

letzte Aktualisierung: 5.11.2021

OLG Rostock, Beschl. v. 10.2.2021 – 1 W 37/20

UmwG §§ 8, 41, 127

Ausnahme von der Berichtspflicht bei Ausgliederung auf eine GmbH & Co. KG

§ 41 UmwG ist auf eine Personenhandelsgesellschaft in Form einer GmbH & Co. KG entsprechend anwendbar, wenn alle Kommanditisten der GmbH & Co. KG Geschäftsführer der Komplementär-GmbH sind. Weder der grundsätzlich zwingende Charakter des Umwandlungsrechts noch der Wortlaut der Norm stehen dieser Analogie entgegen.

Gründe

I.

- 1 Der Beteiligte möchte das gesamte Vermögen seines einzelkaufmännischen Unternehmens „D. Sch. e.K.“ mit Sitz in Dorf M., eingetragen unter HRA 4212 im Handelsregister des Amtsgerichts S., im Wege der Ausgliederung auf die „D. Sch. GmbH & Co. KG“ mit Sitz in Dorf M. übertragen. Die GmbH & Co. KG ist im Handelsregister des Amtsgerichts S. unter HRA 4222 eingetragen. Der Ausgliederungs- und Übernahmevertrag wurde am 07.07.2020 notariell beurkundet (UR-Nr. ...2/2020). Der Beteiligte Sch. hat am selben Tag eine notariell beurkundete Gesellschafterversammlung (UR-Nr. ...3/2020) einberufen, auf der die Zustimmung zur Ausgliederung und Aufnahme erklärt wurde. Einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der D. Sch. Vermögensverwaltungs-GmbH (eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts S. unter HRB 13644) ist der Beteiligte D. Sch.; diese GmbH ist die Komplementärin der GmbH & Co. KG. Der Beteiligte hat die Zustimmung der aufnehmenden Gesellschaft in seiner Funktion als einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer der GmbH sowie als einziger Kommanditist der KG erklärt. Zudem hat er für sich selbst und als einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer der D. Sch. Vermögensverwaltungs-GmbH Verzichtserklärungen abgegeben. Der Verzicht bezieht sich auf die Versendung des Entwurfs des Ausgliederungs- und Umwandlungsvertrags, auf die Auslegung der Jahresabschlüsse und Lageberichte der an der Ausgliederung beteiligten Rechtsträger sowie auf eine Anfechtung oder Klage gegen den Zustimmungsbeschluss.
- 2 Mit der UR-Nr. ...4/2020 vom 07.07.2020 erfolgte eine Zusammenfassung von Ausgliederungs- und Übernahmevertrag sowie des Zustimmungsbeschlusses und ein Antrag auf Eintragung zum Handelsregister beim Amtsgericht S. Dieses lehnte die Eintragung mit Zwischenverfügung vom 16.07.2020 ab und begründete die Ablehnung mit dem Fehlen des Verschmelzungsberichts für die KG gem. § 8 UmwG bzw. mit dem Fehlen einer notariell beurkundeten Verzichtserklärung gem. § 8 Abs. 3 UmwG. Zur Erledigung der Zwischenverfügung setzte das Amtsgericht S. eine Frist von sechs Wochen.
- 3 Mit Schreiben vom 21.07.2020 stellte der Verfahrensbevollmächtigte klar, dass es sich bei der Anmeldung um eine Ausgliederung eines Einzelunternehmens zur Aufnahme in eine GmbH & Co. KG handeln würde, weshalb nach § 153 UmwG kein Ausgliederungsbericht angefertigt werden müsse. Als Reaktion auf das Schreiben wies das Registergericht am 24.07.2020 nochmals auf den Inhalt seiner Zwischenverfügung vom 16.07.2020 hin, woraufhin der Verfahrensbevollmächtigte mit Schreiben vom 29.07.2020 unter Verwendung von Kommentarliteratur auf § 127 UmwG aufmerksam machte, der für alle Spaltungsformen gelte, und die Ansicht vertrat, dass bei der Ausgliederung aus dem Vermögen eines Einzelkaufmanns zur Aufnahme in eine GmbH & Co. KG kein Ausgliederungsbericht erforderlich sei. Die Ansicht des Registergerichts sei nicht mit dem Zweck von § 8 UmwG in Einklang zu bringen, wenn man berücksichtige, dass die Person des Einzelkaufmanns, der (einzige) Kommanditist der KG und der (einzige) geschäftsführende Gesellschafter der Komplementär-GmbH identisch seien.
- 4 Das Amtsgericht räumte mit Schreiben vom 30.07.2020 ein, dass § 127 UmwG als Spezialvorschrift Vorrang vor § 8 UmwG habe, aber auch danach ein Spaltungsbericht für die KG gem. § 127 UmwG erforderlich sei. Der Wortlaut von § 153 UmwG sei eindeutig, ein Ausgliederungsbericht sei nur für den Einzelkaufmann entbehrlich. Die Entbehrlichkeit

