

Umwandlungsgesetz: UmwG

Semler / Stengel / Leonard

5. Auflage 2021
ISBN 978-3-406-75446-3
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

lungsbeschlusses entspricht, so tritt der letzte Tag dieses Monats an seine Stelle. Der Vertrag ist daher **einen Monat und einen Werktag** vor dem Tag der Versammlung der Anteilshaber an den Betriebsrat zuzuleiten⁴⁰⁹. **Entfällt** die Notwendigkeit eines **Verschmelzungsbeschlusses für den aufnehmenden Rechtsträger** gemäß § 62 Abs. 4, ist die Zuleitungspflicht nach § 5 Abs. 3 **spätestens** bei Beginn der in § 62 Abs. 4 S. 3 bestimmten Frist von **einem Monat nach Abschluss des Verschmelzungsvertrags** zu erfüllen⁴¹⁰. Eine Zuleitung des Verschmelzungsvertrags vor dessen Beurkundung ist zulässig⁴¹¹. Im Fall des § 62 Abs. 1 beginnt die Zuleitungsfrist gleichfalls spätestens einen Monat vor dem Beschluss des übertragenden Rechtsträgers über den Verschmelzungsvertrag⁴¹².

IV. Verzicht auf (rechtzeitige) Zuleitung

Der Betriebsrat kann auf die **Einhaltung der Monatsfrist verzichten**⁴¹³, da sie ausschließlich seinem Schutz dient. In der Praxis haben zahlreiche Registergerichte zumindest gegen eine Verkürzung der Monatsfrist um zwei Wochen keine Bedenken⁴¹⁴. Die Zuleitung des Umwandlungsvertrags dient der Wahrung und Sicherung des sozialen Friedens⁴¹⁵. Diesem ist im Rahmen einer Umwandlung durch eine vertrauensvolle Zusammenarbeit der Betriebspartner mehr gedient als mit einer bloßen Information des Betriebsrats; demgegenüber hat die strikte Einhaltung der Monatsfrist zurückzutreten⁴¹⁶.

Der Betriebsrat kann auch auf die Zuleitung insgesamt verzichten⁴¹⁷. Die Informationspflicht des Betriebsrats hat gesellschaftsrechtlichen Charakter, deshalb sind auch die gesellschaftsrechtlichen Grundsätze der Beurteilung eines Verstoßes gegen die Frist heranzuziehen, wonach Verletzungen von Informations- und Teilnahmerechten heilbar und verzichtbar sind⁴¹⁸. Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus sonstigen fristgebundenen Informationsverpflichtungen des Arbeitsgebers gegenüber dem Betriebsrat, von deren Erfüllung die Wirksamkeit zivilrechtlicher Gestaltungsakte abhängt. Auch das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG ist beendet, wenn der Betriebsrat zu der Kündigungsabsicht des Arbeitgebers abschließend erklärt, dass er eine weitere Erörterung des Falls nicht mehr wünscht; sonst stellt das Anhörungsverfahren bloß noch eine „sinnlose Förmerei“ dar⁴¹⁹. Gleiches muss auch für die Zuleitung des Verschmelzungsvertrags nach Abs. 3 gelten. Ist der Betriebsrat der Auffassung, dass er (auch ohne den Verschmelzungsvertrag) hinreichend über die Verschmelzung informiert worden ist, etwa weil die Einzelheiten bereits im Zusammenhang mit einer gleichzeitig stattfindenden Betriebsänderung in

⁴⁰⁹ Beispiel: Findet die Versammlung der Anteilseigner am 31.8. statt, ist zunächst nach § 188 Abs. 2 BGB der durch seine Zahl dem Tag der Versammlung entsprechende Tag (hier 31.7.) zu ermitteln. Da hier rückwärts zu rechnen ist, muss allerdings spiegelbildlich zur gewohnten Fristberechnung verfahren werden; die Frist endet demnach nicht mit Ablauf (24.00 Uhr), sondern mit Beginn (0.00 Uhr) des Tags, der zahlenmäßig dem Tag der Versammlung entspricht. Der letzte Tag, an dem die Zuleitung an den Betriebsrat bewirkt werden kann, ist demnach der Tag des Vormonats, der seiner Zahl nach dem Tag vor der Versammlung entspricht. Fristende für die Zuleitung ist somit der 30.7. um 24.00 Uhr. Fällt der 30.7. im Fallbeispiel auf einen Sonntag, Feiertag oder Sonnabend, tritt an seine Stelle der letzte davor liegende Werktag. Ist der 30.7. ein Sonntag, wäre der Verschmelzungsvertrag dem Betriebsrat spätestens am Freitag (28.7.) zuzuleiten. Dafür spricht auch, dass der Betriebsratsvorsitzende oder im Verhinderungsfall sein Stellvertreter nicht verpflichtet sind, Erklärungen des Arbeitgebers außerhalb der Arbeitszeit und außerhalb der Betriebsräume entgegenzunehmen; tun sie dies dennoch widerspruchsfrei, geht die Erklärung mit der Entgegennahme zu. Vgl. umfassend zur Fristberechnung *Stohlmeier* BB 1999, 1394 (1395).

⁴¹⁰ Ausf. *Ising*, Wegfall des Umwandlungsbeschlusses im Konzern – Probleme in der Praxis, NZG 2011, 1368 (1371 ff.); → § 62 Rn. 32a.

⁴¹¹ *Ising* NZG 2011, 1368 (1371 ff.); *Drygala* in Lutter Rn. 149; *Willemsen* in Kallmeyer Rn. 77a.

⁴¹² *Willemsen* in Kallmeyer Rn. 77a; vgl. auch *Grunewald* in Lutter § 62 Rn. 27, 40.

