

# Umwandlungsgesetz: UmwG

Habersack / Wicke

2. Auflage 2021  
ISBN 978-3-406-75895-9  
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.

che gesetzlichen **Bestimmungen betreffend die Beschlussvorbereitung, Form- und Mehrheitsanforderungen** zu wahren, die auch für den Neuabschluss des Verschmelzungsvertrags gelten.<sup>120</sup> Gegebenenfalls muss der geänderte Vertrag erneut gem. § 5 Abs. 3 dem Betriebsrat zugeleitet werden (→ § 5 Rn. 157).<sup>121</sup> Die geschilderten Anforderungen gelten unabhängig von der Rechtsnatur der zu ändernden Bestimmung, also etwa auch für rein schuldrechtliche Regelungen, sofern sie einen untrennbaren Bestandteil des Verschmelzungsvertrags bilden (→ § 6 Rn. 7).<sup>122</sup>

### III. Form- und Verfahrensfragen bei Aufhebung des Vertrags

Die Aufhebung des Verschmelzungsvertrags erfordert eine Aufhebungsvereinbarung durch die Vertretungsorgane der beteiligten Rechtsträger und korrespondierende Zustimmungsbeschlüsse durch die Anteilseigner. Im Schrifttum ist umstritten, ob der Vertrag und die Verschmelzungsbeschlüsse zur Aufhebung denselben Form- bzw. Mehrheitserfordernissen unterliegen wie der Abschluss eines wirksamen Verschmelzungsvertrags. Von gewichtigen Stimmen wird dies angenommen, da es sich um einen *actus contrarius* handle und die Zustimmung zum Vertragsabschluss nur dann ausreichend respektiert werde, wenn für eine Aufhebung dieselbe Mehrheit benötigt werde.<sup>123</sup> Darüber hinaus seien die für den Verschmelzungsbeschluss geltenden Informations- und Formvorschriften zu beachten.<sup>124</sup> Überzeugender erscheint es, für den **Aufhebungsbeschluss die einfache Mehrheit** genügen zu lassen, die auch ausreichend gewesen wäre, um den Verschmelzungsbeschluss zu verhindern. Die erhöhten Zustimmungsquoren erklären sich gerade daraus, dass eine grundlegende Strukturveränderung erstmalig herbeigeführt werden soll.<sup>125</sup> Entsprechend den Überlegungen zur Aufhebung eines satzungsändernden Beschlusses bei Kapitalgesellschaften vor dessen Eintragung im Handelsregister genügt auch hier zur Erhaltung des *status quo* die einfache Mehrheit.<sup>126</sup>

Angesichts der geringeren Komplexität eines auf Beibehaltung der bestehenden Organisation gerichteten Beschlusses im Gegensatz zu einem solchen, der auf eine wesentliche Änderung gerichtet ist, sind auch die **sonstigen qualifizierten Verfahrens- und Formvorschriften nicht einschlägig**, die bei einer Zustimmung zur Verschmelzung zu beachten wären. Dementsprechend bedarf auch die von den Vertretungsorganen der beteiligten Rechtsträger geschlossene **Aufhebungsvereinbarung nicht der notariellen Beurkundung**, selbst wenn Zustimmungsbeschlüsse der Anteilseigner bereits gefasst worden sein sollten.<sup>127</sup>

### IV. Änderung oder Aufhebung nach Wirksamwerden der Verschmelzung

#### 1. Keine Abänderung oder Aufhebung

Die Verschmelzung wird mit der Eintragung in das Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers wirksam (§ 20 Abs. 1). Nach diesem Zeitpunkt kommt eine Änderung oder Aufhebung des Verschmelzungsvertrags angesichts des organisationsrechtlichen Charakters

<sup>120</sup> Widmann/Mayer/Mayer Rn. 64; Kallmeyer/Marsch-Barner/Oppenhoff Rn. 18; Lutter/Drygala Rn. 26; Kölner Komm UmwG/Simon Rn. 23.

