

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;
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.

Allgemeines Schrifttum: Zu Abs. 1 und 2: Adolff, Unternehmensbewertung im Recht der börsennotierten Aktiengesellschaft, 2007; Aha, Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge bei der Ausgliederung, AG 1997, 345; Austmann/Frost, Vorwirkungen von Verschmelzungen, ZHR 169 (2005), 431; Bachmann, Außer Wesen nichts gewesen? – Der Sinn der umwandlungsrechtlichen Barzahlungsschranke, ZHR 2021, 52; Barz, Rechtliche Fragen zur Verschmelzung von Unternehmen, AG 1972, 1; Bayer, 1000 Tage neues Umwandlungsrecht – eine Zwischenbilanz, ZIP 1997, 1613; Bermel/Müller, Vinkulierte Namensaktien und Verschmelzung, NZG 1998, 331; Blasche, Umwandlungsmöglichkeiten bei Auflösung, Überschuldung oder Insolvenz eines der beteiligten Rechtsträger, GWR 2010, 441; Bungert/Wansleben, Dividendenanspruch bei Verschiebung der Gewinnberechtigung bei Verschmelzungen, DB 2013, 979; Drygala, Zuwendungen an Unternehmensorgane bei Umwandlungen und Übernahmen – unethisch, aber wirksam, FS K. Schmidt, 2009, 269; Emmerich, Kapitulation vor der Komplexität – Zur Praxis der Unternehmensbewertung in der aktuellen Rechtsprechung, FS Stilz, 2014, 135; Graef, Nichtangabe von besonderen Vorteilen im Verschmelzungsvertrag gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 8 UmwG – Unwirksamkeit der getroffenen Vereinbarungen?, GmbHR 2005, 908; Hadding/Henrichs, Zur Verschmelzung unter Beteiligung rechtsfähiger Vereine nach dem neuen Umwandlungsgesetz, FS Boujong, 1996, 203; Heckschen, Anteilsgewähr bei Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel – aktuelle Entwicklungen, GmbHR 2021, 8; Heckschen, Der Verzicht auf Anteilsgewähr – Gestaltungsmöglichkeiten und Grenzen aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, GWR 2010, 101; Hoffmann-Becking, Das neue Verschmelzungsrecht in der Praxis, FS Fleck, 1988, 105; Ihrig/Redeke, Zum besonderen Vorteil von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern im Sinne von § 5 Abs. 1 Nr. 8 UmwG, FS Maier-Reimer, 2010, 297; Ising, Wegfall des Umwandlungsbeschlusses im Konzern – Probleme in der Praxis, NZG 2011, 1368; Katschinski, Die Begründung eines Doppelsitzes bei der Verschmelzung, ZIP 1997, 620; Kiem, Die Ermittlung der Verschmelzungswertrelation bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung, ZGR 2007, 542; Kiem, Die schwebende Umwandlung, ZIP 1999, 173; Klein/Stephanblome, Der Downstream Merger – aktuelle umwandlungs- und gesellschaftsrechtliche Fragestellungen, ZGR 2007, 351; Klöhn/Verse, Ist das „Verhandlungsmodell“ zur Bestimmung der Verschmelzungswertrelation verfassungswidrig? – Überlegungen zu BVerfG v. 24.5.2012 – 1 BvR 3221/10, – Daimler/Chrysler, AG 2013, 2; Körner/Rodewald, Bedingungen, Befristungen, Rücktritts- und Kündigungsrechte in Verschmelzungs- und Spaltungsverträgen, BB 1999, 853; Kowalski, Kapitalerhöhung bei horizontaler Verschmelzung, GmbHR 1996, 158; Lutter, Aktienerwerb von Rechts wegen: Aber welche Aktien?, FS Mestmäcker, 1996, 943; Madaus, Umwandlungen als Gegenstand eines Insolvenzplans nach dem ESUG, ZIP 2012, 2133; Marsch-Barner, Abschaffung von stimmrechtslosen Vorzugsaktien nach den Regeln des AktG oder des UmwG, Liber amicorum Martin Winter, 2011, 467; W. Müller, Zweifelsfragen zum Umwandlungsrecht, WPg 1996, 857; Naraschewski, Stichtage und Bilanzen bei der Verschmelzung, 2001; Neye, Partnerschaft und Umwandlung, ZIP 1997, 722; Priester, Anteilsgewährung und sonstige Leistungen bei Verschmelzung und Spaltung, ZIP 2013, 2033; Priester, Mitgliederwechsel im Umwandlungszeitpunkt, DB 1997, 560; Reichert, Eigentumsschutz und Unternehmensbe-

wertung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, FS Stilz, 2014, 479; J. Schmidt, Das Abstellen auf den Börsenkurs bei der Ermittlung von Abfindung und Ausgleich, NZG 2020, 1361; Schütz/Fett, Variable oder starre Stichtagsregelungen in Verschmelzungsverträgen?, DB 2002, 2696; Tillmann, Die Verschmelzung von Schwestergesellschaften unter Beteiligung von GmbH und GmbH und Co. KG, GmbHR 2003, 740; Wälzholz, Nebenleistungspflichten beim aufnehmenden Rechtsträger als Verschmelzungshindernis?, DStR 2006, 236; Weiler, Grenzen der Dispositionsfreiheit bei der umwandlungsrechtlichen Anteilsgewähr, GmbHR 2021, 8; Wicke, Der Grundsatz der Anteilsgewährung bei der Verschmelzung und seine Ausnahmen, ZGR 2017, 527; Wicke, Sanierungsfusion und Existenzvernichtungshaftung, DNotZ 2019, 405; Wicke, Verschmelzungswertrelation, FS Stilz, 2014, 707.

