Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 8: Umwandlungsrecht

Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht, Steuerrecht, Bilanzrecht, Arbeitsrecht, Kartellrecht, Öffentliches Recht

Bearbeitet von
Herausgegeben von Prof. Dr. Jan Lieder, LL.M., Richter am Oberlandesgericht, Dr. Cornelius Wilk, LL.M., Rechtsanwalt, und Dr. Nima Ghassemi-Tabar, Rechtsanwalt, Bearbeitet von Dr. Andrea Althanns, Dr. Caspar Behme, Dr. Henning Berger, Dr. Christian Brünkmans, LL.M., Dr. Tobias Bünten, Rechtsanwalt, Dr. Martin Cordes, Dr. Jan Dyckmans, Dr. Peter Etzbach, LL.M., Dr. Carsten Grave, Dipl.-Vw., Dr. Paul Sebastian Hager, Dr. Susanne Hemme, LL.M., Dr. Andreas Hoger, LL.M., Dr. Kathrin Hoger, LL.M., Dirk Horcher, LL.M., Dr. Henrik Humrich, LL.M., Staffan Illert, Dr. Tim Johannsen-Roth, Dr. Alexander Kiefner, Kristina Klaaßen-Kaiser, LL.M., Mirko König, Dr. Ralph Kogge, Dr. Julia Kraft, LL.M., Dr. Thomas Lakenberg, M. jur., Dr. Tobias Larisch, Dr. Jan Lindenlauf, Dr. Mathias Link, LL.M., Alexander Meyberg, Stephan F. Oppenhoff, MCJ, Prof. Dr. Julia Redenius-Hövermann, LL.M., Prof. Dr. Jessica Schmidt, LL.M., Dr. Martin T. Schwab, Dr. Vanessa Seibel, Dr. Thomas Voland, LL.M., Till Wansleben, Dr. Simon Weiler, und Dr. Benedikt Wolfers, M.A.

Abschluss des Verschmelzungsvertrags bereits sicher absehbar, dass die Anteilsinhaber im Rahmen des Verschmelzungsbeschlusses auf ein Barabfindungsangebot verzichten werden, genügt ein entsprechender Hinweis im Vertrag.[354]

Im Verschmelzungsvertrag sollte auf die **Annahmefrist des § 31 UmwG** hingewiesen werden.[355] Näher zum Barabfindungsangebot → § 13 Rn. 327 ff. 120

2. Rechtsformspezifische Besonderheiten

Zusätzlich zum rechtsformunabhängigen Mindestinhalt des Verschmelzungsvertrags sind bei einzelnen Rechtsformen weitere Vertragsbestandteile zwingend erforderlich. Näher zu rechtsformspezifischen Besonderheiten → § 15 Rn. 1 ff. 121

3. Verschmelzung durch Neugründung

Wird der übernehmende Rechtsträger im Zuge der Verschmelzung neu gegründet, muss der Verschmelzungsvertrag gem. § 37 UmwG zugleich den **Gesellschaftsvertrag** des neu gegründeten Rechtsträgers enthalten oder feststellen. Die Beifügung als Anlage und der Verweis auf diese Anlage nach § 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG oder die Bezugnahme in der erleichterten Form nach § 13a BeurkG ist ausreichend.[356] Die **allgemeinen Gründungsvorschriften** (einschließlich der Bestellung von Vertretungsorganen) sind zu beachten, soweit sich aus dem UmwG nichts anderes ergibt (§ 36 Abs. 2 S. 1 UmwG). Daneben ist darauf hinzuweisen, dass bei der Verschmelzung durch Neugründung einer **GmbH** oder **AG** nach §§ 57, 74 UmwG die **Festsetzungen über Sondervorteile, Gründungsaufwand, Sacheinlagen und Sachübernahmen**, die in der Satzung der übertragenden Rechtsträger enthalten sind, in die Satzung der neu gegründeten Kapitalgesellschaft aufzuführen sind.[357] Gem. § 23 UmwG sind den Inhabern von Sonderrechten im übertragenden Rechtsträger gleichwertige Rechte im übernehmenden Rechtsträger zu gewähren. 122

VII. Fakultative Regelungen im Verschmelzungsvertrag

Der Verschmelzungsvertrag kann neben dem zwingenden Mindestinhalt fakultative Regelungen enthalten. 123

1. Bedingungen und Befristungen des Verschmelzungsvertrags

Verschmelzungsverträge können unter aufschiebenden oder auflösenden Bedingungen und Befristungen abgeschlossen werden.[358] In der Praxis besteht hierfür häufig ein Bedürfnis, etwa wenn eine Verschmelzung langfristig geplant wird, diese aber erst nach Eintritt bestimmter Umstände oder eines bestimmten Datums wirksam werden soll. In einem solchen Fall empfiehlt sich die Vereinbarung einer **aufschiebenden Bedingung oder Befristung** (§§ 158 Abs. 1, 163 BGB). Die Verschmelzung wird dann nur in das Handelsregister eingetragen und damit wirksam, wenn die Bedingung/Befristung eintritt. Ihre Zulässigkeit ist auch in § 7 UmwG vorausgesetzt. Wird die Verschmelzung in das Handelsregister eingetragen, ohne dass die Bedingung oder Befristung eingetreten ist, ist die Verschmelzung gleichwohl wirksam nach § 20 Abs. 2 UmwG.[359] 124

