

Leuphana Universität Lüneburg

Professional School

Masterarbeit im Studiengang LL.M. Corporate & Business Law

Von der Vorgründungsgesellschaft zur Unternehmergeellschaft

How to alienate assets and contracts from the pre-incorporation-stage to a registered German UG

Eingereicht von: Torsten Schardt

Erstprüfer: Prof. Dr. Alexander Schall

Zweitprüferin: Dr. Sarah Roja Azimi

Abgabetermin: 23.04.2018

Abstract

Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), kurz auch UG genannt, hat einen wahren Gründungsboom bei Kapitalgesellschaften ausgelöst und mit fast 120.000 eingetragenen UGs Ende 2016 schon einen stattlichen Anteil am Gesamtvolumen der GmbHs in Deutschland erreicht. Ebenso stattlich ist die deutlich über dem Schnitt der GmbH liegende Insolvenzquote der UG.

Gründung und Fehler, ein häufiges Thema: vor allem rechtliche Unkenntnis und vorschnelles Handeln erzeugen Haftung und wirtschaftliche Probleme.

Fehler in der Vorgründungsphase der UG passieren besonders leicht, da der junge Gründer mit seinem Unternehmen gleich mehrere Gründungsphasen mit unterschiedlichen Rechtssystematiken zu durchlaufen hat und der typische UG-Gründer nicht rechtsaffin sondern eher handlungsaffin ist. Diese Fehler sind aber auch besonders schmerzhaft, da im Rahmen des eigens für die UG geschaffenen § 5a GmbHG einige einschränkende Regelungen, wie etwa das Sacheinlageverbot, enthalten sind. So ist die nachträgliche Einbringung von in dieser Vorgründungsphase (und was ist das?) erworbenen Wirtschaftsgütern oder gar der Gesellschaftsanteile einer Vorgründungsgesellschaft in die UG in Form einer Sachgründung oder Sachkapitalerhöhung nicht zulässig. Ein eher starres Korsett von Spezialregelungen trifft auf eine besondere Gründerklientel.

Wenn der Gründer dann bei der Belehrung im Notartermin zur Gesellschaftsgründung erfährt, was er nicht machen darf oder durfte (zum Beispiel Verträge im Namen des zu gründenden Unternehmens abzuschließen) und ab wann er was machen darf oder durfte, um in den Genuss der gewünschten Haftungsbegrenzung einer Kapitalgesellschaft zu kommen, ist es meistens zu spät: er hat es schon gemacht.

Die Arbeit untersucht, ob, und wenn ja in welcher Form es, zum Beispiel über Umwandlungen innerhalb und außerhalb des UmwG, doch Möglichkeiten gibt, die Verträge, Verbindlichkeiten, Wirtschaftsgüter auf die eingetragene UG zu übertragen und dabei nicht nur die Vorschriften des §5a GmbHG zu beachten. Hierbei werden die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur berücksichtigt und schließlich Handlungsempfehlungen auf Basis der Erkenntnisse gegeben.

Inhaltsverzeichnis

Abstract	I
Inhaltsverzeichnis.....	II
Danksagung.....	IV
Abbildungsverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	VI
1 Einführung und Aufgabenstellung.....	1
2 Der Entstehungsprozess der GmbH/UG	3
2.1 Vorgründungsgesellschaft	3
2.1.1 Entstehung.....	3
2.1.2 Wesen, Regelwerk, Haftungsregime	5
2.1.3 Beendigung.....	7
2.2 Vorgesellschaft.....	7
2.2.1 Grundlagen.....	8
2.2.2 Innen- und Außenrecht.....	9
2.2.2.1 Gesetzliche Rahmenbedingungen und Rechtsprechung	9
2.2.2.2 Vertretung und Rechtsverkehr	10
2.2.2.3 Haftungsregime.....	12
2.2.3 Ein-Personen-Vorgesellschaft.....	13
2.3 Diskontinuität	15
3 Die Unternehmergeellschaft (UG)	16
3.1 Entstehungsgeschichte der UG	16
3.2 Die UG als GmbH	17
3.3 Besonderheiten der UG bei der Gründung und darüber hinaus.....	18
3.3.1 Stammkapital.....	19
3.3.2 Sacheinlageverbot	21
4 Übertragungsmodelle aus den Gründungsstadien in die eingetragene UG.....	23
4.1 Vorgesellschaft und UG	23

4.2	Vorgründungsgesellschaft und UG	24
4.2.1	Einzelübertragung und Einbringung	24
4.2.1.1	Asset Deal (Verkauf)	24
4.2.1.2	Einbringung und Übertragung ohne Gegenleistung.....	27
4.2.2	Anwachungsmodell	30
4.2.2.1	Einfaches Anwachsungsmodell	39
4.2.2.2	Erweitertes Anwachsungsmodell.....	43
4.2.3	Umwandlungen nach UmwG	46
4.2.3.1	Upstream Merger	50
4.2.3.2	Downstream Merger	51
4.2.3.3	Sidestep Merger	57
4.3	Fallbeispiel.....	60
5	Zusammenfassung und Fazit.....	62
	Literaturverzeichnis.....	64
	Eidesstattliche Versicherung	72

Danksagung

Ein großes Danke möchte ich an dieser Stelle an alle diejenigen richten, ohne die mein Studium an der Leuphana Universität gar nicht möglich gewesen wäre. Das Studium ist eine absolute Bereicherung und gleichzeitig eine lohnenswerte Herausforderung.

Mein spezieller Dank geht an meinen Erstprüfer und Leiter des Master-Studiengangs Corporate & Business Law an der Leuphana Universität Lüneburg, Prof. Dr. Alexander Schall, vor allem für die Teilhabe an seinem profunden Wissen, die Unterstützung während des Studiums und der Masterarbeit und hier insbesondere für die Möglichkeit, mit dem vorliegenden Thema alle Kernbereiche des Studiengangs, vom Personengesellschaftsrecht über das Kapitalgesellschaftsrecht und in Ansätzen das internationale Gesellschaftsrecht bis hin zum Bilanz-, Steuer- und Umwandlungsrecht, behandelt haben zu können.

Ein herzlicher Dank geht auch an meine Zweitprüferin und Koordinatorin unseres Studiengangs, Dr. Sarah Roja Azimi, die mich, ebenso wie meine Kommilitonen (m/w), immer unterstützt hat und mit ihrem offenen Ohr und hilfreichen Tipps sehr gut durch das teilweise komplexe Studium geführt hat.

Danke auch an meine Arbeitgeber für die eingeräumten Urlaubstage und die Geduld, wenn insbesondere zu Klausurzeiten oder bei der Vorbereitung dieser Arbeit das Business schon mal hinter das Studium zurücktreten musste. Bei meinen Kommilitonen (m/w) möchte ich mich für die Motivation und das gemeinsame Lernen vor Klausuren ebenso bedanken wie für die vielen anstrengenden aber auch sehr unterhaltsamen Vorlesungswochenenden in Lüneburg.

Der größte Dank geht an meine Familie, Tochter und Partnerin, die mir mit ihrem Zuspruch an frustrierenden Tagen sehr geholfen haben, immer an mich geglaubt haben und die an so manch schönem Wochenende auf gemeinsame Aktivitäten verzichtet haben, damit ich das Studium erfolgreich beenden kann.

Hamburg, im April 2018

Torsten Schardt

Abbildungsverzeichnis

Abb 1: Einfaches Anwachsungsmodell	42
Abb 2: Einfaches Anwachsungsmodell Alternative	43
Abb 3: Erweitertes Anwachsungsmodell	45
Abb 4: Ablauf und Probleme beim Upstream Merger	51
Abb 5: Ablauf beim Downstream Merger	56
Abb 6: Ablauf beim Sidestep Merger	59
Abb 7: Entscheidungsmöglichkeiten beim Notartermin	61
Abb 8: Übertragungswege von der Vorgründungs-OHG zur eingetragenen UG	63

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
Abb	Abbildung
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BC	Zeitschrift für Bilanzierung, Rechnungswesen und Controlling
BeckOK GmbHG	Beck'scher Onlinekommentar GmbHG
bez.	bezüglich
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMF	Bundesfinanzministerium
BNH	Beck'sches Notarhandbuch
BSG	Bundessozialgericht
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
bzw.	beziehungsweise
DAV	Deutscher Anwalt Verein
DB	Der Betrieb
DStR	Deutsches Steuerrecht
Ehem.	Ehemalig, ehemals

etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f	folgende
ff	fortfolgende
Fn.	Fußnote
G(n)	Gründer 1, Gründer 2,....
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts, BGB-Gesellschaft
gem.	gemäß
Ges.	Gesellschafter
GesR	Gesellschaftsrecht
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GNotKG	Gerichts- und Notarkostengesetz
Großkomm.	Großkommentar
HFA	Hauptfachausschuss des Instituts der deutschen Wirtschaftsprüfer
HGB	Handelsgesetzbuch
hM	herrschende Meinung
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer
IDW-FN	IDW-Fachnachrichten
i.G.	in Gründung
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
iSd	im Sinne des

iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
Kdt.	Kommanditist
KG	Kommanditgesellschaft
LSK	Leitsatzkartei
Ltd.	Private Company Limited by Shares
MAH	Münchener Anwaltshandbuch
MHGesR	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MüKo BGB	Münchener Kommentar zum BGB
MüKo GmbHG	Münchener Kommentar zum GmbHG
MüKo HGB	Münchener Kommentar zum HGB
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechung-Report Zivilrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht
o.g.	oben genannt
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
PersGesR	Personengesellschaftsrecht
phG	persönlich haftender Gesellschafter
RGZ	Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notarzeitschrift

S.	Satz (bei Nennung von Paragraphen und Gesetzen), Seite (bei Zitaten)
s.a.	siehe auch
S.A.R.L.	Société à responsabilité limitée
SE	Sacheinlage
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
T	Tausend
u.	und
UmwG	Umwandlungsgesetz
UmwStG	Umwandlungssteuergesetz
UG	Unternehmergesellschaft (haftungsbegrenzt)
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
Vgl.	Vergleiche
vs.	versus
WEG	Wohnungseigentümergeinschaft
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Wertpapiermitteilungen)
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
z.B.	zum Beispiel
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung

1 Einführung und Aufgabenstellung

Es gibt viele Situationen, in denen die Gründer und zukünftigen Gesellschafter bzw. Geschäftsführer von Personen- und/oder gerade Kapitalgesellschaften existentielle Fehler machen (können). Diese Fehler können im Endergebnis zur Insolvenz einer Gesellschaft und auch im Falle von Kapitalgesellschaften zur persönlichen Haftung und einer damit verbundenen Existenzbedrohung der handelnden Personen (Gesellschafter oder Geschäftsführer) führen. In weniger dramatischen Fällen sind es mindestens noch steuerliche oder rechtliche Probleme, denen sich die handelnden Personen ausgesetzt sehen.

Während es durchaus verlässliche Statistiken zu Insolvenzen von Kapitalgesellschaften und hier auch GmbH/UG gibt¹, sucht man auch beim Statistischen Bundesamt vergebens nach dem genauen Anteil oder der genauen Anzahl von Insolvenzen, die auf einen bestimmten Fehler, z.B. in der Gründungsphase des Unternehmens, zurück zu führen sind. Trotzdem kann man heute anhand diverser Veröffentlichungen, u.a. beim Bundeswirtschaftsministerium² oder in Praxis-Handbüchern zur GmbH³ erkennen, dass zur Vermeidung von Fehlern, die ebenso klassisch wie existenzbedrohend sind,⁴ die Einholung von gutem Rat unerlässlich ist. Und trotzdem passieren sie.

Da gibt es den Gründer, der im Wohnzimmer oder der Garage mit einem kleinen Geschäft, vielleicht sogar neben seinem Hauptberuf und mit großer Euphorie für die Sache anfängt und erst mit dem Wachstum des Geschäfts feststellt, dass man z.B. über die Wahl des optimalen gesellschaftsrechtlichen Konstrukts nachdenken sollte. Oder die Gründer, die in einer ebenfalls mit großer Euphorie für die Sache begonnenen Unternehmensgründung zwar schon über gesellschaftsrechtliche Aspekte nachgedacht haben und in der Folge wegen der Haftungsbegrenzung eine Kapitalgesellschaft gründen wollen, aber schon vor dem eigentlichen Gründungstermin beim Notar geschäftliche Aktivitäten im Namen der Gesellschaft entfalten. Daher wird im Kapitel zwei dieser Arbeit auf

¹Statistisches Bundesamt:

https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Qualitaetsberichte/UnternehmenGewerbeInsolvenzenHandwerk/Insolvenz.pdf?__blob=publicationFile; abgerufen am 14.03.2018, 14:50 Uhr; Creditreform:

<https://www.creditreform.de/nc/aktuelles/news-list/details/news-detail/insolvenzen-in-deutschland-jahr-2016-3303.html>; abgerufen am 14.03.2018, 14:53 Uhr.

² Bundeswirtschaftsministerium: www.existenzgruender.de

³ z.B. Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl., 2018

⁴ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek, §5a, Rn. 19; Heckschen/Heidinger, Kapitel 5, Rn.23

die unterschiedlichen Gründungsstadien der Kapitalgesellschaft eingegangen und dort beschrieben, welche Auswirkungen wirtschaftliche Aktivitäten in den Gründungsstadien auf die Gesellschaft und ihre Gründer haben.

Die UG erfreut sich seit ihrer Einführung einer großen Beliebtheit bei Unternehmensgründern.⁵ Gerade die von der Gesetzgebung gewollt positiven Eigenschaften der UG⁶ als Rechtsformvariante zur GmbH (mit den Schlagworten: einfach, schnell, günstig, wenig Kapitaleinsatz)⁷ haben dazu geführt, dass die UG der UK-Limited in Deutschland – wie vom Gesetzgeber beabsichtigt⁸ - den Rang abgelaufen hat.⁹ Nun ist die Ltd., nicht erst seit dem Brexit, als Rechtsform nicht einfach und auch nicht unbedingt für jeden Gründer geeignet.¹⁰ Aber auch die UG hat so ihre Tücken, die insbesondere in den restriktiven Vorschriften des § 5a GmbHG liegen.¹¹ Kapitel drei befasst sich daher mit der Entstehungsgeschichte und den Eigenheiten der UG, wie etwa dem Sacheinlageverbot, und erklärt, warum einige der Sondervorschriften (und der dahinter liegende Gesetzgebungswillen) im § 5a GmbHG selbst für Rechtsgelehrte nicht immer eindeutig auszulegen sind.

Die Aufgabenstellung dieser Arbeit ist es, Lösungsmöglichkeiten für die Fälle aufzuzeigen, in denen die Gründer einer UG schon vor dem Notartermin oder vor deren tatsächlicher Eintragung im Handelsregister im Namen ihrer zukünftigen Gesellschaft Verträge geschlossen haben, Verbindlichkeiten eingegangen sind und/oder Wirtschaftsgüter erworben haben und daher nach rechtlich sicheren Übertragungsmöglichkeiten für die Werte und Verträge in die eingetragene UG suchen. Die möglichen Lösungsalternativen werden in Kapitel vier der Arbeit behandelt und bewertet. Anhand eines Fallbeispiels werden schließlich die einzelnen Schritte von der Gründungsphase bis zur Übertragung dargestellt.

Abschließend werden im letzten Kapitel die Lösungen zusammengefasst und eine Handlungs-Empfehlung für den oder die Gründer ausgesprochen.

⁵ Vgl. Wiedemann/Frey, GesR, S. 241 (115T in 8 Jahren vs. 133T GmbH in 80 Jahren); Miras, NZG 2012, 486

⁶ BT-Drs. 16/6140, S. 31

⁷ BT-Drs. 16/6140, S. 31; Bork/Schäfer/Schäfer, §5a, Rn. 2

⁸ Vgl. Miras, NZG 2012, 486

⁹ Vgl. Miras, NZG 2012, 486

¹⁰ Vgl. Scholz/Westermann, §5a, Rn. 2; Miras, NZG 2012, 486; Schall, Gläubigerschutz, S.69

¹¹ Vgl. Heckschen/Heidinger, Kapitel 5, Rn. 10, 20-24

2 Der Entstehungsprozess der GmbH/UG

Den Entstehungsprozess einer Kapitalgesellschaft und hier einer GmbH/UG kann man in drei Phasen unterteilen¹²: das Vorgründungsstadium, das Gründungsstadium und die durch Eintragung ins Handelsregister entstandene juristische Person.¹³ Wann die beiden ersten Phasen beginnen und enden und was dies für die Gesellschaft bedeutet, ist in Rechtsprechung und Literatur mit wenigen Ausnahmen¹⁴ unumstritten und soll in diesem Kapitel erläutert werden. Phase drei, die ins Handelsregister eingetragene UG, wird zusammen mit ihren Besonderheiten im Kapitel 3 behandelt.

2.1 Vorgründungsgesellschaft

Die Vorgründungsgesellschaft ist der vertragliche Zusammenschluss mehrerer Personen, die eine Kapitalgesellschaft gründen¹⁵ und mithilfe dieses Zusammenschlusses die Gründung vorbereiten wollen.¹⁶ Sie ist weder im GmbHG bzw. AktG als solche geregelt oder dort definiert, noch können deren Vorschriften auf die Vorgründungsgesellschaft angewendet werden.¹⁷ Die Vorgründungsgesellschaft hat – auch wenn sie auf die Gründung der künftigen Kapitalgesellschaft angelegt ist – formal nichts mit der späteren Kapitalgesellschaft zu tun.¹⁸

2.1.1 Entstehung

Der Zeitpunkt, ab wann eine Vorgründungsgesellschaft (konkludent)¹⁹ entsteht, hängt davon ab, welchen Unternehmenszweck/-gegenstand man für dieselbe vereinbart oder annimmt, dass sie vereinbart wurde.²⁰

Fasst man die Definition des Zwecks sehr eng und legt ihn nur auf die „Verpflichtung zum Abschluss eines GmbH-Gesellschaftsvertrags“ fest, so ist

¹² Vgl. Bork/Schäfer/Schroeter, §11, Rn. 1; MHGesR, Band3, §15, Rn.1

¹³ Vgl. Bork/Schäfer/Schroeter, §11, Rn. 3; Heckschen/Heidinger, GmbH Kapitel 3, Rn. 1

¹⁴ Diese werden an den entsprechenden Stellen kurz angeführt

¹⁵ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, §11, Rn. 2; MüKo BGB/Schäfer, Vor§705, Rn. 25

¹⁶ Vgl. Wicke, §11, Rn. 2; MHGesR, Band3, §15, Rn.4

¹⁷ Vgl. Henssler/Strohn/Schäfer, GmbHG, §11, Rn.4; Bork/Schäfer/Schroeter, §11, Rn. 5

¹⁸ BGHZ 91,148 = NJW 1984, 2164; aA Schall, in Großkomm. AktG/Röhrich/Schall, §29, Rn.19ff

¹⁹ Vgl. Henssler/Strohn/Schäfer, GmbHG, §11, Rn. 5; Bork/Schäfer/Schroeter, §11, Rn. 5

²⁰ Vgl. MHGesR Band3, § 15, Rn.2

erstens aufgrund der Formbedürftigkeit des Abschlusses des Gesellschaftsvertrags („...notarieller Form...“, § 2 Abs. 2 S.1 GmbHG) auch der Abschluss des Vor(gründungs)-Vertrags notariell formbedürftig²¹ („Vorgründungsgesellschaft im engeren Sinn“)²². Zweitens beginnt dann die so eng gefasste Gesellschaft auch erst mit dem notariellen Abschluss dieses Vor-Vertrags²³. Umstritten ist hier, ob ein nicht notariell beurkundeter Vor-Vertrag zur Nichtigkeit nicht nur des Vor-Vertrags, sondern der kompletten Vorgründungsgesellschaft führt (§139 BGB).²⁴

Wird der Unternehmensgegenstand der Vorgründungsgesellschaft, so wie im Fallbeispiel (Kapitel 4.3) und in der Realität für die UG wohl sehr häufig vorliegend, eher weit gefasst, z.B. „Errichtung eines Unternehmens“ oder „Errichtung eines Unternehmens und Vorbereitungen zur Aufnahme eines Geschäftsbetriebs“, sind bereits die vorbereitenden Handlungen²⁵ sowie Gespräche und Verhandlungen über Unternehmensgegenstand²⁶ oder Verteilung des Stammkapitals der zu gründenden Gesellschaft der Beginn dieser Vorgründungsgesellschaft und damit der formlos²⁷ mögliche (auch konkludente)²⁸ Abschluss eines Vorgründungs-Gesellschaftsvertrags.²⁹ Wenn Bestandteile des Gesellschaftsvertrags (Nebenabreden) analog einer tatsächlichen Gründungsverpflichtung (s.o.) beurkundungsbedürftig sind und gleichzeitig einander bedingen, so gilt das Formbedürfnis dann auch für den kompletten Vertrag.³⁰ Die tatsächliche Aufnahme einer Geschäftstätigkeit ist keine zwingende Voraussetzung für das Zustandekommen dieses Gesellschaftsvertrags³¹, hat aber möglicherweise Einfluss darauf, in welchem Rechtskleid die Vorgründungsgesellschaft daherkommt (siehe 2.1.2).

²¹ BGH ZIP 1988, 89; vgl. Scholz/Schmidt, §11, Rn.13; Lutter/Hommelhoff/Bayer, §11, Rn. 4

²² Vgl. Gehrlein, GmbHPraxis, Rn.3

²³ Vgl. Ulmer/Habersack, §11, Rn. 30; MHGesR, Band3, §15, Rn. 5

²⁴ Pro 139: BeckOK GmbHG/C. Jaeger, §11, Rn. 35; contra 139: Lutter/Hommelhoff/Bayer, §11, Rn. 4

²⁵ Vgl. Wiedemann/Frey, GesR, Rn. 258

²⁶ Vgl. MHGesR Band3, §15, Rn. 3

²⁷ Vgl. Staub/Schäfer, §105, Rn. 167; BeckOK GmbHG/C. Jaeger, §11, Rn. 30;

²⁸ Vgl. Henssler/Strohn/Schäfer, GmbHG, §11 Rn. 5; MHGesR, Band3, §15, Rn.22

²⁹ Vgl. MHGesR Band3, §15, Rn.25

³⁰ Vgl. Scholz/Schmidt, §11, Rn.30, BeckOK GmbHG/C. Jaeger, §11, Rn. 30-35;

³¹ Vgl. MHGesR, Band3, §15, Rn. 24-26

2.1.2 Wesen, Regelwerk, Haftungsregime

In jedem Fall handelt es sich bei der Vorgründungsgesellschaft um eine Personengesellschaft.³² Es gelten somit, wie für jede Personengesellschaft, die grundsätzlichen Anforderungen an Vertrag und Gesellschafter, wie etwa die Förderpflicht³³ oder Treuepflicht³⁴. Darüber hinaus muss das „Regelwerk“ (z.B. die Verpflichtungen der Gesellschafter) ausreichend bestimmt sein³⁵. Für den Vertrag selbst gelten die allgemeinen Auslegungsregeln.³⁶ Mit welchen Mehrheitsverhältnissen Gesellschafterbeschlüsse vorgenommen werden können, richtet sich nach dem Gesellschaftsvertrag oder, wenn hierin keine ausdrücklichen Regelungen getroffen worden sind, nach den für Personengesellschaften zugrundeliegenden gesetzlichen Bestimmungen³⁷. Das GmbH-Recht kommt noch nicht zur Anwendung.³⁸

Zwischen der Vorgründungsgesellschaft und der eingetragenen GmbH besteht rechtlich keine Verbindung³⁹, daher ist es die Vorgründungsgesellschaft (und damit in der Folge deren Gesellschafter)⁴⁰, die selbst dann verpflichtet wird, wenn das Geschäft sofort wirksam und im Namen der zu gründenden (Vor)-GmbH geschlossen wird.⁴¹ Nur unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Vertrag erst nach Eintragung mit der dann bestehenden Kapitalgesellschaft tatsächlich zustande kommt, erreicht man im Ergebnis einen Ausschluss der persönlichen Haftung der Gesellschafter.⁴² Eine Haftungsbegrenzung der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen der Vorgründungsgesellschaft ist nur dann möglich, wenn es mit dem Vertragspartner individuell und ausdrücklich so vereinbart wird.⁴³ Eine konkludente Zustimmung der Vertragspartner, dass ein unbeschränkt haftender Gesellschafter durch eine nur beschränkt haftende Gesellschaft als Schuldner/Vertragspartner ausgetauscht

³² Vgl. Heckschen/Heidinger, Kapitel 3, Rn. 2

³³ Vgl. Staudinger/Habermeier, §705, Rn. 8; MüKo BGB/Schäfer, Vor§705, Rn. 6; EBJs/Wertenbruch, §105, Rn. 24 (mit Hinweis auf BGH NJW 2011, 921); MHGesR, Band3, §15, Rn. 31

³⁴ Vgl. Staudinger/Habermeier, §705, Rn. 50ff; MüKo GmbHG/Merkt, §11, Rn. 104; MüKo BGB/Schäfer, Vor§705, Rn. 7

³⁵ Vgl. Scholz/Schmidt, §11, Rn.8; MHGesR, Band3, §15, Rn.7; K. Schmidt, GesR, S. 587ff.

³⁶ Vgl. Staudinger/Habermeier, §705, Rn. 13; BeckOK GmbHG/C. Jaeger, §11, Rn. 32

³⁷ S.u. bei den Erörterungen von GbR und OHG

³⁸ Vgl. MHGesR, Band3, §15, Rn. 30; Bork/Schäfer/Schroeter, §11, Rn. 5

³⁹ hM BGHZ 91, 151; BGH NJW 1998, 1645; vgl. Heckschen/Heidinger, Kapitel 3, Rn.2

aA: Schall, in Großkomm. AktG/ Röhricht/Schall, §29, Rn 19ff., Kießling, S. 352ff

⁴⁰ OHG nach §128 HGB, GbR nach §128 HGB analog: BGHZ 146, 341

⁴¹ BGH NJW 1998, 1645; BGHZ 91, 148 = NJW 1984, 2164 (mit Nennung eines seltenen Ausnahmefalls)

⁴² OLG Stuttgart GmbHR 2001, 200; vgl. Heckschen/Heidinger, Kapitel 3, Rn 4 u. 27

⁴³ BGH NJW 1999, 3483 – aber keine GbR mBH: BGHZ 142, 315 = BGH ZIP 1999, 1756

wird, kann nicht angenommen werden.⁴⁴ Die persönliche Außenhaftung der Gesellschafter endet, im Gegensatz zur Vorgesellschaft (siehe 2.2.2.3), nicht mit der Eintragung der GmbH⁴⁵.

In der Regel ist die Vorgründungsgesellschaft eine GbR und zwar eine Innen-GbR, wenn es sich um den engen Zweck der reinen Vorbereitung der GmbH-Gründung handelt.⁴⁶ Damit erfolgt die Anwendung der §§ 705ff. BGB mit der Haftung aus § 128 HGB analog, es sei denn es wurden mit dem Gläubiger abweichende Vereinbarungen getroffen.⁴⁷ Bei Teilnahme am Rechtsverkehr ist die GbR auch rechtsfähig (BGHZ 146, 341). Sie wird nach außen durch Ihre Gesellschafter, im Regelfall gemeinschaftlich⁴⁸, vertreten (§ 714 BGB).⁴⁹ In Rechtsprechung und Literatur wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass es sich bei dieser Außen-GbR (wie auch bei einer möglichen OHG) um dieselbe Gesellschaft handelt und nicht um eine neue, der „eigentlichen“ Vorgründungsgesellschaft (mit engem Zweck) hinzutretenden wirtschaftlich tätigen Außengesellschaft (aA: K. Schmidt: dualistisches Modell)⁵⁰.

Die Vorgründungsgesellschaft ist OHG, wenn die Gründungsgesellschafter bereits in dieser Phase den späteren Gegenstand des Unternehmens zu betreiben beginnen, im Rechtsverkehr nach außen bereits als gemeinsam betriebenes Unternehmen auftreten oder tatsächlich ein Handelsgewerbe betreiben⁵¹. Für die OHG gelten die Vorschriften §§ 105ff. HGB und hier insbesondere zur Haftung § 128 HGB⁵² und zur Vertretung („Einzelvertretungsbefugnis“) in § 126 HGB.⁵³

Es kann im Laufe der Vorgründungsgesellschaft auch zur Umwandlung von der GbR zu einer OHG kommen, wenn die Tätigkeit nachträglich den Umfang eines Handelsgewerbes annimmt.⁵⁴

⁴⁴ BGH GmbHR 1998, 633 = BGH ZIP 1998, 646

⁴⁵ BGH NZG 2001, 561; BGH GmbHR 1992, 164 für die Einpersonen-GmbH; vgl. Wicke, §11, Rn.2,

⁴⁶ BGHZ 91, 148; vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, §11, Rn. 2; Henssler/Strohn/Schäfer, GmbHG, §11, Rn. 6

⁴⁷ BGH NJW 1983, 2822; vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, §11, Rn. 2

⁴⁸ Vgl. Staudinger/Habermeier, §714, Rn. 4; EBJs/Wertenbruch, §105, Rn. 21; aA: K. Schmidt, GesR, S. 1777

⁴⁹ Vgl. MHGesR, Band3, §15, Rn.29a

⁵⁰ hM: BGH NJW 1983, 2822, BGH NJW 1998, 1645; aA: Schmidt, GmbHR 1998, 614: „Innengesellschaft tritt neben unternehmenstragende Außengesellschaft“; s.a. Scholz/Schmidt, §11, Rn. 9-15: „Mitunternehmerschaft im Vorgründungsstadium“; eingehender MüKo GmbHG/Merkt, §11 Rn. 99-102 und Priester, GmbHR 1995, 481

⁵¹ BGHZ 91, 148; BGH NJW 1998, 1645; vgl. Wicke, §11, Rn. 2; EBJs/Wertenbruch, §105, Rn. 25/26

⁵² Vgl. MüKo GmbHG/Merkt, §11, Rn.106; SHS/Stratz, UmwG, §20, Rn.5

⁵³ Vgl. MHGesR, Band3, §15, Rn. 29a; EBJs/Wertenbruch, §105, Rn. 17, 21

⁵⁴ Vgl. MüKo BGB/Schäfer, Vor§705, Rn. 17; EBJs/Wertenbruch, §105, Rn. 10, 133 (unter Wahrung der Identität); MHGesR, Band3, §15, Rn. 29;

Da es nach einhelliger Meinung keine Einpersonen-Personengesellschaft⁵⁵ gibt, gibt es auch keine Einpersonen-Vorgründungsgesellschaft.⁵⁶ In einem solchen Fall verpflichtet sich der handelnde Gründer als Einzelkaufmann.⁵⁷

2.1.3 Beendigung

Grundsätzlich liegt eine automatische Beendigung bei vollzogener Gründung aufgrund von Zielerreichung der Gesellschaft (§726 BGB)⁵⁸ vor, wenn es sich um eine Innen-GbR mit dem einzigen Zweck des Abschlusses eines GmbH-Vertrags handelt.⁵⁹ Wurde gleichzeitig Gesamthandsvermögen gebildet, kommt es zur Auflösung der Gesellschaft mit Auseinandersetzung (§730ff BGB)⁶⁰ oder Übertragung der Anteile auf die Vor-Gesellschaft.⁶¹ Der Weg der Übertragung bzw. Einbringung der Anteile in Form einer Sacheinlage ist bei der Gründung einer UG (§5a Abs. 2 S. 2 GmbHG - Sacheinlageverbot) nicht möglich.

