

# Umwandlungsgesetz

Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel bei Handelsgesellschaften. Kommentar.

6. neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2017. Buch. 1799 S. Hardcover  
ISBN 978 3 504 37024 4

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht > Umwandlungsrecht](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Leseprobe zu



Kallmeyer

## **Umwandlungsgesetz**

Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel bei Handelsgesellschaften. Kommentar.

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

ISBN 978-3-504-37024-4

169,- €

UmwG keine Beschwerde mehr gibt (vgl. § 16 Abs. 3 Satz 9 UmwG). Für solche Verfahren ist weiter das OLG zuständig.

- 3 § 321 Abs. 3 UmwG wurde durch das 3. UmwGÄndG hinzugefügt. Danach sind die §§ 62 Abs. 4 und 5, 63 Abs. 2 Satz 5–7, 64 Abs. 1, 143 UmwG idF des 3. UmwGÄndG erstmals auf Umwandlungen anzuwenden, bei denen der Verschmelzungs- oder Spaltungsvertrag nach dem 14.7.2011 geschlossen wurde. Die Änderungen betreffen die Entbehrlichkeit des Verschmelzungsbeschlusses der übertragenden Kapitalgesellschaft bei einer 100%igen Konzernverschmelzung, den verschmelzungsrechtlichen Squeeze-out, die Entbehrlichkeit einer Zwischenbilanz, die Unterrichtungspflicht des Vorstandes bei wesentlichen Vermögensveränderungen und die verhältnismäßige Spaltung zur Neugründung.

### Vorbemerkung zu § 322

### Arbeitsrechtliche Auswirkungen der Umwandlung

<b>A. Einführung</b> . . . . .	1	2. Gesamtbetriebsrat	
<b>B. Auswirkungen der Umwandlung auf das einzelne Arbeitsverhältnis</b> . . . . .	4	a) Beteiligungsrechte in Bezug auf den Umwandlungsvorgang . . . . .	40
I. Übertragende Umwandlungen (Verschmelzung, Spaltung, Ausgliederung, Vermögens[teil]übertragung) . . . . .	5	b) Rechtsfolgen für das Amt des Gesamtbetriebsrats . . . . .	43
II. Formwechsel . . . . .	10	<b>3. Konzernbetriebsrat</b>	
<b>C. Auswirkungen auf die Rechtsstellung und das Amt des Betriebsrats/Gesamtbetriebsrats/Konzernbetriebsrats/Wirtschaftsausschusses/Europäischen Betriebsrats sowie des Sprecherausschusses der leitenden Angestellten</b> . . . . .	14	a) Beteiligungsrechte in Bezug auf den Umwandlungsvorgang . . . . .	47
I. Übertragende Umwandlungen (Verschmelzung, Spaltung, Ausgliederung, Vermögens[teil]übertragung)		b) Rechtsfolgen für das Amt des Konzernbetriebsrats . . . . .	49
1. Betriebsrat		<b>4. Besonderheiten bei Bestehen von Vereinbarungen gemäß § 3 BetrVG</b> . . . . .	51
a) Beteiligungsrechte in Bezug auf den Umwandlungsvorgang	15	<b>5. Wirtschaftsausschuss</b>	
b) Rechtsfolgen für das Betriebsratsamt und die Rechtsstellung der Betriebsratsmitglieder . . .	19	a) Beteiligungsrechte in Bezug auf den Umwandlungsvorgang	52
		b) Rechtsfolgen für den Bestand des Wirtschaftsausschusses . .	53
		<b>6. Sprecherausschuss der leitenden Angestellten</b>	
		a) Beteiligungsrechte in Bezug auf den Umwandlungsvorgang	54
		b) Rechtsfolgen für das Amt des Sprecherausschusses und die Rechtsstellung der Sprecherausschussmitglieder . . . . .	55

7. Europäischer Betriebsrat		II. Arbeitnehmerbeteiligung bei	
a) Beteiligungsrechte in Bezug		grenzüberschreitender Ver-	
auf den Umwandlungsvorgang	59	schmelzung	97
b) Rechtsfolgen für das Amt und		1. Wesentliche Unterschiede zur	
die Rechtsstellung Europäi-		Arbeitnehmerbeteiligung bei der	
scher Betriebsräte	62	SE-Gründung	98
II. Formwechsel		2. Anwendungsvoraussetzungen des	
1. Beteiligungsrechte in Bezug auf		MgVG	99
den Umwandlungsvorgang	64	3. Tatbestände des § 5 MgVG	
2. Rechtsfolgen für das Amt des Be-		a) § 5 Nr. 1 MgVG	101
triebsrats/Gesamtbetriebsrats/		b) § 5 Nr. 2 MgVG	102
Konzernbetriebsrats/Wirtschafts-		c) § 5 Nr. 3 MgVG	103
ausschusses/Europäischen Be-		4. Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren	
triebsrats sowie des Sprecheraus-		nach §§ 6 ff. MgVG	104
schusses der leitenden Angestell-		a) Einleitung des Verfahrens	105
ten	66	b) Zusammensetzung des Beson-	
<b>D. Auswirkungen auf bestehende</b>		deren Verhandlungsgremiums	106
<b>Betriebsvereinbarungen und</b>		c) Bildung des Besonderen Ver-	
<b>Tarifverträge</b>	68	handlungsgremiums	107
I. Übertragende Umwandlungen		d) Wählbarkeitsvoraussetzungen	108
(Verschmelzung, Spaltung, Aus-		e) Zeitrahmen	109
gliederung, Vermögens[teil]über-		5. Verhandlungen mit dem BVG	
tragung)		a) Verhandlungsfrist und -ziel	110
1. Betriebsvereinbarung, Gesamt-		b) Abschluss der Verhandlungen	111
und Konzernbetriebsverein-		6. Gesetzliche Auffangregelung	112
barung, Sprecherausschussver-		a) Größe und Zusammensetzung	
einbarung	69	des Aufsichtsrats	113
2. Tarifverträge	79	b) Wahl bzw. Bestellung der Ar-	
a) Firmentarifverträge	80	beitnehmervertreter im Auf-	
b) Verbands („Flächen“-)tarifver-		sichtsrat	115
träge	83	c) Geschlechterquote bei börsen-	
II. Formwechsel	85	notierten Gesellschaften	115a
<b>E. Auswirkungen auf die Unter-</b>		7. Optierung für die gesetzliche	
<b>nehmensmitbestimmung</b>	86	Auffangregelung ohne vorher-	
I. Übertragende Umwandlungen		gehende Verhandlung (§ 23	
(Verschmelzung, Spaltung, Aus-		Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MgVG)	116
gliederung, Vermögens[teil]über-		8. Nichtverhandlungs- bzw. Ab-	
tragung)	87	bruchbeschluss des BVG (§ 18	
II. Formwechsel	92	MgVG)	118
<b>F. Arbeitnehmerbeteiligung und</b>		<b>G. Haftungsrechtliche Auswirkun-</b>	
<b>Mitbestimmung in der SE und</b>		<b>gen im Bereich des Arbeits-</b>	
<b>bei grenzüberschreitender Ver-</b>		<b>rechts</b>	
<b>schmelzung</b>		I. Übertragende Umwandlungen	
I. Arbeitnehmerbeteiligung bei SE-		(Verschmelzung, Spaltung, Aus-	
Gründung	96	gliederung, Vermögens[teil]über-	
		tragung)	119
		II. Formwechsel	123

**H. Auswirkungen auf den Inhalt  
des Umwandlungsvertrages** . . . 124

**J. Zusammenfassung** . . . . . 126

**Literatur:** *Annuß/Kühn/Rudolph/Rupp*, EBRG, 2014; *Arens/Düwell/Wichert* (Hrsg.), Handbuch Umstrukturierung und Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2013; *Bachner/Köstler/Matthießen/Trittin*, Arbeitsrecht bei Unternehmensumwandlung und Betriebsübergang, 4. Aufl. 2012; *Bauer/Haußmann/Krieger*, Umstrukturierung, 3. Aufl. 2015; *Brandes*, Mitbestimmungsvermeidung mittels grenzüberschreitender Verschmelzung, ZIP 2008, 2193; *Cisch/Hock*, Konzernbetriebsvereinbarungen zur betrieblichen Altersversorgung im Lichte eines Share Deal, BB 2012, 2113; *Däubler/Kitzner/Klebe/Wedde*, BetrVG, 15. Aufl. 2016 (zit. DKKW); *Drinhausen/Keinath*, Mitbestimmung bei grenzüberschreitender Verschmelzung mitbestimmungsfreier Gesellschaften, AG 2010, 398; *Düwell*, BetrVG, 4. Aufl. 2014; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2016 (zit. ErfK); *Dzida*, Die Unterrichtung des „zuständigen“ Betriebsrats bei innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Verschmelzungen, GmbHR 2009, 459; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, BetrVG, 28. Aufl. 2016; *Fuhlrott/Oltmanns*, Das Schicksal von Betriebsräten bei Betriebs(teil)übergängen, BB 2015, 1013; *B. Gaul*, Das Arbeitsrecht der Betriebs- und Unternehmensspaltung, 2002; *Gaul/Otto*, Konsequenzen einer Spaltung nach § 123 UmwG für Firmentarifverträge, BB 2014, 500; Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 11. Aufl. 2016 (zit. KR); *Gussen/Dauck*, Die Weitergeltung von Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen bei Betriebsübergang und Umwandlung, 2. Aufl. 1997; *Henßler/Willemsen/Kalb* (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 7. Aufl. 2016; *Hohenstatt/Kröpelin/Bertke*, Die Novellierung des Gesetzes über Europäische Betriebsräte (EBRG): Handlungsbedarf bei freiwilligen Vereinbarungen?, NZA 2011, 1313; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, Auswirkungen eines Betriebsinhaberwechsels auf Gesamtbetriebsrat und Gesamtbetriebsvereinbarung, NZA 2003, 766; *Hohenstatt/Schramm*, Der Gemeinschaftsbetrieb im Recht der Unternehmensmitbestimmung, NZA 2010, 846; *Hromadka/Maschmann/Wallner*, Der Tarifwechsel, 1996; *Kauffmann-Lauven/Lenze*, Auswirkungen der Verschmelzung auf den mitbestimmten Aufsichtsrat, AG 2010, 532; *Kern*, Störfälle im Anwendungsbereich von Konzernbetriebsvereinbarungen, NZA 2009, 1313; *Maschmann*, Betriebsrat und Betriebsvereinbarung nach einer Umstrukturierung, NZA Beil. 2009, 32; *Kiefner/Friebel*, Zulässigkeit eines Aufsichtsrats mit einer nicht durch drei teilbaren Mitgliederzahl bei einer SE mit Sitz in Deutschland, NZG 2010, 537; *O. Kittner*, Beschränkter Umfang des Übergangsmandats nach § 21a BetrVG, NZA 2012, 541; *Lunk/Hinrichs*, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen nach dem MgVG, NZA 2007, 773; *Mengel*, Umwandlungen im Arbeitsrecht, 1997; *C. Meyer*, Betriebsübergang: Neues zur Transformation gem. § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB, DB 2010, 1404; *Moll/Ersfeld*, Betriebsratsstruktur nach Betriebsübergang, DB 2011, 1108; *Müller-Bonanni*, Der Betriebsinhaberwechsel im Rahmen des Umwandlungsgesetzes, 2004; *Müller-Bonanni/Mehrens*, Auswirkungen von Umstrukturierungen auf die Tarifsituation, ZIP 2012, 1217; *Müller-Bonanni/Müntefering*, Grenzüberschreitende Verschmelzung ohne Arbeitnehmerbeteiligung?, NJW 2009, 2347; *Nikoleyczik/Führ*, Mitbestimmungsgestaltung im grenzüberschreitenden Konzern unter besonderer Berücksichtigung der SE und grenzüberschreitender Verschmelzungen, DStR 2010, 1743; *Picot/Schnitker*, Arbeitsrecht bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, 2001; *Preis/Willemsen*, Umstrukturierung von Betrieb und Unternehmen im Arbeitsrecht, 1999; *Richardi* (Hrsg.), BetrVG, 15. Aufl. 2016; *Sagan*, Die kollektive Fortgeltung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen nach § 613a Abs. 1 Sätze 2–4 BGB, RdA 2011, 163; *Schönhöft/Brahmstaedt*, Betriebsvereinbarungen und Ge-

meinschaftsbetrieb, NZA 2010, 851; *Schubert*, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitender Verschmelzung, RdA 2007, 9; *Sieg/Maschmann*, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, 2. Aufl. 2010; *Teichmann*, Mitbestimmung und grenzüberschreitende Verschmelzung, Der Konzern 2007, 89; *Trappehl/Nussbaum*, Auswirkungen einer Verschmelzung auf den Bestand von Gesamtbetriebsvereinbarungen, BB 2011, 2869; *Völksen*, Beendigung fortgeltender freiwilliger Betriebsvereinbarungen nach einem Betriebsübergang, NZA 2013, 1182; *Willemssen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 5. Aufl. 2016; *Windbichler*, Arbeitsrecht im Konzern, 1989; *Wollwert*, Zulässigkeit der Errichtung eines Konzernbetriebsrats durch den konzernweit einzigen Gesamtbetriebsrat, NZA 2011, 437.

## A. Einführung

Arbeitsrechtliche Aspekte werden im Umwandlungsgesetz nur vereinzelt<sup>1</sup> angesprochen. Eine geschlossene Systematik des „Arbeitsrechts der Umwandlung“ gibt es nicht<sup>2</sup>. Das Gesetz enthält nur einige rudimentäre Regelungen, deren wichtigste die in § 324 UmwG enthaltene Klarstellung in Bezug auf die Anwendbarkeit des § 613a BGB bei übertragenden Umwandlungen (zum Begriff siehe Rz. 4) ist. Die §§ 322, 323 und 325 UmwG bilden lediglich partiell wirkende Sonderbestimmungen zu den ansonsten **unverändert anwendbaren Regelungen des allgemeinen Arbeitsrechts**.

Die Antwort auf die meisten arbeitsrechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit Umwandlungen ergibt sich somit aus den allgemein geltenden gesetzlichen Regelungen und von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen beispielsweise des Kündigungs-, Betriebsverfassungs- und Tarifvertragsrechts, wobei allerdings stets der durch die Umwandlung bewirkte **Rechtsträger- bzw. Rechtsformwechsel** beachtet werden muss, soweit er für die jeweils anzuwendende arbeitsrechtliche Norm **relevant** sein kann. Die Spannbreite reicht dabei von der arbeitsrechtlich nahezu neutralen Umwandlung einer (bereits zuvor mitbestimmungspflichtigen) GmbH in eine AG bis zur Ausgliederung von Betriebsteilen auf einen oder mehrere neu gegründete(n) Rechtsträger unter Verlust der **Identität**<sup>3</sup> des bisherigen Betriebs, die vielfache Folgefragen aufwirft, insbesondere hinsichtlich des „Schicksals“ der Arbeitsverhältnisse, des Fortbestands bzw. der Neuwahl von Betriebsräten, der Fortgeltung von Betriebsver-

1 Siehe insb. § 5 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 3 UmwG; § 126 Abs. 1 Nr. 11, Abs. 3 UmwG; § 134 UmwG; § 194 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2 UmwG; §§ 322–325 UmwG.

2 Siehe die zusammenfassenden Darstellungen von *B. Gaul*, Das Arbeitsrecht der Betriebs- und Unternehmensspaltung, 1. Aufl. 2002; *Picot/Schnitker*, Arbeitsrecht bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, 2001; *Sieg/Maschmann*, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, 2. Aufl. 2010; *Willemssen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 5. Aufl. 2016.

3 Zu Begriff und Bedeutung der Betriebsidentität in diesem Zusammenhang vgl. *Thüsing* in *Richardi*, § 21a BetrVG Rz. 5.

einbarungen und Tarifverträgen sowie der Beteiligung des Betriebsrats hinsichtlich der mit der Umwandlung verbundenen organisatorischen Umstrukturierung (Betriebsänderungen iS von § 111 BetrVG) als solcher. Kommt es im Zusammenhang und in Folge der Umwandlung zu einer **Personalanpassung, Versetzung** von Mitarbeitern und/oder **Änderungen von Arbeitsbedingungen**, stellen sich die üblichen, nach allgemeinem Arbeitsrecht zu beantwortenden Fragen wie etwa der Zulässigkeit betriebsbedingter Kündigungen gemäß § 1 KSchG, Anpassung individueller und kollektiver Vereinbarungen sowie der Reichweite des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts<sup>1</sup>.

- 3 Die Antwort auf all diese Fragen ist, soweit das Gesetz nicht ausnahmsweise eine Sonderregelung bereithält, den einschlägigen arbeitsrechtlichen Normen und der diesbezüglichen Rechtsprechung zu entnehmen. Mit der Aufhebung der §§ 321 und 322 Abs. 1 UmwG aF und deren Ersetzung durch § 21a bzw. § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG<sup>2</sup> gilt dies ausnahmslos auch für die Auswirkungen der Umwandlung auf das Betriebsratsmandat. Die Streichung dieser Bestimmungen aus den Übergangs- und Schlussvorschriften des Gesetzes sowie der ohnehin nur fragmentarische Charakter des „arbeitsrechtlichen Teils“ lassen es sinnvoll erscheinen, die arbeitsrechtlichen Auswirkungen der Umwandlung zunächst in Form einer **Gesamtskizze** darzustellen<sup>3</sup>, bevor die verbleibenden Regelungen (§§ 322 bis 325 UmwG) im Detail erläutert werden.

## **B. Auswirkungen der Umwandlung auf das einzelne Arbeitsverhältnis**

- 4 Für die arbeitsrechtliche Bewertung ist die Unterscheidung zwischen **übertragenden** und (lediglich) **formwechselnden** Umwandlungen von zentraler Bedeutung<sup>4</sup>. Die übertragenden Umwandlungen (Verschmelzung, Spaltung, Ausgliederung und Vermögensübertragung) sind definitionsgemäß mit einer Übertragung von Vermögen (Aktiva und Passiva) im Wege der (Sonder-) Gesamtrechtsnachfolge auf einen anderen Rechtsträger verbunden, während der Formwechsel als solcher ohne jede Vermögensbewegung und ohne jeglichen Rechtsträgerwechsel erfolgt. Dementsprechend sind die arbeitsrechtlichen Konsequenzen einer übertragenden Umwandlung in aller Regel deutlich gravierender als diejenigen eines Formwechsels.

---

1 Zum sog. arbeitsrechtlichen Direktionsrecht vgl. *Preis*, Der Arbeitsvertrag, 5. Aufl. 2015, Teil II D 30, S. 759 ff.; *Thüsing* in *Henssler/Willemsen/Kalb*, § 611 BGB Rz. 293 ff.

2 Neu eingefügt durch das BetrVerfReformG v. 23.7.2001 (BGBl. I 2001, S. 1852), vgl. Neubekanntmachung v. 25.9.2001 (BGBl. I 2001, S. 2518).

3 Siehe dazu auch *Willemsen* in *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung, Rz. B 81 ff.

4 Siehe dazu Kommentierung zu § 1 UmwG Rz. 6 sowie das Schaubild bei *Lutter/Bayer* in *Lutter*, Einleitung I Rz. 50 f.

### I. Übertragende Umwandlungen (Verschmelzung, Spaltung, Ausgliederung, Vermögens[teil]übertragung)

Die übertragende Umwandlung ist (nur) in den Fällen der **Verschmelzung** (§ 2 5 UmwG), der **Aufspaltung** (§ 123 UmwG) und der **Vermögensvollübertragung** (§ 174 UmwG) zwingend mit dem Übergang von Arbeitsverhältnissen verbunden, soweit solche bei dem übertragenden und durch die Umwandlung ohne Abwicklung erlöschenden Rechtsträger bestanden haben<sup>1</sup>. Bei allen sonstigen übertragenden Umwandlungen, die nicht mit dem Erlöschen des bisherigen Rechtsträgers verbunden sind, also bei der Abspaltung (§ 123 Abs. 2 UmwG), Ausgliederung (§ 123 Abs. 3 UmwG) sowie bei der Vermögens<sup>teil</sup>übertragung (§§ 177, 179 UmwG) hängt das „Schicksal“ der bei dem übertragenden Rechtsträger vorhandenen Arbeitsverhältnisse maßgeblich davon ab, ob es sich bei dem jeweiligen Rechtsträgerwechsel zugleich um den Fall eines **Betriebs- oder Betriebsteilübergangs iS von § 613a BGB** handelt.

§ 324 UmwG stellt die Anwendbarkeit dieser Bestimmung für alle Fälle der übertragenden Umwandlung klar<sup>2</sup>. Anders als bei Verschmelzung, Aufspaltung und Vermögensvollübertragung hängt es in den Fällen der nur partiellen Gesamtrechtsnachfolge, also bei Abspaltung, Ausgliederung und Vermögens<sup>teil</sup>übertragung, maßgeblich vom **Inhalt des Umwandlungsvertrages bzw. -beschlusses** ab, inwieweit die bei dem übertragenden Rechtsträger vorhandenen Arbeitsverhältnisse davon überhaupt berührt werden. Gliedert beispielsweise eine AG lediglich einen Teil ihrer Verbindlichkeiten sowie einige nicht betriebsnotwendige Grundstücke und Unternehmensbeteiligungen in eine neu gegründete Tochtergesellschaft aus, sind die Arbeitsverhältnisse bei der AG hiervon augenscheinlich nicht betroffen: Umwandlungsrechtlich nicht, weil sie nicht Gegenstand des Übertragungsvorgangs sind, nach § 613a BGB nicht, weil die zu übertragenden Gegenstände weder einen Betrieb noch einen vom Betriebsteil iS dieser Vorschrift bilden<sup>3</sup>. Daher sind die Voraussetzungen des § 613a BGB jedenfalls bei der **Spaltung, Ausgliederung und Vermögens<sup>teil</sup>übertragung stets eigenständig zu prüfen** (siehe auch § 324 UmwG Rz. 2). Nur soweit mit der Vermögensverschiebung ein Betriebs- oder Betriebsteilübergang einhergeht, kommt es zu einem gesetzlichen Übergang der hieran „gebundenen“ Arbeitsverhältnisse<sup>4</sup> sowie den weiteren hieran gemäß § 613a Abs. 1 Satz 2–4, Abs. 2–6

1 Über dieses Ergebnis besteht in der Rechtsprechung und Literatur Einigkeit; umstritten ist jedoch, ob es sich ausschließlich aus arbeitsrechtlichen (§ 613a BGB iVm. § 324 UmwG) oder (ggf. zusätzlich) aus den Grundsätzen der umwandlungsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge ergibt; siehe dazu Joost in Lutter, § 324 UmwG Rz. 16; Willemsen in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. B 90f.

2 Zur Bedeutung dieser Vorschrift siehe im Übrigen Erl. zu § 324 UmwG Rz. 2ff.

3 Allgemein zu den Voraussetzungen eines Betriebs/Betriebsteils iS des § 613a BGB Willemsen in Henssler/Willemsen/Kalb, § 613a BGB Rz. 11 ff.

4 Zu den damit verbundenen Zuordnungsfragen siehe § 324 UmwG Rz. 51 ff.



BGB geknüpften Rechtsfolgen. Die *Aufspaltung* führt zwar, wie oben ausgeführt, definitionsgemäß zu einer Übertragung der beim übertragenden und mit der Aufspaltung erlöschenden Rechtsträger bestehenden Arbeitsverhältnisse; gleichwohl sind auch hier die Voraussetzungen des § 613a BGB in Bezug auf jeden übernehmenden Rechtsträger gesondert zu prüfen, weil hiervon abhängt, auf *welchen* von ihnen das jeweilige Arbeitsverhältnis nach § 613a BGB übergeht. Die Rechtsfolgen dieser arbeitsrechtlichen Norm haben gemäß der Klarstellung in § 324 UmwG **Vorrang** gegenüber etwaigen gegenteiligen Bestimmungen im Umwandlungsvertrag<sup>1</sup>.

- 7 Nur soweit § 613a BGB (in Ermangelung eines Betriebsübergangs oder Betriebs-teilübergangs) nicht greift, kommt eine **rein umwandlungsrechtliche Übertragung** einzelner Arbeitsverhältnisse in Betracht. Dazu bedarf es neben entsprechender Bestimmungen im Umwandlungsvertrag der **Zustimmung** der betroffenen Arbeitnehmer (vgl. § 324 UmwG Rz. 57 sowie das dort aufgeführte Beispiel).
- 8 Geht dagegen ein Arbeitsverhältnis im Zuge der Umwandlung gemäß § 613a BGB (iVm. § 324 UmwG) auf einen anderen Rechtsträger über, tritt diese Rechtsfolge **kraft Gesetzes** und ohne das Erfordernis einer ausdrücklichen oder konkludenten Zustimmung des Arbeitnehmers ein. Dieser ist allerdings gemäß § 613a Abs. 5 BGB über die Folgen des Betriebsübergangs in Textform zu **unterrichten** und hat nach näherer Maßgabe von § 613a Abs. 6 BGB ein **Widerspruchsrecht** (siehe dazu § 324 UmwG Rz. 41 ff.). Ob dieses auch besteht, wenn der übertragende Rechtsträger im Zuge der Umwandlung erlischt (wie bei Verschmelzung, Aufspaltung, Vollübertragung), war lange Zeit umstritten. Hierzu hat das BAG für die Praxis verbindlich entschieden, dass ein Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB gegen den Übergang eines Arbeitsverhältnisses nicht besteht in Fällen, in denen ein Arbeitsverhältnis wegen gesellschaftsrechtlicher Gesamtrechtsnachfolge auf einen neuen Arbeitgeber übergegangen und der bisherige Arbeitgeber erloschen ist<sup>2</sup> (vgl. hierzu näher § 324 UmwG Rz. 44; wegen der weiteren Rechtsfolgen der Anwendung des § 613a BGB in Bezug auf den Übergang von Arbeitsverhältnissen vgl. die Erl. zu § 324 UmwG Rz. 18 ff.).
- 9 Für **Mitglieder des gesetzlichen Vertretungsorgans** (Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer) **gilt § 613a BGB** dagegen **nicht**<sup>3</sup>. Die Auswirkungen der Um-

---

1 Dieser Vorrang bezieht sich allerdings nur auf die Rechtsfolgen der im Umwandlungsvertrag vorgesehenen Vermögensverschiebung, nicht jedoch auf die Gegenstände der Vermögensverschiebung als solche; vgl. § 324 UmwG Rz. 3 ff.

2 BAG v. 21.2.2008 – 8 AZR 157/07, ZIP 2008, 1296. Im konkreten Fall ging es um eine Anwachsung nach § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB. Allerdings hat das BAG in den Gründen klargestellt, dass die gleichen Erwägungen auch für Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz gelten.

3 Vgl. BAG v. 13.2.2003 – 3 AZR 59/02, NJW 2003, 2930 für freie Dienstverhältnisse; für GmbH-Geschäftsführer: BAG v. 13.2.2003 – 8 AZR 654/01, NJW 2003, 2473; *Willemsen/Müller-Bonanni* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 613a BGB Rz. 226; es erscheint ratsam,

wandlung sowohl auf ihre Bestellung wie auch auf ihr Anstellungsverhältnis sind somit nach dem Umwandlungsrecht iVm. §§ 611 ff. BGB zu bestimmen<sup>1</sup>.

## II. Formwechsel

Beim Formwechsel (§ 190 UmwG) bleibt die **Rechtsträgerschaft** des bisherigen **Arbeitgebers** sowohl in Bezug auf den Betrieb als auch in Bezug auf das einzelne Arbeitsverhältnis **bestehen**<sup>2</sup>. Dementsprechend findet auch **§ 613a BGB** auf den Formwechsel als solchen unstreitig **keine Anwendung**. Anderes kommt in Betracht, wenn der Formwechsel zum Anlass für weiterführende, betriebs- oder unternehmensbezogene Umstrukturierungen, etwa im Wege des *Asset Deals*, genommen oder von vornherein mit einer übertragenden Umwandlung (zB Ausgliederung) kombiniert wird.

Der Formwechsel als solcher lässt jedoch das einzelne Arbeitsverhältnis unberührt; es ändert sich praktisch nur der „rechtliche Name“ des als solcher identisch bleibenden Arbeitgebers. Der Arbeitnehmer braucht dem Formwechsel – selbstverständlich – weder zuzustimmen, noch hat er ein Widerspruchsrecht, da **§ 613a Abs. 6 BGB weder direkt noch analog gilt**. Auch ein **außerordentliches Kündigungsrecht** nach § 626 Abs. 1 BGB zu Gunsten des Arbeitnehmers **besteht nicht**, selbst wenn sich die Haftungsverhältnisse (wie insbesondere bei Umwandlung einer Personen- in eine Kapitalgesellschaft) durch die Umwandlung grundlegend ändern. Dies folgt zum einen daraus, dass dem Arbeitnehmer mit dem Formwechsel kein anderer Arbeitgeber „aufgedrängt“ wird, zum anderen daraus, dass der Gesetzgeber die haftungsrechtlichen Konsequenzen des Formwechsels selbst geregelt hat (vgl. §§ 204, 205 UmwG), diese somit *per se* die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitnehmer nicht unzumutbar machen können. Ausnahmen sind allerdings – nur – dann vorstellbar, wenn ein in eine Kapitalgesellschaft umgewandeltes Unternehmen gezielt „ausgeplündert“ und damit die Erfüllung *künftiger* Lohnansprüche erheblich gefährdet wird<sup>3</sup>.

Alle bestehenden arbeitsvertraglichen Vereinbarungen einschließlich solcher aus sogenannter betrieblicher Übung bleiben im Falle des Formwechsels unverändert bestehen<sup>4</sup>. Eine etwaige Neufassung des Arbeitsvertrages in Bezug auf die

---

die Entwicklung der Rspr. bzgl. Fremdgeschäftsführern zu verfolgen: vgl. EuGH v. 11.11. 2010 – C-232/09, NZA 2011, 143 (Danosa), dazu *Junker*, NZA 2011, 950 (950f.).

1 Siehe dazu § 20 UmwG Rz. 13 ff. sowie ausführlich *Buchner/Schlobach*, GmbHR 2004, 1.

2 Vgl. dazu § 190 UmwG Rz. 6: Prinzip der Wahrung der Identität des Rechtsträgers.

3 Zu der – umstrittenen – Frage, inwieweit nach § 204 UmwG (iVm. § 22 UmwG) bei Ansprüchen aus Dauerschuldverhältnissen überhaupt Sicherheit für erst nach der Eintragung des Formwechsels fällig werdende Ansprüche verlangt werden kann, vgl. oben § 204 UmwG Rz. 5.

