

INSOLVENZANFECHTUNG VON UMWANDLUNGSMAßNAHMEN

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

vorgelegt von

Linda Jarosch

aus Düsseldorf

Referent: Professor Dr. iur. Christoph Thole, Dipl.-Kfm.
Korreferent: Professor Dr. Hensler
Tag der mündlichen Prüfung: 16.02.2022

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2021/2022 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Rechtsprechung sowie Literatur konnten weitgehend bis Ende Februar 2022 berücksichtigt werden.

Für die engagierte Betreuung dieser Arbeit und die hilfreichen Anmerkungen und Hinweise möchte ich meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Christoph Thole, Dip.-Kfm. danken. Weiterer Dank gilt Herrn Professor Dr. Martin Henssler für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie die hilfreichen Anregungen im Rahmen seiner Bewertung.

Mein besonderer Dank gilt des Weiteren meiner Familie, insbesondere meinem Verlobten Christian sowie meinen Eltern, die mir während der Promotion und meiner gesamten Ausbildung eine große Stütze waren. Ihnen ist diese Arbeit in Liebe und Dankbarkeit gewidmet.

Bonn, im März 2022

Linda Jarosch

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	III
Inhaltsverzeichnis	IV
Abkürzungsverzeichnis	XVI

§ 1 Einführung	1
A. Problemstellung	1
B. Gang der Untersuchung	4

Abschnitt 1: Insolvenzanfechtung von Umwandlungsmaßnahmen in der Insolvenz eines beteiligten Rechtsträgers

6

Kapitel 1: Allgemeiner Teil.....

6

§ 2 Umwandlungsfähigkeit von überschuldeten, zahlungsunfähigen oder im Insolvenzverfahren befindlichen Rechtsträgern	6
A. Umwandlungsfähigkeit des im Insolvenzverfahren befindlichen, überschuldeten oder zahlungsunfähigen übertragenden Rechtsträgers	6
I. Im Insolvenzverfahren befindlicher Rechtsträger	6
II. Überschuldeter oder zahlungsunfähiger Rechtsträger.....	8
1. Umwandlungsfähigkeit nach dem Umwandlungsgesetz	8
2. Unzulässigkeit nach dem allgemeinen Gesellschaftsrecht	10
a) Gesellschaftsrechtliche Unzulässigkeit aufgrund des Prinzips der realen Kapitalaufbringung?.....	10
aa) Grundsätzliche Unzulässigkeit	10
bb) Umgehungsmöglichkeiten.....	11
b) Gesellschaftsrechtliche Unzulässigkeit aufgrund der Kapitalerhaltungsvorschriften (§ 30 GmbHG, § 57 AktG)?	12
c) Überschuldung als Umwandlungshindernis?.....	13
III. Zwischenergebnis	14
B. Umwandlungsfähigkeit des im Insolvenzverfahren befindlichen, überschuldeten oder zahlungsunfähigen übernehmenden Rechtsträgers	14
I. Im Insolvenzverfahren befindlicher Rechtsträger	15
II. Überschuldeter oder zahlungsunfähiger Rechtsträger.....	16
III. Zwischenergebnis	16
C. Zusammenfassendes Ergebnis	16

§ 3	Gläubigerschutz nach dem Umwandlungsrecht und dem allgemeinen Gesellschaftsrecht	18
A.	Fragestellung.....	18
B.	Umfang des Gläubigerschutzes nach dem Gesellschafts- und Umwandlungsrecht	18
I.	Prinzip der realen Kapitalaufbringung	18
II.	Keine Differenzhaftung im Rahmen von Umwandlungen.....	18
1.	Meinungsbild	19
2.	Stellungnahme	20
III.	Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs.....	21
IV.	Unzureichender Schutz durch § 22 UmwG	22
1.	Nur Altgläubiger als berechnigte Gläubiger i.S.v.§ 22 Abs. 1 S. 1 UmwG....	23
2.	Anspruch auf Sicherheitsleistung als nachgelagerter Gläubigerschutz	23
V.	Unzureichender Schutz durch § 133 UmwG.....	25
1.	Schutz nur für die Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers.....	25
2.	Nur Altgläubiger als berechnigte Gläubiger i.S.v. § 133 UmwG.....	26
3.	Zeitlich beschränkte Haftung.....	26
VI.	Unzureichender Schutz durch §§ 25 Abs. 1 S. 1, 125 S. 1, 205 Abs. 1 S. 1 UmwG	26
1.	Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen	27
2.	Schutz nur der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers	27
C.	Zusammenfassendes Ergebnis	28
§ 4	Keine Anfechtungsresistenz von Umwandlungsmaßnahmen.....	29
A.	Meinungsbild	29
B.	Die Frage der Reichweite des Bestandsschutzes	30
I.	Weiterentwicklung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft.....	31
II.	Erforderlichkeit eines schuldrechtlichen Rückgewähranspruchs aufgrund des gesellschaftsrechtlichen Minderheitenschutzes	32
1.	Das Unbedenklichkeitsverfahren im Grundsatz	32
2.	Missbrauchspotential des Unbedenklichkeitsverfahrens	33
3.	Rückabwicklung ex nunc als sachgerechte Alternativlösung.....	34
III.	Richtlinienkonforme Auslegung von §§ 20 Abs. 2, 131 Abs. 2, 202 Abs. 3 UmwG?.....	34
1.	Begriff der Nichtigkeit i.S.v. Artt. 108, 153 Richtlinie (EU) 2017/1132	36

a)	Wortlaut	37
b)	Systematik.....	37
c)	Sinn und Zweck	38
d)	Zwischenergebnis	38
2.	Subsumtion	38
3.	Ergebnis	39
IV.	Auslegung unter Berücksichtigung des nationalen Rechts.....	39
V.	Folgen der Unmöglichkeit einer auf Naturalrestitution gerichteten Rückabwicklung	41
VI.	Zwischenergebnis	41
C.	Das Verhältnis von Umwandlungsrecht und Insolvenzanfechtung	42
I.	Anspruch auf Sicherheitsleistung (§§ 22 Abs. 1, 125 S. 1, 204 UmwG).....	42
II.	Gesamtschuldnerische Haftung (§ 133 UmwG)	44
III.	Schlussfolgerungen aus EuGH, Urt. v. 30.01.2020 – C-394/18.....	44
D.	Zusammenfassendes Ergebnis	46
Kapitel 2:	Insolvenzanfechtung von Verschmelzungen	47
§ 5	Die Verschmelzung in Grundzügen.....	47
A.	Arten der Verschmelzung	47
B.	Zeitlicher Ablauf einer Verschmelzung.....	47
I.	Vorbereitungsphase	48
II.	Beschlussphase.....	48
III.	Vollzugsphase.....	49
§ 6	Ausschluss der Anfechtung wegen Wegfall des Anfechtungsgegners?	50
A.	Problemstellung	50
B.	Unerheblichkeit von § 145 Abs. 1 InsO.....	50
C.	Fiktion des Fortbestehens des übertragenden Rechtsträgers nach § 25 Abs. 2 UmwG?	51
I.	Insolvenzanfechtungsrechtlicher Rückgewähranspruch als unmittelbarer Anwendungsfall von § 25 Abs. 2 S. 1 Var. 2 UmwG?.....	51
1.	Die Rückgewährpflicht gemäß § 143 Abs. 1 InsO als „allgemeine“ Verbindlichkeit i.S.d. § 25 Abs. 2 S. 1 UmwG.....	51
2.	Überlagerung der §§ 25, 26 UmwG durch die Insolvenzordnung	52
a)	Ausschließliche Durchsetzungskompetenz des besonderen Vertreters	52

b)	Insolvenzanfechtung als originäres Recht des Insolvenzverwalters	54
3.	Zwischenergebnis	54
II.	Analoge Anwendung des § 25 Abs. 2 UmwG	55
1.	Planwidrige Regelungslücke	55
2.	Vergleichbare Interessenlage.....	56
3.	Zwischenergebnis	56
D.	Zusammenfassendes Ergebnis	56
§ 7	Allgemeine Anfechtungsvoraussetzungen.....	57
A.	Rechtshandlung.....	57
I.	Die Rechtshandlung i.S.v. § 129 InsO	57
1.	Begriff.....	57
2.	Abgrenzung einaktige und mehraktige Rechtsgeschäfte sowie Gesamtvorgänge	58
II.	Anfechtbare Rechtshandlungen im Rahmen eines Verschmelzungsvorgangs ..	60
1.	Potentiell in Betracht kommende Handlungen	60
a)	Zustimmungsbeschlüsse	60
b)	Verschmelzungsvertrag.....	61
c)	Registereintragung	61
2.	Verschmelzungsvertrag und Registereintragung als anfechtbare Rechtshandlungen	62
III.	Folge der Anfechtung nur einzelner Rechtshandlungen.....	63
1.	Isolierte Anfechtung des Grundgeschäfts.....	63
2.	Isolierte Anfechtung des Erfüllungsgeschäfts	63
III.	Zwischenergebnis	64
B.	Gläubigerbenachteiligung	64
I.	Benachteiligung der Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers	65
1.	Unmittelbare Gläubigerbenachteiligung.....	65
2.	Mittelbare Gläubigerbenachteiligung	65
II.	Benachteiligung der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers.....	66
1.	Unmittelbare Gläubigerbenachteiligung.....	66
2.	Mittelbare Gläubigerbenachteiligung	66
C.	Zusammenfassendes Ergebnis	67

§ 8	Anfechtungstatbestände	68
A.	Die unterschiedlichen Anfechtungstatbestände	68
I.	Deckungshandlungen (§§ 130, 131 InsO).....	68
1.	Tatbestandsvoraussetzungen	68
a)	Sicherung oder Befriedigung	68
b)	Insolvenzgläubiger	69
c)	Weitere Anfechtungsvoraussetzungen	69
2.	Die Registereintragung als Deckungshandlung?	70
II.	Unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen (§ 132 InsO)	71
1.	Tatbestandsvoraussetzungen	71
2.	Der Verschmelzungsvertrag als unmittelbar nachteiliges Rechtsgeschäft	72
III.	Vorsätzliche Benachteiligung (§ 133 InsO)	73
1.	Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung	73
a)	Allgemeines	73
b)	Objektiver Tatbestand	73
c)	Subjektiver Tatbestand.....	73
aa)	Gläubigerbenachteiligungsvorsatz.....	74
bb)	Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz	78
d)	Die Beweislastregel des § 133 Abs. 4 InsO	80
2.	Die vorsätzliche Benachteiligung im Rahmen einer Verschmelzung.....	81
IV.	Unentgeltliche Leistungen (§ 134 InsO)	82
1.	Tatbestandsvoraussetzungen	82
a)	Die Leistung	82
b)	Die Unentgeltlichkeit	82
aa)	Objektive Kriterien	83
bb)	Subjektive Vorstellungen	83
cc)	Abrücken vom Grundsatz der objektiven Beurteilung durch das Urteil des BGH vom 15.09.2016 (Az.: IX ZR 250/15)?	84
2.	Unentgeltliche Leistung im Rahmen eines Verschmelzungsvorgangs.....	85
B.	Beweis der subjektiven Voraussetzungen auf Seiten des Schuldners und des Anfechtungsgegners	86
I.	Beweis der subjektiven Voraussetzungen bei Vorliegen des Verschmelzungsberichts	86

II.	Beweis der subjektiven Voraussetzungen bei Fehlen des Verschmelzungsberichts	88
III.	Beweiserleichterungen im Rahmen von Konzernverschmelzungen	89
1.	Reichweite der Beweiserleichterungen	89
2.	Typische Konzernverschmelzungen.....	90
a)	Tochter-Mutter-Verschmelzung (upstream merger).....	90
aa)	Benachteiligung der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers	90
bb)	Benachteiligung der Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers	91
b)	Mutter-Tochter-Verschmelzung (downstream Merger).....	92
aa)	Benachteiligung der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers	92
bb)	Benachteiligung der Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers	92
c)	Schwesterverschmelzung (sidestream Merger)	92
C.	Zusammenfassendes Ergebnis	93
§ 9	Bildung einer Sondermasse als Rechtsfolge	94
A.	Bildung einer Sondermasse und Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters	94
I.	Notwendigkeit der Sondermasse	94
1.	Benachteiligung der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers	94
2.	Benachteiligung der Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers	97
II.	Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters?.....	100
1.	Grundzüge der Sonderinsolvenzverwaltung.....	100
2.	Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters im Falle der Insolvenzanfechtung einer Verschmelzung.....	102
III.	Teilweise Überlagerung der Grundsätze zur Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters durch umwandlungsrechtliche Wertungen.....	103
IV.	Zwischenergebnis	105
B.	Tilgung von Verbindlichkeiten	105
I.	Meinungsbild.....	105
II.	Stellungnahme	106
C.	Begründung neuer Vermögenswerte und neuer Verbindlichkeiten.....	107
I.	Zuordnung der Verbindlichkeit zum geförderten Geschäftsbetrieb?.....	107
II.	Anwendung der Grundsätze zur Behandlung vergessener Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten bei der Aufspaltung.....	107
1.	Behandlung vergessener Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten im Rahmen einer Aufspaltung	108

2.	Anwendung der Grundsätze bezüglich neuer Vermögensgegenstände und neuer Verbindlichkeiten.....	109
3.	Beispielsfall	111
III.	Zwischenergebnis	114
E.	Zusammenfassendes Ergebnis	115
Kapitel 3:	Insolvenzanfechtung von Spaltungen	117
§ 10	Die Spaltung in Grundzügen.....	117
A.	Arten der Spaltung	117
B.	Abweichungen des Spaltungs- gegenüber dem Verschmelzungsverfahren	118
C.	Zeitlicher Ablauf einer Spaltung.....	119
I.	Vorbereitungsphase	119
II.	Beschlussphase.....	119
III.	Vollzugsphase.....	120
§ 11	Allgemeine Anfechtungsvoraussetzungen.....	121
A.	Rechtshandlung.....	121
I.	Spaltung zur Aufnahme.....	121
II.	Spaltung zur Neugründung.....	121
1.	Spaltungsplan als Rechtshandlung i.S.v. § 129 InsO	121
2.	Eigene Rechtshandlung des Schuldners?	122
III.	Zwischenergebnis	124
B.	Gläubigerbenachteiligung	124
I.	Insolvenz des übertragenden Rechtsträgers	125
1.	Ausschluss der Gläubigerbenachteiligung aufgrund von § 133 UmwG?.....	125
a)	Literatur.....	125
b)	Rechtsprechung	125
c)	Stellungnahme.....	127
2.	Zwischenergebnis	128
II.	Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers.....	128
III.	Erschwernis der Zugriffsmöglichkeiten als Gläubigerbenachteiligung bei der Ausgliederung?.....	129
1.	Ausgliederung zur Neugründung.....	129
2.	Ausgliederung zur Aufnahme.....	130
C.	Zusammenfassendes Ergebnis	131

§ 12	Anfechtungstatbestände	132
A.	Deckungshandlungen (§§ 130, 131 InsO)	132
B.	Unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen (§ 132 InsO).....	133
C.	Vorsätzliche Benachteiligung (§ 133 InsO).....	134
D.	Unentgeltliche Leistung (§ 134 InsO).....	135
E.	Zusammenfassendes Ergebnis	136
§ 13	Bestehen eines Wertersatzanspruchs als Rechtsfolge	137
A.	Wertersatz für die mittels Spaltung übertragenen Vermögenswerte	137
I.	Anfechtung im Insolvenzverfahren des übertragenden Rechtsträgers	137
1.	Meinungsbild	137
2.	Stellungnahme	138
a)	Bestehen eines Wertersatzanspruchs	138
b)	Teleologische Reduktion des § 133 Abs. 1 UmwG	139
II.	Anfechtung im Insolvenzverfahren des übernehmenden Rechtsträgers	140
1.	Meinungsbild	140
2.	Stellungnahme	141
a)	Bestehen eines Wertersatzanspruchs	141
b)	Aufteilung der Haftungsmasse bei unmittelbar nach Wirksamwerden der Spaltung folgender Insolvenz	141
c)	Aufteilung der Haftungsmasse nach Begründung neuer Vermögenswerte und neuer Verbindlichkeiten	143
III.	Zwischenergebnis	144
B.	Mithaftung aller an der Spaltung beteiligten Rechtsträger für den Rückgewähranspruch?	145
I.	Das „Begründen“ einer Forderung i.S.v. § 133 Abs. 1 UmwG	145
II.	Begründung des insolvenzanfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruchs	146
C.	Insolvenzanfechtung in einer Doppelinsolvenz	147
D.	Zusammenfassendes Ergebnis	147
Kapitel 4:	Insolvenzanfechtung eines Formwechsels	149
§ 14	Der Formwechsel in Grundzügen	149
A.	Allgemeines	149
B.	Ablauf des Formwechsels	150

I.	Vorbereitungsphase	150
II.	Beschlussphase	150
III.	Vollzugsphase	151
§ 15	Anfechtungsvoraussetzungen und -folgen	152
A.	Rechtshandlung	152
B.	Gläubigerbenachteiligung	152
I.	Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft	152
II.	Formwechsel einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft	153
III.	Formwechsel von einer Kapitalgesellschaft in eine andersartige Kapitalgesellschaft	154
C.	Ausschluss der Anfechtung wegen Wegfall des Anfechtungsgegners?	154
D.	Anfechtungstatbestände	155
I.	Deckungsanfechtung (§§ 130, 131 InsO)	155
II.	Unmittelbar nachteiliges Rechtsgeschäft (§ 132 InsO)	156
III.	Vorsätzliche Benachteiligung (§ 133 InsO)	157
IV.	Unentgeltliche Leistung (§ 134 InsO)	158
E.	Anfechtungsfolgen	159
F.	Zusammenfassendes Ergebnis	159
Abschnitt 2: Insolvenzanfechtung in der Insolvenz eines Gesellschafters		161
§ 16	Insolvenzanfechtung von Verschmelzungen	161
A.	Rechtshandlung	161
I.	Verschmelzungsvertrag, Zustimmungsbeschluss, Registereintragung	161
II.	Rechtshandlungen des Schuldners	162
1.	Stimmabgabe	162
2.	Unterlassen der Stellung eines Antrages im Spruchverfahren	162
3.	Unterlassen der Erhebung einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage	163
4.	Verzicht auf die Gewährung von Anteilen am übernehmenden Rechtsträger gemäß §§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG	164
B.	Gläubigerbenachteiligung	165
I.	Wertverschlechterung des Gesellschaftsanteils	165
II.	Verlust des Anspruchs auf bare Zuzahlung gemäß § 15 UmwG	166
III.	Verlust einer Beteiligung am übernehmenden Rechtsträger	166
C.	Kausalzusammenhang	166

D.	Anfechtungsgegner	167
I.	Insolvenz eines Gesellschafters der übertragenden Gesellschaft	168
II.	Insolvenz eines Gesellschafters der übernehmenden Gesellschaft	168
E.	In Betracht kommende Anfechtungstatbestände	169
I.	Deckungshandlung (§§ 130, 131 InsO).....	169
II.	Unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen (§ 132 InsO).....	169
III.	Vorsätzliche Benachteiligung (§ 133 InsO)	170
IV.	Unentgeltliche Leistung (§ 134 InsO)	171
F.	Anfechtungsfolgen.....	172
G.	Zusammenfassendes Ergebnis	173
§ 17	Insolvenzanfechtung von Spaltungen	174
A.	Rechtshandlung und Gläubigerbenachteiligung	174
I.	Spaltungsvertrag bzw. -plan, Spaltungsbeschluss, Registereintragung	174
II.	Rechtshandlungen des Schuldners	174
1.	Der Insolvenzschuldner ist Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft 175	
2.	Der Insolvenzschuldner ist Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft. 175	
a)	Grundsätze zur (nicht) verhältnismäßigen Spaltung	175
aa)	Allgemeines	176
bb)	Erscheinungsformen.....	177
b)	Gläubigerbenachteiligende Rechtshandlungen i.R.d. verhältnismäßigen Spaltung.....	178
c)	Gläubigerbenachteiligende Rechtshandlungen i.R.d. nicht verhältnismäßigen Spaltung	178
B.	Anfechtungsgegner	179
C.	Anfechtungstatbestände	180
I.	Deckungshandlungen (§§ 130, 131 InsO).....	180
II.	Unmittelbar nachteilige Rechtsgeschäfte (§ 132 InsO).....	180
III.	Vorsätzliche Benachteiligung (§ 133 InsO)	181
IV.	Unentgeltliche Leistung (§ 134 InsO)	182
D.	Anfechtungsfolgen.....	182
E.	Zusammenfassendes Ergebnis	182

§ 18	Insolvenzanfechtung eines Formwechsels	184
A.	Rechtshandlung	184
I.	Umwandlungsbeschluss, Registereintragung	184
II.	Rechtshandlungen des Schuldners	184
1.	Stimmabgabe bzw. Stimmenthaltung	184
2.	(Nicht-) Annahme des Angebotes auf Barabfindung	185
B.	Gläubigerbenachteiligung	186
C.	Anfechtungsgegner	187
D.	Anfechtungstatbestände	187
I.	Deckungsanfechtung (§§ 130, 131 InsO)	187
II.	Unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen (§ 132 InsO)	188
III.	Vorsätzliche Benachteiligung (§ 133 InsO)	189
IV.	Unentgeltliche Leistung (§ 134 InsO)	189
E.	Anfechtungsfolgen	189
F.	Zusammenfassendes Ergebnis	190
§ 19	Das Verhältnis von Insolvenzanfechtung und Spruchverfahren	191
A.	Einleitung	191
B.	Überblick über das Spruchverfahren	192
C.	Die Frist des § 4 Abs. 1 SpruchG ist noch nicht abgelaufen	194
I.	Das Verhältnis zwischen Spruchverfahren und Anfechtungsprozess	194
II.	Unterschiede zwischen Insolvenzanfechtung und Spruchverfahren	195
1.	Begrenzung der Durchsetzbarkeit des Wertersatzanspruchs	195
a)	Beschränkung des Ausgleichsanspruchs auf das freie Vermögen	195
aa)	Meinungsbild	195
bb)	Stellungnahme	196
b)	Keine Hemmung des Wertersatzanspruchs gemäß § 143 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB durch die Kapitalerhaltungsvorschriften	197
2.	Zeitpunkt der Berechnung des Wertersatzanspruchs	197
a)	Ausgleichsanspruch gemäß §§ 15, 125, 196 UmwG	197
b)	Wertersatzanspruch gemäß § 143 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB	198
III.	Zwischenergebnis	198
D.	Die Frist des § 4 Abs. 1 SpruchG ist abgelaufen	199

E. Zusammenfassendes Ergebnis	199
Abschnitt 3: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	201
Anlage 1 – Eröffnung des Insolvenzverfahrens unmittelbar nach Wirksamwerden der Spaltung	207
Anlage 2 – Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach Wirksamwerden der Spaltung und Aufnahme des Geschäftsbetriebs	211
Literaturverzeichnis	216

Abkürzungsverzeichnis

Hinsichtlich der verwendeten Abkürzungen wird verwiesen auf:

Kirchner, Hildebert (Begr.): Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Auflage, Berlin 2018.

A. Problemstellung

Umwandlungen sind nicht nur bei gesunden Unternehmen gängige Umstrukturierungsmaßnahmen. Befindet sich ein Unternehmen in der Krise, können Umwandlungen ein hilfreiches Instrument zur Implementierung eines Sanierungs- oder Liquidationskonzeptes sein.¹

Beispielsweise kann in Konzernkonstellationen ein aufwendiges und langwieriges Liquidationsverfahren eines Rechtsträgers dadurch vermieden werden, dass die Einstellung des Unternehmens durch Verschmelzung der Vermögensgegenstände auf eine andere Konzerngesellschaft bewirkt wird (Liquidationsfusion).² Anders als im Liquidationsverfahren, das aufgrund des Gläubigeraufrufs, dem Ablauf des Sperrjahres, der Veröffentlichungspflicht und der Anmeldung der Liquidation zum zuständigen Register sowohl zu Beginn als auch am Ende der Liquidation vielmals als umständlich, zeitaufwendig und rufschädigend empfunden wird³, erlischt der übertragende Rechtsträger in Folge der Verschmelzung ohne weiteres (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG).

Darüber hinaus kann eine Umwandlung eine Maßnahme zur finanzwirtschaftlichen Sanierung eines Unternehmens darstellen (Sanierungsumwandlung). So kann ein Krisenunternehmen beispielsweise mit einem anderen Unternehmen zur Sanierungsgesellschaft verschmolzen werden, um seine Überschuldung zu beseitigen.⁴

So vorteilhaft Umwandlungen als Sanierungs- oder Liquidationsinstrumente sein können, so gefährlich sind sie bisweilen für die Gläubiger der an der Umwandlungsmaßnahme beteiligten Gesellschaften. Bleibt eine Sanierungsumwandlung erfolglos und kommt es zur Insolvenz einer der beteiligten Gesellschaften, kann es vorkommen, dass sich die Befriedigungschancen der Gläubiger durch die Umwandlung verschlechtern haben. So werden die Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers beispielsweise dann durch die Verschmelzung eines überschuldeten Rechtsträgers auf den übernehmenden Rechtsträger benachteiligt, wenn der übernehmende Rechtsträger sich infolge der Verschmelzung selbst überschuldet oder seine Überschuldung vertieft. In einem solchen Fall hätten die Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers ohne jene Verschmelzung in der Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers eine deutlich höhere Quote erhalten.⁵

¹ *Heckschen*, in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, § 4 Rn. 502 f.; *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 1.

² *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 3.

³ *Heckschen*, in: FS Widmann, S. 31, 32; *ders.*, in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, § 4 Rn. 504; *ders.*, DB 2005, 2283, 2238.

⁴ *Blasche*, GWR 2010, 441, 441; *Limmer*, in: Hdb der Unternehmensumwandlung, Teil 5 Kap. 2 Rn. 43; *Heckschen*, in: FS Widmann, S. 31, 35.

⁵ S. zur Gläubigerbenachteiligung im Rahmen einer Verschmelzung im Einzelnen: § 7 B.

Aber auch die Gläubiger der Gesellschafter der beteiligten Rechtsträger können durch die Umwandlung benachteiligt werden, beispielsweise wenn eine börsennotierte AG in eine GmbH formgewechselt wird und die Gesellschaftsanteile des Schuldners in seiner Insolvenz schwerer zu verwerten sind als vor der Umwandlung.⁶ Nicht nur im Rahmen des Formwechsel, sondern auch im Rahmen der übrigen Umwandlungsarten ist eine Benachteiligung der Gläubiger der betroffenen Gesellschafter denkbar. So kann im Rahmen einer Verschmelzung eine Benachteiligung der Gläubiger der Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers in dem Fall in Betracht kommen, in dem die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers gemäß §§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG auf eine Anteilsgewährung am übernehmenden Rechtsträger verzichten. In diesem Fall verlieren die Gläubiger der Gesellschafter nämlich infolge der Verschmelzung die Möglichkeit, auf die Anteile am übertragenden Rechtsträger zuzugreifen, was nicht durch die Möglichkeit des Zugriffs auf Anteile am übernehmenden Rechtsträger kompensiert wird.

Sowohl der Insolvenzverwalter des benachteiligten Rechtsträgers als auch der Insolvenzverwalter des betroffenen Gesellschafters muss sich in diesen Fällen die Frage stellen, ob eine Insolvenzanfechtung der Umwandlungsmaßnahme möglich ist. Hierbei kommen zahlreiche Fragestellungen auf, die in der Literatur und Rechtsprechung bisher nur ansatzweise erörtert wurden: Steht der durch die Registereintragung der Umwandlung bewirkte Bestandsschutz (§§ 20 Abs. 2, 131 Abs. 2, 202 Abs. 3 UmwG) einer Insolvenzanfechtung entgegen?⁷ Kommt eine Insolvenzanfechtung des Weiteren nicht in Betracht, weil die gläubigerschützenden Vorschriften des Umwandlungsgesetzes gegenüber der Insolvenzanfechtung *lex specialis* und deswegen vorrangig sind?⁸

Nach Klärung dieser allgemeinen Fragen muss untersucht werden, welche konkreten, im Rahmen der Umwandlung vorgenommenen Rechtshandlungen i.S.v. § 129 InsO angefochten werden können.⁹ Fraglich ist auch, welche Anfechtungstatbestände greifen können und welche Rechtsfolgen die Insolvenzanfechtung hat.¹⁰

Neben diesen sich für alle Umwandlungsmaßnahmen ergebenden Fragen existieren einige verschmelzungs- und spaltungsspezifische Problemstellungen. So ist fraglich, ob eine Insolvenzanfechtung von Verschmelzungen ausscheidet, weil der übertragende Rechtsträger – und somit ein potentieller Anfechtungsgegner – infolge der Verschmelzung erloschen ist.¹¹ Wird eine Spaltung gegenüber dem übertragenden Rechtsträger angefochten, ist fraglich, ob die übrigen an der Spaltung beteiligten Rechtsträger für die insolvenzanfechtungsrechtliche Rückgewährpflicht des übertragenden Rechtsträgers gemäß § 133 Abs. 1 UmwG in Anspruch genommen werden können.¹²

⁶ *Trencker*, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen, S. 304 (für das österreichische Recht); s. zur Benachteiligung der Gläubiger des Gesellschafters bei einem Formwechsel: § 18 B.

⁷ S. hierzu § 4 B.

⁸ S. hierzu § 4 C.

⁹ S. hierzu § 7 A, § 11 A, § 15 A.

¹⁰ S. zu den einzelnen Anfechtungstatbeständen: § 8, § 12, § 15 D; s. zu den Rechtsfolgen: § 9, § 13, § 15 E.

¹¹ S. hierzu § 6.

¹² S. hierzu § 13 B.

Die Auseinandersetzung mit der Insolvenzanfechtung von Umwandlungsmaßnahmen hat in der Literatur mit einer noch näher zu behandelnden Entscheidung des EuGH vom 30.01.2020¹³ neuen Aufwind bekommen. Im Fokus dieser Entscheidung steht das Verhältnis der im italienischen Recht verankerten *actio pauliana* (Gläubigeranfechtung) zu den unionsrechtlichen Vorgaben zum Bestandsschutz von Spaltungen. Der EuGH entschied, dass eine *actio pauliana* aufgrund ihrer relativen Nichtigkeitsfolge nicht unter den Begriff der Nichtigkeit i.S.d. Richtlinie (EU) 2017/1132 zu subsumieren sei und der umwandlungsrechtliche Bestandsschutz der Durchführung einer *actio pauliana* daher nicht entgegenstehe.¹⁴ Anschließend wurde in der Literatur diskutiert, inwiefern diese Rechtsprechung des EuGH auf das Verhältnis zwischen Insolvenzanfechtung und Bestandsschutz von Umwandlungen übertragbar sei.¹⁵

Lässt man diese jüngste Diskussion außer Acht, haben sich Rechtsprechung und Literatur bisher jedoch nur wenig mit der Insolvenzanfechtung von Umwandlungsmaßnahmen beschäftigt. Die Ausführungen in der Literatur zu dieser Thematik beschränken sich größtenteils auf allgemeine Darstellungen, beispielsweise auf die Zulässigkeit einer Insolvenzanfechtung neben dem durch die Registereintragung bewirkten Bestandsschutz. Bestimmte Fragestellungen, wie beispielsweise die Insolvenzanfechtung von Umwandlungen in der Insolvenz eines Gesellschafters, wurden dagegen kaum behandelt.

Die dadurch bestehende Rechtsunsicherheit, etwa weil Unklarheiten über die Voraussetzungen und den genauen Ablauf der Insolvenzanfechtung von Umwandlungsmaßnahmen bestehen, können den Insolvenzverwalter von der Durchführung der Insolvenzanfechtung abschrecken. Im Extremfall kann dies sogar dazu geeignet sein, den Insolvenzverwalter von der Insolvenzanfechtung von Umwandlungsmaßnahmen gänzlich abzuhalten, sodass gläubigerbenachteiligende, grundsätzlich unter den Anwendungsbereich der §§ 129 ff. InsO fallende Umwandlungen unsanktioniert bleiben.

Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit ist die Insolvenzanfechtung von Umwandlungen. Erörtert wird die Insolvenzanfechtung von Umwandlungsmaßnahmen sowohl in der Insolvenz der an der Umwandlung beteiligten Rechtsträger als auch in der Insolvenz eines Gesellschafters. Dabei soll insbesondere der Versuch unternommen werden, einen Beitrag zur Klärung zu leisten, wie möglicherweise auftretende Abstimmungsprobleme zwischen dem Insolvenz- und dem Umwandlungsrecht gelöst werden könnten und inwieweit eine Anpassung zwischen beiden Rechtsgebieten, beispielsweise mit Hilfe von Analogien und teleologischen Reduzierungen, erfolgen muss.

Dabei konzentriert sich die Arbeit ausschließlich auf die Umwandlungsarten Verschmelzung (§§ 2 ff. UmwG), Spaltung (§§ 123 ff. UmwG) und Formwechsel (§§ 190

¹³ EuGH, Urt. v. 30.01.2020 – C-394/18, NZG 2020, 550.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 30.01.2020 – C-394/18, NZG 2020, 550, 554 Rn. 76 ff.

¹⁵ Vgl. *Thole*, ZEuP 2021, 145; *Koch/Fietz*, WuB 2020, 279; *Kumpan/Pauschinger*, EuZW 2020, 909; *J. Schmidt*, EuZW 2020, 372; *Stiegler*, GmbHR 2020, 405.

ff. UmwG) nach dem UmwG. Auf die Vermögensübertragung (§§ 174 ff. UmwG) oder Umwandlungen außerhalb des Umwandlungsgesetzes wird nicht eingegangen. Auch grenzüberschreitende Umwandlungen bleiben unberücksichtigt. Sofern nachfolgend Verschmelzungen, Abspaltungen oder Ausgliederungen zur Aufnahme behandelt werden, liegt der Untersuchung zum besseren Verständnis die Annahme zugrunde, dass an der jeweiligen Umwandlungsmaßnahme nur zwei Rechtsträger, also ein übertragender und ein übernehmender Rechtsträger, beteiligt sind. Sofern die Arbeit in diesen Fällen Konstellationen mit mehr als zwei Rechtsträgern behandelt, wird explizit darauf hingewiesen.

B. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung ist in zwei Abschnitte unterteilt.

Der erste Abschnitt befasst sich mit der Insolvenzanfechtung von Umwandlungen in der Insolvenz eines an der Umwandlungsmaßnahme beteiligten Rechtsträgers.

In einem allgemeinen Teil (Kapitel 1) sollen zunächst die für die Insolvenzanfechtung aller Umwandlungsmaßnahmen geltenden Grundsätze und Problemstellungen untersucht werden. Dabei wird in § 2 aufgezeigt, dass die Beteiligung überschuldeter oder zahlungsunfähiger Rechtsträger an einer Umwandlungsmaßnahme zulässig ist. Es folgen in § 3 Ausführungen zu der Frage, inwiefern der bestehenden Gefahr der Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen, die die Beteiligung eines überschuldeten oder zahlungsunfähigen Rechtsträgers an einer Umwandlungsmaßnahme mit sich bringt, durch das Umwandlungsrecht und das allgemeine Gesellschaftsrecht Rechnung getragen wird. Hierdurch soll insbesondere verdeutlicht werden, dass die gläubigerschützenden Vorschriften des Umwandlungs- und Gesellschaftsrechts im Falle der Beteiligung eines überschuldeten oder zahlungsunfähigen Rechtsträgers unzureichend sind und eine Insolvenzanfechtung von Umwandlungen aus Gläubigerschutzgesichtspunkten erforderlich ist. § 4 befasst sich mit der Frage der Zulässigkeit der Insolvenzanfechtung von Umwandlungen. In diesem Zusammenhang wird erläutert, dass der umwandlungsrechtliche Bestandsschutz die Insolvenzanfechtung nicht hindert und die gläubigerschützenden Vorschriften des Umwandlungsrechts nicht *lex specialis* gegenüber der Insolvenzanfechtung sind.

In Kapitel 2 geht es sodann um die Insolvenzanfechtung von Verschmelzungen. Es beginnt mit einem kurzen Abriss über die Grundlagen der Verschmelzung (§ 5). Diese allgemeinen Ausführungen sollen einen kurzen Überblick über die Verschmelzung gewähren und als Fundament für die anschließende Untersuchung dienen. In § 6 wird sodann untersucht, ob die Insolvenzanfechtung einer Verschmelzung wegen Wegfalls des Anfechtungsgegners ausscheidet. Hier soll insbesondere der in der Literatur vertretenen Meinung¹⁶ entgegengetreten werden, die Insolvenzanfechtung einer Verschmelzung sei unmöglich,

¹⁶ Thole, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, Rn. 496; Gontschar, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 1 Rn. 434.

weil infolge des Wirksamwerdens der Verschmelzung der Anfechtungsgegner erlösche. § 7 geht der Frage nach, wann im Rahmen eines Verschmelzungsvorgangs die Allgemeinen Anfechtungsvoraussetzung, also eine Rechtshandlung und eine Gläubigerbenachteiligung, vorliegen können. In § 8 folgt eine Auseinandersetzung mit den Anfechtungstatbeständen der §§ 130-134 InsO. Schließlich behandelt § 9 die Rechtsfolgen der Insolvenzanfechtung einer Verschmelzung.

Kapitel 3 befasst sich mit der Insolvenzanfechtung von Spaltungen und ist im Wesentlichen identisch zu Kapitel 2 aufgebaut. Zunächst erfolgt eine kurze Übersicht über die Grundzüge der Spaltung (§ 10). Dem schließen sich Ausführungen zum Vorliegen der Allgemeinen Anfechtungsvoraussetzungen (§ 11) und der Anfechtungstatbestände der §§ 130-134 InsO (§ 12) an. In § 13 werden die Rechtsfolgen der Insolvenzanfechtung einer Spaltung untersucht.

In Kapitel 4 geht es sodann um die Insolvenzanfechtung eines Formwechsels. Nachdem der Formwechsel in § 14 in Grundzügen dargestellt wird, untersucht § 15 das Vorliegen der Anfechtungsvoraussetzungen im Rahmen des Formwechsels sowie die Rechtsfolgen einer Insolvenzanfechtung.

Der zweite Abschnitt befasst sich mit der Insolvenzanfechtung von Umwandlungen in der Insolvenz eines Gesellschafters eines an der Umwandlungsmaßnahme beteiligten Rechtsträgers.

In den §§ 16 bis 18 wird zunächst die Insolvenzanfechtung von Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel in der Insolvenz eines Gesellschafters getrennt erläutert. Anschließend wird in § 19 das Verhältnis zwischen Spruchverfahren und Insolvenzanfechtung untersucht. Hierbei soll aufgezeigt werden, dass es in einigen Fällen für den Insolvenzverwalter sinnvoller sein kann, die Umwandlungsmaßnahme anzufechten als ein Spruchverfahren wegen einer unrichtigen Unternehmensbewertung anzustrengen.

Im letzten Teil der Arbeit – Abschnitt 3 – werden die in der Untersuchung erzielten Ergebnisse zusammengefasst.

Abschnitt 1: Insolvenzanfechtung von Umwandlungsmaßnahmen in der Insolvenz eines beteiligten Rechtsträgers

Kapitel 1: Allgemeiner Teil

§ 2 Umwandlungsfähigkeit von überschuldeten, zahlungsunfähigen oder im Insolvenzverfahren befindlichen Rechtsträgern

Eine Insolvenzanfechtung von Umwandlungsmaßnahmen steht meist dann in Frage, wenn ein überschuldeter oder zahlungsunfähiger Rechtsträger an der Umwandlungsmaßnahme beteiligt ist. Vorangestellt soll daher zunächst untersucht werden, ob überschuldete, zahlungsunfähige oder im Insolvenzverfahren befindliche Rechtsträger umwandlungsfähig sind. Dabei ist zwischen der Umwandlungsfähigkeit des übertragenden und der Umwandlungsfähigkeit des übernehmenden Rechtsträgers zu differenzieren.

A. Umwandlungsfähigkeit des im Insolvenzverfahren befindlichen, überschuldeten oder zahlungsunfähigen übertragenden Rechtsträgers

I. Im Insolvenzverfahren befindlicher Rechtsträger

Zu untersuchen ist zunächst, ob ein Rechtsträger, über dessen Vermögen bereits ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, als übertragender Rechtsträger umwandlungsfähig ist. Eine Gesellschaft wird mit dem Beschluss über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst (§ 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG, § 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG, § 131 Abs. 1 Nr. 3 HGB).¹⁷ Gemäß § 3 Abs. 3 UmwG können als übertragende Rechtsträger zwar auch aufgelöste Rechtsträger an einer Verschmelzung beteiligt sein, dies aber nur, wenn die Fortsetzung dieses Rechtsträgers beschlossen werden kann. Diese Vorschrift findet durch den Verweis in § 124 Abs. 2 UmwG auch auf Spaltungen Anwendung. Ähnliches gilt zudem für den Formwechsel, der gemäß § 190 Abs. 3 UmwG auch bei aufgelösten Rechtsträgern möglich ist, wenn ihre Fortsetzung in der bisherigen Rechtsform beschlossen werden könnte.

Ein im Insolvenzverfahren befindlicher Rechtsträger ist demnach als übertragender Rechtsträger umwandlungsfähig, wenn zumindest die Möglichkeit besteht, die Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft zu beschließen.¹⁸ Ob die Möglichkeit eines Fortsetzungsbeschlusses gegeben ist, richtet sich grundsätzlich nach den

¹⁷ *Friedemann*, Formwechsel eines insolventen Unternehmens, S. 32; s. auch *Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 60 Rn. 42.

¹⁸ *Kahlert/Gerke*, DStR 2013, 975, 976; *Stengel*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 3 Rn. 43.

rechtsformspezifischen Vorgaben des Gesellschaftsrechts¹⁹, für die GmbH, AktG und Personenhandelsgesellschaft somit nach den § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG, § 274 Abs. 2 Nr. 1 AktG und § 144 Abs. 1 HGB.

Nach diesen Regelungen kann die Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft nur beschlossen werden, wenn der Auflösungsgrund vor dem Beschluss beseitigt wurde.²⁰ Gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG, § 274 Abs. 2 Nr. 1 AktG, § 144 Abs. 1 HGB ist die Gesellschaft bei einer Auflösung wegen der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens dementsprechend nur dann fortsetzungsfähig, wenn das Verfahren auf Antrag des Schuldners eingestellt oder nach der Bestätigung eines Insolvenzplans, der den Fortbestand der Gesellschaft vorsieht, aufgehoben wird. Früher wurde daher vertreten, dass auch die Umwandlungsfähigkeit der Gesellschaft nur dann gegeben ist, wenn das Insolvenzverfahren eingestellt oder aufgehoben wurde.²¹

Seit Inkrafttreten des ESUG²² am 01.03.2012 ist jedoch umstritten, ob ein eröffnetes Insolvenzverfahren über das Vermögen der übertragenden Gesellschaft ihrer Umwandlungsfähigkeit entgegensteht.²³ Mit dem durch das ESUG eingeführten § 225a Abs. 3 InsO kann in einem Insolvenzplan nämlich jede Regelung getroffen werden, die gesellschaftsrechtlich zulässig ist, insbesondere die Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft oder die Übertragung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten. Im Insolvenzplanverfahren ist ein Fortsetzungsbeschluss nunmehr explizit zulässig und damit auch die Beteiligung einer im Insolvenzverfahren befindlichen Gesellschaft als übertragender Rechtsträger möglich.²⁴

Fraglich ist nun, ob eine im Insolvenzverfahren befindliche Gesellschaft auch dann als übertragender Rechtsträger bei einer Umwandlung fungieren kann, wenn kein Insolvenzplanverfahren durchgeführt wird. Teilweise wird aus der Vorschrift des § 225a Abs. 3 InsO abgeleitet, dass nunmehr jede im Insolvenzverfahren befindliche Gesellschaft als übertragender Rechtsträger umwandlungsfähig sei, weil jedes Insolvenzverfahren in einen Insolvenzplan münden könne und damit die potentielle Fortsetzungsmöglichkeit gegeben sei.²⁵ Das Insolvenzverfahren über das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers

¹⁹ BayOblG, Beschl. v. 4.2.1998 – 3 Z BR 462/97, NZG 1998, 465; *Simon*, in: KK-UmwG, § 3 Rn. 55; *Koch*, in: Münchkomm zum AktG, § 274 Rn. 2.

²⁰ *Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 60 Rn. 92; *Drygala*, in: Lutter, UmwG, § 3 Rn. 26; *Fronhöfer*, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 3 Rn. 51; *Fichtelmann*, GmbHR 2003, 67, 67.

²¹ *Simon*, in: KK-UmwG, § 3 Rn. 54; *Lutter/Drygala*, in: Lutter, UmwG, 4. Aufl. 2009, § 3 Rn. 19; *Stengel*, in: Semler/Stengel, UmwG, 3. Aufl. 2019, § 3 Rn. 44; *Casper*, in: Habersack/Casper/Löbke, GmbHG, § 60 Rn. 144 ff.

²² Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 7. Dezember 2011.

²³ S. zum Streitstand: *Heckschen*, in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, § 4 Rn. 594 ff.

²⁴ S. zur Umwandlungsmaßnahmen im Insolvenzplanverfahren: *Heckschen*, in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, § 4 Rn. 608 ff.; im Einzelnen: *Greif-Werner*, Umwandlungen im Insolvenzplanverfahren.

²⁵ *Drygala*, in: Lutter, UmwG, § 3 Rn. 26 f.; *Fronhöfer*, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 3 Rn. 55; *Drinhausen/Keinath*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, § 3 UmwG Rn. 28; *Stengel*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 3 Rn. 44; *Kocher*, in: Kallmeyer, UmwG, Anh. II Rn. 16; *Wachter*, NZG 2015, 858, 860.

stehe seit Implementierung des § 225a Abs. 3 InsO einer Umwandlung somit generell nicht mehr entgegen.²⁶

Nach einer anderen Meinung kann aus § 225a Abs. 3 InsO dagegen nicht generell die Umwandlungsfähigkeit aller im Insolvenzverfahren befindlichen übertragenden Rechtsträger abgeleitet werden.²⁷ Denn die Fortsetzungsmöglichkeit des im Insolvenzverfahren befindlichen Rechtsträgers sei nur gegeben, wenn der Anwendungsbereich des § 225a Abs. 3 InsO eröffnet sei. Dies sei jedoch nur der Fall, wenn dem Insolvenzgericht ein Insolvenzplan vorgelegt werde.²⁸

Der letztgenannten Ansicht ist nicht zu folgen. Nach § 3 Abs. 3 UmwG muss lediglich die Möglichkeit der Fortsetzung bestehen. Demnach ist nicht erforderlich, dass der Anwendungsbereich des § 225a Abs. 3 InsO im konkreten Fall eröffnet ist, sofern nicht auszuschließen ist, dass die Vorschrift des § 225a Abs. 3 InsO in der Zukunft zur Anwendung gelangen könnte. Diese streng den Wortlaut berücksichtigende Regelung entspricht auch der gesetzgeberischen Zielsetzung, die Sanierung insolventer Unternehmen zu erleichtern.²⁹ Somit kann nunmehr jede im Insolvenzverfahren befindliche Gesellschaft als übertragender Rechtsträger an einer Umwandlung beteiligt sein.³⁰

II. Überschuldeter oder zahlungsunfähiger Rechtsträger

1. Umwandlungsfähigkeit nach dem Umwandlungsgesetz

Fraglich ist sodann, ob ein i.S.v. § 19 InsO überschuldeter Rechtsträger, über dessen Vermögen noch kein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, als übertragender Rechtsträger umwandlungsfähig ist. Diese Konstellation erfasst im UmwG die Vorschrift des § 152 S. 2 UmwG. Demnach kann eine Ausgliederung des von einem Einzelkaufmann betriebenen Unternehmens, dessen Firma im Handelsregister eingetragen ist, oder von Teilen desselben aus dem Vermögen dieses Kaufmanns dann nicht erfolgen, wenn die Verbindlichkeiten des Einzelkaufmanns sein Vermögen übersteigen. Das Umwandlungsgesetz verwendet den Begriff der Überschuldung zwar nicht; dennoch stellen sich beim Vermögensvergleich ähnliche Fragen wie beim insolvenzrechtlichen Überschuldungstatbestand.³¹ So ist der Vergleich zwischen Verbindlichkeiten und Vermögen i.S.v. § 152 S. 2 UmwG auf der

²⁶ *Drygala*, in: Lutter, UmwG, § 3 Rn. 26 f.; *Drinhausen/Keinath*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, § 3 UmwG Rn. 28; *Stengel*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 3 Rn. 44; *Kocher*, in: Kallmeyer, UmwG, Anh. II Rn. 16; *Wachter*, NZG 2015, 858, 860.

²⁷ *Heckschen*, in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, § 4 Rn. 594; wohl auch *Koch*, in: Münchkomm zum AktG, § 274 Rn. 2 und *Winter*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 3 Rn. 57, die jedoch nicht auf die durch das ESUG eingefügte Vorschrift des § 225a InsO eingehen.

²⁸ *Heckschen*, in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, § 4 Rn. 594.

²⁹ So auch *Wachter*, NZG 2015, 858, 860.

³⁰ Für grenzüberschreitende Umwandlungen regeln Artt. 86a Abs. 4 lit.a, 120 Abs. 5 lit.a, 160a Abs. 5 lit.a RL (EU) 2017/1132 nunmehr, dass die Mitgliedstaaten bestimmen können, dass die Vorschriften der Richtlinie über grenzüberschreitende Umwandlungen nicht auf Gesellschaften Anwendung finden, die Gegenstand eines Insolvenzverfahrens sind; ob Deutschland von dieser Umsetzungsmöglichkeit Gebrauch machen wird, bleibt abzuwarten.

³¹ So auch *Seulen*, in: Semler/Stengel/Leonard, UmwG, § 152 Rn. 76.

Grundlage von Verkehrswerten und nicht auf der Grundlage von Bilanz-/Buchwerten vorzunehmen.³² Umstritten ist jedoch, ob die Vermögenswerte nur mit ihrem Liquidationswert anzusetzen sind oder ob auch ein darüber hinausgehender Wert berücksichtigt wird, der sich bei unterstellter Fortführung einer Ertragsquelle ergeben würde. Nach einer Mindemeinung sollen dem Vergleich allein Liquidationswerte zugrunde gelegt werden.³³ Dieser Meinung ist mit der herrschenden Meinung nicht zu folgen. Unter Berücksichtigung des Normzwecks ist eine Fortbestandsprognose anzustellen: Ist die Fortbestandsfähigkeit des übernehmenden Rechtsträgers anzunehmen, ist das ausgegliederte Vermögen nach Fortführungswerten anzusetzen.³⁴

Aus der Vorschrift des § 152 S. 2 UmwG kann ein Umkehrschluss dahingehend gezogen werden, dass in allen anderen Fällen die Überschuldung eines übertragenden Rechtsträgers einer Umwandlungsmaßnahme nicht entgegensteht.³⁵ Der Gesetzgeber hat damit die Fälle, in denen eine Umwandlung wegen Überschuldung nicht möglich sein soll und in denen demnach ein Vorrang der Insolvenzantragspflicht besteht, explizit in § 152 S. 2 UmwG geregelt. Eine weitergehende Begrenzung der Umwandlungsmöglichkeiten ist nicht zulässig, würde sich über den Wortlaut des Gesetzes hinwegsetzen und einen Verstoß gegen § 1 Abs. 2 UmwG (Analogieverbot) darstellen.³⁶

Daraus folgt, dass auch ein zahlungsunfähiger Rechtsträger in den Fällen als übertragender Rechtsträger an einer Umwandlungsmaßnahme beteiligt sein kann, in denen gesetzlich die Umwandlungsfähigkeit nicht explizit ausgeschlossen ist.³⁷

Somit kann ein Registergericht die Eintragung einer Umwandlungsmaßnahme jedenfalls in den Fällen außerhalb des § 152 S. 2 UmwG nicht mit der Begründung ablehnen, dass der übertragende Rechtsträger überschuldet oder zahlungsunfähig sei. Dem Registergericht steht insoweit keine Prüfungskompetenz zu.³⁸ Zum Prüfungsumfang des Registergerichts gehört in diesem Zusammenhang nur, ob die Voraussetzungen des § 3 Abs. 3 UmwG vorliegen und kein Fall des § 152 S. 2 UmwG gegeben ist.³⁹ Eine Nachforschungspflicht dahingehend, ob über das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers das Insolvenzverfahren eröffnet werden müsste oder der gesunde aufnehmende Rechtsträger infolge der Umwandlung in die Insolvenz geriete, besteht grundsätzlich nicht.⁴⁰ Nur in

³² *Simon*, in: KK-UmwG, § 152 Rn. 42; *Seulen*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 152 Rn. 76; *Sickinger*, in: Kallmeyer, UmwG, § 152 Rn. 10; *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 152 Rn. 26.

³³ *Bayer/Vetter*, in: Lutter, UmwG, § 152 Rn. 45 ff.; *Sickinger*, in: Kallmeyer, UmwG, § 152 Rn. 10.

³⁴ *Simon*, in: KK-UmwG, § 152 Rn. 43; *Seulen*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 152 Rn. 77; *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 152 Rn. 78.

³⁵ OLG Stuttgart, Besch. v. 4.10.2005 – 8 W 426/05, NZG 2006, 159; LG Leipzig, Besch. v. 18.1.2006 – 1 HKT 7414/04, BeckRS 2010, 22831; *Heckschen*, ZInsO 2008, 824, 825; *Blasche*, GWR 2010, 441, 443; *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 8; vgl. *Seulen*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 120 Rn. 13; *Leitzen*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, § 120 Rn. 17.

³⁶ *Heckschen*, ZInsO 2008, 824, 826.

³⁷ *Blasche*, GWR 2010, 441, 443.

³⁸ OLG Stuttgart, Beschl. v. 4.10.2005 – 8 W 426/05, NZG 2006, 159, 160; so auch *Heckschen*, ZInsO 2008, 824, 826.

³⁹ *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 55 Rn. 83.12 f.; *Heckschen*, ZInsO 2008, 824, 826.

⁴⁰ *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 55 Rn. 83.12 f.; *Heckschen*, ZInsO 2008, 824, 826.

Ausnahmekonstellationen, in denen das Registergericht positive Kenntnis von dem Umstand hat, dass die übertragende Gesellschaft bereits insolvent ist oder der aufnehmende Rechtsträger in die Insolvenz geraten würde und in der Umwandlung eine strafbare Handlung⁴¹ läge, kann das Registergericht die Eintragung ablehnen.⁴²

2. Unzulässigkeit nach dem allgemeinen Gesellschaftsrecht

Dass ein i.S.v. § 19 InsO überschuldeter Rechtsträger als übertragender Rechtsträger nach dem Umwandlungsgesetz grundsätzlich umwandlungsfähig ist, schließt aber nicht aus, dass sich die Unzulässigkeit der Beteiligung eines überschuldeten Rechtsträgers als übertragender Rechtsträger aus dem allgemeinen Gesellschaftsrecht ergibt. Ob dies der Fall ist, soll nachfolgend untersucht werden.

a) Gesellschaftsrechtliche Unzulässigkeit aufgrund des Prinzips der realen Kapitalaufbringung?

Zunächst könnte das gesellschaftsrechtliche Prinzip der realen Kapitalaufbringung einer Beteiligung eines überschuldeten Rechtsträgers als übertragender Rechtsträger an einer Umwandlungsmaßnahme entgegenstehen.

aa) Grundsätzliche Unzulässigkeit

Eine Umwandlung erfordert beim übernehmenden Rechtsträger in der Regel die Schaffung neuer Anteilsrechte durch Sachkapitalerhöhung, die den Anteilsinhabern des übertragenden Rechtsträgers im Gegenzug zur Einbringung des Unternehmens in den übernehmenden Rechtsträger gewährt werden.⁴³ Bei einer Sachkapitalerhöhung im Rahmen einer Umwandlung gilt, dass der tatsächliche Wert des übertragenen Vermögens mindestens dem Nennbetrag der gewährten Anteile entsprechen muss.⁴⁴ Dies wird präventiv durch eine Werthaltigkeitsprüfung des Registergerichts geschützt.⁴⁵ Im Idealfall ist dadurch gewährleistet, dass das übertragene Gesamtvermögen unter Berücksichtigung der übergehenden Schulden den Mindestbetrag von einem Geschäftsanteil in Höhe von EUR 1 erreicht (§§ 55 Abs. 4, 5 Abs. 2 GmbHG, § 8 Abs. 2 AktG).⁴⁶ Aufgrund des Prinzips der

⁴¹ Insbesondere kann der Straftatbestand des § 283 StGB oder der Insolvenzverschleppung verwirklicht werden, s. hierzu im Einzelnen: *Heckschen*, ZInsO 2008, 824, 829 ff.

⁴² *Heckschen*, ZInsO 2008, 824, 826; aM *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 55 Rn. 83.13, der davon ausgeht, dass eine Verschmelzung in Evidenzfällen, in denen die Insolvenzantragspflicht bei einem übertragenden Rechtsträger eindeutig feststeht und auch der aufnehmende Rechtsträger insolvenzantragspflichtig ist, nicht mehr möglich ist, ein Prüfungsrecht des Registergerichts insoweit aber ablehnt.

⁴³ Ist die Sacheinlage nicht unwesentlich überbewertet worden, hat das Registergericht die Eintragung abzulehnen, § 9c Abs. 1 S. 2 GmbHG.

⁴⁴ *Reichert*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 55 Rn. 8; *Diekmann*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 69 Rn. 12; *Simon*: KK-UmwG, § 55 Rn. 38, § 69 Rn. 14.

⁴⁵ *Hörtnagl/Ollech*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 55 Rn. 26; *Reichert*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 55 Rn. 24; s. allgemein bei einer Sachkapitalerhöhung: *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 183 Rn. 18; *Lieder*, in: Münchkomm zum GmbHG, § 57a Rn. 8.

⁴⁶ *Limmer*, in: Hdb der Unternehmensumwandlung, Teil 5 Abschn. 2 Rn. 51.

realen Kapitalaufbringung ist eine unter-pari-Emission und eine Übertragung eines i.S.v. § 19 InsO überschuldeten Unternehmens im Rahmen einer Umwandlungsmaßnahme grundsätzlich unzulässig.

bb) Umgehungsmöglichkeiten

Das Prinzip der realen Kapitalaufbringung verhindert eine Umwandlung unter Beteiligung eines i.S.v. § 19 InsO überschuldeten übertragenden Rechtsträgers im Ergebnis jedoch nicht vollständig. Denn das UmwG enthält in § 54 bzw. § 68 eine Reihe von Tatbeständen, bei denen im Rahmen einer Verschmelzung eine Kapitalerhöhung verboten ist bzw. ein Wahlrecht besteht, ob eine Kapitalerhöhung durchgeführt wird.⁴⁷ So darf die übernehmende Gesellschaft zur Durchführung der Verschmelzung ihr Stammkapital gemäß § 54 Abs. 1 Nr. 1 UmwG bzw. § 68 Abs. 1 Nr. 1 UmwG nicht erhöhen, soweit sie Anteile eines übertragenden Rechtsträgers innehat. Wichtigster Anwendungsfall des § 54 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UmwG bzw. § 68 Abs. 1 Nr. 1 UmwG dürften wohl Verschmelzungen innerhalb eines Konzerns sein. Wird eine 100%ige Tochter- auf ihre Muttergesellschaft verschmolzen (upstream merger), entfällt somit die Pflicht zur Anteilsgewährung vollständig und damit auch die Werthaltigkeitsprüfung durch das Registergericht.⁴⁸ Des Weiteren darf eine Kapitalerhöhung beispielsweise dann nicht erfolgen, wenn der übertragende Rechtsträger eigene Anteile innehat (§ 54 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 UmwG, § 68 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 UmwG).

Eine dem § 54 Abs. 1 S. 1 UmwG entsprechende Vorschrift findet sich für die Spaltung zudem in § 131 Abs. 1 Nr. 3 Hs. 2 UmwG. Nach dieser werden den Anteilshabern des übertragenden Rechtsträgers im Rahmen der Aufspaltung und Abspaltung keine Anteile am übernehmenden Rechtsträger gewährt, wenn der übernehmende Rechtsträger Anteilshaber des übertragenden Rechtsträgers ist oder der übertragende Rechtsträger eigene Anteile innehat.

Seit Implementierung des § 54 Abs. 1 S. 3 UmwG bzw. § 68 Abs. 1 S. 3 UmwG ist es im Rahmen einer Verschmelzung unter Beteiligung von Kapitalgesellschaften des Weiteren möglich, dass die Anteilshaber des übertragenden Rechtsträgers durch Einzelerklärung auf die Anteilsgewährung verzichten, was insbesondere in Konzernkonstellationen erreichbar ist.⁴⁹ Obwohl der Gesetzgeber bei der Gesetzesänderung nur die Verschmelzung von Schwestergesellschaften im Auge hatte⁵⁰, geht die ganz überwiegende Ansicht davon aus, dass ein solcher Verzicht auch bei allen anderen Verschmelzungsvarianten möglich ist.⁵¹ Verzichten sämtliche Anteilshaber des übertragenden Rechtsträgers auf eine entsprechende Anteilsgewährung, sind auch die Sachkapitalerhöhung und die damit

⁴⁷ *Limmer*, in: Hdb der Unternehmensumwandlung, Teil 5 Abschn. 2 Rn. 56.

⁴⁸ *Hoger*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 6 Rn. 30.

⁴⁹ *Giedinghagen*, in: Theiselmann, PraxisHdb des Restrukturierungsrechts, Kap. 7 Rn. 51.

⁵⁰ BT-Drs. 16/2919, S. 13; bei beteiligungsidentlichen Schwestergesellschaften entspricht der innere Wert der Anteile des übernehmenden Rechtsträgers nach der Verschmelzung der Summe der inneren Werte der Anteile am übertragenden Rechtsträger und am übernehmenden Rechtsträger vor der Verschmelzung, sodass eine Anteilsgewährung aus Sicht der Anteilshaber des übertragenden Rechtsträger aufgrund der damit verbundenen Kosten regelmäßig unerwünscht ist.

⁵¹ *Keller/Klett*, DB 2010, 1220, 1221.

verbundene Werthaltigkeitsprüfung nicht erforderlich.⁵² Obwohl die Vermögensinteressen der Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers dadurch zum Teil erheblich beeinträchtigt werden, verlangt die h.M. in diesem Fall im Rahmen des Zustimmungsbeschlusses zur Verschmelzung keine Einstimmigkeit der Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers.⁵³

Im Ergebnis kann auch im Rahmen einer Aufspaltung oder Abspaltung auf eine Anteilsgewährung verzichtet werden. Für Kapitalgesellschaften sieht das Umwandlungsgesetz seit dem 2. Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 19.04.2007⁵⁴ in § 125 S. 1 UmwG die entsprechende Anwendung der §§ 54, 68 UmwG für Aufspaltung und Abspaltungen vor. Ist eine AG oder eine GmbH im Rahmen einer Aufspaltung oder Abspaltung übernehmender Rechtsträger, kann gemäß § 125 S. 1 i.V.m. § 54 Abs. 1 S. 3 bzw. § 68 Abs. 1 S. 3 UmwG somit von einer Anteilsgewährung und Kapitalerhöhung abgesehen werden, wenn sämtliche Anteilsinhaber hierauf verzichten.⁵⁵

b) Gesellschaftsrechtliche Unzulässigkeit aufgrund der Kapitalerhaltungsvorschriften (§ 30 GmbHG, § 57 AktG)?

Fraglich ist zudem, ob bzw. in welchen Fällen eine Umwandlungsmaßnahme unter Beteiligung einer Kapitalgesellschaft innerhalb eines Konzerns als Auszahlung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens gewertet werden kann und somit gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften der § 30 GmbHG bzw. § 57 AktG verstößt.

Wird beispielsweise eine i.S.v. § 19 InsO überschuldete Gesellschaft auf ihre Tochter-GmbH verschmolzen (downstream merger), könnte in der mit der Verschmelzung einhergehenden Übernahme sämtlicher Verbindlichkeiten der Mutter durch die Tochter eine unzulässige Auszahlung gemäß § 30 GmbHG liegen, sofern hierdurch eine Unterbilanz der übernehmenden Tochtergesellschaft verursacht oder vertieft wird.⁵⁶

Zum Teil⁵⁷ wird in der Literatur vertreten, die gesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsvorschriften würden vom Umwandlungsgesetz als *lex specialis* verdrängt bzw. ihr Anwendungsbereich wäre von vornherein nicht eröffnet. Eine Verdrängung der

⁵² *Blasche*, GWR 2010, 441, 444; *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 18; *Heckschen*, in: Beck'sches Notar-Handbuch, § 24 Rn. 129.

⁵³ *Marsch-Barner/Oppenhoff*, in: Kallmeyer, UmwG, § 3 Rn. 22 (allerdings könne ein mehrheitlich gefasster Zustimmungsbeschluss wegen Verstoßes gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht anfechtbar sein); *Rubner/Leuring*, NJW-Spezial 2012, 719, 719; *Weiler*, NZG 2008, 527, 530; aM *Drygala*, in: Lutter, UmwG, § 3 Rn. 24; *Böttcher*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 3 Rn. 18; die einen einstimmigen Verschmelzungsbeschluss des übernehmenden Rechtsträgers verlangen.

⁵⁴ BGBl. 2007, S. 542.

⁵⁵ *Schröer*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 128 Rn. 6.

⁵⁶ So *Vetter*, in: Lutter, UmwG, § 54 Rn. 55, 82; *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 5 Rn. 40.1; *Altmeyen*, in: Altmeyen, GmbHG, § 43 Rn. 120; *Ekkenga*, in: Münchkomm zum GmbHG, § 30 Rn. 193; *Sagasser/Luke*, in: Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen, § 9 Rn. 351; *Schwetlik*, GmbHR 2011, 130, 133.

⁵⁷ *Hörtnagl/Ollech*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 54 Rn. 11 a.E.; *Enneking/Heckschen*, DB 2006, 1099, 1100; *Langner*, GmbHR 2005, 1023.

Vorschriften der §§ 30, 31 GmbHG bzw. des § 57 AktG lehnt die h.M.⁵⁸ jedoch ab. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Wird nämlich infolge der Umwandlung zugunsten der übertragenden Gesellschaft und ihrer Gläubiger bei der übernehmenden Tochter-GmbH eine Unterbilanz erzeugt oder vertieft, fällt dies nach allgemeinen Grundsätzen unter den Schutzbereich der Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG. Dass das Umwandlungsrecht diese allgemeineren gesellschaftsrechtlichen Regelungen verdrängen will, ist nicht ersichtlich. Ohnehin regelt das Umwandlungsgesetz gerade nicht den Fall, dass durch eine Umwandlungsmaßnahme bei einem beteiligten Rechtsträger eine Unterbilanz entsteht.

Ähnlich ist es, wenn es sich bei der übernehmenden Gesellschaft um eine AG handelt. Die Verschmelzung einer überschuldeten Gesellschaft auf die Tochter-AG dürfte dann regelmäßig den Anwendungsbereich von § 57 AktG berühren, da die Übertragung des Negativvermögens auf die „gesunde“ AG causa societatis erfolgt.⁵⁹ Da § 57 AktG generell jede Leistung an einen Aktionär oder eine dem Aktionär nahestehende Person verbietet, der keine marktgerechte Gegenleistung gegenübersteht und die zu einer wertmäßigen Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens führt, kommt es bei der AG auch nicht darauf an, ob durch die Zuführung negativen Vermögens die Grundkapitalziffer der AG angegriffen wird.⁶⁰

c) Überschuldung als Umwandlungshindernis?

Es stellt sich somit die Frage, ob aufgrund der oben dargestellten allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Vorgaben die nach dem Umwandlungsgesetz grundsätzlich gegebene Umwandlungsfähigkeit eines i.S.v. § 19 InsO überschuldeten Rechtsträgers ausgeschlossen ist.

Zwar gilt das Prinzip der realen Kapitalaufbringung auch bei Kapitalerhöhungen im Rahmen von Umwandlungsfällen, was einer Beteiligung eines überschuldeten Rechtsträgers als übertragender Rechtsträger bei Umwandlungen grundsätzlich entgegensteht. Eine Kapitalerhöhung kann aber – wie oben bereits erläutert – in vielen Konstellationen, beispielsweise wenn alle Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers auf eine Anteilsgewährung verzichten, vermieden werden.⁶¹

Die Verschmelzung oder Spaltung unter Beteiligung eines überschuldeten übertragenden Rechtsträgers ist unter Umständen gemäß §§ 30, 31 GmbH bzw. § 57 AktG unzulässig; die Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG bzw. § 57 AktG führt aber weder zur Nichtigkeit der

⁵⁸ Keller/Klett, DB 2010, 1220, 1222; Rubner/Leuring, NJW-Spezial 2012, 719, 719; Schwetlik, GmbHR 2011, 130.

⁵⁹ Rubner/Leuring, NJW-Spezial 2012, 719, 719.

⁶⁰ Grigoleit/Rachlitz, in: Grigoleit, AktG, § 57 Rn. 8; Laubert, in: Hölters, AktG, § 57 Rn. 5; Drinhausen, in: Heidel, AktR, § 57 Rn. 4; Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, § 57 Rn. 2.

⁶¹ S. hierzu § 2 A II 2 a) bb).

Umwandlung noch zu einer Registersperre, sondern lediglich zu einer Zahlungspflicht der Anteilseigner in Höhe der entstandenen Unterbilanz.⁶²

Soll eine überschuldete Gesellschaft auf einen gesunden Rechtsträger verschmolzen oder gespalten werden, ist schließlich zu beachten, dass in den Fällen, in denen die überschuldete Gesellschaft (beispielsweise aus steuerlichen Gründen) nicht zwingend als übertragender Rechtsträger fungieren muss⁶³, ebenso die gesunde Gesellschaft die Rolle des übertragenden Rechtsträgers übernehmen kann.⁶⁴ Folge wäre, dass bei der überschuldeten Gesellschaft eine Kapitalerhöhung stattfindet und sich Probleme aufgrund des Prinzips der realen Kapitalaufbringung nicht stellen.⁶⁵ Ein generelles Umwandlungshindernis ist aus dem allgemeinen Gesellschaftsrecht somit nicht herleitbar.

III. Zwischenergebnis

Ein im Insolvenzverfahren befindlicher Rechtsträger kann als übertragender Rechtsträger an einer Umwandlungsmaßnahme beteiligt sein. Dies folgt daraus, dass seit Implementierung des § 225a Abs. 3 InsO nunmehr die Möglichkeit besteht, dass ein im Insolvenzplanverfahren befindlicher Rechtsträger einen Fortsetzungsbeschluss fasst und jedes Insolvenzverfahren potentiell in ein Insolvenzplanverfahren münden kann. Ist der übertragende Rechtsträger überschuldet oder zahlungsunfähig und wurde über sein Vermögen noch kein Insolvenzverfahren eröffnet, scheidet eine Beteiligung an einer Umwandlungsmaßnahme wegen eines Vorrangs der Insolvenzantragspflicht nur in den im Gesetz ausdrücklich geregelten Fällen aus. Auch das Prinzip der realen Kapitalaufbringung stellt nur in den Fällen ein faktisches Umwandlungshindernis dar, in denen die Verzichtserklärungen aller Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers bezüglich der Gewährung von Anteilen am übernehmenden Rechtsträger nicht einzuholen sind und eine Kapitalerhöhung auch aufgrund sonstiger Vorschriften nicht entbehrlich ist.

B. Umwandlungsfähigkeit des im Insolvenzverfahren befindlichen, überschuldeten oder zahlungsunfähigen übernehmenden Rechtsträgers

Nachdem in der vorhergehenden Darstellung die Zulässigkeit der Beteiligung eines im Insolvenzverfahren befindlichen, eines überschuldeten oder eines zahlungsunfähigen übertragenden Rechtsträgers thematisiert wurde, soll nun geprüft werden, inwiefern sich ein im Insolvenzverfahren befindlicher, überschuldeter oder zahlungsunfähiger Rechtsträger als übernehmender Rechtsträger an einer Umwandlungsmaßnahme beteiligen kann.

⁶² *Keller/Klett*, DB 2010, 1220, 1222; aM *Vetter*, in: Lutter, UmwG, § 54 Rn. 55, der vertritt, dass das Registergericht die Eintragung ablehnen müsse, wenn infolge der Verschmelzung einer überschuldeten Mutter- auf ihre Tochter-GmbH das Stammkapital der Tochter-GmbH angegriffen werde.

⁶³ Ein Grund kann beispielsweise die Vermeidung von Grunderwerbsteuer sein, s. hierzu *Langner*, GmbHR 2005, 1023, 1023.

⁶⁴ *Limmer*, in: Hdb der Unternehmensumwandlung, Teil 5 Abschn. 2 Rn. 54; *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 55 Rn. 83.10.

⁶⁵ *Limmer*, in: Hdb der Unternehmensumwandlung, Teil 5 Abschn. 2 Rn. 54.

I. Im Insolvenzverfahren befindlicher Rechtsträger

Fraglich ist zunächst, ob ein Rechtsträger, über dessen Vermögen bereits ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, als übernehmender Rechtsträger an einer Umwandlungsmaßnahme beteiligt sein kann.

Eine dem § 3 Abs. 3 UmwG entsprechende Regelung für die Umwandlungsfähigkeit aufgelöster übernehmender Rechtsträger gibt es im Umwandlungsgesetz nicht. Weitgehend unstrittig ist jedoch, dass ein aufgelöster Rechtsträger jedenfalls dann als Zielrechtsträger an einer Umwandlung beteiligt sein kann, wenn spätestens zeitgleich zum Zustimmungsbeschluss seine Fortsetzung beschlossen wird.⁶⁶ Dies ist einleuchtend, ist der „aufgelöste“ Rechtsträger doch ab dem Zeitpunkt des Fortsetzungsbeschlusses im Grunde genommen gar kein aufgelöster Rechtsträger mehr, sodass eine Umwandlung auf einen werbenden Rechtsträger erfolgt.

Ob der aufgelöste übernehmende Rechtsträger bei einem fehlenden zumindest gleichzeitigen Fortsetzungsbeschluss umwandlungsfähig ist, ist umstritten. Teilweise⁶⁷ wird vertreten, dass eine Umwandlung unter Beteiligung eines aufgelösten Rechtsträgers als Zielrechtsträger zumindest dann möglich sei, wenn die Fortsetzung des Rechtsträgers beschlossen werden könnte. Nach h.M.⁶⁸ können aufgelöste Rechtsträger, die noch nicht ihre Fortsetzung beschlossen haben, dagegen nicht als übernehmende Rechtsträger an einer Umwandlungsmaßnahme beteiligt sein. § 3 Abs. 3 UmwG stelle eine Ausnahmenvorschrift zu dem Grundsatz dar, dass nur die Verschmelzung werbender Rechtsträger zulässig sei. Im Umkehrschluss scheidet daher eine Verschmelzung unter Beteiligung von aufgelösten Rechtsträgern in allen anderen nicht in § 3 Abs. 3 UmwG genannten Fällen und somit auch die Beteiligung eines aufgelösten Rechtsträgers als Zielrechtsträger aus.⁶⁹ Daran habe sich auch durch das Inkrafttreten des ESUG nichts geändert.⁷⁰

Der h.M. ist zuzustimmen. Dafür spricht insbesondere, dass der Gesetzgeber die schon zur alten Rechtslage bestehende Streitigkeit bezüglich der Umwandlungsfähigkeit eines aufgelösten Rechtsträgers als übernehmenden Rechtsträger gekannt, aber dennoch bewusst keine klärende Regelung in das Umwandlungsgesetz aufgenommen hat.⁷¹ § 3 Abs. 3 UmwG stellt somit eine auf übertragende Rechtsträger beschränkte Ausnahmeregelung dar, die

⁶⁶ AG Erfurt, Beschl. v. 25.10.1995 – HRB 1870, RPflegler 1996, 163; *Stengel*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 3 Rn. 46; *Madaus*, NZI 2015, 565, 567.

⁶⁷ *Bermel*, in: Goutier/Knopf/Tulloch, UmwG, § 3 Rn. 20 (jedoch mit dem Hinweis, dass der Fortsetzungsbeschluss ausdrücklich gefasst werden „sollte“); wohl auch *Fronhöfer*, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 3 Rn. 72; *Heckschen*, in: Westermann/Wertenbruch, Hdb. Personengesellschaften, Abschn. 10 § 61 Rn. 5036; *ders.*, DB 1998, 1385, 1387.

⁶⁸ OLG Naumburg, Beschl. v. 12.2.1976 – 10 Wx 1-97, NJW-RR 1998, 178; AG Erfurt, Beschl. v. 25.10.1995 – HRB 1870, RPflegler 1996, 163; OLG Brandenburg, Beschl. v. 27.1.2015 – 7 W 118/14, NZG 2015, 884; *Drygala*, in: Lutter, UmwG, § 3 Rn. 31; *Stengel*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 3 Rn. 46; *Winter*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 3 Rn. 47; *Heidinger*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 3 Rn. 21; *Trölitzsch*, WiB 1997, 797, 798.

⁶⁹ *Stengel*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 3 Rn. 46.

⁷⁰ *Drygala*, in: Lutter, UmwG, § 3 Rn. 31.

⁷¹ So auch *Drinhausen/Keinath*, in: beck.online.GROSSKOMMENTAR, § 3 Rn. 32.

nicht ausgeweitet werden kann. Sofern kein Fortsetzungsbeschluss gefasst wurde, kann die betroffene Gesellschaft somit kein Zielrechtsträger sein.

II. Überschuldeter oder zahlungsunfähiger Rechtsträger

Ebenso wie der überschuldete oder zahlungsunfähige übertragende Rechtsträger ist auch der überschuldete oder zahlungsunfähige übernehmende Rechtsträger nach dem Umwandlungsgesetz grundsätzlich umwandlungsfähig. Der Gesetzgeber hat keine Vorschrift in das Umwandlungsgesetz aufgenommen, nach der ein überschuldeter oder zahlungsunfähiger Rechtsträger nicht als übernehmender Rechtsträger an einer Umwandlungsmaßnahme beteiligt sein darf. Aus § 152 S. 2 UmwG kann vielmehr der Umkehrschluss gezogen werden, dass eine Umwandlungsfähigkeit überschuldeter oder zahlungsunfähiger Rechtsträger nur in dem dort explizit genannten Fall nicht gegeben ist.

Die Beteiligung eines überschuldeten oder zahlungsunfähigen Rechtsträgers als übernehmender Rechtsträger scheidet auch nicht aus allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Vorgaben aus. Insbesondere das Problem bezüglich des Prinzips der realen Kapitalaufbringung stellt sich hier nicht.⁷²

III. Zwischenergebnis

Ein im Insolvenzverfahren befindlicher Rechtsträger kann an einer Umwandlungsmaßnahme nicht als übernehmender Rechtsträger beteiligt sein. Voraussetzung der Umwandlungsfähigkeit ist vielmehr, dass spätestens zeitgleich zum Zustimmungsbeschluss zur Umwandlungsmaßnahme seine Fortsetzung beschlossen wird. Anderenfalls ist er sogar dann nicht umwandlungsfähig, wenn die Möglichkeit eines Fortsetzungsbeschlusses besteht. Überschuldete oder zahlungsunfähige Rechtsträger, über deren Vermögen kein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, dürfen dagegen als übernehmende Rechtsträger an einer Umwandlungsmaßnahme beteiligt werden.

C. Zusammenfassendes Ergebnis

Die Umwandlungsfähigkeit eines sich im Insolvenzverfahren befindlichen Rechtsträgers als übertragender Rechtsträger ist gemäß § 3 Abs. 3 UmwG gegeben. Dies folgt daraus, dass seit Implementierung des § 225a Abs. 3 InsO potentiell die Möglichkeit besteht, dass ein im Insolvenzplanverfahren beteiligter Rechtsträger einen Fortsetzungsbeschluss fasst und jedes Insolvenzverfahren in ein Insolvenzplanverfahren übergehen kann. Als übernehmender Rechtsträger kann ein im Insolvenzverfahren befindlicher Rechtsträger dagegen nur fungieren, wenn zumindest zeitgleich mit dem Zustimmungsbeschluss der

⁷² *Limmer*, in: Hdb der Unternehmensumwandlung, Teil 5 Abschn. 2 Rn. 54.

Anteilshaber zur Umwandlungsmaßnahme die Fortsetzung des Rechtsträgers tatsächlich beschlossen wird.

Ein überschuldeter oder zahlungsunfähiger Rechtsträger kann die Rolle eines übertragenden Rechtsträgers einnehmen, wenn bei dem übernehmenden Rechtsträger trotz der Umwandlungsmaßnahme keine Kapitalerhöhung stattfindet und die Umwandlung daher nicht aufgrund des Verbotes der unter-pari-Emission ausscheidet. Als übernehmender Rechtsträger kann auch ein überschuldeter oder zahlungsunfähiger Rechtsträger ohne weiteres fungieren.

§ 3 Gläubigerschutz nach dem Umwandlungsrecht und dem allgemeinen Gesellschaftsrecht

A. Fragestellung

Nachdem festgestellt worden ist, dass überschuldete Gesellschaften sowohl als übertragende als auch als übernehmende Rechtsträger an einer Umwandlungsmaßnahme beteiligt sein können, ist nun zu klären, inwiefern der dadurch bestehenden Gefahr der Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen durch das Umwandlungs- und Gesellschaftsrecht Rechnung getragen wird. Hierdurch soll insbesondere die Frage beantwortet werden, ob neben den gläubigerschützenden Vorschriften des Umwandlungs- bzw. Gesellschaftsrechts eine Insolvenzanfechtung von Umwandlungen aus Gläubigerschutzgesichtspunkten erforderlich ist oder aber ob den Interessen der Gläubiger durch die gläubigerschützenden Vorschriften des Umwandlungs- und Gesellschaftsrechts bereits genüge getan wird.

B. Umfang des Gläubigerschutzes nach dem Gesellschafts- und Umwandlungsrecht

I. Prinzip der realen Kapitalaufbringung

Das Prinzip der realen Kapitalaufbringung gewährleistet im Grundsatz, dass der Wert der Sacheinlage mindestens den Nennbetrag des dafür übernommenen Gesellschaftsanteils erreicht.⁷³ Wie oben⁷⁴ aufgezeigt, ist bei Umwandlungen in den in § 54, § 68 oder § 131 Abs. 1 Nr. 3 Hs. 2 UmwG vorgesehenen Fällen eine Kapitalerhöhung aber verboten oder es besteht die Möglichkeit, von einer Kapitalerhöhung abzusehen. In vielen Fällen wird das Verbot der unter-pari-Emission die Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers somit nicht schützen.⁷⁵

II. Keine Differenzhaftung im Rahmen von Umwandlungen

Fraglich ist sodann, ob die im Gesellschaftsrecht implementierte Differenzhaftung für die Fälle, in denen nicht von der Möglichkeit der Vermeidung einer Kapitalerhöhung gemäß § 54, § 68 oder § 131 Abs. 1 Nr. 3 Hs. 2 UmwG Gebrauch gemacht wurde, einen ausreichenden Gläubigerschutz gewährleistet. Spiegelbildlich zur präventiven Werthaltigkeitsprüfung der Sacheinlage durch das Registergericht statuieren die §§ 9, 56 Abs. 2 GmbHG bzw. §§ 36a Abs. 2 S. 3, 188 Abs. 2 S. 1 AktG zum repressiven Schutz des Kapitalaufbringungsprinzips eine verschuldensunabhängige Differenzhaftung. Sofern bei der Sachgründung oder Sachkapitalerhöhung einer Kapitalgesellschaft der Wert der

⁷³ Reichert, in: Semler/Stengel, UmwG, § 55 Rn. 8; Diekmann, in: Semler/Stengel, UmwG, § 69 Rn. 11; Simon, in: KK-UmwG, § 55 Rn. 38, § 69 Rn. 14.

⁷⁴ S. dazu § 2 A II 2 a) bb).

⁷⁵ S. dazu im Einzelnen § 2 A II 2 a) bb).

Sacheinlage nicht den Nennbetrag des dafür übernommenen Geschäftsanteils erreicht⁷⁶, haben die Inferenten die vollständige Differenz zwischen dem objektiven Wert der Sacheinlage zum Zeitpunkt der Anmeldung und dem dafür übernommenen Nennbetrag des Geschäftsanteils zu erstatten.⁷⁷ Eine solche Differenzhaftung könnte zum Schutz der Gläubiger insbesondere dann relevant werden, wenn trotz der in § 54, § 68 oder § 131 Abs. 1 Nr. 3 Hs. 2 gegebenen Möglichkeiten beim übernehmenden Rechtsträger eine Sachkapitalerhöhung stattfindet und das Unternehmen des übertragenden Rechtsträgers als Sacheinlage eingebracht wird, der tatsächliche Wert des übertragenen Vermögens aber nicht dem Nominalbetrag der gewährten Anteile entspricht.

1. Meinungsbild

Im Schrifttum wurde eine Differenzhaftung der Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers im Rahmen einer Sachkapitalerhöhung innerhalb von Umwandlungsfällen zum Teil⁷⁸ mit unterschiedlichen Begründungsansätzen bejaht.⁷⁹ Andere Stimmen⁸⁰ verneinen jedoch eine Differenzhaftung im Rahmen einer Sachkapitalerhöhung innerhalb von Umwandlungsmaßnahmen. Auch der BGH hat bei einer Kapitalerhöhung zur Verschmelzung auf eine aufnehmende Kapitalgesellschaft eine solche Differenzhaftung im Jahr 2007 für die Aktiengesellschaft⁸¹ und im Jahr 2018 für die GmbH⁸² verneint. Zentrales Argument ist, dass es an einer Kapitaldeckungszusage der Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers als maßgeblichen Anknüpfungspunkt für eine Differenzhaftung fehle.⁸³ Eine Differenzhaftung der Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers könne sodann auch nicht damit begründet werden, dass die Gesellschafter des übernehmenden Rechtsträgers im Falle der Überbewertung des übertragenden Rechtsträgers nicht ausreichend geschützt seien.⁸⁴ Denn zum einen könnten die Gesellschafter des übernehmenden Rechtsträgers

⁷⁶ *Schwandtner*, in: Münchkomm zum GmbHG, § 9 Rn. 9; *Schäfer*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 9 Rn. 3; *Inhester/Diers*, in: Saenger/Inhester, GmbHG, § 56 Rn. 29; *Hermanns*, in: Heidinger/Leible/J.Schmidt, GmbHG, § 56 Rn. 69.

⁷⁷ *Schwandtner*, in: Münchkomm zum GmbHG, § 9 Rn. 21; *Ulmer/Habersack*, in: Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG, § 9 Rn. 11; *Inhester/Diers*, in: Saenger/Inhester, GmbHG, § 56 Rn. 29; *Hermanns*, in: Heidinger/Leible/J.Schmidt, GmbHG, § 56 Rn. 71.

⁷⁸ *Reichert*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 33 Rn. 11 f.; *Schwandtner*, in: Münchkomm zum GmbHG, § 9 Rn. 4a; *Kallmeyer*, GmbHR 2007, 1121, 1123; *Ihrig*, GmbHR 1995, 622, 635, 642; *Thoß*, NZG 2006, 376.

⁷⁹ So bejaht *Kallmeyer*, GmbHR 2007, 1121, 1123, eine Differenzhaftung der Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers, weil Sacheinlageverpflichteter i.S.v. § 9 Abs. 1 S. 1 GmbHG nicht der übertragende Rechtsträger, sondern dessen Anteilsinhaber seien; *Ihrig*, GmbHR 1995, 622, 635, 642, nimmt dagegen eine Sacheinlagepflicht des übertragenden Rechtsträgers an, begründet die Kapitaldeckungshaftung der Anteilsinhaber aber mit dem Erwerb der Anteile am übernehmenden Rechtsträger; auch *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 55 Rn. 81, tendiert wohl zu einer Differenzhaftung der Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers, weil diese jedenfalls die Kapitalaufbringungsverantwortung tragen.

⁸⁰ *Kleindiek*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 55 Rn. 16; *Hörtnagl/Ollech*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 55 Rn. 5; *Servatius*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 9 Rn. 1; *Schnorbus*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, Anhang zu § 77 Rn. 154; *Illert/König*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 15 Rn. 254.

⁸¹ BGH, Urt. v. 12.3.2007 – II ZR 302/05, DNotZ 2007, 854.

⁸² BGH, Urt. v. 6.11.2018 – II ZR 199/17, DSStR 2019, 340.

⁸³ BGH, Urt. v. 6.11.2018 – II ZR 199/17, DSStR 2019, 340, 341 Rn. 18 f.

⁸⁴ BGH, Urt. v. 6.11.2018 – II ZR 199/17, DSStR 2019, 340, 342 Rn. 22.

gemäß §§ 48, 9 ff. UmwG die Durchführung einer Verschmelzungsprüfung verlangen, zum anderen stünde ihnen die Möglichkeit zu, den Verschmelzungsbeschluss anzufechten.⁸⁵

2. Stellungnahme

Verpflichtungsgrund der Differenzhaftung ist die mit der Übernahme des Geschäftsanteils verbundene Kapitaldeckungszusage der betreffenden Gesellschafter.⁸⁶ Die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers kommen als Adressaten einer Differenzhaftung daher nur in Betracht, wenn sie auf Grund einer Kapitaldeckungszusage für den Wert des Unternehmens des übertragenden Rechtsträgers einzustehen haben.

Erhöht eine übernehmende Kapitalgesellschaft ihr Stammkapital zur Durchführung einer Verschmelzung, geben die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers, denen die neu gebildeten Geschäftsanteile an der übernehmenden Gesellschaft gewährt werden, aber weder im Umwandlungsvertrag noch im Umwandlungsbeschluss eine Verpflichtung zur Leistung einer werthaltigen Sacheinlage ab.⁸⁷ Dem BGH ist daher in der Hinsicht zuzustimmen, dass die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers keine Kapitaldeckungszusage abgeben und daher keiner Differenzhaftung unterliegen.

Nicht zuzustimmen ist dem BGH⁸⁸ in dem Punkt, dass die Gesellschaftsgläubiger des übernehmenden Rechtsträgers dennoch hinreichend geschützt seien, da sie gemäß §§ 48, 9 ff. UmwG die Durchführung einer Verschmelzungsprüfung verlangen und innerhalb der Frist des § 14 Abs. 1 UmwG den Verschmelzungsbeschluss mit der Begründung anfechten könnten, dass der Verschmelzung infolge einer Überbewertung des übertragenden Rechtsträgers ein fehlerhaftes Umtauschverhältnis zugrunde liege.⁸⁹ Der Verweis des BGH auf die Verschmelzungsprüfung läuft oft ins Leere, da die Gesellschafter häufig von der Regelung der §§ 9 Abs. 3, 8 Abs. 3 UmwG Gebrauch machen und auf die Verschmelzungsprüfung aus Zeit- und Kostengründen verzichten.⁹⁰ Die Möglichkeit, eine Verbesserung des Umtauschverhältnisses im Wege des Spruchverfahrens zu erreichen, besteht für die Gesellschafter des übernehmenden Rechtsträgers nicht.⁹¹ Zwar können sie grundsätzlich den Verschmelzungsbeschluss anfechten, eine Klageerhebung unterbleibt aber regelmäßig, weil die Betroffenen nicht rechtzeitig Kenntnis von der Überbewertung erlangen.⁹² Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die einmonatige Frist des § 14 Abs. 1 UmwG im Vergleich zu den Insolvenzanfechtungsfristen, die zum Teil deutlich

⁸⁵ BGH, Urt. v. 6.11.2018 – II ZR 199/17, DStR 2019, 340, 342 Rn. 24.

⁸⁶ BGH, Urt. v. 14.3.1977 – II ZR 156/75, NJW 1977, 1196; Urt. v. 12.2.2007 – II ZR 302/05, DStR 2007, 1049 Rn. 5.

⁸⁷ *Servatius*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 9 Rn. 1; *Hörtnagl/Ollech*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 55 Rn. 5; *Kleindiek*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 55 Rn. 16.

⁸⁸ BGH, Urt. v. 6.11.2018 – II ZR 199/17, DStR 2019, 340, 342 Rn. 24.

⁸⁹ Eine solche Anfechtung kommt in Betracht, weil das Stimmverhalten desjenigen, der dafür stimmt, dass die aufnehmende Gesellschaft eine insolvente Gesellschaft übernimmt, treuwidrig ist, so auch *Heckschen*, NZG 2019, 561, 564.

⁹⁰ So auch *Wicke*, DNotZ 2019, 405, 407.

⁹¹ *Gehling*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 15 Rn. 6; *Decher*, in: Lutter, UmwG, § 15 Rn. 2; *Heckschen*, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 15 Rn. 75.

⁹² So auch *Wicke*, DNotZ 2019, 405, 407.

länger bemessen sind, kaum ausreichen wird, um die wirtschaftlichen Auswirkungen der Verschmelzung sachgerecht einschätzen zu können.

Es ist somit zutreffend, dass die Gesellschafter einer übertragenden GmbH oder AG allein aufgrund eines Mehrheitsbeschlusses und ohne eigene Verpflichtungsübernahme, erst recht, wenn sie gegen die Umwandlung gestimmt haben, nicht der Differenzhaftung unterliegen können⁹³; dies bringt jedoch mit sich, dass die Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft und ihre Gläubiger einem erheblichen Missbrauchspotential ausgesetzt sind.

III. Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs

Nach der Rechtsprechung des BGH kommt allerdings in dem Fall, in dem der Wert des eingebrachten Unternehmens nicht dem Nominalbetrag der gewährten Anteile entspricht, eine Haftung der Gesellschafter gemäß § 826 BGB unter dem Gesichtspunkt der Existenzvernichtungshaftung in Betracht.⁹⁴ Ein zum Schadensersatz verpflichtender existenzvernichtender Eingriff liegt vor, wenn der Gesellschaft von ihren Gesellschaftern in sittenwidriger Weise das zur Tilgung ihrer Schulden erforderliche Vermögen entzogen und damit eine Insolvenz verursacht oder vertieft wurde.⁹⁵ Seit dem Urteil des BGH vom 6.11.2018⁹⁶ steht zudem fest, dass ein Entzug des Gesellschaftsvermögens nicht nur durch Abfluss von Vermögenswerten, sondern auch durch Erhöhung der Verbindlichkeiten bewirkt werden kann.⁹⁷

Ob ein solch aus den Grundsätzen zur Existenzvernichtungshaftung möglicherweise folgender Anspruch den Ausfall der Differenzhaftung aus Gläubigerschutzgesichtspunkten kompensieren kann, bleibt zweifelhaft. Denn die Maßnahme muss sich – um eine Haftung nach den Grundsätzen zum existenzvernichtenden Eingriff bejahen zu können – nicht nur bei Betrachtung *ex ante* als rücksichtslos und ruinös⁹⁸, sondern zudem als vorsätzlich sittenwidrig darstellen. Dies setzt insbesondere voraus, dass das Gesellschaftsvermögen planmäßig zu Lasten der Gläubiger und zum eigenen Vorteil der Gesellschafter entzogen wird.⁹⁹ Das Verhalten der Gesellschafter muss sich als schlechterdings unvertretbar und aus dem Blickwinkel der Gesellschaftsgläubiger als besonders rücksichtslos darstellen.¹⁰⁰ Nicht zulässig ist es dabei, lediglich aus dem Erfolg (Insolvenzverursachung oder -vertiefung) den

⁹³ So auch *Wicke*, DNotZ 2019, 405, 407.