des Berichts für alle weiteren beteiligten Rechtsträger ließe sich dem Wortlaut der Vorschrift nicht entnehmen. Zudem verwies das Amtsgericht auf einen Beschluss des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 05.02.2018 (Az. 7 W 86/17, insbesondere Rn. 20) und machte deutlich, dass auch bereits gegen eine Zwischenverfügung ein Rechtsmittel eingelegt werden könne, was der Verfahrensbevollmächtigte tun solle, wenn an der geäußerten Rechtsauffassung festgehalten werde.

- 5 Der Verfahrensbevollmächtigte des Beteiligten hat am 17.08.2020 Beschwerde gegen die Zwischenverfügung eingelegt und diese damit begründet, dass der Beschwerdeführer Inhaber des Einzelunternehmens sei, alleiniger geschäftsführender Gesellschafter der Komplementär-GmbH der aufnehmenden KG und deren einziger Kommanditist. Zum einen sei nicht klar, weshalb nach Ansicht des Registergerichts § 8 UmwG auf den Fall einer Ausgliederung durch einen Einzelkaufmann zur Aufnahme in eine GmbH & Co. KG zur Anwendung komme. Das Erfordernis eines Ausgliederungs- oder Spaltungsberichts könne sich im konkreten Fall nur aus § 127 UmwG ergeben, der für alle Spaltungsformen gelte. In der Kommentarliteratur zu dieser Norm werde aber darauf hingewiesen, dass bei der Ausgliederung aus dem Vermögen eines Einzelkaufmanns zur Aufnahme in eine GmbH & Co. KG ein Spaltungs- bzw. Ausgliederungsbericht nicht erforderlich sei. Entscheidend für die Berichtspflicht sei nicht der aufnehmende, sondern der ausgliedernde Rechtsträger. Sei dieser ein Einzelkaufmann, werde insgesamt auf eine Berichtspflicht verzichtet. Sinn und Zweck der Berichtspflicht nach § 8 UmwG sei es, den beteiligten Anteilseignern und -mitgliedern die notwendigen Informationen zu verschaffen, um eine sachgerechte Entscheidung über ihre Zustimmung zum Spaltungsvorgang herbeiführen zu können. Dies sei in der konkreten Konstellation nicht notwendig und würde eine „bloße Förmerei“ darstellen. Dies ergebe sich auch aus §§ 8 Abs. 3 Satz 1, 127 Satz 2 UmwG.
- 6 Das Amtsgericht S. hat am 18.08.2020 einen Nichtabhilfebeschluss erlassen. Die Beschwerdefrist sei eingehalten und eine Beschwerdebefugnis gegeben, da der Beschwerdeführer als Inhaber des Einzelunternehmens handle, als solcher an der Ausgliederung als übertragender Rechtsträger beteiligt sei und am Vollzug der Ausgliederung durch die Zwischenverfügung gehindert werde. Zur Begründung des Nichtabhilfebeschlusses verweist das Amtsgericht erneut auf seine Auffassung, der Spaltungsbericht sei nur für den Einzelkaufmann nicht erforderlich, wohl aber für die übernehmende Rechtsträgerin. § 127 UmwG sei Spezialvorschrift zu § 8 UmwG, aber mit diesem inhaltlich identisch. Ein Spaltungsbericht sei für die KG nach § 127 UmwG erforderlich. Eine andere Auffassung sei mit dem eindeutigen Wortlaut von § 153 UmwG nicht vereinbar und ergebe sich auch nicht aus den Kommentierungen. Eine Ausnahme gem. § 127 Satz 2 i.V.m. § 8 Abs. 3 UmwG liege ebenfalls nicht vor. Dafür fehle es an der notariell beurkundeten Verzichtserklärung. Schließlich befänden sich nicht alle Anteile des Kaufmanns in der Hand der übernehmenden KG. Daher sei es unerheblich, dass der Beschwerdeführer Inhaber des Einzelunternehmens, Geschäftsführer der Komplementär-GmbH sowie einziger Kommanditist der übernehmenden KG sei. Das Amtsgericht S. hat die Sache daher dem Oberlandesgericht Rostock zur Entscheidung vorgelegt.