4 Allgemein zum Fortbestand von Vereinbarungen bei Formwechsel § 202 UmwG Rz. 17 ff.

Person des Arbeitgebers hat demzufolge nur deklaratorische Bedeutung; allerdings ist der Arbeitgeber gemäß § 3 NachwG iVm. § 2 Abs. 1 Nr. 1 NachwG **verpflichtet**, allen Mitarbeitern die durch den Formwechsel bewirkte **Namensänderung mitzuteilen**<sup>1</sup>. Willenserklärungen (zB Kündigungen), die der Arbeitnehmer in Unkenntnis des zwischenzeitlichen Formwechsels noch an den Arbeitgeber früherer Rechtsform richtet, bleiben wirksam.

- 13 **Weitergehende Konsequenzen** kann der Formwechsel allerdings für das Amt und die vertragliche Stellung von **Organmitgliedern** haben. Der Fortbestand der Identität des Rechtsträgers ändert nämlich nichts daran, dass die Organstellung an die (bisherige) Rechtsform anknüpft und daher mit Eintragung des Formwechsels endet (**Prinzip der Diskontinuität**)<sup>2</sup>. Es ist mithin in aller Regel eine Neubestellung erforderlich (vgl. zB §§ 222 Abs. 1 Satz 2, 246 Abs. 2 UmwG). Der zugrunde liegende **Anstellungsvertrag** bleibt dagegen durch den Formwechsel grundsätzlich unberührt; seine **außerordentliche Kündigung** durch die Gesellschaft oder das Organmitglied ist nur ausnahmsweise zulässig<sup>3</sup>.

### **C. Auswirkungen auf die Rechtsstellung und das Amt des Betriebsrats/Gesamtbetriebsrats/Konzernbetriebsrats/Wirtschaftsausschusses/Europäischen Betriebsrats sowie des Sprecherausschusses der leitenden Angestellten**

- 14 Sowohl bei der übertragenden Umwandlung wie auch beim Formwechsel sieht das Gesetz eine rudimentäre Beteiligung der Betriebsräte vor, die sich allerdings in einem **reinen Informationsrecht** bezüglich des Inhalts des Umwandlungsvertrages bzw. -beschlusses erschöpft. Die Beteiligung des Betriebsrats in Bezug auf organisatorisch-personelle Veränderungen (**Umstrukturierungen**) im Zusammenhang mit der Umwandlung sowie deren Auswirkung auf das **Betriebsratsamt** selbst sind dagegen dem **BetrVG** und der diesbezüglichen Rechtsprechung zu entnehmen.

---

1 Dies folgt daraus, dass bei juristischen Personen als Arbeitgebern im Rahmen des § 2 Abs. 1 Nr. 1 NachwG auch deren Rechtsform zu den mitteilungspflichtigen, wesentlichen Vertragsbedingungen gehört; vgl. dazu *Kliemt* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 2 NachwG Rz. 14; *Preis* in ErfK, § 2 NachwG Rz. 11.

2 Vgl. oben *Meister/Klöckner*, § 202 UmwG Rz. 24; aA *Decher/Hoger* in Lutter, § 202 UmwG Rz. 39.

3 Siehe dazu *Meister/Klöckner*, § 202 UmwG Rz. 24 sowie *Decher/Hoger* in Lutter, § 202 UmwG Rz. 39, jeweils mwN. Zu den anstellungsvertraglichen Konsequenzen im Übrigen siehe *Willemsen* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. H 159 ff.

## I. Übertragende Umwandlungen (Verschmelzung, Spaltung, Ausgliederung, Vermögens[teil]übertragung)

### 1. Betriebsrat

#### a) Beteiligungsrechte in Bezug auf den Umwandlungsvorgang

Insoweit ist zwischen der **umwandlungsrechtlichen** und der (allgemeinen) **betriebsverfassungsrechtlichen** Beteiligung des Betriebsrats zu unterscheiden, die **kumulativ** nebeneinander bestehen<sup>1</sup>.

**Umwandlungsrechtlich** ist für alle Umwandlungsarten die **Zuleitung** des Umwandlungsvertrags/-beschlusses bzw. seines Entwurfs an den „zuständigen“ Betriebsrat des oder der beteiligten Rechtsträger(s) vorgesehen (vgl. § 5 Abs. 3 UmwG, § 126 Abs. 3 UmwG, § 194 Abs. 2 UmwG), und zwar jeweils **einen Monat** vor der Beschlussfassung der Anteilsinhaber über die Umwandlung<sup>2</sup>.

**Betriebsverfassungsrechtlich** sind abhängig von dem mit der Umwandlung verfolgten tatsächlichen (betriebsorganisatorischen) **Umstrukturierungskonzept** sämtliche allgemeinen Beteiligungsrechte des Betriebsrats zu beachten, insbesondere diejenigen nach §§ 99 ff. (**Versetzung**), §§ 102 ff. (**Kündigung**) und § 111 (**Betriebsänderung**) BetrVG. Gerade dem zuletzt genannten Beteiligungsrecht des Betriebsrats bei Betriebsänderungen iS des § 111 BetrVG kann im Zusammenhang mit übertragenden Umwandlungen eine zentrale Bedeutung zukommen. Auslösendes Moment für die weitreichenden Mitwirkungsrechte des Betriebsrats in Bezug auf einen **Interessenausgleich und Sozialplan** (vgl. § 112 BetrVG) ist allerdings nicht bereits die mit der Umwandlung verbundene Änderung der Vermögenszuordnung als solche, sondern nur eine – in § 111 Satz 3 BetrVG katalogartig aufgeführte – **Änderung der tatsächlichen betrieblich-organisatorischen Verhältnisse** wie etwa eine im Zuge der Ausgliederung vorgenommene **Aufspaltung eines bisher einheitlichen Betriebs** (iS einer arbeitstechnischen Einheit<sup>3</sup>) in künftig zwei oder mehrere organisatorisch eigenständige Einheiten (vgl. § 111 Satz 3 Nr. 3 Alt. 2 BetrVG) oder die mit der Verschmelzung verbundene **örtliche Verlagerung** eines Betriebs und dessen **Zusammenschluss** mit einem bereits vorhandenen Betrieb des aufnehmenden Rechtsträgers (vgl. § 111 Satz 3 Nr. 2 Alt. 1 und Nr. 3 Alt. 1 BetrVG). Ähnlich wie bei § 613a BGB ist auch hier das Vorliegen der jeweiligen Tatbestandsmerkmale **eigenständig zu prüfen**<sup>4</sup> und durch die Wahl des Umwandlungsinstruments noch nicht zwingend vorgegeben.

1 Vgl. *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 108 ff.; siehe auch § 5 UmwG Rz. 48.

2 Siehe zu innerbetrieblichen und grenzüberschreitenden Verschmelzungen *Dzida*, GmbHR 2009, 459.

3 Zur Definition des arbeitsrechtlichen Betriebsbegriffs siehe auch Rz. 20.

4 Allgemein zum Verhältnis zwischen Umwandlungsrecht und §§ 111 ff. BetrVG *Willemssen* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. B 94 ff.

- 18 Es gelten insoweit dieselben Überlegungen wie beim sogenannten *Asset Deal*<sup>1</sup>, dh., es ist zu prüfen, ob es **im Zuge** der jeweiligen Umwandlung und der Umsetzung des damit verbundenen wirtschaftlichen Zwecks (zB Hebung von Synergiepotentialen) zu iS von § 111 BetrVG grundlegenden **Veränderungen in der organisatorischen und personellen Zusammensetzung von Betrieben** der beteiligten Rechtsträger kommen wird. Ergibt eine solche Prüfung, dass das jeweilige Umstrukturierungskonzept eine Betriebsänderung iS von § 111 BetrVG mit umfasst, bedarf es im Hinblick auf den zeitlichen Ablauf der Umwandlung einer **besonders sorgfältigen Planung**, weil die Verletzung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach §§ 111 ff. BetrVG für das Unternehmen **schwerwiegende Konsequenzen** zeitigen kann. Wie sich aus dem Zusammenhang des § 112 Abs. 1–3 BetrVG und § 113 Abs. 3 BetrVG ergibt, darf der Unternehmer mit der **Durchführung** einer Betriebsänderung erst **beginnen**, wenn der Interessenausgleich iS von § 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG entweder **unterschrieben** oder sein **Versuch** vor der Einigungsstelle endgültig **gescheitert** ist (vgl. § 112 Abs. 3 BetrVG). Die Durchführung der Betriebsänderung (mit der allerdings nicht die Umwandlung als solche, sondern die Änderung der konkreten betrieblichen Verhältnisse einschließlich des Ausspruchs von Kündigungen gemeint ist, vgl. Rz. 17) ohne vorherigen (vollständigen) Versuch eines Interessenausgleichs löst nicht nur **Nachteilsausgleichsansprüche** der betroffenen Arbeitnehmer nach **§ 113 Abs. 3 BetrVG**, sondern darüber hinaus möglicherweise sogar den Erlass einer **einstweiligen Unterlassungsverfügung** durch das zuständige Arbeitsgericht aus<sup>2</sup>. Auch diese kann sich allerdings nur gegen den **organisatorischen Vollzug** der Umwandlung (zB Betriebsverlagerung oder -aufspaltung, Ausspruch von Kündigungen etc.), **nicht jedoch gegen umwandlungsrechtliche Akte** (zB Beschluss oder Eintragung einer Verschmelzung als solcher) richten (vgl. § 5 UmwG Rz. 56)<sup>3</sup>.

### b) Rechtsfolgen für das Betriebsratsamt und die Rechtsstellung der Betriebsratsmitglieder

- 19 aa) **Unterscheidung von Betriebs- und Unternehmensspaltung.** Seit der Reform des Betriebsverfassungsgesetzes im Jahre 2001<sup>4</sup> ist an die Stelle der umwandlungsspezifischen Norm des § 321 UmwG aF die allgemeine betriebsverfassungsrechtliche Bestimmung des **§ 21a BetrVG** getreten. Sie hat folgenden Wortlaut:

1 Siehe dazu *Willemsen* in *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung, Rz. B 119 ff.

2 Zu der insoweit umstrittenen Rechtslage sowie der unterschiedlichen Judikatur der verschiedenen Landesarbeitsgerichte vgl. *Schweibert* in *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung, Rz. C 366 ff.

3 *Willemsen*, NZA 1996, 791 (798); *Willemsen* in *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung, Rz. B 147.

4 Vgl. dazu BetrVerfReformG v. 23.7.2001, BGBl. I 2001, S. 1852.

**§ 21a<sup>1</sup> Übergangsmandat**

(1) Wird ein Betrieb gespalten, so bleibt dessen Betriebsrat im Amt und führt die Geschäfte für die ihm bislang zugeordneten Betriebsteile weiter, soweit sie die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 erfüllen und nicht in einen Betrieb eingegliedert werden, in dem ein Betriebsrat besteht (Übergangsmandat). Der Betriebsrat hat insbesondere unverzüglich Wahlvorstände zu bestellen. Das Übergangsmandat endet, sobald in den Betriebsteilen ein neuer Betriebsrat gewählt und das Wahlergebnis bekanntgegeben ist, spätestens jedoch sechs Monate nach Wirksamwerden der Spaltung. Durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung kann das Übergangsmandat um weitere sechs Monate verlängert werden.

(2) Werden Betriebe oder Betriebsteile zu einem Betrieb zusammengefasst, so nimmt der Betriebsrat des nach der Zahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer größten Betriebs oder Betriebsteils das Übergangsmandat wahr. Absatz 1 gilt entsprechend.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten auch, wenn die Spaltung oder Zusammenlegung von Betrieben und Betriebsteilen im Zusammenhang mit einer Betriebsveräußerung oder einer Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz erfolgt.

Auch wenn infolge der Verlagerung in das Betriebsverfassungsgesetz der spezielle umwandlungsrechtliche Bezug fehlt, kommt der – mit § 321 UmwG aF in weiten Teilen wortgleichen – Bestimmung für die arbeitsrechtliche Umsetzung von Umwandlungen nach wie vor eine zentrale Bedeutung zu; das ergibt sich auch aus dem – lediglich deklaratorischen – Hinweis in § 21a Abs. 3 BetrVG. Die rechtzeitige Prüfung und ggf. Gestaltung<sup>2</sup> der Auswirkungen auf das Amt bestehender Betriebsräte gehören zu den „Pflichtaufgaben“ in der umwandlungsrechtlichen Beratung, da der Wegfall bestehender und die Konstitution neuer Betriebsräte sowohl erwünschte wie auch unerwünschte Auswirkungen auf die interne Unternehmens- und Betriebspolitik haben können.<sup>3</sup>

Für das Verständnis des § 21a BetrVG im Zusammenhang mit Umwandlungen 20 (insbesondere Spaltungen iS des UmwG) ist zunächst die arbeitsrechtliche **Unterscheidung zwischen Betrieb und Unternehmen** von essentieller Bedeutung. Danach ist ein **Betrieb** die **organisatorische Einheit**, innerhalb derer ein Arbeitgeber (ggf. auch mehrere Arbeitgeber gemeinsam<sup>4</sup>) mit Hilfe von **personellen, sächlichen und immateriellen Mitteln** bestimmte **arbeitstechnische Zwecke**

1 [Amtl. Anm.:] Diese Vorschrift dient der Umsetzung des Artikels 6 der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen (ABl. EG Nr. L 82, S. 16).

2 „Gestaltung“ meint hier sowohl das Umstrukturierungskonzept als solches wie auch ggf. den Abschluss von Vereinbarungen nach § 3 BetrVG; siehe dazu auch Rz. 51 ff.

3 Es handelt sich nachfolgend um eine überblickartige Darstellung. Eine eingehende Beschreibung der Folgen der Umstrukturierung auf die Organe der Betriebsverfassung (insbes. Betriebsräte, Gesamt- und Konzernbetriebsräte) findet sich bei Hohenstatt in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 1 ff.

4 Zum Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen vgl. Rz. 24 sowie § 322 UmwG Rz. 2 ff.

fortgesetzt verfolgt bzw. verfolgen<sup>1</sup>. Demgegenüber ist aus arbeitsrechtlicher Sicht vom Betrieb das **Unternehmen** abzugrenzen; hiermit ist der jeweilige **Rechtsträger** gemeint<sup>2</sup>. Bloße **Veränderungen der rechtlichen Unternehmensstruktur**, die nicht mit einer (tatsächlichen) Organisationsveränderung auf Betriebsebene einhergehen, **berühren** daher die **Zusammensetzung des Betriebs** im arbeitsrechtlichen Sinne und die Existenz der dort bestehenden **Betriebsräte nicht**<sup>3</sup>. Es ist daher streng zwischen der **Unternehmens- und der Betriebsspaltung zu unterscheiden**.

**Beispiel:**

Ein bisher rechtlich einheitliches Unternehmen (U-GmbH) wird in der Weise aufgespalten, dass der Hauptbetrieb (120 Arbeitnehmer) in Köln der (neugegründeten) X-GmbH und der Zweigbetrieb in München (40 Arbeitnehmer) der (ebenfalls neu gegründeten) Y-GmbH zugewiesen wird. An beiden Standorten bestehen Betriebsräte; bei der U-GmbH wurde ein Gesamtbetriebsrat gebildet. Die tatsächliche Organisation der Betriebe wird nicht geändert. *Rechtsfolgen:* Die in Köln und München gewählten Betriebsräte bleiben unverändert bestehen; § 21a BetrVG ist *nicht* einschlägig, also auch kein Übergangsmandat, sondern Fortbestand der Betriebsratsmandate bis zum Ablauf der regulären Amtszeit. Auch ein Fall der §§ 111 ff. BetrVG (Betriebsänderung) liegt nicht vor. Allerdings endet das Amt des bisher bei der U-GmbH bestehenden Gesamtbetriebsrats, weil dieser – anders als der Einzelbetriebsrat – nicht auf Betriebs-, sondern auf Unternehmensebene gebildet wird und die U-GmbH infolge der Aufspaltung als Rechtsträger erlischt<sup>4</sup>.

- 21 Generell lässt sich feststellen, dass eine **Betriebsratsneubildung**, gegebenenfalls verbunden mit einem Übergangsmandat nach § 21a BetrVG, grundsätzlich nur in solchen (tatsächlichen) Konstellationen in Betracht kommt, in denen ein bisher bestehender Betrieb infolge tiefgreifender organisatorisch-personeller Veränderungen seine bisherige betriebsverfassungsrechtliche **Identität** verliert<sup>5</sup>. Darüber hinaus kann sich die Notwendigkeit zur Betriebsratsneubildung (nur) dann ergeben, wenn Betriebsratsmitglieder durch Ausübung ihres **Widerspruchsrechts** nach § 613a Abs. 6 BGB (siehe dazu § 324 UmwG Rz. 41 ff.) in dem Arbeitsverhältnis mit der Veräußerergesellschaft verbleiben und damit die Wählbarkeit im übergehenden Betrieb verlieren (vgl. § 24 Nr. 4 BetrVG iVm. § 13 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG<sup>6</sup>). Demgegenüber bleibt der **Widerspruch einzelner Arbeitnehmer** gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses nach § 613a Abs. 6 BGB auf den Fortbestand des Betriebsrats beim Erwerber **ohne Einfluss**.

1 Vgl. zu dieser, auf *Jacobi* zurückgehenden, Definition *Fitting/Engels/Schmidt/Trebingen/Linsenmaier*, § 1 BetrVG Rz. 63; *B. Gaul* in *Henssler/Willemsen/Kalb*, § 1 BetrVG Rz. 6.

2 Vgl. BAG v. 23.8.1989 – 7 ABR 39/88, AP Nr. 7 zu § 106 BetrVG 1972; zum Ganzen *Joost*, *Betrieb und Unternehmen* als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, 1988.

3 Vgl. zu diesem „Trennungsprinzip“ *Willemsen*, NZA 1996, 791 (795 ff.).

4 Zum Schicksal des Gesamtbetriebsrats im Falle von Umwandlungen vgl. im Übrigen Rz. 43 ff.

5 Zum Identitätsaspekt siehe auch Rz. 26, 34 f., 39.

6 Dazu *Moll/Ersfeld*, DB 2011, 1108.

Die widersprechenden Arbeitnehmer verbleiben in diesem Fall bei der Veräußerergesellschaft. Dem auf den Erwerber übergegangenen Betriebsrat steht hinsichtlich der beim Veräußerer „zurückgebliebenen“ Arbeitnehmer auch **kein Übergangs- oder Restmandat** nach § 21a oder § 21b BetrVG (analog) zu<sup>1</sup>. Dies gilt nach Ansicht des BAG<sup>2</sup> selbst dann, wenn eine Mehrzahl von Arbeitnehmern dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses widerspricht.

**bb) Betriebsspaltung (§ 21a Abs. 1 BetrVG).** § 21a Abs. 1 BetrVG regelt nicht 22 Fälle der Unternehmens-, sondern (nur) solche der **Betriebsspaltung**. Für **Umwandlungen** bedeutet dies, dass die Vorschrift nur zur Anwendung gelangt, wenn sich mit der Umwandlung gleichzeitig die **Struktur** der bisher vorhandenen Betriebe in dem oben beschriebenen tatsächlich-organisatorischen Sinne ändert. Wird, anders als in dem soeben (Rz. 20) behandelten Beispiel, lediglich ein Betriebsteil im Zuge der Spaltung in eine andere Gesellschaft eingebracht, verliert nach allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Grundsätzen, sofern sich die beteiligten Rechtsträger nicht auf die Führung eines Gemeinschaftsbetriebs verständigen (vgl. dazu Rz. 24), der Betriebsrat des „abgebenden Betriebs“ die Zuständigkeit für die in dem von der Abspaltung betroffenen Betriebsteil beschäftigten Arbeitnehmer; sofern das „aufnehmende“ Unternehmen betriebsratslos ist – was jedenfalls bei Neugründungen in der Anfangsphase der Fall ist – wären die Arbeitnehmer gerade in der unter Umständen „kritischen“ Phase unmittelbar nach der Betriebsspaltung ohne Repräsentation. Dieses als unerwünscht empfundene Ergebnis soll durch das zeitlich begrenzte **Übergangsmandat** des bisher zuständigen Betriebsrats gemäß § 21a BetrVG vermieden werden<sup>3</sup>.

Eine **Betriebsspaltung** ist einer Realteilung eines bisher als einheitliche Organisation existierenden Betriebs kann das **Produkt** sowohl einer **Spaltung/Ausgliederung** wie auch einer **Verschmelzung** im umwandlungsrechtlichen Sinne sein. 23

**Beispiel (für eine Betriebsspaltung im Zuge der Verschmelzung):**

Die B-GmbH wird auf die A-GmbH verschmolzen, die zwei betriebsratslose Betriebe an zwei unterschiedlichen Standorten unterhält. Dabei wird ein Teil des bisher einheitlichen Betriebs der B-GmbH örtlich und organisatorisch mit dem vorhandenen Betrieb der A-GmbH an dem ersten Standort, der andere Teil des Betriebs mit dem Betrieb der A-GmbH an dem zweiten Standort zusammengefasst. Unterstellt man, dass beide von der Verschmelzung betroffenen Betriebsteile jeweils über die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 BetrVG (idR fünf ständige wahlberechtigte Arbeitnehmer, von denen drei wählbar sind) erfüllen und für den Betrieb der B-GmbH ein Betriebsrat bestand, kommt diesem nun-

1 Ebenso *Fuhlrott/Oltmanns*, BB 2015, 1013f.

2 BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 62/11, DB 2013, 1731 = NZA 2013, 277 Rz. 56.

3 So die amtliche Begründung zu § 321 UmwG aF, BT-Drucks. 12/6699, S. 174; zu § 21a BetrVG vgl. BT-Drucks. 14/5741, S. 39; vgl. zum Ganzen auch *Bachner/Köstler/Matthiesen/Trittin*, Arbeitsrecht bei Unternehmensumwandlung, § 4 Rz. 37 ff.; *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 74 ff.



mehr nach § 21a Abs. 1 Satz 1 BetrVG ein Übergangsmandat zu, weil die Eingliederung jeweils in betriebsratslose Betriebe erfolgt<sup>1</sup>.

Es ist daher folgerichtig, wenn § 21a Abs. 3 BetrVG die Absätze 1 und 2 dieser Norm **nicht nur** für die **Spaltung**, sondern **generell für Umwandlungen** nach dem Umwandlungsgesetz für anwendbar erklärt.

- 24 Stets muss es aber im Zuge der Umwandlung tatsächlich zu einer **Spaltung** eines bisher einheitlichen **Betriebs** kommen, damit das Übergangsmandat nach § 21a Abs. 1 BetrVG zur Anwendung gelangt. Daran **fehlt** es nicht nur, wenn ein Betrieb „1:1“ auf einen anderen Rechtsträger übergeht (siehe Rz. 20), sondern auch dann, wenn ein Betriebsteil zwar im umwandlungsrechtlichen Sinne abgespalten oder ausgegliedert wird, sich die daran beteiligten Rechtsträger jedoch auf die Führung eines **gemeinsamen Betriebs** iS von § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG nach der Abspaltung bzw. Ausgliederung verständigen<sup>2</sup>. Für das Vorliegen eines solchen Gemeinschaftsbetriebs streitet gemäß **§ 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG** im Falle der **Unternehmensspaltung**<sup>3</sup> sogar eine **Vermutung**, wenn diese „... zur Folge hat, dass von einem Betrieb ein oder mehrere Betriebsteile einem an der Spaltung beteiligten anderen Unternehmen zugeordnet werden, ohne dass sich dabei die Organisation des betroffenen Betriebs wesentlich ändert“<sup>4</sup>.
- 25 Führen im Falle einer Umwandlung die beteiligten Rechtsträger den oder die hiervon betroffenen Betriebsteile als gemeinsamen Betrieb iS von § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG weiter, bleibt dieser als betriebsverfassungsrechtliche Einheit bestehen, und der bisherige Betriebsrat behält auch für die Arbeitnehmer des rechtlich ausgegliederten Betriebsteils sein Amt; ein **Übergangsmandat** entsteht, da **überflüssig**, nicht. Da es infolge der Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs gerade **nicht** zur Spaltung eines Betriebs im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne kommt, braucht der Betriebsrat des übertragenden Rechtsträgers in einer solchen Konstellation **nicht** gemäß § 111 Satz 3 Nr. 3 BetrVG beteiligt zu werden<sup>5</sup>, so dass die Verpflichtung zum **Versuch eines Interessenausgleichs** und zur

---

1 Zu der – umstrittenen – Frage, ob sich das Übergangsmandat in einer derartigen Konstellation nur auf die bisher schon durch einen Betriebsrat repräsentierten Arbeitnehmer oder auf sämtliche Arbeitnehmer des jeweiligen Betriebs erstreckt, vgl. Rz. 28.

2 Allgemein zum Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Arbeitgeber im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne *B. Gaul* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 1 BetrVG Rz. 13 ff. m. zahlreichen w.N.; *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 18 ff. sowie § 322 UmwG Rz. 2 ff.

3 Nach der Gesetzesbegründung ist der Begriff der Unternehmensspaltung in § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG umfassend zu verstehen und soll sogar auf die Ausgliederung gemäß Einzelrechtsnachfolge anwendbar sein; vgl. *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 32.

4 Zur Anwendung dieser, aus § 322 Abs. 1 UmwG aF hervorgegangenen, Bestimmung vgl. *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 30 ff.; siehe dazu auch die Kommentierung in der 2. Aufl. zu § 322 Abs. 1 UmwG Rz. 5.

5 Siehe zu den Voraussetzungen einer Beteiligung nach §§ 111 ff. BetrVG Rz. 17.

Aufstellung eines **Sozialplans** unter dem Gesichtspunkt der Betriebsspaltung **entfällt**. Die Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs ist somit ein **geeignetes Mittel**, um weitreichenden Forderungen von Betriebsrats- und Arbeitnehmerseite im Hinblick auf die arbeitsrechtliche Gestaltung und deren Folgen, insbesondere im Zusammenhang mit der Aufstellung eines Sozialplans, zuvorzukommen<sup>1</sup> (siehe zum Ganzen auch Erl. zu § 322 UmwG Rz. 6f.).

Für das Verständnis des § 21a Abs. 1 BetrVG von wesentlicher Bedeutung ist 26 ferner, dass sich das **Übergangsmandat** idR nur auf die abgespaltenen Betriebsteile, **nicht** jedoch auf den **abspaltenden Betrieb selbst** bezieht. Der dortige Betriebsrat bleibt vielmehr für den „Restbetrieb“ unverändert und ohne zeitliche Begrenzung im Amt; lediglich unter den Voraussetzungen des § 13 Abs. 2 BetrVG müssen dort **Neuwahlen** durchgeführt werden<sup>2</sup>. Für die Dauer des Übergangsmandats übt der bisherige Betriebsrat somit eine Art „Doppelfunktion“ aus (reguläres „Hauptmandat“ für den verbleibenden Betrieb einerseits, Übergangsmandat für den bzw. die abgespaltene(n) Betriebsteil(e) andererseits). Etwas anderes gilt nur dann, wenn ein bisher einheitlicher Betrieb iS des BetrVG derart zerlegt (atomisiert) wird, dass von einem seine **Identität** bewahrenden „Restbetrieb“ nicht mehr die Rede sein kann (*Beispiel*: Betrieb A mit 240 Arbeitnehmern wird in sechs Betriebe zu je 40 Arbeitnehmern aufgeteilt); in diesem Fall hat der bisherige Betriebsrat insgesamt nur (noch) ein zeitlich befristetes Übergangsmandat iS von § 21a Abs. 1 bzw. ein Restmandat nach § 21b BetrVG.

**cc) Zusammenfassung von Betrieben oder Betriebsteilen zu einem Betrieb (§ 21a Abs. 2 BetrVG).** In Anlehnung an § 321 Abs. 2 UmwG aF<sup>3</sup> bestimmt § 21a Abs. 2 BetrVG, dass im Falle der **Zusammenfassung** von „Betrieben oder Betriebsteilen“ der Betriebsrat des nach der Zahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer größten Betriebs oder Betriebsteils das Übergangsmandat wahrnimmt und § 21 Abs. 1 BetrVG insoweit entsprechend gilt. Die Vorschrift betrifft sowohl den Fall, dass zwei oder mehr „ganze“ **Betriebe** zu einem **neuen, einheitlichen Betrieb zusammengefasst** werden, wie auch den zuvor ausdrücklich in § 321 Abs. 2 Satz 1 UmwG aF geregelten Fall, dass aus mehreren Betrieben **Betriebsteile** herausgelöst (abgespalten) und ihrerseits zu einem **neuen Betrieb zusammengefasst** werden<sup>4</sup>. Neben der Einbeziehung auch der Zusammenfassung ganzer Betriebe zu einem Betrieb liegt der Regelungsgehalt des § 21a Abs. 2 BetrVG darin, dass er auch für den Fall der Umwandlung (vgl. § 21a Abs. 3 BetrVG) festlegt, *welchem* der jeweils „abgebenden“ Betriebsräte das Übergangsmandat zukommt.

1 Dazu ausführlich *Willemsen* in *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung, Rz. B 121 ff.

2 Vgl. *Däubler*, RdA 1995, 136 (145); *Krefel*, BB 1995, 925 (927); *Willemsen*, RdA 1993, 133 (139f.).

3 Siehe dazu die Kommentierung in der 2. Aufl. zu § 321 UmwG Rz. 8 ff.

4 Ebenso *Hohenstatt* in *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung, Rz. D 80; vgl. dazu auch die 2. Aufl. zu § 321 UmwG Rz. 8 ff.

Danach kommt es entscheidend darauf an, welchem der beteiligten Betriebsräte bisher, dh. zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses<sup>1</sup>, der nach der **Zahl der Arbeitnehmer größte Betrieb** bzw. **Betriebsteil** zugeordnet war. Dieser nimmt so dann das Übergangsmandat für den ganzen, aus der Umwandlung hervorgehenden neuen Betrieb wahr.