Zu Abs. 1 Nr. 9 und Abs. 3: Bachner, Individualarbeits- und kollektivrechtliche Auswirkungen des neuen Umwandlungsgesetzes, NJW 1995, 2881; Berg, Die Monatsfrist in § 5 Abs. 3 UmwG – eine schwierige Berechnung?, WiB 1996, 932; Blechmann, Die Zuleitung des Umwandlungsvertrags an den Betriebsrat, NZA 2005, 1143; Boecken, Unternehmensumwandlungen und Arbeitsrecht, 1996; Bungert, Darstellungsweise und Überprüfbarkeit der Angaben über Arbeitnehmerfolgen im Umwandlungsvertrag, DB 1997, 2209; Bungert/Leyendecker-Langner, Umwandlungsverträge und ausländische Arbeitnehmer – Umfang der arbeitsrechtlichen Pflichtangaben, ZIP 2014, 1112; Däubler, Das Arbeitsrecht im neuen Umwandlungsgesetz, RdA 1995, 136; Drygala, Die Reichweite der arbeitsrechtlichen Angaben im Verschmelzungsvertrag, ZIP 1996, 1365; Dzida, Die Unterrichtung des zuständigen Betriebsrats bei innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Verschmelzungen, GmbHR 2009, 459; Dzida/Schramm, Arbeitsrechtliche Pflichtangaben bei innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Verschmelzungen, NZG 2008, 521; Engelmeyer, Die Informationsrechte des Betriebsrats und der Arbeitnehmer bei Strukturveränderungen, DB 1996, 2542; Fandel, Die Angabepflicht nach § 5 Nr. 9 UmwG, 2003; B. Gaul, Beteiligungsrechte von Wirtschaftsausschuss und Betriebsrat bei Umwandlung und Betriebsübergang, DB 1995, 2265; Geck, Die Spaltung von Unternehmen nach dem neuen Umwandlungsrecht, DStR 1995, 416; Gerold, Die Verschmelzung nach dem neuen Umwandlungsrecht, MittRhNotK 1997, 205; Hausch, Arbeitsrechtliche Pflichtangaben nach dem UmwG, RNotZ 2007, 308 (Teil I) und RNotZ 2007, 396 (Teil II); Heckschen, Anteilsgewähr bei Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel – aktuelle Entwicklungen, GmbHR 2021, 8; Henssler, Arbeitnehmerinformation bei Umwandlungen und ihre Folgen im Gesellschaftsrecht, FS Kraft, 1998, 219; Hohenstatt/Grau, Arbeitnehmerunterrichtung beim Betriebsübergang, NZA 2007, 13; Hohenstatt/Schramm, Arbeitsrechtliche Angaben im Umwandlungsvertrag – Eine Bestandsaufnahme, FS zum 25-jährigen Bestehen der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltsverein, 2006, 629; Joost, Arbeitsrechtliche Angaben im Umwandlungsvertrag, ZIP 1995, 976; H. Krause, Wie lang ist ein Monat? – Fristberechnung am Beispiel des § 5 III UmwG, NJW 1999, 1448; Melchior, Die Beteiligung von Betriebsräten an Umwandlungsvorgängen aus Sicht des Handelsregisters, GmbHR 1996, 833; K.J. Müller, Die Zuleitung des Verschmelzungsvertrags an den Betriebsrat nach § 5 Abs. 3 Umwandlungsgesetz, DB 1997, 713; Pfaff, Angaben zu den arbeitsrechtlichen Folgen einer Umwandlung sind auch bei fehlendem Betriebsrat erforderlich, DB 2002, 1604; O. Schwarz, Einvernehmliche Verkürzung der Zuleitungsfrist gemäß §§ 5 Abs. 3, 126 Abs. 3 und 194 Abs. 2 UmwG in der handelsregisterlichen Praxis, ZNotP 2001, 22; Simon/Weninger, Betriebsübergang und Gesamtrechtsnachfolge: Kein Widerspruch – keine Unterrichtung?, BB 2010, 117; Stohlmeier, Zuleitung der Umwandlungsdokumentation und Einhaltung der Monatsfrist: Verzicht des Betriebsrats?, BB 1999, 1394; Tröltzsch, Aktuelle Tendenzen im Umwandlungsrecht, DStR 1999, 764; Willemsen, Die Beteiligung des Betriebsrats im Umwandlungsverfahren, RdA 1998, 23; Willemsen, Arbeitsrecht im Umwandlungsgesetz – Zehn Fragen aus Sicht der Praxis, NZA 1996, 791; Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 6. Aufl. 2021; Wlotzke, Arbeitsrechtliche Aspekte des neuen Umwandlungsrechts, DB 1995, 40.

Überblick

- Überblick.** Die Norm des § 5 Abs. 1 legt den Mindestinhalt des Verschmelzungsvertrags fest. Weitere zwingende materielle Vorgaben ergeben sich aus einigen besonderen, vornehmlich rechtsformspezifischen Vorschriften des UmwG (→ Rn. 119). Daneben können die Beteiligten fakultative Vereinbarungen treffen (→ Rn. 126). Jeder Verschmelzungsvertrag muss zunächst den Namen und den Sitz der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger (Nr. 1, → Rn. 5) sowie die zentrale Vereinbarung über die Übertragung des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers als Ganzes gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften enthalten (Nr. 2, → Rn. 8), ferner zur Ergebnisabgrenzung den Verschmelzungstichtag festlegen (Nr. 6, → Rn. 61). Erfolgt die

