

Autor:	Dr. Hans-Peter Lange, RA, FA für Handels- und Gesellschaftsrecht, FA für Agrarrecht, Steuerberater und vereidigter Buchprüfer	Quelle:	
Datum:	18.11.2015	Normen:	§ 79 UmwG 1995, § 17 UmwG 1995, § 17 UmwG 1995, § 384 FamFG, § 58 FamFG, § 87 UmwG 1995, § 93 UmwG 1995
		Fundstelle: Herausgeber:	AnwZert HaGesR 22/2015 Anm. 2 Günter Friedel, RA, Industrie- und Handelskammer zu Düsseldorf Dr. Karl von Hase, RA und FA für Handels- und Gesellschaftsrecht, Luther Rechtsanwalts GmbH, Düsseldorf
		Zitiervorschlag:	Lange, AnwZert HaGesR 22/2015 Anm. 2

Verschmelzung bei verspäteter Anmeldung

A. Einleitung

Der Zwang zu größeren Einheiten wirkt sich auch im Genossenschaftswesen aus. Deshalb sind Verschmelzungen von Genossenschaften nicht mehr ungewöhnlich. Im Umwandlungsgesetz gibt es dazu den besonderen Abschnitt zur Verschmelzung unter Beteiligung eingetragener Genossenschaften (§§ 79 ff. UmwG). Auch unabhängig von Besonderheiten des genossenschaftlichen Verschmelzungsrechtes stellen sich nach wie vor strittige Fragen, wenn der mit der Verschmelzung befasste Notar es versäumt hat, die Acht-Monats-Frist zu § 17 Abs. 2 UmwG einzuhalten. Gerade bei Genossenschaften sind „Reparaturmaßnahmen“ dann allerdings häufig besonders problematisch, weil eine Wiederholung des Verschmelzungsvorganges wegen der meist großen Anzahl der beteiligten Genossenschaftsmitglieder aufwändig wäre und bei vielleicht unsicherer Meinungsbildung das Vorhaben gefährden könnte.

Wie sich dann vielleicht doch noch trotz Fristversäumnis eine Verschmelzung zweier Genossenschaften „retten“ lassen könnte, soll an folgendem Beispiel aus der Praxis gezeigt werden:

B. Die Rechtslage

I. Objektive Darstellung der Rechtslage

1. Sachverhalt

Der Sachverhalt wird vereinfacht und zwecks Anonymisierung der beteiligten Genossenschaften wie folgt dargestellt:

Die Genossenschaft A mit 50 Mitgliedern hat mit rückläufigen Umsätzen zu kämpfen. Die Genossenschaft B mit 1.000 Mitgliedern ist in unterschiedlichen Geschäftsbereichen tätig und möchte in dem auch von der Genossenschaft A betriebenen Geschäftsbereich wachsen.

Die beteiligten Vorstände und Aufsichtsräte haben die wirtschaftlichen Grundlagen der Fusion geklärt, die Generalversammlungen beider Genossenschaften haben der Verschmelzung zugestimmt. Am 01.08.2002 wurde der Verschmelzungsvertrag beurkundet. Der Verschmelzungsvertrag bestimmt als Verschmelzungstichtag den 01.01.2002 und als Stichtag für die Schlussbilanz der übertragenden Genossenschaft A den 31.12.2001.

Der beurkundende Notar hat die Verschmelzung für beide Genossenschaften am 15.09.2002 angemeldet. Das Registergericht hat den Notar mit Schreiben vom 01.10.2002 zu beiden Anmeldungen darauf hingewiesen.

wiesen, dass der jeweiligen Eintragung „folgendes nicht behebbare Hindernis“ entgegenstünde: „Nach § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG darf die Verschmelzung nur eingetragen werden, wenn die Bilanz auf einen höchstens acht Monate vor der Anmeldung liegenden Stichtag aufgestellt ist. ... Die Anmeldung der Verschmelzung ist ... verspätet eingegangen. Wird die Anmeldung zurückgenommen?“

Die Anmeldungen wurden nicht zurückgenommen, das Registergericht hat beide Eintragungsanträge durch Beschlüsse vom 01.11.2002 kostenpflichtig zurückgewiesen.