- 28 **Problematisch** erscheint diese Rechtsfolge für beide in § 21a Abs. 2 BetrVG behandelten Konstellationen dann, wenn einzelne der zu einem neuen Betrieb zusammengefassten Betriebe bzw. Betriebsteile bisher nicht über eine betriebsverfassungsrechtliche Vertretung verfügten, die ihnen bei Geltung des Übergangsmandats zugunsten des (bisherigen) Betriebsrats eines anderen Betriebs gewissermaßen ohne demokratische Beteiligung der Belegschaft „übergestülpt“ würde. Die Problematik entsteht dadurch, dass das Übergangsmandat nach § 21a Abs. 2 iVm. Abs. 1 BetrVG sich nach insoweit ganz überwiegender Meinung grundsätzlich auf den **gesamten** neu gebildeten **Betrieb erstreckt**<sup>2</sup>, da die Konkurrenz mehrerer das Übergangsmandat ausübender Betriebsräte vermieden werden sollte<sup>3</sup>. Entsprechendes soll aber auch für die vom Gesetzgeber offenbar nicht mitbedachte Konstellation gelten, dass **bisher betriebsratslose Betriebe oder Betriebsteile** mit Einheiten zusammengeschlossen werden, die ihrerseits über einen Betriebsrat verfügen<sup>4</sup>. Für diese Ansicht spricht, dass eine nur partielle Zuständigkeit des Betriebsrats im Übergangsmandat für die schon bisher von einem Betriebsrat vertretenen Arbeitnehmer angesichts der Kollektivbezogenheit und betrieblichen Ausrichtung der Mitbestimmungsrechte erhebliche praktische Schwierigkeiten mit sich brächte und der Konzeption des § 21a Abs. 2 BetrVG widerspräche<sup>5</sup>.
- 29 Kommt somit für die Anwendung des § 21a Abs. 2 BetrVG schon aus praktischen Gründen nur ein „Alles oder Nichts“-Prinzip in Betracht, könnte sie – wie dies schon zu der „Vorgängernorm“ des § 321 Abs. 2 UmwG aF vertreten wurde – im Wege der **teleologischen Reduktion** dahingehend ausgelegt werden, dass das Übergangsmandat nach § 21a Abs. 2 BetrVG insgesamt nur greift, wenn der

1 Vgl. *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 81; ausführlich *Rieble/Gutzeit*, ZIP 2004, 693 ff., die zutreffend auf das erhebliche Risiko auf Arbeitgeberseite im Falle einer Beteiligung des „falschen“ Betriebsrats hinweisen; aA *Fitting/Engels/Schmidt/Trebingen/Linsenmaier*, § 21a BetrVG Rz. 18: maßgeblich sei der Zeitpunkt der letzten Betriebsratswahl.

2 *Koch* in ErfK, § 21a BetrVG Rz. 4; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebingen/Linsenmaier*, § 21a BetrVG Rz. 11a, 23; *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 88; aA *Kittner*, NZA 2012, 541 (545).

3 *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 82.

4 Siehe auch *Rieble*, NZA 2002, 233 (237); *B. Gaul*, Betriebsspaltung, S. 1067 sowie die Kommentierung in der 2. Aufl. zu § 321 UmwG Rz. 9; *Maschmann*, NZA Beil. 2009, 32 (36 f.); *Fuhlrott/Oltmanns*, BB 2015, 1013 (1017).

5 Ebenso *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 85; *Willemsen/Hohenstatt*, DB 1997, 2609 (2611 f.).

nach der Arbeitnehmerzahl größte der betroffenen Betriebe bzw. Betriebsteile schon bisher durch einen Betriebsrat repräsentiert war; dieser nimmt dann das Übergangsmandat auch für die kleineren, ggf. bisher betriebsratslosen Betriebe bzw. Betriebsteile wahr. Fehlt dagegen in dem relativ größten Betrieb oder Betriebsteil ein Betriebsrat, entfielen das Übergangsmandat insgesamt<sup>1</sup>.

Diese Auffassung, die dem Prinzip der demokratischen Legitimation des Betriebsrats wohl am besten entspräche, lässt sich allerdings gerade für die hier erörterten Fälle einer **übertragenden Umwandlung** unter der Geltung des § 21a Abs. 2 BetrVG iVm. Abs. 3 BetrVG **nicht mehr aufrechterhalten**. Diese Bestimmung dient nämlich laut einer amtlichen Anmerkung (wiedergegeben in Rz. 19) der Umsetzung des Art. 6 der Richtlinie 2001/23/EG des Rates v. 12.3.2001 (sog. Betriebsübergangsrichtlinie<sup>2</sup>). Gemäß Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 4 dieser Richtlinie treffen die Mitgliedstaaten für den Fall, dass „... das Unternehmen, der Betrieb oder der Unternehmens- bzw. Betriebsteil seine Selbständigkeit nicht (behält), ... die erforderlichen Maßnahmen, damit die vom Übergang betroffenen Arbeitnehmer, die vor dem Übergang vertreten wurden, während des Zeitraums, der für die Neubildung oder Neubenennung der Arbeitnehmervertretung erforderlich ist, im Einklang mit dem Recht und der Praxis der Mitgliedstaaten weiterhin angemessen vertreten werden“.

Da diese Richtlinie gemäß ihrem Art. 1a auf sämtliche Unternehmens-, Betriebs- bzw. Unternehmens- und Betriebsteilübergänge durch **vertragliche Übertragung** oder durch **Verschmelzung** anwendbar ist, muss ihr Art. 6 iS einer **richtlinienkonformen Auslegung** bei der Anwendung des § 21a Abs. 2 BetrVG im Zusammenhang mit allen übertragenden Umwandlungen, also der Verschmelzung, Spaltung und Vermögens(teil)übertragung, Berücksichtigung finden. Daraus folgt, dass eine Interpretation, wie sie noch zu § 321 Abs. 2 UmwG aF vertreten wurde, nicht mehr möglich ist, weil sie in der in Rz. 28 geschilderten Konstellation Arbeitnehmer, die bislang von einem Betriebsrat repräsentiert wurden, jedenfalls für die Zeitspanne bis zur Neuwahl eines Betriebsrats vertretungslos beließe, was Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Betriebsübergangsrichtlinie zuwiderliefe<sup>3</sup>.

Da sich für das deutsche Betriebsverfassungsrecht aber aus den in Rz. 30 genannten Gründen die an sich richtlinienkonforme Konstruktion eines nur auf die schon bislang von einem Betriebsrat repräsentierten Arbeitnehmer beschränkten Übergangsmandats verbietet, erstreckt sich dieses jedenfalls seit Inkrafttreten des § 21a BetrVG bei Zusammenfassung (Verschmelzung) von Be-

1 So noch die 2. Aufl. zu § 321 UmwG Rz. 9 und 11.

2 ABL. EG Nr. L 82 v. 22.3.2001, S. 16.

3 Zutreffend *Fitting/Engels/Schmidt/Trebing/Linsenmaier*, § 21a BetrVG Rz. 19; aA *Rieble*, NZA 2002, 233 (237 f.); *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 86; *Thüsing* in Richardi, § 21a BetrVG Rz. 13.

trieben bzw. Betriebsteilen zu einem neuen Betrieb auf dessen gesamte Belegschaft; es wird von dem Betriebsrat wahrgenommen, der im Vergleich zu den anderen beteiligten Betriebsräten bisher die (relativ) größte Arbeitnehmerzahl vertreten hat, selbst wenn es sich dabei im Vergleich zur Gesamtbelegschaft des neuen Betriebs nur um eine Minderheit handeln sollte<sup>1</sup>. Dieses Ergebnis ist zwar aus den in Rz. 30 genannten Gründen unbefriedigend, entspricht aber offensichtlich dem Willen des Gesetzgebers und erscheint rechtspolitisch allenfalls vor dem Hintergrund der **zeitlichen Befristung** des Übergangsmandats auf sechs, maximal zwölf Monate (vgl. § 21a Abs. 1 Satz 2 und 3 BetrVG) hinnehmbar.

- 33 **dd) Weitere Voraussetzungen für das Übergangsmandat in den Fällen des § 21a Abs. 1 und 2 BetrVG. (1) Betriebsratsfähigkeit der abgespaltenen Betriebsteile.** Das Übergangsmandat setzt sowohl im Falle der Abspaltung von Betriebsteilen gemäß § 21a Abs. 1 BetrVG wie auch im Falle der Zusammenfassung von Betrieben und Betriebsteilen gemäß § 21a Abs. 2 BetrVG<sup>2</sup> voraus, dass die Einheit, auf die es sich erstrecken soll, **betriebsratsfähig** ist, also die in § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG genannte Mindestzahl von fünf wahlberechtigten Arbeitnehmern verfügt, von denen drei wählbar sein müssen. Maßgeblich ist insofern der Arbeitnehmerbegriff des § 5 BetrVG, so dass leitende Angestellte iS von § 5 Abs. 3 BetrVG nicht mitzählen. Der Grund für diese Einschränkung ist in der **Überleitungsfunktion** des Übergangsmandats nach § 21a Abs. 1 BetrVG zu sehen, das keinen Sinn ergibt, wenn der abgespaltene Betriebsteil angesichts seiner geringen Größe in Zukunft nicht betriebsratsfähig iS von § 1 BetrVG ist. Entsprechend dem Gesetzessinn wird man im Falle des § 21a Abs. 2 BetrVG auf die Arbeitnehmerzahl des durch die Zusammenfassung neu entstehenden Betriebs abstellen müssen. Die Beschränkung des Übergangsmandats auf betriebsratsfähige Einheiten steht mit Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 4 der Richtlinie 2001/23/EG (vgl. Rz. 30) im Einklang<sup>3</sup>.
- 34 **(2) Keine Eingliederung in Betrieb mit Betriebsrat.** Diese weitere Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 21a Abs. 1 und 2 BetrVG resultiert ebenfalls aus dem Schutzzweck der Vorschrift. Eines Übergangsmandats des „abgebenden“ Betriebsrats bedarf es nicht, wenn der abgespaltene Betriebsteil in Zukunft kein organisatorisches Eigenleben führt und auch nicht iS von § 21a Abs. 2 BetrVG mit anderen Betrieben oder Betriebsteilen zu einem *neuen* Betrieb zusammengefasst, sondern in einen bereits bestehenden (und nach der

1 IE ebenso *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, § 21a BetrVG Rz. 19; differenzierend zwischen Eingliederung in einen bestehenden und Zusammenfassung zu einem neuen Betrieb und nur für den letzteren Fall zustimmend *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 87 ff.

2 Dort aufgrund der entsprechenden Anwendbarkeit von § 21a Abs. 1 BetrVG gemäß § 21a Abs. 2 Satz 2 BetrVG.

3 Ebenso *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, § 21a BetrVG Rz. 13.

Umwandlung weiter bestehenden) Betrieb eingegliedert wird<sup>1</sup>. Eine solche **Eingliederung** liegt (im Gegensatz zu der Betriebsneubildung iS von § 21a Abs. 2 BetrVG) dann vor, wenn der **Betrieb, in den** der Betriebsteil integriert wurde, hierdurch seine **Identität** nicht verliert<sup>2</sup>, so dass der **dort bereits gebildete Betriebsrat** unverändert **fortbesteht** und die Arbeitnehmer des eingegliederten Betriebs in Zukunft mit vertreten kann. Diese Voraussetzungen werden idR dann erfüllt sein, wenn die **Arbeitnehmerzahl** des **aufnehmenden Betriebs wesentlich höher ist** als die des einzugliedernden Betriebsteils. In diesem Fall vertritt der Betriebsrat des aufnehmenden Betriebs – ohne dass sich an seiner personellen Zusammensetzung zunächst etwas ändert – als reguläres Vertretungsorgan, also ohne die Begrenzung auf sechs Monate, „nahtlos“ auch die Arbeitnehmer des eingegliederten Betriebsteils; der Betriebsrat des „abgebenden“ Betriebs verliert mit der Eingliederung seine Zuständigkeit. Die Notwendigkeit einer Neuwahl kann sich aber sowohl in dem abgebenden wie auch in dem aufnehmenden Betrieb aus den allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere aus § 13 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ergeben (Anstieg oder Absinken der Zahl der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer binnen 24 Monaten seit der letzten Wahl um die Hälfte, mindestens aber um 50).

Von einer „Eingliederung“ iS von § 21a Abs. 1 BetrVG kann allerdings nicht 35 mehr die Rede sein, wenn durch die Integration des einen in den anderen Betrieb ein völlig neuer Betrieb im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne entsteht, *beide* Ursprungsbetriebe somit ihre **Identität verlieren**, was nach allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen ist<sup>3</sup>. In einem derartigen Fall findet § 21a Abs. 2 BetrVG Anwendung, der gerade (auch) auf den Fall eines Verlustes der Betriebsidentität in Bezug auf alle an der Zusammenfassung beteiligten Betriebe zugeschnitten ist.

**ee) Inhalt und Dauer des Übergangsmandats gemäß § 21a BetrVG; Zusammensetzung und Status der Betriebsratsmitglieder im Übergangsmandat.** Im 36 **Gegensatz** zu dem **Restmandat** nach § 21b BetrVG<sup>4</sup> entspricht das Übergangsmandat für seine Dauer inhaltlich in allen Punkten dem „normalen“ Betriebsratsamt mit allen sich aus dem BetrVG ergebenden Konsequenzen („**Vollman-**

1 BAG v. 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, AP Nr. 1 zu § 21a BetrVG 1972.

2 Zu dem Gesichtspunkt der Identitätswahrung siehe bereits Rz. 21, 26.

3 Siehe dazu ausführlich *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 53 ff.

4 Siehe dazu und zur Abgrenzung des Übergangs- vom Restmandat *Thüsing* in Richardi, § 21b BetrVG Rz. 7 f.; *Bachner/Köstler/Matthießen/Trittin*, Arbeitsrecht bei Unternehmensumwandlung, § 4 Rz. 84 ff.; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinge/Linsenmaier*, § 21b BetrVG Rz. 13. Das Übergangsmandat schließt das Restmandat des „abgebenden“ Betriebsrats nicht aus; ebenso *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinge/Linsenmaier*, § 21b BetrVG Rz. 13; *Thüsing* in Richardi, § 21b BetrVG Rz. 7; *Reichold* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 21b BetrVG Rz. 17.

dat“<sup>1</sup>). Eine Einschränkung des Mandats nur auf Beteiligungsrechte im Zusammenhang mit der Umwandlung wäre weder mit dem Wortlaut noch mit dem Sinn der Vorschrift vereinbar. Der **Umfang** des Mitbestimmungsrechts bestimmt sich nach der **neuen Betriebsgröße** nach Spaltung bzw. Verschmelzung<sup>2</sup>. Wegen der weiteren Einzelheiten, insbesondere in Bezug auf die Bestellung von Wahlvorständen gemäß § 21a Abs. 1 Satz 2 BetrVG ist auf die allgemeinen Kommentierungen zu verweisen<sup>3</sup>; dies gilt auch in Bezug auf die grundsätzlich auf sechs Monate begrenzte Dauer des Übergangsmandats<sup>4</sup>.

- 37 Ebenso wie § 321 UmwG aF regelt auch § 21a BetrVG *nicht* die **personelle Zusammensetzung** des Betriebsrats, der das Übergangsmandat auszuüben hat. Dies hat unter § 321 UmwG aF zu verschiedenen, kontrovers diskutierten Fragestellungen geführt<sup>5</sup>. Für § 21a BetrVG nimmt **die herrschende Meinung** an, dass der Betriebsrat während der Dauer seines Übergangsmandats **in seiner bisherigen personellen Zusammensetzung bestehen bleibe**, auch wenn einzelne Betriebsratsmitglieder einem im Zuge der Umwandlung ausgegliederten Betriebsteil und daher nicht mehr dem Ursprungsbetrieb angehörten<sup>6</sup>. Für den Fall, dass der Ursprungsbetrieb seine betriebsverfassungsrechtliche Identität behält und der dortige Betriebsrat damit sein „reguläres“ Mandat weiterführt, halten einige Vertreter dieser Auffassung eine **unterschiedliche personelle Zusammensetzung** für erforderlich: Für das „Regelmandat“ sollen die durch die Spaltung gemäß § 24 Nr. 3 und 4 BetrVG aus dem Betriebsrat ausscheidenden Arbeitnehmer durch Ersatzmitglieder gemäß § 25 BetrVG ausgetauscht werden, während die Zusammensetzung für das **Übergangsmandat** unverändert bleiben soll<sup>7</sup>.

1 Ebenso *Däubler*, RdA 1995, 136 (144); *Thüsing* in Richardi, § 21a BetrVG Rz. 19; *Pirscher*, Betriebsteilung, 2000, S. 61; ebenso für § 21a BetrVG *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 92; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, § 21a BetrVG Rz. 20; *Reichold* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 21a BetrVG Rz. 10. Zu weiteren mit dem Übergangsmandat verbundenen Fragen vgl. *Gragert*, NZA 2004, 289.

2 *Reichold* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 21a BetrVG Rz. 10 mwN.

3 Vgl. etwa *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, § 21a BetrVG Rz. 20 ff.; *Reichold* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 21a BetrVG Rz. 10 f.; *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 91 ff.

4 *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, § 21a BetrVG Rz. 24 ff.; *Reichold* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 21a BetrVG Rz. 12.

5 Siehe dazu 2. Aufl. zu § 321 UmwG Rz. 18 ff. mwN.

6 *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, § 21a BetrVG Rz. 16; *Gragert*, NZA 2004, 289 (290); *Buschmann* in DKKW, § 21a BetrVG Rz. 35; *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 95; *Koch* in ErfK, § 21a BetrVG Rz. 7; im Grundsatz auch *Reichold* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 21a BetrVG Rz. 14; aA *Düwell*, § 21a BetrVG Rz. 39.

7 So *Reichold* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 21a BetrVG Rz. 15; gegen eine solche Differenzierung ua. *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, § 21a BetrVG Rz. 16; *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 95.

Für eine solchermaßen differenzierte Zusammensetzung ein und desselben betriebsverfassungsrechtlichen Organs gibt der Wortlaut des § 21a BetrVG jedoch nichts her; sie wäre systemfremd und würde überdies praktische Schwierigkeiten mit sich bringen<sup>1</sup>.

Wie bereits in der 2. Aufl. zu § 321 UmwG aF (siehe dort Rz. 19f.) dargelegt 38 wurde, kann der herrschenden Meinung auch in Bezug auf § 21a BetrVG nur für den Fall gefolgt werden, dass der Ursprungsbetrieb infolge der Betriebsspaltung seine **Identität verliert**, dh. durch „Atomisierung“ in verschiedene, kleinere Betriebe betriebsverfassungsrechtlich untergeht (siehe dazu Rz. 26). Ebenso wie bereits § 321 UmwG aF ist auch § 21a BetrVG seinem Wortlaut nach in erster Linie auf diesen Fall zugeschnitten, wie die Formulierung: „... so bleibt dessen Betriebsrat im Amt“ belegt; sie ist nämlich bei Wahrung der Betriebsidentität trotz Spaltung des Betriebs überflüssig. Bei Verlust der Identität des Ursprungsbetriebs – etwa im Wege der vollständigen Spaltung in verschiedene neue Betriebe – enthält das Gesetz eine verdeckte Regelungslücke, bei der der allgemein vorgesehene Mechanismus eines Ausscheidens von Betriebsratsmitgliedern und deren Austausch durch Ersatzmitglieder (§§ 24, 25 BetrVG) nicht funktionieren kann. Diese, auch im Rahmen des § 21a BetrVG fortbestehende **Regelungslücke** muss dahingehend geschlossen werden, dass das **Amt sämtlicher Mitglieder des nunmehr nur noch als „reiner“ Übergangsbetriebsrat amtierenden Vertretungsorgans** für die Dauer der Sechs-Monats-Frist (bei entsprechender Verlängerung durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung für zwölf Monate) mit allen Rechten und Pflichten **fortbesteht**<sup>2</sup>.

Bleibt dagegen der Betriebsrat des Ursprungsbetriebs mit seinem „regulären“ 39 Mandat **im Amt** (siehe dazu auch Rz. 26), richtet sich seine personelle Zusammensetzung, auch soweit er das Übergangsmandat nach § 21a BetrVG wahrnimmt, **entgegen der herrschenden Literaturmeinung** ausschließlich nach den für das Regelmandat maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen. Die gleichzeitige Wahrnehmung des Übergangsmandats nach § 21a BetrVG zwingt insoweit nicht zu Einschränkungen oder Abweichungen<sup>3</sup>. Dass nach diesen allgemeinen Regeln (insbesondere § 24 Nr. 3 und 4 BetrVG) unter Umständen ausgerechnet solche Betriebsratsmitglieder ihr Amt verlieren, deren Arbeitsverhältnisse im Zuge der Spaltung (hier: im umwandlungsrechtlichen Sinne) gemäß § 613a BGB iVm. § 324 UmwG auf einen anderen Rechtsträger übergehen, kann entgegen

1 Ablehnend auch *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 95; *Rieble*, NZA 2002, 233 (235); iE ebenso *B. Gaul*, Betriebsspaltung, S. 1062f.

2 Wegen weiterer Einzelheiten, insb. zu den Fragen der Freistellungspflicht und Kostentragung für die Betriebsrats Tätigkeit, ist auf die Kommentierungen zu § 21a BetrVG zu verweisen; vgl. etwa *Thüsing* in Richardi, § 21a BetrVG Rz. 30; *Reichold* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 21a BetrVG Rz. 18.

3 Ebenso *Thüsing* in Richardi, § 21a BetrVG Rz. 27.



den Vertretern der herrschenden Meinung<sup>1</sup> nicht gegen diese Lösung vorgebracht werden. Zum einen üben die Betriebsratsmitglieder ihr Amt stets für den gesamten Betrieb und nicht nur für einzelne Betriebsteile aus; eine Wahl „für“ solche einzelnen Betriebsteile ist im Gesetz nicht vorgesehen. Zum anderen ist zu bedenken, dass der Fortbestand des Betriebsrats im „regulären“ Mandat nur für den Fall der Abspaltung einzelner Betriebsteile in Betracht kommt, durch die die **Identität** des Ursprungsbetriebs nicht aufgehoben wird. Bei dem hierfür vorauszusetzenden deutlichen zahlen- und größenmäßigen Übergewicht des verbleibenden Betriebs im Vergleich zu den abgespaltenen Betriebsteilen ist ein Verlust der Funktionsfähigkeit des Betriebsrats bei Ausscheiden der auf einen anderen Rechtsträger übergehenden Arbeitnehmer – anders als im Falle einer Betriebsaufspaltung mit Identitätsverlust – in aller Regel nicht zu besorgen.

## 2. Gesamtbetriebsrat

### a) Beteiligungsrechte in Bezug auf den Umwandlungsvorgang

- 40 In Rz. 17 wurden die Beteiligungsrechte des **örtlichen Betriebsrats** (Einzelbetriebsrat) hinsichtlich des Umwandlungsvorgangs dargestellt. An seine Stelle kann jedoch insoweit unter bestimmten Voraussetzungen ein bei dem jeweiligen (übertragenden oder aufnehmenden) Rechtsträger bestehender **Gesamtbetriebsrat** treten. Zu den Voraussetzungen für die Bildung eines Gesamtbetriebsrats siehe Rz. 43.
- 41 Die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Einzel- und Gesamtbetriebsrat ergibt sich aus der zwingenden<sup>2</sup> Vorschrift des § 50 Abs. 1 BetrVG. Danach ist der Gesamtbetriebsrat „... zuständig für die Behandlung von Angelegenheiten, die das Gesamtunternehmen oder mehrere Betriebe betreffen *und*<sup>3</sup> nicht durch die einzelnen Betriebsräte innerhalb ihrer Betriebe geregelt werden können“. Ergänzend zu dieser **originären Zuständigkeit** des Gesamtbetriebsrats kommt eine sogenannte **Auftragszuständigkeit** gemäß § 50 Abs. 2 BetrVG in Betracht<sup>4</sup>.

Im Grundsatz werden somit die Beteiligungsrechte nach dem Betriebsverfassungsgesetz von den Einzelbetriebsräten ausgeübt; die Zuständigkeit des Ge-

---

1 ZB B. Gaul, Betriebsspaltung, S. 1062.

2 Vgl. BAG v. 28.4.1992 – 1 ABR 68/91, AP Nr. 11 zu § 50 BetrVG 1972; BAG v. 21.1.2003 – 3 ABR 26/02, NZA 2003, 992; BAG v. 14.11.2006 – 1 ABR 4/06, AP Nr. 43 zu § 87 BetrVG 1972.

3 Dazu, dass diese Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssten, vgl. BAG v. 26.1.1993 – 1 AZR 303/92, AP Nr. 102 zu § 99 BetrVG 1972; *Hohenstatt/Dzida* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 50 BetrVG Rz. 2 mit Verweis auf BAG v. 26.1.1993 – 1 AZR 303/92, AP Nr. 102 zu § 99 BetrVG 1972.

4 Zu den damit verbundenen Einzelfragen vgl. *Fitting/Engels/Schmidt/Trebingen/Linsenmaier*, § 50 BetrVG Rz. 15 ff., 35 ff., 62 ff.; *Hohenstatt/Dzida* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 50 BetrVG Rz. 3 ff.

samtbetriebsrats ist also nur **subsidiär**<sup>1</sup>, er ist den Einzelbetriebsräten nicht übergeordnet. Soweit seine Zuständigkeit besteht, erstreckt sie sich gemäß § 50 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BetrVG allerdings auch auf **betriebsratslose Betriebe**<sup>2</sup>.

Besteht für den jeweiligen Rechtsträger ein Gesamtbetriebsrat, nimmt dieser **anstelle** des bzw. der örtlichen Betriebsräte das umwandlungsrechtliche „Beteiligungsrecht“ gemäß § 5 Abs. 3 UmwG bzw. § 126 Abs. 3 UmwG wahr, dh., der **Umwandlungsvertrag** bzw. sein **Entwurf** sind **ausschließlich dem Gesamtbetriebsrat** des übertragenden bzw. aufnehmenden Rechtsträgers zuzuleiten (siehe § 5 UmwG Rz. 76).

Ob und inwieweit der Gesamtbetriebsrat auch für die Wahrnehmung etwaiger 42 Beteiligungsrechte nach §§ 111 ff. BetrVG (siehe dazu Rz. 17 f.) an die Stelle des bzw. der örtlichen Betriebsräte tritt, ist im Einzelfall anhand des § 50 Abs. 1 BetrVG zu beurteilen, wobei das Ergebnis in Bezug auf die Zuständigkeit für die Beratung und den Versuch bzw. den Abschluss eines **Interessenausgleichs** *einerseits* und die Aufstellung eines **Sozialplans** *andererseits* jedenfalls nach herrschender Meinung unterschiedlich ausfallen kann<sup>3</sup>. Für personelle Einzelmaßnahmen iS der §§ 99 und 102 BetrVG verbleibt es dagegen in jedem Falle bei der Zuständigkeit der Einzelbetriebsräte<sup>4</sup>. Im Hinblick darauf, dass für **sämtliche** Mitwirkungsrechte der Einzelbetriebsräte die Möglichkeit einer **Delegation nach § 50 Abs. 2 BetrVG** besteht, sollte vorsorglich hiernach gefragt werden, soweit nicht ohnehin nach dem vorstehend Ausgeführten der Gesamtbetriebsrat originär zuständig ist. Die Beteiligung des „falschen“ Gremiums macht diese nämlich in aller Regel **rechtlich unwirksam**.

## **b) Rechtsfolgen für das Amt des Gesamtbetriebsrats**

§ 21a BetrVG betrifft nur die örtlichen, auf Betriebsebene gebildeten Betriebsräte 43 und enthält keine Aussage zum „Schicksal“ von **Gesamtbetriebsräten**, die gemäß § 47 BetrVG in **Unternehmen** zu bilden sind, in denen **mehrere Betriebsräte bestehen**. Im Gegensatz zu den (Einzel-)Betriebsräten gemäß § 1 BetrVG kommt der Gesamtbetriebsrat **nicht durch Wahl, sondern durch Entsendung** seitens der Einzelbetriebsräte zustande (§ 47 Abs. 2 BetrVG); es handelt sich um eine **Dauereinrichtung**.

1 *Annuß* in Richardi, § 50 BetrVG Rz. 3; *Hohenstatt/Dzida* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 50 BetrVG Rz. 2.

2 Zum Umfang (kein „Ersatzbetriebsrat“) *Hohenstatt/Dzida* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 50 BetrVG Rz. 16.

3 BAG v. 11.12.2001 – 1 AZR 193/01, DB 2002, 1276 ff.; BAG v. 3.5.2006 – 1 ABR 15/05, AP Nr. 29 zu § 50 BetrVG 1972; vgl. aber BAG v. 23.10.2002 – 7 ABR 55/01, AP Nr. 26 zu § 50 BetrVG 1972; *Hohenstatt/Dzida* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 50 BetrVG Rz. 13 f.

4 Vgl. BAG v. 3.2.1982 – 7 AZR 791/79, DB 1982, 1624 f.

- 44 Durch übertragende Umwandlungen können die gesetzlichen Voraussetzungen für die Errichtung von Gesamtbetriebsräten **sowohl erstmals erfüllt** werden **wie auch in Wegfall geraten**.

**Beispiel 1:**

Die B-GmbH wird auf die A-GmbH verschmolzen. Beide Unternehmen haben bisher je einen Betrieb mit je einem Betriebsrat. Beide Betriebe bestehen nach der Verschmelzung bei der A-GmbH organisatorisch unverändert weiter. Bei der A-GmbH ist erstmals gemäß § 47 BetrVG ein Gesamtbetriebsrat zu bilden.

**Beispiel 2:**

Die X-GmbH hat bisher zwei Betriebe mit je einem Betriebsrat sowie einen Gesamtbetriebsrat gemäß § 47 BetrVG. Betrieb 2 wird im Zuge der Ausgliederung in die neu gegründete Y-GmbH eingebracht, Betrieb 1 verbleibt bei der X-GmbH. Wegen Wegfalls der gesetzlichen Voraussetzungen des § 47 Abs. 1 BetrVG (ein Unternehmen mit mehreren Betriebsräten) wird der Gesamtbetriebsrat bei der X-GmbH kraft Gesetzes aufgelöst<sup>1</sup>.

- 45 **Einigkeit** besteht im arbeitsrechtlichen Schrifttum insoweit, als das **Ausscheiden** nur **einzelner von mehreren Betrieben** aus dem Unternehmen **keine Auswirkung** auf den Bestand des **Gesamtbetriebsrats** hat<sup>2</sup>. Der Gesamtbetriebsrat verliert für den ausscheidenden Betrieb seine Zuständigkeit; ein **Übergangsmandat** ist **für den Gesamtbetriebsrat nicht vorgesehen**<sup>3</sup>. Verliert der Gesamtbetriebsrat seine Existenzgrundlage, wenn beim Betriebsveräußerer nur noch ein Betrieb verbleibt, hat der Gesamtbetriebsrat kein Übergangsmandat, mit dem er die eigene Legitimationsgrundlage durch Einleitung einer Betriebsratswahl wieder herbeiführen kann<sup>4</sup>. **Ebenso wenig** ist es möglich, nach einer Ausgliederung von Betrieben oder Betriebsteilen auf einen anderen Rechtsträger im alleseitigen Einverständnis einen „**unternehmensübergreifenden**“ **Gesamtbetriebsrat** zu bilden, da dessen Aktionsradius auf den bisherigen Rechtsträger beschränkt ist<sup>5</sup>. Besteht bei dem aufnehmenden Unternehmen ein Gesamtbetriebsrat, wird dieser kraft Gesetzes auch für den übernommenen Betrieb zuständig; erfüllt das aufnehmende Unternehmen erstmals mit dem Hinzutreten des weiteren Betriebes die gesetzlichen Voraussetzungen für die Existenz eines Gesamtbetriebsrats, ist dieser von den Einzelbetriebsräten umgehend zu bilden<sup>6</sup>. Eine Pflicht des Arbeitgebers, hierauf hinzuwirken, besteht indes nicht.