Verschmelzung entsprechend dem gesetzlichen Regelfall gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften, sind Angaben über das Umtauschverhältnis der Anteile, die Einzelheiten über den Erwerb der Mitgliedschaften und den Zeitpunkt ihrer Gewinnberechtigung erforderlich (Nr. 2–5, → Rn. 29, → Rn. 50, → Rn. 55). Diese Angaben entfallen allerdings bei einer Konzernverschmelzung, wenn sich alle Anteile eines übertragenden Rechtsträgers in der Hand des übernehmenden Rechtsträgers befinden (Abs. 2, → Rn. 141) oder wenn die Anteilinhaber des übertragenden Rechtsträgers auf die Gewährung von Anteilen verzichten (→ Rn. 144). Ggf. sind Rechte zugunsten einzelner Anteilseigner oder Inhaber besonderer Rechte (Nr. 7, → Rn. 74) wie auch besondere Vorteile zugunsten von Organmitgliedern oder Prüfern zu erwähnen (Nr. 8, → Rn. 78). Einen gewissen Fremdkörper im Verschmelzungsvertrag stellen die arbeitsrechtlichen Informationen dar (Nr. 9, → Rn. 85), die rein deskriptiven Charakter haben, und dennoch in der Praxis häufig den umfangreichsten Teil des Vertrags bilden, obwohl ein Verstoß gegen die Angabepflicht praktisch kaum Rechtsfolgen nach sich zieht (→ Rn. 110). Um die zuständigen Arbeitnehmervertretungen in die Lage zu versetzen, zu der geplanten Verschmelzung Stellung zu nehmen und auch etwaige Bedenken vorzutragen, ist der Vertrag oder sein Entwurf dem zuständigen Betriebsrat jedes beteiligten Rechtsträgers einen Monat vor dem Zustimmungsbeschluss der Anteilseignerversammlung zuzuleiten (Abs. 3, → Rn. 146).

Übersicht

	Rn.		Rn.
A. Allgemeines	2	2. Besondere Rechte und Maßnahmen	75
I. Normzweck	2	3. Inhaber besonderer Rechte	76
II. Historie	3	4. Fehlende oder fehlerhafte Angaben	77
B. Inhalt des Verschmelzungsvertrags nach Abs. 1	4	IX. Besondere Vorteile (Abs. 1 Nr. 8)	78
I. Notwendiger Vertragsinhalt	4	1. Normzweck	78
II. Name/Firma und Sitz der beteiligten Rechtsträger (Abs. 1 Nr. 1)	5	2. Maßgeblicher Personenkreis	79
III. Vermögensübertragung gegen Gewährung von Anteilen/Mitgliedschaften (Abs. 1 Nr. 2)	8	3. Besondere Vorteile	80
1. Vermögensübertragung	8	4. Fehlerfolgen	83
2. Anteilsgewährung	11	X. Folgen der Verschmelzung für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen	85
IV. Umtauschverhältnis und bare Zuzahlungen bzw. Angaben über die Mitgliedschaft (Abs. 1 Nr. 3)	29	1. Überblick	85
1. Bedeutung	29	2. Verhältnis zu anderen Mitbestimmungs- und Informationsrechten	89
2. Inhalt der vertraglichen Regelung	30	3. Art und Umfang der Angaben	90
3. Insbesondere: bare Zuzahlungen	33	4. Die Angaben im Einzelnen	94
4. Ermittlung eines angemessenen Umtauschverhältnisses	35	5. Weitere Fragen	103
V. Einzelheiten für die Übertragung der Anteile oder den Erwerb der Mitgliedschaften (Abs. 1 Nr. 4)	50	6. Folgen unrichtiger und unvollständiger Angaben	110
1. Allgemeines	50	C. Weitere zwingende Regelungen	119
2. Verschmelzung auf eine GmbH oder AG	51	I. Abfindungsangebot	119
3. Verschmelzung auf eine Personenhandels-gesellschaft	53	II. Verschmelzung durch Neugründung; Inhaber von Sonderrechten	120
4. Genossenschaft, Vereine, Mischverschmelzung	54	III. Rechtsformspezifische Sonderregelungen	121
VI. Zeitpunkt der Gewinnberechtigung (Abs. 1 Nr. 5)	55	1. AG und KGaA	122
1. Allgemeines	55	2. GmbH	123
2. Wahl des Zeitpunkts	56	3. Personenhandels-gesellschaften	124
3. Variabler Beginn der Gewinnberechtigung	57	4. Weitere rechtsformbedingte Besonderheiten	125
4. Besonderheiten in Bezug auf den Gewinnanspruch	60	D. Fakultative Regelungen	126
VII. Verschmelzungsstichtag (Abs. 1 Nr. 6)	61	I. Änderung von Firma und Satzung	127
1. Bedeutung	61	II. Mängelhaftung, Schadensersatz	129
2. Koordinierung mit anderen Stichtagen	62	III. Bedingungen, Befristungen, Kündigungs- bzw. Rücktrittsrechte	131
3. Freie Wahl des Verschmelzungsstichtags	68	IV. Verschmelzung mehrerer Rechtsträger; Kettenumwandlung	132
VIII. Besondere Rechte (Abs. 1 Nr. 7)	74	V. Kosten	138
1. Normzweck und Anwendungsumfang	74	VI. Notarielle Hinweise	139
		VII. Sonstiges	140
		E. Konzernverschmelzung (Abs. 2)	141
		I. Voraussetzungen	141

	R.n.		R.n.
II. Maßgeblicher Zeitpunkt	143	II. Zuständiger Betriebsrat	147
III. Abwärtsverschmelzung und Verschmelzung von Schwestergesellschaften	144	III. Fehlen eines Betriebsrats	150
IV. Rechtsfolgen	145	IV. Zuleitungsfrist	151
F. Zuleitung an den Betriebsrat (Abs. 3)	146	V. Umfang der Zuleitung	155
I. Bedeutung der Vorschrift	146	VI. Zugang und Nachweis	157
		VII. Rechtsfolgen bei Verstoß	159