2. Rechtsmittel

Der beurkundende Notar hätte prüfen können, ob schon die Schreiben des Registergerichts vom 01.10.2002 Anlass für ein Rechtsmittel hätten geben sollen. Weil das Registergericht mit diesen Schreiben aber ein „nicht behebbares Hindernis“ angenommen und keine Frist i.S.v. § 384 Abs. 4 FamFG gesetzt hat, wäre eine Beschwerde unzulässig gewesen¹, bei einem „nicht behebbaren Hindernis“ gibt es auch keine Grundlage für eine Zwischenverfügung des Registergerichts².

Die Beschlüsse vom 01.11.2002 konnten dagegen mit der Beschwerde aus § 58 FamFG angegriffen werden. Soll eine Änderung erreicht werden, ist das auch notwendig, weil nach der Rechtsprechung ein neuer Eintragungsantrag nur bei veränderter Sach- und Rechtslage zulässig wäre.³

II. Rechtliche Würdigung

Zu klären war, ob und ggf. wie sich die Eintragung der Verschmelzung in beiden Registern erreichen ließ, ohne dass erneute Beschlussfassungen beider Generalversammlungen erforderlich wurden. Denn wenn ohnehin Entscheidungen der Generalversammlungen notwendig würden, hätte der Verschmelzungsvorgang auch insgesamt wiederholt werden können.

1. Ergab sich aus der Fristversäumnis ein „nicht behebbares Hindernis“?

Für die Beschwerden kam es darauf an, ob sich aus der Fristversäumnis tatsächlich ein „nicht behebbares Hindernis“ ergeben musste. Sollte eine Heilung möglich gewesen sein, hätte durch Zwischenverfügung i.S.v. § 384 Abs. 4 FamFG entschieden werden müssen.

Nicht relevant war hier die Frage, ob bei fristgerechter Anmeldung mit der Anmeldung alle erforderlichen Unterlagen und insbesondere auch die Schlussbilanz eingereicht worden sein müssten oder ob bzw. bis zu welchem Zeitpunkt die Schlussbilanz nachgereicht werden könne.⁴ Denn es waren ja mit der Anmeldung alle Unterlagen eingereicht worden, es gab auch nur die eingereichte Schlussbilanz, deren Stichtag aber nun einmal außerhalb der Acht-Monats-Frist lag. Daran ließ sich auch nichts mehr ändern.

Den Beschwerden war also nur stattzugeben, wenn mit einer anderen Schlussbilanz nachträglich die Acht-Monats-Frist zu § 17 Abs. 2 UmwG einzuhalten war.

Nach Böttcher/Habighorst/Schulte⁵ soll sich eine h.M. „herausgebildet“ haben, nach der „erforderlich“ sei, dass die Schlussbilanz „zeitlich vor Ablauf der Acht-Monats-Frist bereits aufgestellt worden war“. Eine Nachreichung sei zulässig, aber: „Wichtigste Voraussetzung für die Zulässigkeit einer solchen Nachreichung ... ist dabei aber, dass die Bilanz zum Zeitpunkt des Fristablaufs bereits wirksam errichtet worden war.“ Nach Lutter⁶ „fordern die Registergerichte vielfach, dass die Schlussbilanz innerhalb der Acht-Monats-Frist bereits erstellt worden sein muss.“ Wenn das maßgeblich sein müsste, wäre der Mangel tatsächlich nicht behebbare.

