

Leseprobe zu



Kallmeyer

Umwandlungsgesetz

Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel bei Handelsgesellschaften. Kommentar.

6. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 2017, rd. 1900 Seiten, gebunden Leinen, Kommentar, 14,5 x 21cm

ISBN 978-3-504-37024-4

169,- €

fend geworden ist. Rechtsfolge ist dann in erster Linie die **Anpassung** des Umtauschverhältnisses. Dazu erforderlich ist aber eine Änderung des Verschmelzungsvertrages unter Beachtung aller Informations- und Mitwirkungsrechte der Anteilsinhaber (vgl. insbesondere §§ 8, 9 ff., 13 UmwG). Ist eine solche Vertragsanpassung nicht erreichbar, so kommt ausnahmsweise auch eine **Kündigung** des Verschmelzungsvertrages aus wichtigem Grund in Betracht. Eine Zustimmung der Anteilsinhaber ist für die Ausübung dieses Rechts nicht erforderlich¹. Zeitliche Grenze für eine Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage ist die **Eintragung der Verschmelzung** in das Register des übernehmenden Rechtsträgers.

§ 5

Inhalt des Verschmelzungsvertrags

(1) Der Vertrag oder sein Entwurf muss mindestens folgende Angaben enthalten:

1. den Namen oder die Firma und den Sitz der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger;
2. die Vereinbarung über die Übertragung des Vermögens jedes übertragenden Rechtsträgers als Ganzes gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften an dem übernehmenden Rechtsträger;
3. das Umtauschverhältnis der Anteile und gegebenenfalls die Höhe der baren Zuzahlung oder Angaben über die Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger;
4. die Einzelheiten für die Übertragung der Anteile des übernehmenden Rechtsträgers oder über den Erwerb der Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger;
5. den Zeitpunkt, von dem an diese Anteile oder die Mitgliedschaften einen Anspruch auf einen Anteil am Bilanzgewinn gewähren, sowie alle Besonderheiten in Bezug auf diesen Anspruch;
6. den Zeitpunkt, von dem an die Handlungen der übertragenden Rechtsträger als für Rechnung des übernehmenden Rechtsträgers vorgenommen gelten (Verschmelzungstichtag);
7. die Rechte, die der übernehmende Rechtsträger einzelnen Anteilsinhabern sowie den Inhabern besonderer Rechte wie Anteile ohne Stimmrecht, Vorzugsaktien, Mehrstimmrechtsaktien, Schuldverschreibungen und Genussrechte gewährt, oder die für diese Personen vorgesehenen Maßnahmen;

¹ *Drygala* in Lutter, § 4 UmwG Rz. 41.

8. jeden besonderen Vorteil, der einem Mitglied eines Vertretungsorgans oder eines Aufsichtsorgans der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger, einem geschäftsführenden Gesellschafter, einem Partner, einem Abschlussprüfer oder einem Verschmelzungsprüfer gewährt wird;
 9. die Folgen der Verschmelzung für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen sowie die insoweit vorgesehenen Maßnahmen.
- (2) Befinden sich alle Anteile eines übertragenden Rechtsträgers in der Hand des übernehmenden Rechtsträgers, so entfallen die Angaben über den Umtausch der Anteile (Absatz 1 Nr. 2 bis 5), soweit sie die Aufnahme dieses Rechtsträgers betreffen.
- (3) Der Vertrag oder sein Entwurf ist spätestens einen Monat vor dem Tage der Versammlung der Anteilsinhaber jedes beteiligten Rechtsträgers, die gemäß § 13 Abs. 1 über die Zustimmung zum Verschmelzungsvertrag beschließen soll, dem zuständigen Betriebsrat dieses Rechtsträgers zuzuleiten.

1. Überblick (<i>Marsch-Barner</i>)	1	10. Gewährung besonderer Vorteile (§ 5 Abs. 1 Nr. 8 UmwG) (<i>Marsch-Barner</i>)	44
2. Name und Sitz (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 UmwG) (<i>Marsch-Barner</i>)	2	11. Folgen für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen (§ 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG) (<i>Willemsen</i>)	47
3. Vermögensübertragung (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 UmwG) (<i>Marsch-Barner</i>)	3	12. Sonstige Vertragsbestimmungen (<i>Marsch-Barner</i>)	61
4. Anteilsgewährung (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 UmwG) (<i>Marsch-Barner</i>)	5	13. Mängel des Verschmelzungsvertrages (<i>Marsch-Barner</i>)	63
5. Umtauschverhältnis (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 UmwG) (<i>Lanfermann</i>)	17	14. Konzernverschmelzung (§ 5 Abs. 2 UmwG) (<i>Marsch-Barner</i>)	67
6. Einzelheiten der Übertragung (§ 5 Abs. 1 Nr. 4 UmwG) (<i>Marsch-Barner</i>)	24	15. Zuleitung des Verschmelzungsvertrags bzw. Entwurfs an die Betriebsräte (§ 5 Abs. 3 UmwG) (<i>Willemsen</i>)	74
7. Zeitpunkt der Gewinnberechtigung (§ 5 Abs. 1 Nr. 5 UmwG) (<i>Marsch-Barner</i>)	27		
8. Verschmelzungstichtag (§ 5 Abs. 1 Nr. 6 UmwG) (<i>Lanfermann</i>)	31		
9. Gewährung besonderer Rechte (§ 5 Abs. 1 Nr. 7 UmwG) (<i>Marsch-Barner</i>)	40		

Literatur: *Austmann/Frost*, Vorwirkungen von Verschmelzungen, ZHR 169 (2005), 431; *Barz*, Rechtliche Fragen zur Verschmelzung von Unternehmen, AG 1972, 1; *Bermel/Müller*, Vinkulierte Namensaktien und Verschmelzung, NZG 1998, 331; *Blechmann*, Die Zuleitung des Umwandlungsvertrags an den Betriebsrat, NZA 2005, 1143; *Boecken*, Unternehmensumwandlungen und Arbeitsrecht, 1996; *Bungert/Leyendecker-Langner*, Umwandlungsverträge und ausländische Arbeitnehmer – Umfang der arbeitsrechtlichen Pflichtangaben, ZIP 2014, 1112; *Bungert/Wansleben*, Dividendenanspruch bei Verschlebung der Gewinnberechtigung bei Verschmelzungen, DB 2013, 979; *Däubler*, Das Arbeits-

recht im neuen Umwandlungsgesetz, RdA 1995, 136; *A. Drygala*, Die Reichweite der arbeitsrechtlichen Angaben im Verschmelzungsvertrag, ZIP 1996, 1365; *T. Drygala*, Deal Protection in Verschmelzungs- und Unternehmenskaufverträgen – eine amerikanische Vertragsgestaltung auf dem Weg ins deutsche Recht, WM 2004, 1457; *T. Drygala*, Zuwendungen an Unternehmensorgane bei Umwandlungen und Übernahmen – unethisch, aber wirksam, FS K. Schmidt, 2009, S. 269; *Dzida*, Die Unterrichtung des „zuständigen“ Betriebsrats bei innerbetrieblichen und grenzüberschreitenden Verschmelzungen, GmbHR 2009, 459; *Dzida/Schramm*, Arbeitsrechtliche Pflichtangaben bei innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Verschmelzungen, NZG 2008, 521; *Engelmeyer*, Informationsrechte und Verzichtsmöglichkeiten im Umwandlungsgesetz, BB 1998, 330; *Graef*, Nichtangabe von besonderen Vorteilen im Verschmelzungsvertrag gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 8 UmwG – Unwirksamkeit der getroffenen Vereinbarungen?, GmbHR 2005, 908; *Hadding/Hennrichs*, Zur Verschmelzung unter Beteiligung rechtsfähiger Vereine nach dem neuen Umwandlungsgesetz, FS Boujong, 1996, S. 203; *Hausch*, Arbeitsrechtliche Pflichtangaben nach dem UmwG, RNotZ 2007, 308 (Teil 1), RNotZ 2007, 396 (Teil 2); *Heckschen*, Fusion von Kapitalgesellschaften im Spiegel der Rechtsprechung, WM 1993, 377; *Heckschen*, Die Entwicklung des Umwandlungsrechts aus Sicht der Rechtsprechung und Praxis, DB 1998, 1385; *Hjort*, Der notwendige Inhalt eines Verschmelzungsvertrages aus arbeitsrechtlicher Sicht, NJW 1999, 750; *Hoffmann-Becking*, Das neue Verschmelzungsrecht in der Praxis, FS Fleck, 1988, S. 105; *Ihrig/Redeke*, Zum besonderen Vorteil von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern im Sinne von § 5 Abs. 1 Nr. 8 UmwG, FS Maier-Reimer, 2010, S. 297; *Ising*, Wegfall des Umwandlungsbeschlusses im Konzern, NZG 2011, 1368; *Joost*, Arbeitsrechtliche Angaben im Umwandlungsvertrag, ZIP 1995, 976; *Kallmeyer*, Das neue Umwandlungsrecht, ZIP 1994, 1746; *Kallmeyer*, Der Ein- und Austritt der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG bei Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel nach dem UmwG, GmbHR 1996, 80; *Katschinski*, Die Begründung eines Doppelsitzes bei Verschmelzung, ZIP 1997, 620; *Kiem*, Die Eintragung der angefochtenen Verschmelzung, 1991; *Kiem*, Die schwebende Umwandlung, ZIP 1999, 173; *Lutter*, Aktienerwerb von Rechts wegen: Aber welche Aktien?, FS Mestmäcker, 1996, S. 943; *Marsch-Barner*, Abschaffung von stimmrechtslosen Vorzugsaktien nach den Regeln des AktG oder des UmwG, Liber amicorum M. Winter, 2011, S. 467; *Martens*, Kontinuität und Diskontinuität im Verschmelzungsrecht der Aktiengesellschaft, AG 1986, 57; *Mehrens/Voland*, Fortbestand der Gewährträgerhaftung nach der Umstrukturierung öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute: Das Beispiel Versorgungsverbindlichkeiten, WM 2014, 831; *Melchior*, Die Beteiligung von Betriebsräten an Umwandlungsvorgängen aus Sicht des Handelsregisters, GmbHR 1996, 833; *Priester*, Mitgliederwechsel im Umwandlungszeitpunkt, DB 1997, 560; *Sieger/Hasselbach*, Break-Fee-Vereinbarungen bei Unternehmenskäufen, BB 2000, 625; *Schütz/Fett*, Variable oder starre Stichtagsregelungen in Verschmelzungsverträgen?, DB 2002, 2696; *Schwenn*, Kettenverschmelzung bei Konzernsachverhalten, Der Konzern 2007, 173; *Stohlmeier*, Zuleitung der Umwandlungsdokumentation und Einhaltung der Monatsfrist: Verzicht des Betriebsrats?, BB 1999, 1394; *J. Vetter*, Verpflichtung zur Schaffung von 1 Euro-Aktien?, AG 2000, 193; *Willemsen*, Arbeitsrecht im Umwandlungsgesetz – zehn Fragen aus der Sicht der Praxis, NZA 1996, 791; *Willemsen*, Die Beteiligung des Betriebsrats im Umwandlungsverfahren, RdA 1998, 23; *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 5. Aufl. 2016; *M. Winter*, Die Anteilsgewährung – zwingendes Prinzip des Verschmelzungsrechts?, FS Lutter, 2000, S. 1279; *Wlotzke*, Arbeitsrechtliche Aspekte des neuen Umwandlungsrechts, DB 1995, 40.

1. Überblick (*Marsch-Barner*)

- 1 § 5 Abs. 1 UmwG legt den Mindestinhalt für den **Verschmelzungsvertrag** oder, falls den Anteilsinhabern nur der **Entwurf** vorgelegt wird (vgl. § 4 Abs. 2 UmwG), für diesen fest. Der für alle Rechtsformen geltende Katalog wird durch die Sonderregelungen in §§ 40, 45b, 46, 57, 80, 110 UmwG ergänzt, die nur eingreifen, wenn an der Verschmelzung ein Rechtsträger in der jeweils angesprochenen Rechtsform beteiligt ist. § 5 Abs. 2 UmwG trifft Erleichterungen für den Fall, dass eine 100%ige Tochter auf die Muttergesellschaft verschmolzen werden soll. § 5 Abs. 3 UmwG regelt die Unterrichtung des Betriebsrates. Zum Abschluss des Verschmelzungsvertrages, seinem rechtlichen Charakter und seiner Auslegung siehe § 4 UmwG Rz. 2 ff. Die Vorschriften des § 5 UmwG gelten nicht für Verträge, in denen die spätere Verschmelzung der beteiligten Rechtsträger als Teil eines Gesamtkonzepts der Unternehmenszusammenführung (Business Combination Agreement) vereinbart wird¹. Soweit solche **Grundsatzvereinbarungen** allerdings bereits bestimmte Eckpunkte der Verschmelzung festlegen, müssen diese Festlegungen zB als Vorvertrag (dazu § 4 UmwG Rz. 8) den zwingenden gesetzlichen Vorgaben entsprechen. Enthält eine solche Vereinbarung bereits Regeln zu den künftigen gesellschaftsrechtlichen Strukturen und Verantwortlichkeiten, kann auch ein verdeckter Beherrschungsvertrag vorliegen. Es sind dann die §§ 291 ff. AktG zu beachten². Einen ähnlichen Katalog wie § 5 Abs. 1 UmwG enthält § 122c Abs. 2 UmwG für den **Verschmelzungsplan** bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, siehe dazu näher § 122c UmwG Rz. 8 ff.

2. Name und Sitz (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 UmwG) (*Marsch-Barner*)

- 2 Die Angabe des Namens bzw. der Firma und des Sitzes der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger dient der Kennzeichnung der Vertragspartner. Bei Kettenverschmelzungen ist darauf zu achten, dass die beteiligten Rechtsträger mit der im Handelsregister (noch) eingetragenen Firma aufgeführt werden³. Die bereits beschlossene, aber noch nicht eingetragene künftige Firma kann zur Information hinzugefügt werden. Bei einem Doppelsitz sind beide Sitze anzugeben. Die Verschmelzung allein begründet allerdings noch kein schutzwürdiges Interesse an einem Doppelsitz⁴.

1 Vgl. das Vertragsmuster L.II.2 in *Seibt*, Formularbuch Mergers & Acquisitions, 2. Aufl. 2011.

2 Vgl. OLG München v. 24.6.2008 – 31 Wx 83/07, NZG 2008, 753 = AG 2008, 672 und LG München I v. 19.10.2007 – 5 HKO 13298/07, AG 2008, 301, zur Verschmelzung HVB/ UniCredito.

3 OLG Hamm v. 19.12.2005 – 15 W 377/05, GmbHR 2006, 255.

4 Vgl. *Hüffer/Koch*, § 5 AktG Rz. 10; *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 12; offener *Kat-schinski*, ZIP 1997, 620 ff.

3. Vermögensübertragung (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 UmwG) (Marsch-Barner)

Die Übertragung des Vermögens jedes übertragenden Rechtsträgers muss „als Ganzes“ gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften an dem übernehmenden Rechtsträger vereinbart werden. Damit ist einmal die Vermögensübertragung als **Gesamtrechtsnachfolge** gemeint. Mit der Gewährung von Anteilen bzw. Mitgliedschaften wird außerdem die für die Verschmelzung typische **Gegenleistung** umschrieben (vgl. § 2 Nr. 1 UmwG). Der Verschmelzungsvertrag muss die Formulierung in § 5 Abs. 1 Nr. 2 UmwG nicht wörtlich übernehmen¹. Die Vereinbarung zB einer „Verschmelzung“ ist grundsätzlich ausreichend. Zur Vermeidung von Missverständnissen empfiehlt es sich aber, den Gesetzestext wiederzugeben. Bei unklarer Formulierung muss der Vertrag ausgelegt werden; dabei ist der objektive Inhalt maßgebend (§ 4 UmwG Rz. 10).

Werden im Verschmelzungsvertrag **einzelne Vermögensgegenstände** von der Übertragung des Vermögens **ausgenommen**, so ist dies mit der Gesamtrechtsnachfolge als wesentlichem Merkmal der Verschmelzung unvereinbar. Die betreffende Abrede ist deshalb **unwirksam** (§ 2 UmwG Rz. 9). Bei Vermögensgegenständen von untergeordneter Bedeutung führt dies im Zweifel nicht zur Nichtigkeit des Verschmelzungsvertrages insgesamt (vgl. § 139 BGB)². Die – unwirksame – Ausnahme von der Vermögensübertragung kann aber bei wesentlichen Vermögensgegenständen bedeuten, dass das Umtauschverhältnis falsch berechnet worden ist³. Unter Umständen kommt eine **Umdeutung** in eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Aussonderung und Übertragung der betreffenden Vermögensgegenstände an einen Dritten – vor oder nach Wirksamwerden der Verschmelzung – in Betracht (vgl. § 140 BGB)⁴.

Die Vermögensübertragung gegen Gewährung von Anteilen erfordert bei einer übernehmenden Kapitalgesellschaft regelmäßig eine Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage (vgl. dazu im Einzelnen die Regelungen in §§ 54, 55, 68, 69 UmwG). Ist der **übertragende Rechtsträger überschuldet**, scheidet eine solche Kapitalerhöhung aus, da dann die erforderliche Mindestdeckung der neuen Anteile nicht erreicht wird (vgl. §§ 55 Abs. 1, 69 Abs. 1 UmwG)⁵. Werden keine neuen Anteile ausgegeben, kann der Verschmelzungsbeschluss uU wegen Benachteiligung der Minderheit anfechtbar sein (siehe dazu § 3 UmwG Rz. 22). In krassen

¹ *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 14.

² *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 15.

³ *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 15; *Schröder* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 7.

⁴ *Mayer* in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 14; *Schröder* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 7; *Simon* in KölnKomm. UmwG, § 5 UmwG Rz. 6.

⁵ Deutsches Notarinstitut, Gutachten zum Umwandlungsrecht, 1996/7, Bd. 4, Nr. 20; *Heckschen*, DB 1998, 1385 (1386); *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 16; *Schröder* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 8.

Fällen kann der Verschmelzungsvertrag sittenwidrig sein¹. Ist der **übernehmende Rechtsträger** überschuldet, steht dies der Kapitalerhöhung nicht entgegen; allerdings dürfte es schwierig sein, ein angemessenes Umtauschverhältnis zu bestimmen².

4. Anteilsgewährung (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 UmwG) (Marsch-Barner)

- 5 Der Verschmelzungsvertrag muss vorsehen, dass das Vermögen gegen Gewährung von Anteilen bzw. – bei den Genossenschaften und Vereinen – gegen Gewährung von Mitgliedschaften an dem übernehmenden Rechtsträger übergeht. Hiervon gibt es allerdings **Ausnahmen**. Die Pflicht zur Anteilsgewährung entfällt zB, wenn eine 100%ige Tochtergesellschaft auf das Mutterunternehmen verschmolzen wird (sog. up-stream-merger, vgl. §§ 5 Abs. 2, 20 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 UmwG und dazu Rz. 67 ff.). Bei der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften ist ein **Verzicht** auf die Anteilsgewährung möglich (§§ 54 Abs. 1 Satz 3, 68 Abs. 1 Satz 3 UmwG). Ein solcher Verzicht kommt zB bei einem wirtschaftlich wertlosen übertragenden Rechtsträger (§ 3 UmwG Rz. 22) oder bei der Verschmelzung von Tochtergesellschaften (§ 54 UmwG Rz. 18) in Betracht. Eine Ausnahme von der Anteilsgewährungspflicht besteht auch in anderen Fällen (zB bei der Übernahme einer Komplementärstellung ohne Kapitalbeteiligung, vgl. § 40 UmwG Rz. 13). Wird eine KG auf eine GmbH verschmolzen und ist der Komplementär **nicht am Kapital beteiligt**, so erhält er auch keinen Anteil an der übernehmenden GmbH; eine Mitgliedschaft ohne Kapitalanteil gibt es im GmbH-Recht nicht. Der betreffende Komplementär muss deshalb entweder nach allgemeinen Grundsätzen vor dem Wirksamwerden der Verschmelzung ausscheiden, oder er verliert seine Mitgliedschaft mit der Eintragung der Verschmelzung (§ 54 UmwG Rz. 23)³. Eine Beteiligung Dritter in der Weise, dass die vom übernehmenden Rechtsträger zu gewährenden Anteile bislang nicht am Kapital beteiligten Personen zugewandt werden, ist im Rahmen des Verschmelzungsvertrages nicht möglich. Das Gesetz geht insoweit vom Grundsatz der Personenidentität aus (vgl. § 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG)⁴.
- 6 Bestehen bei einer übertragenden Gesellschaft **Anteile mit anderer Ausstattung** als bei der übernehmenden Gesellschaft (zB Vorzugsaktien ohne Stimmrecht oder Geschäftsanteile mit einem Mehrstimmrecht), so stellt sich die Frage, wie die zu gewährenden Anteile ausgestattet sein müssen. Das Gesetz regelt diese

1 Vgl. LG Mühlhausen v. 15.8.1996 – 1 HKO 3071/96, DB 1996, 1967 = AG 1996, 526.

2 *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 8.

3 *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 23; *Kallmeyer*, GmbHR 1996, 80 (81); *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 16; *Böttcher* in Böttcher/Habighorst/Schulte, § 5 UmwG Rz. 17.

4 *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 23; *Böttcher* in Böttcher/Habighorst/Schulte, § 5 UmwG Rz. 18; für alle Umwandlungen *Priester*, DB 1997, 560.

Frage ausdrücklich nur für Anteile ohne Stimmrecht, für die nach § 23 UmwG gleichwertige Rechte in dem übernehmenden Rechtsträger zu gewähren sind (vgl. § 23 UmwG Rz. 4). Die Gewährung **vinkulierter Anteile** ist, wie sich aus § 29 Abs. 1 Satz 2 UmwG ergibt, zulässig, begründet aber eine Abfindungspflicht. Ist der übertragende Rechtsträger eine AG oder KGaA, so kann auf dem Wege der Verschmelzung eine nachträgliche Vinkulierung der Aktien erreicht werden, ohne dass dafür die Zustimmung aller betroffenen Aktionäre (vgl. § 180 Abs. 2 AktG) eingeholt werden muss¹. Für alle übrigen Anteile enthält das Gesetz keine näheren Vorgaben, so dass **grundsätzlich Anteile mit jeder zulässigen Ausstattung** gewährt werden können² (siehe aber auch nachfolgend Rz. 7 ff.). Etwaige rechtliche Beeinträchtigungen müssen dabei jedoch **wertmäßig ausgeglichen** sein³.

Eine **Änderung der Mitgliedschaftsrechte** im Rahmen einer Verschmelzung ist allerdings nur nach den allgemeinen Grundsätzen zulässig. Deshalb sind neben den Verschmelzungsbeschlüssen uU **individuelle Zustimmungen** von nachteilig betroffenen Anteilsinhabern einzuholen. Außerdem gilt für alle Anteilsinhaber der **Gleichbehandlungsgrundsatz**, wie er in § 53a AktG für die AG und KGaA ausdrücklich normiert ist. Dieser Grundsatz gilt sowohl für das Verhältnis der Anteilsinhaber der übertragenden Rechtsträger untereinander wie für das Verhältnis zwischen den Anteilsinhabern der übertragenden und des übernehmenden Rechtsträgers⁴. In den zuerst genannten Bereich fällt zB, dass der Nennwert der zu gewährenden Anteile für alle Berechtigten nach gleichen Regeln festzusetzen ist. Zu dem zweiten Bereich gehört, dass das Verhältnis der Anteile der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft dem Verhältnis der jeweiligen Unternehmenswerte entsprechen muss. Dementsprechend werden **teileingezahlte Anteile**, soweit zulässig, beim übernehmenden Rechtsträger fortgeführt. Die restliche Einlage steht dann diesem als Forderung zu⁵. Andernfalls ist die ausstehende Einlage vor der Verschmelzung zu leisten oder wertmäßig beim Umtausch der Anteile zu berücksichtigen⁶. Auf **eigene Anteile** der übertragenden Gesellschaft dürfen keine Anteile gewährt werden (§§ 20 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1; 54 Abs. 1 Satz 1, 68 Abs. 1 Satz 1 UmwG).

1 Vgl. dazu näher *Bermel/Müller*, NZG 1998, 331 (333 f.).

2 *Mayer* in *Widmann/Mayer*, § 5 UmwG Rz. 72; *Simon* in *KölnKomm. UmwG*, § 2 UmwG Rz. 85, 113 f.; enger *Drygala* in *Lutter*, § 5 UmwG Rz. 18 und *Vossius* in *Widmann/Mayer*, § 23 UmwG Rz. 11 f., 33, die von einem Gebot der Gattungsgleichheit ausgehen.

3 Vgl. *Simon* in *KölnKomm. UmwG*, § 2 UmwG Rz. 113; *Böttcher* in *Böttcher/Habighorst/Schulte*, § 5 UmwG Rz. 21.

4 Vgl. bereits *Schilling*, JZ 1953, 489 (490); *Lutter* in *FS Mestmäcker*, 1996, S. 943 (949); *Drygala* in *Lutter*, § 5 UmwG Rz. 20; *Böttcher* in *Böttcher/Habighorst/Schulte*, § 5 UmwG Rz. 17.

5 *Drygala* in *Lutter*, § 5 UmwG Rz. 22; *Schröer* in *Semler/Stengel*, § 5 UmwG Rz. 17; *Böttcher* in *Böttcher/Habighorst/Schulte*, § 5 UmwG Rz. 22.

6 *Drygala* in *Lutter*, § 5 UmwG Rz. 22; *K. Schmidt*, ZIP 1995, 1385 (1389 f.).

- 8 Sind **Gesellschafter** an der übertragenden Gesellschaft nur **geringfügig beteiligt**, muss der Nennbetrag der von der übernehmenden GmbH oder AG auszugebenden Anteile – soweit für die beteiligten Anteilsinhaber zumutbar – so niedrig angesetzt werden, dass auch die geringfügig Beteiligten jeweils einen Anteil und nicht nur einen Barausgleich erhalten¹. Der Nennbetrag der neuen Anteile muss dafür erforderlichenfalls auf den **gesetzlichen Mindestnennbetrag oder niedrigsten anteiligen Betrag** (vgl. § 8 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 3 AktG für Aktien und §§ 46 Abs. 1 Satz 3, 51 Abs. 2 UmwG idF des MoMiG für GmbH-Anteile) herabgesetzt werden². Dies gilt allerdings nur dann, wenn zur Durchführung der Verschmelzung neue Anteile ausgegeben werden. Werden dafür bereits vorhandene, insbesondere eigene Anteile verwendet, besteht dagegen keine Pflicht, den Nennbetrag dieser Anteile zunächst soweit wie möglich herabzusetzen³.
- 9 Entfällt auf einen Gesellschafter auch bei kleinster Stückelung kein voller neuer Anteil, so **scheidet er mit einem Anspruch auf Barzahlung aus**. Außerhalb des § 29 UmwG geht das Gesetz zwar davon aus, dass bei der Verschmelzung als Gegenleistung grundsätzlich Anteile gewährt werden und bare Zuzahlungen nur ergänzend erfolgen, um die Übertragung des Vermögens bei Spitzten, auf die keine vollen Anteile entfallen, auszugleichen. Inhaber von Kleinstbeteiligungen, auf die kein voller neuer Anteil entfällt, hätten danach ein Vetorecht gegen die Verschmelzung. Dies widerspricht aber den im Gesetz getroffenen Wertungen. So ist bei nachteiligen Änderungen der bisherigen Mitgliedschaftsrechte im Rahmen der Verschmelzung eine Zustimmung der Betroffenen nur in den gesetzlich geregelten Fällen erforderlich (vgl. Rz. 12 ff.). Aktien oder GmbH-Anteile, die unter dem gesetzlichen Mindestbetrag liegen, können andererseits nicht gebildet werden. Deshalb entsteht in diesen Fällen, wie auch sonst bei Spitzten, nur ein Anspruch auf Barzahlung (§ 46 UmwG Rz. 8)⁴.
- 10 Andere Alternativen sind nicht ersichtlich. Eine Bildung **gemeinsamer Anteile** iS von § 18 GmbHG, § 69 AktG sieht das Gesetz nicht vor, sie ist deshalb nur einvernehmlich möglich (vgl. § 46 UmwG Rz. 8). Die im Schrifttum sonst noch erörterten Ausweichlösungen (Zuweisung eines Mindestanteils, Änderung des Umtauschverhältnisses durch vorherige Gewinnausschüttung oder Auskauf der Kleinstgesellschafter) sind rechtlich nicht geboten und laufen auf eine gleich-

1 Vgl. BGH v. 5.7.1999 – II ZR 126/98, DB 1999, 1747 = AG 1999, 517 zur Kapitalherabsetzung.

2 Vgl. *Simon* in KölnKomm. UmwG, § 2 UmwG Rz. 119 f; *Böttcher* in *Böttcher/Habighorst/Schulte*, § 5 UmwG Rz. 21; ausführlich *J. Vetter*, AG 2000, 193 ff.