---

1 Vgl. BAG v. 5.6.2002 – 7 ABR 17/01, NZA 2003, 336.

2 *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, § 47 BetrVG Rz. 18.

3 Vgl. *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 111.

4 ArbG Bielefeld v. 2.4.2008 – 6 BV 16/08.

5 Siehe dazu und zu den Risiken einer solchen Vorgehensweise *Hoffmann/Alles*, NZA 2014, 757. Zu den – eingeschränkten – Möglichkeiten anderer Arbeitnehmervertretungsstrukturen nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG siehe BAG v. 13.3.2013 – 7 ABR 70/11, NZA 2013, 738.

6 Ebenso *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, § 47 BetrVG Rz. 18.

**Sehr umstritten** ist die Rechtslage in Bezug auf den **Fortbestand des Gesamtbetriebsrats**, wenn ein Rechtsträger bisher über mehrere Betriebe und somit über einen Gesamtbetriebsrat verfügte und **alle** oder jedenfalls der ganz überwiegende Teil dieser Betriebe im Wege der Abspaltung oder Ausgliederung auf einen **anderen Rechtsträger** übertragen werden, der seinerseits noch nicht über Betriebsräte verfügt. Ein Teil des Schrifttums vertritt hierzu die Auffassung, der Gesamtbetriebsrat bleibe im Falle der Veräußerung einzelner Betriebe so lange im Amt, wie im veräußernden Unternehmen überhaupt nur die Voraussetzungen für seine Bildung erfüllt seien, das Unternehmen also über mindestens zwei Betriebe mit je einem Betriebsrat verfüge<sup>1</sup>. Andererseits ist der Gesamtbetriebsrat nach dieser Auffassung an den **Rechtsträger gebunden**, bei dem er gebildet wurde, so dass er mit diesem **untergeht, wenn der Rechtsträger** – etwa durch Verschmelzung – **erlischt**<sup>2</sup>. Ein **anderer Teil** des Schrifttums folgt diesem Ansatz nicht und hält es grundsätzlich für möglich, dass der Gesamtbetriebsrat im Falle einer übertragenden Umwandlung oder sonstigen Unternehmensübertragung als „Organ“ **auf den neuen Rechtsträger übergeht**<sup>3</sup>. Dies erscheint insofern konsequent, als der Gesamtbetriebsrat kein Organ „des“ jeweiligen Rechtsträgers, sondern lediglich auf der Ebene desselben gebildet ist und sich insofern strukturell und qualitativ nicht von den Einzelbetriebsräten unterscheidet<sup>4</sup>. Das Bundesarbeitsgericht scheint dieser Konzeption jedoch – allenfalls – dann folgen zu wollen, wenn **sämtliche** Betriebe eines Unternehmens auf einen anderen Rechtsträger übergehen. In einem im Jahre 2002 entschiedenen Fall<sup>5</sup> lehnte der 7. Senat einen Übergang des Gesamtbetriebsrats auf den übernehmenden Rechtsträger ab, weil das übertragende Unternehmen zwar über 200 Warenhäuser transferiert, jedoch einen Teil der Hauptverwaltung zurückbehalten hatte<sup>6</sup>. Die Frage ist also für die Praxis weiterhin offen. Dasselbe gilt hinsichtlich der Entsendung in den Gesamtbetriebsrat für den Fall, dass durch eine Umstrukturierung ein **gemeinschaftlicher Betrieb** zweier Unternehmen entsteht<sup>7</sup>.

1 So Koch in ErfK, § 47 BetrVG Rz. 11; Fitting/Engels/Schmidt/Trebinge/Linsenmaier, § 47 BetrVG Rz. 17, 26.

2 Fitting/Engels/Schmidt/Trebinge/Linsenmaier, § 47 BetrVG Rz. 18, allerdings mit der Ausnahme, dass sämtliche Betriebe eines Unternehmens unverändert auf ein anderes Unternehmen übertragen werden.

3 Ausführlich dazu Hohenstatt in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 99 ff.; Fuhlrott/Oltmanns, BB 2015, 1013 (1017); Hohenstatt/Müller-Bonanni, NZA 2003, 766.

4 Hohenstatt in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 101.

5 BAG v. 5.6.2002 – 7 ABR 17/01, AP Nr. 11 zu § 47 BetrVG 1972; siehe auch BAG v. 18.9.2002 – 1 ABR 54/01, AP Nr. 7 zu § 77 BetrVG 1972; Hauck in FS Richardi, 2007, S. 537 (540).

6 Kritisch dazu Hohenstatt in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 100 ff.

7 Siehe dazu ausführlich Hohenstatt in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 115 ff.

UmwG keine Beschwerde mehr gibt (vgl. § 16 Abs. 3 Satz 9 UmwG). Für solche Verfahren ist weiter das OLG zuständig.

- 3 § 321 Abs. 3 UmwG wurde durch das 3. UmwGÄndG hinzugefügt. Danach sind die §§ 62 Abs. 4 und 5, 63 Abs. 2 Satz 5–7, 64 Abs. 1, 143 UmwG idF des 3. UmwGÄndG erstmals auf Umwandlungen anzuwenden, bei denen der Verschmelzungs- oder Spaltungsvertrag nach dem 14.7.2011 geschlossen wurde. Die Änderungen betreffen die Entbehrlichkeit des Verschmelzungsbeschlusses der übertragenden Kapitalgesellschaft bei einer 100%igen Konzernverschmelzung, den verschmelzungsrechtlichen Squeeze-out, die Entbehrlichkeit einer Zwischenbilanz, die Unterrichtungspflicht des Vorstandes bei wesentlichen Vermögensveränderungen und die verhältnismäßige Spaltung zur Neugründung.

## Vorbemerkung zu § 322

### Arbeitsrechtliche Auswirkungen der Umwandlung

<b>A. Einführung</b> . . . . .	1	2. Gesamtbetriebsrat	
<b>B. Auswirkungen der Umwandlung auf das einzelne Arbeitsverhältnis</b> . . . . .	4	a) Beteiligungsrechte in Bezug auf den Umwandlungsvorgang . . . . .	40
I. Übertragende Umwandlungen (Verschmelzung, Spaltung, Ausgliederung, Vermögens[teil]übertragung) . . . . .	5	b) Rechtsfolgen für das Amt des Gesamtbetriebsrats . . . . .	43
II. Formwechsel . . . . .	10	<b>3. Konzernbetriebsrat</b>	
<b>C. Auswirkungen auf die Rechtsstellung und das Amt des Betriebsrats/Gesamtbetriebsrats/Konzernbetriebsrats/Wirtschaftsausschusses/Europäischen Betriebsrats sowie des Sprecherausschusses der leitenden Angestellten</b> . . . . .	14	a) Beteiligungsrechte in Bezug auf den Umwandlungsvorgang . . . . .	47
I. Übertragende Umwandlungen (Verschmelzung, Spaltung, Ausgliederung, Vermögens[teil]übertragung)		b) Rechtsfolgen für das Amt des Konzernbetriebsrats . . . . .	49
1. Betriebsrat		<b>4. Besonderheiten bei Bestehen von Vereinbarungen gemäß § 3 BetrVG</b> . . . . .	51
a) Beteiligungsrechte in Bezug auf den Umwandlungsvorgang	15	<b>5. Wirtschaftsausschuss</b>	
b) Rechtsfolgen für das Betriebsratsamt und die Rechtsstellung der Betriebsratsmitglieder . . .	19	a) Beteiligungsrechte in Bezug auf den Umwandlungsvorgang	52
		b) Rechtsfolgen für den Bestand des Wirtschaftsausschusses . .	53
		<b>6. Sprecherausschuss der leitenden Angestellten</b>	
		a) Beteiligungsrechte in Bezug auf den Umwandlungsvorgang	54
		b) Rechtsfolgen für das Amt des Sprecherausschusses und die Rechtsstellung der Sprecherausschussmitglieder . . . . .	55

7. Europäischer Betriebsrat		II. Arbeitnehmerbeteiligung bei	
a) Beteiligungsrechte in Bezug		grenzüberschreitender Ver-	
auf den Umwandlungsvorgang	59	schmelzung	97
b) Rechtsfolgen für das Amt und		1. Wesentliche Unterschiede zur	
die Rechtsstellung Europäi-		Arbeitnehmerbeteiligung bei der	
scher Betriebsräte	62	SE-Gründung	98
II. Formwechsel		2. Anwendungsvoraussetzungen des	
1. Beteiligungsrechte in Bezug auf		MgVG	99
den Umwandlungsvorgang	64	3. Tatbestände des § 5 MgVG	
2. Rechtsfolgen für das Amt des Be-		a) § 5 Nr. 1 MgVG	101
triebsrats/Gesamtbetriebsrats/		b) § 5 Nr. 2 MgVG	102
Konzernbetriebsrats/Wirtschafts-		c) § 5 Nr. 3 MgVG	103
ausschusses/Europäischen Be-		4. Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren	
triebsrats sowie des Sprecheraus-		nach §§ 6 ff. MgVG	104
schusses der leitenden Angestell-		a) Einleitung des Verfahrens	105
ten	66	b) Zusammensetzung des Beson-	
<b>D. Auswirkungen auf bestehende</b>		deren Verhandlungsgremiums	106
<b>Betriebsvereinbarungen und</b>		c) Bildung des Besonderen Ver-	
<b>Tarifverträge</b>	68	handlungsgremiums	107
I. Übertragende Umwandlungen		d) Wählbarkeitsvoraussetzungen	108
(Verschmelzung, Spaltung, Aus-		e) Zeitrahmen	109
gliederung, Vermögens[teil]über-		5. Verhandlungen mit dem BVG	
tragung)		a) Verhandlungsfrist und -ziel	110
1. Betriebsvereinbarung, Gesamt-		b) Abschluss der Verhandlungen	111
und Konzernbetriebsverein-		6. Gesetzliche Auffangregelung	112
barung, Sprecherausschussver-		a) Größe und Zusammensetzung	
einbarung	69	des Aufsichtsrats	113
2. Tarifverträge	79	b) Wahl bzw. Bestellung der Ar-	
a) Firmentarifverträge	80	beitnehmervertreter im Auf-	
b) Verbands („Flächen“-)tarifver-		sichtsrat	115
träge	83	c) Geschlechterquote bei börsen-	
II. Formwechsel	85	notierten Gesellschaften	115a
<b>E. Auswirkungen auf die Unter-</b>		7. Optierung für die gesetzliche	
<b>nehmensmitbestimmung</b>	86	Auffangregelung ohne vorher-	
I. Übertragende Umwandlungen		gehende Verhandlung (§ 23	
(Verschmelzung, Spaltung, Aus-		Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MgVG)	116
gliederung, Vermögens[teil]über-		8. Nichtverhandlungs- bzw. Ab-	
tragung)	87	bruchbeschluss des BVG (§ 18	
II. Formwechsel	92	MgVG)	118
<b>F. Arbeitnehmerbeteiligung und</b>		<b>G. Haftungsrechtliche Auswirkun-</b>	
<b>Mitbestimmung in der SE und</b>		<b>gen im Bereich des Arbeits-</b>	
<b>bei grenzüberschreitender Ver-</b>		<b>rechts</b>	
<b>schmelzung</b>		I. Übertragende Umwandlungen	
I. Arbeitnehmerbeteiligung bei SE-		(Verschmelzung, Spaltung, Aus-	
Gründung	96	gliederung, Vermögens[teil]über-	
		tragung)	119
		II. Formwechsel	123

**H. Auswirkungen auf den Inhalt  
des Umwandlungsvertrages** . . . 124

**J. Zusammenfassung** . . . . . 126

**Literatur:** *Annuß/Kühn/Rudolph/Rupp*, EBRG, 2014; *Arens/Düwell/Wichert* (Hrsg.), Handbuch Umstrukturierung und Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2013; *Bachner/Köstler/Matthießen/Trittin*, Arbeitsrecht bei Unternehmensumwandlung und Betriebsübergang, 4. Aufl. 2012; *Bauer/Haußmann/Krieger*, Umstrukturierung, 3. Aufl. 2015; *Brandes*, Mitbestimmungsvermeidung mittels grenzüberschreitender Verschmelzung, ZIP 2008, 2193; *Cisch/Hock*, Konzernbetriebsvereinbarungen zur betrieblichen Altersversorgung im Lichte eines Share Deal, BB 2012, 2113; *Däubler/Kitzner/Klebe/Wedde*, BetrVG, 15. Aufl. 2016 (zit. DKKW); *Drinhausen/Keinath*, Mitbestimmung bei grenzüberschreitender Verschmelzung mitbestimmungsfreier Gesellschaften, AG 2010, 398; *Düwell*, BetrVG, 4. Aufl. 2014; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2016 (zit. ErfK); *Dzida*, Die Unterrichtung des „zuständigen“ Betriebsrats bei innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Verschmelzungen, GmbHR 2009, 459; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, BetrVG, 28. Aufl. 2016; *Fuhlrott/Oltmanns*, Das Schicksal von Betriebsräten bei Betriebs(teil)übergängen, BB 2015, 1013; *B. Gaul*, Das Arbeitsrecht der Betriebs- und Unternehmensspaltung, 2002; *Gaul/Otto*, Konsequenzen einer Spaltung nach § 123 UmwG für Firmentarifverträge, BB 2014, 500; Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 11. Aufl. 2016 (zit. KR); *Gussen/Dauck*, Die Weitergeltung von Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen bei Betriebsübergang und Umwandlung, 2. Aufl. 1997; *Henßler/Willemsen/Kalb* (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 7. Aufl. 2016; *Hohenstatt/Kröpelin/Bertke*, Die Novellierung des Gesetzes über Europäische Betriebsräte (EBRG): Handlungsbedarf bei freiwilligen Vereinbarungen?, NZA 2011, 1313; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, Auswirkungen eines Betriebsinhaberwechsels auf Gesamtbetriebsrat und Gesamtbetriebsvereinbarung, NZA 2003, 766; *Hohenstatt/Schramm*, Der Gemeinschaftsbetrieb im Recht der Unternehmensmitbestimmung, NZA 2010, 846; *Hromadka/Maschmann/Wallner*, Der Tarifwechsel, 1996; *Kauffmann-Lauven/Lenze*, Auswirkungen der Verschmelzung auf den mitbestimmten Aufsichtsrat, AG 2010, 532; *Kern*, Störfälle im Anwendungsbereich von Konzernbetriebsvereinbarungen, NZA 2009, 1313; *Maschmann*, Betriebsrat und Betriebsvereinbarung nach einer Umstrukturierung, NZA Beil. 2009, 32; *Kiefner/Friebel*, Zulässigkeit eines Aufsichtsrats mit einer nicht durch drei teilbaren Mitgliederzahl bei einer SE mit Sitz in Deutschland, NZG 2010, 537; *O. Kittner*, Beschränkter Umfang des Übergangsmandats nach § 21a BetrVG, NZA 2012, 541; *Lunk/Hinrichs*, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen nach dem MgVG, NZA 2007, 773; *Mengel*, Umwandlungen im Arbeitsrecht, 1997; *C. Meyer*, Betriebsübergang: Neues zur Transformation gem. § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB, DB 2010, 1404; *Moll/Ersfeld*, Betriebsratsstruktur nach Betriebsübergang, DB 2011, 1108; *Müller-Bonanni*, Der Betriebsinhaberwechsel im Rahmen des Umwandlungsgesetzes, 2004; *Müller-Bonanni/Mehrens*, Auswirkungen von Umstrukturierungen auf die Tarifsituation, ZIP 2012, 1217; *Müller-Bonanni/Müntefering*, Grenzüberschreitende Verschmelzung ohne Arbeitnehmerbeteiligung?, NJW 2009, 2347; *Nikoleyczik/Führ*, Mitbestimmungsgestaltung im grenzüberschreitenden Konzern unter besonderer Berücksichtigung der SE und grenzüberschreitender Verschmelzungen, DStR 2010, 1743; *Picot/Schnitker*, Arbeitsrecht bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, 2001; *Preis/Willemsen*, Umstrukturierung von Betrieb und Unternehmen im Arbeitsrecht, 1999; *Richardi* (Hrsg.), BetrVG, 15. Aufl. 2016; *Sagan*, Die kollektive Fortgeltung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen nach § 613a Abs. 1 Sätze 2–4 BGB, RdA 2011, 163; *Schönhöft/Brahmstaedt*, Betriebsvereinbarungen und Ge-

meinschaftsbetrieb, NZA 2010, 851; *Schubert*, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitender Verschmelzung, RdA 2007, 9; *Sieg/Maschmann*, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, 2. Aufl. 2010; *Teichmann*, Mitbestimmung und grenzüberschreitende Verschmelzung, Der Konzern 2007, 89; *Trappehl/Nussbaum*, Auswirkungen einer Verschmelzung auf den Bestand von Gesamtbetriebsvereinbarungen, BB 2011, 2869; *Völksen*, Beendigung fortgeltender freiwilliger Betriebsvereinbarungen nach einem Betriebsübergang, NZA 2013, 1182; *Willemssen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 5. Aufl. 2016; *Windbichler*, Arbeitsrecht im Konzern, 1989; *Wollwert*, Zulässigkeit der Errichtung eines Konzernbetriebsrats durch den konzernweit einzigen Gesamtbetriebsrat, NZA 2011, 437.

## A. Einführung

Arbeitsrechtliche Aspekte werden im Umwandlungsgesetz nur vereinzelt<sup>1</sup> angesprochen. Eine geschlossene Systematik des „Arbeitsrechts der Umwandlung“ gibt es nicht<sup>2</sup>. Das Gesetz enthält nur einige rudimentäre Regelungen, deren wichtigste die in § 324 UmwG enthaltene Klarstellung in Bezug auf die Anwendbarkeit des § 613a BGB bei übertragenden Umwandlungen (zum Begriff siehe Rz. 4) ist. Die §§ 322, 323 und 325 UmwG bilden lediglich partiell wirkende Sonderbestimmungen zu den ansonsten **unverändert anwendbaren Regelungen des allgemeinen Arbeitsrechts**.

Die Antwort auf die meisten arbeitsrechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit Umwandlungen ergibt sich somit aus den allgemein geltenden gesetzlichen Regelungen und von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen beispielsweise des Kündigungs-, Betriebsverfassungs- und Tarifvertragsrechts, wobei allerdings stets der durch die Umwandlung bewirkte **Rechtsträger- bzw. Rechtsformwechsel** beachtet werden muss, soweit er für die jeweils anzuwendende arbeitsrechtliche Norm **relevant** sein kann. Die Spannbreite reicht dabei von der arbeitsrechtlich nahezu neutralen Umwandlung einer (bereits zuvor mitbestimmungspflichtigen) GmbH in eine AG bis zur Ausgliederung von Betriebsteilen auf einen oder mehrere neu gegründete(n) Rechtsträger unter Verlust der **Identität**<sup>3</sup> des bisherigen Betriebs, die vielfache Folgefragen aufwirft, insbesondere hinsichtlich des „Schicksals“ der Arbeitsverhältnisse, des Fortbestands bzw. der Neuwahl von Betriebsräten, der Fortgeltung von Betriebsver-

1 Siehe insb. § 5 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 3 UmwG; § 126 Abs. 1 Nr. 11, Abs. 3 UmwG; § 134 UmwG; § 194 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2 UmwG; §§ 322–325 UmwG.

2 Siehe die zusammenfassenden Darstellungen von *B. Gaul*, Das Arbeitsrecht der Betriebs- und Unternehmensspaltung, 1. Aufl. 2002; *Picot/Schnitker*, Arbeitsrecht bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, 2001; *Sieg/Maschmann*, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, 2. Aufl. 2010; *Willemssen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 5. Aufl. 2016.

3 Zu Begriff und Bedeutung der Betriebsidentität in diesem Zusammenhang vgl. *Thüsing* in *Richardi*, § 21a BetrVG Rz. 5.



einbarungen und Tarifverträgen sowie der Beteiligung des Betriebsrats hinsichtlich der mit der Umwandlung verbundenen organisatorischen Umstrukturierung (Betriebsänderungen iS von § 111 BetrVG) als solcher. Kommt es im Zusammenhang und in Folge der Umwandlung zu einer **Personalanpassung, Versetzung** von Mitarbeitern und/oder **Änderungen von Arbeitsbedingungen**, stellen sich die üblichen, nach allgemeinem Arbeitsrecht zu beantwortenden Fragen wie etwa der Zulässigkeit betriebsbedingter Kündigungen gemäß § 1 KSchG, Anpassung individueller und kollektiver Vereinbarungen sowie der Reichweite des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts<sup>1</sup>.

- 3 Die Antwort auf all diese Fragen ist, soweit das Gesetz nicht ausnahmsweise eine Sonderregelung bereithält, den einschlägigen arbeitsrechtlichen Normen und der diesbezüglichen Rechtsprechung zu entnehmen. Mit der Aufhebung der §§ 321 und 322 Abs. 1 UmwG aF und deren Ersetzung durch § 21a bzw. § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG<sup>2</sup> gilt dies ausnahmslos auch für die Auswirkungen der Umwandlung auf das Betriebsratsmandat. Die Streichung dieser Bestimmungen aus den Übergangs- und Schlussvorschriften des Gesetzes sowie der ohnehin nur fragmentarische Charakter des „arbeitsrechtlichen Teils“ lassen es sinnvoll erscheinen, die arbeitsrechtlichen Auswirkungen der Umwandlung zunächst in Form einer **Gesamtskizze** darzustellen<sup>3</sup>, bevor die verbleibenden Regelungen (§§ 322 bis 325 UmwG) im Detail erläutert werden.

## **B. Auswirkungen der Umwandlung auf das einzelne Arbeitsverhältnis**

- 4 Für die arbeitsrechtliche Bewertung ist die Unterscheidung zwischen **übertragenden** und (lediglich) **formwechselnden** Umwandlungen von zentraler Bedeutung<sup>4</sup>. Die übertragenden Umwandlungen (Verschmelzung, Spaltung, Ausgliederung und Vermögensübertragung) sind definitionsgemäß mit einer Übertragung von Vermögen (Aktiva und Passiva) im Wege der (Sonder-) Gesamtrechtsnachfolge auf einen anderen Rechtsträger verbunden, während der Formwechsel als solcher ohne jede Vermögensbewegung und ohne jeglichen Rechtsträgerwechsel erfolgt. Dementsprechend sind die arbeitsrechtlichen Konsequenzen einer übertragenden Umwandlung in aller Regel deutlich gravierender als diejenigen eines Formwechsels.

---

1 Zum sog. arbeitsrechtlichen Direktionsrecht vgl. *Preis*, Der Arbeitsvertrag, 5. Aufl. 2015, Teil II D 30, S. 759 ff.; *Thüsing* in *Henssler/Willemsen/Kalb*, § 611 BGB Rz. 293 ff.

2 Neu eingefügt durch das BetrVerfReformG v. 23.7.2001 (BGBl. I 2001, S. 1852), vgl. Neubekanntmachung v. 25.9.2001 (BGBl. I 2001, S. 2518).

3 Siehe dazu auch *Willemsen* in *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung, Rz. B 81 ff.

4 Siehe dazu Kommentierung zu § 1 UmwG Rz. 6 sowie das Schaubild bei *Lutter/Bayer* in *Lutter*, Einleitung I Rz. 50 f.

### I. Übertragende Umwandlungen (Verschmelzung, Spaltung, Ausgliederung, Vermögens[teil]übertragung)

Die übertragende Umwandlung ist (nur) in den Fällen der **Verschmelzung** (§ 2 5 UmwG), der **Aufspaltung** (§ 123 UmwG) und der **Vermögensvollübertragung** (§ 174 UmwG) zwingend mit dem Übergang von Arbeitsverhältnissen verbunden, soweit solche bei dem übertragenden und durch die Umwandlung ohne Abwicklung erlöschenden Rechtsträger bestanden haben<sup>1</sup>. Bei allen sonstigen übertragenden Umwandlungen, die nicht mit dem Erlöschen des bisherigen Rechtsträgers verbunden sind, also bei der Abspaltung (§ 123 Abs. 2 UmwG), Ausgliederung (§ 123 Abs. 3 UmwG) sowie bei der Vermögens<sup>teil</sup>übertragung (§§ 177, 179 UmwG) hängt das „Schicksal“ der bei dem übertragenden Rechtsträger vorhandenen Arbeitsverhältnisse maßgeblich davon ab, ob es sich bei dem jeweiligen Rechtsträgerwechsel zugleich um den Fall eines **Betriebs- oder Betriebsteilübergangs iS von § 613a BGB** handelt.

§ 324 UmwG stellt die Anwendbarkeit dieser Bestimmung für alle Fälle der übertragenden Umwandlung klar<sup>2</sup>. Anders als bei Verschmelzung, Aufspaltung und Vermögensvollübertragung hängt es in den Fällen der nur partiellen Gesamtrechtsnachfolge, also bei Abspaltung, Ausgliederung und Vermögens<sup>teil</sup>übertragung, maßgeblich vom **Inhalt des Umwandlungsvertrages bzw. -beschlusses** ab, inwieweit die bei dem übertragenden Rechtsträger vorhandenen Arbeitsverhältnisse davon überhaupt berührt werden. Gliedert beispielsweise eine AG lediglich einen Teil ihrer Verbindlichkeiten sowie einige nicht betriebsnotwendige Grundstücke und Unternehmensbeteiligungen in eine neu gegründete Tochtergesellschaft aus, sind die Arbeitsverhältnisse bei der AG hiervon augenscheinlich nicht betroffen: Umwandlungsrechtlich nicht, weil sie nicht Gegenstand des Übertragungsvorgangs sind, nach § 613a BGB nicht, weil die zu übertragenden Gegenstände weder einen Betrieb noch einen vom Betriebsteil iS dieser Vorschrift bilden<sup>3</sup>. Daher sind die Voraussetzungen des § 613a BGB jedenfalls bei der **Spaltung, Ausgliederung und Vermögens<sup>teil</sup>übertragung stets eigenständig zu prüfen** (siehe auch § 324 UmwG Rz. 2). Nur soweit mit der Vermögensverschiebung ein Betriebs- oder Betriebsteilübergang einhergeht, kommt es zu einem gesetzlichen Übergang der hieran „gebundenen“ Arbeitsverhältnisse<sup>4</sup> sowie den weiteren hieran gemäß § 613a Abs. 1 Satz 2–4, Abs. 2–6

1 Über dieses Ergebnis besteht in der Rechtsprechung und Literatur Einigkeit; umstritten ist jedoch, ob es sich ausschließlich aus arbeitsrechtlichen (§ 613a BGB iVm. § 324 UmwG) oder (ggf. zusätzlich) aus den Grundsätzen der umwandlungsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge ergibt; siehe dazu Joost in Lutter, § 324 UmwG Rz. 16; Willemsen in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. B 90f.

2 Zur Bedeutung dieser Vorschrift siehe im Übrigen Erl. zu § 324 UmwG Rz. 2ff.

3 Allgemein zu den Voraussetzungen eines Betriebs/Betriebsteils iS des § 613a BGB Willemsen in Henssler/Willemsen/Kalb, § 613a BGB Rz. 11 ff.

4 Zu den damit verbundenen Zuordnungsfragen siehe § 324 UmwG Rz. 51 ff.

BGB geknüpften Rechtsfolgen. Die *Aufspaltung* führt zwar, wie oben ausgeführt, definitionsgemäß zu einer Übertragung der beim übertragenden und mit der Aufspaltung erlöschenden Rechtsträger bestehenden Arbeitsverhältnisse; gleichwohl sind auch hier die Voraussetzungen des § 613a BGB in Bezug auf jeden übernehmenden Rechtsträger gesondert zu prüfen, weil hiervon abhängt, auf *welchen* von ihnen das jeweilige Arbeitsverhältnis nach § 613a BGB übergeht. Die Rechtsfolgen dieser arbeitsrechtlichen Norm haben gemäß der Klarstellung in § 324 UmwG **Vorrang** gegenüber etwaigen gegenteiligen Bestimmungen im Umwandlungsvertrag<sup>1</sup>.

- 7 Nur soweit § 613a BGB (in Ermangelung eines Betriebsübergangs oder Betriebs-teilübergangs) nicht greift, kommt eine **rein umwandlungsrechtliche Übertragung** einzelner Arbeitsverhältnisse in Betracht. Dazu bedarf es neben entsprechender Bestimmungen im Umwandlungsvertrag der **Zustimmung** der betroffenen Arbeitnehmer (vgl. § 324 UmwG Rz. 57 sowie das dort aufgeführte Beispiel).
- 8 Geht dagegen ein Arbeitsverhältnis im Zuge der Umwandlung gemäß § 613a BGB (iVm. § 324 UmwG) auf einen anderen Rechtsträger über, tritt diese Rechtsfolge **kraft Gesetzes** und ohne das Erfordernis einer ausdrücklichen oder konkludenten Zustimmung des Arbeitnehmers ein. Dieser ist allerdings gemäß § 613a Abs. 5 BGB über die Folgen des Betriebsübergangs in Textform zu **unterrichten** und hat nach näherer Maßgabe von § 613a Abs. 6 BGB ein **Widerspruchsrecht** (siehe dazu § 324 UmwG Rz. 41 ff.). Ob dieses auch besteht, wenn der übertragende Rechtsträger im Zuge der Umwandlung erlischt (wie bei Verschmelzung, Aufspaltung, Vollübertragung), war lange Zeit umstritten. Hierzu hat das BAG für die Praxis verbindlich entschieden, dass ein Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB gegen den Übergang eines Arbeitsverhältnisses nicht besteht in Fällen, in denen ein Arbeitsverhältnis wegen gesellschaftsrechtlicher Gesamtrechtsnachfolge auf einen neuen Arbeitgeber übergegangen und der bisherige Arbeitgeber erloschen ist<sup>2</sup> (vgl. hierzu näher § 324 UmwG Rz. 44; wegen der weiteren Rechtsfolgen der Anwendung des § 613a BGB in Bezug auf den Übergang von Arbeitsverhältnissen vgl. die Erl. zu § 324 UmwG Rz. 18 ff.).
- 9 Für **Mitglieder des gesetzlichen Vertretungsorgans** (Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer) **gilt § 613a BGB** dagegen **nicht**<sup>3</sup>. Die Auswirkungen der Um-

---

1 Dieser Vorrang bezieht sich allerdings nur auf die Rechtsfolgen der im Umwandlungsvertrag vorgesehenen Vermögensverschiebung, nicht jedoch auf die Gegenstände der Vermögensverschiebung als solche; vgl. § 324 UmwG Rz. 3 ff.

2 BAG v. 21.2.2008 – 8 AZR 157/07, ZIP 2008, 1296. Im konkreten Fall ging es um eine Anwachsung nach § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB. Allerdings hat das BAG in den Gründen klargestellt, dass die gleichen Erwägungen auch für Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz gelten.