Bei Vorliegen einer OHG, z.B. aufgrund gewerblicher Betätigung im Laufe des Vorgründungsstadiums, ist der Unternehmenszweck weder mit Beginn der Vorgesellschaft⁶² noch mit der Eintragung der GmbH im Handelsregister erfüllt, also kommt es zu keiner automatischen Beendigung und Liquidation, sondern einer Weiterführung der Gesellschaft⁶³. Bis zur Eintragung der GmbH existiert in aller Regel kein ordentliches Kündigungsrecht⁶⁴. Die Haftung der Gesellschafter nach Beendigung der Vorgründungsgesellschaft folgt den Regeln des §159 Abs. 1 HGB, für die GbR gleichfalls analog.⁶⁵

2.2 Vorgesellschaft

Die Vorgesellschaft ist von der Vorgründungsgesellschaft grundsätzlich und strikt zu unterscheiden⁶⁶, obwohl es in der Literatur einerseits auch Stimmen für

⁵⁵ Vgl. MüKo BGB/Schäfer, §705, Rn.60ff.; EBS/Wertenbruch, §105, Rn. 46

⁵⁶ BGH NJW 1975, 1774; vgl. Henssler/Strohn/Schäfer, GmbHG, §11, Rn. 5; Priester GmbHR 1995, 481

⁵⁷ Vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich; §11, Rn.36

⁵⁸ Vgl. Scholz/Schmidt, §11, Rn.14

⁵⁹ Vgl. Ulmer/Habersack, §11, Rn. 30; Henssler/Strohn/Schäfer, GmbHG, §11, Rn. 12

⁶⁰ Vgl. MHGesR Band3, §15, Rn.43

⁶¹ Vgl. BeckOK GmbHG/C. Jaeger, §11, Rn 34; Henssler/Strohn/Schäfer, GmbHG, §11, Rn 12

⁶² Vgl. MHGesR, Band3, §15, Rn.42

⁶³ Vgl. Scholz/Schmidt, §11, Rn. 25; inkl. Haftungsfolgen für Gesellschafter: Bork/Schäfer/Schroeter, §11, Rn. 8

⁶⁴ Vgl. Scholz/Schmidt, §11, Rn. 14; MüKo GmbHG/Merkt, §11, Rn. 111

⁶⁵ BFH NZG 1998, 238; vgl. Heckschen/Heidinger, Kapitel 3, Rn. 29

⁶⁶ Vgl. Ulmer/Habersack, §11, Rn. 6, 30; Scholz/Schmidt, §11, Rn. 26

einen Übergang zwischen den beiden Gründungsphasen gibt⁶⁷ und andererseits trotz der Festlegungen des BGH⁶⁸ auch noch Diskussionen bezüglich des anzuwendenden Rechtskleids der Vorgesellschaft, insb. für die Ein-Personen-Vorgesellschaft, gibt.⁶⁹

2.2.1 Grundlagen

Die Vorgesellschaft ist ein Rechtsgebilde eigener Art (*sui generis*)⁷⁰, das mit Abschluss und Beurkundung des Gesellschaftsvertrags gem. § 2 Abs. 1 GmbHG beginnt⁷¹. Sie wird auch Vor-GmbH oder im Falle der Aktiengesellschaft Vor-AG oder „errichtete Gesellschaft“ genannt.⁷² Sie endet mit der Entstehung der juristischen Person GmbH/UG durch die Eintragung ins Handelsregister⁷³, ohne dass die Bekanntmachung der Eintragung vollzogen sein muss (§ 10 Abs. 3 GmbHG).⁷⁴

Sie endet im Falle der Eintragung im Handelsregister jedoch nicht als Gesellschaft oder Rechtsträger⁷⁵ (siehe dazu 2.2.2), sondern geht nach aktueller Ansicht über von der Vor-GmbH in die GmbH (eine Art Umwandlung/Formwechsel außerhalb des UmwG⁷⁶ und es existiert zumindest für die Mehrpersonen-Vorgesellschaft Kontinuität oder sogar Identität⁷⁷ zwischen Vor-GmbH und GmbH⁷⁸).

Für die Vor-UG gelten dieselben Bestimmungen wie für die Vor-GmbH, insbesondere diejenigen zum Haftungsregime (siehe 2.2.2.3).⁷⁹

⁶⁷ Vgl. Großkomm. AktG/Röhrich/Schall, §29, Rn 19ff., Roth/Altmeppen/Roth, §11, Rn. 74; Kießling, S. 352ff

⁶⁸ BGHZ 80, 129 (Aufgabe Vorbelastungsverbot); BGHZ 21, 242; BGHZ 45, 338; BGHZ 51, 30 (*sui generis*)

⁶⁹ Vgl. Ulmer/Habersack, §11, Rn. 4; MHGesR, Band3, § 16, Rn.4: „Rätsel Vorgesellschaft“

⁷⁰ Vgl. Ulmer/Habersack, §11, Rn. 5: „Gesamthänderischer Personenverband der Gründer“

⁷¹ Vgl. Ulmer/Habersack, §11, Rn. 6; Gehrlein/Link, GmbHG, §11, Rn.1

⁷² Vgl. Großkomm AktG/Röhrich/Schall, §29, Rn.1; Lutter/Hommelhoff/Bayer, §11, Rn. 5

⁷³ Vgl. Ulmer/Habersack, §11, Rn. 6: „notwendiges Durchgangsstadium“; MHGesR, Band3, § 16, Rn. 1

⁷⁴ Vgl. Breihaupt/Ottersbach/Schneider, §2, Rn. 179

⁷⁵ Vgl. MHGesR, Band3, § 16, Rn. 1

⁷⁶ Vgl. MüKoGmbH/Merkt §11, Rn. 6 (BGH ZIP 2009, 1806); aA: Übergang von Rechten/
Gesamtrechtsnachfolge statt Formwandlung: Baumbach/Hueck/Fastrich, §11, Rn. 56 (BGHZ 105, 300)

⁷⁷ Umstritten: pro: Scholz/Schmidt, §11, Rn. 34ff.; contra: Ulmer/Habersack, §11, Rn.12

⁷⁸ BGHZ 80, 129, 137 ff = NJW 1981, 1373; vgl. Henssler/Strohn/Schäfer, GmbHG, §11, Rn 43;

⁷⁹ Vgl. MüKo GmbHG/Rieder, § 5a, Rn. 13

2.2.2 Innen- und Außenrecht

2.2.2.1 Gesetzliche Rahmenbedingungen und Rechtsprechung

Es gibt kaum direkte gesetzliche Regelungen, die auf eine Vorgesellschaft oder deren Existenz Bezug nehmen, zu nennen ist hier nur § 11 Abs. 2 GmbHG,⁸⁰ der die Haftung der Handelnden im Namen der Gesellschaft vor Ihrer Eintragung regelt. Das Gesetz setzt hier also die Möglichkeit des Handelns im Namen der Gesellschaft vor dem eigentlichen Beginn der Gesellschaft voraus.⁸¹

Die Rechtsprechung erklärt grundsätzlich die Regelungen des GmbHG für anwendbar, sofern diese nicht explizit die Eintragung der Gesellschaft voraussetzen oder dort anderweitig eine Beschränkung auf das Gründungsstadium nicht vereinbar ist.⁸²

Im Innenverhältnis und beim Gründungsrecht gelten daher weitestgehend die Vorschriften des GmbHG: z.B. Bestellung des Geschäftsführers (§ 6 GmbHG), Leistung der Mindesteinlage (§ 7 Abs. 2 u. 3 GmbHG).⁸³ Satzungsänderungen, also Änderungen des Gesellschaftsvertrags der GmbH, können gem. des Formbedürfnisses bei der GmbH bei der Vor-GmbH auch nur notariell beurkundet vorgenommen werden.⁸⁴ Gesellschafterbeschlüsse werden nach hM mit einfacher Mehrheit gefasst⁸⁵, es sei denn es geht um Vertragsänderungen bzw. das Verhältnis der Gesellschafter untereinander⁸⁶ (siehe auch Übertragbarkeit der Mitgliedschaft), hier wäre eine Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich.⁸⁷ Der Geschäftsführer ist auch in der Vor-GmbH weisungsgebunden gegenüber der Gesellschafterversammlung.⁸⁸

Die Mitgliedschaft in der Vorgesellschaft erlangt man durch den (notariellen) Abschluss des Gesellschaftsvertrags, sie kann nach hM nicht übertragen werden.⁸⁹ Anders sieht dies K. Schmidt, der § 15 GmbHG analog mit

⁸⁰ Vgl. Ulmer/Habersack, §11 Rn. 1: „in knappster Form“; MHGesR, Band3, §16, Rn. 4

⁸¹ Vgl. Breihaupt/Ottersbach/Scheider, §2, Rn 180

⁸² BGHZ 21, 242 = NJW 1956, 1435; BGHZ 80, 212 = NJW 1981, 2125; BGH NJW 2000, 1193, 1194; BFH ZIP 2008, 1678; Wicke, §11, Rn. 3; aA „Körperschaft“: Scholz/Schmidt, §11, Rn. 30

⁸³ Vgl. Henssler/Strohn/Schäfer, GmbHG §11, Rn 15

⁸⁴ Vgl. Wicke, §11, Rn 4

⁸⁵ BGHZ 80, 212 = NJW 1981, 2125; vgl. MüKo GmbHG/Merkt, §11, Rn. 31; Scholz/Schmidt, §11, Rn. 55; aA Lutter/Hommelhoff/Bayer; §11, Rn. 12

⁸⁶ Vgl. Ulmer/Habersack, §11, Rn. 13, 47, 48

⁸⁷ Vgl. Henssler/Strohn/Schäfer, GmbHG, §11, Rn. 22

⁸⁸ Vgl. Roth/Altmeppen/Roth, §11, Rn. 62

⁸⁹ BGHZ 169, 270; BGH GmbHR 2005, 354; vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, §11, Rn. 11-11c

Zustimmung aller Gesellschafter, quasi nach personengesellschaftsrechtlichen Grundsätzen, für anwendbar hält.⁹⁰ Für diese Ansicht könnte argumentiert werden, dass die Vererblichkeit der Mitgliedschaft überwiegend anerkannt ist⁹¹ und damit der Gesellschafterstatus auch während der Vorgesellschaft übertragen werden kann.

Zur Auflösung der Gesellschaft kann es durch „endgültige Zweckverfehlung“ kommen, wenn die Eintragung ins Handelsregister unfreiwillig scheitert⁹² und die Gründung unter Beendigung der Tätigkeit aufgegeben wird.⁹³ Auch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder Kündigung eines Gesellschafters aus wichtigem Grund⁹⁴ führen zur Auflösung der Vorgesellschaft. Beendet wird die Gesellschaft aber erst nach ihrer Liquidation nach §§ 66 ff. GmbHG analog durch die ehemaligen Geschäftsführer als Liquidatoren.⁹⁵

Scheitert die Eintragung (z.B. bei endgültiger Ablehnung der Eintragung durch das Registergericht, oder bei fehlerhafter Errichtung oder Anmeldung, oder wegen Aufgabe der Eintragungsabsicht oder Rücknahme der Anmeldung), dann existiert die Gesellschaft in Form der Vorgründungsgesellschaft weiter⁹⁶, wenn die Tätigkeit auch nach der Aufgabe der Gründung fortgeführt wird.⁹⁷ Sie wird, ebenso wie in den Fällen, wo die Gründer von vornherein keine Eintragungsabsicht hatten, dann als unechte Vorgesellschaft bezeichnet.⁹⁸ In der Folge verlieren die Gründer ihre Haftungsprivilegierung (s.u.)⁹⁹, und zwar von Beginn an,¹⁰⁰ und die Haftung richtet sich nach §128 HGB.¹⁰¹

2.2.2.2 Vertretung und Rechtsverkehr

Die Vor-GmbH nimmt am Rechtsverkehr unter der im Gesellschaftsvertrag festgelegten Firma (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG) mit dem zwingenden Zusatz „in

⁹⁰ Vgl. K. Schmidt, GmbHR 1997, 869ff; Scholz/Schmidt, §11, Rn.50

⁹¹ Vgl. Henssler/Strohn/Schäfer, GmbHG, §11 Rn. 18

⁹² Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, §11, Rn.20; MHGesR, Band3, § 16, Rn.44,

⁹³ Vgl. MHGesR, Band3, §16, Rn. 17

⁹⁴ Vgl. Henssler/Strohn/Schäfer, GmbHG, §11, Rn.37

⁹⁵ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, §11, Rn. 20; MHGesR, Band3, § 16, Rn. 45

⁹⁶ Vgl. Heckschen/Heidinger, Kapitel 3, Rn. 7; s.a. LAG Berlin GmbHR 1999, 181

⁹⁷ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, §11, Rn. 20; MHGesR Band3, § 16, Rn.18; EBJS/Wertenbruch, §105, Rn.134

⁹⁸ Vgl. Ulmer/Habersack, §11, Rn. 26; Bork/Schäfer/Schroeter, §11, Rn. 43-45

⁹⁹ Vgl. Henssler/Strohn/Schäfer, GmbHG, §11, Rn 38-40; s.a. Kapitel 2.2.2.3

¹⁰⁰ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, §11, Rn. 21; Saenger/Inhester/Pfisterer, §11, Rn.22

¹⁰¹ BGH NJW 2003, 430; vgl. MüKo BGB/Schäfer, Vor§705, Rn. 24; Bork/Schäfer/Schroeter, §11, Rn. 48

Gründung“ oder „i.G.“ teil.¹⁰² Sie ist aktiv und passiv parteifähig (Voraussetzung der Rechtsfähigkeit nach § 50 Abs. 1 ZPO)¹⁰³ und prozessfähig, da sie sich selbst und als solche bereits verpflichten kann (vgl. § 52 ZPO)¹⁰⁴. Sie kann sich an anderen Gesellschaften beteiligen¹⁰⁵ und als persönliche haftende Gesellschafterin (Komplementärin) einer KG fungieren und eingetragen werden.¹⁰⁶ Auch die Insolvenzfähigkeit der Vorgesellschaft ist anerkannt.¹⁰⁷ Sie kann jedoch nicht an Umwandlungen im Sinne des UmwG teilnehmen.¹⁰⁸

Sie ist Kaufmann, wenn sie bereits ein Handelsgewerbe betreibt (§ 1 Abs. 1 HGB).¹⁰⁹ Ob sie selbst Kaufmann aufgrund der Rechtsform ist oder sie erst Handelsgesellschaft mit Eintragung ins Handelsregister wird (§§ 11 Abs.1, 13 Abs. 2 Nr. 1 GmbHG iVm § 6 Abs.1 HGB) wird in der Literatur diskutiert¹¹⁰.

Die Vertretung der Vorgesellschaft erfolgt durch den oder die bestellten¹¹¹ Geschäftsführer¹¹², wobei der Gesellschaftsvertrag und auch hier das GmbHG (vgl. § 35 Abs. 2 u. § 37 GmbHG) den Umfang der Vertretungsmacht bestimmen.¹¹³ Grundsätzlich ist diese aber im Außenverhältnis – insbesondere aufgrund der persönlichen Haftung der Gesellschafter in dieser Phase und dem daraus entstehenden Schutzbedürfnis¹¹⁴ - nur dann unbeschränkt (umstritten), wenn es um Rechtshandlungen geht, die für die Förderung der Eintragung und Entstehung der juristischen Person erforderlich sind (Bargründungsnachweis, Vermögensverwaltung, etc.) oder wenn es um die Fortführung eines als Sacheinlage gebrachten Unternehmens¹¹⁵ geht oder ein (einstimmiger) Gesellschafterbeschluss zur Ermächtigung der Geschäftsführer vorliegt.¹¹⁶ Dabei haben die Vertreter/Geschäftsführer in jedem Fall den vorgeschriebenen

¹⁰² Vgl. Henssler/Strohn/Schäfer, GmbHG, §11, Rn. 15; Saenger/Inhester/Pfisterer, §11, Rn.8

¹⁰³ BGHZ 79, 239; BGH NJW 1998, 1079; vgl. Ulmer/Habersack, §11, Rn. 64; Wicke, §11, Rn. 3

¹⁰⁴ Vgl. Wicke, §11, Rn. 3; Rückgriff auf §52 ZPO nicht notwendig; Ulmer/Habersack, §11, Rn. 64

¹⁰⁵ Vgl. EBJ/S/Wertenbruch, §105, Rn. 153

¹⁰⁶ BGH NJW 1985,736; BGHZ 80, 129; vgl. Staub/Schäfer, §105, Rn. 95, MüKo GmbHG/Merkt, §11, Rn.224

¹⁰⁷ BGH NZG 2003, 1167; Vgl. Scholz/Schmidt, §11, Rn. 43; Henssler/Strohn/Schäfer, GmbHG, §11, Rn. 16

¹⁰⁸ Vgl. Kuhlmann/Ahnis, Rn. 938, 980, 1031c; SHS/Stratz, UmwG, §3 Rn. 22f.; §124 Rn. 10

¹⁰⁹ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, §11, Rn. 8; Ulmer/Habersack, §11, Rn. 61

¹¹⁰ Pro (aA): Roth/Altmeppen/Roth, §11, Rn. 44; contra (hM): BGH NJW 2000, 1193;

Baumbach/Hueck/Fastrich, §11, Rn.13; Henssler/Strohn/Schäfer, GmbHG, §11, Rn. 14

¹¹¹ BGH: Mehrheitsbeschluss; BGH GmbHR 1982, 67

¹¹² BGH GmbHR 1981, 114; BGH GmbHR 1992, 451

¹¹³ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, §11, Rn. 14; Henssler/Strohn/Schäfer, GmbHG, §11, Rn. 15

¹¹⁴ Vgl. Henssler/Strohn/Schäfer, GmbHG, § 11, Rn. 25; aA Weimar, GmbHR 1988, 289; Kießling, S. 250

¹¹⁵ hM: BGHZ 80, 129; Baumbach/Hueck/Fastrich, §11, Rn. 19; aA Scholz/Schmidt, §11, Rn. 66ff.

¹¹⁶ BGHZ 80, 132; vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, §11, Rn. 20; Müko GmbHG/Merkt, § 11, Rn. 158

Formzusatz GmbH (i.G.) zu nennen, da sie ansonsten nach den allgemeinen Rechtsscheingrundsätzen persönlich haften.¹¹⁷

2.2.2.3 Haftungsregime

a) Handelndenhaftung

Die Haftung der Handelnden¹¹⁸ für Handlungen vor der Eintragung ist unbeschränkt und persönlich (§ 11 Abs. 2 GmbHG)¹¹⁹, inhaltsgleich neben der Gesellschaft¹²⁰ und bei mehreren Handelnden als Gesamtschuldner gem. §§ 421 ff BGB.¹²¹ Mit der Eintragung (und nur für den Fall der tatsächlichen Eintragung)¹²² kommt es dann zum Erlöschen der Handelndenhaftung¹²³ und Übergang der Haftung auf die Gesellschaft mit ihrem Gesellschaftskapital (§ 13 Abs. 2 GmbHG). Es kann einen Freistellungsanspruch der Handelnden gegenüber der GmbH geben.¹²⁴

b) Gesellschafterhaftung

Seit dem Grundsatzurteil zur Aufgabe des Vorbelastungsverbots¹²⁵ nimmt die hM eine unbeschränkte Innenhaftung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft¹²⁶ für alle bis zur Eintragung der GmbH (und bei Nicht-Eintragung) entstandenen Verluste in Form einer Verlustdeckungshaftung an.¹²⁷ Nach Eintragung wandelt sich diese in die Vorbelastungshaftung (auch Unterbilanzhaftung¹²⁸) der Gründungsgesellschafter in Höhe des Saldos zwischen Aktiva und Passiva der Gesellschaft (Gesellschaftsvermögen) zum Zeitpunkt der Eintragung und des eingetragenen Stammkapitals.¹²⁹ Die Gesellschafter haften dabei für die Unterbilanz nicht begrenzt auf ihr Stammkapital, aber jeweils nur im Verhältnis ihrer Einlage (proratarisch)

¹¹⁷ BGH NJW 1996, 2654

¹¹⁸ Zum Begriff des Handelnden: BGH NJW 1984, 2164; vgl. Scholz/Schmidt, §11, Rn. 104ff und 112ff

¹¹⁹ Vgl. Scholz/Schmidt, §11, Rn. 123ff.

¹²⁰ Vgl. Scholz/Schmidt, §11, Rn. 123, 125: „Primärhaftung“

¹²¹ RGZ 72, 406; vgl. MHGesR, Band3, §16, Rn.102

¹²² Vgl. Scholz/Schmidt, §11, Rn. 131; s.a. „unechte Vorgesellschaft“ in Kapitel 2.2.2.1

¹²³ BGH NJW 1981, 1452; aA bei Überschreitung der Vertretungsmacht: Lutter/Hommelhoff/Bayer, §11, Rn. 29

¹²⁴ Vgl. Scholz/Schmidt, §11, Rn. 126: Freistellung oder Regress gem. §§ 611, 675, 670 BGB; Bork/Schäfer/Schroeter, §11, Rn. 95/96: Regress; Lutter/Hommelhoff/Bayer, §11, Rn. 30

¹²⁵ BGHZ 80, 129, bestätigt durch BGHZ 134, 133; BAG NJW 1998, 628; BSG ZIP 2000, 494; BFH NJW 1998, 2926

¹²⁶ BGHZ 134, 333; vgl. Bork/Schäfer/Schroeter, §11, Rn. 27

¹²⁷ Vgl. Henssler/Strohn/Schäfer, GmbHG, §11 Rn. 30; Ulmer/Habersack, §11, Rn. 77 u. Rn. 101: insb. bei Sachgründung „Differenzhaftung“

¹²⁸ Vgl. MHGesR, Band 3, §16, Rn. 113; Bork/Schäfer/Schroeter, §11, Rn. 28

¹²⁹ Vgl. MHGesR, Band 3, §16, Rn. 113; Bork/Schäfer/Schroeter, §11, Rn. 31

zum Stammkapital und nicht als Gesamtschuldner gem. § 421 BGB.¹³⁰ Der Anspruch der Gesellschaft auf Beseitigung der Unterbilanz wird dabei wie eine fehlende Bareinlage behandelt und den strengen Regeln der Kapitalerhaltung (§§ 30, 31 GmbHG) unterstellt.¹³¹ Eine Außenhaftung oder unmittelbare Inanspruchnahme der Gesellschafter kommt nur bei Vermögenslosigkeit oder Ablehnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse in Betracht,¹³² oder wenn es sich um die Einpersonen-GmbH handelt (s.u.). Die (sekundäre) Beweislast für die Unversehrtheit des Vermögens zum Zeitpunkt der Eintragung trifft die Gesellschafter.¹³³

c) Gesellschaftshaftung

Durch die Aufgabe des Vorbelastungsverbots kann die Gesellschaft also schon in der Phase der Vor-GmbH mit Verbindlichkeiten belastet werden, die nach Eintragung der Gesellschaft automatisch auf diese übergehen.¹³⁴ Dies mit der Maßgabe, dass das im Gesellschaftsvertrag bestimmte und zum Handelsregister angemeldete Stammkapital zum Zeitpunkt der Eintragung wertmäßig unversehrt sein muss¹³⁵ und ansonsten die Vorbelastungshaftung der Gesellschafter greift (s.o.). Die Gesellschaft selbst haftet mit Ihrem Vermögen.¹³⁶

Für die (Vor-)UG gelten beim Haftungsregime keine abweichenden Regelungen.¹³⁷

2.2.3 Ein-Personen-Vorgesellschaft

Grundsätzlich finden die Regelungen zur Vor-GmbH auch auf die Ein-Personen-Vorgesellschaft Anwendung,¹³⁸ auch wenn zu einzelnen Punkten die höchstrichterliche Rechtsprechung noch aussteht.¹³⁹ So findet der Vermögensübergang von der Vorgesellschaft auf die GmbH analog einer

¹³⁰ BGH NJW 1997, 1507; BAG NJW 1998, 628; BSG NZG 2000, 590; Ulmer/Habersack, § 11, Rn. 79 aA Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 11, Rn. 19: „unbeschränkte Außenhaftung“

¹³¹ BGH NZG 2012, 539

¹³² Beispielhaft: BGHZ 134, 133 = NJW 1997, 1507

¹³³ BGHZ 165, 391; vgl. Ulmer/Habersack, § 11, Rn. 98ff.; MüKo GmbHG/Rieder, § 5a, Rn. 13

¹³⁴ Vgl. Scholz/Schmidt, § 11, Rn. 79ff.; Breithaupt/Ottersbach/Schneider, § 2, Rn. 193

¹³⁵ Vorbelastungshaftung statt -verbot: BGHZ 80, 129, 136f. = NJW 1981, 1373; BGH NZG 2006, 1594, 1596

¹³⁶ BGHZ 152, 290; BAG NZG 2006, 507; vgl. Bork/Schäfer/Schroeter, § 11, Rn. 26

¹³⁷ Vgl. Scholz/Schmidt, § 11, Rn. 27; MüKo GmbHG/Rieder, § 5a, Rn. 13; MHGesR, Band 3, § 16, Rn. 151

¹³⁸ Vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, § 11, Rn. 40; Wicke, § 11, Rn. 16; Bork/Schäfer/Schroeter, § 11, Rn. 97

¹³⁹ Vgl. Ulmer/Habersack, § 11, Rn. 18

Mehrpersonen-Gesellschaft statt.¹⁴⁰ Sie ist ebenso Trägerin von Rechten und Pflichten¹⁴¹, und §11 Abs. 2 GmbHG wird auch bei der Ein-Personen-Vorgesellschaft angewandt.¹⁴²

Das Vermögen der Gesellschaft ist hier ein Sondervermögen eigener Art (umstritten!), das strikt vom Privatvermögen des alleinigen Gründers zu trennen ist.¹⁴³ Damit sind Einlageforderungen gegen den Gründer auch Forderungen der Gesellschaft¹⁴⁴, während aus einem gegen den Gesellschafter persönlich gerichteten Titel nicht in das Vermögen der (Vor)-Gesellschaft vollstreckt werden kann¹⁴⁵. Im Ergebnis findet hier somit die Bildung eines „organisatorisch verselbständigten Sondervermögens“¹⁴⁶ statt und es gibt kein Personengebilde sui generis analog der Mehrpersonen-Vorgesellschaft, weil es keine Ein-Personen-Personengesellschaft geben kann.¹⁴⁷ Die Rechtsfähigkeit dieses Sondervermögens ist ebenso wie seine Ausgestaltung/Existenz umstritten.¹⁴⁸

Anders als bei Mehrpersonen-Gesellschaften haftet der Gesellschafter hier – insoweit abweichend vom sonstigen Konzept der reinen Innenhaftung von Gesellschaftern gegenüber der Gesellschaft¹⁴⁹ - bis zur Eintragung auch neben der Vor-GmbH unmittelbar und unbeschränkt gegenüber den Gläubigern.¹⁵⁰ Mit der Eintragung der GmbH finden dann wieder die Grundsätze der Unterbilanzhaftung Anwendung und die Außenhaftung wird zu einer Innenhaftung gegenüber der GmbH.¹⁵¹

Kommt eine Eintragung der Gesellschaft nicht zustande, findet keine Liquidation statt¹⁵², sondern nach hM eine Anfallung aller Aktiva und Passiva beim Gründer.¹⁵³

¹⁴⁰ Vgl. Ulmer/Habersack, §11, Rn. 57: „Gesamtrechtsnachfolge“; Wicke, §11, Rn. 16

¹⁴¹ Vgl. Scholz/Schmidt, § 11, Rn. 169

¹⁴² BGH NJW 1984, 2164

¹⁴³ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, §11, Rn. 31; Wicke, §11, Rn. 16

¹⁴⁴ Vgl. Wicke, §11, Rn. 16

¹⁴⁵ Vgl. Scholz/Schmidt, §11, Rn. 169; Lutter/Hommelhoff/Bayer, §11, Rn. 31

¹⁴⁶ Vgl. Ulmer/Habersack, §11, Rn. 25

¹⁴⁷ Vgl. Ulmer/Habersack, §11, Rn. 21; Heckschen/Heidinger, Kapitel 3, Rn. 3

¹⁴⁸ Eingehender hierzu: Ulmer/Habersack, §11, Rn. 22ff.; Baumbach/Hueck/Fastrich, §11, Rn. 41-43

¹⁴⁹ BGH NJW 1997, 1509

¹⁵⁰ Vgl. Wicke, §11, Rn. 16; Wiedemann/Frey, GesR, Rn. 262

¹⁵¹ BGH NZG 2006, 64

¹⁵² Vgl. Ulmer/Habersack, §11, Rn.57

¹⁵³ BGH NZG 1999, 960; vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, §11, Rn.43; Lutter/Hommelhoff/Bayer, §11, Rn. 31

2.3 Diskontinuität

Nach der hM gibt es keinen Übergang oder Identität zwischen Vorgründungsgesellschaft und Vorgesellschaft¹⁵⁴, ebenso wenig ist dies der Fall zwischen Vorgründungsgesellschaft und eingetragener Gesellschaft.¹⁵⁵ Zwischen den beiden Gesellschaften existiert auch keine Vermögenskontinuität,¹⁵⁶ in der Literatur wird von Diskontinuität¹⁵⁷ gesprochen. Damit gehen die in der Vorgründungsgesellschaft begründeten Rechte und Pflichten nicht automatisch oder ohne weitere Übertragungsakte auf die Vorgesellschaft über.¹⁵⁸

Spätestens mit den unterschiedlichen Regelwerken (Personengesellschaftsrecht vs. GmbHG) und hier insb. dem Haftungsregime offenbart sich die Unterschiedlichkeit und Diskontinuität zwischen Vor- und Vorgründungsgesellschaft.¹⁵⁹

Allerdings, so die Gegenmeinung¹⁶⁰, erfolgt nach ständiger Rechtsprechung auch ein Formwechsel (außerhalb des UmwG) bei vorliegender unechter Vorgesellschaft auch von der Vorgesellschaft zurück zur Personengesellschaft (OHG) und zwar mit dem gleichzeitigen Wechsel eben dieses Haftungsregimes (s.o.). Warum dann nicht einen praeter-legen-Formwechsel von der werbenden Vorgründungsgesellschaft (OHG) zur Vorgesellschaft zulassen und den Übergang zwischen diesen beiden Formen als reine Vertragsänderung begreifen? Dies u.a. auch deswegen, weil Gesellschafterstruktur und Unternehmenszweck in beiden Gesellschaften gleich seien und es zum überwiegenden Teil dem Willen aller Vertragspartner entspreche, wenn schon die künftige Kapitalgesellschaft verpflichtet wird. Überdies entspricht der fehlende Übergang zwischen Vorgründungsgesellschaft und Vorgesellschaft einer praxis- und sachfremden Trennung von Betriebsvermögen und Geschäftstätigkeit.¹⁶¹ Diese Ansicht hat sich bis heute jedoch nicht durchgesetzt, die Arbeit richtet sich hier nach der hM.

¹⁵⁴BGHZ 91, 149 = NJW 1984, 2164; BGH NJW 1998, 1645; BGH NJW 2001, 2635

¹⁵⁵ Vgl. Ulmer/Habersack, §11, Rn. 30; Bork/Schäfer/Schroeter, §11, Rn. 9

¹⁵⁶ Vgl. Wicke, §11, Rn. 2; Scholz/Schmidt, §11, Rn.26: auch kein Übergang von Rechten und Pflichten

¹⁵⁷ Vgl. Henssler/Strohn/Schäfer, GmbHG, §11, Rn 10-11; Saenger/Inhelter/Pfisterer, §11, Rn. 35

¹⁵⁸ Vgl. Henssler/Strohn/Schäfer, GmbHG, §11, Rn 10-11; MHGesR, Band3, §15, Rn.43

¹⁵⁹ Vgl. Heckschen/Heidinger, Kapitel 3, Rn. 1

¹⁶⁰ Vgl. ausführlich: Großkomm AktG/Röhrich/Schall, §29, Rn 19ff.