3 Vgl. *J. Vetter*, AG 2000, 193 (199).

4 So auch *Schröder* in *Semler/Stengel*, § 5 UmwG Rz. 15; *Simon* in KölnKomm. UmwG, § 2 UmwG Rz. 117; *Mayer* in *Widmann/Mayer*, § 50 UmwG Rz. 118; *Böttcher* in *Böttcher/Habighorst/Schulte*, § 5 UmwG Rz. 21; *M. Winter* in FS Lutter, 2000, S. 1279 (1285 ff.) mwN; enger *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 63, wonach kein Anspruch auf Abfindung, sondern nur eine Verwertung für Rechnung des Betroffenen in Betracht kommen soll.

heitswidrige Bevorzugung des Kleinstgesellschafters hinaus¹. Sollte das Umtauschverhältnis allerdings bewusst darauf angelegt sein, bestimmte Kleinstgesellschafter hinauszudrängen, kann dies als **Rechtsmissbrauch** durch Klage nach § 14 Abs. 1 UmwG geltend gemacht werden².

Für die **Art der zu gewährenden Anteile** gelten rechtsformspezifische Besonderheiten: Bestehen bei einer übertragenden oder übernehmenden AG oder KGaA mehrere stimmberechtigte Aktiengattungen, so bedarf der Verschmelzungsbeschluss der Hauptversammlung zusätzlich noch der Zustimmung der Aktionäre einer jeden Gattung; diese Zustimmung erfolgt durch **Sonderbeschluss** (vgl. § 65 Abs. 2 UmwG). Die Inhaber nicht stimmberechtigter Aktien müssen der Verschmelzung nicht zustimmen; dies gilt auch dann, wenn die stimmrechtslosen Vorzugsaktien einer übertragenden Gesellschaft durch Umtausch in stimmberechtigte Aktien untergehen. § 65 Abs. 2 UmwG ist insofern *lex specialis* gegenüber §§ 141, 179 Abs. 3 AktG³. Die Inhaber der bisherigen Vorzugsaktien werden durch das Gebot der Gleichwertigkeit der zu gewährenden Anteile hinreichend geschützt⁴. Die Notwendigkeit eines Sonderbeschlusses stimmrechtsloser Vorzugsaktionäre kann allerdings bei der übernehmenden Gesellschaft bestehen, zB wenn zur Durchführung der Verschmelzung neue Vorzugsaktien ausgegeben werden sollen (vgl. § 141 Abs. 2 Satz 2 AktG).

Sollen den Aktionären einer übertragenden AG im Zuge der Verschmelzung **wesentliche Rechte entzogen** oder bislang nicht bestehende **Pflichten auferlegt** werden, so ist entsprechend § 35 BGB die **Zustimmung jedes betroffenen Aktionärs** erforderlich. Dies gilt zB für den Fall, dass bislang stimmberechtigte Aktionäre **stimmrechtslose Vorzugsaktien** erhalten sollen⁵ oder Aktien mit bisher nicht bestehenden **Nebenverpflichtungen** ausgegeben werden (vgl. § 180 AktG)⁶. Eine Ausnahme gilt allerdings dann, wenn stimmrechtslose Vorzugsaktien bei der übernehmenden AG lediglich entsprechend den dort vorhandenen Gattungsverhältnissen und zu deren Wahrung ausgegeben werden⁷. Sind die neuen

1 Vgl. ausführlich *M. Winter* in Lutter, Umwandlungsrechtstage, S. 48 f. und *M. Winter* in FS Lutter, 2000, S. 1279 (1289 f.).

2 *M. Winter* in Lutter, Umwandlungsrechtstage, S. 49.

3 *Diekmann* in Semler/Stengel, § 65 UmwG Rz. 24 aE; *Grunewald* in Lutter, § 65 UmwG Rz. 9; *Simon* in KölnKomm. UmwG, § 65 UmwG Rz. 17; *Marsch-Barner* in Liber amicorum *M. Winter*, 2011, S. 467 (472 f.).

4 Dazu näher *Marsch-Barner* in Liber amicorum *M. Winter*, 2011, S. 467 (473 f.).

5 Vgl. *Grunewald* in G/H/E/K, 1994, § 340 AktG Rz. 9; *Heckschen*, Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 1989, S. 18; *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 20; *Mayer* in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 74.

6 *Priester*, ZGR 1990, 420 (442); *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 22; aA *Mayer* in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 75.2.

7 Vgl. *Lutter* in FS Mestmäcker, 1996, S. 943 (950 f.); *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 20; *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 24; *Böttcher*/Habighorst/Schulte, § 5 UmwG Rz. 20; aA *Bayer*, ZIP 1997, 1613 (1616).

Aktien **vinkuliert**, ist dafür gemäß § 29 Abs. 1 Satz 2 UmwG und entgegen § 180 Abs. 2 AktG keine Zustimmung erforderlich¹.

- 13 Keine besonderen Zustimmungserfordernisse bestehen, wenn **Namensaktien** **stark Inhaberaktien** oder umgekehrt ausgegeben werden. In diesen Fällen liegt schon keine Gattungsverschiedenheit iS von § 11 AktG vor². Das Gleiche gilt, wenn bei der übernehmenden AG ein **Höchststimmrecht** besteht (§ 134 Abs. 1 Satz 2 AktG)³. Nicht zustimmungspflichtig ist auch, wenn für bislang stimmrechtslose Anteile **stimmberechtigte Anteile** ausgegeben werden. Dies gilt in der Regel selbst dann, wenn dadurch ein bisher bestehender Gewinnvorzug verloren geht (vgl. Rz. 11)⁴.
- 14 Bei der **GmbH** gelten für die Anteilsgewährung die gleichen Grundsätze wie bei der AG. Unterschiedliche Gattungen von Geschäftsanteilen sind hier allerdings seltener. Dafür gibt es häufiger Anteile mit bestimmten, im Gesellschaftsvertrag näher definierten **Sonderrechten**. Für diese enthält das Gesetz einige Sonderbestimmungen. So bedarf der Verschmelzungsbeschluss einer übertragenden GmbH nach § 13 Abs. 2 UmwG der Zustimmung derjenigen Gesellschafter, von deren Genehmigung die Abtretung der Anteile dieser GmbH abhängig ist. Die Bestimmung steht zwar im Allgemeinen Teil des Verschmelzungsrechts, hat praktische Bedeutung aber nur bei der Verschmelzung von GmbH und Personenhandelsgesellschaften. Zustimmen müssen auch die Inhaber von gesellschaftsvertraglich begründeten Minderheitsrechten und Sonderrechten in Bezug auf die Geschäftsführung (§ 50 Abs. 2 UmwG; siehe dazu § 50 UmwG Rz. 20 ff.). § 51 UmwG verlangt außerdem die Zustimmung der Gesellschafter der übertragenden oder übernehmenden GmbH bei nicht voll eingezahlten Geschäftsanteilen (vgl. dazu näher § 51 UmwG Rz. 2 ff.).
- 15 Bei den **Personenhandelsgesellschaften** (OHG, KG) muss der Verschmelzungsvertrag für jeden Gesellschafter bestimmen, ob er bei der übernehmenden Gesellschaft die Stellung eines Komplementärs oder Kommanditisten erhalten soll (§ 40 Abs. 1 UmwG). Soll ein bisheriger Kommanditist bei der übernehmenden Gesellschaft Komplementär werden, ist dies nur mit seiner Zustimmung möglich (§ 40 Abs. 2 Satz 2 UmwG). Im Übrigen gilt für den Verschmelzungsbeschluss grundsätzlich Einstimmigkeit (vgl. §§ 119 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB, § 43 UmwG). Etwaige Änderungen der mitgliederschaftlichen Stellung können dann auch nur einvernehmlich erfolgen. Wird eine GmbH & Co. KG auf eine GmbH verschmolzen, muss einer Komplementär-GmbH ohne Kapitalanteil

1 Vgl. *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 12; *Mayer* in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 73; *Bermel/Müller*, NZG 1998, 331 (334); vgl. auch Begr. RegE bei *Ganske*, S. 112.

2 *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 19; *Mayer* in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 73; *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 23.

3 *Lutter* in FS Mestmäcker, 1996, S. 943 (950); *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 21; aA *Zöllner* in Baumbach/Hueck, § 47 GmbHG Rz. 68.

4 *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 21; *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 23.

kein Geschäftsanteil an der GmbH eingeräumt werden, da dies zu einer Verschiebung der Beteiligungsquoten führen würde. Allerdings muss die Komplementär-GmbH der Verschmelzung zustimmen, da sie ihre Mitgliedschaft infolge der Verschmelzung verliert¹.

Bei **Partnerschaftsgesellschaften** muss der Verschmelzungsvertrag für jeden 15a
Anteilshaber eines übertragenden Rechtsträgers Name und Vorname sowie
den in der übernehmenden Partnerschaft ausgeübten Beruf und den Wohnort
jedes Partners enthalten (§ 45b Abs. 1 UmwG).

Ist zur Schaffung der zu gewährenden Anteile eine **Kapitalerhöhung** erforder- 16
lich (vgl. §§ 55, 56 UmwG für die GmbH und §§ 69, 73, 78 UmwG für die AG/
KGaA), muss dies im Verschmelzungsvertrag grundsätzlich nicht erwähnt wer-
den². § 46 Abs. 2 UmwG verlangt dies nur für den Sonderfall, dass die zu gewäh-
renden GmbH-Anteile durch Kapitalerhöhung geschaffen und anders als sons-
tige Geschäftsanteile der übernehmenden GmbH ausgestattet sein sollen. In die-
sem Fall sind die Abweichungen im Verschmelzungsvertrag festzulegen.
Dennoch empfiehlt es sich, im Verschmelzungsvertrag ggf. festzuhalten, dass die
zu gewährenden Anteile durch eine Kapitalerhöhung des übernehmenden
Rechtsträgers neu geschaffen werden³ (für die Spaltung § 126 UmwG Rz. 60).
Damit wird der übernehmende Rechtsträger zugleich entsprechend verpflichtet⁴.
Sollen die zu gewährenden **Anteile** nicht neu geschaffen, sondern **aus einem
vorhandenen Bestand** solcher Anteile bei einem beteiligten Rechtsträger oder
einem Dritten gewährt werden (vgl. dazu §§ 54 Abs. 1 Satz 2, 56; 68 Abs. 1 Satz 2,
73, 78 UmwG), so empfiehlt es sich ebenfalls, dies im Verschmelzungsvertrag
festzuhalten (vgl. § 46 Abs. 3 UmwG). Die Beschaffung der zu gewährenden An-
teile ist dann vertraglich abgesichert. Zugleich wird der betreffende Rechtsträger
oder der Dritte unmittelbar zur Herausgabe dieser Anteile an die Anteilshaber
des übertragenden Rechtsträgers verpflichtet (§§ 328 Abs. 1, 335 BGB).

5. Umtauschverhältnis (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 UmwG) (Lanfermann)

a) Die Vorschrift entspricht, was das Umtauschverhältnis und die baren Zuzah- 17
lungen betrifft, Art. 5 Abs. 2 lit. b der 3. EG-Richtlinie (78/855/EWG). Da nach
dem UmwG Verschmelzungen mit übernehmenden Rechtsträgern möglich sind,
an denen nicht Anteile, sondern Mitgliedschaften bestehen (Vereine, Versiche-
rungsvereine, Genossenschaften, vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 4, Nr. 5 und Nr. 6

1 *Kallmeyer*, GmbHR 1996, 80 (82); *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 16.

2 Vgl. *Mayer* in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 139; *Heidenhain*, NJW 1995, 2873 (2875)
für die Spaltung; aA *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 64; *Schröer* in Semler/Stengel, § 5
UmwG Rz. 36; *Simon* in KölnKomm. UmwG, § 5 UmwG Rz. 53.

3 Vgl. KG v. 22.9.1998 – 1 W 4387/97, WM 1999, 323 (325) = GmbHR 1998, 1230.

4 *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 36.

UmwG), muss der Verschmelzungsvertrag für diese Fälle Angaben über den Erwerb der Mitgliedschaften bei dem übernehmenden Rechtsträger enthalten. Die Vorschrift deckt darüber hinaus alle Fälle ab, in denen es zum Ersatz eines Anteils durch eine Mitgliedschaft oder umgekehrt kommt¹.

- 18 **b)** § 5 Abs. 1 Nr. 3 UmwG enthält eine formale Vorschrift für das Umtauschverhältnis. Die Angabe gehört zu dem grundlegenden Inhalt des Verschmelzungsvertrages, da sie den wirtschaftlichen Kern einer Verschmelzung für die Anteilsinhaber/Mitglieder festlegt. Das Umtauschverhältnis ist nicht im Vertrag, wohl aber im **Verschmelzungsbericht** (§ 8 Abs. 1 UmwG) zu erläutern. Zum Umtauschverhältnis selbst, zu den baren Zuzahlungen und zur Ausgestaltung der Mitgliedschaftsrechte vgl. § 8 UmwG Rz. 10 ff., 25 f. Die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses ist nicht Wirksamkeitsvoraussetzung des Verschmelzungsvertrags und wird auch nicht registergerichtlich nachgeprüft². Zu unterscheiden sind die Angaben bei Anteilen und bei Mitgliedschaften:
- 19 **aa)** Das „Umtauschverhältnis“ bei **Anteilen** wird von der Wertigkeit von Leistung (übertragenes Vermögen) und Gegenleistung (Gewährung von Anteilen des übernehmenden Rechtsträgers) bestimmt. Das Gesetz verlangt die Angabe des Umtauschverhältnisses, dh. wie viel Anteile am übernehmenden Rechtsträger auf einen Anteil (oder ein Vielfaches davon) des übertragenden Rechtsträgers entfallen (zB 1:2, 5:4). Abzustellen ist bei Kapitalgesellschaften grundsätzlich auf den Nennbetrag. Sind bei der AG Stückaktien (§ 8 Abs. 1 AktG) ausgegeben, erfolgt die Angabe in Stücken. Dabei können Nennbetragsanteile in Stückaktien oder Stückaktien in Nennbetragsanteile umgetauscht werden. Rechnerisch wird auch dabei auf das Nominalkapital (Grundkapital) abgestellt, weil die Stückaktie einen zerlegungsbedingten Anteil am Grundkapital repräsentiert³. **Eigene Anteile**, die der übertragende Rechtsträger hält oder Anteile, die der aufnehmende Rechtsträger am Übertragenden hält, sind nicht einzubeziehen, da kein Umtausch stattfindet. Einzubeziehen sind aber eigene Anteile des aufnehmenden Rechtsträgers und Anteile, die der übertragende Rechtsträger am aufnehmenden Rechtsträger hält⁴. Insoweit darf eine Kapitalerhöhung beim übernehmenden Rechtsträger nicht durchgeführt werden (§ 54 Abs. 1 Nr. 1 und 2 UmwG; § 68 Abs. 1 Nr. 1 und 2 UmwG).

Bei der GmbH als übernehmendem Rechtsträger werden diese Angaben zweckmäßigerweise verbunden mit den Angaben nach § 46 Abs. 1 UmwG, nämlich der Angabe der Zahl und der Nennbeträge der Geschäftsanteile, die die übernehmende GmbH jedem Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers zu gewähren hat (vgl. § 46 UmwG Rz. 2). Insoweit ist idR eine namentliche Nennung

1 Begr. RegE, BR-Drucks. 75/94, S. 82.

2 *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 27; *Schröder* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 25.

3 *Hüffner/Koch*, § 8 AktG Rz. 20.

4 *Schröder* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 29.

aller Anteilshaber des übertragenden Rechtsträgers erforderlich. Bei der sog. **Mehrfachverschmelzung** (mehrere übertragende Rechtsträger mit nur einem Anteilshaber übertragen auf einen bestehenden oder neu zu gründenden aufnehmenden Rechtsträger) genügt die Bildung eines einzigen Geschäftsanteils des aufnehmenden Rechtsträgers und die entsprechende Angabe des Umtauschverhältnisses zu den gesamten untergehenden Geschäftsanteilen. Eine Angabe für jeden einzelnen übertragenden Rechtsträger ist nicht erforderlich. Nach §§ 5 Abs. 2, 55 Abs. 4 GmbHG ist aber auch die Übernahme mehrerer Geschäftsanteile möglich, so dass auch die Angabe pro übertragender Gesellschaft gewählt werden kann.

bb) Sind an der Verschmelzung nur **Kapitalgesellschaften** beteiligt, ist die formale Darstellung des Umtauschverhältnisses idR unproblematisch. Bei **Personengesellschaften** gibt es kein Nennkapital im technischen Sinne: Die gesetzliche Regelung der §§ 120, 121, 122 HGB geht von einem variablen Kapitalanteil als bloßer Rechnungsziffer aus, der noch nicht einmal mit dem Anteil am Gesellschaftsvermögen iS des § 719 Abs. 1 BGB identisch sein muss¹. Diese Bestimmungen sind jedoch dispositiv und werden in modernen Gesellschaftsverträgen idR durch einen festen Kapitalanteil, der ggf. auch den Anteil am Gesellschaftsvermögen zum Ausdruck bringt, ersetzt. Ist eine Personengesellschaft übertragender oder übernehmender Rechtsträger, muss der Verschmelzungsvertrag deshalb definieren, worauf sich das errechnete Umtauschverhältnis beziehen soll (variables Kapitalkonto zum Verschmelzungsstichtag, festes Kapitalkonto mit oder ohne die weiteren nach dem Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaft vorgesehenen Gesellschafterkonten). Ist eine Personengesellschaft übernehmende Gesellschaft, setzt eine klare Regelung idR voraus, dass die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers namentlich mit den ihnen zuzuordnenden Konten bezeichnet werden².

cc) Ist übernehmender Rechtsträger eine **Genossenschaft**, so enthält § 80 Abs. 1 UmwG eine Spezialvorschrift für die Angaben über das Umtauschverhältnis. Ist aufnehmender Rechtsträger ein **Idealverein** (§§ 99 ff., 109 ff. UmwG), so sind Angaben über die Mitgliedschaft zu machen: Dies kann praktisch nur durch die Wiedergabe der Rechte und Pflichten der Mitglieder nach dem Statut des aufnehmenden Vereins geschehen. Das ist idR kein Problem, wenn übertragender Rechtsträger wiederum ein Idealverein mit gleichmäßig ausgestalteten Mitgliedsrechten ist (§ 99 Abs. 2 UmwG). Bei Sonderrechten (§ 35 BGB) sind ggf. Abweichungen notwendig, da Sonderrechte (zB im Hinblick auf einen Liquidationsüberschuss) nicht ohne Zustimmung des begünstigten Mitglieds beeinträchtigt werden dürfen. Erforderlich werden jedenfalls Angaben über den Anfall des Vereinsvermögens bei Auflösung (§ 45 BGB). Besondere Probleme können sich

1 Vgl. *Roth* in Baumbach/Hopt, § 120 HGB Rz. 13.

2 AA *Schröder* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 27; wie hier *Mayer* in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 94.

ergeben, wenn übertragender Rechtsträger ein Verein, insbesondere ein **wirtschaftlicher Verein** (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 UmwG) und aufnehmender Rechtsträger eine Kapitalgesellschaft ist. Bei unterschiedlichen Mitgliedschaftsrechten (insbesondere im Hinblick auf einen Liquidationsüberschuss) bestimmt sich das Umtauschverhältnis durch Auslegung der Satzung nach dem wirtschaftlichen Wert der jeweiligen Mitgliedschaftsrechte.

- 22 **c) Die baren Zuzahlungen** sind betragsmäßig insgesamt und in der Aufteilung auf jeden untergehenden Anteil oder auf jeden Beteiligten anzugeben. Die für die GmbH, die AG und die Genossenschaft als übernehmenden Rechtsträger geltenden Höchstbeträge von 10 % des Gesamtnennbetrags der gewährten Gesellschaftsrechte oder Geschäftsanteile sind zu beachten (§ 54 Abs. 4 UmwG, § 68 Abs. 3 UmwG und § 87 Abs. 2 Satz 2 UmwG). Dies gilt auch, wenn statt barer Zuzahlungen Ausgleichs- oder Darlehensforderungen gegen den übernehmenden Rechtsträger eingeräumt werden; andernfalls könnte die 10 %-Grenze einfach umgangen werden¹. Bare Zuzahlungen gibt es nur für die Gesellschafter der übertragenden, nicht für die Gesellschafter der aufnehmenden Gesellschaft. Ggf. kann für diese ein Ausgleich durch Dividendenausschüttungen vor Wirksamwerden der Verschmelzung oder eine später eintretende Dividendenberechtigung auf die an die übertragenden Gesellschafter ausgegebenen Anteile herbeigeführt werden². Für die Personenhandelsgesellschaft als aufnehmende Gesellschaft gelten keine Höchstgrenzen. Zuzahlungen können auch dann gewährt werden, wenn sie für den wertmäßigen Spitzenausgleich (für den sie eigentlich gedacht sind) nicht erforderlich sind³ (vgl. auch § 54 UmwG Rz. 27; § 68 UmwG Rz. 20). Die Regelung geht davon aus, dass Zuzahlungen nur in Geld-, nicht in Sachwerten geleistet werden dürfen („bar“). Der Verschmelzungsvertrag wird deshalb idR immer ein Barangebot enthalten müssen. Das schließt nicht aus, dass im Einvernehmen mit dem Berechtigten eine Erfüllung des Anspruchs in Sachwerten erfolgen kann⁴. Ein Spitzenausgleich durch Zuzahlung der Gesellschafter ist nicht schlechthin ausgeschlossen, bedarf aber der Zustimmung aller Betroffenen⁵.
- 23 **d) Die Angaben entfallen nach § 5 Abs. 2 UmwG**, wenn sich alle Anteile eines übertragenden Rechtsträgers in der Hand des übernehmenden Rechtsträgers befinden, allerdings nur, soweit sie die Aufnahme dieses Rechtsträgers betreffen. Sind neben der 100 %igen Tochtergesellschaft weitere übertragende Rechtsträger beteiligt, greift § 5 Abs. 2 UmwG nur für die Angaben bezüglich der 100 %igen Tochtergesellschaft ein. Dies muss auch dann gelten, wenn ein übertragender Rechtsträger eigene Anteile hält oder Anteile einem anderen für Rechnung des

1 *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 26 (Fn. 5); *Mayer* in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 102; *Heidenhain*, NJW 1995, 2873 (2875).

2 Vgl. *Schröder* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 32.

3 AllgM: vgl. *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 26 mwN.

4 AA noch 2. Aufl.; so auch *Stratz* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 5 UmwG Rz. 66.

5 So auch *Stratz* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 5 UmwG Rz. 66.

übertragenden Rechtsträgers gehören. Auch dann kommt ein Umtauschverhältnis nicht in Betracht. Eine Angabe zum Umtauschverhältnis ist auch dann entbehrlich, wenn alle Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers auf eine Anteilsgewährung verzichtet haben (§ 54 Abs. 1 Satz 3 UmwG; § 68 Abs. 1 Satz 3 UmwG).

e) Inhaltlich entsprechend sieht bei Gründung einer SE durch Verschmelzung Art. 20 Abs. 1 Satz 2 lit. b SE-VO¹ die Angabe des Umtauschverhältnisses der Aktien und ggf. die Höhe der Ausgleichsleistung als Pflichtangabe im Verschmelzungsplan vor (vgl. Anhang I Rz. 23). 23a

6. Einzelheiten der Übertragung (§ 5 Abs. 1 Nr. 4 UmwG)

(*Marsch-Barner*)

Nach dem Gesetz muss der Verschmelzungsvertrag die Einzelheiten für die Übertragung der Anteile des übernehmenden Rechtsträgers bzw. den Erwerb der Mitgliedschaften bei diesem regeln. Ist der übernehmende Rechtsträger eine **AG** oder **KGaA**, so gehört dazu die Angabe des **Treuhänders** für den Empfang der zu gewährenden Aktien und baren Zuzahlungen (vgl. §§ 71, 78 UmwG), sowie eine Regelung darüber, wer die **Kosten** des Umtausches der bisherigen Anteile trägt (idR der übernehmende Rechtsträger)². Die Höhe dieser Kosten muss nicht angegeben werden³. Entbehrlich sind auch Angaben über Einzelheiten des **Umtauschverfahrens**, insbesondere über die Einreichung der alten Aktien, ihre Zusammenlegung und Kraftloserklärung (vgl. §§ 72, 78 UmwG). Hierzu müssen ohnehin gesonderte Aufforderungen erlassen werden. Ist die Bestellung eines Treuhänders ausnahmsweise nicht vorgesehen, sollte dies zur Klarstellung in den Verschmelzungsvertrag aufgenommen werden⁴. Sind die Aktien der übernehmenden Gesellschaft bisher nicht zum **Börsenhandel** zugelassen, ist dies aber geplant, muss dies im Verschmelzungsvertrag nicht erwähnt werden⁵. Eine ge-

1 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. EG Nr. L 294, S. 1.

2 *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 65; *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 35; *Böttcher* in Böttcher/Habighorst/Schulte, § 5 UmwG Rz. 41; abl. hinsichtlich der Kostengabe *Simon* in KölnKomm. UmwG, § 5 UmwG Rz. 51.

3 *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 35; aA *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 65; *Böttcher* in Böttcher/Habighorst/Schulte, § 5 UmwG Rz. 41; *Sagasser/Luke* in Sagasser/Bula/Brünger, § 9 Rz. 147.

4 *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 37 Fn. 94; *Simon* in KölnKomm. UmwG, § 5 UmwG Rz. 55.

5 LG Mannheim v. 3.3.1988 – 24 O 75/87, WM 1988, 775 (777) = AG 1988, 248; *Heckschen*, WM 1990, 377 (380); *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 66; *Mayer* in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 139.1; *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 37; *Simon* in KölnKomm. UmwG, § 5 UmwG Rz. 52.

plante Börseneinführung ist jedoch im Verschmelzungsbericht (§ 8 UmwG) offenzulegen¹.

- 25 Ist die übernehmende Gesellschaft eine **GmbH** und werden die zu gewährenden Geschäftsanteile im Wege der **Kapitalerhöhung** geschaffen, so ergeben sich die Einzelheiten hierzu aus dem Gesetz (§§ 55, 56 UmwG). Eine Regelung im Verschmelzungsvertrag ist entbehrlich, sofern die neuen Anteile nicht anders ausgestattet sind als die schon bestehenden Anteile (§ 46 Abs. 2 UmwG). Sollen die Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft **bereits vorhandene Geschäftsanteile** erhalten, so müssen die Gesellschafter und die Nennbeträge im Verschmelzungsvertrag bestimmt werden (§ 46 Abs. 3 UmwG). Dies gilt sinngemäß auch dann, wenn die Anteile von Dritten gewährt werden². In beiden Fällen empfiehlt sich die Angabe, dass die Geschäftsanteile durch **Abtretung** von der übernehmenden Gesellschaft oder dem Dritten auf die Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft übergehen (§ 15 Abs. 3 GmbHG). Dabei ist zu regeln, wer die damit verbundenen **Kosten** trägt. Die Höhe dieser Kosten muss im Verschmelzungsvertrag nicht angegeben werden (siehe Rz. 24). Sie sollte aber im Verschmelzungsbericht (§ 8 UmwG) genannt und erläutert werden.
- 26 Ist die übernehmende Gesellschaft eine **OHG** oder **KG**, entfällt eine besondere Übertragung der Gesellschaftsanteile. Die künftige Rechtsstellung der übertragenden Gesellschafter ist aber, ggf. einschließlich des Betrags der Einlage, im Verschmelzungsvertrag festzulegen (§ 40 UmwG). Zu bestimmen ist insbesondere, welche Gesellschafter beschränkt oder unbeschränkt haften. Ist ein Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers an der übernehmenden Gesellschaft bereits beteiligt, wird ihm keine neue Beteiligung eingeräumt, sondern seine bisherige Beteiligung aufgestockt³. Die jeweilige Rechtsstellung wird mit der Eintragung der Verschmelzung wirksam (vgl. § 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG).
- 26a Das Gesetz erwähnt auch den Fall, dass, wie bei der Genossenschaft oder dem Verein, keine Anteile, sondern die **Mitgliedschaft** bei dem übernehmenden Rechtsträger erworben wird. Mit dem Wirksamwerden der Verschmelzung erfolgt dieser Erwerb von Gesetzes wegen (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG). Ergänzende Regelungen im Verschmelzungsvertrag sind deshalb im Allgemeinen entbehrlich (vgl. auch § 110 UmwG). Das Gleiche gilt bei einer **Mischverschmelzung**, also in dem Fall, dass zB die bisherige Mitgliedschaft in einem Verein durch einen Geschäftsanteil an der übernehmenden GmbH ersetzt wird⁴. Die sich dabei ergebenden Unterschiede zwischen der alten und der neuen Rechtsstellung, zB hinsichtlich Einflussmöglichkeiten, Nebenpflichten und Haftung, lassen sich

1 Schröder in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 37.

2 Vgl. M. Winter/J. Vetter in Lutter, § 46 UmwG Rz. 51.

3 Schröder in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 39; Simon in KölnKomm. UmwG, § 5 UmwG Rz. 56; Böttcher in Böttcher/Habighorst/Schulte, § 5 UmwG Rz. 19.

4 Vgl. dazu Hadding/Hennrichs in FS Boujong, 1996, S. 203 ff.

häufig nicht durch das Umtauschverhältnis ausgleichen. Sie sind dann im Verschmelzungsbericht zu erläutern¹.