3 Vgl. BAG v. 13.2.2003 – 3 AZR 59/02, NJW 2003, 2930 für freie Dienstverhältnisse; für GmbH-Geschäftsführer: BAG v. 13.2.2003 – 8 AZR 654/01, NJW 2003, 2473; *Willemsen/Müller-Bonanni* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 613a BGB Rz. 226; es erscheint ratsam,

wandlung sowohl auf ihre Bestellung wie auch auf ihr Anstellungsverhältnis sind somit nach dem Umwandlungsrecht iVm. §§ 611 ff. BGB zu bestimmen<sup>1</sup>.

## II. Formwechsel

Beim Formwechsel (§ 190 UmwG) bleibt die **Rechtsträgerschaft** des bisherigen **Arbeitgebers** sowohl in Bezug auf den Betrieb als auch in Bezug auf das einzelne Arbeitsverhältnis **bestehen**<sup>2</sup>. Dementsprechend findet auch **§ 613a BGB** auf den Formwechsel als solchen unstreitig **keine Anwendung**. Anderes kommt in Betracht, wenn der Formwechsel zum Anlass für weiterführende, betriebs- oder unternehmensbezogene Umstrukturierungen, etwa im Wege des *Asset Deals*, genommen oder von vornherein mit einer übertragenden Umwandlung (zB Ausgliederung) kombiniert wird.

Der Formwechsel als solcher lässt jedoch das einzelne Arbeitsverhältnis unberührt; es ändert sich praktisch nur der „rechtliche Name“ des als solcher identisch bleibenden Arbeitgebers. Der Arbeitnehmer braucht dem Formwechsel – selbstverständlich – weder zuzustimmen, noch hat er ein Widerspruchsrecht, da **§ 613a Abs. 6 BGB weder direkt noch analog gilt**. Auch ein **außerordentliches Kündigungsrecht** nach § 626 Abs. 1 BGB zu Gunsten des Arbeitnehmers **besteht nicht**, selbst wenn sich die Haftungsverhältnisse (wie insbesondere bei Umwandlung einer Personen- in eine Kapitalgesellschaft) durch die Umwandlung grundlegend ändern. Dies folgt zum einen daraus, dass dem Arbeitnehmer mit dem Formwechsel kein anderer Arbeitgeber „aufgedrängt“ wird, zum anderen daraus, dass der Gesetzgeber die haftungsrechtlichen Konsequenzen des Formwechsels selbst geregelt hat (vgl. §§ 204, 205 UmwG), diese somit *per se* die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitnehmer nicht unzumutbar machen können. Ausnahmen sind allerdings – nur – dann vorstellbar, wenn ein in eine Kapitalgesellschaft umgewandeltes Unternehmen gezielt „ausgeplündert“ und damit die Erfüllung *künftiger* Lohnansprüche erheblich gefährdet wird<sup>3</sup>.

Alle bestehenden arbeitsvertraglichen Vereinbarungen einschließlich solcher aus sogenannter betrieblicher Übung bleiben im Falle des Formwechsels unverändert bestehen<sup>4</sup>. Eine etwaige Neufassung des Arbeitsvertrages in Bezug auf die

---

die Entwicklung der Rspr. bzgl. Fremdgeschäftsführern zu verfolgen: vgl. EuGH v. 11.11. 2010 – C-232/09, NZA 2011, 143 (Danosa), dazu *Junker*, NZA 2011, 950 (950f.).

1 Siehe dazu § 20 UmwG Rz. 13 ff. sowie ausführlich *Buchner/Schlobach*, GmbHR 2004, 1.

2 Vgl. dazu § 190 UmwG Rz. 6: Prinzip der Wahrung der Identität des Rechtsträgers.

3 Zu der – umstrittenen – Frage, inwieweit nach § 204 UmwG (iVm. § 22 UmwG) bei Ansprüchen aus Dauerschuldverhältnissen überhaupt Sicherheit für erst nach der Eintragung des Formwechsels fällig werdende Ansprüche verlangt werden kann, vgl. oben § 204 UmwG Rz. 5.

4 Allgemein zum Fortbestand von Vereinbarungen bei Formwechsel § 202 UmwG Rz. 17 ff.

Person des Arbeitgebers hat demzufolge nur deklaratorische Bedeutung; allerdings ist der Arbeitgeber gemäß § 3 NachwG iVm. § 2 Abs. 1 Nr. 1 NachwG **verpflichtet**, allen Mitarbeitern die durch den Formwechsel bewirkte **Namensänderung mitzuteilen**<sup>1</sup>. Willenserklärungen (zB Kündigungen), die der Arbeitnehmer in Unkenntnis des zwischenzeitlichen Formwechsels noch an den Arbeitgeber früherer Rechtsform richtet, bleiben wirksam.

- 13 **Weitergehende Konsequenzen** kann der Formwechsel allerdings für das Amt und die vertragliche Stellung von **Organmitgliedern** haben. Der Fortbestand der Identität des Rechtsträgers ändert nämlich nichts daran, dass die Organstellung an die (bisherige) Rechtsform anknüpft und daher mit Eintragung des Formwechsels endet (**Prinzip der Diskontinuität**)<sup>2</sup>. Es ist mithin in aller Regel eine Neubestellung erforderlich (vgl. zB §§ 222 Abs. 1 Satz 2, 246 Abs. 2 UmwG). Der zugrunde liegende **Anstellungsvertrag** bleibt dagegen durch den Formwechsel grundsätzlich unberührt; seine **außerordentliche Kündigung** durch die Gesellschaft oder das Organmitglied ist nur ausnahmsweise zulässig<sup>3</sup>.

### C. Auswirkungen auf die Rechtsstellung und das Amt des Betriebsrats/Gesamtbetriebsrats/Konzernbetriebsrats/Wirtschaftsausschusses/Europäischen Betriebsrats sowie des Sprecherausschusses der leitenden Angestellten

- 14 Sowohl bei der übertragenden Umwandlung wie auch beim Formwechsel sieht das Gesetz eine rudimentäre Beteiligung der Betriebsräte vor, die sich allerdings in einem **reinen Informationsrecht** bezüglich des Inhalts des Umwandlungsvertrages bzw. -beschlusses erschöpft. Die Beteiligung des Betriebsrats in Bezug auf organisatorisch-personelle Veränderungen (**Umstrukturierungen**) im Zusammenhang mit der Umwandlung sowie deren Auswirkung auf das **Betriebsratsamt** selbst sind dagegen dem **BetrVG** und der diesbezüglichen Rechtsprechung zu entnehmen.

---

1 Dies folgt daraus, dass bei juristischen Personen als Arbeitgebern im Rahmen des § 2 Abs. 1 Nr. 1 NachwG auch deren Rechtsform zu den mitteilungspflichtigen, wesentlichen Vertragsbedingungen gehört; vgl. dazu *Kliemt* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 2 NachwG Rz. 14; *Preis* in ErFK, § 2 NachwG Rz. 11.

2 Vgl. oben *Meister/Klöckner*, § 202 UmwG Rz. 24; aA *Decher/Hoger* in Lutter, § 202 UmwG Rz. 39.

3 Siehe dazu *Meister/Klöckner*, § 202 UmwG Rz. 24 sowie *Decher/Hoger* in Lutter, § 202 UmwG Rz. 39, jeweils mwN. Zu den anstellungsvertraglichen Konsequenzen im Übrigen siehe *Willemsen* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. H 159 ff.

**I. Übertragende Umwandlungen (Verschmelzung, Spaltung, Ausgliederung, Vermögens[teil]übertragung)****1. Betriebsrat****a) Beteiligungsrechte in Bezug auf den Umwandlungsvorgang**

Insoweit ist zwischen der **umwandlungsrechtlichen** und der (allgemeinen) **betriebsverfassungsrechtlichen** Beteiligung des Betriebsrats zu unterscheiden, die **kumulativ** nebeneinander bestehen<sup>1</sup>.

**Umwandlungsrechtlich** ist für alle Umwandlungsarten die **Zuleitung** des Umwandlungsvertrags/-beschlusses bzw. seines Entwurfs an den „zuständigen“ Betriebsrat des oder der beteiligten Rechtsträger(s) vorgesehen (vgl. § 5 Abs. 3 UmwG, § 126 Abs. 3 UmwG, § 194 Abs. 2 UmwG), und zwar jeweils **einen Monat** vor der Beschlussfassung der Anteilsinhaber über die Umwandlung<sup>2</sup>.

**Betriebsverfassungsrechtlich** sind abhängig von dem mit der Umwandlung verfolgten tatsächlichen (betriebsorganisatorischen) **Umstrukturierungskonzept** sämtliche allgemeinen Beteiligungsrechte des Betriebsrats zu beachten, insbesondere diejenigen nach §§ 99 ff. (**Versetzung**), §§ 102 ff. (**Kündigung**) und § 111 (**Betriebsänderung**) BetrVG. Gerade dem zuletzt genannten Beteiligungsrecht des Betriebsrats bei Betriebsänderungen iS des § 111 BetrVG kann im Zusammenhang mit übertragenden Umwandlungen eine zentrale Bedeutung zukommen. Auslösendes Moment für die weitreichenden Mitwirkungsrechte des Betriebsrats in Bezug auf einen **Interessenausgleich und Sozialplan** (vgl. § 112 BetrVG) ist allerdings nicht bereits die mit der Umwandlung verbundene Änderung der Vermögenszuordnung als solche, sondern nur eine – in § 111 Satz 3 BetrVG katalogartig aufgeführte – **Änderung der tatsächlichen betrieblich-organisatorischen Verhältnisse** wie etwa eine im Zuge der Ausgliederung vorgenommene **Aufspaltung eines bisher einheitlichen Betriebs** (iS einer arbeitstechnischen Einheit<sup>3</sup>) in künftig zwei oder mehrere organisatorisch eigenständige Einheiten (vgl. § 111 Satz 3 Nr. 3 Alt. 2 BetrVG) oder die mit der Verschmelzung verbundene **örtliche Verlagerung** eines Betriebs und dessen **Zusammenschluss** mit einem bereits vorhandenen Betrieb des aufnehmenden Rechtsträgers (vgl. § 111 Satz 3 Nr. 2 Alt. 1 und Nr. 3 Alt. 1 BetrVG). Ähnlich wie bei § 613a BGB ist auch hier das Vorliegen der jeweiligen Tatbestandsmerkmale **eigenständig zu prüfen**<sup>4</sup> und durch die Wahl des Umwandlungsinstruments noch nicht zwingend vorgegeben.

1 Vgl. *Drygala* in Lutter, § 5 UmwG Rz. 108 ff.; siehe auch § 5 UmwG Rz. 48.

2 Siehe zu innerbetrieblichen und grenzüberschreitenden Verschmelzungen *Dzida*, GmbHR 2009, 459.

3 Zur Definition des arbeitsrechtlichen Betriebsbegriffs siehe auch Rz. 20.

4 Allgemein zum Verhältnis zwischen Umwandlungsrecht und §§ 111 ff. BetrVG *Willemssen* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. B 94 ff.

- 18 Es gelten insoweit dieselben Überlegungen wie beim sogenannten *Asset Deal*<sup>1</sup>, dh., es ist zu prüfen, ob es **im Zuge** der jeweiligen Umwandlung und der Umsetzung des damit verbundenen wirtschaftlichen Zwecks (zB Hebung von Synergiepotentialen) zu iS von § 111 BetrVG grundlegenden **Veränderungen in der organisatorischen und personellen Zusammensetzung von Betrieben** der beteiligten Rechtsträger kommen wird. Ergibt eine solche Prüfung, dass das jeweilige Umstrukturierungskonzept eine Betriebsänderung iS von § 111 BetrVG mit umfasst, bedarf es im Hinblick auf den zeitlichen Ablauf der Umwandlung einer **besonders sorgfältigen Planung**, weil die Verletzung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach §§ 111 ff. BetrVG für das Unternehmen **schwerwiegende Konsequenzen** zeitigen kann. Wie sich aus dem Zusammenhang des § 112 Abs. 1–3 BetrVG und § 113 Abs. 3 BetrVG ergibt, darf der Unternehmer mit der **Durchführung** einer Betriebsänderung erst **beginnen**, wenn der Interessenausgleich iS von § 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG entweder **unterschrieben** oder sein **Versuch** vor der Einigungsstelle endgültig **gescheitert** ist (vgl. § 112 Abs. 3 BetrVG). Die Durchführung der Betriebsänderung (mit der allerdings nicht die Umwandlung als solche, sondern die Änderung der konkreten betrieblichen Verhältnisse einschließlich des Ausspruchs von Kündigungen gemeint ist, vgl. Rz. 17) ohne vorherigen (vollständigen) Versuch eines Interessenausgleichs löst nicht nur **Nachteilsausgleichsansprüche** der betroffenen Arbeitnehmer nach **§ 113 Abs. 3 BetrVG**, sondern darüber hinaus möglicherweise sogar den Erlass einer **einstweiligen Unterlassungsverfügung** durch das zuständige Arbeitsgericht aus<sup>2</sup>. Auch diese kann sich allerdings nur gegen den **organisatorischen Vollzug** der Umwandlung (zB Betriebsverlagerung oder -aufspaltung, Ausspruch von Kündigungen etc.), **nicht jedoch gegen umwandlungsrechtliche Akte** (zB Beschluss oder Eintragung einer Verschmelzung als solcher) richten (vgl. § 5 UmwG Rz. 56)<sup>3</sup>.

### b) Rechtsfolgen für das Betriebsratsamt und die Rechtsstellung der Betriebsratsmitglieder

- 19 aa) **Unterscheidung von Betriebs- und Unternehmensspaltung.** Seit der Reform des Betriebsverfassungsgesetzes im Jahre 2001<sup>4</sup> ist an die Stelle der umwandlungsspezifischen Norm des § 321 UmwG aF die allgemeine betriebsverfassungsrechtliche Bestimmung des **§ 21a BetrVG** getreten. Sie hat folgenden Wortlaut:

1 Siehe dazu *Willemsen* in *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung, Rz. B 119 ff.

2 Zu der insoweit umstrittenen Rechtslage sowie der unterschiedlichen Judikatur der verschiedenen Landesarbeitsgerichte vgl. *Schweibert* in *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung, Rz. C 366 ff.

3 *Willemsen*, NZA 1996, 791 (798); *Willemsen* in *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung, Rz. B 147.

4 Vgl. dazu BetrVerfReformG v. 23.7.2001, BGBl. I 2001, S. 1852.

**§ 21a<sup>1</sup> Übergangsmandat**

(1) Wird ein Betrieb gespalten, so bleibt dessen Betriebsrat im Amt und führt die Geschäfte für die ihm bislang zugeordneten Betriebsteile weiter, soweit sie die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 erfüllen und nicht in einen Betrieb eingegliedert werden, in dem ein Betriebsrat besteht (Übergangsmandat). Der Betriebsrat hat insbesondere unverzüglich Wahlvorstände zu bestellen. Das Übergangsmandat endet, sobald in den Betriebsteilen ein neuer Betriebsrat gewählt und das Wahlergebnis bekanntgegeben ist, spätestens jedoch sechs Monate nach Wirksamwerden der Spaltung. Durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung kann das Übergangsmandat um weitere sechs Monate verlängert werden.

(2) Werden Betriebe oder Betriebsteile zu einem Betrieb zusammengefasst, so nimmt der Betriebsrat des nach der Zahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer größten Betriebs oder Betriebsteils das Übergangsmandat wahr. Absatz 1 gilt entsprechend.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten auch, wenn die Spaltung oder Zusammenlegung von Betrieben und Betriebsteilen im Zusammenhang mit einer Betriebsveräußerung oder einer Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz erfolgt.

Auch wenn infolge der Verlagerung in das Betriebsverfassungsgesetz der spezielle umwandlungsrechtliche Bezug fehlt, kommt der – mit § 321 UmwG aF in weiten Teilen wortgleichen – Bestimmung für die arbeitsrechtliche Umsetzung von Umwandlungen nach wie vor eine zentrale Bedeutung zu; das ergibt sich auch aus dem – lediglich deklaratorischen – Hinweis in § 21a Abs. 3 BetrVG. Die rechtzeitige Prüfung und ggf. Gestaltung<sup>2</sup> der Auswirkungen auf das Amt bestehender Betriebsräte gehören zu den „Pflichtaufgaben“ in der umwandlungsrechtlichen Beratung, da der Wegfall bestehender und die Konstitution neuer Betriebsräte sowohl erwünschte wie auch unerwünschte Auswirkungen auf die interne Unternehmens- und Betriebspolitik haben können.<sup>3</sup>

Für das Verständnis des § 21a BetrVG im Zusammenhang mit Umwandlungen 20 (insbesondere Spaltungen iS des UmwG) ist zunächst die arbeitsrechtliche **Unterscheidung zwischen Betrieb und Unternehmen** von essentieller Bedeutung. Danach ist ein **Betrieb** die **organisatorische Einheit**, innerhalb derer ein Arbeitgeber (ggf. auch mehrere Arbeitgeber gemeinsam<sup>4</sup>) mit Hilfe von **personellen, sächlichen und immateriellen Mitteln** bestimmte **arbeitstechnische Zwecke**

1 [Amtl. Anm.:] Diese Vorschrift dient der Umsetzung des Artikels 6 der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen (ABl. EG Nr. L 82, S. 16).

2 „Gestaltung“ meint hier sowohl das Umstrukturierungskonzept als solches wie auch ggf. den Abschluss von Vereinbarungen nach § 3 BetrVG; siehe dazu auch Rz. 51 ff.

3 Es handelt sich nachfolgend um eine überblickartige Darstellung. Eine eingehende Beschreibung der Folgen der Umstrukturierung auf die Organe der Betriebsverfassung (insbes. Betriebsräte, Gesamt- und Konzernbetriebsräte) findet sich bei Hohenstatt in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 1 ff.

4 Zum Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen vgl. Rz. 24 sowie § 322 UmwG Rz. 2 ff.



fortgesetzt verfolgt bzw. verfolgen<sup>1</sup>. Demgegenüber ist aus arbeitsrechtlicher Sicht vom Betrieb das **Unternehmen** abzugrenzen; hiermit ist der jeweilige **Rechtsträger** gemeint<sup>2</sup>. Bloße **Veränderungen der rechtlichen Unternehmensstruktur**, die nicht mit einer (tatsächlichen) Organisationsveränderung auf Betriebsebene einhergehen, **berühren** daher die **Zusammensetzung des Betriebs** im arbeitsrechtlichen Sinne und die Existenz der dort bestehenden **Betriebsräte nicht**<sup>3</sup>. Es ist daher streng zwischen der **Unternehmens- und der Betriebsspaltung zu unterscheiden**.

**Beispiel:**

Ein bisher rechtlich einheitliches Unternehmen (U-GmbH) wird in der Weise aufgespalten, dass der Hauptbetrieb (120 Arbeitnehmer) in Köln der (neugegründeten) X-GmbH und der Zweigbetrieb in München (40 Arbeitnehmer) der (ebenfalls neu gegründeten) Y-GmbH zugewiesen wird. An beiden Standorten bestehen Betriebsräte; bei der U-GmbH wurde ein Gesamtbetriebsrat gebildet. Die tatsächliche Organisation der Betriebe wird nicht geändert. *Rechtsfolgen:* Die in Köln und München gewählten Betriebsräte bleiben unverändert bestehen; § 21a BetrVG ist *nicht* einschlägig, also auch kein Übergangsmandat, sondern Fortbestand der Betriebsratsmandate bis zum Ablauf der regulären Amtszeit. Auch ein Fall der §§ 111 ff. BetrVG (Betriebsänderung) liegt nicht vor. Allerdings endet das Amt des bisher bei der U-GmbH bestehenden Gesamtbetriebsrats, weil dieser – anders als der Einzelbetriebsrat – nicht auf Betriebs-, sondern auf Unternehmensebene gebildet wird und die U-GmbH infolge der Aufspaltung als Rechtsträger erlischt<sup>4</sup>.

- 21 Generell lässt sich feststellen, dass eine **Betriebsratsneubildung**, gegebenenfalls verbunden mit einem Übergangsmandat nach § 21a BetrVG, grundsätzlich nur in solchen (tatsächlichen) Konstellationen in Betracht kommt, in denen ein bisher bestehender Betrieb infolge tiefgreifender organisatorisch-personeller Veränderungen seine bisherige betriebsverfassungsrechtliche **Identität** verliert<sup>5</sup>. Darüber hinaus kann sich die Notwendigkeit zur Betriebsratsneubildung (nur) dann ergeben, wenn Betriebsratsmitglieder durch Ausübung ihres **Widerspruchsrechts** nach § 613a Abs. 6 BGB (siehe dazu § 324 UmwG Rz. 41 ff.) in dem Arbeitsverhältnis mit der Veräußerergesellschaft verbleiben und damit die Wählbarkeit im übergehenden Betrieb verlieren (vgl. § 24 Nr. 4 BetrVG iVm. § 13 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG<sup>6</sup>). Demgegenüber bleibt der **Widerspruch einzelner Arbeitnehmer** gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses nach § 613a Abs. 6 BGB auf den Fortbestand des Betriebsrats beim Erwerber **ohne Einfluss**.

1 Vgl. zu dieser, auf *Jacobi* zurückgehenden, Definition *Fitting/Engels/Schmidt/Trebingen/Linsenmaier*, § 1 BetrVG Rz. 63; *B. Gaul* in *Henssler/Willemsen/Kalb*, § 1 BetrVG Rz. 6.

2 Vgl. BAG v. 23.8.1989 – 7 ABR 39/88, AP Nr. 7 zu § 106 BetrVG 1972; zum Ganzen *Joost*, *Betrieb und Unternehmen* als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, 1988.

3 Vgl. zu diesem „Trennungsprinzip“ *Willemsen*, NZA 1996, 791 (795 ff.).

4 Zum Schicksal des Gesamtbetriebsrats im Falle von Umwandlungen vgl. im Übrigen Rz. 43 ff.

5 Zum Identitätsaspekt siehe auch Rz. 26, 34 f., 39.

6 Dazu *Moll/Ersfeld*, DB 2011, 1108.

Die widersprechenden Arbeitnehmer verbleiben in diesem Fall bei der Veräußerergesellschaft. Dem auf den Erwerber übergegangenen Betriebsrat steht hinsichtlich der beim Veräußerer „zurückgebliebenen“ Arbeitnehmer auch **kein Übergangs- oder Restmandat** nach § 21a oder § 21b BetrVG (analog) zu<sup>1</sup>. Dies gilt nach Ansicht des BAG<sup>2</sup> selbst dann, wenn eine Mehrzahl von Arbeitnehmern dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses widerspricht.

**bb) Betriebsspaltung (§ 21a Abs. 1 BetrVG).** § 21a Abs. 1 BetrVG regelt nicht 22 Fälle der Unternehmens-, sondern (nur) solche der **Betriebsspaltung**. Für **Umwandlungen** bedeutet dies, dass die Vorschrift nur zur Anwendung gelangt, wenn sich mit der Umwandlung gleichzeitig die **Struktur** der bisher vorhandenen Betriebe in dem oben beschriebenen tatsächlich-organisatorischen Sinne ändert. Wird, anders als in dem soeben (Rz. 20) behandelten Beispiel, lediglich ein Betriebsteil im Zuge der Spaltung in eine andere Gesellschaft eingebracht, verliert nach allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Grundsätzen, sofern sich die beteiligten Rechtsträger nicht auf die Führung eines Gemeinschaftsbetriebs verständigen (vgl. dazu Rz. 24), der Betriebsrat des „abgebenden Betriebs“ die Zuständigkeit für die in dem von der Abspaltung betroffenen Betriebsteil beschäftigten Arbeitnehmer; sofern das „aufnehmende“ Unternehmen betriebsratslos ist – was jedenfalls bei Neugründungen in der Anfangsphase der Fall ist – wären die Arbeitnehmer gerade in der unter Umständen „kritischen“ Phase unmittelbar nach der Betriebsspaltung ohne Repräsentation. Dieses als unerwünscht empfundene Ergebnis soll durch das zeitlich begrenzte **Übergangsmandat** des bisher zuständigen Betriebsrats gemäß § 21a BetrVG vermieden werden<sup>3</sup>.

Eine **Betriebsspaltung** ist einer Realteilung eines bisher als einheitliche Organisation existierenden Betriebs kann das **Produkt** sowohl einer **Spaltung/Ausgliederung** wie auch einer **Verschmelzung** im umwandlungsrechtlichen Sinne sein. 23

**Beispiel (für eine Betriebsspaltung im Zuge der Verschmelzung):**

Die B-GmbH wird auf die A-GmbH verschmolzen, die zwei betriebsratslose Betriebe an zwei unterschiedlichen Standorten unterhält. Dabei wird ein Teil des bisher einheitlichen Betriebs der B-GmbH örtlich und organisatorisch mit dem vorhandenen Betrieb der A-GmbH an dem ersten Standort, der andere Teil des Betriebs mit dem Betrieb der A-GmbH an dem zweiten Standort zusammengefasst. Unterstellt man, dass beide von der Verschmelzung betroffenen Betriebsteile jeweils über die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 BetrVG (idR fünf ständige wahlberechtigte Arbeitnehmer, von denen drei wählbar sind) erfüllen und für den Betrieb der B-GmbH ein Betriebsrat bestand, kommt diesem nun-

1 Ebenso *Fuhlrott/Oltmanns*, BB 2015, 1013f.

2 BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 62/11, DB 2013, 1731 = NZA 2013, 277 Rz. 56.

3 So die amtliche Begründung zu § 321 UmwG aF, BT-Drucks. 12/6699, S. 174; zu § 21a BetrVG vgl. BT-Drucks. 14/5741, S. 39; vgl. zum Ganzen auch *Bachner/Köstler/Matthiesen/Trittin*, Arbeitsrecht bei Unternehmensumwandlung, § 4 Rz. 37 ff.; *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 74 ff.

mehr nach § 21a Abs. 1 Satz 1 BetrVG ein Übergangsmandat zu, weil die Eingliederung jeweils in betriebsratslose Betriebe erfolgt<sup>1</sup>.

Es ist daher folgerichtig, wenn § 21a Abs. 3 BetrVG die Absätze 1 und 2 dieser Norm **nicht nur** für die **Spaltung**, sondern **generell für Umwandlungen** nach dem Umwandlungsgesetz für anwendbar erklärt.

- 24 Stets muss es aber im Zuge der Umwandlung tatsächlich zu einer **Spaltung** eines bisher einheitlichen **Betriebs** kommen, damit das Übergangsmandat nach § 21a Abs. 1 BetrVG zur Anwendung gelangt. Daran **fehlt** es nicht nur, wenn ein Betrieb „1:1“ auf einen anderen Rechtsträger übergeht (siehe Rz. 20), sondern auch dann, wenn ein Betriebsteil zwar im umwandlungsrechtlichen Sinne abgespalten oder ausgegliedert wird, sich die daran beteiligten Rechtsträger jedoch auf die Führung eines **gemeinsamen Betriebs** iS von § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG nach der Abspaltung bzw. Ausgliederung verständigen<sup>2</sup>. Für das Vorliegen eines solchen Gemeinschaftsbetriebs streitet gemäß **§ 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG** im Falle der **Unternehmensspaltung**<sup>3</sup> sogar eine **Vermutung**, wenn diese „... zur Folge hat, dass von einem Betrieb ein oder mehrere Betriebsteile einem an der Spaltung beteiligten anderen Unternehmen zugeordnet werden, ohne dass sich dabei die Organisation des betroffenen Betriebs wesentlich ändert“<sup>4</sup>.
- 25 Führen im Falle einer Umwandlung die beteiligten Rechtsträger den oder die hiervon betroffenen Betriebsteile als gemeinsamen Betrieb iS von § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG weiter, bleibt dieser als betriebsverfassungsrechtliche Einheit bestehen, und der bisherige Betriebsrat behält auch für die Arbeitnehmer des rechtlich ausgegliederten Betriebsteils sein Amt; ein **Übergangsmandat** entsteht, da **überflüssig**, nicht. Da es infolge der Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs gerade **nicht** zur Spaltung eines Betriebs im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne kommt, braucht der Betriebsrat des übertragenden Rechtsträgers in einer solchen Konstellation **nicht** gemäß § 111 Satz 3 Nr. 3 BetrVG beteiligt zu werden<sup>5</sup>, so dass die Verpflichtung zum **Versuch eines Interessenausgleichs** und zur

---

1 Zu der – umstrittenen – Frage, ob sich das Übergangsmandat in einer derartigen Konstellation nur auf die bisher schon durch einen Betriebsrat repräsentierten Arbeitnehmer oder auf sämtliche Arbeitnehmer des jeweiligen Betriebs erstreckt, vgl. Rz. 28.

2 Allgemein zum Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Arbeitgeber im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne *B. Gaul* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 1 BetrVG Rz. 13 ff. m. zahlreichen w.N.; *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 18 ff. sowie § 322 UmwG Rz. 2 ff.

3 Nach der Gesetzesbegründung ist der Begriff der Unternehmensspaltung in § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG umfassend zu verstehen und soll sogar auf die Ausgliederung gemäß Einzelrechtsnachfolge anwendbar sein; vgl. *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 32.

4 Zur Anwendung dieser, aus § 322 Abs. 1 UmwG aF hervorgegangenen, Bestimmung vgl. *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 30 ff.; siehe dazu auch die Kommentierung in der 2. Aufl. zu § 322 Abs. 1 UmwG Rz. 5.

5 Siehe zu den Voraussetzungen einer Beteiligung nach §§ 111 ff. BetrVG Rz. 17.

Aufstellung eines **Sozialplans** unter dem Gesichtspunkt der Betriebsspaltung **entfällt**. Die Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs ist somit ein **geeignetes Mittel**, um weitreichenden Forderungen von Betriebsrats- und Arbeitnehmerseite im Hinblick auf die arbeitsrechtliche Gestaltung und deren Folgen, insbesondere im Zusammenhang mit der Aufstellung eines Sozialplans, zuvorzukommen<sup>1</sup> (siehe zum Ganzen auch Erl. zu § 322 UmwG Rz. 6f.).

Für das Verständnis des § 21a Abs. 1 BetrVG von wesentlicher Bedeutung ist 26 ferner, dass sich das **Übergangsmandat** idR nur auf die abgespaltenen Betriebsteile, **nicht** jedoch auf den **abspaltenden Betrieb selbst** bezieht. Der dortige Betriebsrat bleibt vielmehr für den „Restbetrieb“ unverändert und ohne zeitliche Begrenzung im Amt; lediglich unter den Voraussetzungen des § 13 Abs. 2 BetrVG müssen dort **Neuwahlen** durchgeführt werden<sup>2</sup>. Für die Dauer des Übergangsmandats übt der bisherige Betriebsrat somit eine Art „Doppelfunktion“ aus (reguläres „Hauptmandat“ für den verbleibenden Betrieb einerseits, Übergangsmandat für den bzw. die abgespaltene(n) Betriebsteil(e) andererseits). Etwas anderes gilt nur dann, wenn ein bisher einheitlicher Betrieb iS des BetrVG derart zerlegt (atomisiert) wird, dass von einem seine **Identität** bewahrenden „Restbetrieb“ nicht mehr die Rede sein kann (*Beispiel*: Betrieb A mit 240 Arbeitnehmern wird in sechs Betriebe zu je 40 Arbeitnehmern aufgeteilt); in diesem Fall hat der bisherige Betriebsrat insgesamt nur (noch) ein zeitlich befristetes Übergangsmandat iS von § 21a Abs. 1 bzw. ein Restmandat nach § 21b BetrVG.