<sup>121</sup> Kölner Komm UmwG/Simon Rn. 23; Schmitt/Hörtnagl/Winter § 7 Rn. 21.

<sup>122</sup> Dazu ferner Widmann/Mayer/Mayer Rn. 64.

<sup>123</sup> Kallmeyer/Marsch-Barner/Oppenhoff Rn. 17; Widmann/Mayer/Mayer Rn. 62; Schmitt/Hörtnagl/Winter § 7 Rn. 18; Widmann/Mayer/Heckschen § 13 Rn. 66; aA Semler/Stengel/Schröer Rn. 32; Lutter/Drygala Rn. 27; Kölner Komm UmwG/Simon Rn. 25.

<sup>124</sup> So Widmann/Mayer/Mayer Rn. 62; ferner Widmann/Mayer/Heckschen § 13 Rn. 163.32.

<sup>125</sup> Kölner Komm UmwG/Simon Rn. 25; Semler/Stengel/Schröer Rn. 32.

<sup>126</sup> S. Wicke GmbHG § 53 Rn. 12; Grigoleit/Ehmann AktG § 179 Rn. 33.

<sup>127</sup> Kallmeyer/Marsch-Barner/Oppenhoff Rn. 18; Kölner Komm UmwG/Simon Rn. 26; aA Widmann/Mayer/Mayer Rn. 63; Heckschen, Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 1989, 63. Bei börsennotierten Aktiengesellschaft ist allerdings § 130 AktG zu beachten, s. NK-UmwR/Böttcher Rn. 28.

nicht mehr in Betracht.<sup>128</sup> Denkbar wäre lediglich, die Folgen der Verschmelzung durch einen neuerlichen Strukturakt im Wege der Spaltung für die Zukunft rückgängig zu machen.

- 46 Hingegen wird **vereinzelt eine Abänderung** des Verschmelzungsvertrags in Anlehnung an die in § 313 BGB normierten Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage **als zulässig erachtet**, sofern die Abänderung nicht auf eine Entschmelzung gerichtet ist, das Umtauschverhältnis gewahrt bleibt, keine schutzwürdigen Interessen des Rechtsverkehrs entgegen stehen und sowohl die ehemaligen als auch die jetzigen Gesellschafter an der Abänderung beteiligt werden.<sup>129</sup> Für den als erforderlich erachteten Zustimmungsbeschluss der Anteilseigner des erloschenen übertragenden Rechtsträgers soll dieser entsprechend § 25 Abs. 1 als fortbestehend fingiert werden.<sup>130</sup> Im Schrifttum wird allerdings zu Recht bezweifelt, ob sich die Voraussetzungen für eine Analogie dieser eng auszulegenden Ausnahmenvorschrift überzeugend begründen lassen.<sup>131</sup> Ein dringendes praktisches Bedürfnis ist noch nicht erkennbar geworden, zumal eine Änderung den Erfolg der Verschmelzung nicht beeinträchtigen würde und mit dem Umtauschverhältnis die wesentlichen wirtschaftlichen Bedingungen für die Anteilseigner gerade unberührt bleiben sollen.<sup>132</sup> Nicht auszuschließen wäre zudem das Risiko, dass zur Schaffung vollendeter Tatsachen bestimmte Umstände im Rahmen des Verschmelzungsprozesses bewusst durch die Vertretungsorgane zunächst ausgespart blieben, die sich anschließend unter dem Eindruck des irreversiblen Vollzugs gegenüber den Anteilseignern, aber auch gegenüber den Arbeitnehmern leichter durchsetzen ließen.<sup>133</sup>

## 2. Änderung oder Aufhebung der Verschmelzung nach Anmeldung

- 47 Da die Verschmelzung gem. § 20 Abs. 1 erst mit der Eintragung in das Register beim übernehmenden Rechtsträger wirksam wird, kann eine Änderung oder Aufhebung vor diesem Zeitpunkt noch vereinbart werden, selbst wenn die Anmeldung bereits erfolgt ist und auch dann, wenn die Eintragung bei einem übertragenden Rechtsträger gem. § 19 Abs. 1 S. 2 schon vollzogen wurde,<sup>134</sup> die allerdings vorrangig zu löschen wäre. Im Fall einer beabsichtigten Änderung des Verschmelzungsvertrags wäre in einem zweiten Schritt eine neue Eintragung auch beim übertragenden Rechtsträger erforderlich.