7. Zeitpunkt der Gewinnberechtigung (§ 5 Abs. 1 Nr. 5 UmwG) (Marsch-Bärner)

Der Verschmelzungsvertrag muss den Zeitpunkt angeben, von dem an die zu übertragenden Anteile oder Mitgliedschaften einen Anspruch auf einen Anteil am Bilanzgewinn gewähren; außerdem sind alle **Besonderheiten** in Bezug auf diesen Anspruch anzugeben. Gemeint ist der **Gewinnanspruch**, der sich aus der Jahresbilanz des übernehmenden Rechtsträgers ergibt (vgl. §§ 120, 121, 167 HGB für die OHG/KG, § 29 GmbHG für die GmbH und §§ 58 ff., 174 AktG für die AG/KGaA). Ansprüche, die sich lediglich auf diesen Gewinnanspruch beziehen, wie zB ein am Bilanzgewinn orientierter Besserungsschein oder ein entsprechendes Genussrecht, sind nicht erfasst; solche Ansprüche ergeben sich nicht aus der Beteiligung, sondern sind schuldrechtlicher Natur². Besonderheiten des Gewinnanspruchs können sich vor allem aus Sonderrechten einzelner Anteilshaber (zB Vorzugsgewinnanteil, Mehrdividende) oder aufgrund des statutarischen Gewinnverteilungsschlüssels ergeben.

Grundsätzlich werden die Gesellschafter einer übertragenden Gesellschaft **mit dem Wirksamwerden der Verschmelzung** Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft; sie sind dann von diesem Zeitpunkt an bei dieser gewinnberechtigt. Der genaue Zeitpunkt, die **Eintragung** der Verschmelzung (§ 20 Abs. 1 UmwG), ist in der Regel allerdings nicht vorhersehbar. Ein Beginn der Gewinnberechtigung während des laufenden Geschäftsjahrs kann auch zu Schwierigkeiten bei der Gewinnverteilung zwischen alten und neuen Gesellschaftern führen. Im Verschmelzungsvertrag wird deshalb meist ein anderer Zeitpunkt für den Beginn der Gewinnberechtigung vereinbart, nämlich der **Beginn des Geschäftsjahrs** der übernehmenden Gesellschaft, das auf den Stichtag der letzten Jahresbilanz der übertragenden Gesellschaft folgt³. Dies ist aber nicht zwingend; der Beginn der Gewinnberechtigung kann vielmehr freigestellt werden⁴. Er kann

1 *Schröder* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 41; für eine wahlweise Erläuterung im Verschmelzungsvertrag oder im Verschmelzungsbericht *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 67; für eine Erläuterung im Verschmelzungsvertrag *Mayer* in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 143.

2 *Schröder* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 50; *Simon* in KölnKomm. UmwG, § 5 UmwG Rz. 61.

3 Vgl. *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 68; *Mayer* in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 144; *Schröder* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 43; *Bungert/Wansleben*, DB 2013, 979 (978).

4 BGH v. 4.12.2012 – II ZR 17/12, AG 2013, 165 Rz. 15; *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 68; *Simon* in KölnKomm. UmwG, § 5 UmwG Rz. 63; *Schröder* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 42 ff.; *Böttcher* in Böttcher/Habighorst/Schulte, § 5 UmwG Rz. 45.

deshalb auch zu einem **späteren Zeitpunkt** vereinbart werden. Dadurch kann zB ein besonders günstiges Umtauschverhältnis ausgeglichen werden¹. Möglich ist auch zB, den Beginn der Gewinnberechtigung auf die Mitte des laufenden Geschäftsjahres der übernehmenden Gesellschaft festzulegen². Die Anteile sind dann für dieses Geschäftsjahr mit halber Gewinnberechtigung ausgestattet, eine besondere Gewinnermittlung ist dafür nicht erforderlich. Häufig wird der Stichtag für die Gewinnberechtigung mit dem **Verschmelzungstichtag** nach § 5 Abs. 1 Nr. 6 UmwG kombiniert³; der Beginn der Gewinnberechtigung fällt dann mit dem Beginn der Zurechnung der Gewinne und Verluste zusammen (vgl. Rz. 35). Zwingend ist auch dies aber nicht. Soll die Gewinnberechtigung für ein **früheres Geschäftsjahr** beginnen, setzt dies voraus, dass dafür noch kein Gewinnverwendungsbeschluss gefasst ist⁴.

- 29 Für den Fall, dass die Verschmelzung bis zu dem vorgesehenen Beginn der Gewinnberechtigung nicht eingetragen sein sollte, kann im Vertrag vereinbart werden, dass sich der Beginn der Gewinnanteilberechtigung zB um ein Jahr verschiebt. Sind weitere **Verzögerungen**, etwa aufgrund von Klagen nach § 14 Abs. 1 UmwG, zu befürchten, so kann der Beginn auf die entsprechenden Zeitpunkte der Folgejahre festgelegt werden. Solche **variablen Regelungen** haben den Vorteil, dass der Verschmelzungsvertrag beim Eintreten von Verzögerungen nicht angepasst werden muss⁵. Wird für die Gewinnberechtigung ein fester Zeitpunkt vereinbart, kann dies im Falle einer Verzögerung der Eintragung über diesen Zeitpunkt hinaus die Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers benachteiligen⁶.
- 30 Verzögert sich das Wirksamwerden der Verschmelzung, so haben die beteiligten Gesellschaften weiter eigene **Jahresabschlüsse** aufzustellen. Darin ist die vorgesehene Verschmelzung, von evtl. Rückstellungen abgesehen, grundsätzlich

1 Barz, AG 1972, 1 (3); Hoffmann-Becking in FS Fleck, 1988, S. 105 (110); Grunewald in G/H/E/K, 1994, § 340 AktG Rz. 12.

2 Hoffmann-Becking in FS Fleck, 1988, S. 105 (110); Mayer in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 144; Schröer in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 44; abl. Drygala in Lutter, § 5 UmwG Rz. 68 und Simon in KölnKomm. UmwG, § 5 UmwG Rz. 67.

3 Vgl. Bungert/Wansleben, DB 2013, 979 (978) mwN.

4 BGH v. 4.12.2012 – II ZR 17/12, AG 2013, 165 Rz. 18; Priester, BB 1992, 1594; Mayer in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 145; Schröer in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 45; Simon in KölnKomm. UmwG, § 5 UmwG Rz. 66.

5 Zu solchen Regelungen BGH v. 4.12.2012 – II ZR 17/12, AG 2013, 165 Rz. 15, 20 sowie Hoffmann-Becking in FS Fleck, 1988, S. 105 (119); Hoffmann-Becking in MünchVertragsHdb., Bd. 1, 7. Aufl. 2011, XI.1 § 8 Abs. 3; Drygala in Lutter, § 5 UmwG Rz. 68; Schröer in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 47; Mayer in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 146; kritisch gegenüber zeitlich unbefristeten Klauseln Kiem, S. 63 ff. und Kiem, ZIP 1999, 173 (179).

6 Vgl. BGH v. 4.12.2012 – II ZR 17/12, AG 2013, 165 Rz. 17.

nicht zu berücksichtigen¹. Dementsprechend kann auch die bisherige Gewinnverteilungspolitik fortgesetzt werden². Sollte das vereinbarte Umtauschverhältnis unrichtig werden, obliegt es der Entscheidung der jeweiligen Vertretungsorgane, ob sie an dem Verschmelzungsvertrag festhalten oder ein evtl. vereinbartes Rücktrittsrecht ausüben wollen. Ist kein Rücktrittsrecht vereinbart, können die beteiligten Rechtsträger uU nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage eine Anpassung des Umtauschverhältnisses verlangen (§ 4 UmwG Rz. 25)³. Um ein Auseinanderdriften der wirtschaftlichen Entwicklung der beteiligten Gesellschaften während des Schwebezustandes zu vermeiden, kann im Verschmelzungsvertrag oder in einer der Verschmelzung vorangehenden Grundsatzvereinbarung vorgesehen werden, dass im Rahmen des kartellrechtlich Zulässigen die Geschäfts- und Ausschüttungspolitik zur Wahrung des vereinbarten Umstandsverhältnisses abgestimmt wird⁴. Dabei kann zB vorgesehen werden, dass Ausschüttungen bis zur Eintragung der Verschmelzung möglichst unterbleiben oder nur entsprechend dem vereinbarten Umtauschverhältnis erfolgen sollen⁵. Zur entsprechenden Problematik bei der Spaltung siehe § 126 UmwG Rz. 57a.

8. Verschmelzungstichtag (§ 5 Abs. 1 Nr. 6 UmwG) (Lanfermann)

a) Der Stichtag legt den Zeitpunkt fest, von dem ab die **Verschmelzung obligatorisch**, dh. im Verhältnis zwischen den beteiligten Rechtsträgern und ihren Anteilshabern oder Mitgliedern, wirkt. Handlungen des übertragenden Rechtsträgers gelten von diesem Zeitpunkt an als für Rechnung des übernehmenden Rechtsträgers vorgenommen. Dinglich wirkt die Verschmelzung erst mit der Eintragung in das Handelsregister des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Dies ist jedoch ein nicht genau vorhersehbarer und damit idR wirtschaftlich nicht brauchbarer Stichtag. Nichtsdestoweniger kann jedoch auch dieser Tag als Verschmelzungstichtag vertraglich festgelegt werden.

Der Verschmelzungstichtag ist von weitreichender Bedeutung⁶ und muss im Zusammenhang mit anderen im Rahmen der Verschmelzung festzulegenden Stichtagen und Zeitpunkten gesehen und mit diesen abgestimmt werden. Insbesondere geht es um den Zeitpunkt der Gewinnberechtigung am übernehmenden Rechtsträger (§ 5 Abs. 1 Nr. 5 UmwG), um den Stichtag der Schlussbilanz

1 OLG Hamm v. 11.12.1991 – 8 U 135/91, WM 1992, 946 = AG 1992, 274; BGH v. 12.10.1992 – II ZR 30/92, DB 1992, 2432; *Priester*, BB 1992, 1594 (1596).

2 Vgl. *Grunewald* in G/H/E/K, 1994, § 340 AktG Rz. 14.

3 Offen gelassen in BGH v. 4.12.2012 – II ZR 17/12, AG 2013, 165 Rz. 30.

4 *Kiem*, ZIP 1999, 173 (180 f.); *Schröder* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 48.

5 Vgl. § 6 des Musters einer Grundsatzvereinbarung in *Seibt*, Formularbuch Mergers & Acquisitions, 2. Aufl. 2011, L.II.2. sowie *Schröder* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 48.

6 Vgl. dazu ausführlich *Naraschewski*, Stichtage und Bilanzen bei der Verschmelzung, 2001.

des übertragenden Rechtsträgers (§ 17 Abs. 2 UmwG) und ggf., bei einer Verschmelzung durch Neugründung, den Stichtag der Eröffnungsbilanz des übernehmenden Rechtsträgers (§ 242 Abs. 1 HGB). Hinzu kommt der **steuerliche Übertragungsstichtag** nach § 2 Abs. 1 Satz 1 UmwStG, der die Zuordnung von Einkommen und Vermögen der übertragenden Körperschaft auf den übernehmenden Rechtsträger mit dem Ablauf des Stichtags der handelsrechtlichen Schlussbilanz (§ 17 Abs. 2 UmwG) festlegt. Aus der zwingenden Verknüpfung der steuerlichen Ergebniszurechnung auf den aufnehmenden Rechtsträger mit dem Ablauf des Stichtags der handelsrechtlichen Schlussbilanz ergibt sich – wenigstens bei inländischen Verschmelzungen – idR die praktische Notwendigkeit, Verschmelzungsstichtag und steuerlichen Übertragungsstichtag zu koordinieren, um ein Auseinanderfallen handelsrechtlicher und steuerlicher Ergebniszuordnung zu vermeiden¹.

- 33 b) Der Beginn des Verschmelzungsstichtags bestimmt den Zeitpunkt der **Ergebnisabgrenzung** zwischen übertragendem und übernehmendem Rechtsträger. Er ist – von Ausnahmen abgesehen (vgl. Rz. 35) – unmittelbar mit dem Stichtag der Schlussbilanz nach § 17 Abs. 2 UmwG verknüpft, die in aller Regel das Ergebnis abgrenzt, das der übertragende Rechtsträger noch für eigene Rechnung erwirtschaftet². Gemeinhin wird darüber hinaus der Verschmelzungsstichtag als der Tag definiert, zu dem die **Rechnungslegung** von dem übertragenden auf den übernehmenden Rechtsträger übergehe³. Das ist zumindest missverständlich. § 5 Abs. 1 Nr. 6 UmwG ist keine Rechnungslegungsvorschrift in dem Sinne, dass zu diesem Zeitpunkt die Rechnungslegung, nämlich die Buchführungs- und Bilanzierungspflicht iS der §§ 238 ff. HGB, auf den (ggf. noch gar nicht existenten) übernehmenden Rechtsträger überginge, sondern nur, dass Handlungen und Geschäftsvorfälle von diesem Zeitpunkt an „nach Rechnungslegungsgrundsätzen“ nicht als eigene, sondern als für fremde Rechnung vorgenommene zu verbuchen sind. Weitergehendes kann auch nicht aus Art. 5 Abs. 2 lit. e RL 78/855/EWG, aus § 122c Abs. 2 Nr. 6 UmwG oder aus Art. 20 Abs. 1 Satz 2 lit. e SE-VO abgeleitet werden. Die Rechnungslegungspflicht des übertragenden Rechtsträgers bleibt grundsätzlich bis zur Eintragung der Verschmelzung in das Register des übernehmenden Rechtsträgers (§ 20 Abs. 1 UmwG) bestehen⁴.

1 Vgl. dazu *van Lishaut* in Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, 2. Aufl. 2013, § 2 UmwStG Rz. 19 ff.; vgl. auch BMF-Anwendungserlass zum UmwStG, BMF v. 11.11.2011 – IV C 2 - S 1978 - b/08/10001, BStBl. I 2011, 1314 unter Rz. 02.03.

2 Zutreffend IDW RS HFA 42, Rz. 10, IDW Fachnachrichten 2012, S. 701 ff., WPg 2012, Supplement 4, S. 91 ff.

3 *Hoffmann-Becking* in FS Fleck, 1988, S. 105 (112); *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 74; *Mayer* in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 153; *Slabon* in Haritz/Menner, § 2 UmwStG Rz. 43 ff.; *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 51.

4 IDW RS HFA 42 Rz. 11, IDW Fachnachrichten 2012, S. 701 ff., WPg 2012, Supplement 4, S. 91 ff.; *Welf Müller*, WPg 1996, 857 (861); *Priester*, BB 1992, 1594 (1596 ff.); so auch *Stratz* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 5 UmwG Rz. 75.

Davon zu trennen ist die Frage, ob der Verschmelzungstichtag sachnotwendig mit dem Ablauf des „Stichtags der **Schlussbilanz** des übertragenden Rechtsträgers“ (§ 17 Abs. 2 UmwG) übereinstimmen muss. Das entspricht der hM¹, ist aber nicht zwingend. Praktisch notwendig, zweckmäßig und üblich ist allerdings der Gleichklang der Stichtage, jedenfalls bei Inlandsverschmelzungen wegen § 2 Abs. 1 UmwStG (vgl. Rz. 33). Steuerlich gilt die übertragende Gesellschaft mit Ablauf des steuerlichen Übertragungstichtags nach § 2 Abs. 1 UmwStG – im Gegensatz zur handelsrechtlichen Situation – als aufgelöst und hat auf diesen Stichtag eine Umwandlungs- und Übertragungsbilanz aufzustellen, der nach hM mit dem Stichtag der Schlussbilanz nach § 17 Abs. 2 UmwG übereinstimmen muss². In Ausnahmefällen kann es jedoch erforderlich werden, eine vom Stichtag der Schlussbilanz nach § 17 Abs. 2 UmwG abweichende handelsrechtliche Übernahmebilanz aufzustellen (vgl. Rz. 35).

Davon abgesehen kann nach Wortlaut und Sinn der Bestimmung rein handelsrechtlich entgegen der hM der Verschmelzungstichtag von dem Stichtag der Schlussbilanz nach § 17 Abs. 2 UmwG abweichen³. Das kann zB dann von Bedeutung sein, wenn die Verknüpfung zwischen Schlussbilanz und steuerlichem Übertragungstichtag nicht Platz greift (§ 2 Abs. 3 UmwStG; grenzüberschreitende Verschmelzung), wenn variable Verschmelzungstichtage vereinbart werden (vgl. Rz. 36) oder sich das Eintragungsverfahren erheblich, ggf. auch über das ordentliche Geschäftsjahr des übertragenden Rechtsträgers hinaus, verzögert und für diesen Zeitraum Gewinnausschüttungen an die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers notwendig werden (zB um das Umtauschverhältnis in der Balance zu halten). Damit kann der Verschmelzungstichtag gleichfalls zeitlich vor dem Stichtag der Schlussbilanz nach § 17 Abs. 2 UmwG liegen; bilanziell sind die Geschäfte ab dem Verschmelzungstichtag wie ganz gewöhnliche **Fremdrechnungsgeschäfte** in der Schlussbilanz zu behandeln. Der Verschmelzungstichtag kann aber auch mehr als eine logische Sekunde nach dem Stichtag der Schlussbilanz liegen⁴. Allerdings ist dann zusätzlich zur Schlussbilanz nach

1 Ausführlich *Hoffmann-Becking* in FS Fleck, 1988, S. 105 (111); *Deubert/Henkel* in Winkeljohann/Förschle/Deubert, H 96 ff.; *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 74; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 17 UmwG Rz. 37 ff.; *Priester* in Lutter, § 24 UmwG Rz. 13; *Ihrig*, GmbHR 1995, 622 (628).

2 *van Lishaut* in Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, 2. Aufl. 2013, § 2 UmwStG Rz. 4; *Dötsch* in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 2 UmwStG (SEStEG) Rz. 35; BMF-Anwendungserlass zum UmwStG, BMF v. 11.11.2011 – IV C 2 - S 1978 - b/08/10001, BStBl. I 2011, 1314 unter Rz. 02.02.

3 So auch *Mayer* in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 160; IDW RS HFA 42, Rz. 11, IDW Fachnachrichten 2012, S. 701 ff., WPg 2012, Supplement 4, S. 91 ff., formuliert, dass „[...] der Stichtag der Schlussbilanz idR unmittelbar vor dem Verschmelzungstichtag [...]“ liegt.

4 AA *Deubert/Henkel* in Winkeljohann/Förschle/Deubert, H 97, von ihrem Ausgangspunkt folgerichtig, dass Stichtag der Schlussbilanz nach § 17 Abs. 2 UmwG und Verschmelzungstichtag nicht auseinanderfallen dürfen.

§ 17 Abs. 2 UmwG eine weitere Ergebnisabgrenzung und eine Übernahmebilanz auf den dem Verschmelzungsstichtag unmittelbar vorangehenden Zeitpunkt und eine entsprechende Ergebnisverwendungsabrede erforderlich. Fällt dieser Zeitpunkt nicht auf ein Geschäftsjahresende des übertragenden Rechtsträgers, entsteht bei diesem ein **Rumpfgeschäftsjahr**¹. Das Handeln für eigene oder für fremde Rechnung des übertragenden Rechtsträgers ist deshalb kein taugliches Kriterium zur zwingenden Bestimmung des Stichtags der Schlussbilanz nach § 17 Abs. 2 UmwG². Eine weitgehende Flexibilität ist auch deshalb erforderlich, weil das UmwG bedingte Verschmelzungsverträge zulässt (§ 7 UmwG) und in einem solchen Fall der Stichtag der Schlussbilanz nicht unbedingt mit dem Verschmelzungsstichtag übereinstimmen muss³. Zur Bilanzierung und Kapitalaufbringung bei erheblicher Verzögerung der Eintragung vgl. § 17 UmwG Rz. 25.

- 34b Während im Rahmen nationaler Verschmelzungen das Problem unterschiedlicher Stichtage für Schlussbilanz und Verschmelzungswirkung eher theoretischen Charakter hat, erlangt es bei **grenzüberschreitender Verschmelzung** (§§ 122a ff. UmwG) oder bei SE-Gründungen durch Verschmelzung (Art. 17 ff. SE-VO (EG) Nr. 2157/2001) durchaus praktische Bedeutung. Kennen zB einzelne beteiligte Staaten die Einrichtung einer Schlussbilanz gar nicht oder lassen sie die ergebniswirksame Rückwirkung nicht oder unter anderen Voraussetzungen zu, so wird ein einheitlicher Verschmelzungsstichtag (insbesondere bei Mehrfachverschmelzungen) ggf. nur möglich sein bei Abkoppelung vom Stichtag der deutschen Verschmelzungsbilanz.
- 35 c) Der Verschmelzungsstichtag wird sinnvollerweise mit dem Zeitpunkt der **Gewinnberechtigung** bei der übernehmenden Gesellschaft synchronisiert. Werden Handlungen ergebnismäßig für Rechnung des übernehmenden Rechtsträgers abgewickelt, so gebührt den Anteilseignern/Mitgliedern des übertragenden Rechtsträgers von diesem Zeitpunkt an die Teilnahme am Ergebnis des aufnehmenden Rechtsträgers; auf dieser Basis ist idR auch das Umtauschverhältnis ermittelt. Zwingend ist jedoch auch dies nicht⁴. Andernfalls wäre die getrennte Nennung beider Zeitpunkte im Verschmelzungsvertrag (§ 5 Abs. 1 Nr. 5 und Nr. 6 UmwG) nicht verständlich. Fallen die Zeitpunkte auseinander, muss dem ggf. bei der Bemessung des Umtauschverhältnisses Rechnung getragen werden. Um die damit verbundenen Probleme zu vermeiden, ist es dringend zu empfehlen, Verschmelzungsstichtag und Beginn der Ergebnisbeteiligung zusammenzulegen.

1 BFH v. 21.12.2005 – I R 66/05, BStBl. II 2006, 469 = BB 2006, 927 (928) = GmbHR 2006, 497.

2 AA wiederum *Deubert/Henkel* in Winkeljohann/Förschle/Deubert, H 96 ff.

3 So iE auch *Naraschewski*, Stichtage und Bilanzen bei der Verschmelzung, 2001, S. 59 ff.

4 Zutreffend *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 68; *Hoffmann-Becking* in FS Fleck, 1988, S. 105 (110); BGH v. 4.12.2012 – II ZR 17/12, AG 2013, 165; aA wohl *Priester*, NJW 1973, 1459 (1461, Fn. 48).

d) Wie für die Gewinnberechtigung (Rz. 30) ist es auch für den Verschmelzungsstichtag möglich, einen **beweglichen Termin** festzulegen¹. Damit kann dem Fall Rechnung getragen werden, dass die Eintragung der Verschmelzung und damit deren Wirksamkeit sich erheblich verzögern. Denkbar ist zB, dass dann, wenn die Eintragung erst nach einem bestimmten Termin erfolgt, auch der Verschmelzungsstichtag auf einen entsprechend späteren Zeitpunkt entfällt². Bei entsprechender Gewinnbezugsregelung und Festlegung der Bilanzierungsgrundsätze von übertragendem und übernehmendem Rechtsträger kann so das Umtauschverhältnis über einen längeren Zeitraum – *ceteris paribus* – konstant gehalten werden. Zu den Bilanzierungsfragen vgl. Rz. 34a.

e) Bei Beteiligung **mehrerer übertragender Rechtsträger** ist es zweckmäßig, einen einheitlichen Verschmelzungsstichtag zu wählen, zwingend ist das jedoch nicht³. Unterschiedliche Verschmelzungsstichtage können zB dann sinnvoll sein, wenn die Geschäftsjahre der übertragenden Rechtsträger unterschiedlich enden. Bei Kettenverschmelzungen (mehrere hintereinander geschaltete Verschmelzungen, wobei der übernehmende Rechtsträger der ersten Verschmelzung noch vor dem Wirksamwerden einen zweiten Verschmelzungsvertrag, dann als übertragender Rechtsträger mit einem weiteren übernehmenden Rechtsträger abschließt) können die Verschmelzungsstichtage zweckmäßigerweise gleichzeitig festgelegt werden⁴. Zulässig ist aber auch jede andere Reihenfolge, zB kann der Stichtag der zweiten Verschmelzung vor dem der ersten liegen⁵. Je nach Reihenfolge ergeben sich unterschiedliche Ergebniszuordnungen. Zum Abschluss der Verschmelzungsverträge in dieser Konstellation unter **aufschiebender Bedingung** vgl. Rz. 34a⁶.

Besteht zwischen übertragendem und übernehmendem Rechtsträger ein **Gewinnabführungsvertrag** iS des § 291 Abs. 1 AktG, so endet dieser nicht schon mit dem Verschmelzungsstichtag, sondern erst mit Eintragung der Verschmelzung durch Konfusion. Einer rückwirkenden Aufhebung des Gewinnabführungsvertrages im Gleichklang mit dem Verschmelzungsstichtag steht idR § 286 Abs. 1 Satz 2 AktG entgegen. Um trotzdem zu einer Koordinierung der Zeit-

1 *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 75; *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 62; *Stratz* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 5 UmwG Rz. 79.

2 Zutreffend *Grunewald* in G/H/E/K, 1994, § 340 AktG Rz. 21: „variable Stichtagsregelung“; *Grunewald* ist allerdings insoweit inkonsequent, als nach ihrer Auffassung der Verschmelzungsstichtag identisch mit dem Stichtag der Schlussbilanz sein muss – in G/H/E/K, 1994, § 340 AktG Rz. 20 –; es gibt aber keinen variablen Schlussbilanzstichtag.

3 Vgl. *Stratz* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 5 UmwG Rz. 80; *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 74 (S. 280, Fn. 5).

4 Vgl. IDW RS HFA 42 Rz. 12, IDW Fachnachrichten 2012, S. 701 ff., WPg 2012, Supplement 4, S. 91 ff.

5 Vgl. *Dötsch* in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 2 UmwStG (SE-StEG) Rz. 38.

6 Vgl. OLG Hamm v. 19.12.2005 – 15 W 377/05, GmbHR 2006, 255.

punkte zu kommen, ist aber ein rückwirkamer Verzicht auf den Gewinnanspruch als Vertragsfolge aus dem Gewinnabführungsvertrag möglich¹. Wird die Verschmelzung mit einem **Squeeze out** nach § 62 Abs. 5 UmwG/§ 327a AktG verbunden, ist im Rahmen der Bewertung nach § 327e Abs. 2 Satz 2 AktG nicht auf die Verhältnisse der übertragenden Gesellschaft im Zeitpunkt der Beschlussfassung der Hauptversammlung, sondern auf den Verschmelzungsstichtag abzustellen, da die übertragende Gesellschaft von da an auf fremde Rechnung arbeitet.

- 39 f) Da das UmwG keine zwingende Abstimmung der verschiedenen relevanten Stichtage vornimmt, muss insoweit dem Verschmelzungsvertrag besondere Sorgfalt gewidmet werden. Stimmt der Verschmelzungsstichtag nicht mit dem Stichtag der Schlussbilanz nach § 17 Abs. 2 UmwG überein, wird der Registerrichter Anlass zu besonders sorgfältiger Prüfung haben; ein selbständiger Grund zur **Beanstandung der Stichtagsvereinbarung** liegt darin jedoch nicht².

9. Gewährung besonderer Rechte (§ 5 Abs. 1 Nr. 7 UmwG)

(Marsch-Barner)

- 40 Rechte, die der übernehmende Rechtsträger einzelnen Anteilshabern sowie den Inhabern besonderer Rechte gewährt oder die für diese vorgesehenen Maßnahmen sind nach § 5 Abs. 1 Nr. 7 UmwG als sog. **Sonderrechte** in dem Verschmelzungsvertrag anzugeben. Damit sollen besondere Vergünstigungen, vor allem solche, die im Zusammenhang mit der Verschmelzung eingeräumt werden, offen gelegt werden. Die nicht begünstigten Anteilshaber sollen dadurch in die Lage versetzt werden, die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (vgl. § 53a AktG) zu überprüfen³. Die Rechte müssen „gewährt“, also rechtsgeschäftlich eingeräumt werden. Ein Zuwachs von Rechten kraft Gesetzes fällt nicht unter die Bestimmung. Das Gleiche gilt für die „vorgesehenen Maßnahmen“; mit diesem Begriff sollen alle auf sonstige Weise vermittelten Vorteile erfasst werden. Inhaltlich erfasst die Angabepflicht alle gesellschaftsrechtlichen Sonderrechte und schuldrechtlichen Sondervorteile. Diese können sowohl vermögensrechtlicher als auch mitverwaltungsrechtlicher Natur sein⁴. Die besonderen Rechte müssen vom übernehmenden Rechtsträger gewährt sein. Die Gewährung durch einen übertragenden Rechtsträger genügt nach dem Gesetzeswort-

1 Vgl. *Koppensteiner* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2004, § 296 AktG Rz. 15; *Altmeppen* in MünchKomm. AktG, 4. Aufl. 2015, § 296 AktG Rz. 23.

2 AA *Deubert/Henkel* in Winkeljohann/Förschle/Deubert, H 96 ff.

3 Vgl. *Stratz* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 5 UmwG Rz. 82; *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 76.