¹⁶¹ Vgl. Roth/Altmeppen/Roth, §11, Rn. 71-75

3 Die Unternehmergesellschaft (UG)

3.1 Entstehungsgeschichte der UG

Ausgelöst durch eine Reihe von EuGH-Urteilen¹⁶² zur Niederlassungsfreiheit von Unternehmen, an deren Ende die Anerkennung von (Schein)-Auslandsgesellschaften wie etwa der englischen Ltd. mit Verwaltungssitz in Deutschland stand,¹⁶³ kam es zu einem Boom von Ltd.-Niederlassungen in Deutschland.¹⁶⁴ Der Gesetzgeber musste die in der deutschen Rechtsformwelt entstandene Lücke¹⁶⁵ schließen und eine mit den anderen europäischen Kapitalgesellschaften ohne Mindestkapital¹⁶⁶ vergleichbare Rechtsform schaffen, um „wettbewerbsfähig“ zu bleiben,¹⁶⁷ ohne jedoch Seriosität und Ansehen der bestehenden GmbH zu gefährden.¹⁶⁸ Viele (Verzicht auf Mindestkapital, Erhalt der GmbH in der bisherigen Form, beschleunigter Gründungsprozess, Mustersatzung, Beschränkung der Auflösung von Rücklagen, Insolvenzantragspflicht) der mit dem MoMiG u.a. in § 5a GmbHG eingeführten Regelungen (für die UG) finden sich in den Ausführungen von Gehb¹⁶⁹ wieder, dessen Vorschläge¹⁷⁰ im Gegensatz zu anderen¹⁷¹ ausdrücklich im Gesetzentwurf zum MoMiG (BT-Drs. 16/1640) Erwähnung finden.

Angesichts insb. ihrer (mangelnden) Kapitalausstattung war und ist die UG vor dem Hintergrund unseres¹⁷² traditionell stark auf Kapitalmaßnahmen fokussierten Gläubigerschutzes¹⁷³ von Beginn an und bis heute keine willkommene Lösung in der Literatur.¹⁷⁴

¹⁶² EuGH C-232/97 (Centros); EuGH C-208/00 (Überseering); EuGH C-167/01 (Inspire Art)

¹⁶³ Vgl. Schall, GmbHR 2017, 25; Ulmer/Paura, §5a, Rn. 3

¹⁶⁴ Vgl. Fleischer, DB 2017; 291, Miras, NZG 2012, 486

¹⁶⁵ Vgl. Gehb, Drange, Heckelmann, NZG 2008, 88: „eigene Produkte entgegensetzen“

¹⁶⁶ z.B. englische Ltd., französische S.A.R.L.; s.a. Ulmer/Paura, §5a, Rn.14

¹⁶⁷ Vgl. Ulmer/Paura, §5a, Rn. 3; Fleischer, DB 2017, 291;

¹⁶⁸ Vgl. Scholz/Westermann, §5a, Rn. 2; Gehb, Drange, Heckelmann, NZG 2008, 91

¹⁶⁹ Vgl. Gehb, Drange, Heckelmann, NZG 2008, 88ff.; Ulmer/Paura, §5a, Rn. 3, 17

¹⁷⁰ Die u.a. zurückgehen auf: Schall/Westhoff, GmbHR 2005, R357; Schall/Westhoff, GmbHR 2004, R 381; Schall, ZIP 2005, 965ff;

¹⁷¹ Vgl. Ulmer/Paura, §5a, Rn.15 mit ausführlicher Nennung von möglichen Ausgestaltungen, Bezeichnungen (z.B. „Gründer-GmbH“, DAV) und Herkunft der Vorschläge/Ansätze

¹⁷² Kontinentaleuropäischen und vor allem deutschen Ansatzes

¹⁷³ Vgl. Schall, Gläubigerschutz, S. 101ff.; Ulmer/Paura, §5a, Rn. 4,5

¹⁷⁴ Vgl. Scholz/Westermann, §5a, Rn.1, 8 (hier vor allem die neu aufkommende Diskussion zur möglichen „Unterkapitalisierung“ einer UG/Kapitalgesellschaft, die eigentlich seit Gamma (BGH ZIP 2008, 1232) durch den BGH als nicht anwendbar geklärt ist; Ulmer/Casper, §5, Rn. 13-15; MüKo GmbHG/Rieder, §5a, Rn.57-60

Statistisch gesehen, hat sich die Absicht des Gesetzgebers durchaus erfüllt, denn seit ihrer Einführung hat die Anzahl eingetragener UGs konstant hohe Zuwachsraten. Am 1.1.2017 waren 125.284 Unternehmergesellschaften in deutschen Handelsregistern eingetragen, während es nur noch 8.196 haftungsbeschränkte Auslandsgesellschaften, insbes. englische Limiteds, waren.¹⁷⁵ Nicht ganz unerwähnt lassen darf man, dass mit der hohen Anzahl auch eine erhöhte Insolvenzanfälligkeit der Unternehmergesellschaft im Vergleich zur regulären GmbH einhergeht.¹⁷⁶

3.2 Die UG als GmbH

Die Unternehmergesellschaft (UG) ist eine Unterform/Rechtsformvariante der GmbH.¹⁷⁷ Daher gelten die Vorschriften des GmbHG für die Gründung und Konstitution der UG und hier insbesondere der mit dem MoMiG eigens geschaffene §5a GmbHG.¹⁷⁸ Vordergründiger Vorteil war die Nutzung des bestehenden „case law“ für die GmbH.¹⁷⁹ Damit sollte ein erhöhter Regelungsaufwand sowie eine Phase möglicher Rechtsunsicherheit in den ersten Jahren bei Vorliegen einer völlig neuen Rechtsform vermieden werden.¹⁸⁰ Die Literatur spricht hier auch von einer effizienten Lösung.¹⁸¹ Gleichzeitig widerlegt und bestätigt sie den Erfolg dieser gesetzgeberischen Absicht: Einerseits findet sich angesichts der nur anzahlmäßig wenigen Einschränkungen des § 5a GmbHG¹⁸², doch bei den dort wichtigsten Punkten, eine sehr hohe Anzahl von Konflikten innerhalb des mit dem MoMiG reformierten „Gesamtkatalogs GmbHG“ selbst (z.B. verdeckte Sacheinlage, § 19 Abs. 4 GmbHG – Änderung zeitgleich zur Einführung des § 5a GmbHG)¹⁸³ wie auch innerhalb der Literatur-Meinung. Andererseits verdeutlicht die Diskussion nur umso mehr die Notwendigkeit eines „eingefahrenen“ case-law und damit die Richtigkeit der Entscheidung für eine Rechtsformvariante der GmbH und gegen

¹⁷⁵ Vgl. Kornblum, GmbHR 2017, 740; BeckOK/Miras GmbHG, §5a, Rn. 15c; Ulmer/Paura, §5a, Rn. 3: gegenüber ca. 27.000 UK-Limited, die es noch bis August 2005 gab

¹⁷⁶ Vgl. Fn. 1

¹⁷⁷ Vgl. Scholz/Westermann, §5a, Rn. 7; Ulmer/Paura, §5a, Rn. 17

¹⁷⁸ Vgl. Ulmer/Paura, §5a, Rn. 17

¹⁷⁹ Vgl. Saenger/Inhelter/Pfisterer, §5a, Rn. 1

¹⁸⁰ Vgl. BeckOK GmbHG/Miras, §5a, Rn.2; Seibert, GmbHR 2007, 673

¹⁸¹ Vgl. BeckOK GmbHG/Miras, §5a, Rn.1

¹⁸² S.a. Kapitel 3.3

¹⁸³ Vgl. Miko GmbHG/Rieder, §5a, Rn. 6 iVm. Rn. 20

eine neue Rechtsform, da die Unsicherheit bez. der Rechtsauslegung bei einem komplett neuen Regelwerk den Start der UG mit Sicherheit behindert hätte.¹⁸⁴

Die UG kann als Ein- oder Mehrpersonengesellschaft gegründet werden, kann Komplementärin einer dann aufgrund des verpflichtenden Rechtsformzusatzes „UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG“ genannten GmbH & Co KG sein¹⁸⁵ und auch Verwalterin einer WEG sein.¹⁸⁶ Sie ist juristische Person (§13 Abs.1 GmbHG)¹⁸⁷, Kaufmann kraft Rechtsform (§13 Abs. 3 GmbHG iVm § 6 Abs. 2 HGB) und Unternehmer iSd § 14 Abs. 1 BGB.¹⁸⁸ Ihre Gesellschafter und/oder Geschäftsführer sind damit weder Unternehmer noch Kaufleute.¹⁸⁹ Das Haftungsregime greift analog der „großen Schwester“ GmbH, insbesondere eine zusätzliche Unterkapitalisierungshaftung wurde vom Gesetzgeber ausdrücklich abgelehnt.¹⁹⁰

3.3 Besonderheiten der UG bei der Gründung und darüber hinaus

Zu den Besonderheiten der UG gehören die reduzierte Mindestkapitalausstattung (§ 5a Abs. 1 S.1 1. HS GmbHG iVm § 5 Abs. 2 S.1 GmbHG), der verpflichtende Zusatz „haftungsbeschränkt“ in der Firma (§ 5a Abs. 1 S. 1 2. HS GmbHG)¹⁹¹, das Volleinzahlungsgebot (§ 5a Abs. 2 S. 1 GmbHG), das Sacheinlageverbot (§ 5a Abs. 2 S.2 GmbHG), die Verpflichtung zu einer teilweisen Gewinnthesaurierung in Form einer gesetzlichen Rücklage (§ 5a Abs. 3 GmbHG), die unverzügliche Einberufungspflicht bei drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 5a Abs. 4 GmbHG) sowie das Musterprotokoll (§2 Abs. 1a GmbHG – gilt auch für „normale“ GmbH-Gründungen bis zu drei Gründern¹⁹²) und die damit einhergehende Kostenprivilegierung.¹⁹³ Für die

¹⁸⁴ Dies auch trotz der adressierten Gründerklientel (ehem. Ltd.-Gründer, vgl. Heckschen/Heidinger, Kapitel 5, Rn. 5-11): eher weniger sicherheitsbedürftig und nicht rechtsdiskussionsaffin

¹⁸⁵ Vgl. Scholz/Westermann, §5a, Rn. 4; in der Literatur lange diskutiert wegen Konflikt Gewinnrücklage vs. nur Verwaltungsvergütung für UG (s.a. Ulmer/Paura, §5a, Rn. 17); EBJs/Henze/Notz, Anhang A zu §177a, Rn. 71

¹⁸⁶ BGH NZG 2012, 1059, aber nachhaltige Aufgabenerfüllung muss gewährleistet sein: BGH LSK 2014, 290822; siehe hierzu auch: BeckOK GmbHG/Miras, §5a, Rn.3a

¹⁸⁷ Vgl. Ulmer/Paura, §5a, Rn. 17; Baumbach/Hueck/Fastrich, §13, Rn. 1

¹⁸⁸ Vgl. MüKo BGB/Micklitz, §14, Rn. 7; Ulmer/Paura, §5a, Rn. 17

¹⁸⁹ Vgl. BeckOK GmbHG/Miras, §5a, Rn. 4-4c

¹⁹⁰ BT-Drs. 16/6140, S. 30

¹⁹¹ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek, §5a, Rn. 55-57

¹⁹² Vgl. Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek, §5a, Rn. 14; Seebach, RNotZ 2013, 261; Miras, NZG 2012, 486

¹⁹³ Vgl. Ulmer/Paura, §5a, Rn. 26; s.a. BeckOK GmbHG/Miras, §5a, Rn. 8-8c, hier insbesondere die Gegenüberstellung der Kostenvorteile zu den Gestaltungsnighteilen beim Gründungsprotokoll

Behandlung der hier vorliegenden Aufgabenstellung sind insbesondere die Themen Stammkapital und Sacheinlageverbot relevant¹⁹⁴ und sollen daher näher beschrieben werden.

Mit einer Kapitalerhöhung der Gesellschaft auf mindestens 25.000 Euro gelten die einschränkenden Regelungen des §5a Abs. 1-4 GmbHG gem. §5a Abs. 5 GmbHG nicht mehr.¹⁹⁵ Maßgeblicher Zeitpunkt für die Anwendbarkeit dieses 5. Absatzes ist bereits diejenige Kapitalerhöhung, mit der das Mindestkapital nach § 5 Abs. 1 GmbHG erreicht wird.¹⁹⁶ Würde die Regelung nicht schon bei der erreichenden Kapitalerhöhung zur Anwendung kommen, wären die Gesellschafter einer UG ungerechtfertigt schlechter gestellt, als wenn sie von vorneherein eine reguläre GmbH gegründet hätten.¹⁹⁷

3.3.1 Stammkapital

§5a Abs. 1 S. 1 GmbHG legt kein direktes Mindestkapital fest. Da aber mindestens ein Geschäftsanteil pro Gründer übernommen werden muss und dieser einen Nennwert in vollen Euro haben muss (§5 Abs. 2 GmbHG)¹⁹⁸, ist das (technische)¹⁹⁹ Mindestkapital bei einem Gründer 1 Euro, bei zwei Gründern 2 Euro usw., startet also bei 1 Euro und endet wiederum bei 24.999 Euro.²⁰⁰

Ein Ausgleich für das praktisch nicht vorhandene Mindestkapital ist die zwingende anteilige, betraglich und zeitlich unbegrenzte Rücklagenbildung²⁰¹ aus den Gewinnen, bis ein Stammkapital von 25.000 Euro erreicht ist.²⁰² Dabei kann die Rücklage auch zur Verlustverrechnung herangezogen werden, andere Rücklagen müssen nicht vorrangig aufgelöst werden.²⁰³ Die Schutzwirkung der Rücklage ist im Vergleich zu einem höheren Stammkapital aber nur eingeschränkt²⁰⁴, weil eine Unterbilanz durch Verlust bei der GmbH eine

¹⁹⁴ Vgl. Scholz/Westermann, §5a, Rn. 5

¹⁹⁵ Vgl. MüKo GmbHG/Rieder, §5a, Rn. 37

¹⁹⁶ BGH NJW 2011, 1881; vgl. Roth/Altmeppen/Roth, §5a, Rn.18

¹⁹⁷ Vgl. Roth/Altmeppen/Roth, §5a, Rn.15

¹⁹⁸ Vgl. Scholz/Westermann, §5a, Rn.11

¹⁹⁹ Vgl. MüKo GmbHG/Rieder, §5a, Rn. 8; Mayer/Weiler, BNH, Rn. 393

²⁰⁰ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek, §5a, Rn.17, Ulmer/Paura, §5a, Rn. 8

²⁰¹ Vgl. Scholz/Westermann, §5a, Rn. 25

²⁰² Vgl. Ulmer/Paura, §5a, Rn. 9; MüKo GmbHG/Rieder, § 5a, Rn. 27/28

²⁰³ Vgl. Saenger/Inhester/Pfisterer, §5a, Rn. 21; Scholz/Westermann, §5a, Rn. 25

²⁰⁴ Vgl. Scholz/Westermann, §5a, Rn.9

Ausschüttungssperre bis zur Aufholung auslöst (§§ 30, 31 GmbHG), während neue Gewinne auch nach Abschmelzen der Rücklage bis zum gesetzlichen Höchstsatz ausgeschüttet werden können.²⁰⁵ Ein Verstoß gegen die Rücklagenbildung führt zur Nichtigkeit des Jahresabschlusses (§ 256 Abs. 1 Nr. 1 AktG analog) und des folgenden Gewinnverwendungs-Beschlusses (§ 253 Abs. 1 AktG analog)²⁰⁶ und bei gesetzwidriger Ausschüttung an die Gesellschafter zur persönlichen Geschäftsführer-Haftung gem. § 43 GmbHG.²⁰⁷ Die Gesellschafter sind zur Rückzahlung verpflichtet und haften gem. § 30, 31 Abs. 3 GmbHG analog.²⁰⁸

Für das Stammkapital gilt bei der UG das Volleinzahlungsgebot im Gegensatz zum Halbeinzahlungsgebot der GmbH (§ 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG).²⁰⁹ Daher sind Gründungen einer UG in der Praxis nur bis zu einem Stammkapital von 12.499 Euro wirklich sinnvoll²¹⁰, danach wäre nämlich über die Halbeinzahlung die Möglichkeit, eine vollwertige GmbH mit einem Stammkapital von 25.000 Euro (ohne die Einschränkungen des §5a GmbHG, insb. zu den Sacheinlagen) zu gründen.²¹¹ Aus BGH NJW 2011, 1881 leitet die überwiegende Meinung der Literatur auch die Möglichkeit der Nutzung des Halbeinzahlungsgrundsatzes bei genau der Kapitalerhöhung der UG ab, mit der das Mindestkapital von § 5 Abs. 1 GmbHG erreicht wird.²¹² Das Volleinzahlungsgebot beschränkt nicht die Möglichkeiten nach §19 Abs. 5 S. 1 GmbHG („Hin- und Herzahlen“).²¹³

Die Kapitalherabsetzung einer GmbH zu einer UG (Downgrading) ist nicht erlaubt (§ 58 Abs. 2 S. 1 GmbHG).²¹⁴

²⁰⁵ Vgl. MüKo GmbHG/Rieder § 5a, Rn. 27/28; zur Diskussion, ob §§30,31 GmbHG auf die Rücklage anwendbar sind, siehe Scholz/Westermann, §5a, Rn.28

²⁰⁶ BT-Drs. 16/6140, S.32; vgl. Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek, §5a, Rn. 48

²⁰⁷ Vgl. MüKo GmbHG/Rieder, § 5a, Rn. 30

²⁰⁸ Vgl. MüKo GmbHG/Rieder, § 5a, Rn. 30; Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek, §5a, Rn. 49

²⁰⁹ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek, § 5a, Rn. 25; Ulmer/Paura, §5a, Rn. 34

²¹⁰ Vgl. MüKo GmbHG/Rieder, §5a, Rn. 18; Ulmer/Paura, §5a, Rn. 8; mit dem Ansatz, das Halbeinzahlungsgebot nach §7 Abs. 2 GmbH gänzlich abzuschaffen, da nach §5a GmbHG das Mindestkapital frei wählbar ist.

²¹¹ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek, §5a, Rn. 25

²¹² Vgl. Ulmer/Paura, §5a, Rn. 35; Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek, § 5a, Rn. 25; ebenso klar ist die Ablehnung der Möglichkeit der Kapitalerhöhung durch eine „Viertelanzahlung“ in bar, die aufgrund einer Regelungslücke in §56a iVm 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG auf ersten Blick möglich erscheint. Eingehender hierzu: MüKo GmbHG/Rieder, §5a, Rn 18ff und Ulmer/Paura, §5a, Rn. 35

²¹³ Vgl. Ulmer/Paura, §5a, Rn. 36; Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek, § 5a, Rn. 32; einschränkender: Scholz/Westermann, §5a, Rn. 18

²¹⁴ Vgl. Freitag/Riemenschneider, ZIP 2007, 1485; siehe hierzu aber die „Umgehungs“-Möglichkeiten über einen Sidestep Merger oder Downstream Merger in Kapitel 4.2.3

3.3.2 Sacheinlageverbot

Die Sacheinlage auf das Stammkapital ist unstreitig bei Gründung der UG gesetzlich verboten.²¹⁵ Es ist jedoch umstritten, ob der Gesetzgeber das Verbot zuvorderst mit Blick auf die Beschleunigung des Verfahrens oder aus Gläubigerschutzgründen erlassen hat²¹⁶ und in der Folge, ab wann eine Sacheinlage auch für die Kapitalerhöhung bei der UG erlaubt sein sollte.²¹⁷ Weitestgehend unstreitig gilt das Verbot für eine Kapitalerhöhung (§ 56 iVm 5a Abs. 2 GmbHG) bis 24.999 Euro.²¹⁸

In der Literatur wird diskutiert, ob der Übergang von der UG zur regulären GmbH auch im Wege der Sachkapitalerhöhung (bzw. der gemischten Bar- und Sachkapitalerhöhung) erfolgen kann²¹⁹ oder ob aufgrund der Anwendung der Sachgründungsvorschriften auch auf die Sachkapitalerhöhung (vgl. §§ 56, 56a GmbHG) der Ausschluss der Sacheinlage nach § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG hier Anwendung findet.²²⁰

Die Gegner der Sachkapitalerhöhung wenden ein, dass die Wirkung nach Abs. 5, also die Suspendierung der Sonderregelungen der Abs. 1–4, erst mit der Eintragung eintritt.²²¹ Des Weiteren sollen Interessen des Gläubigerschutzes gegen die Zulässigkeit von Sacheinlagen sprechen.²²²

Dem ist nicht zu folgen, da zunächst der Abs. 5 bereits auf den Beschluss der Kapitalerhöhung Anwendung findet.²²³ Darüber hinaus wäre dieses Ergebnis mit Sinn und Zweck der Regelung nicht vereinbar. Der Ausschluss der Sacheinlage nach § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG verfolgt vordergründig Vereinfachungszwecke, die eine schnelle, kostengünstige und einfache Gründung (als Alternative zur Ltd.) der UG ermöglichen sollen.²²⁴ Dieser Vereinfachungszweck betrifft jedoch allein das Gründungsstadium und die dort fehlende Notwendigkeit von Sacheinlagen aufgrund der frei wählbaren Höhe des

²¹⁵ Vgl. Ulmer/Paura, §5a, Rn. 37: mit Ausführungen zur (nicht vorhandenen) Nichtigkeit von Einlage und Gesellschaft und damit Vorgriff auf Ausführungen zu §19 Abs. 4 GmbHG

²¹⁶ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek, § 5a, Rn. 21

²¹⁷ Vgl. Ulmer/Paura, §5a, Rn. 8

²¹⁸ BGH NJW 2011, 1881; vgl. MüKo GmbHG/Rieder, §5a, Rn. 25; Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek, §5a, Rn. 23; Ulmer/Paura, §5a, Rn. 1; aA Schall, GmbHR 2017, 26

²¹⁹ Vgl. Scholz/Westermann, §5a, Rn.18; MüKo GmbHG/Rieder, §5a, Rn. 41

²²⁰ Vgl. MüKo GmbHG/Rieder, §5a, Rn. 41

²²¹ OLG München NZG 2010, 1303 = GmbHR 2010, 1210; vgl. Heckschen/Heidinger, Kapitel 5, Rn. 93

²²² Vgl. MüKo GmbHG/Rieder, §5a, Rn. 41

²²³ BGH NZG 2011, 664; vgl. Ulmer/Paura, §5a, Rn. 39; Lutter/Drygala, UmwG, §3, Rn. 13

²²⁴ BT-Drs. 16/6140, S. 32

Stammkapitals.²²⁵ Auch der in § 5a. Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GmbH enthaltene Verweis auf die Anwendung der §§ 57c ff GmbHG für eine Kapitalerhöhung zeigt, dass in diesem Stadium der Weg der UG zur vollwertigen GmbH nicht ohne sachlichen Grund erschwert werden soll²²⁶ und strengere Anforderungen als im Fall einer originären GmbH-Gründung mit diesem Grundsatz unvereinbar wären.²²⁷

Keine verbotene Sacheinlage ist eine Sach-Einbringung in die Kapitalrücklage nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB (was es damit auf sich hat, siehe Kapitel 4.2.1.2). Über diesen „Umweg“ soll nach Ansicht einiger Vertreter in der Literatur diese eingebrachte Sache (bzw. die daraus entstandene Kapitalrücklage)²²⁸ im Rahmen einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nach §§ 5a iVm 57c GmbHG dann doch in Stammkapital umgewandelt werden können.²²⁹ Dass dies nicht direkt²³⁰ als Umgehungstatbestand gewertet wird, liegt wohl an dem zeitlichen Abstand zwischen Einbringung und tatsächlicher Nutzbarkeit für die Kapitalerhöhung²³¹ an den beim Registergericht einzureichenden Unterlagen²³² und daran, dass hier kein neues Kapital „von außen“ zugeführt wird.²³³ In der Folge gelten auch die allgemeinen (Schutz-)Vorschriften zur realen Kapitalaufbringung (§§ 5, 7 Abs. 2, 9ff, 56 GmbHG) nicht²³⁴.

Für die Kapitalerhöhung ist dabei unerheblich, ob das ursprünglich eingezahlte Stammkapital der Gesellschaft bei Durchführung der Kapitalerhöhung noch vorhanden ist. Selbst wenn es bereits vollständig verbraucht ist, muss es nicht wieder aufgefüllt werden.²³⁵

²²⁵ BT-Drs. 16/6140, S. 32; vgl. Scholz/Westermann, §5a, Rn. 18

²²⁶ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek, § 5a, Rn. 24, mit Bezug zum o.g. BGH NZG 2011, 664

²²⁷ Vgl. Ulmer/Paura, §5a, Rn. 39; MüKo GmbH/Rieder, §5a, Rn. 41-42

²²⁸ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Lutter, §57d, Rn.3: grundsätzlich möglich, Ausnahme: Zweckbindung der Rücklage

²²⁹ Vgl. Ulmer/Paura, §5a, Rn. 41, 56; Roth/Altmeppen/Roth, §5a, Rn. 33f, MüKo GmbH/Rieder, §5a, Rn.19, 25

²³⁰ In der Literatur wird dieser Tatbestand kaum diskutiert, es wurde sich vornehmlich auf den umgekehrten Sachverhalt „Umgehung der gesetzlichen Rücklage“ durch überhöhte Geschäftsführer-Gehälter oder verdeckte Gewinnausschüttungen konzentriert; keine eindeutige Ansicht ist erkennbar bei: Scholz/Westermann, §5a, Rn.30; nach hiesiger Ansicht handelt es sich aber um einen Umgehungstatbestand

²³¹ Jahresabschluss des voran gegangenen Geschäftsjahres mit der darin enthaltenen Kapitalrücklage muss festgestellt sein: Lutter/Hommelhoff/Lutter, §57c, Rn. 8; Bork/Schäfer/Arnold/Born, §57c, Rn. 7

²³² Vgl. MüKo GmbHG/Rieder, §5a, Rn. 38: es gelten die §§ 57d-57o GmbHG; Lutter/Hommelhoff/Lutter, §57c, Rn. 4: Bestätigung des Bilanzprüfers (Verantwortlichkeit), geprüfte Bilanz (§§57e u. 57f GmbHG)

²³³ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Lutter, §57c, Rn. 4; Bork/Schäfer/Arnold/Born, §57c, Rn. 2: nur Passivtausch von ausschüttungsfähigen Rücklagen zu nicht-ausschüttungsfähigem Stammkapital

²³⁴ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Lutter, §57c, Rn. 4; MüKo GmbHG/Lieder, §57d, Rn. 6

²³⁵ Vgl. Miras, UG I, Rn. 168

4 Übertragungsmodelle aus den Gründungsstadien in die eingetragene UG

Wegen der in Kapitel 2.3 dargestellten Diskontinuität zwischen Vorgründungsgesellschaft und (Vor)-Gesellschaft und dem in Kapitel 3.3.2 erläuterten Sacheinlageverbot bei der UG, kann die Übertragung von Rechten und Gütern zwischen diesen Rechtsformen weder automatisch (Diskontinuität), noch auf dem sonst üblichen Weg der Sacheinlage ins Unternehmen (Verbot) erfolgen. In den nächsten Abschnitten werden die hierfür anwendbaren Lösungen dargestellt und bewertet.

4.1 Vorgesellschaft und UG

Seit Entscheidung des BGH zur Aufgabe des Vorbelastungsverbots²³⁶ gehen grundsätzlich Vermögen oder weitere Rechtsgeschäfte²³⁷ von der Vorgesellschaft auf die GmbH über. Streitig in der Literatur ist hier nur, ob es sich tatsächlich um einen Übergang von Rechten und Pflichten handelt²³⁸ oder aber eine Umwandlung der Vor-GmbH in die GmbH stattfindet.²³⁹ Nach hM in der Literatur wird die Vor-UG hier genau wie die Vor-GmbH behandelt.²⁴⁰ Das Vermögen muss also zum Eintragungszeitpunkt nicht mehr in bar, sondern nur wertmäßig vorhanden sein (keine nachträgliche Einordnung als Sachgründung).²⁴¹ Für unsere Vor-UG bedeutet dies, dass Verträge, Verpflichtungen, Wirtschaftsgüter etc., deren Eingehen oder Erwerb zeitlich zwischen die Handelsregisteranmeldung (also nach dem Gründungstermin beim Notar) und die tatsächliche Eintragung fallen, automatisch und ohne weiteren Übertragungsakt und ohne Zustimmungserfordernis von Gläubigern und/oder Vertragspartnern auf die UG übergehen. Im Ernstfall (Insolvenz) greift hier die Vorbelastungshaftung der Gesellschafter, mit der (sekundären)²⁴² Beweislast beim Inferenten (Gesellschafter).²⁴³

²³⁶ BGHZ 80, 129, bestätigt durch BGHZ 134, 133; BAG NJW 1998, 628; BSG ZIP 2000, 494

²³⁷ Vgl. MHGesR, Band3, §11, S. 236

²³⁸ Vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, §11, Rn.56

²³⁹ Vgl. MüKo GmbH/Merkt, §11, Rn. 6;

²⁴⁰ Vgl. Ulmer/Paura, §5a, Rn. 24; Scholz/Westermann, §5a, Rn.13; MüKo GmbHG/Rieder, § 5a, Rn. 13

²⁴¹ Vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, § 9c, Rn.12; dies muss jedoch vom Geschäftsführer auch versichert werden

²⁴² BGH NZG 2003, 393; BGHZ 165, 391; vgl. EBJs/Henze/Notz, Anhang A zu §177a, Rn. 48

²⁴³ Vgl. Ulmer/Habersack, §11, Rn.98ff; MüKo GmbHG/Rieder, § 5a, Rn. 13; BGHZ 165, 391

4.2 Vorgründungsgesellschaft und UG

Auch bei der UG gilt der Grundsatz der Diskontinuität zwischen Vorgründungsgesellschaft und (Vor-)UG.²⁴⁴

Denkbar ist aber grundsätzlich ein Handeln der Vorgründungsgesellschaft mit Wissen und Wollen der künftigen Geschäftspartner für die (Vor-)UG (sofern diese es später gem. § 177 BGB genehmigt) unter der aufschiebenden Bedingung der tatsächlichen Entstehung (§ 158 BGB).²⁴⁵ Allerdings wird dies in der Realität der UG aufgrund der Gründerklientel (s.o.) wohl eher nicht so praktiziert werden.

Möglich wäre auch die Berechtigung der künftigen UG durch einen Vertrag zugunsten Dritter²⁴⁶, wieder mit dem Einwand der Praxisnähe insbesondere im Falle der UG. Oder aber eine Einzelübertragung auf die Vor-UG unter Mitwirkung von Gläubigern und/oder Vertragspartnern (§§ 414, 415 BGB)²⁴⁷, wovon an dieser Stelle abgesehen wird, da im Rahmen des Abschnitts 4.2.1.2 die Einzelübertragung auf die UG direkt als Übergangsmöglichkeit behandelt wird.

Auch die Möglichkeit, Anteile an der Vorgründungsgesellschaft (im Einzelfall auch konkludent) in die Vorgesellschaft einzubringen,²⁴⁸ wird hier als direkte Einbringungsmöglichkeit in die UG (statt in die Vorgesellschaft) in den folgenden Abschnitten 4.2.1.1 und 4.2.1.2 auf Realisierbarkeit geprüft.

4.2.1 Einzelübertragung und Einbringung

4.2.1.1 Asset Deal (Verkauf)

Die Einzelübertragung im Rahmen eines Verkaufs der in der Vorgründungsphase erworbenen Wirtschaftsgüter (Asset Deal)²⁴⁹ an die UG ist eine erste Möglichkeit zum Transfer auf die eingetragene Gesellschaft.