⁹⁴ BGH, Urt. v. 6.11.2018 – II ZR 199/17, DStR 2019, 340, 343 Rn. 25 ff.

⁹⁵ S. zur Existenzvernichtungshaftung: BGH, Urt. v. 16.7.2007 – II ZR 3/04, NZI 2007, 603 – Trihotel; *Liebscher*, in: Münchkomm zum GmbHG, Anhang zu § 13 Rn. 529 ff.; *Prütting*, JuS 2018, 409.

⁹⁶ BGH, Urt. v. 6.11.2018 – II ZR 199/17, DStR 2019, 340.

⁹⁷ BGH, Urt. v. 6.11.2018 – II ZR 199/17, DStR 2019, 340, 341 Rn. 27.

⁹⁸ *Liebscher*, in: Münchkomm zum GmbHG, Anhang zu § 13 Rn. 541.

⁹⁹ *Altmeyen*, in: *Altmeyen*, GmbHG, § 13 Rn. 90; *Liebscher*, in: Münchkomm zum GmbHG, Anhang zu § 13 Rn. 566.

¹⁰⁰ *Pentz*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 13 Rn. 116; *Liebscher*, in: Münchkomm zum GmbHG, Anhang zu § 13 Rn. 567.

Schluss auf ein sittenwidriges Verhalten zu ziehen.¹⁰¹ Die Darlegungs- und Beweislast für diese Umstände liegt zudem beim Insolvenzverwalter.¹⁰²

Einen sittenwidrigen Eingriff in das Gesellschaftsvermögen zu beweisen, wird sich aufgrund der dargelegten Grundsätze in der Praxis selten als erfolgversprechend erweisen. Der BGH weist im Urteil vom 6.11.2018¹⁰³ selbst darauf hin, dass die Durchführung einer sanierenden Verschmelzung zulässig ist, wenn der Fortbestand des übernehmenden Rechtsträgers hierdurch nicht infrage gestellt werde.¹⁰⁴ Nur wenn die verschmelzungsbedingte Vereinigung der Vermögensmassen unausweichlich zur Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers führe, solle eine Umgehung der in § 15a InsO vorgesehenen Insolvenzantragspflicht vorliegen.¹⁰⁵ Daraus folgt, dass eine Sittenwidrigkeit bei einem der Verschmelzung zugrunde liegenden vertretbaren Sanierungskonzept zu verneinen ist. Liegt ein solches Sanierungskonzept vor, wird der Insolvenzverwalter nur selten beweisen können, dass bereits vor der Umwandlungsmaßnahme abzusehen war, dass die Verschmelzung unausweichlich zur Insolvenz eines der beteiligten Rechtsträger führen würde und die Anteilsinhaber dabei sogar noch schuldhaft handelten. Vielmehr werden sich die Anteilsinhaber bei einem vertretbaren Sanierungskonzept darauf zurückziehen können, dass sie den beteiligten Rechtsträger retten, anstatt seine Insolvenz verursachen wollten. Den Ausfall der verschuldensunabhängigen Differenzhaftung kann die Möglichkeit der Existenzvernichtungshaftung damit nicht kompensieren.¹⁰⁶

IV. Unzureichender Schutz durch § 22 UmwG

Weiter ist zu untersuchen, ob die Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen durch die Möglichkeit der Beteiligung von überschuldeten Rechtsträgern an einer Umwandlungsmaßnahme dadurch kompensiert wird, dass das Umwandlungsrecht mit dem Anspruch auf Sicherheitsleistung gemäß §§ 22 Abs. 1, 125 S. 1, 204 UmwG ein Instrument zum Schutz der Gläubiger vorsieht. So ist den Gläubigern der an der Umwandlungsmaßnahme beteiligten Rechtsträger nach § 22 Abs. 1 (i.V.m. § 125 S. 1), § 204 UmwG Sicherheit zu leisten, wenn sie glaubhaft machen, dass durch die Umwandlung die Erfüllung ihrer Forderung gefährdet wird und sie binnen sechs Monaten nach dem Tag, an dem die Eintragung der Umwandlung in das Register desjenigen Rechtsträgers, dessen Gläubiger sie sind, bekannt gemacht worden ist, ihren Anspruch nach Grund und Höhe schriftlich angemeldet haben. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Gläubiger keine Befriedigung verlangen können, § 22 Abs. 1 S. 1 UmwG.

Rechtfertigt wird der Anspruch auf Sicherheitsleistung bei einer Verschmelzung vornehmlich damit, dass sich infolge der Umwandlung eine Gefährdung der Rechte der

¹⁰¹ *Altmeyden*, in: *Altmeyden, GmbHG*, § 13 Rn. 90.

¹⁰² BGH, Urt. v. 16.7.2007 – II ZR 3/04, NZI 2007, 603 Rn. 41 – Trihotel; Urt. v. 23.4.2012 – II ZR 252/10, DStR 2012, 1144 Rn. 13; Urt. v. 6.11.2018 – II ZR 199/17, DStR 2019, 340, 343 Rn. 26.

¹⁰³ BGH, Urt. v. 6.11.2018 – II ZR 199/17, DStR 2019, 340.

¹⁰⁴ BGH, Urt. v. 6.11.2018 – II ZR 199/17, DStR 2019, 340, 346 Rn. 43.

¹⁰⁵ BGH, Urt. v. 6.11.2018 – II ZR 199/17, DStR 2019, 340, 346 Rn. 44.

¹⁰⁶ So auch *Mayer*, in: *Widmann/Mayer, UmwR*, § 55 Rn. 83; kritisch auch *Wicke*, DNotZ 2019, 405, 410.

Gläubiger sowohl des übertragenden als auch des übernehmenden Rechtsträgers ergibt, weil durch die Verschmelzung keine getrennten Vermögensmassen der beiden Rechtsträger mehr vorhanden sind.¹⁰⁷

1. Nur Altgläubiger als berechnigte Gläubiger i.S.v. § 22 Abs. 1 S. 1 UmwG

Der Anspruch auf Sicherheitsleistung setzt zunächst voraus, dass die Forderung des anspruchsberechnigten Gläubigers bereits vor Wirksamwerden¹⁰⁸ der Umwandlungsmaßnahme begründet worden ist. Begründet ist der Anspruch dann, wenn jedenfalls der Rechtsgrund der Forderung zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Umwandlungsmaßnahme gelegt ist.¹⁰⁹ Damit sind vom Schutzbereich des § 22 Abs. 1 S. 1 UmwG allerdings nur die Altgläubiger, also die Gläubiger, die bereits vor dem Wirksamwerden der Umwandlung ihre Forderung begründet haben, erfasst. Die Gläubiger, die ihre Forderung erst nach Wirksamwerden der Umwandlung erlangen (Neugläubiger), haben dagegen keinen Anspruch auf Sicherheitsleistung. Ist an der Umwandlung ein überschuldeter Rechtsträger beteiligt, können aber auch die Neugläubiger durch die Umwandlung erheblich benachteiligt werden.¹¹⁰ Hinsichtlich der Neugläubiger der an der Umwandlungsmaßnahme beteiligten Rechtsträger ist der Schutz des § 22 Abs. 1 S. 1 UmwG daher unzureichend.

2. Anspruch auf Sicherheitsleistung als nachgelagerter Gläubigerschutz

Sind alle Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 UmwG gegeben, haben somit nur die Altgläubiger einen Anspruch auf Sicherheitsleistung. Auch die Altgläubiger werden durch § 22 UmwG aber nicht vollumfänglich geschützt. Der Anspruch auf Sicherheitsleistung ist nämlich als nachgelagerter Gläubigerschutz ausgestaltet.¹¹¹ Das bedeutet, dass die Gläubiger erst ab dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Umwandlung einen Anspruch auf Sicherheitsleistung geltend machen können, also zu einem Zeitpunkt, in dem bereits keine getrennten Vermögensmassen mehr bestehen.¹¹²

Werden die Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers benachteiligt, weil ein überschuldeter Rechtsträger auf den übernehmenden Rechtsträger verschmolzen wird, gestaltet sich die Lage wie folgt: Die Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers können ihren Anspruch auf Sicherheitsleistung erst nach Eintragung der Verschmelzung in das

¹⁰⁷ *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 22 Rn. 1 f.; *Müller*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 22 Rn. 1; *Winter*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 22 Rn. 1; *Seulen*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 22 Rn. 1.

¹⁰⁸ *Seulen*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 22 Rn. 12; *Winter*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 22 Rn. 6; *Meister/Klöcker/Berger*, in: Kallmeyer, UmwG, § 204 Rn. 4; *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 22 Rn. 7; nach a.A. kommt es erst auf die Bekanntmachung an: *Marsch-Barner/Oppenhoff*, in: Kallmeyer, UmwG, § 22 Rn. 3.

¹⁰⁹ *Simon*, in: KK-UmwG, § 22 Rn. 18; *Seulen*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 22 Rn. 10; *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 22 Rn. 7; *Marsch-Barner/Oppenhoff*, in: Kallmeyer, UmwG, § 22 Rn. 3.

¹¹⁰ S. zur Gläubigerbenachteiligung i.R.e. Verschmelzung § 7 B.

¹¹¹ *Winter*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 22 Rn. 8; *Seulen*, in: Semler/Stengel, in: UmwG, § 22 Rn. 42.

¹¹² *Schulte*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 22 Rn. 18; *Seulen*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 22 Rn. 42, 45; *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 22 Rn. 22.

Register am Sitz des übernehmenden Rechtsträgers geltend machen. Zu diesem Zeitpunkt bestehen aber schon keine getrennten Vermögensmassen mehr. Wird der übernehmende Rechtsträger insolvent und schaffen es seine Gläubiger nicht, den Anspruch auf Sicherheitsleistung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens durchgesetzt zu bekommen, bliebe den Gläubigern nur die Möglichkeit, ihre Forderungen zur Masse anzumelden. Sicherheiten erhalten sie von dem insolventen Rechtsträger nicht mehr im ausreichenden Umfang.¹¹³ Die Schutzfunktion des § 22 Abs. 1 UmwG läuft in diesen Fällen somit ins Leere.

Im umgekehrten Fall, in dem die Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers durch die Verschmelzung benachteiligt werden, weil der übernehmende Rechtsträger einen höheren Überschuldungsgrad als der übertragende aufweist, gilt im Grunde nichts anderes. Dies gilt unabhängig davon, von welchem Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs auf Sicherheitsleistung bzw. von welchem Anspruchsgegner man ausgeht.

Denn sofern man mit der h.M.¹¹⁴ davon ausgeht, dass der Anspruch sich gegen den übernehmenden Rechtsträger richtet und mit der Eintragung der Umwandlung in das Register am Sitz des übernehmenden Rechtsträgers entsteht, ergibt sich gegenüber der oben genannten Situation kein Unterschied. Im Zweifel werden die Gläubiger ihren Anspruch auf Sicherheitsleistung nicht vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens durchsetzen können; ihr Anspruch stellt dann eine bloße Insolvenzforderung dar.

Teilweise¹¹⁵ wird jedoch vertreten, dass das Recht auf Sicherheitsleistung mit Eintragung der Umwandlung in das Register am Sitz desjenigen Rechtsträgers, dessen Gläubiger den Anspruch geltend macht, diesem gegenüber entsteht. Die Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers können ihren Anspruch auf Sicherheitsleistung also ab Eintragung der Verschmelzung in das Register am Sitz des übertragenden Rechtsträgers diesem gegenüber geltend machen; mit Eintragung der Verschmelzung in das Register am Sitz des übernehmenden Rechtsträgers geht die Anspruchsverpflichtung durch Gesamtrechtsnachfolge auf Letzteren über.¹¹⁶

Folgt man dieser Ansicht, würde den Gläubigern des übertragenden Rechtsträgers nur ein sehr kurzer, praktisch unbedeutender Zeitraum zwischen der Eintragung der Verschmelzung im Register am Sitz des übertragenden und der Eintragung der Verschmelzung im Register am Sitz des übernehmenden Rechtsträgers verbleiben, in dem getrennte Vermögensmassen existieren und in dem sie den Anspruch auf Sicherheitsleistung gegenüber dem gesunden Rechtsträger geltend machen könnten.¹¹⁷ Verpassen sie diesen Zeitpunkt und wird der übernehmende Rechtsträger anschließend

¹¹³ Heckschen, ZInsO 2008, 824, 827.

¹¹⁴ Seulen, in: Semler/Stengel, UmwG, § 22 Rn. 42, 45; Grunewald, in: Lutter, UmwG, § 22 Rn. 23; Marsch-Barner/Oppenhoff, in: Kallmeyer, UmwG, § 22 Rn. 11; Simon, in: KK-UmwG, § 22 Rn. 17; Schulte, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 22 Rn. 18.

¹¹⁵ Vossius, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 22 Rn. 26, 55; Winter, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 22 Rn. 8.

¹¹⁶ Winter, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 22 Rn. 8.

¹¹⁷ Schulte, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 22 Rn. 18.

insolvent, haben sie ebenfalls nur noch die Möglichkeit, ihren Anspruch zur Insolvenztabelle anzumelden.¹¹⁸

Sofern der aufnehmende Rechtsträger in Folge der Verschmelzung tatsächlich in die Insolvenz gerät, greift die Vorschrift des § 22 UmwG somit zu kurz.¹¹⁹

V. Unzureichender Schutz durch § 133 UmwG

Eine weitere im Rahmen einer Spaltung schützende Gläubigerschutzvorschrift ist § 133 UmwG. Demnach haften für die Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers, die vor dem Wirksamwerden der Spaltung begründet worden sind, die an der Spaltung beteiligten Rechtsträger „als Gesamtschuldner“.¹²⁰

Die Vorschrift gilt als zentrale Gläubigerschutznorm der Spaltung und dient als Korrelat zur weitgehenden Spaltungsfreiheit, durch welche die freie Zuordnung von Verbindlichkeiten möglich ist.¹²¹ Die Vorschrift gewährleistet, dass den Altgläubigern des übertragenden Rechtsträgers die vor der Spaltung bestehende Haftungsmasse erhalten bleibt.¹²² Gleichzeitig verfolgt die Haftung gemäß § 133 UmwG auch eine gewisse Steuerungsfunktion, indem sie die Beteiligten davon abhalten soll, dass das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers zulasten der Gläubiger auf die übernehmenden Rechtsträger aufgeteilt wird.¹²³

1. Schutz nur für die Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers

Zu berücksichtigen ist, dass durch die gesamtschuldnerische Haftung zwar die Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers, nicht jedoch die Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers geschützt werden¹²⁴, die durch die Aufnahme eines überschuldeten Rechtsträgers aber gleichermaßen benachteiligt werden können. Der Schutz der Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers nach dem Umwandlungsgesetz beschränkt sich somit auf

¹¹⁸ *Heckschen*, ZInsO 2008, 824, 828.

¹¹⁹ So auch *Heckschen*, ZInsO 2008, 824, 827.

¹²⁰ Str. ist jedoch das genaue Haftungskonzept des § 133 UmwG. Nach der Rspr und einem Teil der Literatur haften die an der Spaltung beteiligten Rechtsträger wegen des ausdrücklichen Gesetzeswortlauts gesamtschuldnerisch: OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 29.3.2006 – 23 U 77/05, NZG 2006, 914, 915; KG Berlin, Urt. v. 15.12.2008 – 12 U 176/07, ZMR 2009, 608; *Seulen*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 133 Rn. 31 ff.; *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 133 Rn. 2 ff. Nach einer anderen, sich im Vordringen befindlichen Auffassung steht die Verbindlichkeit des Hauptschuldners und des Mithafters dagegen in einem Verhältnis der sog. Akzessorietät: *Vossius*, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 133 Rn. 25; *Sickinger/Lanfermann*, in: Kallmeyer, UmwG, § 133 Rn. 3; *Schwab*, in: Lutter, UmwG, § 133 Rn. 23 ff.

¹²¹ *Seulen*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 133 Rn. 1; *Sickinger/Lanfermann*, in: Kallmeyer, UmwG, § 133 Rn. 1; *Schwab*, in: Lutter, UmwG, § 133 Rn. 12.

¹²² BT-Drs. 12/6699, S. 121; s. auch *Wiersch/Breuer*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, § 133 Rn. 7.

¹²³ *Schwab*, in: Lutter, UmwG, § 133 Rn. 14; ähnlich auch *K. Schmidt*, ZGR 1993, 366, 389.

¹²⁴ *Seulen*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 133 Rn. 4; *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 133 Rn. 24; *Schwab*, in: Lutter, UmwG, § 133 Rn. 142.

das (unzulängliche)¹²⁵ Recht, gemäß § 22 i.V.m. § 125 S. 1 UmwG Sicherheit zu verlangen.¹²⁶

2. Nur Altgläubiger als berechnigte Gläubiger i.S.v. § 133 UmwG

Auch das Gläubigerschutzsystem des § 133 UmwG bezieht sich zudem nur auf solche Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers, die vor dem Wirksamwerden der Spaltung begründet worden sind. Die sog. Neuverbindlichkeiten, welche nach der Eintragung der Spaltung entstehen, werden nicht vom Schutz des § 133 UmwG erfasst.¹²⁷ Auch die Befriedigungschancen der Neugläubiger können durch eine Umwandlungsmaßnahme unter Beteiligung eines überschuldeten Rechtsträger aber erheblich beeinträchtigt werden. Auch in diesem Punkt ist der Schutz des § 133 UmwG somit unzureichend.

3. Zeitlich beschränkte Haftung

Des Weiteren ist die Haftung des Mitschuldners gemäß § 133 Abs. 3 S. 1 UmwG zeitlich auf fünf Jahre ab Bekanntmachung der Eintragung der Spaltung in das Register des übertragenden Rechtsträgers begrenzt. Das bedeutet, dass in den Fällen, in denen eine Verbindlichkeit nicht mit Ablauf dieser fünf Jahre fällig und festgestellt wird, eine Haftung über § 133 UmwG ausscheidet.¹²⁸ Die gesetzliche Haftung gemäß § 133 Abs. 1 UmwG kann den Gläubigern somit allenfalls zeitlich beschränkten Schutz gewähren.

VI. Unzureichender Schutz durch §§ 25 Abs. 1 S. 1, 125 S. 1, 205 Abs. 1 S. 1 UmwG

Eine weitere gläubigerschützende Vorschrift im Umwandlungsgesetz ist § 25 UmwG. Gemäß § 25 Abs. 1 UmwG sind die Mitglieder des Vertretungsorgans und – falls vorhanden – des Aufsichtsorgans des übertragenden Rechtsträgers zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den unter anderem die Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers durch die Verschmelzung erleiden. Über den Verweis in § 125 S. 1 UmwG gilt diese Schadensersatzpflicht auch im Rahmen von Spaltungen. Des Weiteren normiert § 205 Abs. 1 S. 1 UmwG eine Schadensersatzpflicht der jeweiligen Vertretungs- und Aufsichtsorgane, falls die Gläubiger im Rahmen eines Formwechsels ihres Schuldners einen Schaden erleiden. Aufgrund dieser Vorschriften ist in Abweichung zum festen Grundsatz im Gesellschaftsrecht ausnahmsweise eine direkte Inanspruchnahme der Organmitglieder durch die Gläubiger möglich.¹²⁹

¹²⁵ S. hierzu § 3 B IV.

¹²⁶ *Seulen*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 133 Rn. 4; *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 133 Rn. 24.

¹²⁷ *Fischer*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 133 Rn. 13; *Schwab*, in: Lutter, UmwG, § 133 Rn. 83; *Galla/Müller*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 133 Rn. 4.

¹²⁸ *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 133 Rn. 33; *Galla/Müller*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 133 Rn. 21 f.; *Seulen*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 133 Rn. 77 f.; *Fischer*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 133 Rn. 60 ff.

¹²⁹ *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 25 Rn. 2; *Vossius*, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 25 Rn. 2; *Meister/Klöcker/Berger*, in: Kallmeyer, UmwG, § 205 Rn. 2; *Leonard*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 25 Rn. 1, § 205 Rn. 1.

1. Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen

Ob diese Vorschriften einen lückenlosen Schutz der Gläubiger gewährleisten können, bleibt zweifelhaft. Zunächst müssen die Anspruchsvoraussetzungen gegeben sein und nötigenfalls bewiesen werden. Zwar kann eine Pflichtverletzung der Organe des übertragenden Rechtsträgers vorliegen, wenn diese vor der Umwandlungsmaßnahme nicht die Vermögenslage der beteiligten Rechtsträger prüfen¹³⁰ und infolge der Umwandlung sodann eine Insolvenz verursacht wird, allerdings wird den Organträgern bei der Beurteilung der Umwandlung ein breiter Handlungs- und Entscheidungsspielraum zugestanden.¹³¹ Insbesondere bei Vorliegen eines vertretbaren Sanierungskonzeptes – das schließlich doch nicht glückt – kann sich das Organmitglied unter Umständen auf diesen haftungsfreien Beurteilungsspielraum berufen. Darüber hinaus setzt der Schadensersatzanspruch aus § 25 Abs. 1 UmwG das individuelle Verschulden der ersatzpflichtigen Person voraus, das von den Gläubigern darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen ist.¹³²

2. Schutz nur der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers

Sind die Anspruchsvoraussetzungen gegeben, kann der Schadensersatzanspruch aus § 25 Abs. 1 UmwG zudem nur den Schutz der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers gewährleisten. Die Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers, deren Interessen durch eine Beteiligung eines überschuldeten Rechtsträgers an der Umwandlung gleichermaßen gefährdet sind, sind dagegen nicht gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 UmwG anspruchsberechtigt. Zwar kommt auch bei einer Verschmelzung eines insolvenzreifen Rechtsträgers auf einen gesunden Rechtsträger die persönliche Haftung der Mitglieder des Vertretungsorgans oder ggf. Aufsichtsorgans des übernehmenden Rechtsträgers nach den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften über die Haftung wegen Verletzung der Geschäftsleiterpflichten in Betracht¹³³, eine unmittelbare Anspruchsberechtigung, wie sie den Gläubigern des übertragenden Rechtsträgers gemäß § 25 Abs. S. 1 UmwG zusteht¹³⁴, besteht für die Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers in diesem Rahmen aber nicht. Des Weiteren wird es auch bezüglich dieser Schadensersatzpflichten insbesondere bei Vorliegen eines vertretbaren Sanierungskonzeptes mitunter schwierig sein, eine Pflichtverletzung sowie ein individuelles Verschulden der Vertretungsorgane zu beweisen.

¹³⁰ Leonard, in: Semler/Stengel, UmwG, § 25 Rn. 9; Grunewald, in: Lutter, UmwG, § 25 Rn. 8 f.; Müller, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 25 Rn. 9; Burg, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 25 Rn. 5.

¹³¹ Burg, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 25 Rn. 8; Grunewald, in: Lutter, UmwG, § 25 Rn. 9; Simon, in: KK-UmwG, § 25 Rn. 29; jedenfalls bei der AG: Schnorbus, ZHR 167 (2003), 666, 687.

¹³² Winter, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 25 Rn. 22 f.; Müller, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 25 Rn. 12; Burg, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 25 Rn. 11 f.

¹³³ S. hierzu §§ 93, 116, 117 Abs. 2, 278 Abs. 3, 282, 310, 318 AktG, § 43 GmbHG, § 52 i.V.m. §§ 93, 116 AktG sowie § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG.

¹³⁴ S. zur unmittelbaren Anspruchsberechtigung: Brinkmans, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 49.

C. Zusammenfassendes Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich somit sagen, dass die Gläubiger der an einer Umwandlungsmaßnahme beteiligten Rechtsträger durch das Umwandlungs- und Gesellschaftsrecht vor der Beteiligung eines überschuldeten Unternehmens an der Umwandlung nicht hinreichend geschützt werden.

Insbesondere der Schutz der Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers ist unzureichend. Denn sofern im Rahmen der Umwandlung eine Kapitalerhöhung beim übernehmenden Rechtsträger stattfindet und das Unternehmen des übertragenden Rechtsträgers als Sacheinlage eingebracht wird, besteht in Abweichung zu den allgemeinen Grundsätzen bei Überbewertung des übertragenden Rechtsträgers keine Differenzhaftung der Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers. Letztere können zwar nach den Grundsätzen zum existenzvernichtenden Eingriff haften. Die Voraussetzungen des existenzvernichtenden Eingriffs gemäß § 826 BGB werden im Falle einer Sanierungsumwandlung aber selten gegeben sein und nachgewiesen werden können. Die Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers sind zudem weder nach § 25 Abs. 1 UmwG anspruchsberechtigt noch können sie im Rahmen einer Spaltung die übrigen beteiligten Rechtsträger gemäß § 133 Abs. 1 S. 1 UmwG in Anspruch nehmen. Insbesondere die Spaltung stellt somit für die Gläubiger der übernehmenden Rechtsträger ein ungleich höheres Risiko dar, als für die Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers.¹³⁵ Zum einen treten sie in Konkurrenz mit allen Gläubigern des übertragenden Rechtsträgers, zum anderen ist aufgrund der grundsätzlich gegebenen Spaltungsfreiheit nicht gewährleistet, dass dem übernehmenden Rechtsträger eine Haftungsmasse übertragen wird, die auch nur zur Abdeckung der übernommenen Verbindlichkeiten ausreicht.¹³⁶ Zwar steht den Gläubigern des übernehmenden Rechtsträgers grundsätzlich ein Anspruch auf Sicherheitsleistung gemäß § 22 Abs. 1 UmwG zu, dieser Anspruch wird aber in Fällen, in denen der übernehmende Rechtsträger alsbald nach der Umwandlungsmaßnahme insolvent wird, wenig Schutz bieten.

Aber auch die Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers werden nicht hinreichend geschützt und unterliegen einem erheblichen Missbrauchspotential. Dies liegt vor allem daran, dass sowohl § 22 UmwG als auch § 133 UmwG nur Altgläubiger, also solche Gläubiger, die ihren Anspruch bereits vor Wirksamwerden der Umwandlungsmaßnahme erlangt haben, erfasst.

Aus Gläubigerschutzgesichtspunkten ist es somit erforderlich, eine Insolvenzanfechtung von Umwandlungsmaßnahmen zuzulassen.

¹³⁵ So auch *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 133 Rn. 24.

¹³⁶ So auch *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 133 Rn. 24.

§ 4 Keine Anfechtungsresistenz von Umwandlungsmaßnahmen

Im Folgenden soll nun untersucht werden, ob die Insolvenzanfechtung von Umwandlungsmaßnahmen zulässig ist.

A. Meinungsbild

Im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum wird die Möglichkeit einer Insolvenzanfechtung jedenfalls nach vollzogener Umwandlung, d.h. nach Eintragung der Umwandlung in das Register, angezweifelt.¹³⁷

Vertreter dieser Ansicht tragen vor, dass soweit der von der Eintragung ins Handelsregister bewirkte Bestandsschutz gesellschaftsrechtlichen Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsklagen entgegenstehe, für die Insolvenzanfechtung im Grundsatz nichts anderes gelten könne.¹³⁸ Denn der Gedanke, dass der Bestandsschutz von Umwandlungsmaßnahmen eine mit erheblichen tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten verbundene Rückabwicklung vermeiden solle, treffe gleichermaßen auf in Rede stehende gesellschaftsrechtlich und insolvenzrechtlich motivierte Rückabwicklungen zu.¹³⁹

Darüber hinaus stelle das Umwandlungsrecht mit den §§ 22, 23, 125 S. 1, 133, 204 UmwG ein umfassendes System des Gläubigerschutzes bereit, das gegenüber der Insolvenzanfechtung vorrangig, mithin *lex specialis* sei.¹⁴⁰

Auch die Rechtsprechung ist wohl diesem Meinungsspektrum zuzuordnen. So hat das KG Berlin mit Urteil vom 22.01.1998¹⁴¹ die Insolvenzanfechtung einer Spaltung nach dem SpTrUG mit der Begründung abgelehnt, dass § 11 Abs. 1 SpTrUG eine gesamtschuldnerische Haftung aller an der Spaltung beteiligten Gesellschaften für die Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft begründe und eine Gläubigerbenachteiligung somit nicht in Betracht komme.¹⁴² Des Weiteren sei § 11 Abs. 1 SpTrUG eine Spezialregelung gegenüber der Insolvenzanfechtung, die keinen Raum für Letzere lasse.¹⁴³ Auch das OLG Thüringen hat kurz danach in einem Urteil vom 03.03.1998¹⁴⁴ die Anfechtbarkeit einer Spaltungsmaßnahme nach dem SpTrUG wegen einer fehlenden Gläubigerbenachteiligung abgelehnt. Den daraufhin gestellten Antrag auf

¹³⁷ Heckschen, ZInsO 2008, 824, 829; Keller/Klett, DB 2010, 1220, 1223; Lwowski/Wunderlich, NZI 2008, 595, 597; Kalss, ZGR 2009, 74, 120; Winter, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 20 Rn. 109 aE; Heidinger, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 20 UmwG Rn. 64.

¹³⁸ Lwowski/Wunderlich, NZI 2008, 595, 597.

¹³⁹ Lwowski/Wunderlich, NZI 2008, 595, 597.

¹⁴⁰ Heckschen, ZInsO 2008, 824, 829; Keller/Klett, DB 2010, 1220, 1223; Lwowski/Wunderlich, NZI 2008, 595, 597; Bitter, in: FS Detlev Fischer, S. 39.

¹⁴¹ KG, Urt. v. 22.01.1998 – 12 U 3839/96, NZG 1999, 1016.

¹⁴² KG, Urt. v. 22.01.1998 – 12 U 3839/96, NZG 1999, 1016 Rn. 71 (juris).

¹⁴³ KG, Urt. v. 22.01.1998 – 12 U 3839/96, NZG 1999, 1016 Rn. 68 (juris).

¹⁴⁴ Thü OLG, Urt. v. 03.03.1998 – 8 U 1166/96, OLG-NL 1998, 160.

Zulassung der Revision gegen das Urteil des OLG Thüringen hat der IX. Zivilsenat des BGH mit der Begründung verworfen, dass der Schutz der Gläubiger durch das SpTrUG abschließend geregelt sei und eine Insolvenzanfechtung daher nicht in Betracht komme.¹⁴⁵

Dagegen hält das insolvenzrechtliche Schrifttum die Insolvenzanfechtung von Umwandlungsmaßnahmen nicht per se für ausgeschlossen.¹⁴⁶ Die gläubigerschützenden Vorschriften des Umwandlungsgesetzes seien nicht *lex specialis* im Verhältnis zur Insolvenzanfechtung. Insbesondere die gesamtschuldnerische Haftung der an der Spaltung beteiligten Rechtsträger gemäß § 133 Abs. 1 UmwG sei nach Sinn und Zweck, Voraussetzungen und Rechtsfolgen anders ausgestaltet als die Insolvenzanfechtung, die der Wiederherstellung der Masse vor der angegriffenen Rechtshandlung diene.¹⁴⁷ So diene die gesamtschuldnerische Haftung nach § 133 Abs. 1 S. 1 UmwG beispielsweise nicht dem Schutz der vom Insolvenzrecht auch in den Blick genommenen Neugläubiger.¹⁴⁸

Nachfolgend soll geprüft werden, ob die beiden vom gesellschaftsrechtlichen Schrifttum angebrachten Hauptargumente – erstens hindere der vom Umwandlungsgesetz statuierte Bestandsschutz eine insolvenzanfechtungsrechtliche Rückabwicklung und zweitens seien die Gläubigerschutzvorschriften des Umwandlungsgesetzes spezieller als die die Gläubiger schützende Insolvenzanfechtung – zutreffen.

B. Die Frage der Reichweite des Bestandsschutzes

Nach dem Wortlaut des § 20 Abs. 2 UmwG lassen Mängel der Verschmelzung die Wirkungen der Registereintragung unberührt. Entsprechende Regelungen finden sich in § 131 Abs. 2 UmwG für die Spaltung und in § 202 Abs. 3 für den Formwechsel. Nicht in Frage steht, dass aufgrund dieser gesetzlichen Anordnungen eine *ex-tunc*-Nichtigkeit aufgrund von Mängeln der Umwandlung ausscheidet. Keine klare Antwort bietet der Gesetzeswortlaut aber auf die Frage, ob der Bestandsschutz absolut ist und somit einmal vollzogene Umwandlungsmaßnahmen gegen jede nachträgliche Beeinträchtigung zu schützen sind. Wäre dies der Fall, würden die genannten Normen nicht nur einer *ex-tunc*-Nichtigkeit, sondern auch einer Rückabwicklung *ex nunc* entgegenstehen.

Die Möglichkeit einer Insolvenzanfechtung von Umwandlungsmaßnahmen steht und fällt zunächst mit der Frage, ob das Umwandlungsgesetz absoluten, auch in die Zukunft gerichteten Bestandsschutz statuiert. Denn wenn man einen absoluten Bestandsschutz von Umwandlungsmaßnahmen befürwortet, wäre auch ein infolge der Insolvenzanfechtung gegebener Rückgewähranspruch gemäß § 143 Abs. 1 InsO jedenfalls *in natura* ausgeschlossen. Bejaht man dagegen die Reversibilität von Umwandlungsmaßnahmen, steht auch einer insolvenzanfechtungsrechtlichen, auf Naturalrestitution gerichteten

¹⁴⁵ BGH, Beschl. v. 02.03.2000 – IX ZR 126/98.

¹⁴⁶ Thole, Rn. 495; *ders.*, in: Kayser/Thole, § 129 Rn. 45; Brünkmans, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 78; Kayser, in: MünchKomm zur InsO, § 129 Rn. 133; Borries/Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 398; Roth, ZInsO 2013, 1597, 1598.

¹⁴⁷ Borries/Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 397.

¹⁴⁸ Thole, Rn. 495.

Rückabwicklung ex nunc nichts entgegen. Ein solcher auf Naturalrestitution gerichteter, infolge der Insolvenzanfechtung entstehender Rückgewähranspruch könnte sodann die Verpflichtung zum Inhalt haben, eine nochmalige Umwandlungsmaßnahme durchzuführen, die auf Rückgängigmachung der vorherigen Umwandlung gerichtet ist. Im Falle einer gläubigerbenachteiligenden Verschmelzung könnte also beispielsweise die Verpflichtung zur Durchführung einer Spaltung gegeben sein.¹⁴⁹

Das Schrifttum lehnt die Möglichkeit eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Rückabwicklung der eingetragenen Umwandlung weitgehend ab.¹⁵⁰ Ein schuldrechtlicher, sich aufgrund von Mängeln der Umwandlung ergebender Anspruch auf Rückabwicklung widerspräche dem Telos von §§ 20 Abs. 2, 131 Abs. 2, 202 Abs. 3 UmwG und sei wegen immenser tatsächlicher und rechtlicher Schwierigkeiten der Rückabwicklung, ja gar wegen Unmöglichkeit einer Wiederherstellung des status quo ante, nicht zu befürworten.¹⁵¹

Bereits zur Vorgängervorschrift des § 20 Abs. 2 UmwG, namentlich § 352a AktG a.F., wurde dagegen teilweise vertreten, dass der Publizitätsakt der Eintragung lediglich die Nichtigkeitsfolgen beschränke. Zwar komme aufgrund der vollzogenen Umwandlung keine Rückabwicklung ex tunc in Betracht, allerdings stehe § 352a AktG a.F. einer „Entschmelzung“ ex nunc auf schuldrechtlicher Grundlage nicht entgegen.¹⁵² Nach Aufnahme der Regelung des § 352 AktG a.F. in § 20 Abs. 2 UmwG erhoben sich Stimmen, die die letztgenannte Auffassung auch bezüglich der neuen Rechtslage vertraten.¹⁵³

I. Weiterentwicklung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft

Zu den berühmtesten Vertretern dieser Ansicht zählt wohl *K. Schmidt*, der in § 20 Abs. 2 UmwG nichts anders sieht als die verbindliche Anordnung der Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf die fehlerhafte Verschmelzung¹⁵⁴ und damit einen weiteren Schritt auf dem Wege der im Gesellschaftsrecht fortschreitenden Institutionenbildung.¹⁵⁵ Die fehlerhafte Verschmelzung in die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft mit einzubeziehen sei sachgerecht. Denn die Kapitalerhöhung, Vermögensübertragung und Vollbeendigung bei der Verschmelzung durch Aufnahme seien Vorgänge, die zu den Gegenständen der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft gehörten.¹⁵⁶ Bei Umwandlungsmaßnahmen durch Neugründung entstehe ein neuer Rechtsträger, was gerade ein klassischer Anwendungsfall der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft sei.¹⁵⁷

¹⁴⁹ So auch *Thole*, ZEuP 2021, 145.

¹⁵⁰ *Winter*, in: Schmitt/Hörtnagel, UmwG, § 20 Rn. 112; *Leonhard*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 20 Rn. 86; *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 20 Rn. 78 ff.; *Kort*, AG 2010, 230, 234.

¹⁵¹ *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 20 Rn. 78.

¹⁵² So etwa *K. Schmidt*, AG 1991, 131.

¹⁵³ *Martens*, AG 1986, 57, 63; *Kiem*, AG 1992, 430, 433; *Hirte*, DB 1993, 77, 78; *C. Schmid*, ZGR 1997, 493; *Schmidt*, ZGR 1991, 373; *ders.*, ZIP 1998, 181, 187; *ders.*, DB 1995, 1849, 1851.

¹⁵⁴ *K. Schmidt*, ZGR 1991, 373, 375.

¹⁵⁵ *K. Schmidt*, ZGR 1991, 373, 377.

¹⁵⁶ *K. Schmidt*, ZGR 1991, 373, 379.

¹⁵⁷ *K. Schmidt*, ZGR 1991, 373, 379.

Für diese Ansicht spricht nicht nur, dass sie sich in ein anerkanntes gesellschaftsrechtliches Rechtsinstitut integriert und damit zur Institutionenbildung beiträgt, sondern auch – wie *C. Schmid* sodann herausarbeitete¹⁵⁸ – den gesellschaftsrechtlichen Minderheitenschutz fördert.

II. Erforderlichkeit eines schuldrechtlichen Rückgewähranspruchs aufgrund des gesellschaftsrechtlichen Minderheitenschutzes

C. Schmid führt aus, dass eine Reversibilität von Umwandlungsmaßnahmen zwingend sei, wolle man dem gesellschaftsrechtlichen Minderheitenschutz durch eine wirksame Rechtmäßigkeitskontrolle Rechnung tragen, gleichzeitig aber auch Missbrauchspotentiale durch ein effizientes Unbedenklichkeitsverfahren begegnen.¹⁵⁹ Denn schließe man einen schuldrechtlichen Rückübertragungsanspruch aus, würde man die Entscheidung über den endgültigen Bestand der Verschmelzung infolge des in § 16 Abs. 3 UmwG eingeführten Unbedenklichkeitsverfahrens selbst bei erheblicher Rechtswidrigkeit ohne eine Rechtmäßigkeitsprüfung im Wege der Interessenabwägung in einem summarischen, eventuell sogar nur schriftlichen Verfahren ohne Beweisaufnahme riskieren.¹⁶⁰ Um die Richtigkeit dieser Gedanken aufzuzeigen, scheinen im Folgenden einige Ausführungen bezüglich des im Umwandlungsgesetz statuierten Unbedenklichkeitsverfahrens angebracht.

1. Das Unbedenklichkeitsverfahren im Grundsatz

Eine Anfechtungsklage gegen umwandlungsrechtliche Zustimmungsbeschlüsse hat grundsätzlich zur Folge, dass die Umwandlung nicht in das zuständige Register eingetragen wird und somit keine Wirksamkeit erlangt.¹⁶¹ Denn das Registergericht darf die Umwandlungsmaßnahme erst dann eintragen, wenn das Vertretungsorgan jedes der eintragungspflichtigen beteiligten Rechtsträger bei der Anmeldung der Umwandlung zur Registereintragung eine sog. Negativerklärung abgibt, § 16 Abs. 2 S. 1 UmwG. Darin müssen die Vertreter der beteiligten Rechtsträger wahrheitsgemäß erklären, dass Klagen gegen die Wirksamkeit des Zustimmungsbeschlusses nicht oder nicht fristgemäß (§§ 14 Abs. 1, 125 S. 1, § 195 Abs. 1 UmwG) erhoben oder solche Klagen rechtskräftig abgewiesen oder zurückgenommen worden sind. Fehlt eine solche Erklärung, darf das Registergericht zunächst nicht eintragen (sog. Registersperre).

Da dies dazu führte, dass vermehrt Anteilseigner wichtige Gesellschafterbeschlüsse gerichtlich nur deswegen angefochten haben, um sich anschließend den Lästigkeitswert

¹⁵⁸ *C. Schmid*, ZGR 1997, 493.

¹⁵⁹ *C. Schmid*, ZGR 1997, 493, 509.

¹⁶⁰ *C. Schmid*, ZGR 1997, 493, 503.

¹⁶¹ *Schulte*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 16 Rn. 14; *Schwanna*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 16 Rn. 19; *Winter*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 16 Rn. 21; *Bärwaldt/Wisniewski*, in: Beck'sches Hdb der Personengesellschaften, § 25 Rn. 368.

ihrer Klagen abkaufen zu lassen¹⁶², hat der Gesetzgeber durch Einführung eines Unbedenklichkeitsverfahrens in §§ 16 Abs. 3, 125, 177, 198 Abs. 3 UmwG eine Möglichkeit geschaffen, die Eintragung der Umwandlung auch dann zu erreichen, wenn Klagen gegen die Umwandlungsbeschlüsse anhängig sind. Danach kann die Negativerklärung durch einen gerichtlichen Beschluss ersetzt werden. Dieser Beschluss darf dann ergehen, wenn die Klage gegen den Zustimmungsbeschluss unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist oder das alsbaldige Wirksamwerden der Umwandlungsmaßnahme vorrangig erscheint, weil die vom Antragsteller dargelegten wesentlichen Nachteile für die an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger und ihre Anteilsinhaber nach freier Überzeugung des Gerichts die Nachteile für den Antragsgegner überwiegen, es sei denn, es liegt eine besondere Schwere des Rechtsverstoßes vor, §§ 16 Abs. 3, 125, 177, 198 Abs. 3 UmwG.

In der Praxis kommt insbesondere dem letztgenannten Freigabebegrund eine ganz erhebliche Bedeutung zu.¹⁶³ Dieser Freigabebegrund wird in der Regel zweistufig geprüft¹⁶⁴: Erstens wird unter Ausblendung der Frage, ob die Anfechtungsklage Erfolg haben könnte oder nicht, eine rein wirtschaftliche Abwägung des Interesses des Antragstellers am Wirksamwerden der Umwandlung gegen die Nachteile der Antragsgegner, die sich aus dem Wirksamwerden ergeben würden, vorgenommen.¹⁶⁵ Anschließend ist zu prüfen, ob ein der Eintragung entgegenstehender besonders schwerer Rechtsverstoß vorliegt.¹⁶⁶ Diese Schwelle für das Vorliegen eines besonders schweren Rechtsverstoßes ist hoch. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass der Gesetzesverstoß derart krass rechtswidrig sein muss, dass eine Eintragung des Beschlusses für die Rechtsordnung unerträglich wäre.¹⁶⁷

2. Missbrauchspotential des Unbedenklichkeitsverfahrens

Insbesondere die Möglichkeit der Erwirkung eines Freigabebeschlusses im Unbedenklichkeitsverfahren aufgrund einer Interessenabwägung nach § 16 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 UmwG birgt erhebliches Missbrauchspotenzial. Während die Einschätzung der Klage als unzulässig oder unbegründet zumindest eine summarische Rechtmäßigkeitsprüfung voraussetzt, ist eine solche im Rahmen der Interessenabwägung nicht vorgegeben.¹⁶⁸

¹⁶² Bericht des Rechtsausschusses v. 20.05.2009, BT-Drs. 16/13098, S. 35; *Schwanna*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 16 Rn. 21a; *Winter*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 16 Rn. 28; *Schulte*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 16 Rn. 29; *Timm/Schick*, DB 1990, 1221; *Schall/Habbe/Wiegand*, NJW 2010, 1789.

¹⁶³ So auch *Decher*, in: Lutter, UmwG, § 16 Rn. 74; *Simon*, in: KK-UmwG, § 16 Rn. 82; *Humrich*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 14 Rn. 203; *Schatz*, in: Heidel, AktG, § 246a Rn. 53.

¹⁶⁴ *Winter*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 16 Rn. 78; *Verse*, NZG 2009, 1127, 1130.

¹⁶⁵ *Decher*, in: Lutter, UmwG, § 16 Rn. 74; *Winter*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 16 Rn. 78; *Schwanna*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 16 Rn. 32; *Bosse*, NZG 2009, 807, 811.

¹⁶⁶ *Decher*, in: Lutter, UmwG, § 16 Rn. 74; *Winter*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 16 Rn. 83; *Schwanna*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 16 Rn. 32; *Heidinger*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 16 Rn. 19a; *Schulte*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 16 Rn. 40.

¹⁶⁷ Begr. RegE BT-Drucks. 16/11642 S. 41.

¹⁶⁸ So auch *C. Schmid*, ZGR 1997, 493, 497.

C. Schmid sieht in der Möglichkeit, im Rahmen von § 16 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 UmwG allein eine vorzunehmende Interessenabwägung für den Ausgang des Beschlussverfahrens maßgebend zu machen, zwar ein wirksames Instrument, um „räuberischen“ Anfechtungsklagen effektiv ihr Lästigkeitspotential zu nehmen. Allerdings sieht er darin jedenfalls dann ein nicht hinzunehmendes Rechtsschutzdefizit, wenn man bei jeglicher Rechtswidrigkeit die Möglichkeit einer etwaigen Rückabwicklung ausschließe.¹⁶⁹ Denn in diesem Fall würde im Unbedenklichkeitsverfahren über den endgültigen Bestand der Umwandlung entschieden werden, obwohl dieses insbesondere aufgrund der vorzunehmenden Interessenabwägung typische Wesenszüge eines Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes aufweise.¹⁷⁰ Dies sei auch unter Berücksichtigung des aus Art. 20 Abs. 3 GG folgenden Justizgewährleistungsanspruchs problematisch.¹⁷¹

3. Rückabwicklung ex nunc als sachgerechte Alternativlösung

C. Schmid fordert daher eine bessere Lösung, die zum einen gewährleiste, dass entsprechend der ratio legis des Unbedenklichkeitsverfahrens eine Eintragung des Beschlusses nicht nur restriktiv, sondern immer dann vorgenommen werden könne, wenn für das Unternehmen wirklich gewichtige wirtschaftliche Nachteile auf dem Spiel stünden, aber zum anderen die Einhaltung der Minderheitsrechte durch eine wirksame Rechtmäßigkeitskontrolle von Umwandlungsbeschlüssen gewährleistet bleibe.¹⁷² Um beide Vorgaben möglichst weitgehend zu erreichen, müsse das Postulat der Irreversibilität der Eintragung aufgegeben werden.¹⁷³ Sei die Umwandlungsmaßnahme somit mangelbehaftet, schlossen die §§ 20 Abs. 2, 131 Abs. 2, 202 Abs. 3 UmwG die Entstehung eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Rückabwicklung gerade nicht aus.¹⁷⁴

III. Richtlinienkonforme Auslegung von §§ 20 Abs. 2, 131 Abs. 2, 202 Abs. 3 UmwG?

Diese Ansicht mag in der Hinsicht überzeugen, dass sie zur Institutionenbildung und damit zur einheitlichen Rechtsanwendung und Rechtssicherheit beiträgt, gleichzeitig aber auch einen interessengerechten Ausgleich zwischen der Beschleunigung von Umwandlungsmaßnahmen und dem gesellschaftsrechtlichen Minderheitenschutz findet.

Fraglich ist jedoch, ob einem schuldrechtlichen Rückübertragungsanspruch europarechtliche Bestimmungen, insbesondere die Artt. 108, 153 der Richtlinie (EU) 2017/1132¹⁷⁵, entgegenstehen. Diese begrenzen die Fälle der Nichtigkeit einer Verschmelzung und Spaltung und sehen eine kurze Frist zur Geltendmachung der

¹⁶⁹ C. Schmid, ZGR 1997, 493, 499.

¹⁷⁰ C. Schmid, ZGR 1997, 493, 505.

¹⁷¹ C. Schmid, ZGR 1997, 493, 506.

¹⁷² C. Schmid, ZGR 1997, 493, 509.

¹⁷³ C. Schmid, ZGR 1997, 493, 510.

¹⁷⁴ C. Schmid, ZGR 1997, 493, 510.

¹⁷⁵ Die Richtlinie (EU) 2017/1132 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts ersetzte im Jahr 2017 unter anderem die Sechste Richtlinie 82/891/EWG des Rates v. 17.12.1982 betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften sowie die Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten.

Nichtigkeit vor. Des Weiteren legen sie fest, dass den beteiligten Gesellschaften, sofern der zur Nichtigklärung führende Mangel behoben werden kann, eine Frist zur Behebung eingeräumt wird.

So kann gemäß Artt. 108 Abs. 1 lit. b, 153 Abs. 1 lit. b der Richtlinie (EU) 2017/1132 eine wirksam gewordene Verschmelzung bzw. Spaltung nur in drei Fällen für nichtig erklärt werden, nämlich wegen Fehlens einer vorbeugenden gerichtlichen oder verwaltungsmäßigen Kontrolle der Rechtmäßigkeit oder wegen Fehlens einer öffentlichen Beurkundung oder wenn festgestellt wird, dass der Beschluss der Hauptversammlung nach innerstaatlichem Recht nichtig oder anfechtbar ist. Eine gläubigerbenachteiligende Umwandlung ist von diesen Fallgruppen nicht erfasst. Sofern eine Rückübertragung ex nunc aufgrund einer Insolvenzanfechtung somit unter den Begriff der „Nichtigkeit“ i.S.v. Artt. 108, 153 der Richtlinie (EU) 2017/1132 fallen sollte, müssten die §§ 20 Abs. 2, 131 Abs. 2, 202 Abs. 3 UmwG richtlinienkonform dahingehend auszulegen sein, dass auch eine Rückübertragung mit Wirkung ex nunc aufgrund einer Insolvenzanfechtung die „Wirkungen der Eintragung“ beeinträchtigt.

Die Diskussion der (europarechtlichen) Zulässigkeit der Insolvenzanfechtung von Umwandlungsmaßnahmen hat durch ein Urteil der EuGH¹⁷⁶ in der Rechtssache I.G.I aus dem Jahr 2020 neuen Aufwind bekommen. Im Fokus dieser Entscheidung stand das Verhältnis einer italienischen *actio pauliana* (Gläubigeranfechtung) zu den unionsrechtlichen Vorgaben zum Bestandsschutz von Spaltungen. In dem vom EuGH zu entscheidenden Fall hatte die italienische C.Srl im Wege einer Abspaltung zur Neugründung die I.G.I. Srl gegründet. Da einige Gläubiger der C.Srl der Auffassung waren, dass die Gesellschaft durch die Abspaltung einen Großteil ihres Vermögens verloren habe und nur noch Grundstücke von geringem Wert besitze, erhoben sie eine Anfechtungsklage (*actio pauliana*) nach Art. 2901 Codice Civile, die bei Erfolg zur relativen Nichtigkeit der Spaltung (also zur Nichtigkeit nur gegenüber den die Anfechtungsklage erhebenden Gläubigern) führen würde.¹⁷⁷ Das italienische Cort d'Appello di Napoli legte die Sache dem EuGH unter anderem mit der Frage vor, ob der Begriff der Nichtigkeit i.S.d. Art. 153 der Richtlinie (EU) 2017/1132 so zu verstehen sei, dass er auch eine *actio pauliana* wie die im Ausgangsverfahren Gegenständliche umfasse.¹⁷⁸ Der EuGH entschied im Ergebnis, dass eine *actio pauliana* aufgrund ihrer relativen Nichtigkeitsfolge nicht unter den Begriff der Nichtigkeit i.S.d. Richtlinie (EU) 2017/1132 zu subsumieren sei.¹⁷⁹ In der Literatur wurde seitdem zum Teil vertreten, die Auslegungsergebnisse des EuGH ließen sich für die in Deutschland umstrittene Frage der Möglichkeit der insolvenzrechtlichen Anfechtung von Spaltungsmaßnahmen fruchtbar machen, weil die Wirkungen einer Insolvenzanfechtung denen einer *actio pauliana* nahekämen.¹⁸⁰

¹⁷⁶ EuGH, Urt. v. 30.01.2020 – C-394/18, NZG 2020, 550.

¹⁷⁷ S. zum Sachverhalt EuGH, Urt. v. 30.01.2020 – C-394/18, NZG 2020, 550, 551.

¹⁷⁸ S. zum Sachverhalt EuGH, Urt. v. 30.01.2020 – C-394/18, NZG 2020, 550, 551.

¹⁷⁹ EuGH, Urt. v. 30.01.2020 – C-394/18, NZG 2020, 550, 554 Rn. 76 ff.

¹⁸⁰ Koch/Fietz, WuB 2020, 279, 282; a.A. Kumpan/Pauschinger, EuZW 2020, 909, 911, die meinen, dass sich aus der Entscheidung des EuGHs ein weiteres Argument gegen die Möglichkeit der Insolvenzanfechtung von Umwandlungsmaßnahmen gewinnen lasse.

Dies kann jedoch nicht in dieser Allgemeinheit gesagt werden. Zwar ist die aus dem römischen Insolvenzrecht stammende *actio pauliana* die erste Form einer Insolvenzanfechtung, die in ihrer Grundstruktur auch in den Regelungen der §§ 129 ff. InsO nachwirkt,¹⁸¹ allerdings unterscheiden sich die *actio pauliana* nach italienischem Recht und die Insolvenzanfechtung erheblich in ihren Folgen. Während die *actio pauliana* eine relative Nichtigkeit vorsieht,¹⁸² führt die Insolvenzanfechtung nach deutschem Recht zu einem schuldrechtlichen Rückgewähranspruch.¹⁸³ Das Auslegungsergebnis des EuGH lässt sich somit nicht ohne weiteres auf die Frage der Möglichkeit der Insolvenzanfechtung von Umwandlungsmaßnahmen übertragen. Aufgrund der engen Verwandtschaft von *actio pauliana* und Insolvenzanfechtung lassen sich dennoch Rückschlüsse aus der Entscheidung des EuGH zur *actio pauliana* bezüglich der Behandlung der Insolvenzanfechtung von Umwandlungsmaßnahmen ziehen.¹⁸⁴

Im Folgenden soll somit unter Berücksichtigung der zuvor erwähnten Entscheidung des EuGHs geprüft werden, ob ein insolvenzanfechtungsrechtlicher Rückübertragungsanspruch unter den Begriff der Nichtigkeit i.S.v. Artt. 108, 153 der Richtlinie (EU) 2017/1132 fällt. Dafür soll der Begriff der Nichtigkeit i.S.d. Richtlinie (EU) 2017/1132 zunächst definiert (unter 1.), und der insolvenzanfechtungsrechtliche Rückübertragungsanspruch sodann darunter subsumiert werden (unter 2.).

1. Begriff der Nichtigkeit i.S.v. Artt. 108, 153 Richtlinie (EU) 2017/1132

Der Begriff der Nichtigkeit ist in der Richtlinie (EU) 2017/1132 nicht legaldefiniert.¹⁸⁵ Sind Begriffe im Unionsrecht nicht ausdrücklich definiert, sind ihre Bedeutung und Tragweite nach ständiger Rechtsprechung des EuGHs entsprechend ihrem Sinn nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch und unter Berücksichtigung des Zusammenhangs, in dem sie verwendet werden, und der mit der Regelung, zu der sie gehören, verfolgten Ziele zu bestimmen.¹⁸⁶

Um den Begriff der Nichtigkeit i.S.d. Richtlinie (EU) 2017/1132 zu definieren, soll der Begriff demnach zunächst nach Wortlaut, Systematik und Sinn und Zweck ausgelegt werden.

¹⁸¹ Keller, Insolvenzrecht, 3. Teil Rn. 1464.

¹⁸² S. zu den Rechtsfolgen einer *actio pauliana* nach italienischem Recht: EuGH, Urt. v. 30.01.2020 – C-394/18, NZG 2020, 550, 551.

¹⁸³ Borries/Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 143 Rn. 5a; Nerlich, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 143 Rn. 9; Büteröwe, in: Schmidt, InsO, § 143 Rn. 6; Riggert, in: Braun, InsO, § 143 Rn. 2; Leithaus, in: Andres/Leithaus, InsO, § 143 Rn. 3.

¹⁸⁴ In diesem Sinne auch J. Schmidt, EuZW 2020, 372, 374; wohl auch Stiegler, GmbHR 2020, 405, 409 Rn. 21.

¹⁸⁵ So auch EuGH, Urt. v. 30.01.2020 – C-394/18, NZG 2020, 550, 554 Rn. 78; Generalanwalt beim EuGH (Szpunar), Schlussantrag v. 26.09.2019 – C-394/18, BeckRS 2019, 22350 Rn. 72.

¹⁸⁶ EuGH, Urt. v. 12.10.2017 – C-661/15, BeckRS 2017, 127603 Rn. 27; Urt. v. 22.12.2008 – C-549/07, VuR 2009, 225 Rn. 17; Urt. v. 22.11.2012 – C-119/12, ZD 2013, 77, 78 Rn. 20.

a) Wortlaut

Wie der Generalanwalt beim EuGH in seinem Schlussantrag vom 26.9.2019¹⁸⁷ bezüglich der Rechtssache I.G.I ausführt, betrifft der Begriff der Nichtigkeit nach allgemeinem Sprachgebrauch die für einen Rechtsakt, der nicht die für sein Zustandekommen erforderlichen Voraussetzungen erfüllt, geltende Sanktion, die den Wegfall des Rechtsakts zur Folge hat und Wirkungen gegenüber jedermann entfaltet.¹⁸⁸

Dem ist mit folgender Begründung zuzustimmen: Der Begriff „Nichtigkeit“ ist das Gegenteil des Begriffs „Wirksamkeit“. Wirksam ist ein Rechtsakt aber nur, wenn die Voraussetzungen, die das Gesetz an das Zustandekommen stellt, eingehalten werden; werden die Voraussetzungen nicht eingehalten, sanktioniert das Gesetz dies damit, dass der Rechtsakt „nichtig“ ist und nicht seine eigentlich vorgesehenen Wirkungen entfaltet.

Der Begriff der Nichtigkeit meint darüber hinaus etwas Endgültiges, etwas Absolutes. Eine Sanktion, die nur bestimmten Personen gegenüber eintritt oder aber nur zeitweise gelten soll, kann somit nicht unter den Begriff der Nichtigkeit fallen. Demnach muss die Nichtigkeit auch den Wegfall des Rechtsaktes zur Folge haben und Wirkungen gegenüber jedermann entfalten.

b) Systematik

Diese Definition wird auch vom Kontext, in dem der Begriff der Nichtigkeit verwendet wird, bestätigt.¹⁸⁹ Denn die abschließend in Artt. 108 Abs. 1 lit. b, 153 Abs. 1 lit. b der Richtlinie (EU) 2017/1132 aufgeführten Gründe, aufgrund derer eine Spaltung oder Verschmelzung für nichtig erklärt werden können, betreffen ausschließlich die Nichteinhaltung von Voraussetzungen, die für das Zustandekommen der Umwandlung erforderlich sind.¹⁹⁰ Dies legt es nahe, dass die Nichtigkeit gerade eine Sanktion für Mängel im Umwandlungsverfahren ist.¹⁹¹

Die oben erwähnte Definition der Nichtigkeit wird aus systematischen Erwägungen darüber hinaus durch Art. 11 der Richtlinie (EU) 2017/1132 bestätigt.¹⁹² Dieser regelt die Voraussetzungen für die Nichtigkeit einer Kapitalgesellschaft und beschränkt die Fälle der Nichtigkeit in Art. 11 Abs. 1 lit. b der Richtlinie (EU) 2017/1132 ebenfalls auf abschließend

¹⁸⁷ Generalanwalt beim EuGH (Szpunar), Schlussantrag v. 26.09.2019 – C-394/18, BeckRS 2019, 22350.

¹⁸⁸ Generalanwalt beim EuGH (Szpunar), Schlussantrag v. 26.09.2019 – C-394/18, BeckRS 2019, 22350 Rn. 73.

¹⁸⁹ So auch EuGH, Urt. v. 30.1.2020 – C-394/18, NZG 2020, 550, 554 Rn. 81 ff.; Generalanwalt beim EuGH (Szpunar), Schlussantrag v. 26.09.2019 – C-394/18, BeckRS 2019, 22350 Rn. 73.

¹⁹⁰ Generalanwalt beim EuGH (Szpunar), Schlussantrag v. 26.09.2019 – C-394/18, BeckRS 2019, 22350 Rn. 74; EuGH, Urt. v. 12.10.2017 – C-661/15, BeckRS 2017, 127603 Rn. 83.

¹⁹¹ Generalanwalt beim EuGH (Szpunar), Schlussantrag v. 26.09.2019 – C-394/18, BeckRS 2019, 22350 Rn. 74.

¹⁹² Generalanwalt beim EuGH (Szpunar), Schlussantrag v. 26.09.2019 – C-394/18, BeckRS 2019, 22350 Rn. 77.

aufgezählte Fallkonstellationen. Diese Fallgruppen beschränken sich ausschließlich auf Mängel des Errichtungsaktes.

c) Sinn und Zweck

Dass die Nichtigkeit einen Wegfall des Rechtsaktes bedeutet und Wirkungen gegenüber jedermann entfaltet, ergibt sich zudem aus den Zielen der Richtlinie. Aus dem 54. sowie 73. Erwägungsgrund der Richtlinie (EU) 2017/1132 folgt, dass die Nichtigkeit von Umwandlungsmaßnahmen eingeschränkt werden soll, um die Rechtssicherheit in den Beziehungen zwischen den an der Spaltung beteiligten Gesellschaften, zwischen diesen und Dritten sowie unter den Aktionären zu gewährleisten.

Die Rechtssicherheit wird jedoch nur dann beeinträchtigt, wenn die Existenz als solche in Frage gestellt wird.¹⁹³ Ist der Rechtsakt nur gegenüber bestimmten Personen (relativ) nichtig, wird der Bestand des Rechtsaktes als solcher nicht in Frage gestellt.¹⁹⁴ Eine relative Nichtigkeit beeinträchtigt den Rechtsverkehr nicht in gleichem Maße wie eine absolute, gegenüber jedermann wirkende Nichtigkeit.

d) Zwischenergebnis

Im Ergebnis bedeutet Nichtigkeit i.S.d. Richtlinie die für einen Rechtsakt, der nicht die für sein Zustandekommen erforderlichen Voraussetzungen erfüllt, geltende Sanktion, die den Wegfall des Rechtsakts zur Folge hat und Wirkungen gegenüber jedermann entfaltet.

2. Subsumtion

Versteht man den Begriff der Nichtigkeit in dem Sinne, dass diese eine Sanktion für einen Verstoß gegen eine im Umwandlungsverfahren vorgesehene Vorschrift darstellt, die den Wegfall des Rechtsaktes zur Folge hat und Wirkungen gegenüber jedermann entfaltet, fällt ein schuldrechtlicher Rückübertragungsanspruch nicht unter den Begriff der Nichtigkeit i.S.d. Richtlinie (EU) 2017/1132.

Ein schuldrechtlicher Rückübertragungsanspruch hat nämlich gerade nicht den Wegfall des Rechtsaktes zu Folge, weil er den Bestand der Umwandlungsmaßnahme bis zur Rückübertragung nicht antastet. Die Rechtssicherheit zwischen den an der Spaltung beteiligten Gesellschaften sowie zwischen diesen und Dritten wird infolge des Bestehens eines Rückübertragungsanspruch somit zunächst nicht berührt. Der Verkehrsschutz wird vielmehr dadurch gewährleistet, dass der Rückübertragungsakt selbst eine gewisse Publizitätswirkung entfaltet.

¹⁹³ Generalanwalt beim EuGH (Szpunar), Schlussantrag v. 26.09.2019 – C-394/18, BeckRS 2019, 22350 Rn. 75.

¹⁹⁴ J. Schmidt, EuZW 2020, 372, 373.

3. Ergebnis

Da das Bestehen eines schuldrechtlichen Rückübertragungsanspruches nicht unter den Begriff der „Nichtigkeit“ i.S.v. Artt. 108, 153 der Richtlinie (EU) 2017/1132 fällt, müssen die §§ 20 Abs. 2, 131 Abs. 2, 202 Abs. 3 UmwG nicht richtlinienkonform dahingehend ausgelegt werden, dass eine Rückübertragung aufgrund einer Insolvenzanfechtung die „Wirkungen der Eintragung“ beeinträchtigt.

IV. Auslegung unter Berücksichtigung des nationalen Rechts

Die vorgenannte Ansicht, die §§ 20 Abs. 2, 131 Abs. 2, 202 Abs. 3 UmwG stünden einer Rückabwicklung ex nunc auf schuldrechtlicher Grundlage nicht entgegen, beruht vornehmlich auf Zweckmäßigkeitserwägungen. Da geklärt ist, dass eine richtlinienkonforme Auslegung dahingehend, dass auch eine Rückübertragung mit Wirkung ex nunc die „Wirkungen der Eintragung“ beeinträchtigt, nicht erforderlich ist, stellt sich nun die Frage, ob auch eine (rein nationale) Auslegung der §§ 20 Abs. 2, 131 Abs. 2, 202 Abs. 3 UmwG eine Rückabwicklung ex nunc auf schuldrechtlicher Grundlage zulässt.

Eine Rückabwicklung ex nunc würde jedoch nicht dem Willen des Gesetzgebers und Sinn und Zweck der Vorschrift entsprechen. So heißt es in der Gesetzesbegründung zum Umwandlungsgesetz¹⁹⁵, dass die Einschränkung der Nichtigkeit von Verschmelzungen nach § 20 Abs. 2 UmwG auf einer allgemeinen Tendenz beruhe, gesellschaftsrechtliche Akte möglichst zu erhalten.¹⁹⁶ Zudem sei eine „Entschmelzung“ in Sinne einer Rückübertragung jedes einzelnen Vermögensgegenstandes praktisch nicht möglich.¹⁹⁷ Ein schuldrechtlicher Rückübertragungsanspruch würde die Umwandlungsmaßnahme aber gerade nicht „erhalten“ und damit dem gesetzgeberischen Willen entgegenstehen.¹⁹⁸ Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Registereintragung dem Abschluss eines neuen Umwandlungsvertrages nicht entgegensteht, also beispielsweise eine im zuständigen Register eingetragene Spaltung die beteiligten Rechtsträger nicht daran hindert, einvernehmlich einen neuen Verschmelzungsvertrag abzuschließen, mit welchem die Wirkungen der Spaltung rückgängig gemacht würden.¹⁹⁹ Denn anders als der einvernehmliche Abschluss eines Verschmelzungsvertrages würde der auf Naturalrestitution gerichtete Rückgewähranspruch gemäß § 143 InsO dazu führen, dass die an der gläubigerbenachteiligenden Umwandlungsmaßnahme beteiligten Rechtsträger zum Abschluss eines erneuten Umwandlungsvertrages gesetzlich verpflichtet wären. Eine gesetzliche Verpflichtung zur Durchführung einer Umwandlungsmaßnahme kann aber gerade nicht mit dem einvernehmlichen Abschluss eines neuen Umwandlungsvertrages gleichgesetzt werden.

¹⁹⁵ Begr. RegE, BR-Drs. 75/94.

¹⁹⁶ Begr. RegE, BR-Drs. 75/94, S. 91.

¹⁹⁷ Begr. RegE, BR-Drs. 75/94, S. 91.

¹⁹⁸ a.A. *Bitter*, in: FS Detlev Fischer, S. 37; *C. Schmid*, ZGR 1997, 493, 512, der im gesetzgeberischen Willen, die Eintragung irreversibel zu gestalten, ein Wertungsdefizit sieht.

¹⁹⁹ *Bitter*, in: FS Detlev Fischer, S. 37.

Dass i.R.d. Insolvenzanfechtung einer Umwandlung eine Rückgewähr in natura ausgeschlossen sein soll, stellt auch nur scheinbar einen Widerspruch zur Insolvenzanfechtung einer Unternehmensveräußerung in Form eines Share Deal oder eines Asset Deal dar.

Eine infolge eines Anteilskaufvertrages (share deal) durchgeführte Anteilsübertragung ist in der Weise rückgängig zu machen, dass der Geschäftsanteil in die Masse zurückübertragen wird.²⁰⁰ Nur wenn der Anfechtungsgegner die Anteile weiterübertragen hat und nicht in der Lage ist, sie zurück zu erhalten, oder aus sonstigen Gründen Unmöglichkeit vorliegt, ist nach allgemeinen Grundsätzen Wertersatz zu leisten.²⁰¹

Wird eine Unternehmensveräußerung in Form eines Asset Deal angefochten, bezieht sich der Rückgewähranspruch nach § 143 InsO nach wohl herrschender Ansicht auf das gesamte Unternehmen als Einheit.²⁰² Auch zwischenzeitlich gezogene Unternehmensgewinne sollen damit vom Rückgewähranspruch umfasst sein, soweit sie nach der bereicherungsrechtlichen Rechtsprechung dem Unternehmen zuzuordnen seien und nicht dem rückgabepflichtigen Unternehmenserwerber persönlich gebührten.²⁰³ Dass das Unternehmen als Ganzes von dem Rückgewähranspruch umfasst sei, ändere sodann jedoch nichts daran, dass die Rückübertragung der Vermögensgegenstände unter Wahrung des Spezialitätsgrundsatzes erfolgen und auch eine etwaige Klageschrift und der Urteilstenor die einzelnen zum Unternehmen gehörenden Gegenstände benennen müsse.²⁰⁴ Die Rückgewähr des Unternehmens in natura sei nur dann unmöglich, wenn der Erwerber nicht nur unwesentliche Veränderungen, insbesondere Sanierungsmaßnahmen, vorgenommen habe.²⁰⁵

Nach einer anderen Ansicht kann i.R.v. § 143 InsO dagegen nicht das Unternehmen als solches zurückverlangt werden, sondern nur dessen einzelne pfändbare Vermögensbestandteile.²⁰⁶ Auch diese Ansicht geht jedoch von einer grundsätzlichen Rückgewährpflicht in natura aus; ein Wertersatzanspruch bestehe nur im Einzelfall, wenn die Rückübertragung der einzelnen Vermögensgegenstände unmöglich sei.²⁰⁷

Dass bei der Insolvenzanfechtung einer Unternehmensveräußerung in Form eines Share Deal oder Asset Deal grundsätzlich eine Rückgewähr in natura zu erfolgen hat, steht dabei

²⁰⁰ *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 143 Rn. 224; *Kirchhof/Piekenbrock*, in: Münchkomm zur InsO, § 143 Rn. 62; *Jacoby*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 143 Rn. 38.

²⁰¹ *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 143 Rn. 224.

²⁰² *K. Schmidt*, BB 1988, 5; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 143 Rn. 225; *Dauernheim*, in: FK-InsO, § 143 Rn. 9; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 143 Rn. 44; *Kirchhof/Piekenbrock*, in: Münchkomm zur InsO, § 143 Rn. 62; *Rogge/Leptien*, in: HambKomm-InsO, § 143 Rn. 36.

²⁰³ *K. Schmidt*, BB 1988, 5, 7.

²⁰⁴ *K. Schmidt*, BB 1988, 5, 6; *Kirchhof/Piekenbrock*, in: Münchkomm zur InsO, § 143 Rn. 62; *Rogge/Leptien*, in: HambKomm-InsO, § 143 Rn. 36.

²⁰⁵ *Dauernheim*, in: FK-InsO, § 143 Rn. 9; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 143 Rn. 225.

²⁰⁶ BGH, Urt. v. 24.10.1962 – VIII ZR 126/61, MDR 1963, 308; wohl auch *Jacoby*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 143 Rn. 38.

²⁰⁷ BGH, Urt. v. 24.10.1962 – VIII ZR 126/61, MDR 1963, 308; wohl auch *Jacoby*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 143 Rn. 38.

nicht im Widerspruch zu dem oben genannten Grundsatz, dass eine Rückgewähr in natura bei der Insolvenzanfechtung einer Umwandlung rechtlich unmöglich ist. Denn anders als bei den genannten Unternehmensveräußerungen erlischt bei vielen Umwandlungsformen der übertragende Rechtsträger mit Wirksamwerden der Umwandlung. Die Umwandlung infolge der Insolvenzanfechtung tatsächlich rückabzuwickeln, wäre somit mit enormen Aufwand verbunden. Im Ergebnis müsste der Untergang des erloschenen übertragenen Rechtsträgers rückgängig gemacht werden. Dies rechtfertigt es, im Rahmen von Insolvenzanfechtungen von Umwandlungen stets von einer Unmöglichkeit der Rückgewähr in natura auszugehen.

Aus der Gesetzesbegründung folgt somit, dass Sinn und Zweck der §§ 20 Abs. 2, 131 Abs. 2, 202 Abs. 3 UmwG nicht allein die Rechtssicherheit zwischen den an der Umwandlungsmaßnahme beteiligten Gesellschaften und Gesellschaftern ist, sondern vielmehr auch der Schutz einer Rechtsbeständigkeit in dem Sinne, dass eine einmal vollzogene Umwandlung nicht verpflichtend rückgängig gemacht werden darf.

Mögen die von *K. Schmidt* und *C. Schmid* genannten Argumente²⁰⁸ im Grundsatz zutreffen, kann eine Rückabwicklung auf schuldrechtlicher Grundlage wegen des Sinn und Zwecks der §§ 20 Abs. 2, 131 Abs. 2, 202 Abs. 3 UmwG somit nicht in Betracht kommen.

V. Folgen der Unmöglichkeit einer auf Naturalrestitution gerichteten Rückabwicklung

Ein auf Naturalrestitution gerichteter Rückübertragungsanspruch nach § 143 InsO ist somit aus den vorgenannten Gründen rechtlich unmöglich.²⁰⁹ Dies bedeutet aber nicht zugleich, dass eine Insolvenzanfechtung per se ausscheidet.²¹⁰ Denn wenn die Rückgewähr in natura nicht möglich ist, hat der Empfänger aufgrund der Verweisung in § 143 Abs. 1 S. 2 InsO auf die Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten Bereicherung Wertersatz zu leisten (§§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB). Dieser Wertersatzanspruch lässt den Untergang einer Gesellschaft oder die Entstehung der Zielgesellschaft unberührt und steht dem Bestandsschutz daher nicht entgegen.²¹¹

VI. Zwischenergebnis

Aufgrund der §§ 20 Abs. 2, 131 Abs. 2, 202 Abs. 3 UmwG, die einen Bestandsschutz einmal vollzogener Umwandlungsmaßnahmen etablieren, ist die Rückabwicklung einer Umwandlungsmaßnahme in natura als Folge einer Insolvenzanfechtung rechtlich unmöglich. Dies hat zur Folge, dass gemäß § 143 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB Wertersatz zu leisten ist.

²⁰⁸ S. hierzu unter § 4 B I und II.

²⁰⁹ In diesem Sinne wohl auch *Brinkmans*, in: MHdB des Gesellschaftsrechts, Band 8, 45 Rn. 105 (rechtlich oder tatsächlich unmöglich).

²¹⁰ So auch *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 397; *Thole*, Rn. 495; *Brinkmans*, in: MHdB des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 105.

²¹¹ *Trencker*, S. 284 (zum österreichischen Recht).

Ein solcher Wertersatzanspruch ist interessengerecht. Die Insolvenzanfechtung von Umwandlungsmaßnahmen per se auszuschließen, würde missbräuchliche gläubigerschädigende Umwandlungen fördern. Andererseits steht einem Wertersatzanspruch nicht der Bestandsschutz des Umwandlungsrechts entgegen, denn der gesellschaftsrechtliche Akt als solcher bleibt „erhalten“.

Das erstgenannte Argument, das gegen die Zulässigkeit der Insolvenzanfechtung von Umwandlungsmaßnahmen angebracht wird, greift im Ergebnis somit nicht.

C. Das Verhältnis von Umwandlungsrecht und Insolvenzanfechtung

Das zweite Argument derjenigen Ansicht, die von einer Anfechtungsresistenz von Umwandlungsmaßnahmen ausgeht, ist, dass die §§ 22, 23, 125 S. 1, 133 UmwG lex specialis zur Insolvenzanfechtung seien.²¹² Diese Problemstellung ist dabei von der unter § 3 behandelten Frage abzugrenzen, ob die Vorschriften des Umwandlungsgesetzes einen ausreichenden Gläubigerschutz gewährleisten.²¹³

Auch das Argument, dass eine Insolvenzanfechtung von Umwandlungen aufgrund der spezielleren Regelungen des Umwandlungsgesetzes ausscheidet, kann – wie nachfolgend aufzuzeigen ist – nicht überzeugen.

I. Anspruch auf Sicherheitsleistung (§§ 22 Abs. 1, 125 S. 1, 204 UmwG)

Eines der im Umwandlungsrecht vorgesehenen Instrumente zum Schutz der Gläubiger der an der Umwandlungsmaßnahme beteiligten Rechtsträger stellt der Anspruch auf Sicherheitsleistung gemäß §§ 22 Abs. 1, 125 S. 1, 204 UmwG dar. Wie bereits dargestellt²¹⁴, ist den Gläubigern der an der Umwandlungsmaßnahme beteiligten Rechtsträger nach § 22 Abs. 1 UmwG Sicherheit zu leisten, soweit sie nicht Befriedigung verlangen können und wenn sie binnen sechs Monaten nach dem Tag, an dem die Eintragung der Umwandlung als bekannt gemacht gilt, ihren Anspruch nach Grund und Höhe schriftlich angemeldet haben. Des Weiteren müssen sie glaubhaft machen, dass durch die Umwandlung die Erfüllung ihrer Forderungen gefährdet wird, § 22 Abs. 1 S. 2 UmwG.

Der Anspruch auf Sicherheitsleistung unterscheidet sich nach Voraussetzungen, Folgen und Zweck von der Insolvenzanfechtung, was es gerade ausschließt, den Ersteren als gegenüber der Insolvenzanfechtung spezieller zu bezeichnen.²¹⁵

²¹² Heckschen, ZInsO 2008, 824, 829; Keller/Klett, DB 2010, 1220, 1223; Lwowski/Wunderlich, NZI 2008, 595, 597; Bitter, in: FS Detlev Fischer, S. 39.

²¹³ S. hierzu § 3 B.

²¹⁴ S. hierzu § 3 B IV.

²¹⁵ Borries/Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 397; Thole, Rn. 495; Trencker, S. 286 (zum österreichischen Recht).

Für ein *lex specialis*-Verhältnis fehlt es bereits an denselben Voraussetzungen.²¹⁶ Der aus § 143 InsO folgende Rückgewähranspruch entsteht erst – anders als der Anspruch auf Sicherheitsleistung gemäß § 22 Abs.1 UmwG – mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens.²¹⁷ Der Anspruch auf Sicherheitsleistung setzt dagegen voraus, dass der Gläubiger in einer sehr frühen Phase (6 Monate nach Bekanntmachung) seinen Anspruch nach Grund und Höhe anmeldet und eine konkrete Gefährdung der Erfüllung seiner Forderung glaubhaft macht, § 22 Abs. 1 UmwG.

Hinsichtlich der Folgen geht der insolvenzanfechtungsrechtliche Rückgewähranspruch insofern weiter als der umwandlungsrechtliche Anspruch auf Sicherheitsleistung, als eine Insolvenzanfechtung die Haftungsmassen vor der angegriffenen Umwandlungsmaßnahme wiederherstellen soll.²¹⁸ Auch der hinter der Insolvenzanfechtung stehende Zweck unterscheidet sich erheblich von dem Zweck der §§ 22 Abs. 1, 125 S. 1, 204 UmwG. Während die §§ 130, 131 InsO dem Grundsatz der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung dienen²¹⁹ und die Vorsatzanfechtung missbilligende Schuldnerverfügungen sanktioniert²²⁰, sollen die §§ 22 Abs. 1, 125 S. 1, 204 UmwG den Gläubigern lediglich eine Absicherung im Falle der glaubhaft gemachten Gefährdung ihrer Rechte geben.²²¹ Darüber hinaus geht der Schutz der Insolvenzanfechtung auch dadurch weiter, als er auch die potentiellen Befriedigungsmöglichkeiten zukünftiger Gläubiger absichern soll²²², während der Anspruch auf Sicherheitsleistung nur Altgläubiger (also Gläubiger, die ihre Forderung bereits vor der Umwandlungsmaßnahme erlangt haben) in seinen Anwendungsbereich aufnimmt.²²³

Dem Gesetzgeber kann zudem nicht ohne weiteres unterstellt werden, er habe ein allgemeines insolvenzrechtliches Rechtsinstitut durch spezielle gesellschaftsrechtliche Normen gänzlich verdrängen wollen.²²⁴ Eine Verdrängung der Insolvenzanfechtung würde vielmehr zu einem massiven Schutzdefizit hinsichtlich der Gleichbehandlung der Gläubiger führen, deren Herbeiführung dem Gesetzgeber nur schwer unterstellt werden kann.²²⁵

²¹⁶ *Trencker*, S. 286 (zum österreichischen Recht).

²¹⁷ BGH, Urt. v. 3.12.1954 – V ZR 96/53, NJW 1955, 259, 260; Urt. v. 09.07.1987 – IX ZR 167/86, NJW 1987, 2821, 2822; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 143 Rn. 3; *Büteröwe*, in: Schmidt, InsO, § 143 Rn. 2; a.A. *Kayser/Freudenberg*, in: Münchkomm zur InsO, § 129 Rn. 186, die meinen, dass das Anfechtungsrecht bereits mit Vollendung eines Anfechtungstatbestandes entsteht, für die Insolvenzmasse aber durch die Verfahrenseröffnung aufschiebend bedingt ist.

²¹⁸ *Thole*, in: Kayser/Thole, InsO, § 143 Rn. 1; *Wienberg*, in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzsrecht in der Gestaltungspraxis, § 9 Rn. 88; *Huber*, in: Gottwald/Haas, Insolvenzsrechts-Handbuch, § 52 Rn. 8.

²¹⁹ *Kayser/Freudenberg*, in: Münchkomm zur InsO, § 130 Rn. 1; *Huber*, in: Gottwald/Haas, Insolvenzsrechts-Handbuch, § 47 Rn. 1; *Ganter/Weinland*, in: Schmidt, InsO, § 130 Rn. 6; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 130 Rn. 2; *de Bra*, in: Braun, InsO, § 130 Rn. 1.

²²⁰ *Wegener*, NJW 2010, 3607, 3609; *Schoppmeyer*, ZIP 2009, 600, 602.

²²¹ *Schulte*, in: Böttcher/Haighorst/Schulte, UmwR, § 22 Rn. 1; *Seulen*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 22 Rn. 1; *Winter*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 22 Rn. 1.

²²² *Trencker*, S. 286 (zum österreichischen Recht).

²²³ *Seulen*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 22 Rn. 9; *Schulte*, in: Böttcher/Haighorst/Schulte, UmwR, § 22 Rn. 7; *Ca. Müller*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 22 Rn. 4.

²²⁴ *Trencker*, S. 286 (zum österreichischen Recht).

²²⁵ *Trencker*, S. 286 (zum österreichischen Recht).

II. Gesamtschuldnerische Haftung (§ 133 UmwG)

§ 133 UmwG statuiert sodann ein spaltungsspezifisches Gläubigerschutzkonzept. Da die Vorschrift gewährleistet, dass den Altgläubigern des übertragenden Rechtsträgers die vor der Spaltung bestehende Haftungsmasse erhalten bleibt²²⁶, könnte der Schluss gezogen werden, § 133 UmwG stehe jedenfalls der Insolvenzanfechtung einer Spaltung entgegen.

Auch die Haftung aus § 133 UmwG unterscheidet sich aber nach persönlichen und zeitlichen Voraussetzungen, Folgen und Zweck von der Insolvenzanfechtung, sodass auch in diesem Fall ein *lex specialis*-Verhältnis ausscheidet.²²⁷

Die Insolvenzanfechtung greift einerseits nur im Falle einer tatsächlich eingetretenen Insolvenz, reicht dann aber weiter²²⁸, da sie die Haftungsmassen vor Wirksamwerden der Spaltung wiederherstellen soll. Insbesondere muss berücksichtigt werden, dass auch die Neugläubiger, also die nach Eintragung hinzugetretenen Gläubiger, von der Spaltung benachteiligt werden können. Diese werden zwar vom Schutzbereich der Insolvenzanfechtung²²⁹, nicht jedoch von § 133 InsO umfasst.²³⁰ Würde man eine Insolvenzanfechtung wegen der angeblichen Spezialität des Umwandlungsrechts ausschließen, würden diese Gläubiger somit leer ausgehen.²³¹

III. Schlussfolgerungen aus EuGH, Urt. v. 30.01.2020 – C-394/18

Für die Ansicht, dass die gläubigerschützenden Vorschriften des Umwandlungsgesetzes nicht *lex specialis* zur Insolvenzanfechtung sind, spricht auch die bereits angesprochene Entscheidung des EuGH in der Rechtssache I.G.I.²³²

Neben der Frage, ob der Begriff der Nichtigkeit i.S.d. Art. 153 der Richtlinie (EU) 2017/1132 so zu verstehen sei, dass er auch eine *actio pauliana* wie die im Ausgangsverfahren Gegenständliche umfasse, ging es in einer weiteren Vorlagefrage des italienischen Corte d'Appello di Napoli um die Fragestellung, ob neben den in Art. 146 der Richtlinie (EU) 2017/1132²³³ genannten Schutzmechanismen von Mitgliedstaaten auch darüberhinausgehende nationale Regelungen erlassen werden könnten, die den Gläubigern der sich spaltenden Gesellschaft zusätzlichen Schutz gewährten, oder aber ob die in Art. 146 der Richtlinie (EU) 2017/1132 genannten Schutzmechanismen abschließend seien. Gemäß Art. 146 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2017/1132 müssen die Rechtsvorschriften der

²²⁶ BT-Drs. 12/6699, S. 121; s. auch *Wiersch/Breuer*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, § 133 Rn. 7.

²²⁷ *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 397; *Thole*, Rn. 495; *Trencker*, S. 286 (zum österreichischen Recht).

²²⁸ *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 397.

²²⁹ *Trencker*, S. 286 (zum österreichischen Recht).

²³⁰ *Fischer*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 133 Rn. 13; *Schwab*, in: Lutter, UmwG, § 133 Rn. 83; *Galla/Müller*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 133 Rn. 4.

²³¹ So auch *Thole*, Rn. 495.

²³² EuGH, Urt. v. 30.01.2020 – C-394/18, NZG 2020, 550.

²³³ Damals noch Sechste Richtlinie 82/891/EWG des Rates v. 17.12.1982 betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften.

Mitgliedstaaten ein angemessenes Schutzsystem für die Interessen der Gläubiger der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften vorsehen, deren Forderungen vor der Bekanntmachung des Spaltungsplans entstanden und zum Zeitpunkt dieser Bekanntmachung noch nicht fällig sind. In den nachfolgenden Absätzen der Vorschrift bestimmt die Richtlinie sodann welche Schutzmechanismen die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten „zumindest“ vorsehen müssen. Eine ähnliche Vorschrift findet sich in Art. 99 der Richtlinie (EU) 2017/1132 für die Gläubiger der an einer Verschmelzung beteiligten Gesellschaften.

Der EuGH nahm an, dass die in Art. 146 der Richtlinie (EU) 2017/1132 genannten Schutzmechanismen nicht abschließend seien.²³⁴ Aus dem Wortlaut von Art. 146 Abs. 2 UAbs. 1 der Richtlinie (EU) 2017/1132, nach dem die Mitgliedstaaten „zumindest“ vorzusehen haben, dass die Gläubiger Anspruch auf angemessene Garantien haben und/oder die übernehmenden neuen Gesellschaften gesamtschuldnerisch für die Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft haften, könne geschlossen werden, dass der Unionsgesetzgeber keine Vollharmonisierung im Hinblick auf die nationalen Gläubigerschutzvorschriften bei Spaltungen vornehmen wollte. Vielmehr habe der Gesetzgeber mit den in der Spaltungsrichtlinie vorgesehenen Vorkehrungen lediglich Mindestschutzvorschriften schaffen wollen.²³⁵ Art. 146 Abs. 2 der Richtlinie (EU) 2017/1132 hindere die Mitgliedstaaten daher nicht daran, zusätzliche Instrumente zum Schutz der Gläubiger vorzusehen.²³⁶ Nur dort, wo die tatsächliche Wirksamkeit der Richtlinie und der mit ihr verfolgte Zweck beeinträchtigt werde, fänden die nationalen Vorschriften zwingend ihre Grenze.²³⁷

Dieses Ergebnis kann nicht nur aufgrund des klaren Wortlauts der Richtlinie („zumindest“) überzeugen. Darüber hinaus wäre auch nicht ersichtlich, warum das Richtlinienrecht, das seinem Ziel nach lediglich die Voraussetzungen der Spaltung beschreibt, weitergehende Schutzmechanismen sperren sollte.²³⁸

Die Entscheidung des EuGH zeigt, dass jedenfalls die gläubigerschützenden Vorschriften bezüglich der Spaltung nicht abschließend sind und die Mitgliedstaaten darüberhinausgehende Gläubigerschutznormen in Bezug auf die Spaltung aufstellen bzw. beibehalten können.²³⁹ Aufgrund des fast identischen Wortlautes von Art. 99 und Art. 146 der Richtlinie (EU) 2017/1132 kann für die Verschmelzung im Ergebnis nichts anderes gelten. Der deutsche Gesetzgeber hat von der Möglichkeit der Implementierung eines weiterreichenden Gläubigerschutzsystems mit Beibehaltung der §§ 129 ff. InsO auf Umwandlungen Gebrauch gemacht. Nichts spricht dafür, dass der deutsche Gesetzgeber nur den von der Richtlinie statuierten Mindestgläubigerschutz ins nationale Gesetz umsetzen und die Insolvenzanfechtung von Umwandlungsmaßnahmen einschränken wollte.²⁴⁰

²³⁴ EuGH, Urt. v. 30.01.2020 – C-394/18, NZG 2020, 550, 553 Rn. 61 ff.

²³⁵ EuGH, Urt. v. 30.01.2020 – C-394/18, NZG 2020, 550, 553 Rn. 67.

²³⁶ EuGH, Urt. v. 30.01.2020 – C-394/18, NZG 2020, 550, 555 Rn. 67.

²³⁷ EuGH, Urt. v. 30.01.2020 – C-394/18, NZG 2020, 550, 555 Rn. 69.

²³⁸ Thole, ZeuP 2021, 145.

²³⁹ So auch Stiegler, GmbHR 2020, 405, 410.

²⁴⁰ Im Ergebnis auch Koch/Fietz, WuB 2020, 279, 283.

D. Zusammenfassendes Ergebnis

Im Ergebnis ist die Insolvenzanfechtung von Umwandlungsmaßnahmen entgegen einer im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum vorherrschenden Meinung zulässig.

Der umwandlungsrechtliche Bestandsschutz steht zwar der Verpflichtung zu einer Rückgewähr in natura infolge einer Insolvenzanfechtung entgegen, nach allgemeinen Grundsätzen führt die rechtliche Unmöglichkeit einer Rückübertragung in natura aber nicht zu einem Ausschluss der Insolvenzanfechtung, sondern zu einem Wertersatzanspruch nach § 143 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB.

Dieser Wertersatzanspruch ist auch nicht gegenüber den gläubigerschützenden Vorschriften des Umwandlungsgesetzes subsidiär. Vielmehr unterscheiden sie sich nach Voraussetzungen, Folgen und Zweck von der Insolvenzanfechtung und verdrängen die Insolvenzanfechtung somit nicht.

Kapitel 2: Insolvenzanfechtung von Verschmelzungen

§ 5 Die Verschmelzung in Grundzügen

Bevor auf die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Insolvenzanfechtung einer Verschmelzung im Einzelnen einzugehen ist, soll vorab die Verschmelzung in Grundzügen dargestellt werden.

A. Arten der Verschmelzung

Man unterscheidet zwischen zwei Arten der Verschmelzung: die Verschmelzung durch Aufnahme (§ 2 Nr. 1 UmwG) und die Verschmelzung durch Neugründung (§ 2 Nr. 2 UmwG).

Bei der Verschmelzung durch Aufnahme überträgt mindestens ein Rechtsträger sein Vermögen auf einen bereits bestehenden Rechtsträger. Der übertragende Rechtsträger erlischt und der übernehmende Rechtsträger tritt im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in alle Rechte und Pflichten des übertragenden Rechtsträgers ein.²⁴¹ Die rechtliche Identität des übernehmenden Rechtsträgers bleibt bestehen.²⁴² Als Gegenleistung erhalten die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers mit Wirksamkeit der Verschmelzung Anteile am übernehmenden Rechtsträger oder werden Mitglied bei diesem.²⁴³

Dagegen übertragen bei der Verschmelzung durch Neugründung zwei oder mehr beteiligte Rechtsträger ihr Vermögen im Wege der Universalsukzession auf einen Rechtsträger, der im Zuge der Verschmelzung neu entsteht.²⁴⁴ Auch hier erlöschen die übertragenden Rechtsträger infolge der Verschmelzung.²⁴⁵ Bei einer Verschmelzung durch Neugründung muss bereits im Verschmelzungsvertrag der unter Beachtung der jeweils einschlägigen Gründungsvorschriften aufgestellte Gesellschaftsvertrag über die Errichtung des entstehenden Rechtsträgers enthalten sein, dem die Anteilsinhaber der übertragenden Rechtsträger zusammen mit dem Verschmelzungsvertrag zustimmen.²⁴⁶

B. Zeitlicher Ablauf einer Verschmelzung

Der zeitliche Ablauf einer Verschmelzung lässt sich grundsätzlich in drei Phasen aufteilen: die Vorbereitungs-, die Beschluss- und die Vollzugsphase.

²⁴¹ Hoyer, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 6 Rn. 11; Stengel, in: Semler/Stengel, UmwG, § 2 Rn. 24.

²⁴² Hoyer, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 6 Rn. 11.

²⁴³ Böttcher, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 2 Rn. 10.

²⁴⁴ Stengel, in: Semler/Stengel, UmwG, § 2 Rn. 29.

²⁴⁵ Böttcher, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 2 Rn. 13.

²⁴⁶ Stengel, in: Semler/Stengel, UmwG, § 2 Rn. 33.