4 *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 77; *Mayer* in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 167; *Schröder* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 65.

laut nicht¹. Auch solche Gewährungen sind aber erfasst, wenn dadurch die Angabepflicht umgangen werden soll². Werden keine Sonderrechte gewährt, muss der Verschmelzungsvertrag **keine Negativerklärung** enthalten³.

Soweit Sonderrechte der **Anteilshaber** angesprochen sind, müssen diese Einzelnen von ihnen gewährt werden. Vorteile, die alle erhalten, brauchen nicht aufgeführt zu werden⁴. Die Begünstigten können Anteilshaber eines übertragenden oder des übernehmenden Rechtsträgers sein⁵. Zu erwähnen sind danach zB Sonderrechte, die in einer übernehmenden GmbH bestimmte Anteilshaber der übertragenden Gesellschaft in Bezug auf ihr Stimmrecht, die Geschäftsführung oder die Gewinnverteilung erhalten. Sonderrechte, die sich Anteilshaber untereinander schuldrechtlich einräumen (zB Vorkaufsrechte) sind von § 5 Abs. 1 Nr. 7 UmwG nicht erfasst.

Den Anteilshabern gleichgestellt sind die **Inhaber besonderer Rechte**. Als solche werden ähnlich wie in § 23 UmwG die Inhaber von Anteilen ohne Stimmrecht, Vorzugsaktien und Mehrstimmrechten genannt. Diese Aufzählung ist an sich entbehrlich, soweit es sich zugleich um Anteilshaber handelt. Die Beschränkung auf Aktien ist dabei ein Redaktionsversehen; auch die Inhaber entsprechender GmbH-Geschäftsanteile sind erfasst. Lediglich um Gläubigerrechte handelt es sich bei den außerdem erwähnten Schuldverschreibungen und Genussrechten. Auch diese sind zwar nur in § 221 AktG erwähnt, können aber auch zB bei einer GmbH als übernehmender Gesellschaft vorkommen. Schuldverschreibungen iS von § 5 Abs. 1 Nr. 7 UmwG sind im Übrigen auch zB Hypothekendarlehenbriefe und Kommunalobligationen (§ 1 Nr. 1 und 2 PfandBG). Hat eine übertragende AG eine Options- oder Wandelanleihe ausgegeben, so gehen die damit begründeten Bezugs- oder Umtauschrechte mit dem Erlöschen der Gesellschaft unter. Gemäß § 23 UmwG sind den Inhabern dieser Rechte gleichwertige Rechte in dem übernehmenden Rechtsträger zu gewähren. Schuldrechtliche Rechtspositionen außerhalb des § 23 UmwG sind anzugeben, wenn der Berechtigte gleichzeitig Anteilshaber ist⁶.

Werden Rechte iS von § 5 Abs. 1 Nr. 7 UmwG gewährt, ohne dass sie im Verschmelzungsvertrag aufgeführt sind, so ist dies für das **zu Grunde liegende**

1 Vgl. OLG Hamburg v. 16.4.2004 – 11 U 11/03, ZIP 2004, 906 (908) = AG 2004, 619; aA *Schröder* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 65.

2 Für eine generelle Erweiterung der Norm *Schröder* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 65; *Simon* in KölnKomm. UmwG, § 5 UmwG Rz. 114; *Böttcher* in Böttcher/Habighorst/Schulte, § 5 UmwG Rz. 63.

3 OLG Frankfurt v. 4.4.2011 – 20 W 466/10, GmbHR 2011, 1159 (1160f.).

4 OLG Frankfurt v. 4.4.2011 – 20 W 466/10, GmbHR 2011, 1159 (1160); *Stratz* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 5 UmwG Rz. 82; *Schröder* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 66.

5 *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 78; *Schröder* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 66.

6 Vgl. *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 78 und *Sagasser/Luke* in Sagasser/Bula/Brünger, § 9 Rz. 158.

Rechtsgeschäft kein Wirksamkeitserfordernis. Die Vertretungsmacht der Geschäftsführungsorgane wird durch die Angabepflicht nicht eingeschränkt¹. Der Verschmelzungsvertrag ist aber unvollständig, was dazu führen kann, dass die Verschmelzung nicht eingetragen wird und die Vertretungsorgane schadensersatzpflichtig sind. Der Fehler erstreckt sich auch auf den Verschmelzungsbeschluss an und macht diesen bei Kapitalgesellschaften anfechtbar². Die Prüfung des Registergerichts erstreckt sich nicht auf die Frage, ob die eingeräumten Sonderrechte einen angemessenen Ausgleich iS von § 23 UmwG darstellen³.

10. Gewährung besonderer Vorteile (§ 5 Abs. 1 Nr. 8 UmwG)

(Marsch-Barner)

- 44 Im Verschmelzungsvertrag ist jeder besondere Vorteil anzugeben, der bestimmten, den beteiligten Rechtsträgern nahe stehenden Personen im Zusammenhang mit der Verschmelzung gewährt wird. Dabei sind nur Zuwendungen der beteiligten Rechtsträger und nicht auch Dritter erfasst⁴. Die Anteilsinhaber sollen dadurch beurteilen können, ob diese Personen durch unübliche oder sachlich nicht gerechtfertigte Vergünstigungen in ihrer Objektivität beeinträchtigt sind⁵. Erwähnt sind zunächst die Mitglieder der **Vertretungsorgane** und eines **Aufsichtsorgans** sowie die **geschäftsführenden Gesellschafter** und **Partner** eines beteiligten Rechtsträgers. Mit dem rechtlichen Untergang des übertragenden Rechtsträgers erlöschen auch die bei diesen bestehenden Ämter als Geschäftsführer, Vorstand, Aufsichtsrat oder Beirat; auch die Funktion als geschäftsführender Gesellschafter kann mit der Verschmelzung verloren gehen. Aus diesem Anlass werden deshalb nicht selten **Abfindungen** gewährt. Soweit es sich dabei um die Abgeltung vertraglicher Ansprüche (zB aus dem Geschäftsführervertrag) handelt, liegt darin kein besonderer Vorteil⁶. Allerdings werden solche Abfindungen häufig ohne rechtliche Notwendigkeit großzügig bemessen; sie sind dann im Vertrag aufzuführen⁷. Gleiches gilt, wenn die vertragliche Vergütung

1 Mayer in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 170; Schröer in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 68; Böttcher in Böttcher/Habighorst/Schulte, § 5 UmwG Rz. 66.

2 Simon in KölnKomm. UmwG, § 5 UmwG Rz. 122.

3 Vgl. Hüffer in FS Lutter, S. 1227 (1244).

4 Simon in KölnKomm. UmwG, § 5 UmwG Rz. 128; Böttcher in Böttcher/Habighorst/Schulte, § 5 UmwG Rz. 68; aA Ihrig/Redeke in FS Maier-Reimer, 2010, S. 297 (308 ff.).

5 Vgl. Drygala in Lutter, § 5 UmwG Rz. 79; Schröer in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 71; Mayer in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 171.

6 Schröer in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 72.

7 Für Angabe in jedem Fall Drygala in Lutter, § 5 UmwG Rz. 80; vgl. auch OLG Hamburg v. 16.4.2004 – 11 U 11/03, ZIP 2004, 906 (908) = AG 2004, 619 zur Abfindung von Aktienoptionen und LAG Nürnberg v. 26.8.2004 – 2 Sa 463/02, ZIP 2005, 398 (399f.) zur Vereinbarung von Vorruchstanzbezügen.

freiwillig in eine Abfindung umgewandelt wird¹. **Zusagen** über die Bestellung in das Vertretungsorgan des übernehmenden Rechtsträgers oder über die Wahl in dessen Aufsichtsrat stehen unter dem Vorbehalt, dass die Bestellung durch das zuständige Organ auch tatsächlich erfolgt. Ihre Aufnahme in den Verschmelzungsvertrag ersetzt diese Bestellung nicht; sie verpflichten in der Regel auch die zuständigen Organe nicht². Dennoch sind solche Zusagen in den Vertrag aufzunehmen, da es darum geht, die Anteilseiner über alle auch nur faktischen Vorteile zu informieren, die geeignet sind, die Interessenlage der Begünstigten zu beeinflussen³. Dies gilt auch für die Zusage, den Organmitgliedern nach Vollzug der Verschmelzung **Entlastung** zu erteilen, oder sie von der Haftung freizustellen⁴.

Mitglieder eines **Aufsichtorgans** sind nicht nur die Aufsichtsräte nach dem 45 Vorbild des AktG (§§ 95 ff. AktG), sondern auch die Mitglieder sonstiger Gremien mit Überwachungsfunktion wie zB eines Beirates oder Gesellschafterausschusses. Gremien, die nur beratende Funktionen haben, sind dagegen nicht erfasst⁵. Sondervorteile, die solchen Personen gewährt werden, sind unabhängig davon anzugeben, ob die Verschmelzung an deren Zustimmung gebunden ist⁶.

Das Gesetz erwähnt ausdrücklich auch die **Abschlussprüfer** und **Verschmelzungsprüfer**. Soweit diese zusätzliche, ihr Honorar übersteigende Zahlungen oder sonstige Vorteile erhalten, sind diese offen zu legen. In Betracht kommen vor allem Abfindungen für das Ende der Prüfungstätigkeit bei dem übernehmenden Rechtsträger⁷. Honorare für eine Gutachtertätigkeit sind dagegen grundsätzlich nicht erfasst⁸.

Ein Verstoß gegen die Angabepflicht begründet die Anfechtbarkeit des Verschmelzungsbeschlusses⁹. Außerdem darf der Registerrichter, wenn er den Mangel erkennt, die Verschmelzung nicht eintragen. Die zivilrechtliche Wirksamkeit der Vergünstigung wird dagegen nicht berührt. Dafür hätte es, wie bei § 26 46a

1 *Ihrig/Redeke* in FS Maier-Reimer, 2010, S. 297 (304).

2 *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 81; *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 73; *Stratz* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 5 UmwG Rz. 85.

3 *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 73; *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 81 und *Mayer* in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 172; *Ihrig/Redeke* in FS Maier-Reimer, 2010, S. 297 (311).

4 *Ihrig/Redeke* in FS Maier-Reimer, 2010, S. 297 (310, 313 f.).

5 *H. Schmidt* in Lutter, Umwandlungsrechtstage, S. 71 f.; *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 79; *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 70.

6 *Simon* in KölnKomm. UmwG, § 5 UmwG Rz. 126; aA *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 70.

7 Vgl. *Grunewald* in Lutter, Umwandlungsrechtstage, S. 21.

8 *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 80.

9 *Böttcher* in Böttcher/Habighorst/Schulte, § 5 UmwG Rz. 70.

Abs. 3 AktG, einer entsprechenden gesetzlichen Regelung bedurft¹. Bei der Verschmelzung zur Neugründung einer AG sind Sondervorteile dagegen in der Satzung festzusetzen (§ 26 Abs. 3 AktG iVm. § 36 Abs. 2 UmwG). Absprachen über Sondervorteile iS von § 5 Abs. 1 Nr. 8 UmwG sind normalerweise keine Ergänzung des Verschmelzungsvertrages und deshalb auch nicht nach § 6 UmwG zu beurkunden². Werden keine besonderen Vorteile gewährt, muss – wie bei § 5 Abs. 1 Nr. 7 UmwG (vgl. Rz. 40) – keine Negativklärung erfolgen³.

11. Folgen für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen (§ 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG) (Willemsen)

- 47 a) § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG wurde – ebenso wie die korrespondierenden Vorschriften bei Spaltung (§ 126 Abs. 1 Nr. 11 UmwG) und Formwechsel (§ 194 Abs. 1 Nr. 7 UmwG) als „arbeitsrechtliche Flankierung“ in das Gesetz eingefügt⁴. Für die **grenzüberschreitende Verschmelzung** findet sich eine Entsprechung in § 122c UmwG, allerdings mit der Maßgabe, dass die dem Betriebsrat zugänglich zu machenden Angaben (nur) im **Verschmelzungsbericht zu erfolgen haben**⁵, während sich die ebenfalls die Arbeitnehmer betreffenden Angaben im Verschmelzungsplan nach § 122c Abs. 2 Nr. 4 UmwG ausschließlich an die Mitinhaber und die Gläubiger richten.

Die für die inländische Verschmelzung maßgebliche Vorschrift des § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG, die im Zusammenhang mit § 5 Abs. 3 UmwG gesehen und ausgelegt werden muss, stellte bei Verabschiedung des Gesetzes insofern einen **Fremdkörper** dar, als sie den unternehmens-/gesellschaftsrechtlichen Vorgang der Verschmelzung (Umwandlung) verfahrensrechtlich mit der Darstellung **arbeitsrechtlicher Konsequenzen** und der diesbezüglichen Information des Betriebsrats verknüpft⁶.

1 *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 80 Fn. 12; *Drygala* in FS K. Schmidt, 2009, S. 269 (286f.); *Schröder* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 74; *Böttcher* in Böttcher/Habighorst/Schulte, § 5 UmwG Rz. 70; *Graef*, GmbHR 2005, 908 (909ff.); aA *Mayer* in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 175.

2 AA LAG Nürnberg v. 26.8.2004 – 2 Sa 463/02, ZIP 2005, 398 (400) zu einer Vorruhestandsvereinbarung.

3 OLG Frankfurt v. 4.4.2011 – 20 W 466/10, GmbHR 2011, 1159 (1161).

4 *Wlotzke*, DB 1995, 41. Zur Gesetzgebungsgeschichte vgl. *Hausch*, RN0tZ 2007, 308 (310).

5 Siehe dazu Erl. § 122c UmwG Rz. 18; § 122e UmwG Rz. 8; *Bungert/Leyendecker-Langner*, ZIP 2014, 1112 (1115).

6 Zur Kritik an der auf Betreiben des Bundesarbeitsministeriums in das Gesetz aufgenommenen Regelung vgl. *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 85, der auch auf die mittlerweile unterschiedlichen Gesetzeskonzepte hinsichtlich der Information gegenüber den Arbeitnehmervertretungen (§ 122e UmwG, § 11 WpÜG) hinweist; *Willemsen*, NZA 1996, 791 (796, 798).

Dies wirft zunächst die Frage nach dem Verhältnis zwischen § 5 Abs. 1 Nr. 9 48 UmwG (iVm. § 5 Abs. 3 UmwG) und den allgemeinen Informations- und Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats auf. Sie ist dahin zu beantworten, dass Letztere, insbesondere die **Mitbestimmungsrechte** nach §§ 99, 102, 111 ff. BetrVG, **unabhängig** von § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG **bestehen bleiben**¹. Dies folgt daraus, dass es sich bei § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG ebenso wie bei den Parallelvorschriften bei Spaltung und Formwechsel trotz der inhaltlichen „Gemengelage“ mit dem Arbeitsrecht um **rein gesellschaftsrechtliche Regelungen** ohne jegliche arbeitsrechtliche (Außen-)Wirkung handelt. Daher werden durch die im Verschmelzungsvertrag enthaltenen Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG **weder Individualrechte der Arbeitnehmer**² **noch** – über die bloße Zuleitung des Umwandlungsvertrages nach § 5 Abs. 3 UmwG hinaus – **Beteiligungsrechte des Betriebsrats** und/oder Wirtschaftsausschusses begründet oder gar nach dem BetrVG bestehende Beteiligungsrechte (etwa bei Zusammenschluss von Betrieben im Zuge der Verschmelzung gemäß § 106 Abs. 3 Nr. 8, § 111 Satz 2 Nr. 3 BetrVG) verbraucht³. Auch die **Unterrichtungspflicht** nach § 613a Abs. 5 BGB gegenüber den einzelnen Arbeitnehmern bei Betriebsübergang (siehe dazu die Erl. § 324 UmwG Rz. 30 ff.) bleibt **unberührt**.

b) Der **Zweck der Vorschrift** des § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG besteht allein darin, die Arbeitnehmer und insbesondere ihre Vertretungen (Betriebsräte/Gesamtbetriebsräte; zur Zuständigkeitsabgrenzung im Rahmen von § 5 Abs. 3 UmwG siehe Rz. 76), und zwar diejenigen **sämtlicher** an der Verschmelzung beteiligten **Rechtsträger**, möglichst **frühzeitig** über die **individual- und kollektivarbeitsrechtlichen Folgen** der Verschmelzung zu **informieren**⁴, siehe dazu ausführlich die **Vorbemerkung zu § 322 UmwG**. Die diesbezüglichen Angaben im Umwandlungsvertrag sind **rein deskriptiv** („Wissenserklärungen“⁵), geben also nur das wieder, was kraft objektiven (Arbeits-)Rechts, gegebenenfalls ergänzt durch §§ 322 ff. UmwG, sich als Folge der Verschmelzung zB im Individualarbeitsrecht und auf tariflicher Ebene sowie in Bezug auf die Existenz und Zusammenset-

1 IE ebenso *Joost* in Lutter, Umwandlungsrechtstage, S. 307; *Boecken*, Unternehmensumwandlungen, Rz. 342 ff.; *Simon* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 80; wohl auch *Priester* in Lutter, Umwandlungsrechtstage, S. 114.

2 Ebenso *Joost*, ZIP 1995, 976 (985); für Spaltung auch *Priester* in Lutter, Umwandlungsrechtstage, S. 114. Für die Möglichkeit von Schadensersatzansprüchen der Arbeitnehmer gegen ein Organmitglied wegen fehlender Information *Heidinger* in Henssler/Strohn, § 5 UmwG Rz. 28.

3 Siehe zu dieser „Trennungstheorie“ im Einzelnen *Willemsen*, NZA 1996, 791 (795 f., 797 f.); *Willemsen*, RdA 1998, 23 (29 f.) sowie § 322 UmwG Rz. 15 ff.

4 So ausdrücklich die Begr. RegE, BT-Drucks. 12/6699, S. 83; iE ebenso *Joost*, ZIP 1995, 978. Zu Recht daher *Hausch*, RNotZ 2007, 308 (311): „Die Information des Betriebsrats stellt sich hiernach als Hauptzweck der ... erforderlichen arbeitsrechtlichen Pflichtangaben dar.“

5 Vgl. *Willemsen*, NZA 1996, 791 (796).

zung von Betriebsräten ergibt. Diese Folgen treten außerhalb des Umwandlungsvertrags ein und werden mithin **nicht Inhalt** der vertraglichen Regelungen¹, so dass bei **Abweichungen** zwischen den Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG und dem objektiven Recht allein Letzteres gilt.

Wenn es bei den beteiligten Rechtsträgern **keinen Betriebsrat gibt**, macht dies die Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG allerdings nicht entbehrlich, da der intendierte Schutz zumindest mittelbar dadurch erzielt wird, dass die Rechtsträger sich frühzeitig und im Detail mit den Folgen für die Arbeitnehmer befassen müssen².

Bezugsobjekt der arbeitsrechtlichen Pflichtangaben können stets nur die **Arbeitnehmer** und **Arbeitnehmervertretungen** der an der Verschmelzung **unmittelbar beteiligten Rechtsträger** sein. Die Regelung setzt das **Vorhandensein von Arbeitnehmern** bei den an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträgern voraus. **Fehlt** es daran (nur) beim übertragenden Rechtsträger, sind dennoch die Folgen für vorhandene Arbeitnehmer des aufnehmenden Rechtsträgers darzustellen³ – und umgekehrt. In Bezug auf **arbeitnehmerlose Gesellschaften** entfällt die Darstellungspflicht⁴ mit Ausnahme solcher Auswirkungen, die sich auch in Bezug auf arbeitnehmerlose (Holding-)Gesellschaften insbesondere in Bezug auf den Konzernbetriebsrat sowie die Unternehmensmitbestimmung ergeben können⁵. Wenn zwei arbeitnehmerlose Gesellschaften miteinander verschmolzen werden und Restrukturierungen anschließend auf der Ebene der **Tochtergesellschaften** erfolgen sollen, **beschränkt** sich die Darstellungspflicht gleichwohl auf die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen auf der Ebene der beteiligten Rechtsträger⁶. Dies wird durch § 5 Abs. 3 UmwG bestätigt, wonach die Zuleitungspflicht ebenfalls nur gegenüber den zuständigen Betriebsräten der an der Verschmelzung unmittelbar beteiligten Gesellschaften besteht, wozu deren Tochtergesellschaften unzweifelhaft nicht gehören⁷. Richtiger Auffassung zufolge ist die Darstellungspflicht darüber hinaus auf die **Arbeitnehmer inländischer Betriebe** und deren Vertretungen begrenzt⁸. Im **Ausland** tätige Arbeitnehmer eines an der Verschmelzung beteiligten inländischen Rechtsträgers werden daher **nur** dann von der Darstellungspflicht erfasst, wenn sie im Wege der

1 Ebenso *Joost*, ZIP 1995, 978; *Simon* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 79.

2 *Willemsen*, RdA 1998, 23 (32); *Dzida/Schramm*, NZG 2008, 521 (524); *Simon* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 93; ebenso mit anderer Begründung *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 145 f.; aA *Joost*, ZIP 1995, 976 (985); *Bungert/Leyendecker-Langner*, ZIP 2014, 1112 (1114); siehe auch unten Rz. 79.

3 Vgl. OLG Düsseldorf v. 15.5.1998 – 3 Wx 156/98, NZA 1998, 766; *Hausch*, RNotZ 2007, 396 (405); *Simon* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 93; aA LG Stuttgart v. 29.3.1996 – 4 KfH T 1/96, DNotZ 1996, 702.

4 Siehe dazu LG Stuttgart v. 29.3.1996 – 4 KfH T 1/96, DNotZ 1996, 701.

5 Ebenso *Simon* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 93.

6 *Dzida/Schramm*, NZG 2008, 521 (522 f.).

7 *Dzida/Schramm*, NZG 2008, 521 (523).

8 Ausführlich *Bungert/Leyendecker-Langner*, ZIP 2014, 1112.

„Ausstrahlung“ von einem nach dem BetrVG gebildeten Betriebsrat vertreten werden.

c) **Zweifelhaft** erscheint, was der Gesetzgeber meint, wenn er neben den Folgen der Verschmelzung für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen als weitere „Pflichtangabe“ die „**insoweit vorgesehenen Maßnahmen**“ erwähnt. Auch die **Gesetzesbegründung** gibt hierüber keinen Aufschluss. Dies ist insofern misslich, als der Gesetzestext damit einer extensiven Gesetzesauslegung Tür und Tor öffnet, die die am Verschmelzungsvertrag beteiligten Rechtsträger dazu verpflichten könnte, auch noch so weit entfernte **mittelbare Wirkungen** aufzuzeigen, die sich auf Grund der Verschmelzung und der damit zusammenhängenden Unternehmensplanung ergeben können¹.

Um die Einbeziehung derartiger, sog. **mittelbarer Folgen** der Verschmelzung (oder sonstigen Umwandlung; vgl. insbesondere § 126 Abs. 1 Nr. 11 UmwG) ist im gesellschafts- und arbeitsrechtlichen Schrifttum ein lebhafter Meinungsstreit zu verzeichnen². Im Kern geht es dabei um die Frage, inwieweit auch solche rechtlichen und faktischen Auswirkungen für die Arbeitnehmer darzustellen sind, die sich nicht bereits aus der Verschmelzung als solcher ergeben; ferner darum, wie konkret und absehbar (wahrscheinlich) derartige Folgen sein müssen, damit ihre Angabe im Verschmelzungs- oder sonstigen Umwandlungsvertrag sinnvollerweise verlangt werden kann. Der äußerst vage gehaltene Gesetzeswortlaut hat teilweise zu der Deutung geführt, dass der Verschmelzung zugrunde liegende **wirtschaftliche Überlegungen**, in deren Folge sich **personelle Veränderungen** wie etwa **Umgruppierungen, Versetzungen, Zuweisung neuer Arbeitsplätze** ergeben können, ebenfalls zu den darstellungspflichtigen Folgen iS von § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG gehören³.

Vor einer Gesetzesinterpretation, die es den Vertragsparteien zur Pflicht macht, im Rahmen von § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG alle betrieblichen, personellen und organisatorischen Konsequenzen der Verschmelzung (oder sonstigen Umwandlung) aufzuzeigen und darüber hinaus auch über insoweit vorgesehene Kompensationsmaßnahmen von Arbeitgeberseite (zB Abfindungszahlungen und deren

1 Vgl. *Bachner*, NJW 1995, 2881 (2886), der – gesetzessystematisch verfehlt – von einer „Verlängerung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats in den gesellschaftsrechtlichen Umwandlungsvorgang (!)“ ausgeht; für die umfassende Einbeziehung lediglich „mittelbarer“ Folgen auch *Däubler*, RdA 1995, 136 (137 f.); *Engelmeyer*, DB 1996, 2542 (2543); *Grunewald* in Lutter, Umwandlungsrechtstage, S. 19, 22; *Hjort*, NJW 1999, 750 (751 ff.); *Joost*, ZIP 1995, 976 (979); *Wlotzke*, DB 1995, 40 (45); differenzierend *Boecken*, Unternehmensumwandlungen, Rz. 319 ff.

2 Ausführlich zur Problematik mit weiteren Literaturhinweisen *Hausch*, RNotZ 2007, 308, 320 ff.; *Willemsen*, RdA 1998, 23; *Willemsen* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, Rz. C 446 ff.

3 So obiter OLG Düsseldorf v. 15.5.1998 – 3 Wx 156/98, NZA 1998, 766 = EWiR 1998, 855 m. Anm. *Willemsen/Th. Müller*.

Höhe!) Rechenschaft abzulegen, kann nur eindringlich gewarnt werden. Sie ist auch nicht durch die Aussage in der Begründung zum Regierungsentwurf gefordert, wonach die Informationspflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG bereits im Vorfeld des Verschmelzungsvorgangs seine möglichst sozialverträgliche Durchführung erleichtern solle und damit „auch dem sozialen Frieden“ diene¹. Auch die Vorgaben des europäischen Rechts² verlangen keine „doppelspurige“ Information³. Es widerspräche sowohl dem üblichen zeitlichen Ablauf wie auch der systematischen Stellung des § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG und schließlich der Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der Mitwirkungsrechte des Betriebsrats, insbesondere gemäß §§ 111 ff. BetrVG, die beteiligten Rechtsträger bereits im Rahmen des Verschmelzungsvertrages zu detaillierten Angaben in Bezug auf mittelbare personelle und organisatorische Folgewirkungen sowie deren Abmilderung zu verpflichten⁴. Anders formuliert: Die Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG können weder vom Inhalt noch vom Umfang her die Qualität eines „vorweggenommenen“ Interessenausgleichs und Sozialplans haben⁵. Der Verschmelzungsvertrag kann sich (ebenso wie der Spaltungsvertrag) hinsichtlich derartiger, nicht durch die (gesellschaftsrechtliche) Umwandlung *als solche* ausgelöster und **nicht konkret geplanter Folgewirkungen** jedenfalls darauf beschränken, ihre **Möglichkeit bzw. Wahrscheinlichkeit global aufzuzeigen** (*Beispiel*: „Infolge der Verschmelzung werden auf betrieblicher Ebene erhebliche Synergieeffekte [zB durch gemeinsamen Wareneinkauf, einheitliche Buchhaltung und Personalverwaltung] eintreten, die zu einem entsprechend verringerten Personalbedarf führen werden. Auch erscheint die Zusammenfassung bestehender Betriebsabteilungen, insbesondere von X und Y am Standort von Z, zu einem späteren Zeitpunkt wahrscheinlich. Hierüber werden zu gegebener Zeit die Verhandlungen mit dem Betriebsrat/Gesamtbetriebsrat gemäß §§ 111 ff. BetrVG aufgenommen werden.“). Folgt man konsequent der hier vertretenen „Trennungstheorie“, sind indes auch solche globalen Angaben⁶ nicht erforderlich, weil alle individual- und kollektivrechtlichen Folgen, über die erst das Vertretungsorgan des verschmolzenen Unternehmens zu befinden hat, ausschließlich über die betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsvorschriften (insbesondere §§ 99 ff.; §§ 102, §§ 111 ff. BetrVG) „abzuwickeln“ sind (siehe dazu auch Rz. 56). Entsprechendes gilt auch bei der **Spaltung bzw. Ausgliederung** im Hinblick auf

1 BT-Drucks. 12/6699, S. 83.

2 Dies gilt insbesondere für die auch Verschmelzungen einbeziehende Richtlinie 2001/23/EG v. 12.9.2001 zum Betriebsübergang.

3 Zutreffend *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 114, der auf das Optionsrecht der Mitgliedstaaten nach Art. 7 Abs. 3 der o.g. Richtlinie hinweist.

4 Ebenso *A. Drygala*, ZIP 1996, 1365 (1368 ff.); *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 105 ff.; *Sagasser/Luke* in *Sagasser/Bula/Brünger*, § 9 Rz. 162 f.; *Langner* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, § 5 UmwG Rz. 102.

5 *Willemsen*, NZA 1996, 797.

6 Kritisch insoweit *A. Drygala*, ZIP 1996, 1366.

die Parallelvorschrift des § 126 Abs. 1 Nr. 11 UmwG. Liegt dagegen bereits eine konkrete Planung hinsichtlich der betrieblichen Konsequenzen vor, empfiehlt es sich, hierüber vorab mit dem bzw. den beteiligten Betriebsräten einen **Interessenausgleich** iS von § 112 BetrVG zu schließen und hierauf im Verschmelzungs- bzw. Spaltungsvertrag zu **verweisen** (siehe Rz. 55).

Einstweilen frei.