### I. Mängel des Verschmelzungsvertrags

#### I. Nichtbeachtung der Vorgaben nach dem Umwandlungsgesetz

- 48 Der Verschmelzungsvertrag muss den **Mindestinhalt gem. § 5 Abs. 1** aufweisen, bei einer Verschmelzung durch Neugründung die Satzung des neuen Rechtsträgers enthalten (§ 37) und **weiteren zwingenden Inhaltsvorgaben nach dem Umwandlungsgesetz** Rechnung tragen, wie sie sich aufgrund einiger vornehmlich rechtsformspezifischer Vorschriften ergeben (→ § 5 Rn. 120). Fehlt es an diesen Voraussetzungen oder an der **notariellen Beurkundung gem. § 6**, darf die Verschmelzung **nicht im Handelsregister eingetragen** werden.<sup>135</sup> Entsprechendes kann gelten, wenn **weitere fakultative Abreden** im Verschmelzungsvertrag getroffen wurden und diese nichtig sind oder zusätzliche Vereinbarungen unter den Vertragsteilen geschlossen wurden, diese aber nicht mitbeurkundet wurden. Sofern es sich um Nebenabreden handelt, die nach dem Willen der Parteien mit dem Verschmelzungsvertrag eine untrennbare Einheit darstellen, mit ihm also „stehen und fallen“

<sup>128</sup> Schmitt/Hörtnagl/Winter § 7 Rn. 11; Kölner Komm UmwG/Simon Rn. 28; Semler/Stengel/Schröer Rn. 36; ferner OLG Frankfurt a. M. NZG 2003, 236 (237): Verbot der „Entschmelzung“; anders für die auf Anregung der Parteien vAw gelöschten Verschmelzung Custodis GmbH R 2006, 904.

<sup>129</sup> Semler/Stengel/Schröer Rn. 36.

<sup>130</sup> Lutter/Drygala Rn. 28 ff.; s. ansatzweise evtl. auch OLG Frankfurt a. M. ZIP 2012, 826 (828).

<sup>131</sup> Semler/Stengel/Schröer Rn. 36; Kölner Komm UmwG/Simon Rn. 29.

<sup>132</sup> S. iErg auch Kölner Komm UmwG/Simon Rn. 29.

<sup>133</sup> Semler/Stengel/Schröer Rn. 36.

<sup>134</sup> Zutr. Semler/Stengel/Schröer Rn. 37; insoweit aA Schmitt/Hörtnagl/Winter § 7 Rn. 14.

<sup>135</sup> Lutter/Drygala § 5 Rn. 154; Schmitt/Hörtnagl/Winter Rn. 16.

sollen, kann dies zur Gesamtnichtigkeit des Vertragswerks führen (§ 139 BGB; → § 6 Rn. 12).<sup>136</sup>