II.

- 7 1. Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist statthaft, da gem. § 119 Abs. 1 Nr. 1b GVG, §§ 58 Abs. 1 Hs. 2 i.V.m. 382 Abs. 4 FamFG auch Beschwerden gegen Zwischenverfügungen zulässig sind. Der Beteiligte ist gem. § 59 Abs. 2 FamFG beschwerdeberechtigt, weil sein Antrag zurückgewiesen wurde. Die Beschwerde wurde form- und fristgerecht eingelegt. §

63 Abs. 1 FamFG bestimmt für die Beschwerde eine Frist von einem Monat. Diese beginnt mit der schriftlichen Bekanntmachung des Beschlusses (Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 63 FamFG, Rn. 2). Laut Vermerk auf der Zwischenverfügung wurde diese elektronisch am 16.07.2020 an den Verfahrensbevollmächtigten versendet, so dass die Beschwerdefrist am 17.08.2020 endete, dem Tag, an dem die Beschwerde tatsächlich eingelegt wurde.

- 8 2. Die Beschwerde ist auch begründet. Ein Ausgliederungsbericht für die KG als aufnehmenden Rechtsträger ist in diesem speziellen Fall nicht erforderlich.
- 9 a) Einem Einzelkaufmann steht nach dem Umwandlungsgesetz nur die Möglichkeit offen, sein Vermögen im Wege der Ausgliederung auf einen anderen Rechtsträger zu übertragen (Karollus/M.T. Schwab in Lutter, UmwG, Bd. II, 6. Aufl. 2019, § 152 UmwG, Rn. 1). Die Ausgliederung ist ein Unterfall der Spaltung gem. §§ 123 ff. UmwG. Die §§ 153-160 UmwG regeln den Ablauf und die Wirkungen einer solchen Ausgliederung. Bei einer Ausgliederung zur Aufnahme, geregelt in den §§ 153-157 UmwG, überträgt der Einzelkaufmann ein von ihm betriebenes Unternehmen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf eine bereits bestehende Gesellschaft und erhält im Gegenzug Anteile am aufnehmenden Rechtsträger (Karollus/M.T. Schwab, a.a.O., Rn. 7). Dieses Verfahren ist auch im vorliegenden Fall gewollt, der Beteiligte will sein einzelkaufmännisches Unternehmen auf eine bereits bestehende Personenhandelsgesellschaft in Form einer GmbH & Co. KG übertragen und erhält dafür Anteile an der aufnehmenden Gesellschaft.
- 10 b) Grundsätzlich ist bei allen Vorgängen nach dem Umwandlungsgesetz ein spezieller Bericht notwendig. § 8 UmwG normiert die Notwendigkeit eines Verschmelzungsberichts, § 127 UmwG die eines Spaltungsberichts. § 8 UmwG bezweckt generell den Schutz von Anteilshabern (Drygala in Lutter, UmwG, Bd. I, 6. Aufl. 2019, § 8 UmwG, Rn. 53; Hoger/Hoger in MünchHdB GesR, Bd. VIII, 5. Aufl. 2018, § 9, Rn. 1, 58). Die Anteilshaber der beteiligten Rechtsträger sollen durch die Berichte die notwendigen Informationen über den Umwandlungsvorgang erhalten, um diesem sachgerecht informiert zustimmen oder ihn ablehnen zu können. Da im vorliegenden Fall eine Spaltung beabsichtigt ist, kommt § 127 UmwG zur Anwendung, der in Satz 2 u.a. auf § 8 Abs. 3 UmwG verweist, weil es sich bei der Verschmelzung um den Grundtatbestand aller Umwandlungen handelt. Für die hier bezweckte Ausgliederung bestimmt § 153 UmwG ausdrücklich eine Ausnahme von der Spaltungsberichtspflicht nach § 127 UmwG: Ein Ausgliederungsbericht ist für den Einzelkaufmann nicht erforderlich. Durch diese Norm wird der Tatsache Rechnung getragen, dass bei einem Einzelkaufmann keine Anteilseigner vorhanden sind, die Informationen über den Umwandlungsvorgang benötigen würden (Burg in Böttcher/Habighorst/Schulte, Umwandlungsrecht, 2. Aufl. 2019, § 153 UmwG, Rn. 1; Karollus/M.T. Schwab, a.a.O., § 153 UmwG, Rn. 2; Seulen in Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz, 4. Aufl. 2017, § 153 UmwG, Rn. 2). Über diese Ausnahme betreffend den übertragenden Rechtsträger sind sich das Registergericht und der Beschwerdeführer (angesichts des eindeutigen Wortlauts) einig.
- 11 Der Senat teilt die Auffassung des Registergerichts, dass sich aus § 153 UmwG angesichts des eindeutigen Wortlauts nicht ableiten lasse, ein Ausgliederungsbericht sei für alle an der Ausgliederung beteiligten Rechtsträger - also auch für den übernehmenden Rechtsträger - verzichtbar. Nichts anderes ergibt sich auch aus den vom Verfahrensbevollmächtigten beigefügten Kommentierungen (Gehling in Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz, 4. Aufl. 2017, § 127 UmwG, Rn. 2; Hörtnagel in Schmitt/Hörtnagel/Stratz, Umwandlungsgesetz -