²⁴⁴ Vgl. BeckOK GmbHG/C. Jaeger, §5a, Rn. 36 u. Ausführungen in Kapitel 2.3

²⁴⁵ Vgl. Wicke, §11, Rn. 2; Baumbach/Hueck/Fastrich, §11, Rn. 37

²⁴⁶ Vgl. MüKo GmbHG/Merkt, §11, Rn. 110; Baumbach/Hueck/Fastrich, §11, Rn. 11, 38

²⁴⁷ Vgl. Henssler/Strohn/Schäfer, GmbHG, §11, Rn 10-11

²⁴⁸ Vgl. Großkomm AktG/Schmidt, §41, Rn 38; MüKo GmbHG/Merkt, §11, Rn 110; zum Beispiel auch durch Bilanzierung: MüKo GmbHG/Herrler, §7, Rn. 89-99; an dieser Stelle wird jedoch darauf verzichtet, den Sonderfall der Kontenfortführung (OLG Hamm GmbHR 1997, 602; vgl. Breithaupt/Ottersbach/Schneider, §2, Rn. 188; MüKo GmbHG/Herrler, §7, Rn. 89-99; MHGesR, Band 3, §11, Rn. 88) näher zu betrachten

²⁴⁹ Vgl. v.Proff, DStR 2016, 2227

Jedoch liegt bei entgeltlicher Übertragung (gilt im Übrigen auch für den Share Deal, also den Verkauf von Anteilen der Vorgründungsgesellschaft an die UG) eine verdeckte Sacheinlage vor.²⁵⁰ Häufigste Erscheinungsform derselben ist das (hier dann vorliegende) Verkehrsgeschäft (Austauschgeschäft, z.B: ein Kaufvertrag), im Zuge dessen ein sacheinlagefähiger²⁵¹ Gegenstand (hM: Forderungen, Betriebsmittel, Geschäftsanteile oder Rechtsgesamtheiten wie Handelsbetriebe²⁵²) angekauft wird und ein Rückfluss der baren Einlage erfolgt.²⁵³ Die Reihenfolge der Leistungen ist dabei unerheblich.²⁵⁴

Grundsätzlich sollen die im Vorgründungsstadium erworbenen Wirtschaftsgüter zwar von der OHG (rechtsfähig, eigener Rechtsträger, keine Identität mit den einzelnen Gründern) an die UG übertragen werden, jedoch hat der BGH festgestellt, dass der Umgehungstatbestand der verdeckten Sacheinlage nicht als Voraussetzung habe, dass Einlageschuldner und Gläubiger der getilgten Forderung identisch seien. Maßgeblich dafür, dass sich der Einlageschuldner die Leistungen an einen Dritten wird zurechnen lassen müssen, sei, dass er dadurch in gleicher Weise begünstigt würde, als ob an ihn selbst geleistet wird.²⁵⁵ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Zahlung nicht an den Gesellschafter selbst, sondern an ein Unternehmen erfolgt, an dem er maßgeblich beteiligt ist,²⁵⁶ so wie in unserem Fall vorliegend.

Eine gegen das Sacheinlageverbot verstoßende Vereinbarung (zur verdeckten Sacheinlage) ist gem. § 134 BGB nichtig und stellt ein Eintragungshindernis dar.²⁵⁷ Wird diese verdeckte Einlage nach Eintragung der Gesellschaft festgestellt, hat dies jedoch keine Auswirkungen mehr auf das tatsächliche Bestehen der Gesellschaft.²⁵⁸

²⁵⁰ Vgl. MüKo GmbHG/Schwandtner, §19, Rn 210 ff.; Heckschen/Heidinger, Kapitel 3, Rn 3/Kapitel 11, Rn 181

²⁵¹ Vgl. zur SE-Fähigkeit lt. hM: Scholz/Veil, §5, Rn. 37ff. u. Ulmer/Casper, §5, Rn. 55ff.; insb. zu SE-Fähigkeit (zB BGHZ 180, 38 - Qivive), Anrechenbarkeit (§19 IV GmbHG), Sicherung der Kapitalaufbringung und strafrechtlichen Konsequenzen gibt es kritische Stimmen in der Literatur (vgl. Müko GmbHG/Schwandtner, §5, Rn. 119ff u. §19, Rn. 176ff.; Lutter/Hommelhoff/Bayer, §19, Rn. 56/57), die auf deutliche Widersprüche/Konflikte innerhalb der Regelungen/Entscheidungen selbst hinweisen; s.a. die Ausführungen und FN 288 zu Nebenleistungen im nächsten Abschnitt oder FN 274 zu „Sachverhalt verbotene SE“

²⁵² BGH NJW 1966, 1311; vgl. Scholz/Veil, §5, Rn. 49, 52, 53; Ulmer/Casper, §5, Rn.75, 76, 80; Großkomm. AktG/Schall, §27, Rn. 145

²⁵³ BGHZ 132, 141; BGHZ 28, 314; vgl. Heckschen/Heidinger, Kapitel 11, Rn. 177

²⁵⁴ BGHZ 153, 329; BGHZ 132, 133; BGHZ 152, 37

²⁵⁵ BGHZ 125, 141; BGH GmbHR 2003, 231; BGH GmbHR 2006, 477; Lutter/Hommelhoff/Bayer, §19, Rn. 72

²⁵⁶ BGHZ 170,47 = BGH NZG 2007, 144; BGHZ 153, 107 = NJW 2003, 825

²⁵⁷ Vgl. Henssler/Strohn/Fastrich, GmbHG, §5a, Rn. 11

²⁵⁸ Vgl. Gehrlein/Schmitz, GmbHG, §5a, Rn.18; Henssler/Strohn/Fastrich, §5a, Rn. 11

In der Literatur umstritten²⁵⁹ ist aber, ob dann § 19 Abs. 4 GmbHG, der die Behandlung/Heilung von verdeckten Sacheinlagen regelt, auch bei Gründungs- oder Kapitalerhöhungsvorgängen einer UG anwendbar ist.²⁶⁰

Ein Teil der Literatur verneint angesichts des gesetzlichen Verbotstatbestandes des §5a Abs. 2 S. 2 GmbHG die Möglichkeit der Anwendung von §19 Abs. 4 GmbHG²⁶¹. Denn sind Sacheinlagen insgesamt verboten, so können auch verdeckte Sacheinlagen nicht zulässig sein und über § 19 Abs. 4 GmbHG geheilt werden.²⁶²

Im Fall einer verschleierten/verdeckten Sachgründung gelte somit für die UG die Rechtslage, wie sie vor Inkrafttreten des MoMiG für die GmbH galt²⁶³. Das Verpflichtungsgeschäft ist unwirksam, ebenso ist es das Verfügungsgeschäft.²⁶⁴

Für die Anwendbarkeit des § 19 Abs. 4 GmbHG spricht aus Sicht anderer Vertreter in der Literatur hingegen, dass eine Nichtanwendung der Vorschrift bei der UG gegen den Sinn und Zweck des MoMiG sprechen würde.²⁶⁵ Das Sacheinlageverbot des §5a Abs. 2 S. 2 GmbHG habe ausschließlich die Beschleunigung des Gründungsprozesses im Fokus²⁶⁶, nicht hingegen den Gläubigerschutz²⁶⁷ und sei deshalb als bloße Vereinfachungsregel insbesondere im Rahmen der Gründung konzipiert.²⁶⁸ Auch mit Blick auf den Gläubigerschutz während des Bestehens der UG ergäbe sich nichts anderes, denn das hieße, dass die „vollwertige GmbH“ mit höherem Stammkapital einem gesetzlich vorgeschriebenen geringeren Schutz unterliegen sollte als das im Verhältnis geringere Kapital bei der UG.²⁶⁹ Die Anwendung der alten Rechtsfolgen sei

²⁵⁹ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek, §5a, Rn. 27; Baumbach/Hueck/Fastrich, §5a, Rn. 12

²⁶⁰ Vgl. Scholz/Westermann, §5a, Rn. 18-20; MüKo GmbHG/Rieder, §5a, Rn. 22/23; Ulmer/Paura, §5a, Rn. 40 mit ausführlicher Nennung von Befürwortern und Gegnern der Anwendung

²⁶¹ Vgl. Wicke, §5a, Rn.8; Freitag/Riemenschneider, ZIP 2007, 1485;

²⁶² Vgl. Schall, Gläubigerschutz, S. 119ff.; Bork/Schäfer/Schäfer, §5a, Rn. 22/23; s.a. Ausführungen von Scholz/Westermann, §5a, Rn. 20; Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek, §5a, Rn. 27: mit einer Auflistung der Gegner einer Anwendung von §19 Abs. 4 GmbH für die UG

²⁶³ Vgl. Schall, Gläubigerschutz, S. 119ff.; BeckOK GmbHG/C. Jaeger, §5a, Rn.44

²⁶⁴ Rechtsprechung vor MoMiG: BGH NZG 2003, 867 = BGH GmbHR 2003, 1051

²⁶⁵ Vgl. Scholz/Westermann, §5a, Rn. 21; Heckschen/Heidinger, Kapitel 5, Rn. 60

²⁶⁶ Vgl. Scholz/Westermann, §5a, Rn. 20; Lutter/Hommelhoff/Bayer, §19, Rn. 69; einschränkender in der Begründung Beschleunigung vs. Gläubigerschutz, aber im Ergebnis pro Anwendung §19 Abs. 4 GmbHG: Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek, §5a, Rn 13

²⁶⁷ Vgl. MüKo GmbHG/Rieder, §5a, Rn. 19

²⁶⁸ Vgl. Scholz/Westermann, §5a, Rn. 20

²⁶⁹ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, §19, Rn. 69; Heckschen/Heidinger, Kapitel 5, Rn.61

wertungswidersprüchlich und contra legem²⁷⁰ und stelle offenkundig eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung der UG und ihrer Gesellschafter dar.²⁷¹

Der Gesetzgeber hat hier in der Kombination von Deregulierung des GmbHG einerseits und Vorgabe von (Gläubigerschutz-) Mechanismen andererseits eine entscheidende Regelungslücke hinterlassen.²⁷²

Die Literatur ist also unentschieden, eine Rechtsprechung des BGH zu diesem Sachverhalt steht noch aus.²⁷³ Angesichts des nach hM klar vorliegenden Sachverhalts einer verbotenen verdeckten Sacheinlage²⁷⁴ und der Unsicherheiten für die UG-Gründer, ob sie hier neben der möglichen doppelten Einlageverpflichtung auch noch strafrechtliche Konsequenzen²⁷⁵ befürchten müssen²⁷⁶, ist der Asset Deal (ebenso wie ein entsprechender Share Deal) als Übertragungsalternative abzulehnen.

4.2.1.2 Einbringung und Übertragung ohne Gegenleistung

Das Sacheinlageverbot betrifft nur die Einzahlungen auf das Stammkapital der Gesellschaft in Form von sacheinlagefähigen Leistungen der Gesellschafter.²⁷⁷

Das Stammkapital²⁷⁸ ist die Summe aller mit der Zeichnung (richtiger: Übernahme) der Geschäftsanteile übernommenen Einlageverpflichtungen bei Gründung oder Kapitalerhöhung.²⁷⁹ Dieses gezeichnete Kapital ist jedoch nur ein möglicher Posten des gesamten Eigenkapitals bzw. Vermögens einer Gesellschaft²⁸⁰, hierzu gehören bilanziell auch andere Posten wie etwa Kapital- oder Gewinnrücklagen²⁸¹ oder gesellschaftsrechtlich die Nebenleistungsverpflichtungen der Gesellschafter gem. § 3 Abs. 2 GmbHG.²⁸² Dabei kann

²⁷⁰ Vgl. Ulmer/Paura, §5a, Rn. 40

²⁷¹ Vgl. MüKo GmbHG/Rieder §5a, Rn. 6; Lutter/Hommelhoff/Bayer, §19, Rn. 69: „anachronistisch“

²⁷² Vgl. Scholz/Westermann, §5a, Rn. 20,21; MüKo GmbHG/Rieder, §5a, Rn. 6 u. 20

²⁷³ Vgl. Scholz/Westermann, §5a, Rn. 20; Ulmer/Paura, §5a, Rn. 41

²⁷⁴ aA: Lutter/Hommelhoff/Bayer, §19, Rn.69; zur Diskussion s.a. FN 251 (SE-Fähigkeit), 288 (verdeckte SE)

²⁷⁵ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek, §5a, Rn.30

²⁷⁶ Vgl. Ulmer/Paura, §5a, Rn. 41; Bork/Schäfer/Schäfer, §5, Rn. 17

²⁷⁷ Vgl. Ulmer/Paura, §5a, Rn. 37; Einbringung von Sachen oder Vermögensgegenständen gegen Ausgabe von Beteiligungsrechten: Ulmer/Casper, §5, Rn. 35; s.a. BGHZ 184, 158 (Eurobike)

²⁷⁸ „Gezeichnetes Kapital“ gem. § 272 HGB: Ulmer/Paura, §5a, Rn. 32; Coenenberg/Haller/Schultze, S. 335

²⁷⁹ Vgl. Ulmer/Löbbe, §3, Rn. 28ff; Ulmer/Casper, §5, Rn. 9, 18; Scholz/Emmerich, §3, Rn. 46;

Scholz/Veil, §5, Rn. 7; Lutter/Hommelhoff/Bayer, §5, Rn. 2-5

²⁸⁰ Vgl. Ulmer/Löbbe, §3, Rn.25; Scholz/Veil, §5, Rn. 7

²⁸¹ Vgl. Coenenberg/Haller/Schultze, S. 334

²⁸² Als Bestandteil des Gesellschaftsvertrags oder einer zusätzlichen schuldrechtlichen Verpflichtung der Gesellschafter: Ulmer/Löbbe, §3, Rn. 66; Scholz/Emmerich, §3, Rn. 53, 69

grundsätzlich alles Nebenleistung sein, was Gegenstand einer schuldrechtlichen Verpflichtung sein kann (insb. ein Aufgeld – Agio – oder auch Sachleistungen).²⁸³ Da die Nebenleistungen nach hM²⁸⁴ kein Bestandteil der Einlage sind, finden für sie insbesondere keine Registerprüfung, keine Differenzhaftung nach § 9 GmbHG, nicht die Regelungen zur verdeckten Sacheinlage, kein Aufrechnungs- oder Zahlungsverbot bei (Dritt)-Forderungen der Gesellschafter oder die Kapitalbindungsvorschriften (§§ 30, 31 GmbHG) Anwendung.²⁸⁵

Die Nebenleistung in Form eines (korporativen) Agios wird in die Kapitalrücklage nach § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB eingestellt²⁸⁶, ansonsten werden die Nebenleistungen als sonstige Zuzahlung in die freie Kapitalrücklage nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB eingestellt.²⁸⁷ Nebenleistungen können entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen, ein Entgelt in zeitlicher Nähe zur eigentlichen Kapitalaufbringung würde jedoch als verdeckte Sacheinlage zu werten sein.²⁸⁸ Demgegenüber können ohne Weiteres auch Unternehmensanteile mit einhergehenden Schulden eingebracht werden.²⁸⁹

Im Gegensatz zum entgeltlichen Erwerb erscheint also die Einbringung der Vorgründungsgesellschafts-Anteile als (Sach-)Agio²⁹⁰ gem. § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB oder als sonstige Zuzahlung gem. § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB²⁹¹ als Lösung für unser Problem grundsätzlich möglich und als Alternative zur Sacheinlage²⁹² anwendbar und in der Literatur vorgeschlagen.²⁹³

²⁸³ Vgl. Scholz/Emmerich, §3, Rn. 69ff; Ulmer/Löbbe, §3, Rn. 69ff; Lutter/Hommelhoff/Bayer, §3, Rn. 54ff.

²⁸⁴ Vgl. BGH NZG 2008, 73; vgl. Scholz/Emmerich, §3, Rn.74ff; Lutter/Hommelhoff/Bayer, §3, Rn. 39; Ulmer/Löbbe, §3, Rn. 71, 72; Ulmer/Casper, §5, Rn.15, 18

²⁸⁵ Vgl. Ulmer/Löbbe, §3, Rn. 72; Lutter/Hommelhoff/Bayer, §9; Rn. 12 Scholz/Veil, §5, Rn. 21

²⁸⁶ Vgl. Ulmer/Löbbe, §3, Rn. 72; Scholz/Emmerich, §3, Rn. 74a; Lutter/Hommelhoff/Bayer, §3, Rn. 53

²⁸⁷ Vgl. MüKo GmbHG/Lieder, §57d, Rn. 6; Heidel/Schall/Hoffmann/Weyer, §272, Rn. 47

²⁸⁸ Vgl. Ulmer/Löbbe, §3, Rn.81; Lutter/Hommelhoff/Bayer, §3, Rn.45; Scholz/Veil, §5, Rn. 80; nicht ohne Widerspruch in sich, s. FN 251 bei „SE-Fähigkeit“ (vgl. MüKo GmbHG/Schwandtner, §19, Rn. 175ff, 192: Unsicherheit, Willkür, Reformbedarf; Lutter/Hommelhoff/Bayer, §19, Rn. 56/57: Neuregelung dringend geboten): Einordnung als Sacheinlage, was gar keine Sacheinlage sein kann (mangels Einlagefähigkeit, s.a. BGHZ 184, 158: Regeln über verdeckte Sacheinlage unanwendbar bei fehlender Sacheinlagefähigkeit; daher auch nur als Nebenleistung einbringbar: Ulmer/Casper, §5, Rn. 87; Scholz/Emmerich, §3, Rn. 77) und auch keine sein darf, weil keine Ausgabe von Beteiligungsrechten mit dieser Leistung verbunden ist (Scholz/Veil, §5, Rn.34); eine Lösung könnte die „Verkehrsgeschäftsausnahme“ nach Schall, Gläubigerschutz, S. 138ff, sein

²⁸⁹ OLG Karlsruhe, NZG 2014, 622: Kapitalaufbringung durch Vorbelastungshaftung gesichert, Kapitalerhaltung über §§30,31 GmbHG gesichert

²⁹⁰ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, §5, Rn. 43; Wiedemann/Frey, GesR, Rn.332 u. 255

²⁹¹ OLG Karlsruhe, GmbHR 2014, 752: Einbringung eines Einzelunternehmens möglich, keine Einlage im technischen Sinne; Ulmer/Paura, §5a, Rn. 41: bei UG „ohne Weiteres“ zulässig

²⁹² Vgl. Ulmer/Löbbe, §3, Rn. 73: insbesondere für die UG; Bork/Schäfer/Schäfer, §5, Rn. 17

²⁹³ Vgl. Ulmer/Paura, §5a, Rn. 42, 70 (auch für die UG); Atta, GmbHR 2017, 567

Zur Wirksamkeit der Übertragung der Vorgründungsgesellschafts-Anteile muss jedoch, sofern der Vorgründungs-Gesellschaftsvertrag keine anderen Regelungen diesbezüglich vorsieht, die Zustimmung aller Gesellschafter zu dieser Übertragung gegeben sein.²⁹⁴ Insbesondere in dem hier geschilderten Sachverhalt wird in der Regel kein schriftlicher Vertrag vorliegen und es werden im Streitfall Probleme entstehen, die von der möglichen Beweisbarkeit mündlich getroffener Regelungen bis hin zur Nichtigkeit des Übertragungsvorgangs reichen können.²⁹⁵

Wenn aber tatsächlich alle Anteile an der Vorgründungsgesellschaft wirksam in das Vermögen der UG – gleich ob als Agio oder sonstige Zuzahlung in die Rücklage – übertragen werden, sind alle Anteile einer Personengesellschaft in einer Hand und es kommt im Ergebnis zu einer einfachen unentgeltlichen Anwachsung²⁹⁶. Diese Art der Übertragung wird in Kapitel 4.2.2.1 behandelt.

In einem weiteren Szenario könnten die Gründer statt der Anteile der Vorgründungsgesellschaft einzelne Gegenstände oder Rechte als Nebenleistung iSd § 3 Abs. 2 GmbHG auf die UG übertragen,²⁹⁷ sie als Zuzahlungen iSv § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB in die Kapitalrücklage erbringen und diese Rücklage später sogar gem. § 57c in Stammkapital umwandeln.²⁹⁸

Aber wegen der Einzeleinbringung der Vermögenswerte kann bilanziell keine Buchwertfortführung in Anspruch genommen werden.²⁹⁹ Es droht also die ertragsrelevante Aufdeckung stiller Reserven. Außerdem muss, ebenso wie bei der möglichen Einzelübertragung von Verträgen, eine Zustimmung der Vertragspartner/Gläubiger nach §§ 414, 415 BGB³⁰⁰ erfolgen. Zudem wäre für die Übertragung von Verträgen die Zustimmung aller Gründungsgesellschafter erforderlich, da es sich um eine Übertragung der Rechtsstellung aus der Vorgründungsgesellschaft handelt, auch wenn der spätere GmbH-Vertrag

²⁹⁴ Vgl. BGHZ 44, 229; BGHZ 81, 82; vgl. MüKo BGB/Schäfer, §730, Rn. 86; EBJs/Wertenbruch, §105, Rn. 100; MHGesR, Band1, §61, Rn. 2; Staub/Schäfer, §105, Rn. 186, 189, 294

²⁹⁵ Vgl. Ulmer/Casper, §5, Rn. 74; s.a. Staub/Schäfer, §105, Rn. 364 u. Staub/Habersack, §130, Rn. 9: Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft in diesem Fall nicht anwendbar

²⁹⁶ Vgl. MüKo BGB/Schäfer, §730, Rn.90; K. Schmidt, GesR, S. 309 u. 336, hier aber als Gesamtrechtsnachfolge bezeichnet und ablehnend gegenüber dem Begriff „Anwachsung“; s.a. Schall, ZfPW 2016, 445, der diese Variante (nach dem „Zwischenschritt“ Wechselbalg-Theorie) als (unsichere) Brexit-Lösung für die Ltd. angeführt hat („Anwachsung durch Statutenwechsel“)

²⁹⁷ Vgl. Ulmer/Löbbe, §3, Rn. 73

²⁹⁸ Vgl. MüKo GmbHG/Rieder, §5a, Rn. 19 u. 25, s.a. Kapitel 3.3.2: Umwandlung von Rücklagen erlaubt

²⁹⁹ Vgl. Heckschen/Heidinger, Kapitel 3, Rn. 3

³⁰⁰ Vgl. v.Proff, DStR 2016, 2227

andere Mehrheitsentscheidungen vorsieht.³⁰¹ Überdies bleibt die Vorgründungsgesellschaft auch nach Transfer der Werte bis zu ihrer vollständigen Liquidation (als OHG oder GbR)³⁰² weiter bestehen.³⁰³

Im Ergebnis ist also festzuhalten, dass die Übertragung von einzelnen Vermögensgegenständen und/oder Verträgen von der Vorgründungsgesellschaft auf die UG in Form von Nebenleistungen möglich, aber mit vielen Umständen und Unsicherheiten behaftet ist.

Für die Übertragung der Werte und Verbindlichkeiten wie auch der Verträge bieten sich vor allem Umwandlungslösungen an, bei denen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge/Universalsukzession das komplette Vermögen unter Beibehaltung der Identität³⁰⁴ übergeht und keine Vermögensübertragung mit Einzelrechtsnachfolge nach den allgemeinen Vorschriften erforderlich ist.³⁰⁵ Diese sollen in den folgenden Abschnitten beschrieben werden.

4.2.2 Anwachsungsmodell

Die Anwachsung ist eine besondere Art des Vermögensübergangs innerhalb einer Personengesellschaft oder von einer Personengesellschaft auf einen Gesellschafter, die auch für Umstrukturierungen oder Unternehmenskäufe genutzt werden kann.³⁰⁶

Unter einer Umwandlung durch Anwachsung versteht man in diesem Zusammenhang den Sachverhalt, dass das Ausscheiden aller Gesellschafter einer Personengesellschaft bis auf einen dazu führt, dass das Unternehmen in der Rechtsform des verbleibenden Gesellschafters fortgeführt wird.³⁰⁷ Die Anwachsung ist nicht Rahmen des Umwandlungsgesetzes als Spezialgesetz,³⁰⁸

³⁰¹ Vgl. BeckOK GmbHG/C. Jaeger, §5a, Rn 37

³⁰² Ebenso wie der kaufmännische Betrieb aus der GbR eine OHG machen kann, kann der Wegfall dieses Betriebs und des Vermögens dazu führen, dass sich die OHG wieder in eine GbR wandelt: BGHZ 32, 307; vgl. K. Schmidt, GesR, S. 1305/1306

³⁰³ Vgl. Semler/Stengel/Stengel, UmwG, §2, Rn. 47

³⁰⁴ Vgl. K. Schmidt, GesR, S. 354/355

³⁰⁵ Vgl. Semler/Stengel/Stengel, UmwG, Rn. 9-16; K. Schmidt, GesR, S. 356: „ohne Anwendung des Spezialitätsprinzips“

³⁰⁶ Vgl. K. Schmidt, GesR, S. 358; v.Proff, DStR 2016, 2227; Orth, DStR 1999, 1011

³⁰⁷ Vgl. SBB/Sagasser/Bula/Abele, §29, Rn. 6

³⁰⁸ Vgl. Semler/Stengel/Stengel, UmwG, §1, Rn. 57; Kuhlmann/Ahnis, Rn. 921

sondern über das Zivil- und Gesellschaftsrecht geregelt³⁰⁹. Wegen ihrer einfachen Handhabung und ihrer – insb. im Vergleich zu Umwandlungen nach dem UmwG oder einem Liquidationsverfahren - kostensparenden Wirkungen wird sie zivilrechtlich empfohlen.³¹⁰ Zugleich ist die steuerliche Behandlung weniger einfach³¹¹ und sollte bei der Wahl des Anwachsungsmodells (s.u.) berücksichtigt werden.

Anwachsung iSd § 738 Abs. 1 S. 1 BGB tritt dann ein, wenn ein Gesellschafter aus einer Personengesellschaft ausscheidet und damit sein Anteil am Gesellschaftsvermögen automatisch³¹² den verbleibenden Gesellschaftern zuwächst.³¹³

Im Gegenzug hat der ausscheidende Gesellschafter Anspruch auf eine Abfindung nach § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB, sofern er am Gesellschaftsvermögen beteiligt war.³¹⁴ Diese Vorschrift verpflichtet die “übrigen Gesellschafter”, dem ausscheidenden Gesellschafter ein (vollwertiges)³¹⁵ Äquivalent des Auseinandersetzungsguthabens wie bei Auflösung der Gesellschaft zu zahlen.³¹⁶ Nach ganz hM hat jedoch die die Gesellschaft bzw. die Gesamtheit die Abfindungsverpflichtung gegenüber dem ausscheidenden Gesellschafter und nicht die Gesellschafter.³¹⁷ Durch sog. Abfindungsklauseln im Gesellschaftsvertrag kann der Abfindungsanspruch des ausscheidenden Gesellschafters aufgrund seines dispositiven Charakters von vornherein beschränkt werden.³¹⁸ Wenn hingegen ein weiterer Gesellschafter in eine Personengesellschaft eintritt³¹⁹ und den bisherigen Gesellschaftern etwas von

³⁰⁹ § 738 Abs. 1 BGB, mit entsprechender Anwendung für Handelsgesellschaften über §105 Abs. 3 HGB; vgl. MüKo BGB/Schäfer, §738, Rn.10; Staub/Schäfer, §105, Rn. 66

³¹⁰ Vgl. SBB/Sagasser/Bula/Abele, §29 Rn. 1-4, 6; Lutter/Drygala, UmwG, §1, Rn. 51-53

³¹¹ Vgl. MAH/PersGesR/Pathe, §22, Rn. 20

³¹² Vgl. MüKo HGB/Schmidt, §131, Rn. 104

³¹³ Zur ausführlichen dogmatischen Einordnung der Anwachsung vor und nach der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Außen-GbR (BGHZ 146, 341) und ob man überhaupt noch von Anwachsung sprechen kann, siehe K.Schmidt, Festschrift Huber, S.969ff; vgl. auch EBJs/Lorz, §131, Rn. 56-58; MüKo HGB/Schmidt, §131, Rn. 103; MHGesR, Band1, §10, Rn. 37,75

³¹⁴ Vgl. MüKo BGB/Schäfer, §738, Rn. 2,14,15; MHGesR, Band1, §10, Rn. 37

³¹⁵ Vgl. Staudinger/Habermeier, §738, Rn. 4; Staub/Schäfer, §131, Rn. 117

³¹⁶ Vgl. MüKo BGB/Schäfer, §738, Rn. 17; MüKo HGB/Schmidt, §131, Rn. 112; Staub/Schäfer, §131, Rn. 141

³¹⁷ BGH WM 1972, 1399; MüKo BGB/Schäfer, §738, Rn. 16; Staudinger/Habermeier, §738, Rn. 12; MüKo HGB/Schmidt, §131, Rn. 128

³¹⁸ BGHZ 135, 387 389; vgl. EBJs/Lorz, §131, Rn. 56-58; Früchtl, NZG 2007, 368: „mit vielen Gestaltungsmöglichkeiten“; MüKo HGB/Schmidt, §131, Rn. 104, 124

³¹⁹ Vgl. K. Schmidt, GesR, S. 1317, 1739: „Vertragsbeitritt“ zur vorhandenen Gesellschaft

ihrem Anteil am Gesellschaftsvermögen zugunsten des neuen Gesellschafters „abwächst“ spricht man von Abwachsung³²⁰.