Sind sich die Parteien über die Verschmelzung einig, sollen die Rechtswirkungen aber ausbleiben, wenn bis zur Eintragung bestimmte Umstände eintreten oder die Eintragung bis zu einem bestimmten Datum nicht erfolgt ist, kann eine **auflösende Bedingung oder Befristung** vereinbart werden (§§ 158 Abs. 2, 163 BGB). Tritt die auflösende Bedingung 125

---

[354] Widmann/Mayer/*Mayer* § 5 Rn. 236; aA Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 120 mit der Begründung, der Verschmelzungsvertrag müsse auch in solchen Fällen eine Hinweisfunktion erfüllen.

[355] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 119; Widmann/Mayer/*Mayer* § 5 Rn. 237.

[356] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 129; Kölner Kommentar-UmwG/*Simon* § 5 Rn. 226.

[357] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 129; Widmann/Mayer/*Mayer* § 5 Rn. 242.2.

[358] Lutter/*Drygala* § 4 Rn. 34; Widmann/Mayer/*Heckschen* § 7 Rn. 17 ff.; *Streck/Mack/Schwedhelm* GmbHR 1995, 161, 164; s. vertieft dazu *Körner/Rodewald* BB 1999, 853.

[359] Vgl. Kallmeyer/*Marsch-Barner* § 4 Rn. 12; Maulbetsch/Klumpp/Rose/*Maulbetsch* § 4 Rn. 23.

oder Befristung vor der Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister des übernehmenden Rechtsträgers ein, wird der Verschmelzungsvertrag unwirksam. Die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung oder Befristung kann sich bspw. empfehlen, wenn die Parteien damit rechnen, dass sich das Wirksamwerden der Verschmelzung verzögert, und sie sich gegen wesentliche Verschiebungen der Wertverhältnisse der beteiligten Rechtsträger absichern wollen.[360] In einer solchen Konstellation können allerdings auch gesetzliche Kündigungs- oder Rücktrittsrechte bestehen.[361] Mit Eintragung der Verschmelzung wird eine auflösende Bedingung oder Befristung ungültig; die Rechtswirkungen einer Verschmelzung können dann durch eine Bedingung oder Befristung nicht mehr rückgängig gemacht werden.[362]

126 Die Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung ist va bei einer sog. **Kettenverschmelzung**[363] sinnvoll.[364] Die Wirksamkeit der zweiten Verschmelzung wird in diesem Fall unter die aufschiebende Bedingung der Wirksamkeit der ersten Verschmelzung gestellt. Der Bedingungseintritt kann dem Registergericht mittels Vorlage entsprechender Handelsregisterauszüge nachgewiesen werden.

127 Handelt es sich nicht um eine Konzernverschmelzung und greift **deutsches oder europäisches Fusionskontrollrecht** ein, wird der Verschmelzungsvertrag regelmäßig unter die aufschiebende Bedingung gestellt, dass die zuständigen Kartellbehörden den Zusammenschluss freigeben bzw. nicht innerhalb der relevanten Fristen untersagen (**Kartellvorbehalt**).[365] Der Nachweis des Bedingungseintritts gegenüber dem Registergericht kann formlos erfolgen (z. B. durch Erklärung der Leitungsorgane, dass die Kartellbehörden den Zusammenschluss nicht untersagt haben); eine Einreichung von Unterlagen in öffentlich beglaubigter Form (§ 12 HGB) ist nicht erforderlich.[366]

2. Kündigungsrechte

128 Anstelle von Bedingungen können auch Kündigungs- oder Rücktrittsrechte vereinbart werden, wenn sich z. B. die Zustimmungsbeschlüsse verzögern oder es Komplikationen bei der Registereintragung gibt.[367]

3. Besondere Verpflichtungen des übernehmenden Rechtsträgers

129 Im Verschmelzungsvertrag können **besondere Verpflichtungen des übernehmenden Rechtsträgers** gegenüber dem übertragenden Rechtsträger oder gegenüber Dritten (Arbeitnehmern, Organmitgliedern des übertragenden Rechtsträgers) vereinbart werden. Bspw. können den Arbeitnehmern gegenüber Verpflichtungen zum Erhalt der Arbeitsplätze oder sonstiger erworbener Rechte übernommen werden.[368] Die Durchsetzung solcher Verpflichtungen ist jedoch auch dann schwierig, wenn sie als echter Vertrag zugunsten Dritter ausgestaltet sind, weil ein besonderer Vertreter gefunden werden muss, der antragsbefugt ist, die Ansprüche der Begünstigten geltend zu machen.[369]

---

[360] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 32.

[361] Näher → Rn. 171 ff.