⁴¹³ *LG Gießen* Der Konzern 2004, 622; *OLG Naumburg* GmbHR 2003, 1433; *LG Stuttgart* GmbHR 2000, 622 (mit zustimmender Anm. *Kinzelmann*); *Stohlmeier* BB 1999, 1394 (1397); *Müller* DB 1997, 713 (717); *Melchior* GmbHR 1996, 833 (836 f.); *Willemsen* in Kallmeyer Rn. 77b; *Hohenstatt/Schramm* in Kölner Komm. Rn. 256; aA *Joost* in Preis/Willemsen C Rn. 69; *Düwell* in Kasseler HdB 6.8 Rn. 46.

⁴¹⁴ O. *Schwarz* ZNotP 2001, 22; *LG Gießen* Der Konzern 2004, 622 hat eine Verkürzung der Frist auf vier bzw. fünf Tage für zulässig erachtet.

⁴¹⁵ So RegBegr. *Ganske* S. 50.

⁴¹⁶ *Steffan* in Großkomm. KündigungsR § 126 Rn. 55.

⁴¹⁷ *Stohlmeier* BB 1999, 1394 (1396 f.); *Mayer* in Widmann/Mayer Rn. 266; aA *OLG Naumburg* GmbHR 2003, 1433; *Pfaff* DB 2002, 686; *Willemsen* RdA 1998, 23 (33); *Willemsen* in Kallmeyer Rn. 77; *Drygala* in Lutter Rn. 148; wohl auch *Müller* DB 1997, 713 (717) Fn. 59.

⁴¹⁸ *LG Stuttgart* GmbHR 2000, 62.

⁴¹⁹ *BAG* NZA 1997, 1106 (1107).

einem Interessenausgleich und Sozialplan erörtert und geregelt worden sind, ist der nach der Vorschrift bezweckte soziale Frieden gesichert. Folglich ist nach dem Sinn und Zweck der Regelung eine Zuleitung des Verschmelzungsvertrags in diesem Fall nicht erforderlich und ein Verzicht möglich. Zudem weist *Stohlmeier* zutreffend darauf hin, dass ein Betriebsrat von sich aus nicht auf die Vertragszuleitung verzichten würde, wenn er noch nicht ausreichend über den Umwandlungsvorgang informiert wäre⁴²⁰.

V. Änderung des Vertrags nach der Zuleitung

- 147 Wird der Verschmelzungsvertrag nach der Zuleitung an den Betriebsrat geändert, so löst dies nicht in jedem Fall eine erneute Zuleitungspflicht unter Einhaltung der Monatsfrist aus⁴²¹. Der Vertrag ist nur dann erneut zuzuleiten, wenn die nachträglichen Änderungen Auswirkungen auf die Unternehmensstruktur oder die Belegschaft des Betriebs haben⁴²². Unwesentliche (zB redaktionelle oder rein rechtstechnische) Änderungen des Verschmelzungsvertrags oder seines Entwurfs lösen keine erneute Zuleitungspflicht aus⁴²³. Eine erneute Zuleitung ist allerdings dann notwendig, wenn die Angaben nach Abs. 1 Nr. 9 geändert bzw. Belange der Arbeitnehmer und ihrer Vertretungen durch wesentliche Änderungen betroffen sind⁴²⁴. Die Praxis sollte den Verschmelzungsvertrag nach Möglichkeit vorsorglich erneut zuleiten und den Betriebsrat gegebenenfalls auf die Einhaltung der Zuleitungsfrist verzichten lassen⁴²⁵.

VI. Betriebe ohne Betriebsrat

- 148 Die Zuleitungspflicht entfällt, wenn bei den betroffenen Rechtsträgern kein zuständiger Betriebsrat besteht⁴²⁶, nicht jedoch die arbeitsrechtlichen Angaben im Verschmelzungsvertrag⁴²⁷. Ein Betriebsrat besteht iSd Abs. 3 auch dann, wenn er nach Ansicht des Arbeitgebers fehlerhaft besetzt oder gewählt ist und diesbezügliche Verfahren anhängig sind⁴²⁸. Besteht kein zuständiger Betriebsrat, ist auch nicht der Konzernbetriebsrat zuständig, rein vorsorglich kann dieser Adressat der Zuleitung sein⁴²⁹. An die Stelle des Nachweises der rechtzeitigen Zuleitung an den Betriebsrat nach § 17 Abs. 1 tritt der Nachweis des Fehlens einer Arbeitnehmervertretung⁴³⁰. Das Schweigen zur Zuleitung an den Betriebsrat ist zwar inhaltlich richtig, stellt aber eine formale Unvollständigkeit der Anmeldung dar und reicht somit nicht aus⁴³¹. Die Erklärung muss nach Ansicht des *AG Duisburg* durch **eidesstattliche Versicherung** der beteiligten gesetzlichen Vertreter in öffentlich beglaubigter Form gem. § 12 Abs. 1 HGB erbracht werden⁴³². Diese Auffassung findet im Gesetz keine Stütze. Weder Abs. 3 noch § 17 Abs. 1 sehen eine formalisierte und strafbewehrte Erklärung vor⁴³³. Ausreichend ist eine einfache schriftliche Erklärung⁴³⁴. Besteht kein Betriebsrat, ist der Verschmelzungsvertrag nicht ersatzweise den Arbeitnehmern bekannt zu machen⁴³⁵.

⁴²⁰ *Stohlmeier* BB 1999, 1394 (1397).

⁴²¹ Für eine uneingeschränkte Neuvorlagepflicht dagegen *Priester* in Lutter Umwandlungsrechtstage S. 99, S. 116 (für den Spaltungsvertrag); wohl auch *Düwell* in Kasseler HdB 6.8 Rn. 46; einschränkend *Melchior* GmbHR 1996, 833 (836) (keine erneute Zuleitung bei rein redaktionellen Änderungen).