52

d) Wenn man ein völliges Ausufern der Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG vermeiden will, wird man sie auf diejenigen „Folgen für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen“ begrenzen müssen, die das Gesetz selbst direkt (in §§ 322, 323 Abs. 1, 325 UmwG) oder indirekt (in § 324 UmwG durch Verweisung auf § 613a BGB) anspricht, nämlich inwieweit sich nach der Verschmelzung die **betriebsverfassungsrechtliche Struktur** verändert (Wegfall bestehender bzw. Bildung neuer Betriebsräte, Gesamtbetriebsräte, Konzernbetriebsrat, Europäischer Betriebsrat, Übergangsmandat nach § 21a BetrVG), ob das **Mitbestimmungsstatut** beeinflusst wird, ob für bestimmte Arbeitnehmer sich – gegebenenfalls unter Berücksichtigung von § 323 Abs. 1 UmwG – die Anwendbarkeit des **Kündigungsschutzgesetzes** ändert, ob und inwieweit ein **Betriebsübergang** oder **Betriebsteilübergang** nach § 613a Abs. 1 BGB (iVm. § 324 UmwG) stattfindet und inwieweit sich hierdurch etwas an der **Tarifbindung** bzw. an der Anwendbarkeit von **Betriebsvereinbarungen** ändert sowie die arbeitnehmerrelevanten **Haftungsfolgen**¹ der Umwandlung („**Primärfolgen kraft rechtlichen Zusammenhangs**“)². Es ist auch anzugeben, welche „**Maßnahmen**“ die beteiligten Rechtsträger getroffen haben, um die sich aus dem Gesetz an sich ergebenden Folgen für die Arbeitnehmer (zB im Hinblick auf Tarifverträge) zu vermeiden oder abzuschwächen; dies allerdings nur, wenn die entsprechenden Vereinbarungen bzw. Regelungen bereits vor Einleitung der Verschmelzung getroffen wurden bzw. von dem neuen Rechtsträger unmittelbar nach der Verschmelzung getroffen werden sollen³. Dies folgt aus dem Gesetzeswortlaut (*vorgesehene Maßnahme*). **Abzulehnen** ist dagegen die Auffassung, wonach die Angabe aller möglichen (!) oder absehbaren unmittelbaren und mittelbaren Folgen erforderlich sei⁴.

53

1 Ihre Einbeziehung ist, soweit es sich nicht um arbeitsrechtsspezifische Haftungsfolgen (insb. nach § 613a Abs 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB sowie § 134 UmwG) geht, zwar zweifelhaft, sollte aber aus Gründen der Vorsorge erfolgen.

2 Vgl. *Willemsen*, RdA 1998, 23 (29); siehe zu diesen „Problemfeldern“ im Einzelnen Vor § 322 UmwG sowie Erl. zu §§ 322 bis 325 UmwG sowie *Joost*, ZIP 1995, 976 (979 ff.); *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 89 ff. Eine ähnliche Systematik wie die hier vorgeschlagene vertritt in Bezug auf § 613a Abs. 5 BGB *Grau*, Unterrichtung und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang, 2005, S. 139 ff.

3 IE ebenso *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 116.

4 So zB *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinge/Linsenmaier*, 28. Aufl. 2016, § 1 BetrVG Rz. 169; *Joost*, ZIP 1995, 976 (979).

- 54 Auch hinsichtlich der in Rz. 53 aufgeführten „Kernangaben“ ist jedoch **keine in alle Einzelheiten gehende Darstellung** erforderlich; entsprechend der **Hilfsfunktion** der Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG¹ genügt es vielmehr, wenn diese Themenbereiche in einer Art und Weise angesprochen werden, dass bei dem zuständigen Vertretungsorgan (Betriebsrat) das notwendige „Problembewusstsein“ erzeugt und er so in die Lage versetzt wird, eine eigenständige Prüfung der damit zusammenhängenden, teilweise komplexen arbeitsrechtlichen Fragen vorzunehmen². Daher reicht es hinsichtlich der Tarifbindung beispielsweise aus, wenn dargetan wird, dass das Unternehmen nach der Verschmelzung nicht kraft Tarifbindung den bisher einschlägigen Tarifverträgen unterliegt und sich die weitere Anwendung der bisherigen Tarifverträge dementsprechend nach § 613a Abs. 1 Satz 2 bis 4 BGB, ggf. unter Berücksichtigung bestehender Bezugnahmeklauseln, richtet (siehe dazu Vor § 322 UmwG Rz. 79 ff. sowie § 324 UmwG Rz. 23 ff.). Ist beabsichtigt, sogleich mit der Verschmelzung auf Unternehmensebene auch eine **organisatorische Verschmelzung** der bei den beteiligten Rechtsträgern vorhandenen Betriebe vorzunehmen, genügt der Hinweis auf diese Folge, verbunden mit dem Hinweis darauf, dass anschließend ein neuer Betriebsrat gebildet werden muss und der Betriebsrat des größten an dieser Betriebsverschmelzung beteiligten Betriebs das Übergangsmandat gemäß § 21a Abs. 2 BetrVG wahrnimmt (zum Übergangsmandat siehe Vor § 322 UmwG Rz. 27 ff.).
- 55 **e) Darüber hinaus** werden im Verschmelzungsvertrag auch solche **Folgen** für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen aufgezeigt werden müssen, die sich zwar **nicht unmittelbar** aus dem gesellschaftsrechtlichen Vorgang der Verschmelzung als solcher ergeben, hinsichtlich derer sich die am Umwandlungsvertrag beteiligten Rechtsträger aber nach der Konzeption des UmwG notwendigerweise bereits bei Abschluss des Vertrages eine Meinung bilden müssen („**arbeitsrechtliche Pflichtangaben kraft direkten Sachzusammenhangs**“³). Hierzu gehört, wie die §§ 322 und 323 UmwG zeigen, insbesondere die Entscheidung darüber, ob die **betrieblichen Strukturen** nach dem Wirksamwerden der Verschmelzung bis auf weiteres beibehalten oder sogleich den künftigen wirtschaftlichen Verhältnissen angepasst werden sollen. So muss beispielsweise eine bereits **geplante Zusammenlegung der Hauptverwaltungen** ebenso mitgeteilt werden wie die beabsichtigte **Ausgliederung und Zusammenfassung einzelner Betriebsteile**, wenn und soweit es hierzu bei Vertragsabschluss bereits eine **konkrete Planung** der beteiligten Rechtsträger gibt. Entsprechendes gilt für alle sonstigen **Betriebsänderungen** iS von §§ 111 ff. BetrVG, mit deren Realisierung bereits vor oder gleichzeitig mit der Verschmelzung begonnen werden soll. Mit den Betriebsräten der zu verschmelzenden Unternehmen muss dann hinsicht-

1 So zutreffend *Joost*, ZIP 1995, 984.

2 Ebenso *Joost*, ZIP 1995, 984; *Simon* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 77, 81.

3 Vgl. *Willemsen*, RdA 1998, 23 (27). Insoweit ablehnend *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 104 ff.; wie hier dagegen *Simon* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 83.

lich dieser Maßnahmen gemäß §§ 111 ff. BetrVG über einen **Interessenausgleich** und **Sozialplan** verhandelt werden (vgl. das Beispiel der Verschmelzung Thyssen/Krupp¹). In der Praxis kann es sich zur Entlastung der Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG als sehr zweckmäßig erweisen, auf einen bereits ausgethandelten **Interessenausgleich/Sozialplan Bezug zu nehmen**, und zwar unter deren Beifügung als **Anlage**; ein bloßer Verweis genügt insoweit nicht². Allerdings brauchen in die Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG nur solche Folgen für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen aufgenommen zu werden, deren Eintritt **mit hinreichender Sicherheit** erwartet werden kann. Dies hängt wiederum vom **Stand der Unternehmensplanung** ab³.

Des Weiteren ist zu fordern, dass gerade die Verschmelzung der maßgebliche **Anlass** für die jeweilige Strukturveränderung ist⁴. Die beteiligten Rechtsträger sind aber nicht verpflichtet, sich schon vor der Verschmelzung eine „abschließende Meinung“⁵ über alle (mittelbaren) arbeitsrechtlichen Folgen der Umwandlung, insbesondere die **künftige Realisierung von Synergiepotentialen**, zu bilden. Sie können die Entscheidung hierüber (zB über die Frage einer späteren Betriebsverschmelzung bei gleichzeitiger Personalreduzierung) auch dem **Vertretungsorgan des verschmolzenen Unternehmens** überlassen. Dieses hat dann nach der gesellschaftsrechtlichen Verschmelzung mit dem Betriebsrat über anstehende Betriebsänderungen iS von § 111 BetrVG mit dem Ziel eines Interessenausgleichs und Sozialplans zu beraten und zu verhandeln. Eine „Prognose“ über das Ergebnis solcher Verhandlungen ist dann im Rahmen von § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG weder geboten noch sinnvoll. **Keinesfalls** hat der Betriebsrat die Möglichkeit, wegen seiner Mitbestimmungsrechte bei Betriebsänderungen nach §§ 111 ff. BetrVG die (gesellschaftsrechtliche) Verschmelzung als solche zu **blockieren**, weil es sich, wie oben (Rz. 48) dargelegt, um zwei völlig verschiedene und getrennte Verfahren handelt⁶.

f) Der Inhalt des Verschmelzungsplans und -berichts bei der **grenzüberschreitenden Verschmelzung** wird unter § 122c UmwG Rz. 8 ff. behandelt. Für den Inhalt des Verschmelzungsplans und -berichts bei der **SE-Gründung** siehe Anhang I Rz. 22 ff. 56a

g) Zweifelhaft und von erheblicher praktischer Tragweite ist, inwieweit **unvollständige oder unrichtige Angaben** im Rahmen von § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG die Eintragungsfähigkeit der Verschmelzung beeinträchtigen und/oder zur Anfechtung 57

1 Verschmelzungsvertrag v. 16.10.1998, BAnz. 197 v. 21.10.1998.

2 *Hausch*, RNotZ 2007, 308 (327).

3 Ähnlich *Grunewald* in Lutter, Umwandlungsrechtstage, S. 22; wohl auch *Boecken*, Unternehmensumwandlungen, Rz. 320.

4 So zu Recht *Hohenstatt/Schramm* in KölnKomm. UmwG, § 5 UmwG Rz. 146.

5 Vgl. die Formulierung bei *Joost*, ZIP 1995, 976 (984).

6 AA *Bachner*, NJW 1995, 2881 (2886); dagegen *Willemssen*, NZA 1996, 791 (798); *Willemssen*, RdA 1998, 23 (29 ff.); *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 111 f.

barkeit oder gar Nichtigkeit des Verschmelzungsbeschlusses führen. Das gesellschaftsrechtliche Schrifttum hierzu ist gespalten. Während *Grunewald*¹ die **Anfechtbarkeit** (nicht aber die Nichtigkeit) des Verschmelzungsbeschlusses annimmt, verneint sie *Priester*² für die parallele Bestimmung des § 126 Abs. 1 Nr. 11 UmwG. Da § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG ausschließlich dem Schutz von Arbeitnehmerinteressen dient (worauf auch die Gesetzesbegründung hinweist³) und zudem die dortigen Angaben keinen Regelungs-, sondern lediglich Berichtscharakter haben (rein deskriptive Wirkung, siehe Rz. 49), verdient die zuletzt genannte Auffassung den Vorzug⁴. Unabhängig von diesem Meinungsstreit ist eine Anfechtungsbefugnis des bzw. der betroffenen **Betriebsräte** in jedem Falle zu verneinen⁵.

- 58 h) Der reine Berichtscharakter der Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG ist auch zu beachten, wenn es um die weitere Frage geht, ob der Registerrichter die **Eintragung** der Verschmelzung wegen unzureichender Angaben zu den arbeitsrechtlichen Folgen **ablehnen** kann. Dem Registergericht steht insoweit nur ein **formelles, nicht aber materielles Prüfungsrecht** zu⁶. Diesen formalen Anforderungen ist bereits dann genügt, wenn der Verschmelzungsvertrag zu den in Rz. 53 ff. aufgeführten Kernpunkten die **Ansicht** der an der Umwandlung beteiligten Rechtsträger **nachvollziehbar wiedergibt**; eine – dazu noch ins Detail gehende – **Begründung ist nicht erforderlich**, ebenso wenig eine Stellungnahme zu allen denkbaren tatsächlichen und rechtlichen Fragen⁷. Andererseits darf das Registergericht die begehrte Eintragung ablehnen, „wenn der Verschmelzungsvertrag jeder nachvollziehbaren Darstellung der arbeitsrechtlichen Folgen entbehrt“⁸. Ähnliches

1 *Grunewald* in Lutter, Umwandlungsrechtstage, S. 22 f.; ihr iE folgend *A. Drygala*, ZIP 1996, 1365 (1366 ff.); *Engelmeyer*, DB 1996, 2542 (2544); siehe auch *Hausch*, RNotZ 2007, 396 (406 ff.).

2 *Priester* in Lutter, § 126 UmwG Rz. 79.

3 Vgl. oben Rz. 49 sowie *Joost*, ZIP 1995, 978 f.

4 IE ebenso *Mayer* in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 203.

5 OLG Naumburg v. 6.2.1997 – 7 U 236/96, DB 1997, 466 = AG 1998, 430.

6 Ebenso *Hohenstatt/Schramm* in KölnKomm. UmwG, § 5 UmwG Rz. 414; *Simon* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 96; *Langner* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 5 UmwG Rz. 106; *Engelmeyer*, DB 1996, 2542 (2544); *Heidinger* in Henssler/Strohn, § 5 UmwG Rz. 29; *Willemsen*, NZA 1996, 791 (796); *Bungert/Leyendecker-Langner*, ZIP 2014, 1112 (1116); wohl auch *A. Drygala*, ZIP 1996, 1365 (1367 Fn. 27); jedenfalls für ein formelles Prüfungsrecht: OLG Düsseldorf v. 15.5.1998 – 3 Wx 156/98, NZA 1998, 766.

7 Ebenso *Joost*, ZIP 1995, 986; noch weiter gehend für § 126 Abs. 1 Nr. 11 UmwG *Priester* in Lutter, § 126 UmwG Rz. 81, der ein Ablehnungsrecht des Registerrichters nur bei vollständig fehlenden oder offensichtlich unrichtigen Angaben anerkennen will.

8 OLG Düsseldorf v. 15.5.1998 – 3 Wx 156/98, NZA 1998, 766 2. LS); vgl. auch *Dzidal/Schramm*, NZG 2008, 521 (524) und *Blechmann*, NZA 2005, 1143 (1149): „Richtigerweise darf das Registergericht die Eintragung nur dann ablehnen, wenn die Angaben völlig fehlen oder wenn sie so offensichtlich unvollständig oder unrichtig sind, dass die Darstellung einem Fehlen der Angaben gleichkommt.“

wird zu gelten haben, wenn wesentliche Teilbereiche offensichtlich vollständig fehlen¹. Eine bloße **allgemeine Bezugnahme** auf gesetzliche Vorschriften wie zB „Die Folgen der Verschmelzung für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen richten sich nach §§ 322 ff. UmwG, § 613a BGB“ **reicht also nicht aus**.

Soweit sich der Verschmelzungsvertrag lediglich zu einzelnen Auswirkungen 59 (zB im Kündigungsschutzrecht) **ausschweigt**, wird man dies im Zweifel nicht als Unvollständigkeit, sondern dahin gehend **auslegen** müssen, dass nach Auffassung der beteiligten Rechtsträger insoweit **keine Änderungen** eintreten werden². Die Nichterwähnung von „Maßnahmen“ wird im Zweifel bedeuten, dass solche bis auf weiteres nicht vorgesehen sind. Da die Registergerichte insoweit offenkundig zT anderer Auffassung sind, ist der **Praxis** allerdings zu **raten**, das Fehlen von Folgen für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen in bestimmten Teilbereichen (zB im Betriebsverfassungsrecht) gegebenenfalls ausdrücklich zu erwähnen (**Negativklärung**).

Alles in allem wird der Registerrichter die **Eintragung** wegen unzureichender 60 Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG **nur ausnahmsweise ablehnen** können, nämlich wenn es an jeder nachvollziehbaren (wenn auch durchaus knappen!) Darstellung der arbeitsrechtlichen Folgen fehlt. Eine Schlüssigkeitsprüfung hinsichtlich der (zum Teil sehr komplexen) arbeitsrechtlichen, insbesondere tarifrechtlichen Folgen hat der Registerrichter nicht vorzunehmen, so dass selbst bei offensichtlicher materieller Unrichtigkeit in diesem Bereich die Eintragung nicht abgelehnt werden kann (**str.**)³. § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG ist – ebenso wie die Parallelvorschrift des § 126 Abs. 1 Nr. 11 UmwG – **kein Instrument für arbeitsrechtliche Blockaden einer Umstrukturierung**⁴.

i) Checkliste. Die Ausführungen in Rz. 53–56 lassen sich dahingehend zusammenfassen, dass der Umwandlungsvertrag in den Fällen der übertragenden Umwandlung (Verschmelzung, Spaltung, Vermögensübertragung) in aller Regel jedenfalls die folgenden arbeitsrechtlichen Angaben enthalten muss: 60a

1 Ebenso *Hohenstatt/Schramm* in KölnKomm. UmwG, § 5 UmwG Rz. 214. Für ein weitergehendes Prüfungsrecht im Hinblick auf rechtlich nicht mehr vertretbare Angaben *Hausch*, RNotZ 2007, 396 (408 f.); dagegen zu Recht *Simon* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 96; siehe auch *Willemsen*, RdA 1998, 23 (33).

2 Ebenso *Simon* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 92; aA OLG Düsseldorf v. 15.5.1998 – 3 Wx 156/98, NZA 1998, 766; kritisch dazu *Bungert*, NZG 1998, 733; *Willemsen/Th. Müller*, EWiR 1998, 855 (856). Zur parallelen Problematik des Erfordernisses von Negativklärungen im Rahmen von § 5 Abs. 1 Nr. 7 und Nr. 8 UmwG vgl. OLG Frankfurt v. 4.4.2011 – 20 W 466/10, AG 2011, 793 (verneinend).

3 AA insoweit *Joost*, ZIP 1995, 986; siehe auch *Hausch*, RNotZ 2007, 396 (408 f.): Ablehnungsrecht, wenn die Angaben „nicht mehr rechtlich vertretbar sind oder denen eine höchstrichterliche Rechtsprechung entgegensteht“.

4 *Priester* in Lutter, § 126 UmwG Rz. 82; *Willemsen*, NZA 1996, 791 (798); *Simon* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 100f.

- **Übergang von Arbeitsverhältnissen** auf den bzw. die übernehmenden Rechtsträger gemäß § 324 UmwG iVm. § 613a BGB (siehe dazu Erl. zu § 324 UmwG) unter genauer Bezeichnung der hiervon erfassten Betriebe bzw. Betriebsteile (ist der übertragende Rechtsträger arbeitnehmerlos, genügt dieser Hinweis, und es entfallen dann alle weiteren arbeitsrechtlichen Angaben bezüglich des *übertragenden* Rechtsträgers; für den *übernehmenden* Rechtsträger müssen dann aber gleichwohl Angaben bezüglich der (oftmals fehlenden) Auswirkungen auf die *dortigen* Arbeitsverhältnisse, Arbeitnehmervertretungen, Mitbestimmung etc. gemacht werden¹). Eine Darstellung der dem einzelnen Arbeitnehmer zustehenden Gestaltungsrechte (Widerspruch bzw. außerordentliche Kündigung) ist hingegen nicht erforderlich²;
- (zumindest vorsorglich) **Haftungsfolgen** für Ansprüche aus Arbeitsverhältnissen (§ 613a Abs. 1 Satz 1 iVm. Abs. 2 BGB sowie umwandlungsrechtliche (Sonder-)Regelungen nach §§ 20 Abs. 1 Nr. 1, 133, 134 UmwG³;
- Übergang von **Versorgungsanwartschaften** aktiver Arbeitnehmer gemäß § 613a BGB iVm. § 324 UmwG sowie der Versorgungsanwartschaften bzw. -ansprüche ausgeschiedener Arbeitnehmer kraft Gesamtrechtsnachfolge einschließlich der damit verbundenen Haftungsfolgen⁴; siehe dazu auch Erl. zu § 324 UmwG Rz. 18 und 64; etwa konkret geplante **Anpassungen** der Versorgungssysteme;
- bereits konkret geplante Veränderungen der **arbeitsorganisatorischen Struktur** der vorhandenen Betriebe (insbesondere Spaltung oder Zusammenfassung von Betrieben) und deren Auswirkungen auf die **Betriebsidentität** und das **Amt** des bzw. der existierenden **Betriebsräte** sowie ggf. des **Wirtschaftsausschusses, Gesamt- und Konzernbetriebsrats** sowie der **Sprecher-ausschüsse** der leitenden Angestellten (siehe Vor § 322 UmwG Rz. 14 ff.). Hinweis auf die Entstehung eines **Übergangsmandats** nach § 21a BetrVG sowie auf eine etwaige (geplante) Vereinbarung nach § 325 Abs. 2 UmwG (siehe Erl. dort). Bei Fehlen solcher aktuellen Planungen in Bezug auf geänderte Betriebsstrukturen: **Negativklärung** („Maßnahmen, die zu einem Verlust der betriebsverfassungsrechtlichen Identität der Betriebe ... führen, sind nicht geplant; die dort bestehenden Betriebsräte bleiben im Amt“);
- Hinweis auf die entweder kollektivrechtliche Fortgeltung (bei Aufrechterhaltung der Betriebsidentität, siehe Erl. zu § 324 UmwG Rz. 24) oder gesetzliche

1 So jedenfalls OLG Düsseldorf v. 15.5.1998 – 3 Wx 156/98, NZA 1998, 766.

2 Ebenso *Henssler* in FS Kraft, 1998, S. 219 (228); *Simon* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 86.

3 Zum Verhältnis der unterschiedlichen Haftungsregime zueinander siehe § 324 UmwG Rz. 22. Die Notwendigkeit diesbezüglicher Angaben ist umstritten; verneinend *Simon* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 86.

4 Zum Fortbestand der sog. Gewährträgerhaftung nach der Umstrukturierung öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute siehe *Mehrens/Voland*, WM 2014, 831.

- Aufrechterhaltung (§ 613a Abs. 1 Satz 2–4 BGB, siehe Erl. zu § 324 UmwG Rz. 26 ff.) von **Betriebsvereinbarungen**. Bei Verlust der Betriebsidentität evtl. Ankündigung, dass mit dem neugebildeten Betriebsrat (oder dem Betriebsrat im Übergangsmandat) zur Herbeiführung einer kollektivrechtlichen „Fortgeltung“ eine wortgleiche Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden soll;
- Aussagen über die Existenz bzw. Nichtexistenz sowie Weitergeltung von **Gesamtbetriebsvereinbarungen** und Gesamtsprecherausschussvereinbarungen (analog zu Betriebsvereinbarungen) sowie von **Konzernbetriebsvereinbarungen** und Konzernsprecherausschussvereinbarungen (siehe zum Ganzen auch Vor § 322 UmwG Rz. 68 ff.);
 - Aussagen über die **Mitgliedschaft** des bzw. der übertragenden Rechtsträger in einem **Arbeitgeberverband** und die sich daraus ergebende **Tarifbindung**; Darstellung, inwieweit sich diese Tarifbindung bei dem bzw. den übernehmenden Rechtsträgern fortsetzt (durch Mitgliedschaft im bzw. Beitritt zu dem abschließenden Arbeitgeberverband; siehe dazu auch Erl. zu § 324 UmwG Rz. 24) oder mangels kollektivrechtlicher Fortgeltung **§ 613a Abs. 1 Satz 2–4 BGB** Anwendung findet einschließlich einer etwaigen **Ablösung** durch beim übernehmenden Rechtsträger bestehende Tarifverträge gemäß § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB (ggf. unter Berücksichtigung vertraglicher Bezugnahmeklauseln; siehe dazu auch § 324 UmwG Rz. 26 ff.). Bei Bestehen von **Firmentarifverträgen**: Angabe über den Eintritt des bzw. der übernehmenden Rechtsträger kraft Gesamtrechtsnachfolge (siehe Erl. zu § 324 UmwG Rz. 24). Bei **Fehlen jedweder Tarifbindung**: Aussagen über die etwaige Anwendung bestimmter (Branchen-)Tarifverträge kraft **vertraglicher Inbezugnahme** oder betrieblicher Übung und deren Fortgeltung gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB;
 - Angaben über eine evtl. bestehende Arbeitnehmervertretung auf europäischer Ebene (insbes. **Europäischer Betriebsrat**, siehe Vor § 322 UmwG Rz. 59 ff.) und deren Fortführung;
 - Darstellung der bei den an der Umwandlung beteiligten Rechtsträgern bestehenden **Mitbestimmung** auf Unternehmensebene nach MitbestG, DrittelbG bzw. Montan-MitbestG/MitbestErgG; Wegfall von mitbestimmten Aufsichtsräten und Aufsichtsratsmandaten infolge Erlöschens übertragender Rechtsträger; Fortsetzung bzw. erstmalige Entstehung oder Wegfall der Mitbestimmung auf Unternehmensebene bei dem bzw. den an der Umwandlung beteiligten Rechtsträgern und ggf. Änderung des Mitbestimmungsstatuts (ggf. kraft Zurechnung der Arbeitnehmer von Konzerngesellschaften) sowie Zahl der Aufsichtsratsmitglieder insgesamt und auf Arbeitnehmerseite; aktives und passives Wahlrecht (siehe dazu Vor § 322 UmwG Rz. 86 ff.); Hinweis auf eine evtl. zeitlich begrenzte **Mitbestimmungssicherung nach § 325 Abs. 1 UmwG** (siehe Erl. zu § 325 UmwG);
 - Angaben über etwaige **konkret geplante Betriebsänderungen** iS der §§ 111 ff. BetrVG (siehe Rz. 55 f.) im zeitlichen und sachlichen Zusammen-

hang mit der Umwandlung (zB Stilllegung von Betrieben, Zusammenlegung von Betrieben oder Betriebsteilen) und deren zu erwartende Auswirkungen auf die Belegschaft (Personalabbau, Versetzungen etc.). Hinweis auf die Aufnahme von Verhandlungen mit dem Betriebsrat über Interessenausgleich/Sozialplan; falls diese bereits abgeschlossen sind: **Bezugnahme** auf die bestehenden Vereinbarungen und deren **Beifügung**. Bei Fehlen diesbezüglicher Planungen: (vorsorgliche) **Negativerklärung**;

- soweit einschlägig: Angaben über geplante **weitere Umwandlungen** unmittelbar nach Vollzug der ersten (vertragsgegenständlichen) Umwandlung¹, zB sofortige Ausgliederung eines im Zuge der Verschmelzung auf den übernehmenden Rechtsträger übergegangenen Betriebsteils auf einen neugegründeten Rechtsträger, Aufspaltung des übernehmenden Rechtsträgers etc. und deren Auswirkungen auf die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen (analog zu den obigen Punkten).

Diese Checkliste ist ggf. noch um **unternehmensspezifische Gesichtspunkte** wie zB Entstehung bzw. Wegfall eines **Tendenzschutzes** (nach § 118 BetrVG) zu ergänzen und somit **nicht als abschließend zu verstehen**. Wiederholt sei an dieser Stelle der Hinweis (siehe Rz. 54), dass zu allen genannten Punkten eine auf den **konkreten Sachverhalt** abstellende, **knappe**, die jeweiligen Rechtsfolgen **unter Verweis auf die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen** bezeichnende **ergebnisbezogene Darstellung** erforderlich, aber auch genügend ist.

12. Sonstige Vertragsbestimmungen (*Marsch-Barner*)

- 61 Neben dem in § 5 Abs. 1 UmwG festgelegten gesetzlichen Mindestinhalt muss der Verschmelzungsvertrag uU weitere Vereinbarungen enthalten. So ist gemäß § 29 UmwG bei einer sog. Mischverschmelzung, bei der Verschmelzung einer börsennotierten AG auf eine nicht börsennotierte AG und in dem Fall, dass die Anteile des übernehmenden Rechtsträgers Verfügungsbeschränkungen unterliegen, in den Verschmelzungsvertrag ein **Barabfindungsangebot** aufzunehmen. Zu beachten sind ggf. auch rechtsformspezifische Sondervorschriften. So sind zB bei der Verschmelzung einer AG auf eine GmbH oder OHG/KG die **unbekannten Aktionäre** gemäß § 35 UmwG im Verschmelzungsvertrag zu benennen. Bei der Verschmelzung auf eine **Partnerschaftsgesellschaft** ist im Verschmelzungsvertrag für jeden neuen Partner der in der Partnerschaft ausgeübte Beruf anzugeben (§ 45b Abs. 1 UmwG). Bei der Verschmelzung auf eine **GmbH** ist für

¹ Zu den Besonderheiten bei solchen „Kettenumwandlungen“, insbes. zur Frage der mehrfachen Anwendung von § 613a BGB, siehe auch *Hohenstatt/Schramm* in KölnKomm. UmwG, § 5 UmwG Rz. 206f. *Willemsen* in *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, Rz. G 117 sowie Erl. § 324 UmwG Rz. 28.

jeden neuen Anteilsinhaber der Nennbetrag des ihm zu gewährenden Geschäftsanteils im Verschmelzungsvertrag zu bestimmen (§ 46 Abs. 1 UmwG). Bei der Verschmelzung auf eine **KG** muss im Verschmelzungsvertrag festgelegt werden, ob die neuen Gesellschafter Komplementäre oder Kommanditisten sein sollen (vgl. § 40 UmwG). Im Falle einer Verschmelzung durch **Neugründung** muss der Gesellschaftsvertrag des neuen Rechtsträgers im Verschmelzungsvertrag enthalten sein oder festgestellt werden (§ 37 UmwG).