## II. Nichtigkeit nach BGB oder anderen Rechtsvorschriften

Ein Verschmelzungsvertrag kann nach den **allgemeinen Regeln des BGB nichtig** sein, 49 weil ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB), gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) oder ein Scheingeschäft vorliegt (§ 117 BGB) oder ein geschäftsunfähiger Vertreter gehandelt hat (§ 105 BGB). Nichtig wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB wäre etwa eine Regelung im Verschmelzungsvertrag oder der Satzung einer der beteiligten Gesellschaften, wonach Gesellschafter, die der Umwandlung nicht zustimmen, aus der Gesellschaft ausscheiden.<sup>137</sup> Nach Auffassung des OLG Hamm soll der **Verschmelzungsvertrag einer Steuerberatungs-GmbH mit einer ein Handelsgewerbe betreibenden GmbH** gegen § 72 Abs. 1 StBerG, § 57 Abs. 2, Abs. 4 Nr. 1 StBerG verstoßen und gem. § 134 BGB nichtig sein, auch wenn die Gesellschafter der Steuerberatungs-GmbH den Beschluss gefasst haben, das Handelsgewerbe der übertragenen GmbH nach der Verschmelzung nicht fortzuführen.<sup>138</sup> Ein **Verstoß gegen die DSGVO oder gegen das Bankgeheimnis wegen Übermittlung** von Kundendaten durch die Verschmelzung scheidet nach zutreffender Auffassung aus.<sup>139</sup> Entsprechendes dürfte auch für das durch § 203 StGB geschützte Berufsgeheimnis gelten.<sup>140</sup> Sittenwidrigkeit eines Verschmelzungsvertrags nach § 138 BGB kann in Betracht kommen, wenn die Übertragung eines überschuldeten Rechtsträgers allein zulasten des übernehmenden Rechtsträgers und dessen Anteilseigner erfolgt.<sup>141</sup> Im Fall der Nichtigkeit einzelner Regelungen ist wiederum zu prüfen, ob hiervon nach Maßgabe des § 139 BGB der gesamte Verschmelzungsvertrag erfasst ist.

## III. Anfechtbarkeit des Verschmelzungsvertrags wegen Willensmängeln

Der Verschmelzungsvertrag kann wegen Willensmängeln nach den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften gem. §§ 119, 123 BGB, zB wegen Irrtums über verkehrswesentliche Eigenschaften eines an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträgers oder wegen arglistiger Täuschung, angefochten werden. Der Willensmangel muss bei dem Vertretungsorgan vorliegen, das den jeweiligen Rechtsträger beim Vertragsabschluss vertritt, auf die Anteilseigner kommt es insoweit nicht an.<sup>142</sup> Die Anfechtungsfristen bestimmen sich nach den §§ 121, 124 BGB, § 246 Abs. 1 AktG ist nicht einschlägig.<sup>143</sup> Praktische Bedeutung hat die Anfechtung allerdings erst nach Beschlussfassung der Anteilseigner, weil der Verschmelzungsvertrag bis dahin schwebend unwirksam ist.<sup>144</sup> Dem Verschmelzungsbeschluss kommt nicht etwas die Bedeutung einer Bestätigung iSv § 144 BGB zu.<sup>145</sup> Im Fall der Anfechtung des Verschmelzungsvertrags darf das Registergericht die Verschmelzung nicht eintragen. Nach Eintragung im Handelsregister kann die Verschmelzung nach herrschender Meinung nicht mehr rückgängig gemacht werden (→ § 20 Rn. 133). Denkbar sind allerdings Schadensersatzansprüche gem. §§ 25, 26, die – ebenso wie die Anfechtung nach Eintragung – aufseiten des erloschenen übertragenen Rechtsträgers durch einen gerichtlich zu bestellenden besonderen

<sup>136</sup> Lutter/Drygala § 5 Rn. 154; Semler/Stengel/Schröer Rn. 38; ferner Schmitt/Hörtnagl/Winter § 6 Rn. 4f.

<sup>137</sup> Vgl. auch OLG Karlsruhe NZG 2002, 1118; Schmitt/Hörtnagl/Winter Rn. 16.

<sup>138</sup> OLG Hamm NJW 1997, 666; dagegen zu Recht krit. Neye EWIR 1997, 319 ff.; Widmann/Mayer/Mayer Rn. 72.

<sup>139</sup> LG München I BeckRS 2007, 06524; Schmitt/Hörtnagl/Winter Rn. 17; Kallmeyer/Marsch-Barner/Oppenhoff Rn. 13; s. aber für die DSGVO während der Due-Diligence-Phase v.d. Bussche/Voigt/Plath, Konzerndatenschutz, 2. Aufl. 2019, Teil 6 Rn. 67.