⁴²² *OLG Naumburg* DB 1997, 466 (467); *Willemsen* in Kallmeyer Rn. 78.

⁴²³ AusschussB *Ganske* S. 51; *Willemsen* in Kallmeyer Rn. 78.

⁴²⁴ *Müller* DB 1997, 713 f.; *Joost* in Preis/Willemsen C Rn. 70; *Steffan* in Großkomm. KündigungsR § 126 Rn. 56; *Willemsen* in Kallmeyer Rn. 78.

⁴²⁵ Für eine Verkürzung auf 24 Stunden: *Dzida* GmbHR 2009, 459 (464).

⁴²⁶ *Dzida* GmbHR 2009, 459 (460); *Stohlmeier* BB 1999, 1394 (1395); *Drygala* in Lutter Rn. 145; *Stratz* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz Rn. 121; *Willemsen* in Kallmeyer Rn. 79; *Hohenstatt/Schramm* in Kölner Komm. Rn. 254.

⁴²⁷ → Rn. 93.

⁴²⁸ *Melchior* GmbHR 1996, 833 (834); *Steffan* in Großkomm. KündigungsR § 126 Rn. 57.

⁴²⁹ → Rn. 142 f.

⁴³⁰ *Willemsen* in Kallmeyer Rn. 79; *Drygala* in Lutter Rn. 110; *Düwell* in Kasseler HdB 6.8 Rn. 57.

⁴³¹ *Melchior* GmbHR 1996, 833 (834); *Steffan* in Großkomm. KündigungsR § 126 Rn. 57.

⁴³² *AG Duisburg* GmbHR 1996, 372; aA *Melchior* GmbHR 1996, 833 (834); *Stohlmeier* BB 1999, 1394 (1396); *Willemsen* in Kallmeyer Rn. 79.

⁴³³ *Stohlmeier* BB 1999, 1394 (1396).

⁴³⁴ *Willemsen* in Kallmeyer Rn. 79.

⁴³⁵ *Müller* DB 1997, 713 (716); *Stohlmeier* BB 1999, 1394 (1396) Fn. 26; *Willemsen* in Kallmeyer Rn. 79; dies folgt im Umkehrschluss aus § 122e S. 2, der bei Fehlen eines Betriebsrats vorsieht, dass der Verschmelzungsbericht den Arbeitnehmern zugänglich zu machen ist; aAPfaff BB 2002, 1604 (1607 f.).

Form des Verschmelzungsvertrags**6 Der Verschmelzungsvertrag muß notariell beurkundet werden.**

Literatur: Bayer, 1000 Tage neues Umwandlungsrecht – eine Zwischenbilanz, ZIP 1997, 1613; Bredthauer, Zur Wirksamkeit gesellschaftsrechtlicher Beurkundungen im Kanton Zürich, BB 1986, 1864; Funke, Der Geschäftswert für die Notargebühren bei der Beurkundung von Plänen und Verträgen nach dem Umwandlungsgesetz, DB 1997, 1120; Goette, Auslandsbeurkundungen im Kapitalgesellschaftsrecht, FS Boujong, 1996, S. 131; Heckschen, Die Entwicklung des Umwandlungsrechts aus Sicht der Rechtsprechung und Praxis, DB 1998, 1385; Heckschen, Auslandsbeurkundung und Richtigkeitsgewähr, DB 1990, 161; Heckschen, Fusion von Kapitalgesellschaften im Spiegel der Rechtsprechung, WM 1990, 377; Hornung, Änderungen des Kostenrechts durch Art. 33 JuMiG, Rechtspfleger 1997, 516; Kanzleiter, Der Umfang der Beurkundungsbedürftigkeit bei verbundenen Rechtsgeschäften, DNotZ 1994, 275; Kröll, Beurkundung gesellschaftsrechtlicher Vorgänge durch einen ausländischen Notar, ZGR 2000, 111; Lieder, Auslandsbeurkundung umwandlungsrechtlicher Strukturmaßnahmen, ZIP 2018, 1517; Melchior, Vollmachten bei Umwandlungsvorgängen, GmbHR 1999, 520; Priester, Das neue Umwandlungsrecht aus notarieller Sicht, DNotZ 1995, 427; van Randenborgh/Kallmeyer, Pro und Contra: Beurkundung gesellschaftsrechtlicher Rechtsgeschäfte durch ausländische Notare?, GmbHR 1996, 908; Reuter, Keine Auslandsbeurkundung im Gesellschaftsrecht?, BB 1998, 116; Schervier, Beurkundung GmbH-rechtlicher Vorgänge im Ausland, NJW 1992, 593; Stelmaszczyk, Beurkundung einer inländischen Verschmelzung im Ausland, RNotZ 2019, 177; Tebben, Zur Substitution der notariellen Beurkundung bei Umwandlungsvorgängen, GmbHR 2018, 1190.

Übersicht

	Rn.
I. Allgemeines	1
II. Gegenstand der Beurkundung	5
1. Vertrag als Ganzes	5
2. Änderungen, Ergänzungen	9
3. Aufhebung	10
4. Vollmacht	11
5. Genehmigung	12
III. Zeitpunkt der Beurkundung	13
IV. Beurkundung im Ausland	15
V. Gründung einer SE und einer SCE per Verschmelzung	18
VI. Fehlen oder Mängel der Beurkundung	19
VII. Kosten	20
1. Verschmelzung zur Aufnahme	20
2. Verschmelzung zur Neugründung	21

I. Allgemeines

Unabhängig von der Rechtsform der beteiligten Rechtsträger bedarf der **Verschmelzungsvertrag** der **notariellen Beurkundung** nach den §§ 8 ff. BeurkG, dh dass eine Niederschrift mit der Feststellung der Beteiligten, ihrer Vertretungsbefugnis und ihren Erklärungen aufzunehmen und diese Niederschrift mit dem Verschmelzungsvertrag zu verlesen ist. Gedanklich zu trennen sind davon die notariellen Beurkundungen der Zustimmungsbeschlüsse der Anteilseignerversammlungen¹ sowie bestimmter Verzichtserklärungen von Anteilseignern². Diese können jedoch mit dem Verschmelzungsvertrag in einer Urkunde zusammengefasst werden. Dies ist kostengünstiger, weil die Geschäftswerte dann zusammengerechnet werden und sich die Degression der Notargebühren bzw. die Höchstgrenze für den Geschäftswert³ auswirkt.