Außer den zwingend vorgeschriebenen Angaben kann der Verschmelzungsvertrag weitere fakultative Bestimmungen enthalten. In Betracht kommen zB eine **Präambel** mit einer Beschreibung der Ziele der Verschmelzung, Bestimmungen über die **künftige Firma** der übernehmenden Gesellschaft (vgl. dazu § 18 UmwG), die Fortführung der Bilanzwerte (vgl. § 24 UmwG), aufschiebende **Bedingungen** der Wirksamkeit des Vertrages (zB Kartellvorbehalt, Vorbehalt der Zustimmung des Aufsichtsrats und/oder der Anteilsinhaber), eine auflösende **Befristung** (zB für den Fall, dass die Verschmelzung nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt eingetragen wird) sowie **Kündigungsrechte** oder **Rücktrittsvorbehalte**. So kann zB jeder Partei ein Recht zur Kündigung des Verschmelzungsvertrages für den Fall eingeräumt werden, dass die Verschmelzung nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt wirksam geworden ist (§ 7 UmwG Rz. 6; zur Spaltung § 126 UmwG Rz. 57a). Für den Fall, dass eine Partei den Vertrag kündigt oder von ihm zurücktritt, kann eine – auch pauschalierte – **Schadensersatzpflicht** vereinbart werden. Dies ist unproblematisch, solange damit die zur Vorbereitung der Verschmelzung aufgewendeten Kosten ersetzt werden sollen¹. Ein **Strafversprechen** (sog. break fee), mit dem eine Lösung vom Vertrag erschwert werden soll, ist dagegen nur zulässig, wenn durch dessen Höhe kein unangemessener wirtschaftlicher Druck ausgeübt wird². Ist die Verschmelzung **mehrerer übertragender Gesellschaften** in einem Verschmelzungsvertrag zusammengefasst (siehe dazu § 2 UmwG Rz. 6), so kann auch ein teilweiser Rücktrittsvorbehalt zB für den Fall vorgesehen werden, dass sich die Verschmelzung eines übertragenden Rechtsträgers über einen bestimmten Zeitpunkt hinaus verzögert. Üblich und zweckmäßig sind Regelungen zur **Kostentragung**³. Eine entsprechende Regelung ist insbes. für den Fall des Scheiterns der Ver-

1 *Sieger/Hasselbach*, BB 2000, 625 (627); *Banerjea*, DB 2003, 1489 (1492f.).

2 *Austmann/Frost*, ZHR 169 (2005), 431 (451); *Hilgard*, BB 2008, 286 (289); *T. Drygala*, WM 2004, 1457 (1460); *Böttcher* in *Böttcher/Habighorst/Schulte*, § 5 UmwG Rz. 105; vgl. dazu auch *Sieger/Hasselbach*, BB 2000, 625 (628, 629); *Schröer* in *Semler/Stengel*, § 5 UmwG Rz. 120; zur Beurkundungspflicht solcher Versprechen *Drygala* in *Lutter*, § 6 UmwG Rz. 4 sowie LG Paderborn v. 28.4.2000 – 2 O 132/00, NZG 2000, 899 m. zust. Anm. *Gehling*; aA insoweit *Banerjea*, DB 2003, 1489 (1497); für Unzulässigkeit solcher Abreden ohne Zustimmung der Anteilsinhaber *Simon* in *KölnKomm. UmwG*, § 5 UmwG Rz. 233.

3 Vgl. LG Stuttgart v. 8.3.1994 – 4 KfH O 6/94, ZIP 1994, 631 = AG 1994, 567 = EWiR § 339 AktG 1/94 (*Grunewald*); OLG Stuttgart v. 23.11.1994 – 3 U 77/94, WM 1995, 1355 = AG 1996, 35.

schmelzung sinnvoll. Soweit die beteiligten Rechtsträger im Zusammenhang mit der Verschmelzung weitere Abreden treffen, zB bestimmte **Verpflichtungen** des übernehmenden Rechtsträgers gegenüber den Arbeitnehmern oder Organmitgliedern des übertragenden Rechtsträgers oder zur Änderung seiner Satzung, zB hinsichtlich des Unternehmensgegenstands, vereinbaren, sind diese grundsätzlich ebenfalls in den Verschmelzungsvertrag aufzunehmen¹. Die Durchsetzung solcher Pflichten ist allerdings schwierig, auch wenn es sich dabei um einen echten Vertrag zugunsten Dritter handelt².

13. Mängel des Verschmelzungsvertrages (Marsch-Barner)

- 63 Enthält der Verschmelzungsvertrag nicht die Mindestangaben nach § 5 Abs. 1 UmwG oder anderen zwingenden Vorschriften, ist der Registerrichter gehalten, die Verschmelzung **nicht einzutragen**³. Dies gilt auch, wenn die Angaben unvollständig oder unrichtig sind. Unzutreffende Angaben sind gemäß §§ 134, 139 BGB nichtig. Fehlen die Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 1–3 UmwG, ist der Verschmelzungsvertrag insgesamt nichtig⁴. Eine Umdeutung der Verschmelzung in eine Vermögensübertragung (§ 140 BGB iVm. § 179a AktG) kommt nicht in Betracht⁵. Die Nichtigkeit des Verschmelzungsvertrages kann sich dabei auch aus den allgemeinen Vorschriften ergeben (vgl. § 4 UmwG Rz. 13).
- 64 Zweifelhaft ist, ob dies auch für die **Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG** gilt. Zweck dieser Regelung ist die frühzeitige Information der Arbeitnehmer und ihrer Vertretungen⁶. Die Angaben haben deshalb **lediglich Berichtscharakter** (vgl. Rz. 49) wie die Hinweise auf die Folgen für die Anteilsinhaber, die – richtigerweise – nur in den Verschmelzungsbericht aufzunehmen sind (vgl. § 8 Abs. 1 Satz 2 UmwG). Dem Registerrichter steht deshalb insoweit nur ein formelles Prüfungsrecht zu (vgl. Rz. 58 ff.). Bei fehlenden oder unvollständigen Angaben ist der Verschmelzungsvertrag weder nach § 134 BGB noch – bei einer AG oder KGaA – nach § 241 Nr. 3 AktG nichtig⁷.

1 *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 134; *Mertens*, AG 1986, 57 (64); für Regelung außerhalb des Verschmelzungsvertrages *Simon* in KölnKomm. UmwG, § 5 UmwG Rz. 234.

2 *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 134; *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 108, 111.

3 *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 154; *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 126; *Stratz* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 4 UmwG Rz. 16.

4 OLG Frankfurt/M. v. 10.3.1998 – 20 W 60/98, WM 1999, 322 = GmbHR 1998, 542; KG v. 22.9.1998 – 1 W 4387/97, WM 1999, 323 = GmbHR 1998, 1230; *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 155; *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 97; *Böttcher* in Böttcher/Habighorst/Schulte, § 5 UmwG Rz. 108.

5 BGH v. 18.12.1995 – II ZR 294/93, NJW 1996, 659 (660) = AG 1996, 173.

6 Vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 12/6699, S. 82.

7 *Mayer* in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 204; *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 96; *Stratz* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 5 UmwG Rz. 88; *Hohenstatt/Schramm* in

Inhaltliche Mängel des Verschmelzungsvertrages werden durch die Eintragung der Verschmelzung gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 4 UmwG **geheilt** (siehe dazu näher bei § 20 UmwG Rz. 33 ff.). 65

Stimmen die Anteilsinhaber einem unvollständigen oder unrichtigen Verschmelzungsvertrag zu, so ist der **Beschluss** grundsätzlich wegen unzureichender Informationsgrundlage **mangelhaft**; er kann deshalb mit der Klage nach § 14 Abs. 1 UmwG angegriffen werden¹. Dies ergibt sich auch im Umkehrschluss aus § 14 Abs. 2 UmwG, wonach die Klage gegen die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses nur bei ganz bestimmten Punkten, die auch im Verschmelzungsvertrag geregelt sind, ausgeschlossen ist. Bei **unvollständigen Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG** ist eine Klage nach § 14 Abs. 1 UmwG allerdings ausgeschlossen (vgl. Rz. 57). Im Übrigen kann die Kausalität eines Mangels fehlen, wenn jedenfalls der Verschmelzungsbericht ausreichende Informationen enthält. Unabhängig davon, wie sich Mängel des Verschmelzungsvertrages auf den Verschmelzungsbeschluss auswirken, können solche Mängel des Vertrages auch durch eine **allgemeine Feststellungsklage** gemäß § 256 ZPO unmittelbar geltend gemacht werden². 66

14. Konzernverschmelzung (§ 5 Abs. 2 UmwG) (Marsch-Barner)

Für den Fall, dass sich **alle Anteile** eines übertragenden Rechtsträgers **in der Hand des übernehmenden Rechtsträgers** befinden, sind die Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 2–5 UmwG entbehrlich (§ 5 Abs. 2 UmwG). Mangels außenstehender Anteilsinhaber beim übertragenden Rechtsträger entfällt auch der Anteilstausch (vgl. § 54 UmwG Rz. 5)³. Sollen mehrere Rechtsträger gleichzeitig verschmolzen werden, so gelten die Erleichterungen, wie § 5 Abs. 2 Halbsatz 2 UmwG klarstellt, nur in Bezug auf den Rechtsträger, bei dem der 100%ige Anteilsbesitz vorliegt. 67

Die Bestimmung zielt auf die Verschmelzung 100%iger Tochtergesellschaften auf das Mutterunternehmen (sog. up-stream-merger). Solche Konstellationen kommen vor allem bei **Kapitalgesellschaften** vor. Für Personenhandelsgesell-

KölnKomm. UmwG, § 5 UmwG Rz. 217; aA A. *Drygala*, ZIP 1996, 1365 (1367); *Engel-meyer*, DB 1996, 2542 (2544); für ein Eintragungsverbot bei Unvollständigkeit *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 156; ebenso bei offensichtlichen Mängeln *Mayer* in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 205.

1 Vgl. BGH v. 16.11.1981 – II ZR 150/80, BGHZ 82, 188 = AG 1982, 129 zu einem Zustimmungsbeschluss zu dem früheren § 361 AktG, heute § 179a AktG; *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 157.

2 Vgl. OLG Karlsruhe v. 9.8.1991 – 15 U 127/90, WM 1991, 1759 (1763) = AG 1992, 33; *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 126; aA *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 158.

3 BayObLG v. 17.10.1983 – BReg 3 Z 153/83, DB 1983, 2675 (2676) = AG 1984, 22; *Priester*, BB 1985, 363 (364); *Sagasser/Luke* in Sagasser/Bula/Brünger, § 9 Rz. 350.

schaften als übertragende Gesellschaft hat die Bestimmung keine Bedeutung. Insbesondere ist der Fall, dass bei einer GmbH & Co. KG die Kommanditisten mit den GmbH-Gesellschaftern identisch sind, nicht unter § 5 Abs. 2 UmwG einzuordnen¹. Ein Mutter-Tochter-Verhältnis besteht dagegen, wenn die KG alle Anteile der Komplementär-GmbH hält². Bei der Verschmelzung auf eine AG oder KGaA sieht § 62 Abs. 1 Satz 1 UmwG als zusätzliche Erleichterung vor, dass ein Verschmelzungsbeschluss bei der übernehmenden Gesellschaft entbehrlich ist. Nach § 62 Abs. 4 Satz 1 idF des 3. UmwGÄndG³ bedarf es auch keines Verschmelzungsbeschlusses der übertragenden Kapitalgesellschaft.

- 69 Alle Anteile befinden sich dann „**in der Hand**“ der übernehmenden Gesellschaft, wenn diese rechtlich Inhaber dieser Anteile ist. Daher genügt es nicht, wenn die Anteile ganz oder teilweise zB von einem Treuhänder oder Konzernunternehmen gehalten werden. Eine Zurechnung entsprechend § 16 Abs. 4 AktG erfolgt nicht. Dagegen ist eine analoge Anwendung von § 62 Abs. 1 Satz 2 UmwG angebracht, wonach eigene Anteile der übertragenden Gesellschaft und Anteile, die ein Dritter für Rechnung der übertragenden Gesellschaft hält, abzusetzen sind⁴.
- 70 Der unmittelbare Anteilsbesitz muss spätestens im **Zeitpunkt der Eintragung** der Verschmelzung in das Register vorliegen⁵. In der Regel wird er schon bei der Fassung der Verschmelzungsbeschlüsse nach § 13 UmwG gegeben sein. Rechtlich notwendig ist dies aber nicht; der Verschmelzungsvertrag kann zB unter einer entsprechenden aufschiebenden Bedingung abgeschlossen werden⁶ (siehe dazu auch § 62 UmwG Rz. 9).
- 71 Von § 5 Abs. 2 UmwG nicht erfasst ist der Fall, dass eine **Muttergesellschaft auf eine 100%ige Tochtergesellschaft verschmolzen** wird (sog. down-stream-merger)⁷. Die Besonderheit dieser Fallgestaltung besteht darin, dass die von der

1 *H. Schmidt* in Lutter, Umwandlungsrechtstage, S. 72; *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 139.

2 *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 132.

3 Drittes Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes v. 11.7.2011, BGBl. I 2011, S. 1338.

4 *Bermell/Hannappel* in Goutier/Knopf/Tulloch, § 5 UmwG Rz. 114; *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 133; *Simon* in KölnKomm. UmwG, § 5 UmwG Rz. 239.

5 Vgl. BayObLG v. 4.11.1999 – 3 Z BR 333/99, ZIP 2000, 230 (231) = GmbHR 2000, 89 zum Formwechsel; *Heidinger* in Hensler/Strohn, § 5 UmwG Rz. 35; *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 129; *Simon* in KölnKomm. UmwG, § 5 UmwG Rz. 238; *Mayer* in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 213; für Zeitpunkt der Anmeldung *Bermell/Hannappel* in Goutier/Knopf/Tulloch, § 5 UmwG Rz. 117; für Zeitpunkt der Beschlussfassung *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 141 mwN.

6 *Henze*, AG 1993, 341 (344); *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 130 f.; aA *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 141; *Bayer*, ZIP 1997, 1613 (1615).

7 *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 139; *Schröer* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 134.

Mutter gehaltenen Anteile im Zuge der Verschmelzung unmittelbar, also ohne Durchgangserwerb der übernehmenden Tochter auf die Gesellschafter der übertragenden Muttergesellschaft übergehen¹. Problematisch sind dabei die Fälle, bei denen die übertragende Muttergesellschaft überschuldet ist, zB weil sie den Erwerb der Anteile der Tochtergesellschaft finanziert hat. Bei Kapitalgesellschaften kann darin eine **unzulässige Kapitalrückzahlung** gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG, § 57 Abs. 1, 3 AktG liegen (siehe dazu auch § 24 UmwG Rz. 40f.; § 54 UmwG Rz. 15f. und § 68 UmwG Rz. 18). Ist die übernehmende Gesellschaft eine AG, ist auch ein Verstoß gegen das **Verbot des Erwerbs eigener Aktien** denkbar (§ 71a Abs. 1 Satz 1 AktG). Dagegen spricht jedoch, dass das UmwG ausreichende eigene Schutzvorschriften enthält (vgl. insbes. §§ 14, 15, 22 UmwG)².

Von § 5 Abs. 2 UmwG ebenfalls nicht erfasst ist der Fall, dass zwei **Schwester-** 72
gesellschaften, die beide zu 100 % demselben Mutterunternehmen gehören, miteinander verschmolzen werden sollen (vgl. dazu näher bei § 54 UmwG Rz. 5, 18 und bei § 68 UmwG Rz. 16).

Keine besonderen Vorschriften enthält das Gesetz, wenn eine Tochtergesell- 73
schaft auf das Mutterunternehmen verschmolzen werden soll, dabei aber kein 100%iger Anteilsbesitz, sondern nur ein **Abhängigkeitsverhältnis** vorliegt. Diese Abhängigkeit kann darauf beruhen, dass das Mutterunternehmen die **Mehrheit der Anteile** hält (vgl. § 17 AktG) oder zwischen beiden Unternehmen ein **Beherrschungsvertrag** (vgl. § 291 AktG) besteht. Auch in diesen Fällen gilt, dass der Verschmelzungsvertrag nur mit Zustimmung der Versammlung der Anteilshaber wirksam wird (§ 13 UmwG). Diese Zustimmung kann nicht etwa durch eine Weisung des herrschenden Unternehmens erzwungen werden. Im faktischen Konzern besteht ohnehin kein Weisungsrecht; aber auch ein Beherrschungsvertrag berechtigt das herrschende Unternehmen nur dazu, der Geschäftsleitung des Tochterunternehmens Weisungen in Bezug auf den Abschluss eines Verschmelzungsvertrages zu erteilen³. Ob die Anteilshaber diesem Vertrag auch zustimmen, bleibt ihnen vorbehalten. Veranlasst das herrschende Unternehmen das Tochterunternehmen zu einer für dieses oder seine Anteilshaber nachteiligen Verschmelzung, so haften die Mitglieder des Vertretungsorgans des Mutterunternehmens uU nach § 317 AktG. Eine Haftung der Mitglieder des Vertretungsorgans des Tochterunternehmens ist dagegen idR wegen der Zustimmung der Anteilshaber ausgeschlossen (vgl. §§ 93 Abs. 4, 318 Abs. 3 AktG).

1 Mayer in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 38; Sagasser/Luke in Sagasser/Bula/Brünger, § 9 Rz. 361; Schröer in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 136.

2 Vgl. Simon in KölnKomm. UmwG, § 5 UmwG Rz. 160; Cahn in Spindler/Stilz, § 71a AktG Rz. 45 mwN.

3 Vgl. OLG Karlsruhe v. 7.12.1990 – 15 U 256/89, NJW-RR 1991, 553 (554f.) = AG 1991, 144 (Asea/BBC); Hüffer/Koch, § 308 AktG Rz. 12; Fett in Bürgers/Körber, § 308 AktG Rz. 18; Veil in Spindler/Stilz, § 308 AktG Rz. 21.

15. Zuleitung des Verschmelzungsvertrags bzw. Entwurfs an die Betriebsräte (§ 5 Abs. 3 UmwG) (Willemsen)

- 74 § 5 Abs. 3 UmwG schreibt in direkter funktionaler Verknüpfung mit § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG (siehe Rz. 47 ff.) die **Zuleitung** des Verschmelzungsvertrages bzw. (bei Beschlussfassung vor Abschluss des Verschmelzungsvertrages iS von § 13 Abs. 3 Satz 2 Alt. 2 iVm. § 4 Abs. 2 UmwG) seines Entwurfs an den **zuständigen Betriebsrat**¹ jedes beteiligten Rechtsträgers vor. Damit soll der zuständigen Arbeitnehmervertretung die Möglichkeit gegeben werden, etwaige Einwendungen gegen die Verschmelzung aus ihrer Sicht rechtzeitig geltend zu machen sowie ggf. auf Änderungen hinzuwirken². Die **fristgebundene** (siehe dazu Rz. 77 ff.) Vorlagepflicht betrifft den **gesamten Vertrag** einschließlich Anlagen³ und nicht etwa nur die Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG (unstr.), bei Verschmelzung durch Neugründung wegen § 37 UmwG auch den Gesellschaftsvertrag der übernehmenden Gesellschaft, worauf *H. Schmidt*⁴ mit Recht besonders hinweist. Sie ist dadurch **sanktioniert**, dass der Nachweis über die **rechtzeitige Zuleitung** des Verschmelzungsvertrages oder seines Entwurfs an den zuständigen Betriebsrat gemäß § 17 Abs. 1 UmwG eine notwendige Anlage der Anmeldung zum Handelsregister und damit **Eintragungsvoraussetzung** ist. Es empfiehlt sich daher für die Praxis, den Zugang (nicht die bloße Absendung!) des Vertrages bzw. Entwurfs zu dokumentieren, und zwar zweckmäßigerweise durch ein **schriftliches, datiertes Empfangsbekanntnis** des jeweiligen BR-Vorsitzenden oder im Falle seiner Verhinderung des Stellvertreters (zur Rechtslage bei Fehlen eines Betriebsrats siehe Rz. 79).
- 75 Da die arbeitsrechtlichen Pflichtangaben lediglich deskriptiv sind und keinen rechtsgeschäftlichen Charakter haben, kann auch die Zuleitung des Verschmelzungsvertrags an den Betriebsrat **keine vertraglichen Ansprüche** des Betriebsrats oder der Arbeitnehmer **begründen**⁵. Während der Monatsfrist zwischen der Zuleitung und der endgültigen gesellschaftsrechtlichen Beschlussfassung über die Verschmelzung hat der Betriebsrat lediglich die Möglichkeit, auf der Grundlage der Informationen des Verschmelzungsvertrags seine betriebsverfassungs-

1 Zur Zuleitung an einen nach § 3 BetrVG durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung gebildeten Betriebsrat siehe *Dzida*, GmbHR 2009, 459 (462f.).

2 *Kallmeyer*, ZIP 1994, 1746 (1754).

3 Vgl. OLG Naumburg v. 17.3.2003 – 7 Wx 6/02, GmbHR 2003, 1433; zT aA LG Essen v. 15.3.2002 – 42 T 1/02, NZG 2002, 736; *Simon* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 141. Eine Differenzierung nach „wichtigen“ und „unwichtigen“ Anlagen erscheint indes nicht sachgemäß; ebenso OLG Naumburg, aaO.

4 *H. Schmidt* in Lutter, Umwandlungsrechtstage, S. 72.

5 Vgl. auch *Blechmann*, NZA 2005, 1143 (1144); *Dzida/Schramm*, NZG 2008, 521 (524); vgl. auch oben Rz. 49.

rechtlichen Beteiligungsrechte zu nutzen. Das UmwG begründet jedoch **keine zusätzlichen Beteiligungsrechte des Betriebsrats**¹.

Insbesondere stehen dem Betriebsrat im registergerichtlichen Verfahren **keine formellen gesetzlichen Beteiligungsrechte** zu. Allerdings wird man dem zuständigen Betriebsrat zugestehen müssen, eine etwaige Unvollständigkeit² oder Bedenken aufgrund unterbliebener oder fehlerhafter Zuleitung gegen die beantragte Eintragung gegenüber dem Registergericht geltend zu machen³. **Schadensersatzansprüche** der Arbeitnehmer oder ihrer Vertretungen aufgrund falscher oder unvollständiger Darstellungen im Verschmelzungsvertrag **kommen hingegen nicht in Betracht**. Hierfür dürfte es bereits an einem kausal herbeigeführten Schaden fehlen⁴.

Welchem Betriebsrat auf Seiten der beteiligten Rechtsträger der Verschmelzungsvertrag bzw. sein Entwurf zuzuleiten ist, ergibt sich aus den allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Bestimmungen, dh. aus §§ 50, 58 BetrVG⁵. Hat das Unternehmen, da aus mehreren Betrieben iS des Betriebsverfassungsgesetzes bestehend, einen **Gesamtbetriebsrat**⁶, ist dieser zuständig, weil alle Umwandlungen unternehmensbezogen sind (sog. „Rechtsträgerprinzip“⁷). Eine Zuständigkeit des **Konzernbetriebsrats** ist dagegen auch dann zu verneinen, wenn Unternehmen ein und derselben Unternehmensgruppe miteinander verschmolzen werden sollen⁸. Dasselbe gilt für den Europäischen Betriebsrat, da dieser kein

1 Vgl. auch *Blechmann*, NZA 2005, 1143 (1144, 1147), der darauf hinweist, dass § 5 Abs. 3 UmwG die betriebsverfassungsrechtlichen Bestimmungen nur ergänzt und die Zuleitungspflicht eine Konkretisierung des § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG darstellt.

2 Vgl. oben Rz. 60.

3 Vgl. *Willemsen*, RdA 1998, 23 (34); so auch die wohl hM, vgl. nur *Blechmann*, NZA 2005, 1143 (1149).

4 So zu Recht *Dzida/Schramm*, NZG 2008, 521 (524 f.) unter Hinweis auf den bloßen Unterrichtungszweck der Angaben im Verschmelzungsvertrag. Die betriebsverfassungsrechtlichen Informationsrechte bleiben unabhängig davon bestehen, so dass die betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechte auf dieser Grundlage weiterhin ungehindert ausgeübt werden können.

5 Ebenso die Begr. RegE, BT-Drucks. 12/6699, S. 83.

6 Zu der Sondersituation, dass pflichtwidrig kein Gesamtbetriebsrat gebildet wurde, vgl. *Dzida*, GmbHR 2009, 459 (460 f.).

7 Zutreffend *Boecken*, Unternehmensumwandlungen, Rz. 333; *Engelmeyer*, DB 1996, 2542 (2545); *Wlotzke*, DB 1995, 40 (45); zu Bedeutung und Aufgaben des Gesamtbetriebsrats siehe auch Vor § 322 UmwG Rz. 41 f.; differenzierend *Hausch*, RNotZ 2007, 308 (312 f.); aA *Blechmann*, NZA 2005, 1143 (1147 f.), der unter Berufung auf die betriebsverfassungsrechtliche Primärzuständigkeit des Einzelbetriebsrats von der regelmäßigen Zuständigkeit der Standort-Betriebsräte ausgeht, da sich der Zuleitungsempfänger danach bestimme, welches Gremium etwaige Mitwirkungsrechte im Zusammenhang mit der Umwandlung auszuüben hätte.

8 Ebenso *Boecken*, Unternehmensumwandlungen, Rz. 334; *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 144; im Grundsatz auch *Simon* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 142; aA *Engelmeyer*,

„zuständiger Betriebsrat“ iS von § 5 Abs. 3 UmwG ist¹. Im Zweifel sollte **vorsorglich** eine Übersendung an **alle (möglicherweise) zuständigen Betriebsräte** erfolgen, um unnötige Risiken aus § 17 Abs. 1 UmwG zu vermeiden², denn die Zuleitung an den unzuständigen Repräsentanten ist rechtlich unbeachtlich und kann sich daher als Eintragungshindernis erweisen³.

77 Die **Monatsfrist** des § 5 Abs. 3 UmwG bezieht sich **in der Regel** auf den Zeitraum vor der Beschlussfassung der Anteilshaber der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger. Ihre Berechnung richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 186 ff. BGB, wobei „rückwärts“, dh. ab dem Datum der Versammlung als fristauslösendem Ereignis, zu rechnen ist⁴; dieser Tag ist gemäß § 187 Abs. 1 BGB für die Fristenberechnung nicht mitzuzählen. Soll die Versammlung zB am 31.8. stattfinden, ist jede Zuleitung iS von § 5 Abs. 3 UmwG vor dem 31.7. fristgemäß⁵. Die etwas unklare Formulierung in § 5 Abs. 3 UmwG ist dahin gehend zu verstehen, dass maßgeblich für die Fristberechnung der Versammlungstermin (nur) desjenigen Rechtsträgers ist, für den der jeweils zuständige Betriebsrat, dem der Verschmelzungsvertrag zugeleitet werden soll, gebildet worden ist⁶. **Entfällt** allerdings beim **aufnehmenden Rechtsträger** die Notwendigkeit eines Verschmelzungsbeschlusses nach § 62 Abs. 1 UmwG, muss es für die Fristberechnung (auch) hinsichtlich der (notwendigen!) Zuleitung an den Betriebsrat des aufnehmenden Rechtsträgers auf das Datum der Beschlussfassung des übertragenden Rechtsträgers ankommen.

77a Ein (weitere) **Abweichung** von dem Regelfall des § 5 Abs. 3 UmwG ist zu beachten, wenn nach **§ 62 Abs. 4 Satz 1 und 2 UmwG nF** ein Verschmelzungsbeschluss für die übertragende Gesellschaft entbehrlich ist und dieser somit als Anknüpfungspunkt für die Fristberechnung ausscheidet. Für diese Konstellation bestimmt nunmehr § 62 Abs. 4 Satz 4 UmwG, dass die in § 5 Abs. 3 UmwG genannte Zuleitungsverpflichtung „**spätestens**“ **bei Beginn** der in § 62 Abs. 4 Satz 3 UmwG normierten Frist von **einem Monat nach Abschluss des Verschmelzungsvertrags** zu erfüllen sei. Die Auslegung von § 62 Abs. 4 Satz 3

DB 1996, 2542 (2545); Mayer in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 254f.; Melchior, GmbHR 1996, 833 (835). Zur Stellung des Konzernbetriebsrats im Verhältnis zu Einzel- und Gesamtbetriebsräten siehe Vor § 322 UmwG Rz. 47f.