I. Vorbereitungsphase

In der Vorbereitungsphase werden typischerweise die Schlussbilanzen (§ 17 Abs. 2 UmwG) aufgestellt und die Unternehmensbewertungen der beteiligten Rechtsträger durchgeführt.²⁴⁷ Sofern im Umwandlungsgesetz eine Prüfung der Verschmelzung vorgesehen ist (§ 9 UmwG), unterliegt die Unternehmensbewertung und das daraus abgeleitete Umtauschverhältnis der Anteile der Prüfung durch einen externen Verschmelzungsprüfer (§ 10 UmwG), der auf Antrag der Vertretungsorgane vom Landgericht ausgewählt und bestellt wird, wie auch einen schriftlichen Prüfungsbericht (§ 12 UmwG) erstattet.²⁴⁸

Des Weiteren ist zur Information der Anteilsinhaber von den Vertretungsorganen aller beteiligten Rechtsträger in der Regel ein Verschmelzungsbericht zu erstellen (§ 8 UmwG).²⁴⁹

In dieser Phase schließen die beteiligten Rechtsträger zudem den Verschmelzungsvertrag, § 4 Abs. 1 UmwG²⁵⁰, der der notariellen Beurkundung bedarf, § 6 UmwG. Bei Verschmelzungen durch Neugründung muss im Verschmelzungsvertrag auch der Gesellschaftsvertrag, der Partnerschaftsvertrag oder die Satzung der neuen Gesellschaft enthalten sein oder festgestellt werden, § 37 UmwG. In diesem Fall sind unter Beachtung der Gründungsvorschriften des neu zu gründenden Rechtsträgers zudem weitere Maßnahmen, wie beispielsweise die Bestellung der Organe, vorzunehmen.²⁵¹

II. Beschlussphase

In der Beschlussphase werden die notariell zu beurkundenden Zustimmungsbeschlüsse der Anteilsinhaber der beteiligten Rechtsträger gefasst, wobei sich die erforderlichen Mehrheiten aus den §§ 43, 50, 65, 84, 103 UmwG ergeben.²⁵² Auch gegebenenfalls erforderliche Kapitalerhöhungsbeschlüsse sind in dieser Phase zu fassen.²⁵³ Bei Verschmelzung durch Neugründung ist weiter die Zustimmung der Anteilsinhaber zum Gesellschaftsvertrag, dem Partnerschaftsvertrag oder der Satzung des neu gegründeten Rechtsträgers erforderlich.²⁵⁴

²⁴⁷ Hoyer, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 6 Rn. 27; Fronhöfer, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 2 Rn. 61.

²⁴⁸ Fronhöfer, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 2 Rn. 61.

²⁴⁹ Der Verschmelzungsbericht ist nach § 8 Abs. 3 UmwG entbehrlich, wenn alle Anteilsinhaber aller beteiligten Rechtsträger auf seine Erstattung verzichten oder sich alle Anteile des übertragenden Rechtsträgers in der Hand des übernehmenden Rechtsträgers befinden.

²⁵⁰ Grundsätzlich können die Beteiligten den Vertrag auch erst nach den Zustimmungsbeschlüssen schließen, müssen dann aber vor Beschlussfassung einen vollständigen Entwurf vorlegen, der bis zur Erlangung seiner Rechtsverbindlichkeit keine inhaltlichen Änderungen erfährt, § 4 Abs. 2 UmwG; wollen die Vertretungsorgane den vorgelegten Entwurf ändern, bedarf es eines erneuten Zustimmungsbeschlusses.

²⁵¹ Drygala, in: Lutter, UmwG, § 2 Rn. 36.

²⁵² Hoyer, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 6 Rn. 27.

²⁵³ Hoyer, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 6 Rn. 28.

²⁵⁴ Hoyer, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 6 Rn. 28.

III. Vollzugsphase

In der Vollzugsphase melden die Vertretungsorgane der beteiligten Rechtsträger die Verschmelzung beim Register²⁵⁵ des Sitzes ihres jeweiligen Rechtsträgers an, §§ 16 Abs. 1, 38 Abs. 1, 2 UmwG. Zuerst wird die Verschmelzung beim übertragenden Rechtsträger mit dem Vorbehalt eingetragen, dass die Verschmelzung erst wirksam ist, wenn sie im Register des übernehmenden oder neuen Rechtsträgers vermerkt ist, § 19 Abs. 1 S. 2 UmwG.²⁵⁶ Sodann erfolgt die Eintragung beim übernehmenden Rechtsträger, § 19 Abs. 1 S. 1 UmwG. Eine etwaige verschmelzungsbedingte Kapitalerhöhung ist vor der Eintragung der Verschmelzung anzumelden und einzutragen.²⁵⁷ Durch die Eintragung in das Register des übernehmenden Rechtsträgers treten die in § 20 UmwG geregelten Rechtsfolgen ein.²⁵⁸

²⁵⁵ Je nach beteiligter Rechtsform handelt es sich dabei um das Handels-, Partnerschafts-, Genossenschafts- oder Vereinsregister, § 16 Abs. 1 UmwG.

²⁵⁶ Ein solcher Vorbehalt ist gemäß § 19 Abs. 1 S. 2 UmwG nicht erforderlich, wenn die Eintragung in den Registern aller beteiligten Rechtsträger am selben Tag erfolgt.

²⁵⁷ *Stengel*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 2 Rn. 68.

²⁵⁸ *Stengel*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 2 Rn. 67.

§ 6 Ausschluss der Anfechtung wegen Wegfall des Anfechtungsgegners?

Bevor auf die einzelnen Anfechtungsvoraussetzungen eingegangen wird, soll zunächst geprüft werden, ob eine Anfechtung von Verschmelzungen wegen Wegfalls des Anfechtungsgegners ausscheidet.

A. Problemstellung

Gelegentlich wird die Anfechtung einer Verschmelzung mit der Begründung abgelehnt, es fehle nach Wirksamwerden der Verschmelzung an einem Anfechtungsgegnern.²⁵⁹

Diese Ansicht erscheint zunächst einleuchtend: Liegt eine Verschmelzung durch Aufnahme vor, erlischt der übertragende Rechtsträger ohne Abwicklung. Der übernehmende Rechtsträger ist fortan Rechtsnachfolger des übertragenden Rechtsträgers.²⁶⁰ Will der Insolvenzverwalter des verschmolzenen Rechtsträgers die Umwandlung rückgängig machen – und zwar unabhängig davon, ob dies zugunsten der Gläubiger des übertragenden oder der Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers geschieht –, wäre er somit Anfechtungsberechtigter und Anfechtungsgegner zugleich.

Genauso ist es bei der Verschmelzung durch Neugründung: Hier wird der übernehmende, neu gegründete Rechtsträger Rechtsnachfolger jeglicher übertragender, infolge der Verschmelzung erloschener Rechtsträger.²⁶¹ Auch hier müsste der Insolvenzverwalter die Rückgewähr des übertragenen Vermögens im Falle einer Insolvenzanfechtung von sich selbst fordern. Es entspricht jedoch allgemeinen Grundsätzen, dass eine Forderung erlischt, wenn ein Gläubiger einer Forderung mit dem Schuldner der Verbindlichkeit in einer Person zusammentrifft (sog. Konfusion).²⁶²

B. Unerheblichkeit von § 145 Abs. 1 InsO

Die Ansicht, eine Insolvenzanfechtung scheidet wegen Wegfalls des Anfechtungsgegners aus, wird vornehmlich damit begründet, dass § 145 Abs. 1 InsO nicht für die Anfechtung der Rechtsnachfolge selbst gelte.²⁶³ Vielmehr setze die genannte Vorschrift eine wirksame und damit auch insolvenzrechtlich beständige Rechtsnachfolge voraus.²⁶⁴ Dem ist zuzustimmen. Voraussetzung von § 145 Abs. 1 InsO ist, dass die Rechtshandlung bereits gegenüber dem Rechtsvorgänger anfechtbar war.²⁶⁵ Die anfechtbare Rechtshandlung muss

²⁵⁹ Thole, Rn. 496; Gontschar, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 1 Rn. 434.

²⁶⁰ S. hierzu auch § 5 A.

²⁶¹ S. hierzu auch § 5 A.

²⁶² Fetzer, in: Münchkomm zum BGB, Vor § 362 Rn. 4.

²⁶³ Thole, Rn. 497.

²⁶⁴ Thole, Rn. 497.

²⁶⁵ Kirchhof/Piekenbrock, in: Münchkomm zur InsO, § 145 Rn. 5; Büteröwe, in: Schmidt, InsO, § 145 Rn. 3, 4; Riggert, in: Braun, InsO, § 145 Rn. 3, 7.

also jedenfalls vor der Rechtsnachfolge vorgenommen worden sein.²⁶⁶ Damit betrifft § 145 Abs. 1 InsO gerade nicht die Konstellation, dass der Vorgang selbst, der zur Rechtsnachfolge führt, angefochten wird.

C. Fiktion des Fortbestehens des übertragenden Rechtsträgers nach § 25 Abs. 2 UmwG?

Wirft man einen Blick in das neben der Insolvenzordnung bei der hier behandelten Fragestellung maßgebende Umwandlungsgesetz, fällt der Blick schnell auf § 25 Abs. 2 UmwG. Während die Vorschrift des § 25 UmwG in Abs. 1 eine Schadensersatzpflicht der Organmitglieder des übertragenden Rechtsträgers zugunsten dieses Rechtsträgers, seiner Anteilsinhaber und seiner Gläubiger statuiert²⁶⁷, wird in Abs. 2 S. 1 für diese Schadensersatzansprüche, aber auch für alle anderen Ansprüche, die sich für und gegen den übertragenden Rechtsträger nach allgemeinen Vorschriften aufgrund der Verschmelzung ergeben, der Fortbestand des übertragenden Rechtsträgers fingiert. Geht es um Ansprüche zwischen übernehmenden und übertragenden Rechtsträger, vereinigen sich Forderungen und Verbindlichkeiten durch die Verschmelzung nicht, § 25 Abs. 2 S. 2 UmwG. Wenn der insolvenzanfechtungsrechtliche Rückgewähranspruch unter die von § 25 Abs. 2 UmwG erfassten Ansprüche fallen würde, wäre also der Einwand, eine Anfechtung scheide mangels Anfechtungsgegner aus, entkräftet.

I. Insolvenzanfechtungsrechtlicher Rückgewähranspruch als unmittelbarer Anwendungsfall von § 25 Abs. 2 S. 1 Var. 2 UmwG?

Fraglich ist also zunächst, ob der insolvenzanfechtungsrechtliche Rückgewähranspruch einen Anspruch darstellt, der sich für oder gegen den übertragenden Rechtsträger nach den allgemeinen Vorschriften auf Grund der Verschmelzung ergibt. Wäre dies der Fall, würde das Fortbestehen des übertragenden Rechtsträgers unmittelbar gemäß § 25 Abs. 2 S. 1 Var. 2 UmwG fingiert werden.

1. Die Rückgewährpflicht gemäß § 143 Abs. 1 InsO als „allgemeine“ Verbindlichkeit i.S.d. § 25 Abs. 2 S. 1 UmwG

Der Wortlaut des § 25 Abs. 2 UmwG, der alle Ansprüche, die sich für und gegen den übertragenden Rechtsträger nach den allgemeinen Vorschriften auf Grund der Verschmelzung ergeben, umfasst, lässt es grundsätzlich zu, auch Rückgewähransprüche nach § 143 Abs. 1 InsO hierunter zu subsumieren. So ist anerkannt, dass beispielsweise auch Gestaltungsrechte²⁶⁸ in Bezug auf den Verschmelzungsvertrag sowie Erfüllungsansprüche²⁶⁹ unter den Begriff der allgemeinen Ansprüche i.S.v. § 25 Abs. 2 S. 1 UmwG fallen.

²⁶⁶ Kirchhof/Piekenbrock, in: MünchKomm zur InsO, § 145 Rn. 5.

²⁶⁷ S. zur Schadensersatzpflicht gemäß § 25 Abs. 1 UmwG: § 3 B VI.

²⁶⁸ Winter, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 25 Rn. 34.

²⁶⁹ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 19.05.2006 – 25 U 28/05, BeckRS 2006, 11126; Winter, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 25 Rn. 35; Ca. Müller, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 25 Rn. 16; Leonard, in: Semler/Stengel, UmwG, § 25 Rn. 26; Rieder, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 25 Rn. 40;

Auch Sinn und Zweck der Vorschrift sprechen grundsätzlich nicht gegen eine Einbeziehung des insolvenzanfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruchs: Zweck des § 25 Abs. 2 UmwG ist es, dass Vermögenszuwendungen, die aus Wertungsgesichtspunkten nur den Anteilsinhabern oder Gläubigern eines der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträgern zugutekommen sollen, durch eine etwaige Rechtsnachfolge nicht auch den Anteilseignern und Gläubigern des jeweils anderen Rechtsträgers zukommen und somit die Ansprüche der erst genannten Anteils-/Gläubigergruppe schmälern.²⁷⁰ Dieser Gedanke trifft grundsätzlich auch auf die Insolvenzanfechtung der Verschmelzung zu, die die mit der Gesamtrechtsnachfolge bewirkte Vermögensvermischung aus Gläubigerschutzgesichtspunkten gerade wieder rückgängig machen will.

2. Überlagerung der §§ 25, 26 UmwG durch die Insolvenzordnung

Der Subsumtion des insolvenzanfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruchs unter den Begriff der „allgemeinen“ Ansprüche i.S.d. § 25 Abs. 2 S. 1 UmwG könnten jedoch insolvenzrechtliche Wertungen entgegenstehen. Problematisch ist, dass das Umwandlungsgesetz die Durchsetzung der gemäß § 25 Abs. 2 S. 1 UmwG als fortbestehend fingierten Ansprüche gemäß § 26 UmwG dem besonderen Vertreter zuweist, während nach der Insolvenzordnung die alleinige Ausübungsbefugnis für die Insolvenzanfechtung beim Insolvenzverwalter liegt.

a) Ausschließliche Durchsetzungskompetenz des besonderen Vertreters

Während § 25 Abs. 2 UmwG den Fortbestand des übertragenden Rechtsträgers fingiert, regelt § 26 UmwG die Durchsetzung der nach § 25 Abs. 2 UmwG als fortbestehend geltenden Ansprüche. Letztgenannte Ansprüche können demnach nur durch einen besonderen Vertreter geltend gemacht werden, § 26 Abs. 1 S. 1 UmwG.

Die Konzentration der Durchsetzungsbefugnis beim besonderen Vertreter lässt sich dann ohne weiteres erklären, wenn es um Ansprüche des untergegangenen, übertragenden Rechtsträgers gegenüber dem übernehmenden Rechtsträger geht. Die Bestellung eines besonderen Vertreters ist in diesen Fällen mangels Organe zur Durchsetzung der Ansprüche des übertragenden Rechtsträgers zwingend notwendig.²⁷¹ Anders ist dies bei Ansprüchen von Gläubigern und Anteilsinhabern des übertragenden Rechtsträgers, die etwaige Ansprüche selbständig geltend machen könnten.²⁷² Begründet wird das Erfordernis eines besonderen Vertreters in diesem Fall damit, dass ein Wettlauf der nach § 25 UmwG

zur modifizierten Anwendung des § 26 UmwG bei Erfüllungsansprüchen: *Blasche/Söntgerath*, BB 2009, 1432.

²⁷⁰ *Leonhard*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 25 Rn. 1; *Burg*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 25 Rn. 26.

²⁷¹ *Leonard*, in: Semler/Stengel, in: UmwG, § 26 Rn. 3; *Rieder*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 26 Rn. 2.

²⁷² *Rieder*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 26 Rn. 2.

Anspruchsberechtigten vermieden und eine gleichmäßige und geordnete Erlösverteilung gewährleistet werden soll.²⁷³

Für die eigene Geltendmachung fehlt den Gläubigern und Anteilshabern aufgrund der Regelung des § 25 Abs. 2 S. 1 UmwG die Prozessführungsbefugnis.²⁷⁴ Soweit es den Normzweck des § 26 Abs. 1 UmwG betrifft, schränkt die ausschließliche Zuständigkeit des besonderen Vertreters auch die materielle Verfügungsbefugnis der Anspruchsberechtigten ein, sodass beispielsweise eine vom Gläubiger erklärte Aufrechnung unwirksam ist.²⁷⁵

Der besondere Vertreter wird gemäß § 26 Abs. 1 S. 2 UmwG auf Antrag eines Anteilshabers oder eines Gläubigers des übertragenden Rechtsträgers durch das Amtsgericht am Sitz des übertragenden Rechtsträgers bestellt.²⁷⁶ Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers sind nur dann antragsbefugt, wenn sie von dem übernehmenden Rechtsträger keine Befriedigung erlangen können, § 26 Abs. 1 S. 3 UmwG. Die Antragsteller müssen im Bestellungsverfahren den Anspruch, der durchgesetzt werden soll, glaubhaft machen. Nicht erforderlich ist dagegen, dass der Antragsteller einen eigenen Anspruch durchsetzt, da ansonsten die Ansprüche des übertragenden Rechtsträgers nie realisiert werden könnten.²⁷⁷

Nach § 26 Abs. 2 UmwG hat der vom Gericht bestellte besondere Vertreter die Anteilshaber und Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers sodann aufzufordern, die Ansprüche nach § 25 Abs. 1 und 2 binnen einer angemessenen Frist, die mindestens einen Monat betragen soll, anzumelden. Nach Geltendmachung der Ansprüche hat der besondere Vertreter den erzielten Erlös zu verteilen, wobei nicht fristgerecht angemeldete Forderungen nicht berücksichtigt werden.²⁷⁸ Nachdem in einem ersten Schritt aus dem erzielten Erlös die Vergütung und die Auslagen des besonderen Vertreters (§ 26 Abs. 4 UmwG) zu begleichen sind, werden sodann die Forderungen der Gläubiger des Rechtsträgers befriedigt.²⁷⁹ Reicht der Erlös nicht zur vollständigen Befriedigung aus, steht ihnen eine entsprechende Quote am Erlös zu.²⁸⁰ Ein etwaig verbleibender Überschuss wird an die ehemaligen Anteilshaber des übertragenden Rechtsträgers nach den für den übertragenden Rechtsträger geltenden Liquidationsgrundsätzen verteilt.²⁸¹

²⁷³ *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 26 Rn. 3; *Leonard*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 26 Rn. 1; *Müller*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 26 Rn. 1.

²⁷⁴ *Müller*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 26 Rn. 2.

²⁷⁵ *Leonard*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 26 Rn. 3; *Müller*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 26 Rn. 2; *Rieder*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 25 Rn. 6.

²⁷⁶ *Leonard*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 26 Rn. 4; *Müller*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 26 Rn. 6.

²⁷⁷ *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 26 Rn. 21.

²⁷⁸ *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 26 Rn. 26; *Müller*, in: Henssler/Strohn, UmwG, § 26 Rn. 17.

²⁷⁹ *Leonard*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 26 Rn. 16.

²⁸⁰ *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 26 Rn. 26; *Müller*, in: Henssler/Strohn, UmwG, § 26 Rn. 15.

²⁸¹ *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 26 Rn. 27.

b) Insolvenzanfechtung als originäres Recht des Insolvenzverwalters

Die ausschließliche Durchsetzungsbefugnis des besonderen Vertreters gemäß § 26 UmwG steht im Rahmen der Insolvenzanfechtung einer Verschmelzung jedoch im Widerspruch zu den §§ 129 ff. InsO, wonach die alleinige Ausübungsbefugnis für das Anfechtungsrecht beim Insolvenzverwalter liegt.²⁸² Nach ständiger Rechtsprechung handelt es sich bei dem insolvenzanfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruch um einen originären gesetzlichen Anspruch²⁸³, der mit Insolvenzeröffnung entsteht²⁸⁴ und der dem Insolvenzverwalter vorbehalten ist, mit dessen Amt er untrennbar verbunden ist.²⁸⁵ Rechtshandlungen mit Bezug auf das Anfechtungsrecht können wirksam daher nur vom und gegen den Insolvenzverwalter vorgenommen werden.²⁸⁶ Die einzelnen Gläubiger können von der Verfahrenseröffnung an rechtlich nicht auf die Anfechtungsentscheidung des Insolvenzverwalters einwirken²⁸⁷ oder aus eigenem Recht anfechten.²⁸⁸

Aufgrund dieser besonderen Stellung des insolvenzanfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruchs werden die Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers diesen Anspruch nach insolvenzrechtlichen Grundsätzen nicht gemäß § 26 UmwG beim besonderen Vertreter anmelden können. Auch dem besonderen Vertreter fehlt die Verfügungsbefugnis, beispielsweise um den insolvenzanfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruch gegen den übernehmenden Rechtsträger durchsetzen zu können.²⁸⁹

3. Zwischenergebnis

Der insolvenzanfechtungsrechtliche Rückgewähranspruch stellt keinen Anspruch nach den allgemeinen Vorschriften i.S.d. § 25 Abs. 2 UmwG dar. Zwar wäre eine Subsumtion unter den Begriff „allgemeiner Anspruch“ nach Wortlaut sowie Sinn und Zweck des § 25 Abs. 2 UmwG durchaus denkbar. Da die Durchsetzung der „allgemeinen“ Ansprüche i.S.v. § 25 Abs. 2 UmwG gemäß § 26 UmwG allein dem besonderen Vertreter obliegt, und dies im Widerspruch zur Ausübungshoheit des Insolvenzverwalters hinsichtlich der Insolvenzanfechtung stehen würde, kann der insolvenzanfechtungsrechtliche

²⁸² BGH, Urt. v. 01.02.2007 – IX ZR 96/04, NZI 2007, 230, 231 Rn. 20; Vorlagebeschl. v. 02.04.2009 – IX ZB 182/08, NZI 2009, 313, 314 Rn. 13; vgl. auch *Thole*, in: Kayser/Thole, InsO, § 129 Rn. 102.

²⁸³ BGH, Urt. v. 10.02.1982 – VIII ZR 158/80, NJW 1982, 1765; Urt. v. 29.11.1990 – IX ZR 29/90, NJW 1991, 560, 562; Urt. v. 11.12.2008 – IX ZR 195/07, NZI 2009, 103, 104 Rn. 9.

²⁸⁴ BGH, Urt. v. 03.12.1954 – V ZR 96/53, NJW 1955, 259, 260; Urt. v. 09.07.1987 – IX ZR 167/86, NJW 1987, 2821, 2822; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 143 Rn. 3; *Büteröwe*, in: Schmidt, InsO, § 143 Rn. 2; a.A. *Kayser/Freudenberg*, in: Münchkomm zur InsO, § 129 Rn. 186, die meinen, dass das Anfechtungsrecht bereits mit Vollendung eines Anfechtungstatbestandes entsteht, für die Insolvenzmasse aber durch die Verfahrenseröffnung aufschiebend bedingt ist.

²⁸⁵ BGH, Urt. v. 22.12.1982 – VIII ZR 214/81, NJW 1983, 887; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 143 Rn. 13.

²⁸⁶ *Kirchhof/Piekenbrock*, in: Münchkomm zur InsO, § 129 Rn. 196, § 143 Rn. 5; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 143 Rn. 47.

²⁸⁷ *Kayser/Freudenberg*, in: Münchkomm zur InsO, § 129 Rn. 198; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 143 Rn. 12.

²⁸⁸ *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 143 Rn. 12.

²⁸⁹ aM *Trencker*, S. 299, der §§ 227 Abs. 2, 228 Abs. 1 AktG östr (österreichisches Pendant zu §§ 25, 26 UmwG) als gesetzliche Ausnahme der exklusiven Zuständigkeit des Insolvenzverwalters ansieht.

Rückgewähranspruch nicht unter den unmittelbaren Anwendungsbereich des § 25 Abs.2 UmwG fallen.

II. Analoge Anwendung des § 25 Abs. 2 UmwG

Scheidet eine unmittelbare Anwendung des § 25 Abs. 2 UmwG aus, ist nun fraglich, ob der übertragende Rechtsträger in einer analogen Anwendung des § 25 Abs. 2 S. 1 Var. 2 UmwG als fortbestehend fingiert werden kann. Eine Analogie ist nach allgemeinen Grundsätzen dann zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen.²⁹⁰

1. Planwidrige Regelungslücke

Zunächst müsste in dem Umstand, dass der Gesetzgeber den Fortbestand des übertragenden Rechtsträgers für alle Ansprüche fingiert hat, die sich für und gegen den übertragenden Rechtsträger nach den allgemeinen Vorschriften richten, nicht jedoch für die Rückgewährpflicht gemäß § 143 Abs. 1 InsO, eine planwidrige Regelungslücke liegen.

Der Gesetzgeber wollte mit Implementierung des § 25 Abs. 2 UmwG unter anderem verhindern, dass die Gläubiger der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger durch die Verschmelzung schlechter gestellt werden, was beispielsweise dann der Fall sein könnte, wenn der übertragende Rechtsträger durch die Verschmelzung etwaige Ansprüche gegen den übernehmenden Rechtsträger verlieren würde. Durch Einbeziehen jeglicher Ansprüche in § 25 Abs. 2 S. 1 Var. 2 UmwG, die sich nach allgemeinen Vorschriften aufgrund der Verschmelzung ergeben, hat der Gesetzgeber einen Auffangtatbestand geschaffen, der verdeutlicht, dass sämtliche Ansprüche zwischen übertragendem und übernehmendem Rechtsträger trotz der Verschmelzung fortbestehen bleiben sollen. Dass insolvenzanfechtungsrechtliche Rückgewähransprüche wegen der originären Anfechtungsbefugnis des Insolvenzverwalters nicht vom unmittelbaren Anwendungsbereich des § 25 Abs. 2 UmwG erfasst sind, scheint somit nur eine vom Gesetzgeber unbeabsichtigte Folge zu sein und alles andere als eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung. Anders gesagt, ist es nicht einzusehen, wieso der Gesetzgeber davon absehen wollte, ausschließlich insolvenzrechtliche Ansprüche von der Fortbestehensfiktion auszunehmen. Eine planwidrige Regelungslücke ist somit gegeben.

²⁹⁰ St. Rspr, s. nur: BGH, Beschl. v. 09.01.2019 – VIII ZB 26/17, NJW-RR 2019, 332 Rn. 11; Urt. v. 14.12.2016 – VIII ZR 232/15, NJW 2017, 547 Rn. 33; Urt. v. 17.11.2009 – XI ZR 36/09, NJW 2010, 1144, 1146 Rn. 23; Urt. v. 13.03.2003 – I ZR 290/00, NJW 2003, 1932, 1933.

2. Vergleichbare Interessenlage

Des Weiteren müsste auch eine vergleichbare Interessenlage vorliegen. Die Vorschriften der §§ 25, 26 UmwG sind nach Sinn und Zweck gerade auf das vorliegende Problem zugeschnitten, weil sie bezwecken, Ansprüche gegen die übertragende Gesellschaft nicht mangels Existenz derselben ins Leere laufen zu lassen und Ansprüche für die übertragende Gesellschaft ausschließlich deren Gläubigern/Gesellschaftern zugutekommen zu lassen.²⁹¹ Es ist aus Wertungsgesichtspunkten nicht einzusehen, wieso insolvenzanfechtungsrechtliche Rückgewähransprüche von der Fortbestehensfiktion ausgenommen sein sollten. Der Gesetzgeber hat durch Implementierung des § 25 Abs. 2 UmwG vielmehr zum Ausdruck gebracht, dass die Gläubiger gerade nicht das Risiko des Wegfalls des Anfechtungsgegners durch die Verschmelzung tragen sollen.²⁹² Im Ergebnis ist daher auch eine vergleichbare Interessenlage anzunehmen.

3. Zwischenergebnis

Aufgrund des Vorliegens einer planwidrigen Regelungslücke sowie einer vergleichbaren Interessenlage gilt der übertragende Rechtsträger hinsichtlich einer Insolvenzanfechtung in analoger Anwendung des § 25 Abs. 2 S. 1 Var. 2 UmwG als fortbestehend.

D. Zusammenfassendes Ergebnis

Mit Wirksamkeit der Verschmelzung erlischt der übertragende Rechtsträger. Soll die Verschmelzung angefochten werden, weil sie entweder für die Gläubiger des übertragenden oder für die Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers benachteiligend war, wird das Fortbestehen des übertragenden Rechtsträgers nicht in unmittelbarer Anwendung des § 25 Abs. 2 S. 1 Var. 2 UmwG fingiert. Dem steht entgegen, dass die Durchsetzungsbefugnis für die nach § 25 Abs. 2 UmwG als fortbestehend fingierten Ansprüche gemäß § 26 UmwG beim besonderen Vertreter liegt; die Ausübungsbefugnis für das Anfechtungsrecht steht nach insolvenzrechtlichen Grundsätzen aber allein dem Insolvenzverwalter zu.

Aufgrund der vergleichbaren Interessenlage wird der übertragende Rechtsträger im Falle der Insolvenzanfechtung einer Verschmelzung jedoch in analoger Anwendung des § 25 Abs. 2 S. 1 Var. 2 UmwG als fortbestehend fingiert. Die Durchsetzung des insolvenzanfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruchs liegt sodann nach allgemeinen Grundsätzen beim Insolvenzverwalter.

Davon zu trennen ist die Frage, ob aufgrund des bestehenden Interessenkonflikts des Insolvenzverwalters bezüglich der Insolvenzanfechtung der Verschmelzung zusätzlich ein Sonderinsolvenzverwalter zu bestellen ist. Auf diese Frage wird an anderer Stelle einzugehen sein.²⁹³

²⁹¹ *Trencker*, S. 298 (zum österreichischen Recht).

²⁹² So aber *Thole*, Rn. 496.

²⁹³ S. § 9 A II.

§ 7 Allgemeine Anfechtungsvoraussetzungen

Bevor auf die einzelnen Anfechtungstatbestände eingegangen wird, ist vorab zu prüfen, ob im Rahmen eines Verschmelzungsvorgangs die allgemeinen Anfechtungsvoraussetzungen, also eine Rechtshandlung sowie eine Gläubigerbenachteiligung, vorliegen.

A. Rechtshandlung

Grundlegende Voraussetzung der Insolvenzanfechtung ist zunächst das Vorliegen einer Rechtshandlung.

I. Die Rechtshandlung i.S.v. § 129 InsO

1. Begriff

Unter einer Rechtshandlung i.S.v. § 129 InsO ist jedes von einem Willen getragene Handeln zu verstehen, das eine rechtliche Wirkung auslöst und das Vermögen des Schuldners zum Nachteil der Insolvenzgläubiger verändern kann.²⁹⁴ Nicht erforderlich ist dabei, dass die Rechtshandlung vom Schuldner selbst vorgenommen worden ist. Vielmehr sind grundsätzlich auch solche Rechtshandlungen anfechtbar, die vom Gläubiger selbst oder von einem Dritten stammen.²⁹⁵

Keine Rechtshandlungen im anfechtungsrechtlichen Sinne sind damit Handlungen, die keine Rechtsfolgen auslösen, wie bloß deklaratorische Akte, beispielsweise die Eintragung einer Aktienveräußerung in das Aktienregister nach § 67 AktG.²⁹⁶ Unter den Begriff der Rechtshandlung fallen vor allem Willenserklärung als Bestandteile von Rechtsgeschäften aller Art, beispielsweise von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften.²⁹⁷ Auch rechtsgeschäftsähnliche Handlungen können anfechtbar sein, sofern sie kraft Gesetzes Rechtswirkungen hervorbringen, wie beispielsweise eine Mahnung nach § 286 Abs. 1 BGB oder eine Mängelrüge nach §§ 377, 378 HGB.²⁹⁸ Das Gleiche gilt für Realakte: Auch diese sind Rechtshandlungen, sofern sie rechtserheblich sind.²⁹⁹ Angefochten werden kann

²⁹⁴ St. Rspr.; s. nur beispielhaft: BGH, Urt. v. 12.02.2004 – IX ZR 98/03, NJW 2004, 1660, 1661; Urt. v. 14.12.2006 – IX ZR 102/03, NJW 2007, 1588, 1589; Urt. v. 09.07.2009 – IX ZR 86/08, NZI 2009, 644, 645.

²⁹⁵ BT-Drucks. 12/2443, S. 157; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 136; *Leithaus*, in: Andres/Leithaus, InsO, § 129 Rn. 6; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 129 Rn. 41; *Kayser/Freudenberg*, in: MünchKomm zur InsO, § 129 Rn. 35.

²⁹⁶ *Bartels*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 129 Rn. 20.

²⁹⁷ *Thole*, in: Kayser/Thole, InsO, § 129 Rn. 15; *Schmidt*, in: Schmidt, InsO, § 129 Rn. 26.

²⁹⁸ *Huber*, in: Gottwald/Haas, Insolvenzrechts-HdB, § 46 Rn. 19; *Kayser/Freudenberg*, in: MünchKomm zur InsO, § 129 Rn. 21; *Schmidt*, in: Schmidt, InsO, § 129 Rn. 28; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 109, 111.

²⁹⁹ *Thole*, in: Kayser/Thole, InsO, § 129 Rn. 15; *Kayser/Freudenberg*, in: MünchKomm zur InsO, § 129 Rn. 22; *Henckel*, in: Jaeger, InsO, § 129 Rn. 10; *Schmidt*, in: Schmidt, InsO, § 129 Rn. 28; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 110.

beispielsweise die Besitzergreifung (§ 854 Abs. 1 BGB) oder -übertragung³⁰⁰ oder der Eigentumserwerb kraft Vermischung oder Verarbeitung (§§ 948, 950 BGB).³⁰¹

2. Abgrenzung einaktige und mehraktige Rechtsgeschäfte sowie Gesamtvorgänge

Im Rahmen der anfechtbaren Rechtshandlungen unterscheidet man grundsätzlich zwischen einaktigen und mehraktigen Rechtsgeschäften sowie Gesamtvorgängen.

Während einaktige Rechtshandlungen in einem einzigen Akt wirken,³⁰² bestehen mehraktige Rechtshandlungen aus mehreren Handlungen im natürlichen Sinn.³⁰³ Obwohl mehrere Handlungen im natürlichen Sinn vorliegen, liegt bei mehraktigen Rechtshandlungen nur eine Rechtshandlung i.S.v. § 129 InsO vor.³⁰⁴ So stellt beispielsweise die Übertragung ein- und desselben Vermögensguts mit dinglicher Wirkung, die rechtlich in mehreren Einzelakten verwirklicht werden (wie beispielsweise die Übereignung einer beweglichen Sache durch Einigung und Übergabe gemäß § 929 S. 1 BGB), insgesamt eine einzige Rechtshandlung im anfechtungsrechtlichen Sinn dar.³⁰⁵

Hinsichtlich des für die Anfechtungsfristen relevanten Vornahmezeitpunktes i.S.v. § 140 Abs. 1 InsO gilt, dass eine Rechtshandlung in dem Zeitpunkt als vorgenommen gilt, in dem ihre rechtlichen Wirkungen eintreten. Einaktige Rechtshandlungen sind demnach mit Abschluss dieses Aktes i.S.v. § 140 InsO vorgenommen.³⁰⁶ Einheitliche Rechtshandlungen, die aus mehreren Teilakten bestehen, sind dagegen erst mit dem letzten zur Erfüllung ihres Tatbestandes erforderlichen Teilaktes abgeschlossen.³⁰⁷ Bei einer Übertragung ein- und desselben Vermögensguts mit dinglicher Wirkung, die rechtlich in mehreren Einzelakten verwirklicht werden, kann die Anfechtung daher begründet sein, wenn nur irgendein zur Wirksamkeit nötiger Teilakt noch in die Anfechtungsfrist fällt und die übrigen tatbestandsmäßigen Voraussetzungen zu dieser Zeit vorliegen.³⁰⁸ Bei Verträgen, die von der privatrechtlichen Zustimmung eines Dritten abhängen, gestaltet sich die Lage zudem wie folgt: Im Fall der vorherigen Einwilligung oder gleichzeitigen Zustimmung wird die Rechtshandlung nach den jeweils für sie geltenden Regeln wirksam.³⁰⁹ Wird sie dagegen

³⁰⁰ OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.01.2006 – 16 U 49/05, NZI 2006, 702, 707; *Kayser/Freudenberg*, in: MünchKomm zur InsO, § 129 Rn. 22.

³⁰¹ *Thole*, in: *Kayser/Thole*, InsO, § 129 Rn. 15; *Henckel*, in: *Jaeger*, InsO, § 129 Rn. 10; *Borries/Hirte*, in: *Uhlenbruck*, InsO, § 129 Rn. 111.

³⁰² *Kirchhof/Piekenbrock*, in: MünchKomm zur InsO, § 140 Rn. 6.

³⁰³ *Kirchhof/Piekenbrock*, in: MünchKomm zur InsO, § 140 Rn. 7.

³⁰⁴ *Schmidt*, in: *Schmidt*, InsO, § 129 Rn. 43; *de Bra*, in: *Braun*, InsO, § 129 Rn. 18.

³⁰⁵ *Kirchhof/Piekenbrock*, in: MünchKomm zur InsO, § 140 Rn. 16.

³⁰⁶ *Kirchhof/Piekenbrock*, in: MünchKomm zur InsO, § 140 Rn. 6.

³⁰⁷ BT-Drs. 12/2443, S. 166; BGH, Urt. v. 18.12.1986 – IX ZR 11/86, NJW 1987, 904, 907; Urt. v. 28.02.1991 – IX ZR 74/90, NJW 1991, 1610; *Thole*, in: *Kayser/Thole*, InsO, § 129 Rn. 20; *Kirchhof/Piekenbrock*, in: MünchKomm zur InsO, § 140 Rn. 7; *Büteröwe*, in: *Schmidt*, InsO, § 140 Rn. 5.

³⁰⁸ *Kirchhof/Piekenbrock*, in: MünchKomm zur InsO, § 140 Rn. 7;

³⁰⁹ *Kirchhof/Piekenbrock*, in: MünchKomm zur InsO, § 140 Rn. 8.

erst nachträglich genehmigt, gilt sie regelmäßig erst mit der Erteilung der Genehmigung als vorgenommen.³¹⁰

Liegen nach diesen Grundsätzen mehrere Rechtshandlungen vor, sind diese in der Regel gesondert auf ihre Anfechtbarkeit zu prüfen. Das gilt auch, wenn mehrere Rechtshandlungen gleichzeitig vorgenommen werden oder sich wirtschaftlich ergänzen.³¹¹ So stellen auch Grund- und Erfüllungsgeschäft selbständige, getrennt voneinander anzufechten Rechtshandlungen dar.³¹² Gelegentlich führen aber erst mehrere selbständige, teilweise wiederum mehraktige Rechtshandlungen in ihrer Verbundenheit zum Eingriff in das haftende Schuldnervermögen. Bei diesen sog. Gesamtvorgängen macht die Rechtsprechung und die Literatur eine Ausnahme von dem Grundsatz der Einzelbetrachtung. Soweit eine solche Abwicklung auf einem vorgefassten Plan beruht, soll es demnach zulässig und geboten sein, den Gesamtvorgang im Hinblick auf das beabsichtigte Ergebnis unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten als einheitliche Rechtshandlung zu erfassen.³¹³ Klammer ist der zielgerichtete Wille des Schuldners.³¹⁴ Zu den Gesamtvorgängen sollen zum einen Fälle gehören, in denen der Schuldner einen Vermögensgegenstand in mehreren Schritten überträgt, zum anderen sog. mittelbare Zuwendungen.³¹⁵

Eine Übertragung in mehreren Stufen und somit ein Gesamtvorgang ist beispielsweise in folgendem Fall gegeben: Der spätere Insolvenzschuldner bestellt an seinem Grundstück zunächst eine wertausschöpfende Eigentümer-Briefgrundschuld und überträgt diese sodann an seine Ehefrau. Anschließend überträgt er das Eigentum am Grundstück in einem anfechtungsrechtlich relevanten Zeitpunkt, benachteiligt damit aber nicht seine Gläubiger, weil die Grundschuld das Grundstück bereits wertausschöpfend belastet. Wenn dieser Vorgang auf einem einheitlichen Plan beruht, so wird durch eine einzige fortgesetzte Rechtshandlung das Eigentum an einem unbelasteten Grundstück übertragen und die gesamte Zuwendung ist erst mit dem Eigentumserwerb abgeschlossen.³¹⁶

Ein weiterer Anwendungsfall der sog. Gesamtvorgänge stellen mittelbare Zuwendungen dar, bei denen der Schuldner Vermögensbestandteile mit Hilfe einer Mittelsperson an den gewünschten Empfänger verschiebt, ohne mit diesem äußerlich in unmittelbare Rechtsbeziehungen zu treten. Sofern die Mittelsperson im eigenen Namen, aber auf

³¹⁰ BGH, Urt. v. 30.09.2010 – IX ZR 177/07, NZI 2010, 981 Rn. 11; Urt. v. 20.09.1978 – VIII ZR 142/77, NJW 1979, 102, 103; *Thole*, in: Kayser/Thole, InsO, § 140 Rn. 4 aE; *Kirchhof/Piekenbrock*, in: MünchKomm zur InsO, § 140 Rn. 8; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 140 Rn. 9.

³¹¹ BGH, Urt. v. 09.10.2003 – IX ZR 28/03, NZI 2004, 82, 83; Urt. v. 07.02.2002 – IX ZR 115/99, NZI 2002, 255, 256; Urt. v. 16.11.2007 – IX ZR 194/04, NJW 2008, 655, 656 Rn. 18; *Kayser/Freudenberg*, in: MünchKomm zur InsO, § 129 Rn. 55.

³¹² *Kayser/Freudenberg*, in: MünchKomm zur InsO, § 129 Rn. 57.

³¹³ BGH, Urt. v. 07.02.2002 – IX ZR 115/99, NZI 2002, 255, 256; Urt. v. 05.12.1991 – IX ZR 271/90, NJW 1992, 834; Urt. v. 11.11.1954 – IV ZR 64/54, WM 1955, 407, 409 f.

³¹⁴ *Kayser/Freudenberg*, in: MünchKomm zur InsO, § 129 Rn. 65.

³¹⁵ *Kayser/Freudenberg*, in: MünchKomm zur InsO, § 129 Rn. 66 ff.

³¹⁶ Vgl. RG, JW 1906, 234 f.; *Bartels*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 129 Rn. 90; *Kayser/Freudenberg*, in: MünchKomm zur InsO, § 129 Rn. 66.

Weisung und Kosten des Schuldners (z.B. wie ein mittelbarer Stellvertreter) handelt, wird auf diese Weise wirtschaftlich das Vermögen des Schuldners zugunsten des Dritterwerbers gemindert. Ist das von Anfang an gewollt, so ist das gesamte Rechtsverhältnis anfechtungsrechtlich dergestalt ausgestaltet, als ob nur der Dritte unmittelbar vom Schuldner erworben hätte.³¹⁷

II. Anfechtbare Rechtshandlungen im Rahmen eines Verschmelzungsvorgangs

Fraglich ist nun, welche Rechtshandlungen im Rahmen eines Verschmelzungsvorgangs vorliegen. Innerhalb eines Verschmelzungsvorgangs kommen insbesondere die Zustimmungsbeschlüsse der Anteilsinhaber, der Verschmelzungsvertrag sowie die Registereintragung (bzw. die Anmeldung zur Registereintragung) als anfechtbare Rechtshandlungen in Betracht.³¹⁸

1. Potentiell in Betracht kommende Handlungen

a) Zustimmungsbeschlüsse

Anfechtbare Rechtshandlungen könnten zunächst die Zustimmungsbeschlüsse³¹⁹ der Anteilsinhaber darstellen. Der Zustimmungsbeschluss ist eine in einer Angelegenheit der Gesellschaft im Wege der Abstimmung getroffene Bestimmung, die der Gesellschaft als organschaftliche Willensbildung und Willensäußerung zugerechnet wird.³²⁰ Der Zustimmungsbeschluss kann sowohl vor als auch nach Abschluss des Verschmelzungsvertrages gefasst werden³²¹, im ersteren Fall aber nur, wenn den Anteilseignern ein vollständiger Entwurf des Verschmelzungsvertrages vorliegt, der bis zur Erlangung seiner Rechtsverbindlichkeit keine inhaltlichen Änderungen erfährt.³²²

Wird der Beschluss vor Abschluss des Verschmelzungsvertrages gefasst, werden die Vertretungsorgane der Gesellschaft mit Beschlussfassung dazu verpflichtet, den Vertrag

³¹⁷ BGH, Urt. v. 05.07.2017 – IX ZR 126/17, NZI 2018, 699; Urt. v. 16.09.1999 – IX ZR 204-98, NJW 1999, 3636; Urt. v. 19.03.1998 – IX ZR 22-97, NJW 1998, 2592, 2599.

³¹⁸ So auch *Brünkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 84; *Roth*, ZInsO 2013, 1597, 1600.

³¹⁹ Diese sind nach hM als Rechtsgeschäfte eigener Art zu qualifizieren, die konkrete rechtliche Einordnung kann hier jedoch dahingestellt bleiben; s. zum Beschluss als Rechtsgeschäft eigener Art nur beispielhaft: *Wicke*, in: *Wicke*, GmbHG, § 47 Rn. 2; *Drescher*, in: *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, § 241 AktG Rn. 8.

³²⁰ S. zur GmbH: *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 47 Rn. 2, 3; *Drescher*, in: *MünchKomm* zum GmbHG, § 47 Rn. 7; s. zur Aktiengesellschaft: *Drescher*, in: *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, § 241 Rn. 8.

³²¹ *Winter*, in: *Schmitt/Hörtnagl*, UmwG, § 13 Rn. 17; *Gehling*, in: *Semler/Stengel*, UmwG, § 13 Rn. 11; *Drygala*, in: *Lutter*, UmwG, § 13 Rn. 8; *Böttcher*, in: *Böttcher/Habighorst/Schulte*, UmwR, § 13 Rn. 12; *Ghassemi-Tabar*, in: *MHdb* des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 11 Rn. 36.

³²² Vgl. *Heckschen*, in: *Widmann/Mayer*, UmwR, § 13 Rn. 53; *Zimmermann*, in: *Kallmeyer*, UmwG, § 13 Rn. 7; *Winter*, in: *Schmitt/Hörtnagl*, UmwG, § 13 Rn. 18.

entsprechend dem Beschlussinhalt abzuschließen bzw. durchzuführen.³²³ Der Beschluss enthält also zugleich eine Weisung an die Leitungsorgane, die Verschmelzung durchzuführen; es steht ab der Beschlussfassung somit nicht mehr in ihrem Ermessen, ob sie die Verschmelzung vollenden. Die Vertretungsorgane können vom vorgelegten Entwurf nur dann abweichen, wenn eine erneute Zustimmung der Anteilsinhaberversammlung eingeholt wird.³²⁴ Wird der Beschluss dagegen nach Abschluss des Verschmelzungsvertrages gefasst, wird der zunächst schwebend unwirksame Verschmelzungsvertrag erst im Zeitpunkt der Fassung aller notwendigen Verschmelzungsbeschlüsse wirksam.³²⁵ Haben die Anteilseigner nur eines Rechtsträgers dem abgeschlossenen Verschmelzungsvertrag zugestimmt, liegt darin ein formwirksames Angebot, an das der betroffene Rechtsträger gebunden ist.³²⁶

b) Verschmelzungsvertrag

Eine anfechtbare Rechtshandlung könnte zudem der Abschluss des Verschmelzungsvertrages sein. Dieser wirkt als typengemischter Vertrag³²⁷ einerseits organisationsrechtlich, als durch ihn die Strukturen der beteiligten Rechtsträger und die Rechtsverhältnisse der Anteilseigner untereinander neu geordnet werden.³²⁸ Ferner beinhaltet er Elemente eines schuldrechtlichen Austauschvertrages, indem sich der übertragende Rechtsträger zur Einbringung seines ganzen Vermögens in den übernehmenden Rechtsträger und der übernehmende Rechtsträger im Gegenzug zur Gewährung von Anteilen an die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers verpflichtet.³²⁹

c) Registereintragung

Ferner kommt die Eintragung der Verschmelzung in das zuständige Register als anfechtbare Rechtshandlung in Betracht.³³⁰ Gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG geht infolge der Eintragung das Vermögen der übertragenden Rechtsträger auf den übernehmenden Rechtsträger über. Es entspricht herrschender Meinung, dass auch richterliche Handlungen

³²³ Mayer, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 4 Rn. 9; Winter, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 13 Rn. 8; Heidinger, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 13 Rn. 23; Gehling, in: Semler/Stengel, UmwG, § 13 Rn. 62.

³²⁴ Heckschen, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 13 Rn. 61; Heidinger, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 13 Rn. 24.

³²⁵ Ghassemi-Tabar, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 11 Rn. 36; Gehling, in: Semler/Stengel, UmwG, § 13 Rn. 12; Stratz, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 13 Rn. 9; Drygala, in: Lutter, UmwG, § 13 Rn. 8; Austmann/Frost, ZHR 169 (2005), 431, 440.

³²⁶ Mayer, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 4 Rn. 9; Schröer, in: Semler/Stengel, UmwG, § 4 Rn. 21.

³²⁷ Drygala, in: Lutter, UmwG, § 4 Rn. 3; Hoger, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 8 Rn. 2.

³²⁸ Hoger, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 8 Rn. 3; Schröer, in: Semler/Stengel, UmwG, § 4 Rn. 4; Stratz, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 4 Rn. 7; Drygala, in: Lutter, UmwG, § 4 Rn. 4; Mayer, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 4 Rn. 21 ff.

³²⁹ Hoger, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 8 Rn. 4; Schröer, in: Semler/Stengel, UmwG, § 4 Rn. 5; Mayer, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 4 Rn. 22.

³³⁰ So auch Brünkman, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 84; Roth, ZInsO 2013, 1597, 1600.

grundsätzlich anfechtbare Rechtshandlungen sein können, wenn sie rechtliche Wirkungen entfalten.³³¹ Da für wichtige Anfechtungstatbestände (§§ 133, 132, 134 InsO) eine Rechtshandlung des Schuldners verlangt wird, wird die Registeranmeldung des Schuldners als potentieller Anfechtungsgegenstand aber von größerer Relevanz sein als die Registereintragung selbst.³³²

2. Verschmelzungsvertrag und Registereintragung als anfechtbare Rechtshandlungen

Fraglich ist, ob die genannten Handlungen jeweils gesondert angefochten werden können. In der Literatur wird zu dieser Thematik vertreten, dass die Verschmelzung eine mehraktige Rechtshandlung sei, die aus den Teilakten Verschmelzungsvertrag, Zustimmungsbeschlüsse und Registereintragungen bestehe. Die Verschmelzung sei daher erst vorgenommen i.S.v. § 140 InsO, wenn alle Teilakte vorgenommen wurden und sei insgesamt anfechtbar, wenn nur einer der oben genannten Teilakte im Verschmelzungsverfahren noch in die Anfechtungsfrist falle.³³³

Unter Berücksichtigung der zu Beginn dargelegten Grundsätze muss jedoch angenommen werden, dass die Registereintragung als Erfüllungshandlung hinsichtlich der aus dem Verschmelzungsvertrag folgenden schuldrechtlichen Verpflichtung gesondert angefochten werden kann. Wie bereits dargestellt, stellen Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft nach allgemeinen Grundsätzen getrennt anzufechtende Rechtshandlungen dar.³³⁴ Es ist nicht ersichtlich, wieso dieser Grundsatz im Rahmen der Insolvenzanfechtung einer Verschmelzung nicht gelten sollte.

Fraglich ist jedoch, ob Verschmelzungsvertrag und die Zustimmungsbeschlüsse der Anteilsinhaber gesondert anzufechten sind oder aber ob der Verschmelzungsvertrag eine mehraktige Rechtshandlung darstellt, die aus dem Abschluss des Vertrages sowie den Zustimmungsbeschlüssen der Anteilsinhaber besteht. Dafür, den Verschmelzungsvertrag als mehraktiges Rechtsgeschäft anzusehen, spricht, dass der Verschmelzungsvertrag nach § 13 Abs. 1 UmwG nur dann wirksam wird, wenn die Anteilsinhaber der beteiligten Rechtsträger ihm zustimmen. Bis zur Fassung des letzten notwendigen Zustimmungsbeschlusses ist der Verschmelzungsvertrag schwebend unwirksam.³³⁵ Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass auch sonstige Rechtshandlungen, deren Wirksamkeit von einer privatrechtlichen Zustimmung abhängen, mehraktige Rechtshandlungen darstellen.³³⁶ So stellt beispielsweise ein durch einen vollmachtlosen Vertreter abgeschlossener Vertrag, der anschließend vom Vertretenen genehmigt wird, eine

³³¹ Roth, ZInsO 2013, 1597, 1600; Brünkmans, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 84.

³³² Brünkmans, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 84.

³³³ Roth, ZInsO 2013, 1597, 1600; Brünkmans, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 85.

³³⁴ Kayser/Freudenberg, in: MünchKomm zur InsO, § 129 Rn. 57.

³³⁵ Ghassemi-Tabar, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 11 Rn. 36; Gehling, in: Semler/Stengel, UmwG, § 13 Rn. 12; Stratz, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 13 Rn. 9; Drygala, in: Lutter, UmwG, § 13 Rn. 8; Austmann/Frost, ZHR 169 (2005), 431, 440.

³³⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 30.09.2010 – IX ZR 177/07, NZI 2010, 981 Rn. 11; Urt. v. 20.09.1978 – VIII ZR 142/77, NJW 1979, 102, 103; Thole, in: Kayser/Thole, InsO, § 140 Rn. 4 aE; Kirchhof/Piekenbrock, in: MünchKomm zur InsO, § 140 Rn. 8; Borries/Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 140 Rn. 9.

mehraktige Rechtshandlung i.S.v. § 129 InsO dar, die erst im Zeitpunkt der Genehmigung wirksam wird.³³⁷ Dass der Abschluss des Verschmelzungsvertrages anders als die genannten Konstellationen behandelt werden soll, erscheint nicht nachvollziehbar. Somit sind Verschmelzungsvertrag und Zustimmungsbeschluss nicht gesondert anzufechtende Rechtshandlungen, sondern stellen eine mehraktige Rechtshandlung i.S.v. § 129 InsO dar.

III. Folge der Anfechtung nur einzelner Rechtshandlungen

Im Ergebnis kann sich der Insolvenzverwalter somit entscheiden, ob er nur das Grundgeschäft (Verschmelzungsvertrag mitsamt Zustimmungsbeschluss) oder nur das Erfüllungsgeschäft (Handelsregisteranmeldung) oder beide Rechtshandlungen anfecht. Eine gemeinsame Anfechtung von Grund- und Erfüllungsgeschäft kommt jedoch dann nicht mehr in Betracht, wenn eines der beiden Rechtshandlungen – meist das Grundgeschäft – nicht mehr in die Anfechtungsfrist fällt. Gerade deswegen scheint eine Prüfung lohnenswert, welche Folgen es hat, wenn nur eine der in Betracht kommenden Rechtshandlungen angefochten wird.

1. Isolierte Anfechtung des Grundgeschäfts

Wird allein das Grundgeschäft, also Verschmelzungsvertrag mitsamt Zustimmungsbeschluss, angefochten, verliert es seine rechtfertigende Wirkung und es erfolgt die Rückabwicklung der daraus erbrachten Leistungen zu Gunsten der Insolvenzmasse nach allgemeinen Vorschriften, insbesondere also nach den §§ 812 ff. BGB.³³⁸ Aufgrund der rechtlichen Unmöglichkeit der Rückübertragung in natura hat der übernehmende Rechtsträger also nach § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz für das im Wege der Verschmelzung übertragene Vermögen zu leisten.³³⁹

2. Isolierte Anfechtung des Erfüllungsgeschäfts

Eine isolierte Anfechtung des Erfüllungsgeschäfts (also die Registereintragung bzw. die Anmeldung zur Registereintragung) ist dagegen ungünstiger. Zum einen handelt es sich bei der Erfüllung solange um eine kongruente und damit schwerer anfechtbare Deckung, bis das Grundgeschäft wirksam bleibt.³⁴⁰ Zudem lebt die Forderung des Anfechtungsgegners, die durch die anfechtbare Leistung erloschen ist, bei tatsächlicher Rückgewähr des anfechtbar Erlangten in der Gestalt, die sie vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hatte, mit allen Neben- und Sicherungsrechten wieder auf.³⁴¹

³³⁷ *Kirchhof/Piekenbrock*, in: MünchKomm zur InsO, § 140 Rn. 8.

³³⁸ *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 103.

³³⁹ S. hierzu auch § 4 B.

³⁴⁰ *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 103.

³⁴¹ *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 103.

III. Zwischenergebnis

Im Ergebnis empfiehlt sich daher eine Anfechtung sowohl des Grund- als auch des Erfüllungsgeschäftes.³⁴² Die Anfechtung des Grundgeschäftes hat zur Folge, dass das Erfüllungsgeschäft inkongruent wird und damit leichter anzufechten ist.³⁴³ Demgegenüber verhindert eine Anfechtung des Erfüllungsgeschäftes, dass die schuldrechtliche Forderung wiederauflebt und die Masse belastet. Dementsprechend ist im Zweifel auch eine Anfechtungserklärung sowie eine entsprechende Klage als einheitliche Anfechtung von Grund- und Erfüllungsgeschäft auszulegen.³⁴⁴

B. Gläubigerbenachteiligung

Nach § 129 InsO kommt eine Anfechtung durch den Insolvenzverwalter zudem nur dann in Betracht, wenn die Insolvenzgläubiger in ihrer Gesamtheit durch die Rechtshandlung objektiv benachteiligt werden. Die Befriedigungsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger müssen sich ohne die fragliche Handlung bei wirtschaftlicher Betrachtung günstiger gestalten.³⁴⁵ Demnach kann eine Gläubigerbenachteiligung in einer Verkürzung der Aktiva, einer Vermehrung der Passiva oder in einer bloßen Erschwerung des Zugriffs oder einer Erschwerung oder Verzögerung der Verwertbarkeit des Schuldnervermögens liegen.³⁴⁶

Die Insolvenzordnung unterscheidet zudem zwischen einer unmittelbaren und einer mittelbaren Gläubigerbenachteiligung. Eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung ist nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen, namentlich im Rahmen von § 132 Abs. 1 InsO und § 133 Abs. 4 InsO, erforderlich. Diese liegt vor, wenn die Benachteiligung bereits mit der Vornahme der angefochteten Rechtshandlung (§ 140 InsO) selbst und ohne Hinzukommen späterer Umstände eintritt.³⁴⁷ Für sämtliche andere Anfechtungstatbestände reicht der Eintritt einer bloß mittelbaren Gläubigerbenachteiligung. Für das Vorliegen einer mittelbaren Gläubigerbenachteiligung genügt es, wenn zwar die Rechtshandlung allein noch keinen Nachteil für die Gläubiger bewirkte, aber die Grundlage für einen weiteren, gläubigerschädigenden Ablauf schuf.³⁴⁸

³⁴² So auch: *Kayser/Freudenberg*, in: Münchkomm zur InsO, § 129 Rn. 64; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 103.

³⁴³ *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 103.

³⁴⁴ *Kayser/Freudenberg*, in: Münchkomm zur InsO, § 129 Rn. 64.

³⁴⁵ St. Rspr; s. nur BGH, Urt. v. 16.11.2007 – IX ZR 194/04, NJW 2008, 655, 656; Urt. v. 20.11.2008 – IX ZR 130/07, NZI 2009, 105 Rn. 9.

³⁴⁶ BT-Drucks. 12/2443, S. 157; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 160; *De Bra*, in: Braun, InsO, § 129 Rn. 25; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 129 Rn. 63; *Schmidt*, in: Schmidt, InsO, § 129 Rn. 45; *Kluth*, in: Henning/Lackmann/Rein, Privatin solventz, § 129 Rn. 8.

³⁴⁷ BGH, Urt. v. 13.03.1997 – IX ZR 93/96, DtZ 1997, 228; Urt. v. 10.07.2014 – IX ZR 192/13, NZI 2014, 775 Rn. 48; *Dauernheim*, in: FK-InsO, § 129 Rn. 73; *Kayser/Freudenberg*, in: Münchkomm zur InsO, § 129 Rn. 113; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 235.

³⁴⁸ BGH, Urt. v. 19.04.2007 – IX ZR 59/06, NZI 2007, 462 Rn. 15; Urt. v. 08.11.2012 – IX ZR 77/11, WM 2012, 2340 Rn. 15; *Kayser/Freudenberg*, in: Münchkomm zur InsO, § 129 Rn. 121; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 236.

I. Benachteiligung der Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers

Im Rahmen einer Verschmelzung kommt sowohl eine unmittelbare als auch eine mittelbare Benachteiligung der Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers in Betracht.

1. Unmittelbare Gläubigerbenachteiligung

Eine unmittelbare Benachteiligung der Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers liegt in der Regel vor, wenn ein überschuldeter Rechtsträger auf den wirtschaftlich gesunden übernehmenden Rechtsträger verschmolzen wird oder der übernehmende Rechtsträger zwar auch selbst überschuldet ist, der übertragende Rechtsträger aber einen höheren Überschuldungsgrad aufweist als der übernehmende Rechtsträger.³⁴⁹

Wird ein überschuldeter Rechtsträger auf einen wirtschaftlich gesunden Rechtsträger verschmolzen und wird anschließend das Insolvenzverfahren über das Vermögen dieses verschmolzenen Rechtsträgers eröffnet, wird die Insolvenzmasse wegen des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung auf alle Gläubiger, also sowohl Altgläubiger des übertragenden als auch Altgläubiger des übernehmenden Rechtsträgers, gleichmäßig verteilt. Ohne die Verschmelzung wäre es jedoch zu gar keiner Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers gekommen und die Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers hätten keine Quote aus der Insolvenzmasse, sondern volle Befriedigung ihrer Forderung erlangen können.³⁵⁰

Ähnlich ist die Lage, wenn der übernehmende Rechtsträger zwar nicht wirtschaftlich gesund, aber zumindest nicht so stark überschuldet wie der übertragende Rechtsträger ist und die Überschuldung des übernehmenden Rechtsträgers durch die Verschmelzung vertieft wird. In diesem Fall wäre gegebenenfalls auch ohne Verschmelzung ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des übernehmenden Rechtsträgers eröffnet worden. Allerdings hätten die Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers in diesem Falle eine wesentlich höhere Quote aus der Insolvenzmasse erlangt, sodass sich ihre Befriedigungsmöglichkeiten ohne Verschmelzung besser dargestellt hätten. Auch in diesem Fall liegt durch die Verschmelzung eine kausal verursachte Gläubigerbenachteiligung vor.³⁵¹

2. Mittelbare Gläubigerbenachteiligung

Neben einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung sind jedoch auch Fälle denkbar, in denen die Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers infolge der Verschmelzung mittelbar benachteiligt werden. Beispielsweise kann eine mittelbare

³⁴⁹ S. hierzu den Beispielsfall in *Roth*, ZInsO 2013, 1597, 1601; ebenso *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 87.

³⁵⁰ S. hierzu den Beispielsfall in *Roth*, ZInsO 2013, 1597, 1601; ebenso *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 87.

³⁵¹ S. hierzu den Beispielsfall in *Roth*, ZInsO 2013, 1597, 1601; ebenso *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 87.

Gläubigerbenachteiligung vorliegen, wenn der übernehmende Rechtsträger einen (gesunden) Rechtsträger aus einem anderen Geschäftsbereich übernimmt, dessen Geschäfte sich nach Wirksamwerden der Verschmelzung – sei es aufgrund von äußeren Einflüssen (z.B. Naturkatastrophen, Materialmangel), sei es aufgrund einer schlechten Geschäftsführung durch den Schuldner – schlechter gestalten und schließlich zur Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers führen. Die Fallkonstellationen, in denen eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung infolge der Verschmelzung möglich erscheint, sind vielfältig. Ob eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung vorliegt, ist demnach eine Frage des Einzelfalls.

II. Benachteiligung der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers

Gleiches gilt im Grundsatz auch für die Benachteiligung der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers.

1. Unmittelbare Gläubigerbenachteiligung

Die Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers werden aufgrund der Verschmelzung unmittelbar benachteiligt, wenn der wirtschaftlich gesunde übertragende Rechtsträger auf einen überschuldeten übernehmenden Rechtsträger verschmolzen wird. Denn in diesem Fall wäre es ohne die Verschmelzung nicht zu einer Insolvenz gekommen und die Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers wären ohne Verschmelzung nicht nur quotaal befriedigt worden.³⁵²

Ebenso liegt eine unmittelbare Benachteiligung der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers vor, wenn der übertragende Rechtsträger vor Wirksamwerden der Verschmelzung zwar überschuldet war, aber nicht so einen hohen Überschuldungsgrad aufwies wie der übernehmende Rechtsträger. In diesem Fall hätten die Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers in der Insolvenz des übertragenden Rechtsträgers eine höhere Quote erhalten als nun in der Insolvenz des verschmolzenen Rechtsträgers.³⁵³

2. Mittelbare Gläubigerbenachteiligung

Infolge der Verschmelzung ist aber auch eine mittelbare Benachteiligung der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers denkbar. Auch hier sind die Fallkonstellationen vielfältig. Beispielsweise liegt eine mittelbare Benachteiligung der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers vor, wenn der übernehmende Rechtsträger zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Verschmelzung zwar wirtschaftlich gesund war, das Geschäft des übernehmenden Rechtsträgers sich nach Wirksamwerden der Verschmelzung jedoch aufgrund von äußeren Einflüssen oder einer nicht ordnungsgemäßen Geschäftsführung verschlechtert. Auch hier ist somit eine Betrachtung im Einzelfall vorzunehmen.

³⁵² *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 88; *Roth*, ZInsO 2013, 1597, 1601.

³⁵³ *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 88; *Roth*, ZInsO 2013, 1597, 1601.

C. Zusammenfassendes Ergebnis

Im Ergebnis stellen in erster Linie der Verschmelzungsvertrag mitsamt Zustimmungsbeschlüssen der Anteilsinhaber sowie die Anmeldungen zur Registereintragung anfechtbare Rechtshandlungen i.S.d. § 129 Abs. 1 InsO dar. Diese benachteiligen die Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers unter anderem dann, wenn durch die Verschmelzung eines überschuldeten Rechtsträgers auf den übernehmenden Rechtsträger auch Letzterer überschuldet wird oder seine Überschuldung vertieft wird. Die Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers können durch die Verschmelzung beispielhaft benachteiligt werden, wenn sie auf einen Rechtsträger verschmolzen werden, der einen höheren Überschuldungsgrad als der übertragende Rechtsträger selbst aufweist.

§ 8 Anfechtungstatbestände

Nachdem die allgemeinen Anfechtungsvoraussetzungen, namentlich das Vorliegen einer Rechtshandlung sowie die Gläubigerbenachteiligung, dargestellt wurden, soll im Folgenden auf die einzelnen Anfechtungstatbestände eingegangen werden. Ein besonderer Schwerpunkt wird dabei auf den Beweis der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen sowie auf die in der Praxis häufig vorkommende Konzernverschmelzung gelegt.

A. Die unterschiedlichen Anfechtungstatbestände

I. Deckungshandlungen (§§ 130, 131 InsO)

Zunächst kommen bei der Anfechtung einer Verschmelzung die Tatbestände der Deckungsanfechtung gemäß §§ 130, 131 InsO in Betracht. Die §§ 130, 131 InsO erklären bestimmte Handlungen für anfechtbar, die während der wirtschaftlichen Krise des Schuldners vorgenommen worden sind und setzen somit den Grundsatz der Gleichbehandlung sämtlicher Gläubiger bereits für den Zeitpunkt des Eintritts derjenigen Vermögensverschlechterung durch, welche die Insolvenz zur Folge hat.³⁵⁴

1. Tatbestandsvoraussetzungen

a) *Sicherung oder Befriedigung*

Nach §§ 130, 131 InsO kann nur das Verschaffen einer Sicherung oder Befriedigung, mithin eine Deckungshandlung, anfechtbar sein. § 131 InsO erfasst nur inkongruente Deckungen, also solche Leistungen, die der Gläubiger nicht, nicht in dieser Art oder nicht zu diesem Zeitpunkt beanspruchen konnte.³⁵⁵ Dagegen erfasst § 130 InsO dem Wortlaut nach kongruente Deckungen. Kongruente Deckungen sind solche, die der Gläubiger in dieser Form und zu dieser Zeit beanspruchen konnte.³⁵⁶ Da kongruente Deckungen jedoch den Oberbegriff bilden, als es bei ihnen auf die Frage der Kongruenz oder Inkongruenz nicht ankommt, gilt § 130 InsO im Ergebnis sowohl für die Insolvenzanfechtung kongruenter als auch für die Insolvenzanfechtung inkongruenter Deckungen.³⁵⁷

³⁵⁴ Thole, in: Kayser/Thole, InsO, § 130 Rn. 4; Schoppmeyer, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 130 Rn. 3; Borries/Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 130 Rn. 1; Ganter/Weinland, in: Schmidt, InsO, § 130 Rn. 6 f.

³⁵⁵ Ganter/Weinland, in: Schmidt, InsO, § 131 Rn. 9; Leithaus, in: Andres/Leithaus, InsO, § 131 Rn. 3; Borries/Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 131 Rn. 3; Kayser/Freudenberg, in: Münchkomm zur InsO, § 131 Rn. 8 ff.

³⁵⁶ de Bra, in: Braun, InsO, § 130 Rn. 1; Hallermann, S. 53.

³⁵⁷ Borries/Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 130 Rn. 6; Kayser/Freudenberg, in: Münchkomm zur InsO, § 130 Rn. 6; BGH, Urt. v. 19.01.2012 – IX ZR 2/11, NZI 2012, 177, 178.

b) Insolvenzgläubiger

Die Rechtshandlung muss des Weiteren gerade die Deckung eines Insolvenzgläubigers bewirkt haben. Welche Forderungen zu einer Stellung als Insolvenzgläubiger führen, richtet sich nach den §§ 38, 39 InsO.³⁵⁸ Insolvenzforderungen können damit nur Ansprüche des Schuldners sein, die Vermögensansprüche sind, also Ansprüche, die in Geld bestehen oder umgerechnet werden könnten.³⁵⁹

Die Beschränkung der §§ 130, 131 InsO auf Insolvenzforderungen liegt der Gedanke zugrunde, dass die genannten Anfechtungstatbestände die Wirkungen der Insolvenzeröffnung auf den Zeitpunkt der materiellen Insolvenz verlagern, weil von da an der Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz gilt. Die Gläubigeranfechtung nach den §§ 130, 131 InsO soll damit nur solche Leistungen erfassen, die nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ihrer Art nach hätten zur Tabelle festgestellt werden können.³⁶⁰

Zu den Insolvenzforderungen zählen neben Zahlungsansprüchen demnach Ansprüche auf vertretbare Handlungen i.S.v. § 887 ZPO, da diese grundsätzlich in Geld umgerechnet werden können.³⁶¹ Dagegen unterliegen unvertretbare Handlungspflichten nicht der Deckungsanfechtung.³⁶² Solche unvertretbaren Handlungen sind nämlich nicht aus dem Vermögen des Schuldners betreibbar, sondern können nur von ihm persönlich erzwungen werden (vgl. § 888 Abs. 1 ZPO). Sie können daher auch dann nicht als Insolvenzforderung qualifiziert werden, wenn sie einen berechenbaren Vermögenswert haben.³⁶³ Insbesondere davon erfasst sind Ansprüche auf die Abgabe bestimmter Erklärungen, soweit nicht § 894 ZPO eingreift.³⁶⁴

c) Weitere Anfechtungsvoraussetzungen

Die §§ 130, 131 InsO verlangen sodann weitere Anfechtungsvoraussetzungen. Nach § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO ist eine (kongruente und inkongruente)³⁶⁵ Deckungshandlung anfechtbar, wenn sie in den letzten drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden ist, der Schuldner zur Zeit der Handlung zahlungsunfähig war und der Gläubiger zu dieser Zeit die Zahlungsunfähigkeit kannte. Wurde die Rechtshandlung nach dem Eröffnungsantrag vorgenommen, genügt es gemäß

³⁵⁸ Thole, in: Kayser/Thole, InsO, § 130 Rn. 10; Schoppmeyer, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 130 Rn. 45a; Ganter/Weinland, in: Schmidt, InsO, § 130 Rn. 25; Kayser/Freudenberg, in: Münchkomm zur InsO, § 130 Rn. 17.

³⁵⁹ Ehrlicke/Behme, in: Münchkomm zur InsO, § 38 Rn. 18; Ries, in: Kayser/Thole, InsO, § 38 Rn. 14; Andres, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 38 Rn. 5; Bäuerle, in: Braun, InsO, § 38 Rn. 2.

³⁶⁰ Schoppmeyer, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 131 Rn. 20.

³⁶¹ Schoppmeyer, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 130 Rn. 47; Sinz, in: Uhlenbruck, InsO, § 38 Rn. 19.

³⁶² Vgl. OLG Neustadt, Urt. v. 07.10.1964 – 3 O 135/64, NJW 1965, 257; Ehrlicke/Behme, in: Münchkomm zur InsO, § 38 Rn. 50; Andres, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 38 Rn. 9; Sinz, in: Uhlenbruck, InsO, § 38 Rn. 20.

³⁶³ Ehrlicke/Behme, in: Münchkomm zur InsO, § 38 Rn. 50.

³⁶⁴ Sinz, in: Uhlenbruck, InsO, § 38 Rn. 21.

³⁶⁵ Borries/Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 130 Rn. 6; Kayser/Freudenberg, in: Münchkomm zur InsO, § 130 Rn. 6; BGH, Urt. v. 19.01.2012 – IX ZR 2/11, NZI 2012, 177, 178.

§ 130 Abs. 1 Nr. 2 InsO, dass der Gläubiger zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag kannte.

Dagegen erfasst § 131 InsO lediglich den Fall der inkongruenten Deckung. Eine inkongruente Deckung ist, ohne dass der Anfechtungsgegner die Inkongruenz kennen müsste, ohne weiteres anfechtbar, wenn sie im letzten Monat vor dem Insolvenzantrag oder nach diesem Antrag vorgenommen wurde, § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Wurde sie im zweiten oder dritten Monat vor dem Insolvenzantrag vorgenommen, ist sie anfechtbar, wenn der Schuldner bereits zahlungsunfähig war (§ 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO) oder wenn der Gläubiger wusste, dass die Rechtshandlung die Insolvenzgläubiger benachteiligte (§ 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO) oder wenn er Umstände kannte, die zwingend darauf schließen ließen (§ 131 Abs. 2 S. 1 InsO).

Hinsichtlich der Zahlungsunfähigkeit ist auf die zu § 17 InsO geltenden Grundsätze zurückzugreifen.³⁶⁶ So ist der Schuldner nach § 17 Abs. 2 S. 1 InsO zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Dies verlangt nach herrschender Ansicht, dass der Schuldner einen nicht nur geringfügigen Teil seiner Zahlungspflichten wegen eines objektiven und kurzfristigen nicht zu behenden Mangels an Zahlungsmitteln nicht mehr erfüllen kann.³⁶⁷ Liegt eine Zahlungseinstellung gemäß § 17 Abs. 2 S. 2 InsO vor, wird zudem die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners vermutet.

2. Die Registereintragung als Deckungshandlung?

In der Literatur wird zum Teil vertreten, dass im Rahmen eines Verschmelzungsvorgangs bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen die Registereintragung als Deckungshandlung angefochten werden könne.³⁶⁸ In der Tat dient die Registereintragung der Erfüllung der schuldrechtlichen Verpflichtung aus dem Verschmelzungsvertrag.³⁶⁹ Allerdings ist die durch die Registereintragung erfüllte Forderung gerade keine Insolvenzforderung i.S.v. § 38 InsO. Denn das Bewirken der Registereintragung stellt vielmehr eine unvertretbare Handlung dar, zu der gemäß § 16 Abs. 1 UmwG grundsätzlich nur die Vertretungsorgane der beteiligten Rechtsträger berechtigt bzw. verpflichtet sind. Auch wenn die Handelsregistereintragung einen berechenbaren Vermögenswert hat, kann sie somit nicht als Deckungshandlung nach den §§ 130, 131 InsO angefochten werden.

Andere Deckungshandlungen i.S.v. §§ 130, 131 InsO sind im Rahmen eines Verschmelzungsvorgangs – soweit ersichtlich – nicht gegeben. Eine Anfechtung nach den §§ 130, 131 InsO scheidet somit aus.

³⁶⁶ Schoppmeyer, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 130 Rn. 68;

³⁶⁷ BGH, Urt. v. 24.05.2005 – IX ZR 123/04, ZVI 2005, 408, 409; Mönning/Gutheil, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 17 Rn. 11; Arnold, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 17 InsO Rn. 1.

³⁶⁸ Brünkmans, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 89.

³⁶⁹ Schröer, in: Semler/Stengel, UmwG, § 4 Rn. 46; Winter, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 4 Rn. 11; Lutter, UmwG, § 4 Rn. 36.

II. Unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen (§ 132 InsO)

Fraglich ist jedoch, ob die Verschmelzung gemäß § 132 InsO angefochten werden kann.

1. Tatbestandsvoraussetzungen

Nach § 132 Abs. 1 InsO ist ein Rechtsgeschäft des Schuldners, das die Insolvenzgläubiger unmittelbar benachteiligt, anfechtbar, wenn es in den letzten drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden ist, wenn zur Zeit des Rechtsgeschäfts der Schuldner zahlungsunfähig war und wenn der andere Teil zu dieser Zeit die Zahlungsunfähigkeit kannte (§ 132 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Dem steht es gleich, wenn das Rechtsgeschäft nach dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden ist und der Gläubiger zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag kannte (§ 132 Abs. 1 Nr. 2 InsO).

Anders als die Anfechtungstatbestände der §§ 130, 131 InsO setzt § 132 Abs. 1 InsO die Vornahme eines Rechtsgeschäfts voraus. Der Begriff des Rechtsgeschäfts bezeichnet dabei den aus einer oder mehreren privaten Willenserklärungen bestehenden Tatbestand, an den die Rechtsordnung den Eintritt des in der Willenserklärung bezeichneten rechtlichen Erfolgs knüpft.³⁷⁰ Zu den Rechtsgeschäften i.S.v. § 132 Abs. 1 InsO gehören zwar grundsätzlich auch Verfügungsgeschäfte, bei Erfüllungshandlungen, die eine Deckung gegenüber einem Insolvenzgläubiger bewirken, tritt die Vorschrift allerdings gegenüber den vorrangigen §§ 130, 131 InsO zurück.³⁷¹ Von § 132 Abs. 1 InsO erfasst werden damit vor allem schuldrechtlich verpflichtende Verträge.³⁷²

Des Weiteren verlangt § 132 Abs. 1 InsO eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung, also eine Benachteiligung, die ohne Hinzukommen späterer Umstände bereits mit Vollendung der angefochtenen Rechtshandlung selbst eintritt.³⁷³

Darüber hinaus normiert § 132 Abs. 2 InsO einen Auffangtatbestand für solche Rechtshandlungen, die zwar keine unmittelbar die Gläubiger benachteiligenden Rechtsgeschäfte darstellen, aber eine vergleichbare Wirkung haben.³⁷⁴ Nach § 132 Abs. 2 InsO steht nämlich eine andere Rechtshandlung des Schuldners, durch die der Schuldner ein Recht verliert oder nicht mehr geltend machen kann oder durch die ein vermögensrechtlicher Anspruch gegen ihn erhalten oder durchsetzbar wird, einem die Insolvenzgläubiger unmittelbar benachteiligenden Rechtsgeschäft gleich.

³⁷⁰ Müller, in: Erman, BGB, Einl. vor § 104 Rn. 2; Armbrüster, in: Münchkomm zum BGB, Vor § 116 Rn. 3; Kayser/Freudenberg, in: Münchkomm zur InsO, § 132 Rn. 6.

³⁷¹ BT-Drs. 12/2443, 159 zu § 147 RegE; Ganter/Weinland, in: Schmidt, InsO, § 132 Rn. 16; Nerlich, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 132 Rn. 8.

³⁷² Kayser/Freudenberg, in: Münchkomm zur InsO, § 132 Rn. 7; Borries/Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 132 Rn. 2; de Bra, in: Braun, InsO, § 132 Rn. 4; Nerlich, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 132 Rn. 16.

³⁷³ St. Rspr, s. nur: BGH, Urt. v. 13.03.97 – IX ZR 93/96, DtZ 1997, 228; Kayser/Freudenberg, in: Münchkomm zur InsO, § 129 Rn. 113; Borries/Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 235.

³⁷⁴ Ganter/Weinland, in: Schmidt, InsO, § 132 Rn. 39.

Eine anfechtbare Rechtshandlung i.S.v. § 132 Abs. 2 InsO, durch die der Schuldner ein Recht nicht mehr geltend machen kann, liegt beispielsweise vor, wenn der Schuldner es unterlässt, Rechtsmittel oder Rechtsbehelfe einzulegen und deshalb einen aussichtsreichen Aktivprozess verliert oder wenn er eine Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung unterlässt.³⁷⁵ Anders als bei § 132 Abs. 1 InsO genügt nach hM im Rahmen von § 132 Abs. 2 InsO eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung.³⁷⁶ Gestützt wird diese Ansicht vornehmlich auf den Gesetzeswortlaut des § 132 Abs. 2 InsO, der gerade keine unmittelbare Benachteiligung voraussetzt.³⁷⁷

2. Der Verschmelzungsvertrag als unmittelbar nachteiliges Rechtsgeschäft

Im Rahmen eines Verschmelzungsvorgangs fällt unter den Anfechtungstatbestand des § 132 InsO als Rechtsgeschäft i.S.v. § 132 Abs. 1 InsO insbesondere der Abschluss des Verschmelzungsvertrages. Für die Gläubiger desjenigen an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträgers, der wirtschaftlich gesund ist oder jedenfalls einen niedrigeren Verschuldungsgrad als der andere Rechtsträger hat, dürfte im Abschluss des Verschmelzungsvertrages stets eine unmittelbare Benachteiligung liegen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Rechtsträger mit höherem Verschuldungsgrad überschuldet ist und ein Insolvenzverfahren bevorsteht.³⁷⁸ Denn in diesem Fall verringert sich infolge des Wirksamwerdens der Verschmelzung die Befriedigungsquote der betroffenen Gläubiger, ohne dass es des Hinzutretens weiterer Umstände bedürfte.

Das Vertretungsorgan des Anfechtungsgegners muss sodann – um die weiteren Anfechtungsvoraussetzungen zu erfüllen – die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (Nr. 1) oder den Eröffnungsantrag (Nr. 2) kennen. Die Kenntnis des Vertretungsorgans von der Zahlungsunfähigkeit oder dem Eröffnungsantrag wird dem betroffenen Rechtsträger zugerechnet.³⁷⁹

Aufgrund der kurz bemessene Frist (3 Monate vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens) wird § 132 InsO im Rahmen der Anfechtung eines Verschmelzungsvorgangs aber wohl nur selten in Betracht kommen.³⁸⁰

³⁷⁵ *Leithaus*, in: Andres/Leithaus, InsO, § 132 Rn. 7; *de Bra*, in: Braun, InsO, § 132 Rn. 14; *Ganter/Weinland*, in: Schmidt, InsO, § 132 Rn. 41; *Kayser/Freudenberg*, in: Münchkomm zur InsO, § 132 Rn. 24; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 132 Rn. 34; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 132 Rn. 13.

³⁷⁶ *Dauernheim*, in: FK-InsO, § 132 Rn. 9; *Thole*, in: Kayser/Thole, InsO, § 132 Rn. 10; *Kayser*, in: Münchkomm zur InsO, § 132 Rn. 27; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 132 Rn. 37; *Ede/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 132 Rn. 14; *Ganter/Weinland*, in: Schmidt, InsO, § 132 Rn. 49; a.A.: *de Bra*, in: Braun, InsO, § 132 Rn. 20; *Eckardt*, ZIP 1999, 1734, 1742.

³⁷⁷ *Ganter/Weinland*, in: Schmidt, InsO, § 132 Rn. 49.

³⁷⁸ So auch *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 93.

³⁷⁹ *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 132 Rn. 30; vgl. auch *Thole*, in: Kayser/Thole, InsO, § 130 Rn. 41.

³⁸⁰ So auch *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 94.

III. Vorsätzliche Benachteiligung (§ 133 InsO)

1. Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung

a) *Allgemeines*

Nach § 133 Abs. 1 S. 1 InsO ist eine Rechtshandlung anfechtbar, die der Schuldner in den letzten 10 Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Sinn und Zweck der Norm ist es, sozial inadäquates Verhalten des Schuldners zu sanktionieren.³⁸¹ Anders als bei den §§ 130-132 InsO geht es somit nicht um eine Vorverlagerung der Gläubigergleichbehandlung, sondern vielmehr um die Rückabwicklung missbilligender Schuldnerhandlungen.³⁸²

b) *Objektiver Tatbestand*

Hinsichtlich des objektiven Tatbestandes fordert § 133 Abs. 1 InsO eine Rechtshandlung des Schuldners in den letzten 10 Jahren vor dem Insolvenzantrag sowie eine objektive Gläubigerbenachteiligung. Wie aus einem Umkehrschluss zu Abs. 4 ersichtlich, der bezüglich der in § 133 Abs. 2 InsO normierten Beweislastregelung explizit eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung fordert, reicht für § 133 Abs. 1 InsO eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung aus.³⁸³

Die Rechtshandlung des Schuldners muss nach Abs. 1 in den letzten 10 Jahren vor dem Insolvenzantrag oder nach diesem Antrag vorgenommen worden sein. Sollen jedoch (kongruente oder inkongruente) Deckungen angefochten werden, beträgt der relevante Zeitraum nach § 133 Abs. 2 InsO 4 Jahre.

c) *Subjektiver Tatbestand*

Die entscheidenden Hürden für die Vorsatzanfechtung liegen im subjektiven Tatbestand.³⁸⁴ § 133 Abs. 1 S. 1 setzt voraus, dass der Schuldner mit dem Vorsatz gehandelt hat, seine Gläubiger zu benachteiligen, sowie dass der andere Teil zur Zeit der Handlung Kenntnis vom Vorsatz des Schuldners hatte.

³⁸¹ Bork, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 133 Rn. 2; Kayser/Freudenberg, in: Münchkomm zur InsO, § 133 Rn. 1a; Ganter/Weinland, in: Schmidt, InsO, § 133 Rn. 6.

³⁸² Thole, in: Kayser/Thole, InsO, § 133 Rn. 4; Bork, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 133 Rn. 2; Borries/Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 133 Rn. 3.

³⁸³ BGH, Urt. v. 10.01.2008 – IX ZR 33/07, NZI 2008, 233, 234 Rn. 12; Thole, in: Kayser/Thole, InsO, § 133 Rn. 9; Bork, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 133 Rn. 21; Nerlich, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 133 Rn. 14.

³⁸⁴ So auch Bork, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 133 Rn. 22.

aa) Gläubigerbenachteiligungsvorsatz

(1) Anforderungen

Der Benachteiligungsvorsatz³⁸⁵ liegt vor, wenn der Schuldner die Benachteiligung der Gläubiger als Erfolg seiner Rechtshandlung will oder als mutmaßliche Folge erkennt und billigt.³⁸⁶ Der Schuldner muss also entweder wissen, dass er neben dem Anfechtungsgegner nicht sämtliche Gläubiger in angemessener Zeit befriedigen kann oder sich diese Folge zumindest als möglich vorstellen (kognitives Element), aber in Kauf genommen haben, ohne sich durch die Vorstellung dieser Möglichkeit von seinem Handeln abhalten zu lassen (voluntatives Element).³⁸⁷ Die Gläubigerbenachteiligung muss dabei nicht der Beweggrund oder der vorrangige Zweck des Schuldnerhandelns sein.³⁸⁸ Vielmehr reicht es aus, wenn der Schuldner eine Gläubigerbenachteiligung i.S.e. bedingten Vorsatzes wenigstens als notwendige Nebenfolge billigend in Kauf nimmt.³⁸⁹

Die Anforderungen an den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz gelten dabei unabhängig davon, ob es sich bei der anfechtbaren Rechtshandlung um eine inkongruente oder eine kongruente Deckung handelt. Auch bei kongruenten Deckungsgeschäften genügt also ein bedingter Vorsatz des Schuldners.³⁹⁰

(2) Indizien

Ob der Benachteiligungsvorsatz des Schuldners vorliegt, entscheidet der Tatrichter unter Würdigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalles auf der Grundlage des Gesamtergebnisses der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme (§ 286 ZPO).³⁹¹ Im Rahmen der Beweiswürdigung nach § 286 ZPO ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH auf bestimmte objektive Anhaltspunkte (Beweisanzeichen) zurückzugreifen, aus denen sich jedenfalls mittelbar auf einen Benachteiligungsvorsatz des

³⁸⁵ Vgl. zu den materiell-rechtlichen Anforderungen an den Benachteiligungsvorsatz: *Thole*, KTS 2007, 293, 301 f.

³⁸⁶ BGH, Urt. v. 05.03.2009 – IX ZR 85/07, NJW 2009, 1601, 1602; Urt. v. 10.02.2005 – IX ZR 211/02, NJW 2005, 1121, 1123; *Thole*, in: *Kayser/Thole*, InsO, § 133 Rn. 18; *Kayser/Freudenberg*, in: *Münchkomm zur InsO*, § 133 Rn. 13; *Borries/Hirte*, in: *Uhlenbruck*, InsO, § 133 Rn. 35; *Nerlich*, in: *Nerlich/Römermann*, InsO, § 133 Rn. 21; *Ganter/Weinland*, in: *Schmidt*, InsO, § 133 Rn. 31 ff.

³⁸⁷ BGH, Urt. v. 24.05.2007 – IX ZR 97/06, NZI 2007, 512 Rn. 8; Urt. v. 05.03.2009 – IX ZR 85/07, NJW 2009, 1601 Rn. 10; *Kayser/Freudenberg*, in: *Münchkomm zur InsO*, § 133 Rn. 13.

³⁸⁸ BGH, Urt. v. 10.07.2014 – IX ZR 280/13, NJW-RR 2014, 1266, 1267 Rn. 22.

³⁸⁹ BGH, Urt. v. 17.07.2003 – IX ZR 272/02, NJW 2003, 3560, 3561; *Kayser/Freudenberg*, in: *Münchkomm zur InsO*, § 133 Rn. 13a; *Thole*, in: *Kayser/Thole*, InsO, § 133 Rn. 16; *Leithaus*, in: *Andres/Leithaus*, InsO, § 133 Rn. 4.

³⁹⁰ *Bork*, in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, § 133 Rn. 25.

³⁹¹ St. Rspr.; vgl. nur BGH, Urt. v. 25.02.2016 – IX ZR 109/15, ZIP 2016, 627 Rn. 11; Urt. v. 01.07.2010 – IX ZR 58/09, ZIP 2010, 1702 Rn. 15; Urt. v. 18.03.2010 – IX ZR 57/09, ZIP 2010, 841 Rn. 18.

Schuldners schließen lässt.³⁹² Voraussetzung ist aber stets, dass der Schuldner diese Indizien kannte.³⁹³

a. Inkongruenz

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH bildet insbesondere eine inkongruente Deckung ein starkes Beweisanzeichen für die Benachteiligungsabsicht des Schuldners.³⁹⁴ Dies beruht auf dem Gedanken, dass der Schuldner regelmäßig nicht bereit sein wird, anderes oder mehr zu leisten, als er schuldet. Tut er dies doch zugunsten eines Gläubigers, so liegt er Verdacht nahe, dass dieser zum Nachteil der anderen Gläubiger begünstigt werden sollte.³⁹⁵

Der tatsächliche Beweiswert der Inkongruenz hängt von der Art und dem konkreten Ausmaß der Inkongruenz sowie den Umständen des Einzelfalls ab.³⁹⁶ Je geringer die Inkongruenz im Einzelfall ist, desto mehr tritt sie als Beweisanzeichen in ihrer Bedeutung zurück.³⁹⁷ Schließlich kann der Beweiswert der Inkongruenz vollständig entkräftet sein, etwa wenn Umstände feststehen, die den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners ernsthaft in Frage stellen. Das wird beispielsweise anzunehmen sein bei einem anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen des Schuldners, der das Bewusstsein der Benachteiligung anderer Gläubiger infolgedessen in den Hintergrund treten lässt, so unter anderem bei Leistungen im Rahmen eines Sanierungskonzeptes.³⁹⁸ Die Indizwirkung einer inkongruenten Deckung kann ferner entfallen, wenn die Rechtshandlung zu einer Zeit vorgenommen wird, in welcher der Schuldner zweifelsfrei liquide ist.³⁹⁹

b. Kenntnis der eigenen (drohenden) Zahlungsunfähigkeit

Nach bisheriger Rechtsprechung des BGH war des Weiteren die erkannte Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ein Beweisanzeichen für die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung. Begründet wurde dies damit, dass ein Schuldner, der seine Krise kenne, auch wisse, dass eine (kongruente) Leistung an einen Gläubiger möglicherweise die anderen Gläubiger benachteilige. Leiste er trotzdem, so nehme er diese Benachteiligung billigend in Kauf und handle deshalb mit

³⁹² BGH, Urt. v. 14.07.2016 – IX ZR 188/15, ZIP 2016, 1686 Rn. 12; Urt. v. 24.03.2016 – IX ZR 242/13, ZIP 2016, 874 Rn. 7; Urt. v. 07.11.2013 – IX ZR 49/13, ZIP 2013, 2318 Rn. 8; Urt. v. 08.12.2011 – IX ZR 156/09, ZIP 2012, 137 Rn. 9.

³⁹³ Bork, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 133 Rn. 26.

³⁹⁴ BGH, Urt. v. 24.10.2013 – IX ZR 104/13, ZIP 2013, 2262 Rn. 10 f.; Urt. v. 10.01.2013 – IX ZR 28/12, NZI 2013, 253 Rn. 21; Urt. v. 06.12.2012 – IX ZR 3/12, ZIP 2013, 228 Rn. 46.

³⁹⁵ St. Rspr des IX. Zivilsenats des BGH, vgl. nur BGH, Urt. v. 19.12.2013 – IX ZR 127/11, ZIP 2014, 231; so auch Thole, in: Kayser/Thole, InsO, § 133 Rn. 31; Bork, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 133 Rn. 30; Huber, in: Graf/Schlicker, InsO, § 133 Rn. 26.

³⁹⁶ BGH, Urt. v. 16.10.2008 – IX ZR 183/06, ZIP 2009, 91 Rn. 52; Urt. v. 18.12.2003 – IX ZR 199/02, ZIP 2004, 319, 323; so auch Bork, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 133 Rn. 31; Thole, in: Kayser/Thole, § 133 Rn. 34.

³⁹⁷ Bork, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 133 Rn. 31.

³⁹⁸ BGH, Urt. v. 08.12.2011 – IX ZR 156/09, ZIP 2012, 137 Rn. 11; Urt. v. 05.03.2009 – IX ZR 85/07, ZIP 2009, 922, 924 Rn. 17; Urt. v. 12.11.1992 – IX ZR 236/91, ZIP 1993, 276, 279.

³⁹⁹ BGH, Urt. v. 07.11.2013 – IX ZR 248/12, ZIP 2013, 2368 Rn. 12 ff.