Das **Formerfordernis dient vielfältigen Zwecken**: In der sog. „Supermarkt“-Entscheidung⁴ betont der BGH, dass die Änderung eines Gesellschaftsvertrags und der Abschluss eines Unternehmensvertrags aus Beweissicherungs- und damit Rechtssicherheitsgründen der Beurkundungspflicht unterliegen. Außerdem diene die Beurkundung der materiellen Richtigkeits-

¹ § 13 Abs. 3 S. 2.

² §§ 8 Abs. 3, 9 Abs. 3.

³ § 107 Abs. 2 S. 1 GNotKG.

⁴ BGHZ 105, 338 (341 f.).

gewähr und solle Prüfungs- und Belehrungsfunktionen wahrnehmen. Diese Entscheidung lässt sich für Formerfordernisse bei sämtlichen Strukturmaßnahmen verallgemeinern⁵. Auch wenn der BGH beim Unternehmensvertrag differenziert und die eigentliche und tragende Bedeutung für die strukturelle Veränderung dem Zustimmungsbeschluss der Gesellschafter und nicht dem Abschluss des Unternehmensvertrags zuerkennt⁶, erscheint es gerechtfertigt, die genannten Zwecke auch beim Formerfordernis nach § 6 zu unterstellen, da hier im Unterschied zum Unternehmensvertrag sowohl für Vertragsabschluss als auch für Gesellschafterbeschluss die notarielle Form verlangt wird und eine unterschiedliche Zwecksetzung in beiden Fällen fern liegt. Entsprechend stellt auch die Gesetzesbegründung in den Vordergrund, dass angesichts der weitgehenden Rechtsfolgen der Verschmelzung durch die Einschaltung des Notars die Gesetzmäßigkeit des Verfahrens sichergestellt wird⁷.

- 3 Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen zur **Auslegung** formbedürftiger Erklärungen kann bei Unklarheiten im Verschmelzungsvertrag zur Auslegung grundsätzlich nur herangezogen werden, was in der Urkunde zumindest Anklang gefunden hat, ein dort auch nicht andeutungsweise zum Ausdruck gekommener Wille der Parteien hingegen in der Regel nicht⁸.
- 4 Für AG, KGaA, GmbH und VVaG war auch schon nach dem **früheren Recht**⁹ die notarielle Beurkundung des Verschmelzungsvertrags notwendig. Dagegen reichte vor Inkrafttreten des UmwG für Verschmelzungen von Genossenschaften und genossenschaftlichen Prüfungsverbänden in der Rechtsform des eingetragenen Vereins die einfache Schriftform¹⁰.

II. Gegenstand der Beurkundung

- 5 **1. Vertrag als Ganzes.** Der gesamte Inhalt des Verschmelzungsvertrags muss notariell beurkundet werden. Das umfasst sämtliche Nebenabreden, die nach dem Willen zumindest einer Partei so wesentlich sind, dass diese ohne sie den Vertrag nicht abgeschlossen hätte¹¹. Bei der Verschmelzung zur Neugründung muss daher der Gesellschaftsvertrag des übernehmenden Rechtsträgers auch dann als Anlage notariell mitbeurkundet und verlesen werden, wenn dies – wie bei der Personengesellschaft – nach allgemeinen Vorschriften nicht erforderlich ist¹².
- 6 Auch ein **Vorvertrag** ist beurkundungspflichtig, wenn er – nach Eintritt bestimmter Voraussetzungen – die Pflicht enthält, den Verschmelzungsvertrag abzuschließen¹³. Gleiches gilt hinsichtlich der Regelung einer **Vertragsstrafe** (*break fee*), die für den Fall fällig werden soll, dass eine vereinbarte Verschmelzung nicht zustande kommt, dann, wenn die *break fee* durch ein pönales Element das unternehmerische Erfolgsinteresse der berechtigten Partei absichern soll und damit über einen lediglich pauschalisierten Schadensersatz hinausgeht¹⁴. Damit kann nämlich Druck auf die Anteilsinhaber ausgeübt werden, einen Verschmelzungsbeschluss zu fassen¹⁵. Damit ist der Maßstab zwar strenger als bei § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG¹⁶, wo indirekt zur Abtretung zwingende Abreden nicht formbedürftig sind; das ist vor dem Hintergrund des

⁵ Zimmermann in Kallmeyer Rn. 11; Heckschen in Widmann/Mayer Rn. 52; siehe auch Teichmann ZGR 2002, 383 (421).

⁶ BGHZ 105, 338 (342) mit dem Hinweis darauf, dass daher für den Unternehmensvertrag lediglich die Schriftform, hingegen für den Zustimmungsbeschluss die notarielle Beurkundung entsprechend § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG verlangt werde.

⁷ RegBegr. Ganske S. 51.

⁸ KG NZG 2004, 1172; allgemein dazu und zu den Grenzen der sog. Andeutungstheorie Ellenberger in Palandt BGB § 133 Rn. 19 mwN.

⁹ Siehe §§ 341 Abs. 1 S. 1, 354 Abs. 2 AktG aF, § 21 Abs. 4 S. 1 KapErhG aF und § 44a Abs. 3 VAG aF.

¹⁰ §§ 63e Abs. 2, 93c GenG aF.