<sup>140</sup> Marsch-Barner/Mackenthun ZHR 165 (2001), 426 (436); Lutter/Grunewald § 20 Rn. 42; restriktiver Teichmann/Kießling ZGR 2001, 33 (62 ff.).

<sup>141</sup> Wicke DNotZ 2019, 405 (412); LG Mühlhausen DB 1996, 1967; zur Anwendung von § 826 BGB BGH NJW 2019, 589.

<sup>142</sup> Semler/Stengel/Schröer Rn. 42; Kallmeyer/Marsch-Barner/Oppenhoff Rn. 13.

<sup>143</sup> Semler/Stengel/Schröer Rn. 42.

<sup>144</sup> Semler/Stengel/Schröer Rn. 42; Kallmeyer/Marsch-Barner/Oppenhoff Rn. 14.

<sup>145</sup> Kallmeyer/Marsch-Barner/Oppenhoff Rn. 14; Kölner Komm UmwG/Simon § 5 Rn. 243.

Vertreter geltend gemacht werden können,<sup>146</sup> wie auch umgekehrt die Anfechtungserklärung gegenüber dem erloschenen übertragenen Rechtsträger an einen besonderen Vertreter zu richten ist.<sup>147</sup>

#### IV. Beschlussmängel (Nichtigkeit und Anfechtbarkeit)

- 51 Haben die Anteilsinhaber der beteiligten Rechtsträger einem fehlerhaften oder unvollständigen Verschmelzungsvertrag zugestimmt, so ist der entsprechende Beschluss seinerseits mangelhaft und kann deshalb mit der Klage nach § 14 Abs. 1 angegriffen werden.<sup>148</sup> Dies kommt jedoch nicht in Betracht, wenn erforderliche Angaben über die Folgen der Verschmelzung für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen nach § 5 Abs. 9 fehlen (→ § 5 Rn. 114).<sup>149</sup> Die Nichtigkeit des Vertrags kann ferner im Wege einer allgemeinen Feststellungsklage gem. § 256 ZPO geltend gemacht werden, und zwar unter Umständen auch dann, wenn die Verschmelzung bereits durch Eintragung im Handelsregister wirksam geworden ist (§ 20; → Rn. 52).<sup>150</sup> Das Fehlen der Angaben gem. § 5 Abs. 1 Nr. 1, 2 und – soweit Anteile gewährt werden – auch der Angaben gem. § 5 Abs. 1 Nr. 3 führt nach herrschender Meinung zur Nichtigkeit des Verschmelzungsvertrags,<sup>151</sup> hingegen kann das Fehlen der Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 4–8, soweit solche nach den Umständen des konkreten Falls erforderlich sind (→ § 5 Rn. 5), allenfalls die Anfechtbarkeit der Verschmelzungsbeschlüsse der beteiligten Rechtsträger begründen.<sup>152</sup>

#### V. Mängel nach Eintragung

- 52 Durch die Eintragung der Verschmelzung im Register des übernehmenden Rechtsträgers werden Mängel der notariellen Beurkundung des Verschmelzungsvertrags und gegebenenfalls erforderlicher Zustimmung- oder Verzichtserklärungen einzelner Anteilsinhaber nach § 20 Abs. 1 Nr. 4 geheilt. In der Konsequenz der Heilung erlangen auch nicht beurkundete Nebenabreden oder Ergänzungen des Verschmelzungsvertrags Wirksamkeit, sofern sie von den Zustimmungsbeschlüssen der Anteilseigner erfasst sind.<sup>153</sup> Aufgrund des umfassenden Bestandsschutzes gem. § 20 Abs. 2 lassen Mängel der Verschmelzung die Wirkungen der Eintragung auch im Übrigen unberührt. Daher können Fehler der Verschmelzung nicht mehr mit dem Ziel geltend gemacht werden, die Eintragung zu löschen.<sup>154</sup> Der Bestandsschutz nach § 20 Abs. 2 ist grundsätzlich umfassend ausgestaltet und unabhängig davon, ob Rechtshandlungen im Rahmen des Umwandlungsverfahrens mit Mängeln behaftet sind, wie schwer diese Mängel wiegen, ob es sich um Mängel des Verschmelzungsvertrages bzw. der Verschmelzungsbeschlüsse handelt, ob die Registersperre des § 16 Abs. 2 S. 2 missachtet wurde<sup>155</sup> oder ob ein Nichtigkeitsgrund aufgrund der allgemeinen Regelungen des Zivilrechts vorgelegen hat.<sup>156</sup> Unberührt bleibt daher ebenso die Wirksamkeit einer zur Durchführung der Verschmelzung im Handelsregister eingetragenen Kapitalerhöhung.<sup>157</sup> In