Gläubigerbenachteiligungsvorsatz.⁴⁰⁰ Dementsprechend ging der BGH bisher auch davon aus, dass der Anfechtungsgegner regelmäßig den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners kenne, wenn er um dessen Zahlungsunfähigkeit wisse.⁴⁰¹ Hinsichtlich der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit könne dabei auch auf die gesetzliche Vermutung bei der Zahlungseinstellung gemäß § 17 Abs. 2 S. 2 InsO zurückgegriffen werden: Kennen Schuldner und Anfechtungsgegner Tatsachen, aus denen sich die Zahlungseinstellung des Schuldners ergebe, hätten sie damit auch Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit.⁴⁰²

An dieser Rechtsprechung hält der BGH seit dem Urteil vom 6. Mai 2021⁴⁰³ nicht mehr vollständig fest. Anders als die bisherige Rechtsprechung des BGH sei nach dem genannten Urteil bezüglich des Vorliegens eines Benachteiligungsvorsatzes nicht mehr alleine auf die Kenntnis von der aktuellen Zahlungsunfähigkeit abzustellen, sondern entscheidend sei, dass der Schuldner mindestens billigend in Kauf nehme, auch künftig seine Gläubiger nicht befriedigen zu können.⁴⁰⁴ Anders als zuvor solle somit ein in die Zukunft gerichteter Blickwinkel angenommen werden.⁴⁰⁵ Die gegenwärtige Zahlungsunfähigkeit spreche demnach nur dann für einen Benachteiligungsvorsatz des Schuldners, wenn sie ein Ausmaß angenommen habe, das eine vollständige Befriedigung der Gläubiger auch in Zukunft nicht erwarten lasse.⁴⁰⁶ Von Bedeutung sei in diesem Zusammenhang die bestehende Deckungslücke zwischen dem liquiden Vermögen des Schuldners und seinen Verbindlichkeiten. Habe die Deckungslücke ein Ausmaß erreicht, das selbst bei optimistischer Einschätzung der zukünftigen Entwicklung in absehbarer Zeit keine vollständige Befriedigung der bereits vorhandenen und der absehbar hinzutretenden Gläubiger erwarten ließe, müsse dem Schuldner klar sein, dass er nicht einzelne Gläubiger befriedigen könne, ohne andere zu benachteiligen.⁴⁰⁷ Was für ein Zeitraum dem Schuldner zur Beseitigung seiner Liquiditätslücke zur Verfügung stehe, hänge dabei vom Verhalten der Gläubiger ab. Wenn es erheblichen Mahn- und Vollstreckungsdruck der Gläubiger gebe, begrenze dies den Zeitraum.⁴⁰⁸

Begründet wird die Neuausrichtung des BGH unter anderem wie folgt: Da die Gewährung einer inkongruenten Deckung ein eigenständiges Beweisanzeichen sei, liege der eigentliche Anwendungsbereich des Beweisanzeichens der Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit in der Gewährung von kongruenten Deckungen. Im Falle der Gewährung von kongruenten Deckungen führe der Schluss von der erkannten Zahlungsunfähigkeit auf die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung jedoch zu einem weitgehenden Gleichlauf mit den Voraussetzungen der Deckungsanfechtung nach § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO und damit

⁴⁰⁰ BGH, Urt. v. 14.09.2017 – IX ZR 3/16, WM 2017, 2319 Rn. 8; Beschl. v. 05.03.2020 – IX ZR 171/18, ZInsO 2020, 893 Rn. 10.

⁴⁰¹ BGH, Urt. v. 14.07.2016 – IX ZR 188/15, WM 2016, 1701 Rn. 14; Beschl. v. 05.03.2020 – IX ZR 171/18, ZInsO 2020, 893 Rn. 10.

⁴⁰² BGH, Urt. v. 18.07.2013 – IX ZR 143/12, WM 2013, 1993 Rn. 17.

⁴⁰³ BGH, Urt. v. 06.05.2021 – IX ZR 72/20, WM 2021, 1339.

⁴⁰⁴ BGH, Urt. v. 06.05.2021 – IX ZR 72/20, WM 2021, 1339 Rn. 36.

⁴⁰⁵ So auch *Kiesel*, FD-InsR 2021, 440635.

⁴⁰⁶ BGH, Urt. v. 06.05.2021 – IX ZR 72/20, WM 2021, 1339 Rn. 36

⁴⁰⁷ BGH, Urt. v. 06.05.2021 – IX ZR 72/20, WM 2021, 1339 Rn. 46.

⁴⁰⁸ BGH, Urt. v. 06.05.2021 – IX ZR 72/20, WM 2021, 1339 Rn. 47.

faktisch zu einer Verlängerung des nach dieser Vorschrift maßgeblichen Anfechtungszeitraums. Dies entspreche aber nicht dem Willen des Gesetzgebers und stieße auf gesetzssystematische Bedenken.⁴⁰⁹

Des Weiteren käme nur durch diese „Neuausrichtung“ der gesetzlichen Vermutung in § 133 Abs. 1 S. 2 InsO ein eigenständiger Bedeutungsgehalt zu. Denn wenn schon der Beweis der Kenntnis der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit und der Gläubigerbenachteiligung genüge, um den Vollbeweis der Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Benachteiligungsvorsatz zu führen – so die bisherige Rechtsprechung des BGH –, dann wäre die richterliche Überzeugung von den subjektiven Voraussetzungen i.S.v. § 286 ZPO bereits hergestellt und die Beweislastumkehr in § 133 Abs. 1 S. 2 InsO würde bedeutungslos werden.⁴¹⁰

Auch an der bisherigen Rechtsprechung des BGH, allein aus der erkannten drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners auf die subjektiven Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO zu schließen, solle nicht mehr festgehalten werden. Denn bei lediglich drohender Zahlungsunfähigkeit kann das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners nur auf seinen Antrag hin und nicht gegen seinen Willen eröffnet werden. Diese gesetzgeberische Wertung werde jedoch unterlaufen, wenn Gläubiger des nur drohend zahlungsunfähigen Schuldners die Vorsatzanfechtung fürchten müssten, wenn sie Geschäftsbeziehungen mit ihm eingingen und dem Schuldner es daher verwehrt sei, sein Unternehmen auch außerhalb eines bargeschäftlichen Leistungsaustausch fortzuführen. Die drohende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners könne daher nur bei Hinzutreten weiterer Umstände den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners begründen.⁴¹¹

c. Stellungnahme

In seiner Entscheidung legt der BGH dar, dass die Rechtsprechung zur Zahlungsunfähigkeit als Beweisanzeichen einer „Neuausrichtung“ bedürfe. Nimmt man die Entscheidung näher in den Blick, bemerkt man jedoch, dass der BGH nur scheinbar eine vollständige Neuausrichtung in Angriff nimmt.⁴¹² Vielmehr kann die Entscheidung des BGH als eine Weiterführung der bisherigen Rechtsprechung mit umgekehrter Darlegungs- und Beweislast gedeutet werden.⁴¹³ Denn der IX. Senat des BGH hat auch in seiner bisherigen Rechtsprechung nicht behauptet, dass die Kenntnis der eigenen Zahlungsunfähigkeit automatisch zum Vorliegen eines Gläubigerbenachteiligungsvorsatz führe.⁴¹⁴ Vielmehr betonte der BGH in seiner Rechtsprechung stets, dass die Feststellung des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes einer Gesamtbetrachtung aller Umstände erfordere.⁴¹⁵ Auch Zukunftsprognosen und die Aussicht auf Überwindung der Krise flossen stets in die

⁴⁰⁹ BGH, Urt. v. 06.05.2021 – IX ZR 72/20, WM 2021, 1339 Rn. 33.

⁴¹⁰ BGH, Urt. v. 06.05.2021 – IX ZR 72/20, WM 2021, 1339 Rn. 35.

⁴¹¹ BGH, Urt. v. 06.05.2021 – IX ZR 72/20, WM 2021, 1339 Rn. 39.

⁴¹² In diesem Sinne auch *Thole*, ZRI 2021, 609, 615.

⁴¹³ *Thole*, ZRI 2021, 609, 611.

⁴¹⁴ So auch *Thole*, ZRI 2021, 609, 610.

⁴¹⁵ BGH, Urt. v. 10.01.2013 – IX ZR 28/12, NZI 2013, 253 Rn. 27; Urt. v. 13.08.2009 – IX ZR 159/06 Rn. 8.

Argumentation des BGH ein.⁴¹⁶ Zur bisherigen Rechtsprechung des IX. Senats des BGH besteht jedoch ein kleiner, aber feiner Unterschied, der den IX. Senat wohl dazu bewog, seine Rechtsprechungsänderung als „Neuausrichtung“ zu bezeichnen: Die bisherige Rechtsprechung hat es bei erkannter Zahlungsunfähigkeit des Schuldners dem Anfechtungsgegner aufgebürdet, etwaige Gegenindizien wie etwa Sanierungsbemühungen oder eine baldige Überwindung der Krise darzulegen und zu beweisen. Mit der neuen Rechtsprechung bestimmt der BGH aber nun, dass das Fehlen einer Besserungsaussicht ein vom Insolvenzverwalter darzulegender und zu beweisender Umstand ist.⁴¹⁷

Anders als hinsichtlich des Beweises der Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz, bei dem dem Insolvenzverwalter noch die gesetzliche Beweislastumkehr gemäß § 133 Abs. 1 S. 2 InsO verbleibt (dazu sogleich), wird der Beweis des Gläubigerbenachteiligungsvorsatz durch die neue Rechtsprechung des BGH wohl ein Stück weit erschwert.⁴¹⁸ Es bleibt abzuwarten, wie die Instanzgerichte die Neujustierung des BGH umsetzen werden.

bb) Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz

Das zweite subjektive Tatbestandsmerkmal des § 133 Abs. 1 InsO ist die Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners. Dabei genügt es, dass der Anfechtungsgegner um die Rechtshandlung und den Benachteiligungsvorsatz im Allgemeinen gewusst hat.⁴¹⁹ Ein eigener Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Anfechtungsgegners ist hingegen nicht erforderlich.⁴²⁰

(1) Beweis der Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Benachteiligungsvorsatz

Ebenso wie beim Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners hat der Tatrichter die Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz gemäß § 286 ZPO unter Würdigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls auf der Grundlage des Gesamtergebnisses der Verhandlung und einer etwaigen Beweisaufnahme zu prüfen.⁴²¹ Nach dem bereits angesprochenen Urteil des BGH vom 06.05.2021 kann das Indiz der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit allein nicht ausreichen, um den Vollbeweis hinsichtlich der Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners zu führen.⁴²² Jedenfalls hinsichtlich der Kenntnis des Anfechtungsgegners vom

⁴¹⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 10.01.2013 – IX ZR 28/12, NZI 2013, 253 Rn. 16; Urt. v. 05.03.2009 – IX ZR 85/07, ZIP 2009, 922 Rn. 10.

⁴¹⁷ So auch *Thole*, ZRI 2021, 609, 611.

⁴¹⁸ So auch *Kiesel*, FD-InsR 2021, 440635.

⁴¹⁹ *Thole*, in: Kayser/Thole, InsO, § 133 Rn. 36; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 133 Rn. 49; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 133 Rn. 39; *Kayser/Freudenberg*, in: Münchkomm zur InsO, § 133 Rn. 19a; *Ganter/Weinland*, in: Schmidt, InsO, § 133 Rn. 71.

⁴²⁰ *Thole*, in: Kayser/Thole, InsO, § 133 Rn. 36; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 133 Rn. 39; *Ganter/Weinland*, in: Schmidt, InsO, § 133 Rn. 72.

⁴²¹ BGH, Urt. v. 30.06.2011 – IX ZR 134/10, ZIP 2011, 1416 Rn. 21; Urt. v. 01.07.2010 – IX ZR 58/09, ZIP 2010, 1702 Rn. 15.

⁴²² BGH, Urt. v. 06.05.2021 – IX ZR 72/20, WM 2021, 1339 Rn. 30, 39.

Gläubigerbenachteiligungsvorsatz tut die „neue“ Rechtsprechung des BGH dem Beweis der Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz aufgrund der Vermutungsregelung in § 133 Abs. 1 S. 2 InsO aber in der Regel keinen Abbruch.⁴²³ Zwar kann allein aufgrund des Indizes der Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners der Vollbeweis der Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz nicht geführt werden; dem Insolvenzverwalter verbleibt in diesem Falle jedoch die Vermutungsregelung des § 133 Abs. 1 S. 2 InsO. Legt der Insolvenzverwalter somit die Kenntnis des Anfechtungsgegners von der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners dar und beweist diese, führt dies zu einer Beweislastumkehr und einer Umkehr der Darlegungslast. Der BGH ergänzt den Vermutungstatbestand des § 133 Abs. 1 S. 2 InsO zudem um eine weitere Beweisregel: Lässt sich dem Anfechtungsgegner wenigstens nachweisen, dass er die Umstände kennt, die bei zutreffender rechtlicher Bewertung zwingend auf eine mindestens drohende Zahlungsunfähigkeit schließen lassen, so ist das ein Indiz dafür, dass er auch die (drohende) Zahlungsunfähigkeit selbst kennt.⁴²⁴

Der Gesetzgeber hat allerdings den Vermutungstatbestand des § 133 Abs. 1 S. 2 auf kongruente Deckungen ausgeschlossen, § 133 Abs. 3 S. 1 InsO. Demnach kann die Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners bei kongruenten Deckungen nur noch vermutet werden, wenn der Gläubiger die tatsächlich eingetretene Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kennt.

Greift die Vermutungsregelung des § 133 Abs. 1 S. 2 InsO nicht ein, muss der Insolvenzverwalter die Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners anderweitig nachweisen. Hauptindiz ist auch hier die Inkongruenz der anfechtbaren Rechtshandlung.⁴²⁵ Die indizielle Aussagekraft der Inkongruenz hinsichtlich der Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Benachteiligungsvorsatz kann jedoch aufgrund der Umstände des Einzelfalls reduziert sein, etwa wenn der Anfechtungsgegner keine Zweifel an der Liquidität des Schuldners hatte.⁴²⁶ Des Weiteren geht der BGH davon aus, dass auf die Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz auch aus einer einseitig zulasten der weiteren Gläubiger wirkenden atypischen Vertragsgestaltung geschlossen werden kann.⁴²⁷

⁴²³ So auch *Thole*, ZRI 2021, 609, 610.

⁴²⁴ BGH, Urt. v. 17.11.2016 – IX ZR 65/15, ZIP 2016, 2423 Rn. 8; Urt. v. 07.05.2015 – IX ZR 95/14, ZIP 2015, 1234 Rn. 17; Urt. v. 17.12.2015 – IX ZR 61/14, ZIP 2016, 173 Rn. 23.

⁴²⁵ BGH, Urt. v. 06.12.2012 – IX ZR 3/12, ZIP 2013, 228 Rn. 48; Urt. v. 25.10.2012 – IX ZR 117/11, ZIP 2012, 2355 Rn. 13; Urt. v. 18.12.2003 – IX ZR 199/02, ZIP 2004, 319, 322; *Bork*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 133 Rn. 71.

⁴²⁶ BGH, Urt. v. 18.12.2003 – IX ZR 199/02, ZIP 2004, 319, 322; *Bork*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 133 Rn. 71.

⁴²⁷ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – IX ZR 79/07, ZIP 2009, 573 Rn. 17 ff.

(2) *Beweislastregelung des § 133 Abs. 3 S. 2 InsO*

Hatte der Anfechtungsgegner mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung getroffen oder diesem in sonstiger Weise eine Zahlungserleichterung gewährt, wird zudem nach der Beweislastregelung in § 133 Abs. 3 S. 2 InsO vermutet, dass er zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte. Der Regelung liegt laut Regierungsbegründung zum Gesetz der Gedanke zu Grunde, dass die mit einer Stundungs- oder Ratenzahlungsbitte dem Gläubiger offenbar werdende Liquiditätslücke mit Gewährung der Stundung bzw. Abschluss der Ratenzahlungsvereinbarung regelmäßig beseitigt werde. Ein Gläubiger, der dieser Bitte entspreche, habe daher keinen Anlass, von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners auszugehen.⁴²⁸

Zur Widerlegung der Vermutung des Abs. 3 S. 2 muss der Insolvenzverwalter konkrete Umstände darlegen und beweisen, die darauf schließen lassen, dass dem Anfechtungsgegner die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners im Zeitpunkt der angefochtenen Handlung doch bekannt war. Die Vermutung des Abs. 3 S. 2 führt also zu etwas, das ohnehin schon galt, nämlich dass der Insolvenzverwalter die Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Zahlungsunfähigkeit beweisen muss, will er sich auf die Vermutungsregelung des Abs. 1 S. 2 stützen.⁴²⁹ Vor dem Hintergrund, dass der BGH bereits vor der Gesetzesänderung seine bisherige Rechtsprechung, wonach Ratenzahlungsbitten ein Indiz für eine (drohende) Zahlungsunfähigkeit darstellen, dahingehend eingeschränkt hat, dass eine solche Bitte kein Indiz für eine (drohende) Zahlungsvereinbarung darstelle, wenn sich die Bitte des Schuldners auf Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung im Rahmen der geschäftlichen Gepflogenheiten bewegt habe,⁴³⁰ wurde im Schrifttum zum Teil angenommen, Abs. 3 S. 2 komme keine eigenständige Bedeutung zu.⁴³¹ In der Tat beschränkt sich der Regelungshalt des Abs. 3 S. 2 auf die Bestätigung, dass der Nachweis der Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit weder auf die Bitte des Schuldners um eine Zahlungserleichterung noch aus der entsprechenden Gewähr einer solchen Zahlungserleichterung gestützt werden kann.⁴³²

d) *Die Beweislastregel des § 133 Abs. 4 InsO*

Die Vorsatzanfechtung wird zudem durch Abs. 4 erleichtert, wenn ein die Gläubiger unmittelbar benachteiligender, vom Schuldner mit einer nahestehenden Person geschlossener entgeltlicher Vertrag angefochten werden soll. Für diesen Fall enthält Abs. 4 eine widerlegliche Vermutung: Während normalerweise der Insolvenzverwalter den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 133 Abs. 1 InsO zu beweisen hat, muss im

⁴²⁸ BT-Drs. 18/7954, S. 18.

⁴²⁹ So auch *Thole*, in: Kayser/Thole, InsO, § 133 Rn. 45; *ders.*, ZIP 2017, 401, 405; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 133 Rn. 82b.

⁴³⁰ BGH, Urt. v. 25.02.2016 – IX ZR 109/15, ZIP 2016, 627 Rn. 20; Urt. v. 21.01.2016 – IX ZR 32/14, ZIP 2016, 481 Rn. 18.

⁴³¹ *Thole*, in: Kayser/Thole, InsO, § 133 Rn. 45; *ders.*, ZIP 2017, 401, 405; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 133 Rn. 82b.

⁴³² *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 133 Rn. 82b; *Bork*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 133 Rn. 69.

Anwendungsbereich des § 133 Abs. 4 InsO der Anfechtungsgegner darlegen und beweisen, dass der Vertrag entweder früher als zwei Jahre vor dem Insolvenzantrag geschlossen wurde (um die Geltung der allgemeinen Grundsätze nach Abs. 1 zu bewirken), dass der Schuldner keinen Benachteiligungsvorsatz hatte oder dass die nahestehende Person diesen Vorsatz nicht kannte.⁴³³

Vom Insolvenzverwalter ist somit der objektive Tatbestand des Abs. 4 zu beweisen, also das Vorliegen eines entgeltlichen Vertrages mit einer dem Schuldner nahestehenden Person sowie eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung. Gelingt dem Insolvenzverwalter der Beweis dieser Voraussetzungen, steht dem Anfechtungsgegner der Entlastungsbeweis nach Abs. 4 S. 2 offen. Er kann also entweder den Beweis erbringen, dass der Vertrag früher als 2 Jahre vor dem Insolvenzantrag geschlossen wurde oder den Beweis des fehlenden Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes des Schuldners oder die fehlende Kenntnis der nahestehenden Person von diesem Vorsatz. Tut er dies, verbleibt es bei der Regelung des § 133 Abs. 1 InsO.⁴³⁴

2. Die vorsätzliche Benachteiligung im Rahmen einer Verschmelzung

Fraglich ist, ob § 133 Abs. 1 InsO auch bei der Insolvenzanfechtung einer Verschmelzung zum Tragen kommen kann. Führen die Vertretungsorgane von überschuldeten Rechtsträgern eine Verschmelzung durch, werden sie selten ihren Gläubigern schaden wollen, sondern vielmals eine Sanierung der Gesellschaften anstreben. Wie oben aufgezeigt, müssen die Vertretungsorgane eine Gläubigerbenachteiligung aber nicht anstreben, sondern es reicht für die Bejahung des Benachteiligungsvorsatzes aus, wenn der Schuldner sich eine Benachteiligung seiner Gläubiger als möglich vorstellt und in Kauf nimmt.

Dem folgend ist im Falle der Benachteiligung der Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers durch die Verschmelzung der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des übernehmenden Rechtsträgers sowie dessen Kenntnis vom übertragenden Rechtsträger zu bejahen, wenn aufgrund der wirtschaftlichen Situation des übertragenden Rechtsträgers die Verursachung der Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers durch die Verschmelzung möglich erscheint, das vertretungsberechtigte Organ des übernehmenden Rechtsträgers dies weiß und zumindest billigend in Kauf nimmt sowie das Vertretungsorgan des übertragenden Rechtsträgers diese Umstände kannte.⁴³⁵ Gleiches gilt für den umgekehrten Fall des für die Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers nachteilhaften Verschmelzung.⁴³⁶ Der Benachteiligungsvorsatz sowie die Kenntnis der Vertretungsorgane der beteiligten Rechtsträger von den wirtschaftlichen Verhältnissen der beteiligten Rechtsträger wird diesen dabei analog § 166 BGB zugerechnet.⁴³⁷

⁴³³ Bork, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 133 Rn. 74.

⁴³⁴ Bork, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 133 Rn. 75, 78 f.

⁴³⁵ Brünkmans, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 102.

⁴³⁶ Brünkmans, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 102.

⁴³⁷ Kayser/Freudenberg, in: Münchkomm zur InsO, § 133 Rn. 21 f.; Borries/Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 133 Rn. 43, 56.

Davon zu trennen ist die Frage, ob diese materiellrechtlichen Voraussetzungen in einem etwaigen Anfechtungsprozess bewiesen werden können. Auch die Möglichkeit des Beweises etwaiger subjektiver Anfechtungsvoraussetzungen scheint aufgrund der im Umwandlungsrecht vorgesehenen Informationspflichten (dazu sogleich) aber durchaus aussichtsreich.

IV. Unentgeltliche Leistungen (§ 134 InsO)

Gemäß § 134 Abs. 1 InsO ist eine unentgeltliche Leistung des Schuldners anfechtbar, es sei denn, sie ist früher als vier Jahre vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden. Durch den Insolvenzanfechtungstatbestand des § 134 InsO wird deutlich, dass die InsO freigiebige Zuwendungen als weniger schutzwürdig ansieht als einen Erwerb, für den der Empfänger ein Vermögensopfer zu erbringen hatte.⁴³⁸ Das Interesse des durch eine unentgeltliche Leistung Begünstigten, das Empfangene zu behalten, muss im Insolvenzfall dem Recht des Gläubigers auf Befriedigung seiner vollstreckbaren Forderung im Rahmen des § 134 InsO weichen.⁴³⁹

1. Tatbestandsvoraussetzungen

a) Die Leistung

Um den Anwendungsbereich des § 134 InsO zu eröffnen, muss zunächst eine Leistung vorliegen. Da der Begriff der Leistung weit ausgelegt wird und grundsätzlich jede Schmälerung des Schuldnervermögens erfasst, durch welche die Insolvenzgläubiger unmittelbar oder mittelbar benachteiligt werden,⁴⁴⁰ kann grundsätzlich auch die Übertragung von Vermögensgegenständen im Rahmen von gesellschaftsrechtlichen Strukturmaßnahmen den Anwendungsbereich des § 134 InsO eröffnen.⁴⁴¹

b) Die Unentgeltlichkeit

Überdies muss die Leistung für die Anfechtung nach § 134 InsO unentgeltlich erfolgt sein. Eine Leistung ist in einem Zwei-Personen-Verhältnis unentgeltlich, wenn der Empfänger für die Leistung des Schuldners vereinbarungsgemäß keine ausgleichende Gegenleistung an den Schuldner zu erbringen hat.⁴⁴² Wird eine dritte Person in den Zuwendungsvorgang

⁴³⁸ *Klaahsen*, in: KK-InsO, § 134 Rn. 3; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 134 Rn. 2; *Dauernheim*, in: FK-InsO, § 134 Rn. 2.

⁴³⁹ *Hallermann*, S. 70.

⁴⁴⁰ BGH, Urt. v. 19.04.2007 – IX ZR 79/05, NZI 2007, 403, 404 Rn. 14; *de Bra*, in: Braun, InsO, § 134 Rn. 2; *Ganter/Weinland*, in: Schmidt, InsO, § 134 Rn. 9; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 134 Rn. 5; *Kayser/Freudenberg*, in: Münchkomm zur InsO, § 134 Rn. 5.

⁴⁴¹ *Meyer*, ZIP 2002, 250; BGH, Urt. v. 21.01.1993 – IX ZR 275/91, NJW 1993, 663.

⁴⁴² *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 134 Rn. 7; *Kayser/Freudenberg*, in: Münchkomm zur InsO, § 134 Rn. 17; *Ganter/Weinland*, in: Schmidt, InsO, § 134 Rn. 22; *Thole*, KTS 2011, 219, 220; *Kayser*, WM 2007, 1; s. zu den unterschiedlichen Ansichten der Voraussetzungen einer unentgeltlichen Leistung i.S.d. § 134 InsO in Zwei-Personen-Verhältnissen: *Ganter*, NZI 2015, 249.

eingeschaltet, ist nach Auffassung des BGH zu fragen, ob der Leistungsempfänger seinerseits ggf. auch an einen Dritten eine ausgleichende Gegenleistung erbringt.⁴⁴³ Entscheidend für die Unentgeltlichkeit ist demnach in allen Fällen, ob der Empfänger für die Leistung des Schuldners vereinbarungsgemäß einen ausgleichenden Gegenwert erbracht hat oder nicht.⁴⁴⁴

Hinsichtlich der Frage, ob der andere Teil eine angemessene Gegenleistung erbracht hat, sind in erster Linie objektive Gesichtspunkte maßgebend.⁴⁴⁵ Erst wenn feststeht, dass der andere Teil einen irgendwie gearteten Gegenwert erbracht hat, kann in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob die Beteiligten die gewährte oder versprochene Gegenleistung tatsächlich als Entgelt angesehen haben oder mit der Leistung des Schuldners Freigiebigkeit bezweckt war.⁴⁴⁶

aa) Objektive Kriterien

Darüber, ob die Leistung des Schuldners unentgeltlich ist, entscheidet zunächst der objektive Vergleich der ausgetauschten Werte. Maßgeblich ist also, ob sich Leistung und Gegenleistung in ihrem jeweils objektiv zu ermittelnden Wert entsprechen.⁴⁴⁷ Wurde überhaupt keine Gegenleistung vereinbart, entspricht die Leistung eindeutig nicht der Gegenleistung, sodass die Unentgeltlichkeit zu bejahen ist.⁴⁴⁸ Ist eine Gegenleistung vereinbart, so ist für das Vorliegen der Unentgeltlichkeit entscheidend, ob die Gegenleistung objektiv die Leistung ausgleicht.⁴⁴⁹

bb) Subjektive Vorstellungen

Die subjektiven Vorstellungen der Parteien können auch im Rahmen des § 134 InsO nicht vollständig ausgeblendet werden. Denn der objektive Wert einer Leistung kann mitunter schwer und nicht eindeutig zu bestimmen sein.⁴⁵⁰ Immer dann, wenn der Wert der Begünstigung dem Gegenwert objektiv nicht entspricht, kommen also auch subjektive Vorstellungen der Beteiligten zum Tragen. In diesem Fall ist den Beteiligten bei der Einschätzung, ob die Gegenleistung den Wert der Leistung des Schuldners erreicht, nämlich

⁴⁴³ BGH, Urt. v. 19.04.2007 – IX ZR 79/05, NZI 2007, 403, 404 Rn. 16; Urt. v. 30.3.2006 – IX ZR 84/05, NZI 2006, 399, 400 Rn. 10; *Nerlich*, in: *Nerlich/Römermann*, InsO, § 134 Rn. 7; *Ganter/Weinland*, in: *Schmidt*, InsO, § 134 Rn. 27.

⁴⁴⁴ *Brinkmans*, in: *MHdb des Gesellschaftsrechts*, Band 8, § 45 Rn. 96.

⁴⁴⁵ BGH, Urt. v. 12.12.1996 – IX ZR 76/96, NJW 1997, 866, 867; Urt. v. 21.01.1999 – IX ZR 429/97, NJW 1999, 1033, 1033; *de Bra*, in: *Braun*, InsO, § 134 Rn. 10; *Nerlich*, in: *Nerlich/Römermann*, InsO, § 134 Rn. 13; *Kayser/Freudenberg*, in: *Münchkomm zur InsO*, § 134 Rn. 22.

⁴⁴⁶ *de Bra*, in: *Braun*, InsO, § 134 Rn. 12; *Nerlich*, in: *Nerlich/Römermann*, InsO, § 134 Rn. 13; *Kayser/Freudenberg*, in: *Münchkomm zur InsO*, § 134 Rn. 40.

⁴⁴⁷ BGH, Urt. v. 12.12.1996 – IX ZR 76/96, NJW 1997, 866, 867; Urt. v. 21.01.1999 – IX ZR 429/97, NJW 1999, 1033, 1033; *de Bra*, in: *Braun*, InsO, § 134 Rn. 10; *Nerlich*, in: *Nerlich/Römermann*, InsO, § 134 Rn. 13; *Kayser/Freudenberg*, in: *Münchkomm zur InsO*, § 134 Rn. 22.

⁴⁴⁸ BGH, Urt. v. 29.11.1990 – IX ZR 29/90, BB 1991, 160; *Hallermann*, S. 71.

⁴⁴⁹ BGH, Urt. v. 09.11.2006 – IX ZR 285/03, NZI 2007, 101, 102; Urt. v. 05.06.2008 – IX ZR 17/07, NZI 2008, 488, 488; *Borries/Hirte*, in: *Uhlenbruck*, InsO, § 134 Rn. 29.

⁴⁵⁰ *Hallermann*, S. 73.

ein angemessener Bewertungsspielraum zuzubilligen.⁴⁵¹ Halten die Beteiligten diesen Bewertungsspielraum ein, so kann auch in einer objektiv nicht gleichwertigen Leistung eine entgeltliche Leistung liegen, sodass eine Anfechtung nach § 134 InsO ausscheidet.⁴⁵² Erst wenn die Beteiligten ihren Bewertungsspielraum überschreiten, greifen die Grundsätze zur Anfechtung teilweiser unentgeltlicher Leistungen.⁴⁵³

cc) Abrücken vom Grundsatz der objektiven Beurteilung durch das Urteil des BGH vom 15.09.2016 (Az.: IX ZR 250/15)?

Von der Annahme, bei einer objektiv wertlosen Gegenleistung sei bei der Beurteilung des Vorliegens einer unentgeltlichen Leistung i.S.v. § 134 InsO kein Raum für die Berücksichtigung der subjektiven Wertvorstellungen der Parteien, rückte der BGH im Urteil vom 15.09.2016⁴⁵⁴ nun teilweise ab. In dieser Entscheidung hat der BGH für den Fall des Doppelirrtums angenommen, die Entrichtung eines Kaufpreises für den Kauf eines objektiv wertlosen GmbH-Anteils sei keine unentgeltliche Leistung, wenn beide Teile nach den objektiven Umständen von einem Austausch-Marktgeschäft ausgingen und hinsichtlich der Werthaltigkeit des Anteils gutgläubig waren. Selbst eine objektiv wertlose Gegenleistung könne – so der BGH – somit „entgeltlich“ i.S.d. § 134 InsO sein.⁴⁵⁵

Der BGH betont in seiner Entscheidung zwar, dass bei der Beurteilung des Vorliegens einer unentgeltlichen Leistung in erster Linie objektive Gesichtspunkte von Bedeutung seien.⁴⁵⁶ Wenn der beidseitige gute Glaube der Parteien vom Vorliegen einer entgeltlichen Leistung jedoch ausreichen soll, um eine Unentgeltlichkeit i.S.v. § 134 InsO auszuschließen, stellt sich die Frage, was von dem objektiven Ansatz des BGH noch übrig bleibt.⁴⁵⁷ Eine Distanzierung vom objektiven Ansatz ist jedoch kritisch zu würdigen.⁴⁵⁸ Rein subjektive Vorstellungen der Beurteilung der Entgeltlichkeit zugrunde zu legen, wäre nur dann zulässig, wenn es bei der Unentgeltlichkeitsanfechtung darum ginge, die Einstellungen der Parteien zu sanktionieren,⁴⁵⁹ was aber – anders als beispielsweise im Rahmen von § 133 InsO – nicht der Fall ist. Vielmehr liegt der Anfechtung gemäß § 134 InsO allein der Gedanke zugrunde, dass derjenige, der für eine Leistung des Schuldners kein Vermögensopfer erbringt, hinter den Interessen der anderen Gläubiger des Schuldners zurückzustehen habe.⁴⁶⁰

⁴⁵¹ *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 134 Rn. 30; *Kayser/Freudenberg*, in: Münchkomm zur InsO, § 134 Rn. 40; *de Bra*, in: Braun, InsO, § 134 Rn. 13; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 134 Rn. 13.

⁴⁵² *Hallermann*, S. 74.

⁴⁵³ *Hallermann*, S. 74.

⁴⁵⁴ BGH, Urt. v. 15.09.2016 – IX ZR 250/15, NZI 2017, 68.

⁴⁵⁵ BGH, Urt. v. 15.09.2016 – IX ZR 250/15, NZI 2017, 68 Rn. 22.

⁴⁵⁶ BGH, Urt. v. 15.09.2016 – IX ZR 250/15, NZI 2017, 68 Rn. 21.

⁴⁵⁷ *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1595.

⁴⁵⁸ So auch *Thole*, in: Kayser/Thole, InsO, § 133 Rn. 15.

⁴⁵⁹ *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1594.

⁴⁶⁰ *Klaahsen*, in: KK-InsO, § 134 Rn. 3; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 134 Rn. 2; *Dauernheim*, in: FK-InsO, § 134 Rn. 2.

Etwas abmildern lässt sich die Bedeutung des Urteil jedoch dadurch, dass der BGH dem Doppelirrtum der Parteien bezüglich der Werthaltigkeit der Leistung nur unter bestimmten Voraussetzungen eine wie im Urteil beschriebene Bedeutung zukommen lässt: So scheidet eine Anfechtung gemäß § 134 InsO in dem Fall, in dem Schuldner und Anfechtungsgegner fälschlicherweise von einer Werthaltigkeit der Leistung ausgehen, nur dann aus, wenn auf Grund weiterer Umstände – z.B. wenn ein Wertgutachten für die dem Schuldner gewährte Gegenleistung eingeholt wurde – aus objektiver Sicht auf den subjektiven Willen beider Parteien zu einem entgeltlichen Geschäft geschlossen werden kann.⁴⁶¹ Ein Irrtum bezüglich der Werthaltigkeit der Leistung wird nach alledem nur in Sonderkonstellationen eine entgeltliche Leistung begründen können.

2. Unentgeltliche Leistung im Rahmen eines Verschmelzungsvorgangs

Auch im Rahmen eines Verschmelzungsvorgangs ist das Vorliegen einer unentgeltlichen Leistung nicht ausgeschlossen. Eine Leistung kann dabei sowohl auf Seiten des übernehmenden als auch auf Seiten des übertragenden Rechtsträgers vorliegen, da der übertragende Rechtsträger sein Vermögen dem übernehmenden Rechtsträger zuwendet, Letzterer aber auch die Schulden des übertragenden Rechtsträgers übernimmt.

Eine unentgeltliche Leistung des übernehmenden Rechtsträgers kann dann vorliegen, wenn der Wert der übertragenen Vermögensgegenstände geringer ist als der Wert der infolge der Verschmelzung übergegangenen Verbindlichkeiten.⁴⁶² Umgekehrt liegt eine unentgeltliche Leistung auf Seiten des übertragenden Rechtsträgers grundsätzlich dann vor, wenn der Wert der übertragenen Vermögensgegenstände höher ist als der Wert der infolge der Verschmelzung auf den übernehmenden Rechtsträger übergegangenen Verbindlichkeiten.⁴⁶³ Hinsichtlich der Bewertung der übertragenen Vermögensgegenstände ist der den Beteiligten zustehende Bewertungsspielraum zu berücksichtigen.⁴⁶⁴ Ist dieser nicht überschritten, vermag auch eine objektive Diskrepanz zwischen übertragenen Verbindlichkeiten und übertragenen Vermögenswerten eine unentgeltliche Leistung i.S.v. § 134 InsO nicht zu begründen. Folgt man der Rechtsprechung des BGH vom 15.09.2016⁴⁶⁵ können die subjektiven Vorstellungen der Parteien im Extremfall sogar dazu geeignet sein, eine unentgeltliche Leistung beispielsweise des übernehmenden Rechtsträgers i.S.v. § 134 InsO gänzlich auszuschließen, obwohl die infolge der Verschmelzung übergegangenen Verbindlichkeiten hoch, die infolge der Verschmelzung übergegangenen Vermögenswerte jedoch vollkommen wertlos sind. Dies ist denkbar, wenn – ähnlich wie in dem Urteil des BGH vom 15.09.2016 zugrunde liegenden Sachverhalt – ein Wertgutachten für das infolge der Verschmelzung übergehende Vermögen eingeholt wurde, aufgrund dessen die Parteien berechtigterweise von der Werthaltigkeit des Vermögens ausgingen, und sich im Nachhinein feststellt, dass das Unternehmen tatsächlich wertlos war.

⁴⁶¹ BGH, Urt. v. 15.09.2016 – IX ZR 250/15, NZI 2017, 68 Rn. 22.

⁴⁶² Vgl. *Brünkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 98.

⁴⁶³ Vgl. *Brünkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 98.

⁴⁶⁴ S. hierzu im Einzelnen § 8 A. IV. 1. b).

⁴⁶⁵ BGH, Urt. v. 15.09.2016 – IX ZR 250/15, NZI 2017, 68.

B. Beweis der subjektiven Voraussetzungen auf Seiten des Schuldners und des Anfechtungsgegners

Wie dargestellt, verlangen die meisten Anfechtungstatbestände besondere subjektive Voraussetzungen entweder auf Seiten des Schuldners und/oder auf Seiten des Erwerbers. So muss der Gläubiger i.R.v. § 130 Abs. 1 InsO und i.R.v. § 132 Abs. 1 InsO entweder die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (Nr. 1) oder den Eröffnungsantrag (Nr. 2) kennen.⁴⁶⁶ Genauso verlangt die Anfechtung nach § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO die Kenntnis des Gläubigers von der Benachteiligung der Insolvenzgläubiger bzw. die Kenntnis der Umstände, die zwingend auf die Benachteiligung schließen lassen (Abs. 2). Soll die Anfechtung auf § 133 InsO gestützt werden, muss zum einen der Benachteiligungsvorsatz des Schuldners, zum anderen die Kenntnis des anderen Teils vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners vom Insolvenzverwalter bewiesen werden.

Im Folgenden soll dargestellt werden, auf welche Umstände der in der Praxis schwierig zu erbringende Beweis der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen im Rahmen von Verschmelzungsvorgängen gestützt werden könnte. Die Voraussetzungen des Nachweises sind dabei streng von den bereits dargestellten materiellrechtlichen Vorgaben bezüglich der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen zu trennen.⁴⁶⁷

I. Beweis der subjektiven Voraussetzungen bei Vorliegen des Verschmelzungsberichts

Neben den von der Rechtsprechung zum Beweis der subjektiven Voraussetzungen allgemein heranzuziehenden Beweisanzeichen⁴⁶⁸, wird im Rahmen eines Verschmelzungsvorgangs für den Nachweis der subjektiven Voraussetzungen dem nach § 8 UmwG zu erstellenden Verschmelzungsbericht eine erhebliche Bedeutung zukommen.⁴⁶⁹

Der Verschmelzungsbericht⁴⁷⁰, der gemäß § 8 Abs. 1 UmwG in der Regel von den Vertretungsorganen der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträgern anzufertigen ist, soll den Anteilshabern ermöglichen, sich im Vorfeld der Anteilshaberversammlung mit den wesentlichen Grundlagen der Verschmelzung vertraut zu machen.⁴⁷¹ Zu diesem Zweck muss in dem Bericht unter anderem die Verschmelzung rechtlich und wirtschaftlich

⁴⁶⁶ Die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit oder des Eröffnungsantrages steht die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag schließen, § 130 Abs. 2 UmwG.

⁴⁶⁷ Thole, KTS 2007, 293, 301.

⁴⁶⁸ Vgl. zum Beweisanzeichen einer inkongruenten Deckung: BGH, Urt. v. 18.3.2010 – IX ZR 57/09, NZI 2010, 439, 440 Rn. 15; Urt. v. 8.12.2005 – IX ZR 182/01, NZI 2006, 159, 161 Rn. 21.

⁴⁶⁹ So auch Brünkmans, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 102; Roth, ZInsO 2013, 1597, 1602.

⁴⁷⁰ S. zur zeitlichen Einordnung: § 5 B.

⁴⁷¹ OLG Bamberg, Beschl. v. 18.06.2012 – 6 W 26/12, NZG 2012, 1269; Gehling, in: Semler/Stengel, UmwG, § 8 Rn. 2; Böttcher, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 8 Rn. 1; Heidinger, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 8 Rn. 1; Hoyer, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 9 Rn. 1.

erläutert und begründet werden.⁴⁷² Hierfür sind die an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger und ihre wirtschaftliche Ausgangslage vor der Verschmelzung⁴⁷³ sowie die unternehmerischen Chancen und Risiken der Verschmelzung zu beschreiben⁴⁷⁴, wobei insbesondere Angaben zu Geschäftsfeldern, zu wesentlichen Beteiligungen, zur mitbestimmungsrechtlichen Verfassung, zur Zahl der Mitarbeiter, zu den Organen sowie zur Gesellschafts- und Beteiligungsstruktur der beteiligten Rechtsträger enthalten sein sollen.⁴⁷⁵

Ergibt sich aus dem Verschmelzungsbericht beispielsweise, dass die bestehende Deckungslücke des übertragenden Rechtsträgers zwischen seinem liquiden Vermögen und seinen Verbindlichkeiten ein Ausmaß erreicht hat, das selbst bei optimistischer Einschätzung der zukünftigen Entwicklung unter Berücksichtigung der durch die Verschmelzung bedingten Folgen in absehbarer Zeit keine vollständige Befriedigung der bereits vorhandenen und der absehbar hinzutretenden Gläubiger erwarten lässt, ist dies – nach der Neuausrichtung der Rechtsprechung im Urteil vom 06.05.2021⁴⁷⁶ – ein Indiz für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Vertretungsorgan des übertragenden Rechtsträgers. Ebenso kann mit Hilfe des Verschmelzungsberichts ggf. bewiesen werden, dass die bestehende Deckungslücke des übernehmenden Rechtsträgers zwischen seinem liquiden Vermögen und seinen Verbindlichkeiten im Zeitpunkt des Abschluss des Verschmelzungsvertrages ein Ausmaß erreicht hat, das selbst bei optimistischer Einschätzung und unter Berücksichtigung des im Wege der Verschmelzung erworbenen Unternehmens des übertragenden Rechtsträgers in absehbarer Zeit keine vollständige Befriedigung der bereits vorhandenen Gläubiger erwarten lässt. Dies stellt dann wiederum ein Indiz für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Vertretungsorgans des übernehmenden Rechtsträgers dar. Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Vertretungsorgans wird dem jeweiligen Rechtsträger analog § 166 BGB zugerechnet.⁴⁷⁷

Eine (vorsätzliche) Benachteiligung ist – wie dargestellt – jedoch auch in anderen Fällen denkbar, beispielsweise wenn ein Rechtsträger im Wege der Verschmelzung einen Rechtsträger aus einem anderen Geschäftsbereich übernimmt und der übernehmende Rechtsträger zur ordnungsgemäßen Bewältigung des Geschäftsbetriebs des übertragenden Rechtsträgers mangels ausreichender personeller oder sachlicher Ausstattung nicht gewappnet ist, was schließlich zur Insolvenz des übernehmenden Rechtsträger führt. Auch hier könnte aus dem Verschmelzungsbericht, insbesondere aus der Beschreibung der

⁴⁷² Winter, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 8 Rn. 2.

⁴⁷³ Böttcher, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 8 Rn. 13; Gehling, in: Semler/Stengel, UmwG, § 8 Rn. 16; Drygala, in: Lutter, UmwG, § 8 Rn. 14; Marsch-Barnier/Oppenhoff, in: Kallmeyer, UmwG, § 8 Rn. 7; Hoger, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 9 Rn. 15.

⁴⁷⁴ BGH, Urt. v. 22.05.1989 – II ZR 206/88, NJW 1989, 2689, 2690; Gehling, in: Semler/Stengel, UmwG, § 8 Rn. 17; Böttcher, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 8 Rn. 15; Hoger, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 9 Rn. 16.

⁴⁷⁵ Böttcher, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 8 Rn. 13; Gehling, in: Semler/Stengel, UmwG, § 8 Rn. 16; Drygala, in: Lutter, UmwG, § 8 Rn. 14 f.; Hoger, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 9 Rn. 15.

⁴⁷⁶ BGH, Urt. v. 06.05.2021 – IX ZR 72/20, WM 2021, 1339.

⁴⁷⁷ Borries/Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 133 Rn. 43; Kayser/Freudenberg, in: Münchkomm zur InsO, § 133 Rn. 18.

unternehmerischen Chancen und Risiken der Verschmelzung, ersichtlich werden, dass dem Vertretungsorgan des übernehmenden Rechtsträgers die Risiken der Verschmelzung bewusst waren und er ein Scheitern dennoch billigend in Kauf nahm. Ist dies der Fall, kann der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Vertretungsorgans des übernehmenden Rechtsträgers, der dem übernehmenden Rechtsträger nach allgemeinen Grundsätzen zuzurechnen ist, somit durch den Verschmelzungsbericht bewiesen werden.

II. Beweis der subjektiven Voraussetzungen bei Fehlen des Verschmelzungsberichts

Fraglich ist des Weiteren, inwiefern die subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen bewiesen werden können, wenn kein Verschmelzungsbericht erstellt wurde.

Gemäß § 8 Abs. 3 UmwG ist ein Verschmelzungsbericht unter anderem dann nicht erforderlich, wenn alle Anteilsinhaber aller beteiligten Rechtsträger auf die Erstattung verzichten oder sich alle Anteile des übertragenden Rechtsträgers in der Hand des übernehmenden Rechtsträgers befinden, also eine 100%-ige Tochtergesellschaft auf ihre Mutter verschmolzen wird (upstream merger).⁴⁷⁸

In der Konstellation eines upstream mergers wird die mangelnde Erstellung eines Verschmelzungsberichts dem Beweis der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen in der Regel keinen Abbruch tun. Zum einen kommt in solchen Konstellationen dem Insolvenzverwalter die gesetzliche Beweislastumkehr bei Rechtshandlungen gegenüber nahestehenden Personen gemäß §§ 130 Abs. 3, 131 Abs. 2 S. 2, 132 Abs. 3, 133 Abs. 4, 138 Abs. 2 Nr. 1 InsO zugute (dazu sogleich). Zum anderen wird sich in dieser Konstellation der übernehmende Rechtsträger aufgrund seiner rechtlichen und wirtschaftlichen Einblicke in die übertragende Gesellschaft kaum dem Vorwurf der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit bzw. Gläubigerbenachteiligung entziehen können.⁴⁷⁹

Allein in der zuerst genannten Konstellation, in der sich alle Anteilsinhaber durch notarielle Beurkundung einverstanden erklärt haben, auf den Verschmelzungsbericht zu verzichten, wird sich der Nachweis der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen schwieriger gestalten. Der Verzicht setzt zwar voraus, dass alle Anteilsinhaber aller beteiligten Rechtsträger eine entsprechende Verzichtserklärung abgeben, sodass ein solcher Verzicht bei Publikumsgesellschaften im Grunde ausgeschlossen ist.⁴⁸⁰ Bei Gesellschaften mit überschaubarem und in sich einigem Gesellschafterkreis ist ein solcher Verzicht jedoch denkbar.⁴⁸¹ In dieser Konstellation hilft das Gesetz weder mit einer Beweislastumkehr aus, noch kann auf die Erstellung des Verschmelzungsberichts und die damit verbundene

⁴⁷⁸ Darüber hinaus ist bei der Verschmelzung von Personenhandelsgesellschaften in § 41 UmwG und bei der Verschmelzung unter Beteiligung von Partnergesellschaften in § 45c UmwG geregelt, dass ein Verschmelzungsbericht nicht erforderlich ist, wenn alle Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt sind bzw. bei der Partnergesellschaft ein Verschmelzungsbericht nur erforderlich ist, wenn ein Partner gemäß § 6 Abs. 2 PartGG von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist.

⁴⁷⁹ So auch *Roth*, ZInsO 2013, 1597, 1603.

⁴⁸⁰ *Müller*, NJW 2000, 2001, 2001; *Gehling*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 8 Rn. 71; *Drygala*, in: Lutter, UmwG, § 8 Rn. 54.

⁴⁸¹ *Müller*, NJW 2000, 2001, 2001.

notwendige Kenntnis der wirtschaftlichen Situation der beteiligten Rechtsträger verwiesen werden.⁴⁸²

Zwar wird ein Geschäftsführer bzw. Vorstand seinen Sorgfaltspflichten regelmäßig nur dann nachkommen, wenn er die Vermögenslage der beteiligten Rechtsträger vor der Verschmelzung hinreichend prüft⁴⁸³, wofür regelmäßig die Durchführung einer Due-Diligence-Prüfung erforderlich ist.⁴⁸⁴ Im Rahmen des Beweises des Benachteiligungsvorsatzes kann aber nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass das Leitungsorgan seinen Sorgfaltspflichten nachgekommen ist und er somit Kenntnis von der wirtschaftlichen Lage der beteiligten Rechtsträger hat. In der genannten Konstellation können die subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen aber gegebenenfalls mit Hilfe der übrigen von der Rechtsprechung aufgestellten Beweiszeichen nachgewiesen werden.⁴⁸⁵

III. Beweiserleichterungen im Rahmen von Konzernverschmelzungen

Da Umwandlungsmaßnahmen sehr häufig in Konzernkonstellationen erfolgen, sind auch die Beweiserleichterungen bei Anfechtungen gegenüber nahestehenden Personen gemäß § 138 Abs. 2 InsO beachtenswert, die nachfolgend beispielhaft an einigen typischen Konzernverschmelzungen erläutert werden sollen. Die Gemeinsamkeit der Beweiserleichterungen ist, dass sie auf die in der Regel verbesserte Informationsmöglichkeit der zum Schuldner nahestehenden Personen abstellen, sich Kenntnis von der Vermögenslage des Schuldners zu verschaffen.⁴⁸⁶

1. Reichweite der Beweiserleichterungen

Übt ein Insolvenzschuldner eine anfechtbare Rechtshandlung gegenüber einer nahestehenden Person aus, bietet die InsO folgende Beweiserleichterungen: Soll eine gegenüber einer nahestehenden Person vorgenommene kongruente Deckungshandlung oder eine unmittelbar nachteilige Rechtshandlung angefochten werden, wird die Kenntnis des Anfechtungsgegners von Zahlungsunfähigkeit oder Eröffnungsantrag vermutet, §§ 130 Abs. 3, 132 Abs. 3 InsO. Bei inkongruenten Deckungen wird gegenüber nahestehenden Personen die Kenntnis der Benachteiligung der Insolvenzgläubiger (§ 131 Abs. 1 Nr. 3

⁴⁸² a.A. Roth, ZInsO 2013, 1597, 1603, der vertritt, dass sich die Anteilsinhaber durch einen willentlichen und wissentlichen Verzicht nicht darauf berufen können, nichts von der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft gewusst zu haben.

⁴⁸³ Burg, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 25 Rn. 6; Leonard, in: Semler/Stengel, UmwG, § 25 Rn. 9; Pöllath/Philipp, DB 2005, 1503, 1505.

⁴⁸⁴ Leonard, in: Semler/Stengel, UmwG, § 25 Rn. 9; Grunewald, in: Lutter, UmwG, § 25 Rn. 9; Marsch-Barner/Oppenhoff, in: Kallmeyer, UmwG, § 25 Rn. 6; Burg, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 25 Rn. 6.

⁴⁸⁵ S. zu den Beweiszeichen: Kayser/Freudenberg, in: Münchkomm zur InsO, § 133 Rn. 27.

⁴⁸⁶ BT-Drs. 12/2443, S. 161; Ropohl, NZI 2006, 425, 426; Ganter, in: Schmidt, InsO, § 138 Rn. 2; Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 138 Rn. 1; zT wird vertreten, dass das ausschließliche Abstellen auf die gegenüber anderen Gläubigern erweiterte Informationsmöglichkeit den Grund für die Sonderbehandlung nicht abschließend erfasse, weil nahe Angehörige aufgrund der wirtschaftlichen und persönlichen Verbundenheit eher bereit seien, zum Schaden der Gläubiger des Schuldners mit ihm Verträge zu schließen, so Kirchhof/Gehrlein, in: Münchkomm zur InsO, § 138 Rn. 2.

InsO) vermutet, § 131 Abs. 2 S. 2 InsO. Auch im Rahmen der vorsätzlichen Benachteiligung gemäß § 133 InsO bestehen bei einem entgeltlichen Vertrag gegenüber einer nahestehenden Person, durch den die Gläubiger unmittelbar benachteiligt werden, gewisse Beweiserleichterungen, § 133 Abs. 4 InsO. Gelingt dem Insolvenzverwalter der Beweis, dass der Schuldner mit einer nahestehenden Person einen die Gläubiger unmittelbar benachteiligenden entgeltlichen Vertrag geschlossen hat, wird der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners sowie dessen Kenntnis beim Anfechtungsgegner gemäß § 133 Abs. 4 InsO grundsätzlich vermutet. Dies gilt jedoch nur, sofern der Anfechtungsgegner nicht darlegt und beweist, dass der Vertrag früher als zwei Jahre vor dem Insolvenzantrag geschlossen wurde, der Schuldner ohne Benachteiligungsvorsatz handelte oder dass die nahestehende Person den Vorsatz nicht kannte. Führt der Anfechtungsgegner diesen Entlastungsbeweis, bleibt es bei der allgemeinen Regelung des § 133 Abs. 1 InsO.⁴⁸⁷

2. Typische Konzernverschmelzungen

Nachfolgend soll anhand typischer Konzernverschmelzungen erläutert werden, wie die vorgenannten Beweiserleichterungen für nahestehende Personen im Rahmen der Insolvenzanfechtung einer Verschmelzung zum Tragen kommen könnten.

a) Tochter-Mutter-Verschmelzung (*upstream merger*)

Wird eine 100%-ige Tochtergesellschaft auf ihre Muttergesellschaft verschmolzen, entfällt nicht nur die Pflicht zur Verschmelzungsprüfung (§ 9 Abs. 3 UmwG i.V.m. § 8 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 UmwG) sowie zur Erstellung eines Verschmelzungsprüfungsberichts (§ 12 Abs. 3 UmwG i.V.m. § 8 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 UmwG), sondern auch die Pflicht zur Erstellung eines Verschmelzungsberichts (§ 8 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 UmwG). Insbesondere das Fehlen des Verschmelzungsberichts ist misslich, dient er doch in der Regel zum Beweis der Kenntnis der beteiligten Rechtsträger von der wirtschaftlichen Situation der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger und damit zum Beweis der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen.⁴⁸⁸ Allerdings können im Rahmen eines *upstream mergers* die für nahestehende Personen geltenden Beweiserleichterungen gemäß § 138 Abs. 2 InsO greifen.

aa) Benachteiligung der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers

Wird die Verschmelzung angefochten, weil sie für die Gläubiger der übertragenden Tochtergesellschaft nachteilhaft ist, hilft das Gesetz dadurch weiter, dass Personen, die zu mehr als einem Viertel am Kapital des Schuldners beteiligt sind, gemäß § 138 Abs. 2 Nr. 1 InsO als nahestehende Personen i.S.d. InsO anzusehen sind und für diese somit die vorgestellt dargestellten Beweiserleichterungen gelten.

⁴⁸⁷ Kayser/Freudenberg, in: Münchkomm zur InsO, § 133 Rn. 46.

⁴⁸⁸ S. hierzu § 8 B I.

Ist die Muttergesellschaft zu 100 % an ihrer Tochter beteiligt, entfällt somit zwar die Pflicht zur Erstellung des Verschmelzungsberichts, allerdings gilt sie im Verhältnis zur Tochter als nahestehende Person i.S.v. § 138 Abs. 2 Nr. 1 InsO.

Ist die Muttergesellschaft zu mehr als 25 % an ihrer Tochter beteiligt, aber nicht die alleinige Gesellschafterin, ist die Erstellung eines Verschmelzungsberichts nicht gemäß § 8 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 UmwG entbehrlich. Neben den aus § 138 Abs. 2 Nr. 1 InsO folgenden Beweiserleichterungen dient somit der in der Regel obligatorisch zu erstellende Verschmelzungsbericht als erhebliches Indiz für das Vorliegen der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen.⁴⁸⁹

Bei einer Beteiligung der Muttergesellschaft gleich oder unter 25 % greift § 138 Abs. 2 Nr. 1 InsO nicht. Im Einzelfall kann in diesen Fällen die Vorschrift des § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO zum Tragen kommen. Demnach gilt eine Person oder eine Gesellschaft auch dann als eine gegenüber dem Schuldner nahestehende Person, wenn sie zwar nicht zu mehr als einem Viertel am Kapital des Schuldners beteiligt ist, sie jedoch auf Grund einer vergleichbaren gesellschaftsrechtlichen oder dienstvertraglichen Verbindung zum Schuldner die Möglichkeit hat, sich über dessen wirtschaftliche Verhältnisse zu unterrichten.⁴⁹⁰ Daneben kann als erhebliches Indiz für das Vorliegen der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen auf den obligatorisch zu erstellenden Verschmelzungsbericht abgestellt werden.⁴⁹¹

bb) Benachteiligung der Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers

Anders beurteilt werden muss die für die Gläubiger der übernehmenden Muttergesellschaft nachteilhafte Verschmelzung. Für diesen umgekehrten Fall gilt § 138 Abs. 2 Nr. 1 InsO selbstredend nicht. Der BGH geht unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung aber davon aus, dass auch abhängige Unternehmen im Verhältnis zum herrschenden Unternehmen nahestehende Personen i.S.v. § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO sein können.⁴⁹² Für dieses Ergebnis spricht nicht nur, dass faktisch auch abhängige Unternehmen aufgrund der Besetzung ihrer Organe mit Vertrauensleuten der Muttergesellschaft in der Regel Informationsmöglichkeiten hinsichtlich der (finanziellen) Lage der Mutter haben⁴⁹³, sondern auch, dass bei solchen Abhängigkeitsverhältnissen vermehrt Vermögensverschiebungen zu befürchten sind.⁴⁹⁴ Jedenfalls in Fällen einheitlicher Leitung (§ 18 Abs. 1 AktG) sind daher auch abhängige Unternehmen im Verhältnis zum

⁴⁸⁹ S. zur Indizwirkung des Verschmelzungsberichts § 8 B I.

⁴⁹⁰ Dies kommt insbesondere bei Vorliegen von Stimmbindungsverträgen in Betracht oder wenn bei börsennotierten AktG trotz Nichterreichen der 25 %-Schwelle eine Hauptversammlungsmehrheit vorliegt, *Ropohl*, NZI 2006, 425, 427.

⁴⁹¹ S. zur Indizwirkung des Verschmelzungsberichts § 8 B I.

⁴⁹² BHG, Urt. v. 23.11.1995 – IX ZR 18/95, NJW 1996, 461, 462; so auch: *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 138 Rn. 22; *Kirchhof/Gehrlein*, in: Münchkomm zur InsO, § 138 Rn. 28; *Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 138 Rn. 41; *Ganter*, in: Schmidt, InsO, § 138 Rn. 26.

⁴⁹³ *Kirchhof*, ZInsO 2001, 825, 828.

⁴⁹⁴ *Ropohl*, NZI 2006, 425, 428.

herrschenden Unternehmen als nahestehende Personen i.S.v. § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO zu qualifizieren.⁴⁹⁵

b) Mutter-Tochter-Verschmelzung (downstream Merger)

Beim downstream Merger wird eine Muttergesellschaft auf ihre 100%-ige Tochtergesellschaft verschmolzen und die von der Muttergesellschaft gehaltenen Anteile an der Tochtergesellschaft gehen verschmelzungsbedingt ohne Durchgangserwerb der übernehmenden Tochtergesellschaft auf die Gesellschafter der übertragenden Muttergesellschaft über.⁴⁹⁶ Der Verschmelzungsbericht ist in diesem Falle nicht gemäß § 8 Abs. 2 S. 1 Var. 2 UmwG entbehrlich und kann daher als Indiz im Rahmen des Beweises der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen herangezogen werden. Im Ergebnis greifen daneben die Beweiserleichterungen für nahestehende Personen.

aa) Benachteiligung der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers

Werden durch die Verschmelzung die Gläubiger der übertragenden Muttergesellschaft benachteiligt, gilt das zur Ziff. 2 lit. a, bb Gesagte. Jedenfalls in Fällen der einheitlichen Leitung gilt die Tochter aufgrund ihrer besonderen Informationsmöglichkeiten gegenüber ihrer Mutter als nahestehende Person i.S.v. § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO, sodass alle damit verbundenen Beweiserleichterungen zum Tragen kommen.⁴⁹⁷

bb) Benachteiligung der Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers

Werden die Gläubiger der übernehmenden Tochtergesellschaft durch den downstream Merger benachteiligt, ist die Muttergesellschaft als Anfechtungsgegnerin im Verhältnis zu ihrer Tochtergesellschaft jedenfalls dann eine nahestehende Person gemäß § 138 Abs. 2 Nr. 1 UmwG, wenn sie zu mehr als 25 % am Kapital der Tochter beteiligt ist. Liegt die Kapitalbeteiligung unter oder gleich 25 %, kann im Einzelfall ein Näheverhältnis gemäß § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO vorliegen, wenn die Muttergesellschaft auf Grund einer vergleichbaren gesellschaftsrechtlichen oder dienstvertraglichen Verbindung zur Tochter die Möglichkeit hat, sich über ihre wirtschaftlichen Verhältnisse zu unterrichten.⁴⁹⁸

c) Schwesterverschmelzung (sidestream Merger)

Sehr umstritten ist, ob auch abhängige Unternehmen, die von demselben Unternehmen beherrscht werden, gemäß § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO als einander nahe stehend angesehen

⁴⁹⁵ So auch *Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 138 Rn. 41.

⁴⁹⁶ *Hoger*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 6 Rn. 32; *Marsch-Barner/Oppenhoff/Lanfermann/Willemsen*, in: Kallmeyer, UmwG, § 5 Rn. 71; *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 5 Rn. 38; *Sagasser/Luke*, in: Sagasser/Bula/Brünger, UmwG, § 9 Rn. 350.

⁴⁹⁷ So auch *Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 138 Rn. 41.

⁴⁹⁸ Dies kommt insbesondere bei Vorliegen von Stimmbindungsverträgen in Betracht oder wenn bei börsennotierten AktG trotz Nichterreichen der 25%-Schwelle eine Hauptversammlungsmehrheit vorliegt, *Ropohl*, NZI 2006, 425, 427.

werden.⁴⁹⁹ Richtigerweise wird ein Näheverhältnis i.S.v. § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO zu bejahen sein und zwar unabhängig davon, ob die Gläubiger des übertragenden oder die Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers durch die Verschmelzung benachteiligt werden.⁵⁰⁰ Denn es besteht die Vermutung, dass ein herrschendes Unternehmen versuchen wird, bei Anzeichen einer Krise Vermögen von dem gefährdeten, abhängigen Unternehmen auf ein anderes von ihm abhängiges Unternehmen zu übertragen, um es so vor einem Gläubigerzugriff zu bewahren.⁵⁰¹ Als erhebliches Indiz für die subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen dient auch hier der obligatorisch zu erstellende Verschmelzungsbericht.⁵⁰²

C. Zusammenfassendes Ergebnis

In § 8 wurden die einzelnen Anfechtungstatbestände behandelt sowie die Frage, ob im Rahmen einer Verschmelzung eine Insolvenzanfechtungsgefahr besteht. Die Untersuchung der Anfechtungstatbestände hat gezeigt, dass dem Insolvenzverwalter durchaus Möglichkeiten an die Hand gegeben sind, eine vor Insolvenz durchgeführte Verschmelzung anzufechten.

Als mögliche Anfechtungstatbestände kommen insbesondere die Anfechtungstatbestände der §§ 132 und 133 InsO in Betracht. In Einzelfällen kann aber auch eine Anfechtung nach § 134 InsO möglich sein. Der Beweis der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen kann in vielen Fällen auf den in der Regel zu erstellenden Verschmelzungsbericht gestützt werden. Erfolgt eine Verschmelzung innerhalb eines Konzerns, stehen die beteiligten Rechtsträger in zahlreichen Fällen in einem Näheverhältnis gemäß § 138 Abs. 2 InsO zueinander, sodass die für nahestehende Personen geltenden Beweiserleichterungen zum Tragen kommen.

⁴⁹⁹ Gegen ein Näheverhältnis zwischen Schwestergesellschaften: BT-Drs. 12/2443, S. 163; *Ropohl*, NZI 2006, 425, 430; für ein Näheverhältnis zwischen Schwestergesellschaften: *Kirchhof/Gehrlein*, in: Münchkomm zur InsO, § 138 Rn. 32; *Ganter*, in: Schmidt, InsO, § 138 Rn. 26; nur sofern besondere Unterrichtungsmöglichkeiten gegeben sind: *Riggert*, in: Braun, InsO, § 138 Rn. 17.

⁵⁰⁰ Für ein Näheverhältnis zwischen Schwestergesellschaften auch: *Kirchhof/Gehrlein*, in: Münchkomm zur InsO, § 138 Rn. 32; *Ganter*, in: Schmidt, InsO, § 138 Rn. 26.

⁵⁰¹ *Kirchhof/Gehrlein*, in: Münchkomm zur InsO, § 138 Rn. 32.

⁵⁰² S. zur Indizwirkung des Verschmelzungsberichts § 8 B I.

§ 9 Bildung einer Sondermasse als Rechtsfolge

Schließlich soll untersucht werden, welche Rechtsfolgen die Insolvenzanfechtung einer Verschmelzung entfaltet.

A. Bildung einer Sondermasse und Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters

I. Notwendigkeit der Sondermasse

Wie oben⁵⁰³ aufgezeigt wurde, kann die Rechtsfolge einer Insolvenzanfechtung nicht die Verpflichtung zur Rückabwicklung der Verschmelzung in natura sein. Denn um eine Verschmelzung in natura wieder rückgängig zu machen, müsste nach erfolgter Anfechtung das Vermögen des untergegangenen übertragenden Rechtsträgers separiert, der Untergang des übertragenden Rechtsträgers rückgängig gemacht und ihm das separierte Vermögen wieder zugeordnet werden.⁵⁰⁴ Dies würde jedoch dem umwandlungsrechtlichen Bestandsschutz gemäß § 20 Abs. 2 UmwG entgegenstehen. Vielmehr ist infolge der Insolvenzanfechtung Wertersatz zu leisten.

Hinsichtlich der Beschreibung der weiteren Folgen der Insolvenzanfechtung ist sodann danach zu differenzieren, ob die Verschmelzung wegen einer Benachteiligung der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers oder wegen der Benachteiligung der Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers angefochten wird.

1. Benachteiligung der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers

Wird die Verschmelzung angefochten, weil sie für die Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers nachteilhaft war, hat die Insolvenzanfechtung zur Folge, dass Wertersatz für das übertragene Vermögen geleistet wird.⁵⁰⁵

Bezüglich dieses Wertersatzes ist in der Insolvenz des verschmolzenen Rechtsträgers eine Sondermasse zu bilden.⁵⁰⁶ Die Bildung einer Sondermasse ist immer dann erforderlich, wenn aus einem Teil der Masse nur bestimmte Gläubiger befriedigt werden, während den anderen Gläubigern nur die übrige Masse haftet.⁵⁰⁷ Diese „rein rechnerische“ Sondermasse⁵⁰⁸ stellt kein dinglich gesondertes Vermögen, sondern einen Teil der Insolvenzmasse des verschmolzenen Rechtsträgers dar, der innerhalb ein- und desselben Insolvenzverfahrens haftungsrechtlich nur einer bestimmten Gläubigergruppe zugewiesen

⁵⁰³ S. hierzu § 4 IV.

⁵⁰⁴ *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 105.

⁵⁰⁵ S. hierzu § 4 IV.

⁵⁰⁶ *Roth*, ZInsO 2013, 1597, 1608; *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 106.

⁵⁰⁷ BGH, Urt. v. 10.05.1978 – VIII ZR 32/77, NJW 1978, 1525; *Henckel*, in: Jaeger, InsO, § 35 Rn. 141; *Hirte/Praß*, in: Uhlenbruck, InsO, § 35 Rn. 55; *Roth*, ZInsO 2013, 1597, 1605.

⁵⁰⁸ Zu dieser Begrifflichkeit s. *Windel*, ZIP 2019, 441, 443.

wird.⁵⁰⁹ Wird die Verschmelzung angefochten, weil sie zum Nachteil der Gläubiger des übertragenden erfolgte, steht der Wertersatzanspruch nach § 143 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB aber ebenfalls nur den Gläubigern des übertragenden Rechtsträgers zu, sodass nach diesen Grundsätzen zu deren Gunsten eine Sondermasse zu bilden ist.⁵¹⁰

Dies stellt auch keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung (*par condicio creditorum*) dar, nach dem der Insolvenzverwalter grundsätzlich alle Gläubiger gleichbehandeln muss.⁵¹¹ Zwar wird durch die Bildung der Sondermasse im Ergebnis das Befriedigungsinteresse der durch die Verschmelzung benachteiligten Gläubiger bevorzugt berücksichtigt, da diese unter Ausschluss der übrigen Gläubiger vorweg aus der Sondermasse befriedigt werden.⁵¹² In der vorliegenden Konstellation der Insolvenzanfechtung einer Verschmelzung muss der Insolvenzverwalter aber Sondermassen bilden, damit den Gläubigergruppen das Vermögen zugeordnet werden kann, das ihnen ohne die anfechtbare Handlung zur Verfügung stünde.⁵¹³ Im Rahmen der ihnen zugeteilten Vermögensmassen wird der Gleichbehandlungsgrundsatz der Gläubiger gewahrt.⁵¹⁴ Diese Grundsätze sollen nun anhand eines Beispiels verdeutlicht werden.

Dieses Beispiel soll als Grundbeispiel zur Erläuterung der grundsätzlichen Vorgehensweise dienen. Dem Grundbeispiel liegt die Annahme zugrunde, dass über das Vermögen des verschmolzenen Rechtsträgers unmittelbar nach Wirksamwerden der Verschmelzung das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Der verschmolzene Rechtsträger hat somit nach Wirksamwerden der Verschmelzung keine neuen Vermögenswerte und Verbindlichkeiten begründet. Auf Sonderkonstellationen soll an späterer Stelle eingegangen werden. Das Grundbeispiel stellt mithin den Idealfall dar, der tatsächlich kaum denkbar ist. Dennoch erscheint er zur Erläuterung der Vorgehensweise am besten geeignet.

Die A-GmbH (im Folgenden: „A“) ist übertragender Rechtsträger, die B-GmbH (im Folgenden: „B“) ist übernehmender Rechtsträger. Vor Wirksamwerden der Verschmelzung hat die A Vermögenswerte i.H.v. 80 und Verbindlichkeiten i.H.v. 100. In der Insolvenz der A beliefte sich die Insolvenzquote der Gläubiger der A also auf 80%. Die B hat vor Wirksamwerden der Verschmelzung Vermögenswerte i.H.v. 60 und Verbindlichkeiten i.H.v. 100. Würde über das Vermögen der B das Insolvenzverfahren eröffnet werden, beliefte sich die Insolvenzquote somit auf 60%.

⁵⁰⁹ *Hirte/Praß*, in: Uhlenbruck, InsO, § 35 Rn. 55.

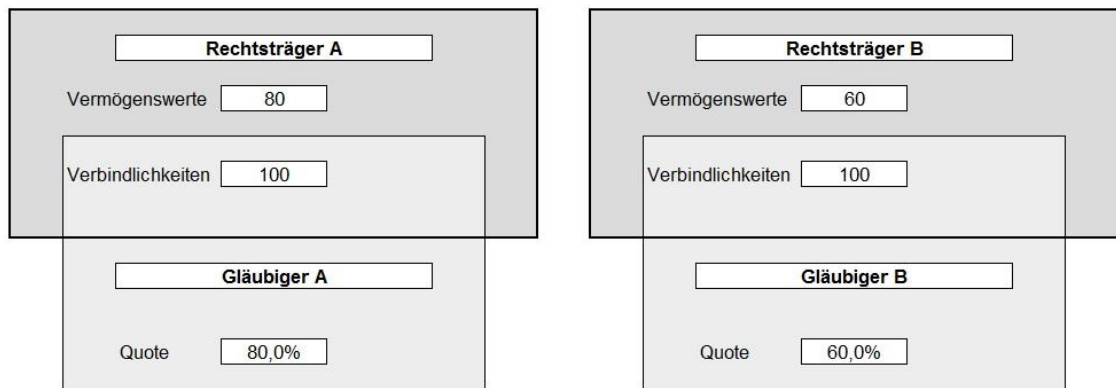
⁵¹⁰ *Roth*, ZInsO 2013, 1597, 1608; *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 106.

⁵¹¹ BGH, Urt. v. 13.07.1983 – VIII ZR 246/82, NJW 1983, 2147, 2147; *Ehricke/Behme*, in: Münchkomm zur InsO, § 38 Rn. 5; *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 514 ff.

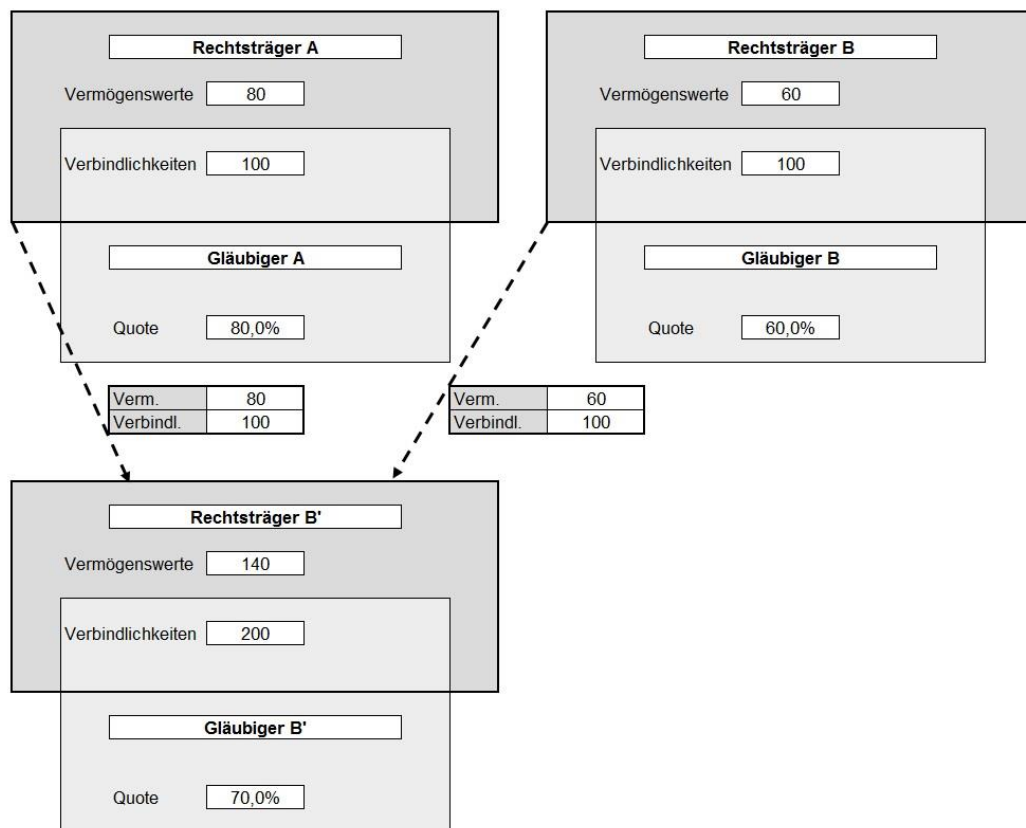
⁵¹² *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 107.

⁵¹³ *Roth*, ZInsO 2013, 1597, 1606; *Trencker*, S. 299 (zum österreichischen Recht).

⁵¹⁴ *Roth*, ZInsO 2013, 1597, 1606.

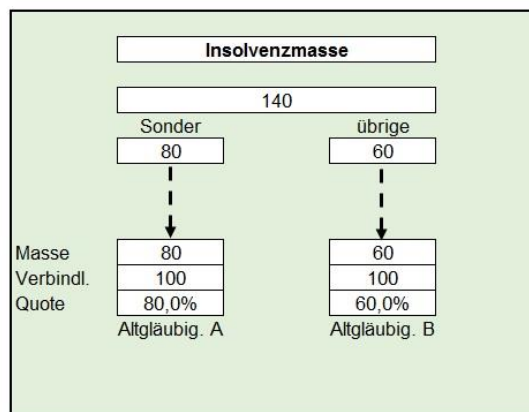


Nun wird die A auf die B verschmolzen (der verschmolzene Rechtsträger wird im Folgenden aus Klarstellungsgründen als B' bezeichnet). Nach Wirksamwerden der Verschmelzung hat die B' Vermögenswerte i.H.v. 140 und Verbindlichkeiten i.H.v. 200. Über das Vermögen der B' wird nun das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Insolvenzquote der Gläubiger der B' beläuft sich nun auf 70%. Wäre es nicht zur Verschmelzung gekommen, hätten die (Alt-)Gläubiger der A jedoch keine Quote i.H.v. 70%, sondern eine Quote i.H.v. 80% erhalten. Die Verschmelzung ist somit für die Gläubiger der A benachteiligend, sodass die Verschmelzung angefochten wird.



Aufgrund der Insolvenzanfechtung ist in der Insolvenzmasse der B' eine Sondermasse zu bilden. In diese Sondermasse fließt (nach Verwertung des Vermögens der B') der Wertersatz für das infolge der Verschmelzung übergegangene Vermögen des übertragenden Rechtsträgers. In dem dargelegten Beispiel fließt also ein Wertersatz i.H.v. 80. Aus der Sondermasse werden nun ausschließlich die Gläubiger der A befriedigt. Die Gläubiger der A erhalten nun die gleiche Quote, die sie vor Wirksamwerden der Verschmelzung erhalten hätten, nämlich eine Quote i.H.v. 80%.

In der übrigen Masse verbleibt wertmäßig das Vermögen, das dem übernehmenden Rechtsträger B vor Wirksamwerden der Verschmelzung zustand. Aus der übrigen Masse werden nun ausschließlich die Gläubiger der B befriedigt. Auch die Gläubiger der B erhalten nun die gleiche Quote, die sie vor Wirksamwerden der Verschmelzung erhalten hätten.



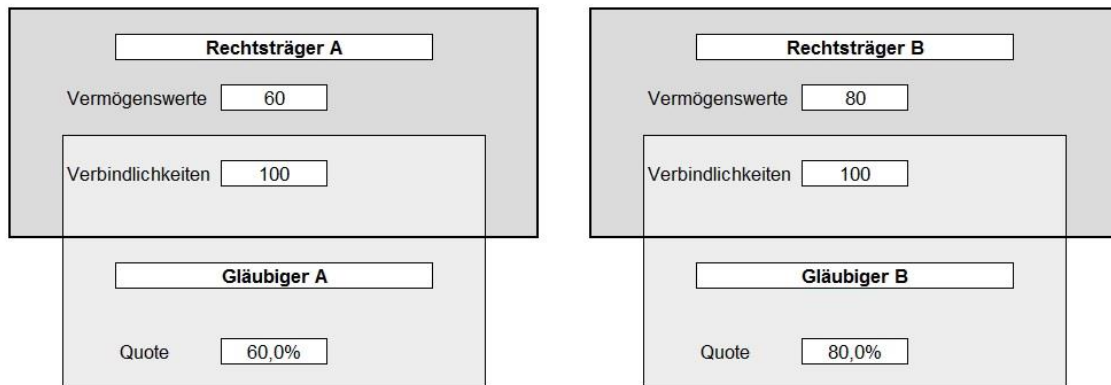
2. Benachteiligung der Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers

Ähnlich ist die Situation zu beurteilen, in der die Verschmelzung angefochten wird, weil sie für die Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers nachteilhaft war. Auch hier ist den Gläubigern des übernehmenden Rechtsträgers für das vor Wirksamwerden der Verschmelzung im Eigentum des übernehmenden Rechtsträger stehende Vermögen Wertersatz in eine Sondermasse zu leisten.

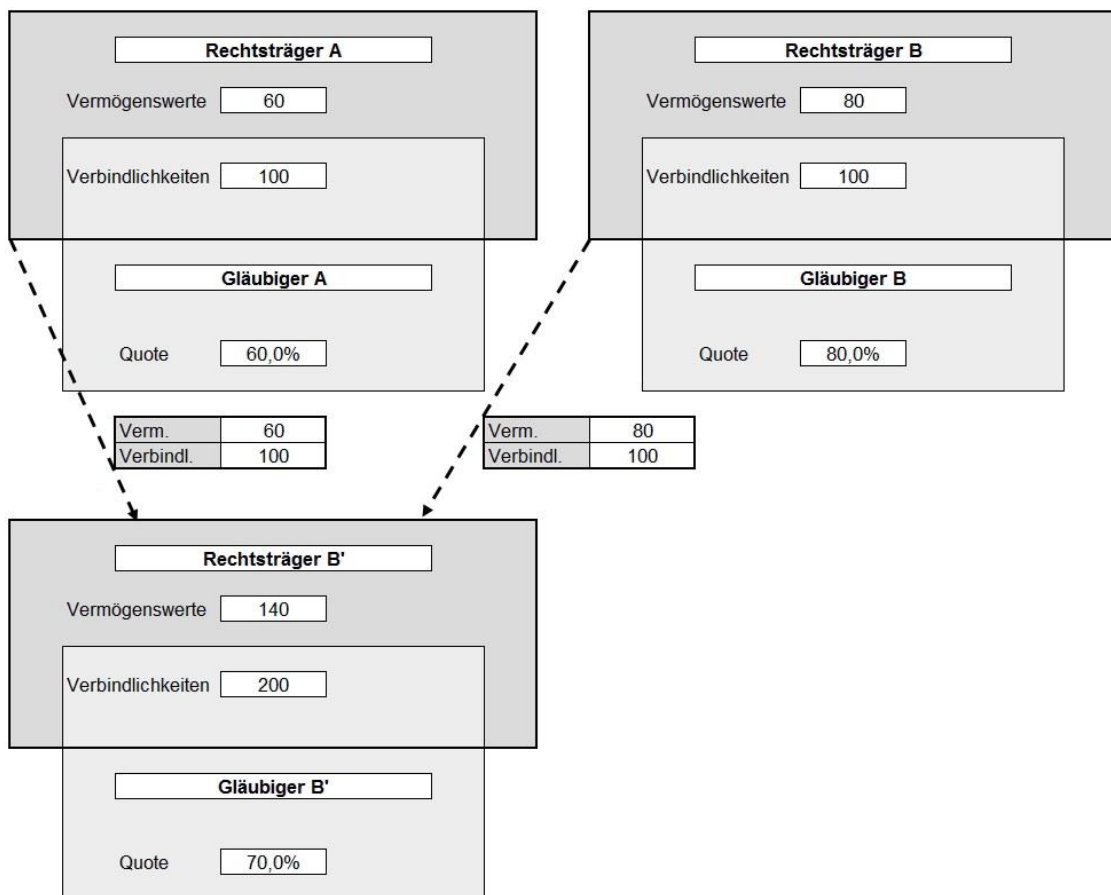
Auch diesbezüglich soll nachfolgend ein Grundbeispiel erläutert werden, das auf der Prämisse basiert, dass unmittelbar nach Wirksamwerden der Verschmelzung das Insolvenzverfahren über das Vermögen des verschmolzenen Rechtsträgers eröffnet wurde. Aufbauend auf diesem Grundbeispiel sollen wenig später weitere Fallkonstellationen behandelt werden.

Die A-GmbH (im Folgenden: „A“) ist übertragender Rechtsträger, die B-GmbH (im Folgenden: „B“) ist übernehmender Rechtsträger. Vor Wirksamwerden der Verschmelzung hat die A Vermögenswerte i.H.v. 60 und Verbindlichkeiten i.H.v. 100. In der Insolvenz der A beliefte sich die Insolvenzquote der Gläubiger der A also auf 60%. Die B hat vor Wirksamwerden der Verschmelzung Vermögenswerte i.H.v. 80 und Verbindlichkeiten

i.H.v. 100. Würde über das Vermögen der B das Insolvenzverfahren eröffnet werden, beliefe sich die Insolvenzquote somit auf 80%.

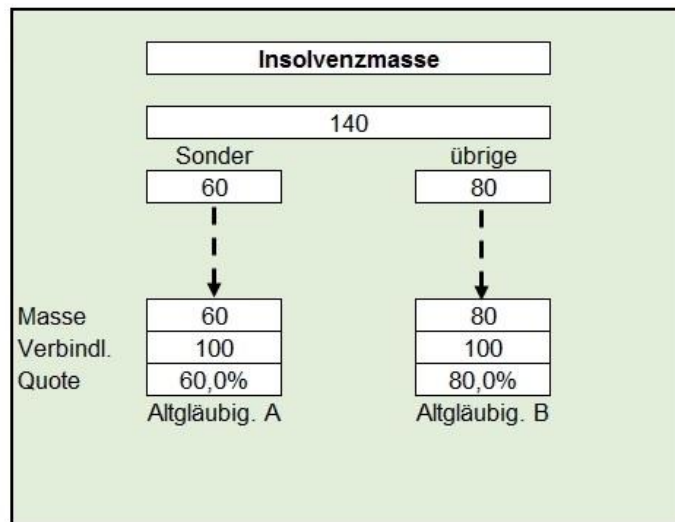


Nun wird die A auf die B verschmolzen (der verschmolzene Rechtsträger wird im Folgenden aus Klarstellungsgründen als B' bezeichnet). Nach Wirksamwerden der Verschmelzung hat die B' Vermögenswerte i.H.v. 140 und Verbindlichkeiten i.H.v. 200. Über das Vermögen der B' wird nun das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Insolvenzquote der Gläubiger der B' beläuft sich nun auf 70%. Wäre es nicht zur Verschmelzung gekommen, hätten die (Alt-)Gläubiger der B jedoch keine Quote i.H.v. 70%, sondern eine Quote i.H.v. 80% erhalten. Die Verschmelzung ist somit für die Gläubiger der B benachteiligend, sodass die Verschmelzung angefochten wird.



Aufgrund der Insolvenzanfechtung ist in der Insolvenzmasse der B' eine Sondermasse zu bilden. In diese Sondermasse fließt (nach Verwertung des Vermögens der B') der Wertersatz für das vor Wirksamwerden der Verschmelzung dem übernehmenden Rechtsträger zustehende Vermögen. In dem dargelegten Beispiel fließt also ein Wertersatz i.H.v. 80. Aus der Sondermasse werden nun ausschließlich die Gläubiger der B befriedigt. Die Gläubiger der B erhalten nun die gleiche Quote, die sie vor Wirksamwerden der Verschmelzung erhalten hätten, nämlich eine Quote i.H.v. 80%.

In der übrigen Masse verbleibt wertmäßig das Vermögen, das dem übertragenden Rechtsträger A vor Wirksamwerden der Verschmelzung zustand. Aus der übrigen Masse werden nun ausschließlich die Gläubiger der A befriedigt. Auch die Gläubiger der A erhalten nun die gleiche Quote, die sie vor Wirksamwerden der Verschmelzung erhalten hätten.



II. Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters?

In der Literatur wird vertreten, dass für die Insolvenzanfechtung der Verschmelzung ein Sonderinsolvenzverwalter zu bestellen sei.⁵¹⁵ Der Insolvenzverwalter und der Sonderinsolvenzverwalter müssten sodann das ursprünglich dem infolge der Verschmelzung benachteiligten Rechtsträger gehörende Vermögen aus der Insolvenzmasse herauslösen.⁵¹⁶ Die so entstehende Sondermasse sei anschließend vom Sonderinsolvenzverwalter zur Befriedigung der von der Verschmelzung benachteiligten Gläubiger zu verwenden.⁵¹⁷

1. Grundzüge der Sonderinsolvenzverwaltung

Zur Überprüfung der soeben dargestellten Ansicht, zur Verwaltung der Sondermasse sei ein Sonderinsolvenzverwalter zu bestellen, werden vorab die Grundzüge der Sonderinsolvenzverwaltung dargestellt.

Die Einsetzung eines Sonderinsolvenzverwalters ist in der InsO nicht ausdrücklich geregelt. Die ursprünglich im Regierungsentwurf InsO vom 15.04.1992 vorgesehene Regelung bezüglich der Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters wurde durch den Rechtsausschuss des Bundestags gestrichen. Der Ausschuss ging davon aus, dass die Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters auch ohne ausdrückliche Regelung möglich sei, sodass er die Regelung für überflüssig hielt.⁵¹⁸ Der Gesetzgeber erwähnte den Sonderinsolvenzverwalter vielmehr erst im Jahr 2018 in der durch das Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen eingeführten Regelung des § 56b InsO, die im Falle der Insolvenz von gruppenangehörigen Schuldern bestimmt, dass die

⁵¹⁵ Brünkmans, in: Mhdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 106; Roth, ZInsO 2013, 1597, 1608.

⁵¹⁶ Brünkmans, in: Mhdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 111, 112.

⁵¹⁷ Brünkmans, in: Mhdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 107; Roth, ZInsO 2013, 1597, 1606.

⁵¹⁸ Beschl.-Empfehlung des RechtsA zu § 77 RegE, BT-Drucks. 12/7302, S. 162.

angegangenen Insolvenzgericht sich darüber abzustimmen haben, ob es im Interesse der Gläubiger liegt, lediglich eine Person zum Insolvenzverwalter zu bestellen oder ob mögliche Interessenkonflikte durch die Bestellung von Sonderinsolvenzverwaltern ausgeräumt werden können.

Nach allgemeiner Auffassung ist die Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters demnach auch ohne ausdrückliche Regelung zulässig.⁵¹⁹ Die Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters setzt voraus, dass der bestellte Verwalter tatsächlich oder rechtlich verhindert ist, sein Amt ganz oder auch nur teilweise auszuüben.⁵²⁰ Während eine tatsächliche Verhinderung beispielsweise bei längerer Krankheit des Insolvenzverwalters vorliegt⁵²¹, ist eine rechtliche Verhinderung bei Vorliegen eines Interessenkonflikts⁵²² gegeben. In der Praxis haben sich unter Zugrundelegung dieser Grundsätze verschiedene Fallgruppen herausgebildet, in denen ein Sonderinsolvenzverwalter zu bestellen ist.⁵²³ Beispielsweise soll die Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters aus aufsichtsrechtlichen Gründen zulässig sein, um Kontrollmaßnahmen gegenüber dem Insolvenzverwalter durchzusetzen.⁵²⁴ Auch wenn Sondermassen zu bilden sind, ist ein Sonderinsolvenzverwalter zur Verwaltung der Sondermasse zu bestellen, um die Partikularinteressen einzelner Gläubiger oder Gläubigergruppen zu wahren.⁵²⁵

Für den Bereich, für den der Sonderinsolvenzverwalter bestellt ist, hat er die Rechtsstellung eines selbstständigen Insolvenzverwalters mit sämtlichen Befugnissen und Pflichten.⁵²⁶

Der Sonderinsolvenzverwalter wird von Amts wegen durch Beschluss des Insolvenzgerichts bestellt.⁵²⁷ Es war lange Zeit umstritten, ob einem einzelnen Gläubiger ein Antrags- und Beschwerderecht bezüglich der Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters zusteht.⁵²⁸ Dies hat der BGH mit Beschluss vom 05.02.2009⁵²⁹ verneint.⁵³⁰ Die in der gestrichenen Vorschrift des Regierungsentwurfs in Bezug

⁵¹⁹ OLG Celle, Beschl. v. 23.07.2001 – 2 W 41/01, NZI 2001, 551, 552; *Graeber*, in: Münchkomm zur InsO, § 56 Rn. 153; *Ries*, in: Schmidt, InsO, § 56 Rn. 65.

⁵²⁰ BGH, Beschl. v. 02.03.2006 – IX ZB 225/04, NZI 2006, 474; Beschl. v. 18.06.2009 – IX ZA 13/09, NZI 2009, 517; *Graeber*, in: Münchkomm zur InsO, § 56 Rn. 153; *Delhaes/Römermann*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 56 Rn. 30.

⁵²¹ *Lüke*, ZIP 2004, 1693, 1695; *Lissner*, ZInsO 2014, 768, 769.

⁵²² *Lüke*, ZIP 2004, 1693, 1694; *Lissner*, ZInsO 2014, 768, 770.

⁵²³ *Frege*, Der Sonderinsolvenzverwalter, S. 6 Rn. 20 ff.

⁵²⁴ *Frege*, S. 8 Rn. 24 ff.

⁵²⁵ *Frege*, S. 45 Rn. 149 ff.

⁵²⁶ *Zipperer*, in: Uhlenbruck, InsO, § 35 Rn. 58; *Ries*, in: Schmidt, InsO, § 56 Rn. 65; *Delhaes/Römermann*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 56 Rn. 31; *Dahl*, ZInsO 2004, 1014, 1015.

⁵²⁷ BGH, Beschl. v. 21.07.2016 – IX ZB 58/15, NZI 2016, 831, 832 Rn. 10; Beschl. v. 05.02.2009 – IX ZB 187/08, NZI 2009, 238 Rn. 5; *Ries*, in: Schmidt, InsO, § 56 Rn. 66; *Delhaes/Römermann*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 56 Rn. 31; *Zipperer*, in: Uhlenbruck, InsO, § 56 Rn. 59.

⁵²⁸ Für ein Antragsrecht: AG Göttingen, Besch. v. 30.12.2005 – 74 IN 262/00, ZIP 2006, 629; *Graeber/Pape*, ZIP 2007, 991, 995 und 998; gegen ein Antragsrecht: AG Lüneburg, Beschl. v. 21.02.2008 – 46 IN 6/06; LG Lüneburg, Beschl. v. 20.03.2008 – 3 T 36/08, ZInsO 2006, 1158; differenzierend: *Lüke*, ZIP 2004, 1693, 1696.

⁵²⁹ BGH, Beschl. v. 5.2.2009 – IX ZB 187/08, NZI 2009, 238.