¹¹ BGHZ 82, 188 (194) (für den gleich gelagerten Fall der Vermögensübertragung); Wicke in BeckOGK Rn. 7; Drygala in Lutter Rn. 2; Kanzleiter DNotZ 1994, 275 (282); Heckschen WM 1990, 377 (381); zu den Kriterien der Abhängigkeit zweier Geschäfte voneinander BGH NJW 2000, 951 und BGH NJW 2001, 226 (227); siehe auch § 311b Abs. 1 BGB und die Kommentierungen dazu.

¹² § 37; H. Schmidt in Lutter Umwandlungsrechtstage S. 59, 66; Heckschen in Widmann/Mayer Rn. 57 f.

¹³ Drygala in Lutter Rn. 3; Wicke in BeckOGK Rn. 14; Simon in Kölner Komm. Rn. 3.

¹⁴ Drygala in Lutter Rn. 4; Wicke in BeckOGK Rn. 14; ausf. Guinomet, Break fee-Vereinbarungen, 2003, S. 175 f.; siehe auch Austmann/Frost ZHR 169 (2005), 431 (451); Hilgard BB 2008, 267 (269 ff.).

¹⁵ LG Paderborn NZG 2000, 899; siehe auch BGHZ 76, 43 (46).

¹⁶ Auf dessen Maßstäbe wollen Sieger/Hasselbach BB 2000, 625 (627) und Banerjee DB 2003, 1489 (1497) auch für die Break fee-Vereinbarungen abstellen.

anderen Schutzzwecks bei § 6 – hier Richtigkeitsgewähr und Beweisfunktion, dort Schutz vor spekulativem Handel mit Geschäftsanteilen – aber gerechtfertigt.

Werden neben dem Verschmelzungsvertrag **bestimmte Verhaltenspflichten der Beteiligten bis zum Vollzug der Verschmelzung** vereinbart, etwa um sicherzustellen, dass das vereinbarte Umtauschverhältnis gewahrt bleibt, besteht grundsätzlich kein die Beurkundungspflichtigkeit auslösender Zusammenhang, weil diese Pflichten auch dann und so lange gelten sollen, wenn/bis die Parteien von der Verschmelzung endgültig Abstand nehmen. Anderes kann aber dann gelten, wenn die Pflichten auch in der Phase nach Wirksamwerden des Verschmelzungsvertrags bis zum Vollzug der Verschmelzung gelten sollen¹⁷.

Hingegen ist der Sinn der durch § 4 Abs. 2 eingeräumten Möglichkeit, die Anteilseignerversammlungen nur über einen **Vertragsentwurf** abstimmen zu lassen, gerade die Ersparnis von unnötigen Notarkosten, so dass hier die notarielle Beurkundung erst dann erforderlich wird, wenn der Vertrag (bei Vorliegen der Zustimmungsbeschlüsse) tatsächlich abgeschlossen werden soll. Der Notar hat dabei aber darauf zu achten, dass die zu beurkundende Fassung mit der beschlossenen übereinstimmt und allenfalls offensichtliche Schreibfehler und Unrichtigkeiten korrigiert worden sind¹⁸.

2. Änderungen, Ergänzungen. Wird der Verschmelzungsvertrag nachträglich geändert oder ergänzt, sind auch diese zusätzlichen Vereinbarungen notariell zu beurkunden. Gehen sie über bloß redaktionelle Anpassungen hinaus, bedarf es auch eines (ggf. erneuten) Zustimmungsbeschlusses der Anteilseignerversammlungen¹⁹.

3. Aufhebung. Soll ein bereits formgültig vereinbarter Verschmelzungsvertrag aufgehoben werden, bevor die Verschmelzung wirksam geworden ist, muss hierbei die notarielle Form nicht beachtet werden²⁰. Das wird für den Fall, dass die Anteilseignerversammlungen bereits dem Vertrag zugestimmt haben und nur noch die Registereintragung fehlt, mit dem Argument bestritten, dass für die Aufhebung das gleiche Beweissicherungs- und Rechtssicherungsbedürfnis wie beim Vertragsabschluss bestehe und die materielle Richtigkeit auch hinsichtlich des Aufhebungsvertrags gewährleistet sein müsse²¹. Der Aufhebungsvertrag ist jedoch hinsichtlich seiner formellen und materiellen Anforderungen um so vieles weniger komplex als der Verschmelzungsvertrag, dass der Hauptgrund für die Formbedürftigkeit des Verschmelzungsvertrags, das Bedürfnis nach materieller Richtigkeitsgewähr, für ihn nicht eingreift.

4. Vollmacht. Da gem. § 167 Abs. 2 BGB die Vollmacht nicht der **Form** des Rechtsgeschäfts bedarf, ist die Vollmacht zum Abschluss eines Verschmelzungsvertrags grundsätzlich nicht formbedürftig. Lediglich bei der Verschmelzung zur Neugründung müssen die Unterschriften unter der Vollmacht beglaubigt werden²².

5. Genehmigung. Für die nachträgliche Genehmigung einer Willenserklärung zum Abschluss eines Verschmelzungsvertrags durch einen vollmachtlosen Vertreter gelten grundsätzlich die gleichen Formerfordernisse wie für die Vollmacht, jedoch kann hier sogar bei der Verschmelzung zur Neugründung auf die Beglaubigung verzichtet werden²³. Wenn der Verschmelzungsvertrag **Verzichtserklärungen**²⁴ enthält, müssen diese in jeder Genehmigungserklärung wiederholt und notariell beurkundet (nicht nur beglaubigt) werden, weil die vollmachtlose Vertretung bei einseitigen Rechtsgeschäften unzulässig ist²⁵.

¹⁷ Austmann/Frost ZHR 169 (2005), 431 (449).

¹⁸ Heckschen in Widmann/Mayer Rn. 28.