1 Ebenso: Bungert/Leyendecker-Langner, ZIP 2014, 1112 (1115).

2 Ebenso Wlotzke, DB 1995, 45, allerdings unter dem Aspekt der „Transparenz und des sozialen Friedens“.

3 Ebenso Boecken, Unternehmensumwandlungen, Rz. 333.

4 Einzelheiten bei Krause, NJW 1999, 1448; Stohlmeier, BB 1999, 1394.

5 Krause, NJW 1999, 1448; Simon in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 144. Fällt der letzte Tag der Frist auf einen Samstag oder Sonntag bzw. einen Feiertag, sollte die Zuleitung vorsorglich am letzten Arbeitstag davor erfolgen; ebenso Simon in Semler/Stengel, § 5 UmwG, Rz. 144, Fn. 407.

6 Ebenso Drygala in Lutter, § 5 UmwG Rz. 147.

UmwG und damit auch des daran anknüpfenden Satzes 4 ist allerdings streitig¹. Zur Vermeidung von Risiken dürfte es sich empfehlen, die Zuleitung an den Betriebsrat des übertragenden Rechtsträgers bereits vor der Beurkundung des Verschmelzungsvertrags vorzunehmen, was nach dem Wortlaut von § 62 Abs. 4 Satz 4 UmwG („spätestens“) ohne weiteres zulässig ist².

Der Betriebsrat kann auf die Einhaltung der **Monatsfrist verzichten** (Schriftform wegen § 17 Abs. 1 UmwG erforderlich!), weil sie ausschließlich seinem Schutz dient³, **nicht dagegen auf die Zuleitung als solche**⁴. Gegen die Möglichkeit eines Verzichts auf die Zuleitung als solche sprechen vor allem die gesetzliche, nicht disponible Aufgabenstellung sowie die Parallele zu betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsregelungen⁵. 77b

Wird nach der Zuleitung gemäß § 5 Abs. 3 UmwG der Verschmelzungsvertrag bzw. sein Entwurf **geändert**, löst dies eine **erneute Zuleitungspflicht** nur aus, wenn es sich um **wesentliche Änderungen** handelt, dh. solche, die nicht rein rechtstechnischer oder redaktioneller Natur sind, sondern Interessen der Arbeitnehmer und ihrer Vertretungen berühren können⁶. Wird der ursprüngliche Verschmelzungsvertrag durch weitere Urkunden **ergänzt**, sind diese ebenfalls zuzuleiten. Erst die Zuleitung aller Urkunden setzt die Monatsfrist des § 5 Abs. 3 UmwG in Gang⁷. 78

Spezifische Fragen können sich ergeben, wenn es bei den betroffenen Rechtsträgern **keinen Betriebsrat gibt**. Entgegen einer in der Rechtsprechung und Literatur zT vertretenen Auffassung⁸ sind auch in diesem Falle die Angaben nach § 5 Abs. 1 79

1 Siehe dazu Erl. zu § 62 UmwG Rz. 32 sowie *Ising*, NZG 2011, 1368 (1371 ff.).

2 Ebenso *Ising*, NZG 2011, 1368 (1372).

3 Ebenso *Mayer* in *Widmann/Mayer*, § 5 UmwG Rz. 259, 266; *Melchior*, GmbHR 1996, 836 f.; *Müller*, DB 1997, 713 (717); *Simon* in *Semler/Stengel*, § 5 UmwG Rz. 145.

4 AA insoweit *Mayer* in *Widmann/Mayer*, § 5 UmwG Rz. 259, 266; *Simon* in *Semler/Stengel*, § 5 UmwG Rz. 146 und *Stohlmeier*, BB 1999, 1394 (1396 f.); wie hier OLG Naumburg v. 17.3.2002 – 7 Wx 6/02, GmbHR 2003, 1433; *Drygala* in *Lutter*, § 5 UmwG Rz. 148; *Pfaff*, DB 2002, 686.

5 Vgl. *Willemsen*, RdA 1998, 23 (33).

6 So auch die Auffassung des Rechtsausschusses, vgl. BT-Drucks. 12/7850, S. 142; im gleichen Sinne OLG Naumburg v. 6.2.1997 – 7 U 236/96, DB 1997, 466 (467) = AG 1998, 430; OLG Naumburg v. 15.3.2002 – 42 T 1/02, NZG 2002, 736; vgl. auch *Blechmann*, NZA 2005, 1143 (1148), der bei Änderungen hinsichtlich der arbeitsrechtlichen Pflichtangaben eine erneute Zuleitungspflicht nur annehmen will, wenn nachträglich Änderungen von inhaltlicher Bedeutung erfolgen; eine erneute Zuleitung sei jedoch nicht erforderlich, wenn sich zB bei der Gruppe der betroffenen Arbeitnehmer noch Veränderungen ergeben, die mit dem Umwandlungsvorgang nicht im Zusammenhang stehen (insbesondere fluktuationsbedingte Personalveränderungen, interne Versetzungen oder Ähnliches).

7 So ausführlich OLG Naumburg v. 17.3.2003 – 7 Wx 6/02, GmbHR 2003, 1433.

8 LG Stuttgart v. 29.3.1996 – 4 KfH T 1/96, DNotZ 1996, 701; *Heckschen*, DB 1998, 1388; *Joost*, ZIP 1995, 976 (985).

Nr. 9 UmwG erforderlich¹, allerdings naturgemäß mit Ausnahme derjenigen, die sich auf die Vertretung der Arbeitnehmer beziehen. Ebenso entfällt – in Ermangelung eines Adressaten – die Zuleitungspflicht nach § 5 Abs. 3 UmwG; eine ersatzweise Zuleitung unmittelbar an die Belegschaft kommt nicht in Betracht, was sich auch aus dem Rückschluss aus § 122e Satz 2 UmwG ergibt². An die Stelle des Nachweises der rechtzeitigen Zuleitung an den Betriebsrat nach § 17 Abs. 1 UmwG tritt dann der **Nachweis des Fehlens einer Arbeitnehmervertretung**. Das AG Duisburg³ verlangt hierfür eine entsprechende **eidesstattliche Versicherung** der beteiligten gesetzlichen Vertreter, die innerhalb der **Acht-Monats-Frist** des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG beigebracht werden muss, was allerdings als zu weitgehend erscheint⁴; es muss vielmehr die „einfache“ schriftliche Erklärung genügen.

- 80 Zur Zuleitungspflicht des Verschmelzungsplans bei der **grenzüberschreitenden Verschmelzung** siehe § 122c UmwG Rz. 18.

§ 6

Form des Verschmelzungsvertrags

Der Verschmelzungsvertrag muss notariell beurkundet werden.

Literatur: *Hauschild/Zimmermann*, Anlagen zum Unternehmenskaufvertrag, FS Brambring, 2011, S. 113; *Stauf*, Umfang und Grenzen der Verweisungsmöglichkeiten nach § 13a BeurkG und der eingeschränkten Verlesungspflicht nach § 14 BeurkG, RNotZ 2001, 129; *Weber*, Beurkundungspflichten nach § 311b Abs. 1 BGB bei zusammengesetzten Verträgen – Versuch einer Systematisierung und Typisierung, RNotZ 2016, 377.

- 1 **1.** Der Verschmelzungsvertrag bedarf – sonst ist er nichtig – unabhängig von der Rechtsform der beteiligten Rechtsträger der notariellen Beurkundung (§§ 8 ff. BeurkG): Es ist eine **Niederschrift** mit Feststellung der Beteiligten, ihrer Vertretungsbefugnis und ihren Erklärungen aufzunehmen; die Niederschrift mit Vertrag ist zu verlesen. Ein bloßes notarielles Tatsachenprotokoll, wie bei Beschlüssen, ist nicht ausreichend. Entsprechendes gilt für den Spaltungs- und Übernahmevertrag bzw. Spaltungsplan⁵ (§ 125 UmwG). Zur Beurkundung des Verschmelzungsbeschlusses siehe unten § 13 UmwG Rz. 37 ff. Zu beurkunden ist auch der Verschmelzungsplan für die Verschmelzungsgründung einer **Europäi-**

1 Ebenso *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 146; aA *Joost* ZIP 1995, 976 (985).

2 Ebenso *Stohlmeier*, BB 1999, 1394 (1395); aA insoweit *Pfaff*, BB 2002, 1604 (1608): Ausgang am „Schwarzen Brett“.

3 AG Duisburg v. 4.1.1996 – 23 HRB 4942, 23 HRB 5935, GmbHR 1996, 372.

4 Ebenso *Heckschen*, DB 1998, 1388; *Pfaff*, BB 2002, 1604 (1609); *Simon* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 148.

5 Siehe Rz. 15.

- er führt zwei getrennte Firmen: seine bisherige Firma für sein altes Unternehmen und die Firma des übernommenen Unternehmens¹.
- b) Der eintragungsfähige Alleingesellschafter kann** 12
- seine Firma gemäß § 18 HGB bilden;
 - seiner neuen Firma (§ 18 HGB) ein das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz beifügen;
 - die Firma der übertragenden Kapitalgesellschaft gemäß § 18 Abs. 1 UmwG fortführen².

Zehnter Abschnitt Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften

Vorbemerkung zu §§ 122a–122l

<p>1. Grenzüberschreitende Verschmelzungen gemäß §§ 122a–122l UmwG 1</p> <p>2. Grenzüberschreitende Umwandlungen außerhalb der §§ 122a ff. UmwG 3</p>		<p>a) Kollisionsrechtliche Anknüpfung 4</p> <p>b) Materiell-rechtliche Zulässigkeit 8</p>
---	--	---

Literatur: *Bayer/J. Schmidt*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitende Restrukturierungen nach MoMiG, *Cartesio* und *Trabrennbahn*, ZHR 173 (2009), 735; *Bayer/J. Schmidt*, Die neue Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, NJW 2006, 401; *Bayer/J. Schmidt*, Der Regierungsentwurf zur Änderung des Umwandlungsgesetzes. Eine kritische Stellungnahme, NZG 2006, 841; *Bungert/Schneider*, Grenzüberschreitende Verschmelzung unter Beteiligung von Personengesellschaften, GS Gruson, 2009, S. 37; *Drinhausen*, Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes – ein Gewinn für die Praxis, BB 2006, 2313; *Drinhausen/Keinath*, Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes – Erleichterung grenzüberschreitender Verschmelzungen für deutsche Kapitalgesellschaften?, BB 2006, 725; *Forsthoff*, Internationale Verschmelzungsrichtlinie: Verhältnis zur Niederlassungsfreiheit und Vorwirkung; Handlungszwang für Mitbestimmungsreform, DStR 2006, 613; *Frenzel*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 2008; *Frenzel*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften – nach Ablauf der Umsetzungsfrist, RIW 2008, 12; Handelsrechtsausschuss des DAV, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes,

1 *Karollus* in Lutter, § 122 UmwG Rz. 18 f.
2 *Karollus* in Lutter, § 122 UmwG Rz. 20.

NZG 2006, 737; *Haritz/von Wolff*, Internationalisierung des deutschen Umwandlungsrechts, GmbHR 2006, 340; *Heckschen*, Die Reform des Umwandlungsrechts, DNotZ 2007, 444; *Herrler*, Ermöglichung grenzüberschreitender Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften durch Änderung des Umwandelungsgesetzes – Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie unter Vernachlässigung der primärrechtlichen Rahmenbedingungen, EuZW 2007, 295; *Herrler*, Gewährleistung des Wegzugs von Gesellschaften durch Art. 43, 48 EG nur in Form der Herausumwandlung, DNotZ 2009, 484; *Kallmeyer*, Stellungnahme der Centrale für die GmbH Dr. Otto Schmidt v. 16.3.2006 zum Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandelungsgesetzes, GmbHR 2006, 418; *Kallmeyer*, Der gemeinsame Verschmelzungsplan für grenzüberschreitende Verschmelzungen, AG 2007, 472; *Kallmeyer/Kappes*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen nach SEVIC Systems und der EU-Verschmelzungsrichtlinie, AG 2006, 224; *Kiem*, Erwartungen der Praxis an eine künftige EU-Sitzverlegungsrichtlinie, ZHR 180 (2016), 289; *Kiem*, Die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung im deutschen Umwandelungsgesetz, WM 2006, 1091; *Klein*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, RNotZ 2007, 565; *Krause/Kulpa*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen – Vor dem Hintergrund der „Sevic“-Entscheidung und der Reform des deutschen Umwandlungsrechts, ZHR 171 (2007), 38; *Kronke*, Deutsches Gesellschaftsrecht und grenzüberschreitende Strukturänderungen, ZGR 1994, 26; *Krüger*, Das auf den Verschmelzungsplan nach § 122c UmwG anwendbare Recht, GS Gruson, 2009, S. 265; *Leible/Hoffmann*, Cartesio – fortgeltende Sitztheorie, grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot materiellrechtlicher Wegzugsbeschränkungen, BB 2009, 58; *Limmer*, Grenzüberschreitende Umwandlungen nach dem Sevic-Urteil des EuGH und den Neuregelungen des UmwG, ZNotP 2007, 242 (Teil 1), 282 (Teil 2); *Louven*, Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie, ZIP 2006, 2021; *Lutter/Drygala*, Internationale Verschmelzungen in Europa, JZ 2006, 770; *Marsch-Barner*, Zur grenzüberschreitenden Mobilität deutscher Kapitalgesellschaften, FS Haarmann, 2015, S. 115; *H.-F. Müller*, Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach dem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums, NZG 2007, 1081; *H.-F. Müller*, Internationalisierung des deutschen Umwandlungsrechts: Die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung, ZIP 2007, 1081; *Neye*, Die Regelung der grenzüberschreitenden Sitzverlegung – eine ungelöste Aufgabe des europäischen Gesetzgebers, FS Schwark, 2009, S. 231; *Neye/Timm*, Die geplante Umsetzung der Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften im Umwandelungsgesetz, DB 2006, 488; *Neye/Timm*, Mehr Mobilität für die GmbH in Europa. Das neue Recht der grenzüberschreitenden Verschmelzungen, GmbHR 2007, 561; *Passarge/Stark*, Gläubigerschutz bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen nach dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Umwandelungsgesetzes, GmbHR 2007, 803; *Schaper*, Grenzüberschreitender Formwechsel und Sitzverlegung: Umsetzung der Vale-Rechtsprechung des EuGH, ZIP 2014, 810; *Simon/Rubner*, Die Umsetzung der Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen ins deutsche Recht, Der Konzern 2006, 835; *J. Tebben/T. Tebben*, Der Weg aus der Limited: Die grenzüberschreitende Verschmelzung auf eine GmbH, DB 2007, 2355; *Thümmel/Hack*, Die grenzüberschreitende Verschmelzung von Personengesellschaften, Der Konzern 2009, 1; *Veil*, Kollisionsrechtliche und sachrechtliche Lösungen für eine Verschmelzung und eine Spaltung über die Grenze, Der Konzern 2007, 98; *Verse*, Niederlassungsfreiheit und grenzüberschreitende Sitzverlegung – Zwischenbilanz nach „National Grid Indus“ und „Vale“, ZEuP 2013, 458; *J. Vetter*, Die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung im UmwG, AG 2006, 613; *Weydel/Hafemann*, Praxisrelevante gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Aspekte bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen, FS Meilicke, 2010, S. 779; *Wicke*, Zulässigkeit des

grenzüberschreitenden Formwechsels – Rechtssache „Vale“ des Europäischen Gerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit, DStR 2012, 1756; *Winter*, Planung und Vorbereitung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung, Der Konzern 2007, 24.

1. Grenzüberschreitende Verschmelzungen gemäß §§ 122a–122l UmwG

Mit den Vorschriften des 10. Abschnitts wird die **Richtlinie** 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.10.2005 **über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten**¹ – im Folgenden „10. Richtlinie“ – in deutsches Recht umgesetzt². Die europarechtlichen Vorgaben über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Unternehmensorganen der aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft (Art. 16 der Richtlinie) sind gesondert mit dem Gesetz zur Umsetzung der Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (MgVG) v. 21.12.2006³ umgesetzt worden. Mit den Vorschriften der §§ 122a–122l UmwG wird zugleich der **Rechtsprechung des EuGH** zur Öffnung des UmwG für Rechtsträger aus den EU-Mitgliedstaaten⁴ für den Bereich der Verschmelzung Rechnung getragen.

Die §§ 122a–122l UmwG regeln die grenzüberschreitende Verschmelzung in enger Anlehnung an die Bestimmungen der 10. Richtlinie. Wie in dieser werden bestimmte Eckpunkte wie der gemeinsame Verschmelzungsplan und das Verfahren der Verschmelzung geregelt. Dabei wird die Herein-Verschmelzung wie die Hinaus-Verschmelzung erfasst. Im Übrigen unterliegen die beteiligten Rechtsträger weiterhin dem auf sie jeweils anwendbaren Recht. Die aktive oder passive Beteiligung einer ausländischen Gesellschaft setzt daher voraus, dass sie sich nach dem auf sie anwendbaren Recht verschmelzen darf (Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 lit. a der Richtlinie). Das jeweils anzuwendende Sachrecht gilt auch für das Verfahren zur Beschlussfassung, den Schutz der Gläubiger, der Arbeitnehmer und der Minderheitsgesellschafter. Die sog. **Vereinigungstheorie**⁵ wird damit positiv-rechtlich verankert⁶. Durch das europarechtlich einheitliche Verfahren,

1 ABl. EU Nr. L 310 v. 25.11.2005, S. 1.

2 Vgl. das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes v. 19.4.2007, BGBl. I 2007, S. 542.

3 BGBl. I 2006, S. 3332.

4 Vgl. EuGH v. 13.12.2005 – Rs. C-411/03, ZIP 2005, 2311 = AG 2006, 80 (Sevic Systems AG).

5 Siehe dazu näher *Simon/Rubner* in KölnKomm. UmwG, Vor §§ 122a ff. UmwG Rz. 22 f.; *Drinhausen* in Semler/Stengel, Einl. C Rz. 16; *Kiem* in Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Vorb. UmwG Rz. 10.

6 *Teichmann*, ZIP 2006, 355 (361); *Simon/Rubner* in KölnKomm. UmwG, § 122a UmwG Rz. 3; *Simon/Rubner*, Der Konzern 2006, 835 (836).

das weitgehend dem der dritten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie zur Verschmelzung von Aktiengesellschaften¹ entspricht, werden die Probleme, die sich aus einer kumulativen Anwendung der beteiligten Rechtsordnungen ergeben können, deutlich reduziert. Die praktische Durchführbarkeit einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hängt allerdings auch davon ab, wie die Umsetzung der 10. Richtlinie erfolgt ist. Mittlerweile haben aber alle EU-Mitgliedstaaten Gesetze zur Umsetzung der Richtlinie erlassen².

2. Grenzüberschreitende Umwandlungen außerhalb der §§ 122a ff. UmwG

- 3 Die §§ 122a–122l UmwG regeln nur einen Teilbereich von grenzüberschreitenden Umwandlungen, nämlich nur die grenzüberschreitende Verschmelzung von **Kapitalgesellschaften** aus verschiedenen Mitgliedstaaten der EU und des EWR. Nicht erfasst sind grenzüberschreitende Verschmelzungen unter Beteiligung anderer Rechtsträger wie insbesondere von **Personengesellschaften** sowie andere Umwandlungsvorgänge wie **grenzüberschreitende Spaltungen** oder der **grenzüberschreitende Formwechsel**. Nicht geregelt sind auch entsprechende Umwandlungsvorgänge unter Beteiligung von **Rechtsträgern aus Drittstaaten**, dh. Staaten außerhalb der EU und des EWR³. In allen diesen Fällen stellt sich die Frage, ob das UmwG auch solche Umwandlungen zulässt und welches Recht auf diese ggf. Anwendung findet.

a) Kollisionsrechtliche Anknüpfung

- 4 Sind an einer Umwandlung neben inländischen auch ausländische Rechtsträger beteiligt, stellt sich die Frage, **welches Recht** auf den betreffenden Vorgang **anzuwenden** ist. Eine gesetzliche Regelung dazu gibt es bislang nicht. Das deutsche IPR enthält keine Bestimmungen zu Gesellschaften und verwandten Rechtsträgern. Fragen des Gesellschaftsrechts, des Vereinsrechts und des Rechts der juristischen Personen sind von den bestehenden Regelungen sogar ausdrücklich ausgenommen (Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom-I-VO⁴ iVm. Art. 3 Nr. 1b EGBGB). Anknüpfungspunkt für das auf Gesellschaften bei internationalen Sachverhalten anzuwendende Recht ist nach überkommener Auffassung der **tatsächliche** („effektive“) **Sitz der Verwaltung**. Diese sog. **Sitztheorie** sichert die inländi-

1 Richtlinie des Rates 78/855/EWG v. 9.10.1978, ABl. EG Nr. L 295 v. 20.10.1978, S. 36.

2 Vgl. dazu <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:72005L0056:EN:NOT> sowie *Simon/Rubner* in KölnKomm. UmwG, Vor §§ 122a ff. UmwG Rz. 70 ff.

3 *Bayer* in Lutter, § 122a UmwG Rz. 3 mwN.

4 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. EU Nr. L 177 v. 4.7.2008, S. 6, berichtigt in ABl. EU Nr. L 309 v. 24.11.2009, S. 87.

schen Standards für den Gläubiger- und Minderheitenschutz und verhindert ein Ausweichen auf eine Rechtsordnung mit geringeren Anforderungen („race to the bottom“)¹. Auch die Gründung von sog. Briefkastengesellschaften soll mit der Sitztheorie unterbunden werden. Ein Wegzug inländischer Gesellschaften durch Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland ist danach grundsätzlich ausgeschlossen. Dies gilt in der Regel auch für den umgekehrten Fall, wenn eine Auslandsgesellschaft ihren Verwaltungssitz ins Inland verlegt. Erfüllt die zuziehende Gesellschaft nicht die inländischen Gründungsvoraussetzungen, wird sie unter Umständen überhaupt nicht oder nur teilweise anerkannt². Andere Länder sind insoweit liberaler und erkennen ausländische Gesellschaften auch im Inland entsprechend dem Recht des Staates an, in dem sie gegründet wurden. Diese sog. **Gründungstheorie** setzt sich auch in Deutschland zunehmend durch.

Eine deutliche Einschränkung der Sitztheorie ergibt sich zunächst daraus, dass **GmbH** und **AG** nach der Neufassung der § 4a GmbHG, § 5 AktG durch das MoMiG³ nur noch einen inländischen Satzungssitz haben müssen. Der **Verwaltungssitz** kann sich **auch im Ausland** befinden. Die Verlegung des Satzungssitzes ins Ausland bleibt dagegen verboten, auch wenn dies nach dem Recht des ausländischen Zuzugsstaates zulässig wäre⁴. Mit dieser Trennung von Satzungs- und Verwaltungssitz wird die Mobilität der inländischen Kapitalgesellschaften erhöht⁵. Sie erhalten damit die Möglichkeit, ihre Geschäfte zB im Rahmen einer Niederlassung ausschließlich im Ausland zu führen⁶. Allerdings kann die Verlegung des Verwaltungssitzes in einen Staat, in dem die Sitztheorie gilt, dazu führen, dass die Rechtspersönlichkeit nach dem dortigen Recht verloren geht⁷. Dieses Verbot kann ua. dadurch überwunden werden, dass die deutsche Gesellschaft auf eine ausländische (Kapital-)Gesellschaft verschmolzen wird. Für dieses Vorgehen gelten für den Bereich der EU und des EWR die §§ 122a ff. UmwG. Für die Sitzverlegung soll es nach verbreiteter Auffassung beim Sitz der Verwaltung als maßgeblichem Anknüpfungspunkt bleiben⁸. Nach den Änderungen zur GmbH und AG wäre es jedoch folgerichtig, zumindest auch bei der

1 Vgl. Hüffer/Koch, § 1 AktG Rz. 34; BGH v. 27.10.2008 – II ZR 158/06, NJW 2009, 289 (291 Rz. 21) = AG 2009, 84 (Trabrennbahn).

2 Vgl. BGH v. 27.10.2008 – II ZR 158/06, NJW 2009, 289 (290 Rz. 21 ff.) = AG 2009, 84 zu einer schweizerischen AG.

3 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 23.10.2008, BGBl. I 2008, S. 2026.

4 Vgl. OLG München v. 4.10.2007 – 31 Wx 36/07, NZG 2007, 915 = GmbHR 2007, 1273; zur europarechtlichen Zulässigkeit einer formwechselnden Sitzverlegung EuGH v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06, NJW 2009, 569 (Tz. 113) = AG 2009, 79 (Cartesio) und OLG Nürnberg v. 13.2.2012 – 12 W 2361/11, ZIP 2012, 572 (574 ff.).

5 Marsch-Barner in FS Haarmann, 2015, S. 115 (119 f.).

6 Vgl. Begr. RegE zum MoMiG v. 23.5.2007, S. 65.

7 Kindler, NZG 2009, 130 (132); aA Mansell/Thorn/Wagner, IPRax 2009, 1 (4).

8 Vgl. zB Herrler, DNotZ 2009, 484 (490).

OHG und KG zwischen dem Sitz der Geschäftsführung und dem gesellschaftsvertraglichen Sitz zu unterscheiden¹. Die Rechtsprechung ist dazu allerdings zurückhaltend².

- 6 Auch auf Grund der europarechtlichen Vorgaben gilt die Sitztheorie nur noch eingeschränkt. Als in den Mitgliedstaaten der EU unmittelbar geltendes Recht ist die europarechtliche **Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV** (ex Art. 43, 48 EGV) zu beachten. Nach der Rechtsprechung des **EuGH** in den Fällen „Centros“³, „Überseering“⁴ und „Inspire Art“⁵ gebietet die Niederlassungsfreiheit, dass die Mitgliedstaaten den **Zuzug** von Gesellschaften, die in einem anderen Mitgliedstaat wirksam gegründet wurden, nicht behindern dürfen. Verlegt eine in der EU gegründete Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat, hat der Aufnahmestaat sie in dem Maße als rechts- und parteifähig anzuerkennen, wie sich dies aus dem Gründungsrecht ergibt. Dies gilt nach dem Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum auch für Gesellschaften aus den Mitgliedstaaten des EWR sowie für Gesellschaften aus Drittstaaten, die aufgrund eines Staatsvertrages⁶ gleichgestellt sind. Anders zu beurteilen ist dagegen der **Wegzug** von Gesellschaften aus einem Mitgliedstaat. So liegt nach den Urteilen des EuGH in den Fällen „Daily Mail“⁷ und „Cartesio“⁸ kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit vor, wenn ein Mitgliedstaat die Verlegung des Verwaltungssitzes einer inländischen Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat einschränkt.
- 7 Bei Umwandlungsvorgängen mit Gesellschaften aus **Drittstaaten** gelten die aus der Niederlassungsfreiheit der Art. 49, 54 AEUV abgeleiteten Grundsätze nicht. Im Verhältnis zu diesen Staaten bleibt es daher im Grundsatz bei der Sitztheorie⁹. Eine in der Schweiz, einem nicht privilegierten Drittstaat, gegründete AG mit

1 Roth in Baumbach/Hopt, § 106 HGB Rz. 8 mwN.

2 Vgl. KG Berlin v. 16.4.2012 – 25 W 39/12, ZIP 2012, 1668; KG Berlin v. 7.2.2012 – 25 W 4/12, NZG 2012, 1346; OLG Schleswig v. 14.11.2011 – 2 W 48/11, NZG 2012, 775 = GmbHR 2012, 802.

3 EuGH v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97, NJW 1999, 2027 = AG 1999, 226 (Centros), dazu EWiR 1999, 259 (Neye) und Eidenmüller, ZIP 2002, 2233.

4 EuGH v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00, NJW 2002, 3614 = AG 2003, 37 (Überseering), dazu EWiR 2002, 1003 (Neye) und Ziemons, ZIP 2003, 1913.

5 EuGH v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01, NJW 2003, 3331 = AG 2003, 680 (Inspire Art), dazu EWiR 2003, 1029 (Drygala).

6 Vgl. insbesondere Art. XXV Abs. 5 Satz 2 des deutsch-amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrags v. 29.10.1954 (BGBl. II 1956, S. 487) und dazu BGH v. 29.1.2003 – VIII ZR 155/02, DStR 2003, 948.

7 EuGH v. 27.9.1988 – Rs. C-81/87, NJW 1989, 2186.

8 EuGH v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06, NJW 2009, 569 = AG 2009, 79, dazu krit. Knoff/Mock, ZIP 2009, 30.

9 Drygala in Lutter, § 1 UmwG Rz. 28; Hörtnagl in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 1 UmwG Rz. 44; Simon/Rubner in KölnKomm. UmwG, Vor §§ 122a ff. UmwG Rz. 16.

Verwaltungssitz in Deutschland ist in Deutschland allerdings als rechtsfähige Personengesellschaft – GbR oder OHG – zu behandeln¹. Dagegen sind US-amerikanische Gesellschaften auf Grund des deutsch-amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrags v. 29.10.1954² als solche anzuerkennen³. Dafür müssen sie allerdings noch (geringe) tatsächliche Beziehungen zum Gründungsstaat aufweisen und dürfen nicht allein in Deutschland tätig sein⁴.