Das OLG Schleswig⁷ nimmt aber einen behebbaren Mangel an:

„Wird eine Verschmelzung erst nach Ablauf der Acht-Monats-Frist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG zum Handelsregister angemeldet, liegt ein durch Zwischenverfügung zu rügender, behebbarer Mangel vor. Geheilt werden kann dieser Mangel durch Änderung des Umwandlungsstichtages mittels eines Nachtrags zum Verschmelzungsvertrag und Nachreichung einer auf einen entsprechend späteren Stichtag lautenden Schlussbilanz.“

In der Anmerkung zu dieser Entscheidung weist Weiler⁸ darauf hin, dass es für zulässig gehalten werde, „eine inhaltliche Korrektur des Umwandlungsvorgangs auch nach Ablauf“ der Frist des § 17 Abs. 2 UmwG durchzuführen, vorausgesetzt, dass der Verschmelzungsvertrag als solcher wirksam geworden sei. Nach Lutter⁹ müssen „wenigstens der Verschmelzungsvertrag, die Verschmelzungsbeschlüsse und erforderliche Zustimmungsbeschlüsse vorliegen. Daraus folgt zugleich, dass nach Ablauf des Acht-Monats-

Zeitraums nur noch solche Unterlagen nachgereicht werden können, die die Wirksamkeit des Umwandlungsvorgangs als solchen nicht berühren.“

Eine zwingende Begründung für die Annahme, dass die Schlussbilanz innerhalb der Frist vorliegen müsse und dass es deshalb nicht möglich sein sollte, mit Änderung des Verschmelzungsvertrages und geänder-tem Stichtag eine andere Schlussbilanz zu berücksichtigen, ist nicht ersichtlich. Das OLG Hamm¹⁰ hat zu-treffend darauf hingewiesen, dass die Frist „dem Schutz der Gläubiger, die in der Lage sein sollen, sich ei-nen zeitnahen Eindruck von der Vermögenslage des übertragenden Rechtsträgers zu verschaffen“, dient. Den Gläubigern schadet es nicht, wenn aufgrund der Fristversäumnis mit geändertem Stichtag nachträg-lich eine Schlussbilanz aufgestellt wird, die innerhalb der Frist liegt.

Im Kommentar von Kallmeyer¹¹ wird deshalb zu Recht ausgeführt, dass es nicht darauf ankomme, „ob eine nachgereichte Schlussbilanz zum Zeitpunkt der Anmeldung bereits aufgestellt und geprüft war, nur darf ihr Stichtag dann nicht älter als acht Monate vor der Anmeldung sein.“

Damit kann grundsätzlich von einem behebbaren Mangel ausgegangen werden. Denn mit einer anderen Schlussbilanz bestand die Möglichkeit, bei entsprechend geändertem Stichtag nachträglich den Acht-Mo-nats-Zeitraum zu wahren.

2. Bedurfte es zur Heilung der Zustimmung der Generalversammlungen?

Eine Schlussbilanz mit geändertem Stichtag konnte aber nur dann zugrunde gelegt werden, wenn der Verschmelzungsvertrag entsprechend geändert würde. Damit kam es darauf an, ob ein entsprechender Nachtrag zum wirksam geschlossenen Verschmelzungsvertrag der Zustimmung beider Generalversamm-lungen bedurft hätte.

Grundsätzlich bedarf die Änderung des Verschmelzungsvertrages genauso der Zustimmung der Anteils-eigner wie dessen Abschluss.¹²

Bei der genossenschaftlichen Umwandlung ergibt sich zur Schlussbilanz noch die Besonderheit, dass „anders als bei Kapitalgesellschaften mit feststehendem Grund- bzw. Stammkapital ... die Funktion der Schlussbilanz nicht nur im Abschluss der bisherigen Jahresbilanz in einer übertragenden eG und dem Übergang zu den Jahresbilanzen des übernehmenden Rechtsträgers“ liegt, weil sie „maßgeblich für die Bestimmung der Geschäftsguthaben der Mitglieder in einer übertragenden eG (§ 87 Abs. 2 UmwG) sowie für die Auseinandersetzung mit einem Mitglied einer übertragenden eG, das seine Beteiligung beim über-nehmenden Rechtsträger ausschlägt (§ 93 Abs. 1 Satz 2 UmwG)“ ist.¹³