A. Allgemeines

I. Normzweck

- 2 Die Vorschrift regelt in Abs. 1 den Mindestinhalt des Verschmelzungsvertrags. Der Zweck der Norm liegt darin, die für die Verschmelzung wesentlichen Vertragselemente festzulegen, darüber hinaus aber auch in der Sicherstellung hinreichender Informationen einerseits zugunsten der Anteilseigner, die dem Vertrag durch Beschluss zustimmen müssen (§ 13), und andererseits im Interesse der betroffenen Arbeitnehmer, die durch rechtzeitige Zuleitung des Vertrags oder seines Entwurfs an die zuständigen Betriebsräte frühzeitig in den Prozess einbezogen werden sollen (Abs. 3).¹ Erleichterungen sieht das Gesetz für Verschmelzungen auf die hundertprozentige Konzernmutter vor, da Angaben zum Anteilsaustausch insoweit nicht erforderlich sind (Abs. 2). Weitergehende zwingende Inhaltsvorgaben bestehen für Verschmelzungen durch Neugründung eines Rechtsträgers, dessen Satzung zu bestimmen ist (§ 37), sowie aufgrund einiger vornehmlich rechtsformspezifischer Vorschriften. Entspricht der Verschmelzungsvertrag nicht den in Abs. 1 genannten Anforderungen, hat das Registergericht die Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister abzulehnen.

II. Historie

- 3 Die Festlegung umfangreicher inhaltlicher Mindestvorgaben für den Verschmelzungsvertrag erfolgte erstmals mit der Neufassung der seinerzeitigen Norm des § 340 Abs. 2 AktG durch das Verschmelzungsrichtlinie-Gesetz vom 25.10.1982 (BGBl. 1982 I 1425; vgl. auch § 21 KapErhG und § 44a Abs. 3 VAG aF), die in Umsetzung der RL 2011/35/EG² (nunmehr kodifiziert in der GesR-RL) erlassen wurde.³ Abs. 1 entspricht den Vorgaben von Art. 91 Abs. 2 GesR-RL (bzw. Art. 109 GesR-RL für die Verschmelzung durch Neugründung), im Wesentlichen abgesehen von redaktionellen Abweichungen, die vor allem darauf zurückzuführen sind, dass der Anwendungsbereich des UmwG sich nicht auf Aktiengesellschaften beschränkt.⁴ Unterschiede zur GesR-RL bestehen ferner darin, dass gem. Abs. 1 Nr. 2 (entsprechend § 340 Abs. 2 Nr. 2 AktG aF) ausdrücklich die Vereinbarung über die Übertragung des Vermögens jedes übertragenden Rechtsträgers als Ganzes gegen Gewährung von Anteilen aufzunehmen ist (s. aber auch die Definition in Art. 89 Abs. GesR-RL), nach Abs. 1 Nr. 8 auch etwaige besondere Vorteile zugunsten von Abschlussprüfern (nicht nur von Verschmelzungsprüfern) zu bezeichnen sind sowie in den zwingenden Angaben über Arbeitnehmerfolgen gem. Abs. 1 Nr. 9, die ebenso wie die (§ 2 Abs. 4 SpTrUG entlehnte) Zuleitungspflicht an den Betriebsrat aufgrund Abs. 3 erst im Laufe der Beratungen des UmwG durch den RegE in das Gesetz eingefügt wurden. Abs. 2 entspricht Art. 110 S. 3 GesR-RL (bzw. § 352b Abs. 2 AktG aF). Die Vorschrift des § 5 ist seit ihrem erstmaligen Inkrafttreten unverändert, von der einen Ausnahme abgesehen, dass der Personenkreis in Abs. 1 Nr. 8 mit Einführung der

¹ Semler/Stengel/Leonard/Schröer/Greitemann Rn. 1; Kölner Komm UmwG/Simon Rn. 1; Widmann/Mayer/Mayer Rn. 2 f.; Lutter/Drygala Rn. 2.

² Vgl. RL 2011/35/EU des Parlaments und des Rates vom 5.4.2011 über die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ABl. EU 2011 L 110, 1; kodifizierte Fassung der mehrfach geänderten Dritten Richtlinie des Rates vom 9.10.1978 gemäß Artikel 54 Abs. 3 Buchstabe g des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften (RL 78/855/EWG), ABl. EG 1978 L 295, 36, abgedruckt bei Habersack/Verse EuropGesR § 8 Rn. 72; zur Historie der Richtlinie Habersack/Verse EuropGesR § 8 Rn. 2.

³ Dazu Priester NJW 1983, 1459 (1461); Timm JZ 1982, 403 (406 ff.); Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUnternehmensR, 6. Aufl. 2018, § 20 Rn. 20.42: „aus deutscher Sicht ein Novum“.

⁴ Vgl. Begr. RegE, BT-Drs. BR-Drs. 75/94, 82.

Partnerschaftsgesellschaft um Partner erweitert wurde.⁵ Korrespondierende Regelungen finden sich für andere Umwandlungsmaßnahmen in § 126 und § 194 (s. auch §§ 176, 177) und für grenzüberschreitende Umwandlungen in § 307 (vormals § 122c), §§ 322, 335.⁶