¹⁹ Zimmermann in Kallmeyer Rn. 8.

²⁰ BGHZ 83, 398 (für Grundstückskaufvertrag); Marsch-Barner/Oppenhoff in Kallmeyer § 4 Rn. 18; Zimmermann in Kallmeyer Rn. 9; zur Zulässigkeit der Aufhebung und ihrer Zustimmungsbedürftigkeit durch die Anteilseigner → § 4 Rn. 27 ff.

²¹ Heckschen in Widmann/Mayer Rn. 41; Mayer in Widmann/Mayer § 4 Rn. 63.

²² Hierzu ausführlicher → § 4 Rn. 9.

²³ § 182 Abs. 2 BGB; auch → § 4 Rn. 13.

²⁴ ZB Verzicht auf den Verschmelzungsbericht gem. § 8 Abs. 3, auf die Verschmelzungsprüfung gem. § 9 Abs. 3 oder auf das Recht zur Klage gegen die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses gem. § 16 Abs. 2 S. 2.

²⁵ § 180 S. 1 BGB; siehe dazu ausführlich Melchior GmbH 1999, 520 (522).

III. Zeitpunkt der Beurkundung

- 13 Gem. § 4 kann den Anteilseignerversammlungen der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger ein abgeschlossener Verschmelzungsvertrag oder nur sein Entwurf vorgelegt werden. Dementsprechend kann die Beurkundung vor oder nach der Beschlussfassung erfolgen²⁶.
- 14 Wie sich aus § 128 BGB ergibt, ist auch die sog. **Sukzessivbeurkundung** zulässig, also die getrennte Beurkundung von Angebot und Annahme. Für den Verschmelzungsvertrag gilt nichts anderes. Er kommt in diesen Fällen mit der Beurkundung der Annahme zustande, ohne dass es hierfür des Zugangs der Erklärung bei der anderen Partei bedürfte²⁷. § 925 BGB, der für die Auflassung von Grundstücken die gleichzeitige Anwesenheit beider Parteien fordert, steht dem auch dann nicht entgegen, wenn das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers Grundstücke umfasst, weil eine Auflassung gar nicht erfolgt, sondern die Grundstücke im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergehen²⁸.

IV. Beurkundung im Ausland

- 15 Wegen der im Vergleich zum deutschen Recht im Ausland zum Teil erheblich geringeren Notargebühren sind in der Vergangenheit Verschmelzungsverträge oft im Ausland, insbesondere der deutschsprachigen Schweiz, beurkundet worden. Solange als Geschäftswert für die Notargebühren das Aktivvermögen der übertragenden Rechtsträger ohne Begrenzung maßgeblich war, war dies sehr oft eine lohnende Alternative. Bereits 1997 ist der damals maßgebliche § 39 Abs. 4 KostO jedoch dahingehend geändert worden, dass auch für die Beurkundung von Plänen und Verträgen nach dem UmwG die bei Gesellschaftsverträgen geltende Geschäftswertobergrenze eingreift, die nach § 107 Abs. 1 S. 1 GNotKG heute 10 Mio. EUR pro Verschmelzung beträgt²⁹. Da hierdurch die Gebühr für die Beurkundung grundsätzlich auf 22.770 EUR begrenzt wird, ist die Hauptmotivation für eine Auslandsbeurkundung entfallen³⁰.
- 16 Erleichterungen in den Formalien der Beurkundung sind mit einer Auslandsbeurkundung ohnehin nicht verbunden, weil für einen nach deutschem Recht im Ausland abgeschlossenen Verschmelzungsvertrag **nicht die ausländische Ortsform** gilt, sondern das Wirkungsstatut³¹. Art. 11 Abs. 1 EGBGB, der grundsätzlich die Ortsform genügen lässt, ist nämlich auf statusrelevante Akte, also solche, die die Verfassung der Gesellschaft betreffen, nicht anwendbar, weil hierbei nicht nur das Interesse der Beteiligten, sondern auch das öffentliche Interesse berührt ist. Bei der Verschmelzung kommt hinzu, dass hinsichtlich der mit ihr verbundenen Vermögensübertragung auf den aufnehmenden oder neuen Rechtsträger das Recht des Lageorts maßgeblich ist³².
- 17 Das schließt ausländische Notare nicht generell von der Beurkundung solcher Vorgänge aus, jedoch muss dann die Auslandsbeurkundung **derjenigen nach deutschem Recht gleichwertig** sein³³. Dafür wird verlangt, dass der ausländische Notar hinsichtlich Ausbildung, Auswahl und Stellung einem deutschen Notar gleichwertig ist und das Beurkundungsverfahren den tragenden Grundsätzen des deutschen Rechts entspricht³⁴, wozu auch die Verlesung der Ur-

²⁶ Drygala in Lutter Rn. 5; Wicke in BeckOGK Rn. 15.

²⁷ Drygala in Lutter Rn. 6; Wicke in BeckOGK Rn. 15; Mayer in Widmann/Mayer § 4 Rn. 55.

²⁸ Zimmermann in Kallmeyer Rn. 4; Heckschen in Widmann/Mayer Rn. 36.

²⁹ Für die Gebührenberechnung gilt § 3 GNotKG iVm Nr. 21100 des KV-GNotKG. Ausnahmen von der Höchstgrenze gelten bei Sondergestaltungen wie Kettenverschmelzungen oder mehrere parallele Verschmelzungen, dazu Zimmermann in Kallmeyer Rn. 13.

³⁰ So auch Heckschen DB 1998, 1385 (1388); Bayer ZIP 1997, 1613 (1619).