Umwandlungssteuergesetz, 8. Aufl. 2018, § 127 UmwG, Rn. 22; Sagasser in Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen, 5. Aufl. 2017, § 18, Rn. 184). In allen Fundstellen wird ausdrücklich nur der Einzelkaufmann erwähnt, der für den Fall einer Ausgliederung seines Vermögens von einer Berichtspflicht (Ausgliederungsbericht) befreit ist. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus der Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts (BT-Drucks. 12/6699 v. 01.02.1994, S. 129).

- 12 c) Von der Berichtspflicht gibt es weitere gesetzliche Ausnahmen wie das Konzernprivileg in § 8 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 UmwG, wonach ein Verschmelzungsbericht entbehrlich ist, wenn der aufnehmende Rechtsträger 100% der Anteile am übertragenden Rechtsträger hält. Der Grund für diese Ausnahme besteht darin, dass die Muttergesellschaft und ihre Anteilsinhaber hinreichend über die Verhältnisse in der 100%igen Tochtergesellschaft informiert sind (Hoger/Hoger, a.a.O., § 9, Rn. 61). Ebenso sieht § 8 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 UmwG eine Ausnahme von der Berichtspflicht vor, wenn alle Anteilseigner auf den Bericht verzichten und dieser Verzicht notariell beurkundet wird, da die Anteilseigner über ihren Schutz disponieren können (Hoger/Hoger, a.a.O., § 9, Rn. 58). Das Gleiche gilt für die Erforderlichkeit eines Spaltungsberichts, weil § 127 UmwG ausdrücklich auf § 8 Abs. 3 UmwG verweist. Beide Ausnahmefälle liegen in diesem Verfahren aber nicht vor.
- 13 d) Das Umwandlungsgesetz normiert im Rahmen des Verschmelzungsrechts in § 41 eine weitere Ausnahme. Auf diese Vorschrift verweist im Spaltungsrecht auch § 125 Satz 1 UmwG: Die (Verschmelzungs-)Berichtspflicht für eine an einer Verschmelzung beteiligte Personenhandelsgesellschaft entfällt, wenn alle Gesellschafter dieser Gesellschaft zur Geschäftsführung befugt sind. Klassischer Anwendungsfall dieser Ausnahme von der Berichtspflicht ist die OHG. Die Ausnahme lässt sich mit der Möglichkeit der vertretungsbefugten Gesellschafter begründen, Unterlagen einzusehen und sich die notwendigen Informationen über den Umwandlungsvorgang selbst aktiv zu beschaffen (BT-Drucks. 12/6699 v. 01.02.1994, S. 98; H. Schmidt in Lutter, UmwG, Bd. I, 6. Aufl. 2019, § 41 UmwG, Rn. 1). In dieser Situation einen Bericht zu verlangen, wird als Missbrauch einer formalen Rechtsstellung ohne schützenswertes Interesse eingestuft (Drygala, a.a.O., Rn. 58) bzw. als bloße Förmelerei, weil es keinen schützenswerten Gesellschafter gibt (Burg, a.a.O., § 41 UmwG, Rn. 1).
- 14 Nach Auffassung des Senats kann diese Vorschrift angesichts des Wortlauts zwar nicht generell auf andere personalistisch geprägte Rechtsträger analog angewendet werden (ebenso Bayer, ZIP 1997, 1613, 1620, der zudem auf den zwingenden Charakter des Umwandlungsrechts gem. § 1 Abs. 3 Satz 1 UmwG verweist; Ihrig in Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz, 4. Aufl. 2017, § 41 UmwG, Rn. 3). Angesichts des eindeutigen Wortlauts der Norm, die sich nur auf Personenhandelsgesellschaften bezieht, lehnt der Senat mit Bayer (ZIP 1997, 1613, 1620) und Haggene (in Maulbetsch/Klumpp/Rose, Umwandlungsgesetz, 2. Aufl. 2017, § 41 UmwG, Rn. 6) die weitergehende Auffassung von Drygala und Gehling ab, wonach § 41 UmwG einen allgemeinen Rechtsgedanken enthalte und daher für andere personalistisch geprägte Gesellschaften analogiefähig sei, insbesondere für die GmbH; in einer echten Mitunternehmergesellschaft, in der alle Gesellschafter auch zu Geschäftsführern bestellt seien, sei der Bericht unabhängig von der Rechtsform entbehrlich (Drygala, a.a.O. Rn. 58; Gehling, a.a.O., § 8 UmwG, Rn. 75).
- 15 Der Senat vertritt jedoch die Ansicht, dass § 41 UmwG auf eine Personenhandelsgesellschaft in Form einer GmbH & Co. KG dann entsprechend anwendbar ist, wenn alle Kommanditisten der GmbH & Co. KG Geschäftsführer der