⁵³⁰ Mittlerweile gefestigte Meinung: BGH, Beschl. v. 30.09.2010 – IX ZB 280/09, NZI 2010, 940; BGH, Beschl. v. 25.06.2009 – IX ZB 84/08, GWR 2009, 256; *Zipperer*, in: Uhlenbruck, InsO, § 56 Rn. 59; *Ries*, in: Schmidt, InsO, § 56 Rn. 66; *Lissner*, ZInsO 2016, 1409, 1412; *Harder*, NJW-Spezial 2019, 469, 469.

genommenen Vorschriften der §§ 56 bis 66 InsO wendet der BGH im Grundsatz auch auf den Sonderinsolvenzverwalter an.⁵³¹ Zwar könnten die Vorschriften über die Wahl eines anderen Insolvenzverwalters und die Entlassung des Insolvenzverwalters (§§ 57, 59 InsO) entsprechend auf den Sonderinsolvenzverwalter angewendet werden; für die Entscheidung, ob ein Sonderinsolvenzverwalter überhaupt bestellt werden solle, könne aus den §§ 57, 59 InsO jedoch nichts abgeleitet werden.⁵³² Denn auch der Insolvenzverwalter werde im Beschluss über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens von Amts wegen bestellt; ein Antragsrecht eines Verfahrensbeteiligten bestehe gerade nicht.⁵³³

Auch haben die Gläubiger allenfalls in ihrer Gesamtheit, aber nicht der einzelne Gläubiger, ein Beschwerderecht gegen einen etwaigen die Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters ablehnenden Beschluss des Insolvenzgerichts.⁵³⁴ Ein solch individuelles Beschwerderecht folge auch nicht aus einer analogen Anwendung des § 59 Abs. 2 S. 2 InsO, wonach dem einzelnen Gläubiger die sofortige Beschwerde offenstehe, wenn das Insolvenzgericht einem Antrag der Gläubigerversammlung auf Entlassung des Insolvenzverwalters nicht nachkomme.⁵³⁵ Denn dieses Recht sei bloß vom Antragsrecht der Gläubigerversammlung abgeleitet.⁵³⁶ In der genannten Vorschrift sei nur deshalb vom Beschwerderecht der Gläubigerversammlung abgesehen worden, weil eine Beschwerde die Einberufung einer weiteren Gläubigerversammlung erfordern würde und dies als nicht praktikabel angesehen wurde.⁵³⁷ Das Beschwerderecht des einzelnen Gläubigers setze aber auch in diesem Fall voraus, dass es der Durchsetzung einer Entscheidung der Gläubigergesamtheit diene.⁵³⁸

2. Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters im Falle der Insolvenzanfechtung einer Verschmelzung

Nach diesen Grundsätzen könnte der Insolvenzverwalter zur Insolvenzanfechtung und zur Verwaltung und Verteilung der Sondermasse aus rechtlichen Gründen verhindert sein, sodass hierzu ein Sonderinsolvenzverwalter zu bestellen ist.

Sofern der in analoger Anwendung des § 25 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 UmwG als fortbestehend fingierte übertragende Rechtsträger einen Rückgewähranspruch gemäß § 143 Abs. 1 S. 2 InsO (i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB) gegen den übernehmenden Rechtsträger hat, müsste der Insolvenzverwalter diesen Rückgewähranspruch für den übertragenden Rechtsträger anmelden, auf der anderen Seite aber für den übernehmenden Rechtsträger prüfen.⁵³⁹ Gleiches gilt, wenn der Rückgewähranspruch gemäß § 143 Abs. 1 S. 2 InsO (i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB) dem übernehmenden

⁵³¹ BGH, Besch. v. 5.2.2009 – IX ZB 187/08, NZI 2009, 238 Rn. 4.

⁵³² BGH, Besch. v. 5.2.2009 – IX ZB 187/08, NZI 2009, 238 Rn. 5.

⁵³³ BGH, Besch. v. 5.2.2009 – IX ZB 187/08, NZI 2009, 238 Rn. 5.

⁵³⁴ BGH, Besch. v. 5.2.2009 – IX ZB 187/08, NZI 2009, 238, 239 Rn. 9.

⁵³⁵ BGH, Besch. v. 5.2.2009 – IX ZB 187/08, NZI 2009, 238 Rn. 6.

⁵³⁶ BGH, Besch. v. 5.2.2009 – IX ZB 187/08, NZI 2009, 238, 239 Rn. 9.

⁵³⁷ BGH, Besch. v. 5.2.2009 – IX ZB 187/08, NZI 2009, 238, 239 Rn. 9.

⁵³⁸ BGH, Besch. v. 5.2.2009 – IX ZB 187/08, NZI 2009, 238 Rn. 9.

⁵³⁹ S. zur Sonderinsolvenzverwaltung bei der gleichzeitigen Verwaltung verschiedener Massen: *Lüke*, ZIP 2004, 1693, 1695.

Rechtsträger zusteht, weil seine Gläubiger durch die Verschmelzung benachteiligt werden. In einer solchen Situation müsste der Insolvenzverwalter sowohl für den Bestand der angemeldeten Forderung streiten als auch eine kritische Prüfung der Forderungsberechtigung vornehmen, wodurch berechtigte Zweifel an der Objektivität und Sorgfalt der Prüfung entstünden.⁵⁴⁰ In Fällen der Insolvenzanfechtung von Verschmelzungen ist also ein Sonderinsolvenzverwalter zu bestellen, um zu verhindern, dass der Insolvenzverwalter bei der Insolvenzanfechtung einem erheblichen Interessenkonflikt unterliegt.

Der Insolvenzverwalter ist also bezüglich der Insolvenzanfechtung der Verschmelzung aus rechtlichen Gründen verhindert.⁵⁴¹ Für die Insolvenzanfechtung der Verschmelzung und die Verwaltung der Sondermasse ist daher ein Sonderinsolvenzverwalter zu bestellen.⁵⁴²

III. Teilweise Überlagerung der Grundsätze zur Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters durch umwandlungsrechtliche Wertungen

Die vorgestellte dargestellten Grundsätze zur Sonderinsolvenzverwaltung könnten teilweise durch umwandlungsrechtliche Wertungen überlagert werden. Denn die Versagung des Antrags- und Beschwerderechts des einzelnen Insolvenzgläubigers hinsichtlich der Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters steht in Widerspruch zu den §§ 25 Abs. 2, 26 UmwG, nach denen bei sonstigen Ansprüchen des übertragenden Rechtsträgers nach den allgemeinen Vorschriften der einzelne Gläubiger zur Durchsetzung dieser Ansprüche die Bestellung des besonderen Vertreters beantragen kann.⁵⁴³

Würde dem einzelnen Insolvenzgläubiger im Falle der Insolvenzanfechtung einer Verschmelzung das Antrags- und Beschwerderecht hinsichtlich der Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters nach insolvenzrechtlichen Grundsätzen versagt werden, wären seine Rechtsschutzmöglichkeiten im Vergleich zur Durchsetzung allgemeiner Ansprüche des übertragenden Rechtsträgers erheblich eingeschränkt. Denn hinsichtlich allgemeiner Ansprüche des übertragenden Rechtsträger ist gemäß § 26 UmwG jeder einzelne Gläubiger hinsichtlich der Bestellung des besonderen Vertreters antragsberechtigt.

Das Antrags- und Beschwerderecht hinsichtlich der Bestellung des Sonderinsolvenzverwalters in analoger Anwendung der §§ 57, 59 InsO nur der Gläubigerversammlung zuzuweisen,⁵⁴⁴ ist insofern problematisch, als dass die Gläubigerversammlung zum einen nur bei Erreichen bestimmter Antragsquoten einzuberufen ist, zum anderen Entscheidungen dem Mehrheitsprinzip unterliegen.⁵⁴⁵

⁵⁴⁰ Graeber/Pape, ZIP 2007, 991, 992.

⁵⁴¹ Brünkmans, in: Mhdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 106; Roth, ZInsO 2013, 1597, 1608.

⁵⁴² So auch Brünkmans, in: Mhdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 106; Roth, ZInsO 2013, 1597, 1608.

⁵⁴³ S. hierzu im Einzelnen § 6 C I 2 a).

⁵⁴⁴ In diesem Sinne BGH, Urt. v. 16.07.2015 – IX ZR 127/14, NZI 2015, 849, 850 Rn. 16; Beschl. v. 05.02.2009 – IX ZB 187/08, NZI 2009, 238, 239

⁵⁴⁵ S. § 76 Abs. 2 InsO.

Daraus folgt, dass die individuelle Rechtsdurchsetzung der Gläubiger erheblich eingeschränkt und im Ergebnis vom „guten Willen“ der Gläubigerversammlung abhängig ist. In den Fällen, in denen durch die Verschmelzung die Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers benachteiligt werden, ist dies insbesondere dann kritisch, wenn die Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers, die spiegelbildlich dazu durch die Verschmelzung bevorteilt werden, in der Mehrzahl sind. Denn in diesen Fällen wird die Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters wohl kaum durch die Gläubigermehrheit initiiert werden und die Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers sind davon abhängig, dass der Insolvenzverwalter die Bestellung des Sonderinsolvenzverwalters anregt oder das Insolvenzgericht von Amts wegen tätig wird.

Selbstverständlich ist das dargestellte Missbrauchspotenzial durch einige Schutzmechanismen eingeschränkt. So ist der Insolvenzverwalter grundsätzlich verpflichtet, dem Insolvenzgericht einen möglichen Interessenskonflikt anzuzeigen⁵⁴⁶; tut er dies nicht, macht er sich nicht nur schadensersatzpflichtig, sondern riskiert auch seine Entlassung.⁵⁴⁷ Ebenso ist der Gläubigerausschuss schadensersatzpflichtig, wenn er trotz deutlicher Anzeichen für eine Pflichtverletzung des Insolvenzverwalters eine Einberufung der Gläubigerversammlung gemäß § 75 Abs. 1 Nr. 2 InsO unterlässt.⁵⁴⁸ Bestellt das Insolvenzgericht trotz Anregung eines Gläubigers keinen Sonderinsolvenzverwalter, liegt jedenfalls bei einer Ermessensreduzierung auf Null ein Fall der Amtshaftung nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 Abs. 1 BGB vor.⁵⁴⁹ Dennoch kann dies das dargestellte Rechtsschutzdefizit nicht vollständig ausgleichen.

Bereits der Grundsatz, dem einzelnen Gläubiger stehe kein Antragsrecht auf Einsetzung eines Sonderinsolvenzverwalters zu, ist in seiner Allgemeingültigkeit angreifbar. Schon vor der Grundsatzentscheidung des BGH vom 5.2.2009⁵⁵⁰ wurde vereinzelt vertreten, dass dem einzelnen Gläubiger jedenfalls dann ein Antragsrecht auf Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters zuzusprechen sei, wenn es um die Durchsetzung oder Prüfung von Schadenersatzansprüchen gegen den bisherigen Insolvenzverwalter gemäß § 92 InsO gehe.⁵⁵¹ Denn in diesen Fällen sei es dem Insolvenzgläubiger selbst aufgrund der Sperrwirkung des § 92 S. 2 InsO verwehrt, den Anspruch geltend zu machen, was durch ein Antragsrecht zur Bestellung des Sonderinsolvenzverwalters gewissermaßen kompensiert werden müsse.⁵⁵² Dieser Gedanke trifft auch auf die Insolvenzanfechtung zu, auf die der

⁵⁴⁶ BGH, Urt. v. 24.01.1991 – IX ZR 250/89, NJW 1991, 982.

⁵⁴⁷ *Lissner*, ZInsO 2014, 768, 770.

⁵⁴⁸ *Fölsing*, NZI 2009, 297, 299.

⁵⁴⁹ *Fölsing*, NZI 2009, 297, 299.

⁵⁵⁰ BGH, Beschl. v. 5.2.2009 – IX ZB 187/08, NZI 2009, 238.

⁵⁵¹ *Lüke*, ZIP 2004, 1693, 1696; *Graeber/Pape*, ZIP 2007, 991, 995; AG Göttingen, Beschl. v. 30.12.2005 – 74 IN 262/00.

⁵⁵² AG Göttingen, Beschl. v. 30.12.2005 – 74 IN 262/00 Rn. 13.

Insolvenzgläubiger aufgrund der originären Anfechtungsbefugnis des Insolvenzverwalters ebenfalls keinen Einfluss nehmen kann.⁵⁵³

Darüber hinaus ist nicht einzusehen, wieso die Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers die Durchsetzung allgemeiner Ansprüche durch Beantragung der Bestellung eines besonderen Vertreters initiieren können, ihnen die Beantragung eines Sonderinsolvenzverwalters zur Durchsetzung des insolvenzanfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruchs jedoch versagt sein sollte.

Dem einzelnen Insolvenzgläubiger steht daher in den Fällen der Insolvenzanfechtung einer Verschmelzung ein Antragsrecht auf Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters zu.

IV. Zwischenergebnis

Wird eine Verschmelzung angefochten, ist hinsichtlich des Wertersatzanspruchs des infolge der Verschmelzung benachteiligten Rechtsträgers eine Sondermasse zu bilden. Aus dieser sind die infolge der Verschmelzung benachteiligten Gläubiger zu befriedigen. Für die Insolvenzanfechtung ist ein Sonderinsolvenzverwalter zu bestellen, der gemeinsam mit dem Insolvenzverwalter das Vermögen in übrige Masse und Sondermasse aufteilt und die Sondermasse anschließend verwaltet. Hinsichtlich der Bestellung des Sonderinsolvenzverwalters ist jeder benachteiligte Gläubiger antragsberechtigt.

B. Tilgung von Verbindlichkeiten

Ist die Insolvenzmasse in Sondermasse und übrige Masse eingeteilt worden, stellt sich anschließend die Frage, wie es sich auswirkt, wenn der übernehmende Rechtsträger nach Wirksamwerden der Verschmelzung, aber vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens Verbindlichkeiten getilgt hat, die ursprünglich vom übertragenden Rechtsträger begründet worden sind.

I. Meinungsbild

In der Literatur wird hierzu vertreten, dass die vom übernehmenden Rechtsträger getilgten Forderungen, die ursprünglich vom übertragenden Rechtsträger begründet worden sind, infolge der Insolvenzanfechtung zu für den übernehmenden Rechtsträger fremden Verbindlichkeiten würden.⁵⁵⁴ Denn im Zuge der Aufteilung der Haftungsmasse würden die vor der Verschmelzung dem übertragenden Rechtsträger zuzuordnenden Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten aus der Masse herausgesondert. Da die Umwandlung durch die Aufteilung der Haftungsmasse wertmäßig rückgängig gemacht würde, gehörten die getilgten, ursprünglich dem übertragenden Rechtsträger zuzuordnenden Verbindlichkeiten infolge der Insolvenzanfechtung nicht mehr zu den

⁵⁵³ BGH, Urt. v. 22.12.1982 – VIII ZR 214/81, NJW 1983, 887; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 143 Rn. 13; *Kayser/Freudenberg*, in: Münchkomm zur InsO, § 129 Rn. 198.

⁵⁵⁴ *Roth*, ZinsO 2013, 1597, 1609.

„übernommenen Verbindlichkeiten“ des übernehmenden Rechtsträgers.⁵⁵⁵ Die Erfüllung der für den übernehmenden Rechtsträger fremden Verbindlichkeiten könnte somit bei Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen gemäß § 134 InsO angefochten werden.⁵⁵⁶ Die aus der Insolvenzanfechtung resultierenden Forderungen seien sodann als Masseverbindlichkeiten einzuordnen (§ 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO).⁵⁵⁷

II. Stellungnahme

Diese Ansicht kann nicht in jeder Hinsicht überzeugen. Denn durch die Bildung der Sondermasse infolge der Insolvenzanfechtung wird die Verschmelzung nämlich nur in der Haftungszuordnung rückgängig gemacht.⁵⁵⁸ Dinglich bleiben die Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten trotz der Insolvenzanfechtung dem übernehmenden Rechtsträger zugeordnet.⁵⁵⁹ Daher kann die ursprünglich vom übertragenden Rechtsträger begründete Forderung, die nach Wirksamwerden der Verschmelzung vom übernehmenden Rechtsträger erfüllt wurde, trotz Insolvenzanfechtung nicht als „für den übernehmenden Rechtsträger fremde Forderung“ bezeichnet werden.

Wertungsmäßig müssen Tilgungsleistungen des übernehmenden Rechtsträgers auf Verbindlichkeiten, die ursprünglich vom übertragenden Rechtsträger begründet wurden, aber bei Aufteilung der Haftungsmasse berücksichtigt werden. Auch wenn diese Verbindlichkeiten infolge des Wirksamwerdens der Verschmelzung zu Verbindlichkeiten des übernehmenden Rechtsträgers werden, müssen diese im Rahmen der Aufteilung der Haftungsmasse wie für den übernehmenden Rechtsträger fremde Verbindlichkeiten behandelt werden.

Begleitet der übernehmende Rechtsträger somit eine Verbindlichkeit, die ursprünglich vom übertragenden Rechtsträger begründet worden ist, hat er nach Insolvenzanfechtung der Verschmelzung in (analoger) Anwendung der Rückgriffskondition gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB einen Ausgleichsanspruch gegenüber der Haftungsmasse des übertragenden Rechtsträgers.⁵⁶⁰ Diese Verbindlichkeiten sind nach § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO als Masseverbindlichkeiten einzuordnen.⁵⁶¹ Es sind keine Gründe dafür ersichtlich, dass im

⁵⁵⁵ Roth, ZinsO 2013, 1597, 1609.

⁵⁵⁶ Roth, ZinsO 2013, 1597, 1609.

⁵⁵⁷ Roth, ZinsO 2013, 1597, 1609; iE wohl auch Brünkmans, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 109.

⁵⁵⁸ Hirte/Praß, in: Uhlenbruck, InsO, § 35 Rn. 55; Brünkmans, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 108.

⁵⁵⁹ Vgl. Hirte/Praß, in: Uhlenbruck, InsO, § 35 Rn. 55; Brünkmans, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 108.

⁵⁶⁰ S. zur Rückgriffskondition: Schwab, in: MünchKomm zum BGB, § 812 Rn. 389 ff.; Stadler, in: Jauernig, BGB, § 812 Rn. 72 ff.; Wiese, in: Schulze, BGB, § 812 Rn. 18.

⁵⁶¹ So im Ergebnis auch Brünkmans, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 109; Roth, ZinsO 2013, 1597, 1609.

Rahmen einer Sondermasse, für die beispielsweise auch ein besonderes Verteilungsverzeichnis zu erstellen ist,⁵⁶² keine Masseverbindlichkeiten bestehen können.

C. Begründung neuer Vermögenswerte und neuer Verbindlichkeiten

Fraglich ist des Weiteren, wie vorzugehen ist, wenn der übernehmende Rechtsträger nach Wirksamwerden der Verschmelzung, aber vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens neue Vermögenswerte und neue Verbindlichkeiten begründet. Hier stellt sich die Frage, inwiefern die neu begründeten Vermögensgegenstände auf Sondermasse und übrige Masse aufzuteilen sind. Ebenso ist zu prüfen, ob die Sondermasse oder die übrige Masse für die neu begründeten Verbindlichkeiten haftet.

I. Zuordnung der Verbindlichkeit zum geförderten Geschäftsbetrieb?

In der Literatur wird vertreten, dass die nach Wirksamwerden der Spaltung beim übernehmenden Rechtsträger begründeten Verbindlichkeiten derjenigen Haftungsmasse zugeordnet werden sollten, deren Geschäftsbetrieb die Verbindlichkeit begründende Maßnahme zugute gekommen sei.⁵⁶³ Würden beispielsweise die A-GmbH, die eine Autovermietung betreibt, und die B-GmbH, die eine Autowerkstatt führt, auf die neugegründete C-GmbH verschmolzen, und lasse die C-GmbH anschließend die Autowerkstatt modernisieren, sollten die Verbindlichkeiten in der Insolvenz der Haftungsmasse der B-GmbH zugeordnet werden.⁵⁶⁴

II. Anwendung der Grundsätze zur Behandlung vergessener Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten bei der Aufspaltung

Die vorgenannten Grundsätze können nur in den Fällen überzeugen, in denen offensichtlich ist, dass die Verbindlichkeiten zugunsten einer der beteiligten Gesellschaften eingegangen worden sind. Es sind aber auch Fälle vorstellbar, in denen nicht klar ist, welcher Gesellschaft das Geschäft zugutegekommen ist, etwa weil die verschmolzenen Rechtsträger im gleichen Geschäftsbereich tätig waren. Bezüglich der Zuordnung der neuen Verbindlichkeit sowie der neuen Vermögensgegenstände sollte daher nach einer anderen Lösung gesucht werden.

Lösungsansätze könnten dabei die Grundsätze zur Behandlung vergessener Vermögensgegenstände im Rahmen einer Aufspaltung bieten. Denn die vorab beschriebene Situation ist grundsätzlich mit der Situation vergleichbar, in der bei einer Aufspaltung vergessen wird, bestimmte Vermögensgegenstände oder Verbindlichkeiten im Spaltungsvertrag/-plan aufzuteilen. Nachfolgend sollen zunächst die Grundsätze zur Behandlung vergessener Aktiva und Verbindlichkeiten im Rahmen der Aufspaltung dargestellt werden (unter 1.). Darauf aufbauend wird anschließend untersucht, ob diese

⁵⁶² Wegener, in: Uhlenbruck, InsO, § 188 Rn. 26; Holzer, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 143 Rn. 21.

⁵⁶³ Roth, ZInsO 2013, 1597, 1611.

⁵⁶⁴ Roth, ZInsO 2013, 1597, 1611.

Grundsätze auch bezüglich der Aufteilung der Neuverbindlichkeiten und neuen Aktiva auf Sondermasse und übrige Masse fruchtbar gemacht werden können (unter 2.).

1. Behandlung vergessener Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten im Rahmen einer Aufspaltung

Bei der Aufspaltung, auf die nachfolgend noch näher eingegangen wird,⁵⁶⁵ überträgt ein Rechtsträger sein gesamtes Vermögen im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge auf mindestens zwei übernehmende Rechtsträger und löst sich infolge der Übertragung ohne Abwicklung auf.⁵⁶⁶ Da nicht wie bei einer Verschmelzung das gesamte Vermögen einem einzigen übernehmenden Rechtsträger, sondern mindestens zwei übernehmenden Rechtsträgern zugewiesen wird, müssen die Vermögenswerte im Spaltungsvertrag bzw. -plan eindeutig einem der beteiligten übernehmenden Rechtsträger zugewiesen werden.⁵⁶⁷ Ist im Spaltungsvertrag bzw. -plan ausgeführt, wer was übernehmen soll, geht das so bezeichnete Vermögen mit Eintragung der Spaltung durch partielle Gesamtrechtsnachfolge auf den oder die übernehmenden Rechtsträger über, §§ 131 Abs. 1 Nr. 1, 135 Abs. 1 S. 1 UmwG.⁵⁶⁸ In solchen Konstellationen kann es aber vorkommen, dass bestimmte Vermögensgegenstände „vergessen“ werden und nicht im Spaltungsvertrag bzw. -plan aufgelistet sind.

Hinsichtlich vergessener Vermögenswerte enthält das Umwandlungsgesetz eine Regelung in § 131 Abs. 3. Ist bei einer Aufspaltung ein Gegenstand im Vertrag keinem der übernehmenden Rechtsträger zugeteilt worden und lässt sich die Zuteilung auch nicht durch Auslegung des Vertrages ermitteln, so geht der Gegenstand gemäß § 131 Abs. 3 UmwG dinglich auf alle übernehmenden Rechtsträger in dem Verhältnis über, in dem ihnen ausweislich der Schlussbilanz des übertragenden Rechtsträgers dessen Reinvermögen zugeteilt worden ist.⁵⁶⁹ Ist der Gegenstand nicht teilbar, ist der Erlös seiner Veräußerung in dem Verhältnis aufzuteilen, in dem das Reinvermögen auf die übernehmenden Rechtsträger aufgeteilt wurde.⁵⁷⁰

Nach richtiger Auffassung⁵⁷¹ ist die Regelung des § 131 Abs. 3 UmwG dagegen nicht auf vergessene Verbindlichkeiten des aufgespaltenen Rechtsträgers anwendbar. Begründet wird dies damit, dass die Gesetzesbegründung ausdrücklich klarstellt, dass mit dem Begriff

⁵⁶⁵ S. hierzu § 10 f.

⁵⁶⁶ *Schmidt*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 20 Rn. 12; *Galla/Müller*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 123 Rn. 5; *Schwanna*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 123 Rn. 12; *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 123 Rn. 6; *Fischer*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 123 Rn. 17.

⁵⁶⁷ S. zum Inhalt des Spaltungsvertrages bzw. -plans: *Schmidt*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 22 Rn. 1 ff.

⁵⁶⁸ *Larisch*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 27 Rn. 7.

⁵⁶⁹ *Leonard*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 131 Rn. 70; *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 131 Rn. 103, 106; *Fischer*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 131 Rn. 69.

⁵⁷⁰ *Leonard*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 131 Rn. 70; *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 131 Rn. 107; *Fischer*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 131 Rn. 71; *Lieder*, in: Lutter, UmwG, § 131 Rn. 158; *Sickinger/Lanfermann*, in: Kallmeyer, UmwG, § 131 Rn. 30.

⁵⁷¹ *Leonard*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 131 Rn. 72; *Galla/Müller*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 131 Rn. 34; *Lieder*, in: Lutter, UmwG, § 131 Rn. 161.

„Gegenstand“ in § 131 Abs. 3 UmwG nur ein solcher des Aktivvermögens gemeint ist und die Vorschrift auf „vergessene“ Verbindlichkeiten keine Anwendung findet.⁵⁷² Für nicht zugewiesene Verbindlichkeiten besteht aber wie für zugewiesene Verbindlichkeiten die gesetzliche Haftung aller an der Spaltung beteiligten Rechtsträger nach § 133 Abs. 1 UmwG. Der einzige Unterschied liegt darin, dass die Nachhaftungsbegrenzung gemäß § 133 Abs. 3 UmwG nicht zum Tragen kommt und im Ergebnis somit eine zeitlich unbegrenzte Haftung aller an der Spaltung beteiligten Rechtsträger für nicht zugewiesene Verbindlichkeiten besteht.⁵⁷³ Die Nachhaftungsbegrenzung nach § 133 Abs. 3 UmwG stellt nämlich ausdrücklich darauf ab, dass die Verbindlichkeit einem beteiligten Rechtsträger im Spaltungsvertrag zugeordnet ist, was bei vergessenen Verbindlichkeiten gerade nicht der Fall ist.⁵⁷⁴

Lediglich bezüglich des Innenausgleichs gemäß § 426 BGB zwischen den Gesamtschuldern nach Inanspruchnahme eines Rechtsträgers für die vergessene Verbindlichkeit ist auf die Regelung des § 131 Abs. 3 UmwG zurückzugreifen.⁵⁷⁵ Zunächst ist also durch Auslegung zu ermitteln, ob sich die Verbindlichkeiten einem der beteiligten Rechtsträger zuweisen lässt. Ist dies nicht der Fall, ist der Innenausgleich nach Verteilung des Reinvermögens zu bestimmen.⁵⁷⁶

2. Anwendung der Grundsätze bezüglich neuer Vermögensgegenstände und neuer Verbindlichkeiten

Fraglich ist, ob die beschriebenen Grundsätze hinsichtlich der Frage der Aufteilung der neuen Vermögensgegenstände und neuen Verbindlichkeiten nach Insolvenzanfechtung einer Verschmelzung fruchtbar gemacht werden können.

Die Aufteilung der Haftungsmasse infolge der Insolvenzanfechtung der Verschmelzung, die die Frage mit sich bringt, inwiefern neue Aktiva und neue Verbindlichkeiten aufgeteilt werden, ist in gewisser Weise mit der Situation vergleichbar, in der im Rahmen einer Aufspaltung die Aufteilung von bestehenden Vermögensgegenständen und Verbindlichkeiten unterbleibt. Zwar wird der insolvente übernehmende Rechtsträger nicht i.S.v. § 123 Abs. 1 UmwG aufgespalten, dennoch kommt es aufgrund der Trennung der Haftungsmassen zu einem wirtschaftlich vergleichbaren Ergebnis.

Die Grundsätze bezüglich vergessener Vermögensgegenstände im Rahmen einer Aufspaltung (§ 131 Abs. 3 UmwG) sind also auf die Aufteilung neuer Vermögensgegenstände auf Sondermasse und übrige Masse anwendbar. Somit sind neue

⁵⁷² RegBegr.-BR-Drs. 75/94 zu § 133, S. 122.

⁵⁷³ RegBegr.-BR-Drs. 75/94 zu § 131, S. 122; so auch: *Wardenbach*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 131 Rn. 34; *Leonard*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 131 Rn. 72; a.A. *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 131 Rn. 11; *Sickinger/Lanfermann*, in: Kallmeyer, UmwG, § 131 Rn. 29, die § 131 Abs. 3 UmwG analog auf „vergessene“ Passiva anwenden wollen.

⁵⁷⁴ *Wiersch/Breuer*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 131 Rn. 121.

⁵⁷⁵ *Leonard*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 131 Rn. 72; *Galla/Müller*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 131 Rn. 34.

⁵⁷⁶ *Leonard*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 131 Rn. 72.

Vermögenswerte in dem Verhältnis auf Sondermasse und übrige Masse aufzuteilen, in dem auch die Summe der Haftungsmassen auf Sondermasse und übrige Masse infolge der Insolvenzanfechtung aufgeteilt wurde.

Bezüglich neu begründeter Verbindlichkeiten können die Grundsätze zur Behandlung vergessener Verbindlichkeiten im Rahmen der Aufspaltung allerdings nicht einschränkungslos angewendet werden. Denn von der Aufspaltung unterscheidet sich die Aufteilung der Haftungsmasse infolge einer Insolvenzanfechtung dadurch, dass keine selbständigen Rechtsträger bestehen, die einer gemeinsamen Haftung gemäß § 133 Abs. 1 UmwG unterliegen können, sondern die zu bildende Sondermasse einen unselbständigen Teil der Insolvenzmasse darstellt. Aufgrund dieses Umstandes ist bezüglich der Aufteilung der Verbindlichkeiten auf die Grundsätze abzustellen, die bei vergessenen Verbindlichkeiten bei einer Aufspaltung im Rahmen des Innenausgleichs gelten, nachdem ein übernehmender Rechtsträger nach einer Aufspaltung hinsichtlich der vergessenen Verbindlichkeit gemäß § 133 Abs. 1 UmwG in Anspruch genommen wurde. Anzuwenden ist im Ergebnis also die Vorschrift des § 131 Abs. 3 UmwG.

In entsprechender Anwendung des § 131 Abs. 3 UmwG ist jede neue Verbindlichkeit in dem Verhältnis auf die Haftungsmassen aufzuteilen, in dem die Summe der Haftungsmassen auf Sondermasse und übrige Masse aufgeteilt wird. Wurde die Summe der Haftungsmassen von Insolvenzverwalter und Sonderinsolvenzverwalter also beispielsweise so aufgeteilt, dass der Sondermasse 80% und der übrigen Masse 20% der Summe der Haftungsmassen zukommt, wird die Forderung eines Neugläubigers zu 80% aus der Sondermasse und zu 20% aus der übrigen Masse befriedigt.

Eine Aufteilung der Forderungen der Neugläubiger kann dagegen nicht in dem Sinne erfolgen, dass 80% der gesamten Neuverbindlichkeiten aus der Sondermasse befriedigt werden, sodass manche Neugläubiger vollständig aus der Sondermasse und andere Neugläubiger vollständig aus der übrigen Masse befriedigt werden. Denn dies könnte in Extremfällen dazu führen, dass manche Neugläubiger aus der Sondermasse volle und nicht nur quotale Befriedigung erhalten, während andere der übrigen Masse „zugeteilte“ Gläubiger nur die Insolvenzquote erhalten. Vielmehr müssen sämtliche Neugläubiger nach dem par-condicio-creditorum-Grundsatz eine gleich hohe quotale Befriedigung erlangen.

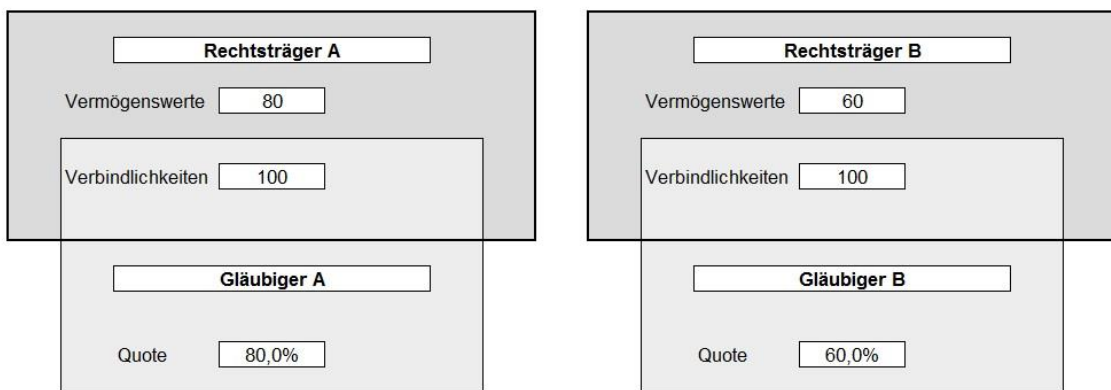
Es spricht einiges für die Anwendung der Grundsätze zur Behandlung vergessener Verbindlichkeiten im Rahmen der Aufspaltung auf die Befriedigung der Neugläubiger. Das Ergebnis ist insbesondere unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Belange der Neugläubiger, die davon ausgehen, dass Ihnen die gesamte Insolvenzmasse erhalten bleibt, aber auch unter Berücksichtigung der Interessen der übrigen Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers interessengerecht.

Die Grundsätze zur Behandlung vergessener Vermögensgegenstände bei der Aufspaltung sind daher auch auf die Aufteilung neuer Vermögensgegenstände und neuer Verbindlichkeiten in Fällen der Insolvenzanfechtung einer Verschmelzung anwendbar.

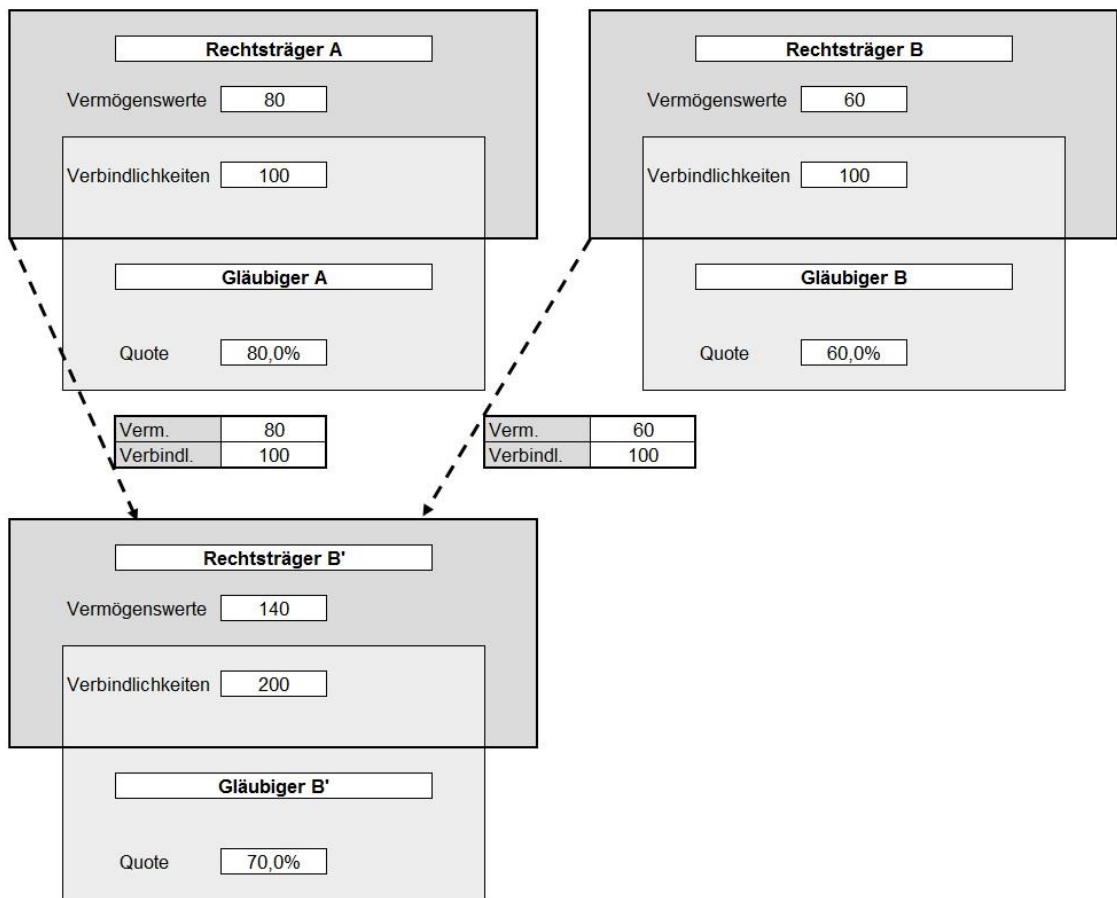
3. Beispielfall

Die Aufteilung neu begründeter Vermögenswerte und Verbindlichkeiten auf Sondermasse und übrige Masse soll nun anhand eines Beispiels erörtert werden.

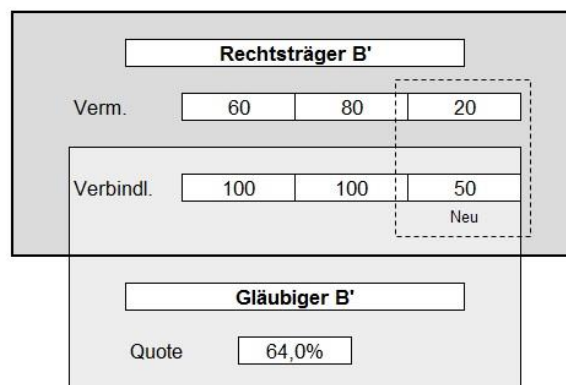
Diesem Beispiel liegt zunächst die Grundkonstellation im Beispielfall 1 zugrunde: Die A-GmbH (im Folgenden: „A“) ist übertragender Rechtsträger, die B-GmbH (im Folgenden: „B“) ist übernehmender Rechtsträger. Vor Wirksamwerden der Verschmelzung hat die A Vermögenswerte i.H.v. 80 und Verbindlichkeiten i.H.v. 100. Die B hat vor Wirksamwerden der Verschmelzung Vermögenswerte i.H.v. 60 und Verbindlichkeiten i.H.v. 100.



Nun wird die A auf die B verschmolzen (der verschmolzene Rechtsträger wird im Folgenden aus Klarstellungsgründen als B' bezeichnet). Nach Wirksamwerden der Verschmelzung hat die B' Vermögenswerte i.H.v. 140 und Verbindlichkeiten i.H.v. 200.



Anders als im Beispielfall 1 nimmt die B' aber nun ihren Geschäftsbetrieb auf und begründet neue Vermögenswerte i.H.v. 20 und neue Verbindlichkeiten i.H.v. 50. Insgesamt hat die B' also nun Vermögenswerte i.H.v. 160 und Verbindlichkeiten i.H.v. 250.



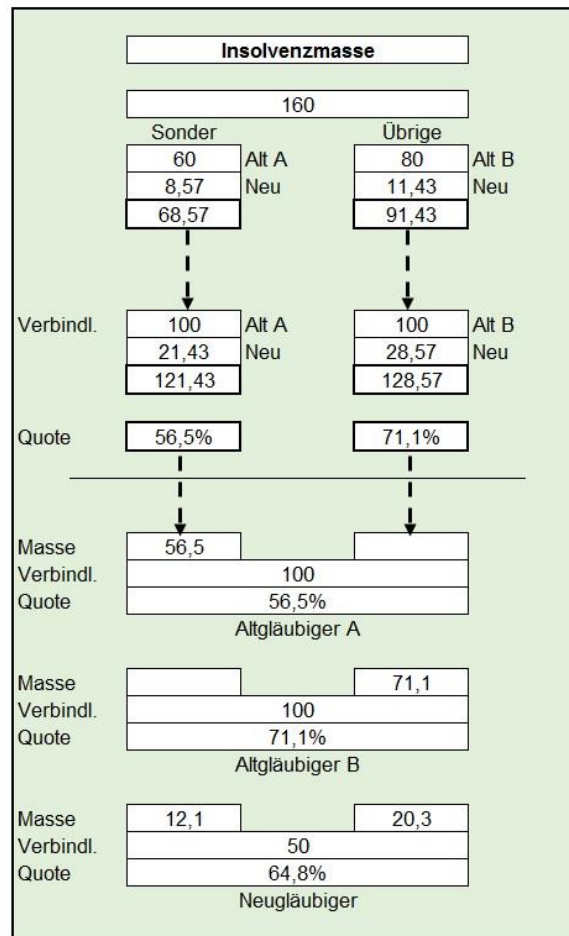
Nun wird über das Vermögen der B' das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Gläubiger der B' erhalten eine Insolvenzquote i.H.v. 64%. Da die Verschmelzung für die Gläubiger der A benachteiligend ist, wird die Verschmelzung in der Insolvenz der B' angefochten.

Zunächst wird dabei grundsätzlich so vorgegangen wie in den Beispielfällen zuvor. Für die vor Wirksamwerden der Verschmelzung im Eigentum der A stehenden Vermögenswerte wird somit Wertersatz in eine Sondermasse geleistet. Aus der Sondermasse sind die (Alt-)Gläubiger der A zu befriedigen.

Nun wird jedoch auch berechnet, was für einen Wert das vor Wirksamwerden der Verschmelzung dem übernehmenden Rechtsträger zustehende Vermögen hatte. Der für das dem übernehmenden Rechtsträger vor Wirksamwerden der Verschmelzung zustehende Vermögen zu leistende Wertersatz verbleibt zunächst in der übrigen Masse. Aus der übrigen Masse werden die Gläubiger der B befriedigt.

Das übrige nach Verwertung des Schuldnervermögens bestehende „neue“ Vermögen wird nun auf Sondermasse und übrige Masse nach den Grundsätzen des § 131 Abs. 3 UmwG aufgeteilt. Das bedeutet, dass die neuen Vermögenswerte in dem Verhältnis auf Sondermasse und übrige Masse aufzuteilen sind, in dem auch die Summe der Haftungsmassen auf Sondermasse und übrige Masse infolge der Insolvenzanfechtung aufgeteilt wurde. In dem vorliegenden Beispiel sind die neuen Vermögenswerte i.H.v. 20 also zu 42,86% auf die Sondermasse und zu 57,14% auf die übrige Masse aufzuteilen. In die Sondermasse fließt also ein zusätzlicher Wertersatz i.H.v. 8,57 und in die übrige Masse fließt ein zusätzlicher Wertersatz i.H.v. 11,43.

Auch die neuen Verbindlichkeiten werden nun auf Sondermasse und übrige Masse aufgeteilt. Das bedeutet, dass jede neue Verbindlichkeit in dem Verhältnis auf die Haftungsmassen aufzuteilen ist, in dem die Summe der Haftungsmassen auf Sondermasse und übrige Masse aufgeteilt wird. Jede neue Verbindlichkeit wird somit zu 42,86% aus der Sondermasse und zu 57,14% aus der übrigen Masse befriedigt.



III. Zwischenergebnis

Im Ergebnis sind somit die Neubegründeten Vermögensgegenstände und auch jede Forderung eines Neugläubigers in dem Verhältnis auf Sondermasse und übrige Masse aufzuteilen, in dem die Summe der Haftungsmassen auf Sondermasse und übrige Masse aufgeteilt wurde. Die Neugläubiger werden somit sowohl aus der Sondermasse als auch aus der übrigen Masse befriedigt. Nur durch ein solches Vorgehen kann dem par-condicio-creditorum-Grundsatz Rechnung getragen werden.

D. Unzulänglichkeit der Insolvenzmasse.

Denkbar ist es zudem, dass das Vermögen des insolventen verschmolzenen Rechtsträgers nicht ausreicht, um vollständigen Wertersatz entweder für das im Wege der Verschmelzung übertragene Vermögen des übertragenen Rechtsträgers und/oder für das vor Wirksamwerden dem übernehmenden Rechtsträger zur Verfügung stehende Vermögen zu leisten.

Auch diesbezüglich soll zur besseren Verständnis ein Beispielfall gebildet werden: Die A-GmbH (im Folgenden: „A“) ist übertragender Rechtsträger, die B-GmbH (im Folgenden:

„B“) ist übernehmender Rechtsträger. Vor Wirksamwerden der Verschmelzung hat die A Vermögenswerte i.H.v. 80 und Verbindlichkeiten i.H.v. 100. In der Insolvenz der A beliefte sich die Insolvenzquote der Gläubiger der A also auf 80%. Die B hat vor Wirksamwerden der Verschmelzung Vermögenswerte i.H.v. 60 und Verbindlichkeiten i.H.v. 100. Würde über das Vermögen der B das Insolvenzverfahren eröffnet werden, beliefte sich die Insolvenzquote somit auf 60%.

Nun wird die A auf die B verschmolzen (der verschmolzene Rechtsträger wird im Folgenden aus Klarstellungsgründen als B' bezeichnet). Nach Wirksamwerden der Verschmelzung hat die B' Vermögenswerte i.H.v. 140 und Verbindlichkeiten i.H.v. 200. Die B' nimmt nun ihren Geschäftsbetrieb auf; die Geschäfte laufen jedoch nicht gut. Im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat die B' schließlich Vermögenswerte i.H.v. 100 und Verbindlichkeiten i.H.v. 200. Wird die Verschmelzung angefochten, müsste nach den oben beschriebenen Grundsätzen nun für das im Wege der Verschmelzung übergegangene Vermögen des übertragenden Rechtsträgers Wertersatz in eine Sondermasse fließen. Das vor Wirksamwerden dem übernehmenden Rechtsträger zustehende Vermögen würde wertmäßig in der übrigen Masse verbleiben. Dem insolventen Rechtsträger steht jedoch nicht so viel Vermögen zur Verfügung, dass er in der Lage wäre, vollständig Wertersatz für das im Zuge der Verschmelzung übergegangene Vermögen zu leisten.

In solchen Fällen ist die bestehende Insolvenzmasse somit verhältnismäßig aufzuteilen. Das bedeutet, dass im vorliegenden Beispiel 57,14% der Insolvenzmasse auf die Sondermasse und 42,86% auf die übrige Masse aufzuteilen ist. In die Sondermasse fließt somit im Ergebnis Wertersatz i.H.v. 57,14 und in die übrige Masse Wertersatz i.H.v. 42,86. Die Gläubiger der A werden sodann aus der Sondermasse und die Gläubiger der B aus der übrigen Masse befriedigt.

E. Zusammenfassendes Ergebnis

Ist die Verschmelzung für die Gläubiger des übertragenden oder für die Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers benachteiligend, muss der Insolvenzverwalter eine Insolvenzanfechtung der Verschmelzung in Betracht ziehen. Folge der Insolvenzanfechtung ist wegen des Bestandsschutzes der Umwandlungsmaßnahme kein Anspruch auf Spaltung des verschmolzenen Rechtsträgers, sondern ein Anspruch auf Wertersatz. Hinsichtlich dieses Wertersatzes ist innerhalb der Insolvenzmasse eine Sondermasse zu bilden, aus der vorrangig die infolge der Verschmelzung benachteiligten Gläubiger befriedigt werden.

Da der Insolvenzverwalter bei der alleinigen Abwicklung der Insolvenzanfechtung einem Interessenkonflikt unterläge, weil er Anfechtungsberechtigter und Anfechtungsgegner zugleich wäre, muss vom Insolvenzgericht ein Sonderinsolvenzverwalter bestellt werden. Hinsichtlich der Bestellung des Sonderinsolvenzverwalters ist jeder von der Verschmelzung benachteiligte Gläubiger antragsberechtigt. Der Sonderinsolvenzverwalter hat die Insolvenzmasse gemeinsam mit dem Insolvenzverwalter in Sondermasse und übrige Masse aufzuteilen und den Rückgewähranspruch gemäß § 143 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 819

Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB im Streitfall gerichtlich gegen den Insolvenzverwalter durchzusetzen.

Die Forderungen von Neugläubigern, also solchen Gläubigern, die nach Wirksamkeit der Verschmelzung ihre Gläubigerstellung begründen, sind in dem Verhältnis auf Sondermasse und übrige Masse aufzuteilen, in dem auch die Summe der Haftungsmassen auf Sondermasse und übrige Masse aufgeteilt wurde. Ebenso sind nach Wirksamwerden der Verschmelzung begründete Vermögenswerte in dem Verhältnis auf Sondermasse und übrige Masse aufzuteilen, in dem auch die Summe der Haftungsmassen auf Sondermasse und übrige Masse aufgeteilt wurde.

Kapitel 3: Insolvenzanfechtung von Spaltungen

§ 10 Die Spaltung in Grundzügen

Bevor auf die Insolvenzanfechtung einer Spaltung näher eingegangen wird, sollen im Folgenden die Grundzüge einer Spaltung dargestellt werden.

A. Arten der Spaltung

Die Spaltung stellt gewissermaßen das Gegenstück zu der zuvor behandelten Verschmelzung dar.⁵⁷⁷ Während bei der Verschmelzung das Vermögen von mindestens zwei Rechtsträgern zusammengeführt wird, bewirkt die Spaltung die Aufteilung des Vermögens eines einzigen auf mindestens zwei Rechtsträger.⁵⁷⁸ Dabei unterscheidet § 123 UmwG zwischen drei Arten der Spaltung, nämlich der Aufspaltung, der Abspaltung und der Ausgliederung. Alle drei Arten der Spaltung sind sowohl zur Aufnahme als auch zur Neugründung möglich.⁵⁷⁹

Bei der Aufspaltung (§ 123 Abs. 1 UmwG) überträgt ein Rechtsträger sein gesamtes Vermögen im Wege der partiellen Universalsukzession auf mindestens zwei andere aufnehmende Rechtsträger, die entweder bereits bestehen (Aufspaltung zur Aufnahme) oder im Zuge der Aufspaltung neu gegründet werden (Aufspaltung zur Neugründung).⁵⁸⁰ Der übertragende Rechtsträger erlischt infolge der Aufspaltung.⁵⁸¹ Den Anteilsinhabern des im Zuge der Aufspaltung ohne Abwicklung erloschenen Rechtsträgers werden Anteile oder Mitgliedschaften an den übernehmenden bzw. neu gegründeten Rechtsträgern gewährt.⁵⁸²

Im Unterschied zur Aufspaltung überträgt ein Rechtsträger bei der Abspaltung (§ 123 Abs. 2 UmwG) nicht sein ganzes, sondern nur einen Teil seines Vermögens im Wege der partiellen Universalsukzession auf einen oder mehrere bereits bestehende (Abspaltung zur Aufnahme) oder neu gegründete (Abspaltung zur Neugründung) Rechtsträger.⁵⁸³ Der

⁵⁷⁷ BT-Drs. 12/6699, 71.

⁵⁷⁸ *Verse*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 123 Rn. 1.

⁵⁷⁹ *Sagasser*, in: *Sagasser/Bula/Brünger*, Umwandlungen, § 18 Rn. 34; *Schmidt*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 20 Rn. 11; *Fischer*, in: *Böttcher/Habighorst/Schulte*, UmwR, § 123 Rn. 16.

⁵⁸⁰ *Schmidt*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 20 Rn. 12; *Schwanna*, in: *Semler/Stengel*, UmwG, § 123 Rn. 12; *Hörtnagl*, in: *Schmitt/Hörtnagl*, UmwG, § 123 Rn. 6 f.; *Fischer*, in: *Böttcher/Habighorst/Schulte*, UmwR, § 123 Rn. 17.

⁵⁸¹ *Schwanna*, in: *Semler/Stengel*, UmwG, § 123 Rn. 13; *Hörtnagl*, in: *Schmitt/Hörtnagl*, UmwG, § 123 Rn. 6; *Fischer*, in: *Böttcher/Habighorst/Schulte*, UmwR, § 123 Rn. 17.

⁵⁸² *Fischer*, in: *Böttcher/Habighorst/Schulte*, UmwR, § 123 Rn. 17; *Hörtnagl*, in: *Schmitt/Hörtnagl*, UmwG, § 123 Rn. 6; *Fischer*, in: *Böttcher/Habighorst/Schulte*, UmwR, § 123 Rn. 17.

⁵⁸³ *Schmidt*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 20 Rn. 13; *Wardenbach*, in: *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, § 123 Rn. 6; *Fischer*, in: *Böttcher/Habighorst/Schulte*, UmwR, § 123 Rn. 18.

übertragende Rechtsträger erlischt somit nicht im Zuge der Abspaltung.⁵⁸⁴ Im Gegenzug werden den Anteilshabern des übertragenden Rechtsträgers Anteile oder Mitgliedschaften an den übernehmenden bzw. neugegründeten Rechtsträgern gewährt.⁵⁸⁵

Bei der Ausgliederung (§ 123 Abs. 3 UmwG)⁵⁸⁶ überträgt ein Rechtsträger einen Teil seines Vermögens oder sein ganzes Vermögen (sog. Totalausgliederung) auf einen oder mehrere bereits bestehende oder neugegründete Rechtsträger.⁵⁸⁷ Ebenso wie bei der Abspaltung bleibt der übertragende Rechtsträger bei der Ausgliederung fortbestehen.⁵⁸⁸ Im Unterschied zur Abspaltung werden die Anteile/Mitgliedschaften an dem aufnehmenden Rechtsträger oder den aufnehmenden Rechtsträgern nicht den Anteilshabern des übertragenden Rechtsträgers, sondern dem übertragenden Rechtsträger selbst gewährt.⁵⁸⁹ Der übertragende Rechtsträger wird damit zur Holding der übernehmenden Rechtsträger.⁵⁹⁰

B. Abweichungen des Spaltungs- gegenüber dem Verschmelzungsverfahren

Der (zeitliche) Ablauf einer Spaltung gestaltet sich ähnlich zum Ablauf bei der Verschmelzung. Abweichungen ergeben sich nur dort, wo es die strukturellen Unterschiede zwischen Spaltung und Verschmelzung erforderlich machen. So ersetzt bei der Spaltung zur Neugründung, bei der lediglich ein übertragender Rechtsträger beteiligt ist (anders als bei der Verschmelzung zur Neugründung, die das Mitwirken mindestens zwei übertragender Rechtsträger erfordert), der Spaltungsplan den bei der Verschmelzung zwischen den übertragenden Rechtsträgern zu schließenden Vertrag.⁵⁹¹

Der zweite gravierende Unterschied ergibt sich aus dem Umstand der partiellen Gesamtrechtsnachfolge. Da anders als bei der Verschmelzung bei der Spaltung in der Regel nicht das gesamte, sondern nur ein Teil des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers auf einen oder mehrere übernehmende Rechtsträger übergeht, muss der spaltende Rechtsträger sein Vermögen durch Vertrag oder Spaltungsplan aufteilen und die einzelnen Vermögensgegenstände so klar kennzeichnen, dass sie den Anforderungen des

⁵⁸⁴ Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 123 Rn. 9; Schwanna, in: Semler/Stengel, UmwG, § 123 Rn. 14; Fischer, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 123 Rn. 18; Wardenbach, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 123 Rn. 6.

⁵⁸⁵ Ittner, MittRhNotK 1997, 106; Fischer, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 123 Rn. 18; Schmidt, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 20 Rn. 13.

⁵⁸⁶ Wegen der Rechtsfolgen der Ausgliederung wird diese gelegentlich nicht als Unterfall der Spaltung, sondern als ein eigenes Rechtsinstitut angesehen, s. hierzu Fischer, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 123 Rn. 23; Teichmann, ZGR 1993, 396, 400; Schmidt, AG 2005, 26, 30.

⁵⁸⁷ Schmidt, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 20 Rn. 14; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 123 Rn. 11 f.; Fischer, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 123 Rn. 21 f.

⁵⁸⁸ Schmidt, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 20 Rn. 14.

⁵⁸⁹ Schmidt, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 20 Rn. 14; Schwanna, in: Semler/Stengel, UmwG, § 123 Rn. 15; Fischer, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 123 Rn. 21; Galla/Müller, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 123 Rn. 7.

⁵⁹⁰ Ittner, MittRhNotK 1997, 106.

⁵⁹¹ Sagasser, in: Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen, § 18 Rn. 119; Schröer, in: Semler/Stengel, UmwG, § 136 Rn. 1; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 136 Rn. 1; Galla/Müller, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 136 Rn. 1; Fischer, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 136 Rn. 1.

sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes entsprechend zu individualisieren sind.⁵⁹² Dies erfordert – anders als bei der Verschmelzung – eine klare Bezeichnung und Aufteilung der zu übertragenen Vermögenswerte und Verbindlichkeiten.⁵⁹³

C. Zeitlicher Ablauf einer Spaltung

Im Wesentlichen kann auch im Rahmen einer Spaltung zwischen einer Vorbereitungs-, einer Beschluss- und einer Vollzugsphase unterschieden werden.

I. Vorbereitungsphase

In der Vorbereitungsphase werden typischerweise die Schlussbilanzen (§ 17 Abs. 2 UmwG) aufgestellt und eine Unternehmensbewertung der beteiligten Rechtsträger durchgeführt. Letztere ist insbesondere für das Umtauschverhältnis der Anteile, § 126 Abs. 1 Nr. 3 UmwG, oder eine etwaige Barabfindung, § 125 S. 1 i.V.m. § 29 UmwG, von Relevanz.⁵⁹⁴ Sodann schließen die Vertretungsorgane der beteiligten Rechtsträger den Spaltungsvertrag.⁵⁹⁵ Bei der Spaltung zur Neugründung wird der Spaltungsplan (§ 136 UmwG) aufgestellt.⁵⁹⁶ Sowohl Spaltungsvertrag als auch -plan sind notariell zu beurkunden.⁵⁹⁷

II. Beschlussphase

In der sich anschließenden Beschlussphase bedarf es bei der Spaltung zur Aufnahme neben dem Zustimmungsbeschluss der Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers zusätzlich die Zustimmung der Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers.⁵⁹⁸ Bei der Spaltung zur Neugründung entfällt naturgemäß der Zustimmungsbeschluss des übernehmenden Rechtsträgers. Erforderlich ist jedoch die Zustimmung der Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers zu der Satzung bzw. dem Gesellschaftsvertrag des neuen Rechtsträgers.⁵⁹⁹

In der Regel werden in dieser Phase auch etwaige Beschlüsse über Kapitalmaßnahmen, also eine Kapitalerhöhung beim aufnehmenden Rechtsträger⁶⁰⁰ sowie eine Kapitalherabsetzung

⁵⁹² OLG Hamburg, Urt. v. 11.01.2002 – 11 U 145/01, WM 2002, 696, 701; *Schmidt*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 22 Rn. 39; *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 126 Rn. 60, 62; *Schröer*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 126 Rn. 55; *Simon*, in: KK-UmwG, § 126 Rn. 52.

⁵⁹³ *Schmidt*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 22 Rn. 39; *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 126 Rn. 60, 62; *Schröer*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 126 Rn. 55; *Simon*, in: KK-UmwG, § 126 Rn. 52.

⁵⁹⁴ S. für die Verschmelzung: *Hoger*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 6 Rn. 27.

⁵⁹⁵ S. für die Verschmelzung: *Hoger*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 6 Rn. 27.

⁵⁹⁶ *Schröer*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 136 Rn. 1; *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 136 Rn. 1; *Galla/Müller*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 136 Rn. 1; *Fischer*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 136 Rn. 1.

⁵⁹⁷ *Breithaupt*, in: Breithaupt/Ottersbach, Kompendium Gesellschaftsrecht, § 3 Rn. 305.

⁵⁹⁸ *Verse*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 123 Rn. 42.

⁵⁹⁹ *Verse*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 123 Rn. 42.

⁶⁰⁰ Eine solche Kapitalerhöhung kann gemäß §§ 125 S. 1, 54 f., 68 f., 78, 142 UmwG ausnahmsweise entbehrlich sein.

beim übertragenden Rechtsträger⁶⁰¹, gefasst. Sämtliche genannten Beschlüsse sind zudem notariell zu beurkunden (s. insb. §§ 125 S. 1, 13 Abs. 3 S. 1 UmwG).

III. Vollzugsphase

Nach der Beschlussfassung folgen die Anmeldungen zum Register.⁶⁰² Vor der Spaltung werden in der Regel die Kapitalmaßnahmen, also eine etwaige Kapitalerhöhung beim übernehmenden (§§ 125 S. 1, 53, 66, 78 UmwG) sowie eine etwaige Kapitalherabsetzung (§§ 139 S. 2, 145 S. 2 UmwG) beim übertragenden Rechtsträger, eingetragen.⁶⁰³ Die Eintragung der Spaltung im Register des übertragenden Rechtsträgers darf erst dann erfolgen, nachdem die Spaltung im Register des übernehmenden Rechtsträgers bzw. der neu gegründeten Rechtsträger eingetragen ist (§§ 130 Abs. 1 S. 1, 135 Abs. 1 UmwG). Erst mit Eintragung beim übertragenden Rechtsträger wird die Spaltung wirksam (§ 131 Abs. 1 UmwG).⁶⁰⁴

⁶⁰¹ S. hierzu §§ 139, 145 UmwG.

⁶⁰² *Verse*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 123 Rn. 45.

⁶⁰³ *Verse*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 123 Rn. 51.

⁶⁰⁴ *Sagasser*, in: *Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen*, § 18 Rn. 36.

§ 11 Allgemeine Anfechtungsvoraussetzungen

Im Folgenden soll zunächst geprüft werden, ob im Rahmen der Insolvenzanfechtung einer Spaltung die allgemeinen Anfechtungsvoraussetzungen vorliegen.

A. Rechtshandlung

I. Spaltung zur Aufnahme

Bezüglich des Vorliegens einer Rechtshandlung kann jedenfalls hinsichtlich der Spaltung zur Aufnahme auf die Grundsätze zum Vorliegen einer Rechtshandlung bei der Verschmelzung zurückgegriffen werden.⁶⁰⁵ Grundsätzlich kommen als anfechtbare Rechtshandlungen der Spaltungsvertrag mitsamt Zustimmungsbeschlüssen der Anteilsinhaber sowie die Registereintragungen bzw. die Anmeldungen zur Registereintragung in Betracht.⁶⁰⁶

II. Spaltung zur Neugründung

1. Spaltungsplan als Rechtshandlung i.S.v. § 129 InsO

Fraglich ist, welche Rechtshandlungen im Rahmen einer Spaltung zur Neugründung anfechtbar sind. Wie bereits ausgeführt, existiert bei der Spaltung zur Neugründung noch kein übernehmender Rechtsträger, sodass mit ihm kein Spaltungsvertrag geschlossen werden kann.⁶⁰⁷ An die Stelle des Spaltungsvertrages tritt vielmehr der Spaltungsplan.⁶⁰⁸

Der Spaltungsplan, der eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung darstellt⁶⁰⁹, ersetzt den Spaltungsvertrag in Gänze.⁶¹⁰ Der Zweck des Spaltungsplans entspricht im Wesentlichen dem des Verschmelzungs- bzw. Spaltungsvertrages⁶¹¹; auch sein Inhalt ist weitestgehend deckungsgleich mit demjenigen des Spaltungsvertrages.⁶¹²

⁶⁰⁵ S. zum Vorliegen einer Rechtshandlung im Rahmen einer Verschmelzung: § 7 A.

⁶⁰⁶ *Brünkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 116; *Roth*, ZInsO 2013, 1709, 1712.

⁶⁰⁷ *Schröer*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 136 Rn. 1; *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 136 Rn. 1; *Galla/Müller*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 136 Rn. 1; *Fischer*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 136 Rn. 1.

⁶⁰⁸ *Schröer*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 136 Rn. 1; *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 136 Rn. 1; *Galla/Müller*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 136 Rn. 1; *Fischer*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 136 Rn. 1.

⁶⁰⁹ *Fischer*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 136 Rn. 2; *Galla/Müller*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 136 Rn. 2; *Sickinger*, in: Kallmeyer, UmwG, § 136 Rn. 3; *Priester*, in: Lutter, UmwG, § 136 Rn. 4; *Schröer*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 136 Rn. 3.

⁶¹⁰ *Heidenhain*, NJW 1995, 2873, 2873.

⁶¹¹ *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 136 Rn. 2.

⁶¹² *Schröer*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 136 Rn. 1; *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 136 Rn. 8; *Galla/Müller*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 136 Rn. 6.

Wird der Spaltungsplan vor dem Zustimmungsbeschluss aufgestellt, ist er zunächst schwebend unwirksam und wird erst mit Fassung des Zustimmungsbeschlusses wirksam.⁶¹³ Wird der Spaltungsplan nach dem Zustimmungsbeschluss aufgestellt, wird er dagegen mit seinem Fassen sofort wirksam.⁶¹⁴ Als einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung⁶¹⁵ ist der Spaltungsplan bis zur Beschlussfassung frei widerrufbar;⁶¹⁶ nach Beschlussfassung bedarf der Widerruf der Zustimmung der Anteilsinhaber, die mit der gleichen Mehrheit zu erfolgen hat, mit welcher der ursprüngliche Spaltungsplan beschlossen worden ist.⁶¹⁷

Der Spaltungsplan entfaltet zwar keine Bindungswirkung gegenüber anderen Rechtsträgern, allerdings bindet er die Organe des zu spaltenden Rechtsträgers untereinander⁶¹⁸ und nach dem Zustimmungsbeschluss die Organe gegenüber den Anteilsinhabern.⁶¹⁹ Aufgrund dieser rechtlichen Wirkungen ist auch der Spaltungsplan ein vom Willen getragenes Handeln, das eine rechtliche Wirkung auslöst und das Vermögen des Schuldners zum Nachteil der Insolvenzgläubiger verändern kann und somit eine Rechtshandlung i.S.v. § 129 InsO.⁶²⁰

Ebenso wie bei Umwandlungsverträgen und ihnen zugrundeliegenden Beschlüssen stellen das Aufstellen des Spaltungsplans und die Zustimmungsbeschlüsse der Anteilsinhaber eine einzige mehraktige Rechtshandlung i.S.v. § 129 InsO dar.⁶²¹

2. Eigene Rechtshandlung des Schuldners?

Fraglich ist, ob die Aufstellung des Spaltungsplans in der Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers als seine eigene Rechtshandlung qualifiziert werden kann.⁶²² Diese Frage kann deswegen relevant werden, weil die wichtigen Anfechtungstatbestände der §§ 132, 133, 134 InsO stets eine eigene Rechtshandlung des Schuldners fordern.

Roth vertritt die Ansicht, dass in dem Fall, in dem eine Spaltung zur Neugründung angefochten wird, weil sie für die Gläubiger des neugegründeten Rechtsträgers nachteilhaft

⁶¹³ *Breithaupt*, in: Breithaupt/Ottersbach, Kompendium Gesellschaftsrecht, § 3 Rn. 305.

⁶¹⁴ *Weiß*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 136 Rn. 11; *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 136 Rn. 3.

⁶¹⁵ *Fischer*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 136 Rn. 2; *Galla/Müller*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 136 Rn. 2; *Sickinger*, in: Kallmeyer, UmwG, § 136 Rn. 3; *Priester*, in: Lutter, UmwG, § 136 Rn. 4; *Schröer*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 136 Rn. 3.

⁶¹⁶ *Fischer*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 136 Rn. 6; *Schröer*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 136 Rn. 8.

⁶¹⁷ *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 136 Rn. 3; *Fischer*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 136 Rn. 6; *Schröer*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 136 Rn. 8; *Priester*, in: Lutter, UmwG, § 136 Rn. 7; *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 136 Rn. 59.

⁶¹⁸ *Kallmeyer*, ZIP 1994, 1746, 1754; *Schröer*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 136 Rn. 8.

⁶¹⁹ Die Bindungswirkung folgt daraus, dass der Spaltungsplan nach Beschlussfassung nur noch mit erneuter Zustimmung der Anteilsinhaber widerrufen werden kann: *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 136 Rn. 3; *Fischer*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 136 Rn. 6; *Schröer*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 136 Rn. 8; *Priester*, in: Lutter, UmwG, § 136 Rn. 7.

⁶²⁰ So auch *Roth*, ZInsO 2013, 1709, 1710, der es jedoch für ausreichend hält, wenn nur der Spaltungsplan angefochten wird.

⁶²¹ S. zum Vorliegen einer einheitlichen Rechtshandlung i.R.d. Verschmelzung § 7 A II 1.

⁶²² S. zu dieser Problematik *Roth*, ZInsO 2013, 1709, 1710.

ist (beispielsweise weil nur ein defizitärer Teil des übertragenden Rechtsträgers auf ihn abgespalten wurde), alle relevanten Rechtshandlungen – also Spaltungsplan, Spaltungsbeschluss und Anmeldung zur Handelsregistereintragung – im Grunde vom übertragenden Rechtsträger stammen und daher zunächst keine Rechtshandlungen des neugegründeten Rechtsträgers als Schuldner gegeben seien.⁶²³ Wegen der durch die Spaltung bewirkten partiellen Gesamtrechtsnachfolge seien aber die Rechtshandlungen des übertragenden Rechtsträgers mit Eintragung der Spaltung in das Register als eigene Rechtshandlung des neugegründeten Rechtsträgers zu qualifizieren.⁶²⁴

Im Grunde stellt sich die Frage des Vorliegens einer Schuldnerhandlung auch in dem Fall, in dem eine Verschmelzung zur Neugründung angefochten wird, weil sie für die Gläubiger des neugegründeten Rechtsträgers nachteilhaft ist. Auch in diesem Fall stammen Verschmelzungsvertrag, Zustimmungsbeschlüsse und die Anmeldungen zur Registereintragung nämlich von den übertragenden Rechtsträgern und nicht von dem neugegründeten Rechtsträger, der infolge der Verschmelzung Schuldner der benachteiligten Gläubiger wird. Da diese Frage im Schrifttum jedoch im Rahmen der Insolvenzanfechtung einer Spaltung zur Neugründung behandelt wird, soll dieses Problem auch hier in diesem Zusammenhang erörtert werden.

Das Vorliegen einer Schuldnerhandlung mit der Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG zu begründen, ist problematisch, da nach dieser Vorschrift mit Eintragung der Spaltung in das Register des Sitzes des übertragenden Rechtsträgers lediglich das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers einschließlich der Verbindlichkeiten auf den neugegründeten Rechtsträger übergeht. Die Gesamtrechtsnachfolge entfaltet somit im Grunde nur vermögensrechtliche Wirkungen.⁶²⁵ In § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG ist dagegen nicht angeordnet, dass der neugegründete Rechtsträger mit Eintragung der Spaltung in das Register des Sitzes des übertragenden Rechtsträgers fortan als Urheber der ursprünglich vom übertragenden Rechtsträger getätigten Handlungen gilt. Mit der Gesamtrechtsnachfolge kann eine Anwendung der §§ 132, 133, 134 InsO somit nicht begründet werden.

Bei genauerem Hinsehen ist das Vorliegen einer Schuldnerhandlung jedoch auch im Rahmen der Insolvenzanfechtung einer Spaltung zur Neugründung in der Insolvenz des neugegründeten Rechtsträgers unproblematisch. Denn zum Zeitpunkt der Aufstellung des Spaltungsplans, des Zustimmungsbeschlusses und der Anmeldung zur Registereintragung war der übertragende Rechtsträger Schuldner, sodass eine Rechtshandlung des Schuldners i.S.v. §§ 132, 133, 134 InsO zunächst vorliegt. Daran ändert auch nichts, dass die Schuldnerstellung infolge des Wirksamwerdens der Spaltung auf den neugegründeten Rechtsträger übergeht. So ist beispielsweise auch im Falle einer Nachlassinsolvenz

⁶²³ Roth, ZInsO 2013, 1709, 1710.

⁶²⁴ Roth, ZInsO 2013, 1709, 1710.

⁶²⁵ S. hierzu Fischer, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 131 Rn. 2; Galla/Müller, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 131 Rn. 2; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 131 Rn. 4; Leonard, in: Semler/Stengel, UmwG, § 131 Rn. 7 ff.

anerkannt, dass anfechtbare Rechtshandlungen des Erblassers durch den Erbfall nicht ihre Anfechtbarkeit verlieren.⁶²⁶

Auch aus Wertungsgesichtspunkten kann der Anwendbarkeit der §§ 132, 133, 134 InsO nicht entgegenstehen, dass die Rechtshandlungen vom übertragenden Rechtsträger vorgenommen worden sind. Denn andernfalls könnte die übertragende Gesellschaft in vielen Fällen mangels Einschlägigkeit der §§ 132, 133, 134 InsO ihr Vermögen anfechtungsfrei übertragen, in dem sie sich darauf beruft, dass die Rechtshandlung von ihr und nicht vom benachteiligten, neugegründeten Rechtsträger vorgenommen worden sei.⁶²⁷

Somit liegt auch bei der Anfechtung einer Spaltung zur Neugründung in der Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers eine Rechtshandlung des Schuldners i.S.v. §§ 132, 133, 134 InsO vor.

III. Zwischenergebnis

Im Rahmen einer Spaltung zur Aufnahme stellen vor allem der Spaltungsvertrag mitsamt Spaltungsbeschlüssen und die Anmeldungen zur Registereintragung anfechtbare Rechtshandlungen i.S.v. § 129 InsO dar. Im Rahmen einer Spaltung zur Neugründung können der Spaltungsplan mitsamt Spaltungsbeschluss sowie die Anmeldung zur Registereintragung als Rechtshandlungen angefochten werden. Der Insolvenzanfechtung einer Spaltung zur Neugründung im Rahmen der Insolvenz des neugegründeten Rechtsträgers gemäß den §§ 132, 133, 134 InsO steht nicht entgegen, dass die anfechtbaren Rechtshandlungen vom übertragenden Rechtsträger stammen.

B. Gläubigerbenachteiligung

Fraglich ist nun, unter welchen Voraussetzungen im Rahmen eines Spaltungsvorgangs eine Gläubigerbenachteiligung zu bejahen ist. Nach den bereits oben dargelegten Grundsätzen liegt eine Gläubigerbenachteiligung vor, wenn die Insolvenzgläubiger in ihrer Gesamtheit durch die Rechtshandlung objektiv benachteiligt werden. Die Befriedigungsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger müssen sich ohne die fragliche Handlung bei wirtschaftlicher Betrachtung günstiger gestalten.⁶²⁸ Zu unterscheiden ist zwischen einer unmittelbaren und einer mittelbaren Gläubigerbenachteiligung. Eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung, also eine Benachteiligung, die bereits mit der Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung selbst und ohne Hinzukommen späterer Umstände eintritt,⁶²⁹ ist nur in den ausdrücklich im Gesetz angeordneten Fällen, so bei § 132 Abs. 1 InsO und § 133 Abs. 4 InsO, erforderlich.

⁶²⁶ *Fridgen*, in: BeckOK InsO, § 322 Rn. 3.

⁶²⁷ So auch zur gleichgelagerten Frage der Wissenszurechnung: *Trencker*, S. 311 (zum österreichischen Recht).

⁶²⁸ St. Rspr; s. nur BGH, Urt. v. 16.11.2007 – IX ZR 194/04, NJW 2008, 655, 656; Urt. v. 20.11.2008 – IX ZR 130/07, NZI 2009, 105 Rn. 9.

⁶²⁹ BGH, Urt. v. 13.03.1997 – IX ZR 93/96, DtZ 1997, 228; Urt. v. 10.07.2014 – IX ZR 192/13, NZI 2014, 775 Rn. 48; *Dauernheim*, in: FK-InsO, § 129 Rn. 73; *Kayser/Freudenberg*, in: Münchkomm zur InsO, § 129 Rn. 113; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 235.

Für sämtliche andere Anfechtungstatbestände reicht es aus, wenn zwar die Rechtshandlung allein noch keinen Nachteil für die Gläubiger bewirkte, aber die Grundlage für einen weiteren, gläubigerschädigenden Ablauf schuf.⁶³⁰

I. Insolvenz des übertragenden Rechtsträgers

Eine unmittelbare Benachteiligung der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers kommt im Grundsatz dann in Betracht, wenn der Wert der übertragenen Aktiva höher ist als der Wert der nach dem Spaltungsvertrag/-plan auf den übernehmenden Rechtsträger übergehenden Verbindlichkeiten.⁶³¹ Zu erörtern ist jedoch, ob die gesamtschuldnerische Haftung aller an der Spaltung beteiligter Rechtsträger gemäß § 133 Abs. 1 S. 1 UmwG der Gläubigerbenachteiligung entgegensteht.

1. Ausschluss der Gläubigerbenachteiligung aufgrund von § 133 UmwG?

a) *Literatur*

In der Literatur wird zum Teil vertreten, dass es aufgrund der gesamtschuldnerischen Haftung nach § 133 UmwG häufig an einer objektiven Benachteiligung der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers fehle. Da gemäß § 133 Abs. 1 S. 1 UmwG die an der Spaltung beteiligten Rechtsträger als Gesamtschuldner für die Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers, die vor Wirksamwerden der Spaltung begründet worden sind, haften, bleibe den Gläubigern des übertragenden Rechtsträgers die ursprüngliche Haftungsmasse erhalten. Eine (wohl mittelbare) Gläubigerbenachteiligung sei jedoch gegeben, wenn wegen der Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers auch durch die gesamtschuldnerische Haftung die Gläubiger keine vollständige Befriedigung erhielten und die Befriedigung ohne Spaltung insgesamt höher ausgefallen wäre.⁶³²

b) *Rechtsprechung*

In der Rechtsprechung wurde das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung aufgrund der Vorschrift des § 133 UmwG früher verneint. So lehnte das KG Berlin mit Urteil vom 22.01.1998 die Insolvenzanfechtung einer Spaltung nach dem SpTrUG mit der Begründung ab, dass die dem § 133 UmwG gleichende Vorschrift des § 11 Abs. 1 SpTrUG eine gesamtschuldnerische Haftung aller an der Spaltung beteiligten Gesellschaften für die Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft begründe und eine Gläubigerbenachteiligung somit nicht in Betracht komme.⁶³³ Auch das OLG Thüringen lehnte kurz danach die Anfechtbarkeit einer Spaltungsmaßnahme nach dem SpTrUG wegen

⁶³⁰ BGH, Urt. v. 19.04.2007 – IX ZR 59/06, NZI 2007, 462 Rn. 15; Urt. v. 08.11.2012 – IX ZR 77/11, WM 2012, 2340 Rn. 15; *Kayser/Freudenberg*, in: Münchkomm zur InsO, § 129 Rn. 121; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 236.

⁶³¹ *Brüinkmans*, in: MHdB des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 117.

⁶³² *Brüinkmans*, in: MHdB des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 117; aM *Roth*, ZInsO 2013, 1709, 1710.

⁶³³ KG, Urt. v. 22.01.1998 – 12 U 3839/96, NZG 1999, 1016 Rn. 71.

einer angeblich fehlenden Gläubigerbenachteiligung aufgrund der Vorschrift des § 11 Abs. 1 SpTrUG ab.⁶³⁴

Dem stellte sich der BGH mit einem Urteil vom 17.10.2019⁶³⁵ entgegen. Der Entscheidung des BGH lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Schuldnerin veräußerte im Jahr 2001 Grundstücke und bildete in Höhe des erzielten Gewinns von 3,42 Mio. EUR eine steuerfreie Rücklage nach § 6b Abs. 3 EStG, die mangels Reinvestitionsmaßnahmen zum 31.12.2008 aufzulösen waren. Mit Abspaltungsvertrag vom 27.08.2008 wurde von den Gesellschaftern der Schuldnerin eine GmbH gegründet, auf die bis auf einige wenige Ausnahmen sämtliche Aktiva der Schuldnerin übertragen wurden. Die Passiva verblieben bei der Schuldnerin. In der Folgezeit löste das Finanzamt die steuerfreie Rücklage auf, wodurch Steuerverbindlichkeiten entstanden, die zur Insolvenz der Schuldnerin führten. Bereits mit Vertrag vom 15.05.2008 hatten die Schuldnerin und der Beklagte eine stille Gesellschaft gegründet; für die Beteiligung an der Gesellschaft zahlte die Schuldnerin an den Beklagten am 02.06.2008 und am 30.06.2008 einen Betrag i.H.v. insgesamt 165.000 EUR.

Der Insolvenzverwalter der Schuldnerin verlangte von der Beklagten unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Vorsatzanfechtung nun die Rückgewähr der geleisteten Zahlungen i.H.v. 165.000 EUR. Die Klage wurde vornehmlich darauf gestützt, dass zum Zeitpunkt der Zahlungen bereits geplant gewesen sei, eine Abspaltung vorzunehmen, das Vermögen der Schuldnerin größtenteils in die abgespaltene Gesellschaft zu transferieren und die Schuldnerin ohne ausreichendes Vermögen mit den Steuernachforderungen zu belasten. Das Berufungsgericht lehnt die Klage mit der Begründung ab, dass nicht dargetan sei, dass eine Gläubigerbenachteiligung vorliege. Eine solche könne mit der den Zahlungen nachfolgenden Spaltung nicht angenommen werden, weil die abgespaltene Gesellschaft für Altverbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers nach Maßgabe des § 133 UmwG gesamtschuldnerisch hafte.⁶³⁶

Der BGH hat das Berufungsurteil aufgehoben und mit den angefochtenen Zahlungen eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung i.S.v. § 129 Abs. 1 InsO festgestellt. Denn im Rahmen der vom BGH für die Beurteilung der Gläubigerbenachteiligung geprägten wirtschaftlichen Betrachtungsweise sei diese isoliert und mit Bezug auf die konkret angefochtene Minderung des Aktivvermögens oder die Vermehrung des Passivvermögens des Schuldners vorzunehmen.⁶³⁷ Vorteile finden nur soweit Berücksichtigung, wie diese in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der angefochtenen Rechtshandlung stünden.⁶³⁸ Für anfechtungsrelevante Rechtshandlungen unmittelbar vor einem Umwandlungsvorgang führe die gesamtschuldnerische Haftung nach § 133 Abs. 1 UmwG alleine daher nicht zu einem Ausschluss der Gläubigerbenachteiligung.⁶³⁹

⁶³⁴ Thü OLG, Urt. v. 03.03.1998 – 8 U 1166/96, OLG-NL 1998, 160.

⁶³⁵ BGH, Urt. v. 17.10.2019 – IX ZR 215/16, ZInsO 2019, 2458.

⁶³⁶ Vgl. *Kuna*, GmbHR 2020, 23, 24.

⁶³⁷ BGH, Urt. v. 17.10.2019 – IX ZR 215/16, ZInsO 2019, 2458 Rn. 7,

⁶³⁸ BGH, Urt. v. 17.10.2019 – IX ZR 215/16, ZInsO 2019, 2458 Rn. 7; s. auch BGH, Urt. v. 28.01.2016 – IX ZR 185/13, WM 2016, 427 Rn. 17.

⁶³⁹ BGH, Urt. v. 17.10.2019 – IX ZR 215/16, ZInsO 2019, 2458 Rn. 8.

c) *Stellungnahme*

Das Urteil des BGH behandelte zwar nicht unmittelbar die Insolvenzanfechtung von Spaltungen, dennoch sind aus der Rechtsprechung Rückschlüsse hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung und der Vorschrift des § 133 UmwG zu ziehen.

Wie der BGH im Urteil vom 17.10.2019⁶⁴⁰ feststellt, findet eine Vorteilsausgleich nach den schadensersatzrechtlichen Grundsätzen für die Feststellung einer Gläubigerbenachteiligung grundsätzlich nicht statt. Sie würde dem Zweck des Insolvenzanfechtungsrechts, die Insolvenzmasse zu schützen, widersprechen. Deshalb sind nur solche Folgen als Vorteil der Masse zu berücksichtigen, die ihrerseits an die konkret angefochtene Rechtshandlung anknüpfen.⁶⁴¹ Mit diesem Verbot der Berücksichtigung eines Vorteilsausgleichs werden Sachverhalte erfasst, bei denen die benachteiligende Handlung in adäquat ursächlichem Zusammenhang mit anderen Ereignissen der Insolvenzmasse auch Vorteile gebracht hat, die jedoch keine Gegenleistung für die durch die Handlung bewirkte Vermögensminderung darstellen.⁶⁴²

Als eine solche mit der angefochtenen Rechtshandlung unmittelbar zusammenhängende Gegenleistung kann die gesamtschuldnerische Haftung gemäß § 133 UmwG gerade nicht bezeichnet werden. Denn die gesamtschuldnerische Haftung aus § 133 UmwG ist eben kein für die Insolvenzmasse günstiger Umstand, sondern kommt ausschließlich dem einzelnen Gläubiger zugute. Eine zum Ausschluss der Gläubigerbenachteiligung führende Berücksichtigung des § 133 UmwG käme nur dann in Betracht, wenn es gewissermaßen zu einer Zurechnung des Vermögens des aufnehmenden Rechtsträgers mit dem Vermögen des übertragenden Rechtsträgers komme. Dies ist aber gerade nicht der Fall.⁶⁴³ Vielmehr können in den meisten Fällen nur ein Teil (!) der Insolvenzgläubiger auf das Vermögen des übernehmenden Rechtsträgers Zugriff nehmen.

Des Weiteren wäre eine Gläubigerbenachteiligung aufgrund der Vorschrift des § 133 InsO nur dann ausgeschlossen, wenn feststünde, dass die gesamtschuldnerische Haftung die durch die Spaltung bedingte Benachteiligung vollständig ausgleicht.⁶⁴⁴ Dies ist aber nicht denkbar. Denn zum einen profitieren nur die Altgläubiger von der gesamtschuldnerischen Haftung, zum anderen stellt § 133 UmwG eine auf 5 Jahre zeitlich befristete Haftung dar.

⁶⁴⁰ BGH, Urt. v. 17.10.2019 – IX ZR 215/16, ZInsO 2019, 2458.

⁶⁴¹ BGH, Urt. v. 28.01.2016 – IX ZR 185/13, NZI 2016, 262 Rn. 17; Urt. v. 16.11.2007 – IX ZR 194/04, NZI 2008, 163 Rn. 18; Urt. v. 20.07.2006 – IX ZR 226/03, WM 2006, 1731 Rn. 14.

⁶⁴² BGH, Urt. v. 28.01.2016 – IX ZR 185/13, NZI 2016, 262 Rn. 19

⁶⁴³ Vgl. auch *Kuna*, GmbHR 2020, 23, 25.

⁶⁴⁴ Vgl. auch *Kuna*, GmbHR 2020, 23, 25.

2. Zwischenergebnis

Eine unmittelbare Benachteiligung der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers liegt somit dann vor, wenn der Wert der übertragenen Aktiva höher ist als der Wert der nach dem Spaltungsvertrag/-plan auf den übernehmenden Rechtsträger übergehenden Verbindlichkeiten. Die gesamtschuldnerische Haftung aller an der Spaltung beteiligten Rechtsträger gemäß § 133 UmwG schließt das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung nicht aus.

II. Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers

Zu prüfen ist nun, unter welchen Voraussetzungen eine Benachteiligung der Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers gegeben ist.

Eine unmittelbare Benachteiligung der Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers kommt zunächst in Betracht, wenn der Wert der abgespaltenen Verbindlichkeiten höher ist als der Wert der nach dem Spaltungsvertrag/-plan übernommenen Vermögenswerte.⁶⁴⁵ Aber auch wenn der Wert der abgespaltenen Verbindlichkeiten gleich oder geringer ist als der Wert der übernommenen Vermögenswerte, kann eine mittelbare Benachteiligung der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft vorliegen, wenn der übernehmende Rechtsträger aufgrund der Regelung des § 133 Abs. 1 UmwG von Altgläubigern des übertragenden Rechtsträgers in Anspruch genommen wird.⁶⁴⁶ In diesem Fall liegt eine mittelbare Benachteiligung der Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers vor, wenn das übertragende Aktivvermögen die übertragenen Verbindlichkeiten zuzüglich des Wertes der vom übernehmenden Rechtsträger gemäß § 133 Abs. 1 UmwG getilgten Forderungen im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Spaltung nicht deckt.⁶⁴⁷

Ebenso ist im Grundsatz aber auch eine mittelbare Benachteiligung der Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers infolge der Spaltung denkbar. So ist es beispielsweise vorstellbar, dass der übernehmende Rechtsträger infolge der Spaltung einen (gesunden) Rechtsträger aus einem anderen Geschäftsbereich übernimmt, dessen Geschäfte sich nach Wirksamwerden der Verschmelzung – sei es aufgrund von äußeren Einflüssen (z.B. Naturkatastrophen, Materialmangel), sei es aufgrund einer schlechten Geschäftsführung durch den Schuldner – schlechter gestalten und schließlich zur Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers führen. Die Fallkonstellationen, in denen eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung infolge möglich erscheint, sind vielfältig. Ob eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung vorliegt, ist demnach eine Frage des Einzelfalls.

⁶⁴⁵ *Trencker*, S. 314 (zum österreichischen Recht); *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 122.

⁶⁴⁶ *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 122.

⁶⁴⁷ *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 122.

III. Erschwernis der Zugriffsmöglichkeiten als Gläubigerbenachteiligung bei der Ausgliederung?

Fraglich ist weiter, ob und in welchen Fällen im Rahmen einer Ausgliederung eine Gläubigerbenachteiligung in Betracht kommt.

Eine Gläubigerbenachteiligung im Rahmen einer Ausgliederung ist deswegen besonders problematisch, weil bei der Ausgliederung (im Unterschied zur Ab- und Aufspaltung) die Mitgliedschaftsrechte bzw. Gesellschaftsanteile am übernehmenden Rechtsträger nicht den Gesellschaftern und Anteilsinhabern des übertragenden Rechtsträgers, sondern der übertragenden Gesellschaft selbst zugutekommen.⁶⁴⁸ Zwischen übernehmendem und übertragendem Rechtsträger entsteht somit infolge der Ausgliederung ein Mutter-Tochter-Verhältnis.⁶⁴⁹ Zwar fließen dem übertragenden Rechtsträger durch die Ausgliederung Aktiva ab, sofern die als Ausgleich gewährten Anteile gleichwertig mit dem übertragenen Vermögenswerten sind, findet beim übertragenden Rechtsträger per Saldo keine Vermögensverringerung, sondern lediglich eine Vermögensumschichtung statt.⁶⁵⁰

Im Rahmen einer Ausgliederung kann dennoch dann eine Benachteiligung der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers gegeben sein, wenn infolge der Ausgliederung der Zugriff der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers auf das Gesellschaftsvermögen aufgrund der Vermögensumschichtung erschwert wird.⁶⁵¹ Hierbei ist zwischen einer Ausgliederung zur Neugründung und einer Ausgliederung zur Aufnahme zu differenzieren.⁶⁵²

1. Ausgliederung zur Neugründung

Hinsichtlich der Frage, ob im Rahmen einer Ausgliederung zur Neugründung eine Gläubigerbenachteiligung vorliegt, kommt es entscheidend darauf an, was für eine Rechtsform die neugegründete Gesellschaft hat.⁶⁵³ Denn der Insolvenzverwalter hat nach der Ausgliederung zwar keine unmittelbare Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis (§ 80 InsO) hinsichtlich der ausgegliederten Einzelvermögensgegenstände, sehr wohl aber bezüglich des infolge der Ausgliederung erlangten Geschäftsanteils.⁶⁵⁴ Für eine Gläubigerbenachteiligung in Form der Erschwernis der Zugriffsmöglichkeiten der Gläubiger ist es daher von Relevanz, ob der Insolvenzverwalter aufgrund der alleinigen

⁶⁴⁸ Schwanna, in: Semler/Stengel, UmwG, § 123 Rn. 15; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 123 Rn. 11; Galla/Müller, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 123 Rn. 7; Fischer, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 123 Rn. 21.

⁶⁴⁹ Schmidt, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 20 Rn. 14; Sickinger, in: Kallmeyer, UmwG, § 123 Rn. 11 f.

⁶⁵⁰ Fischer, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 123 Rn. 21; Simon, in: KK-UmwG, § 123 Rn. 26.

⁶⁵¹ Roth, ZInsO 2013, 1709, 1714 f.

⁶⁵² Roth, ZInsO 2013, 1709, 1714 f.

⁶⁵³ Roth, ZInsO 2013, 1709, 1714.

⁶⁵⁴ OLG München, Besch. v. 22.5.2017 – 34 Wx 87/17, NZI 2017, 612 Rn. 27 mwN; s. näher hierzu Bergmann, ZInsO 2004, 225, 227 f.

Geschafterstellung des Schuldners am neugegründeten Rechtsträger Einfluss auf die Geschäftsführung des neugegründeten Rechtsträgers nehmen kann.⁶⁵⁵

Kann der Insolvenzverwalter Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen, sind die Zugriffsmöglichkeiten auf die übertragenen Vermögensgegenstände nicht erschwert, da der Insolvenzverwalter im Zweifel eine Rückübertragung der Vermögensgegenstände in die Insolvenzmasse oder einen Liquidationsbeschluss veranlassen kann.⁶⁵⁶ In diesen Fällen scheidet daher auch eine Gläubigerbenachteiligung aus.⁶⁵⁷

Anders ist dies bei mangelnder Einflussnahme auf die Geschäftsführung des übertragenden Rechtsträgers. Da der Insolvenzverwalter in diesem Fall keinen Zugriff auf die infolge der Ausgliederung übertragenen Vermögenswerte mehr hat, ist eine Gläubigerbenachteiligung zu bejahen.⁶⁵⁸

Ist der neugegründete Rechtsträger also beispielsweise eine GmbH (§§ 124 Abs. 1, 3 Abs. 1 Nr. 2 Var. 1 UmwG), wird aufgrund des Weisungsrechts der Geschafterversammlung gegenüber der Geschäftsführung⁶⁵⁹ in der Regel keine Gläubigerbenachteiligung vorliegen.⁶⁶⁰ Anders ist dies, wenn der neugegründete Rechtsträger in der Rechtsform der AG verfasst ist. Mangels Weisungsrechts der Hauptversammlung gegenüber dem Vorstand⁶⁶¹ kann der Insolvenzverwalter allenfalls mittelbar durch Einflussnahme auf bzw. Neubestellung des Aufsichtsrates seinen Willen durchsetzen, was in der Regel eine Erschwernis der Zugriffsmöglichkeiten und eine Gläubigerbenachteiligung mit sich bringt.⁶⁶²

2. Ausgliederung zur Aufnahme

Dagegen ist bei der Ausgliederung zur Aufnahme eine Erschwernis der Zugriffsmöglichkeiten der Gläubiger grundsätzlich gegeben. Denn bei der Ausgliederung zur Aufnahme wird der ausgliedernde Rechtsträger nicht 100%-ige Muttergesellschaft des aufnehmenden Rechtsträgers, sondern erhält nur einen den Wert des übertragenen Vermögens entsprechenden Gesellschaftsanteil.⁶⁶³ Die übertragende Gesellschaft muss sich also ein etwaiges Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsführung mit anderen Anteilshabern teilen.⁶⁶⁴ Aufgrund der Beschränkung der Ausübung der

⁶⁵⁵ Roth, ZInsO 2013, 1709, 1714.