[362] Lutter/*Drygala* § 4 Rn. 35; Widmann/Mayer/*Heckschen* § 7 Rn. 25; Kallmeyer/*Marsch-Barner* § 4 Rn. 12; Schmitt/Hörtnagl/Stratz/*Stratz* § 7 Rn. 4.

[363] Näher → § 6 Rn. 48 ff.

[364] Böttcher/Habighorst/Schulte/*Böttcher* § 5 Rn. 104; Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 117.

[365] Böttcher/Habighorst/Schulte/*Böttcher* § 5 Rn. 104; Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 136; Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 118.

[366] Näher dazu Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 136.

[367] Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 119.

[368] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 134; Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 108.

[369] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 134; Kallmeyer/*Marsch-Barner* § 5 Rn. 62; Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 108.

4. Weitere fakultative Regelungen

Oftmals wird eine **Präambel** in den Verschmelzungsvertrag aufgenommen, die meist die Ziele der Verschmelzung beschreibt und als Auslegungshilfe für den Vertrag dienen kann.[370] **130**

Daneben kann die künftige **Firma** des übernehmenden Rechtsträgers im Verschmelzungsvertrag geregelt werden. § 18 UmwG enthält hierzu besondere Bestimmungen. Bspw. können im Verschmelzungsvertrag Regelungen enthalten sein, dass aus Firmenbestandteilen der beteiligten Rechtsträger eine neue Firma des übernehmenden Rechtsträgers gebildet wird. **131**

Da bei der Verschmelzung durch Aufnahme die Satzung des übernehmenden Rechtsträgers grds. weiter gilt, kann auch eine **Verpflichtung zur Satzungsänderung** im Verschmelzungsvertrag sinnvoll sein.[371] Wollen die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers eine Änderung zu ihren Gunsten bewirken, obwohl sie dafür beim übernehmenden Rechtsträger nicht die erforderliche Mehrheit haben, kann es sich empfehlen, eine entsprechende Satzungsänderung im Verschmelzungsvertrag zu vereinbaren.[372] Da der Verschmelzungsvertrag jedoch nur zwischen den beteiligten Rechtsträgern bindende Wirkung entfaltet, lassen sich solche Klauseln nur durchsetzen, wenn sich die Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers zusätzlich schuldrechtlich gegenüber den Anteilsinhabern des übertragenden Rechtsträgers verpflichten oder der Verschmelzungsvertrag unter der aufschiebenden Bedingung der Beschlussfassung über die vereinbarte Satzungsänderung geschlossen wird.[373] **132**

Regelmäßig enthält der Verschmelzungsvertrag Regelungen über die **Kostentragung**.[374] Bei der Verschmelzung durch Aufnahme ist diese Regelung zwar an sich entbehrlich, weil die Kosten in jedem Fall vom übernehmenden Rechtsträger zu tragen sind, wenn die Verschmelzung durchgeführt wird.[375] Sinnvoll kann eine Regelung zur Kostentragung aber für ein mögliches Scheitern der Verschmelzung sein.[376] **133**

Im Verschmelzungsvertrag kann eine **pauschalisierte Schadensersatzpflicht** für den Fall vereinbart werden, dass die Verschmelzung nicht zur Eintragung gelangt.[377] Eine solche Vereinbarung ist zulässig, solange damit die zur Vorbereitung der Verschmelzung aufgewendeten Kosten ersetzt werden sollen.[378] Demgegenüber kann ein verschuldensunabhängiges **Strafversprechen** (sog. break-up fee), das die Lösung vom Vertrag erschweren soll, allenfalls dann wirksam aufgenommen werden, wenn es durch seine Höhe keinen unangemessenen wirtschaftlichen Druck verursacht.[379] Strafversprechen mit höheren Summen, die über eine reine Kostendeckung hinausgehen, sind regelmäßig unzulässig, weil sie die Anteilsinhaber zu einer Zustimmung zwingen können und damit faktisch die Kompetenzen der Vertretungsorgane der beteiligten Rechtsträger überschreiten.[380] **134**

Sollen **mehrere Rechtsträger** im Wege mehrerer Verschmelzungen auf einen anderen Rechtsträger verschmolzen werden,[381] muss in den Verschmelzungsverträgen jeweils klar- **135**

---

[370] Böttcher/Habighorst/Schulte/*Böttcher* § 5 Rn. 103; Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 131; Kallmeyer/*Marsch-Barner* § 5 Rn. 62.

[371] Böttcher/Habighorst/Schulte/*Böttcher* § 5 Rn. 103; Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 110.

[372] Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 110.

[373] Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 111.

[374] Böttcher/Habighorst/Schulte/*Böttcher* § 5 Rn. 107; Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 133.

[375] Böttcher/Habighorst/Schulte/*Böttcher* § 5 Rn. 107; Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 133.

[376] Böttcher/Habighorst/Schulte/*Böttcher* § 5 Rn. 107; Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 133.

[377] Böttcher/Habighorst/Schulte/*Böttcher* § 5 Rn. 105; Kallmeyer/*Marsch-Barner* § 5 Rn. 62; Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 120.