B. Inhalt des Verschmelzungsvertrags nach Abs. 1

I. Notwendiger Vertragsinhalt

Die Angaben aus dem Katalog des Abs. 1 müssen grundsätzlich in jedem Verschmelzungsvertrag 4 enthalten sein. Je nach Verschmelzungskonstellation oder auch rechtsformbedingt kann die Aufnahme weiterer Bestimmungen erforderlich werden (→ Rn. 120). Schließlich ist es zulässig und unter Umständen angezeigt, zusätzliche fakultative Regelungen im Rahmen des Verschmelzungsvertrags zu treffen (→ Rn. 127). Sofern in Abs. 1 vorgesehene Angaben sachlich nicht einschlägig sind oder dort angesprochene Maßnahmen nicht getroffen werden, weil zB eine Verschmelzung auf die alleinige Muttergesellschaft nach Abs. 2 erfolgen soll oder Rechte iSv Abs. 1 Nr. 7 bzw. Vorteile gem. Abs. 1 Nr. 8 nicht gewährt werden, ist es nach hier vertretener Auffassung eigentlich nicht notwendig, eine diesbezügliche Angabe in den Verschmelzungsvertrag aufzunehmen (→ Rn. 78, → Rn. 84, → Rn. 112, → Rn. 146).⁷ Für die Praxis empfiehlt es sich dennoch, sämtliche der in Abs. 1 genannten Punkte, auch soweit sie im Einzelfall entbehrlich sind, zumindest in Form einer Negativerklärung kurz aufzugreifen (zu einem Beispiel → Rn. 4.1), um etwaige durch Rückfragen des Registergerichts entstehende Verzögerungen zu vermeiden. Der Inhalt des Verschmelzungsvertrags kann auf mehrere Urkunden verteilt werden, wenn der Gesamtzusammenhang hinreichend erkennbar ist.⁸

Beispiel: „Sonderrechte und weitere Sondervorteile im Sinne des § 5 Abs. 1 Nr. 7 und Nr. 8 UmwG 4.1 sind nicht vereinbart.“

II. Name/Firma und Sitz der beteiligten Rechtsträger (Abs. 1 Nr. 1)

Die Vertragsparteien gehören selbstverständlicherweise zu den wesentlichen Bestandteilen des 5 Verschmelzungsvertrags und sind daher hinreichend zu bezeichnen. Demgemäß müssen nach Abs. 1 Nr. 1 der Name oder die Firma und der Sitz der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger angegeben werden, um ihre zweifelsfreie Identifikation zu gewährleisten.⁹ Bei der Verschmelzung durch Neugründung müssen auch Name oder Firma und Sitz des neu zu gründenden Rechtsträgers bestimmt werden. Die Angaben müssen den Eintragungen der Rechtsträger im jeweiligen (Handels-, Vereins- bzw. Genossenschafts-) Register und damit auch den Formulierungen in deren Gesellschaftsvertrag oder Satzung entsprechen. Vorgelagert ist die spezialgesetzlich geregelte Zulässigkeit der Bildung des Namens oder der Firma (§ 4 AktG, §§ 4, 5a GmbHG, §§ 17, 19 HGB, § 3 GenG) bzw. der Wahl des Sitzes (§ 5 AktG, § 4a GmbHG, § 106 HGB, § 6 Nr. 1 GenG, §§ 24, 57 BGB); liegen insoweit bei den beteiligten Rechtsträgern Mängel vor, sind zur eindeutigen Identifizierung gleichwohl die Registerangaben in den Verschmelzungsvertrag aufzunehmen.¹⁰ Abweichungen in der Bezeichnung können zur Anfechtbarkeit des Zustimmungsbeschlusses führen¹¹

Zur Angabe der Firma gehört auch der **Rechtsformzusatz**. Unter dem **Sitz** des Abs. 1 6 Nr. 1 ist der **Registersitz im Sinne einer politischen Gemeinde im Inland** zu verstehen.¹² Grenzüberschreitende Verschmelzungen unter Beteiligung auch von Kapitalgesellschaften mit Sitz im (EU- bzw. EWR-) Ausland werden durch die Sondervorschriften der §§ 305 ff. (vormals

⁵ Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes und anderer Gesetze vom 22.7.1998, BGBl. 1998 I 1878.

⁶ Vgl. auch Widmann/Mayer/Mayer Rn. 1; Lutter/Drygala Rn. 1.

⁷ Widmann/Mayer/Mayer Rn. 10; Lutter/Drygala Rn. 3; OLG Frankfurt a.M. NZG 2011, 1178; strenger Krafa RegisterR Rn. 1173.

⁸ OLG Naumburg NZG 2004, 734.

⁹ S. auch NK-UmwR/Böttcher Rn. 9.

¹⁰ HK-UmwG/Maulbetsch Rn. 12.

¹¹ Limmer Unternehmensumwandlung-HdB/Limmer Teil 2 Rn. 97; LG Wiesbaden AG 1999, 189.

¹² Abw. hiervon kann der Verwaltungssitz einer GmbH oder AG (im Unterschied zum Satzungssitz) nach Änderung von § 4a GmbHG und § 5 AktG durch das MoMiG auch im Ausland liegen, s. Wicke GmbHG § 4a Rn. 1; Grigoleit/Wicke AktG § 5 Rn. 1.

§§ 122a ff.) geregelt.¹³ Die Begründung eines **Doppelsitzes** des aufnehmenden bzw. neugegründeten Rechtsträgers kann angesichts der praktischen Schwierigkeiten einer registriergerichtlichen Doppelzuständigkeit allenfalls in engen Ausnahmefällen anerkannt werden (→ AktG § 5 Rn. 8).¹⁴ Dies kommt lediglich dann in Betracht, wenn die Gesellschaft andernfalls einen erheblichen wirtschaftlichen Schaden erleiden oder in ihrer Existenz gefährdet würde. Die Verschmelzung von Rechtsträgern durch Aufnahme oder zur Neugründung genügt ohne besondere weitere Umstände nicht.¹⁵ Sollte ein Doppelsitz ausnahmsweise zulässig sein oder war ein solcher bereits vor der geplanten Umwandlung vorhanden, sind beide Ort im Verschmelzungsvertrag zu nennen.¹⁶