⁶⁵⁶ Roth, ZInsO 2013, 1709, 1714.

⁶⁵⁷ Roth, ZInsO 2013, 1709, 1714.

⁶⁵⁸ Roth, ZInsO 2013, 1709, 1714.

⁶⁵⁹ Zum Weisungsrecht der Geschafterversammlung: *Oetker*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 37 Rn. 13; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 37 Rn. 35; *Stephan/Tieves*, in: Münchkomm zum GmbHG, § 37 Rn. 115 ff.; *Wicke*, in: Wicke, GmbHG, § 37 Rn. 4; eingehend *Mennicke*, NZG 2000, 622.

⁶⁶⁰ Roth, ZInsO 2013, 1709, 1714.

⁶⁶¹ S. § 119 Abs. 2 AktG.

⁶⁶² Roth, ZInsO 2013, 1709, 1714.

⁶⁶³ Roth, ZInsO 2013, 1709, 1715.

⁶⁶⁴ Roth, ZInsO 2013, 1709, 1715.

Gesellschafterrechte ist die Zugriffsmöglichkeit des Insolvenzverwalters in diesen Fällen also eingeschränkt, was eine Gläubigerbenachteiligung mit sich bringt.⁶⁶⁵

C. Zusammenfassendes Ergebnis

Im Rahmen einer Spaltung kommen als anfechtbare Rechtshandlungen der Spaltungsvertrag bzw. -plan mitsamt Zustimmungsbeschlüssen sowie die Anmeldungen zur Registereintragung in Betracht.

In der Insolvenz des übertragenden Rechtsträgers liegt eine (unmittelbare) Benachteiligung der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers vor, wenn der Wert der infolge der Spaltung übertragenen Vermögenswerte höher ist als der Wert der von dem übernehmenden Rechtsträger übernommenen Verbindlichkeiten. Dass die Altgläubiger des übertragenden Rechtsträgers aufgrund der Vorschrift des § 133 Abs. 1 UmwG alle an der Spaltung beteiligten Rechtsträger in Anspruch nehmen kann, ändert am Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung zunächst nichts.

Die Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers werden durch die Spaltung unmittelbar benachteiligt, wenn der Wert der abgespaltenen Verbindlichkeiten höher ist als der Wert der nach dem Spaltungsvertrag/-plan übernommenen Vermögenswerte. Wird die übernehmende Gesellschaft aufgrund der Vorschrift des § 133 UmwG von Altgläubigern des übertragenden Rechtsträgers in Anspruch genommen, liegt eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung zudem dann vor, wenn der Wert der übernommenen Verbindlichkeiten zuzüglich des Wertes der gemäß § 133 UmwG getilgten Forderung den Wert des übernommenen Aktivvermögens überschreitet.

Im Rahmen der Ausgliederung kann eine Benachteiligung der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers zudem darin liegen, dass der Gläubigerzugriff auf das Gesellschaftsvermögen aufgrund der Vermögensumschichtung infolge der Ausgliederung erschwert wird.

⁶⁶⁵ Roth, ZInsO 2013, 1709, 1715.

Nachdem die allgemeinen Anfechtungsvoraussetzungen, namentlich das Vorliegen einer Rechtshandlung sowie die Gläubigerbenachteiligung, dargestellt wurden, soll im Folgenden auf die einzelnen Anfechtungstatbestände eingegangen werden.

A. Deckungshandlungen (§§ 130, 131 InsO)

Ebenso wie bei der Anfechtung einer Verschmelzung werden die Deckungsanfechtungen nach den §§ 130, 131 InsO im Rahmen der Insolvenzanfechtung einer Spaltung wohl kaum in Betracht kommen. Entgegen einer in der Literatur zur Verschmelzungsanfechtung vertretenen Meinung⁶⁶⁶ kommt insbesondere keine Anfechtung der Registereintragungen nach den §§ 130, 131 InsO in Betracht. Zwar dient die Registereintragung der Erfüllung der aus dem Spaltungsvertrag herrührenden schuldrechtlichen Verpflichtung,⁶⁶⁷ allerdings ist die aus dem Spaltungsvertrag herrührende Verpflichtung zur Herbeiführung der Registereintragung gerade keine Insolvenzforderung i.S.v. § 38 InsO. Insolvenzforderungen können nämlich nur Ansprüche des Schuldners sein, die Vermögensansprüche sind, also Ansprüche, die in Geld bestehen oder umgerechnet werden könnten.⁶⁶⁸ Zu den Insolvenzforderungen zählen neben Zahlungsansprüchen demnach Ansprüche auf vertretbare Handlungen i.S.v. § 887 ZPO.⁶⁶⁹ Dagegen unterliegen unvertretbare Handlungspflichten nicht der Deckungsanfechtung.⁶⁷⁰ Solche unvertretbaren Handlungen sind nämlich nicht aus dem Vermögen des Schuldners betreibbar, sondern können nur von ihm persönlich erzwungen werden (vgl. § 888 Abs. 1 ZPO).

Die Anmeldung zur Registereintragung stellt aber gerade eine unvertretbare Handlung dar, zu der gemäß § 125 S. 1 i.V.m. § 16 Abs. 1 UmwG grundsätzlich nur die Vertretungsorgane der beteiligten Rechtsträger berechtigt sind. Auch wenn die Handelsregistereintragung einen berechenbaren Vermögenswert hat, kann sie somit nicht als Insolvenzforderung i.S.v. § 38 InsO qualifiziert werden und nicht als Deckungshandlung nach den §§ 130, 131 InsO angefochten werden.⁶⁷¹

Andere Deckungshandlungen i.S.v. §§ 130, 131 InsO sind im Rahmen eines Spaltungsvorgangs – soweit ersichtlich – nicht gegeben. Eine Anfechtung nach den §§ 130, 131 InsO scheidet somit aus.

⁶⁶⁶ Brückmans, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 89.

⁶⁶⁷ Schröer, in: Semler/Stengel, UmwG, § 126 Rn. 16.

⁶⁶⁸ Ehricke/Behme, in: Münchkomm zur InsO, § 38 Rn. 18; Ries, in: Kayser/Thole, InsO, § 38 Rn. 14; Andres, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 38 Rn. 5; Bäuerle, in: Braun, InsO, § 38 Rn. 2.

⁶⁶⁹ Schoppmeyer, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 130 Rn. 47; Sinz, in: Uhlenbruck, InsO, § 38 Rn. 19.

⁶⁷⁰ Vgl. OLG Neustadt, Urt. v. 07.10.1964 – 3 O 135/64, NJW 1965, 257; Ehricke/Behme, in: Münchkomm zur InsO, § 38 Rn. 50; Andres, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 38 Rn. 9; Sinz, in: Uhlenbruck, InsO, § 38 Rn. 20.

⁶⁷¹ S. zur Verschmelzung § 8 A I.

B. Unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen (§ 132 InsO)

Allerdings könnte der Anfechtungstatbestand des § 132 Abs. 1 InsO im Rahmen eines Spaltungsvorgangs zum Tragen kommen.

Zunächst müsste das Vorliegen einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung zu bejahen sein. Eine solche liegt vor, wenn die Gläubiger bereits mit Vollendung der angefochtenen Rechtshandlung und ohne Hinzukommen späterer Umstände benachteiligt werden.

Eine unmittelbare Benachteiligung der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers liegt vor, wenn der Wert der übertragenen Vermögenswerte den Wert der übertragenen Verbindlichkeiten überschreitet. Wie zuvor aufgezeigt, schließt die gemäß § 133 UmwG gegebene Möglichkeit der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers, alle an der Spaltung beteiligten Rechtsträger in Anspruch zu nehmen, das Vorliegen einer (unmittelbaren) Gläubigerbenachteiligung nicht aus.

In der Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers kann eine unmittelbare Benachteiligung der Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers nur dann vorliegen, wenn der Spaltungsvertrag/-plan dem übernehmenden Rechtsträger höhere Passiva als Aktiva zuweist.⁶⁷² Zwar können die Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers auch dann benachteiligt werden, wenn die übernommenen Aktiva die übernommenen Passiva übersteigen oder ausgleichen, der übernehmende Rechtsträger aber aufgrund der Regelung des § 133 Abs. 1 UmwG von Altgläubigern des übertragenden Rechtsträgers in Anspruch genommen wird. Die Inanspruchnahme durch die Altgläubiger des übertragenden Rechtsträgers stellt jedoch einen nach Vornahme des Rechtsgeschäfts hinzutretenden Umstand dar, sodass hierdurch nur eine mittelbare Benachteiligung begründet wird.⁶⁷³

Sollte das Vorliegen einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung zu bejahen sein, müssten selbstverständlich noch die übrigen Anfechtungsvoraussetzungen des § 132 InsO vorliegen. Wenn das Rechtsgeschäft in den letzten drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden ist, muss der Schuldner zur Zeit des Rechtsgeschäfts gemäß § 132 Abs. 1 Nr. 1 InsO zahlungsunfähig sein und der Anfechtungsgegner müsste Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit haben. Wurde das Rechtsgeschäft nach dem Eröffnungsantrag vorgenommen, genügt es, wenn der Anfechtungsgegner zur Zeit des Rechtsgeschäfts die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag kannte, § 132 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Eine etwaige Kenntnis des Vertretungsorgan des Anfechtungsgegners bezüglich der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners oder dem Eröffnungsantrag wird dem Anfechtungsgegner nach allgemeinen

⁶⁷² Für das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung, jedoch ohne eine Differenzierung nach mittelbar bzw. unmittelbar: *Trencker*, S. 314 (zum österreichischen Recht); *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 122.

⁶⁷³ Für das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung, jedoch ohne eine Differenzierung nach mittelbar bzw. unmittelbar: *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 122.

Grundsätzen zugerechnet.⁶⁷⁴ Freilich werden die Anfechtungsvoraussetzungen gemäß § 132 Abs. 1 InsO aufgrund der kurzen Fristen im Rahmen eines Spaltungsvorgangs nur selten in Betracht kommen.

C. Vorsätzliche Benachteiligung (§ 133 InsO)

Des Weiteren kommt unter Umständen auch das Vorliegen einer vorsätzlichen Benachteiligung gemäß § 133 InsO in Betracht. Beim Anfechtungstatbestand der vorsätzlichen Benachteiligung ist entsprechend dem zur Verschmelzung Gesagtem⁶⁷⁵ problematisch, ob ein Benachteiligungsvorsatz des Schuldners vorliegt, ob der Anfechtungsgegner Kenntnis von diesem Benachteiligungsvorsatz hat und ob Benachteiligungsvorsatz und Kenntnis bewiesen werden können.

Im Falle der Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers ist ein etwaiger Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des übernehmenden Rechtsträgers sowie dessen Kenntnis beim übertragenden Rechtsträger grundsätzlich dann zu bejahen, wenn aufgrund der übertragenen Aktiva und Passiva die Verursachung der Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers durch die Spaltung möglich erscheint, die Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers ohne Spaltung eine höhere Quote erlangt hätten, das vertretungsberechtigte Organ des übernehmenden Rechtsträgers dies weiß und zumindest billigend in Kauf nimmt sowie das Vertretungsorgan des übertragenden Rechtsträgers diese Umstände kannte.⁶⁷⁶ Entsprechendes gilt für den umgekehrten Fall der Insolvenz des übertragenden Rechtsträgers.⁶⁷⁷ Der Benachteiligungsvorsatz seines Vertretungsorgans sowie die Kenntnis des Vertretungsorgans des Anfechtungsgegners vom Benachteiligungsvorsatz wird dem betroffenen Rechtsträger analog § 166 BGB zugerechnet.⁶⁷⁸

In der Insolvenz des übertragenden Rechtsträgers stellt sich zudem die Frage, ob der Benachteiligungsvorsatz des übertragenden Rechtsträgers auch dann vorliegt, wenn sein Vertretungsorgan von der Vorschrift des § 133 Abs. 1 UmwG Kenntnis hat und davon ausgeht, dass den Altgläubigern aufgrund der gesamtschuldnerischen Haftung aller an der Spaltung beteiligten Rechtsträger die Haftungsmasse trotz Spaltung im Grundsatz erhalten bleibt und sie daher nicht benachteiligt werden. Wie zuvor aufgezeigt, liegt trotz der gesamtschuldnerischen Haftung gemäß § 133 Abs. 1 UmwG eine Gläubigerbenachteiligung vor. Das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung wird jedoch auch zum Teil angezweifelt.⁶⁷⁹ Vom Schuldner kann daher nicht erwartet werden, dass er den Schluss,

⁶⁷⁴ Nerlich, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 132 Rn. 30; vgl. auch Thole, in: Kayser/Thole, InsO, § 130 Rn. 41.

⁶⁷⁵ S. hierzu zur Verschmelzung: § 8 A III, B.

⁶⁷⁶ Brünkmans, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 124; s. zur vorsätzlichen Benachteiligung i.R.d. Verschmelzung: Brünkmans, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 102.

⁶⁷⁷ S. zur vorsätzlichen Benachteiligung i.R.d. Verschmelzung: Brünkmans, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 102.

⁶⁷⁸ Kayser/Freudenberg, in: MünchKomm zur InsO, § 133 Rn. 21 f.; Borries/Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 133 Rn. 56.

⁶⁷⁹ KG Berlin, Urt. v. 22.1.1998 – 12 U 3839/96, NZG 1999, 1016; OLG Thüringen, Urt. v. 3.3.1998 – 8 U 1166/96, OLG-NL 1998, 160.

dass insbesondere aufgrund der zeitlich befristeten und nicht alle Gläubiger betreffenden gesamtschuldnerischen Haftung, eben doch eine Gläubigerbenachteiligung gegeben ist, zieht. Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des übertragenden Rechtsträgers kann somit fehlen, wenn sein Vertretungsorgan aufgrund der Vorschrift des § 133 Abs. 1 UmwG davon ausgeht, dass die Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers in Folge der Spaltung nicht schlechter gestellt werden.

Hinsichtlich des Beweises der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen, insbesondere des Benachteiligungsvorsatzes, kann auch im Rahmen der Spaltung in der Regel auf den Spaltungsbericht (§ 127 UmwG) zurückgegriffen werden. Sollte die Erstellung eines Verschmelzungsberichts ausnahmsweise entbehrlich sein (§ 127 S. 2 iVm § 8 Abs. 3 UmwG), können die beteiligten Rechtsträger unter Umständen in einem Näheverhältnis gemäß § 138 Abs. 2 InsO zueinanderstehen, sodass auf die damit verbundenen Beweiserleichterungen zurückgegriffen werden kann.

D. Unentgeltliche Leistung (§ 134 InsO)

Ebenso ist es denkbar, dass der Anfechtungstatbestand der unentgeltlichen Leistung gemäß § 134 InsO zur Anwendung kommt.

Eine unentgeltliche Leistung kann sowohl auf Seiten des übernehmenden als auch auf Seiten des übertragenden Rechtsträgers vorliegen.⁶⁸⁰ Das Vorliegen einer unentgeltlichen Leistung ist auch hier zweistufig zu prüfen.

Aus Sicht des übernehmenden Rechtsträgers ist für das Vorliegen einer unentgeltlichen Leistung i.S.v. § 134 InsO zunächst Voraussetzung, dass die im Wege der Spaltung übergehenden Verbindlichkeiten durch das übertragene Aktivvermögen objektiv nicht gedeckt werden.⁶⁸¹ Gleich das im Wege der Spaltung übertragene Aktivvermögen die übergehenden Verbindlichkeiten dagegen aus oder übersteigt sie, kommt das Vorliegen einer unentgeltlichen Leistung kaum in Betracht. Umgekehrt muss für eine unentgeltliche Leistung auf Seiten des übertragenden Rechtsträgers das übertragene Vermögen zunächst mehr Aktiva als Passiva aufweisen.⁶⁸² Denn in diesem Fall hat der übernehmende Rechtsträger für die ihn im Zuge der Verschmelzung zukommenden Vermögenswerte durch Übernahme der Verbindlichkeiten keine ausgleichende Gegenleistung erbracht.

In einem zweiten Schritt ist sodann der den Beteiligten zustehende Bewertungsspielraum zu berücksichtigen.⁶⁸³ Ist dieser bei Bewertung der übertragenen Vermögensgegenstände nicht überschritten, vermag auch eine objektive Diskrepanz zwischen übertragenen Verbindlichkeiten und übertragenen Vermögenswerten eine unentgeltliche Leistung i.S.v. § 134 InsO nicht zu begründen. Folgt man der bereits erwähnten Rechtsprechung des BGH

⁶⁸⁰ *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 124; *Trencker*, S. 315 (zum österreichischen Recht).

⁶⁸¹ Vgl. *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 124.

⁶⁸² *Trencker*, S. 315 (zum österreichischen Recht).

⁶⁸³ S. hierzu im Einzelnen § 8 A. IV. 1. b).

vom 15.09.2016⁶⁸⁴ können die subjektiven Vorstellungen der Parteien im Extremfall sogar dazu geeignet sein, eine unentgeltliche Leistung beispielsweise des übernehmenden Rechtsträgers i.S.v. § 134 InsO gänzlich auszuschließen, obwohl die infolge der Spaltung übergegangenen Verbindlichkeiten hoch, die infolge der Spaltung übergegangenen Vermögenswerte jedoch vollkommen wertlos sind. Dies ist beispielsweise denkbar, wenn – ähnlich wie in dem Urteil des BGH vom 15.09.2016 zugrunde liegenden Sachverhalt – die Parteien aufgrund objektiver Umstände (beispielsweise aufgrund eines eingeholten Gutachtens) von der Werthaltigkeit des Vermögens ausgingen und sich erst wesentlich später feststellen lässt, dass die übertragenen Vermögensgegenstände wertlos waren.

E. Zusammenfassendes Ergebnis

Im Ergebnis können im Rahmen eines Spaltungsvorgangs die Anfechtungstatbestände der §§ 132 bis 134 InsO zum Tragen kommen. Im Rahmen der Prüfung der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen ist zu beachten, dass die Kenntnis des Vertretungsorgans des übertragenden Rechtsträgers von der Vorschrift des § 133 Abs. 1 UmwG unter Umständen einen Benachteiligungsvorsatz i.S.v. § 133 InsO ausschließen kann. Auch im Rahmen von Spaltungsfällen kann zum Beweis der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen häufig auf den erstellten Spaltungsbericht zurückgegriffen werden. Bei Spaltungen innerhalb eines Konzerns können des Weiteren die Beweiserleichterungen gemäß § 138 Abs. 2 InsO greifen.

⁶⁸⁴ BGH, Urt. v. 15.09.2016 – IX ZR 250/15, NZI 2017, 68.

§ 13 Bestehen eines Wertersatzanspruchs als Rechtsfolge

Im Schrifttum erheben sich nur vereinzelt Stimmen bezüglich der Rechtsfolgen der Insolvenzanfechtung einer Spaltung.⁶⁸⁵ Neben der grundsätzlichen Frage, inwiefern Ausgleich für die mittels Spaltung übertragenen Vermögenswerte zu leisten ist, ist in diesem Rahmen zu klären, wie mit einer Doppelinsolvenz von übertragendem und übernehmendem Rechtsträger umzugehen ist und ob die gesetzliche Mithaftung aller an der Spaltung beteiligten Rechtsträger gemäß § 133 UmwG auch für die insolvenzanfechtungsrechtliche Rückgewährpflicht des übertragenden Rechtsträgers gilt.

A. Wertersatz für die mittels Spaltung übertragenen Vermögenswerte

Hinsichtlich der Rechtsfolgen der Insolvenzanfechtung einer Spaltung soll im Folgenden zwischen einer Anfechtung im Insolvenzverfahren des übertragenden Rechtsträgers und einer Anfechtung im Insolvenzverfahren des übernehmenden Rechtsträgers differenziert werden.

I. Anfechtung im Insolvenzverfahren des übertragenden Rechtsträgers

1. Meinungsbild

Wird die Spaltung im Insolvenzverfahren des übertragenden Rechtsträgers angefochten, war sie also für die Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers nachteilhaft, wird im Schrifttum vereinzelt auf die Grundsätze zur Anfechtung von Unternehmenskäufen in Form von Asset Deals zurückgegriffen.⁶⁸⁶ Genauso wie beim Asset Deal sollen bei der Anfechtung einer Spaltung in der Insolvenz des übertragenden Rechtsträgers die durch die Spaltung übertragenen Vermögensgegenstände nebst Surrogaten nach den allgemeinen Regeln, also soweit möglich in natura, zurückzugewähren sein.⁶⁸⁷ Wertersatz komme nur im Einzelfall in Betracht, wenn eine Rückübertragung in natura unmöglich sei.⁶⁸⁸ Würden die mittels der Spaltung übertragenen Vermögensgegenstände an den übertragenden Rechtsträger zurückgewährt, ende auch die gesamtschuldnerische Haftung des übernehmenden Rechtsträgers gemäß § 133 UmwG.⁶⁸⁹

⁶⁸⁵ Soweit ersichtlich nur *Thole*, Rn. 500; *Roth*, ZInsO 2013, 1709, 1711 f.; *Brünkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 120 f., 125; *Trencker*, S. 312 f. (zum österreichischen Recht).

⁶⁸⁶ *Brünkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 120.

⁶⁸⁷ *Brünkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 120.; zu den Rechtsfolgen der Anfechtung eines Asset Deals s. beispielhaft: *Kirchhof/Piekenbrock*, in: Münchkomm zur InsO, § 143 Rn. 62; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 143 Rn. 225; *Schmidt*, BB 1988, 5.

⁶⁸⁸ Beispielsweise wenn der Erwerber nicht nur unwesentliche Veränderungen vorgenommen hat: *Dauernheim*, in: FK-InsO, § 143 Rn. 9; zum Teil wird auch vertreten, dass generell nur Wertersatz in Betracht komme, da das Unternehmen als lebender Verbund einer ständigen Veränderung unterliege, s. hierzu *Henckel*, in: Jaeger, InsO, § 129 Rn. 72.

⁶⁸⁹ *Brünkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 120.

Roth ist dagegen der Auffassung, Rechtsfolge der Anfechtung in der Insolvenz des übertragenden Rechtsträgers sei ein Zahlungsanspruch des übertragenden Rechtsträgers gegen den übernehmenden Rechtsträger, der auf Ersatz des Wertes der übertragenen Aktiva abzüglich der übertragenen Passiva gerichtet sei.⁶⁹⁰ Dieser Wertersatzanspruch sei vom Insolvenzverwalter des übertragenden Rechtsträgers analog § 92 InsO geltend zu machen.⁶⁹¹ Begründet wird dieses Ergebnis damit, dass ein Zahlungsanspruch zweckmäßig sei, weil sich das abgespaltene Vermögen nach der Spaltung in seiner Zusammensetzung stark verändert habe und eine Rückübertragung in natura daher nicht in Betracht komme.⁶⁹²

2. Stellungnahme

a) Bestehen eines Wertersatzanspruchs

Rechtsfolge der Insolvenzanfechtung ist gemäß § 143 Abs. 1 S. 1 InsO im Grundsatz, dass das durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners Veräußerte, Weggegebene oder Aufgegebene in natura zur Insolvenzmasse zurückzugewähren ist. Demnach würde beispielsweise die Insolvenzanfechtung einer Abspaltung zur Aufnahme grundsätzlich die Verpflichtung mit sich bringen, eine erneute Abspaltung des zuvor mittels Abspaltung übertragenen Vermögensteils durchzuführen, infolge derer die Vermögensgegenstände und auch die dem übertragenen Vermögensteil zuzuordnenden Verbindlichkeiten an den übertragenden Rechtsträger zurückgelangen würden.

Aufgrund der mit § 20 Abs. 2 UmwG fast gleichlautenden Vorschrift des § 131 Abs. 2 UmwG und des daraus folgenden Bestandsschutzes der Spaltung ist die Rückübertragung in natura aber rechtlich unmöglich.⁶⁹³ Der grundsätzlich auf Naturalrestitution gerichtete Anspruch gemäß § 143 Abs. 1 S. 1 InsO wandelt sich somit nach allgemeinen Grundsätzen in einen Wertersatzanspruch, § 143 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB.⁶⁹⁴ *Roth* ist somit in der Hinsicht zuzustimmen, dass die Insolvenzanfechtung einer Spaltung in der Insolvenz des übertragenden Rechtsträgers grundsätzlich einen Wertersatzanspruch des übertragenden Rechtsträgers zur Folge hat.

Ihm ist jedoch nicht in dem Punkt zuzustimmen, dass die Durchsetzungsbefugnis des Insolvenzverwalters des übertragenden Rechtsträgers über eine analoge Anwendung des § 92 InsO herzuleiten sei. Das Recht des Insolvenzverwalters zur Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen entsteht vielmehr originär mit Insolvenzeröffnung⁶⁹⁵, sodass es eines Rückgriffs auf § 92 InsO nicht bedarf.

⁶⁹⁰ *Roth*, ZInsO 2013, 1709, 1711; für das Bestehen eines Wertersatzanspruchs auch *Thole*, Rn. 500.

⁶⁹¹ *Roth*, ZInsO 2013, 1709, 1711.

⁶⁹² *Roth*, ZInsO 2013, 1709, 1711.

⁶⁹³ S. zum Bestandsschutz ausführlich § 4 B.

⁶⁹⁴ So auch *Thole*, Rn. 500; *Roth*, ZInsO 2013, 1709, 1711.

⁶⁹⁵ BGH, Urt. v. 1.2.2007 – IX ZR 96/04, NZI 2007, 230, 231 Rn. 20; Vorlagebeschl. v. 2.4.2009 – IX ZB 182/08, NZI 2009, 313, 314 Rn. 13.

Zu beachten ist zudem, dass die pauschale Aussage, der übertragende Rechtsträger habe stets einen Wertersatzanspruch in Höhe der Differenz zwischen übertragenen Aktiva und Passiva nicht richtig ist. Diese Aussage trifft nämlich nicht für den Fall zu, in dem der übertragende Rechtsträger bereits vor Wirksamwerden der Spaltung selbst überschuldet ist. In diesem Fall geht es nicht darum, die Differenz zwischen übertragenen Aktiva und Passiva, sondern den Quotenschaden der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers auszugleichen. Der Wertersatzanspruch besteht in diesem Fall in der Höhe, die erforderlich ist, um zu erreichen, dass die Altgläubiger dieselbe Insolvenzquote bekommen, die sie vor Wirksamwerden der Spaltung vom übertragenden Rechtsträger bekommen hätten.

Dies soll anhand eines Beispiels verdeutlicht werden: Die A-GmbH hat Vermögenswerte in Höhe von 80 und Verbindlichkeiten in Höhe von 100. In der Insolvenz der A-GmbH beliefte sich die Insolvenzquote also auf 80%. Die A-GmbH spaltet nun Vermögenswerte in Höhe von 50 und Verbindlichkeiten in Höhe von 10 auf die neu gegründete B-GmbH ab (Abspaltung zur Neugründung). Bei der A-GmbH verbleiben also nach Wirksamwerden der Spaltung Vermögenswerte i.H.v. 30 und Verbindlichkeiten i.H.v. 90. In der Insolvenz der A-GmbH erhalten die bei der A-GmbH verbleibenden Gläubiger daher nur noch eine Quote in Höhe von 33,3%. Die Spaltung ist somit für die Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers benachteiligend.

Würde die Insolvenzanfechtung der Spaltung dazu führen, dass die A-GmbH gegen die B-GmbH einen Wertersatzanspruch in Höhe von 40 (Differenz zwischen übertragenen Verbindlichkeiten und übertragenen Vermögenswerten) hätte, würden bei der A-GmbH nach Erfüllung des Wertersatzanspruchs durch die B-GmbH Vermögenswerte in Höhe von 70 und Verbindlichkeiten in Höhe von 90 bestehen. Die Gläubiger der A-GmbH würden dann aber nicht zu 80% wie vor der Spaltung, sondern nur zu 77,8% befriedigt werden. Dies entspricht nicht dem Ziel der Insolvenzanfechtung, die Gläubiger so zu stellen wie sie stünden, wenn es nicht zur Abspaltung gekommen wäre. Zu ersetzen ist somit vielmehr der Betrag, der erforderlich ist, um den Gläubigern der A-GmbH wieder eine Insolvenzquote in Höhe von 80% gewähren zu können. Im vorliegenden Beispiel würde der Wertersatzanspruch der A-GmbH also in Höhe von 42 bestehen.

b) Teleologische Reduktion des § 133 Abs. 1 UmwG

Fraglich ist weiter, ob die Insolvenzanfechtung der Spaltung und die Leistung des Wertersatzes durch den übernehmenden Rechtsträger dazu führen, dass Letzterer von der gesetzlichen Haftung gemäß § 133 Abs. 1 UmwG befreit wird.

Die gesetzliche Haftung gemäß § 133 Abs. 1 UmwG ist das Korrelat zur Spaltungsfreiheit, durch welche die freie Zuordnung von Verbindlichkeiten möglich ist,⁶⁹⁶ und hat den Sinn und Zweck, den Altgläubigern des übertragenden Rechtsträgers die vor der Spaltung

⁶⁹⁶ *Seulen*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 133 Rn. 1; *Sickinger/Lanfermann*, in: Kallmeyer, UmwG, § 133 Rn. 1; *Schwab*, in: Lutter, UmwG, § 133 Rn. 12.

bestehende Haftungsmasse zu erhalten.⁶⁹⁷ Aufgrund der Insolvenzanfechtung und der Leistung von Wertersatz für das mittels Spaltung übergegangene Vermögen werden der übertragende Rechtsträger und seine Gläubiger aber wertmäßig so gestellt als hätte es keine Spaltung gegeben. Die vor der Spaltung beim übertragenden Rechtsträger bestehende Haftungsmasse wird infolge der Insolvenzanfechtung wertmäßig wiederhergestellt. Für die gesetzliche Haftung gemäß § 133 Abs. 1 UmwG besteht in diesem Fall kein Bedürfnis mehr.⁶⁹⁸

§ 133 Abs. 1 UmwG ist in den Fällen, in denen die Spaltung in der Insolvenz des übertragenden Rechtsträgers angefochten wird und in denen der insolvenzanfechtungsrechtliche Wertersatzanspruch des übertragenden Rechtsträger erfüllt wurde, somit teleologisch zu reduzieren. Nach Leistung des Wertersatzes wird der übernehmende Rechtsträger von der gesetzlichen Haftung gemäß § 133 Abs. 1 UmwG befreit.⁶⁹⁹

II. Anfechtung im Insolvenzverfahren des übernehmenden Rechtsträgers

1. Meinungsbild

Werden dagegen die Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers durch die Spaltung benachteiligt und wird der übernehmende Rechtsträger anschließend insolvent, wird im Schrifttum zum Teil vertreten, eine Insolvenzanfechtung der Spaltung in der Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers führe zu einer „Rückgängigmachung der Haftungserweiterung“.⁷⁰⁰ Die dem übertragenden Vermögensteil zuzuordnenden Gläubiger könnten sich somit nicht mehr an den übernehmenden Rechtsträger halten.⁷⁰¹ Die infolge der Spaltung übergegangenen Vermögenswerte seien dagegen gemäß § 144 Abs. 2 InsO an den übertragenden Rechtsträger zurückzuübertragen.⁷⁰² Bei Unmöglichkeit sei Wertersatz als Masseverbindlichkeit zu leisten.⁷⁰³

Roth vertritt dagegen spiegelbildlich zu den Rechtsfolgen einer Anfechtung in der Insolvenz des übertragenden Rechtsträgers, dass auch bei der Spaltungsanfechtung in der Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers von dem übertragenden Rechtsträger Wertersatz zu leisten sei und zwar in Höhe der Differenz zwischen übertragenen Vermögenswerten und übertragenen Verbindlichkeiten.⁷⁰⁴

⁶⁹⁷ BT-Drs. 12/6699, S. 121; s. auch *Wiersch/Breuer*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, § 133 Rn. 7.

⁶⁹⁸ Im Ergebnis auch *Brünkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 120.

⁶⁹⁹ Im Ergebnis auch *Brünkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 120.

⁷⁰⁰ *Brünkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 125.

⁷⁰¹ *Brünkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 125.

⁷⁰² *Brünkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 125.

⁷⁰³ *Brünkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 125.

⁷⁰⁴ *Roth*, ZInsO 2013, 1709, 1711 f.

2. Stellungnahme

a) *Bestehen eines Wertersatzanspruchs*

Eine „Rückgängigmachung der Haftungserweiterung“ würde nicht nur dem Bestandsschutz aus § 131 Abs. 2 UmwG, sondern auch dem Schutz der dem mittels Spaltung übertragenden Vermögensteils zugeordneten Gläubiger, die sich nach der Anfechtung nun doch nicht an den übernehmenden Rechtsträger halten dürften, zuwiderlaufen.⁷⁰⁵ Aus Verkehrsschutzgesichtspunkten und wegen des in § 131 Abs. 2 UmwG statuierten Bestandsschutzes kann der zuerst genannten Literaturansicht⁷⁰⁶ somit nicht gefolgt werden.

Auch in der Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers besteht infolge der Insolvenzanfechtung der Spaltung gemäß § 143 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB ein Anspruch auf Wertersatz. Dieser Wertersatzanspruch ist darauf gerichtet, den durch die Spaltung erlittenen Quotenschaden auszugleichen.⁷⁰⁷

Im Übrigen ist danach zu differenzieren, ob das Insolvenzverfahren über das Vermögen des übernehmenden Rechtsträgers unmittelbar nach Wirksamwerden der Spaltung eröffnet wird, sodass er nach Wirksamwerden der Spaltung keine neuen Vermögenswerte und Verbindlichkeiten begründet hat oder aber ob erst einige Zeit nach Wirksamwerden der Spaltung das Insolvenzverfahren eröffnet wird, sodass beim übernehmenden Rechtsträger nach Wirksamwerden der Spaltung neue Vermögenswerte, aber auch neue Verbindlichkeiten hinzugekommen sind.

b) *Aufteilung der Haftungsmasse bei unmittelbar nach Wirksamwerden der Spaltung folgender Insolvenz*

Wird unmittelbar nach Wirksamwerden der Spaltung das Insolvenzverfahren über das Vermögen des übernehmenden Rechtsträgers eröffnet, hat der übernehmende Rechtsträger also im Zeitpunkt des Eröffnungsbeschlusses keine neuen Vermögenswerte oder Verbindlichkeiten begründet, muss das Ziel der Insolvenzanfechtung sein, sämtliche Gläubiger so zu stellen wie sie stünden, wenn es keine Spaltung gegeben hätte. Dazu ist es in der Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers unter Umständen erforderlich, eine Sondermasse zu bilden. Hier muss nämlich zwischen den Altgläubigern des übernehmenden Rechtsträgers und den dem mittels Spaltung übertragenden Vermögensteil zuzuordnenden Gläubigern differenziert werden. Damit die Gläubiger die gleiche Insolvenzquote erhalten, die sie vor der Spaltung erhalten hätten, ist das mittels Spaltung übertragene Vermögen in einer Sondermasse zu separieren und aus dieser sind nur die dem mittels Spaltung übertragenden Vermögensteil zuzuordnenden Gläubiger zu befriedigen.⁷⁰⁸

⁷⁰⁵ In diesem Sinne auch *Trencker*, S. 316 (zum österreichischen Recht).

⁷⁰⁶ *Brünkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 125.

⁷⁰⁷ S. hierzu im Einzelnen § 13 A I 2 a).

⁷⁰⁸ *Roth*, ZInsO 2013, 1709, 1712.

Das verbleibende Vermögen stellt die übrige Masse dar und steht der Befriedigung der Altgläubiger des übernehmenden Rechtsträgers zur Verfügung.

Den Altgläubigern des übernehmenden Rechtsträgers steht nach Aufteilung der Haftungsmasse somit das gleiche Vermögen wie vor Wirksamwerden der Spaltung zur Verfügung, sodass sie so gestellt werden wie sie ohne Spaltung stünden. Um dies auch für die dem mittels Spaltung übertragenden Vermögensteil zuzuordnenden Gläubiger gewährleisten zu können, muss der übertragende Rechtsträger unter Umständen infolge der Insolvenzanfechtung Wertersatz in die Sondermasse leisten.⁷⁰⁹ Leistet der übertragende Rechtsträger Wertersatz, wird der Quotenschaden der den übertragenden Vermögensteil zuzuordnenden Gläubiger ausgeglichen.

Dies soll anhand eines Beispiels deutlicher gemacht werden (vgl. hierzu auch die Skizze in Anlage 1): Die A-GmbH hat Vermögenswerte in Höhe von 80 und Verbindlichkeiten in Höhe von 100. In der Insolvenz der A-GmbH beläuft sich die Insolvenzquote also auf 80%. Nun spaltete die A-GmbH Vermögenswerte in Höhe von 20 und Verbindlichkeiten in Höhe von 50 auf die bereits bestehende B-GmbH ab (Abspaltung zur Aufnahme). Die B-GmbH selbst hat vor Wirksamwerden der Spaltung Vermögenswerte in Höhe von 60 und Verbindlichkeiten in Höhe von 100. Vor Wirksamwerden der Spaltung beläuft sich die Insolvenzquote bei der B-GmbH also auf 60%, nach Wirksamwerden der Spaltung auf knapp 53,3%. Die Spaltung ist also für die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft, insbesondere für die dem mittels Spaltung übertragenden Vermögensteil zuzuordnenden Gläubiger, nachteilhaft.

Wird die Spaltung daher in der Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers angefochten, sind nun alle Gläubiger so zu stellen, wie sie stünden, wenn es nicht zur Spaltung gekommen wäre. Das bedeutet, dass die Altgläubiger des übernehmenden Rechtsträgers im besten Fall wieder eine Insolvenzquote in Höhe von 60% und die dem mittels Spaltung übertragenden Vermögensteil zuzuordnenden Gläubiger eine Quote in Höhe von 80% erhalten. Um dies zu erreichen, ist das mittels Spaltung übertragene Vermögen aus der Insolvenzmasse der B-GmbH herauszulösen und als Sondermasse zu verwalten. Aus dieser Sondermasse sind die dem mittels Spaltung übertragenden Vermögensteil zuzuordnenden Gläubiger zu befriedigen. In diese Sondermasse fließt auch der Wertersatzanspruch gegen den übertragenden Rechtsträger, der darauf gerichtet ist, den Quotenschaden der dem mittels Spaltung übertragenden Vermögensteil zuzuordnenden Gläubigern auszugleichen. In dem zuvor genannten Fall wäre somit Wertersatz in Höhe von 20 vom übertragenden Rechtsträger in die Sondermasse zu leisten. Wird Wertersatz in Höhe von 20 vom übertragenden Rechtsträger geleistet, würden die dem mittels Spaltung übertragenden Vermögensteil zuzuordnenden Gläubiger wieder eine Insolvenzquote von 80% erhalten. Den Altgläubigern des übernehmenden Rechtsträgers steht exklusiv die übrige Masse zur Verfügung, sodass sie die gleiche Quote wie vor Wirksamwerden der Spaltung erhalten.

⁷⁰⁹ Roth, ZInsO 2013, 1709, 1712.

Zur Verwaltung der Sondermasse ist sodann ein Sonderinsolvenzverwalter zu bestellen. Die Frage, ob die Haftungsmassen den „richtigen“ Gläubigern zugewiesen sind, ist nämlich zuweilen schwer zu beantworten.⁷¹⁰ Aufgrund der entstehenden Interessenkonflikte ist die Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters auch in diesen Fällen zweckmäßig.⁷¹¹

c) Aufteilung der Haftungsmasse nach Begründung neuer Vermögenswerte und neuer Verbindlichkeiten

Etwas anders gestaltet sich die Lage, wenn der übernehmende Rechtsträger nach Wirksamwerden der Spaltung neue Vermögenswerte und Verbindlichkeiten begründet und sodann über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wird.

Hier ist in einem ersten Schritt wie zuvor beschrieben vorzugehen: Aus der Insolvenzmasse ist also das mittels Spaltung übertragene Vermögen herauszuseparieren, das die Sondermasse darstellt. In diese fließt der insolvenzanfechtungsrechtliche Wertersatzanspruch gegenüber dem übertragenden Rechtsträger, der darauf gerichtet ist, den Quotenschaden der dem übertragenden Vermögensteil zuzuordnenden Gläubiger auszugleichen. Ebenso ist das vor Wirksamwerden der Spaltung beim übernehmenden Rechtsträger bestehende Vermögen zu separieren und in der übrigen Masse zu verwalten.

Sodann stellt sich die Frage, auf welche Masse die nach Wirksamwerden der Spaltung begründeten Vermögenswerte und Verbindlichkeiten aufzuteilen sind. Ebenso wie bei Aufteilung des neu begründeten Vermögens auf die Haftungsmassen im Rahmen der Verschmelzung⁷¹² sollen hier die Grundsätze zur Aufteilung von vergessenen Vermögensgegenständen bei der Aufspaltung zugrundegelegt werden. Das bedeutet, dass die neu begründeten Vermögenswerte auf Sondermasse und übrige Masse aufgeteilt werden. Das Verhältnis bestimmt sich danach, in was für einem Verhältnis die Summe der Haftungsmassen auf Sondermasse und übrige Masse aufgeteilt wurde.

Auch die neu begründeten Verbindlichkeiten sind auf Sondermasse und übrige Masse aufzuteilen. Jede Forderung wird also in dem Verhältnis auf Sondermasse und übrige Masse aufgeteilt, in dem auch die Summe der Haftungsmassen auf Sondermasse und übrige Masse aufgeteilt wurde. Die Neugläubiger werden somit sowohl aus der Sondermasse als auch aus der übrigen Masse befriedigt. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Neugläubiger mit dem Rechtsträger nach Spaltung kontrahiert haben, ist diese Gangweise auch unter Vertrauensgesichtspunkten erforderlich.

Die Altgläubiger des übernehmenden Rechtsträgers sowie die dem mittels Spaltung übertragenden Vermögensteil zuzuordnenden Gläubiger erhalten in diesem Fall zwar denklogisch nicht die gleiche Quote wie vor Wirksamwerden der Spaltung. Dies ist jedoch

⁷¹⁰ Roth, ZInsO 2013, 1709, 1712.

⁷¹¹ Roth, ZInsO 2013, 1709, 1712.

⁷¹² S. hierzu § 9 C II.

ein Umstand, der nach Aufnahme des Geschäftsbetriebs des übernehmenden Rechtsträgers nach Wirksamwerden der Spaltung hinzunehmen ist.

Diese Grundsätze sollen nun ebenfalls anhand eines Beispiels verdeutlicht werden (vgl. hierzu auch die Skizze in Anlage 2): Die A-GmbH hat Vermögenswerte in Höhe von 80 und Verbindlichkeiten in Höhe von 100. In der Insolvenz der A-GmbH beliefe sich die Insolvenzquote also auf 80%. Nun spaltete die A-GmbH Vermögenswerte in Höhe von 20 und Verbindlichkeiten in Höhe von 50 auf die bereits bestehende B-GmbH ab (Abspaltung zur Aufnahme). Die B-GmbH selbst hat vor Wirksamwerden der Spaltung Vermögenswerte in Höhe von 60 und Verbindlichkeiten in Höhe von 100. Nach Wirksamwerden der Spaltung hat die B-GmbH also Vermögenswerte in Höhe von 80 und Verbindlichkeiten in Höhe von 150. Nun nimmt die B-GmbH am Geschäftsverkehr teil und begründet neue Vermögenswerte in Höhe von 20 und neue Verbindlichkeiten in Höhe von 50. Insgesamt hat die B-GmbH also Vermögenswerte in Höhe von 100 und Verbindlichkeiten in Höhe von 200. Über das Vermögen der B-GmbH wird nun das Insolvenzverfahren eröffnet. Käme es nicht zur Aufteilung der Haftungsmasse, beliefe sich die Insolvenzquote auf 50%. Sämtliche Gläubiger sind also durch die Spaltung benachteiligt.

Die Spaltung ist daher gemäß den §§ 129 ff. InsO anzufechten. Folge ist, dass zunächst das mittels Spaltung übertragene Vermögen in eine Sondermasse separiert wird. Aus dieser Sondermasse sollen die dem mittels Spaltung übertragenden Vermögensteil zuzuordnenden Gläubiger befriedigt werden. In diese Sondermasse fließt der vom übertragenden Rechtsträger zu leistende Wertersatz, der darauf gerichtet ist, den Quotenschaden der den mittels Spaltung übertragenden Vermögensteil zuzuordnenen Gläubiger auszugleichen. Das vor Wirksamwerden der Spaltung dem übernehmenden Rechtsträger zur Verfügung stehende Vermögen ist in der übrigen Masse zu separieren. Aus der übrigen Masse werden die Altgläubiger des übernehmenden Rechtsträgers befriedigt.

Nun sind die verbleibenden, neuen Vermögenswerte in Höhe von 20 in dem Verhältnis auf Sondermasse und übrige Masse zu verteilen, in dem auch die Summe der Haftungsmassen auf Sondermasse und übrige Masse aufgeteilt wurde. 15 der 20 Vermögenswerte sind somit der übrigen Masse und 5 der 20 Vermögenswerte sind der Sondermasse zuzuteilen.

Auch die neu begründeten Verbindlichkeiten sind den Haftungsmassen zuzuordnen. Dafür wird jede Verbindlichkeit in dem Verhältnis auf Sondermasse und übrige Masse aufgeteilt, in der auch die Summe der Haftungsmassen auf Sondermasse und übrige Masse aufgeteilt wurde. Das bedeutet, dass 75% jeder Neuverbindlichkeit aus der übrigen Masse und 25% jeder Neuverbindlichkeit aus der Sondermasse befriedigt wird.

III. Zwischenergebnis

Folge der Insolvenzanfechtung der Spaltung ist das Bestehen eines Wertersatzanspruchs gemäß § 143 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB. Die

Höhe des Wertersatzanspruchs richtet sich grundsätzlich danach, den Quotenschaden der durch die Spaltung benachteiligten Gläubiger auszugleichen.

Wird die Spaltung in der Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers angefochten, ist des Weiteren das mittels Spaltung übertragene Vermögen in eine Sondermasse zu separieren. Aus der Sondermasse werden die dem mittels Spaltung übertragenden Vermögensteil zuzuordnenden Gläubiger befriedigt. Das vor Wirksamwerden der Spaltung beim übernehmenden Rechtsträger bestehende Vermögen verbleibt in der übrigen Masse, aus der die Altgläubiger des übernehmenden Rechtsträgers befriedigt werden. Der insolvenzanfechtungsrechtliche Wertersatzanspruch gegen den übertragenden Rechtsträger fließt in die Sondermasse, um den Quotenschaden der dem mittels Spaltung übertragenden Vermögensteil zuzuordnenden Gläubiger auszugleichen. Nach Wirksamwerden der Spaltung begründete Vermögenswerte und Verbindlichkeiten sind auf Sondermasse und übrige Masse in dem Verhältnis aufzuteilen, in dem auch die Summe der Haftungsmassen auf Sondermasse und übrige Masse aufgeteilt wurde.

B. Mithaftung aller an der Spaltung beteiligten Rechtsträger für den Rückgewähranspruch?

Sofern an der Spaltung mehr als zwei Rechtsträger beteiligt sind, ist für den Fall, dass der übertragende Rechtsträger der Anfechtungsgegner ist, fraglich, ob auch die übrigen an der Spaltung beteiligten Rechtsträger für die insolvenzanfechtungsrechtliche Rückgewährpflicht des übertragenden Rechtsträgers mithaften.⁷¹³ Dies könnte aus Billigkeitsgründen dann geboten sein, wenn der übertragende Rechtsträger auf den insolventen übernehmenden Rechtsträger mittels Spaltung viele Verbindlichkeiten überträgt, den übrigen übernehmenden Rechtsträger aber nahezu seine gesamten Vermögenswerte zukommen lässt, sodass der übertragende Rechtsträger infolge der Spaltung vermögenslos wird. Anspruchsgrundlage könnte die Vorschrift des § 133 Abs. 1 S. 1 UmwG sein, nach der für die Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers, die vor dem Wirksamwerden der Spaltung begründet worden sind, alle an der Spaltung beteiligten Rechtsträger mithaften.

I. Das „Begründen“ einer Forderung i.S.v. § 133 Abs. 1 UmwG

Eine Haftung gemäß § 133 Abs. 1 UmwG setzt voraus, dass die jeweilige Verbindlichkeit vor Wirksamwerden der Spaltung „begründet“ wurde.

Eine Forderung ist dann begründet i.S.v. § 133 Abs. 1 UmwG, wenn die Rechtsgrundlage für die Entstehung der Forderung vor dem Wirksamwerden der Spaltung, also vor der Eintragung im Register des übertragenden Rechtsträgers, gelegt war.⁷¹⁴ Nicht erforderlich

⁷¹³ Für eine Mithaftung: *Trencker*, S. 315 f. (für das österreichische Recht).

⁷¹⁴ AllgM, s. nur beispielhaft BGH, Urt. v. 13.8.2015 – VII ZR 90/14, NZG 2015, 1277, 1280 Rn. 37; *Fischer*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 133 Rn. 14; *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 133 Rn. 11; *Seulen*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 133 Rn. 12; eingehend hierzu: *Schmidt*, in: Münchkomm zum HGB, § 128 Rn. 49 ff.

ist, dass die Verbindlichkeit bereits entstanden ist. Vielmehr werden auch Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers erfasst, die vor Wirksamwerden der Spaltung noch nicht fällig, betagt oder bedingt waren.⁷¹⁵ Auch wenn § 131 Abs. 1 S. 1 UmwG auf das Wirksamwerden der Spaltung abstellt, wird die Vorschrift im Einzelfall durch die Publizität des Handelsregisters (§ 15 HGB) überlagert.⁷¹⁶ Wenn ein Gläubiger seine Forderung in dem Zeitraum zwischen Eintragung der Spaltung in das Register und der Bekanntmachung begründet, ist beispielsweise auch dieser Gläubiger aufgrund der Publizität des Handelsregisters gemäß § 133 Abs. 1 S. 1 UmwG anspruchsberechtigt.⁷¹⁷

II. Begründung des insolvenzanfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruchs

Fraglich ist somit, ob auch der Rückgewähranspruch gemäß § 143 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB des übernehmenden Rechtsträgers gegen den übertragenden Rechtsträger vor Wirksamwerden der Spaltung begründet worden ist.

Der insolvenzanfechtungsrechtliche Rückgewähranspruch entsteht erst mit Verfahrenseröffnung und kann erst zu diesem Zeitpunkt vom Insolvenzverwalter durchgesetzt werden.⁷¹⁸ § 133 Abs. 1 UmwG setzt aber gerade nicht das Entstehen oder Fälligwerden der Verbindlichkeit, sondern lediglich deren Begründung voraus.⁷¹⁹ Da alle für die Spaltung wesentlichen Handlungen, nämlich der Abschluss des Spaltungsvertrages bzw. -plans, die Zustimmungsbeschlüsse sowie auch die Anmeldungen zur Registereintragung, vor der Eintragung in das Register des übertragenden Rechtsträgers und somit vor Wirksamwerden der Spaltung stattfanden, wurde der Rechtsgrund des Rückgewähranspruchs bereits vor dem Wirksamwerden der Spaltung gelegt.

Dem entspricht es, dass auch bei sonstigen gesetzlichen Ansprüchen der Begriff des Begründens weit ausgelegt wird. So greift die gesamtschuldnerische Haftung für Ansprüche aus unerlaubter Handlung oder Produkthaftung sogar dann ein, wenn der übertragende Rechtsträger vor der Spaltung lediglich die Verletzungshandlung begangen hat und die weiteren Voraussetzungen (Rechtsgutverletzung, Schaden) erst später eintreten.⁷²⁰

Wird ein übernehmender Rechtsträger infolge der Spaltung insolvent und ficht er die Spaltung gegenüber dem übertragenden Rechtsträger an, kann er bezüglich des

⁷¹⁵ *Wiersch/Breuer*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 133 Rn. 49; *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 133 Rn. 12; *Seulen*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 133 Rn. 15.

⁷¹⁶ Vgl. *Simon*, in: KK-UmwG, § 133 Rn. 25; *Seulen*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 133 Rn. 11; *Wiersch/Breuer*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 133 Rn. 50; a.A. *Karollus/Schwab*, in: Lutter, UmwG, § 156 Rn. 13, unter anderem mit dem Argument, dass § 133 Abs. 1 S. 1 anders als § 133 Abs. 4 S. 1 verlangt, dass der Gläubiger eine Forderung vor dem „Wirksamwerden“ der Spaltung (und nicht der Bekanntgabe) erwirbt.

⁷¹⁷ *Wiersch/Breuer*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 133 Rn. 50.

⁷¹⁸ St. Rspr., s. beispielhaft BGH, Beschl. v. 29.4.2004 – IX ZB 225/03, NZI 2004, 444, 445 2. B); Beschl. v. 23.9.2010 – IX ZB 204/09, NZI 2011, 73 Rn. 11.

⁷¹⁹ *Wiersch/Breuer*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 133 Rn. 49; *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 133 Rn. 12; *Seulen*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 133 Rn. 15.

⁷²⁰ *Larisch*, MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 27 Rn. 128; *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 133 Rn. 14; *Fischer*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 133 Rn. 18.

insolvenzanfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruchs nach § 133 Abs. 1 S. 1 UmwG somit alle an der Spaltung beteiligten Rechtsträger in Anspruch nehmen.

C. Insolvenzanfechtung in einer Doppelinsolvenz

Anders als bei der Verschmelzung, bei der der übertragende Rechtsträger infolge der Verschmelzung erlischt, ist es bei der Spaltung denkbar, dass sowohl der übertragende als auch der übernehmende Rechtsträger nach der Spaltung insolvent werden.⁷²¹ Hier stellt sich die Frage, wie der Rückgewähranspruch des benachteiligten Rechtsträgers gemäß § 143 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB in der Insolvenz des anderen Rechtsträgers zu behandeln ist. Wurde also beispielsweise der übertragende Rechtsträger durch die Spaltung benachteiligt und ficht der Insolvenzverwalter des übertragenden Rechtsträgers daher die Spaltung in der Insolvenz des übertragenden Rechtsträgers an, stellt sich die Frage, ob der Wertersatzanspruch des übertragenden Rechtsträger gegen den übernehmenden Rechtsträger in der Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers eine bloße Insolvenzforderung darstellt oder Aussonderungskraft besitzt.

Nach allgemeinen Grundsätzen besitzt der Rückgewähranspruch gemäß § 143 Abs. 1 S. 1 InsO zwar Aussonderungskraft,⁷²² dies gilt aber nur für den auf Naturalrestitution gerichteten Rückgewähranspruch⁷²³. Denn sofern der Rückgewähranspruch auf Naturalrestitution gerichtet ist, kann der Bestand des in anfechtbarer Weise geschmälernten Schuldnervermögens wiederhergestellt werden.⁷²⁴

Diese Grundsätze gelten nicht, wenn der Bestand des Schuldnervermögens nicht mehr hergestellt werden kann, weil es unmöglich ist, das anfechtungswidrig Übertragene in natura herauszugeben. Der in diesen Fällen bestehende Wertersatzanspruch gemäß § 143 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB ist dann eine gewöhnliche Geldforderung, die nicht zur Aussonderung berechtigt.⁷²⁵ Nach diesen Grundsätzen ist also der Wertersatzanspruch des durch die Spaltung benachteiligten Rechtsträgers in der Insolvenz des anderen Rechtsträgers eine bloße Insolvenzforderung.⁷²⁶

D. Zusammenfassendes Ergebnis

Im Ergebnis ist hinsichtlich der Folgen der Insolvenzanfechtung einer Spaltung zwischen der Insolvenzanfechtung in der Insolvenz des übertragenden und der Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers zu differenzieren.

⁷²¹ Zur Doppelinsolvenz: *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 123.

⁷²² Allg Ansicht, s. beispielhaft BGH, Urt. v. 27.4.2017 – IX ZR 198/16, NZI 2017, 712; *Bäuerle*, in: Braun, InsO, § 47 Rn. 65; *Thole*, in: Schmidt, InsO, § 47 Rn. 68; hierzu ausführlich *Müller/Haas*, ZIP 2003, 49; *Eckardt*, KTS 2005, 15.

⁷²³ BGH, Urt. v. 24.06.2003 – IX ZR 228/02, NJW 2003, 3345, 3347; Urt. v. 16.11.2007 – IX ZR 194/04, NJW 2008, 655, 659; *Jacoby*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 143 Rn. 18.

⁷²⁴ *Ganter*, in: Münchkomm zur InsO, § 47 Rn. 346.

⁷²⁵ *Brüinkmann*, in: Uhlenbruck, InsO, § 47 Rn. 65.

⁷²⁶ So auch *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 125.

Wird die Spaltung in der Insolvenz des übertragenden Rechtsträgers angefochten, hat der übernehmende Rechtsträger an den übertragenden Rechtsträger Wertersatz in der Höhe zu leisten, die erforderlich ist, um den Quotenschaden der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers auszugleichen.

In der Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers muss infolge der Insolvenzanfechtung die Insolvenzmasse in der Regel zunächst in Sondermasse und übrige Masse aufgeteilt werden. Die übrige Masse besteht aus dem vor Wirksamwerden der Spaltung beim übernehmenden Rechtsträger zur Verfügung stehenden Vermögen. Aus der übrigen Masse werden die Altgläubiger des übernehmenden Rechtsträgers befriedigt. Die Sondermasse besteht aus dem mittels Spaltung übertragenden Vermögensteil. Zudem fließt in die Sondermasse der insolvenzanfechtungsrechtliche Wertersatzanspruch gegen den übertragenden Rechtsträger, der darauf gerichtet ist, den Quotenschaden der dem mittels Spaltung übertragenden Vermögensteil zuzuordnenden Gläubiger auszugleichen.

Sind an der Spaltung mehr als zwei Rechtsträger beteiligt und wird die Spaltung in der Insolvenz eines übernehmenden Rechtsträgers gegenüber dem übertragenden Rechtsträger angefochten, haften alle an der Spaltung beteiligten Rechtsträger nach § 133 Abs. 1 UmwG für die Wertersatzverpflichtung des übertragenden Rechtsträgers nach § 143 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB.

Der Wertersatzanspruch des Rechtsträgers, dessen Gläubiger von der Spaltung benachteiligt werden, ist in der Insolvenz des anderen Rechtsträgers eine bloße Insolvenzforderung.

Kapitel 4: Insolvenzanfechtung eines Formwechsels

Untersucht werden soll anschließend, welche Voraussetzungen und Rechtsfolgen die Insolvenzanfechtung eines Formwechsels hat.

§ 14 Der Formwechsel in Grundzügen

Im Folgenden sollen zunächst die Grundzüge des Formwechsels dargestellt werden.

A. Allgemeines

Nach § 190 Abs. 1 UmwG kann ein Rechtsträger durch Formwechsel eine andere Rechtsform erhalten. Der Formwechsel unterscheidet sich in mehrerer Hinsicht von den übrigen Umwandlungsarten.

Zum einen ist bei einem Formwechsel immer nur ein Rechtsträger betroffen, während bei den übrigen Umwandlungsarten mindestens ein übertragender und mindestens ein übernehmender Rechtsträger, also mindestens zwei Rechtsträger, beteiligt sind.⁷²⁷

Zum anderen bedarf es beim Formwechsel wegen des Prinzips der Identität weder einer Übertragung des Vermögens im Wege der Gesamtrechtsnachfolge noch einer Auflösung des übertragenden Rechtsträgers bei gleichzeitiger Gründung des neuen Rechtsträgers.⁷²⁸ Denn der Vermögensbestand des formwechselnden Rechtsträgers vor und nach dem Formwechsel bleibt gleich und wird weiterhin demselben Rechtssubjekt zugeordnet.⁷²⁹ Zudem bleiben auch die Anteilsinhaber und die Anteilsverhältnisse trotz des Formwechsels identisch.⁷³⁰

Dies hat zur Folge, dass – anders als bei der Verschmelzung oder Spaltung – ein Vertrag über den Formwechsel nicht erforderlich ist⁷³¹; gemäß § 193 Abs. 1 UmwG ist lediglich ein Umwandlungsbeschluss der Versammlung der Anteilsinhaber notwendig.

Die Vorschriften des Umwandlungsgesetzes zum Formwechsel lassen jedoch die Möglichkeit des Formwechsels außerhalb dieses Gesetzes unberührt, § 190 Abs. 2 UmwG. Auch außerhalb des UmwG kann es also zu zulässigen Änderungen der Rechtsform

⁷²⁷ *Klaaßen-Kaiser*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 32 Rn. 3.

⁷²⁸ BR-Drs. 75/94, S. 136; *Hoger*, in: Lutter, UmwG, § 190 Rn. 1; *Vossius*, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 190 Rn. 23; *Althoff/Narr*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 190 Rn. 27; *Klaaßen-Kaiser*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 32 Rn. 5.

⁷²⁹ *Klaaßen-Kaiser*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 32 Rn. 5.

⁷³⁰ BR-Drs. 75/94, S. 136; *Hoger*, in: Lutter, UmwG, § 190 Rn. 1; *Vossius*, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 190 Rn. 23; *Klaaßen-Kaiser*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 32 Rn. 6.

⁷³¹ *Drinhausen/Keinath*, in: Henssler/Strohn, UmwG, § 190 Rn. 8; *Klaaßen-Kaiser*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 32 Rn. 19; *Austmann*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 4, § 84 Rn. 63.

kommen, beispielsweise wenn eine GbR durch die Aufnahme eines Handelsgewerbes zu einer Personenhandelsgesellschaft (§§ 105 Abs. 1, 1 HGB) wird.⁷³²

B. Ablauf des Formwechsels

Auch beim Formwechsel kann zwischen einer Vorbereitungs-, einer Beschluss- und einer Vollzugsphase unterschieden werden.

I. Vorbereitungsphase

In der Vorbereitungsphase werden der Umwandlungsbericht erstellt, der Umwandlungsbeschluss entworfen sowie die Anteilhaber des formwechselnden Rechtsträgers zur Anteilhaberversammlung geladen.⁷³³

Der Umwandlungsbericht⁷³⁴ dient der umfassenden Information der Anteilhaber über den Formwechsel und hat den Formwechsel und die künftige Beteiligung der Anteilhaber an dem Rechtsträger rechtlich und wirtschaftlich zu erläutern.⁷³⁵ Dem Umwandlungsbericht ist gemäß § 192 Abs. 1 S. 3 UmwG ein Entwurf des Umwandlungsbeschlusses beizufügen. Falls ein Umwandlungsbericht nicht erforderlich ist, muss der Beschlussentwurf gleichwohl angefertigt werden, wenn der formwechselnde Rechtsträger über einen Betriebsrat verfügt.⁷³⁶ Der Inhalt des Umwandlungsbeschlusses bestimmt sich nach den Mindestanforderungen in § 194 Abs. 1 UmwG sowie den besonderen Vorschriften im Zweiten Teil des Fünften Buches des UmwG.⁷³⁷

II. Beschlussphase

In der Beschlussphase wird der Umwandlungsbeschluss nach § 193 UmwG durch die Anteilhaber in einer förmlichen Versammlung gefasst. Dieser muss nach § 193 Abs. 3 S. 1 UmwG notariell beurkundet werden. Hinsichtlich der erforderlichen Beschlussmehrheiten wird in den besonderen Vorschriften zum Formwechsel nach Ausgangs- und Zielrechtsform des formwechselnden Rechtsträgers differenziert.⁷³⁸

⁷³² S. hierzu im Einzelnen *Klaaßen-Kaiser*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 32 Rn. 8; *Drinhausen/Keinath*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 190 Rn. 14.

⁷³³ *Klaaßen-Kaiser*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 32 Rn. 17.

⁷³⁴ Gemäß § 192 Abs. 2 S. 1 UmwG ist ein Umwandlungsbericht nicht erforderlich, wenn an dem formwechselnden Rechtsträger nur ein Anteilhaber beteiligt ist oder wenn alle Anteilhaber auf seine Erstattung verzichten.

⁷³⁵ *Schwanna*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 190 Rn. 14; *Klaaßen-Kaiser*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 32 Rn. 17.

⁷³⁶ Vgl. § 194 Abs. 2 UmwG; so auch *Drinhausen/Keinath*, in: Henssler/Strohn, UmwG, § 190 Rn. 8; *Schwanna*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 190 Rn. 15.

⁷³⁷ §§ 218, 234, 243, 253, 263, 276, 285, 294 UmwG.

⁷³⁸ S. zu den jeweiligen Mehrheitserfordernissen §§ 217, 233, 240, 252, 262, 275, 284, 293 UmwG.

Darüber hinaus ist in bestimmten Fällen die Zustimmung einzelner Anteilsinhaber erforderlich.⁷³⁹ Zu diesen Fällen zählen beispielsweise solche, in denen ein Anteilsinhaber in die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters eintreten soll (§§ 217 Abs. 3, 233 Abs. 1, Abs. 2 S. 3 UmwG). Die Fassung eines Formwechselfplans, ähnlich dem Verschmelzungs- und Spaltungsplan, ist dagegen nicht erforderlich.⁷⁴⁰

III. Vollzugsphase

Nach der Beschlussfassung ist der Formwechsel gemäß § 198 Abs. 1 UmwG zur Eintragung in das Register anzumelden, in welchem der formwechselnde Rechtsträger eingetragen ist. Ist der Rechtsträger infolge des Formwechsels erstmals zu einer Eintragung verpflichtet, wird der neue Rechtsträger nach § 198 Abs. 2 S. 1 UmwG bei dem zuständigen Registergericht eingetragen. Führt der Formwechsel zu einer Änderung der Art oder der örtlichen Zuständigkeit des maßgebenden Registers, muss er bei beiden Registern eingetragen werden, § 198 Abs. 2 S. 2, 3 UmwG.⁷⁴¹ Mit der Eintragung treten konstitutiv die in § 202 UmwG genannten Wirkungen ein.⁷⁴²

⁷³⁹ *Klaaßen-Kaiser*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 32 Rn. 22; *Schwanna*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 190 Rn. 20.

⁷⁴⁰ *Drinhausen/Keinath*, in: Henssler/Strohn, UmwG, § 190 Rn. 8; *Klaaßen-Kaiser*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 32 Rn. 19; *Austmann*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 4, § 84 Rn. 63.

⁷⁴¹ *Klaaßen-Kaiser*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 32 Rn. 24.

⁷⁴² *Schwanna*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 190 Rn. 21; *Klaaßen-Kaiser*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 32 Rn. 24.

A. Rechtshandlung

Hinsichtlich der Frage, welche anfechtbaren Rechtshandlungen im Rahmen eines Formwechsels vorliegen, kann grundsätzlich auf die Ausführungen zum Vorliegen einer Rechtshandlung im Rahmen einer Verschmelzung und Spaltung zurückgegriffen werden.

Da im Rahmen eines Formwechsels eine Art „Formwechselplan“, vergleichbar dem Spaltungsplan nach § 136 UmwG, nicht gefasst wird⁷⁴³, kommen als Rechtshandlung i.S.v. § 129 InsO insbesondere der Umwandlungsbeschluss sowie (die Anmeldung zur) Registereintragung in Betracht.

B. Gläubigerbenachteiligung

Fraglich ist zudem, ob im Formwechsel eine Gläubigerbenachteiligung liegen kann. Anders als bei der Verschmelzung oder Spaltung ändert sich beim Formwechsel die Haftungsmasse für die Gläubiger nicht.⁷⁴⁴ Eine etwaige Gläubigerbenachteiligung kann sich somit allenfalls aus der Änderung der Haftungsverfassung ergeben.⁷⁴⁵

Die gläubigerschützenden Vorschriften des Umwandlungsgesetzes, die nachfolgend noch näher aufgezählt werden, lassen eine gläubigerbenachteiligende Wirkung infolge der Änderung der Haftungsverfassung häufig entfallen.⁷⁴⁶ Auszuschließen ist eine infolge des Formwechsels bewirkte Gläubigerbenachteiligung aber nicht. Die möglichen Fallkonstellationen, in denen eine Änderung der Haftungsverfassung die Gläubiger des formwechselnden Rechtsträgers benachteiligt, sind vielfältig. Beispielhaft sollen folgende mögliche Formwechsel behandelt werden:

I. Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft

Beim Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft könnte in dem Entfallen der die Gläubiger schützenden Kapitalerhaltungsvorschriften der § 30 GmbHG, § 57 AktG eine Gläubigerbenachteiligung zu sehen sein.⁷⁴⁷ Der Entfall der Kapitalbindung stellt zwar allenfalls einen mittelbaren Nachteil für die Gläubiger dar, denn die unmittelbar zur Verkürzung des Schuldnervermögens führende Rechtshandlung ist nicht die Nichtgeltung der Kapitalerhaltungsvorschriften, sondern die Auszahlung des Kapitals an

⁷⁴³ *Drinhausen/Keinath*, in: Henssler/Strohn, UmwG, § 190 Rn. 8; *Klaaßen-Kaiser*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 32 Rn. 19; *Austmann*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 4, § 84 Rn. 63.

⁷⁴⁴ *Lwowski/Wunderlich*, NZI 2008, 595, 596; *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 126.

⁷⁴⁵ *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 126.

⁷⁴⁶ *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 127.

⁷⁴⁷ *Lwowski/Wunderlich*, NZI 2008, 595, 597.

die Gesellschafter.⁷⁴⁸ Sofern es von den Anfechtungstatbeständen nicht explizit gefordert wird – so von §§ 132, 133 Abs. 2 InsO –, ist eine unmittelbar aus der anfechtbaren Rechtshandlung abzuleitende Gläubigerbenachteiligung aber gerade nicht erforderlich.⁷⁴⁹

Allerdings könnte eine Gläubigerbenachteiligung deswegen ausscheiden, weil die Gläubiger infolge des Formwechsels aufgrund der persönlichen Haftung der Gesellschafter nunmehr auch in das persönliche Vermögen der Gesellschafter vollstrecken können.⁷⁵⁰ Ob die persönliche Haftung der Gesellschafter den Wegfall der Kapitalerhaltungsvorschriften kompensiert, ist eine Frage des Einzelfalls.⁷⁵¹ In der Regel wird eine Gläubigerbenachteiligung zu bejahen sein, wenn die den Gläubigern aufgrund der persönlichen Haftung der Gesellschafter zur Verfügung stehende Zugriffsmasse schlechtere Befriedigungschancen bietet als die vor dem Formwechsel bei der Gesellschaft zur Verfügung stehende Vermögensmasse.

Statt dem Formwechsel selbst, genauer gesagt dem Umwandlungsbeschluss und die Anmeldung zur Registereintragung, ist es aber in der Regel zweckmäßiger, die sich dem Formwechsel anschließende Auszahlung, die unmittelbar zur Vermögensschmälerung der Gesellschaft führt, anzufechten.⁷⁵²

II. Formwechsel einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft

Wandelt sich eine Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft um, wird eine unmittelbare Benachteiligung der Altgläubiger der Gesellschaft aufgrund der für die neue Rechtsform geltenden Kapitalaufbringungs Vorschriften (§ 197 UmwG)⁷⁵³ und der persönlichen Nachhaftung der Gesellschafter für Altverbindlichkeiten innerhalb eines Zeitraums von 5 Jahren (§ 224 UmwG) in der Regel nicht gegeben sein.⁷⁵⁴ Unter Berücksichtigung dieser umwandlungsrechtlichen Vorschriften wird eine mittelbare Benachteiligung der Altgläubiger nur vorliegen, wenn die 5-jährige Nachhaftungsfrist bezüglich der persönlichen Haftung der Gesellschafter ausgelaufen ist, die vormalige Personengesellschaft sich so vieler Forderungen ausgesetzt sieht, dass das Gesellschaftskapital zur Tilgung nicht ausreicht und die Befriedigungschancen der Gläubiger vor der Umwandlung aufgrund der größeren Zugriffsmasse durch die Möglichkeit der persönlichen Inanspruchnahme der Gesellschafter besser waren.

⁷⁴⁸ Vgl. *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 129.

⁷⁴⁹ BGH, Urt. v. 15.12.2011 – IX ZR 118/11, NZI 2012, 135 Rn. 18; Beschl. v. 27.03.2008 – IX ZR 210/07, NZI 2008, 293 Rn. 4; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 234; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 129 Rn. 77; *Kayser/Freudenberg*, in: Münchkomm zur InsO, § 129 Rn. 121; *Schmidt*, in: Schmidt, InsO, § 129 Rn. 56.

⁷⁵⁰ *Lwowski/Wunderlich*, NZI 2008, 595, 597.

⁷⁵¹ *Lwowski/Wunderlich*, NZI 2008, 595, 597.

⁷⁵² *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 129.

⁷⁵³ Die Geltung der Kapitalaufbringungs Vorschriften wird über den Umwandlungsbericht, den Sachgründungsbericht (§ 5 Abs. 4 S. 2 GmbHG i.V.m. § 197 S. 1 UmwG), die Gründerhaftung (§§ 9a, 9b GmbHG i.V.m. § 197 S. 1 UmwG) und insbesondere die registergerichtliche Prüfung der Kapitalaufbringung (§§ 220, 245 UmwG) abgesichert.

⁷⁵⁴ *Lwowski/Wunderlich*, NZI 2008, 595, 596; *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 128.

Fraglich ist jedoch, ob dies auch für die Benachteiligung der Neugläubiger des formwechselnden Rechtsträgers gilt. Für diese gilt die persönliche Nachhaftung der Gesellschafter gemäß § 224 UmwG nicht.⁷⁵⁵ Die Neugläubiger der Gesellschaft werden somit benachteiligt, wenn das Gesellschaftsvermögen zur vollständigen Tilgung aller Forderungen nicht ausreicht und den Gläubigern bei der Möglichkeit der persönlichen Inanspruchnahme der Gesellschafter eine größere Zugriffsmasse zur Verfügung gestanden hätte.

III. Formwechsel von einer Kapitalgesellschaft in eine andersartige Kapitalgesellschaft

Auch bei einem Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine andersartige Kapitalgesellschaft ist eine Gläubigerbenachteiligung nicht per se ausgeschlossen. Wird beispielsweise eine AG in eine GmbH umgewandelt, kommt das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung in Betracht, weil das Nennkapital nur noch in Höhe des Stammkapitals (§ 30 GmbHG) und nicht mehr vollständig (§ 57 AktG) vor dem Zugriff der Gesellschafter geschützt wird.⁷⁵⁶ Auch hier ist aber zu beachten, dass es in der Regel zweckmäßiger ist, statt des Formwechsels die unmittelbar das Vermögen schmälernde Auszahlung an die Gesellschafter anzufechten.⁷⁵⁷ Eine Gläubigerbenachteiligung für den Fall, dass eine GmbH in eine AG umgewandelt wird, kann vorliegen, weil die Ausfallhaftung für uneinbringliche Einlagebeträge gemäß § 24 GmbHG entfällt.⁷⁵⁸

Im Ergebnis ist im Rahmen eines Formwechsels aufgrund der gläubigerschützenden Vorschriften des UmwG eine Gläubigerbenachteiligung somit grundsätzlich nicht gegeben, vollständig auszuschließen ist sie – insbesondere in den vorangestellt genannten Konstellationen – aber nicht.

C. Ausschluss der Anfechtung wegen Wegfall des Anfechtungsgegners?

Nachfolgend soll zunächst geklärt werden, ob bei der Insolvenzanfechtung eines Formwechsels ein Anfechtungsgegner vorhanden ist. In der Literatur wird zum Teil vertreten, die Anfechtung eines Formwechsels sei aufgrund eines fehlenden Anfechtungsgegners nicht möglich.⁷⁵⁹ Denn aufgrund der Rechtsträgeridentität beim

⁷⁵⁵ Schlitt, in: Semler/Stengel, UmwG, § 224 Rn. 11; Hörtnagl/Rinke, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 224 Rn. 2; Drinhausen/Keinath, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 224 Rn. 3; Wansleben, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 36 Rn. 52.

⁷⁵⁶ Lwowski/Wunderlich, NZI 2008, 595, 597; Brünkmans, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 126.

⁷⁵⁷ Brünkmans, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 129.

⁷⁵⁸ Lwowski/Wunderlich, NZI 2008, 595, 597; Brünkmans, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 126.

⁷⁵⁹ Gontschar, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 1 Rn. 437; Trencker, S. 317 (für das österreichische Recht).

Formwechsel müsste der formwechselnde Rechtsträger die Umwandlung gegen sich selbst anfechten, was jedoch nicht in Betracht komme.⁷⁶⁰

Anfechtungsgegner ist nach allgemeinen Grundsätzen derjenige, der durch die anfechtbare Rechtshandlung etwas aus dem Vermögen des Insolvenzschuldners erlangt hat.⁷⁶¹ Gemeint ist also der Inhaber des nach § 143 InsO zurückzugewährenden Vermögenswertes, ohne dass es sich dabei um einen Vertragspartner oder Insolvenzgläubiger des Schuldners handeln muss,⁷⁶² sofern dies nicht vom Anfechtungstatbestand vorausgesetzt wird.⁷⁶³

Legt man dies zugrunde, ist Anfechtungsgegner derjenige, der durch den Formwechsel einen vermögenswerten Vorteil erlangt hat. Dies sind – wie zuvor bereits aufgezeigt wurde – in der Regel die Gesellschafter des formwechselnden Rechtsträgers. Wandelt sich beispielsweise eine Personenhandelsgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft um und werden die Gläubiger der Gesellschaft hiervon benachteiligt, haben die Gesellschafter des insolventen Rechtsträgers die Befreiung von der persönlichen Haftung des § 128 HGB, mithin die Befreiung von einer Verbindlichkeit, erlangt. Wird eine Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft umgewandelt, besteht die Möglichkeit, den Gesellschaftern mangels Kapitalbindung Kapital auszuzahlen. Da sich die Vermögensmasse des formwechselnden Rechtsträgers infolge des Formwechsels nicht ändert, erlangt er selbst infolge des Formwechsels dagegen keinen Vorteil und kommt nach der obigen Definition gerade nicht als Anfechtungsgegner in Betracht. Anfechtungsgegner im Rahmen der Insolvenzanfechtung eines Formwechsels sind somit in der Regel die Gesellschafter des formwechselnden Rechtsträgers.

D. Anfechtungstatbestände

Zu prüfen ist nun, ob im Rahmen der Insolvenzanfechtung eines Formwechsels die Anfechtungstatbestände der §§ 130 bis 134 InsO einschlägig sein können.

I. Deckungsanfechtung (§§ 130, 131 InsO)

Die Deckungsanfechtungen gemäß §§ 130, 131 InsO werden im Rahmen der Insolvenzanfechtung eines Formwechsels wohl kaum in Betracht kommen. Entgegen einer in der Literatur zur Verschmelzungsanfechtung vertretenen Meinung⁷⁶⁴ kommt insbesondere keine Anfechtung der Registereintragung des Formwechsels nach den §§ 130, 131 InsO in Betracht. Zwar dient die Eintragung des Formwechsels der Erfüllung des aus dem Formwechselbeschlusses herrührenden Pflicht des Vertretungsorgans gegenüber den

⁷⁶⁰ *Gontschar*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 1 Rn. 437; *Trencker*, S. 317 (für das österreichische Recht).

⁷⁶¹ BGH, Urt. v. 29.11.2007 – IX ZR 121/06, NZI 2008, 167, 168 Rn. 23; Beschl. v. 24.05.2012 – IX ZR 142/11, NZI 2012, 713 Rn. 2; *Huber*, in: Gottwald/Haas, Insolvenzrechts-Handbuch, § 51 Rn. 57; *Kirchhof/Piekenbrock*, in: Münchkomm zur InsO, § 143 Rn. 8; *Büteröwe*, in: Schmidt, InsO, § 143 Rn. 4.

⁷⁶² BGH, Beschl. v. 24.05.2012 – IX ZR 142/11, NZI 2012, 713 Rn. 2; Urt. v. 29.09.2011 – IX ZR 202/10, WM 2012, 85, 85 Rn. 11 (bezüglich §§ 130, 131 InsO).

⁷⁶³ *Huber*, in: Gottwald/Haas, Insolvenzrechts-Handbuch, § 51 Rn. 57.

⁷⁶⁴ *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 89.

Anteilshabern, die für das Wirksamwerden des Formwechsels notwendigen Schritte auszuführen,⁷⁶⁵ allerdings ist die Verpflichtung zur Herbeiführung der Registereintragung keine Insolvenzforderung i.S.v. § 38 InsO.⁷⁶⁶

Andere Deckungshandlungen i.S.v. §§ 130, 131 InsO sind im Rahmen eines Formwechsels – soweit ersichtlich – nicht gegeben. Eine Anfechtung nach den §§ 130, 131 InsO scheidet somit aus.

II. Unmittelbar nachteiliges Rechtsgeschäft (§ 132 InsO)

Soll der Anfechtungstatbestand des § 132 InsO der Insolvenzanfechtung zugrunde gelegt werden, muss unter anderem eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung, also eine Benachteiligung, die ohne Hinzukommen späterer Umstände bereits mit Vollendung der angefochtenen Rechtshandlung selbst eintritt, gegeben sein.⁷⁶⁷ Eine solche wird im Rahmen eines Formwechsels nur selten vorliegen.

Wird eine Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft umgewandelt, werden die Gläubiger durch die Folgen des Formwechselbeschlusses sowie der Registereintragung, hier insbesondere die Nichtgeltung der Kapitalerhaltungsvorschriften, zunächst nicht unmittelbar benachteiligt. Eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung tritt erst dann ein, wenn Kapital tatsächlich an die Gesellschafter ausgezahlt wird und anschließend das Gesamtvermögen der Gesellschaft und der Gesellschafter zur vollständigen Befriedigung der Gläubiger nicht ausreicht.⁷⁶⁸

Wird eine Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt, steht den Altgläubigern aufgrund der persönlichen Nachhaftung der Gesellschafter für Altverbindlichkeiten zunächst die gleiche Haftungsmasse wie vor dem Formwechsel zur Verfügung. Eine etwaige Benachteiligung der Altgläubiger kann somit nur dann eintreten, wenn die 5-jährige Nachhaftungsfrist abgelaufen ist, was dann jedoch eine mittelbare Benachteiligung begründet. Eine unmittelbare Benachteiligung der Altgläubiger der formwechselnden Gesellschaft scheidet somit in der Regel aus.⁷⁶⁹

Anders ist dies für die Neugläubiger der formwechselnden Gesellschaft, für die die Nachhaftungsregelung der Gesellschafter nicht gilt.⁷⁷⁰ Diese können infolge des Formwechselbeschlusses bzw. der Registereintragung unmittelbar benachteiligt werden, wenn sich die Gesellschaft so vieler Forderungen ausgesetzt sieht, dass das

⁷⁶⁵ Bärwaldt, in: Semler/Stengel, UmwG, § 193 Rn. 1.

⁷⁶⁶ S. hierzu § 8 A I 1 b).

⁷⁶⁷ St. Rspr., s. nur: BGH, Urt. v. 13.03.97 – IX ZR 93/96, DtZ 1997, 228; Kayser/Freudenberg, in: MünchKomm zur InsO, § 129 Rn. 113; Borries/Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 235.

⁷⁶⁸ Vgl. Brünkmans, in: MHdb des Gesellschaftsrecht, Band 8, § 45 Rn. 129.

⁷⁶⁹ Für die Möglichkeit des Vorliegens einer Gläubigerbenachteiligung ohne Differenzierung zwischen einer mittelbaren und einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung: Lwowski/Wunderlich, NZI 2008, 595, 596.

⁷⁷⁰ Schlitt, in: Semler/Stengel, UmwG, § 224 Rn. 11; Hörtnagl/Rinke, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 224 Rn. 2; Drinhausen/Keinath, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 224 Rn. 3; Wansleben, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 36 Rn. 52.

Gesellschaftsvermögen zur Tilgung nicht ausreicht und die Haftungsmasse vor dem Formwechsel aufgrund der Möglichkeit der persönlichen Inanspruchnahme der Gläubiger größer war.

Auch wenn eine Kapitalgesellschaft in eine andere Kapitalgesellschaft umgewandelt wird, kann eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung in der Regel nicht angenommen werden. Denn sofern die Gläubigerbenachteiligung beispielsweise darin liegt, dass aufgrund eines Formwechsels einer AG in eine GmbH das Nennkapital nur noch in Höhe des Stammkapitals (§ 30 GmbHG) und nicht mehr vollständig (§ 57 AktG) vor dem Zugriff der Gesellschafter geschützt wird, liegt die unmittelbare Gläubigerbenachteiligung ebenfalls erst in der Auszahlung an die Gesellschafter.⁷⁷¹

III. Vorsätzliche Benachteiligung (§ 133 InsO)

Der Formwechselbeschluss und die Anmeldung zur Handelsregistereintragung könnten des Weiteren gemäß § 133 Abs. 1 InsO angefochten werden, sofern der Schuldner Benachteiligungsvorsatz und der Anfechtungsgegner Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz hatte und dies im Bestreitensfall auch nachgewiesen werden kann.⁷⁷²

Bei einem gläubigerbenachteiligenden Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft liegt ein Benachteiligungsvorsatz des formwechselnden Rechtsträgers vor, wenn das Vertretungsorgan des formwechselnden Rechtsträgers es jedenfalls für möglich hält und billigend in Kauf nimmt, dass die Gesellschafter den Wegfall der Kapitalerhaltungsvorschriften nutzen, um der Gesellschaft zum Nachteil ihrer Gläubiger Kapital zu entziehen und dies nicht vollständig durch die persönliche Haftung der Gesellschafter kompensiert wird, sodass die Gläubiger eine geringere Quote erhalten als vor dem Formwechsel. Die Gesellschafter des formwechselnden Rechtsträgers, die – wie zuvor ausgeführt wurde⁷⁷³ – Anfechtungsgegner sind, müssen hiervon Kenntnis haben. Im Ergebnis setzt dies in den meisten Fällen ein kollusives Zusammenwirken zwischen dem formwechselnden Rechtsträger und seinen Gesellschaftern voraus, was in der Praxis nur selten vorliegen und zu beweisen sein wird.

Zudem liegt bei einem gläubigerbenachteiligenden Formwechsel einer Personen- in eine Kapitalgesellschaft der Benachteiligungsvorsatz des Schuldners in der Regel vor, wenn sein Vertretungsorgan es jedenfalls für möglich hält und billigt, dass sich die Gesellschafter infolge des Formwechsels der persönlichen Haftung entziehen und das aufzubringende Kapital zur vollständigen Befriedigung der Gläubiger nicht ausreicht. Von diesen Umständen müssen die Gesellschafter des formwechselnden Rechtsträgers (also die Anfechtungsgegner) Kenntnis haben. Im Rahmen eines Formwechsels einer Personen- in eine Kapitalgesellschaft scheidet der Benachteiligungsvorsatz des Schuldners aber häufig

⁷⁷¹ Vgl. *Brünkmans*, in: *MHdb des Gesellschaftsrecht*, Band 8, § 45 Rn. 129.

⁷⁷² S. zu den Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO: § 8 A III.

⁷⁷³ S. hierzu § 15 C.

aus, wenn das Vertretungsorgan des Schuldners Kenntnis von der persönlichen Nachhaftung der Gesellschafter gemäß § 224 UmwG hat.⁷⁷⁴ Zwar können trotz der persönlichen Nachhaftung der Gesellschafter gemäß § 224 UmwG die Neugläubiger des formwechselnden Rechtsträgers von dem Formwechsel benachteiligt werden, weil diese nicht gemäß § 224 UmwG anspruchsberechtigt sind.⁷⁷⁵ Ebenso ist eine Benachteiligung der Altgläubiger des formwechselnden Rechtsträgers nach Ablauf der Nachhaftungsfrist nicht ausgeschlossen.⁷⁷⁶ Über solche Umstände wird sich das Vertretungsorgan des formwechselnden Rechtsträgers im Einzelnen aber selten Gedanken machen. Hat das Vertretungsorgan des übertragenden Rechtsträgers also Kenntnis von der Vorschrift des § 224 UmwG, wird der Benachteiligungsvorsatz nur bei Hinzutreten weiterer Umstände zu bejahen sein.⁷⁷⁷

Hinsichtlich des Beweises der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen kann auch im Rahmen der Insolvenzanfechtung eines Formwechsels häufig auf den in der Regel zu erstellenden Umwandlungsbericht (§ 192 UmwG) zurückgegriffen werden.⁷⁷⁸

IV. Unentgeltliche Leistung (§ 134 InsO)

Des Weiteren ist auch eine Insolvenzanfechtung aufgrund des Vorliegens einer unentgeltlichen Leistung gemäß § 134 InsO denkbar. Eine unentgeltliche Leistung liegt nach dem bereits Ausgeführten⁷⁷⁹ vor, wenn der Empfänger für die Leistung des Schuldners vereinbarungsgemäß keinen ausgleichenden Gegenwert erbracht hat.⁷⁸⁰

Liegt eine Gläubigerbenachteiligung wegen eines Formwechsels von einer Kapital- in eine Personengesellschaft vor, ist demnach eine (teilweise) unentgeltliche Leistung gegeben, wenn die Möglichkeit der Auszahlung von Gesellschaftsvermögen besteht, der Gesellschafter im Folgenden aber nicht in der Lage ist, einen der Höhe der Auszahlung entsprechenden Anteil an Gesellschaftsschulden zu begleichen. Wird eine Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt und werden die Gläubiger der formwechselnden Gesellschaft dadurch benachteiligt, kann eine unentgeltliche Leistung bejaht werden, wenn das Kapital, das die Gesellschafter aufzubringen verpflichtet sind, nicht dem Wert der Verbindlichkeiten entspricht, von denen sie aufgrund des Formwechsels und des Wegfalls der persönlichen Haftung befreit werden.

⁷⁷⁴ Dementsprechend scheidet auch der Benachteiligungsvorsatz des übertragenden Rechtsträgers im Rahmen der Insolvenzanfechtung einer Spaltung in der Regel aus, wenn die Vertretungsorgane des übertragenden Rechtsträgers Kenntnis von der Vorschrift des § 133 Abs. 1 UmwG haben. S. hierzu § 12 C.

⁷⁷⁵ Schlitt, in: Semler/Stengel, UmwG, § 224 Rn. 11; Hörtnagl/Rinke, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 224 Rn. 2; Drinhausen/Keinath, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 224 Rn. 3; Wansleben, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 36 Rn. 52.

⁷⁷⁶ S. hierzu § 15 B II.

⁷⁷⁷ So auch Trencker, S. 310 (zum österreichischen Recht).

⁷⁷⁸ S. zur Indizwirkung des Verschmelzungsberichts: Brünkman, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 102; Roth, ZInsO 2013, 1597, 1602.

⁷⁷⁹ S. § 8 A IV.

⁷⁸⁰ Nerlich, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 134 Rn. 7; Kayser/Freudenberg, in: Münchkomm zur InsO, § 134 Rn. 17; Ganter/Weinland, in: Schmidt, InsO, § 134 Rn. 22; Thole, KTS 2011, 219, 220; Kayser, WM 2007, 1.

E. Anfechtungsfolgen

Schließlich ist zu klären, welche Rechtsfolgen die Insolvenzanfechtung eines Formwechsels hat.

Anders als bei der Insolvenzanfechtung der anderen behandelten Umwandlungsarten ist eine Rückgewähr in natura infolge der Insolvenzanfechtung des Formwechsels nicht per se ausgeschlossen. Dies liegt hauptsächlich daran, dass nicht der Formwechsel an sich rückgängig gemacht wird und die formgewechselte Gesellschaft ihr „altes Rechtskleid“ wieder annimmt, sondern nur die Vermögensvorteile, die die Anteilsinhaber der formgewechselten Gesellschaft infolge des Formwechsels erlangt haben, zurückgewährt werden. Dieser Rückgewähr steht der umwandlungsrechtliche Bestandsschutz gemäß § 202 Abs. 3 aber grundsätzlich nicht entgegen.

Wird eine Personen- in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt und werden die Gläubiger hiervon benachteiligt, müssen die Gesellschafter sich also beispielsweise bereit erklären, für die Schulden der Gesellschaft einzustehen, um de facto zu erreichen, dass die persönliche Haftung (§ 128 HGB) wiederhergestellt wird. Wird ein Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft angefochten, ist von den Gesellschaftern Wertersatz für das nach Auflösung der Kapitalbindung an die Gesellschafter ausgezahlte Kapital zu leisten. Da die Wirksamkeit des Formwechsels an sich unberührt bleibt, steht dem – wie bereits erläutert – auch nicht § 202 Abs. 3 UmwG entgegen, nach dem Mängel des Formwechsels die Wirkungen der Eintragung der neuen Rechtsform oder des Rechtsträgers neuer Rechtsform in das Register unberührt lassen.

F. Zusammenfassendes Ergebnis

§ 15 behandelt das Vorliegen der Anfechtungsvoraussetzungen im Rahmen eines Formwechsels sowie die mit der Insolvenzanfechtung des Formwechsels verbundenen Anfechtungsfolgen. Aufgrund der gläubigerschützenden Vorschriften des Umwandlungsgesetzes ist eine Gläubigerbenachteiligung i.R.d. Formwechsels selten gegeben und die Insolvenzanfechtungsgefahr im Rahmen eines Formwechsels gering. Völlig auszuschließen ist sie dennoch nicht. Als anfechtbare Rechtshandlungen i.S.v. § 129 InsO kommen der Umwandlungsbeschluss sowie die Anmeldung zur Handelsregistereintragung in Betracht. Mögliche Anfechtungstatbestände stellen insbesondere die §§ 132, 133 sowie § 134 InsO dar. Anfechtungsgegner im Rahmen der Insolvenzanfechtung eines Formwechsels sind in der Regel die Gesellschafter des formwechselnden Rechtsträgers.

Die Rechtsfolgen der Insolvenzanfechtung sind davon abhängig, welche Art des Formwechsels vorliegt. Wird beispielsweise eine Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt, sind die Gesellschafter infolge der Insolvenzanfechtung verpflichtet, für die Schulden der Gesellschaft einzustehen.

Häufig wird es jedoch zweckmäßiger sein, statt des Formwechsels die unmittelbar zur Vermögensminderung führende Rechtshandlung, wie beispielsweise die Auszahlung an den Gesellschafter nach Auflösung der Kapitalbindung durch Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft, anzufechten.

Abschnitt 2: Insolvenzanfechtung in der Insolvenz eines Gesellschafters

Nachdem im ersten Abschnitt die Insolvenzanfechtung von Umwandlungsmaßnahmen in der Insolvenz einer an der Umwandlungsmaßnahme beteiligten Gesellschaft behandelt wurde, soll nachfolgend untersucht werden, ob und inwiefern eine Umwandlungsmaßnahme in der Insolvenz eines Gesellschafters angefochten werden kann. Hierbei soll die Insolvenzanfechtung einer Verschmelzung, einer Spaltung und eines Formwechsels jeweils getrennt behandelt werden.

§ 16 Insolvenzanfechtung von Verschmelzungen

Im ersten Schritt soll die Insolvenzanfechtung einer Verschmelzung in der Insolvenz eines Gesellschafters behandelt werden.

A. Rechtshandlung

Fraglich ist, welche Rechtshandlungen in der Insolvenz des Gesellschafters angefochten werden können. Anfechtbar sind grundsätzlich sowohl die Rechtshandlungen der an der Umwandlungsmaßnahme beteiligten Rechtsträger als auch eigene Rechtshandlungen des Schuldners.