[378] Kallmeyer/*Marsch-Barner* § 5 Rn. 62; Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 120; *Sieger/Hasselbach* BB 2000, 625, 627.

[379] *Austmann/Frost* ZHR 169 (2005), 431, 451; *Hilgard* BB 2008, 286, 290; Kallmeyer/*Marsch-Barner* § 5 Rn. 62; *Sieger/Hasselbach* BB 2000, 625, 628; Kölner Kommentar-UmwG/*Simon* § 5 Rn. 233.

[380] Näher Kölner Kommentar-UmwG/*Simon* § 5 Rn. 233.

[381] Näher zu Mehrfachverschmelzungen → § 6 Rn. 44 ff.

gestellt werden, ob die einzelnen Verschmelzungsvorgänge in Abhängigkeit voneinander stehen sollen oder ob ein Eintragungshindernis hinsichtlich der Verschmelzung des einen Rechtsträgers die Unwirksamkeit der Verschmelzung des anderen Rechtsträgers bewirken soll.[382] Alternativ kann ein vertraglicher Rücktrittsvorbehalt vereinbart werden, wenn sich die Verschmelzung eines übertragenden Rechtsträgers über einen bestimmten Zeitpunkt hinaus verzögert.[383]

136 Daneben sind **notarielle Belehrungen und Hinweise** in die Urkunde über den Verschmelzungsvertrag aufzunehmen. Dazu zählen Hinweise, dass die Verschmelzung innerhalb von acht Monaten nach dem Stichtag der Schlussbilanz zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden muss und die Verschmelzung erst mit Eintragung im Handelsregister wirksam wird. Zählen Grundstücke zum Gegenstand der Verschmelzung, ist außerdem darauf hinzuweisen, dass Grundstücke der Grunderwerbssteuer unterliegen und im Anschluss an die Verschmelzung eine Grundbuchberichtigung durchgeführt werden muss.[384]

VIII. Konzernverschmelzung (§ 5 Abs. 2 UmwG)

137 Die Regelung des § 5 Abs. 2 UmwG erleichtert Verschmelzungen einer 100%igen Tochtergesellschaft auf ihre Muttergesellschaft. Umfassend zu Konzernverschmelzungen → § 16 Rn. 1 ff.

IX. Zuleitung an den Betriebsrat (§ 5 Abs. 3 UmwG)

1. Normzweck

138 Die Regelung des § 5 Abs. 3 UmwG verpflichtet die beteiligten Rechtsträger, den Verschmelzungsvertrag bzw. seinen Entwurf den jeweils zuständigen Betriebsräten zuzuleiten. Ziel des § 5 Abs. 3 UmwG ist es, sicherzustellen, dass die betroffenen **Arbeitnehmer** und ihre **Vertretungen** die für sie relevanten Informationen über die Verschmelzung tatsächlich und rechtzeitig erhalten.[385] Dies soll den zuständigen Arbeitnehmervertretungen ermöglichen, etwaige Einwendungen gegen die Verschmelzung rechtzeitig zu erheben sowie ggf. auf Änderungen hinzuwirken.[386]

2. Gegenstand der Zuleitung

139 Die Zuleitungspflicht umfasst den **Vertrag oder** seinen **Entwurf**. Umstritten ist, ob die Zuleitungspflicht auch sämtliche **Anlagen** zum Vertrag oder dessen Entwurf umfasst.[387] Mit Blick auf den Normzweck der Regelung, den zuständigen Betriebsräten frühzeitig die für sie relevanten Informationen zuzuleiten, um eine möglichst sozialverträgliche Durchführung der Umwandlung zu ermöglichen, dürfte § 5 Abs. 3 UmwG nicht voraussetzen, dass die Betriebsräte sämtliche Anlagen erhalten. Insbes. für Anlagen, die keine Relevanz für die Belange der Arbeitnehmer haben, erscheint eine Zuleitungspflicht entbehrlich. Dies kann z. B. bei Inventarlisten und Listen über geistige Eigentumsrechte der Fall sein.[388] Zudem lässt § 5 Abs. 3 UmwG ausdrücklich die Zuleitung eines Entwurfs zu. Im Entwurfsstadium gibt es aber oft Anlagen, die noch nicht vollständig vorliegen. Die

[382] Böttcher/Habighorst/Schulte/*Böttcher* § 5 Rn. 106; Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 124; → § 6 Rn. 46.

[383] Kallmeyer/*Marsch-Barner* § 5 Rn. 62; Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 123.

[384] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 138.

[385] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 143; Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 30.

[386] *Kallmeyer* ZIP 1994, 1746, 1754; Kallmeyer/*Willemsen* § 5 Rn. 74.

[387] Dafür Kallmeyer/*Willemsen* § 5 Rn. 74 unter Verweis auf OLG Naumburg 7 Wx 6/02, GmbHR 2003, 1433; dagegen LG Essen 42 T 1/02, NZG 2002, 736 (für eine Abspaltung) m. zust. Anm. *Kiem* EWiR 2002, 637 f.; *Blechmann* NZA 2005, 1143, 1148; Widmann/Mayer/*Mayer* § 5 Rn. 256; Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 141.