Vor diesem Hintergrund hatte das BMJ am 7.1.2008 einen **Gesetzesentwurf zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen** vorgelegt⁵. Maßgebliches Gesellschaftsstatut soll danach das Recht des Staates sein, in dem die Gesellschaft in ein öffentliches Register eingetragen ist (Art. 10 EGBGB-E). Das Recht des Gründungsstaates soll auch für das bei einer Umwandlung zu beachtende Verfahren gelten (Art. 10a EGBGB-E). Der Gesetzesentwurf enthält damit, ohne zwischen den Ländern der EU bzw. des EWR und anderen Staaten zu differenzieren, eine Abkehr von der Sitztheorie und sah stattdessen die gesetzliche Anerkennung der Gründungstheorie vor. Gegen den Entwurf haben sich aber erhebliche Widerstände, vor allem wegen der mitbestimmungsrechtlichen Auswirkungen, ergeben, so dass der Entwurf inzwischen nicht mehr weiter verfolgt wird. Damit bleibt es vorerst jedenfalls bei den bisherigen gewohnheitsrechtlich geltenden Grundsätzen und deren innerstaatlichen und europarechtlichen Modifikationen. Allerdings sind für eine solche Einschränkung zwingende Gründe des Allgemeininteresses erforderlich⁶.

b) Materiell-rechtliche Zulässigkeit

Nach der früher hM⁷ lässt § 1 Abs. 1 UmwG Umwandlungen nur zu, wenn alle beteiligten Rechtsträger ihren Sitz im Inland haben. Dies ist allerdings nicht als

1 BGH v. 27.10.2008 – II ZR 158/06, NJW 2009, 289 (290, Rz. 21) = AG 2009, 84 (Trabrennbahn); anders noch Vorinstanz OLG Hamm v. 26.5.2006 – 30 U 166/05, AG 2007, 332; vgl. auch OLG Hamburg v. 30.3.2007 – 11 U 231/04, NZG 2007, 597 = AG 2007, 870 zu einer Limited nach dem Recht der Isle of Man.

2 BGBl. II 1956, S. 487.

3 H. F. Müller in Spindler/Stilz, AktG, IntGesR Rz. 20 mwN.

4 BGH v. 13.10.2004 – I ZR 245/01, NZG 2005, 44 = GmbHR 2005, 51; strenger noch BGH v. 29.1.2003 – VIII ZR 155/02, NJW 2003, 1607.

5 Siehe dazu *Altenhain/Wietz*, NZG 2008, 569; *Bollacher*, RIW 2008, 200; *Clausnitzer*, NZG 2008, 321; *Franz/Laeger*, BB 2008, 678; *Kindler*, Status:Recht 2008, 68; *Kußmaul/Richter/Ruiner*, DB 2008, 451; *Leuering*, ZRP 2008, 73; *Rotheimer*, NZG 2008, 181; C. Schneider, BB 2008, 566.

6 EuGH v. 29.11.2011 – Rs. C-371/10, NZG 2012, 114 (116 Rz. 42 ff.) = GmbHR 2012, 56 (National Grid Indus) zu einer sog. Wegzugsteuer.

7 *Großfeld* in Staudinger, Internationales Gesellschaftsrecht, 15. Aufl. 2008, Rz. 699; *Kindler* in MünchKomm. BGB, 6. Aufl. 2015, IntGesR Rz. 860; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 1 UmwG Rz. 23.

Verbot für internationale Umwandlungen zu verstehen, an denen Rechtsträger mit Sitz in den Mitgliedstaaten der EU und des EWR beteiligt sind. Ein solches Verbot wäre mit der europarechtlich geschützten Niederlassungsfreiheit nicht vereinbar. Die Regelung in § 1 Abs. 1 UmwG ist vielmehr nur so zu verstehen, dass sich das UmwG auf die Regelung der Fragen beschränkt, die Rechtsträger mit Satzungssitz im Inland betreffen¹ (siehe dazu auch § 1 UmwG Rz. 1 ff.). § 1 UmwG stellt insofern klar, dass die Vorschriften des UmwG von inländischen Gesellschaften auch bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung einzuhalten sind. Auf ausländische Rechtsträger findet das UmwG selbstverständlich keine Anwendung. Zu fragen bleibt somit nur, ob und inwieweit das UmwG inländischen Rechtsträgern erlaubt, sich an grenzüberschreitenden Umwandlungen über die §§ 122a ff. UmwG hinaus zu beteiligen und welche materiell-rechtliche Regelungen dafür ggf. gelten.

- 9 aa) **Verschmelzung.** Die §§ 122a ff. UmwG regeln nur die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften. Wollen sich **Personengesellschaften** aus verschiedenen Mitgliedstaaten der EU oder des EWR durch Verschmelzung zusammenschließen, können sie dies in der Weise erreichen, dass sie sich zunächst in eine Kapitalgesellschaft umwandeln, diese dann grenzüberschreitend verschmelzen und die übernehmende oder neue Gesellschaft anschließend in eine Personengesellschaft rückumgewandelt wird. Neben diesem Umweg kommt aber auch eine unmittelbare grenzüberschreitende Verschmelzung unter Beteiligung von Personengesellschaften in Betracht. So hat der EuGH in seiner „Sevic“-Entscheidung die Zulässigkeit der **Hinein-Verschmelzung** einer luxemburgischen SA auf eine deutsche AG aus der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43, 48 EGV (jetzt Art. 49, 54 AEUV) abgeleitet, ohne dabei auf die Rechtsform der in diesem Fall beteiligten Kapitalgesellschaften abzustellen². Daher wird allgemein angenommen, dass der EuGH im Falle von Personengesellschaften nicht anders entschieden hätte. Die Hinein-Verschmelzung auch für Nicht-Kapitalgesellschaften ist somit europarechtlich gesichert³. Dies bedeutet, dass sich inländische Gesellschaften als aufnehmende oder neue Rechtsträger auch an der Herein-Verschmelzung von Personengesellschaften aus der EU oder dem EWR beteiligen können.

1 *Drygala* in Lutter, § 1 UmwG Rz. 31; *Simon/Rubner* in KölnKomm. UmwG, Vor § 122a ff. UmwG Rz. 36, 37; *Drinhausen* in Semler/Stengel, Einl. C Rz. 33; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 1 UmwG Rz. 24 ff., 47; *Thümmel/Heck*, Der Konzern 2009, 1 (1); *Bollacher*, RIW 2008, 201; früher bereits *Lawall*, IStR 1998, 345 (347); *Kronke*, ZGR 1994, 26 (35 f.).

2 EuGH v. 13.12.2005 – Rs. C-411/03, ZIP 2005, 2311 (2312) = AG 2006, 80 (Sevic Systems AG), wo allgemein von „Gesellschaften“ mit Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten gesprochen wird.

3 *Drygala* in Lutter, § 1 UmwG Rz. 12; *Thümmel/Hack*, Der Konzern, 2009, 1 (3); *Herrler*, EuZW 2007, 299; *Veil*, Der Konzern 2007, 98 (99); *J. Vetter*, AG 2006, 613 (616); *Drinhausen* in Semler/Stengel, Einl. C Rz. 27 mwN.

Weniger klar ist die Rechtslage bei der **Hinaus-Verschmelzung**, dem Fall also, 10 dass eine inländische Personengesellschaft auf eine ausländische Gesellschaft verschmolzen werden soll. Der EuGH hat sich bislang nur mit der Sitzverlegung ins Ausland befasst und dabei Beschränkungen seitens des Wegzugsstaates unter dem Gesichtspunkt der Niederlassungsfreiheit nicht beanstandet¹. In der „Cartesio“-Entscheidung hat der EuGH einschränkend allerdings ausgeführt, dass der Wegzugsstaat bei einer Sitzverlegung nicht die vorherige Auflösung und Liquidation der Gesellschaft verlangen könne. Dies hat der EuGH im „National Grid Indus“-Urteil zur Verlegung des Verwaltungssitzes bestätigt². In der „Cartesio“-Entscheidung heißt es weiter, der Gesellschaft müsse zumindest die Möglichkeit eröffnet werden, sich in eine Gesellschaft nach dem Recht des anderen Mitgliedstaates umzuwandeln, soweit dies nach dessen Recht möglich ist. Diese Aussage ist in der „Vale“-Entscheidung für den grenzüberschreitenden Formwechsel noch einmal bestätigt worden³. Alle diese Entscheidungen sprechen dafür, dass auch die Hinaus-Verschmelzung durch die Niederlassungsfreiheit gedeckt ist⁴. Beschränkungen auf Seiten des Wegzugsstaates, zB in Bezug auf Gläubiger- und Minderheitenschutz, sind zwar möglich, sie müssen aber durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein⁵. Das UmwG steht damit auch einer grenzüberschreitenden Hinaus-Verschmelzung nicht entgegen. Auch hier sind allerdings andere Konstruktionen möglich. So kann zB das Vermögen einer Personengesellschaft auf einen ausländischen Rechtsträger auch im Wege der Anwachsung überleitet werden⁶.

bb) Spaltung. Für andere Umwandlungsvorgänge innerhalb von EU und EWR, insbesondere die **grenzüberschreitende Spaltung**, gelten diese Überlegungen entsprechend. Insoweit ist zunächst davon auszugehen, dass die §§ 122a ff. UmwG keine unmittelbare Anwendung finden. Dies hat der Gesetzgeber durch die Einschränkung der Verweisung auf das Verschmelzungsrecht in § 125 UmwG im Rahmen des 2. UmwGÄndG ausdrücklich klargestellt. Allerdings spricht nichts dagegen, wenn sich Rechtsträger aus verschiedenen Mitgliedstaaten nach ihrem nationalen Recht in Kapitalgesellschaften spalten und diese sich dann grenzüberschreitend verschmelzen. Anstelle eines solchen Umwegs sollte auch eine unmittelbare grenzüberschreitende Aufspaltung, Abspaltung oder Ausgliederung möglich sein. Die Rechtsprechung des EuGH, die generell von 11

1 Vgl. EuGH v. 27.9.1988 – Rs. 81/87, NJW 189, 2186 (Daily Mail) und EuGH v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06, ZIP 2009, 24 (29, Rz. 112) = AG 2009, 79 (Cartesio).

2 EuGH v. 29.11.2011 – Rs. C-371/10, NZG 2012, 114 = GmbHR 2012, 56 (National Grid Indus).

3 EuGH v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10, NZG 2012, 871 (874 Rz. 32 f., 46) = GmbHR 2012, 860 (VALE).

4 Vgl. *Drinhausen* in Semler/Stengel, Einl. C Rz. 30 Fn. 72 mwN.

5 EuGH v. 29.11.2011 – Rs. C-371/10, NZG 2012, 114 (116 Rz. 42) = GmbHR 2012, 56 (National Grid Indus).

6 *Bungert/Schneider* in GS Gruson, 2009, S. 37 (52).

grenzüberschreitenden „Umwandlungen“ spricht, lässt jedenfalls darauf schließen, dass nicht nur eine Hinein-Spaltung, sondern auch eine Hinaus-Spaltung von der Niederlassungsfreiheit gedeckt ist und dass diese Umwandlungsmöglichkeit Kapitalgesellschaften ebenso wie Personengesellschaften offen steht¹.

- 12 **cc) Praktische Durchführung.** Soweit grenzüberschreitende Verschmelzungen oder Spaltungen über die §§ 122a ff. UmwG hinaus grundsätzlich zulässig sind, stellt sich die Frage, **nach welchen Rechtsnormen** solche Umwandlungen innerhalb der EU und des EWR praktisch durchgeführt werden können. Als Grundlage für das Verfahren sowie den Schutz der Minderheitsgesellschafter, der Gläubiger und der Arbeitnehmer bieten sich die Bestimmungen der 3., 6. und vor allem der 10. Richtlinie an². Für beteiligte **inländische** Gesellschaften liegt zudem eine analoge Anwendung der §§ 122a–122l UmwG nahe³. Dies gilt vor allem für die grenzüberschreitende Verschmelzung von Personengesellschaften⁴, aber auch für grenzüberschreitende Spaltungen, zumal sich die Regelung der Spaltung auch im innerstaatlichen Umwandlungsrecht weitgehend an der Verschmelzung orientiert (vgl. § 125 UmwG)⁵. Ergänzend sind außerdem die Bestimmungen des allgemeinen Umwandlungsrechts, bei der Beteiligung von Personengesellschaften insbesondere die §§ 39 ff. UmwG, heranzuziehen⁶. Für die beteiligten **ausländischen** Gesellschaften gilt das nach deren Gesellschaftsstatut anwendbare Umwandlungsrecht einschließlich der nationalen Umsetzungsregeln der europäischen Richtlinien, insbesondere der 10. Richtlinie. Auf die einzelnen Umwandlungsvorgänge sind demgemäß kumulativ verschiedene Rechtsordnungen anzuwenden (sog. Vereinigungstheorie, siehe auch Rz. 2)⁷. Einzelne Aspekte wie zB die Verschmelzungsfähigkeit der beteiligten Gesellschaften werden dabei von den involvierten Rechtsordnungen jeweils gesondert geregelt. Andere Fragen wie zB die Formbedürftigkeit des Verschmelzungsplans sind dagegen in jeder der beteiligten Rechtsordnungen geregelt. Soweit sich hier Kollisionen ergeben, setzt sich das strengere Recht – also das Recht, das den Eintritt einer Rechtsfolge ablehnt oder die geringere Wirkung anordnet – durch. Bei anderen

1 Vgl. *Drinhausen* in Semler/Stengel, Einl. C Rz. 28, 30; *Drygala* in Lutter, § 1 UmwG Rz. 20; *Bungert*, BB 2006, 53 (56); *Krause/Kulpa*, ZHR 171 (2007), 38 (45 f.); v. *Rummel* in Kraft/Redenius-Hövermann, Umwandlungsrecht, S. 292 ff.; *Teichmann*, ZIP 2006, 355 (358); aA *Kappes*, NZG 2006, 101; *Oechsler*, NJW 2006, 812 (813).

2 Vgl. zB *Lutter/Drygala* in Lutter, 4. Aufl., § 1 UmwG Rz. 17; *Lutter/Drygala*, JZ 2006, 770 (772 f.).

3 *Drygala* in Lutter, § 1 UmwG Rz. 35; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 1 UmwG Rz. 60; *Kallmeyer/Kappes*, AG 2006, 224 (231 ff.).

4 *Drygala* in Lutter, § 1 UmwG Rz. 35; *Veil*, Der Konzern 2007, 98 (105); *J. Vetter*, AG 2006, 613 (616); *Bungert/Schneider* in GS Gruson, 2009, S. 37 (40 ff.); einschränkend *Thümmel/Hack*, Der Konzern 2009, 1 (5): nur Übergangslösung.

5 *Drygala* in Lutter, § 1 UmwG Rz. 36.

6 *Veil*, Der Konzern 2007, 98 (104); *Bungert/Schneider* in GS Gruson, 2009, S. 37 (40 f.).

7 Siehe dazu näher *Kindler* in MünchKomm. BGB, 6. Aufl. 2015, IntGesR Rz. 779 ff.

Fragen wie etwa der Methode zur Ermittlung des Umtauschverhältnisses muss eine für beide Rechtsordnungen akzeptable Lösung gefunden werden. Dazu sind die jeweiligen nationalen Bestimmungen soweit möglich aneinander anzupassen¹. Vor allem in diesem Bereich bestehen erhebliche Rechtsunsicherheiten.

Trotz der grundsätzlichen Zulässigkeit grenzüberschreitender Umwandlungen auch außerhalb der §§ 122a ff. UmwG gibt es damit bei der praktischen Durchführung noch zahlreiche offene Fragen. Vor allem unter dem Gesichtspunkt der **Transaktionsicherheit** wird deshalb im Einzelfall abzuwägen sein, ob tatsächlich eine grenzüberschreitende Umwandlung durchgeführt oder stattdessen eine möglicherweise umständliche, dafür aber rechtssichere Alternativstruktur gewählt werden soll².

dd) Formwechsel. Einen **grenzüberschreitenden Formwechsel**, dh. einen identitätswahrenden Wechsel in eine ausländische Rechtsform, sieht das UmwG bislang nicht vor. Eine GmbH oder AG kann allerdings ihren **Verwaltungssitz** ins Ausland verlegen (§ 4a GmbHG, § 5 AktG). Die bewusste Zulassung einer solchen Sitzverlegung ist dabei zugleich als kollisionsrechtliche Regelung in dem Sinne zu verstehen, dass für die Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland die Sitztheorie zugunsten der Gründungstheorie aufgegeben wird (§ 1 UmwG Rz. 2). Deutsche Kapitalgesellschaften, die ihren Verwaltungssitz ins Ausland verlegen, nehmen damit ihre Rechtsfähigkeit nach deutschem Gesellschaftsrecht mit³. Eine Verlegung auch des **Satzungssitzes** ins Ausland mit entsprechendem Statutenwechsel ist dagegen bislang nicht möglich. Ein dahingehender Gesellschafterbeschluss ist nach überwiegender Ansicht nichtig (§ 241 Nr. 3 AktG) und darf nicht ins Handelsregister eingetragen werden⁴. Eine gesetzliche Regelung, um weitergehend auch einen grenzüberschreitenden Formwechsel zu ermöglichen und dafür ein bestimmtes Verfahren vorzugeben, ist bislang nicht in Sicht. Auch der oben (Rz. 7) erwähnte Gesetzentwurf zum IPR der Gesellschaften sprach diese Möglichkeit nur kollisionsrechtlich an, ohne sie den inländischen Gesellschaften auch materiell-rechtlich zu eröffnen⁵. Einen Fortschritt

1 Vgl. *Drygala* in Lutter, § 1 UmwG Rz. 46 ff.

2 Vgl. *Bungert/Schneider* in GS Gruson, 2009, S. 37 (51 f.); *Herrler*, DNotZ 2009, 484 (491); vgl. auch *Drinhausen* in Semler/Stengel, Einl. C Rz. 36, 37; zu Personengesellschaften vgl. § 1 UmwG Rz. 5.

3 *Bayer/J. Schmidt*, ZHR 173 (2009), 735 (749 ff.); *Drescher* in Spindler/Stilz, § 5 AktG Rz. 10; *Marsch-Barner* in FS Haarmann, 2015, S. 115 (121 f.); aA *Dauner-Lieb* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 5 AktG Rz. 28; *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168 (205 f.).

4 *Dauner-Lieb* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 5 AktG Rz. 23; *Drescher* in Spindler/Stilz, § 5 AktG Rz. 10; *Hüffer/Koch*, § 5 AktG Rz. 13; für die Annahme eines Auflösungsbeschlusses iS von § 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG OLG Düsseldorf v. 26.3.2001 – 3 Wx 88/01, NZG 2001, 506 = GmbHR 2001, 438; OLG Hamm v. 1.2.2001 – 15 W 390/00, NZG 2001, 562 = GmbHR 2001, 440.

5 Vgl. Art. 10b EGBGB-E des Gesetzentwurfs des BMJ v. 7.1.2008 und dazu *Kußmaul/Richter/Ruiner*, DB 2008, 451 (456); *Leuring*, ZRP 2008, 73 (76); *C. Schneider*, BB 2008, 566 (572).

würde in dieser Hinsicht die Verabschiedung der **14. Richtlinie über die Verlegung des Satzungssitzes** bedeuten, deren Vorentwurf bislang nicht weiterverfolgt worden ist¹. Eine Verlegung des Satzungssitzes ins Ausland ist gegenwärtig nur für die SE und SCE klar geregelt². Die anderen Gesellschaftsformen können als Umweg zB eine Tochtergesellschaft im Ausland gründen und sich dann grenzüberschreitend auf diese nach den §§ 122a ff. UmwG verschmelzen³.

- 15 Unabhängig von einer formellen Regelung hat der **EuGH** schon in der Entscheidung „Cartesio“ verlangt, dass einer Gesellschaft, die ihren Satzungssitz ins Ausland verlegen will, eine entsprechende Umwandlungsmöglichkeit durch den Wegzugsstaat eröffnet werden müsse⁴. Im Falle „Vale“ hat sich der EuGH erneut für die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Umwandlung einer Gesellschaft, dh. einen Wechsel in eine ausländische Rechtsform, ausgesprochen, sofern dies nach dem Recht des Herkunftsstaates und des Zuzugsstaates möglich ist⁵. Die Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit soll dabei nur davon abhängen, dass die Gesellschaft im Zielstaat eine reale wirtschaftliche Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung ausübt⁶. Bei der Durchführung der Umwandlung hat der Aufnahmestaat die rechtliche Kontinuität wie bei entsprechenden innerstaatlichen Vorgängen anzuerkennen (Äquivalenzprinzip). Bei der erforderlichen Zusammenarbeit im Eintragungsverfahren sind die Dokumente des Herkunftsstaates grundsätzlich zu akzeptieren (Effektivitätsgrundsatz)⁷. Nach diesen Grundsätzen muss der Zuzugsstaat mithin ausländische und inländische Gesellschaften hinsichtlich des Erwerbs der Rechtsfähigkeit gleich behandeln⁸. Dies bedeutet zunächst, dass ein grenzüberschreitender Formwechsel nur im Rahmen des *numerus clausus* der beim Zuzugsstaat bestehenden Gesellschaften erfolgen kann. Für die praktische Durchführung ist es sodann notwendig, die Normen der beteiligten Rechtsordnungen zum inländischen Formwechsel kumulativ heranzuziehen⁹

1 Vgl. den Text des Vorentwurfs in ZIP 1997, 1721 ff. und dazu *Priester*, ZGR 1999, 36 ff.; siehe dazu auch die Thesen des Arbeitskreises Europäisches Unternehmensrecht, NZG 2011, 98 ff.; zum Schicksal der Sitzverlegungsrichtlinie *Neye* in FS Schwark, 2009, S. 231 ff.; zu den Erwartungen an eine künftige Sitzverlegungsrichtlinie *Kiem*, ZHR 180 (2016), 289 ff.

2 Art. 8 SE-VO iVm. §§ 12 ff. SEAG; Art. 7 SCE-VO iVm. § 11 SCEAG.

3 Vgl. *Drygala* in Lutter, § 1 UmwG Rz. 19; *Leuring*, ZRP 2008, 71 (76); *Siems*, EuZW 2006, 135 (139).

4 EuGH v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06, ZIP 2009, 24 (29 Tz. 111 f.) = AG 2009, 79.

5 EuGH v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10, ZIP 2012, 1394 (1397 Tz. 43) = GmbHR 2012, 860 (VALE).

6 EuGH v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10, ZIP 2012, 1394 (1396 Tz. 34) = GmbHR 2012, 860 (VALE).

7 EuGH v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10, ZIP 2012, 1394 (Tz. 53, 56, 61) = GmbHR 2012, 860 (VALE).

8 OLG Nürnberg v. 19.6.2013 – 12 W 520/13, ZIP 2014, 128 (129) = GmbHR 2014, 96.

9 Vgl. OLG Nürnberg v. 19.6.2013 – 12 W 520/13, ZIP 2014, 128 (129) = GmbHR 2014, 96 und auch EuGH v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10, ZIP 2012, 1394 (1396 Tz. 48) = GmbHR 2012, 860 (VALE).

und dabei kollidierende Rechtsvorschriften anzupassen¹. Im Falle eines „Herein-formwechsels“ sind die Voraussetzungen einer inländischen Umwandlung einzuhalten². Im Falle eines „Hinausformwechsels“ einer deutschen Gesellschaft muss schon bei der Anwendung der §§ 190 ff. UmwG das Recht des Zielstaates mit berücksichtigt werden. Dies gilt nicht nur für die Frage, ob der Zielstaat den angestrebten Formwechsel überhaupt erlaubt, sondern auch zB für die Frage, welche Anforderungen dieser an den Umwandlungsbeschluss und den künftigen Gesellschaftsvertrag stellt. In beiden Fällen des grenzüberschreitenden Formwechsels ist das Verfahren vor den beteiligten Registern aufeinander abzustimmen. Insofern kann auf die europarechtlichen Regelungen zur grenzüberschreitenden Verschmelzung und deren nationale Umsetzung zurückgegriffen werden³.

Eine Einschränkung dieser Grundsätze könnte sich daraus ergeben, dass der 16
EuGH im Falle „Vale“ die Ausübung einer **wirtschaftlichen Tätigkeit** im Zugzugsstaat verlangt⁴. Dieses Erfordernis ist allerdings nur als Möglichkeit einer Einschränkung zu verstehen. Für den grenzüberschreitenden Formwechsel nach Deutschland dürfte diese Möglichkeit keine Rolle spielen, da nach § 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG auch eine GbR Zielrechtsform sein kann und im Handelsregister Gesellschaften eingetragen sind, die zB als Vorrats- oder Mantelgesellschaft keine Geschäftstätigkeit ausüben⁵.

Ungeklärt ist, wie sich ein grenzüberschreitender Formwechsel auf die **Mitbestimmung** im Aufsichtsrat auswirkt. Eine gesetzliche Verpflichtung einer wegziehenden deutschen Kapitalgesellschaft, die bestehende Mitbestimmung im Aufsichtsrat „mitzunehmen“, ist nicht ersichtlich⁶. Erwogen wird zwar, die Vorschriften zur Mitbestimmung bei der Sitzverlegung der SE oder die diesbezüglichen Vorschriften in der 10. Richtlinie entsprechend heranzuziehen⁷. Gegen eine solche Analogie spricht aber, dass es sich jeweils um europarechtliche Spezialregelungen handelt, die nicht ohne weiteres auf den grenzüberschreitenden Formwechsel übertragen werden können, der in erster Linie nach den beteiligten nationalen Rechtsordnungen abzuwickeln ist⁸. Hinzukommt, dass für die Verfassung der Gesellschaft wie bei einer Neugründung das Recht am neuen Satzungssitz maßgebend ist.

1 *Drygala* in Lutter, § 1 UmwG Rz. 46 f.

2 OLG Nürnberg v. 19.6.2013 – 12 W 520/13, ZIP 2014, 128 (129) = GmbHR 2014, 96; KG Berlin v. 21.3.2016 – 22 W 64/15, NZG 2016, 834 (835); zust. *Schaper*, ZIP 2014, 810 ff.; abl. *Neye*, EWiR 2/2014, 45 f.

3 Zu weiteren Einzelheiten *Marsch-Barner* in FS Haarmann, 2015, S. 115 (137 f.) sowie die Checkliste des AG Charlottenburg, vgl. *Melchior*, GmbHR 2014, R 311 f.

4 EuGH v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10, NZG 2012, 871 (873 Tz. 34) = GmbHR 2012, 860 (VALE).

5 Siehe zum letzten Gesichtspunkt *Drygala* in Lutter, § 1 UmwG Rz. 14.

6 *Verse*, ZEuP 2013, 485 (494); aA *Teichmann/Ptak*, RIW 2010, 817 (820).

7 Vgl. zB *Drygala* in Lutter, § 1 UmwG Rz. 39.

8 *Egel/Klett*, DStR 2012, 2442 (2446); *Otte/Rietschel*, GmbHR 2009, 983 (986); aA *Teichmann*, ZIP 2009, 393 (403) und AG Charlottenburg, vgl. *Melchior*, GmbHR 2014, R 311 f.

§ 122a Grenzüberschreitende Verschmelzung

(1) Eine grenzüberschreitende Verschmelzung ist eine Verschmelzung, bei der mindestens eine der beteiligten Gesellschaften dem Recht eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum unterliegt.

(2) Auf die Beteiligung einer Kapitalgesellschaft (§ 3 Abs. 1 Nr. 2) an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung sind die Vorschriften des Ersten Teils und des Zweiten, Dritten und Vierten Abschnitts des Zweiten Teils entsprechend anzuwenden, soweit sich aus diesem Abschnitt nichts anderes ergibt.

1. Überblick	1	3. Anwendbares Verschmelzungs-	
2. Sachlicher Anwendungsbereich	2	recht	5

Literatur: *Bayer/J. Schmidt*, Gläubigerschutz bei (grenzüberschreitenden) Verschmelzungen, ZIP 2016, 841; *Frenzel*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 2008; *Frenzel*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften – nach Ablauf der Umsetzungsfrist, RIW 2008, 12; *Herrler*, Ermöglichung grenzüberschreitender Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften durch Änderung des Umwandlungsgesetzes – Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie unter Vernachlässigung der primärrechtlichen Rahmenbedingungen, EuZW 2007, 295; *Simon/Rubner*, Die Umsetzung der Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen ins deutsche Recht, Der Konzern 2006, 835; *Spahlinger/Wegen*, Deutsche Gesellschaften in grenzüberschreitenden Umwandlungen nach „Sevic“ und der Verschmelzungsrichtlinie in der Praxis, NZG 2006, 721; *M. Winter*, Planung und Vorbereitung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung, Der Konzern 2007, 24. Siehe im Übrigen die Angaben Vor §§ 122a–122l UmwG.

1. Überblick

- 1 § 122a Abs. 1 UmwG definiert in Anlehnung an Art. 1 der 10. Richtlinie¹ den Begriff der grenzüberschreitenden Verschmelzung und bestimmt damit den **sachlichen Anwendungsbereich** der §§ 122a–122l UmwG. Nach § 122a Abs. 2 UmwG muss eine Gesellschaft, die sich an einer solchen Verschmelzung beteiligt, entsprechend Art. 4 Abs. 1 lit. b der 10. Richtlinie die Vorschriften und Formalitäten des für sie geltenden nationalen Rechts einhalten. Welche Gesellschaftsformen an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung teilnehmen können, ist in § 122b UmwG näher bestimmt.

¹ Richtlinie 2005/56/EG, ABl. EU Nr. L 310 v. 25.11.2005, S. 1.