Dieses Prinzip der An- und Abwachsung ist ein dem Recht der Gesamthandsgemeinschaften immanenter Rechtsgedanke³²¹, der für alle Personengesellschaften seinen gesetzlichen Niederschlag in § 738 BGB gefunden hat, dort jedoch beschränkt auf mehrgliedrige Gesellschaften, die auch nach einer Anwachsung mindestens noch als zweigliedrige Gesellschaften fortbestehen.³²² Für Personenhandelsgesellschaften wurde dieser Rechtsgedanke bis zum Handelsrechtsreformgesetz 1998³²³ in § 142 HGB geregelt, dort mit der Ergänzung, dass Anwachsung - in entsprechender Anwendung des § 738 Abs. 1 S. 1 BGB (§ 142 Abs. 3 HGB)³²⁴ - auch eintritt, wenn eine zweigliedrige Gesellschaft dadurch erlischt, dass der vorletzte Gesellschafter ausscheidet.³²⁵

Ob das Vermögen der Gesellschaft in diesem Fall im Wege der Liquidation auseinander zu setzen ist oder ob es durch Anwachsung auf den einzigen verbliebenen Gesellschafter übergeht, hängt von dem Vorhandensein einer Übernahmevereinbarung ab.³²⁶ Eine solche kann sowohl im Gesellschaftsvertrag als auch später (sogar bei einer in Auflösung befindlichen Gesellschaft, sofern noch Vermögen vorhanden ist) durch alle Gesellschafter getroffen werden.³²⁷ Die Rechtsprechung wendete die Systematik der Anwachsung insb. wegen ihrer Zuordnung zum Recht der Gesamthandsgemeinschaften auch über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus (entsprechend) an, wenn aus einer zweigliedrigen Personengesellschaft (GbR), die nicht zugleich Personenhandelsgesellschaft ist, alle bis auf einen Gesellschafter ausschieden.³²⁸

§ 142 HGB ist inzwischen aufgehoben (s.o.) und durch einen neuen Satz 2 in der Parallelvorschrift des § 140 Abs. 1 HGB ersetzt worden³²⁹, demzufolge es einer

³²⁰ Vgl. MüKo BGB/Schäfer, §718, Rn. 5, 8; K. Schmidt, GesR, S. 1317; Staub/Schäfer, §105, Rn.279

³²¹ Vgl. MüKo BGB/Schäfer, §738, Rn. 13; Früchtl, NZG 2007, 368: „Eckpfeiler des PersGesR“

³²² Vgl. Orth, DStR 1999, 1011

³²³ BGBI I 1998, 1588

³²⁴ RGZ 65, 227; MAH/PersGesR/Pathe, § 22, Rn. 17

³²⁵ BGHZ 71, 296 = NJW 1978, 1525; MHGesR, Band 1, §10, Rn. 75; begrifflich einschränkender: MüKo HGB/Schmidt, §131, Rn. 105: „Gesamtrechtsfolge“, keine „Anwachsung“

³²⁶ BGH DStR 1994, 401; vgl. v.Proff, DStR 2016, 2227

³²⁷ Vgl. MAH PersGesR/Mutter/Gündisch, §19, Rn. 89, 103, mit Formulierungsvorschlägen

³²⁸ BGHZ 32, 307 = BGH NJW 1960, 1664; BGH NJW 1966, 827; vgl. MüKo BGB/Ulmer, § 738, Rn. 7

³²⁹ Vgl. EBJs/Lorz, §131, Rn. 56-58

Ausschlussklage nicht entgegensteht, dass nach der Ausschließung nur ein Gesellschafter verbleibt.³³⁰ Aus dieser Vorschrift lässt sich der Rechtsgedanke entnehmen, dass (nach allgemeinen Regeln) zulässige Maßnahmen zur Änderungen im Gesellschafterbestand auch dann möglich sind, wenn in der Folge nur noch ein Gesellschafter verbleibt und die Gesellschaft aufgelöst wird.³³¹ Nach hM ist damit die Übertragung des Geschäftsanteils auf den einzigen verbliebenen Mitgesellschafter möglich und zulässig.³³²

Eine weitergehende gesetzliche Regelung gibt es (auch im UmwG) zur Anwachsung nicht.³³³ Nach dem Wegfall des § 142 Abs. 3 HGB richtet sich der Abfindungsanspruch – auch für die Personenhandelsgesellschaften über § 105 Abs. 3 HGB³³⁴ – weiterhin nach § 738 BGB.³³⁵

Während beim Ausscheiden von Gesellschaftern (mit Fortsetzungs-/Übernahmeklausel im Gesellschaftsvertrag)³³⁶ grundsätzlich von Anwachsung ausgegangen wird, treten die gleichen Rechtsfolgen nach allgemeiner Ansicht auch dann ein, wenn in die Anwachsung durch eine Anteilsübertragung zustande kommt, durch die sich alle Anteile an einer Personengesellschaft in einer Hand vereinigen.³³⁷ Diese Vereinigung entsteht dann, wenn entweder ein verbleibender Gesellschafter die übrigen Gesellschaftsanteile erwirbt³³⁸ oder sämtliche Gesellschaftsanteile von einem Dritten (z. B. als Sacheinlage, „erweitertes Anwachsungsmodell“) erworben werden³³⁹.

Eine dogmatische Einordnung der Anwachsung³⁴⁰ (und Abwachsung) hat es vom Gesetzgeber selbst nicht gegeben.³⁴¹ Nach hM bewirkt das Ausscheiden sämtlicher Gesellschafter einer Personengesellschaft bis auf einen Gesellschafter, dass der Verbleibende das Gesellschaftsvermögen ohne Liquidation mit allen Aktiven und Passiven übernimmt.³⁴² Dem

³³⁰ BT-Drs. 13-8444, S. 67f; vgl. K. Schmidt, NJW 1998, 2166

³³¹ Vgl. MHGesR, Band 1, §10, Rn. 75; EBJs/Lorz, §131, Rn. 56-58

³³² BGHZ 32, 307 = BGH NJW 1960, 1664

³³³ Vgl. v.Proff, DStR 2016, 2227

³³⁴ BGHZ 32, 307 = BGH NJW 1960, 1664; vgl. EBJs/Wertenbruch, §105, Rn. 6

³³⁵ Vgl. Staub/Schäfer, §105, Rn. 57; MüKo HGB/Schmidt, §131, Rn. 102; Staudinger/Habermeier, §738, Rn.5

³³⁶ BGH DStR 1994, 401; vgl. v.Proff, DStR 2016, 2227

³³⁷ Vgl. MüKo BGB/Ulmer, §723, Rn.9; MHGesR, Band1, §10, Rn. 56; K. Schmidt, GesR, S. 309, 336

³³⁸ BFH BStBl III 1961, 174; BFH BStBl II 1977, 359; BStBl II 1997, 296; vgl. Orth, DStR 1999, 1011

³³⁹ BGHZ 71, 297; BGH WM 1979, 249; BFH BStBl II 1995, 903

³⁴⁰ Früher Akkreszenz: RGZ 65, 227

³⁴¹ BT-Drs 13-8444, S. 67: „dogmatische Ansätze differieren“, vgl. Orth, DStR 1999, 1011

³⁴² BGHZ 32, 307; vgl. EBJs/Lorz, §131, Rn. 56-58

Alleinübernehmer wächst das Gesellschaftsvermögen ohne einzelne bzw. besondere Übertragungsakte³⁴³ durch einheitlichen Akt³⁴⁴ bzw. als Ganzes³⁴⁵ bzw. im Wege der Gesamtrechtsnachfolge³⁴⁶ zu. Teilweise wird diese Rechtsfolge der Anwachsung³⁴⁷ aber nicht als Gesamtrechtsnachfolge sondern als Sonderrechtsnachfolge bezeichnet.³⁴⁸

Auch die herrschende Literatur geht davon aus, dass der Vermögensübergang von der Gesamthand auf den Übernehmer sich durch Gesamtrechtsnachfolge, unter Umwandlung des Gesamthandseigentums in Alleineigentum des Übernehmers und nicht durch Einzelübertragung der Vermögensgegenstände (Einzelrechtsnachfolge) vollzieht.³⁴⁹ Insoweit tritt eine Änderung in der rechtlichen Zuordnung des Vermögens³⁵⁰ bzw. eine Änderung der Rechtszuständigkeit³⁵¹ infolge der Anwachsung ein³⁵², weswegen der Übergang des Unternehmens von einer Gesellschaft auf einen Alleininhaber auch als “Wechsel des Unternehmensträgers” aufgefasst worden ist.³⁵³ Es erfolgt eine Fortführung des Unternehmens in der Rechtsform des verbleibenden Gesellschafters.³⁵⁴ Die Anwachsung ermöglicht so vergleichbare Erleichterungen für den Vermögensübergang durch Gesamtrechtsnachfolge wie die Umwandlungsarten der Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung.³⁵⁵

Die Personengesellschaft selbst erlischt durch die Anwachsung³⁵⁶ und es kommt zu einer automatischen³⁵⁷, irreversiblen³⁵⁸ Vollbeendigung ohne Liquidation.³⁵⁹

³⁴³ BGH NJW-RR 1993, 1443,

³⁴⁴ BGHZ 50, 307; BFH BStBl II 1981, 293

³⁴⁵ BGH NJW 1993, 1917

³⁴⁶ BGHZ 48, 203; BGHZ 71, 296

³⁴⁷ Begriff Anwachsung für diesen Fall umstritten: vgl. EBJs/Lorz, §131, Rn. 56-58, MüKo BGB/Schäfer, §738, Rn. 11; MüKo HGB/Schmidt, §131, Rn. 105 (Schmidt grundsätzlich: Gesamtrechtsnachfolge statt Anwachsung)

³⁴⁸ z.B. in BFH BStBl II 1997, 359; vgl. MAH/PersGesR/Pathé, §22, Rn. 20

³⁴⁹ Vgl. MüKo BGB/Ulmer, §730, Rn. 62; MHGesR, Band 1, §9, Rn. 25; K. Schmidt, GesR, S. 309

³⁵⁰ BFH BStBl. II 1977, 671

³⁵¹ BGH NJW 1996, 827

³⁵² Vgl. MüKo BGB/Schäfer, §738, Rn. 11 (keine „Anwachsung“, sondern „Übernahme“); MüKo HGB/Schmidt, §131, Rn. 105 (keine „Anwachsung“, sondern „Vermögensübergang“)

³⁵³ BGH NJW 1989, 1798; vgl. Orth, DStR 1999, 1011

³⁵⁴ Vgl. SBB/Sagasser/Bula/Abele, §29, Rn. 1-4; Kuhlmann/Ahnis, Rn. 921

³⁵⁵ Vgl. Eckhardt/Herrmanns/Specks, Kapitel 7, Rn. 3; Semler/Stengel/Stengel, UmwG, Einleitung A, Rn. 88

³⁵⁶ BGHZ 71, 296; BFH BStBl II 1977, 359; für weitere Urteile s. Baumbach/Hopt/Roth, HGB, § 131, Rn. 35

³⁵⁷ Vgl. MüKo HGB/Schmidt, § 131, Rn. 7: „ungeschriebener Beendigungstatbestand“ und Rn. 101

³⁵⁸ Vgl. K. Schmidt, GesR, S. 336

³⁵⁹ BGHZ 71, 296; vgl. Semler/Stengel/Moszka, UmwG, §24, Rn. 88; EBJs/Wertenbruch, §105, Rn. 46

In deren Folge gehen die Anteile an der Personengesellschaft unter³⁶⁰ bzw. erlöschen³⁶¹ („Verlust der Mitgliedschaft“³⁶²). Spricht man in diesem Zusammenhang von einer Vereinigung sämtlicher Anteile in einer Hand, führt dies zugleich unstreitig zum Untergang der Mitgliedschaftsrechte, denn das Gesellschaftsverhältnis endet durch Konfusion und die Gesamthand fällt in sich zusammen (es gibt im Gegensatz zur Ein-Personen-GmbH oder Ein-Personen-AG keine Ein-Personen-Personengesellschaft³⁶³).³⁶⁴

Der verbleibende Gesellschafter haftet für die im Wege der Gesamtrechtsnachfolge erworbenen Schulden grundsätzlich unbeschränkt mit seinem gesamten, ungeteilten Vermögen,³⁶⁵ ob dies auch dann gilt, wenn der letztverbleibende Gesellschafter Kommanditist gewesen ist, ist umstritten.³⁶⁶ Die §§ 159, 160 HGB finden auf den verbleibenden/übernehmenden Gesellschafter keine Anwendung.³⁶⁷ Die (Nach-)Haftung der ausscheidenden Gesellschafter richtet sich nach der Rechtsform: es gilt § 160 Abs. 1 HGB für den persönlich haftenden Gesellschafter der Handelsgesellschaft, § 160 Abs. 1 HGB iVm § 736 Abs. 2 BGB für den Gesellschafter einer GbR und § 172 Abs. 4 iVm 160 Abs. 1 HGB für den Kommanditisten.³⁶⁸ Die Sonderverjährung nach § 159 HGB greift bei dem hier vorliegenden Fall der Löschung der Gesellschaft ohne Liquidation nicht.³⁶⁹ Ein zum Zeitpunkt des Ausscheidens gegen die Gesellschaft anhängiger Prozess wird gegen den Rechtsnachfolger fortgesetzt und die §§ 239, 246 ZPO entsprechend angewandt.³⁷⁰ Titel können nach § 727 ZPO umgeschrieben werden.³⁷¹

Keine rechtlichen Einschränkungen für die Anwachsung ergeben sich aus § 1 Abs. 2 UmwG und dem darin enthaltenen sog. numerus clausus der

³⁶⁰ BFH BStBl II 1997, 296

³⁶¹ OLG Düsseldorf NZG 1999, 26 = NJW-RR 1999, 619

³⁶² BFH BStBl II 1992, 912; vgl. MüKo BGB/Schäfer, §738, Rn. 6; MüKo HGB/Schmidt, §131, Rn. 98

³⁶³ BGHZ 32, 307 = BGH NJW 1960, 1664; vgl. MüKo HGB/Schmidt, §105, Rn. 24, das ist der Grundsatz, Ausnahmen hiervon aufgrund nicht-einheitlicher Mitgliederschaft siehe Staub/Schäfer, §105, Rn. 72ff

³⁶⁴ Vgl. K. Schmidt, GesR, S. 209f u. 1304 u. 1762; MüKo HGB/Schmidt, §131, Rn. 101

³⁶⁵ Vgl. Staub/Habersack, §130, Rn. 1-5; Henssler/Strohn/Klöhn, HGB, § 131, Rn. 63-68

³⁶⁶ Pro unbeschränkte Haftung: Staub/Schäfer, §131, Rn. 113/114; Baumbach/Hopt/Roth, HGB, §131, Rn. 35; contra (Haftung begrenzt auf zugefallenes Gesellschaftsvermögen): BGH NZG 2004, 611; EBJS/Henze/Notz, Anhang A zu §177a, Rn.284; Heidel/Schall/Eberl, §162, Rn. 37

³⁶⁷ Vgl. Henssler/Strohn/Klöhn, HGB, § 131, Rn. 63-68

³⁶⁸ Vgl. MüKo BGB/Schäfer, §730, Rn. 85, §736, Rn. 20ff; Baumbach/Hopt/Roth, HGB, §160, Rn. 1ff

³⁶⁹ Vgl. Staub/Habersack, §159, Rn. 7; EBJS/Hillmann, §159, Rn. 5; Heidel/Schall/Eberl, §159, Rn. 4

³⁷⁰ BGH NZG 2004, 611; vgl. Staub/Habersack, §124, Rn. 40

³⁷¹ Vgl. Henssler/Strohn/Klöhn, HGB, § 131, Rn. 63-68

Umwandlungsmöglichkeiten³⁷². Dieser betrifft nur die in dem handelsrechtlichen Umwandlungsgesetz definierten Arten der Umwandlung, wie dies auch im Wortlaut des § 1 Abs. 2 UmwG zum Ausdruck kommt.³⁷³ In den Gesetzesmaterialien wird ergänzend festgestellt, dass bisher schon bestehende andere Methoden – mit ausdrücklicher Nennung der Anwachsung nach § 105 Abs. 3 HGB iVm § 738 BGB - die Struktur eines Unternehmensträgers zu verändern, erhalten bleiben.³⁷⁴

Als übertragender Rechtsträger kommen bei einer Umwandlung durch Anwachsung aufgrund der Rechtssystematik natürlich ausschließlich Personengesellschaften in Betracht³⁷⁵, namentlich:

- GbR mit gesamthänderisch gebundenem Vermögen (§ 738 Abs. 1 S.1 BGB),³⁷⁶
- OHG (§ 105 Abs. 3 HGB iVm § 738 Abs. 1 S. 1 BGB.),
- KG (§§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB iVm § 738 Abs. 1 S. 1 BGB), einschließlich GmbH & Co. KG³⁷⁷.

Der Kreis der möglichen übernehmenden Rechtsträger im Rahmen einer Anwachsung umfasst sämtliche Rechtsträger, die ihrer Rechtsform nach (allein verbleibender) Gesellschafter der vorgenannten Personengesellschaften sein können³⁷⁸:

- Natürliche Personen bzw. Einzelkaufleute,
- Personengesellschaften,
- Juristische Personen, insbes. Kapitalgesellschaften und damit auch die GmbH bzw. UG.

Für die in dieser Arbeit behandelte Übertragung des Gesellschaftsvermögens der Vorgründungsgesellschaft auf die UG muss also im ersten Schritt eine gemeinsame Personengesellschaft von Vorgründungsgesellschaft und UG

³⁷² Vgl. SHS/Stratz, UmwG §1, Rn. 66; Semler/Stengel/Stengel, UmwG, §1, Rn. 57, 59

³⁷³ Vgl. K. Schmidt, GesR, S. 358 u. 366

³⁷⁴ Vgl. MüKo BGB/Schäfer, §730, Rn. 91; Lutter/Bayer, UmwG, EinleitungI, Rn. 56ff: UmwG ist vielmehr auf Strukturmaßnahmen ausgelegt (Rn. 60)

³⁷⁵ Vgl. K. Schmidt, GesR, S. 337

³⁷⁶ BGHZ 32, 307; BGH NJW 1966, 827; BGH NJW-RR 1993, 1443

³⁷⁷ Vgl. Heidel/Schall/Eberl, §162, Rn. 37; MAH/PersGesR/Pathe, §22, Rn.21

³⁷⁸ Vgl. K. Schmidt, GesR, S. 1311

vorliegen, die zudem über das komplette Vermögen und alle Rechtsverhältnisse der Vorgründungsgesellschaft verfügt. Dies geschieht am einfachsten durch Beitritt der UG zu dieser Vorgründungsgesellschaft.³⁷⁹ Mit dem Beitritt in die Gesellschaft wächst der UG ein entsprechender Anteil am Gesellschaftsvermögen ipso jure an³⁸⁰, während dieser Anteil den anderen Gesellschaftern abwächst.³⁸¹

Vertretbar ist dies bei einer im Vorfeld der Gründung geschäftstätigen Vorgründungsgesellschaft (OHG) in jedem Fall³⁸², da sowohl Vorgründungsgesellschaft als auch die UG den gleichen Unternehmenszweck bzw. wirtschaftlichen Schwerpunkt haben und eine gemeinschaftliche Ausrichtung (die Weiterführung des angefangenen Geschäfts) haben³⁸³ und damit in der Lage sind, alle Pflichten von Gesellschaftern in Personengesellschaften (Treuepflicht etc.) zu erfüllen.

Gleiches gilt im Übrigen für ein Beitrittsmodell mit einer KG³⁸⁴, wobei sich hier zusätzliche Möglichkeiten des Beitritts der UG zur bestehenden Gesellschaft und in der dann folgenden Gesellschafter-Strukturierung ergeben (Beitritt als Komplementär oder Kommanditist, Wechsel der Stellung der bisherigen Gesellschafter, siehe Abschnitt 4.2.2.1.b).

Auch der Beitritt der UG zu einer (Außen)-GbR ist möglich mit dem Zweck, das von der GbR gehaltene Vermögen gemeinsam (insofern auch bestimmungsgemäß, da der Erwerb des Vermögens von den Gründern eigentlich für die UG beabsichtigt war) zu verwalten. Einzig zu erfüllende rechtliche Voraussetzung bei Eintritt in die GbR ist die Zustimmung aller bisherigen Gesellschafter (durch Gesellschaftsvertrag kann hier, ebenso wie für die anderen Personengesellschaften, eine abweichende Mehrheitsfindung festgelegt werden) zum Beitritt.³⁸⁵

³⁷⁹ Vgl. MAH/PersGesR/Pathe, § 22, Rn. 21, 114,

³⁸⁰ Vgl. Schiefer, DStR 1996, 788

³⁸¹ Vgl. Oetker, HGB, § 105, Rn 84; MüKo BGB/Schäfer, §718, Rn. 6ff

³⁸² Vgl. EBJs/Wertenbruch/Nagel, §105Anhang, Rn. 1; auch darf eine Kapitalgesellschaft Gesellschafterin einer OHG sein: Staub/Schäfer, §105, Rn. 93 (RGZ 105, 101)

³⁸³ Vgl. MüKo BGB/Schäfer, §730, Rn. 64: „Weiterverfolgung des Zwecks in der Rechtsform GmbH“

³⁸⁴ Vgl. EBJs/Henze/Notz, Anhang A zu §177a, Rn. 112ff.; Krüger, NJW 1982, 2847

³⁸⁵ Vgl. Schiefer, DStR 1996, 788

Die Anwachsung auf eine Kapitalgesellschaft oder auf eine Personengesellschaft als allein verbleibende Gesellschafterin ist grundsätzlich auf zwei Arten durchführbar³⁸⁶: entweder als (steuerpflichtiger)³⁸⁷ Veräußerungsvorgang (entgeltlich oder unentgeltlich) – auch einfaches Anwachsungsmodell genannt³⁸⁸ – oder als (ertragssteuerneutraler)³⁸⁹ Einbringungsvorgang – auch erweitertes Anwachsungsmodell³⁹⁰ genannt. Letzteres ist insbesondere deswegen in der Praxis relevant³⁹¹, weil die Anwachsung als eine Einbringung in eine Kapitalgesellschaft iSd § 20 UmwStG behandelt wird, und zwar als einer der Fälle von Sachkapitalerhöhungen aus Gesellschaftermitteln.³⁹²

Daher steht die Anwachsung auf eine Kapitalgesellschaft auch im Mittelpunkt der bisherigen Diskussion im Schrifttum zu den Umwandlungsfällen durch Anwachsung³⁹³. Im Fokus der Diskussion sind vor allem die (in der Praxis beliebten)³⁹⁴ Fälle, in denen der übertragende Rechtsträger eine GmbH & Co. KG ist, gegebenenfalls mit beteiligungsidentischen Kommanditisten und Gesellschaftern der Komplementär-GmbH (sog. typische oder Einmann-GmbH & Co. KG)³⁹⁵. In diesem Sachzusammenhang ist auch der Begriff des “Anwachsungsmodells” entstanden.³⁹⁶ Eine Anwachsung des GmbH & Co. KG-Vermögens kann hier sowohl in Richtung des Kommanditisten als einzig verbleibendem Rechtsträger als auch auf die Komplementär-GmbH erfolgen.³⁹⁷ Das Ergebnis entspricht einer Verschmelzung auf den verbliebenen Rechtsträger (Einzelheiten zur Verschmelzung selbst s. 4.2.3).³⁹⁸

Die beiden Anwachsungsmodelle (einfach und erweitert) sollen in der Folge beispielhaft anhand eines KG-Modells³⁹⁹ kurz skizziert und in ihren Auswirkungen dargestellt werden:

³⁸⁶ Vgl. SBB/Sagasser/Bula/Abele, §29, Rn. 20; Orth, DStR 1999, 1053

³⁸⁷ Vgl. MAH/PersGesR/Pathe, §22, Rn.115

³⁸⁸ Siehe Ausführungen unter 4.2.2.1

³⁸⁹ Vgl. v.Proff, DStR 2016, 2227; MAH/PersGesR/Pathe, §22, Rn. 115

³⁹⁰ Vgl. MAH/PersGesR/Pathe, §22, Rn. 22; s.a. Ausführungen unter 4.2.2.2

³⁹¹ Vgl. SBB/Sagasser/Bula/Abele, §29, Rn. 1-4

³⁹² BMF BStBl I 1998, 268; vgl. Semler/Stengel/Stengel, UmwG, Einleitung A, Rn. 88

³⁹³ Vgl. MüKo BGB/Schäfer, §730, Rn. 63; MAH/PersGesR/Pathe, §22, Rn.21; Orth, DStR 1999, 1053

³⁹⁴ Vgl. v.Proff, DStR 2016, 2227; MAH/PersGesR/Pathe, §22, Rn. 21

³⁹⁵ Vgl. Heckschen/Heidinger, Kapitel 3, Rn. 3; EBJs/Henze/Notz, Anhang A zu §177a, Rn. 20

³⁹⁶ Vgl. K. Schmidt, GesR, S. 337

³⁹⁷ Vgl. EBJs/Henze/Notz, Anhang A zu §177a, Rn. 284; MHGesR, Band 2, §58, Rn. 308-315

³⁹⁸ Vgl. SBB/Sagasser/Bula/Abele, §29 Rn. 1-4; Semler/Stengel/Stengel, UmwG, Einleitung A, Rn. 86,88; Staub/Schäfer, §105, Rn. 57: „anwachsende Verschmelzung“

³⁹⁹ Stellvertretend für alle möglichen Personengesellschaften als Ausgangspunkt für eine Anwachsung

In eine zweigliedrige OHG (unsere Vorgründungsgesellschaft) tritt eine Kapitalgesellschaft (hier eine A-GmbH) als weiterer Komplementär ein.⁴⁰⁰ In einem folgenden Gesellschaftsbeschluss, der dem Handelsregister angemeldet wird⁴⁰¹, wird festgelegt, dass die Alt-Gesellschafter der OHG fortan nur noch Kommanditisten sein sollen⁴⁰² und ihre Hafteinlage aus dem bisherigen Kapitalanteil bestehen soll. Im Gesellschaftsvertrag ist eine Fortsetzungs-/Übernahmeklausel verankert.⁴⁰³

4.2.2.1 Einfaches Anwachsungsmodell

Das einfache Anwachsungsmodell (auch Austrittsmodell genannt)⁴⁰⁴ wird in den entgeltlichen und den unentgeltlichen Anwachsungserwerb unterschieden, je nachdem, ob dem oder den ausscheidenden Gesellschaftern eine Abfindung für die Aufgabe des Geschäftsanteils gewährt wird oder nicht.

a) Mit Entschädigung (entgeltlicher Anwachsungserwerb):

Beim sogenannten einfachen Anwachsungsmodell mit Entschädigung treten alle Kommanditisten aus der GmbH & Co. KG gegen Zahlung einer Abfindung aus.⁴⁰⁵ Die Komplementär-GmbH als allein verbliebene Gesellschafterin übernimmt das Vermögen der GmbH & Co. KG als Gesamtrechtsnachfolgerin.⁴⁰⁶ Der übernehmende Rechtsträger (letzter verbliebener Gesellschafter, hier die GmbH) hat den Übergang der Vermögensgegenstände und Schulden in seiner Buchhaltung abzubilden.⁴⁰⁷ Da die Anwachsung einen Realakt darstellt, können die beteiligten Rechtsträger (im Gegensatz zu den Umwandlungen nach UmwG oder zum erweiterten Anwachsungsmodell) keinen rückwirkenden Anwachsungstichtag vereinbaren.⁴⁰⁸ Für die Handelsbilanz gilt: Werden die ausscheidenden

⁴⁰⁰ Vgl. K. Schmidt, GesR, S. 1317: „Eintritt durch Vertragsabschluss“

⁴⁰¹ Vgl. Heidel/Schall/Bergmann, Anhang §177a - GmbH&Co KG, Rn. 47; Krüger, NJW 1982, 2847

⁴⁰² Vgl. K. Schmidt, GesR, S. 1314/1315: „Inhaltsänderung der Mitgliedschaft“; S. 1511: „Statuswechsel“, die Identität der Gesellschaft bleibt erhalten

⁴⁰³ Vgl. MüKo BGB/Schäfer; § 730, Rn. 65-69; MAH PersGesR/Mutter/Gündisch, §19, Rn. 89

⁴⁰⁴ Vgl. v.Proff, DStR 2016, 2227

⁴⁰⁵ Vgl. K. Schmidt, GesR, S. 366; zur Zulässigkeit: MHGesR, Band 1, §10, Rn. 55

⁴⁰⁶ Vgl. MüKo BGB/Schäfer; § 730, Rn. 81, 82; MAH/PersGesR/Pathe, §22, Rn.23: einziges Erfordernis ist ein Gesellschafterbeschluss über das Ausscheiden und die Fortführung – ein Muster dafür in Rn. 24 - der dann von allen Gesellschaftern zum Handelsregister anzumelden ist (Rn. 26/27 mit Muster)

⁴⁰⁷ Vgl. Künkele/Zwirner, BC 2012, S. 51

⁴⁰⁸ Vgl. Künkele/Zwirner, BC 2012, S. 51

Gesellschafter durch die Personengesellschaft abgefunden (§ 738 Abs. 1 S. 2 BGB)⁴⁰⁹, so muss die Personengesellschaft die geschuldete Abfindung passivieren.⁴¹⁰ Die anteilig auf die ausscheidenden Gesellschafter entfallenden und im Rahmen der Abfindung vergüteten stillen Reserven sind in der Handelsbilanz der Personengesellschaft bei den stillen Reserven der Vermögensgegenstände aufzudecken und zu aktivieren.⁴¹¹ Ebenso ist eine anteilige Aktivierung von selbstgeschaffenen immateriellen Vermögensgegenständen oder eines Geschäftswerts vorzunehmen, sofern die Abfindung diese stillen Reserven übersteigt.⁴¹² Entsprechendes gilt, wenn beim allein verbleibenden Gesellschafter Anwachsung eintritt und er die übergehenden Vermögensgegenstände in ein bereits bestehendes Unternehmen einbuht, in dem er bisher die Beteiligung an der Personengesellschaft gehalten hat.⁴¹³ Die Werte der Schlussbilanz der aufgelösten Personengesellschaft sind in die Eröffnungsbilanz des verbliebenen Gesellschafters zu übernehmen.⁴¹⁴ Die steuerliche Behandlung des entgeltlichen Anwachsungsprozesses bei den ausscheidenden bzw. verbliebenen Gesellschaftern richtet sich danach, ob es sich bei einem vollentgeltlichen Anwachsungserwerb um eine Bar- oder Sachwertabfindung handelt und beim teilentgeltlichen Anwachsungserwerb danach, ob die Abfindung des Anteils über oder unter dem Buchwert des Mitunternehmeranteils liegt.⁴¹⁵ Aber Achtung: Gesellschaftsrechtlich kann es hier zu zwei verschiedenen Problemstellungen für die ausscheidenden Kommanditisten und auch die Komplementär-GmbH kommen:

1) Liegen der Anwachsungsvorgang und die daraus folgende Abfindung der ausscheidenden Gesellschafter, die gleichzeitig Gesellschafter der Komplementär-GmbH sind, zeitnah am Gründungsakt der GmbH, ist eine verdeckte Sacheinlage (§ 19 Abs. 4 GmbHG) zu vermuten.⁴¹⁶ In der Konsequenz wäre dieser Lösungsweg für die UG aufgrund von § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG verschlossen.