<sup>146</sup> Widmann/Mayer/Mayer Rn. 72; Semler/Stengel/Schröer Rn. 42; Martens AG 1986, 57 (63).

<sup>147</sup> Lutter/Drygala Rn. 153; Widmann/Mayer/Mayer Rn. 17.

<sup>148</sup> BGH NJW 1982, 933; Kallmeyer/Marsch-Barner/Oppenhoff § 5 Rn. 66; Lutter/Drygala § 5 Rn. 157; Semler/Stengel/Schröer § 5 Rn. 126.

<sup>149</sup> Kallmeyer/Marsch-Barner/Oppenhoff § 5 Rn. 66.

<sup>150</sup> OLG Karlsruhe BeckRS 1991, 08061; Lutter/Drygala § 5 Rn. 157; Kallmeyer/Marsch-Barner/Oppenhoff § 5 Rn. 66; Semler/Stengel/Schröer § 5 Rn. 126.

<sup>151</sup> OLG Frankfurt a. M. NZG 1998, 649; Lutter/Drygala § 5 Rn. 155; ähnlich Semler/Stengel/Schröer Rn. 40.

<sup>152</sup> Widmann/Mayer/Mayer Rn. 74; Lutter/Drygala § 5 Rn. 155.

<sup>153</sup> Widmann/Mayer/Mayer Rn. 77; Lutter/Drygala § 5 Rn. 158.

<sup>154</sup> S. BGH NZG 2006, 956 (958); OLG Hamburg RNotZ 2008, 37 (38); NZG 2003, 981; Bay-ObLG DB 1999, 2504; OLG Frankfurt a. M. NZG 2003, 236 (237); DB 2003, 1725; OLG Hamm ZIP 2001, 569; Widmann/Mayer/Mayer Rn. 69.

<sup>155</sup> S. dazu BGH NZG 2006, 956 (958).

<sup>156</sup> Widmann/Mayer/Mayer Rn. 69.

<sup>157</sup> OLG Frankfurt a. M. NZG 2012, 596.

Rspr.<sup>158</sup> und Lit.<sup>159</sup> wird die Auffassung vertreten, dass bei Fehlen der Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 1–3 die Nichtigkeit des Verschmelzungsvertrages auch nicht durch Eintragung geheilt werden könne, da es an den Essentialia des Verschmelzungsvertrags fehle.<sup>160</sup> Nach hier vertretener Auffassung ist die Heilungswirkung des § 20 Abs. 2 umfassend ausgestaltet und kann nur dann nicht eintreten, wenn bei objektiver Auslegung des Verschmelzungsvertrags ungewiss bleibt, ob überhaupt eine Verschmelzung beabsichtigt war<sup>161</sup> und welche Rechtsträger in welcher Funktion hieran beteiligt waren, also letztlich nur bei bestimmten Mängeln in Anwendung von § 5 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2. Andere Mängel können nach Eintragung der Verschmelzung allenfalls Schadensersatz- bzw. Amtshaftungsansprüche begründen.<sup>162</sup>