[388] *Blechmann* NZA 2005, 1143, 1148; Widmann/Mayer/*Mayer* § 5 Rn. 256.

vollständige Zuleitung solcher Anlagen wird deshalb häufig praktisch nicht möglich sein. Dies darf aber einer wirksamen Zuleitung des Vertrags nicht im Wege stehen. Angesichts der bestehenden Rechtsunsicherheit ist der Praxis allerdings zu raten, im Zweifel ein möglichst umfassendes Anlagenpaket zuzuleiten. Bei einer Verschmelzung durch Neugründung ist auch der **Gesellschaftsvertrag** des neuen Rechtsträgers einzureichen (§ 37 UmwG).[389]

3. Zuständiger Betriebsrat / Fehlen eines Betriebsrats

140 Die jeweils zuständigen Betriebsräte der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger lassen sich nach Maßgabe des BetrVG ermitteln.[390] Zuständig ist der Betriebsrat, dessen Betrieb Gegenstand der Verschmelzung ist.[391] Existiert ein **Gesamtbetriebsrat**, so ist der Verschmelzungsvertrag ausschließlich diesem zuzuleiten, weil alle Umwandlungen unternehmensbezogen sind (§ 50 BetrVG).[392] Demgegenüber ist ein **Konzernbetriebsrat** auch dann nicht zuständig, wenn Unternehmen derselben Unternehmensgruppe verschmolzen werden, weil die Angelegenheit auch auf der Ebene der einzelnen Betriebsräte oder Gesamtbetriebsräte geregelt werden kann, § 58 BetrVG. Die Verschmelzung betrifft die Einzelunternehmen als eigenständige Rechtsträger, der Konzernbetriebsrat ist dagegen das Organ der Konzernmutter.[393] Bestehen Zweifel an der Zuständigkeit, sollte vorsorglich der Verschmelzungsvertrag an alle möglicherweise zuständigen Arbeitnehmervertretungen zugeleitet werden, um Risiken aus § 17 Abs. 1 UmwG für die Eintragung zu minimieren.[394] Ein solches Vorgehen ist idR aber nur dann sinnvoll, wenn die Zuleitungsfrist des § 5 Abs. 3 UmwG gegenüber allen Betriebsräten gewahrt werden kann.

141 Besteht bei den beteiligten Rechtsträgern **kein Betriebsrat**, so ist die Zuleitung nach § 5 Abs. 3 UmwG insoweit **entbehrlich**.[395] Es ist zu beachten, dass ein Betriebsrat selbst dann besteht, wenn er aus Sicht des Arbeitgebers fehlerhaft besetzt oder gewählt ist und diesbezügliche Verfahren laufen.[396] Bei Fehlen eines Betriebsrats wird der Nachweis einer rechtzeitigen Zuleitung nach § 17 Abs. 1 UmwG durch den Nachweis des Fehlens einer Arbeitnehmervertretung ersetzt.[397] Zwar fordert das AG Duisburg[398] hierfür eine eidesstattliche Versicherung der beteiligten Vertreter in öffentlich beglaubigter Form nach § 12 Abs. 1 HGB. Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen, weil es dafür keine gesetzliche Stütze gibt.[399] Ausreichend ist eine schriftliche Erklärung.[400]

4. Zuleitungsfrist

142 Die Zuleitung an den zuständigen Betriebsrat hat nach § 5 Abs. 3 UmwG **spätestens einen Monat** vor dem Tag zu erfolgen, an dem die Anteilsinhaberversammlungen der beteiligten Rechtsträger den Verschmelzungsbeschluss nach § 13 Abs. 1 UmwG fassen

---

[389] Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 141.

[390] S. RegBegr. zu § 5 UmwG bei *Ganske* S. 50.

[391] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 144.

[392] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 144; *Engelmeyer* DB 1996, 2542, 2545; *Scharff* BB 2016, 437 f.; Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 142; Kallmeyer/*Willemsen* § 5 Rn. 76.

[393] *Boecken* S. 222; Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 144; Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 141; Kallmeyer/*Willemsen* § 5 Rn. 76; tendenziell auch *Scharff* BB 2016, 437, 438; aA *Melchior* GmbHR 1996, 833, 835.

[394] *Scharff* BB 2016, 437, 438; Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 144; Kallmeyer/*Willemsen* § 5 Rn. 76.

[395] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 145; *Joost* ZIP 1995, 976, 985; Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 148; Kallmeyer/*Willemsen* § 5 Rn. 79.

[396] *Melchior* GmbHR 1996, 833, 834; Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 148.

[397] Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 148; Kallmeyer/*Willemsen* § 5 Rn. 79.

[398] AG Duisburg 23 HRB 4942, 5935, GmbHR 1996, 372.

[399] Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 148: *Stohlmeier* BB 1999, 1394, 1396; Kallmeyer/*Willemsen* § 5 Rn. 79.