Nach der Kommentierung von Lutter soll deshalb die maßgebliche Schlussbilanz im Zeitpunkt der Zu-stimmungserklärungen vorliegen müssen. Auch wenn die Schlussbilanz bei der genossenschaftlichen Ver-schmelzung eine zusätzliche Bedeutung hat, erfordert das nicht, dass sie im Zeitpunkt der Zustimmung-erklärungen der Generalversammlungen bereits vorliegt. Denn das Gesetz ermöglicht auch die Zustim-mung zur Verschmelzung mit einem „künftigen Schlussbilanzstichtag“.¹⁴

Daraus folgt, dass eine Stichtagsänderung, die von den zum Verschmelzungsvertrag abgegebenen Zu-stimmungserklärungen gedeckt wäre, ohne erneute Zustimmung beider Generalversammlungen möglich sein muss.

Enthält der Verschmelzungsvertrag eine variable Stichtagsregelung, die grundsätzlich sinnvoll ist, können die gesetzlichen Vertreter der beteiligten Genossenschaften deshalb unproblematisch mit geändertem Stichtag die Aufstellung einer zweiten Schlussbilanz vereinbaren.

Hier gab es keine variable Stichtagsregelung. Es gab aber zum Verschmelzungsvertrag die sog. salvato-rische Klausel, die aus zwei Teilen besteht, einer „Erhaltungsklausel“ und einer „Ersetzungsklausel“.¹⁵

Wohl wegen der nur geringfügigen Fristüberschreitung konnte das Registergericht auf dieser Grundla-ge davon überzeugt werden, dass eine entsprechende Änderung des Verschmelzungsvertrages ohne Zu-stimmung der Generalversammlungen zulässig war. Deshalb hat das Registergericht den Beschwerden abgeholfen und mit einer Zwischenverfügung erfüllbare „Auflagen“ gemacht, so dass die zunächst „ver-unglückte“ Verschmelzung doch noch „gerettet“ werden konnte.

C. Literaturempfehlungen

Blasche, Schlussbilanz und Acht-Monats-Frist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG, RNotZ 2014, 464.

Fußnoten

- 1) Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.10.2013 - 3 Wx 183/13.
- 2) Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 27.02.2014 - 27 W 9/14.
- 3) Vgl. BGH, Beschl. v. 09.07.2013 - NZG 2013, 951.

- 4) Vgl. dazu Weiler, MittBayNot 2006, 377, Blasche, RNotZ 2014, 464.
- 5) Umwandlungsrecht, 1. Aufl. 2015, § 17 Rn. 20.
- 6) UmwG, 5. Aufl. 2014, § 17 Rn. 14.
- 7) OLG Schleswig, Beschl. v. 11.04.2007 - DNotZ 2007, 957.
- 8) Weiler, DNotZ 2007, 888.
- 9) UmwG, 5. Aufl. 2014, § 17 Rn. 13.
- 10) OLG Hamm, Beschl. v. 19.12.2005 - 15 W 377/05 - MittBayNot 2006, 436.
- 11) UmwG, 5. Aufl. 2013, § 17 Rn. 26.
- 12) Vgl. Lutter, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 4 Rn. 26.
- 13) Lutter, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 80 Rn. 27.

- 14) Böttcher/Habighorst/Schulte, Umwandlungsrecht, 1. Aufl. 2015, § 80 Rn. 11; überzeugend LG Kassel, Beschl. v. 20.04.2007 - 13 T 20/06 - Rpfleger 2007, 668.
- 15) Vgl. Nordhues, Salvatorische Klauseln - Funktionsweise und Gestaltung, JA 2011, 211.