## § 5 Inhalt des Verschmelzungsvertrags

- (1) Der Vertrag oder sein Entwurf muß mindestens folgende Angaben enthalten:
1. den Namen oder die Firma und den Sitz der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger;
  2. die Vereinbarung über die Übertragung des Vermögens jedes übertragenden Rechtsträgers als Ganzes gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften an dem übernehmenden Rechtsträger;
  3. das Umtauschverhältnis der Anteile und gegebenenfalls die Höhe der baren Zuzahlung oder Angaben über die Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger;
  4. die Einzelheiten für die Übertragung der Anteile des übernehmenden Rechtsträgers oder über den Erwerb der Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger;
  5. den Zeitpunkt, von dem an diese Anteile oder die Mitgliedschaften einen Anspruch auf einen Anteil am Bilanzgewinn gewähren, sowie alle Besonderheiten in bezug auf diesen Anspruch;
  6. den Zeitpunkt, von dem an die Handlungen der übertragenden Rechtsträger als für Rechnung des übernehmenden Rechtsträgers vorgenommen gelten (Verschmelzungsstichtag);
  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.

<sup>158</sup> OLG Frankfurt a. M. NZG 1998, 649; KG NZG 1999, 174.

<sup>159</sup> Vgl. Lutter/Drygala § 5 Rn. 155.

<sup>160</sup> Krit. dazu Widmann/Mayer/Mayer Rn. 70.

<sup>161</sup> Vgl. KG NZG 2004, 1172.

<sup>162</sup> Widmann/Mayer/Mayer Rn. 78.



**0 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; 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, 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 Verschmelzwertrelation 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 Verschmelzwertrelation 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, Akzienerwerb 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 Unternehmensbewertung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, FS Stilz, 2014, 479; 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; Wicke, Der Grundsatz der Anteilsgewährung bei der Verschmelzung und seine Ausnahmen, ZGR 2017, 527; Wicke, Sanierungsfusion und Existenzvernichtungshaftung, DNotZ 2019, 405; Wicke, Verschmelzwertrelation, 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), 396 (Teil II); 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; Trölitzsch, 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, 5. Aufl. 2016; 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 Verschmelzungsstichtag 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. 140) oder wenn die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers auf die Gewährung von Anteilen verzichten (→ Rn. 143). 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. 145).

Übersicht

	Rn.		Rn.
A. Allgemeines .....	2	I. Notwendiger Vertragsinhalt .....	4
I. Normzweck .....	2	II. Name/Firma und Sitz der beteiligten Rechtsträger (Abs. 1 Nr. 1) .....	5
II. Historie .....	3	III. Vermögensübertragung gegen Gewährung von Anteilen/Mitgliedschaften (Abs. 1 Nr. 2) .....	8
B. Inhalt des Verschmelzungsvertrags nach Abs. 1 .....	4		