[400] Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 148; Kallmeyer/*Willemsen* § 5 Rn. 79.

sollen. Die Frist berechnet sich nach **§§ 187 - 193 BGB**, weil die Frist eine gesetzliche Frist iSd § 186 BGB darstellt.[401] Die §§ 187, 188 BGB sind entgegen dem Gesetzeswortlaut auf Rückwärtsfristen anwendbar.[402] Uneinigkeit besteht im Hinblick auf die Auswahl des Tags, an dem das fristauslösende Ereignis eintritt, und der nach § 187 UmwG bei der Fristberechnung nicht mitgezählt wird. Richtigerweise ist auf den Tag der Beschlussfassung als Tag des fristauslösenden Ereignisses abzustellen.[403] Hierfür spricht bereits der Wortlaut des § 5 Abs. 3 UmwG. Maßgeblich ist der Versammlungstermin des Rechtsträgers, an dessen Betriebsrat der Verschmelzungsvertrag zugeleitet werden soll.[404] Somit ist der Vertrag spätestens einen Monat und einen Werktag vor dem Tag der Versammlung der Anteilsinhaber an den Betriebsrat zuzuleiten.[405] Findet die relevante Anteilseignerversammlung bspw. am 15. Mai statt, ist der Vertrag dem Betriebsrat spätestens bis zum Ablauf des 14. April (24:00 Uhr) zuzuleiten. Zwischen der Zuleitung und dem Beginn des Tags, an dem die Anteilseignerversammlung stattfindet, liegt dann genau ein Monat (15. April, 00:00 Uhr, bis 14. Mai, 24:00 Uhr). Fällt der 14. April als letzter Tag der Rückwärtsfrist auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag, hat die Zuleitung spätestens bis zum Ablauf des letzten Werktags davor zu erfolgen.[406]

143 Ist ein **Verschmelzungsbeschluss** z. B. nach § 62 Abs. 4 S. 1, 2 UmwG **entbehrlich**, ist die Zuleitungspflicht nach § 62 Abs. 4 UmwG spätestens bei Beginn der in § 62 Abs. 4 S. 3 UmwG normierten Frist von einem Monat nach Abschluss des Vertrags zu erfüllen. Nicht abschließend geklärt ist, ob der Fristbeginn stets mit dem Vertragsabschluss zusammenfällt[407], oder ob auch ein späterer Fristbeginn[408] zulässig ist. Mit Blick auf den Schutzzweck dürfte ein späterer Fristbeginn auch zulässig sein. Die Monatsfrist wird dann durch den Termin ausgelöst, an dem der Betriebsrat informiert wird.[409] Allerdings führt dies zu einer Verzögerung. Eine frühere Zuleitung ist nach dem klaren Wortlaut („spätestens") unstreitig zulässig.[410]

144 Der Betriebsrat kann auf die Einhaltung der Zuleitungsfrist **verzichten**, weil sie primär seinem Schutz dient und insoweit dispositives Recht darstellt.[411] Ein Verzicht auf die Zuleitung als solche ist dagegen nicht zulässig.[412]

5. Änderungen nach Zuleitung

145 Wird der Verschmelzungsvertrag nach der Zuleitung an den Betriebsrat geändert, muss der Vertrag nicht automatisch erneut dem Betriebsrat unter Einhaltung einer neuen Monatsfrist zugeleitet werden.[413] Eine nochmalige Zuleitungspflicht, die eine weitere Monatsfrist auslöst, besteht nur dann, wenn die nachträglichen Änderungen die **Interessen der Arbeitnehmer und ihrer Vertretungen berühren** können, insbes. auch, wenn die

---

[401] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 147; Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 144.

[402] S. nur Palandt/*Ellenberger* § 187 Rn. 4, der § 5 Abs. 3 UmwG als Fallgruppe nennt.

[403] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 148; *Krause* NJW 1999, 1448; Widmann/Mayer/*Mayer* § 5 Rn. 256; Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 144; Schmitt/Hörtnagl/Stratz/*Stratz* § 5 Rn. 126; Kallmeyer/*Willemsen* § 5 Rn. 77 (Fn. 5).

[404] Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 144.

[405] Widmann/Mayer/*Mayer* § 5 Rn. 256; Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 144.

[406] Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 144; Kallmeyer/*Willemsen* § 5 Rn. 77.

[407] Dafür *Kraft/Redenius-Hövermann* ZIP 2013, 961, 965 ff.; *Freytag* BB 2010, 1611, 1613 f.; Widmann/Mayer/*Rieger* § 62 Rn. 53.

[408] Dafür Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 149; *Ising* NZG 2011, 1368, 1372; Kallmeyer/*Willemsen* § 5 Rn. 77a.

[409] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 149.

[410] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 149; *Ising* NZG 2011, 1368, 1372; Kallmeyer/*Willemsen* § 5 Rn. 77a.

[411] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 148; Widmann/Mayer/*Mayer* § 5 Rn. 259, 266; Kallmeyer/*Willemsen* § 5 Rn. 77b.

[412] OLG Naumburg 7 Wx 6/02, NZG 2004, 734; Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 148; Kallmeyer/*Willemsen* § 5 Rn. 77b; aA Widmann/Mayer/*Mayer* § 5 Rn. 266.