⁴⁰⁹ Siehe hierzu auch die Ausführungen zu den Grundlagen der Anwachsung

⁴¹⁰ Vgl. v.Proff, DStR 2016, 2227

⁴¹¹ IDW-FN 2008, 370; vgl. v.Proff, DStR 2016, 2227; Orth, DStR 1999, 1011

⁴¹² Vgl. v.Proff, DStR 2016, 2227; Orth, DStR 1999, 1011

⁴¹³ Vgl. Orth, DStR 1999, 1011

⁴¹⁴ Vgl. v.Proff, DStR 2016, 2227; Orth, DStR 1999, 1011

⁴¹⁵ Siehe hierzu ausführlich und mit Grundlagen: Orth, DStR 1999, 1011

⁴¹⁶ Zahlung zwar von KG geschuldet, geht aber auf GmbH über: Staub/Schäfer, §131, Rn.111, 141, s.a. Heckschen/Heidinger, Kapitel 11, Rn. 182; s.a. vergleichbar: BGHZ 155, 329

2) Die Abfindungszahlung durch die KG (Verpflichtung zur Abfindung liegt bei der Gesellschaft, früher „Gesamthand“)⁴¹⁷ an die Kommanditisten stellt eine haftungsschädliche Einlagenrückgewähr iSd §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB dar⁴¹⁸, weswegen die persönliche Haftung der Kommanditisten im Rahmen der Nachhaftung gemäß § 160 HGB auflebt.⁴¹⁹

b) Ohne Entschädigung:

Bei diesem sog. klassischen (einfachen) Anwachsungsmodell zahlt die Komplementär-GmbH als verbleibende Gesellschafterin keine Abfindung an die ausscheidenden Gesellschafter (für den Übergang des Vermögens).⁴²⁰ Dieses Modell ist aus gesellschaftsrechtlicher Sicht vorteilhaft, weil mit dem entschädigungslosen Ausscheiden der Kommanditisten keine Sacheinlage bei der Komplementär-GmbH einhergeht⁴²¹ und so die registerliche Prüfung einer Sachkapitalerhöhung vermieden wird.⁴²² Somit hat sie auch keine eigenen Anschaffungskosten für das ihr anwachsende Vermögen.⁴²³, sie hat die angewachsenen Wirtschaftsgüter zum Teilwert anzusetzen.⁴²⁴ Finanzverwaltung und überwiegende Meinung in der Literatur gehen davon aus,⁴²⁵ dass der entschädigungslose Austritt bei den austretenden Kommanditisten zu einer Gewinnrealisierung der in den Mitunternehmeranteilen liegenden stillen Reserven, einschließlich eines Geschäfts- oder Firmenwerts, führt.⁴²⁶ Der Verzicht auf eine angemessene Abfindung wird also steuerlich (!) als verdeckte Einlage in die Komplementär-GmbH behandelt.⁴²⁷ Die im Rahmen der Versteuerung⁴²⁸ beim Kommanditisten aufgedeckten stillen Reserven sind beim verbliebenen Gesellschafter in einer Ergänzungsbilanz aufzunehmen.⁴²⁹ Es kommt in dem Fall keine steuerneutrale Fortführung der Buchwerte der GmbH

⁴¹⁷ Vgl. Schiefer, DStR 1996, 788

⁴¹⁸ BGH NJW 1973, 1878

⁴¹⁹ Vgl. Heidel/Schall/Schall/Warmer, §172, Rn. 22, 23, 27 aber: Möglichkeit zur Vereinbarung einer Freistellungsverpflichtung durch Komplementär

⁴²⁰ Vgl. SBB/Sagasser/Bula/Abele, §29, Rn. 21

⁴²¹ Vgl. MAH/PersGesR/Pathe, §22, Rn.23; und damit auch keine Nachhaftung beim Kommanditisten: Baumbach/Hopt/Roth, HGB, §173, Rn. 11f

⁴²² Vgl. Ege/Klett, DStR 2010, 2463

⁴²³ Vgl. Orth, DStR 1999, 1053

⁴²⁴ BFH BeckRS 2009, 25015180; vgl. v.Proff, DStR 2016, 2227

⁴²⁵ OFD Düsseldorf DB 1988, 1524; Widmann-Mayer, UmwStG, § 20 Rn. 545f

⁴²⁶ BFH BStBl II 1989, 271; vgl. SBB/Sagasser/Bula/Abele, §29, Rn 21; MHGesR Band2, §58, Rn. 326

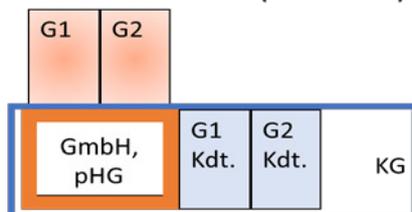
⁴²⁷ BFH BStBl II 1991, 512; BMF BStBl II 2005, 458; vgl. SBB/Sagasser/Bula/Abele, §29, Rn. 21

⁴²⁸ Vgl. v.Proff, DStR 2016, 2227 mit Ausführungen zur Versteuerung beim ausgeschiedenen Gesellschafter

⁴²⁹ Vgl. v.Proff, DStR 2016, 2227; Orth, DStR 2009, 192

& Co. KG in Betracht⁴³⁰ und die daraus resultierende Vermögensmehrung könnte als Zugang zur Kapitalrücklage (§ 272 Abs. 4 Nr. 4 HGB) ausgewiesen werden⁴³¹.

1 Ausgangssituation: G1 und G2 sind GmbH-Gesellschafter (nicht zwingend) der Komplementär-GmbH und Kommanditisten der (GmbH&Co.) KG



2 Beide Kommanditisten treten aus, die KG erlischt, KG-Vermögen wächst der GmbH an

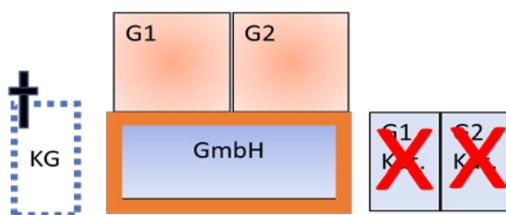


Abb 1: Einfaches Anwachsungsmodell - Quelle: eigene Darstellung

In einer Abwandlung unseres o.g. Falls tritt die GmbH nicht als Komplementär in die Vorgründungs-OHG ein, sondern als Kommanditistin und aus der OHG wird somit die Komplementärin⁴³² einer („OHG & Co.“)⁴³³ KG. Die Komplementärin tritt entschädigungslos aus der „OHG & Co.“ KG aus, während die GmbH als alleinige Kommanditistin z.B. über eine Regelung im Gesellschaftsvertrag das Unternehmen fortführt⁴³⁴. In diesem Fall würde das Gesellschaftsvermögen der „OHG & Co.“ KG der alleinigen Kommanditistin A-GmbH anwachsen⁴³⁵. Sofern ein Ansatz zum Buchwert des untergehenden Anteils erfolgt,⁴³⁶ kann im Ergebnis nach hM in der Handelsbilanz der A-GmbH

⁴³⁰ Vgl. v.Proff, DStR 2016, 2227; MAH/PersGesR/Pathe, §22, Rn. 22

⁴³¹ Vgl. Orth, DStR 1999, 1053; MHGesR, Band2, §58, Rn. 323

⁴³² Vgl. EBJs/Henze/Notz, Anhang A zu §177a, Rn. 65: dort sogar „GbR & Co. KG“ möglich

⁴³³ Bezeichnung „OHG & Co. KG“ lediglich zur deutlicheren Abgrenzung zum vorherigen Beispiel, der numerus clausus der Gesellschaftsformen soll mit dieser Arbeit nicht erweitert oder durchbrochen werden

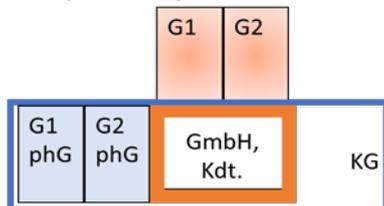
⁴³⁴ Vgl. MHGesR, Band 1, §10, Rn. 75

⁴³⁵ Vgl. MHGesR, Band 2, §58, Rn. 308-315 – insb. ausführlicher zu den steuerlichen Auswirkungen

⁴³⁶ Vgl. Orth, DStR 1999, 1053, mit ausführlichem Beispiel

der Ausweis eines Anwachsungsverlustes und eines Anwachsungsgewinns vermieden werden.⁴³⁷

1 Ausgangssituation: G1 und G2 sind GmbH-Gesellschafter des einzigen Kommandisten (GmbH) und Komplementäre der „OHG&Co.“ KG



2 Beide Komplementäre treten aus, die KG erlischt, KG-Vermögen wächst der GmbH als Kommanditisten an

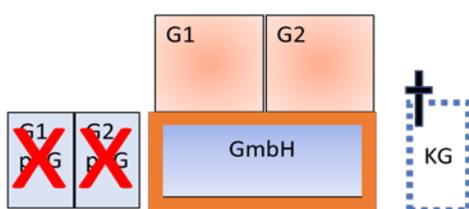


Abb 2: Einfaches Anwachsungsmodell Alternative - Quelle: eigene Darstellung

Für unsere Aufgabenstellung des Transfers der Werte auf die UG wäre unter Berücksichtigung der Ausführungen zur verdeckten Sacheinlage somit die Variante b) der einfachen unentgeltlichen Anwachsung nach Beitritt der UG als Kommanditistin oder auch als Komplementärin zur Vorgründungsgesellschaft ein rechtssicherer Übertragungsweg.

4.2.2.2 Erweitertes Anwachsungsmodell

Die beiden Kommanditisten (Alt-Gesellschafter der OHG) unserer Beispiel-KG aus Kapitel 4.2.2 bringen ihren Mitunternehmeranteil in die A-GmbH (Komplementärin) gegen Gewährung neuer Anteile ein (also ein entgeltlicher Anwachsungsvorgang).⁴³⁸

Es handelt sich um eine offene Sacheinlage nach §§ 56a iVm 7 Abs. 3 GmbHG, bei der die GmbH ihr Kapital erhöht (§§ 55, 56 GmbHG)⁴³⁹ und den Alt-Kommanditisten neue Anteile gewährt (§ 55 Abs. 2 GmbHG).⁴⁴⁰ Damit vereinigen sich alle Anteile an der KG in der Hand der GmbH.⁴⁴¹ Aufgrund einer

⁴³⁷ Vgl. SBB/Sagasser/Bula/Abele, §29, Rn 15

⁴³⁸ Vgl. SBB/Sagasser/Bula/Abele, §29, Rn 22; Orth, DStR 1999, 1053

⁴³⁹ Vgl. MHGesR, Band2, §58, Rn. 319; Heckschen/Heidinger, Kapitel 3, Rn. 3

⁴⁴⁰ Vgl. v.Proff, DStR 2016, 2227

⁴⁴¹ Vgl. Müko HGB/Schmidt, §145, Rn.34

ad hoc getroffenen Übernahmevereinbarung oder entsprechenden Regelung im KG-Gesellschaftsvertrag übernimmt die GmbH das Vermögen der infolge des Ausscheidens der übrigen Gesellschafter voll beendeten GmbH & Co. KG im Wege der Anwachsung.⁴⁴²

Bei der Bilanzierung der Anwachsung ist für die Frage, ob eine Eröffnungsbilanz zu erstellen ist, zwischen bilanzierungs- und nicht bilanzierungspflichtigen Rechtsträgern zu unterscheiden. Bei vormals schon bilanzierungspflichtigen Rechtsträgern ist die Anwachsung als laufender Geschäftsvorfall in der Buchhaltung abzubilden.⁴⁴³

Da diese Form der Anwachsung der Verschmelzung sehr ähnlich ist⁴⁴⁴, wird es als zulässig erachtet, dass der übernehmende Rechtsträger in Analogie zu § 24 UmwG die Buchwerte fortführt.⁴⁴⁵ Gibt es zwischen den Anschaffungskosten des bilanzierten Anteils an der erloschenen Personengesellschaft und dem übernommenen (Rein-)Vermögen Abweichungen, entsteht in der Folge entweder ein positiver oder negativer Unterschiedsbetrag. Entsprechend den Regelungen bei der Verschmelzung sind die positiven bzw. negativen Unterschiedsbeträge in der Regel in der Gewinn- und Verlustrechnung als Verlust bzw. Gewinn zu erfassen.⁴⁴⁶ Neben der Fortführung der Buchwerte kommen konsequenterweise unter entsprechender analoger Anwendung des § 24 UmwG folgende Wertansätze im Rahmen des Anschaffungskostenprinzips in Betracht:

- Buchwert des untergehenden Anteils
- Zwischenwert des untergehenden Anteils zum Ausgleich anwachsungsbedingter Steuern
- Zeitwert des untergehenden Anteils.⁴⁴⁷

Es besteht somit ein Wahlrecht zwischen der Buchwertfortführung und den vorgenannten Wertansätzen. Sofern ein Ansatz zum Buchwert des untergehenden Anteils erfolgt, kann, ebenso wie unter 4.2.2.1 bereits dargestellt,

⁴⁴² Vgl. v.Proff, DStR 2016, 2227

⁴⁴³ Vgl. SBB/Sagasser/Bula/Abele, §29, Rn 14

⁴⁴⁴ Vgl. Lutter/Priester, UmwG, §24, Rn. 89; Eckhardt/Hermanns/Specks, Kapitel 7, Rn. 3

⁴⁴⁵ Vgl. Semler/Stengel/Moszka, UmwG, §24, Rn. 88

⁴⁴⁶ Vgl. SBB/Sagasser/Bula/Abele, §29, Rn 15

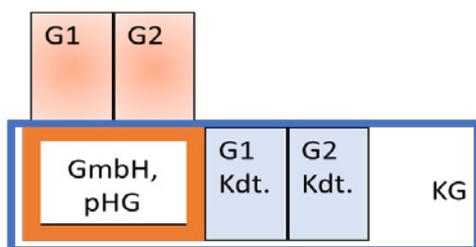
⁴⁴⁷ Vgl. Semler/Stengel/Moszka, UmwG, §24, Rn. 88; SBB/Sagasser/Bula/Abele, §29, Rn 15

in der Handelsbilanz des übernehmenden Rechtsträgers ein Anwachsungsverlust bzw. -gewinn vermieden werden.⁴⁴⁸

Dieser Anwachsungsvorgang wird handels- und steuerrechtlich als Sacheinlage behandelt⁴⁴⁹, die die Voraussetzungen des § 20 UmwStG erfüllt.⁴⁵⁰ Daher kann die Übertragung ohne Realisierung der stillen Reserven vorgenommen werden.⁴⁵¹

Bei diesem Vorgehen wird auch von einer Alternative zum Formwechsel nach UmwG gesprochen, insb. wenn eine GbR in eine Kapitalgesellschaft oder die GmbH & Co. KG in eine GmbH gewandelt werden soll.⁴⁵²

1 Ausgangssituation: G1 und G2 sind GmbH-Gesellschafter der Komplementär-GmbH und Kommanditisten der (GmbH&Co.) KG



2 Kommanditanteile werden von G1 und G2 in GmbH eingebracht, KG erlischt, KG-Vermögen wächst der GmbH an

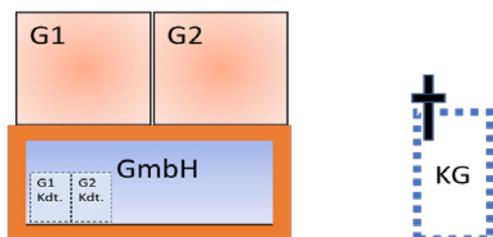


Abb 3: Erweitertes Anwachsungsmodell - Quelle: eigene Darstellung

Unter Berücksichtigung der Ausführungen zum Sacheinlageverbot in Kapitel 3.3.2 und zum Voll- bzw. Halbeinzahlungsgrundsatz in Kapitel 3.3.1 ist das erweiterte Anwachsungsmodell nur dann als Übertragungsweg für die Werte aus der Vorgründungsgesellschaft nutzbar, wenn, nach Eintritt der UG in die Vorgründungsgesellschaft und Wechsel der Stellung der Vorgründungsgesellschafter zu Kommanditisten (4.2.2.2.b Abwandlung), die Einbringung der Kommanditanteile in die UG zu einer Stammkapitalerhöhung auf mind. 25.000 Euro

⁴⁴⁸ Vgl. SBB/Sagasser/Bula/Abele, §29, Rn 15

⁴⁴⁹ Vgl. Widmann-Mayer, UmwStG, §20, Rn 446 und 450

⁴⁵⁰ Vgl. Lutter/Schumacher, UmwG, EinleitungII, Rn. 19/20

⁴⁵¹ Vgl. Lutter/Schumacher, UmwG, EinleitungII, Rn 5ff

⁴⁵² Vgl. SBB/Sagasser/Bula/Abele, §29, Rn 23; Staub/Schäfer, §105, Rn. 57

(Einzahlung in Form von Bar- und/oder Sacheinlagen in Höhe von mind. 12.500 Euro) führt. Ansonsten ist dieser Übertragungsweg aufgrund des Sacheinlageverbots verschlossen.

4.2.3 Umwandlungen nach UmwG

Das UmwG sieht in § 1 Abs. 1 folgende Arten der Umwandlung (insoweit abschließend)⁴⁵³ vor:

- Verschmelzung
- Spaltung (Aufspaltung, Abspaltung, Ausgliederung)
- Formwechsel
- Vermögensübertragung (enger Kreis von Rechtsträgern).

Das UmwG spricht von Rechtsträgern,⁴⁵⁴ da neben Unternehmen auch andere Rechtsformen und Träger von Rechten und Pflichten (Vollinhaber eines Rechts⁴⁵⁵, siehe z.B. § 3 Abs. 1 Nr. 3 u. 4 UmwG: eingetragene Genossenschaften und Vereine bei einer Verschmelzung) an einzelnen Umwandlungsvorgängen teilnehmen können.⁴⁵⁶

Wegen des limitierten Kreises der beteiligungsfähigen Rechtsträger⁴⁵⁷ scheidet die Vermögensübertragung als Umwandlungsmöglichkeit für unseren Sachverhalt von vornherein aus.

Der Formwechsel wird für die UG als übernehmenden Rechtsträger in der Literatur aufgrund seines „Neugründungscharakters“⁴⁵⁸ und des daraus folgenden (bei der UG verbotenen)⁴⁵⁹ Sachgründungsvorgangs fast einhellig abgelehnt.⁴⁶⁰ Die Möglichkeit der Spaltung wurde vom BGH⁴⁶¹ und vorab

⁴⁵³ § 1 Abs. 2 UmwG; „numerus clausus“ – vgl. Semler/Stengel/Stengel, UmwG, §1, Rn. 1, 58; Lutter/Drygala, UmwG, §1, Rn. 1, 50

⁴⁵⁴ Vgl. Lutter/Drygala, UmwG, §1, Rn. 3

⁴⁵⁵ Vgl. Semler/Stengel/Stengel, UmwG, §1, Rn. 20; Lutter/Drygala, UmwG, §3, Rn. 2

⁴⁵⁶ Vgl. Stemler/Stengel/Stengel, UmwG, §1, Rn. 18-20, §3, Rn. 3

⁴⁵⁷ § 175 UmwG: Übertragung nur auf öffentliche Hand (Nr.1) oder bei Beteiligung von Versicherungsunternehmen (Nr. 2); vgl. Semler/Stengel/Stengel, UmwG, §1, Rn. 29

⁴⁵⁸ Vgl. Kuhlmann/Ahnis, Rn. 1031m; Heckschen/Heidinger, Kapitel 5, Rn. 144

⁴⁵⁹ BGH NJW 2011, 1883 = BGH NZG 2011, 666= BGH GmbHR 2011, 701

⁴⁶⁰ Vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, §5a, Rn. 17; Miras, UG I, Rn. 22

MüKo GmbHG/Rieder, §5a, Rn. 51; aA Schall, ZfPW 2016, 407 (441): Formwechsel Ltd. auf UG möglich

⁴⁶¹ BGH NJW 2011, 1883 = BGH NZG 2011, 666= BGH GmbHR 2011, 701; s.a. OLG Frankfurt NZG 2010, 1429 = OLG Frankfurt GmbHR 2010, 920

bereits in der Literatur⁴⁶² verneint. Aus dem BGH-Urteil wird nachvollziehbar ein Verbot aller Umwandlungsvorgänge zur Neugründung mit der UG als Zielrechtsträger angenommen.⁴⁶³

Wegen des o.g. Verbots der Umwandlungsvorgänge zur Neugründung und weil § 2 Nr. 2 UmwG („...Neugründung durch Übertragung der Vermögen zweier oder mehrerer Rechtsträger...auf einen neuen...“), der die Verschmelzung zur Neugründung regelt, für unseren Fall nicht einschlägig ist⁴⁶⁴, bleibt nur noch die Verschmelzung zur Aufnahme.⁴⁶⁵ Die Verschmelzung zur Aufnahme wird allgemein in den §§ 4-35 UmwG⁴⁶⁶ und in den rechtsformspezifischen Teilen für die OHG in §§ 39-45 UmwG⁴⁶⁷ sowie für die GmbH in §§ 46-55 UmwG⁴⁶⁸ geregelt.⁴⁶⁹ Mit einer Verschmelzung nach dem UmwG erreicht man, dass übertragende Rechtsträger (zum Kreis der möglichen Rechtsträger s.u.) unter Auflösung ohne Abwicklung sein Vermögen in einem Akt als Ganzes⁴⁷⁰ (Gesamtrechtsnachfolge oder Universalsukzession⁴⁷¹) auf den übernehmenden Rechtsträger überträgt.⁴⁷²

Folgende für unsere Problemstellung relevanten Rechtsträger können insgesamt an der Verschmelzung als übertragende oder aufnehmende Rechtsträger teilnehmen⁴⁷³:

- § 1 Abs. 1: Rechtsträger mit Sitz (Satzungssitz)⁴⁷⁴ im Inland,
- § 3 Abs. 1 Nr. 1: Personenhandelsgesellschaften und Partnerschaftsgesellschaften (keine GbR⁴⁷⁵),

⁴⁶² Vgl. Scholz/Westermann, §5a, Rn. 11, 35

⁴⁶³ Vgl. Lutter/Drygala, UmwG, §3, Rn. 12; Baumbach/Hueck/Fastrich, §5a, Rn. 17

⁴⁶⁴ Es ist mit der OHG nur ein übertragender Rechtsträger vorhanden

⁴⁶⁵ Diese ist u.a. auch für Strukturmaßnahmen, wie die hier zu behandelnde, gedacht: Lutter/Drygala, UmwG, §2, Rn. 13

⁴⁶⁶ Vgl. SHS/Stratz, UmwG §2, Rn 12; Lutter/Drygala, UmwG, §2, Rn. 2

⁴⁶⁷ Vgl. Lutter/Drygala, UmwG, §3, Rn. 9

⁴⁶⁸ Vgl. Kuhlmann/Ahnis, Rn. 934

⁴⁶⁹ Vgl. Semler/Stengel/Stengel UmwG, §2, Rn. 23-27

⁴⁷⁰ Vgl. SHS/Hörtnagl, UmwG §1, Rn. 22; Lutter/Drygala, UmwG, §2, Rn.29

⁴⁷¹ Vgl. K. Schmidt, GesR, S. 338; Semler/Stengel/Leonard/Simon, UmwG, §20, Rn. 2

⁴⁷² Vgl. Semler/Stengel/Stengel, UmwG, §1, Rn. 9-16

⁴⁷³ Vgl. Semler/Stengel/Stengel, UmwG, §1, Rn. 26

⁴⁷⁴ Vgl. SHS/Hörtnagl, UmwG §1, Rn 43; Kuhlmann/Ahnis, Rn. 925

⁴⁷⁵ Vgl. Semler/Stengel/Stengel, UmwG, §3, Rn. 5; Lutter/Drygala, UmwG, §3, Rn. 7: für die GbR kommt nur die „faktische Verschmelzung“ in Form der Anwachsung in Frage

- § 3 Abs. 1 Nr. 2: Kapitalgesellschaften und hier die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (also auch die UG⁴⁷⁶).

Die Vorgründungsgesellschaft muss also mindestens OHG sein (Numerus clausus⁴⁷⁷ § 3 Abs. 1 iVm § 1 Abs. 3 S.1 UmwG), eine (Außen-)GbR reicht nicht. Dann können aber auch Rechtsträger mit unterschiedlichen Rechtsformen an einem Verschmelzungsprozess teilnehmen (§ 3 Abs. 4 UmwG).⁴⁷⁸

Auch wenn die Vorgründungsgesellschaft schon in Abwicklung/Auflösung befindlich⁴⁷⁹ ist, z. B. wegen möglicher automatischer Beendigung (siehe Kapitel 2.1.3), kann sie als übertragender Rechtsträger an einer Verschmelzung teilnehmen, so lange für sie a) noch keine Vollbeendigung vorliegt, b) mit der Verteilung des Vermögens noch nicht begonnen wurde⁴⁸⁰ oder c) noch keine Insolvenzantragspflicht gem. § 15a InsO bestanden hat bzw. besteht⁴⁸¹ (§ 3 Abs. 3 UmwG). Überdies muss der Gesellschaftsvertrag der OHG dann ausschließlich die Liquidation oder die Verschmelzung als Form der Auseinandersetzung vorsehen (§39 UmwG).⁴⁸²

Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen einer Verschmelzung sind: Auflösung und Löschung des übertragenden Rechtsträgers ohne Abwicklung (§§2, 20 I Nr. 2 UmwG)⁴⁸³ und Vermögensübergang (als Ganzes und zwingend, also auch mit nicht bilanzierten Wirtschaftsgütern und ohne Möglichkeit der Ausnahme)⁴⁸⁴ auf übernehmenden Rechtsträger uno actu (§§2, 20 I Nr. 1 UmwG)⁴⁸⁵ gegen Gewährung von Anteilen („Anteilsgewährpflicht“ zur Sicherung der Anteilkontinuität⁴⁸⁶, §20 I Nr. 3)⁴⁸⁷. Die Gewährung von Anteilen erfolgt in aller Regel über neue Anteile, die wiederum aus einer Kapitalerhöhung im Rahmen der Verschmelzung entstehen.⁴⁸⁸ Anteilsgewährspflicht und

⁴⁷⁶ Vgl. MüKo GmbHG/Rieder, §5a, Rn.49; Lutter/Drygala, UmwG, §3, Rn. 11

⁴⁷⁷ Vgl. SHS/Hörtnagl, UmwG §1, Rn. 62

⁴⁷⁸ Vgl. SHS/Stratz, UmwG §3, Rn. 1; Semler/Stengel/Stengel, UmwG, §3, Rn. 12: „gleichzeitiger Formwechsel des übertragenden Rechtsträgers“

⁴⁷⁹ §3 Abs. 3 UmwG; vgl. MüKo HGB/Schmidt, §145, Rn. 35; Semler/Stengel/Stengel, UmwG, §1, Rn. 28

⁴⁸⁰ Vgl. Semler/Stengel/Stengel, UmwG, §3, Rn. 36-44

⁴⁸¹ Vgl. SHS/Stratz, UmwG §3, Rn. 50; aber Sanierung möglich: Semler/Stengel/Stengel, UmwG, §3, Rn. 44

⁴⁸² Vgl. Semler/Stengel/Stengel, UmwG, §3, Rn. 40; Lutter/Drygala, UmwG, §3, Rn. 30

⁴⁸³ Vgl. SHS/Stratz, UmwG §20, Rn.7; Lutter/Grunewald, UmwG, §20, Rn. 58

⁴⁸⁴ Vgl. Semler/Stengel/Leonard/Simon, UmwG, §20, Rn. 8,11-33; Lutter/Grunewald, UmwG, §20, Rn.7ff.

⁴⁸⁵ Vgl. SHS/Stratz, UmwG §20, Rn.23,27,31,37,87

⁴⁸⁶ Vgl. Semler/Stengel/Stengel, UmwG, §2, Rn. 40-42; Lutter/Drygala, UmwG, §2, Rn. 31/32

⁴⁸⁷ Vgl. SHS/Stratz, UmwG, § 2, Rn.15; Semler/Stengel/Stengel, UmwG, §2; Rn. 34

⁴⁸⁸ Vgl. Semler/Stengel/Stengel, UmwG, §2, Rn. 25

Kapitalerhöhung bedingen einander; gibt es keine Anteilsgewährpflicht folgt keine Kapitalerhöhung.⁴⁸⁹ Daher kann die UG, ohne darauf achten zu müssen, ob sie mit einer Kapitalerhöhung die Mindestkapitalgrenze nach § 5 Abs. 2 GmbHG erreicht,⁴⁹⁰ in allen Fällen als aufnehmender Rechtsträger⁴⁹¹ in einer Verschmelzung fungieren, in denen es wegen der fehlenden Anteilsgewährpflicht oder eines Verzichts auf dieselbe keine Kapitalerhöhung gibt bzw. geben muss.⁴⁹²

Im Rahmen des § 54 Abs. 1 UmwG sind insgesamt sechs Sachverhalte zzgl. einer entsprechenden/analogen Anwendung in § 54 Abs. 2 UmwG geregelt, aus denen sich ein Kapitalerhöhungsverbot (§ 54 Abs. 1 S. 1 UmwG iVm § 20 Abs. 1 Nr. 3 S.1 2. HS UmwG) oder ein Kapitalerhöhungswahlrecht (§§ 54 Abs. 1 S. 2 u. 3 UmwG), deren Nutzung in der Rechtsprechung und Literatur teilweise umstritten sind⁴⁹³, ergeben. Von diesen sechs geregelten Sachverhalten, sind für unseren Fall drei einschlägig:

- a) § 54 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UmwG, Kapitalerhöhungsverbot⁴⁹⁴, soweit der übernehmende Rechtsträger Anteile des übertragenden Rechtsträgers innehat: Upstream Merger,⁴⁹⁵
- b) § 54 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UmwG: Kapitalerhöhungswahlrecht⁴⁹⁶, soweit der übertragende Rechtsträger voll eingezahlte Anteile am übernehmenden Rechtsträger innehat: Downstream Merger,
- c) § 54 Abs. 1 S. 3 UmwG: Notarieller Verzicht der Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers auf Gewährung von Anteilen⁴⁹⁷ am übernehmenden Rechtsträger: Sidestep Merger.

Grundsätzlich sind diese drei Alternativen in erster Linie bei Konzernunternehmen (wegen der gleichen Anteilseigner oder abhängigen

⁴⁸⁹ Vgl. Lutter/Winter/Vetter, UmwG, §54, Rn. 77; Kuhlmann/Ahnis, Rn. 944

⁴⁹⁰ Vgl. Semler/Stengel/Stengel, UmwG, §3, Rn. 20a; Roth/Altmeppen/Roth, §5a, Rn. 38, s.a. Diskussion zur Kapitalerhöhung in Kapitel 3.3

⁴⁹¹ Vgl. MüKo GmbHG/Rieder, §5a, Rn.51; SHS/Stratz, UmwG, §3, Rn. 19

⁴⁹² Vgl. Scholz/Westermann, §5a, Rn. 36; Semler/Stengel/Stengel, UmwG, §3, Rn. 20a; Lutter/Winter/Vetter, UmwG, §54, Rn. 12

⁴⁹³ Siehe ausführlich Kapitel 4.2.3.3 in den Ausführungen zum Sidestep Merger

⁴⁹⁴ Vgl. SHS/Stratz, UmwG, § 54, Rn.3; Kuhlmann/Ahnis, Rn. 945

⁴⁹⁵ Vgl. Semler/Stengel/Stengel, UmwG, §2, Rn. 26

⁴⁹⁶ Vgl. SHS/Stratz, UmwG §54, Rn. 11

⁴⁹⁷ Vgl. Lutter/Grunewald, UmwG, §20, Rn. 69

Strukturen) relevant⁴⁹⁸ und damit als Lösung für unser Übertragungsproblem denkbar (auch hier gleiche Anteilsinhaber). Im Folgenden soll untersucht werden, ob die einzelnen Modelle tatsächlich im Einklang mit Gesetzgebung und Rechtsprechung als Lösung durchgeführt werden können. Dabei werden jeweils der Ablauf und die eventuelle bilanzielle Behandlung erläutert.

4.2.3.1 Upstream Merger

Der Upstream Merger ist die Verschmelzung der Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft⁴⁹⁹, es gibt es keine Anteilsgewährpflicht (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 S.1 2. HS 1. Alternative UmwG)⁵⁰⁰ und ein Kapitalerhöhungsverbot (s.o.)⁵⁰¹. Zudem gelten Erleichterungen im formalen Prozess der Verschmelzung.⁵⁰² Für diese Verschmelzungsrichtung von der Vorgründungsgesellschaft (Tochter) auf die UG (Mutter) muss die UG die Anteile der Vorgründungsgesellschaft besitzen bzw. da sie sie noch nicht hat, erst von den Gründern erwerben. Und genau dort entstehen zwei Hindernisse für die Anwendung des Upstream Mergers, die letztlich auch zu einer Nichtanwendbarkeit für unseren Fall führen:

- a) Ein Verkauf der Anteile von den Gründern an die Gesellschaft wäre eine verdeckte Sacheinlage⁵⁰³, die erstens nicht erlaubt und zweitens von den Gründern nicht gewollt ist. Dieses könnte man mit einer unentgeltlichen Übertragung der Anteile an die UG heilen, dann jedoch liegen
- b) mit der Übertragung der Anteile alle Anteile der OHG in der Hand der UG⁵⁰⁴ und es finden die Grundsätze der einfachen, unentgeltlichen Anwachsung Anwendung – siehe Kapitel 4.2.2.

Im Ergebnis liegt also kein Upstream Merger, sondern eine (unentgeltliche) Anwachsung (Kapitel 4.2.2.1) vor.