- 7 Die Angaben müssen den gegenwärtigen Registereintragungen entsprechen. Bei **Kettenverschmelzungen** ist daher darauf zu achten, dass noch nicht vollzogene Verhältnisse aus einem ersten Verschmelzungsvorgang nicht einfach kommentarlos in einem nachfolgenden Verschmelzungsschritt zugrunde gelegt werden.¹⁷ Empfehlenswert ist es allerdings, beschlossene, aber noch nicht eingetragene Änderungen in der Bezeichnung der Firma (§ 18) oder des Sitzes eines beteiligten Rechtsträgers kenntlich zu machen, etwa wie folgt: „aufnehmender Rechtsträger ist die X-GmbH (künftig: Y-GmbH)“.¹⁸ Es ist nicht erforderlich, dass die Angaben des Abs. 1 Nr. 1 im eigentlichen Vertragstext enthalten sind, vielmehr genügt es, wenn der übertragende und übernehmende Rechtsträger im Urkundseingang nach Firma und Sitz bezeichnet sind.¹⁹ Aus beurkundungsrechtlichen Gründen sind dort auch die für die beteiligten Rechtsträger handelnden Vertreter (Organvertreter oder Bevollmächtigte) zu benennen (§§ 9 ff. BeurkG). Zur sicheren und erleichterten Identifizierung der Beteiligten ist es ferner zweckmäßig und üblich, bei bestehenden Rechtsträgern auch die Registernummern aufzunehmen. Wie sich aus Abs. 1 Nr. 2 ergibt, muss der Verschmelzungsvertrag erkennen lassen, welcher Rechtsträger als übertragender und welcher als übernehmender an der Verschmelzung beteiligt ist.²⁰

III. Vermögensübertragung gegen Gewährung von Anteilen/Mitgliedschaften (Abs. 1 Nr. 2)

1. Vermögensübertragung

- 8 a) **Formulierung im Vertrag.** Wesensmerkmal einer jeden Verschmelzung ist die Vereinbarung über die Übertragung des Vermögens „als Ganzes“, die nach dem gesetzlichen Regelfall gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften an dem übernehmenden Rechtsträger erfolgen muss. Der Verschmelzungsvertrag sollte möglichst klar zum Ausdruck bringen, dass eine Verschmelzung nach dem UmwG durchgeführt werden soll. Da das „Vermögen als Ganzes“ übertragen wird, ist im Unterschied zur Spaltung eine nähere Spezifizierung der übergehenden Positionen nicht erforderlich.²¹ Es empfiehlt sich eine enge Anlehnung an den gesetzlichen Wortlaut des Abs. 1 Nr. 2. Zwingend erforderlich ist dies allerdings nicht, solange sich, etwa durch die Verwendung der Worte „Verschmelzung“ oder „Fusion“ oder sonst aus dem Vertragstext, ein

¹³ Die grenzüberschreitende Verschmelzung von Personengesellschaften wurde durch das UmwG zunächst gar nicht, sodann in § 122b Abs. 1 Nr. 2 (jetzt § 306 Abs. 1 Nr. 2) für die Personenhandels-gesellschaft mit in der Regel nicht mehr als 500 Arbeitnehmern als aufnehmende Gesellschaft geregelt, obgleich sie in Anbetracht der Sevic-Entscheidung des EuGH (EuGH NZG 2006, 112) ebenfalls vom Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit erfasst ist; s. dazu Wicke DStR 2018, 2642 (2643); Protokoll der 28. Sitzung des RA am 7.11.2022 mit den anliegenden Stellungnahmen der Sachverständigen.

¹⁴ Vgl. BayObLG NJW 1962, 1014; NJW-RR 1986, 31; KG NJW 1973, 1201; OLG Brandenburg NotBZ 2006, 22; LG Hamburg DB 1973, 2237; LG Köln NJW 1950, 352; 1950, 871; LG Essen AG 2001, 429; AG Bremen DB 1976, 1810; König AG 2000, 18 (22); Werner AG 1990, 1 (3); Grigoleit/Wicke AktG § 5 Rn. 4; weitergehend etwa Pluskat WM 2004, 601; Katschinski ZIP 1997, 620 (622); gänzlich ausschließend Karl AcP 159 (1960), 293 (305).

¹⁵ BayObLG NJW-RR 1986, 31; AG Essen AG 2001, 434; Lutter/Drygala Rn. 12; aA LG Essen AG 2001, 429; LG Hamburg DB 1973, 2237; Pluskat WM 2004, 601 (603); Katschinski ZIP 1997, 620 (622).

¹⁶ Semler/Stengel/Leonard/Schröer/Greitemann Rn. 5; Kölner Komm UmwG/Simon Rn. 4; Kallmeyer/Marsch-Barnier/Oppenhoff Rn. 2; NK-UmwR/Böttcher Rn. 9.

¹⁷ S. auch OLG Hamm GmbHR 2006, 255.

¹⁸ Semler/Stengel/Leonard/Schröer/Greitemann Rn. 5; Widmann/Mayer/Mayer Rn. 11.

¹⁹ Zutr. Widmann/Mayer/Mayer Rn. 11.

²⁰ Lutter/Drygala Rn. 13; Heckschen WM 1990, 377 (380).

²¹ Schmitt/Hörtnagl/Winter Rn. 4.

entsprechender Wille der Vertragsteile im Wege der objektiven Auslegung ermitteln lässt.²² Es müssen daher weder die §§ 2 ff. UmwG genannt werden, noch muss auf die Rechtsfolge hingewiesen werden, dass die Übertragung unter Ausschluss der Abwicklung erfolgt (§ 20 Abs. 1 Nr. 2).²³