Komplementär-GmbH sind. Weder der zwingende Charakter des Umwandlungsrechts noch der Wortlaut der Norm stehen dieser Analogie entgegen (ebenso Ihrig, a.a.O., Rn. 10). Es genügt somit, dass die Geschäftsführungsbefugnis den geschäftsführungsberechtigten Personen nur mittelbar über eine Komplementärgesellschaft und nicht unmittelbar durch ihre Stellung als Anteilsinhaber zukommt (so auch Haggenev, a.a.O., Rn. 5; Ihrig, a.a.O., Rn. 10; Temme in Habersack/Wicke, UmwG, § 41 UmwG, Rn. 8; ablehnend hingegen Hörtnagel/Ollech in Schmitt/Hörtnagel, Umwandlungsgesetz - Umwandlungssteuergesetz, 9. Aufl. 2020, § 41 UmwG, Rn. 3; H. Schmidt, a.a.O., Rn. 5). Entscheidend ist für den Senat, dass Anteilsinhaber und geschäftsführende natürliche Personen identisch sind. Im vorliegenden Verfahren besteht der aufnehmende Rechtsträger zwar aus zwei Gesellschaftern, der GmbH als Komplementärin und dem Beteiligten als Kommanditisten, doch steht auch hinter der juristischen Person dieselbe natürliche Person. Nach Auffassung des Senats besteht in diesem speziellen Fall auch für den aufnehmenden Rechtsträger keine Pflicht, einen Ausgliederungsbericht zu verfassen. § 41 UmwG kann somit auch auf die Konstellation angewendet werden, in der bei einer Aufnahme durch eine Personenhandelsgesellschaft in Form einer GmbH & Co. KG der Anteilseigner der einzige geschäftsführende Gesellschafter der Komplementärin und zugleich der einzige Kommanditist der aufnehmenden KG ist.

- 16 Der Schutzzweck der Berichtspflicht würde in einem derartigen Fall gegenstandslos sein, da sich die beteiligten Rechtsträger problemlos Informationen beschaffen können. Entscheidend ist für den Senat, dass es am Schutz- und Informationsbedürfnis in diesem konkreten Fall fehlt, weil an beiden Rechtsträgern die gleiche natürliche Person (allein) beteiligt ist.
- 17 e) Ob das vom Registergericht zitierte Brandenburgische Oberlandesgericht (a.a.O.) tatsächlich die Ansicht vertritt, auf Seiten des aufnehmenden Rechtsträgers sei die Erstellung eines Ausgliederungsberichts (immer) erforderlich, kann der Entscheidung nicht eindeutig entnommen werden. Zwar erklärt es in Fn. 20, dass die aufnehmende Beteiligte (auch eine GmbH & Co. KG, bei der die beiden einzigen Kommanditisten Geschäftsführer der Komplementärin sind) einen Ausgliederungsbericht gem. § 127 UmwG zu erstellen hat, musste sich jedoch nicht näher mit der Problematik auseinandersetzen, weil eine wirksame Verzichtserklärung vorlag und sich im Verfahren nur die Frage stellte, ob diese fristgerecht eingereicht worden war.

III.

- 18 Der Senat hat von einer Erhebung der Kosten abgesehen (§ 81 Abs. 1 Satz 2 FamFG). Eine Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten war nicht veranlasst (Feskorn in Zöller, ZPO, 33. Aufl., § 81 FamFG, Rn. 5).