⁴⁹⁸ Vgl. Semler/Stengel/Stengel, UmwG, §2, Rn. 20

⁴⁹⁹ Vgl. Semler/Stengel/Stengel, UmwG, §2, Rn. 20

⁵⁰⁰ Vgl. SHS/Stratz, UmwG §2, Rn. 19; Semler/Stengel/Leonard/Simon, UmwG, §20, Rn. 76

⁵⁰¹ Vgl. SHS/Stratz, UmwG § 54, Rn.3; Lutter/Grunewald, UmwG, §20, Rn.64

⁵⁰² Vgl. Kuhlmann/Ahnis, Rn 964, 965

⁵⁰³ Vgl. ausführliche Darstellung in 4.2.1

⁵⁰⁴ Vgl. Heckschen/Heidinger, Kapitel 3, Rn.3

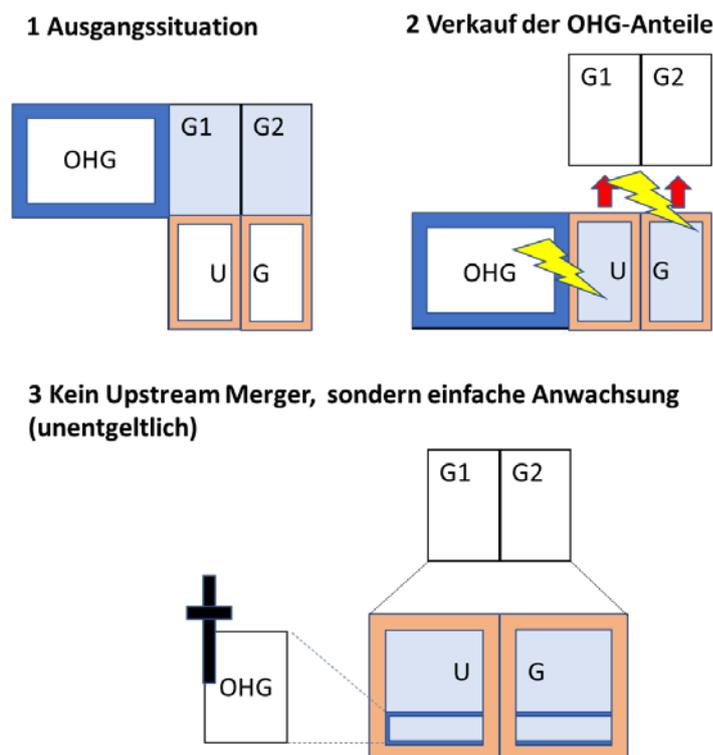


Abb 4: Ablauf und Probleme beim Upstream Merger – Quelle: eigene Darstellung

4.2.3.2 Downstream Merger

Der Downstream Merger ist die Verschmelzung der Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaft.⁵⁰⁵ § 54 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UmwG gibt uns hier ein Kapitalerhöhungswahlrecht⁵⁰⁶. Neben steuerlichen Aspekten (z.B. Umgehung der Grunderwerbssteuer), die vor allem vor der Reform des UmwG zu einem hohen Anteil des Downstream Mergers geführt haben⁵⁰⁷, ist er heute insbesondere für die Verschmelzung einer Akquisitionsgesellschaft auf die von ihr erworbene Zielgesellschaft unter Beibehaltung der Rechtsform der Tochtergesellschaft ohne ergänzenden Formwechsel gebräuchlich.⁵⁰⁸ Für diese Verschmelzungsrichtung muss also die OHG die Muttergesellschaft der UG werden, um anschließend auf sie verschmolzen werden zu können. Die Anteile der Muttergesellschaft (OHG) an der Tochter (UG) müssen darüber hinaus voll eingezahlt sein, was jedoch bei der UG sowieso vorgeschrieben ist.⁵⁰⁹ Ein Verkauf der UG-Anteile durch die Gründer an die Vorgründungsgesellschaft ist

⁵⁰⁵ Vgl. Semler/Stengel/Stengel, UmwG, §2, Rn. 20

⁵⁰⁶ Vgl. SHS/Stratz, UmwG, §54, Rn. 11

⁵⁰⁷ Vgl. Ballreich, Abschnitt 1.I, Rn. 445

⁵⁰⁸ Vgl. Happ/Bahns, Abschnitt 7.07, Rn. 1.1 u. 1.2: Ziel ist die Besicherung und Überleitung der Fremdfinanzierung der Akquisition mit den Werten der und auf die Tochtergesellschaft „debt-push-down“

⁵⁰⁹ § 5a Abs. 2 S. 1 GmbHG: Volleinzahlungsgebot

nach GmbHG ohne Einschränkungen auch für die eingetragene UG erlaubt,⁵¹⁰ insbesondere darf es bei der UG auch nur einen einzigen Gesellschafter geben (hier dann die OHG⁵¹¹). Da in dieser Verschmelzung der Muttergesellschaft das Kapital der aufnehmenden Tochtergesellschaft nicht zu erhöhen ist, werden die bisherigen Anteile der übertragenden Gesellschaft an der übernehmenden Gesellschaft den Gesellschaftern des Mutterunternehmens als Abfindung gewährt.⁵¹²

Dies kann in der Theorie als Durchgangserwerb oder als Direkterwerb vollzogen werden.⁵¹³ Bei einem Durchgangserwerb übernehme die Tochtergesellschaft virtuell zunächst die Anteile der Muttergesellschaft an der Tochtergesellschaft als eigene Anteile und gäbe sie in einer logischen Sekunde anschließend an die bisherigen Anteilseigner der Muttergesellschaft weiter.⁵¹⁴ Die bisherigen Anteilseigner der Mutter würden so über den Umweg der Tochtergesellschaft Anteilseigner der Tochter. Bei einem Direkterwerb hingegen werden die Anteile an der Tochtergesellschaft unmittelbar („direkt“) von der Muttergesellschaft an ihre Gesellschafter übertragen.⁵¹⁵

Die hM in der Literatur geht aufgrund der Regelung des § 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG davon aus, dass die bisherigen Anteilseigner der Muttergesellschaft die Anteile an der Tochtergesellschaft im Wege des Direkterwerbs erhalten.⁵¹⁶ So ist als Wirkung der Eintragung der Verschmelzung in § 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG ausdrücklich vorgesehen, dass die Anteilsinhaber der übertragenden Rechtsträger Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers werden.⁵¹⁷ Die Anteile der übertragenden Muttergesellschaft an der Tochtergesellschaft werden mit der Eintragung der Verschmelzung wirtschaftlich als an ihre Anteilseigner ausgekehrt betrachtet und berühren den Jahresabschluss der Tochtergesellschaft nicht.⁵¹⁸

⁵¹⁰ Vgl. Ulmer/Paura, §5a, Rn. 23; auch darf die OHG diese erwerben: MHGesR, Band 2, §20, Rn. 15

⁵¹¹ Vgl. Heinemann, NZG 2008, 822, Fn. 21; Staub/Schäfer, §105 Anhang, Rn. 4, 81

⁵¹² Vgl. SBB/Bula/Thees, §10, Rn.162

⁵¹³ Vgl. SBB/Bula/Thees, §10, Rn.163

⁵¹⁴ Vgl. SBB/Bula/Thees, §10, Rn.164; Lutter/Winter/Vetter, UmwG, §54, Rn. 53/54

⁵¹⁵ Vgl. SBB/Bula/Thees, §10, Rn.164

⁵¹⁶ Vgl. Lutter/Grunewald, UmwG, § 20, Rn. 61; Semler/Stengel/Leonard/Simon, UmwG, §20, Rn. 74b; SHS/Hörtnagl, UmwG, §24, Rn. 47; K. Schmidt, GesR, S. 386

⁵¹⁷ Vgl. SHS/Stratz, UmwG, § 54, Rn. 11

⁵¹⁸ Vgl. Semler/Stengel/Moszka, UmwG, §24, Rn. 49; SBB/Bula/Thees, §10, Rn.165; Happ/Bahns, Abschnitt 7.07, Rn.3.2

Die steuerliche Zulässigkeit des Downstream Mergers war lange umstritten, ist aber mittlerweile grundsätzlich als steuerneutral zulässig geklärt (§ 11 Abs. 2 S. 2 UmwStG).⁵¹⁹ Handelsrechtlich wird er gem. § 54 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UmwG (für die GmbH) als zulässig angesehen.⁵²⁰ Insbesondere wird allgemein kein Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsregeln (§§ 30, 31 GmbHG) angenommen.⁵²¹

Eine Verschmelzung wird aus Sicht des übernehmenden Rechtsträgers allgemein als Erwerbsvorgang (Anschaffung des übergehenden Vermögens) betrachtet.⁵²² Wirtschaftlich betrachtet wendet der übernehmende Rechtsträger als Gegenleistung die zuvor vom übertragenden Rechtsträger gehaltenen Anteile an sich auf, die anderenfalls seine eigenen Anteile geworden wären.⁵²³ Nach §24 UmwG hat der übernehmende Rechtsträger⁵²⁴ das Wahlrecht, ob er die Bilanzierung nach Buchwerten des übertragenden Rechtsträgers fortsetzt oder die übertragenen Vermögensgegenstände und Werte mit den Anschaffungskosten iSd §§ 253 Abs. 1, 255 Abs. 1 HGB ansetzt und bewertet.⁵²⁵ Der Übergang des Vermögens wird dabei als ein Vorgang der laufenden Buchhaltung gesehen und löst keine Pflicht zur Aufstellung einer gesonderten Bilanz aus.⁵²⁶

a) Bilanzierung mit Anschaffungskosten

Es gelten grundsätzlich die Ansatz- und Bewertungsvorschriften der §§ 246ff., 270ff. HGB.⁵²⁷ Bei der Verschmelzung ohne Kapitalerhöhung erwirbt die Tochtergesellschaft das (Rein-) Vermögen der Muttergesellschaft⁵²⁸ ohne Gegenleistung, somit ist dieser Vermögenstransfer als erfolgsneutrale Sachzuzahlung zu qualifizieren.⁵²⁹ Die Anschaffungskosten des von der

⁵¹⁹ Vgl. SBB/Bula/Thees, §10, Rn.158; Ballreich, Abschnitt 1.I, Rn. 481

⁵²⁰ Vgl. Ulmer/Paura, §5a, Rn. 66/67; Scholz/Westermann, §5a, Rn.32: auch für die UG

⁵²¹ Vgl. SHS/Stratz, UmwG §54, Rn 11; aA (insbesondere Verfechter des Durchgangserwerbs, siehe hierzu Semler/Stengel/Moszka, UmwG, §24, Rn. 49): Happ/Bahns, Abschnitt 7.07, Rn. 1.4 oder Ballreich, Abschnitt 1.I, Rn.465 ff: wann kann es doch zu Verstoß und Anwendung §§30,31 GmbHG analog kommen

⁵²² Vgl. Semler/Stengel/Moszka, UmwG, §24, Rn. 2; SHS/Hörtnagl, UmwG, §24, Rn. 48; kritischer zum Anschaffungs-/Tauschvorgang bei Verschmelzung ohne Kapitalerhöhung: SBB/BulaThees, §10, Rn. 145-149

⁵²³ Vgl. SHS/Hörtnagl, UmwG, §24, Rn. 48

⁵²⁴ Vgl. Lutter/Priester, UmwG, §24, Rn. 11: unabhängig von seiner Rechtsform

⁵²⁵ hM: vgl. SBB/Bula/Thees, §10, Rn. 87; SHS/Hörtnagl, UmwG, §24, Rn. 49; Semler/Stengel/Moszka, UmwG, §24, Rn. 3 (in Rn. 50 einschränkender auf den Wert der übernommenen Verbindlichkeiten)

⁵²⁶ Vgl. Semler/Stengel/Moszka, UmwG, §24, Rn. 19; Lutter/Priester, UmwG, §24, Rn. 21

⁵²⁷ Vgl. Lutter/Priester, UmwG, §24, Rn. 32ff; Semler/Stengel/Moszka, UmwG, §24, Rn. 20, 22: gilt auch für vom übertragenden Rechtsträger nicht derivativ übernommenen und damit nicht bilanzierten Wirtschaftsgütern

⁵²⁸ Vgl. Lutter/Priester, UmwG, §24, Rn. 61

⁵²⁹ Vgl. SBB/Bula/Thees, §10, Rn.166

Tochtergesellschaft erworbenen Vermögens ermitteln sich in der Folge nach dem vorsichtig ermittelten Zeitwert⁵³⁰ unter gleichzeitiger Dotierung der Kapitalrücklage nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB.⁵³¹ Bei der Bewertung des übergegangenen Vermögens des Mutterunternehmens sind die Anteile an der aufnehmenden Gesellschaft auszuscheiden.⁵³² Auch ein etwaiger Konfusionsgewinn oder -verlust ist in die Kapitalrücklage einzustellen.⁵³³ Probleme tauchen beim Downstream Merger dann auf, wenn das zu Zeitwerten bewertete und um die ausgekehrten Anteile an der Tochtergesellschaft bereinigte Reinvermögen der übertragenden Muttergesellschaft negativ ist.⁵³⁴ Das ist z.B. der Fall, wenn die Beteiligung der Muttergesellschaft an der Tochtergesellschaft fremdfinanziert war und die Mutter neben der Beteiligung an der Tochter keine weiteren Vermögensgegenstände besitzt⁵³⁵.

Der Übergang des negativen Reinvermögens reduziert das Eigenkapital der Tochtergesellschaft und bedingt daher das Risiko einer Unterbilanz bei der Tochtergesellschaft⁵³⁶. Dann wäre ein Downstream Merger wegen des Verstoßes gegen Kapitalerhaltungsgrundsätze (§§ 30 ff GmbHG) nicht zulässig⁵³⁷. Dies ist für den hier vorliegenden Fall der Verschmelzung der Vorgründungsgesellschaft auf die UG nicht einschlägig, da die Beteiligung nicht fremdfinanziert ist und es über die Anteile der Vorgründungsgesellschaft an der UG hinaus Werte in der Vorgründungsgesellschaft gibt, die zeitnah zum Erwerb in die UG transferiert werden sollen.

b) Bilanzierung bei Buchwertfortführung

Nach § 24 UmwG kann der übernehmende Rechtsträger das übernommene Vermögen statt mit den tatsächlichen Anschaffungskosten bewertet auch mit den

⁵³⁰ Vgl. SHS/Hörtnagl, UmwG, §24, Rn. 50; Lutter/Priester, UmwG, §24, Rn. 58

⁵³¹ Vgl. SBB/Bula/Thees, §10, Rn.166; aA: Lutter/Priester, UmwG, §24, Rn. 61 Verschmelzungs“gewinn“

⁵³² Vgl. SBB/Bula/Thees, §10, Rn.166

⁵³³ IDW RS HFA 42, Rn. 47ff; zur Verteilung der Anschaffungskosten vgl. Semler/Stengel/Moszka, UmwG, §24, Rn. 75-77

⁵³⁴ Vgl. SBB/Bula/Thees, §10, Rn.167; SHS/Hörtnagl, UmwG, §24, Rn.52

⁵³⁵ Vgl. SHS/Hörtnagl, UmwG, §24, Rn. 52; Lutter/Priester, UmwG, §24, Rn. 62

⁵³⁶ Vgl. SBB/Bula/Thees, §10, Rn.167; sofern nicht eine Verrechnung mit ungebundenen Eigenkapitalien möglich ist: SHS/Hörtnagl, §24, Rn. 52

⁵³⁷ hM; vgl. Semler/Stengel/Moszka, UmwG, §24, Rn. 51 u. SBB/Bula/Thees, §10, Rn.167, siehe dort auch umfangreiche Ausführungen zum Ansatz, Bewertung und Verteilung der Anschaffungskosten und etwaiger Problemstellungen, wie z.B. dem Übertrag von negativem Vermögen; ausführlich auch Lutter/Winter/Vetter, UmwG, §54, Rn. 55-57

Buchwerten des übertragenden Rechtsträgers fortführen.⁵³⁸ Die Buchwerte in der Schlussbilanz der Überträgerin bilden hier die Anschaffungskosten der Übernehmerin iSd § 253 Abs. 1 S. 1 iVm § 255 Abs. 1 HGB.⁵³⁹ Der Fortführung der Buchwerte des übertragenden Rechtsträgers liegt dabei der Gedanke der Gesamtrechtsnachfolge zugrunde,⁵⁴⁰ so dass bei einer Verschmelzung das Unternehmen des übertragenden Rechtsträgers im Wege der Universalsukzession auf den aufnehmenden Rechtsträger übergeht.⁵⁴¹ Der übernehmende Rechtsträger setzt das übertragene Unternehmen fort und tritt vollumfänglich in die Rechtsposition der Überträgerin ein.⁵⁴² Als Konsequenz der Gesamtrechtsnachfolge soll mit der Fortführung der Buchwerte und Ansatzwahlrechte die Kontinuität der Bilanzierung des übertragenden Rechtsträgers gewahrt werden.⁵⁴³

Bei einem Downstream Merger mit Fortführung der Buchwerte des übertragenden Rechtsträgers, wird der Verschmelzungserfolg durch den Buchwert der Beteiligung des übertragenden Rechtsträgers am übernehmenden Rechtsträger sowie durch das Eigenkapital des übertragenden Rechtsträgers bestimmt.⁵⁴⁴ Ist das Eigenkapital der übertragenden Gesellschaft höher als der Buchwert der Anteile der übertragenden Gesellschaft an der übernehmenden Gesellschaft, ergibt sich ein negativer Differenzbetrag, der nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB in die Kapitalrücklage einzustellen ist.⁵⁴⁵ Ergibt sich durch den das Eigenkapital der übertragenden Gesellschaft übersteigenden Buchwert der Beteiligung ein positiver Differenzbetrag, ist dieser unmittelbar, also ohne Berührung der Gewinn- und Verlustrechnung, mit frei verfügbaren Eigenkapitalien zu verrechnen.⁵⁴⁶

⁵³⁸ Vgl. SBB/Bula/Thees, §10, Rn. 265; Lutter/Priester, UmwG, §24, Rn. 38

⁵³⁹ Vgl. SBB/Bula/Thees, §10, Rn. 228

⁵⁴⁰ Vgl. SBB/Bula/Thees, §10, Rn. 220

⁵⁴¹ Vgl. SBB/Bula/Thees, §10, Rn. 221

⁵⁴² Vgl. SBB/Bula/Thees, §10, Rn. 221; Lutter/Priester, UmwG, §24, Rn. 38ff.

⁵⁴³ Vgl. Lutter/Priester, UmwG, §24, Rn.38; Semler/Stengel/Moszka, UmwG, §24, Rn. 20, 27: hier können dann im Gegensatz zur Bilanzierung mit Anschaffungskosten keine Vermögensgegenstände, die mangels derivativen Erwerbs auch beim übertragenden Rechtsträger nicht bilanziert wurden, in der Bilanz aufgenommen werden

⁵⁴⁴ Vgl. SBB/Bula/Thees, §10, Rn. 265

⁵⁴⁵ Vgl. SBB/Bula/Thees, §10, Rn. 266; Semler/Stengel/Moszka, UmwG, §24, Rn 62, hier jedoch als Gewinnrücklage nicht als Kapitalrücklage; aA Happ/Bahns, Abschnitt 7.07, Rn. 4.1: positive wie negative Differenz über den Weg der GuV ergebniswirksam verbuchen

⁵⁴⁶ IDW RS HFA 42, Rn. 74; vgl. SBB/Bula/Thees, §10, Rn. 267ff., mit einem ausführlichen Bilanzierungsbeispiel für den Downstream Merger

Mit der Verschmelzung verfallen Forderungen und Verbindlichkeiten der beteiligten Rechtsträger untereinander infolge der Konfusion⁵⁴⁷, also der Vereinigung von Forderungen und Verpflichtungen in einer Hand. Es lägen hier ansonsten Forderungen/Verbindlichkeiten des übernehmenden Rechtsträgers gegen sich selbst vor, die nicht im handelsrechtlichen Jahresabschluss abgebildet werden können.⁵⁴⁸

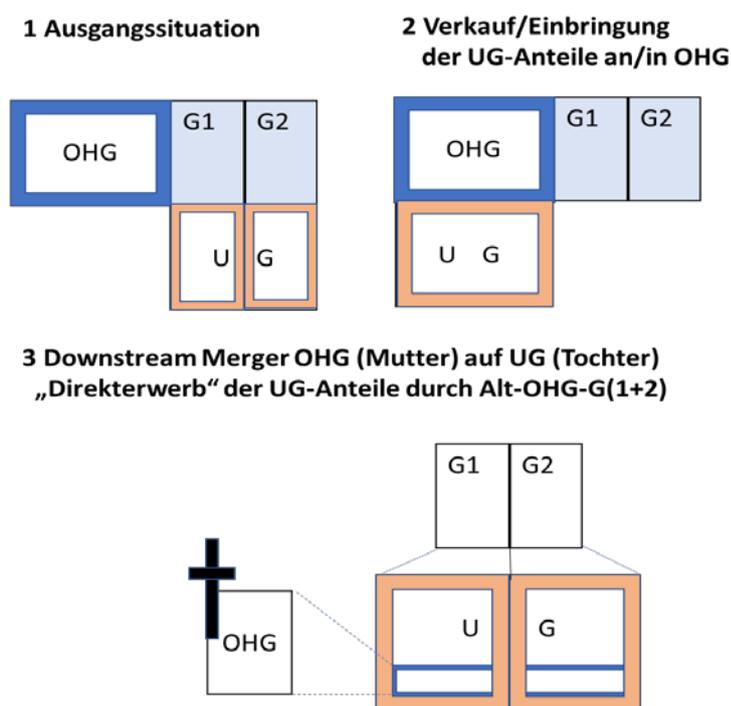


Abb 5: Ablauf beim Downstream Merger - Quelle: eigene Darstellung

Für unsere Aufgabenstellung des Vermögens- und Vertragstransfers von der Vorgründungsgesellschaft auf die UG ist der Downstream Merger als rechtssicherer Übertragungsweg geeignet. Zu bedenken ist hier, dass erstens durch den Zwischenschritt „Verkauf UG-Anteile“ zusätzliche Kosten⁵⁴⁹ sowohl für den Notar als auch für die Anmeldung beim Registergericht entstehen, zweitens bei Übertragung von (für unser Beispiel nicht einschlägigem, s.o.) negativem Vermögen und Bilanzierung mit Anschaffungskosten, ein Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsregeln nach §§ 30, 31 GmbHG vorliegen kann und drittens die Vorgründungsgesellschafter nach § 45 UmwG (gleichlautende Regelung zu § 160 HGB für das Ausscheiden von Gesellschaftern einer Personenhandelsgesellschaft) eine persönliche Nachhaftung für die mit der

⁵⁴⁷ Vgl. Semler/Stengel/Leonard/Simon, UmwG, §20, Rn. 60; Lutter/Grunewald, UmwG, §20, Rn. 46

⁵⁴⁸ Vgl. SBB/Bula/Thees, §10, Rn.227

⁵⁴⁹ Vgl. zu den entstehenden Kosten nach GNotKG z.B: Lutter/Drygala, UmwG, §2, Rn. 48ff.; Lutter/Grunewald, UmwG, §19, Rn. 15; Semler/Stengel/Stengel, §2, Rn. 77-82 mit Beispiel

Verschmelzung auf eine Kapitalgesellschaft übertragenen Verbindlichkeiten der Vorgründungsgesellschaft von fünf Jahren hinnehmen müssen.⁵⁵⁰

4.2.3.3 Sidestep Merger

Bei der Verschmelzung von Schwestergesellschaften handelt es sich um den sog. Sidestep Merger.⁵⁵¹ Hier wäre eine Kapitalerhöhung grundsätzlich möglich, aber nicht sinnvoll, daher hat der Gesetzgeber mit §54 Abs. 1 S. 3 UmwG für die GmbH (in § 68 UmwG für die AG) die Verzichtsmöglichkeit auf eine Kapitalerhöhung eingefügt.⁵⁵²

Voraussetzung hierfür ist, dass übertragender Rechtsträger und aufnehmender Rechtsträger die gleiche Eigentümer-Struktur haben⁵⁵³ (klassischer Fall der Verschmelzung im Konzern, aber nicht darauf begrenzt)⁵⁵⁴. Durch ein (notariellen) Verzicht auf die Anteilsgewährpflicht nach § 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG im Verschmelzungsvertrag ergibt sich in der Folge ein Kapitalerhöhungswahlrecht nach § 54 Abs. 1 S. 3 UmwG⁵⁵⁵.

Das OLG Hamm hielt für den Fall der Schwesternverschmelzung noch vor der Reform des Umwandlungsgesetzes (mit Änderung der §§ 54, 66 UmwG) das Erfordernis einer Kapitalerhöhung aus Gläubigerschutzerwägungen für unverzichtbar.⁵⁵⁶ So sollte zum Teil dem Grundsatz der Anteilsgewährung eine gläubigerschützende Wirkung insofern zugesprochen werden, als jedenfalls über eine minimale Kapitalerhöhung die entsprechend folgende Registerkontrolle den Übergang von Vermögen mit negativem Saldo verhindern könne.⁵⁵⁷ Auch könne der Verzicht bei der Verschmelzung einer Gesellschaft mit höherem Stammkapital auf eine mit deutlich niedrigerem Stammkapital zu einer signifikanten Minderung der Ausschüttungssperre und damit zu einer möglichen Gläubigerbenachteiligung führen.⁵⁵⁸ Nach der Änderung der §§ 54, 66 UmwG stehen Gründe des Gläubigerschutzes jedoch dem Ausschluss der Gewährung

⁵⁵⁰ Vgl. SHS/Stratz, §45, Rn.1, 10

⁵⁵¹ Vgl. Kuhlmann/Anis, Rn. 967; auch Sidestream Merger genannt: SHS/Hörtnagl, UmwG, §24, Rn. 53

⁵⁵² Vgl. SHS/Stratz, UmwG, § 54 Rn. 12, in der Literatur wg. der Umgehungsmöglichkeiten umstritten.

⁵⁵³ Vgl. SHS/Stratz, UmwG, §2, Rn. 22; §54 Rn. 12, Happ/Bahns, Abschnitt 7.05, Rn. 1.1

⁵⁵⁴ Vgl. SHS/Stratz, UmwG, § 54 Rn. 12; Kuhlmann/Ahnis, Rn. 967

⁵⁵⁵ Vgl. Semler/Stengel/Leonard/Simon, UmwG, §20, Rn.79; SHS/Stratz, UmwG, §2, Rn.23, §54 Rn. 12

⁵⁵⁶ OLG Hamm NJW 1989, 234, dies entgegen der überwiegenden Meinung der Literatur: Lutter/Winter/Vetter, UmwG, §54, Rn. 72

⁵⁵⁷ Vgl. Weiler, NZG 2008, 527

⁵⁵⁸ Vgl. Lutter/Winter/Vetter, UmwG, §54, Rn. 72

neuer Anteile nicht mehr entgegen.⁵⁵⁹ Es ist auch zweifelhaft, dass ein Gläubiger durch die Ausgabe weiterer Anteile begünstigt werden könnte bzw. das Gläubigerrisiko selbst effektiv minimiert werden könnte.⁵⁶⁰ Insbesondere kann die Anteilsgewährung nicht als gläubigerschützender Selbstzweck dienen⁵⁶¹ und ist als solche auch nicht zielführend.⁵⁶²

Als Sicherungsmaßnahmen hat der Gesetzgeber einerseits § 22 UmwG vorgesehen, nach dem den Gläubigern der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger unter den dort genannten Voraussetzungen durch die beteiligten Rechtsträger Sicherheit zu leisten ist.⁵⁶³ Auch können u.a. die Gläubiger bei Vorliegen eines „Verschmelzungsschadens“ Schadenersatzansprüche gegen die Organe der beteiligten Rechtsträger nach §§ 25ff. UmwG geltend machen.⁵⁶⁴ Die Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers wiederum müssen das Hinzutreten der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers akzeptieren.⁵⁶⁵

In der Literatur weitgehend anerkannt (wenn auch kritisch betrachtet)⁵⁶⁶ ist heute die Möglichkeit, eine GmbH, die sich im Stadium der Unterbilanz befindet, auf eine bestehende gesellschaftergleiche UG zu verschmelzen.⁵⁶⁷ Die Gegenmeinung argumentiert, mit dieser „Umgehung“ ermögliche man eine auf unmittelbarem Wege gesetzlich nicht vorgesehene Herabstufung einer GmbH zu einer UG, dies widerspreche außerdem der Funktion der UG als Einstiegsmodell in die GmbH.⁵⁶⁸ Dieser Widerspruch zur ursprünglichen gesetzgeberischen Konzeption ist jedoch bei genauerer Betrachtung nicht erkennbar, denn die GmbH könnte ebenso gut liquidiert und das vorhandene (Bar-)Restvermögen zur Neugründung einer UG verwendet werden.⁵⁶⁹ Darüber hinaus wird der Rechtsverkehr in keiner Weise getäuscht oder der Gläubigerschutz umgangen, denn durch den zwingenden Rechtsformzusatz „UG (haftungsbeschränkt)“ wird

⁵⁵⁹ Vgl. Semler/Stengel/Leonard/Simon, UmwG, §20, Rn. 79a; Ege/Klett DStR 2010, 2463; gilt explizit auch für die UG: Lutter/Winter/Vetter, UmwG, §54, Rn. 12; Ulmer/Paura, §5a, Rn. 67

⁵⁶⁰ Vgl. Ege/Klett, DStR 2010, 2463

⁵⁶¹ Vgl. Ege/Klett, DStR 2010, 2463

⁵⁶² Vgl. Semler/Stengel/Leonard/Simon, UmwG, §20, Rn.79a

⁵⁶³ Vgl. Semler/Stengel/Seulen, UmwG, §22, Rn.1-5

⁵⁶⁴ Vgl. Lutter/Winter/Vetter, UmwG, §54, Rn. 77, 81

⁵⁶⁵ Vgl. Ege/Klett, DStR 2010, 2463

⁵⁶⁶ Vgl. z.B. Heinemann, NZG 2008, 822: Umgehungstatbestand des Downgradings; ausführlich hierzu: Lutter/Winter/Vetter, UmwG, §54, Rn. 67/68

⁵⁶⁷ Vgl. SHS/Stratz, UmwG, §54 Rn.14

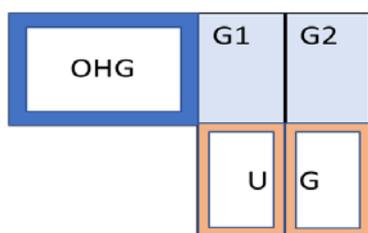
⁵⁶⁸ Vgl. Freitag/Riemenschneider, ZIP 2007, 1485; Baumbach/Hueck/Fastrich, §5a, Rn.18

⁵⁶⁹ Vgl. MüKo GmbHG/Rieder, §5a, Rn.52; ebenso kann eine AG in eine GmbH verschmolzen werden und der Gläubigerschutz ist über §22 UmwG ausreichend geregelt: Semler/Stengel/Seulen, UmwG, §22, Rn. 23-25

deutlich, dass von vorneherein kein nennenswertes Mindeststammkapital vorhanden ist bzw. von Gläubigerseite zu erwarten ist.⁵⁷⁰ Überdies gelten auch für diese Verschmelzung und den Schutz der Alt-Gläubiger der zu verschmelzenden GmbH die Regelungen des § 22 UmwG, nach dem Sicherheit zu leisten wäre.⁵⁷¹ Es greifen (analog zum Downstream Merger) die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG, sofern das Stammkapital der aufnehmenden Gesellschaft durch die Übertragung von negativem Vermögen der übertragenden (und überschuldeten) Gesellschaft angegriffen wird, ebenso wie die Regelungen zum existenzvernichtenden Eingriff.⁵⁷²

Für den Sidestep-Merger gelten die Ausführungen zur bilanziellen Behandlung eines Downstream Merger entsprechend.⁵⁷³

1 Ausgangssituation



2 Sidestep Merger der OHG („Schwester1“) auf die UG („Schwester2“), Verzicht der OHG-G1+2 auf neue Anteile der UG

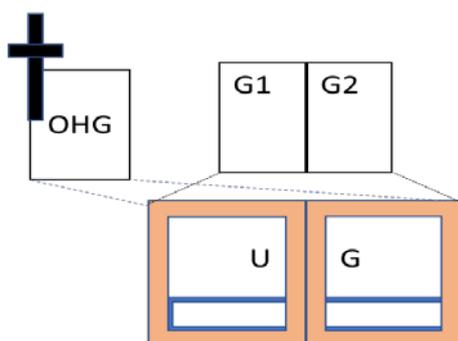


Abb 6: Ablauf beim Sidestep Merger - Quelle: eigene Darstellung

Für unsere Aufgabenstellung des Vermögens- und Vertragstransfers von der Vorgründungsgesellschaft auf die UG ist der Sidestep Merger als rechtssicherer Übertragungsweg geeignet. Die Hinweise zur Nachhaftung gem. § 45 UmwG

⁵⁷⁰ Vgl. MüKo GmbHG/Rieder, §5a, Rn.52

⁵⁷¹ Vgl. Lutter/Winter/Vetter, UmwG, §54, Rn. 77, 81

⁵⁷² Vgl. Lutter/Winter/Vetter, UmwG, §54, Rn. 82/83, zum Downstream Merger: Rn. 55ff.