I. Verschmelzungsvertrag, Zustimmungsbeschluss, Registereintragung

Grundsätzlich anfechtbar sind zunächst alle Rechtshandlungen, die auch in der Insolvenz einer an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaft anfechtbar sind. Potentiell anfechtbar sind somit der Verschmelzungsvertrag mitsamt dem Verschmelzungsbeschluss sowie die (Anmeldung zur) Registereintragung.⁷⁸¹

Problematisch ist jedoch, dass die meisten Anfechtungstatbestände eine Rechtshandlung des Schuldners verlangen⁷⁸², die genannten Rechtshandlungen aber allesamt den beteiligten Rechtsträgern zuzurechnen sind.⁷⁸³ Relevanter werden daher die nachfolgend aufgezählten Rechtshandlungen des Schuldners sein.

⁷⁸¹ S. hierzu § 7 A.

⁷⁸² S. §§ 133, 132, 134 InsO.

⁷⁸³ S. zur Zurechnung des Verschmelzungsbeschlusses: S. zur GmbH: *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, § 47 Rn. 2, 3; *Drescher*, in: *Münchkomm zum GmbHG*, § 47 Rn. 7; s. zur AktG: *Drescher*, in: *Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht*, § 241 Rn. 8.

II. Rechtshandlungen des Schuldners

Bevor geprüft wird, welche Rechtshandlungen des Schuldners im Rahmen eines Verschmelzungsvorgangs angefochten werden können, soll gesagt werden, dass die nachfolgende Aufzählung möglicher anfechtbarer Schuldnerhandlungen keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt. Dargestellt werden sollen die relevantesten, im Rahmen einer Verschmelzung vom Schuldner vorgenommenen Handlungen, wobei nicht auszuschließen ist, dass im Rahmen eines Verschmelzungsvorgangs weitere vom Schuldner stammende Rechtshandlungen i.S.v. § 129 InsO vorliegen.

1. Stimmabgabe

Als anfechtbare Rechtshandlung des Schuldners (also des einzelnen Gesellschafters) kommt zunächst seine Stimmabgabe im Rahmen des Verschmelzungsbeschlusses in Betracht.⁷⁸⁴ Ebenso wie die Stimmabgabe ist auch die Stimmenthaltung eine mögliche anfechtbare Rechtshandlung.⁷⁸⁵ Denn gemäß § 129 Abs. 2 InsO steht ein Unterlassen einer Rechtshandlung gleich, sofern dieses Unterlassen wissentlich und willentlich geschieht.⁷⁸⁶ Dagegen unterliegt ein unbewusstes oder fahrlässiges Unterlassen nicht der Insolvenzanfechtung, da es hier an einer für eine Rechtshandlung notwendigen Willensbetätigung fehlt.⁷⁸⁷ Da eine Stimmenthaltung im Rahmen des Verschmelzungsbeschlusses grundsätzlich bewusst und willentlich ist, stellt auch diese eine Rechtshandlung i.S.v. § 129 InsO dar.

Eine davon zu trennende, in den nächsten Schritten zu untersuchende Frage ist, ob die Stimmabgabe kausal für eine eintretende Gläubigerbenachteiligung ist, was vor allem davon abhängen wird, ob der Schuldner die Mehrheit der Stimmrechte innerhalb der Gesellschaft inne hat und welche Mehrheitserfordernisse das Gesetz oder die Satzung an den Verschmelzungsbeschluss stellt.⁷⁸⁸ Für den Fall der fehlenden Kausalität zwischen Rechtshandlung und Gläubigerbenachteiligung ist es umso wichtiger, nachfolgend zu untersuchen, ob weitere Rechtshandlungen des Schuldners für eine Anfechtung in Frage kommen.

2. Unterlassen der Stellung eines Antrages im Spruchverfahren

Eine Rechtshandlung stellt grundsätzlich auch das Unterlassen der Stellung eines Antrages auf bare Zuzahlung im Spruchverfahren gemäß § 15 UmwG durch den Gesellschafter des

⁷⁸⁴ *Trencker*, S. 289 (für das österreichische Recht).

⁷⁸⁵ *Trencker*, S. 289 (für das österreichische Recht).

⁷⁸⁶ Allg. Ansicht, s. beispielhaft: BGH, Urt. v. 10.2.2005 – IX ZR 211/02, NZI 2005, 215, 218; Beschl. v. 15.3.2012 – IX ZA 107/11, NZI 2012, 415, 416 Rn. 8; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 119; *Kayser/Freudenberg*, in: Münchkomm zur InsO, § 129 Rn. 24; *Schmidt*, in: Schmidt, InsO, § 129 Rn. 34.

⁷⁸⁷ *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 119; *Kayser/Freudenberg*, in: Münchkomm zur InsO, § 129 Rn. 24; *Ehricke*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 129 Rn. 52.

⁷⁸⁸ Vgl. *Trencker*, S. 290 (für das österreichische Recht).

übertragenden Rechtsträgers dar.⁷⁸⁹ Ebenso ist auch der Verzicht des Schuldners auf den Anspruch auf bare Zuzahlung gemäß § 15 UmwG eine grundsätzlich anfechtbare Handlung.

Die Stellung eines Antrages auf bare Zuzahlung gemäß § 15 UmwG kommt in dem Fall in Betracht, in dem das Umtauschverhältnis zwischen Anteilen am übertragenden und Anteilen am übernehmenden Rechtsträger zulasten der Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft zu niedrig bemessen oder die Mitgliedschaft beim übernehmenden Rechtsträger kein ausreichender Gegenwert für den Anteil oder die Mitgliedschaft beim übertragenden Rechtsträger ist. In diesem Fall ist die Klage gegen die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses mit der Begründung, das Umtauschverhältnis der Anteile sei zu niedrig bemessen oder Mitgliedschaft beim übernehmenden Rechtsträger sei kein ausreichender Gegenwert, für die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers gemäß § 14 Abs. 2 UmwG ausgeschlossen. Nach § 15 Abs. 1 UmwG kann der betroffene Anteilsinhaber aber von dem übernehmenden Rechtsträger einen Ausgleich durch bare Zuzahlung verlangen, die auf Antrag durch das Gericht nach den Vorschriften des Spruchverfahrensgesetzes bestimmt wird, § 15 Abs. 1 S. 2 UmwG. Dieser Antrag kann gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 4 SpruchG nur binnen 3 Monaten nach Bekanntmachung der Eintragung der Umwandlung im Register gestellt werden.

Unterlässt es der Schuldner, binnen der genannten Frist einen Antrag im Spruchverfahren zu stellen, verliert er seinen Anspruch auf bare Zuzahlung gemäß § 15 UmwG. Ebenso wie im Verzicht auf den Anspruch auf bare Zuzahlung kann aufgrund dieser Wirkungen in dem Unterlassen der Antragstellung im Spruchverfahren eine Rechtshandlung i.S.v. § 129 InsO liegen.⁷⁹⁰ Voraussetzung der Anfechtung des Unterlassens auf Durchführung eines Spruchverfahrens ist selbstverständlich, dass ein Antrag auf bare Zuzahlung erfolgsversprechend gewesen wäre. Ebenso ist die Anfechtung des Verzichts auf den Anspruch auf bare Zuzahlung nur dann möglich, wenn ein Anspruch auf bare Zuzahlung tatsächlich bestanden hat.

3. Unterlassen der Erhebung einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage

Wenn das Umtauschverhältnis der Anteile zwischen übertragendem und übernehmendem Rechtsträger zulasten der Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers zu hoch bemessen ist, haben diese nicht die Möglichkeit, die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses im Spruchverfahren überprüfen zu lassen.⁷⁹¹ Allerdings steht es ihnen grundsätzlich frei, eine etwaige Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses im Rahmen einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage gegen den Verschmelzungsbeschluss geltend zu machen.⁷⁹² Eine solche Klage dürfte im Falle einer tatsächlichen

⁷⁸⁹ Vgl. *Trencker*, S. 290 (für das österreichische Recht).

⁷⁹⁰ *Trencker*, S. 290 (für das österreichische Recht).

⁷⁹¹ *Winter*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 15 Rn. 6, § 14 Rn. 4, 30; *Junker*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 15 Rn. 4; *Böttcher*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 15 Rn. 1.

⁷⁹² Die unterschiedliche Behandlung der Anteilsinhaber des übertragenden und des übernehmenden Rechtsträgers hinsichtlich der Rechtsschutzmöglichkeiten ist seit vielen Jahren Quell umfangreicher Kontroversen; im Schrifttum wird teilweise eine Behandlung sämtlicher Bewertungsfragen aller involvierten

Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses erfolgsversprechend sein, da eine Stimmabgabe der übrigen Gesellschafter, die dazu führt, dass die Verschmelzung durchgeführt wird und sich infolge dieser der Wert der Anteile am übernehmenden Rechtsträger verschlechtert, einen Verstoß gegen die Treuepflicht darstellt.⁷⁹³

Unterlassen die Gesellschafter des übernehmenden Rechtsträgers bewusst und willentlich eine Überprüfung des Umtauschverhältnisses im Rahmen einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage innerhalb der Klagefristen anzustrengen oder verzichten sie sogar hierauf, liegt darin eine grundsätzlich anfechtbare Rechtshandlung i.S.v. § 129 InsO.

4. Verzicht auf die Gewährung von Anteilen am übernehmenden Rechtsträger gemäß §§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG

Eine relevante Rechtshandlung könnte auch dann vorliegen, wenn die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers auf die Gewährung von Anteilen am übernehmenden Rechtsträger gemäß §§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG verzichten. Da der Verzicht auf die Anteilsgewährung von den Anteilsinhabern ausdrücklich zu erklären ist und die Verzichtserklärungen zudem notariell zu beurkunden sind, liegen grundsätzlich die Voraussetzungen vor, die nach § 129 Abs. 2 InsO hinsichtlich der Gleichstellung eines Unterlassens mit einem aktiven Tun gefordert werden.⁷⁹⁴

Der Einordnung des Verzichts auf die Gewährung von Anteilen am übernehmenden Rechtsträger gemäß §§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG als anfechtbare Rechtshandlung i.S.v. § 129 InsO könnte allerdings entgegenstehen, dass das Unterlassen eines Rechtserwerbs grundsätzlich nicht anfechtbar ist.⁷⁹⁵ Nach allgemeiner Ansicht stellt ein unterlassener Erwerb, der beispielsweise vorliegt, wenn der Schuldner ein Angebot auf Abschluss eines für ihn günstigen Vertrages ablehnt, keine anfechtbare Rechtshandlung dar, weil hier nichts aus dem Vermögen des Schuldners verloren geht, sondern der Schuldner lediglich die Erweiterung seines Vermögens unterlässt.⁷⁹⁶ Dies ist vom Schutzzweck der Insolvenzanfechtung aber gerade nicht erfasst.⁷⁹⁷ Sofern der Verzicht auf die Anteilsgewährung i.S.v. §§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG mit dem Unterlassen eines

Rechtsträger im Rahmen eines einheitlichen Spruchverfahrens gefordert. S. hierzu *Simon*, in: KK-UmwG, § 14 Rn. 48 ff.; *Gehling*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 14 Rn. 32 f., 35; *Heckschen*, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 14 Rn. 60 ff.

⁷⁹³ Vgl. zur gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht i.R.d. Verschmelzung: *Weiler*, NZG 2008, 527, 530; *Brinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 21 ff.

⁷⁹⁴ Ein Unterlassen steht nur dann einer Rechtshandlung gleich, wenn es bewusst und willentlich geschieht, s. hierzu BGH, Urt. v. 10.2.2005 – IX ZR 211/02, NZI 2005, 215, 218; Beschl. v. 15.3.2012 – IX ZA 107/11, NZI 2012, 415, 416 Rn. 8; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 119; *Kayser/Freudenberg*, in: Münchkomm zur InsO, § 129 Rn. 24; *Schmidt*, in: Schmidt, InsO, § 129 Rn. 34.

⁷⁹⁵ *Schmidt*, in: Schmidt, InsO, § 129 Rn. 32; *Kayser/Freudenberg*, in: Münchkomm zur InsO, § 129 Rn. 26; *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, § 129 Rn. 53.

⁷⁹⁶ *Schmidt*, in: Schmidt, InsO, § 129 Rn. 32; *Kayser/Freudenberg*, in: Münchkomm zur InsO, § 129 Rn. 26; *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, § 129 Rn. 53.

⁷⁹⁷ S. zum Zweck der Insolvenzanfechtung: *Bitzer*, in: Kindler/Nachmann/Bitzer, Hdb Insolvenzrecht in Europa, Rn. 373f.

Rechtserwerbes gleichgesetzt würde, würde das Vorliegen einer anfechtbaren Rechtshandlung also ausscheiden.

Von der Konstellation, in der der Schuldner einen Rechtserwerb unterlässt, beispielsweise weil er ein vorteilhaftes Angebot abschlägt, unterscheidet sich der Verzicht des Erwerbs von Anteilen am übernehmenden Rechtsträger i.S.v. §§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG jedoch insofern, als dass sich der Anteilserwerb ohne Verzichtserklärung ohne weiteres von selbst vollzogen hätte.⁷⁹⁸ Die Verzichtserklärung verhindert somit einen ansonsten von selbst eintretenden Rechtserwerb, was qualitativ etwas anderes als der bloß unterlassene Rechtserwerb darstellt.⁷⁹⁹ Damit stellt auch die Verzichtserklärung i.S.v. §§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG eine Rechtshandlung i.S.v. § 129 InsO dar.⁸⁰⁰

B. Gläubigerbenachteiligung

Zu überprüfen ist sodann, ob eine Verschmelzung für die Gläubiger des Gesellschafters benachteiligend sein kann.

I. Wertverschlechterung des Gesellschaftsanteils

Eine Gläubigerbenachteiligung kommt grundsätzlich dann in Betracht, wenn sich der Wert der Gesellschaftsbeteiligung des Schuldners gegenüber dem Wert des Gesellschaftsanteils vor der Verschmelzung verringert.⁸⁰¹

Mit anderen Worten können die Gläubiger der Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers benachteiligt werden, wenn das Umtauschverhältnis der Anteile zulasten der Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers zu niedrig bemessen ist oder die Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger keinen ausreichenden Gegenwert für den Anteil oder die Mitgliedschaft beim übertragenden Rechtsträger darstellt.⁸⁰²

Auf der anderen Seite können auch die Gläubiger eines Gesellschafters des übernehmenden Rechtsträgers benachteiligt werden, wenn es durch die Verschmelzung zu einer Wertverschlechterung ihrer Anteile am übernehmenden Rechtsträger kommt, weil das Umtauschverhältnis zwischen Anteilen am übertragenden und am übernehmenden Rechtsträger zu hoch bemessen war.⁸⁰³ Eine solche Gläubigerbenachteiligung ist deswegen nicht völlig unwahrscheinlich, weil die wirtschaftliche Richtigkeit des Umtauschverhältnisses vom Registergericht gerade nicht geprüft wird.⁸⁰⁴

⁷⁹⁸ Keller/Klett, DB 2010, 1220, 1224.

⁷⁹⁹ Keller/Klett, DB 2010, 1220, 1224.

⁸⁰⁰ So auch Keller/Klett, DB 2010, 1220, 1224.

⁸⁰¹ Trencker, S. 288 (für das österreichische Recht).

⁸⁰² Trencker, S. 289 (für das österreichische Recht).

⁸⁰³ Trencker, S. 289 (für das österreichische Recht).

⁸⁰⁴ OLG Stuttgart, Beschl. v. 08.03.2006 – 20 W 5/05, AG 2006, 420, 422; Klein/Stephanblome, ZGR 2007, 351, 370 f.; Schröer, in: Semler/Stengel, UmwG, § 5 Rn. 25; Drygala, in: Lutter, UmwG, § 5 Rn. 27; Fronhöfer, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 19 Rn. 26.

II. Verlust des Anspruchs auf bare Zuzahlung gemäß § 15 UmwG

Eine Gläubigerbenachteiligung liegt aber auch vor, wenn der Schuldner es unterlässt, innerhalb der Frist des § 4 SpruchG einen erfolgsversprechenden Antrag auf Überprüfung des Umtauschverhältnisses im Spruchverfahren zu stellen und der Masse die bare Zuzahlung gemäß § 15 UmwG verlorengibt. Erst recht werden die Gläubiger benachteiligt, wenn der Schuldner auf den tatsächlich bestehenden Anspruch auf bare Zuzahlung verzichtet.⁸⁰⁵

III. Verlust einer Beteiligung am übernehmenden Rechtsträger

Der Verzicht auf die Anteilsgewährung am übernehmenden Rechtsträger gemäß §§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG ist deswegen gläubigerbenachteiligend, weil die Möglichkeit des Zugriffs auf die Anteile am übertragenden Rechtsträger verloren geht und dieser Verlust nicht durch die Möglichkeit des Zugriffs auf Anteile am übernehmenden Rechtsträger kompensiert wird.⁸⁰⁶ Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Beteiligung des Schuldners am übertragenden Rechtsträger im Zeitpunkt des Verzichtes noch einen Wert hatte.⁸⁰⁷

C. Kausalzusammenhang

Problematisch ist zudem, dass grundsätzlich ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Rechtshandlung und der Gläubigerbenachteiligung bestehen muss.⁸⁰⁸ Die anzufechtende Rechtshandlung ist nur dann kausal, wenn ohne sie eine bessere Befriedigungsmöglichkeit der Gläubiger bestehen würde.⁸⁰⁹ Gleichermaßen ist ein Unterlassen kausal, wenn in Folge des Unterlassens eine Rechtsposition aufgegeben oder nicht wahrgenommen worden ist, auf die der Schuldner einen Anspruch hatte oder die er zumindest einseitig hätte herbeiführen können.⁸¹⁰

Demnach ist die Stimmabgabe bzw. deren Unterlassen nur dann kausal für die infolge des Wirksamwerdens der Verschmelzung eingetretene Gläubigerbenachteiligung, wenn es ohne sie nicht zur Umwandlung gekommen wäre. Ob dies der Fall ist, hängt davon ab, ob der Schuldner die Mehrheit der Stimmrechte innerhalb der Gesellschaft innehatte und welche Mehrheitserfordernisse das Gesetz oder die Satzung an den Verschmelzungsbeschluss stellte.

⁸⁰⁵ *Trencker*, S. 290 (für das österreichische Recht).

⁸⁰⁶ *Keller/Klett*, DB 2010, 1220, 1223; *Brünkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 132.

⁸⁰⁷ *Brünkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 132.

⁸⁰⁸ BGH, Urt. v. 09.12.1999 – IX ZR 102/97, NJW 2000, 1259, 1261; Urt. v. 07.06.1988 – IX ZR 144/87, NJW 1988, 3265; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 228; *Schmidt*, in: Schmidt, InsO, § 129 Rn. 53; *de Bra*, in: Braun, InsO, § 129 Rn. 45.

⁸⁰⁹ BGH, Urt. v. 09.12.1999 – IX ZR 102/97, NJW 2000, 1259, 1261; Urt. v. 07.06.1988 – IX ZR 144/87, NJW 1988, 3265; *de Bra*, in: Braun, InsO, § 129 Rn. 45; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 129 Rn. 70.

⁸¹⁰ *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 121.

In der Regel ist die Stimmabgabe bzw. deren Unterlassen aber dann kausal für die Verschmelzung und für die Gläubigerbenachteiligung, wenn es sich bei dem Schuldner um einen Mehrheitsgesellschafter handelt.⁸¹¹ Denn in diesem Fall wäre ohne die Stimmabgabe bzw. ihrer Unterlassung die Verschmelzung in der Regel gescheitert und der Wert der Beteiligung des Schuldners hätte sich nicht verschlechtert. Ist der Schuldner ein Minderheitsgesellschafter, scheitert die Anfechtung der Stimmabgabe bzw. deren Unterlassen grundsätzlich mangels Kausalität, außer es ist ausnahmsweise ein einstimmiger Verschmelzungsbeschluss erforderlich.⁸¹²

Ist der Schuldner ein Minderheitsgesellschafter des übertragenden Rechtsträgers, ist seine Stimmabgabe somit mangels Kausalität in der Regel nicht anfechtbar. Allerdings kann in diesem Fall ein etwaiges Unterlassen der Stellung eines Antrages auf bare Zuzahlung im Spruchverfahren gemäß § 15 UmwG eine taugliche, für die Gläubigerbenachteiligung kausale Rechtshandlung darstellen.⁸¹³ Ist der Schuldner ein Minderheitsgesellschafter des übernehmenden Rechtsträgers und ist seine Stimmabgabe ebenfalls nicht kausal für die Gläubigerbenachteiligung, stellt das Unterlassen der Erhebung einer Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsklage gegen den Zustimmungsbeschluss eine für die Gläubigerbenachteiligung kausale Rechtshandlung dar.

Ebenso ist ein etwaiger Verzicht auf die Gewährung von Anteilen am übernehmenden Rechtsträger gemäß §§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG kausal für die Gläubigerbenachteiligung und zwar unabhängig davon, ob es sich bei dem Schuldner um einen Mehrheits- oder Minderheitsgesellschafter handelt. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Abgabe der Verzichtserklärung selbst noch nicht bewirkt, dass der Anteilserwerb unterbleibt, da es trotz der abgegebenen Verzichtserklärung im freien Ermessen des übernehmenden Rechtsträgers liegt, ob er von der eingeräumten Möglichkeit des Absehens von der Anteilsgewährung Gebrauch macht oder nicht („darf“, vgl. §§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG).⁸¹⁴ Unschädlich ist dies deswegen, weil es nichts daran ändert, dass die Verzichtserklärung mitursächlich für die Gläubigerbenachteiligung ist.⁸¹⁵ Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob aufgrund des eigenverantwortlichen Dazwischentretens des übernehmenden Rechtsträgers eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung ausscheidet (dazu sogleich).

D. Anfechtungsgegner

Zu untersuchen ist nun, wer bei Anfechtung der Verschmelzung in der Insolvenz eines Gesellschafters der richtige Anfechtungsgegner ist. Hier muss wiederum zwischen der Insolvenz eines Gesellschafters des übertragenden Rechtsträgers als auch der Insolvenz eines Gesellschafters des übernehmenden Rechtsträgers differenziert werden.

⁸¹¹ *Trencker*, S. 289 (für das österreichische Recht).

⁸¹² Vgl. *Trencker*, S. 289 (für das österreichische Recht).

⁸¹³ *Trencker*, S. 290 (für das österreichische Recht).

⁸¹⁴ *Nießen*, in: KK-UmwG, § 54 Rn. 58.

⁸¹⁵ *Keller/Klett*, DB 2010, 1220, 1225.

I. Insolvenz eines Gesellschafters der übertragenden Gesellschaft

Zunächst soll geprüft werden, wer Anfechtungsgegner im Rahmen der Insolvenzanfechtung einer Verschmelzung in der Insolvenz eines Gesellschafters des übertragenden Rechtsträgers ist.

Liegt die anfechtbare Rechtshandlung in der Stimmabgabe im Rahmen des Verschmelzungsbeschlusses, weil sich der Wert der Beteiligung des Schuldners am übernehmenden Rechtsträger gegenüber dem Wert des Anteils am übertragenden Rechtsträger vor Wirksamwerden der Verschmelzung verringert hat, erhöht sich infolge der Verschmelzung notwendigerweise der Verkehrswert der Anteile der Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft.⁸¹⁶ Der Wert der Beteiligung der Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft erhöht sich ebenso, wenn das Vermögen der übertragenden Gesellschaft infolge der Verschmelzung auf die übernehmende Gesellschaft übergeht, die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft aber auf die Anteilsgewährung am übernehmenden Rechtsträger verzichten⁸¹⁷ oder die Überprüfung des zulasten der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft unrichtigen Umtauschverhältnisses gemäß § 15 UmwG unterlassen haben. Die Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft sind somit die richtigen Anfechtungsgegner.⁸¹⁸ Daran ändert auch nichts, dass ihre Begünstigung nur mittelbar ist, da sie vom Vermögenszufluss an die Gesellschaft abgeleitet wird.⁸¹⁹

Stellt die Unterlassung der Überprüfung des Umtauschverhältnisses oder der Verzicht darauf eine anfechtbare Rechtshandlung dar, wird aber auch die übernehmende Gesellschaft bevorteilt.⁸²⁰ Denn der Anspruch auf bare Zuzahlung hätte sich gemäß § 15 Abs. 1 UmwG gegen den übernehmenden Rechtsträger gerichtet. In diesen Fällen ist also ebenfalls die übernehmende Gesellschaft Anfechtungsgegnerin.⁸²¹ Die übernehmende Gesellschaft und die Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft können in diesen Fällen als Gesamtschuldner in Anspruch genommen werden.⁸²²

II. Insolvenz eines Gesellschafters der übernehmenden Gesellschaft

Werden die Gläubiger der Gesellschafter des übernehmenden Rechtsträgers infolge der Verschmelzung (genauer gesagt infolge der Stimmabgabe des Schuldners oder seinem Unterlassen der Erhebung einer Anfechtungsklage gegen den Umwandlungsbeschluss) benachteiligt, weil sich der Wert der Beteiligung des Schuldners gegenüber dem Wert des

⁸¹⁶ *Trencker*, S. 293 (für das österreichische Recht).

⁸¹⁷ *Keller/Klett*, DB 2010, 1220, 1225; *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 134.

⁸¹⁸ Dafür, dass die Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers im Falle der Anfechtung eines Anteilsverzichtes gemäß §§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG die richtigen Anfechtungsgegner sind: *Keller/Klett*, DB 2010, 1220, 1225; *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 134.

⁸¹⁹ So aber für das österreichische Recht: *Trencker*, S. 293.

⁸²⁰ *Trencker*, S. 293 (für das österreichische Recht).

⁸²¹ *Trencker*, S. 293 (für das österreichische Recht).

⁸²² BGH, Urt. v. 29.04.1999 – IX ZR 163-98, NJW 1999, 3046, 3047; *Frege/Keller/Riedel*, in: *Frege/Keller/Riedel*, Insolvenzzrecht, Kap. 3 Rn. 1426; *Borries/Hirte*, in: *Uhlenbruck*, InsO, § 143 Rn. 80; zu den daraus resultierenden Ausgleichspflichten: *Köhn*, NZI 2008, 412.

Anteils vor der Verschmelzung verringert, erhöht sich infolge der Verschmelzung notwendigerweise der Verkehrswert der Anteile der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft.⁸²³ Sie sind somit nach der obigen Definition die richtigen Anfechtungsgegner.⁸²⁴

E. In Betracht kommende Anfechtungstatbestände

I. Deckungshandlung (§§ 130, 131 InsO)

Die Anfechtungstatbestände der §§ 130, 131 InsO kommen im Rahmen der Insolvenzanfechtung von Umwandlungsmaßnahmen in der Insolvenz eines Gesellschafters wohl selten in Betracht. Denn weder die Stimmabgabe noch das Unterlassen der Antragstellung gemäß § 15 Abs. 1 UmwG bzw. das Unterlassen der Erhebung einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage oder die Anteilsverzichtserklärung gemäß §§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG stellen Deckungshandlungen i.S.v. §§ 130, 131 InsO dar.⁸²⁵

II. Unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen (§ 132 InsO)

Fraglich ist, ob im Rahmen eines Verschmelzungsvorgangs ein unmittelbar nachteiliges Rechtsgeschäft gemäß § 132 Abs. 1 InsO bzw. eine andere Rechtshandlung i.S.v. § 132 Abs. 2 InsO des Gesellschafters vorliegt.

Zunächst könnte eine Anfechtung gemäß § 132 Abs. 1 InsO in Betracht kommen. Dafür müssten unter anderem ein Rechtsgeschäft und eine dadurch bewirkte unmittelbare Gläubigerbenachteiligung vorliegen. Das Unterlassen der Antragstellung gemäß § 15 UmwG sowie das Unterlassen der Erhebung einer Anfechtungsklage gegen den Verschmelzungsbeschluss stellen bereits keine Rechtsgeschäfte dar. Die Stimmabgabe im Rahmen des Verschmelzungsbeschlusses sowie die Anteilsverzichtserklärung gemäß §§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG können zwar grundsätzlich das Vorliegen eines Rechtsgeschäftes begründen, in der Regel werden diese aber nicht zu einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung führen. Denn die Stimmabgabe der einzelnen Gesellschafter im Rahmen des Verschmelzungsbeschlusses führt grundsätzlich erst in Verbindung mit dem Verschmelzungsvertrag zu einer Benachteiligung der Gläubiger.⁸²⁶ Auch die Anteilsverzichtserklärung gemäß §§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG führt erst im Zusammenwirken mit dem Absehen des übernehmenden Rechtsträgers von der

⁸²³ *Trencker*, S. 293 (für das österreichische Recht).

⁸²⁴ a.A. *Trencker*, S. 293 (für das österreichische Recht), der der Meinung ist, dass eine mittelbare, vom Vermögenszufluss an die Gesellschaft abgeleitete Begünstigung nicht ausreichend ist.

⁸²⁵ Zum Ausschluss der Deckungsanfechtung bezüglich des Anteilsverzichts: *Keller/Klett*, DB 2010, 1220, 1225.

⁸²⁶ Dazu, dass der Verschmelzungsbeschluss erst in Verbindung mit dem Verschmelzungsvertrag Wirkungen im Außenverhältnis entfaltet: *Ghassemi-Tabar*, in: *MHdb des Gesellschaftsrechts*, Band 8, § 11 Rn. 1; *Winter*, in: *Schmitt/Hörtnagl*, UmwG, § 13 Rn. 9 f.

Anteilsgewährung zur Schlechterstellung der Gläubiger.⁸²⁷ Eine Anfechtung gemäß § 132 Abs. 1 InsO wird daher in der Regel nicht in Betracht kommen.

Fraglich ist aber, ob die Insolvenzanfechtung auf § 132 Abs. 2 InsO gestützt werden könnte. § 132 Abs. 2 InsO erfasst sämtliche Rechtshandlungen i.S.v. § 129 InsO, durch die der Schuldner ein Recht verliert oder nicht mehr geltend machen kann oder durch die ein vermögensrechtlicher Anspruch gegen ihn erhalten oder durchsetzbar wird. Von dem Auffangtatbestand des § 132 Abs. 2 InsO sollen damit vor allem Konstellationen erfasst werden, in denen es der Schuldner unterlässt, Rechtsmittel oder Rechtsbehelfe einzulegen oder wenn er die Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung unterlässt.⁸²⁸ Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze stellen das Unterlassen der (erfolgversprechenden) Antragstellung im Spruchverfahren gemäß § 15 UmwG sowie das Unterlassen der (erfolgversprechenden) Erhebung einer Anfechtungsklage Rechtshandlungen i.S.v. § 132 Abs. 2 InsO dar.

Scheitern könnte eine Insolvenzanfechtung nach § 132 Abs. 2 InsO jedoch daran, dass der Anfechtungsgegner – also die übernehmende Gesellschaft und/oder die Gesellschafter der jeweils anderen Gesellschaft⁸²⁹ – selten Kenntnis von der wirtschaftlichen Situation des Schuldners haben, sodass die subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen nur in Ausnahmesituationen vorliegen bzw. zu beweisen sein werden.

Zudem ist zu beachten, dass der Anfechtungstatbestand der unmittelbaren Benachteiligung auch aufgrund der kurz bemessenen Frist (3 Monate vor dem Insolvenzeröffnungsantrag) wenig attraktiv ist.⁸³⁰

III. Vorsätzliche Benachteiligung (§ 133 InsO)

Aus ähnlichen Gründen wird auch der Insolvenzanfechtungstatbestand der vorsätzlichen Benachteiligung gemäß § 133 InsO selten gegeben sein.⁸³¹

Denn der Benachteiligungsvorsatz des Schuldners ist im Falle der kausalen Gläubigerbenachteiligung durch ein unangemessenes Umtauschverhältnis beispielsweise nur dann gegeben, wenn der Gesellschafter weiß, dass seine Gläubiger durch das festgesetzte Umtauschverhältnis benachteiligt werden.⁸³² In diesem Falle muss der Anfechtungsgegner vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners aber auch Kenntnis haben, was selten der Fall sein wird, da die wirtschaftliche Situation des Gesellschafters in der Regel nicht offen liegt. Lediglich in Konzernkonstellationen kann die Kenntnis des

⁸²⁷ Keller/Klett, DB 2010, 1220, 1224 f.

⁸²⁸ Leithaus, in: Andres/Leithaus, InsO, § 132 Rn. 7; de Bra, in: Braun, InsO, § 132 Rn. 14; Ganter/Weinland, in: Schmidt, InsO, § 132 Rn. 41; Kayser/Freudenberg, in: Münchkomm zur InsO, § 132 Rn. 24; Nerlich, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 132 Rn. 34; Borries/Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 132 Rn. 13.

⁸²⁹ S. hierzu § 16 D.

⁸³⁰ Brünkmans, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 94.

⁸³¹ So auch Keller/Klett, DB 2010, 1220, 1225.

⁸³² Trencker, S. 290 (für das österreichische Recht).

Anfechtungsgegners von der wirtschaftlichen Situation des Schuldners zu bejahen sein. In dieser Konstellation erscheint aufgrund der Beweiserleichterungen gemäß § 138 Abs. 2 InsO auch der Beweis der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen durchaus aussichtsreich.⁸³³

IV. Unentgeltliche Leistung (§ 134 InsO)

Auch das Vorliegen einer unentgeltlichen Leistung kommt nur in Ausnahmekonstellationen in Betracht.

Sofern das Umtauschverhältnis zwischen Anteilen am übertragenden und übernehmenden Rechtsträger unangemessen ist, liegt in der Stimmabgabe bzw. in dem Unterlassen der Stimmabgabe grundsätzlich eine unentgeltliche Leistung, sofern dem Schuldner für seine Stimmabgabe keine gleichwertige Gegenleistung gewährt wird, ihm die Stimmabgabe also nicht gewissermaßen abgekauft wird.⁸³⁴ Andernfalls führt die Rechtshandlung zu einer Bereicherung auf Seiten der Anteilseigner des jeweils anderen Rechtsträgers, da der Wert ihrer Anteile am übernehmenden Rechtsträger infolge der Umwandlung steigt.⁸³⁵

Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Beurteilung, ob das Umtauschverhältnis der Anteile angemessen ist oder nicht, eine Unternehmensbewertung der beteiligten Unternehmen voraussetzt. Nur anhand einer Unternehmensbewertung kann beurteilt werden, ob die am übernehmenden Rechtsträger gewährten Anteile einen ausgleichenden Gegenwert für das infolge der Verschmelzung eingebrachte Vermögen darstellen. Die Berechnung des Wertes des Unternehmens ist aber komplex und auf unterschiedliche Arten möglich.⁸³⁶ Auch bei der Insolvenzanfechtung nach § 134 InsO in der Insolvenz eines Gesellschafters müssen die subjektiven Vorstellungen der Beteiligten berücksichtigt werden. Bei der Unternehmensbewertung steht den Beteiligten im Rahmen des § 134 InsO also ein gewisser Beurteilungsspielraum zu.⁸³⁷ Nur wenn dieser Beurteilungsspielraum durch eine willkürliche oder grob unangemessene Beurteilung überschritten wird, kann eine unentgeltliche Leistung gemäß § 134 InsO angenommen werden.

Das Gleiche gilt, wenn nicht die Stimmabgabe angefochten wird, sondern das Unterlassen des Schuldners, eine Verbesserung des unangemessenen Umtauschverhältnisses im Spruchverfahren anzustreben bzw. aufgrund des unangemessenen Umtauschverhältnisses eine Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage gegen den Umwandlungsbeschluss zu erheben.⁸³⁸

⁸³³ S. zu den Beweiserleichterungen gemäß § 138 Abs. 2 InsO: § 8 B III.

⁸³⁴ Hinsichtlich des Vorliegens einer unentgeltlichen Leistung durch einen Anteilsverzicht gemäß §§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG: *Keller/Klett*, DB 2010, 1220, 1225; *Brünkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 133; *Trencker*, S. 291 (für das österreichische Recht).

⁸³⁵ Vgl. *Keller/Klett*, DB 2010, 1220, 1225.

⁸³⁶ *Hallermann*, S. 20.

⁸³⁷ *Hallermann*, S. 77.

⁸³⁸ S. zum Anteilsverzicht insbesondere *Keller/Klett*, DB 2010, 1220, 1225; *Brünkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 133; *Trencker*, S. 291 (für das österreichische Recht).

Denkbar ist das Vorliegen einer unentgeltlichen Leistung jedoch beim Verzicht auf die Gewährung von Anteilen am übernehmenden Rechtsträger durch die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers. Hier kommt es für das Vorliegen einer unentgeltlichen Leistung maßgebend darauf an, ob dem Gesellschafter für die durch die Rechtshandlungen bedingte Schlechterstellung eine gleichwertige Gegenleistung gewährt wird, ihm der Verzicht auf die Gewährung von Anteilen also gewissermaßen abgekauft wird.⁸³⁹

F. Anfechtungsfolgen

Als Folge der Anfechtung ist der Insolvenzmasse grundsätzlich das zu ersetzen, was durch die anfechtbare Rechtshandlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben wurde, § 143 Abs. 1 S. 1 InsO.

Wird die Stimmabgabe des (Mehrheits-)Gesellschafters der übertragenden Gesellschaft angefochten, wäre ihm grundsätzlich der werthaltigere Anteil an der übertragenden Gesellschaft zurückzuübertragen.⁸⁴⁰ Da diese nicht mehr existiert und dies gemäß § 20 Abs. 2 UmwG auch im Bestand geschützt wird⁸⁴¹, ist Naturalrestitution rechtlich unmöglich und daher Wertersatz in Höhe der Differenz zwischen dem Verkehrswert der ursprünglichen Beteiligung an der übertragenden Gesellschaft und dem aktuellen Verkehrswert des Anteils am übernehmenden Rechtsträger zu leisten.⁸⁴²

Sofern die Stimmabgabe des (Mehrheits-)Gesellschafters der übernehmenden Gesellschaft angefochten wird, weil der Gesellschaftsanteil infolge der Verschmelzung verwässert wurde, ist die Rückgewährung des ursprünglichen Gesellschaftsanteils wegen § 20 Abs. 2 UmwG ebenfalls rechtlich unmöglich. Auch in diesem Fall ist also Wertersatz in Höhe der Differenz zwischen dem Verkehrswert der ursprünglichen und dem Verkehrswert der aktuellen Beteiligung zu leisten.⁸⁴³

Gleiches gilt, wenn die anfechtbare Rechtshandlung in dem Unterlassen der Überprüfung des Umtauschverhältnisses im Spruchverfahren⁸⁴⁴ oder in dem Verzicht auf die Anteilsgewährung gemäß §§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG⁸⁴⁵ besteht. Auch hier ist im Ergebnis Wertersatz für die infolge der Verschmelzung herbeigeführte Wertverschlechterung des Gesellschaftsanteils zu leisten.

⁸³⁹ Keller/Klett, DB 2010, 1220, 1225.

⁸⁴⁰ Trencker, S. 291 (für das österreichische Recht).

⁸⁴¹ S. zum Bestandsschutz § 4 B.

⁸⁴² IE auch Trencker, S. 291 (für das österreichische Recht).

⁸⁴³ Vgl. Trencker, S. 291 (für das österreichische Recht).

⁸⁴⁴ Vgl. Trencker, S. 292 (für das österreichische Recht).

⁸⁴⁵ Für das Bestehen eines Wertersatzanspruchs nur bei tatsächlicher oder rechtlicher Unmöglichkeit vgl. Brünkmans, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 136.

G. Zusammenfassendes Ergebnis

Soll eine Verschmelzung im Rahmen der Insolvenz eines Gesellschafters des übertragenden Rechtsträgers angefochten werden, stellen vor allem die Stimmabgabe im Rahmen des Verschmelzungsbeschlusses, das Unterlassen der Stellung eines Antrages auf bare Zuzahlung im Spruchverfahren gemäß § 15 UmwG sowie ein etwaiger Verzicht auf die Gewährung von Anteilen am übernehmenden Rechtsträger gemäß §§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG anfechtbare Rechtshandlungen dar.

Soll eine Verschmelzung im Rahmen der Insolvenz eines Gesellschafters des übernehmenden Rechtsträgers angefochten werden, sind insbesondere die Stimmabgabe im Rahmen des Verschmelzungsbeschlusses sowie das Unterlassen der Erhebung einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage gegen den Zustimmungsbeschluss anfechtbare Rechtshandlungen i.S.v. § 129 InsO.

Eine Gläubigerbenachteiligung liegt vor, wenn sich der Wert der Gesellschaftsanteile des Schuldners infolge der Verschmelzung verschlechtert. Die Anfechtungstatbestände der §§ 130-134 InsO werden jedoch nur in Ausnahmefällen greifen, sodass die Insolvenzanfechtungsgefahr grundsätzlich als gering einzustufen ist. Insbesondere bei dem Verzicht auf die Anteilsgewährung §§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG ist es dennoch nicht auszuschließen, dass der Anfechtungstatbestand der unentgeltlichen Leistung gemäß § 134 InsO oder der Anfechtungstatbestand der vorsätzlichen Benachteiligung gemäß § 133 InsO gegeben ist.

Rechtsfolge der Anfechtung ist ein Wertersatzanspruch in Höhe der Differenz zwischen dem Verkehrswert der ursprünglichen Beteiligung an der Gesellschaft und dem aktuellen Verkehrswert der Beteiligung an der übernehmenden Gesellschaft.

§ 17 Insolvenzanfechtung von Spaltungen

Nachfolgend soll nun geprüft werden, ob die Insolvenzanfechtung einer Spaltung auf Gesellschafterebene möglich ist.

A. Rechtshandlung und Gläubigerbenachteiligung

Bezüglich des Vorliegens einer Rechtshandlung und einer Gläubigerbenachteiligung kann bei der Insolvenzanfechtung von Spaltungen im Rahmen der Insolvenz eines Gesellschafters im Wesentlichen auf die Ausführungen in § 16 zurückgegriffen werden. Zur Vermeidung von Wiederholungen sollen das Vorliegen einer Rechtshandlung und die Benachteiligung der Gläubiger des Gesellschafters im Rahmen einer Spaltung daher gemeinsam behandelt werden.

I. Spaltungsvertrag bzw. -plan, Spaltungsbeschluss, Registereintragung

Im Rahmen der Insolvenzanfechtung von Spaltungen auf Gesellschafterebene stellen grundsätzlich der Spaltungsvertrag mitsamt dem Umwandlungsbeschluss sowie die (Anmeldung zur) Registereintragung potentielle Anfechtungshandlungen dar.⁸⁴⁶ Ebenso kann bei einer Spaltung zur Neugründung der Spaltungsplan angefochten werden.⁸⁴⁷

Problematisch ist jedoch, dass die genannten Rechtshandlungen keine Rechtshandlungen des Schuldners darstellen und für viele Anfechtungstatbestände daher nicht in Betracht kommen.⁸⁴⁸

II. Rechtshandlungen des Schuldners

Nachfolgend soll somit erörtert werden, welche Rechtshandlungen des Schuldners (also des Gesellschafters) im Rahmen einer Spaltung angefochten werden können. Hierbei soll danach differenziert werden, ob der Schuldner Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft oder ob er Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft ist.

Dabei ist zu beachten, dass die nachfolgend erörterten Rechtshandlungen nicht abschließend sind. Welche Handlungen des Schuldners anfechtbare Rechtshandlungen i.S.v. § 129 InsO darstellen, ist eine Frage des Einzelfalls. Es ist somit durchaus denkbar, dass im Rahmen einer Spaltung weitere Rechtshandlungen des Schuldners vorliegen, die der Insolvenzanfechtung unterliegen.

⁸⁴⁶ S. § 11 A I.

⁸⁴⁷ S. § 11 A II 1.

⁸⁴⁸ So setzen §§ 132 Abs. 1, 133 Abs. 1, 134 Abs. 1 InsO eine Rechtshandlung des Schuldners voraus.

1. Der Insolvenzschuldner ist Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft

Ist der Insolvenzschuldner Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft, stellt die Stimmabgabe bzw. deren Unterlassen im Rahmen des Spaltungsbeschlusses eine mögliche anfechtbare Rechtshandlung des Schuldners dar. Diese ist gläubigerbenachteiligend, wenn es aufgrund der Spaltung zu einer Wertverschlechterung der Anteile des Schuldners am übernehmenden Rechtsträger kommt, was in der Regel der Fall ist, wenn das Umtauschverhältnis zwischen Anteilen am übertragenden und Anteilen am übernehmenden Rechtsträger zu hoch bemessen ist.⁸⁴⁹ Eine anfechtbare Rechtshandlung liegt hier aber nur dann vor, wenn die Stimmabgabe bzw. die Enthaltung für die Spaltung kausal ist, was unter anderem davon abhängt, welche Mehrheitserfordernisse vom Gesetz und von der Satzung an den Spaltungsbeschluss gestellt wurden und wie viele Stimmrechte der Schuldner innehatte.⁸⁵⁰

Ist die Stimmabgabe bzw. -enthaltung des Schuldners nicht ursächlich für die Gläubigerbenachteiligung, kann das Unterlassen der Erhebung einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage gegen den Spaltungsbeschluss oder der Verzicht auf die Erhebung einer solchen Klage eine für die Gläubigerbenachteiligung kausale Rechtshandlung darstellen.⁸⁵¹ Die Erhebung einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage wäre in solchen Fällen erfolgsversprechend gewesen, denn eine Stimmabgabe der Mehrheitsgesellschafter, die dazu führt, dass die Spaltung durchgeführt und sich infolge dieser der Wert der Anteile am übernehmenden Rechtsträger verschlechtert, stellt grundsätzlich einen Verstoß gegen die Treuepflicht dar.⁸⁵²

2. Der Insolvenzschuldner ist Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft

Ist der Schuldner Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft, ist im Rahmen der Spaltung zwischen einer verhältnismahrenden und einer nicht verhältnismahrenden Spaltung zu differenzieren.

a) Grundsätze zur (nicht) verhältnismahrenden Spaltung

Zunächst sollen die Grundsätze zur (nicht) verhältnismahrenden Spaltung dargestellt werden. Anders als für die Gläubiger der an der Umwandlungsmaßnahme beteiligten Gesellschaften, für die es keinen Unterschied macht, ob es sich um eine verhältnismahrende oder nicht verhältnismahrende Spaltung handelt, kann diese Unterscheidung für die Gläubiger der Gesellschafter von großer Relevanz sein.⁸⁵³

⁸⁴⁹ Vgl. *Trencker*, S. 303 (für das österreichische Recht).

⁸⁵⁰ *Trencker*, S. 302 (für das österreichische Recht).

⁸⁵¹ S. hierzu auch die Ausführungen zur Insolvenzanfechtung einer Verschmelzung in der Insolvenz eines Gesellschafters: § 16 A II 3.

⁸⁵² Vgl. zur gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht i.R.d. Verschmelzung: *Weiler*, NZG 2008, 527, 530; *Brüinkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 21 ff.

⁸⁵³ So auch *Trencker*, S. 308 (für das österreichische Recht).

aa) Allgemeines

Während bei allen anderen im Umwandlungsgesetz geregelten Umwandlungsvorgängen die Beteiligungsverhältnisse der Anteilsinhaber des oder der übertragenden Rechtsträger untereinander infolge der Umwandlung grundsätzlich unberührt bleiben⁸⁵⁴, besteht bei Spaltungen die Möglichkeit, die Anteile an den übernehmenden bzw. neugegründeten Rechtsträgern nicht verhältnismäßig auf die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers aufzuteilen, § 126 Abs. 1 Nr. 10 UmwG. Eine solche sog. nicht verhältnismäßige Spaltung liegt bei der Spaltung zur Neugründung vor, wenn die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers nicht mit den gleichen Beteiligungsquoten wie bei der übertragenden Gesellschaft am neugegründeten Rechtsträger beteiligt werden.⁸⁵⁵ Bei der Spaltung zur Aufnahme ist die Spaltung nicht verhältnismäßig, wenn einzelne Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers im Vergleich zu anderen am übernehmenden Rechtsträger verhältnismäßig mehr Anteile erhalten, als ihnen nach den Beteiligungsverhältnissen beim übertragenden Rechtsträger zustünde.⁸⁵⁶ Da die Möglichkeit der nicht verhältnismäßigen Spaltung die Gefahr mit sich bringt, dass einzelne Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers benachteiligt werden, sieht § 128 UmwG zum Schutz der Anteilsinhaber vor, dass der Spaltungs- und Übernahmevertrag bzw. der Spaltungsplan in den Fällen der nicht verhältnismäßigen Spaltung nur mit Zustimmung aller Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers wirksam wird.⁸⁵⁷

Wie § 126 Abs. 1 Nr. 10 UmwG klarstellt, kann der Spaltungs- und Übernahmevertrag bzw. der Spaltungsplan aber auch eine Neuordnung der Beteiligungsverhältnisse des übertragenden Rechtsträgers vorsehen. Dieser Fall der nicht verhältnismäßigen Spaltung ist vom Wortlaut des § 128 UmwG nicht erfasst. Wegen der vergleichbaren Interessenlage soll nach h.M. die Vorschrift des § 128 UmwG aber jedenfalls analog zur Anwendung kommen.⁸⁵⁸

Durch die Möglichkeit der nicht verhältnismäßigen Spaltung soll insbesondere die Aufteilung von Gesellschaftergruppen und Familienstämmen im Wege der Sonderrechtsnachfolge ermöglicht werden.⁸⁵⁹

Zu unterscheiden ist die nicht verhältnismäßige Spaltung von der Konstellation, in der die Wertverschiebungen nicht auf einer von den bisherigen Beteiligungsverhältnissen abweichenden Aufteilung der übertragenen Anteile, sondern auf einem nicht angemessenen

⁸⁵⁴ Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 128 Rn. 4.

⁸⁵⁵ Sickinger, in: Kallmeyer, UmwG, § 128 Rn. 2; Priester, in: Lutter, UmwG, § 128 Rn. 8; Mayer, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 128 Rn. 30 ff.; Schröer, in: Semler/Stengel, UmwG, § 128 Rn. 5; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 128 Rn. 2, 8; Galla/Müller, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 128 Rn. 2.

⁸⁵⁶ Schröer, in: Semler/Stengel, UmwG, § 128 Rn. 5; Galla/Müller, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 128 Rn. 2.

⁸⁵⁷ Schröer, in: Semler/Stengel, UmwG, § 128 Rn. 3; Priester, in: Lutter, UmwG, § 128 Rn. 2; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 128 Rn. 1.

⁸⁵⁸ Verse, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 128 Rn. 12; Schröer, in: Semler/Stengel, UmwG, § 128 Rn. 7.

⁸⁵⁹ RegEBegr. BR-Drs. 75/94, S. 120; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 128 Rn. 1; Galla/Müller, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 128 Rn. 4.

Umtauschverhältnis beruht, die Wertverschiebung also im Ergebnis zugunsten der Anteilsinhaber der übernehmenden Gesellschaft erfolgt. In diesen Fällen liegt keine nicht verhältnismäßige Spaltung vor und die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers sind auf das Spruchverfahren (§ 125 S. 1 i.V.m. §§ 14 Abs. 2, 15 UmwG) beschränkt.⁸⁶⁰

bb) Erscheinungsformen

Die Erscheinungsformen einer nicht verhältnismäßigen Spaltung sind vielfältig. Eine Form der nicht verhältnismäßigen Spaltung stellt die bloße Quotenverschiebung dar. Bei dieser werden die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers zueinander an den übernehmenden Rechtsträgern im nicht genau gleichen Verhältnis beteiligt wie vor Wirksamwerden der Spaltung beim übertragenden Rechtsträger selbst.⁸⁶¹ Zulässig ist aber auch die sog. Spaltung zu Null, bei der einzelne Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers an einem übernehmenden oder neuen Rechtsträger gar nicht beteiligt werden, dafür an einem anderen aber in umso größerem Umfang.⁸⁶²

Anerkannt ist mittlerweile, dass auch die Spaltung zu Null mit vollständigem Verzicht einzelner Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers auf eine Beteiligung an irgendeinem der übernehmenden bzw. neugegründeten Rechtsträgern zulässig ist.⁸⁶³ Die Möglichkeit der Spaltung zu Null besteht dabei auch im übertragenden Rechtsträger.⁸⁶⁴

Zulässig ist daneben auch der vollständige Verzicht aller Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers auf Anteile am übernehmenden Rechtsträger.⁸⁶⁵ Für Auf- und Abspaltungen von Kapitalgesellschaften ergibt sich diese Gestaltungsmöglichkeit unmittelbar aus §§ 125 S. 1, 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG. Da nicht erkennbar ist, warum die Verzichtsmöglichkeit nicht auch bei übernehmenden Rechtsträgern anderer Rechtsform bestehen soll, sind die §§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 (i.V.m. § 125 S. 1) UmwG auch auf andere Rechtsformen als Kapitalgesellschaften analog anzuwenden.⁸⁶⁶

⁸⁶⁰ Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 128 Rn. 2; Schröer, in: Semler/Stengel, UmwG, § 128 Rn. 5.

⁸⁶¹ Schröer, in: Semler/Stengel, UmwG, § 128 Rn. 6.

⁸⁶² HM, s. nur OLG München, Beschl. v. 10.07.2013 – 31 Wx 131/13, NZG 2013, 951; LG Essen, Beschl. v. 15.03.2002 – 42 T 1/02, NZG 2002, 736; Schröer, in: Semler/Stengel, UmwG, § 128 Rn. 6; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 128 Rn. 12; Priester, in: Lutter, UmwG, § 128 Rn. 13; Mayer, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 128 Rn. 29.1; Galla/Müller, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 128 Rn. 6; Priester, ZIP 2013, 2033, 2034.

⁸⁶³ OLG München, Beschl. v. 10.7.2013 – 31 Wx 131/13, NZG 2013, 951; Sagasser, in: Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen, § 18 Rn. 41; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 128 Rn. 16; Priester, in: Lutter, UmwG, § 128 Rn. 15; Schröer, in: Semler/Stengel, UmwG, § 128 Rn. 6; eingehend Weiler, NZG 2013, 1326, 1329.

⁸⁶⁴ Mayer, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 126 Rn. 277; Verse, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 128 Rn. 21; Weiler, NZG 2013, 1326, 1330.

⁸⁶⁵ Simon, in: KK-UmwG, § 128 Rn. 18 ff.; Schröer, in: Semler/Stengel, UmwG, § 128 Rn. 6; Verse, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 128 Rn. 20.

⁸⁶⁶ Heckschen/Gassner, GWR 2010, 101, 102; Heckschen, DB 2008, 1363, 1367, 1369; Priester, ZIP 2013, 2033, 2034; Verse, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 126 Rn. 32; iE auch Schröer, in: Semler/Stengel, UmwG, § 126 Rn. 29; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 126 Rn. 49; a.A. Mayer, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 128 Rn. 29.

Zum Ausgleich für die anteilmäßige Benachteiligung bei der nicht verhältnismäßigen Spaltung werden von den durch sie begünstigten Anteilseignern üblicherweise Ausgleichsleistungen gewährt, um die notwendige Zustimmung (§ 128 UmwG) der benachteiligten Anteilseigner zu erlangen.⁸⁶⁷ Zu beachten ist, dass es sich hierbei nicht um bare Zuzahlungen in Sinne von § 125 S. 1 i.V.m. §§ 54 Abs. 4, 68 Abs. 3 UmwG handelt, da sie gerade nicht vom übernehmenden Rechtsträger erbracht werden.⁸⁶⁸

b) Gläubigerbenachteiligende Rechtshandlungen i.R.d. verhältnismäßigen Spaltung

Bei der verhältnismäßigen Spaltung werden die Anteile oder Mitgliedschaften am übernehmenden bzw. neugegründeten Rechtsträger den Anteilseignern des übertragenden Rechtsträgers also in dem Verhältnis zugeteilt, welches ihrer Beteiligung am übertragenden Rechtsträger entspricht.⁸⁶⁹ Eine Gläubigerbenachteiligung ist in diesen Fällen dennoch nicht ausgeschlossen und kann im Ergebnis darin liegen, dass das Umtauschverhältnis zwischen den Anteilen am übertragenden und dem am übernehmenden Rechtsträger gewährten Anteilen zugunsten der Anteilseigner des übernehmenden Rechtsträgers unangemessen ist.⁸⁷⁰

Hat der betroffene Gesellschafter die Mehrheit der Stimmrechte inne, wird die für die Gläubigerbenachteiligung kausale Rechtshandlung in der Regel in der Stimmabgabe liegen.⁸⁷¹ Ist die Stimmabgabe des Schuldners nicht kausal für die Spaltung und die Gläubigerbenachteiligung, kann eine anfechtbare Rechtshandlung in dem Unterlassen oder dem Verzicht auf die Überprüfung des Umtauschverhältnisses im Spruchverfahren liegen.⁸⁷²

c) Gläubigerbenachteiligende Rechtshandlungen i.R.d. nicht verhältnismäßigen Spaltung

Bei der nicht verhältnismäßigen Spaltung können zunächst einmal all diejenigen gläubigerbenachteiligenden Rechtshandlungen vorliegen, die auch im Rahmen der verhältnismäßigen Spaltung erörtert wurden.⁸⁷³ Diese beruhen vor allem darauf, dass das Umtauschverhältnis zwischen den Anteilen an der übertragenden und den Anteilen an der übernehmenden Gesellschaft zugunsten der Anteilseigner der übernehmenden Gesellschaft unangemessen ist.⁸⁷⁴ Anfechtbar sind in diesen Fällen grundsätzlich die

⁸⁶⁷ Zur Zulässigkeit derartiger Ausgleichsleistungen: *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 128 Rn. 26; *Priester*, in: Lutter, UmwG, § 128 Rn. 16; *Schröer*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 128 Rn. 10; *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 126 Rn. 137; *Fischer*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 128 Rn. 8.

⁸⁶⁸ *Priester*, in: Lutter, UmwG, § 128 Rn. 16; *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 128 Rn. 27; *Schröer*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 128 Rn. 10.

⁸⁶⁹ Vgl. *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 15 Rn. 254.

⁸⁷⁰ *Trencker*, S. 303 (für das österreichische Recht); s. hierzu auch die Ausführungen zur Insolvenzanfechtung einer Verschmelzung in der Insolvenz eines Gesellschafters: § 16 B.

⁸⁷¹ *Trencker*, S. 302 (für das österreichische Recht).

⁸⁷² *Trencker*, S. 302, 303 (für das österreichische Recht).

⁸⁷³ So auch *Trencker*, S. 304 Fn. 1612 (für das österreichische Recht).

⁸⁷⁴ S. hierzu § 17 A II 2 b).

Stimmabgabe oder das Unterlassen der Überprüfung des Umtauschverhältnisses im Spruchverfahren bzw. der Verzicht hierauf.⁸⁷⁵

Das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung ist im Rahmen einer nicht verhältnismäßigen Spaltung jedoch noch vielfältiger. Beispielsweise ist es denkbar, dass einzelne Gesellschafter durch eine nicht verhältnismäßige Spaltung von der Beteiligung an jenen Gesellschaften ausgeschlossen werden, denen die „good assets“ zugewiesen werden, während die übrigen beteiligten Gesellschaften kaum werthaltiges Vermögen erhalten.⁸⁷⁶ Wie bei einem Anteilsverzicht im Rahmen der Verschmelzung gemäß §§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG ist es auch im Rahmen einer nicht verhältnismäßigen Spaltung möglich, dass alle Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers vollständig auf Anteile am übernehmenden Rechtsträger verzichten.⁸⁷⁷ Darin liegt aber auch eine Benachteiligung der Gläubiger des betroffenen Gesellschafters, weil sich ihre Befriedigungschancen durch den Verlust der Zugriffsmöglichkeit auf den Gesellschaftsanteil infolge der Spaltung verringern.⁸⁷⁸ Liegt eine Gläubigerbenachteiligung aufgrund einer nicht verhältnismäßigen Spaltung vor, wird die Zustimmung nach § 128 UmwG in der Regel kausal für die Benachteiligung sein. Denn gemäß § 128 S. 1 UmwG bedarf es bei einer nicht verhältnismäßigen Spaltung der Zustimmung aller Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers; jede einzelne Zustimmung stellt somit das „Zünglein an der Waage“ dar.⁸⁷⁹

B. Anfechtungsgegner

Fraglich ist sodann, wer im Rahmen der Insolvenzanfechtung einer Spaltung auf Gesellschafterebene der richtige Anfechtungsgegner ist.

In der Insolvenz eines Gesellschafters des übernehmenden Rechtsträgers liegt die Gläubigerbenachteiligung häufig darin, dass das Umtauschverhältnis zwischen Anteilen am übertragenden und Anteilen am übernehmenden Rechtsträger zulasten der Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers zu hoch bemessen war. Der Wert der Beteiligung des Schuldners am übernehmenden Rechtsträger verringert sich somit infolge der Spaltung; gleichzeitig erhöht sich notwendigerweise der Wert der Beteiligung der Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers. In der Insolvenz eines Gesellschafters des übernehmenden Rechtsträgers sind somit in der Regel die von der Spaltung profitierenden Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft die richtigen Anfechtungsgegner.

In der Insolvenz eines einzelnen Gesellschafters des übertragenden Rechtsträgers ist zwischen verhältnismäßigen und nicht verhältnismäßigen Spaltungen zu

⁸⁷⁵ S. hierzu § 17 A II 2 b).

⁸⁷⁶ *Trencker*, S. 305 (für das österreichische Recht).

⁸⁷⁷ *Simon*, in: KK-UmwG, § 128 Rn. 18; *Schröer*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 128 Rn. 6; *Verse*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 128 Rn. 20; a.A. *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 128 Rn. 29.

⁸⁷⁸ Vgl. *Trencker*, S. 305 (für das österreichische Recht).

⁸⁷⁹ Vgl. *Trencker*, S. 305 (für das österreichische Recht).

differenzieren. Bei verhältnismäßigen Spaltungen liegt die Gläubigerbenachteiligung in der Regel in einem unangemessenen Umtauschverhältnis. Auch hier werden grundsätzlich die Anteilsinhaber der übernehmenden Gesellschaft die richtigen Anfechtungsgegner sein. Liegt die Gläubigerbenachteiligung in dem Verlust des Anspruchs auf bare Zuzahlung gemäß § 125 S. 1 i.V.m. §§ 14 Abs. 2, 15 UmwG, kann zusätzlich der übernehmende Rechtsträger als Anfechtungsgegner in Anspruch genommen werden.

Bei nicht verhältnismäßigen Spaltungen sind in der Regel die von der nicht verhältnismäßigen Spaltung profitierenden Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers die richtigen Anfechtungsgegner. Denn diese haben zum Nachteil der Masse eine vermögenswerte Position, nämlich eine Werterhöhung ihrer Gesellschaftsanteile, erhalten.

C. Anfechtungstatbestände

Nun soll erörtert werden, welche Anfechtungstatbestände im Rahmen der Insolvenzanfechtung einer Spaltung einschlägig sein können.

I. Deckungshandlungen (§§ 130, 131 InsO)

Eine Deckungsanfechtung gemäß §§ 130, 131 InsO kommt auf Gesellschafterebene wohl selten in Betracht. Denn weder die Stimmabgabe noch das Unterlassen der Antragstellung gemäß § 125 S. 1 i.V.m. §§ 14 Abs. 2, 15 UmwG, das Unterlassen der Erhebung einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage gegen den Spaltungsbeschluss oder die Zustimmung gemäß § 128 UmwG stellen mangels Vorliegens einer schuldrechtlichen Verpflichtung Deckungshandlungen dar.

II. Unmittelbar nachteilige Rechtsgeschäfte (§ 132 InsO)

Soll die Spaltung in der Insolvenz eines Gesellschafters des übernehmenden Rechtsträgers angefochten werden, kommt auch die Anwendung von § 132 Abs. 1 InsO selten in Betracht. Denn die Stimmabgabe im Rahmen des Umwandlungsbeschlusses führt grundsätzlich nicht zu einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung, da sie erst in Verbindung mit dem Spaltungsvertrag bzw. Spaltungsplan zu einer Benachteiligung der Gläubiger führt. Das Unterlassen der Erhebung einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage gegen den Umwandlungsbeschluss stellt bereits kein Rechtsgeschäft dar. Dieses könnte bei Vorliegen der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen grundsätzlich gemäß § 132 Abs. 2 InsO angefochten werden. Da die Anfechtungsgegner – also die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers⁸⁸⁰ – aber selten Kenntnis von der wirtschaftlichen Situation des Schuldners haben, sind die subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen in der Regel nicht gegeben.

⁸⁸⁰ S. hierzu § 17 C.

Soll die Spaltung in der Insolvenz eines Gesellschafters des übertragenden Rechtsträgers angefochten werden, gilt zunächst ebenfalls, dass die im Rahmen der Beschlussfassung abgegebene Stimme bzw. die Stimmenthaltung erst in Verbindung mit dem Spaltungsvertrag bzw. Spaltungsplan zu einer Benachteiligung der Gläubiger führt, sodass das Vorliegen einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung in der Regel ausscheidet. Sofern eine nicht verhältnismäßige Spaltung vorliegt, werden die Gläubiger des Gesellschafters ebenfalls nicht unmittelbar durch die Zustimmung gemäß § 128 UmwG, sondern erst durch Zustimmung der übrigen Gesellschafter und Abschluss des Spaltungsvertrages benachteiligt. Auch die Zustimmung gemäß § 128 UmwG kann daher in der Regel nicht nach § 132 Abs. 1 InsO angefochten werden.

In der Insolvenz eines Gesellschafters des übertragenden Rechtsträgers kann zwar grundsätzlich das Unterlassen der Stellung eines Antrages im Spruchverfahren gemäß § 15 UmwG unter den Anwendungsbereich des § 132 Abs. 2 InsO fallen, nur im Einzelfall werden aber die subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen vorliegen bzw. bewiesen werden können. Denn der Anfechtungsgegner hat grundsätzlich keine Kenntnis von der wirtschaftlichen Situation und von einer etwaigen Zahlungsunfähigkeit des Gesellschafters, was gemäß § 132 Abs. 1 InsO aber gerade vorausgesetzt wird. Zudem ist zu beachten, dass der Anfechtungstatbestand der unmittelbar nachteiligen Rechtshandlungen auch aufgrund der kurz bemessenen Frist (3 Monate vor dem Insolvenzeröffnungsantrag) wenig attraktiv ist.

III. Vorsätzliche Benachteiligung (§ 133 InsO)

Die genannten Rechtshandlungen können grundsätzlich dem Insolvenzanfechtungstatbestand der vorsätzlichen Benachteiligung gemäß § 133 InsO unterliegen⁸⁸¹, allerdings sind auch hier die subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen häufig nicht gegeben.

Der Benachteiligungsvorsatz des Schuldners ist im Falle der kausalen Gläubigerbenachteiligung durch ein unangemessenes Umtauschverhältnis beispielsweise nur dann möglich, wenn der Gesellschafter weiß, dass seine Gläubiger durch das festgesetzte Umtauschverhältnis benachteiligt werden. Auch die Kenntnis des anderen Teils vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners wird selten gegeben sein. Lediglich in Konzernkonstellationen kann die Kenntnis des Anfechtungsgegners von der wirtschaftlichen Situation des Schuldners und damit der subjektive Anfechtungstatbestand zu bejahen sein. In dieser Konstellation kommen dem Insolvenzverwalter zudem die Beweiserleichterungen gemäß § 138 Abs. 2 InsO zugute.⁸⁸²

⁸⁸¹ Vgl. iE auch *Trencker*, S. 302, 305 (für das österreichische Recht).

⁸⁸² S. zu den Beweiserleichterungen gemäß § 138 Abs. 2 InsO: § 8 B III.

IV. Unentgeltliche Leistung (§ 134 InsO)

Zudem kommt auch das Vorliegen einer unentgeltlichen Leistung in Betracht. Wird die Gläubigerbenachteiligung durch eine nicht verhältnismäßige Spaltung begründet, liegt eine unentgeltliche Leistung vor, wenn die durch die Spaltung bevorteilten Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers dem Schuldner für die Zustimmung gemäß § 128 UmwG keine gleichwertige Gegenleistung gewähren, ihm die Zustimmung zur nicht verhältnismäßigen Spaltung also nicht gewissermaßen abkaufen.⁸⁸³ Eine solche Gegenleistung kann insbesondere in einer etwaigen von den begünstigten Anteilseignern erbrachten Ausgleichsleistung liegen.⁸⁸⁴

Wird die Gläubigerbenachteiligung durch ein unangemessenes Umtauschverhältnis zwischen Anteilen am übertragenden und Anteilen am übernehmenden Rechtsträger begründet, kann darin ebenfalls eine unentgeltliche Leistung liegen, sofern das unangemessene Umtauschverhältnis vereinbarungsgemäß nicht durch eine anderweitige Zuwendung ausgeglichen wird.

D. Anfechtungsfolgen

Auch bei der Insolvenzanfechtung von Spaltungen auf Gesellschafterebene wird die Rückgewähr in natura in der Regel rechtlich unmöglich sein. Denn die Wiederherstellung der Beteiligungsverhältnisse vor dem Wirksamwerden der Spaltung ist aufgrund des Bestandsschutzes nach § 131 Abs. 2 UmwG unzulässig.⁸⁸⁵

Rechtsfolge der Insolvenzanfechtung ist daher in der Regel ein Anspruch auf Wertersatz für die infolge der Spaltung herbeigeführte Wertverschlechterung des Gesellschaftsanteils des Schuldners.⁸⁸⁶ Liegt die Gläubigerbenachteiligung beispielsweise darin, dass eine nicht verhältnismäßige Spaltung vorliegt, ist somit die Differenz zwischen dem Wert des Geschäftsanteils vor und dem Wert des Geschäftsanteils nach der Spaltung auszugleichen. Ebenso ist es, wenn die Gläubigerbenachteiligung in einem unangemessenen Umtauschverhältnis liegt.

E. Zusammenfassendes Ergebnis

In der Insolvenz eines von einer Spaltung betroffenen Gesellschafters stellen grundsätzlich die Stimmabgabe im Rahmen des Spaltungsbeschlusses, das Unterlassen der Erhebung einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage gegen den Spaltungsbeschluss oder das Unterlassen der Stellung eines Antrages auf bare Zuzahlung im Spruchverfahren gemäß § 125 S. 1 i.V.m. §§ 14 Abs. 2, 15 UmwG anfechtbare Rechtshandlungen i.S.v. § 129 InsO

⁸⁸³ I.E. auch *Trencker*, S. 306 (für das österreichische Recht).

⁸⁸⁴ Zur Zulässigkeit derartiger Ausgleichsleistungen: *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 128 Rn. 26; *Priester*, in: Lutter, UmwG, § 128 Rn. 16; *Schröer*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 128 Rn. 10; *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 126 Rn. 137; *Fischer*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 128 Rn. 8.

⁸⁸⁵ S. zum Bestandsschutz § 4 B.

⁸⁸⁶ Vgl. *Trencker*, S. 306 (für das österreichische Recht).

dar. Liegt eine nicht verhältnismäßige Spaltung vor, kann zudem die Zustimmung gemäß § 128 UmwG angefochten werden. Eine Gläubigerbenachteiligung liegt in der Regel vor, wenn sich der Wert der Gesellschaftsanteile des Schuldners infolge der Spaltung verschlechtert. Als Anfechtungstatbestände kommen insbesondere § 134 InsO, bei Vorliegen der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen auch die §§ 132, 133 InsO in Betracht. Rechtsfolge der Anfechtung ist das Bestehen eines Wertersatzanspruchs in Höhe der Differenz zwischen dem Verkehrswert der ursprünglichen Beteiligung an der Gesellschaft vor Wirksamwerden der Spaltung und dem aktuellen Verkehrswert des Gesellschaftsanteils.

Fraglich ist zudem, ob ein Formwechsel in der Insolvenz eines Gesellschafters nach den §§ 129 ff. InsO angefochten werden kann.

A. Rechtshandlung

Zunächst müsste eine anfechtbare Rechtshandlung gegeben sein. Anfechtbar sind grundsätzlich sowohl die Rechtshandlungen der an der Umwandlungsmaßnahme beteiligten Rechtsträger als auch eigene Rechtshandlungen des Schuldners.

I. Umwandlungsbeschluss, Registereintragung

Grundsätzlich anfechtbar sind zunächst alle Rechtshandlungen, die auch in der Insolvenz des formwechselnden Rechtsträgers anfechtbar sind.⁸⁸⁷ Potentiell anfechtbar sind somit der Umwandlungsbeschluss sowie die (Anmeldung zur) Registereintragung.⁸⁸⁸ Problematisch ist jedoch, dass die meisten Anfechtungstatbestände eine Rechtshandlung des Schuldners verlangen⁸⁸⁹, die genannten Rechtshandlungen aber allesamt dem formwechselnden Rechtsträger zuzurechnen sind.⁸⁹⁰ Relevanter werden daher die nachfolgenden Ausführungen zum Vorliegen einer Rechtshandlung des Schuldners sein.

II. Rechtshandlungen des Schuldners

Es soll somit geprüft werden, welche Rechtshandlungen des Schuldners im Rahmen eines Formwechsels angefochten werden können. Vorab sei auch hier zu sagen, dass die nachfolgende Aufzählung möglicher anfechtbarer Schuldnerhandlungen keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt. Welche Rechtshandlungen in der Insolvenz angefochten werden können, ist stets eine Frage des Einzelfalls, sodass nicht auszuschließen ist, dass im Rahmen eines Formwechsels weitere vom Schuldner stammende, anfechtbare Rechtshandlungen i.S.v. § 129 InsO vorliegen.

1. Stimmabgabe bzw. Stimmenthaltung

Als anfechtbare Rechtshandlung kommt auch im Rahmen einer Insolvenzanfechtung eines Formwechsels grundsätzlich die Stimmabgabe bzw. -enthaltung des Gesellschafters im Rahmen des Formwechselbeschlusses in Betracht. Diese stellt aber nur dann eine

⁸⁸⁷ S. hierzu § 15 A.

⁸⁸⁸ S. hierzu § 15 A.

⁸⁸⁹ S. §§ 133, 132, 134 InsO.

⁸⁹⁰ S. zur Zurechnung des Umwandlungsbeschlusses: S. zur GmbH: *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 47 Rn. 2, 3; *Drescher*, in: Münchkomm zum GmbHG, § 47 Rn. 7; s. zur AktG: *Drescher*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 241 Rn. 8.

anfechtbare Rechtshandlung i.S.v. § 129 Abs. 1 InsO dar, wenn sie kausal für den Formwechselbeschluss ist, was in der Regel der Fall ist, wenn es sich bei dem Schuldner um einen Mehrheitsgesellschafter handelt. Auch hier wird es jedoch auf die durch Gesetz und Satzung vorgesehenen Mehrheitserfordernisse im Einzelfall ankommen.⁸⁹¹

2. (Nicht-) Annahme des Angebotes auf Barabfindung

Eine weitere Rechtshandlung besteht zudem in der (Nicht-)Annahme des Angebots auf Barabfindung gemäß § 209 UmwG.

Nach § 207 Abs. 1 UmwG muss der formwechselnde Rechtsträger jedem Anteilsinhaber, der gegen den Umwandlungsbeschluss Widerspruch zur Niederschrift erklärt hat, den Erwerb seiner umgewandelten Anteile oder Mitgliedschaften gegen eine angemessene Barabfindung anbieten. Kann der Rechtsträger auf Grund seiner neuen Rechtsform eigene Anteile oder Mitgliedschaften nicht erwerben, so ist die Barabfindung für den Fall anzubieten, dass der Anteilsinhaber sein Ausscheiden aus dem Rechtsträger erklärt, § 207 Abs. 1 S. 2 UmwG. Die Pflicht zum Barabfindungsangebot gemäß § 207 UmwG ist ein Instrument des Minderheitenschutzes und soll in erster Linie gewährleisten, dass kein Anteilsinhaber gezwungen wird, die mit dem Wechsel in eine andere Rechtsform verbundene Änderung seiner Rechte und Pflichten hinzunehmen.⁸⁹²

Nimmt der Gesellschafter das Angebot an, kommt zwischen ihm und der Gesellschaft ein Barabfindungsvertrag zustande.⁸⁹³ Dieser Barabfindungsvertrag stellt ein schuldrechtliches Geschäft dar, durch das der formwechselnde Rechtsträger zur Leistung der Barabfindung Zug um Zug gegen Abtretung der Anteile oder Mitgliedschaften oder die Erklärung des Austritts aus dem Rechtsträger durch den Gesellschafter verpflichtet ist.⁸⁹⁴ Nimmt der Gesellschafter das Angebot innerhalb der Frist des § 209 S. 1 UmwG nicht an, verbleibt er in der Gesellschaft, verliert aber auch endgültig seinen potentiellen Anspruch auf bare Abfindung.⁸⁹⁵

Die Annahme des Barabfindungsangebots oder die Ausschlagung des Barabfindungsangebots mit der Folge des Verbleibs in der Gesellschaft entfalten rechtliche Wirkungen und stellen Rechtshandlungen i.S.v. § 129 Abs. 1 InsO dar.⁸⁹⁶

⁸⁹¹ Vgl. hierzu § 16 C.

⁸⁹² *Hoger*, in: Lutter, § 207 Rn. 1; *Drinhausen/Keinath*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 207 UmwG Rn. 2.

⁸⁹³ *Simons*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 207 Rn. 22, 33; *Meister/Klöcker/Berger*, in: Kallmeyer, UmwG, § 207 Rn. 42.

⁸⁹⁴ *Meister/Klöcker/Berger*, in: Kallmeyer, UmwG, § 207 Rn. 42; *Simon*, in: KK-UmwG, § 31 Rn. 13; *Simons*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 207 Rn. 23; für ein Ausscheiden mit Annahme des Barabfindungsangebotes: *Petersen*, in: KK-UmwG, § 209 Rn. 7.

⁸⁹⁵ *Althoff/Narr*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 209 Rn. 3; *Winter*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 209 Rn. 3; *Kalss*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 209 Rn. 2.

⁸⁹⁶ *Trencker*, S. 302 (für das österreichische Recht).

Kommt es zur Erfüllung des durch die Annahme des Barabfindungsangebots zustande gekommenen Barabfindungsvertrages, stellen auch die zur Erfüllung des Vertrages durch den Schuldner vorgenommenen Handlungen, also beispielsweise die Übertragung seines Gesellschaftsanteils auf den formwechselnden Rechtsträger, Rechtshandlungen gemäß § 129 Abs. 1 InsO dar.

Sofern der formwechselnde Rechtsträger dem Schuldner kein Angebot auf Barabfindung gemacht hat, weil dieser keinen Widerspruch zur Niederschrift erklärt hat, handelt es sich selbstverständlich auch bei dem Unterlassen der Widerspruchserklärung um eine Rechtshandlung i.S.v. § 129 Abs. 1 InsO.

Fast gleichlautende Vorschriften zum § 207 UmwG bestehen zudem für die Fälle, in denen ein Rechtsträger im Wege der Aufnahme auf einen Rechtsträger anderer Rechtsform oder eine börsennotierte Aktiengesellschaft auf eine nicht börsennotierte Aktiengesellschaft verschmolzen, aufgespalten oder abgespalten wird. In diesen Fällen hat der übernehmende Rechtsträger gemäß § 29 Abs. 1 UmwG (i.V.m. § 125 S. 1 UmwG) den Anteilsinhabern, die gegen den Umwandlungsbeschluss des übertragenden Rechtsträgers Widerspruch zur Niederschrift erklärt haben, ebenfalls den Erwerb ihrer Anteile oder Mitgliedschaften gegen eine angemessene Barabfindung anzubieten. Nehmen die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers das Angebot auf Barabfindung an oder lehnen sie es ab und verbleiben in der Gesellschaft, kann beides für die Gläubiger der Gesellschafter unter Umständen nachteilhaft sein. Da die gläubigerbenachteiligende Wirkung des Verbleibs in der Gesellschaft bzw. des Austritts aus der Gesellschaft jedoch primär von der Rechtsformänderung abhängt, soll die Insolvenzanfechtung der (Nicht-)Annahme des Angebots auf Barabfindung für alle Umwandlungsfälle gemeinsam im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen behandelt werden.

B. Gläubigerbenachteiligung

Fraglich ist, ob im Formwechsel auch eine Gläubigerbenachteiligung liegen kann.

An dem Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung kann gezweifelt werden, weil sich die Beteiligungsverhältnisse beim Formwechsel grundsätzlich nicht ändern. Allerdings werden die Gläubiger des Gesellschafters dann vom Formwechsel benachteiligt, wenn die Anteile des Gesellschafters schwerer zu verwerten sind als vor dem Formwechsel.⁸⁹⁷ Beispielsweise kann der Formwechsel einer börsennotierten AG in eine GmbH oder eine nicht börsennotierte AG gläubigerbenachteiligend sein. Denn GmbH-Anteile oder Anteile an einer nicht börsennotierten AG sind aufgrund des nachfrageschwachen Marktes schwerer zu verwerten, sodass es unter Umständen zu einer Verminderung des Verwertungserlöses kommt.⁸⁹⁸

⁸⁹⁷ *Trencker*, S. 304 (für das österreichische Recht).

⁸⁹⁸ *Trencker*, S. 304 (für das österreichische Recht).

Zu einer solchen Verminderung des Verwertungserlöses wird es dagegen seltener kommen, wenn eine GmbH in eine nicht börsennotierte AG (oder andersherum) umgewandelt wird.⁸⁹⁹

Ob ein Formwechsel zu einer schwereren Verwertbarkeit der Gesellschaftsanteile und damit zu einer Gläubigerbenachteiligung führt, ist eine Frage des Einzelfalls. In jedem Fall muss der Insolvenzverwalter konkrete Anhaltspunkte für eine erschwerte Verwertung vorbringen, um sich auf die Gläubigerbenachteiligung berufen zu können.⁹⁰⁰

C. Anfechtungsgegner

Fraglich ist zudem, wer im Falle der Insolvenzanfechtung eines Formwechsels der richtige Anfechtungsgegner ist.

Problematisch ist dies insbesondere deswegen, weil von der Erschwerung der Verwertungsmöglichkeiten zunächst niemand profitiert. Soll somit die Stimmabgabe des Schuldners angefochten werden (die ohnehin nur in wenigen Fällen kausal für die Gläubigerbenachteiligung ist), wird es an einem Anfechtungsgegner fehlen.

Anders ist die Lage zu beurteilen, wenn die Annahme oder Nicht-Annahme des Barangebots gemäß §§ 207, 209 UmwG oder das Unterlassen der Widerspruchserklärung zur Niederschrift angefochten wird. In diesem Fall ist es die formwechselnde Gesellschaft selbst, die entweder einen Anspruch auf Übertragung des Gesellschaftsanteils erwirbt (Annahme des Barabfindungsangebotes durch den Schuldner) oder von der Verpflichtung zur Leistung der Barabfindung befreit wird (Ausschlagung des Barabfindungsangebotes durch den Schuldner). Sie profitiert somit unter Umständen von der anfechtbaren Rechtshandlung und ist die richtige Anfechtungsgegnerin.

D. Anfechtungstatbestände

Da bei den hier behandelten anfechtbaren Rechtshandlungen nur im Rahmen der Anfechtung der (Nicht-)Annahme des Barabfindungsangebotes gemäß §§ 207, 209 UmwG ein Anfechtungsgegner existiert, wird anschließend nur untersucht, was für Anfechtungstatbestände bei der Anfechtung der Annahme bzw. Nicht-Annahme des Barabfindungsangebotes verwirklicht werden könnten.

I. Deckungsanfechtung (§§ 130, 131 InsO)

Fraglich ist, ob im Rahmen der (Nicht-)Annahme des Barabfindungsangebotes gemäß §§ 207, 209 UmwG eine Deckungshandlung gegeben ist.

⁸⁹⁹ *Trencker*, S. 304 (für das österreichische Recht).

⁹⁰⁰ *Trencker*, S. 304 (für das österreichische Recht).

Wenn der Schuldner das Angebot auf Barabfindung annimmt, kommt zwischen ihm und dem formgewechselten Rechtsträger mit Zugang der Annahmeerklärung ein zweiseitig verpflichtender Barabfindungsvertrag zustande.⁹⁰¹ Aufgrund dieses Barabfindungsvertrages ist der formgewechselte Rechtsträger verpflichtet, dem Schuldner die Barabfindung zu bezahlen. Gleichzeitig ist der Schuldner verpflichtet, seinen Anteil auf den formgewechselten Rechtsträger zu übertragen bzw. seinen Austritt aus der Gesellschaft zu erklären.⁹⁰²

Überträgt er seinen Gesellschaftsanteil, stellt dies die Befriedigung des Anspruchs aus dem Barabfindungsvertrages, mithin eine Deckungshandlung dar, die grundsätzlich gemäß §§ 130, 131 InsO angefochten werden kann.

Nimmt der Schuldner das Barabfindungsangebot gemäß §§ 207, 209 UmwG dagegen nicht an oder erklärt schon keinen Widerspruch zur Niederschrift, ist eine Anfechtung nach den §§ 130, 131 InsO mangels Vorliegen einer Deckungshandlung nicht möglich.

II. Unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen (§ 132 InsO)

Zudem könnte auch ein unmittelbar nachteiliges Rechtsgeschäft i.S.v. § 132 Abs. 1 InsO vorliegen.

Der zwischen Schuldner und Gesellschaft mit Annahme des Barabfindungsangebotes zustandegekommene Barabfindungsvertrag stellt grundsätzlich ein Rechtsgeschäft i.S.v. § 132 Abs. 1 InsO dar. Die daraus entstehende Verpflichtung zur Rückübertragung der Gesellschaftsanteile auf den formwechselnden Rechtsträger führt aber nur selten zu einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung. Denn die Rückübertragung wird für die Gläubiger in der Regel erst durch Hinzutreten weiterer Umstände, beispielsweise ein sodann florierendes Geschäft, nachteilhaft sein.

Nimmt der Schuldner das Barabfindungsangebot nicht an und ist dies für seine Gläubiger nachteilhaft, weil der Gesellschaftsanteil aufgrund des Formwechsels nicht mehr so gut verwertbar ist, kann dies grundsätzlich nach § 132 Abs. 2 InsO angefochten werden. Denn das Unterlassen der Nichtannahme des Barabfindungsangebots stellt grundsätzlich eine andere Rechtshandlung des Schuldners dar, durch die dieser den Anspruch auf Barabfindung verliert, § 209 S. 1 UmwG. Eine unmittelbare Benachteiligung ist nach richtiger Auffassung i.R.v. § 132 Abs. 2 InsO gerade nicht erforderlich.⁹⁰³

⁹⁰¹ *Simons*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 207 Rn. 22, 33; *Meister/Klöcker/Berger*, in: Kallmeyer, UmwG, § 207 Rn. 42.

⁹⁰² *Simons*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 207 Rn. 22, 33; *Meister/Klöcker/Berger*, in: Kallmeyer, UmwG, § 207 Rn. 42.

⁹⁰³ *Dauernheim*, in: FK-InsO, § 132 Rn. 9; *Thole*, in: Kayser/Thole, InsO, § 132 Rn. 10; *Kayser*, in: Münchkomm zur InsO, § 132 Rn. 27; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 132 Rn. 37; *Ede/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 132 Rn. 14; *Ganter/Weinland*, in: Schmidt, InsO, § 132 Rn. 49; a.A.: *de Bra*, in: Braun, InsO, § 132 Rn. 20; *Eckardt*, ZIP 1999, 1734, 1742.

Ebenso ist ein Unterlassen der Erklärung eines Widerspruchs zur Niederschrift grundsätzlich nach § 132 Abs. 2 InsO anfechtbar, da auch dies zur Folge hat, dass der Schuldner den Anspruch auf Barabfindung verliert. Auch hier müssen jedoch selbstverständlich die subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen gemäß § 132 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 InsO gegeben sein und bewiesen werden, was unter Umständen Schwierigkeiten bereiten kann.

III. Vorsätzliche Benachteiligung (§ 133 InsO)

Die genannten Rechtshandlungen können zudem auch dem Insolvenzanfechtungstatbestand der vorsätzlichen Benachteiligung gemäß § 133 InsO unterliegen.⁹⁰⁴ Hier liegen die subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen aber selten vor.

Der Benachteiligungsvorsatz des Schuldners im Falle der Gläubigerbenachteiligung durch das Unterlassen der Annahme des Barabfindungsgebotes ist beispielsweise nur dann möglich, wenn der Gesellschafter weiß, dass sein Gesellschaftsanteil in Folge der Umwandlung schwerer zu verwerten ist. Auch die Kenntnis des formgewechselten Rechtsträgers vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners ist selten gegeben, weil der formgewechselte Rechtsträger in der Regel keine Kenntnis von der wirtschaftlichen Situation des Gesellschafters hat. Lediglich in Konzernkonstellationen kann die Kenntnis des Anfechtungsgegners von der wirtschaftlichen Situation des Schuldners zu bejahen sein.

IV. Unentgeltliche Leistung (§ 134 InsO)

Auch der Anfechtungstatbestand der unentgeltlichen Leistung gemäß § 134 InsO kommt nur in Ausnahmekonstellationen in Betracht.

Eine unentgeltliche Leistung i.S.v. § 134 InsO wird grundsätzlich nur dann vorliegen, wenn der Schuldner das Angebot auf Barabfindung annimmt (und die Angemessenheit anschließend nicht im Spruchverfahren überprüfen lässt), obwohl die Barabfindung nicht dem Wert seines Gesellschaftsanteils entspricht. Denn in diesem Fall hat die formgewechselte Gesellschaft für den Gesellschaftsanteil keinen ausgleichenden Gegenwert erbracht. Werden die Gläubiger dadurch benachteiligt, dass der Schuldner das Barabfindungsangebot nicht annimmt, weil der Gesellschaftsanteil durch die neue Rechtsform schwerer zu verwerten ist, liegt darin dagegen keine unentgeltliche Leistung i.S.v. § 134 InsO.

E. Anfechtungsfolgen

Rechtsfolge der Anfechtung der (Nicht-)Annahme des Angebots auf Barabfindung gemäß §§ 207, 209 UmwG ist grundsätzlich die Rückgewähr des durch die anfechtbare

⁹⁰⁴ So auch *Keller/Klett*, DB 2010, 1220, 1225.

Rechtshandlung veräußerten, weggegebenen oder aufgegebenen Vermögenswertes in natura, § 143 Abs. 1 S. 1 InsO.

Wird die Nichtannahme des Angebotes auf Barabfindung angefochten, ist somit die gemäß § 207 UmwG angebotene Barabfindung Zug um Zug gegen Übertragung des Geschäftsanteils (§ 144 InsO) in die Insolvenzmasse zu zahlen.

Wird die Annahme des Angebotes sowie die Übertragung des Gesellschaftsanteils bzw. der Austritt aus der Gesellschaft angefochten, ist der übertragene Gesellschaftsanteil nach den oben genannten Grundsätzen an den Schuldner zurückzuübertragen. Da durch die Anteilsgewährung der Formwechsel an sich nicht rückgängig gemacht wird, steht der umwandlungsrechtliche Bestandsschutz gemäß § 202 Abs. 3 UmwG dem grundsätzlich nicht entgegen. Ist die Rückübertragung im Einzelfall tatsächlich oder rechtlich unmöglich, ist gemäß § 143 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB Wertersatz zu leisten und zwar in der Höhe, die der übertragene Gesellschaftsanteil im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der letzten Tatsacheninstanz des Anfechtungsprozesses wert ist.⁹⁰⁵ Die bereits geleistete Barabfindung ist in diesen Fällen nach § 144 Abs. 2 InsO zurückzugewähren.

F. Zusammenfassendes Ergebnis

Im Ergebnis stellen im Rahmen eines Formwechsels in der Insolvenz eines Gesellschafters insbesondere die Annahme bzw. das Ausschlagen des Angebots auf Barabfindung gemäß §§ 207, 209 UmwG anfechtbare Rechtshandlungen i.S.v. § 129 InsO dar. Insbesondere das Ausschlagen des Angebots auf Barabfindung mit der Folge des Verbleibs in der formgewechselten Gesellschaft kann gläubigerbenachteiligend sein, wenn der Gesellschaftsanteil des Schuldners aufgrund der geänderten Rechtsform schwerer zu verwerten ist als vor dem Formwechsel. Richtiger Anfechtungsgegner ist der formgewechselte Rechtsträger, da dieser von der Verpflichtung zur Zahlung der Barabfindung befreit wurde (Ausschlagung des Barabfindungsangebotes) bzw. den Gesellschaftsanteil des Schuldners erlangte (Annahme des Barabfindungsangebotes). Rechtsfolge der Anfechtung ist entweder ein Anspruch des Schuldners gegen den formgewechselten Rechtsträger auf Leistung der Barabfindung oder ein Anspruch auf Rückübertragung des Gesellschaftsanteils.

⁹⁰⁵ S. zum maßgeblichen Zeitpunkt der Wertbemessung: BGH, Urt. v. 14.12.1983 – VIII ZR 352/82, NJW 1984, 1557, 1559; *Thole*, in: Kayser/Thole, InsO, § 143 Rn. 26; *Mohr*, in: KK-InsO, § 143 Rn. 119; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 143 Rn. 40; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 143 Rn. 32; *Kirchhof/Piekenbrock*, in: Münchkomm zur InsO, § 143 Rn. 114; *Büteröwe*, in: Schmidt, InsO, § 143 Rn. 29; *Riggert*, in: Braun, InsO, § 143 Rn. 14.

A. Einleitung

Ebenso wie im Rahmen der Insolvenz einer an der Umwandlungsmaßnahme beteiligten Gesellschaft stellt sich in der Insolvenz auf Gesellschafterebene die Frage, inwiefern die Vorschriften des Umwandlungsrechts in ihrem Anwendungsbereich *lex specialis* sind und die Insolvenzanfechtung sperren. Zwar greifen im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Anteilsinhaber die §§ 22, 23, 125 S. 1, 133 UmwG nicht, allerdings sieht das Umwandlungsgesetz insbesondere im Falle einer unrichtigen Unternehmensbewertung mit dem Spruchverfahren ein spezielles Rechtsschutzverfahren vor.

Ein Vorgehen im Spruchverfahren steht den Anteilsinhabern in folgenden Fällen zur Verfügung:

Ist im Falle einer Verschmelzung das Umtauschverhältnis zwischen Anteilen des übertragenden und Anteilen des übernehmenden Rechtsträgers zu niedrig bemessen oder ist die Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger kein ausreichender Gegenwert für den Anteil oder die Mitgliedschaft bei einem übertragenden Rechtsträger, so kann nach § 15 Abs. 1 UmwG jeder Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers von dem übernehmenden Rechtsträger einen Ausgleich durch bare Zuzahlung verlangen. Eine Klage gegen die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses mit der Begründung, das Umtauschverhältnis sei nicht angemessen, ist dagegen gemäß § 14 Abs. 2 UmwG ausgeschlossen. Die angemessene Zuzahlung wird auf Antrag durch das Gericht nach den Vorschriften des Spruchverfahrensgesetzes bestimmt, § 15 Abs. 1 S. 2. Gleiches gilt aufgrund der Verweisungsvorschrift des § 125 UmwG für ein unangemessenes Umtauschverhältnis zwischen Anteilen am übertragenden und Anteilen am übernehmenden Rechtsträger im Rahmen einer Auf- oder Abspaltung.⁹⁰⁶ Ebenso kann jeder Anteilsinhaber, der von einem Formwechsel betroffen ist und dessen Anteil an dem Rechtsträger neuer Rechtsform zu niedrig bemessen ist, gemäß § 196 UmwG von dem Rechtsträger einen Ausgleich durch bare Zuzahlung verlangen, der auf Antrag durch das Gericht nach den Vorschriften des Spruchverfahrensgesetzes bestimmt wird.