**cc) Zusammenfassung von Betrieben oder Betriebsteilen zu einem Betrieb (§ 21a Abs. 2 BetrVG).** In Anlehnung an § 321 Abs. 2 UmwG aF<sup>3</sup> bestimmt § 21a Abs. 2 BetrVG, dass im Falle der **Zusammenfassung** von „Betrieben oder Betriebsteilen“ der Betriebsrat des nach der Zahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer größten Betriebs oder Betriebsteils das Übergangsmandat wahrnimmt und § 21 Abs. 1 BetrVG insoweit entsprechend gilt. Die Vorschrift betrifft sowohl den Fall, dass zwei oder mehr „ganze“ **Betriebe** zu einem **neuen, einheitlichen Betrieb zusammengefasst** werden, wie auch den zuvor ausdrücklich in § 321 Abs. 2 Satz 1 UmwG aF geregelten Fall, dass aus mehreren Betrieben **Betriebsteile** herausgelöst (abgespalten) und ihrerseits zu einem **neuen Betrieb zusammengefasst** werden<sup>4</sup>. Neben der Einbeziehung auch der Zusammenfassung ganzer Betriebe zu einem Betrieb liegt der Regelungsgehalt des § 21a Abs. 2 BetrVG darin, dass er auch für den Fall der Umwandlung (vgl. § 21a Abs. 3 BetrVG) festlegt, *welchem* der jeweils „abgebenden“ Betriebsräte das Übergangsmandat zukommt.

1 Dazu ausführlich *Willemsen* in *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung, Rz. B 121 ff.

2 Vgl. *Däubler*, RdA 1995, 136 (145); *Krefel*, BB 1995, 925 (927); *Willemsen*, RdA 1993, 133 (139f.).

3 Siehe dazu die Kommentierung in der 2. Aufl. zu § 321 UmwG Rz. 8 ff.

4 Ebenso *Hohenstatt* in *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung, Rz. D 80; vgl. dazu auch die 2. Aufl. zu § 321 UmwG Rz. 8 ff.

Danach kommt es entscheidend darauf an, welchem der beteiligten Betriebsräte bisher, dh. zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses<sup>1</sup>, der nach der **Zahl der Arbeitnehmer größte Betrieb** bzw. **Betriebsteil** zugeordnet war. Dieser nimmt so dann das Übergangsmandat für den ganzen, aus der Umwandlung hervorgehenden neuen Betrieb wahr.

- 28 **Problematisch** erscheint diese Rechtsfolge für beide in § 21a Abs. 2 BetrVG behandelten Konstellationen dann, wenn einzelne der zu einem neuen Betrieb zusammengefassten Betriebe bzw. Betriebsteile bisher nicht über eine betriebsverfassungsrechtliche Vertretung verfügten, die ihnen bei Geltung des Übergangsmandats zugunsten des (bisherigen) Betriebsrats eines anderen Betriebs gewissermaßen ohne demokratische Beteiligung der Belegschaft „übergestülpt“ würde. Die Problematik entsteht dadurch, dass das Übergangsmandat nach § 21a Abs. 2 iVm. Abs. 1 BetrVG sich nach insoweit ganz überwiegender Meinung grundsätzlich auf den **gesamten** neu gebildeten **Betrieb erstreckt**<sup>2</sup>, da die Konkurrenz mehrerer das Übergangsmandat ausübender Betriebsräte vermieden werden sollte<sup>3</sup>. Entsprechendes soll aber auch für die vom Gesetzgeber offenbar nicht mitbedachte Konstellation gelten, dass **bisher betriebsratslose Betriebe oder Betriebsteile** mit Einheiten zusammengeschlossen werden, die ihrerseits über einen Betriebsrat verfügen<sup>4</sup>. Für diese Ansicht spricht, dass eine nur partielle Zuständigkeit des Betriebsrats im Übergangsmandat für die schon bisher von einem Betriebsrat vertretenen Arbeitnehmer angesichts der Kollektivbezogenheit und betrieblichen Ausrichtung der Mitbestimmungsrechte erhebliche praktische Schwierigkeiten mit sich brächte und der Konzeption des § 21a Abs. 2 BetrVG widerspräche<sup>5</sup>.
- 29 Kommt somit für die Anwendung des § 21a Abs. 2 BetrVG schon aus praktischen Gründen nur ein „Alles oder Nichts“-Prinzip in Betracht, könnte sie – wie dies schon zu der „Vorgängernorm“ des § 321 Abs. 2 UmwG aF vertreten wurde – im Wege der **teleologischen Reduktion** dahingehend ausgelegt werden, dass das Übergangsmandat nach § 21a Abs. 2 BetrVG insgesamt nur greift, wenn der

1 Vgl. *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 81; ausführlich *Rieble/Gutzeit*, ZIP 2004, 693 ff., die zutreffend auf das erhebliche Risiko auf Arbeitgeberseite im Falle einer Beteiligung des „falschen“ Betriebsrats hinweisen; aA *Fitting/Engels/Schmidt/Trebingen/Linsenmaier*, § 21a BetrVG Rz. 18: maßgeblich sei der Zeitpunkt der letzten Betriebsratswahl.

2 *Koch* in ErfK, § 21a BetrVG Rz. 4; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebingen/Linsenmaier*, § 21a BetrVG Rz. 11a, 23; *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 88; aA *Kittner*, NZA 2012, 541 (545).

3 *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 82.

4 Siehe auch *Rieble*, NZA 2002, 233 (237); *B. Gaul*, Betriebsspaltung, S. 1067 sowie die Kommentierung in der 2. Aufl. zu § 321 UmwG Rz. 9; *Maschmann*, NZA Beil. 2009, 32 (36 f.); *Fuhlrott/Oltmanns*, BB 2015, 1013 (1017).

5 Ebenso *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 85; *Willemsen/Hohenstatt*, DB 1997, 2609 (2611 f.).

nach der Arbeitnehmerzahl größte der betroffenen Betriebe bzw. Betriebsteile schon bisher durch einen Betriebsrat repräsentiert war; dieser nimmt dann das Übergangsmandat auch für die kleineren, ggf. bisher betriebsratslosen Betriebe bzw. Betriebsteile wahr. Fehlt dagegen in dem relativ größten Betrieb oder Betriebsteil ein Betriebsrat, entfiel das Übergangsmandat insgesamt<sup>1</sup>.

Diese Auffassung, die dem Prinzip der demokratischen Legitimation des Betriebsrats wohl am besten entspräche, lässt sich allerdings gerade für die hier erörterten Fälle einer **übertragenden Umwandlung** unter der Geltung des § 21a Abs. 2 BetrVG iVm. Abs. 3 BetrVG **nicht mehr aufrechterhalten**. Diese Bestimmung dient nämlich laut einer amtlichen Anmerkung (wiedergegeben in Rz. 19) der Umsetzung des Art. 6 der Richtlinie 2001/23/EG des Rates v. 12.3.2001 (sog. Betriebsübergangsrichtlinie<sup>2</sup>). Gemäß Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 4 dieser Richtlinie treffen die Mitgliedstaaten für den Fall, dass „... das Unternehmen, der Betrieb oder der Unternehmens- bzw. Betriebsteil seine Selbständigkeit nicht (behält), ... die erforderlichen Maßnahmen, damit die vom Übergang betroffenen Arbeitnehmer, die vor dem Übergang vertreten wurden, während des Zeitraums, der für die Neubildung oder Neubenennung der Arbeitnehmervertretung erforderlich ist, im Einklang mit dem Recht und der Praxis der Mitgliedstaaten weiterhin angemessen vertreten werden“.

Da diese Richtlinie gemäß ihrem Art. 1a auf sämtliche Unternehmens-, Betriebs- bzw. Unternehmens- und Betriebsteilübergänge durch **vertragliche Übertragung** oder durch **Verschmelzung** anwendbar ist, muss ihr Art. 6 iS einer **richtlinienkonformen Auslegung** bei der Anwendung des § 21a Abs. 2 BetrVG im Zusammenhang mit allen übertragenden Umwandlungen, also der Verschmelzung, Spaltung und Vermögens(teil)übertragung, Berücksichtigung finden. Daraus folgt, dass eine Interpretation, wie sie noch zu § 321 Abs. 2 UmwG aF vertreten wurde, nicht mehr möglich ist, weil sie in der in Rz. 28 geschilderten Konstellation Arbeitnehmer, die bislang von einem Betriebsrat repräsentiert wurden, jedenfalls für die Zeitspanne bis zur Neuwahl eines Betriebsrats vertretungslos beließe, was Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Betriebsübergangsrichtlinie zuwiderliefe<sup>3</sup>.

Da sich für das deutsche Betriebsverfassungsrecht aber aus den in Rz. 30 genannten Gründen die an sich richtlinienkonforme Konstruktion eines nur auf die schon bislang von einem Betriebsrat repräsentierten Arbeitnehmer beschränkten Übergangsmandats verbietet, erstreckt sich dieses jedenfalls seit Inkrafttreten des § 21a BetrVG bei Zusammenfassung (Verschmelzung) von Be-

1 So noch die 2. Aufl. zu § 321 UmwG Rz. 9 und 11.

2 ABL. EG Nr. L 82 v. 22.3.2001, S. 16.

3 Zutreffend *Fitting/Engels/Schmidt/Trebing/Linsenmaier*, § 21a BetrVG Rz. 19; aA *Rieble*, NZA 2002, 233 (237 f.); *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 86; *Thüsing* in Richardi, § 21a BetrVG Rz. 13.

trieben bzw. Betriebsteilen zu einem neuen Betrieb auf dessen gesamte Belegschaft; es wird von dem Betriebsrat wahrgenommen, der im Vergleich zu den anderen beteiligten Betriebsräten bisher die (relativ) größte Arbeitnehmerzahl vertreten hat, selbst wenn es sich dabei im Vergleich zur Gesamtbelegschaft des neuen Betriebs nur um eine Minderheit handeln sollte<sup>1</sup>. Dieses Ergebnis ist zwar aus den in Rz. 30 genannten Gründen unbefriedigend, entspricht aber offensichtlich dem Willen des Gesetzgebers und erscheint rechtspolitisch allenfalls vor dem Hintergrund der **zeitlichen Befristung** des Übergangsmandats auf sechs, maximal zwölf Monate (vgl. § 21a Abs. 1 Satz 2 und 3 BetrVG) hinnehmbar.

- 33 **dd) Weitere Voraussetzungen für das Übergangsmandat in den Fällen des § 21a Abs. 1 und 2 BetrVG. (1) Betriebsratsfähigkeit der abgespaltenen Betriebsteile.** Das Übergangsmandat setzt sowohl im Falle der Abspaltung von Betriebsteilen gemäß § 21a Abs. 1 BetrVG wie auch im Falle der Zusammenfassung von Betrieben und Betriebsteilen gemäß § 21a Abs. 2 BetrVG<sup>2</sup> voraus, dass die Einheit, auf die es sich erstrecken soll, **betriebsratsfähig** ist, also die in § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG genannte Mindestzahl von fünf wahlberechtigten Arbeitnehmern verfügt, von denen drei wählbar sein müssen. Maßgeblich ist insofern der Arbeitnehmerbegriff des § 5 BetrVG, so dass leitende Angestellte iS von § 5 Abs. 3 BetrVG nicht mitzählen. Der Grund für diese Einschränkung ist in der **Überleitungsfunktion** des Übergangsmandats nach § 21a Abs. 1 BetrVG zu sehen, das keinen Sinn ergibt, wenn der abgespaltene Betriebsteil angesichts seiner geringen Größe in Zukunft nicht betriebsratsfähig iS von § 1 BetrVG ist. Entsprechend dem Gesetzessinn wird man im Falle des § 21a Abs. 2 BetrVG auf die Arbeitnehmerzahl des durch die Zusammenfassung neu entstehenden Betriebs abstellen müssen. Die Beschränkung des Übergangsmandats auf betriebsratsfähige Einheiten steht mit Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 4 der Richtlinie 2001/23/EG (vgl. Rz. 30) im Einklang<sup>3</sup>.
- 34 **(2) Keine Eingliederung in Betrieb mit Betriebsrat.** Diese weitere Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 21a Abs. 1 und 2 BetrVG resultiert ebenfalls aus dem Schutzzweck der Vorschrift. Eines Übergangsmandats des „abgebenden“ Betriebsrats bedarf es nicht, wenn der abgespaltene Betriebsteil in Zukunft kein organisatorisches Eigenleben führt und auch nicht iS von § 21a Abs. 2 BetrVG mit anderen Betrieben oder Betriebsteilen zu einem *neuen* Betrieb zusammengefasst, sondern in einen bereits bestehenden (und nach der

1 IE ebenso *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, § 21a BetrVG Rz. 19; differenzierend zwischen Eingliederung in einen bestehenden und Zusammenfassung zu einem neuen Betrieb und nur für den letzteren Fall zustimmend *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 87 ff.

2 Dort aufgrund der entsprechenden Anwendbarkeit von § 21a Abs. 1 BetrVG gemäß § 21a Abs. 2 Satz 2 BetrVG.

3 Ebenso *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, § 21a BetrVG Rz. 13.

Umwandlung weiter bestehenden) Betrieb eingegliedert wird<sup>1</sup>. Eine solche **Eingliederung** liegt (im Gegensatz zu der Betriebsneubildung iS von § 21a Abs. 2 BetrVG) dann vor, wenn der **Betrieb, in den** der Betriebsteil integriert wurde, hierdurch seine **Identität** nicht verliert<sup>2</sup>, so dass der **dort bereits gebildete Betriebsrat** unverändert **fortbesteht** und die Arbeitnehmer des eingegliederten Betriebs in Zukunft mit vertreten kann. Diese Voraussetzungen werden idR dann erfüllt sein, wenn die **Arbeitnehmerzahl** des **aufnehmenden Betriebs wesentlich höher ist** als die des einzugliedernden Betriebsteils. In diesem Fall vertritt der Betriebsrat des aufnehmenden Betriebs – ohne dass sich an seiner personellen Zusammensetzung zunächst etwas ändert – als reguläres Vertretungsorgan, also ohne die Begrenzung auf sechs Monate, „nahtlos“ auch die Arbeitnehmer des eingegliederten Betriebsteils; der Betriebsrat des „abgebenden“ Betriebs verliert mit der Eingliederung seine Zuständigkeit. Die Notwendigkeit einer Neuwahl kann sich aber sowohl in dem abgebenden wie auch in dem aufnehmenden Betrieb aus den allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere aus § 13 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ergeben (Anstieg oder Absinken der Zahl der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer binnen 24 Monaten seit der letzten Wahl um die Hälfte, mindestens aber um 50).

Von einer „Eingliederung“ iS von § 21a Abs. 1 BetrVG kann allerdings nicht 35 mehr die Rede sein, wenn durch die Integration des einen in den anderen Betrieb ein völlig neuer Betrieb im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne entsteht, *beide* Ursprungsbetriebe somit ihre **Identität verlieren**, was nach allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen ist<sup>3</sup>. In einem derartigen Fall findet § 21a Abs. 2 BetrVG Anwendung, der gerade (auch) auf den Fall eines Verlustes der Betriebsidentität in Bezug auf alle an der Zusammenfassung beteiligten Betriebe zugeschnitten ist.

**ee) Inhalt und Dauer des Übergangsmandats gemäß § 21a BetrVG; Zusammensetzung und Status der Betriebsratsmitglieder im Übergangsmandat.** Im 36 **Gegensatz** zu dem **Restmandat** nach § 21b BetrVG<sup>4</sup> entspricht das Übergangsmandat für seine Dauer inhaltlich in allen Punkten dem „normalen“ Betriebsratsamt mit allen sich aus dem BetrVG ergebenden Konsequenzen („**Vollman-**

1 BAG v. 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, AP Nr. 1 zu § 21a BetrVG 1972.

2 Zu dem Gesichtspunkt der Identitätswahrung siehe bereits Rz. 21, 26.

3 Siehe dazu ausführlich *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 53 ff.

4 Siehe dazu und zur Abgrenzung des Übergangs- vom Restmandat *Thüsing* in Richardi, § 21b BetrVG Rz. 7 f.; *Bachner/Köstler/Matthießen/Trittin*, Arbeitsrecht bei Unternehmensumwandlung, § 4 Rz. 84 ff.; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinge/Linsenmaier*, § 21b BetrVG Rz. 13. Das Übergangsmandat schließt das Restmandat des „abgebenden“ Betriebsrats nicht aus; ebenso *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinge/Linsenmaier*, § 21b BetrVG Rz. 13; *Thüsing* in Richardi, § 21b BetrVG Rz. 7; *Reichold* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 21b BetrVG Rz. 17.



dat“<sup>1</sup>). Eine Einschränkung des Mandats nur auf Beteiligungsrechte im Zusammenhang mit der Umwandlung wäre weder mit dem Wortlaut noch mit dem Sinn der Vorschrift vereinbar. Der **Umfang** des Mitbestimmungsrechts bestimmt sich nach der **neuen Betriebsgröße** nach Spaltung bzw. Verschmelzung<sup>2</sup>. Wegen der weiteren Einzelheiten, insbesondere in Bezug auf die Bestellung von Wahlvorständen gemäß § 21a Abs. 1 Satz 2 BetrVG ist auf die allgemeinen Kommentierungen zu verweisen<sup>3</sup>; dies gilt auch in Bezug auf die grundsätzlich auf sechs Monate begrenzte Dauer des Übergangsmandats<sup>4</sup>.

- 37 Ebenso wie § 321 UmwG aF regelt auch § 21a BetrVG *nicht* die **personelle Zusammensetzung** des Betriebsrats, der das Übergangsmandat auszuüben hat. Dies hat unter § 321 UmwG aF zu verschiedenen, kontrovers diskutierten Fragestellungen geführt<sup>5</sup>. Für § 21a BetrVG nimmt **die herrschende Meinung** an, dass der Betriebsrat während der Dauer seines Übergangsmandats **in seiner bisherigen personellen Zusammensetzung bestehen bleibe**, auch wenn einzelne Betriebsratsmitglieder einem im Zuge der Umwandlung ausgegliederten Betriebsteil und daher nicht mehr dem Ursprungsbetrieb angehörten<sup>6</sup>. Für den Fall, dass der Ursprungsbetrieb seine betriebsverfassungsrechtliche Identität behält und der dortige Betriebsrat damit sein „reguläres“ Mandat weiterführt, halten einige Vertreter dieser Auffassung eine **unterschiedliche personelle Zusammensetzung** für erforderlich: Für das „Regelmandat“ sollen die durch die Spaltung gemäß § 24 Nr. 3 und 4 BetrVG aus dem Betriebsrat ausscheidenden Arbeitnehmer durch Ersatzmitglieder gemäß § 25 BetrVG ausgetauscht werden, während die Zusammensetzung für das **Übergangsmandat** unverändert bleiben soll<sup>7</sup>.

1 Ebenso *Däubler*, RdA 1995, 136 (144); *Thüsing* in Richardi, § 21a BetrVG Rz. 19; *Pirscher*, Betriebsteilung, 2000, S. 61; ebenso für § 21a BetrVG *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 92; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, § 21a BetrVG Rz. 20; *Reichold* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 21a BetrVG Rz. 10. Zu weiteren mit dem Übergangsmandat verbundenen Fragen vgl. *Gragert*, NZA 2004, 289.

2 *Reichold* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 21a BetrVG Rz. 10 mwN.

3 Vgl. etwa *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, § 21a BetrVG Rz. 20 ff.; *Reichold* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 21a BetrVG Rz. 10 f.; *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 91 ff.

4 *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, § 21a BetrVG Rz. 24 ff.; *Reichold* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 21a BetrVG Rz. 12.

5 Siehe dazu 2. Aufl. zu § 321 UmwG Rz. 18 ff. mwN.

6 *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, § 21a BetrVG Rz. 16; *Gragert*, NZA 2004, 289 (290); *Buschmann* in DKKW, § 21a BetrVG Rz. 35; *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 95; *Koch* in ErfK, § 21a BetrVG Rz. 7; im Grundsatz auch *Reichold* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 21a BetrVG Rz. 14; aA *Düwell*, § 21a BetrVG Rz. 39.

7 So *Reichold* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 21a BetrVG Rz. 15; gegen eine solche Differenzierung ua. *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, § 21a BetrVG Rz. 16; *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 95.

Für eine solchermaßen differenzierte Zusammensetzung ein und desselben betriebsverfassungsrechtlichen Organs gibt der Wortlaut des § 21a BetrVG jedoch nichts her; sie wäre systemfremd und würde überdies praktische Schwierigkeiten mit sich bringen<sup>1</sup>.

Wie bereits in der 2. Aufl. zu § 321 UmwG aF (siehe dort Rz. 19f.) dargelegt 38 wurde, kann der herrschenden Meinung auch in Bezug auf § 21a BetrVG nur für den Fall gefolgt werden, dass der Ursprungsbetrieb infolge der Betriebsspaltung seine **Identität verliert**, dh. durch „Atomisierung“ in verschiedene, kleinere Betriebe betriebsverfassungsrechtlich untergeht (siehe dazu Rz. 26). Ebenso wie bereits § 321 UmwG aF ist auch § 21a BetrVG seinem Wortlaut nach in erster Linie auf diesen Fall zugeschnitten, wie die Formulierung: „... so bleibt dessen Betriebsrat im Amt“ belegt; sie ist nämlich bei Wahrung der Betriebsidentität trotz Spaltung des Betriebs überflüssig. Bei Verlust der Identität des Ursprungsbetriebs – etwa im Wege der vollständigen Spaltung in verschiedene neue Betriebe – enthält das Gesetz eine verdeckte Regelungslücke, bei der der allgemein vorgesehene Mechanismus eines Ausscheidens von Betriebsratsmitgliedern und deren Austausch durch Ersatzmitglieder (§§ 24, 25 BetrVG) nicht funktionieren kann. Diese, auch im Rahmen des § 21a BetrVG fortbestehende **Regelungslücke** muss dahingehend geschlossen werden, dass das **Amt sämtlicher Mitglieder des nunmehr nur noch als „reiner“ Übergangsbetriebsrat amtierenden Vertretungsorgans** für die Dauer der Sechs-Monats-Frist (bei entsprechender Verlängerung durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung für zwölf Monate) mit allen Rechten und Pflichten **fortbesteht**<sup>2</sup>.

Bleibt dagegen der Betriebsrat des Ursprungsbetriebs mit seinem „regulären“ 39 Mandat **im Amt** (siehe dazu auch Rz. 26), richtet sich seine personelle Zusammensetzung, auch soweit er das Übergangsmandat nach § 21a BetrVG wahrnimmt, **entgegen der herrschenden Literaturmeinung** ausschließlich nach den für das Regelmandat maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen. Die gleichzeitige Wahrnehmung des Übergangsmandats nach § 21a BetrVG zwingt insoweit nicht zu Einschränkungen oder Abweichungen<sup>3</sup>. Dass nach diesen allgemeinen Regeln (insbesondere § 24 Nr. 3 und 4 BetrVG) unter Umständen ausgerechnet solche Betriebsratsmitglieder ihr Amt verlieren, deren Arbeitsverhältnisse im Zuge der Spaltung (hier: im umwandlungsrechtlichen Sinne) gemäß § 613a BGB iVm. § 324 UmwG auf einen anderen Rechtsträger übergehen, kann entgegen

1 Ablehnend auch *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 95; *Rieble*, NZA 2002, 233 (235); iE ebenso *B. Gaul*, Betriebsspaltung, S. 1062f.

2 Wegen weiterer Einzelheiten, insb. zu den Fragen der Freistellungspflicht und Kostentragung für die Betriebsratsstätigkeit, ist auf die Kommentierungen zu § 21a BetrVG zu verweisen; vgl. etwa *Thüsing* in Richardi, § 21a BetrVG Rz. 30; *Reichold* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 21a BetrVG Rz. 18.

3 Ebenso *Thüsing* in Richardi, § 21a BetrVG Rz. 27.

den Vertretern der herrschenden Meinung<sup>1</sup> nicht gegen diese Lösung vorgebracht werden. Zum einen üben die Betriebsratsmitglieder ihr Amt stets für den gesamten Betrieb und nicht nur für einzelne Betriebsteile aus; eine Wahl „für“ solche einzelnen Betriebsteile ist im Gesetz nicht vorgesehen. Zum anderen ist zu bedenken, dass der Fortbestand des Betriebsrats im „regulären“ Mandat nur für den Fall der Abspaltung einzelner Betriebsteile in Betracht kommt, durch die die **Identität** des Ursprungsbetriebs nicht aufgehoben wird. Bei dem hierfür vorauszusetzenden deutlichen zahlen- und größenmäßigen Übergewicht des verbleibenden Betriebs im Vergleich zu den abgespaltenen Betriebsteilen ist ein Verlust der Funktionsfähigkeit des Betriebsrats bei Ausscheiden der auf einen anderen Rechtsträger übergehenden Arbeitnehmer – anders als im Falle einer Betriebsaufspaltung mit Identitätsverlust – in aller Regel nicht zu besorgen.

## 2. Gesamtbetriebsrat

### a) Beteiligungsrechte in Bezug auf den Umwandlungsvorgang

- 40 In Rz. 17 wurden die Beteiligungsrechte des **örtlichen Betriebsrats** (Einzelbetriebsrat) hinsichtlich des Umwandlungsvorgangs dargestellt. An seine Stelle kann jedoch insoweit unter bestimmten Voraussetzungen ein bei dem jeweiligen (übertragenden oder aufnehmenden) Rechtsträger bestehender **Gesamtbetriebsrat** treten. Zu den Voraussetzungen für die Bildung eines Gesamtbetriebsrats siehe Rz. 43.
- 41 Die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Einzel- und Gesamtbetriebsrat ergibt sich aus der zwingenden<sup>2</sup> Vorschrift des § 50 Abs. 1 BetrVG. Danach ist der Gesamtbetriebsrat „... zuständig für die Behandlung von Angelegenheiten, die das Gesamtunternehmen oder mehrere Betriebe betreffen *und*<sup>3</sup> nicht durch die einzelnen Betriebsräte innerhalb ihrer Betriebe geregelt werden können“. Ergänzend zu dieser **originären Zuständigkeit** des Gesamtbetriebsrats kommt eine sogenannte **Auftragszuständigkeit** gemäß § 50 Abs. 2 BetrVG in Betracht<sup>4</sup>.

Im Grundsatz werden somit die Beteiligungsrechte nach dem Betriebsverfassungsgesetz von den Einzelbetriebsräten ausgeübt; die Zuständigkeit des Ge-

---

1 ZB B. Gaul, Betriebsspaltung, S. 1062.

2 Vgl. BAG v. 28.4.1992 – 1 ABR 68/91, AP Nr. 11 zu § 50 BetrVG 1972; BAG v. 21.1.2003 – 3 ABR 26/02, NZA 2003, 992; BAG v. 14.11.2006 – 1 ABR 4/06, AP Nr. 43 zu § 87 BetrVG 1972.

3 Dazu, dass diese Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssten, vgl. BAG v. 26.1.1993 – 1 AZR 303/92, AP Nr. 102 zu § 99 BetrVG 1972; *Hohenstatt/Dzida* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 50 BetrVG Rz. 2 mit Verweis auf BAG v. 26.1.1993 – 1 AZR 303/92, AP Nr. 102 zu § 99 BetrVG 1972.

4 Zu den damit verbundenen Einzelfragen vgl. *Fitting/Engels/Schmidt/Trebingen/Linsenmaier*, § 50 BetrVG Rz. 15 ff., 35 ff., 62 ff.; *Hohenstatt/Dzida* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 50 BetrVG Rz. 3 ff.

samtbetriebsrats ist also nur **subsidiär**<sup>1</sup>, er ist den Einzelbetriebsräten nicht übergeordnet. Soweit seine Zuständigkeit besteht, erstreckt sie sich gemäß § 50 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BetrVG allerdings auch auf **betriebsratslose Betriebe**<sup>2</sup>.

Besteht für den jeweiligen Rechtsträger ein Gesamtbetriebsrat, nimmt dieser **anstelle** des bzw. der örtlichen Betriebsräte das umwandlungsrechtliche „Beteiligungsrecht“ gemäß § 5 Abs. 3 UmwG bzw. § 126 Abs. 3 UmwG wahr, dh., der **Umwandlungsvertrag** bzw. sein **Entwurf** sind **ausschließlich dem Gesamtbetriebsrat** des übertragenden bzw. aufnehmenden Rechtsträgers zuzuleiten (siehe § 5 UmwG Rz. 76).

Ob und inwieweit der Gesamtbetriebsrat auch für die Wahrnehmung etwaiger 42  
Beteiligungsrechte nach §§ 111 ff. BetrVG (siehe dazu Rz. 17 f.) an die Stelle des bzw. der örtlichen Betriebsräte tritt, ist im Einzelfall anhand des § 50 Abs. 1 BetrVG zu beurteilen, wobei das Ergebnis in Bezug auf die Zuständigkeit für die Beratung und den Versuch bzw. den Abschluss eines **Interessenausgleichs** *einerseits* und die Aufstellung eines **Sozialplans** *andererseits* jedenfalls nach herrschender Meinung unterschiedlich ausfallen kann<sup>3</sup>. Für personelle Einzelmaßnahmen iS der §§ 99 und 102 BetrVG verbleibt es dagegen in jedem Falle bei der Zuständigkeit der Einzelbetriebsräte<sup>4</sup>. Im Hinblick darauf, dass für **sämtliche** Mitwirkungsrechte der Einzelbetriebsräte die Möglichkeit einer **Delegation nach § 50 Abs. 2 BetrVG** besteht, sollte vorsorglich hiernach gefragt werden, soweit nicht ohnehin nach dem vorstehend Ausgeführten der Gesamtbetriebsrat originär zuständig ist. Die Beteiligung des „falschen“ Gremiums macht diese nämlich in aller Regel **rechtlich unwirksam**.

## b) Rechtsfolgen für das Amt des Gesamtbetriebsrats

§ 21a BetrVG betrifft nur die örtlichen, auf Betriebsebene gebildeten Betriebsräte 43  
und enthält keine Aussage zum „Schicksal“ von **Gesamtbetriebsräten**, die gemäß § 47 BetrVG in **Unternehmen** zu bilden sind, in denen **mehrere Betriebsräte bestehen**. Im Gegensatz zu den (Einzel-)Betriebsräten gemäß § 1 BetrVG kommt der Gesamtbetriebsrat **nicht durch Wahl, sondern durch Entsendung** seitens der Einzelbetriebsräte zustande (§ 47 Abs. 2 BetrVG); es handelt sich um eine **Dauereinrichtung**.