b) Gesamtrechtsnachfolge. Unter Vermögensübertragung als Ganzes ist Gesamtrechtsnachfolge mit sämtlichen Aktiva und Passiva zu verstehen (§ 20 Abs. 1 Nr. 1). Damit ist es nicht vereinbar, einzelne Gegenstände von der Übertragung auszunehmen. Eine entsprechende Abrede im Verschmelzungsvertrag ist unwirksam, eine Gesamtnichtigkeit des Verschmelzungsvertrags folgt hieraus regelmäßig nicht (§ 139 BGB).²⁴ Es können sich aber Auswirkungen auf das Umtauschverhältnis der Anteile ergeben und im äußersten Fall kann die Geschäftsgrundlage für die Verschmelzung entfallen.²⁵ Möglich ist hingegen eine schuldrechtliche Verpflichtung im Verschmelzungsvertrag, einzelne Vermögensgegenstände an einen außenstehenden Dritten zu übertragen, die vor Wirksamwerden der Verschmelzung noch durch den übertragenden, anschließend durch den übernehmenden Rechtsträger zu erfüllen wäre.²⁶ Im Einzelfall wird daher zu prüfen sein, ob die Ausnahme bezüglich einzelner Gegenstände in eine schuldrechtliche Vereinbarung umgedeutet werden kann, diese zu veräußern.²⁷ Als Alternativgestaltung zur Verschmelzung ist je nach Sachverhaltskonstellation auch an eine Spaltung oder eine Einzelübertragung von Vermögensgegenständen (Asset Deal) zu denken.²⁸

c) Sachkapitalerhöhung. Die Verpflichtung zur Gewährung von Anteilen als Gegenleistung für die Vermögensübertragung macht beim übernehmenden Rechtsträger regelmäßig eine Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage erforderlich.²⁹ Da der Nennbetrag der zu gewährenden Anteile durch den Wert des übertragenen Vermögens gedeckt sein muss, scheidet die Verschmelzung eines überschuldeten Unternehmens auf einen anderen Rechtsträger daher grundsätzlich aus.³⁰ Etwas anderes gilt jedoch, wenn, zB in einer Konzernsituation oder aufgrund eines Anteilsverzichts (§ 54 Abs. 1),³¹ keine Anteile gewährt werden.³² Umgekehrt ist es möglich, ein Unternehmen auf einen überschuldeten Rechtsträger zu verschmelzen. Dies wird indessen vielfach an einer Einigung über ein angemessenes Umtauschverhältnis scheitern, es sei denn, es besteht ein spezielles Interesse der Anteilshaber der übertragenden Einheit, wie etwa bei besonderem Know-How oder für den Verbund wichtigen Schutzrechten einer aufnehmenden Gesellschaft.³³

2. Anteilsgewährung

a) Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften als Gegenleistung. Der Verschmelzungsvertrag muss als Gegenleistung für die Vermögensübertragung grundsätzlich die Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften an dem übernehmenden Rechtsträger vorsehen.³⁴ In einigen

²² Semler/Stengel/Leonard/Schröer/Greitemann Rn. 6; Widmann/Mayer/Mayer Rn. 12; Lutter/Drygala Rn. 14.

²³ Widmann/Mayer/Mayer Rn. 12; Heckschen WM 1990, 377 (380).

²⁴ Kallmeyer/Marsch-Barner/Oppenhoff Rn. 4; Lutter/Drygala Rn. 15.

²⁵ Semler/Stengel/Leonard/Schröer/Greitemann Rn. 7; Widmann/Mayer/Mayer Rn. 14.

²⁶ Semler/Stengel/Leonard/Schröer/Greitemann Rn. 7.

²⁷ Semler/Stengel/Leonard/Schröer/Greitemann Rn. 7; Widmann/Mayer/Mayer Rn. 14; Kallmeyer/Marsch-Barner/Oppenhoff Rn. 4; Kölner Komm UmwG/Simon Rn. 6.

²⁸ Schmitt/Hörtnagl/Winter Rn. 4.

²⁹ Semler/Stengel/Leonard/Schröer/Greitemann Rn. 7; Widmann/Mayer/Mayer Rn. 14.1.

³⁰ Deutsches Notarinstitut, Gutachten zum Umwandlungsrecht, 1996/7, Bd. 4, Nr. 20; Heckschen DB 1998, 1385 (1386); Semler/Stengel/Leonard/Schröer/Greitemann Rn. 8.

³¹ S. dazu krit. im Hinblick auf die fehlende Kapitalaufbringungskontrolle durch das Registergericht Widmann/Mayer/Mayer Rn. 21; NK-UmwR/Böttcher Rn. 24.

³² OLG Stuttgart NZG 2006, 159; LG Leipzig DB 2006, 885; Heckschen DB 2005, 2675 (2677); Heckschen ZInsO 2008, 824; zur Verschmelzung überschuldeter bzw. insolventer Rechtsträger aber → § 3 Rn. 28 ff.; Blasche GWR 2010, 441; BGH NJW 2019, 589 zur Existenzvernichtungshaftung; dazu Wicke DNotZ 2019, 405; zur Verschmelzung insolventer Gesellschaften nach dem ESUG s. OLG Brandenburg NZI 2015, 565 m. krit. Anm. Madaus; ferner LG Mühlhausen DB 1996, 1967 zur Frage einer möglichen Sittenwidrigkeit.

³³ Lutter/Drygala Rn. 16; Semler/Stengel/Leonard/Schröer/Greitemann Rn. 8.

³⁴ Demgegenüber betrifft die Vermögensübertragung nach §§ 174 ff. den Fall der Vermögensübertragung gegen eine Gegenleistung, die nicht in Anteilen bestehen darf.

Konstellationen bestehen allerdings Ausnahmen von der Pflicht zur Anteilsgewährung und seit einiger Zeit ausdrücklich auch die Möglichkeit zu einem dahin gehenden Verzicht. Nur in bestimmten Fällen, wie bei einer Mischverschmelzung auf einen Rechtsträger anderer Rechtsform gem. § 29, ist eine Barabfindung zu eröffnen. Wenngleich eine qualitative Veränderung der Rechtsposition einzelner Anteilsinhaber im Zuge der Verschmelzung nicht ausgeschlossen ist, wird aufgrund verschiedener differenzierender gesetzlicher Vorschriften und durch den Gleichbehandlungsgrundsatz in gewissem Umfang sichergestellt, dass die zu gewährenden Anteile möglichst äquivalente Rechte vermitteln. Im Regelfall werden die Anteile im Wege der Kapitalerhöhung neu geschaffen, möglich ist es aber auch, bestehende Anteile zu verwenden.