1. Vermögensübertragung .....	Rn. 8	3. Art und Umfang der Angaben .....	Rn. 90
2. Anteilsgewährung .....	11	4. Die Angaben im Einzelnen .....	94
<b>IV. Umtauschverhältnis und bare Zuzahlungen bzw. Angaben über die Mitgliedschaft (Abs. 1 Nr. 3) .....</b>	<b>29</b>	5. Weitere Fragen .....	103
1. Bedeutung .....	29	6. Folgen unrichtiger und unvollständiger Angaben .....	110
2. Inhalt der vertraglichen Regelung .....	30	<b>C. Weitere zwingende Regelungen .....</b>	<b>119</b>
3. Insbesondere: bare Zuzahlungen .....	33	<b>I. Abfindungsangebot .....</b>	<b>119</b>
4. Ermittlung eines angemessenen Umtauschverhältnisses .....	35	<b>II. Verschmelzung durch Neugründung; Inhaber von Sonderrechten .....</b>	<b>120</b>
<b>V. Einzelheiten für die Übertragung der Anteile oder den Erwerb der Mitgliedschaften (Abs. 1 Nr. 4) .....</b>	<b>50</b>	<b>III. Rechtsformspezifische Sonderregelungen .....</b>	<b>121</b>
1. Allgemeines .....	50	1. AG und KGaA .....	122
2. Verschmelzung auf eine GmbH oder AG .....	51	2. GmbH .....	123
3. Verschmelzung auf eine Personenhandels-gesellschaft .....	53	3. Personenhandels-gesellschaften .....	124
4. Genossenschaft, Vereine, Mischverschmel-zung .....	54	4. Weitere rechtsformbedingte Besonderhei-ten .....	125
<b>VI. Zeitpunkt der Gewinnberechtigung (Abs. 1 Nr. 5) .....</b>	<b>55</b>	<b>D. Fakultative Regelungen .....</b>	<b>126</b>
1. Allgemeines .....	55	<b>I. Änderung von Firma und Satzung ....</b>	<b>127</b>
2. Wahl des Zeitpunkts .....	56	<b>II. Mängelhaftung, Schadensersatz .....</b>	<b>129</b>
3. Variabler Beginn der Gewinnberechtigung .....	57	<b>III. Bedingungen, Befristungen, Kündi-gungs- bzw. Rücktrittsrechte .....</b>	<b>131</b>
4. Besonderheiten in Bezug auf den Gewinn-anspruch .....	60	<b>IV. Verschmelzung mehrerer Rechtsträ-ger; Kettenumwandlung .....</b>	<b>132</b>
<b>VII. Verschmelzungsstichtag (Abs. 1 Nr. 6) .....</b>	<b>61</b>	<b>V. Kosten .....</b>	<b>137</b>
1. Bedeutung .....	61	<b>VI. Notarielle Hinweise .....</b>	<b>138</b>
2. Koordinierung mit anderen Stichtagen ....	62	<b>VII. Sonstiges .....</b>	<b>139</b>
3. Freie Wahl des Verschmelzungsstichtags ....	68	<b>E. Konzernverschmelzung (Abs. 2) .....</b>	<b>140</b>
<b>VIII. Besondere Rechte (Abs. 1 Nr. 7) ....</b>	<b>74</b>	<b>I. Voraussetzungen .....</b>	<b>140</b>
1. Normzweck und Anwendungsumfang .....	74	<b>II. Maßgeblicher Zeitpunkt .....</b>	<b>142</b>
2. Besondere Rechte und Maßnahmen .....	75	<b>III. Abwärtsverschmelzung und Ver-schmelzung von Schwestergesellschaften .....</b>	<b>143</b>
3. Inhaber besonderer Rechte .....	76	<b>IV. Rechtsfolgen .....</b>	<b>144</b>
4. Fehlende oder fehlerhafte Angaben .....	77	<b>F. Zuleitung an den Betriebsrat (Abs. 3) .....</b>	<b>145</b>
<b>IX. Besondere Vorteile (Abs. 1 Nr. 8) .....</b>	<b>78</b>	<b>I. Bedeutung der Vorschrift .....</b>	<b>145</b>
1. Normzweck .....	78	<b>II. Zuständiger Betriebsrat .....</b>	<b>146</b>
2. Maßgeblicher Personenkreis .....	79	<b>III. Fehlen eines Betriebsrats .....</b>	<b>149</b>
3. Besondere Vorteile .....	80	<b>IV. Zuleitungsfrist .....</b>	<b>150</b>
4. Fehlerfolgen .....	83	<b>V. Umfang der Zuleitung .....</b>	<b>154</b>
<b>X. Folgen der Verschmelzung für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen ....</b>	<b>85</b>	<b>VI. Zugang und Nachweis .....</b>	<b>156</b>
1. Überblick .....	85	<b>VII. Rechtsfolgen bei Verstoß .....</b>	<b>158</b>
2. Verhältnis zu anderen Mitbestimmungs- und Informationsrechten .....	89		

## 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).<sup>1</sup> 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

<sup>1</sup> Semler/Stengel/Schröer Rn. 1; Kölner Komm UmwG/Simon Rn. 1; Widmann/Mayer/Mayer Rn. 2 f.; Lutter/Drygala Rn. 2.