1 *Annuß* in Richardi, § 50 BetrVG Rz. 3; *Hohenstatt/Dzida* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 50 BetrVG Rz. 2.

2 Zum Umfang (kein „Ersatzbetriebsrat“) *Hohenstatt/Dzida* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 50 BetrVG Rz. 16.

3 BAG v. 11.12.2001 – 1 AZR 193/01, DB 2002, 1276 ff.; BAG v. 3.5.2006 – 1 ABR 15/05, AP Nr. 29 zu § 50 BetrVG 1972; vgl. aber BAG v. 23.10.2002 – 7 ABR 55/01, AP Nr. 26 zu § 50 BetrVG 1972; *Hohenstatt/Dzida* in Henssler/Willemsen/Kalb, § 50 BetrVG Rz. 13 f.

4 Vgl. BAG v. 3.2.1982 – 7 AZR 791/79, DB 1982, 1624 f.

- 44 Durch übertragende Umwandlungen können die gesetzlichen Voraussetzungen für die Errichtung von Gesamtbetriebsräten **sowohl erstmals erfüllt** werden **wie auch in Wegfall geraten**.

**Beispiel 1:**

Die B-GmbH wird auf die A-GmbH verschmolzen. Beide Unternehmen haben bisher je einen Betrieb mit je einem Betriebsrat. Beide Betriebe bestehen nach der Verschmelzung bei der A-GmbH organisatorisch unverändert weiter. Bei der A-GmbH ist erstmals gemäß § 47 BetrVG ein Gesamtbetriebsrat zu bilden.

**Beispiel 2:**

Die X-GmbH hat bisher zwei Betriebe mit je einem Betriebsrat sowie einen Gesamtbetriebsrat gemäß § 47 BetrVG. Betrieb 2 wird im Zuge der Ausgliederung in die neu gegründete Y-GmbH eingebracht, Betrieb 1 verbleibt bei der X-GmbH. Wegen Wegfalls der gesetzlichen Voraussetzungen des § 47 Abs. 1 BetrVG (ein Unternehmen mit mehreren Betriebsräten) wird der Gesamtbetriebsrat bei der X-GmbH kraft Gesetzes aufgelöst<sup>1</sup>.

- 45 **Einigkeit** besteht im arbeitsrechtlichen Schrifttum insoweit, als das **Ausscheiden** nur **einzelner von mehreren Betrieben** aus dem Unternehmen **keine Auswirkung** auf den Bestand des **Gesamtbetriebsrats** hat<sup>2</sup>. Der Gesamtbetriebsrat verliert für den ausscheidenden Betrieb seine Zuständigkeit; ein **Übergangsmandat** ist **für den Gesamtbetriebsrat nicht vorgesehen**<sup>3</sup>. Verliert der Gesamtbetriebsrat seine Existenzgrundlage, wenn beim Betriebsveräußerer nur noch ein Betrieb verbleibt, hat der Gesamtbetriebsrat kein Übergangsmandat, mit dem er die eigene Legitimationsgrundlage durch Einleitung einer Betriebsratswahl wieder herbeiführen kann<sup>4</sup>. **Ebenso wenig** ist es möglich, nach einer Ausgliederung von Betrieben oder Betriebsteilen auf einen anderen Rechtsträger im alleseitigen Einverständnis einen „**unternehmensübergreifenden**“ **Gesamtbetriebsrat** zu bilden, da dessen Aktionsradius auf den bisherigen Rechtsträger beschränkt ist<sup>5</sup>. Besteht bei dem aufnehmenden Unternehmen ein Gesamtbetriebsrat, wird dieser kraft Gesetzes auch für den übernommenen Betrieb zuständig; erfüllt das aufnehmende Unternehmen erstmals mit dem Hinzutreten des weiteren Betriebes die gesetzlichen Voraussetzungen für die Existenz eines Gesamtbetriebsrats, ist dieser von den Einzelbetriebsräten umgehend zu bilden<sup>6</sup>. Eine Pflicht des Arbeitgebers, hierauf hinzuwirken, besteht indes nicht.

---

1 Vgl. BAG v. 5.6.2002 – 7 ABR 17/01, NZA 2003, 336.

2 *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, § 47 BetrVG Rz. 18.

3 Vgl. *Hohenstatt* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 111.

4 ArbG Bielefeld v. 2.4.2008 – 6 BV 16/08.

5 Siehe dazu und zu den Risiken einer solchen Vorgehensweise *Hoffmann/Alles*, NZA 2014, 757. Zu den – eingeschränkten – Möglichkeiten anderer Arbeitnehmervertretungsstrukturen nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG siehe BAG v. 13.3.2013 – 7 ABR 70/11, NZA 2013, 738.

6 Ebenso *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, § 47 BetrVG Rz. 18.

**Sehr umstritten** ist die Rechtslage in Bezug auf den **Fortbestand des Gesamtbetriebsrats**, wenn ein Rechtsträger bisher über mehrere Betriebe und somit über einen Gesamtbetriebsrat verfügte und **alle** oder jedenfalls der ganz überwiegende Teil dieser Betriebe im Wege der Abspaltung oder Ausgliederung auf einen **anderen Rechtsträger** übertragen werden, der seinerseits noch nicht über Betriebsräte verfügt. Ein Teil des Schrifttums vertritt hierzu die Auffassung, der Gesamtbetriebsrat bleibe im Falle der Veräußerung einzelner Betriebe so lange im Amt, wie im veräußernden Unternehmen überhaupt nur die Voraussetzungen für seine Bildung erfüllt seien, das Unternehmen also über mindestens zwei Betriebe mit je einem Betriebsrat verfüge<sup>1</sup>. Andererseits ist der Gesamtbetriebsrat nach dieser Auffassung an den **Rechtsträger gebunden**, bei dem er gebildet wurde, so dass er mit diesem **untergeht, wenn der Rechtsträger** – etwa durch Verschmelzung – **erlischt**<sup>2</sup>. Ein **anderer Teil** des Schrifttums folgt diesem Ansatz nicht und hält es grundsätzlich für möglich, dass der Gesamtbetriebsrat im Falle einer übertragenden Umwandlung oder sonstigen Unternehmensübertragung als „Organ“ **auf den neuen Rechtsträger übergeht**<sup>3</sup>. Dies erscheint insofern konsequent, als der Gesamtbetriebsrat kein Organ „des“ jeweiligen Rechtsträgers, sondern lediglich auf der Ebene desselben gebildet ist und sich insofern strukturell und qualitativ nicht von den Einzelbetriebsräten unterscheidet<sup>4</sup>. Das Bundesarbeitsgericht scheint dieser Konzeption jedoch – allenfalls – dann folgen zu wollen, wenn **sämtliche** Betriebe eines Unternehmens auf einen anderen Rechtsträger übergehen. In einem im Jahre 2002 entschiedenen Fall<sup>5</sup> lehnte der 7. Senat einen Übergang des Gesamtbetriebsrats auf den übernehmenden Rechtsträger ab, weil das übertragende Unternehmen zwar über 200 Warenhäuser transferiert, jedoch einen Teil der Hauptverwaltung zurückbehalten hatte<sup>6</sup>. Die Frage ist also für die Praxis weiterhin offen. Dasselbe gilt hinsichtlich der Entsendung in den Gesamtbetriebsrat für den Fall, dass durch eine Umstrukturierung ein **gemeinschaftlicher Betrieb** zweier Unternehmen entsteht<sup>7</sup>.

1 So Koch in ErfK, § 47 BetrVG Rz. 11; Fitting/Engels/Schmidt/Trebinge/Linsenmaier, § 47 BetrVG Rz. 17, 26.

2 Fitting/Engels/Schmidt/Trebinge/Linsenmaier, § 47 BetrVG Rz. 18, allerdings mit der Ausnahme, dass sämtliche Betriebe eines Unternehmens unverändert auf ein anderes Unternehmen übertragen werden.

3 Ausführlich dazu Hohenstatt in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 99 ff.; Fuhlrott/Oltmanns, BB 2015, 1013 (1017); Hohenstatt/Müller-Bonanni, NZA 2003, 766.

4 Hohenstatt in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 101.

5 BAG v. 5.6.2002 – 7 ABR 17/01, AP Nr. 11 zu § 47 BetrVG 1972; siehe auch BAG v. 18.9.2002 – 1 ABR 54/01, AP Nr. 7 zu § 77 BetrVG 1972; Hauck in FS Richardi, 2007, S. 537 (540).

6 Kritisch dazu Hohenstatt in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 100 ff.

7 Siehe dazu ausführlich Hohenstatt in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung, Rz. D 115 ff.

fend geworden ist. Rechtsfolge ist dann in erster Linie die **Anpassung** des Umtauschverhältnisses. Dazu erforderlich ist aber eine Änderung des Verschmelzungsvertrages unter Beachtung aller Informations- und Mitwirkungsrechte der Anteilsinhaber (vgl. insbesondere §§ 8, 9 ff., 13 UmwG). Ist eine solche Vertragsanpassung nicht erreichbar, so kommt ausnahmsweise auch eine **Kündigung** des Verschmelzungsvertrages aus wichtigem Grund in Betracht. Eine Zustimmung der Anteilsinhaber ist für die Ausübung dieses Rechts nicht erforderlich<sup>1</sup>. Zeitliche Grenze für eine Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage ist die **Eintragung der Verschmelzung** in das Register des übernehmenden Rechtsträgers.

## § 5

### Inhalt des Verschmelzungsvertrags

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

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

<sup>1</sup> Drygala in Lutter, § 4 UmwG Rz. 41.

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

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

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



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

## 1. Überblick (*Marsch-Barner*)

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

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

- 2 Die Angabe des Namens bzw. der Firma und des Sitzes der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger dient der Kennzeichnung der Vertragspartner. Bei Kettenverschmelzungen ist darauf zu achten, dass die beteiligten Rechtsträger mit der im Handelsregister (noch) eingetragenen Firma aufgeführt werden<sup>3</sup>. Die bereits beschlossene, aber noch nicht eingetragene künftige Firma kann zur Information hinzugefügt werden. Bei einem Doppelsitz sind beide Sitze anzugeben. Die Verschmelzung allein begründet allerdings noch kein schutzwürdiges Interesse an einem Doppelsitz<sup>4</sup>.

---

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

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

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

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

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

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

Werden im Verschmelzungsvertrag **einzelne Vermögensgegenstände** von der Übertragung des Vermögens **ausgenommen**, so ist dies mit der Gesamtrechtsnachfolge als wesentlichem Merkmal der Verschmelzung unvereinbar. Die betreffende Abrede ist deshalb **unwirksam** (§ 2 UmwG Rz. 9). Bei Vermögensgegenständen von untergeordneter Bedeutung führt dies im Zweifel nicht zur Nichtigkeit des Verschmelzungsvertrages insgesamt (vgl. § 139 BGB)<sup>2</sup>. Die – unwirksame – Ausnahme von der Vermögensübertragung kann aber bei wesentlichen Vermögensgegenständen bedeuten, dass das Umtauschverhältnis falsch berechnet worden ist<sup>3</sup>. Unter Umständen kommt eine **Umdeutung** in eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Aussonderung und Übertragung der betreffenden Vermögensgegenstände an einen Dritten – vor oder nach Wirksamwerden der Verschmelzung – in Betracht (vgl. § 140 BGB)<sup>4</sup>.

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

1 Drygala in Lutter, § 5 UmwG Rz. 14.

2 Drygala in Lutter, § 5 UmwG Rz. 15.

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

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

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

Fällen kann der Verschmelzungsvertrag sittenwidrig sein<sup>1</sup>. Ist der **übernehmende Rechtsträger** überschuldet, steht dies der Kapitalerhöhung nicht entgegen; allerdings dürfte es schwierig sein, ein angemessenes Umtauschverhältnis zu bestimmen<sup>2</sup>.

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

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

---

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

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

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

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

Frage ausdrücklich nur für Anteile ohne Stimmrecht, für die nach § 23 UmwG gleichwertige Rechte in dem übernehmenden Rechtsträger zu gewähren sind (vgl. § 23 UmwG Rz. 4). Die Gewährung **vinkulierter Anteile** ist, wie sich aus § 29 Abs. 1 Satz 2 UmwG ergibt, zulässig, begründet aber eine Abfindungspflicht. Ist der übertragende Rechtsträger eine AG oder KGaA, so kann auf dem Wege der Verschmelzung eine nachträgliche Vinkulierung der Aktien erreicht werden, ohne dass dafür die Zustimmung aller betroffenen Aktionäre (vgl. § 180 Abs. 2 AktG) eingeholt werden muss<sup>1</sup>. Für alle übrigen Anteile enthält das Gesetz keine näheren Vorgaben, so dass **grundsätzlich Anteile mit jeder zulässigen Ausstattung** gewährt werden können<sup>2</sup> (siehe aber auch nachfolgend Rz. 7 ff.). Etwaige rechtliche Beeinträchtigungen müssen dabei jedoch **wertmäßig ausgeglichen** sein<sup>3</sup>.

Eine **Änderung der Mitgliedschaftsrechte** im Rahmen einer Verschmelzung ist allerdings nur nach den allgemeinen Grundsätzen zulässig. Deshalb sind neben den Verschmelzungsbeschlüssen uU **individuelle Zustimmungen** von nachteilig betroffenen Anteilsinhabern einzuholen. Außerdem gilt für alle Anteilsinhaber der **Gleichbehandlungsgrundsatz**, wie er in § 53a AktG für die AG und KGaA ausdrücklich normiert ist. Dieser Grundsatz gilt sowohl für das Verhältnis der Anteilsinhaber der übertragenden Rechtsträger untereinander wie für das Verhältnis zwischen den Anteilsinhabern der übertragenden und des übernehmenden Rechtsträgers<sup>4</sup>. In den zuerst genannten Bereich fällt zB, dass der Nennwert der zu gewährenden Anteile für alle Berechtigten nach gleichen Regeln festzusetzen ist. Zu dem zweiten Bereich gehört, dass das Verhältnis der Anteile der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft dem Verhältnis der jeweiligen Unternehmenswerte entsprechen muss. Dementsprechend werden **teileingezahlte Anteile**, soweit zulässig, beim übernehmenden Rechtsträger fortgeführt. Die restliche Einlage steht dann diesem als Forderung zu<sup>5</sup>. Andernfalls ist die ausstehende Einlage vor der Verschmelzung zu leisten oder wertmäßig beim Umtausch der Anteile zu berücksichtigen<sup>6</sup>. Auf **eigene Anteile** der übertragenden Gesellschaft dürfen keine Anteile gewährt werden (§§ 20 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1; 54 Abs. 1 Satz 1, 68 Abs. 1 Satz 1 UmwG).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

heitswidrige Bevorzugung des Kleinstgesellschafters hinaus<sup>1</sup>. Sollte das Umtauschverhältnis allerdings bewusst darauf angelegt sein, bestimmte Kleinstgesellschaftler hinauszudrängen, kann dies als **Rechtsmissbrauch** durch Klage nach § 14 Abs. 1 UmwG geltend gemacht werden<sup>2</sup>.

Für die **Art der zu gewährenden Anteile** gelten rechtsformspezifische Besonderheiten: Bestehen bei einer übertragenden oder übernehmenden AG oder KGaA mehrere stimmberechtigte Aktiengattungen, so bedarf der Verschmelzungsbeschluss der Hauptversammlung zusätzlich noch der Zustimmung der Aktionäre einer jeden Gattung; diese Zustimmung erfolgt durch **Sonderbeschluss** (vgl. § 65 Abs. 2 UmwG). Die Inhaber nicht stimmberechtigter Aktien müssen der Verschmelzung nicht zustimmen; dies gilt auch dann, wenn die stimmrechtslosen Vorzugsaktien einer übertragenden Gesellschaft durch Umtausch in stimmberechtigte Aktien untergehen. § 65 Abs. 2 UmwG ist insofern lex specialis gegenüber §§ 141, 179 Abs. 3 AktG<sup>3</sup>. Die Inhaber der bisherigen Vorzugsaktien werden durch das Gebot der Gleichwertigkeit der zu gewährenden Anteile hinreichend geschützt<sup>4</sup>. Die Notwendigkeit eines Sonderbeschlusses stimmrechtsloser Vorzugsaktionäre kann allerdings bei der übernehmenden Gesellschaft bestehen, zB wenn zur Durchführung der Verschmelzung neue Vorzugsaktien ausgegeben werden sollen (vgl. § 141 Abs. 2 Satz 2 AktG).

Sollen den Aktionären einer übertragenden AG im Zuge der Verschmelzung **wesentliche Rechte entzogen** oder bislang nicht bestehende **Pflichten auferlegt** werden, so ist entsprechend § 35 BGB die **Zustimmung jedes betroffenen Aktionärs** erforderlich. Dies gilt zB für den Fall, dass bislang stimmberechtigte Aktionäre **stimmrechtslose Vorzugsaktien** erhalten sollen<sup>5</sup> oder Aktien mit bisher nicht bestehenden **Nebenverpflichtungen** ausgegeben werden (vgl. § 180 AktG)<sup>6</sup>. Eine Ausnahme gilt allerdings dann, wenn stimmrechtslose Vorzugsaktien bei der übernehmenden AG lediglich entsprechend den dort vorhandenen Gattungsverhältnissen und zu deren Wahrung ausgegeben werden<sup>7</sup>. Sind die neuen

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

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

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

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

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

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

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

Aktien **vinkuliert**, ist dafür gemäß § 29 Abs. 1 Satz 2 UmwG und entgegen § 180 Abs. 2 AktG keine Zustimmung erforderlich<sup>1</sup>.

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

---

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

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

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

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



kein Geschäftsanteil an der GmbH eingeräumt werden, da dies zu einer Verschiebung der Beteiligungsquoten führen würde. Allerdings muss die Komplementär-GmbH der Verschmelzung zustimmen, da sie ihre Mitgliedschaft infolge der Verschmelzung verliert<sup>1</sup>.

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

Ist zur Schaffung der zu gewährenden Anteile eine **Kapitalerhöhung** erforderlich (vgl. §§ 55, 56 UmwG für die GmbH und §§ 69, 73, 78 UmwG für die AG/KGaA), muss dies im Verschmelzungsvertrag grundsätzlich nicht erwähnt werden<sup>2</sup>. § 46 Abs. 2 UmwG verlangt dies nur für den Sonderfall, dass die zu gewährenden GmbH-Anteile durch Kapitalerhöhung geschaffen und anders als sonstige Geschäftsanteile der übernehmenden GmbH ausgestattet sein sollen. In diesem Fall sind die Abweichungen im Verschmelzungsvertrag festzulegen. Dennoch empfiehlt es sich, im Verschmelzungsvertrag ggf. festzuhalten, dass die zu gewährenden Anteile durch eine Kapitalerhöhung des übernehmenden Rechtsträgers neu geschaffen werden<sup>3</sup> (für die Spaltung § 126 UmwG Rz. 60). Damit wird der übernehmende Rechtsträger zugleich entsprechend verpflichtet<sup>4</sup>. Sollen die zu gewährenden **Anteile** nicht neu geschaffen, sondern **aus einem vorhandenen Bestand** solcher Anteile bei einem beteiligten Rechtsträger oder einem Dritten gewährt werden (vgl. dazu §§ 54 Abs. 1 Satz 2, 56; 68 Abs. 1 Satz 2, 73, 78 UmwG), so empfiehlt es sich ebenfalls, dies im Verschmelzungsvertrag festzuhalten (vgl. § 46 Abs. 3 UmwG). Die Beschaffung der zu gewährenden Anteile ist dann vertraglich abgesichert. Zugleich wird der betreffende Rechtsträger oder der Dritte unmittelbar zur Herausgabe dieser Anteile an die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers verpflichtet (§§ 328 Abs. 1, 335 BGB).

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

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

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

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

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

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

UmwG), muss der Verschmelzungsvertrag für diese Fälle Angaben über den Erwerb der Mitgliedschaften bei dem übernehmenden Rechtsträger enthalten. Die Vorschrift deckt darüber hinaus alle Fälle ab, in denen es zum Ersatz eines Anteils durch eine Mitgliedschaft oder umgekehrt kommt<sup>1</sup>.

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

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

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

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

3 *Hüffner/Koch*, § 8 AktG Rz. 20.

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

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

**bb)** Sind an der Verschmelzung nur **Kapitalgesellschaften** beteiligt, ist die formale Darstellung des Umtauschverhältnisses idR unproblematisch. Bei **Personengesellschaften** gibt es kein Nennkapital im technischen Sinne: Die gesetzliche Regelung der §§ 120, 121, 122 HGB geht von einem variablen Kapitalanteil als bloßer Rechnungsziffer aus, der noch nicht einmal mit dem Anteil am Gesellschaftsvermögen iS des § 719 Abs. 1 BGB identisch sein muss<sup>1</sup>. Diese Bestimmungen sind jedoch dispositiv und werden in modernen Gesellschaftsverträgen idR durch einen festen Kapitalanteil, der ggf. auch den Anteil am Gesellschaftsvermögen zum Ausdruck bringt, ersetzt. Ist eine Personengesellschaft übertragender oder übernehmender Rechtsträger, muss der Verschmelzungsvertrag deshalb definieren, worauf sich das errechnete Umtauschverhältnis beziehen soll (variables Kapitalkonto zum Verschmelzungstichtag, festes Kapitalkonto mit oder ohne die weiteren nach dem Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaft vorgesehenen Gesellschafterkonten). Ist eine Personengesellschaft übernehmende Gesellschaft, setzt eine klare Regelung idR voraus, dass die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers namentlich mit den ihnen zuzuordnenden Konten bezeichnet werden<sup>2</sup>.

**cc)** Ist übernehmender Rechtsträger eine **Genossenschaft**, so enthält § 80 Abs. 1 21 UmwG eine Spezialvorschrift für die Angaben über das Umtauschverhältnis. Ist aufnehmender Rechtsträger ein **Idealverein** (§§ 99 ff., 109 ff. UmwG), so sind Angaben über die Mitgliedschaft zu machen: Dies kann praktisch nur durch die Wiedergabe der Rechte und Pflichten der Mitglieder nach dem Statut des aufnehmenden Vereins geschehen. Das ist idR kein Problem, wenn übertragender Rechtsträger wiederum ein Idealverein mit gleichmäßig ausgestalteten Mitgliedsrechten ist (§ 99 Abs. 2 UmwG). Bei Sonderrechten (§ 35 BGB) sind ggf. Abweichungen notwendig, da Sonderrechte (zB im Hinblick auf einen Liquidationsüberschuss) nicht ohne Zustimmung des begünstigten Mitglieds beeinträchtigt werden dürfen. Erforderlich werden jedenfalls Angaben über den Anfall des Vereinsvermögens bei Auflösung (§ 45 BGB). Besondere Probleme können sich

<sup>1</sup> Vgl. Roth in Baumbach/Hopt, § 120 HGB Rz. 13.

<sup>2</sup> AA Schröer in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 27; wie hier Mayer in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 94.

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

- 22 c) Die **baren Zuzahlungen** sind betragsmäßig insgesamt und in der Aufteilung auf jeden untergehenden Anteil oder auf jeden Beteiligten anzugeben. Die für die GmbH, die AG und die Genossenschaft als übernehmenden Rechtsträger geltenden Höchstbeträge von 10 % des Gesamtnennbetrags der gewährten Gesellschaftsrechte oder Geschäftsanteile sind zu beachten (§ 54 Abs. 4 UmwG, § 68 Abs. 3 UmwG und § 87 Abs. 2 Satz 2 UmwG). Dies gilt auch, wenn statt barer Zuzahlungen Ausgleichs- oder Darlehensforderungen gegen den übernehmenden Rechtsträger eingeräumt werden; andernfalls könnte die 10 %-Grenze einfach umgangen werden<sup>1</sup>. Bare Zuzahlungen gibt es nur für die Gesellschafter der übertragenden, nicht für die Gesellschafter der aufnehmenden Gesellschaft. Ggf. kann für diese ein Ausgleich durch Dividendenausschüttungen vor Wirksamwerden der Verschmelzung oder eine später eintretende Dividendenberechtigung auf die an die übertragenden Gesellschafter ausgegebenen Anteile herbeigeführt werden<sup>2</sup>. Für die Personenhandelsgesellschaft als aufnehmende Gesellschaft gelten keine Höchstgrenzen. Zuzahlungen können auch dann gewährt werden, wenn sie für den wertmäßigen Spitzenausgleich (für den sie eigentlich gedacht sind) nicht erforderlich sind<sup>3</sup> (vgl. auch § 54 UmwG Rz. 27; § 68 UmwG Rz. 20). Die Regelung geht davon aus, dass Zuzahlungen nur in Geld-, nicht in Sachwerten geleistet werden dürfen („bar“). Der Verschmelzungsvertrag wird deshalb idR immer ein Barangebot enthalten müssen. Das schließt nicht aus, dass im Einvernehmen mit dem Berechtigten eine Erfüllung des Anspruchs in Sachwerten erfolgen kann<sup>4</sup>. Ein Spitzenausgleich durch Zuzahlung der Gesellschafter ist nicht schlechthin ausgeschlossen, bedarf aber der Zustimmung aller Betroffenen<sup>5</sup>.
- 23 d) Die **Angaben entfallen nach § 5 Abs. 2 UmwG**, wenn sich alle Anteile eines übertragenden Rechtsträgers in der Hand des übernehmenden Rechtsträgers befinden, allerdings nur, soweit sie die Aufnahme dieses Rechtsträgers betreffen. Sind neben der 100 %igen Tochtergesellschaft weitere übertragende Rechtsträger beteiligt, greift § 5 Abs. 2 UmwG nur für die Angaben bezüglich der 100 %igen Tochtergesellschaft ein. Dies muss auch dann gelten, wenn ein übertragender Rechtsträger eigene Anteile hält oder Anteile einem anderen für Rechnung des

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

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

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

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

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

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

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

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

(Marsch-Barner)

Nach dem Gesetz muss der Verschmelzungsvertrag die Einzelheiten für die Übertragung der Anteile des übernehmenden Rechtsträgers bzw. den Erwerb der Mitgliedschaften bei diesem regeln. Ist der übernehmende Rechtsträger eine AG oder KGaA, so gehört dazu die Angabe des **Treuhänders** für den Empfang der zu gewährenden Aktien und baren Zuzahlungen (vgl. §§ 71, 78 UmwG), sowie eine Regelung darüber, wer die **Kosten** des Umtausches der bisherigen Anteile trägt (idR der übernehmende Rechtsträger)<sup>2</sup>. Die Höhe dieser Kosten muss nicht angegeben werden<sup>3</sup>. Entbehrlich sind auch Angaben über Einzelheiten des **Umtauschverfahrens**, insbesondere über die Einreichung der alten Aktien, ihre Zusammenlegung und Kraftloserklärung (vgl. §§ 72, 78 UmwG). Hierzu müssen ohnehin gesonderte Aufforderungen erlassen werden. Ist die Bestellung eines Treuhänders ausnahmsweise nicht vorgesehen, sollte dies zur Klarstellung in den Verschmelzungsvertrag aufgenommen werden<sup>4</sup>. Sind die Aktien der übernehmenden Gesellschaft bisher nicht zum **Börsenhandel** zugelassen, ist dies aber geplant, muss dies im Verschmelzungsvertrag nicht erwähnt werden<sup>5</sup>. Eine ge-

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

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

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

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

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

plante Börseneinführung ist jedoch im Verschmelzungsbericht (§ 8 UmwG) offenzulegen<sup>1</sup>.

- 25 Ist die übernehmende Gesellschaft eine **GmbH** und werden die zu gewährenden Geschäftsanteile im Wege der **Kapitalerhöhung** geschaffen, so ergeben sich die Einzelheiten hierzu aus dem Gesetz (§§ 55, 56 UmwG). Eine Regelung im Verschmelzungsvertrag ist entbehrlich, sofern die neuen Anteile nicht anders ausgestattet sind als die schon bestehenden Anteile (§ 46 Abs. 2 UmwG). Sollen die Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft **bereits vorhandene Geschäftsanteile** erhalten, so müssen die Gesellschafter und die Nennbeträge im Verschmelzungsvertrag bestimmt werden (§ 46 Abs. 3 UmwG). Dies gilt sinngemäß auch dann, wenn die Anteile von Dritten gewährt werden<sup>2</sup>. In beiden Fällen empfiehlt sich die Angabe, dass die Geschäftsanteile durch **Abtretung** von der übernehmenden Gesellschaft oder dem Dritten auf die Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft übergehen (§ 15 Abs. 3 GmbHG). Dabei ist zu regeln, wer die damit verbundenen **Kosten** trägt. Die Höhe dieser Kosten muss im Verschmelzungsvertrag nicht angegeben werden (siehe Rz. 24). Sie sollte aber im Verschmelzungsbericht (§ 8 UmwG) genannt und erläutert werden.
- 26 Ist die übernehmende Gesellschaft eine **OHG** oder **KG**, entfällt eine besondere Übertragung der Geschäftsanteile. Die künftige Rechtsstellung der übertragenden Gesellschafter ist aber, ggf. einschließlich des Betrags der Einlage, im Verschmelzungsvertrag festzulegen (§ 40 UmwG). Zu bestimmen ist insbesondere, welche Gesellschafter beschränkt oder unbeschränkt haften. Ist ein Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers an der übernehmenden Gesellschaft bereits beteiligt, wird ihm keine neue Beteiligung eingeräumt, sondern seine bisherige Beteiligung aufgestockt<sup>3</sup>. Die jeweilige Rechtsstellung wird mit der Eintragung der Verschmelzung wirksam (vgl. § 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG).
- 26a Das Gesetz erwähnt auch den Fall, dass, wie bei der Genossenschaft oder dem Verein, keine Anteile, sondern die **Mitgliedschaft** bei dem übernehmenden Rechtsträger erworben wird. Mit dem Wirksamwerden der Verschmelzung erfolgt dieser Erwerb von Gesetzes wegen (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG). Ergänzende Regelungen im Verschmelzungsvertrag sind deshalb im Allgemeinen entbehrlich (vgl. auch § 110 UmwG). Das Gleiche gilt bei einer **Mischverschmelzung**, also in dem Fall, dass zB die bisherige Mitgliedschaft in einem Verein durch einen Geschäftsanteil an der übernehmenden GmbH ersetzt wird<sup>4</sup>. Die sich dabei ergebenden Unterschiede zwischen der alten und der neuen Rechtsstellung, zB hinsichtlich Einflussmöglichkeiten, Nebenpflichten und Haftung, lassen sich

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

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

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

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

häufig nicht durch das Umtauschverhältnis ausgleichen. Sie sind dann im Verschmelzungsbericht zu erläutern<sup>1</sup>.