³¹ LG Augsburg NJW-RR 1997, 420 mit zust. Anm. Wilken EWiR 1996, 937 (938); LG Kiel BB 1998, 120; Kröll ZGR 2000, 111 (122 ff.); Wicke in BeckOGK Rn. 17; Drygala in Lutter Rn. 9; Schervier NJW 1992, 593 (595); Bredthauer BB 1986, 1864 (1865); KG NZG 2018, 304; KG NJW-RR 2019, 99.

³² Kröll ZGR 2000, 111 (122).

³³ Die Beurkundung eines Verschmelzungsvertrags durch eine Notarin aus dem Kanton Basel-Stadt sieht das Kammergericht (KG NJW-RR 2019, 99) als gleichwertig und damit zulässig an; dazu kritisch Tebben GmbH 2018, 1190; Lieder ZIP 2018 S. 1517; Stelmaszczyk RNotZ 2019, 177; Zimmermann in Kallmeyer Rn. 11.

³⁴ BGHZ 80, 76 (78); KG NZG 2018, 304; KG NJW-RR 2019, 99; LG Kiel BB 1998, 1210; Drygala in Lutter Rn. 10; Wicke in BeckOGK Rn. 18.

kunde gehört³⁵. Die Anforderungen an die Gleichwertigkeit sind nicht gering, da die notarielle Beurkundung sicherstellen soll, dass das materielle Recht eingehalten wird³⁶. Der ausländische Notar muss zwar nicht die gleichen Kenntnisse des deutschen Rechts haben wie seine deutsche Kollegen, er muss aber wie diese unbegrenzt haften und damit die materielle Richtigkeit seiner Urkunde gewährleisten³⁷. Hingegen ist es nicht sachgerecht, die Gleichwertigkeit von Auslandsbeurkundungen generell in Abrede zu stellen³⁸ oder sie unter Hinweis auf die die überlegenen Rechtskenntnisse deutscher Notare oder ihre Mitteilungspflichten zu verneinen³⁹. Es empfiehlt sich in jedem Fall die vorherige Abstimmung mit dem zuständigen Registerrichter, weil er die Verschmelzung bei Formfehlern nicht eintragen wird, andererseits die erfolgte Eintragung etwaige Formfehler heilt (§ 20 Abs. 1 Nr. 4).

V. Gründung einer SE und einer SCE per Verschmelzung

Art. 2 Abs. 1, 17 ff. SE-VO bzw. Art. 2 Abs. 1, 19 ff. SCE-VO sehen die Verschmelzungsgründung einer Europäischen Gesellschaft (SE) bzw. einer Europäischen Genossenschaft (SCE) vor. Ob der dafür erforderliche Verschmelzungsplan der notariellen Beurkundung bedarf, richtet sich wegen Art. 18 SE-VO bzw. Art. 20 SCE-VO nach deutschem Recht⁴⁰. Die Interessenlage ist hier derjenigen der Beurkundung des Verschmelzungsvertrags, wie von § 6 vorgeschrieben, vergleichbar, weshalb auch die Zwecke dieses Formerfordernisses zum Tragen kommen⁴¹. Andererseits könnte § 6 auf den Verschmelzungsplan nur analog angewendet werden. Es ist fraglich, ob das SEEG bzw. das SCEEG und § 6 insoweit tatsächlich eine planwidrige Regelungslücke enthalten. Trotzdem wird man aus Gründen der Rechtssicherheit der Praxis die Beurkundung auch des Verschmelzungsplans empfehlen müssen.

VI. Fehlen oder Mängel der Beurkundung

Genügt die Form des Verschmelzungsvertrags nicht den Anforderungen des § 6, ist der Vertrag grundsätzlich mit allen Nebenabreden nichtig⁴². Der Registerrichter darf deshalb die Verschmelzung nicht eintragen. Tut er es dennoch, wird die Nichtigkeit geheilt, auch hinsichtlich schriftlicher, aber nicht beurkundeter Nebenabreden⁴³.

VII. Kosten

1. Verschmelzung zur Aufnahme. Für die Beurkundung eines Verschmelzungsvertrags ist das Doppelte der vollen Gebühr anzusetzen⁴⁴, die sich grundsätzlich nach dem in der Schlussbilanz der übertragenden Rechtsträger ausgewiesenen Aktivvermögen richtet⁴⁵. Wenn allerdings

³⁵ BGHZ 80, 76 (78).

³⁶ BGHZ 105, 338 (341 f.); hinsichtlich der Gleichwertigkeit sehr restriktiv: LG Augsburg DB 1996, 1666 mit zust. Anm. Wilken EWiR 1996, 937 (938); Bredthauer BB 1986, 1864 (1866 ff.); Heckschen DB 1998, 1385 (1389); Zimmermann in Kallmeyer Rn. 11; Tebben GmbH 2018, 1190; Lieder ZIP 2018 S. 1517; Stelmaszczyk RNotZ 2019, 177; toleranter hingegen: Kröll ZGR 2000, 111 (129 ff.); Bayer ZIP 1997, 1613 (1619); Reuter BB 1998, 116 (118); Gleichwertigkeit bejaht von: BGH NJW-RR 1989, 1259 (Abtretung eines Geschäftsanteils, Schweiz); KG NJW-RR 2019, 99 (Verschmelzungsvertrag und zugehörige Gesellschafterbeschlüsse, Basel-Stadt); KG NZG 2018, 304 (Gründung einer GmbH, Bern); LG Köln MittRhNotK 1990, 21 (Verschmelzungsvertrag, Zürich); LG Nürnberg-Fürth NJW 1992, 633 (Verschmelzungsvertrag, Basel); OLG München NJW-RR 1998, 758 (Abtretung eines Geschäftsanteils, Basel); LG Kiel BB 1998, 120 (Verschmelzungsvertrag, Österreich); ausdrücklich zwischen Verschmelzungsbeschluss und -vertrag differenzierend van Randenborgh/Kallmeyer GmbH 1996, 908 (911).