Ein Vorgehen im Spruchverfahren kommt im Rahmen eines Formwechsels zudem in einer weiteren Konstellation in Betracht: Führt ein Rechtsträger einen Formwechsel durch, hat dieser jedem Anteilsinhaber, der gegen den Umwandlungsbeschluss Widerspruch zur Niederschrift erklärt, den Erwerb seiner umgewandelten Anteile oder Mitgliedschaften gegen eine angemessene Barabfindung anzubieten, § 207 Abs. 1 UmwG. Macht ein Anteilsinhaber nun geltend, dass die Barabfindung gemäß § 207 Abs. 1 UmwG zu niedrig bemessen sei, kann er ebenfalls beantragen, dass nach den Vorschriften des

⁹⁰⁶ *Galla/Müller*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 125 Rn. 4, 6; *Schwanna*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 125 Rn. 5.

Spruchverfahrensgesetzes gerichtlich eine angemessene Barabfindung bestimmt wird, § 212 S. 1 UmwG.

Ein Vorgehen im Rahmen des Spruchverfahrens sieht das UmwG auch für den Fall vor, in welchem der Rechtsträger auf einen Rechtsträger anderer Rechtsform verschmolzen, abgespalten oder aufgespalten wird, der übernehmende Rechtsträger den dem Verschmelzungsbeschluss widersprechenden Anteilsinhabern den Erwerb ihrer Anteile gegen eine Barabfindung angeboten hat und die Barabfindung zu niedrig bemessen ist, § 29 Abs. 1 (i.V.m. § 125 S. 1) UmwG. In diesem Fall hat der Anteilsinhaber ebenfalls die Möglichkeit, eine angemessene Barabfindung gerichtlich nach den Vorschriften des Spruchverfahrensgesetzes bestimmen zu lassen, § 34 (i.V.m. § 125 S. 1) UmwG.

Hinsichtlich der Frage des Verhältnisses zwischen Anfechtungsprozess und Spruchverfahren ist in den dargestellten Fällen zwischen zwei Zeiträumen zu unterscheiden, nämlich zwischen dem Zeitraum vor Ablauf der 3-Monatsfrist des § 4 Abs. 1 Nr. 4 SpruchG und dem Zeitraum nach Ablauf der 3-Monatsfrist.

Meldet der Gesellschafter im erstgenannten Zeitraum Insolvenz an, geht das Antragsrecht zur Einleitung des Spruchverfahrens gemäß § 3 S. 1 Nr. 3 i.V.m. § 1 Nr. 4 SpruchG nach § 80 Abs. 1 InsO auf den Insolvenzverwalter über.⁹⁰⁷ Der Insolvenzverwalter ist fortan berechtigt, ein unangemessenes Umtauschverhältnis zwischen Anteilen am übertragenden und Anteilen am übernehmenden Rechtsträger oder eine zu niedrig bemessene Barabfindung im Spruchverfahren geltend zu machen. Unter Umständen steht ihm aber auch die Möglichkeit offen, die Stimmabgabe des Schuldners im Rahmen des Zustimmungsbeschlusses zur Umwandlung anzufechten, jedenfalls dann, wenn die Stimmabgabe des Schuldners kausal für die Umwandlungsmaßnahme war.⁹⁰⁸ Hier stellt sich die Frage, ob der Insolvenzverwalter die freie Wahl zwischen Anstrengung des Spruchverfahrens und einem Anfechtungsprozess hat, oder aber ob er auf die Einleitung des Spruchverfahrens beschränkt ist.⁹⁰⁹ Fraglich ist zudem, ob die Durchführung eines Anfechtungsprozesses oder die Anstrengung eines Spruchverfahrens zweckmäßiger ist.⁹¹⁰

Für den Zeitraum nach Ablauf der 3-Monats-Frist ist zu prüfen, ob dem Insolvenzverwalter trotz Ablaufs der Frist zur Einleitung des Spruchverfahrens noch die Insolvenzanfechtung zur Verfügung steht.⁹¹¹

B. Überblick über das Spruchverfahren

Das Spruchverfahren ist ein gerichtliches Verfahren „sui generis“⁹¹², in dem nicht Rechtmäßigkeit und Bestand der zugrundeliegenden gesellschaftsrechtlichen

⁹⁰⁷ Brünkmans, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 135.

⁹⁰⁸ S. hierzu § 16 A II 1, C.

⁹⁰⁹ S. hierzu § 19 C I.

⁹¹⁰ S. hierzu § 19 C II.

⁹¹¹ S. hierzu § 19 D.

⁹¹² Schüppen, in: Schüppen/Schaub, MAhdb Aktienrecht, § 40 Rn. 1.

Umstrukturierungsmaßnahme, sondern nur die dem Gesellschafter hierfür gewährte Kompensation überprüft wird.⁹¹³ Verfahrensrechtlich handelt es sich im Prinzip um ein Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit vor der Kammer für Handelssachen, das zahlreiche prozessuale Besonderheiten, insbesondere die weitgehende Einschränkung des Amtsermittlungsgrundsatzes, aufweist.⁹¹⁴

Die wichtigsten Anwendungsfälle des Spruchverfahrens sind in § 1 SpruchG aufgezählt.⁹¹⁵ Für den hier relevanten Fall der Bestimmung der Zuzahlung an oder der Barabfindung von Anteilsinhabern anlässlich der Umwandlung von Rechtsträgern (§ 1 Nr. 4 SpruchG) können die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers 3 Monate nach Bekanntmachung der Eintragung der Umwandlung in das Register einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung stellen, § 4 Abs. 1 Nr. 4 UmwG. Antragsgegner ist gemäß § 5 Nr. 4 SpruchG der übernehmende Rechtsträger (Umwandlung zur Aufnahme), der neue Rechtsträger (Umwandlung zur Neugründung) oder der Rechtsträger neuer Rechtsform (Formwechsel).

Die Entscheidung im Spruchverfahren wirkt sodann für und gegen alle Anteilsinhaber (§ 13 SpruchG). Die erga-omnes-Wirkung erreicht eine Verfahrenskonzentration, dient aber auch der Gleichbehandlung sowie dem Schutz der Anteilseigner, indem sie die eigene Antragstellung und Prozessbeteiligung aller Anteilseigner entbehrlich macht.⁹¹⁶ Wegen dieser Wirkung der Entscheidung auch für die nicht antragstellenden und damit nicht formell verfahrensbeteiligten Anteilsinhaber sieht § 6 SpruchG die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters durch das Gericht vor.⁹¹⁷ Dieser hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters für alle nicht am Verfahren beteiligten Anteilsinhaber und muss deren Interessen berücksichtigen.⁹¹⁸ Der gemeinsame Vertreter – nicht zu verwechseln mit dem besonderen Vertreter gemäß § 26 UmwG – ist formell verfahrensbeteiligter und kann innerhalb des von den Antragstellern eingebrachten Gegenstandes Anträge stellen und grundsätzlich sämtliche Prozesshandlungen vornehmen.⁹¹⁹ Nach § 6 Abs. 3 SpruchG kann der gemeinsame Vertreter das Verfahren auch nach Rücknahme aller Anträge fortführen.

Entscheidungen im Spruchverfahren haben lediglich feststellende Wirkung, sind also keine Vollstreckungstitel.⁹²⁰ Um vollstrecken zu können, müssen die Anteilsinhaber

⁹¹³ *Schüppen*, in: Schüppen/Schaub, MAhdb Aktienrecht, § 40 Rn. 1.

⁹¹⁴ *Simons*, in: Hölter, AktG, § 17 SpruchG Rn. 2; *Schüppen*, in: Schüppen/Schaub, MAhdb Aktienrecht, § 40 Rn. 2.

⁹¹⁵ Näher zu den in § 1 SpruchG aufgezählten Anwendungsfällen: *Wasmann*, in: KK-AktG, § 1 SpruchG Rn. 3 ff.

⁹¹⁶ *Steinle/Liebert/Katzenstein*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 7, § 34 Rn. 4.

⁹¹⁷ *Kubis*, in: Münchkomm zum AktG, § 6 SpruchG Rn. 1; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 6 SpruchG Rn. 1; *Simons*, in: Hölter, AktG, § 6 SpruchG Rn. 1; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 6 SpruchG Rn. 1.

⁹¹⁸ *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 6 SpruchG Rn. 6; *Weingärtner*, in: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, § 6 SpruchG Rn. 8; *Simons*, in: Hölter, AktG, § 6 SpruchG Rn. 26; *Jaspers*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 6 SpruchG Rn. 12.

⁹¹⁹ *Jaspers*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 6 SpruchG Rn. 12; *Simons*, in: Hölter, AktG, § 6 SpruchG Rn. 26; *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 6 SpruchG Rn. 16.

⁹²⁰ *Mennicke*, in: Lutter, UmwG, § 13 SpruchG Rn. 5; *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 13 SpruchG Rn. 6; *Krenek*, in: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, § 13 SpruchG Rn. 10; *Kubis*, in: Münchkomm zum AktG, § 13 SpruchG Rn. 4.

grundsätzlich zuerst einen Leistungstitel gegen den Antragsgegner erwirken.⁹²¹ Das Gericht der Leistungsklage ist allerdings gemäß § 13 S. 2 SpruchG an die Entscheidung im Spruchverfahren gebunden.⁹²²

C. Die Frist des § 4 Abs. 1 SpruchG ist noch nicht abgelaufen

Sofern die Frist des § 4 Abs. 1 SpruchG zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht abgelaufen ist, kann der Insolvenzverwalter zunächst selbst eine unrichtige Unternehmensbewertung im Spruchverfahren geltend machen, da das Antragsrecht zur Einleitung des Spruchverfahrens gemäß § 3 S. 1 Nr. 3 i.V.m. § 1 Nr. 4 SpruchG nach § 80 Abs. 1 InsO auf ihn übergeht.⁹²³ Werden die Gläubiger durch die unrichtige Unternehmensbewertung benachteiligt, weil das Umtauschverhältnis zwischen Anteilen am übertragenden und Anteilen am übernehmenden Rechtsträgers nicht angemessen war, stellt sich die Frage, ob daneben auch die Möglichkeit besteht, die für die Gläubigerbenachteiligung kausale Stimmabgabe des Schuldners im Rahmen des Zustimmungsbeschlusses zur Umwandlungsmaßnahme anzufechten.

I. Das Verhältnis zwischen Spruchverfahren und Anfechtungsprozess

Sofern die Stimmabgabe des Schuldners im Rahmen des Umwandlungsbeschlusses kausal für die Gläubigerbenachteiligung ist, kann der Insolvenzverwalter diese grundsätzlich nach den §§ 129 ff. InsO anfechten. Als Folge der Insolvenzanfechtung wäre der Masse grundsätzlich der vor der Umwandlungsmaßnahme bestehende Geschäftsanteil zurückzugewähren. Da dies aufgrund des umwandlungsrechtlichen Bestandsschutzes (§§ 20 Abs. 2, 131 Abs. 2 UmwG) rechtlich unmöglich ist, ist stattdessen Wertersatz für die infolge der Umwandlung entstehende Wertverschlechterung des Geschäftsanteils zu leisten. Die Möglichkeit der Anfechtung der Stimmabgabe besteht selbst dann, wenn der Insolvenzverwalter (immer noch) die Möglichkeit hat, die Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses im Spruchverfahren geltend zu machen. Die Vorschriften der §§ 15, 125, 196 UmwG sind somit nicht *lex specialis* im Vergleich zur Insolvenzanfechtung. Wie auch schon bezüglich des Verhältnisses der Insolvenzanfechtung zu den §§ 22, 23, 125 S. 1, 133 UmwG ausgeführt⁹²⁴, haben Spruchverfahren und Insolvenzanfechtung völlig verschiedene Zwecke und Voraussetzungen, was ein *lex-specialis*-Verhältnis ausschließt.

Es entspricht zudem gängiger Meinung, dass sonstige gesellschaftsrechtlich veranlasste Ansprüche, wie beispielsweise die gesellschaftsrechtliche Beschlussanfechtung, selbständig und unabhängig neben Insolvenzanfechtungsansprüchen stehen.⁹²⁵ Es gibt

⁹²¹ *Kubis*, in: Münchkomm zum AktG, § 13 SpruchG Rn. 4; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 13 SpruchG Rn. 3; *Goslar/Wilsing*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 13 SpruchG Rn. 6; *Krenek*, in: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, § 13 SpruchG Rn. 10.

⁹²² *Mennicke*, in: Lutter, UmwG, § 13 SpruchG Rn. 5; *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 13 SpruchG Rn. 6; *Kubis*, in: Münchkomm zum AktG, § 13 SpruchG Rn. 4.

⁹²³ *Brünkmans*, in: MHdb des Gesellschaftsrechts, Band 8, § 45 Rn. 135.

⁹²⁴ S. § 4 C.

⁹²⁵ *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 378 ff.

insofern keinen Geltungsvorrang des Gesellschafts- oder Umwandlungsrechts, aufgrund dessen die Insolvenzanfechtung ausgeschlossen wäre.⁹²⁶

Wie nachfolgend aufgezeigt wird, ist die Durchführung eines Anfechtungsprozesses somit nicht nur zulässig, sondern kann in vielen Fällen sogar vorteilhafter als die Durchführung eines Spruchverfahrens sein.

II. Unterschiede zwischen Insolvenzanfechtung und Spruchverfahren

Sowohl die Insolvenzanfechtung als auch ein Antrag im Spruchverfahren führen de facto dazu, dass die infolge der Umwandlung eingetretene Wertverschlechterung des Gesellschaftsanteils des Schuldners durch einen zu zahlenden Wertersatz ausgeglichen wird. Sowohl ein erfolgreicher Anfechtungsprozess als auch ein erfolgreiches Spruchverfahren haben somit einen Wertersatzanspruch zur Folge. Im Rahmen des Spruchverfahrens folgt der Anspruch auf bare Zuzahlung bereits aus dem Gesetz (§§ 15, 125, 196 UmwG). Im Falle der Insolvenzanfechtung folgt der Wertersatzanspruch daraus, dass eine Wiederherstellung der Beteiligungsverhältnisse vor der Umwandlungsmaßnahme aufgrund des umwandlungsrechtlichen Bestandsschutzes rechtlich unmöglich ist.⁹²⁷ Trotz des scheinbaren Gleichlaufs bestehen zwischen Spruchverfahren und Anfechtungsprozess folgende erhebliche Unterschiede:

1. Begrenzung der Durchsetzbarkeit des Wertersatzanspruchs

Der Wertersatzanspruch gemäß § 143 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB und der Anspruch auf eine angemessene bare Zuzahlung gemäß §§ 15, 125, 196 UmwG unterscheiden sich zum einen in der Hinsicht, dass Letzterer – anders als der insolvenzanfechtungsrechtliche Wertersatzanspruch – der Höhe nach auf das freie Vermögen beschränkt ist.

a) *Beschränkung des Ausgleichsanspruchs auf das freie Vermögen*

Im Ergebnis kann der Ausgleichsanspruch gemäß den §§ 15, 125, 196 UmwG durch die Kapitalerhaltungsvorschriften gehemmt werden.

aa) *Meinungsbild*

Ein Teil des Schrifttums⁹²⁸ will dem Recht auf bare Zuzahlung Vorrang vor den Kapitalschutzbestimmungen einräumen. Der Anspruch auf bare Zuzahlung bestehe

⁹²⁶ *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 378; vgl. auch OLG Celle, Urt. v. 16.12.2010 – 13 U 98/10, NZI 2011, 115; s. zum Verhältnis zwischen Insolvenzanfechtung und § 64 S. 1 GmbHG auch *Haas/Kolmann/Kurz*, in: Gottwald/Haas, Insolvenzrechts-Hdb, § 90 Rn. 211 f.

⁹²⁷ S. § 4 B IV.

⁹²⁸ *Böttcher*, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 15 Rn. 8; *Winter*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 15 Rn. 28 ff., § 196 Rn. 16; vgl. auch *Simon*, in: KK-UmwG, § 15 Rn. 13 ff., der vertritt, dass eine Verletzung der Kapitalerhaltungsvorschriften durch Leistung der Barzuzahlung von vornherein ausscheide.

demnach unabhängig davon, ob die Auszahlung das Stammkapital der Gesellschaft angreife.⁹²⁹

Nach überwiegender Meinung⁹³⁰ setzen die Vorschriften der §§ 15, 34, 212 UmwG die Kapitalschutzvorschriften zum Schutz der Gläubiger der Gesellschaft aber nicht außer Kraft. Der Anspruch auf bare Zuzahlung sei daher der Höhe nach auf das freie Vermögen beschränkt. Fraglich ist sodann, ob die genannte „Beschränkung“ durch die Kapitalschutzvorschriften zu einer (dauerhaften) materiellen Kürzung des Anspruchs⁹³¹ oder aber nur zu einer Begrenzung der Durchsetzbarkeit führt.⁹³² Vertreter des erstgenannten Meinungsspektrums gehen davon aus, dass der Anspruch auf bare Zuzahlung nur in der Höhe bestehe, in dem der betroffene Rechtsträger im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung im Spruchverfahren freie Mittel zur Verfügung habe.⁹³³ Die Mehrzahl der Stimmen in der Literatur sind dagegen der Meinung, dass das Kapitalerhaltungsprinzip nicht zu einer materiell-rechtlichen Kürzung des Anspruchs führe, sondern dass die Durchsetzbarkeit des Anspruchs so lange gehemmt sei, bis die Gesellschaft genügend freie Mittel zur Verfügung habe.⁹³⁴

bb) Stellungnahme

Der herrschenden Ansicht ist zuzustimmen. Es gibt keinen Grund, die Erfüllung des Anspruchs auf bare Zuzahlung nicht unter den Anwendungsbereich der Kapitalerhaltungsvorschriften zu fassen. Der durch die Kapitalerhaltungsvorschriften normierte Gläubigerschutz soll auch im Falle eines unangemessenen Umtauschverhältnisses im Rahmen von Umwandlungen Vorrang vor dem internen Ausgleich zwischen den Anteilshabern der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger haben. Die Gläubiger der beteiligten Rechtsträger sind auf die gläubigerschützenden Vorschriften des allgemeinen Gesellschaftsrechts (wozu auch die Kapitalerhaltungsvorschriften zählen) gerade deswegen besonders angewiesen, weil der Gläubigerschutz durch das Umwandlungsrecht unzureichend ist. So wird über die bare Zuzahlung nach § 13 UmwG beispielsweise erst zu einem Zeitpunkt entschieden, in dem die 6-Monats-Frist des § 22 Abs. 1 UmwG, innerhalb derer die Gläubiger Sicherheit verlangen können, in der Regel bereits abgelaufen ist.⁹³⁵

⁹²⁹ Böttcher, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, § 15 Rn. 8; Winter, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 15 Rn. 28 ff., § 196 Rn. 16; vgl. auch Simon, in: KK-UmwG, § 15 Rn. 13 ff., der vertritt, dass eine Verletzung der Kapitalerhaltungsvorschriften durch Leistung der Barzuzahlung von vornherein ausscheide.

⁹³⁰ Gehling, in: Semler/Stengel, UmwG, § 15 Rn. 23a; Decher, in: Lutter, UmwG, § 15 Rn. 9; Vetter, ZHR 168 (2004) 8, 19 f.; Ihrig, ZHR 160 (1996) 317, 336; ders., GmbHR 1995, 622, 632; Bayer, ZHR 172 (2008) 24, 32; Phillipp, AG 1998, 264, 269 f.; Hoger, AG 2008, 149, 158; wohl auch Meister/Klöcker/Berger, in: Kallmeyer, UmwG, § 196 Rn. 18.

⁹³¹ So wohl Bork, in: Lutter, UmwG, 4. Aufl. 2009, § 15 Rn. 5.

⁹³² Marsch-Barner/Oppenhoff, in: Kallmeyer, UmwG, § 15 Rn. 2; Junker, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 15 Rn. 7; Bayer, ZHR 172 (2008) 24, 32; Hoger, AG 2008, 149, 158; Vetter, ZHR 168 (2004) 8, 42.

⁹³³ So wohl Bork, in: Lutter, UmwG, 4. Aufl. 2009, § 15 Rn. 5.

⁹³⁴ Junker, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 15 Rn. 7; Bayer, ZHR 172 (2008) 24, 32; Hoger, AG 2008, 149, 158; Vetter, ZHR 168 (2004) 8, 42.

⁹³⁵ Vetter, ZHR 168 (2004) 8, 20.

Das bedeutet jedoch nicht, dass die Kapitalschutzvorschriften zu einer materiellen Kürzung des Anspruchs führen. Letzteres wäre auch schon deswegen bedenklich, weil der Ausgleichsanspruch verfassungsrechtlich in der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG verankert ist.⁹³⁶ Es ist deswegen überzeugend, lediglich die Durchsetzbarkeit des Ausgleichsanspruchs durch die Kapitalschutzvorschriften zu begrenzen. Der Ausgleichsanspruch ist demnach so lange gehemmt, bis der Gesellschaft wieder freies Kapital zur Verfügung steht.

b) Keine Hemmung des Wertersatzanspruchs gemäß § 143 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB durch die Kapitalerhaltungsvorschriften

Der Wertersatzanspruch gemäß § 143 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB wird dagegen nicht durch die Kapitalerhaltungsvorschriften gehemmt.⁹³⁷ Vielmehr kann der Insolvenzverwalter den Wertersatzanspruch auch dann durchsetzen, wenn dadurch das Stammkapital der betroffenen Gesellschaft berührt wird. Denn Sinn und Zweck der Insolvenzanfechtung ist es, die volle Beeinträchtigung der Befriedigungsrechte der Gläubiger des Insolvenzschuldners zu beseitigen. Einschränkungen aufgrund einer etwaigen Beeinträchtigung der Interessen des Anfechtungsgegners oder der Gläubiger des Anfechtungsgegners erfolgen grundsätzlich nicht. Nur im Falle einer Doppelin solventz, also in dem Fall, in dem sowohl der Schuldner als auch der Anfechtungsgegner insolvent sind, werden die Interessen der Gläubiger des Anfechtungsgegners insofern geschützt, als der Wertersatzanspruch gemäß § 143 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB eine bloße Insolvenzforderung darstellt.⁹³⁸

2. Zeitpunkt der Berechnung des Wertersatzanspruchs

Ein weiterer wesentlicher Unterschied besteht hinsichtlich des Zeitpunktes der Wertbemessung.

a) Ausgleichsanspruch gemäß §§ 15, 125, 196 UmwG

Die Höhe des Ausgleichs gemäß §§ 15, 125, 196 UmwG ergibt sich aus einem Vergleich des Wertes der Anteile am übertragenden Rechtsträger mit dem Wert der als Gegenleistung erhaltenen Anteile am übernehmenden Rechtsträger einschließlich etwaiger im Umwandlungsvertrag festgesetzter barer Zuzahlungen.⁹³⁹ Beim Formwechsel ergibt sich die Höhe des Ausgleichs aus einem Vergleich des Wertes der Anteile am Rechtsträger vor dem Formwechsel mit dem Wert der am Rechtsträger neuer Rechtsform gewährten

⁹³⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.05. 2007 – 1 BvR 1267/06, NJW 2007, 3266; so auch *Rieckers/Cloppenburg*, beck-online. GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 15 Rn. 20.

⁹³⁷ Vgl. *Trencker*, S. 292 (für das österreichische Recht).

⁹³⁸ *Brinkmann*, in: Uhlenbruck, InsO, § 47 Rn. 65.

⁹³⁹ *Rieckers/Cloppenburg*, in: Beck-online.GROSSKOMMENTAR, UmwG, § 15 Rn. 15.

Anteilen.⁹⁴⁰ Der Wertvergleich der Anteile erfolgt dabei auf Basis des Unternehmenswertes der beteiligten Rechtsträger zum Bewertungsstichtag, also zum Tag der Versammlung der Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers, die über die Umwandlung Beschluss fassen.⁹⁴¹

b) *Wertersatzanspruch gemäß § 143 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB*

Besteht ein Wertersatzanspruch gemäß § 143 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB ist nach § 251 Abs. 1 BGB der wirkliche Wert in Geld zu ersetzen, den der Anfechtungsgegenstand selbst für die Insolvenzmasse haben würde, wenn die anfechtbare Handlung unterblieben wäre.⁹⁴² Maßgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung des Wertersatzes ist nach allgemeinen Grundsätzen regelmäßig derjenige der letzten mündlichen Verhandlung in den Tatsacheninstanzen des Anfechtungsprozesses.⁹⁴³ Nur wenn der Anfechtungsgegner seine Rückgewährpflicht vorprozessual erfüllt hatte und die Parteien mit der Anfechtungsklage allein über Werterhöhungen oder -minderungen streiten, ist der Zeitpunkt der tatsächlichen Rückgewähr maßgeblich.⁹⁴⁴ Nach einer noch zum alten Recht ergangenen Entscheidung des BGH⁹⁴⁵ soll zwar der Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hinsichtlich der Berechnung des Wertersatzanspruchs maßgeblich sein, wenn eine Rückgewähr in natura bereits bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens unmöglich war.⁹⁴⁶ Nach hM ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung der Tatsacheninstanzen dagegen auch dann für die Wertberechnung heranzuziehen, wenn die Rückgewähr in natura bereits bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens unmöglich war.⁹⁴⁷

III. Zwischenergebnis

Ist die Frist des § 4 Abs. 1 Nr. 4 SpruchG zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht abgelaufen, kann der Insolvenzverwalter eine etwaige unrichtige Unternehmensbewertung zunächst selbst im Spruchverfahren geltend machen.

⁹⁴⁰ Winter, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 196 Rn. 5, § 15 Rn. 28 ff.

⁹⁴¹ Heckschen, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 15 Rn. 63; Gehling, in: Semler/Stengel, UmwG, § 15 Rn. 19; Winter, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 15 Rn. 21.

⁹⁴² Rogge/Leptien, in: HambKomm-InsO, § 143 Rn. 79; Kirchhof/Piekenbrock, in: Münchkomm zur InsO, § 143 Rn. 112.

⁹⁴³ BGH, Urt. v. 14.12.1983 – VIII ZR 352/82, NJW 1984, 1557, 1559; Thole, in: Kayser/Thole, InsO, § 143 Rn. 26; Mohr, in: KK-InsO, § 143 Rn. 119; Borries/Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 143 Rn. 40; Nerlich, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 143 Rn. 32; Kirchhof/Piekenbrock, in: Münchkomm zur InsO, § 143 Rn. 114; Büteröwe, in: Schmidt, InsO, § 143 Rn. 29; Riggert, in: Braun, InsO, § 143 Rn. 14.

⁹⁴⁴ Borries/Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 143 Rn. 40; Kirchhof/Piekenbrock, in: Münchkomm zur InsO, § 143 Rn. 114.

⁹⁴⁵ BGH, Urt. v. 09.07.1987 – IX ZR 167/86, NJW 1987, 2821, 2822.

⁹⁴⁶ So auch Riggert, in: Braun, InsO, § 143 Rn. 14.

⁹⁴⁷ Borries/Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 143 Rn. 40; Henckel, in: Jaeger, InsO, § 143 Rn. 134; Kirchhof/Piekenbrock, in: Münchkomm zur InsO, § 143 Rn. 114; Huber, in: Gottwald/Haas, Insolvenzrechts-Handbuch, § 52 Rn. 14.

Alternativ kann der Insolvenzverwalter die Stimmabgabe des Schuldners nach den §§ 129 ff. InsO anfechten, sofern die Stimmabgabe kausal für die Gläubigerbenachteiligung ist.

Die Insolvenzanfechtung der Stimmabgabe kann unter Umständen gegenüber der Einleitung eines Spruchverfahrens vorteilhafter sein. Denn der Anspruch auf bare Zuzahlung gemäß den §§ 15, 125, 196 UmwG kann nur durchgesetzt werden, wenn durch die Auszahlung nicht das Stammkapital der Gesellschaft berührt wird. Die Durchsetzung des Wertersatzanspruchs gemäß § 143 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB wird dagegen nicht durch die Kapitalerhaltungsvorschriften gehemmt. Des Weiteren wird bezüglich des Ausgleichsanspruchs gemäß §§ 15, 125, 196 UmwG auf den Bewertungsstichtag, also den Tag der Fassung des Umwandlungsbeschlusses, abgestellt, während es bei dem Wertersatzanspruch gemäß § 143 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung der Tatsacheninstanzen des Anfechtungsprozesses ankommt.

D. Die Frist des § 4 Abs. 1 SpruchG ist abgelaufen

Ist die Frist des § 4 Abs. 1 SpruchG zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits abgelaufen, ist die Insolvenzanfechtung nicht ausgeschlossen.

Sofern das Verstreichenlassen der Frist des § 4 Abs. 1 Nr. 4 SpruchG angefochten werden soll, versteht sich dies von selbst. In diesem Falle dient die Insolvenzanfechtung gerade dem Zweck, das gläubigerbenachteiligende Unterlassen des Schuldners rückgängig zu machen. Gleiches gilt im Ergebnis aber auch für die Insolvenzanfechtung der Stimmabgabe des Schuldners. Die Vorschriften des Spruchverfahrensgesetzes sind gegenüber der Insolvenzanfechtung nicht *lex specialis*, da sie andere Voraussetzungen haben und einen anderen Zweck verfolgen. Die Vorschriften bezüglich des Spruchverfahrensgesetzes und die §§ 129 ff. InsO stehen somit selbständig und unabhängig nebeneinander.

E. Zusammenfassendes Ergebnis

Bezüglich des Verhältnisses zwischen Insolvenzanfechtung und Spruchverfahren ist zwischen dem Zeitraum vor und nach Ablauf der Frist des § 4 Abs. 1 Nr. 4 SpruchG zu differenzieren.

Ist die Frist zur Einleitung eines Spruchverfahrens im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits abgelaufen, hindert dies den Insolvenzverwalter nicht, das Verstreichenlassen der Frist des § 4 Abs. 1 Nr. 4 SpruchG durch den Schuldner oder die Stimmabgabe des Schuldners im Rahmen des Umwandlungsbeschlusses anzufechten.

Ist die Frist zur Einleitung eines Spruchverfahrens zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht abgelaufen, hat der Insolvenzverwalter die Wahl, ob er aufgrund der unrichtigen Unternehmensbewertung ein Spruchverfahren einleitet oder ob er

die für die Gläubigerbenachteiligung kausale Stimmabgabe des Schuldners anfecht. Letzteres kann unter Umständen vorteilhafter sein, weil die Durchsetzbarkeit des Wertersatzanspruchs gemäß § 143 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB nicht durch die Kapitalerhaltungsvorschriften gehemmt wird und hinsichtlich des Zeitpunktes der Wertbemessung auf die letzte mündliche Verhandlung in den Tatsacheninstanzen des Anfechtungsprozesses abgestellt wird.

Abschnitt 3: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit ist die Durchführung der Insolvenzanfechtung von Umwandlungsmaßnahmen.

Abschnitt 1 behandelt zunächst die Insolvenzanfechtung von Umwandlungsmaßnahmen in der Insolvenz eines an der Umwandlung beteiligten Rechtsträgers. Die Analyse im Rahmen von § 2 kommt zu dem Schluss, dass überschuldete oder zahlungsunfähige Gesellschaften als übertragende und als übernehmende Rechtsträger im Grundsatz an einer Umwandlungsmaßnahme beteiligt sein können. Aus § 152 S. 2 UmwG kann der Umkehrschluss gezogen werden, dass eine Beteiligung von überschuldeten oder zahlungsunfähigen Rechtsträgern an einer Umwandlungsmaßnahme nur in den im Gesetz explizit genannten Fällen ausscheidet, im Übrigen jedoch zulässig ist. Sofern die Umwandlung eine Kapitalerhöhung beim übernehmenden Rechtsträger erfordert, steht einer Beteiligung einer überschuldeten Gesellschaft als übertragender Rechtsträger zwar grundsätzlich das Prinzip der realen Kapitalerhaltung entgegen. Eine Kapitalerhöhung ist im Rahmen von Umwandlungen aber in vielen Fällen unzulässig (vgl. nur §§ 54 Abs. 1 S. 1, 68 Abs. 1 S. 1 UmwG); des Weiteren kann sie auch dadurch vermieden werden, dass alle Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers auf die Gewährung von Anteilen am übernehmenden Rechtsträger verzichten (§§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG).

Die Untersuchung in § 3 verdeutlicht, dass die gläubigerschützenden Vorschriften des Umwandlungs- und Gesellschaftsrechts nicht ausreichen, um die Gläubiger der an einer Umwandlung beteiligten Gesellschaften hinreichend vor der Beteiligung eines überschuldeten oder zahlungsunfähigen Rechtsträgers an der Umwandlungsmaßnahme zu schützen. Dieses Ergebnis verdeutlicht, dass die Zulässigkeit der Insolvenzanfechtung von Umwandlungen aus Gläubigerschutzgesichtspunkten geboten ist. Der unzureichende Gläubigerschutz beruht vor allem darauf, dass vom Schutzbereich des § 22 UmwG und des § 133 UmwG nur die Altgläubiger erfasst werden, obwohl die Neugläubiger durch die Beteiligung eines überschuldeten Rechtsträgers an der Umwandlung gleichermaßen benachteiligt werden können. Die gesetzliche Haftung aller an der Spaltung beteiligten Rechtsträger gemäß § 133 Abs. 1 UmwG gilt des Weiteren nur für Verbindlichkeiten des übertragenden, nicht aber für Schulden des übernehmenden Rechtsträgers.

Der Insolvenzanfechtung von Umwandlungsmaßnahmen steht auch nicht der durch die Registereintragung bewirkte Bestandsschutz entgegen, wie § 4 darstellt. Zwar ist aufgrund der §§ 20 Abs. 2, 131 Abs. 2, 202 Abs. 3 UmwG eine Rückübertragung der infolge der Umwandlung übergegangenen Vermögenswerte in natura rechtlich unmöglich, dies hat jedoch nur zur Folge, dass der Anfechtungsgegner aufgrund der Verweisung in § 143 Abs. 1 S. 2 InsO auf die Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB) Wertersatz zu leisten hat.

In § 4 wird weiter herausgearbeitet, dass eine Insolvenzanfechtung von Umwandlungen auch nicht deswegen ausscheidet, weil die gläubigerschützenden Vorschriften des Umwandlungsgesetzes *lex specialis* zur Insolvenzanfechtung sind. Für ein *lex specialis*-Verhältnis fehlt es vielmehr an denselben Tatbestandsmerkmalen, demselben Zweck und denselben Rechtsfolgen.

In den §§ 5 bis 9 wird sodann die Insolvenzanfechtung einer Verschmelzung behandelt. Die Untersuchung in § 6 ergibt, dass eine Insolvenzanfechtung von Verschmelzungen nicht deswegen ausscheidet, weil es aufgrund des Erlöschens des übertragenden Rechtsträgers infolge der Verschmelzung an einem Anfechtungsgegner bzw. an einem Anfechtungsberechtigten fehlt. Zwar wird der übertragende Rechtsträger nicht durch eine unmittelbare Anwendung des § 25 Abs. 2 S. 1 UmwG als fortbestehend fingiert, da der insolvenzanfechtungsrechtliche Rückgewähranspruch keinen „allgemeinen Anspruch“ i.S.d. Vorschrift darstellt. Aufgrund der vergleichbaren Interessenlage wird der übertragende Rechtsträger im Falle der Insolvenzanfechtung einer Verschmelzung jedoch in analoger Anwendung des § 25 Abs. 2 S. 1 Var. 2 UmwG als fortbestehend fingiert.

In § 7 wird herausgearbeitet, dass im Rahmen eines Verschmelzungsvorgangs insbesondere der Abschluss des Verschmelzungsvertrages mitsamt den Zustimmungsbeschlüssen der Anteilsinhaber sowie die Anmeldungen zur Registereintragung anfechtbare Rechtshandlungen i.S.v. § 129 InsO darstellen. Eine Benachteiligung der Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers infolge der Verschmelzung kommt unter anderem dann in Betracht, wenn ein Rechtsträger auf ihn verschmolzen wird, der einen höheren Überschuldungsgrad aufweist als der übernehmende Rechtsträger. Ebenso werden die Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers unter anderem dann benachteiligt, wenn der aufnehmende Rechtsträger einen höheren Überschuldungsgrad als der übertragende Rechtsträger vor Wirksamwerden der Verschmelzung aufweist.

In § 8 wird herausgestellt, dass im Rahmen der Insolvenzanfechtung von Verschmelzungen grundsätzlich die Anfechtungstatbestände der §§ 132 bis 134 InsO zum Tragen kommen können. Der Beweis der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen kann in der Regel auf den häufig zu erstellenden Verschmelzungsbericht gestützt werden. Erfolgt die Verschmelzung innerhalb eines Konzerns, kommen im Rahmen des Beweises der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen zudem häufig die Beweiserleichterungen für nahestehende Personen gemäß § 138 Abs. 2 InsO zum Tragen.

Die Ausführungen in § 9 verdeutlichen, dass hinsichtlich des infolge der Insolvenzanfechtung zu leistenden Wertersatzes in der Insolvenz des verschmolzenen Rechtsträgers eine Sondermasse zu bilden ist. Aus dieser Sondermasse sind die infolge der Verschmelzung benachteiligten Gläubiger zu befriedigen. Hinsichtlich der Befriedigung der Neugläubiger, also solchen Gläubigern, die nach Wirksamkeit der Verschmelzung ihre Gläubigerstellung begründen, sind die Grundsätze zur Behandlung vergessener Vermögensgegenstände im Rahmen der Aufspaltung entsprechend anzuwenden. Jede Forderung eines Neugläubigers ist somit in dem Verhältnis auf Sondermasse und übrige

Masse aufzuteilen, in dem auch die Summe der Haftungsmassen auf Sondermasse und übrige Masse aufgeteilt wurde. Hinsichtlich der Insolvenzanfechtung der Verschmelzung und zur Aufteilung von Sondermasse und übriger Masse ist zur Vermeidung von Interessenkonflikten ein Sonderinsolvenzverwalter zu bestellen.

In den §§ 10 bis 13 geht es um die Insolvenzanfechtung von Spaltungen. Hier wird im Rahmen von § 11 herausgestellt, dass als anfechtbare Rechtshandlungen im Rahmen einer Spaltung der Spaltungsvertrag bzw. -plan mitsamt den Zustimmungsbeschlüssen und die Anmeldungen zur Registereintragung in Betracht kommen.

Die Konstellationen, in denen im Rahmen einer Spaltung eine Gläubigerbenachteiligung vorliegt, sind vielfältig. Dabei soll an dieser Stelle nur beispielhaft die Benachteiligung der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers genannt werden. Eine solche liegt in der Regel vor, wenn der Wert der übertragenen Vermögenswerte höher ist als der Wert der nach dem Spaltungsvertrag/-plan übergehenden Verbindlichkeiten.

Die Analyse in § 12 verdeutlicht, dass auch im Rahmen einer Spaltung grundsätzlich die Anfechtungstatbestände der §§ 132 bis 134 InsO greifen können. Ebenso wie im Rahmen der Insolvenzanfechtung einer Verschmelzung wird bezüglich des Beweises der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen auf den in der Regel zu erstellenden Spaltungsbericht, in Konzernkonstellationen zudem häufig auf die Beweiserleichterungen infolge des § 138 Abs. 2 InsO zurückgegriffen werden können. Zu beachten ist jedoch, dass die Kenntnis des Vertretungsorgans des Schuldners von der Vorschrift des § 133 Abs. 1 UmwG häufig das Vorliegen eines Benachteiligungsvorsatzes i.S.v. § 133 Abs. 1 InsO ausschließen kann.

Rechtsfolge der Insolvenzanfechtung der Spaltung ist das Bestehen eines Wertersatzanspruchs gemäß § 143 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB. Erfolgt die Insolvenzanfechtung der Spaltung in der Insolvenz des übertragenden Rechtsträgers, ist die Vorschrift des § 133 Abs. 1 UmwG nach Erfüllung des Wertersatzanspruches durch den übernehmenden Rechtsträger teleologisch zu reduzieren: Da der übertragende Rechtsträger und seine Gläubiger infolge der Leistung des Wertersatzes durch den übernehmenden Rechtsträger wertmäßig so gestellt werden als habe es keine Spaltung gegeben, besteht kein Grund mehr für die gesetzliche Mithaftung des übernehmenden Rechtsträgers. Infolge der Leistung des Wertersatzes wird der übernehmende Rechtsträger somit von der Haftung gemäß § 133 Abs. 1 UmwG befreit.

Wird die Spaltung in der Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers angefochten, ist der mittels Spaltung übertragene Vermögensteil aus der Insolvenzmasse zu separieren. Zuzüglich des infolge der Insolvenzanfechtung der Spaltung etwaig geleisteten Wertersatzes stellt der separierte Vermögensteil eine Sondermasse dar, aus der vorrangig die dem mittels Spaltung übertragenden Vermögensteil zuzuordnenden Gläubiger befriedigt werden. Zur Verwaltung dieser Sondermasse ist ein Sonderinsolvenzverwalter zu bestellen. Die Altgläubiger des übernehmenden Rechtsträgers werden aus der übrigen Masse befriedigt. Die Forderungen der Neugläubiger werden entsprechend den

Grundsätzen zur Behandlung vergessener Vermögensgegenstände im Rahmen der Aufspaltung sowohl aus Sondermasse als auch aus übriger Masse befriedigt und zwar in dem Verhältnis, in dem auch die Summe der Haftungsmassen auf Sondermasse und übrige Masse aufgeteilt wurde.

In den §§ 14 und 15 wird die Insolvenzanfechtung eines Formwechsels untersucht. Als anfechtbare Rechtshandlungen kommen im Rahmen eines Formwechsels der Umwandlungsbeschluss sowie die Anmeldung zur Registereintragung in Betracht (§ 15). Eine durch den Formwechsel bedingte (mittelbare) Gläubigerbenachteiligung kann beispielsweise bei einem Formwechsel einer Kapital- in eine Personengesellschaft wegen des Entfallens der Kapitalerhaltungsvorschriften zu bejahen sein. Anfechtungsgegner sind in der Regel die Gesellschafter des formwechselnden Rechtsträgers, da diese zu Lasten der Gläubiger etwas aus dem Vermögen des Insolvenzschuldners erlangt haben. Häufig wird es aber zweckmäßiger sein, statt des Formwechsels die unmittelbar zur Vermögensminderung führende Rechtshandlung, wie beispielsweise die Auszahlung an den Gesellschafter nach Auflösung der Kapitalbindung durch Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft, anzufechten.

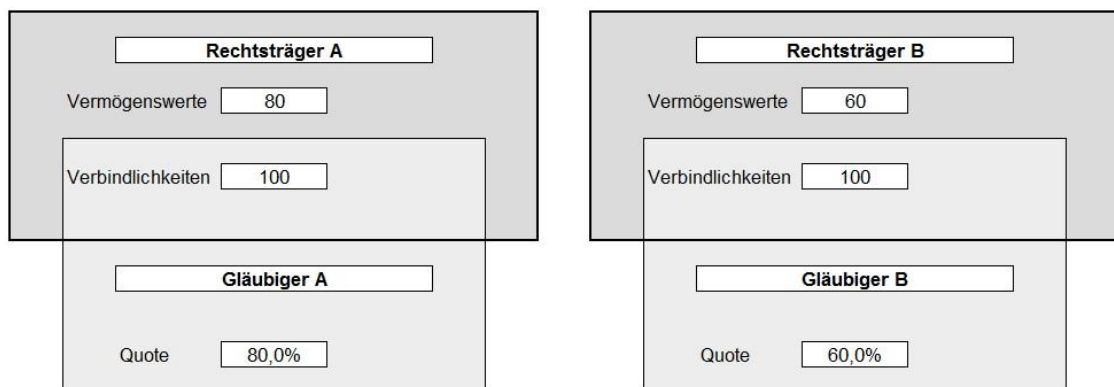
Schließlich behandelt der zweite Abschnitt (§§ 16 bis 19) die Insolvenzanfechtung von Umwandlungen in der Insolvenz eines Gesellschafters. Als relevante anfechtbare Rechtshandlung kommt hier insbesondere die Stimmabgabe des Schuldners im Rahmen des Umwandlungsbeschlusses in Betracht, sofern diese kausal für die Umwandlung und für die Gläubigerbenachteiligung ist. Potentiell anfechtbar ist es zudem, wenn der Schuldner es unterlässt, ein objektiv unangemessenes Umtauschverhältnis zwischen Anteilen am übertragenden und Anteilen am übernehmenden Rechtsträger bzw. am Rechtsträger neuer Rechtsform fristgerecht im Rahmen einer Anfechtungsklage oder im Spruchverfahren geltend zu machen. Im Rahmen einer Verschmelzung kann auch die Verzichtserklärung der Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers gemäß §§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG angefochten werden. Liegt ein Formwechsel vor, kann zudem die (Nicht-)Annahme des Angebotes auf Barabfindung gemäß § 209 UmwG mit der Folge des Verbleibs in der Gesellschaft bzw. des Ausscheidens eine gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung darstellen. Die Nicht-Annahme des Barabfindungsangebotes (mit der Folge des Verbleibs in der formgewechselten Gesellschaft) ist beispielsweise dann gläubigerbenachteiligend, wenn die Anteile des Gesellschafters aufgrund des Formwechsels in seiner Insolvenz schwerer zu verwerten sind.

Die Ausführungen in § 19 verdeutlichen sodann, dass die Anstrengung eines Spruchverfahrens und die Insolvenzanfechtung von Umwandlungen selbständig und unabhängig nebeneinanderstehen. In einigen Fällen kann es zudem sinnvoller sein, wenn der Insolvenzverwalter die Stimmabgabe des Schuldners im Rahmen des Umwandlungsbeschlusses anfechtet statt ein unangemessenes Umtauschverhältnis im Rahmen eines Spruchverfahrens geltend zu machen. Denn zum einen wird der insolvenzanfechtungsrechtliche Wertersatzanspruch nicht durch die Kapitalerhaltungsvorschriften gehemmt. Zum anderen ist für die Berechnung des

insolvenzanfechtungsrechtlichen Wertersatzanspruchs – anders als bei der Berechnung der Barabfindung im Rahmen des Spruchverfahrens – die letzte mündliche Verhandlung in den Tatsacheninstanzen des Anfechtungsprozesses maßgebend.

Anlage 1 – Eröffnung des Insolvenzverfahrens unmittelbar nach Wirksamwerden der Spaltung

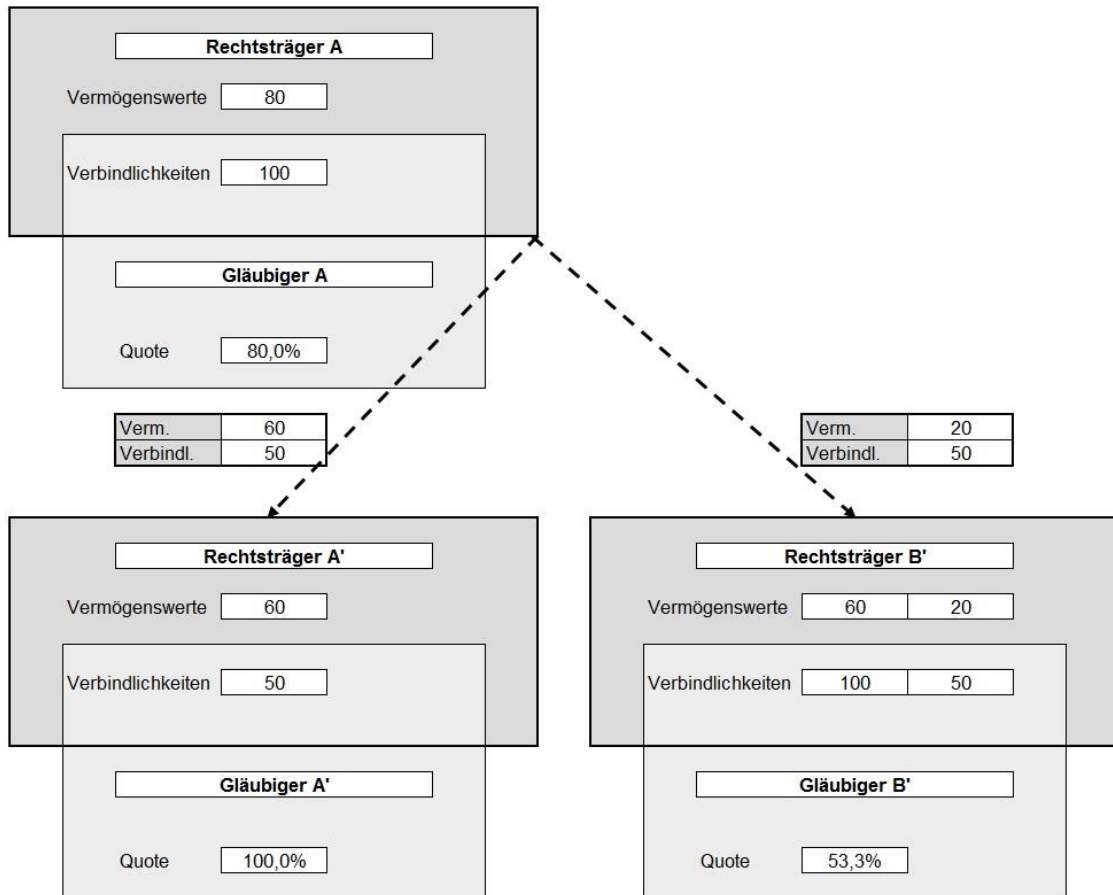
AUSGANGSZUSTAND



Die A-GmbH (im Folgenden „A“) hat Vermögenswerte i.H.v. 80 und Verbindlichkeiten i.H.v. 100. In der Insolvenz belief sich die Insolvenzquote der Gläubiger der A also auf 80%.

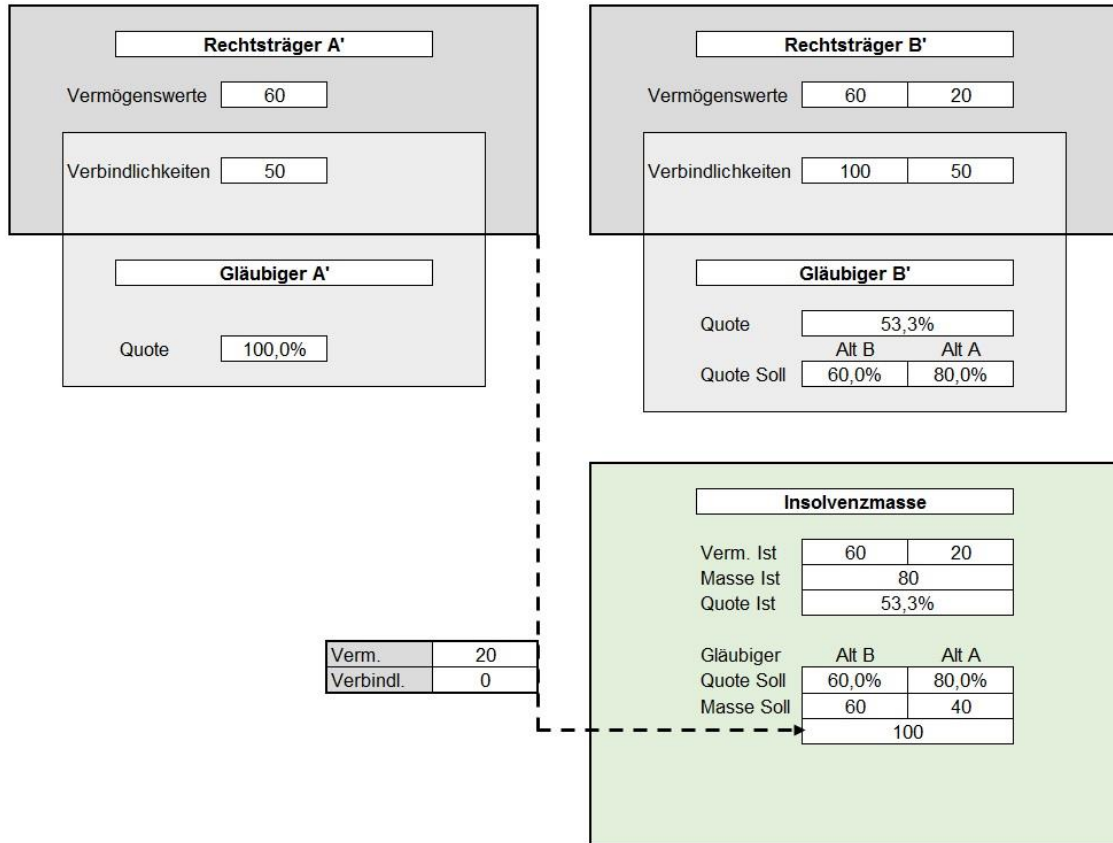
Die B-GmbH (im Folgenden „B“) hat Vermögenswerte i.H.v. 60 und Verbindlichkeiten i.H.v. 100. Würde über das Vermögen der B das Insolvenzverfahren eröffnet werden, belief sich die Insolvenzquote auf 60%.

SPALTUNG

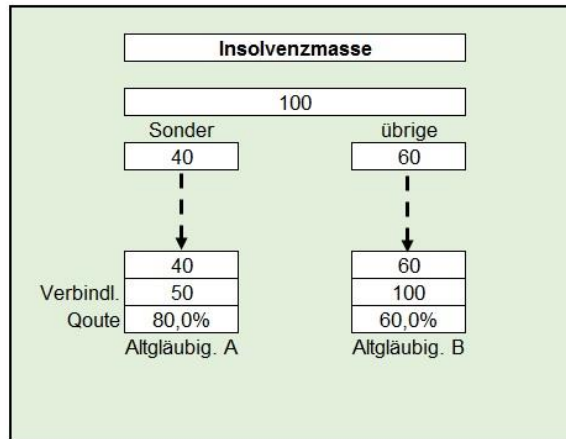


Die A spaltet nun Vermögenswerte i.H.v. 20 und Verbindlichkeiten i.H.v. 50 auf die B' (Abspaltung zur Aufnahme). Bei der A' verbleiben somit Vermögenswerte i.H.v. 60 und Verbindlichkeiten i.H.v. 50, sodass die bei der A' verbleibenden Gläubiger volle Befriedigung erlangen. Bei der B' sind nun Vermögenswerte i.H.v. 80 und Verbindlichkeiten i.H.v. 150 vorhanden. Über das Vermögen der B' wird nun das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Gläubiger der B' erhalten im Insolvenzverfahren der B' eine Insolvenzquote von 53,3%. Wäre es nicht zu Spaltung gekommen, wären die Altgläubiger der B' zu 60% und die dem mittels Spaltung übertragenen Vermögensteil zuzuordnenden Gläubiger zu 80% befriedigt werden. Die Spaltung ist somit für die Gläubiger der B', also sowohl für die Altgläubiger der B' als auch für die dem mittels Spaltung übertragenden Vermögensteil zuzuordnenden Gläubiger, benachteiligend.

INSOLVENZANFECHTUNG



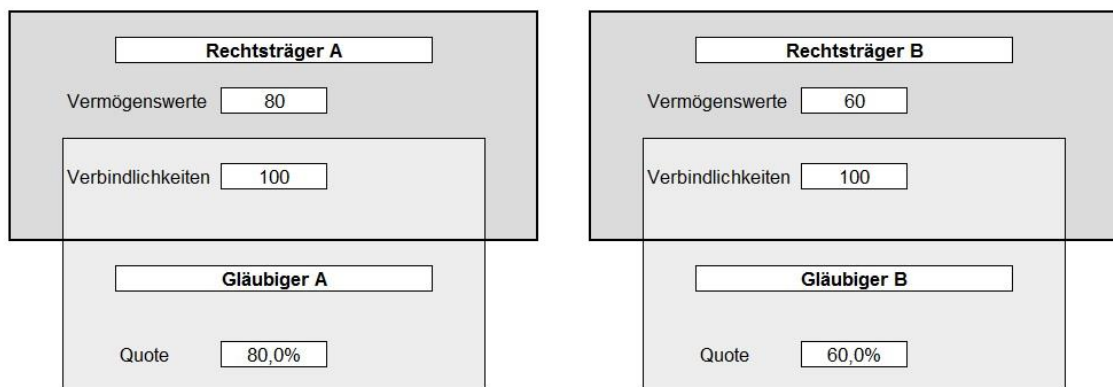
Die Spaltung wird daher in der Insolvenz der B' angefochten. Ziel ist, dass sowohl die Altgläubiger der B' als auch die dem mittels Spaltung übertragenden Vermögensteil zuzuordnenden Gläubiger die Quote erhalten, die Sie ohne Spaltung erhalten hätten. Um dieses Ziel zu erreichen, ist das mittels Spaltung übertragene Vermögen i.H.v. 20 aus der Insolvenzmasse herauszusondern und stellt die Sondermasse da. Das verbleibende Vermögen i.H.v. 60 stellt die übrige Masse dar.



Aus der übrigen Masse werden nun ausschließlich die Altgläubiger der B befriedigt. Sie erhalten nun dieselbe Quote, die sie von B erhalten hätten, wenn es nicht zu Spaltung gekommen wäre. Die dem mittels Spaltung übertragenden Vermögensteil zuzuordnenden Gläubiger werden ausschließlich aus der Sondermasse befriedigt. Würde es beim status quo bleiben (würde A' also keinen Wertersatz leisten), erhielten sie jedoch nur eine Quote von 40%. Der Ihnen infolge der Spaltung entstehende Quotenschaden ist nun jedoch von A' auszugleichen. A' hat also Wertersatz i.H.v. 20 in die Sondermasse zu leisten. Die dem mittels Spaltung übertragenden Vermögensteil zuzuordnenden Gläubiger erhalten aus der Sondermasse anschließend eine Quote i.H.v. 80%, also die gleiche Quote, die sie ohne Spaltung von A erhalten hätten.

Anlage 2 – Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach Wirksamwerden der Spaltung und Aufnahme des Geschäftsbetriebs

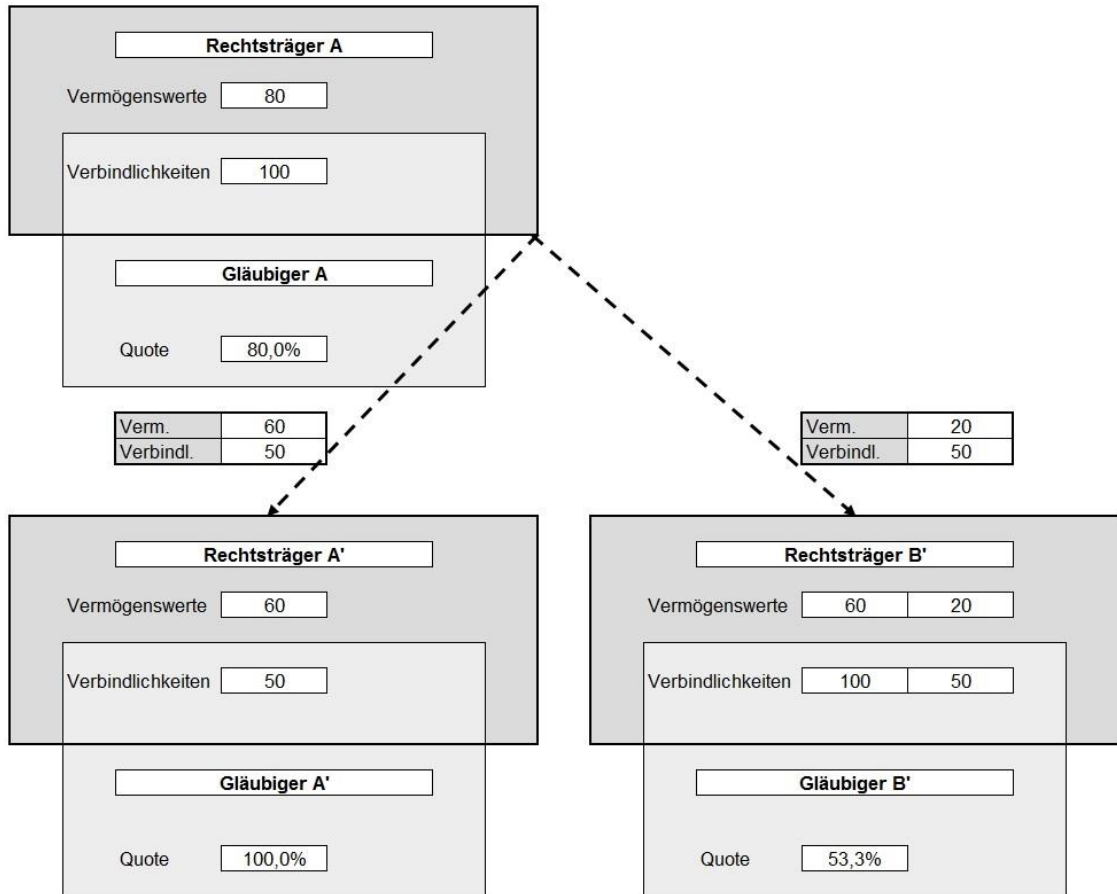
AUSGANGSZUSTAND



Die A-GmbH (im Folgenden „A“) hat Vermögenswerte i.H.v. 80 und Verbindlichkeiten i.H.v. 100. In der Insolvenz belief sich die Insolvenzquote der Gläubiger der A also auf 80%.

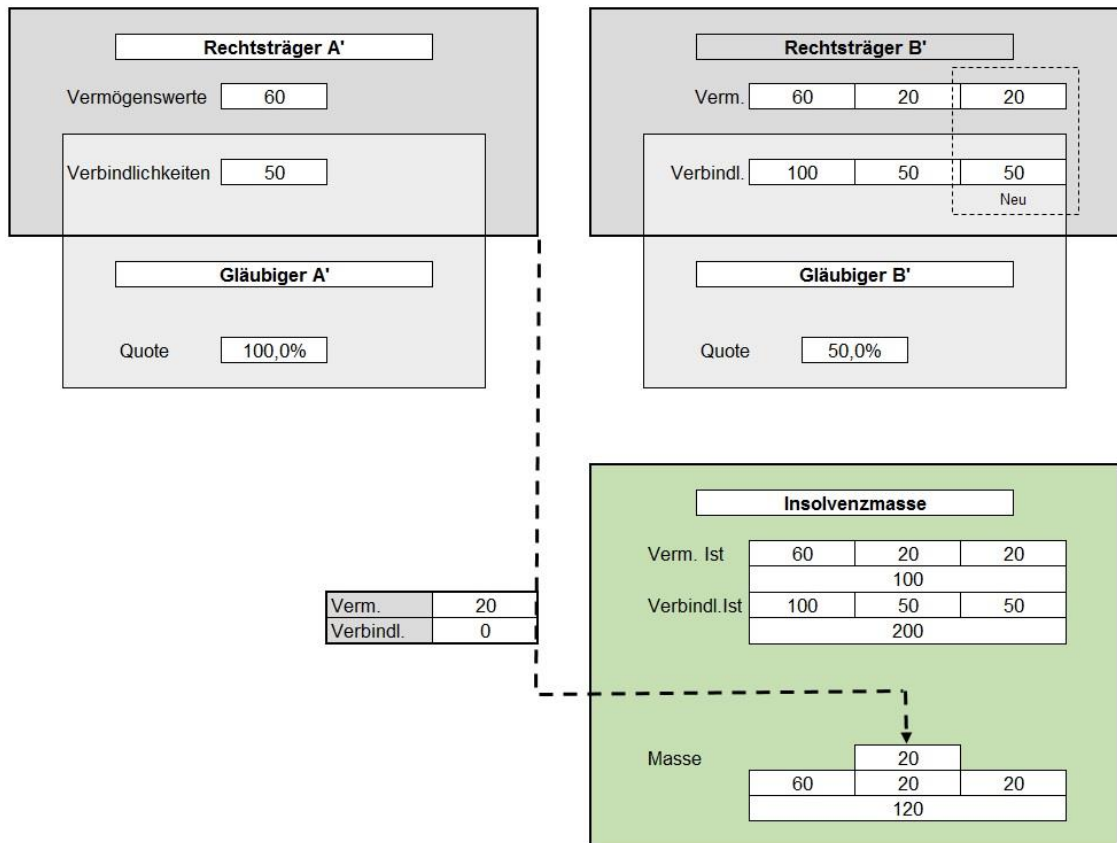
Die B-GmbH (im Folgenden „B“) hat Vermögenswerte i.H.v. 60 und Verbindlichkeiten i.H.v. 100. Würde über das Vermögen der B das Insolvenzverfahren eröffnet werden, belief sich die Insolvenzquote auf 60%.

SPALTUNG

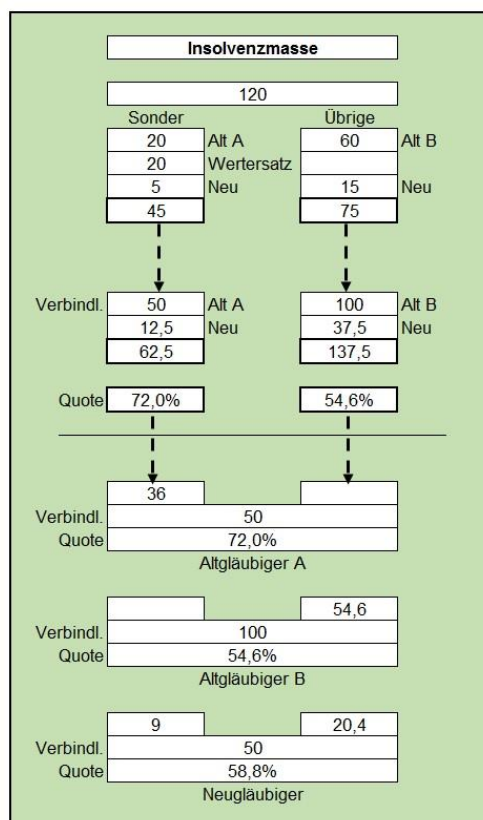


Die A spaltet nun Vermögenswerte i.H.v. 20 und Verbindlichkeiten i.H.v. 50 auf die B' (Abspaltung zur Aufnahme). Bei der A' verbleiben somit Vermögenswerte i.H.v. 60 und Verbindlichkeiten i.H.v. 50, sodass die bei der A' verbleibenden Gläubiger volle Befriedigung erlangen. Bei der B' sind nun Vermögenswerte i.H.v. 80 und Verbindlichkeiten i.H.v. 150 vorhanden.

INSOLVENZANFECHTUNG



Nach Wirksamwerden der Spaltung nimmt B' am Geschäftsverkehr teil und begründet neue Vermögenswerte i.H.v. 20 und neue Verbindlichkeiten i.H.v. 50. Anschließend wird über das Vermögen der B' das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Insolvenzquote der Gläubiger der B' liegt bei 50% und ist damit geringer als die Quote, die sie ohne Spaltung erhalten hätten. Die Gläubiger der B' werden durch die Spaltung also benachteiligt. Die Spaltung wird in der Insolvenz der B' daher angefochten. Als Folge wird zunächst das mittels Spaltung übertragende Vermögen in die Sondermasse und das ursprünglich dem übernehmenden Rechtsträger gehörende Vermögen in die übrige Masse separiert. Aus der übrigen Masse werden die Altgläubiger der B', aus der Sondermasse die dem mittels Spaltung übertragenden Vermögensteil zuzuordnenden Gläubiger befriedigt. In die Sondermasse fließt zudem der von A' zu leistende Wertersatz, um den Quotenschaden der dem mittels Spaltung übertragenden Vermögensteil zuzuordnenden Gläubiger auszugleichen.



Nun müssen die neuen Vermögenswerte und Verbindlichkeiten auf Sondermasse und übrige Masse aufgeteilt werden. Die neuen Vermögenswerte werden in dem Verhältnis auf Sondermasse und übrige Masse aufgeteilt, in dem auch die Summe der Haftungsmassen auf Sondermasse und übrige Masse aufgeteilt wurde. Das bedeutet, dass 75% der neuen Vermögenswerte (=15) auf die Sondermasse und 25% der neuen Vermögenswerte (=5) auf die übrige Masse aufgeteilt werden. Ebenso wird jede Forderung eines Neugläubigers zu 75% aus der Sondermasse und zu 25% aus der übrigen Masse befriedigt. Im Ergebnis erhalten so die dem mittels Spaltung übertragenden Vermögensteil zuzuordnenden Gläubiger eine Quote i.H.v. 72%, die Altgläubiger der B eine Quote i.H.v. 54,6% und die Neugläubiger der B' eine Quote i.H.v. 58,8%.

Literaturverzeichnis

Altmeyden, Holger: GmbHG Kommentar, 10. Aufl., München 2021.

Andres, Dirk/*Leithaus*, Rolf/*Dahl*, Michael: Insolvenzordnung Kommentar, 4. Aufl., München 2018.

Austmann, Andreas/*Frost*, Ina Anne: Vorwirkungen von Verschmelzungen, in: ZHR 169 (2005), S. 431-470.

Baumbach, Adolf (Begr.)/*Hueck*, Alfred: Kommentar zum GmbHG, 22. Aufl., München 2019.

Bayer, Walter: Fehlerhafte Bewertung: Aktien als Ausgleich bei Sachkapitalerhöhung und Verschmelzung?, in: ZHR 172 (2008), S. 24-41.

Bayer, Walter/*Vetter*, Jochen (Hrsg.)/*Lutter*, Marcus (Begr.): Lutter Kommentar zum UmwG,

- Band I, 6. Aufl., Köln 2019.
- Band II, 6. Aufl., Köln 2019.

Bergmann, Alfred: Die Verwaltungsbefugnis des Insolvenzverwalters über einen zur Insolvenzmasse gehörenden GmbH-Geschäftsanteil, in: ZInsO 2004, S. 225-229.

Bitter, Georg: Insolvenzanfechtung von Umwandlungsmaßnahmen, in: *Falk*, Ulrich/*Gehrlein*, Markus/*Kreft*, Gerhart/*Obert*, Marcus, Festschrift für Detlev Fischer, S. 31-41.

Blasche, Sebastian: Umwandlungsmöglichkeiten bei Auflösung, Überschuldung oder Insolvenz eines der beteiligten Rechtsträger, in: GWR 2010, S. 441-445.

Blasche, Sebastian/*Söntgerath*, Björn: Verschmelzung: Möglichkeiten des übertragenden Rechtsträgers zur Einflussnahme auf die Geschäftspolitik des übernehmenden Rechtsträgers, in: BB 2009, S. 1432-1435.

Böttcher, Lars/*Habighorst*, Oliver/*Schulte*, Christian (Hrsg.): NomosKommentar Umwandlungsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2019.

Bork, Reinhard: Die Renaissance des § 133 InsO, in: ZIP 2004, S. 1684-1693.

Born, Manfred/*Ghassemi-Tabar*, Nima/*Gehle*, Burkhard (Hrsg.): Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band VII, 6. Aufl., München 2020.

Bosse, Christian: Grünes Licht für das ARUG – Das Aktienrecht geht online, in: NZG 2009, S. 807-813.

Braun, Eberhard (Hrsg.): Insolvenzordnung Kommentar, 8. Aufl., München 2020.

Breithaupt, Joachim/Ottersbach, Jörg (Hrsg.): Kompendium Gesellschaftsrecht, München 2010.

Dahl, Michael: Die Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters nach der InsO, in: ZInsO 2004, S. 1014-1016.

Dauner-Lieb, Barbara/Simon, Stefan (Hrsg.): Kölner Kommentar zum UmwG, Köln 2009.

Eckardt, Diederich: Die Ausübung von Mobiliarsicherheiten in der Unternehmenskrise, in: ZIP 1999, S. 1734-1744.

- Anfechtung und Aussonderung – Zur Haftungsriorität des Insolvenzanfechtungsanspruchs im Verhältnis zu den Eigengläubigern des Anfechtungsgegners –, in: KTS 2005, S. 15-51.

Emmerich, Volker/Habersack, Mathias/Schürnbrand, Jan: Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl., München 2019.

Fichtelmann, Helmar: Die Fortsetzung einer aufgelösten GmbH, in: GmbHR 2003, S. 67-74.

Fleischer, Holger/Goette, Wulf (Hrsg.): Münchener Kommentar zum GmbHG,

- Band I, 3. Aufl., München 2018.
- Band II, 3. Aufl., München 2019.
- Band III, 3. Aufl., München 2018.

Fölsing, Philipp: Die Sonderinsolvenzverwaltung: Klärung des Antrags- und Beschwerderechts durch den BGH, in: NZI 2009, S. 297-299.

Frege, Michael: Der Sonderinsolvenzverwalter, Dissertation, Köln 2008.

Frege, Michael/Keller, Ulrich/Riedel, Ernst: Handbuch der Rechtspraxis Insolvenzrecht, Band III, 8. Aufl., München 2015.

Fridgen, Alexander/Geiwitz, Arndt/Göpfert, Burkard: BeckOK InsO, 22. Edit., Stand: 15.01.2021, München 2021.

Friedemann, Susann: Formwechsel eines insolventen Unternehmens, Dissertation, Berlin 2004.

Ganter, Hans Gerhard: Zum Begriff der „Unentgeltlichkeit“ nach § 134 InsO in Zwei-Personen-Verhältnissen, in: NZI 2015, S. 249-258.

Goette, Wulf/Habersack, Mathias/Kalss, Susanne (Hrsg.): Münchener Kommentar zum AktG, Band IV, 5. Aufl., München 2021

Gottwald, Peter/Haas, Ulrich: Insolvenzrechts-Handbuch, 6. Aufl., München 2020.

Goutier, Klaus/Knopf, Rüdiger/Tulloch, Anthony (Hrsg.): Kommentar zum Umwandlungsrecht, Heidelberg 1996.

Graeber, Thorsten/Pape, Gerhard: Der Sonderverwalter im Insolvenzverfahren, in: ZIP 2007, S. 991-999.

Graf-Schlicker, Marie-Luise: InsO Kommentar zur Insolvenzordnung, 5. Aufl., Köln 2020.

Greif-Werner, Cathrin: Umwandlungen im Insolvenzplanverfahren, Dissertation, Berlin 2018.

Grigoleit, Hans Christoph (Hrsg.): Aktiengesetz Kommentar, 2. Aufl., München 2020.

Haas, Ulrich/Müller, Henning: Der Insolvenzanfechtungsanspruch in der Insolvenz des Anfechtungsgegners, in: ZIP 2003, S. 49-59.

Habersack, Mathias/Casper, Matthias/Löbke, Marc (Hrsg.): Kommentar GmbHG, Band I, 3. Aufl., Tübingen 2019.

Habersack, Mathias/Wicke, Hartmut: beck-online.GROSSKOMMENTAR zum UmwG, Stand: 01.01.2021, München 2020.

Häsemeyer, Ludwig: Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, in: KTS 1982, S. 507-575.

Hallermann, Nils Christoph: Die Risiken einer Insolvenzanfechtung für den Käufer eines Unternehmens, Gefahren und Risikominimierung im Vorfeld der Verkäuferinsolvenz, Dissertation, Aachen 2007.

Harder, Sebastian: Der Sonderinsolvenzverwalter – ein Überblick, in: NJW-Spezial 2019, S. 469-470.

Heckschen, Heribert: Die Umwandlung in der Krise und zur Bewältigung der Krise, in: ZInsO 2008, S. 824-830.

- Umwandlungsrecht und Insolvenz, in: Wassermeyer, Franz/Mayer, Dieter/Rieger, Norbert (Hrsg.), Festschrift für Siegfried Widmann zum 65. Geburtstag am 22. Mai 2000, S. 31-49.
- Die Entwicklung des Umwandlungsrechts aus Sicht der Rechtsprechung und Praxis, in: DB 1998, S. 1385-1399.
- Differenzhaftung und existenzvernichtender Eingriff bei der Verschmelzung in der Krise, in: NZG 2019, S. 561-566.
- Die Pflicht zur Anteilsgewährung im Umwandlungsrecht, in: DB 2008, S. 1363-1369.
- Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften vor und während der Krise: Umwandlung vor dem Insolvenzeröffnungsantrag, in: DB 2005, S. 2283-2290.

Heckschen, Heribert/Enneking, Felix: Gesellschafterhaftung beim down-stream-merger, in: DB 2006, S. 1099-1101.

Heckschen, Heribert/Gassen, Peter: Der Verzicht auf Anteilsgewähr bei Umwandlungsvorgängen aus gesellschafts- und steuerrechtlicher Sicht, in: GWR 2010, S. 101-106.

Heckschen, Heribert/Herrler, Sebastian/Münch, Christof (Hrsg.): Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl., München 2019.

Heidel, Thomas (Hrsg.): NomosKommentar Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl., Baden-Baden 2020.

Heidenhain, Martin: Spaltungsvertrag und Spaltungsplan, in: NJW 1995, S. 2873-2881.

Heidinger, Andreas/Leible, Stefan/Schmidt, Jessica (Hrsg.): Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Band II, 3. Aufl., München 2017.

Henning, Kai/Lackmann, Frank/Rein, Andreas (Hrsg.): NomosKommentar Privatinsolvenz, Baden-Baden 2020.

Henssler, Martin/Strohn, Lutz (Hrsg.): Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., München 2021.

Hess, Harald (Hrsg.): Kölner Kommentar zur Insolvenzordnung, Band III, Köln 2017.

Hirte, Heribert: Die Behandlung unbegründeter oder mißbräuchlicher Gesellschafterklagen im Referentenentwurf eines Umwandlungsgesetzes – Die Regelung der vorläufigen Eintragung einer Umwandlung –, in: DB 1993, S. 77-80.

Hirte, Heribert/Vallender, Heinz (Hrsg.): Uhlenbruck Insolvenzordnung Kommentar, Band I, 15. Aufl., München 2019.

Hölters, Wolfgang (Hrsg.): Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., München 2017.

Hoffmann-Becking, Michael (Hrsg.): Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band IV, 5. Aufl., München 2020.

Hoger, Andreas: Kapitalschutz als Durchsetzungsschranke umwandlungsrechtlicher Ausgleichsansprüche von Gesellschaftern, in: AG 2008, S. 149-160.

Hüffer, Uwe (Begr.)/*Koch, Jens* (Bearb.): Kommentar zum AktG, 15. Aufl., München 2021.

Ihrig, Hans-Christoph: Gläubigerschutz durch Kapitalaufbringung bei Verschmelzung und Spaltung nach neuem Umwandlungsrecht, in: GmbHR 1995, S. 622-643.

- Verschmelzung und Spaltung ohne Gewährung neuer Anteile?, in: ZHR 160 (1996), S. 317-342.

Ittner, Dirk: Die Spaltung nach dem neuen Umwandlungsrecht, in: MittRhNotK 1997, S. 105-131.

Jaeger, Ernst (Begr.): Insolvenzordnung Kommentar, Band IV, Berlin 2008.

Jud, Brigitta: Haftung nach § 15 Abs. 1 SpaltG im Konkurs der Hauptschuldnerin, in: NZ 2003, S. 161-171.

Kahlert, Günter/Gehrke, Hans Dieter: ESUG macht es möglich: Ausgliederung statt Asset Deal im Insolvenzplanverfahren, in: DStR 2013, S. 975-981.

Kallmeyer, Harald (Hrsg.): Kommentar Umwandlungsgesetz, 7. Aufl., Köln 2020.

- Differenzhaftung bei Verschmelzung mit Kapitalerhöhung und Verschmelzung im Wege der Neugründung, Gleichzeitig Besprechung des BGH-Urt. v. 12.3.2007 – II ZR 302/05, in: GmbHR 2007, S. 1121-1124.

- Das neue Umwandlungsgesetz, Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel von Handelsgesellschaften, in: ZIP 1994, S. 1746-1759.

Kalss, Susanne: Gläubigerschutz bei Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften, in: ZGR 2009, S. 74-125.

Kayser, Godehard: Die Insolvenzanfechtung nach § 134 InsO – Ausweitung der Anfechtbarkeit von Drittleistungen?, in: WM 2007, S. 1-8.

Kayser, Godehard/Thole, Christoph: Insolvenzordnung Kommentar, 10. Aufl., Heidelberg 2020.

Keller, Ulrich: Insolvenzrecht, 2. Aufl., München 2020.

Keller, Christoph/Klett, Sabine: Die sanierende Verschmelzung – Die Rolle des Anteilsverzichts bei der Verschmelzung überschuldeter Rechtsträger, in: DB 2010, S. 1220-1225.

Kiem, Robert: Das neue Umwandlungsrecht und die Vermeidung von „räuberischen“ Anfechtungsklagen, in: AG 1992, S. 430-433.

Kiesel, Karsten: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 06.05.2021 – IX ZR 72/20, in: FD-InsR 2021, 440635.

Kindler, Peter/Nachmann, Josef/Bitzer, Fabian (Hrsg.): Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 8. Ergänzungslieferung, München 2020.

Kirchhof, Hans-Peter: Die neue Rechtsprechung des BGH in Insolvenzverfahren – insbesondere zu Anfechtungsfragen gegenüber Gesellschaftern und nahem Angehörigen i.S.d. § 138 InsO, in: ZInsO 2001, S. 825-830.

Klein, Martin/Stephanblome, Markus: Der Downstream Merger – aktuelle umwandlungs- und gesellschaftsrechtliche Fragestellungen, in: ZGR 2007, S. 351-400.

Klinck, Fabian: Die Anfechtung unentgeltlicher Leistungen im Spiegel der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: ZIP 2017, S. 1589-1598.

Koch, Raphael/Fietz, Timo: Anmerkung zu einer Entscheidung des EuGH, Urteil vom 30.01.2020 (C-394/18) – Zu Gläubigerschutzmaßnahmen im Falle von Unternehmensspaltungen, in: WuB 2020, S. 279-283.

Köhn, Kai: Ausgleichs- und Regressansprüche des Anfechtungsgegners bei anfechtbarem Erwerb, in: NZI 2008, S. 412-416.

Kort, Michael: Bedeutung und Reichweite des Bestandschutzes von Umwandlungen, in: AG 2010, S. 230-237.

Kübler, Bruno/Prütting, Hanns/Bork, Reinhard (Hrsg.): Kommentar zur Insolvenzordnung, Band III, 87. Ergänzungslieferung, Köln 2021.

Kumpan, Christoph/Pauschinger, Philipp: Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts 2019 und 2020, in: EuZW 2020, S. 909-919.

Kuna, Heiner: Anmerkung zum BGH, Urt. v. 17.10.2019 – IX ZR 215/16, in: GmbHR 2020, S. 23-25.

Langner, Olaf: Cash Pooling Systeme auf dem Prüfstand der BGH-Rechtsprechung zum Ausschüttungsverbot gemäß § 30 GmbHG, in: GmbHR 2005, S. 1017-1023.

Lieder, Jan/Wilk, Cornelius/Ghassemi-Tabar, Nima (Hrsg.): Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band VIII, 5. Aufl., München 2018.

Limmer, Peter (Hrsg.): Handbuch der Unternehmensumwandlung, 6. Aufl., Köln 2019.

Lissner, Stefan: Der Sonderinsolvenzverwalter – keine leichte Entscheidung gerichtlicher Aufsicht, in: ZInsO 2014, S. 768-774.

Lüke, Wolfgang: Der Sonderinsolvenzverwalter, in: ZIP 2004, S. 1693-1699.

Lutter, Marcus/Winter, Martin (Hrsg.): Lutter Kommentar zum UmwG, Band I, 4. Aufl., Köln 2008.

Lwowski, Hans-Jürgen/Wunderlich, Nils-Christian: Insolvenzanfechtung von Kapitalherabsetzungs- und Umwandlungsmaßnahmen, in: NZI 2008, S. 595-598.

Madaus, Stephan: Anmerkung zum OLG Brandenburg, Beschl. v. 27.01.2015 – 7 W 118/14, in: NZI 2015, S. 565-567.

Martens, Klaus-Peter: Kontinuität und Diskontinuität im Verschmelzungsrecht der Aktiengesellschaft, in: AG 1986, S. 57.

Mennicke, Petra: Zum Weisungsrecht der Gesellschafter und der Folgepflicht des GF in der mitbestimmungsfreien GmbH, in: NZG 2000, S. 622-626.

Meyer, Susanne: Umstrukturierungsmaßnahmen als unentgeltliche Leistung?, Überlegungen zur insolvenzrechtlichen Anfechtbarkeit von "Asset-Übertragungen", in: ZIP 2002, S. 250-254.

Müller, Klaus: Unterzeichnung des Verschmelzungsberichts, in: NJW 2000, S. 2001-2003.

Nerlich, Jörg/Römermann, Volker (Hrsg.): Insolvenzordnung Kommentar, Stand: 41. Ergänzungslieferung, April 2020, München.

Noack, Ulrich/Zetsche, Dirk (Hrsg.): Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band IX, 4. Auflage, Köln 2020.

Phillipp, Wolfgang: Ist die Verschmelzung von Aktiengesellschaften nach dem neuen Umwandlungsrecht noch vertretbar?, in: AG 1998, S. 264-272.

Pöllath, Reinhard/Philipp, Christoph: Unternehmenskauf und Verschmelzung: Pflichten und Haftung von Vorstand und Geschäftsführer, in: DB 2005, S. 1503-1509.

Priester, Hans-Joachim: Anteilsgewährung und sonstige Leistungen bei Verschmelzung und Spaltung, Zur Reichweite von § 54 Abs. 4, § 68 Abs. 3 UmwG, in: ZIP 2013, S. 2033-2037.

Prinz, Ulrich/Kahle, Holger (Hrsg.): Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, 5. Aufl., München 2020.

Prütting, Jens: Existenzvernichtungshaftung, Der lange Weg bis Trihotel, in: JuS 2018, S. 409-414.

Ropohl, Florian: Bestimmung der gesellschaftsrechtlich nahe stehenden Personen nach § 138 II InsO, in: NZI 2006, S. 425-432.

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,

- Band I, 8. Aufl., München 2018.
- Band III, 8. Aufl., München 2019.
- Band VII, 8. Aufl., München 2020.

Saenger, Ingo/Inhester, Michael (Hrsg.): NomosKommentar GmbHG, 4. Aufl., Baden-Baden 2020.

Sagasser, Bernd/Bula, Thomas/Brünger, Thomas: Umwandlungen, Verschmelzung – Spaltung – Formwechsel – Vermögensübertragung, 5. Aufl., München 2017.

Schall, Alexander/Habbe, Julia Sophia/Wiegand, Christoph: Anfechtungsmissbrauch – Gibt es einen überzeugenderen Ansatz als das ARUG?, in: NJW 2010, S. 1789-1792.

Schmid, Christoph: Das umwandlungsrechtliche Unbedenklichkeitsverfahren und die Reversibilität registrierter Verschmelzungsbeschlüsse – Neue Waffen im Kampf gegen die Räuber –, in: ZGR 1997, S. 493-531.

Schmidt, Andreas (Hrsg.): Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 8. Aufl., Köln 2021.

Schmidt, Harry: Totalausgliederung nach § 123 Abs. 3 UmwG, in: AG 2005, S. 26-31.

Schmidt, Jessica: Spaltung versus actio pauliana, Die Entscheidung des EuGH in der Rs.I.G.I., in: EuZW 2020, S. 372-374.

Schmidt, Karsten: Gläubigerschutz bei Umstrukturierungen, Zum Referentenentwurf eines Umwandlungsgesetzes, in: ZGR 1993, S. 366-395.

- Die fehlerhafte Verschmelzung nach dem Aktiengesetz, Gedanken zur Einordnung des § 352a AktG in das Recht der fehlerhaften Verbände, in: AG 1991, S. 131-137.

- Fehlerhafte Verschmelzung und allgemeines Verbandsrecht, Eine Analyse nach geltendem und kommendem Recht, in: ZGR 1991, S. 373-393.
- Einschränkung der umwandlungsrechtlichen Eintragungswirkungen durch den umwandlungsrechtlichen numerus clausus?, Die Rechtsprechung zum Landeswirtschaftsanpassungsgesetz – im Besonderen das Urteil BGH ZIP 1997, 2134 – als Lehrstück und Warnung für die Praxis zum Umwandlungsgesetz, in: ZIP 1998, S. 181-189.
- Zur gesetzlichen Befristung der Nichtigkeitsklage gegen Verschmelzungs- und Umwandlungsbeschlüsse – Eine Ehrenrettung der §§ 14 Abs. 1, 195 Abs. 1 UmwG –, in: DB 1995, S. 1849-1851.
- (Hrsg.): Kommentar zur Insolvenzordnung, 19. Aufl., München 2016.
- Das Unternehmen als Gegenstand eines Konkursanfechtungsanspruchs, in: BB 1988, S. 5-7.

Schmidt, Karsten/Ebke, Werner (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band II, 4. Aufl., München 2016.

Schmitt, Joachim/Hörtnagl, Robert (Hrsg.): Kommentar zum UmwG, UmwStG, 9. Aufl., München 2020.

Schnorbus, York: Grundlagen der persönlichen Haftung von Organmitgliedern nach § 25 Abs. 1 UmwG, in: ZHR 167 (2003), S. 666-701.

Schoppmeyer, Heinrich: § 133 Abs. 1 InsO versus §§ 130, 131 InsO – Ist die Deckungsanfechtung nur ein Unterfall der Vorsatzanfechtung?, in: ZIP 2009, S. 600-609.

Schüppen, Matthias/Schaub, Bernhard (Hrsg.): Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 3. Aufl., München 2018.

Schulze, Reiner (Schriftleitung): Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 10. Aufl., Baden-Baden 2019.

Schwetlik, Harald: Umwandlung überschuldeter Unternehmen auf haftungsbeschränkte Gesellschaften, in: GmbHR 2011, S. 130-135.

Semler, Johannes/Stengel, Arndt (Hrsg.): Kommentar zum UmwG, 4. Aufl., München 2017.

Semler, Johannes/Stengel, Arndt (Hrsg.): Kommentar zum UmwG, 3. Aufl., München 2012.

Stiegler, Sascha: Gläubigeranfechtung und Spaltungsrecht, Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 30.1.2020 – C-394/18, in: GmbHR 2020, S. 405-411.

Stürner, Rolf (Hrsg.): Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 18. Aufl., München 2021.

Stürner, Rolf/Eidenmüller, Horst/Schoppmeyer, Heinrich (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung,

- Band I, 4. Aufl., München 2019.
- Band II, 4. Aufl., München 2019.

Teichmann, Arndt: Die Spaltung von Rechtsträgern als Akt der Vermögensübertragung, in: ZGR 1993, S. 396-419.

Theiselmann, Rüdiger (Hrsg.): Praxishandbuch des Restrukturierungsrechts, 4. Aufl., Köln 2020.

Thole, Christoph: Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, 3. Aufl., Köln 2020.

- Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 30.01.2020 – C-394/18, in: ZEuP 2021, S. 145-161.
- Die „neue Ausrichtung“ der Vorsatzanfechtung durch den BGH, in: ZRI 2021, S. 609-615.
- Die Vorsatzanfechtung als Instrument des Gläubigerschutzes, in: KTS 2007, S. 293-335.
- Das Reformgesetz zur Insolvenzanfechtung, in: ZIP 2017, S. 401-410.
- Grundfragen und aktuelle Problemstellungen der Anfechtung unentgeltlicher Leistungen, in: KTS 2011, S. 219-238.

Thoß, Stefan: Differenzhaftung bei der Kapitalerhöhung zur Durchführung einer Verschmelzung, in: NZG 2006, S. 376-378.

Timm, Wolfram/Schick, Werner: Zwingende “Verschmelzungssperre“ nach § 345 Abs. 2 S. 1 AktG bei anhängigen Anfechtungsverfahren?, in: DB 1990, S. 1221-1224.

Trencker, Martin: Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen, Monografie, Wien 2012.

Trölitzsch, Thomas: Rechtsprechungsbericht – Das Umwandlungsrecht seit 1995, in: WiB 1997, S. 795-802.

Reul, Adolf/Heckschen, Heribert/Wienberg, Rüdiger: Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2. Aufl., München 2018.

Roth, Jan: Umwandlungsrechtliche Verschmelzung und Insolvenzanfechtung, ZInsO 2013, S. 1597-1611.

- Umwandlungsrechtliche Spaltungsvorgänge und Insolvenzanfechtung, ZInsO 2013, 1709.

Rowedder, Heinz (Begr.)/Schmidt-Leithoff, Christian (Hrsg.): Kommentar GmbHG, 6. Aufl., München 2017.

Rubner, Daniel/Leuering, Dieter: Verschmelzung einer überschuldeten Gesellschaft, in: NJW-Spezial 2012, S. 719-720.

Verse, Dirk: Das Beschlussmängelrecht nach dem ARUG, in: NZG 2009, S. 1127-1132.

Vetter, Jochen: Ausweitung des Spruchverfahrens, Überlegungen de lege lata und de lege ferenda, in: ZHR 168 (2004), S. 8-54.

Wachter, Thomas: Umwandlung insolventer Gesellschaften, in: NZG 2015, S. 858-862.

Wegener, Burghard: Die Grundsätze der insolvenzrechtlichen Deckungs- und Vorsatzanfechtung am Beispiel der Insolvenz der Göttinger Gruppe, in: NJW 2010, S. 3607-3611.

Weiler, Simon: Grenzen des Verzichts auf die Anteilsgewährung im Umwandlungsrecht – Kritische Betrachtung der §§ 54 I 3, 68 I 3 UmwG n.F. und mögliche Mechanismen zum Schutz von Minderheitsgesellschaftern, in: NZG 2008, S. 527-532.

- Die “Spaltung zur Null“ als Mittel der Umstrukturierung von Unternehmen, Nicht-verhältniswahrende Spaltungen im Lichte der Anteilsgewährpflicht, in: NZG 2013, S. 1326-1332.

Westermann, Harm Peter/Wertenbruch, Johannes (Hrsg.): Handbuch Personengesellschaften, 79. Aktualisierung, Köln 2021.

Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg (Hrsg.): Erman BGB Kommentar, Band I, 16. Aufl., Köln 2020.

Wicke, Hartmut: Sanierungsfusion und Existenzvernichtungshaftung – Zugleich Anmerkungen zum Teilversäumnis- und Teilendurt. des BGH v. 6.11.2018 – II ZR 199/17, in: DNotZ 2019, S. 405-413.

- GmbHG Kommentar, 4. Aufl., München 2020.

Widmann, Siegfried/Mayer, Dieter (Hrsg.): Kommentar zum UmwG, 190. Aktualisierungslieferung, Bonn 2021.

Wimmer, Klaus (Hrsg.): FK-InsO, Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 9. Aufl., München 2018.

Windel, Peter: Sondermassen, in: ZIP 2019, S. 441-446.