12 b) Pflicht zur Gewährung von Anteilen. Die Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften gehört gem. § 2 zu den Begriffsmerkmalen der Verschmelzung. Als Folge der Verschmelzung werden die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers nach § 20 Abs. 1 Nr. 3 Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers. Das Gesetz geht im Grundsatz von einer Personenidentität der Mitglieder in dem Sinne aus, dass sämtliche Anteilsinhaber der involvierten Rechtsträger, nicht aber dritte Personen an dem übernehmenden Rechtsträger beteiligt werden.³⁵ Wie im Folgenden zu zeigen ist, unterliegt die Pflicht zur Gewährung von Anteilen allerdings einer Reihe von Ausnahmen und Besonderheiten, die ausdrücklich im UmwG verankert oder von Lit. und Rspr. anerkannt sind.³⁶

13 aa) Verzicht auf Anteilsgewährung. Dass man im Umwandlungsrecht nicht (mehr) von einem unumstößlichen „Dogma der Anteilsgewährungspflicht“ sprechen kann, zeigen die im Jahr 2007 eingeführten Vorschriften der § 54 Abs. 1 S. 3, § 68 Abs. 1 S. 3.³⁷ Eine übernehmende GmbH oder AG darf demnach von der Gewährung von Geschäftsanteilen absehen, wenn alle Anteilsinhaber eines übertragenden Rechtsträgers darauf verzichten (zur Spaltung → § 126 Rn. 32, → § 128 Rn. 20; zum Identitätsgrundsatz beim Formwechsel → § 202 Rn. 40).³⁸ Nicht möglich ist es, anstelle der Anteile eine andere Gegenleistung wie etwa eine Geldzahlung zu vereinbaren, da eine solche bei der Verschmelzung nur als bare Zuzahlung (→ Rn. 34) oder als Abfindungszahlung bei Ablehnung der Verschmelzung vorgesehen ist (→ Rn. 24) und im Übrigen die Vorschriften über die Vermögensübertragung (§ 174) einschlägig sind.³⁹ Praktische Bedeutung hat der Verzicht auf die Gewährung von Anteilen daher vor allem bei der konzerninternen Verschmelzung von Schwestergesellschaften.⁴⁰ Sind bei einer übertragenden GmbH die Anteilsverhältnisse unklar, kann der Anteilsverzicht der in der Gesellschafterliste eingetragenen Personen dazu führen, dass ein tatsächlicher (aber nicht in der Liste eingetragener) Gesellschafter nicht am übernehmenden Rechtsträger beteiligt wird, und die Verschmelzung auf diesem Wege zur Bereinigung der Beteiligungsstruktur eingesetzt werden (→ § 20 Rn. 118).⁴¹ Da die Pflicht zur Anteilsgewährung zur Disposition der Beteiligten gestellt ist, zeigt sich gleichzeitig, dass durch dieses Instrument in erster Linie der Schutz der Anteilsinhaber gewährleistet werden soll und nicht derjenige der Gläubiger, der durch Sicherheitsleistung (§ 22) und Schadenersatzhaftung der Vertretungsorgane (§ 25) verwirklicht wird.⁴² Mit einer im Vordringen befindlichen Auffassung sollte vor diesem Hintergrund davon ausgegangen werden, dass – über § 54 Abs. 1 S. 3, § 68

³⁵ Priester DB 1997, 560; Semler/Stengel/Leonard/Schröer/Greitemann Rn. 11; Lutter/Drygala Rn. 23; Kallmeyer/Marsch-Barner/Oppenhoff Rn. 5.

³⁶ S. zum Folgenden auch Wicke ZGR 2017, 527; Heckschen GmbHR 2021, 8; Hensler/Strohn/Heidinger Rn. 6 ff.; Heckschen DB 2008, 1363 (1365 ff.); zur Spaltung DB 2008, 1363 (1368); krit. Weiler GmbHR 2021, 8; zum Formwechsel → § 202 Rn. 40.

³⁷ Zweites Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 19.4.2007, BGBl. 2007 I 542; krit. dazu etwa Mayer/Weiler DB 2007, 1235 (1239).

³⁸ Zum Anteilsverzicht bei Ausgliederung nach dem UmRUG s. BT-Drs. 20/3822, 83; → § 126 Rn. 35. Nach hM ist auch eine Spaltung zu Null zulässig, bei der ein Gesellschafter der übertragenden an einer übernehmenden Gesellschaft überhaupt nicht beteiligt ist, s. Schmitt/Hörtnagl/Hörtnagl § 128 Rn. 12; Lutter/Priester § 128 Rn. 13. Beim Formwechsel einer AG in eine GmbH und Co. KG ist es nach Ansicht des BGH zulässig, dass ein neu hinzutretender Gesellschafter Komplementär wird, s. NZG 2005, 722 (723); entspr. zum Formwechsel einer GmbH in eine GmbH & Co. KG OLG Oldenburg MittBayNot 2020, 265; umgekehrt zur Zulässigkeit des Ausscheidens des persönlich haftenden Gesellschafters einer KG mit Wirksamwerden des Formwechsels in eine GmbH KG NZG 2019, 310.

³⁹ Heckschen GWR 2010, 101; Semler/Stengel/Leonard/Schröer/Greitemann Rn. 14.

⁴⁰ Zum früheren Meinungsstand s. Hensler/Strohn/Heidinger Rn. 8.

⁴¹ Widmann/Mayer/Mayer Rn. 56; Wicke GmbHG § 16 Rn. 3.

⁴² Zum Gläubigerschutz bei der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften s. Kalls ZGR 2009, 74.