³⁷ Schervier NJW 1992, 593 (596); Wicke in BeckOGK Rn. 18; Drygala in Lutter Rn. 10 ff.; Heckschen in Widmann/Mayer Rn. 54; Bayer ZIP 1997, 1613 (1619); krit. hierzu Zimmermann in Kallmeyer Rn. 11.

³⁸ So aber Goette FS Boujong (1996), S. 131 (142); LG Augsburg DB 1996, 1666 (für Beurkundung in Zürich) mit zust. Anm. Wilken EWiR 1996, 937 (938); AG Kiel GmbH 1997, 506; Priester in Lutter § 126 Rn. 13; Wicke in BeckOGK Rn. 21.

³⁹ So aber Heckschen in Widmann/Mayer Rn. 55.

⁴⁰ Heckschen in Widmann/Mayer Rn. 59.8; Hirte NZG 2002, 1 (3); aA Schulz/Geismar DStR 2001, 1078 mit dem angesichts von Art. 18 SE-VO fragwürdigen Argument, dass die SE-VO insoweit abschließend sei.

⁴¹ Deshalb befürwortet Drygala in Lutter Rn. 15 eine Analogie; siehe auch Teichmann ZGR 2002, 383 (421); Simon in Kölner Komm. Rn. 6.

⁴² §§ 125 S. 1, 139 BGB.

⁴³ § 20 Abs. 1 Nr. 4.

⁴⁴ Nr. 21100 KV-GNotKG.

⁴⁵ BayObLG NJW-RR 1997, 798; Zimmermann in Kallmeyer Rn. 13.

der Wert der den Anteilsinhaber der übertragenden Rechtsträger zu gewährenden Anteile am übernehmenden Rechtsträger höher ist, ist dieser maßgebend⁴⁶. Echte Wertberichtigungen und Verlustbeiträge sind abzuziehen, nicht aber Verbindlichkeiten⁴⁷. Der Wert ist grundsätzlich auf 10 Mio. EUR begrenzt⁴⁸.

- 21 **2. Verschmelzung zur Neugründung.** Auch hier ist das Aktivvermögen aller übertragenden Rechtsträger maßgebend, bei gleicher Begrenzung des Geschäftswerts wie bei der Verschmelzung zur Aufnahme. Die gleichzeitig erforderliche Feststellung des Statuts des neu errichteten Rechtsträgers sowie die Bestellung von Geschäftsführern, Aufsichtsratsmitgliedern und Abschlussprüfern sind nicht gesondert zu bewerten, da gegenstandsgleich⁴⁹.

Kündigung des Verschmelzungsvertrags

7 Ist der Verschmelzungsvertrag unter einer Bedingung geschlossen worden und ist diese binnen fünf Jahren nach Abschluß des Vertrags nicht eingetreten, so kann jeder Teil den Vertrag nach fünf Jahren mit halbjähriger Frist kündigen; im Verschmelzungsvertrag kann eine kürzere Zeit als fünf Jahre vereinbart werden. Die Kündigung kann stets nur für den Schluß des Geschäftsjahres des Rechtsträgers, dem gegenüber sie erklärt wird, ausgesprochen werden.

Literatur: Grunewald, Rückverlagerung von Entscheidungskompetenzen der Hauptversammlung auf den Vorstand, AG 1990, 133; Hoffmann-Becking, Das neue Verschmelzungsrecht in der Praxis, FS Fleck, 1988, S. 105; Körner/Rodewald, Bedingungen, Befristungen, Rücktritts- und Kündigungsrechte in Verschmelzungs- und Spaltungsverträgen, BB 1999, 853.

Übersicht

	Rn.
I. Allgemeines	1
II. Tatbestand	3
1. Aufschiebende Bedingung	3
2. Gesetzliches Kündigungsrecht	7
III. Erweiterter Geltungsbereich	11
1. Einseitiges Vollzugsverlangen	11
2. Einseitiger Anteilseignerbeschluss	12
3. Befristung	13

I. Allgemeines

- 1 Die Vorschrift dient dem **Zweck**, bei einer unter einer Bedingung vereinbarten Verschmelzung nach Ablauf von fünf Jahren, in denen die Bedingung nicht eingetreten ist, einseitig Klarheit darüber schaffen zu können, dass die Verschmelzung endgültig nicht zustande kommt. Damit soll den Parteien ihre Dispositionsbefugnis wieder zurückzugeben werden. Dies rechtfertigt sich insbesondere daraus, dass nach so langer Zeit das vereinbarte Umtauschverhältnis nicht mehr angemessen ist, weil sich die Parteien wirtschaftlich unterschiedlich entwickelt haben¹. Meist wird jedoch schon die Fünfjahresfrist vor diesem Hintergrund viel zu lang sein, weshalb es sich empfiehlt – wie von S. 1 Hs. 2 ausdrücklich vorgesehen –, kürzere Fristen zu vereinbaren². Abgesehen davon, dass sich die Umtauschrelationen meist schon sehr viel kurzfristiger erheblich verschoben haben werden, muss der Anmeldung zum Register auch eine neue Schlussbilanz beigelegt werden, wenn diese bei Eintritt der Bedingung älter als acht Monate ist. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass Bedingungen und Befristungen das Erpressungspotential

⁴⁶ § 39 Abs. 2 KostO; siehe auch BayObLG NJW-RR 1997, 798.

⁴⁷ § 38 GNotKG.

⁴⁸ → Rn. 15.

⁴⁹ Zimmermann in Kallmeyer Rn. 14.

¹ Hoffmann-Becking FS Fleck, (1988), S. 105 (117 ff.); Drygala in Lutter Rn. 1; Wicke in BeckOGK Rn. 1; Marsch-Barner/Oppenhoff in Kallmeyer Rn. 1.

² Heckschen in Widmann/Mayer Rn. 4.