/94, 80.

19 BGBl. I 1994, 3210.

20 *Stengel* in: Semler/Stengel UmwG, Einleitung A Rn. 3.

21 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 332 f.

Oberbegriff für verschiedene Strukturänderungsmaßnahmen eingeführt.²² Dabei findet sich im UmwG keine abstrakte Definition umwandlungsrechtlicher Vorgänge, dem Begriff der Umwandlung werden vielmehr vier mögliche Varianten untergeordnet. Die Verschmelzung, Spaltung und Vermögensübertragung sowie der Formwechsel (§ 1 Abs. 1 Nr. 1–4 UmwG). Diese Umwandlungsformen lassen sich wiederum in solche mit Vermögensübergang (Verschmelzung gem. §§ 2–120 UmwG, Spaltung gem. §§ 123–173 UmwG, Vermögensübertragung gem. §§ 174–189 UmwG) und solche ohne Vermögensübergang, namentlich den Formwechsel gem. §§ 190–304 UmwG, untergliedern. Dabei handelt es sich bei der Vermögensübertragung in der Sache um keine eigenständige Umwandlungsart, vielmehr beinhalten die §§ 174–189 UmwG lediglich modifizierte Regelungen zu Spaltungen und Verschmelzungen für juristische Personen des öffentlichen Rechts und Versicherungen.²³ Aufgrund der weitreichenden Verweise der §§ 176 f. UmwG auf die Regelungen zu Spaltungen und Verschmelzungen sowie der Konzentration der §§ 174 ff. UmwG auf juristische Personen des öffentlichen Rechts und Versicherungen, wird im Rahmen dieser Untersuchung keine gesonderte Auseinandersetzung mit den Auswirkungen einer Vermögensübertragung auf etwaige Organhaftungsansprüche stattfinden.

A. Umwandlungen mit Vermögensübergang

Ein umwandlungsbedingter Vermögensübergang auf einen anderen Rechtsträger findet sowohl bei einer Verschmelzung (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG), als auch bei einer Spaltung (§§ 125 S. 1 i.V.m. 20 Abs. 1 Nr. 1, 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG) statt.

I. Verschmelzung

Eine Verschmelzung im Sinne des UmwG setzt voraus, dass das gesamte Vermögen, also sämtliche Aktiva und Passiva eines oder mehrere Rechtsträger (übertragender Rechtsträger), auf einen anderen Rechtsträger (übernehmenden Rechtsträger) unter liquidationsloser Auflösung des übertragenden Rechtsträgers übergeht (§§ 2, 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG). Das Ver-

²² Ganske, WM 1993, 1117, 1117.

²³ Hofmann/Riethmüller, JA 2009, 481, 483.

mögen geht als Einheit auf den übernehmenden Rechtsträger über; die Übertragung erfolgt im Wege der Gesamtrechtsnachfolge.²⁴ Dabei bildet der Verschmelzungsvertrag die Rechtsgrundlage für den Übergang, sodass von einer Universalsukzession kraft Rechtsgeschäfts gesprochen werden kann.²⁵ Der Übergang des Vermögens erfasst dagegen nicht die Kompetenzordnung oder die im Innenverhältnis begründeten Rechte und Pflichten, die Verschmelzung bedingt insoweit die Diskontinuität des Innenrechts.²⁶ Unabhängig davon, ob es im Zuge der Verschmelzung zu einem Rechtsformwechsel kommt, enden damit beispielsweise die Organstellungen des übertragenden Rechtsträgers.²⁷

Im Falle des Übergangs auf einen bestehenden Rechtsträger spricht das Gesetz von einer Verschmelzung zur Aufnahme (§ 2 Nr. 1 UmwG), bei einer Verschmelzung auf einen dadurch neu gegründeten Rechtsträger von einer Verschmelzung zur Neugründung (§ 2 Nr. 2 UmwG). Die Anteilsinhaber des erlöschenden Rechtsträgers erhalten im Zuge der Verschmelzung Anteilsrechte an dem übernehmenden Rechtsträger (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG).

Die für diese Arbeit relevanten Rechtsträger sind sämtlich gem. § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG verschmelzungsfähig.

II. Spaltung

Anders als bei einer Verschmelzung gehen bei einer Spaltung nur Teile des Vermögens eines Rechtsträgers (übertragender Rechtsträger) auf einen anderen Rechtsträger (übernehmender Rechtsträger) gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften über, § 123 UmwG. Entscheidendes Merkmal dieser Umwandlungsart ist die Übertragung von Vermögensteilen „als Gesamtheit“ und damit die Entbehrlichkeit von Einzelübertragungen der betroffenen Vermögenspositionen.²⁸ Bei der Übertragung des im Spaltungs- und Übernahmevertrag bestimmten Vermögensteils spricht man mithin von einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge oder Sonderrechtsnachfolge.²⁹ Im Gesetz findet sich eine Untergliederung der Spaltung in

24 *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 67 Rn. 24.

25 *Dauner-Lieb* in: KK-UmwG, Einleitung A Rn. 48 ff.; *Raiser/Veil* a.a.O.

26 *Hoffmann-Becking* in: FS Ulmer, 243 ff.; *Cordes*, ZfPW 2017, 497, 499.