⁵⁷³ Vgl. SBB/Bula/Thees, §10, Rn. 274: insbesondere zur Einordnung des nicht vorliegenden „Tausch“geschäfts, SHS/Hörtnagl, UmwG, §24, Rn. 54, 55: Umwandlungsverlust soll ergebniswirksam erfasst werden; Lutter/Priester, UmwG, §24, Rn. 63b: mit übernommenen Verbindlichkeiten als Wertansatz

sowie zu den (in unserem Beispiel nicht greifenden) §§ 30, 31 GmbHG gelten ebenso wie beim Downstream Merger.

4.3 Fallbeispiel

In diesem geht es um zwei natürliche Personen, die beschlossen haben, gemeinsam ein Unternehmen im Bereich Online-Handel aufzubauen. Die beiden haben sich darauf geeinigt, dass sie zur Begrenzung ihres persönlichen Risikos eine Unternehmergeellschaft (UG) gründen wollen, da diese ohne wirkliches Mindestkapital Haftungsbeschränkung bieten soll und im standardisierten Gründungsprozess vergleichsweise geringe Gründungskosten entstehen sollen. Viel wichtiger als Rechtsfragen zu klären, ist ihnen, dass es geschäftlich läuft. Also erwerben sie schon vor dem - bereits vereinbarten - Notartermin eine eigene Internet-Adresse, leistungsfähige Computer und eine komfortable Standardsoftware für den Onlineshop. Sie schalten Online-Anzeigen, gewinnen erste Kunden für ihre Produkte, die sie selbst als Zwischenhändler von anderen Gesellschaften erwerben. Jede Handlung erfolgt im Einvernehmen der beiden Gründer und aus deren Sicht für das neue Unternehmen (s. Kapitel 1).

Beim Notartermin zur UG-Gründung werden die Gründer nun darauf hingewiesen, dass die Waren und PCs sowie die abgeschlossenen Verträge mit den Kunden und Lieferanten nicht für die jetzt zu gründende UG, sondern ausschließlich für eine sog. Vorgründungsgesellschaft mit persönlicher Haftung für sie als Gesellschafter und ohne automatische Geltung für und/oder Übertragung auf die beabsichtigte Gesellschaft akquiriert wurden (Kapitel 2).

Desweiteren erfahren sie, dass sie die erworbenen Güter und Verträge aufgrund der Beschränkungen in §5a GmbHG nicht als Sacheinlage in die geplante UG einbringen können und dass sie auf gar keinen Fall diese Güter im Nachgang an die UG verkaufen sollten, da sie sonst Gefahr laufen, wegen einer verdeckten Sacheinlage und einer falschen eidesstattlichen Versicherung bei der Anmeldung der Gesellschaft strafrechtlich belangt zu werden (Kapitel 3).

Da der Gesellschaftsvertrag noch nicht unterschrieben ist, die Gründer aber nach wie vor aufgrund des Risikos durch die Umsatz- und Wareneinsatzervartung eine Haftungsbeschränkung der reinen Fortführung einer Personengesellschaft mit Vollhaftung vorziehen und auch die Kostenübernahme ihrer Investitionen aus dem Vorfeld durch die UG sicherstellen wollen, können Sie sich noch beim

Notartermin zwischen vier möglichen Wegen entscheiden (Kapitel 4.2.1.2, 4.2.2.1, 4.2.3.2, 4.2.3.3):

Einfache Anwachsung durch unentgeltliche Einbringung (Sach-Agio)	Einfache Anwachsung durch unentgeltlichen Austritt	Verschmelzung über Downstream Merger	Verschmelzung über Sidestep Merger
<ul style="list-style-type: none"> •OHG-Anmeldung der Vorgründungsgesellschaft beim Handelsregister •Einbringung der OHG als Nebenleistung gem. § 3 II GmbHG über Änderung des Gesellschaftsvertrags (keine Mustersatzung) vor Beurkundung •Beurkundung des UG-Vertrags und Anmeldung der UG zum Handelsregister •Anmeldung der Vollbeendigung der OHG ohne Abwicklung unter Weiterführung des Unternehmens in Form des alleinverbliebenen Gesellschafters „UG“ zum Handelsregister (§§ 105 III HGB, 738 BGB) •Bilanzzerstellung zum Übergang der Werte und Versteuerung durch die Alt-Gesellschafter (mit Aufdeckung von stillen Reserven) •Nachhaftung Gesellschafter OHG 5 Jahre (§160 HGB) 	<ul style="list-style-type: none"> •Beurkundung des UG-Vertrags (Mustersatzung) und Anmeldung der UG zum Handelsregister (Vor-UG ist entstanden) •OHG Anmeldung der Vorgründungsgesellschaft beim Handelsregister •Beitritt der Vor-UG zur OHG, gleichzeitig Wechsel der Stellung der bisherigen OHG-Gesellschafter zu Kommanditisten (Vor-UG & Co. KG entstanden) •Austritt und Anmeldung des Austritts der Alt-Gesellschafter zum Handelsregister unter Vollbeendigung der KG ohne Abwicklung mit Weiterführung des Unternehmens in Form der Komplementärin Vor-UG (§§ 161 II, 105 III HGB, 738 BGB) •Nach Eintragung der UG automatischer Übergang der Rechte und Werte von der Vor-UG auf die UG •Bilanzzerstellung zum Übergang der Werte und Versteuerung durch die Alt-Gesellschafter (mit Aufdeckung von stillen Reserven) •Nachhaftung Gesellschafter OHG 5 Jahre (§160 HGB) 	<ul style="list-style-type: none"> •Beurkundung des UG-Vertrags (Mustersatzung) und Anmeldung der UG zum Handelsregister •OHG-Anmeldung der Vorgründungsgesellschaft beim Handelsregister •Erstellung von Zwischenabschlüssen für UG und OHG nach deren Eintragung •Kauf der UG-Anteile durch die OHG •Verschmelzung ohne Kapitalerhöhung (Gebrauch von Wahlrecht §54 I S.2 Nr.2 UmwG) von OHG auf UG, Wirkung mit Eintragung im Handelsregister (§20 I UmwG) •Steuerneutraler Einbringungsvorgang (§§ 24 UmwG, 20 UmwStG) •Nachhaftung Gesellschafter OHG 5 Jahre (§45 UmwG) 	<ul style="list-style-type: none"> •Beurkundung des UG-Vertrags (Mustersatzung) und Anmeldung der UG zum Handelsregister •OHG-Anmeldung der Vorgründungsgesellschaft beim Handelsregister •Erstellung von Zwischenabschlüssen für UG und OHG nach deren Eintragung •Verschmelzung von der OHG auf die UG ohne Kapitalerhöhung wegen notariellem Verzicht auf Anteilsgewährung durch die Anteilseigner/Altgesellschafter (§54 I S.3 UmwG), Wirkung mit Eintragung im Handelsregister (§20 I UmwG) •Steuerneutraler Einbringungsvorgang (§§24 UmwG, 20 UmwStG) •Nachhaftung Gesellschafter OHG 5 Jahre (§45 UmwG)

Abb 7: Entscheidungsmöglichkeiten beim Notartermin – Quelle: eigene Darstellung

Während die Anwachsungslösungen noch im gleichen Notartermin durchgeführt werden könnten (Kapitel 4.2.2), wäre für die Verschmelzungslösungen ein zweiter Notartermin nach Eintragung der OHG und UG im Handelsregister notwendig (Kapitel 4.2.3 und Kapitel 2.2.2.2). Die Anwachsungswege verursachen im Vergleich zu den Verschmelzungswegen geringere Kosten, sind aber auch nicht steuerneutral und buchwertfortführend durchführbar (Kapitel 4.2.2). Wegen der sofortigen und vergleichsweise kostengünstigen Durchführung entscheiden sich die beiden Gründer für die Einbringung als Sach-Agio gem. § 3 Abs. 2 GmbHG (einfache Anwachsung) zur rechtssicheren Übertragung aller Güter, Ansprüche und Verträge auf die UG (Kapitel 4.2.1.2) – und stimmen dieser natürlich auch zu. Sie führen noch beim Gründungstermin die erforderlichen Schritte (s. Abb. 7) durch. Aufgrund der mit der Anwachsung erreichten Gesamtrechtsnachfolge muss keine Zustimmung der Vertragspartner und/oder Gläubiger der Vorgründungs-OHG für die Übertragung eingeholt werden (Kapitel 4.2.2). Das Risiko der Vollhaftung für alle bisher eingegangenen Verbindlichkeiten müssen Sie jedoch im Rahmen des § 160 Abs. 1 HGB für weitere fünf Jahre akzeptieren (Kapitel 4.2.2).

5 Zusammenfassung und Fazit

Auch wenn Gründer einer Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) zeitlich vor der Errichtung der Gesellschaft beim Notar (und damit vorschnell) Verträge eingehen, Wirtschaftsgüter anschaffen, Verbindlichkeiten eingehen, und andere unternehmerische Entscheidungen treffen, die aufgrund der Diskontinuität zwischen Vorgründungsgesellschaft und eingetragener Gesellschaft nicht automatisch auf die UG übergehen, gibt es Lösungswege zur rechtssicheren Übertragung aller Güter/Verbindlichkeiten/Verträge, die nach hM im Einklang mit den einschränkenden Regelungen des §5a GmbH (und hier vor allem dem Sacheinlageverbot) stehen. In Abbildung 8 sind die gangbaren und nicht gangbaren Wege anschaulich dargestellt.

Nicht praktikabel, weil eindeutig ein Verstoß gegen das Sacheinlageverbot vorliegt, sind die Wege a) Asset (Werte der Vorgründungsgesellschaft) oder Share (Anteile der Vorgründungsgesellschaft) Deal zwischen Vorgründungsgesellschaft und UG sowie b) Anwendung des erweiterten Anwachsungsmodells (bis zu einer Stammkapitalerhöhung auf 24.999 Euro).

Praktikabel, aber nicht empfehlenswert ist die unentgeltliche Einzelübertragung von Werten, Verträgen und Verbindlichkeiten, gleich ob als Agio oder Nebenleistung, da hieraus erhebliche Nachteile entstehen können durch a) die bei Übertragung erforderliche Gläubiger-/Vertragspartnerzustimmung, b) die erforderliche vorherige Zustimmung aller Gesellschafter zu den Übertragungsakten (ansonsten Anfechtbarkeit aufgrund Nichtigkeit der Übertragung im späteren Streitfall), c) der zusätzlich erforderlichen Abwicklung der ansonsten weiterbestehenden Vorgründungsgesellschaft mit allen rechtlichen Unwägbarkeiten. Ebenso nicht empfehlenswert ist der grundsätzlich praktikable Weg des Downstream Mergers, da hier - durch den zusätzlichen Schritt des Anteilsverkaufs (zwingend beim Notar, inkl. Anmeldung zum Handelsregister) von den Gründern an die OHG - im Vergleich zum Sidestep Merger höhere Kosten entstehen.

Den Gründern zu empfehlen sind die Lösungswege a) des einfachen Anwachsungsmodells (egal, ob direkt über den Austritt – kostengünstig - oder über die Umleitung einer Anteilseinbringung als Sach-Agio – einfach über eine Regelung im UG-Gesellschaftsvertrag beim Notartermin der Gründung); der

auch dargestellte Upstream Merger entspricht am ehesten einer Anwachsung durch Anteilseinbringung und b) der Anwendung des Sidestep Merger.

Für welche der beiden Alternativen sich die Gründer entscheiden sollten, ist von drei Faktoren abhängig: a) Rechtsform der Vorgründungsgesellschaft, b) steuerliche Aspekte (steuerneutrale Fortführung der Werte wichtig?) oder c) Schnelligkeit und Kostenaufwand. Ist die Vorgründungsgesellschaft GbR, kommt nur aufgrund des numerus clausus in § 3 Abs. 1 UmwG nur die einfache Anwachsung in Frage. Der Sidestep Merger und die dort mögliche Buchwertfortführung gewährleisten eine steuerneutrale (keine Aufdeckung von stillen Reserven) Überführung der Werte in die UG. Das Anwachsungsmodell kann mit vergleichsweise geringen Kosten und sehr kurzfristig und einfach durchgeführt werden.

Damit ist sowohl für die angesprochene typische Gründerklientel der UG mit der einfachen Anwachsung, wie auch für z.B. die klein gestarteten Softwarehersteller, die mit dem Sidestep Merger steuerliche Nachteile bei der Einbringung ihrer Entwicklungen vermeiden möchten, je eine rechtssichere Lösungsmöglichkeit bzw. Übertragungsalternative vorhanden.

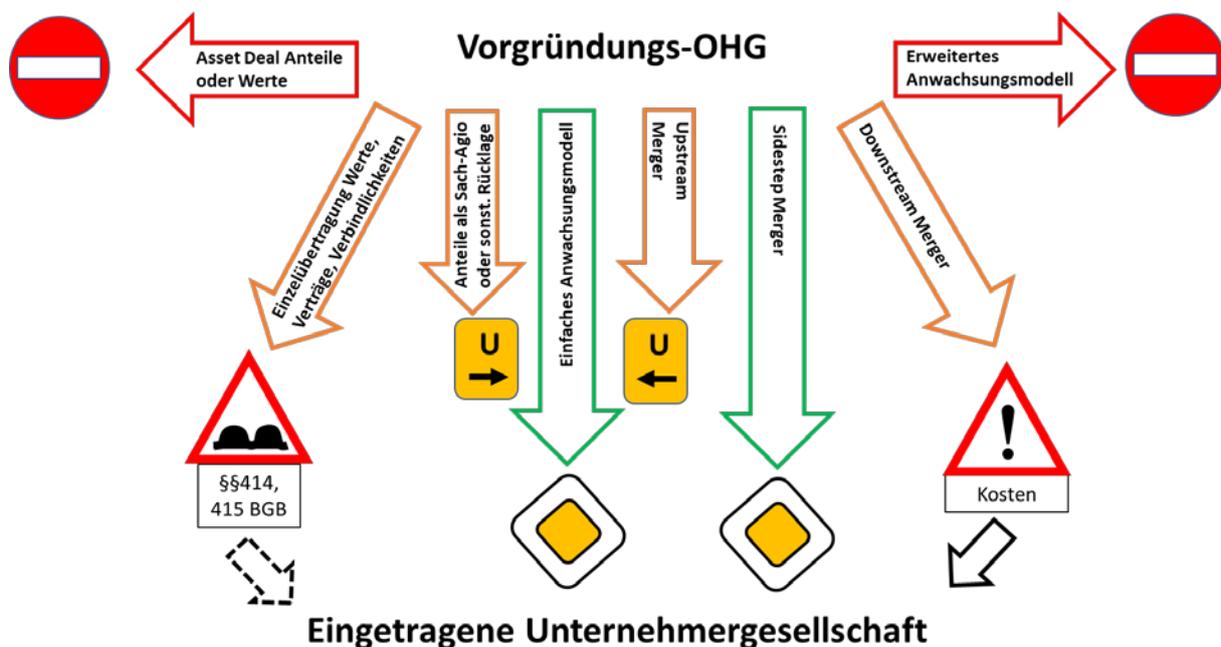


Abb 8: Übertragungswege von der Vorgründungs-OHG zur eingetragenen UG – Quelle: eigene Darstellung

Literaturverzeichnis

Bücher und Kommentare

- Ballreich** Fallkommentar Umwandlungsrecht, 5. Aufl., 2016, Luchterhand Verlag, zitiert als: Ballreich, Abschnitt, Rn.
- Baumbach, Hopt** Handelsgesetzbuch, 37. Aufl., 2016, Verlag C.H. Beck, zitiert als: Baumbach/Hopt/Autor, HGB, §, Rn.
- Baumbach, Hueck** GmbHG, 21. Aufl., 2017, Verlag C.H. Beck, zitiert als: Baumbach/Hueck/Autor, §, Rn
- Bork, Schäfer** GmbHG, 3. Aufl. 2015, RWS Verlag, zitiert als: Bork/Schäfer/Autor, §, Rn.
- Breithaupt, Ottersbach** Kompendium Gesellschaftsrecht, 1. Aufl., 2010, C.H. Beck/Vahlen Verlag, zitiert als: Breithaupt/Ottersbach/Autor, §, Rn.
- Canaris, Habersack, Schäfer** STAUB HGB Großkommentar, Dritter Band, §§105-160 (Das Recht der OHG), 5. Aufl., 2010, DeGruyter-Verlag, zitiert als: Staub/Autor, §, Rn.
- Coenenberg,Haller, Schulze** Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, 24. Aufl., 2016, Schäffer-Pöschel-Verlag, Stuttgart, zitiert als: Coenenberg/Haller/Schultze, S.
- Ebenroth, Boujong, Joost, Strohn** Handelsgesetzbuch Band I, 3.Aufl., 2014, Verlag C.H. Beck/Vahlen, zitiert als: EBJs/Autor, §, Rn.
- Eckhardt/Herrmanns** Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 2017, Carl Heymanns Verlag, zitiert als: Eckhardt/Herrmanns/Autor, Kapitel, Rn.
- Fleischer, Goette** Münchener Kommentar zum GmbHG, 2. Aufl., 2015, Verlag C.H. Beck, zitiert als: MüKo GmbHG/Autor §, Rn.
- Hirte, Mülbert, Roth** Großkommentar AktG, 5. Aufl., 2016, DeGruyter Verlag, zitiert als: Großkomm. AktG/Autor, §, Rn.

- Gehrlein, Born, Simon,** GmbHG, 3. Aufl., 2017, Carl Heymanns Verlag, zitiert als: Gehrlein/Autor, GmbHG, §, Rn.
- Gehrlein, Witt, Volmer** GmbH-Recht in der Praxis, 3. Aufl., 2015, Verlag dfv, zitiert als: Gehrlein, GmbHPraxis, Rn.
- Gummert,** Münchener Anwaltshandbuch des Personengesellschaftsrechts, 2. Aufl., 2015, Verlag C.H. Beck, zitiert als: MAH PersGesR/ Autor, §, Rn.
- Gummert, Weipert,** Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 1 BGB-Gesellschaft-OHG-PartG-EWIV, 4. Aufl., 2014, Verlag C.H. Beck, zitiert als: MHGesR; Band1, §, Rn.
- Gummert, Weipert** Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 2 Kommanditgesellschaft, GmbH&Co.KG, Publikums-KG, stille Gesellschaft, 4. Aufl., 2014, Verlag C.H. Beck, zitiert als: MHGesR; Band2, §, Rn.
- Happ** Konzern- und Umwandlungsrecht, 1. Aufl., 2011, Carl Heymanns Verlag, zitiert als: Happ/Autor, Abschnitt, Rn.
- Heckschen/Heidinger** Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl., 2018, zitiert als: Heckschen/Heidinger, Kapitel, Rn.
- Heidel/Schall,** HGB, 1. Aufl., 2011, Nomos-Verlag, zitiert als: Heidel/Schall/Autor, §, Rn.
- Henssler, Strohn** Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 2016, Verlag C.H. Beck, zitiert als: Henssler/Strohn/Autor, Gesetz, §, Rn.
- Kießling** Vorgründungs- und Vorgesellschaft, 1. Aufl., 1999, DeGruyter Verlag, zitiert als: Kießling, S.
- Kuhlmann, Ahnis** Konzern- und Umwandlungsrecht, 4. Aufl., 2016, Verlag C F. Müller, zitiert als: Kuhlmann/Ahnis, Rn
- Lutter** UmwG, 5. Auflage, 2014, Verlag Dr. Otto Schmidt, zitiert als: Lutter/Autor, UmwG, §, Rn.
- Lutter, Hommelhoff** GmbH-Gesetz, 18. Aufl. 2012, Verlag Dr. Otto Schmidt, zitiert als: Lutter/Hommelhoff/Autor, §, Rn

- Mayer, Weiler** Beck'sches Notarhandbuch, 6. Aufl., 2015, zitiert als:
Mayer/Weiler, BNH, Rn.
- Miras** Die neue Unternehmergesellschaft, 2. Auflage, 2011, Verlag
C.H. Beck, zitiert als: Miras, UG I, Rn.
- Oetker** Handelsgesetzbuch - HGB, 5. Aufl., 2017, Verlag C.H. Beck,
zitiert als: Oetker, HGB, §, Rn
- Priester, Mayer, Wicke** Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, GmbH,
4. Aufl., 2012, Verlag C.H. Beck, zitiert als: MHGesR, Band3,
§, Rn
- Roth, Altmeppen** GmbHG, 8. Aufl., 2015, Verlag C.H. Beck, zitiert als:
Roth/Altmeppen/Autor, §, Rn.
- Säcker, Rixecker, Oetker, Limperg** Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., 2017, Verlag C.H.
Beck, zitiert als: MüKo BGB/Autor, §, Rn.
- Saenger, Inhester** GmbHG, 1. Aufl., 2011, Nomos Verlag, zitiert als:
Saenger/Inhester/Autor, §, Rn.
- Sagasser, Bula, Brünger** Umwandlungen, 5 Aufl., 2017, Verlag C.H. Beck, zitiert als:
SBB/Autor, §, Rn.
- Schall** Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz – Grund und
Grenzen der Haftungsbeschränkungen nach Kapitaldebatte,
MoMiG und Trihotel, 2009, Verlag C.H. Beck, zitiert als:
Schall, Gläubigerschutz, S.
- Schmidt** Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, Carl Heymanns Verlag,
zitiert als: K.Schmidt, GesR, S.
- Schmidt** Münchener Kommentar zum HGB, Band 2, 4. Aufl., 2016,
Verlag C.H. Beck/Vahlen, zitiert als: MüKo HGB/Autor, §, Rn.
- Schmitt/Hörtnagl/Stratz** UmwG - UmwStG, 7. Aufl., 2016, Verlag C.H.Beck, zitiert als:
SHS/Autor, UmwG, §, Rn.
- Scholz** GmbHG, I. Band, 11. Aufl., 2012, Verlag Dr. Otto Schmidt,
zitiert als: Scholz/Autor, §, Rn.

- Semler/Stengel** UmwG, 4. Aufl., 2017, Verlag C. H. Beck, zitiert als:
Semler/Stengel/Autor, UmwG, §, Rn.
- v. Staudinger** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit
Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2, Recht der
Schuldverhältnisse, §§705-740 (Gesellschaftsrecht), 13. Aufl.,
2003, Sellier – deGruyter Verlag, zitiert als: Staudinger/Autor,
§, Rn.
- Ulmer, Habersack, Löbbe** GmbHG Großkommentar, Band I, 2. Aufl., 2013, Verlag Mohr
Siebeck, zitiert als: Ulmer/Autor, §, Rn.
- Wicke** GmbHG, 3. Aufl., 2016, Verlag C.H. Beck, zitiert als:
Wicke, §, Rn.
- Widmann, Mayer** Umwandlungsrecht, Lose-Blatt-Sammlung, Stollfuss Verlag ,
zitiert als: Widmann-Mayer, UmwStG, §, Rn
- Wiedemann, Frey** Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., 2016, Verlag C.H. Beck, zitiert als:
Wiedemann/Frey, GesR, Rn.
- Ziemons, Jaeger** Beck'scher OK GmbHG, 33. Edition, Stand 01.11.2017, zitiert
als: BeckOK GmbHG/Autor, §, Rn

Aufsätze

- Atta** Der Brexit als Stresstest für die Wettbewerbsfähigkeit der UG
(haftungsbeschränkt), in GmbH-Rundschau 11/2017, zitiert als:
Atta, GmbHR 2017, 567
- Ege, Klett,** Aktuelle gesellschaftsrechtliche und steuerliche Aspekte von
Anwachungsmodellen – Zugleich Anmerkung zum Beschluss
des OLG Hamm vom 24.06.2010 I-15 Wx 360/09, erschienen in
Deutsches Steuerrecht 2010, S.2463-2468, zitiert als: Ege/Klett,
DStR 2010, S. 2463
- Fleischer** Die deutsche Unternehmergeellschaft und ihre ausländischen
Ableger – Bestandsaufnahme und Reformperspektiven, in Der
Betrieb 2017, 291, zitiert als: Fleischer, DB 2017, 291

- Freiherr v. Proff** Die Anwachsung als Gestaltungsmodell bei Personengesellschaften, in Deutsches Steuerrecht 2016, 2227-2236, zitiert als: v.Proff, DStR 2016, 2227
- Freitag, Riemenschneider** Die Unternehmergesellschaft – „GmbH light“ als Konkurrenz für die Limited?, in Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2007, 1485; zitiert als: Freitag/Riemenschneider, ZIP 2007, 1485
- Früchtl** Die Anwachsung gem. § 738 I 1 BGB – Unbeachteter Eckpfeiler und gestaltbares Instrument des Personengesellschaftsrechts, in Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2007, 368, zitiert als: Früchtl, NZG 2007, 368
- Gehb, Drange, Heckelmann,** Gesellschaftsrechtlicher Typenzwang als Zwang zu neuem Gesellschaftstyp – Gemeinschaftsrecht fordert deutsche UGG, in. Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2006, 88, zitiert als: Gehb/Drange/Heckelmann, NZG 2006, 88
- Heinemann** Die Unternehmergesellschaft als Zielgesellschaft von Formwechsel, Verschmelzung und Spaltung nach dem Umwandlungsgesetz, in Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2008, 820, zitiert als: Heinemann, NZG 2008, 820
- Kornblum** Bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, in GmbH-Rundschau 2017, 739-748, zitiert als: Kornblum GmbHR 2017, 739
- Krüger** Wechsel der Unternehmensform im Wege der Anwachsung - Gestaltungsmöglichkeiten und Steuerfolgen, in Neue Juristische Wochenschrift 1982, 2847, zitiert als: Krüger, NJW 1982, 2847
- Künkele, Zwirner** Bilanzierung bei Anwachsung im handelsrechtlichen Jahresabschluss, in Zeitschrift für Bilanzierung, Rechnungswesen und Controlling 2012, 51-54 zitiert als: Künkele/Zwirner, BC 2012, S. 51
- Miras** Aktuelle Fragen zur Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), in Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2012, 486, zitiert als: Miras, NZG 2012, 486

- Orth** Umwandlung durch Anwachsung Teil I, in Deutsches Steuerrecht 1999, 1011, zitiert als: Orth, DStR 1999, 1011
- Orth** Umwandlung durch Anwachsung Teil II, in Deutsches Steuerrecht 1999, 1053, zitiert als: Orth, DStR 1999, 1053
- Orth** Einbringung nach dem sog. Erweiterten Anwachsungsmodell, Zugleich Anmerkung zu dem BFH-Urteil von 28.05.2008, I R 98/06, in Deutsches Steuerrecht 2009, 192, zitiert als: Orth, DStR 2009, 192
- Priester** Das Gesellschaftsverhältnis im Vorgründungsstadium – Einheit oder Dualismus?, in GmbH-Rundschau 1995, 481, zitiert als: Priester GmbHHR 1995, 481
- Schaefer** Das Handelsrechtsreformgesetz nach dem Abschluss des parlamentarischen Verfahrens, in Der Betrieb 1998, 1269, zitiert als: Schaefer, DB 1998, 1269
- Schall** Englischer Gläubigerschutz bei der Limited in Deutschland, in Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2005, 965, zitiert als: Schall, ZIP 2005, 965ff;
- Schall** Grenzüberschreitende Umwandlungen der Limited (UK) mit deutschem Verwaltungssitz – Optionen für den Fall des Brexit, in Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2016, zitiert als: Schall, ZfPW 2016, 407 (441)
- Schall** Ohne Mindestkapital von England nach Deutschland wechseln – die UG & Co. KG als Zielrechtsträger eines grenzüberschreitenden Formwechsels, in: GmbH-Rundschau 2017, 25, zitiert als: Schall, GmbHHR 2017, 25
- Schall, Westhoff** Die Neuwahlen zum Deutschen Bundestag liegen hinter uns – kommt jetzt die UGG?, in GmbH-Rundschau 2005, R357, zitiert als: Schall/Westhoff, GmbHHR 2005, R357
- Schall, Westhoff** Warum Deutschland eine neue Kapitalgesellschaftsform braucht, in GmbH-Rundschau 2005, R 381, zitiert als: Schall/Westhoff, GmbHHR 2004, R 381

- Schiefer** Die Anwachsung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in Deutsches Steuerrecht 1996, 788, zitiert als: Schiefer, DStR 1996, 788
- Schmidt** Zur Übertragung von Vor-Gesellschaftsanteilen, in GmbH-Rundschau 1997, 869, zitiert als: K. Schmidt GmbHHR 1997, 869ff
- Schmidt** Das Handelsrechtsreformgesetz, in. Neue Juristische Wochenschrift 1998, 2161 zitiert als: K. Schmidt NJW 1998, 2166
- Schmidt** Haftung aus Rechtsgeschäften vor Errichtung einer GmbH, in GmbH-Rundschau 1998, 613, zitiert als: K. Schmidt, GmbHHR 1998, 614
- Schmidt** Anwachsung, was ist das und gibt es das noch, in Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, erschienen bei Mohr Siebeck 2006, zitiert als: K. Schmidt, Festschrift Huber, S.969ff
- Seebach** Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) in der notariellen Praxis, in Rheinische Notar-Zeitschrift 2013, 261 zitiert als: Seebach, RNotZ 2013, 261
- Weiler** Grenzen des Verzichts auf Anteilsgewährung im Umwandlungsrecht – Kritische Betrachtung der §§ 54 I 3, 68 I 3 UmwG n.F. und mögliche Mechanismen zum Schutz von Minderheitsgesellschaftern, in Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2008, 527, zitiert als: Weiler, NZG 2008, 527
- Weimar** Abschied von der Gesellschafter- und Handelndenhaftung im GmbH-Recht?, in GmbH-Rundschau 1988, 289, zitiert als: Weimar, GmbHHR 1988, 289

Websites

Insolvenzstatistik des Statistischen Bundesamts:

https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Qualitaetsberichte/UnternehmenGewerbeInsolvenzenHandwerk/Insolvenz.pdf?__blob=publicationFile; abgerufen am 14.03.2018, 14:50 Uhr;

Insolvenzstatistik Creditreform: <https://www.creditreform.de/nc/aktuelles/news-list/details/news-detail/insolvenzen-in-deutschland-jahr-2016-3303.html>; abgerufen am 14.03.2018, 14:53 Uhr.

Gründerseite des Bundeswirtschaftsministeriums: www.existenzgruender.de; abgerufen am 14.03.2018, 15:05 Uhr

Eidesstattliche Versicherung

Hiermit versichere ich, dass die Arbeit von mir selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel benutzt wurden. Alle Stellen der Arbeit, die von mir wortwörtlich oder sinngemäß aus anderen Quellen übernommen wurden, wurden als solche kenntlich gemacht. Diese Arbeit wurde von mir keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegt, weder in gleicher noch in ähnlicher Form.

23.04.2018