[413] Böttcher/Habighorst/Schulte/*Böttcher* § 5 Rn. 121; Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 147.

Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG geändert wurden.[414] Rein redaktionelle und unwesentliche Änderungen ohne Auswirkungen auf die Arbeitnehmer lösen dagegen keine erneute Zuleitungspflicht aus.[415]

6. Nachweis nach § 17 Abs. 1 UmwG

146 Die Anmeldung der Verschmelzung beim Register muss nach § 17 Abs. 1 UmwG einen **Nachweis über die rechtzeitige Zuleitung** des Verschmelzungsvertrags oder seines Entwurfs an den zuständigen Betriebsrat enthalten. Dies ist eine Eintragungsvoraussetzung für die Verschmelzung.[416] Es ist daher zu empfehlen, sich aus Beweisgründen den rechtzeitigen Zugang mittels schriftlicher und datierter **Empfangsbestätigung** des Betriebsrats bescheinigen zu lassen.[417]

147 Existiert **kein Betriebsrat**, ist der erforderliche Nachweis entbehrlich.[418] In diesem Fall ist aber der Nachweis darüber erforderlich, dass eine Arbeitnehmervertretung fehlt.[419]

148 Verzichtet der Betriebsrat auf die Einhaltung der Zuleitungsfrist, ist dem Registergericht zum Nachweis eine vom Betriebsratsvorsitzenden unterzeichnete schriftliche **Verzichtserklärung** vorzulegen.[420]

X. Auslegung des Verschmelzungsvertrags

149 Ein Verschmelzungsvertrag ist im Grundsatz nach **allgemeinen zivilrechtlichen Maßstäben** auszulegen (§§ 133, 157 BGB).[421] Für einen Ausgliederungsvertrag hat der BGH dies ausdrücklich entschieden.[422] Gleiches muss für einen Verschmelzungsvertrag gelten. Allerdings ist nach der überzeugenden hM im Schrifttum zu berücksichtigen, dass der Verschmelzungsvertrag wie eine Satzung typischerweise auch Regelungen enthält, die **Auswirkungen auf Dritte** haben (z. B. Anteilsinhaber, Arbeitnehmer und Gläubiger). Für eine Satzung gilt nach ständiger Rechtsprechung ein **objektiver Auslegungsmaßstab**.[423] Soweit eine Regelung im Verschmelzungsvertrag die Interessen Dritter berührt, ist der Vertrag deshalb wie eine Rechtsnorm objektiv aus Sicht eines verständigen Dritten auszulegen – **ohne Berücksichtigung des Parteiwillens**.[424] In der Konsequenz bleiben Umstände außer Acht, die nur die am Vertragsschluss beteiligten Vertretungsorgane kennen können, bspw. die Genese vom ersten Entwurf bis zur finalen Fassung des Verschmelzungsvertrags. Auch der Grundsatz der *falsa demonstratio* kann bei der Auslegung insoweit nicht herangezogen werden.[425] Soweit Regelungen **keine Auswirkungen auf Dritte** haben, kann es bei einer **subjektiven Auslegung** nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen bleiben.[426] Erforderlich ist aber, dass die Zustimmung der Gesellschafterversammlung den

---

[414] Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 147; Kallmeyer/*Willemsen* § 5 Rn. 78.

[415] BT-Drs. 12/7850, S. 142; OLG Naumburg 42 T 1/02, NZG 2002, 736; OLG Naumburg 7 U 236/96, DB 1997, 466, 467; Kallmeyer/*Willemsen* § 5 Rn. 78.

[416] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 150.

[417] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 150; Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 141.

[418] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 150.

[419] → Rn. 141.

[420] *Stohlmeier* BB 1999, 1394, 1397; Kallmeyer/*Willemsen* § 5 Rn. 77b.

[421] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 4; Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 4; Kölner Kommentar-UmwG/*Simon* § 4 Rn. 6.

[422] BGH XII ZR 50/02, ZIP 2003, 2155, 2157.

[423] BGH II ZR 227/06, NZG 2008, 309 Rn. 2; BGH II ZR 155/92, BGHZ 123, 347, 350 f. = NJW 1994, 51; BGH II ZB 5/85, BGHZ 96, 245, 250 = NJW 1986, 1033; BGH II ZR 70/53, BGHZ 14, 25, 36 ff. = NJW 1954, 1401; OLG Frankfurt am Main 23 U 121/08, AG 2011, 36, 38; OLG Stuttgart 5 U 117/94, AG 1995, 283, 284.

[424] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 4; Kallmeyer/*Marsch-Barner* § 4 Rn. 10; Widmann/Mayer/*Mayer* § 4 Rn. 15; Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 4; Kölner Kommentar-UmwG/*Simon* § 4 Rn. 6; Schmitt/Hörtnagl/Stratz/*Stratz* § 4 Rn. 10.

[425] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 4; *Drygala/Staake/Szalai,* Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, § 4 Rn. 40.