27 Dazu näher 3. Teil § 1 A. I.

28 *Sickinger* in: Kallmeyer UmwG, § 123 Rn. 3.

29 Ebd.

drei verschiedene Varianten. Die Aufspaltung gem. § 123 Abs. 1 UmwG, die Abspaltung gem. § 123 Abs. 2 UmwG sowie die Ausgliederung dem. § 123 Abs. 3 UmwG. Alle Spaltungsarten können wiederum im Wege der Spaltung zur Aufnahme bei bereits bestehendem übernehmendem Rechtsträger (§ 123 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 UmwG) oder zur Neugründung erfolgen, wenn der übernehmende Rechtsträger im Zuge der Spaltung neu gegründet wird (§ 123 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 2 UmwG). Darüber hinaus ist es gem. § 123 Abs. 4 UmwG möglich, eine Spaltung zur Aufnahme und zur Neugründung in der Weise zu verbinden, dass Teile des Vermögens auf einen bereits bestehenden, Teile auf einen dazu neu gegründeten Rechtsträger übertragen werden.

Aktiengesellschaften und Gesellschaften mbH sind als Kapitalgesellschaften i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG gem. § 124 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG spaltungsfähig.

1. Aufspaltung

Bei der Aufspaltung wird das gesamte Vermögen des übertragenden Rechtsträgers im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge auf mindestens zwei bereits bestehende oder neu gegründete Rechtsträger übertragen; der übertragende Rechtsträger erlischt, ohne dass eine Liquidation erforderlich ist, § 123 Abs. 1 UmwG. Die Aufspaltung eines Rechtsträgers kann folglich als Gegenstück zu einer Verschmelzung mehrere Rechtsträger angesehen werden.³⁰ Den Anteilshabern des übertragenden Rechtsträgers werden im Zuge der Ausgliederung Anteile oder Mitgliedschaften des übernehmenden oder neu gegründeten Rechtsträgers gewährt (§§ 125 S. 1 i.V.m. 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG).

2. Abspaltung

Im Gegensatz zur Aufspaltung wird bei der Abspaltung nicht das gesamte Vermögen des alten Rechtsträgers übertragen. Lediglich Teile davon gehen im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge auf einen oder mehrere bereits bestehende/-n oder neu gegründete/-n Rechtsträger über, § 123 Abs. 2 UmwG. Regelmäßig handelt es sich bei diesen Vermögensteilen um einen

30 *Sagasser* in: *Sagasser/Bula/Brünger Umwandlungen*, § 18 Rn. 4.

Betrieb oder einzelne Betriebsteile.³¹ Ein Teil des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers verbleibt bei diesem, der Rechtsträger selbst besteht fort.³² Auch im Rahmen dieser Spaltungsart erhalten die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an dem oder den übernehmenden Rechtsträger/-n, § 123 Abs. 2 UmwG a.E.

3. Ausgliederung

Eine Ausgliederung gem. § 123 Abs. 3 UmwG kann sowohl entsprechend einer Abspaltung dergestalt erfolgen, dass einzelne Vermögensteile auf einen oder mehrere Rechtsträger übertragen werden, als auch, wie bei einer Aufspaltung, durch Übertragung des gesamten Vermögens auf mindestens zwei andere Rechtsträger.³³ Im Unterschied zur Abspaltung oder Neugründung erfolgt die Anteilsgewährung jedoch an den übertragenden Rechtsträger selbst (§ 123 Abs. 3 UmwG a.E.). Die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers werden damit nicht unmittelbar betroffen, insbesondere können sich keine Wertverschiebungen unter ihren Anteilen ergeben.³⁴ Wird das gesamte Vermögen des übertragenden Rechtsträgers ausgegliedert, verbleiben bei diesem lediglich die Anteilsrechte an den übernehmenden Rechtsträgern; der übertragende Rechtsträger wird zu einer reinen Holdinggesellschaft.³⁵

B. Umwandlung ohne Vermögensübergang: Der Formwechsel

Während es bei einer Verschmelzung oder Spaltung wie dargestellt stets zu einer Übertragung des gesamten Vermögens oder eines Vermögensteils kommt, ändert sich bei einem Formwechsel gem. §§ 190 ff. UmwG die Vermögenszuordnung gegenüber dem Rechtsträger nicht, dieser wechselt lediglich sein „rechtliches Gewand“.³⁶ Terminologisch wird der betroffene Rechtsträger vor Durchführung der Umwandlung als „formwechselnder Rechtsträger“ am Anschluss daran als „Rechtsträger neuer Rechtsform“

31 *Stengel* in: Semler/Stengel UmwG, § 1 Rn. 32.

32 *Sagasser* in: Sagasser/Bula/Brünger Umwandlungen, § 18 Rn. 10.

33 *Sicking* in: Kallmeyer UmwG, § 123 Rn. 12; *Hörtnagl* in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz UmwG, § 123 Rn. 22; näher *K. Schmidt*, AG 2005, 26, 26 ff.

34 *Sicking* a.a.O.

35 *Schwanna* in: Semler/Stengel UmwG, § 123 Rn. 17.

36 *Schwanna* in: Semler/Stengel UmwG, § 190 Rn. 1.