[426] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 5 f.; Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 4.

vom objektiven Verständnis abweichenden Vertragsinhalt abdeckt.[427] Außerdem wird man verlangen müssen, dass der entsprechende Parteiwille im notariell beurkundeten Verschmelzungsvertrag zumindest ansatzweise zum Ausdruck kommt.[428]

150 **Lücken im Verschmelzungsvertrag** können mithilfe einer ergänzenden Vertragsauslegung ausgefüllt werden, und zwar nach Eintragung der Verschmelzung unabhängig davon, ob die für die Auslegung berücksichtigten Aspekte für Dritte erkennbar sind.[429] Dies wird nach zutreffender Ansicht damit begründet, dass die Verschmelzung mit Eintragung im Handelsregister nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Damit erwächst mit der Eintragung ein Bedürfnis, Lücken auf zumutbare Weise schließen zu können.[430]

XI. Mängel des Verschmelzungsvertrags

1. Formmängel

151 Ist der Verschmelzungsvertrag **unvollständig oder fehlerhaft beurkundet** worden oder fehlt die Beurkundung gänzlich, führt dies zur **Nichtigkeit** des Verschmelzungsvertrags einschließlich aller Nebenabreden (§§ 125 S. 1, 139 BGB).[431] Eine **Teilnichtigkeit** kann dann gegeben sein, wenn ein entsprechender Parteiwille, etwa in Form einer salvatorischen Klausel, eindeutig erkennbar ist. Auch in diesem Fall ist die Verschmelzung aber nur eintragungsfähig, wenn die zwingend notwendigen Inhalte des Verschmelzungsvertrags wirksam und formgültig vereinbart sind.[432] Andernfalls muss der Registerrichter die Eintragung der Verschmelzung ablehnen.[433] Wird eine Verschmelzung (pflichtwidrig) gleichwohl ins Handelsregister eingetragen, werden Beurkundungsmängel des Verschmelzungsvertrags **geheilt** (§ 20 Abs. 1 Nr. 4 UmwG). Zugleich werden schriftliche, nicht beurkundeten Nebenabreden, Änderungen und Ergänzungen des Vertrags wirksam. Maßgeblich ist die Fassung, über die die Anteilsinhaber abgestimmt haben.[434]

2. Abschlussmängel

152 Ein Verschmelzungsvertrag kann an Abschlussmängeln leiden, insbes. bei wirksamer Anfechtung von auf den Abschluss gerichteten Willenserklärungen der beteiligten Rechtsträger. Diese Willenserklärungen unterliegen nach allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen der **Anfechtung** (§§ 119 f., 123 BGB).[435] Maßgeblich ist ein Willensmangel des Vertretungsorgans des beteiligten Rechtsträgers und nicht ein solcher der Anteilsinhaber.[436] Die Anfechtungsfristen richten sich nach §§ 121, 124 BGB.[437] Praktisch relevant ist die Ausübung des Anfechtungsrechts erst nach der Zustimmung der Anteilsinhaber; davor ist der Vertrag ohnehin schwebend unwirksam.[438]

153 Nach **Eintragung der Verschmelzung** im Handelsregister kann der Verschmelzungsvertrag nach zutreffender Auffassung weiterhin angefochten werden.[439] Eine Rückabwicklung der Verschmelzung scheidet zwar wegen § 20 Abs. 2 UmwG aus. Die Anfechtung

---

[427] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 6; *Grunewald* ZGR 2009, 647, 655.

[428] KG Berlin 1 W 243/02, GmbHR 2005, 1342, 1343; Semler/Stengel/*Schröer* § 5 Rn. 4.

[429] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 5; Lutter/*Grunewald* § 20 Rn. 89; Semler/Stengel/*Leonard* § 20 Rn. 99; Kallmeyer/*Marsch-Barner* § 20 Rn. 40; Schmitt/Hörtnagl/Stratz/*Stratz* § 20 Rn. 118.

[430] *Grunewald* ZGR 2009, 647, 660.

[431] Böttcher/Habighorst/Schulte/*Böttcher* § 6 Rn. 18; Lutter/*Drygala* § 6 Rn. 16, § 5 Rn. 151.

[432] Kölner Kommentar-UmwG/*Simon* § 6 Rn. 14.

[433] Lutter/*Drygala* § 6 Rn. 16; Semler/Stengel/*Schröer* § 6 Rn. 19.

[434] Widmann/Mayer/*Mayer* § 4 Rn. 69; Semler/Stengel/*Schröer* § 6 Rn. 19; Kölner Kommentar-UmwG/*Simon* § 20 Rn. 42.

[435] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 152.

[436] Semler/Stengel/*Schröer* § 4 Rn. 42.

[437] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 152; Semler/Stengel/*Schröer* § 4 Rn. 42.

[438] Widmann/Mayer/*Mayer* § 4 Rn. 72.

[439] Lutter/*Drygala* § 5 Rn. 153; Widmann/Mayer/*Mayer* § 4 Rn. 72; Semler/Stengel/*Schröer* § 4 Rn. 42.