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

Der Verschmelzungsvertrag muss den Zeitpunkt angeben, von dem an die zu 27 übertragenden Anteile oder Mitgliedschaften einen Anspruch auf einen Anteil am Bilanzgewinn gewähren; außerdem sind alle **Besonderheiten** in Bezug auf diesen Anspruch anzugeben. Gemeint ist der **Gewinnanspruch**, der sich aus der Jahresbilanz des übernehmenden Rechtsträgers ergibt (vgl. §§ 120, 121, 167 HGB für die OHG/KG, § 29 GmbHG für die GmbH und §§ 58 ff., 174 AktG für die AG/KGaA). Ansprüche, die sich lediglich auf diesen Gewinnanspruch beziehen, wie zB ein am Bilanzgewinn orientierter Besserungsschein oder ein entsprechendes Genussrecht, sind nicht erfasst; solche Ansprüche ergeben sich nicht aus der Beteiligung, sondern sind schuldrechtlicher Natur<sup>2</sup>. Besonderheiten des Gewinnanspruchs können sich vor allem aus Sonderrechten einzelner Anteilshaber (zB Vorzugsgewinnanteil, Mehrdividende) oder aufgrund des statutarischen Gewinnverteilungsschlüssels ergeben.

Grundsätzlich werden die Gesellschafter einer übertragenden Gesellschaft **mit 28 dem Wirksamwerden der Verschmelzung** Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft; sie sind dann von diesem Zeitpunkt an bei dieser gewinnberechtigt. Der genaue Zeitpunkt, die **Eintragung** der Verschmelzung (§ 20 Abs. 1 UmwG), ist in der Regel allerdings nicht vorhersehbar. Ein Beginn der Gewinnberechtigung während des laufenden Geschäftsjahrs kann auch zu Schwierigkeiten bei der Gewinnverteilung zwischen alten und neuen Gesellschaftern führen. Im Verschmelzungsvertrag wird deshalb meist ein anderer Zeitpunkt für den Beginn der Gewinnberechtigung vereinbart, nämlich der **Beginn des Geschäftsjahres** der übernehmenden Gesellschaft, das auf den Stichtag der letzten Jahresbilanz der übertragenden Gesellschaft folgt<sup>3</sup>. Dies ist aber nicht zwingend; der Beginn der Gewinnberechtigung kann vielmehr freigewählt werden<sup>4</sup>. Er kann

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

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

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

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

deshalb auch zu einem **späteren Zeitpunkt** vereinbart werden. Dadurch kann zB ein besonders günstiges Umtauschverhältnis ausgeglichen werden<sup>1</sup>. Möglich ist auch zB, den Beginn der Gewinnberechtigung auf die Mitte des laufenden Geschäftsjahres der übernehmenden Gesellschaft festzulegen<sup>2</sup>. Die Anteile sind dann für dieses Geschäftsjahr mit halber Gewinnberechtigung ausgestattet, eine besondere Gewinnermittlung ist dafür nicht erforderlich. Häufig wird der Stichtag für die Gewinnberechtigung mit dem **Verschmelzungstichtag** nach § 5 Abs. 1 Nr. 6 UmwG kombiniert<sup>3</sup>; der Beginn der Gewinnberechtigung fällt dann mit dem Beginn der Zurechnung der Gewinne und Verluste zusammen (vgl. Rz. 35). Zwingend ist auch dies aber nicht. Soll die Gewinnberechtigung für ein **früheres Geschäftsjahr** beginnen, setzt dies voraus, dass dafür noch kein Gewinnverwendungsbeschluss gefasst ist<sup>4</sup>.

- 29 Für den Fall, dass die Verschmelzung bis zu dem vorgesehenen Beginn der Gewinnberechtigung nicht eingetragen sein sollte, kann im Vertrag vereinbart werden, dass sich der Beginn der Gewinnanteilberechtigung zB um ein Jahr verschiebt. Sind weitere **Verzögerungen**, etwa aufgrund von Klagen nach § 14 Abs. 1 UmwG, zu befürchten, so kann der Beginn auf die entsprechenden Zeitpunkte der Folgejahre festgelegt werden. Solche **variablen Regelungen** haben den Vorteil, dass der Verschmelzungsvertrag beim Eintreten von Verzögerungen nicht angepasst werden muss<sup>5</sup>. Wird für die Gewinnberechtigung ein fester Zeitpunkt vereinbart, kann dies im Falle einer Verzögerung der Eintragung über diesen Zeitpunkt hinaus die Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers benachteiligen<sup>6</sup>.
- 30 Verzögert sich das Wirksamwerden der Verschmelzung, so haben die beteiligten Gesellschaften weiter eigene **Jahresabschlüsse** aufzustellen. Darin ist die vorgesehene Verschmelzung, von evtl. Rückstellungen abgesehen, grundsätzlich

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

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

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

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

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

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



nicht zu berücksichtigen<sup>1</sup>. Dementsprechend kann auch die bisherige Gewinnverteilungspolitik fortgesetzt werden<sup>2</sup>. Sollte das vereinbarte Umtauschverhältnis unrichtig werden, obliegt es der Entscheidung der jeweiligen Vertretungsorgane, ob sie an dem Verschmelzungsvertrag festhalten oder ein evtl. vereinbartes Rücktrittsrecht ausüben wollen. Ist kein Rücktrittsrecht vereinbart, können die beteiligten Rechtsträger uU nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage eine Anpassung des Umtauschverhältnisses verlangen (§ 4 UmwG Rz. 25)<sup>3</sup>. Um ein Auseinanderdriften der wirtschaftlichen Entwicklung der beteiligten Gesellschaften während des Schwebezustandes zu vermeiden, kann im Verschmelzungsvertrag oder in einer der Verschmelzung vorangehenden Grundsatzvereinbarung vorgesehen werden, dass im Rahmen des kartellrechtlich Zulässigen die Geschäfts- und Ausschüttungspolitik zur Wahrung des vereinbarten Umstandsverhältnisses abgestimmt wird<sup>4</sup>. Dabei kann zB vorgesehen werden, dass Ausschüttungen bis zur Eintragung der Verschmelzung möglichst unterbleiben oder nur entsprechend dem vereinbarten Umtauschverhältnis erfolgen sollen<sup>5</sup>. Zur entsprechenden Problematik bei der Spaltung siehe § 126 UmwG Rz. 57a.

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

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

Der Verschmelzungsstichtag ist von weitreichender Bedeutung<sup>6</sup> und muss im Zusammenhang mit anderen im Rahmen der Verschmelzung festzulegenden Stichtagen und Zeitpunkten gesehen und mit diesen abgestimmt werden. Insbesondere geht es um den Zeitpunkt der Gewinnberechtigung am übernehmenden Rechtsträger (§ 5 Abs. 1 Nr. 5 UmwG), um den Stichtag der Schlussbilanz

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

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

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

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

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

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

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

- 33 **b)** Der Beginn des Verschmelzungsstichtags bestimmt den Zeitpunkt der **Ergebnisabgrenzung** zwischen übertragendem und übernehmendem Rechtsträger. Er ist – von Ausnahmen abgesehen (vgl. Rz. 35) – unmittelbar mit dem Stichtag der Schlussbilanz nach § 17 Abs. 2 UmwG verknüpft, die in aller Regel das Ergebnis abgrenzt, das der übertragende Rechtsträger noch für eigene Rechnung erwirtschaftet<sup>2</sup>. Gemeinhin wird darüber hinaus der Verschmelzungsstichtag als der Tag definiert, zu dem die **Rechnungslegung** von dem übertragenden auf den übernehmenden Rechtsträger übergehe<sup>3</sup>. Das ist zumindest missverständlich. § 5 Abs. 1 Nr. 6 UmwG ist keine Rechnungslegungsvorschrift in dem Sinne, dass zu diesem Zeitpunkt die Rechnungslegung, nämlich die Buchführungs- und Bilanzierungspflicht iS der §§ 238 ff. HGB, auf den (ggf. noch gar nicht existenten) übernehmenden Rechtsträger überginge, sondern nur, dass Handlungen und Geschäftsvorfälle von diesem Zeitpunkt an „nach Rechnungslegungsgrundsätzen“ nicht als eigene, sondern als für fremde Rechnung vorgenommene zu verbuchen sind. Weitergehendes kann auch nicht aus Art. 5 Abs. 2 lit. e RL 78/855/EWG, aus § 122c Abs. 2 Nr. 6 UmwG oder aus Art. 20 Abs. 1 Satz 2 lit. e SE-VO abgeleitet werden. Die Rechnungslegungspflicht des übertragenden Rechtsträgers bleibt grundsätzlich bis zur Eintragung der Verschmelzung in das Register des übernehmenden Rechtsträgers (§ 20 Abs. 1 UmwG) bestehen<sup>4</sup>.

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

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

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

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

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

Davon abgesehen kann nach Wortlaut und Sinn der Bestimmung rein handelsrechtlich entgegen der hM der Verschmelzungsstichtag von dem Stichtag der Schlussbilanz nach § 17 Abs. 2 UmwG abweichen<sup>3</sup>. Das kann zB dann von Bedeutung sein, wenn die Verknüpfung zwischen Schlussbilanz und steuerlichem Übertragungsstichtag nicht Platz greift (§ 2 Abs. 3 UmwStG; grenzüberschreitende Verschmelzung), wenn variable Verschmelzungsstichtage vereinbart werden (vgl. Rz. 36) oder sich das Eintragungsverfahren erheblich, ggf. auch über das ordentliche Geschäftsjahr des übertragenden Rechtsträgers hinaus, verzögert und für diesen Zeitraum Gewinnausschüttungen an die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers notwendig werden (zB um das Umtauschverhältnis in der Balance zu halten). Damit kann der Verschmelzungsstichtag gleichfalls zeitlich vor dem Stichtag der Schlussbilanz nach § 17 Abs. 2 UmwG liegen; bilanziell sind die Geschäfte ab dem Verschmelzungsstichtag wie ganz gewöhnliche **Fremdrechnungsgeschäfte** in der Schlussbilanz zu behandeln. Der Verschmelzungsstichtag kann aber auch mehr als eine logische Sekunde nach dem Stichtag der Schlussbilanz liegen<sup>4</sup>. Allerdings ist dann zusätzlich zur Schlussbilanz nach

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

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

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

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

§ 17 Abs. 2 UmwG eine weitere Ergebnisabgrenzung und eine Übernahmebilanz auf den dem Verschmelzungsstichtag unmittelbar vorangehenden Zeitpunkt und eine entsprechende Ergebnisverwendungsabrede erforderlich. Fällt dieser Zeitpunkt nicht auf ein Geschäftsjahresende des übertragenden Rechtsträgers, entsteht bei diesem ein **Rumpfgeschäftsjahr**<sup>1</sup>. Das Handeln für eigene oder für fremde Rechnung des übertragenden Rechtsträgers ist deshalb kein taugliches Kriterium zur zwingenden Bestimmung des Stichtags der Schlussbilanz nach § 17 Abs. 2 UmwG<sup>2</sup>. Eine weitgehende Flexibilität ist auch deshalb erforderlich, weil das UmwG bedingte Verschmelzungsverträge zulässt (§ 7 UmwG) und in einem solchen Fall der Stichtag der Schlussbilanz nicht unbedingt mit dem Verschmelzungsstichtag übereinstimmen muss<sup>3</sup>. Zur Bilanzierung und Kapitalaufbringung bei erheblicher Verzögerung der Eintragung vgl. § 17 UmwG Rz. 25.

- 34b Während im Rahmen nationaler Verschmelzungen das Problem unterschiedlicher Stichtage für Schlussbilanz und Verschmelzungswirkung eher theoretischen Charakter hat, erlangt es bei **grenzüberschreitender Verschmelzung** (§§ 122a ff. UmwG) oder bei SE-Gründungen durch Verschmelzung (Art. 17 ff. SE-VO (EG) Nr. 2157/2001) durchaus praktische Bedeutung. Kennen zB einzelne beteiligte Staaten die Einrichtung einer Schlussbilanz gar nicht oder lassen sie die ergebniswirksame Rückwirkung nicht oder unter anderen Voraussetzungen zu, so wird ein einheitlicher Verschmelzungsstichtag (insbesondere bei Mehrfachverschmelzungen) ggf. nur möglich sein bei Abkoppelung vom Stichtag der deutschen Verschmelzungsbilanz.
- 35 c) Der Verschmelzungsstichtag wird sinnvollerweise mit dem Zeitpunkt der **Gewinnberechtigung** bei der übernehmenden Gesellschaft synchronisiert. Werden Handlungen ergebnismäßig für Rechnung des übernehmenden Rechtsträgers abgewickelt, so gebührt den Anteilseignern/Mitgliedern des übertragenden Rechtsträgers von diesem Zeitpunkt an die Teilnahme am Ergebnis des aufnehmenden Rechtsträgers; auf dieser Basis ist idR auch das Umtauschverhältnis ermittelt. Zwingend ist jedoch auch dies nicht<sup>4</sup>. Andernfalls wäre die getrennte Nennung beider Zeitpunkte im Verschmelzungsvertrag (§ 5 Abs. 1 Nr. 5 und Nr. 6 UmwG) nicht verständlich. Fallen die Zeitpunkte auseinander, muss dem ggf. bei der Bemessung des Umtauschverhältnisses Rechnung getragen werden. Um die damit verbundenen Probleme zu vermeiden, ist es dringend zu empfehlen, Verschmelzungsstichtag und Beginn der Ergebnisbeteiligung zusammenzulegen.

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

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

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

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

d) Wie für die Gewinnberechtigung (Rz. 30) ist es auch für den Verschmelzungsstichtag möglich, einen **beweglichen Termin** festzulegen<sup>1</sup>. Damit kann dem Fall Rechnung getragen werden, dass die Eintragung der Verschmelzung und damit deren Wirksamkeit sich erheblich verzögern. Denkbar ist zB, dass dann, wenn die Eintragung erst nach einem bestimmten Termin erfolgt, auch der Verschmelzungsstichtag auf einen entsprechend späteren Zeitpunkt entfällt<sup>2</sup>. Bei entsprechender Gewinnbezugsregelung und Festlegung der Bilanzierungsgrundsätze von übertragendem und übernehmendem Rechtsträger kann so das Umtauschverhältnis über einen längeren Zeitraum – ceteris paribus – konstant gehalten werden. Zu den Bilanzierungsfragen vgl. Rz. 34a.

e) Bei Beteiligung **mehrerer übertragender Rechtsträger** ist es zweckmäßig, einen einheitlichen Verschmelzungsstichtag zu wählen, zwingend ist das jedoch nicht<sup>3</sup>. Unterschiedliche Verschmelzungsstichtage können zB dann sinnvoll sein, wenn die Geschäftsjahre der übertragenden Rechtsträger unterschiedlich enden. Bei Kettenverschmelzungen (mehrere hintereinander geschaltete Verschmelzungen, wobei der übernehmende Rechtsträger der ersten Verschmelzung noch vor dem Wirksamwerden einen zweiten Verschmelzungsvertrag, dann als übertragender Rechtsträger mit einem weiteren übernehmenden Rechtsträger abschließt) können die Verschmelzungsstichtage zweckmäßigerweise gleichzeitig festgelegt werden<sup>4</sup>. Zulässig ist aber auch jede andere Reihenfolge, zB kann der Stichtag der zweiten Verschmelzung vor dem der ersten liegen<sup>5</sup>. Je nach Reihenfolge ergeben sich unterschiedliche Ergebniszuordnungen. Zum Abschluss der Verschmelzungsverträge in dieser Konstellation unter **auf-schiebender Bedingung** vgl. Rz. 34a<sup>6</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

punkte zu kommen, ist aber ein rückwirkamer Verzicht auf den Gewinnanspruch als Vertragsfolge aus dem Gewinnabführungsvertrag möglich<sup>1</sup>. Wird die Verschmelzung mit einem **Squeeze out** nach § 62 Abs. 5 UmwG/§ 327a AktG verbunden, ist im Rahmen der Bewertung nach § 327e Abs. 2 Satz 2 AktG nicht auf die Verhältnisse der übertragenden Gesellschaft im Zeitpunkt der Beschlussfassung der Hauptversammlung, sondern auf den Verschmelzungsstichtag abzustellen, da die übertragende Gesellschaft von da an auf fremde Rechnung arbeitet.

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

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

(Marsch-Barner)

- 40 Rechte, die der übernehmende Rechtsträger einzelnen Anteilsinhabern sowie den Inhabern besonderer Rechte gewährt oder die für diese vorgesehenen Maßnahmen sind nach § 5 Abs. 1 Nr. 7 UmwG als sog. **Sonderrechte** in dem Verschmelzungsvertrag anzugeben. Damit sollen besondere Vergünstigungen, vor allem solche, die im Zusammenhang mit der Verschmelzung eingeräumt werden, offen gelegt werden. Die nicht begünstigten Anteilsinhaber sollen dadurch in die Lage versetzt werden, die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (vgl. § 53a AktG) zu überprüfen<sup>3</sup>. Die Rechte müssen „gewährt“, also rechtsgeschäftlich eingeräumt werden. Ein Zuwachs von Rechten kraft Gesetzes fällt nicht unter die Bestimmung. Das Gleiche gilt für die „vorgesehenen Maßnahmen“; mit diesem Begriff sollen alle auf sonstige Weise vermittelten Vorteile erfasst werden. Inhaltlich erfasst die Angabepflicht alle gesellschaftsrechtlichen Sonderrechte und schuldrechtlichen Sondervorteile. Diese können sowohl vermögensrechtlicher als auch mitverwaltungsrechtlicher Natur sein<sup>4</sup>. Die besonderen Rechte müssen vom übernehmenden Rechtsträger gewährt sein. Die Gewährung durch einen übertragenden Rechtsträger genügt nach dem Gesetzeswort-

---

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

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

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

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

laut nicht<sup>1</sup>. Auch solche Gewährungen sind aber erfasst, wenn dadurch die Angabepflicht umgangen werden soll<sup>2</sup>. Werden keine Sonderrechte gewährt, muss der Verschmelzungsvertrag **keine Negativerklärung** enthalten<sup>3</sup>.

Soweit Sonderrechte der **Anteilsinhaber** angesprochen sind, müssen diese Einzelnen von ihnen gewährt werden. Vorteile, die alle erhalten, brauchen nicht aufgeführt zu werden<sup>4</sup>. Die Begünstigten können Anteilsinhaber eines übertragenden oder des übernehmenden Rechtsträgers sein<sup>5</sup>. Zu erwähnen sind danach zB Sonderrechte, die in einer übernehmenden GmbH bestimmte Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft in Bezug auf ihr Stimmrecht, die Geschäftsführung oder die Gewinnverteilung erhalten. Sonderrechte, die sich Anteilsinhaber untereinander schuldrechtlich einräumen (zB Vorkaufsrechte) sind von § 5 Abs. 1 Nr. 7 UmwG nicht erfasst.

Den Anteilsinhabern gleichgestellt sind die **Inhaber besonderer Rechte**. Als solche werden ähnlich wie in § 23 UmwG die Inhaber von Anteilen ohne Stimmrecht, Vorzugsaktien und Mehrstimmrechten genannt. Diese Aufzählung ist an sich entbehrlich, soweit es sich zugleich um Anteilsinhaber handelt. Die Beschränkung auf Aktien ist dabei ein Redaktionsversehen; auch die Inhaber entsprechender GmbH-Geschäftsanteile sind erfasst. Lediglich um Gläubigerrechte handelt es sich bei den außerdem erwähnten Schuldverschreibungen und Genussrechten. Auch diese sind zwar nur in § 221 AktG erwähnt, können aber auch zB bei einer GmbH als übernehmender Gesellschaft vorkommen. Schuldverschreibungen iS von § 5 Abs. 1 Nr. 7 UmwG sind im Übrigen auch zB Hypothekendarlehenbriefe und Kommunalobligationen (§ 1 Nr. 1 und 2 PfandBG). Hat eine übertragende AG eine Options- oder Wandelanleihe ausgegeben, so gehen die damit begründeten Bezugs- oder Umtauschrechte mit dem Erlöschen der Gesellschaft unter. Gemäß § 23 UmwG sind den Inhabern dieser Rechte gleichwertige Rechte in dem übernehmenden Rechtsträger zu gewähren. Schuldrechtliche Rechtspositionen außerhalb des § 23 UmwG sind anzugeben, wenn der Berechtigte gleichzeitig Anteilsinhaber ist<sup>6</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

**Rechtsgeschäft kein Wirksamkeitserfordernis.** Die Vertretungsmacht der Geschäftsführungsorgane wird durch die Angabepflicht nicht eingeschränkt<sup>1</sup>. Der Verschmelzungsvertrag ist aber unvollständig, was dazu führen kann, dass die Verschmelzung nicht eingetragen wird und die Vertretungsorgane schadensersatzpflichtig sind. Der Fehler erstreckt sich auch auf den Verschmelzungsbeschluss an und macht diesen bei Kapitalgesellschaften anfechtbar<sup>2</sup>. Die Prüfung des Registergerichts erstreckt sich nicht auf die Frage, ob die eingeräumten Sonderrechte einen angemessenen Ausgleich iS von § 23 UmwG darstellen<sup>3</sup>.

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

(Marsch-Barner)

- 44 Im Verschmelzungsvertrag ist jeder besondere Vorteil anzugeben, der bestimmten, den beteiligten Rechtsträgern nahe stehenden Personen im Zusammenhang mit der Verschmelzung gewährt wird. Dabei sind nur Zuwendungen der beteiligten Rechtsträger und nicht auch Dritter erfasst<sup>4</sup>. Die Anteilsinhaber sollen dadurch beurteilen können, ob diese Personen durch unübliche oder sachlich nicht gerechtfertigte Vergünstigungen in ihrer Objektivität beeinträchtigt sind<sup>5</sup>. Erwähnt sind zunächst die Mitglieder der **Vertretungsorgane** und eines **Aufsichtsorgans** sowie die **geschäftsführenden Gesellschafter** und **Partner** eines beteiligten Rechtsträgers. Mit dem rechtlichen Untergang des übertragenden Rechtsträgers erlöschen auch die bei diesen bestehenden Ämter als Geschäftsführer, Vorstand, Aufsichtsrat oder Beirat; auch die Funktion als geschäftsführender Gesellschafter kann mit der Verschmelzung verloren gehen. Aus diesem Anlass werden deshalb nicht selten **Abfindungen** gewährt. Soweit es sich dabei um die Abgeltung vertraglicher Ansprüche (zB aus dem Geschäftsführervertrag) handelt, liegt darin kein besonderer Vorteil<sup>6</sup>. Allerdings werden solche Abfindungen häufig ohne rechtliche Notwendigkeit großzügig bemessen; sie sind dann im Vertrag aufzuführen<sup>7</sup>. Gleiches gilt, wenn die vertragliche Vergütung

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

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

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

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

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

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

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



freiwillig in eine Abfindung umgewandelt wird<sup>1</sup>. **Zusagen** über die Bestellung in das Vertretungsorgan des übernehmenden Rechtsträgers oder über die Wahl in dessen Aufsichtsrat stehen unter dem Vorbehalt, dass die Bestellung durch das zuständige Organ auch tatsächlich erfolgt. Ihre Aufnahme in den Verschmelzungsvertrag ersetzt diese Bestellung nicht; sie verpflichten in der Regel auch die zuständigen Organe nicht<sup>2</sup>. Dennoch sind solche Zusagen in den Vertrag aufzunehmen, da es darum geht, die Anteilsinhaber über alle auch nur faktischen Vorteile zu informieren, die geeignet sind, die Interessenlage der Begünstigten zu beeinflussen<sup>3</sup>. Dies gilt auch für die Zusage, den Organmitgliedern nach Vollzug der Verschmelzung **Entlastung** zu erteilen, oder sie von der Haftung freizustellen<sup>4</sup>.

Mitglieder eines **Aufsichtsorgans** sind nicht nur die Aufsichtsräte nach dem Vorbild des AktG (§§ 95 ff. AktG), sondern auch die Mitglieder sonstiger Gremien mit Überwachungsfunktion wie zB eines Beirates oder Gesellschafterausschusses. Gremien, die nur beratende Funktionen haben, sind dagegen nicht erfasst<sup>5</sup>. Sondervorteile, die solchen Personen gewährt werden, sind unabhängig davon anzugeben, ob die Verschmelzung an deren Zustimmung gebunden ist<sup>6</sup>.

Das Gesetz erwähnt ausdrücklich auch die **Abschlussprüfer** und **Verschmelzungsprüfer**. Soweit diese zusätzliche, ihr Honorar übersteigende Zahlungen oder sonstige Vorteile erhalten, sind diese offen zu legen. In Betracht kommen vor allem Abfindungen für das Ende der Prüfungstätigkeit bei dem übernehmenden Rechtsträger<sup>7</sup>. Honorare für eine Gutachtertätigkeit sind dagegen grundsätzlich nicht erfasst<sup>8</sup>.

Ein Verstoß gegen die Angabepflicht begründet die Anfechtbarkeit des Verschmelzungsbeschlusses<sup>9</sup>. Außerdem darf der Registerrichter, wenn er den Mangel erkennt, die Verschmelzung nicht eintragen. Die zivilrechtliche Wirksamkeit der Vergünstigung wird dagegen nicht berührt. Dafür hätte es, wie bei § 26

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Die für die inländische Verschmelzung maßgebliche Vorschrift des § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG, die im Zusammenhang mit § 5 Abs. 3 UmwG gesehen und ausgelegt werden muss, stellte bei Verabschiedung des Gesetzes insofern einen **Fremdkörper** dar, als sie den unternehmens-/gesellschaftsrechtlichen Vorgang der Verschmelzung (Umwandlung) verfahrensrechtlich mit der Darstellung **arbeitsrechtlicher Konsequenzen** und der diesbezüglichen Information des Betriebsrats verknüpft<sup>6</sup>.

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Wenn es bei den beteiligten Rechtsträgern **keinen Betriebsrat gibt**, macht dies die Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG allerdings nicht entbehrlich, da der intendierte Schutz zumindest mittelbar dadurch erzielt wird, dass die Rechtsträger sich frühzeitig und im Detail mit den Folgen für die Arbeitnehmer befassen müssen<sup>2</sup>.

**Bezugsobjekt** der arbeitsrechtlichen Pflichtangaben können stets nur die **Arbeitnehmer** und **Arbeitnehmervertretungen** der an der Verschmelzung **unmittelbar beteiligten Rechtsträger** sein. Die Regelung setzt das **Vorhandensein von Arbeitnehmern** bei den an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträgern voraus. **Fehlt** es daran (nur) beim übertragenden Rechtsträger, sind dennoch die Folgen für vorhandene Arbeitnehmer des aufnehmenden Rechtsträgers darzustellen<sup>3</sup> – und umgekehrt. In Bezug auf **arbeitnehmerlose Gesellschaften** entfällt die Darstellungspflicht<sup>4</sup> mit Ausnahme solcher Auswirkungen, die sich auch in Bezug auf arbeitnehmerlose (Holding-)Gesellschaften insbesondere in Bezug auf den Konzernbetriebsrat sowie die Unternehmensmitbestimmung ergeben können<sup>5</sup>. Wenn zwei arbeitnehmerlose Gesellschaften miteinander verschmolzen werden und Restrukturierungen anschließend auf der Ebene der **Tochtergesellschaften** erfolgen sollen, **beschränkt** sich die Darstellungspflicht gleichwohl auf die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen auf der Ebene der beteiligten Rechtsträger<sup>6</sup>. Dies wird durch § 5 Abs. 3 UmwG bestätigt, wonach die Zuleitungspflicht ebenfalls nur gegenüber den zuständigen Betriebsräten der an der Verschmelzung unmittelbar beteiligten Gesellschaften besteht, wozu deren Tochtergesellschaften unzweifelhaft nicht gehören<sup>7</sup>. Richtiger Auffassung zufolge ist die Darstellungspflicht darüber hinaus auf die **Arbeitnehmer inländischer Betriebe** und deren Vertretungen begrenzt<sup>8</sup>. Im **Ausland** tätige Arbeitnehmer eines an der Verschmelzung beteiligten inländischen Rechtsträgers werden daher **nur** dann von der Darstellungspflicht erfasst, wenn sie im Wege der

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) **Zweifelhaft** erscheint, was der Gesetzgeber meint, wenn er neben den Folgen der Verschmelzung für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen als weitere „Pflichtangabe“ die „**insoweit vorgesehenen Maßnahmen**“ erwähnt. Auch die **Gesetzesbegründung** gibt hierüber keinen Aufschluss. Dies ist insofern misslich, als der Gesetzestext damit einer extensiven Gesetzesauslegung Tür und Tor öffnet, die die am Verschmelzungsvertrag beteiligten Rechtsträger dazu verpflichten könnte, auch noch so weit entfernte **mittelbare Wirkungen** aufzuzeigen, die sich auf Grund der Verschmelzung und der damit zusammenhängenden Unternehmensplanung ergeben können<sup>1</sup>.

Um die Einbeziehung derartiger, sog. **mittelbarer Folgen** der Verschmelzung (oder sonstigen Umwandlung; vgl. insbesondere § 126 Abs. 1 Nr. 11 UmwG) ist im gesellschafts- und arbeitsrechtlichen Schrifttum ein lebhafter Meinungsstreit zu verzeichnen<sup>2</sup>. Im Kern geht es dabei um die Frage, inwieweit auch solche rechtlichen und faktischen Auswirkungen für die Arbeitnehmer darzustellen sind, die sich nicht bereits aus der Verschmelzung als solcher ergeben; ferner darum, wie konkret und absehbar (wahrscheinlich) derartige Folgen sein müssen, damit ihre Angabe im Verschmelzungs- oder sonstigen Umwandlungsvertrag sinnvollerweise verlangt werden kann. Der äußerst vage gehaltene Gesetzeswortlaut hat teilweise zu der Deutung geführt, dass der Verschmelzung zugrunde liegende **wirtschaftliche Überlegungen**, in deren Folge sich **personelle Veränderungen** wie etwa **Umgruppierungen**, **Versetzungen**, **Zuweisung neuer Arbeitsplätze** ergeben können, ebenfalls zu den darstellungspflichtigen Folgen iS von § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG gehören<sup>3</sup>.

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

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

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

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

Höhe!) Rechenschaft abzulegen, kann nur eindringlich gewarnt werden. Sie ist auch nicht durch die Aussage in der Begründung zum Regierungsentwurf gefordert, wonach die Informationspflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG bereits im Vorfeld des Verschmelzungsvorgangs seine möglichst sozialverträgliche Durchführung erleichtern solle und damit „auch dem sozialen Frieden“ diene<sup>1</sup>. Auch die Vorgaben des europäischen Rechts<sup>2</sup> verlangen keine „doppelspurige“ Information<sup>3</sup>. Es widerspräche sowohl dem üblichen zeitlichen Ablauf wie auch der systematischen Stellung des § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG und schließlich der Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der Mitwirkungsrechte des Betriebsrats, insbesondere gemäß §§ 111 ff. BetrVG, die beteiligten Rechtsträger bereits im Rahmen des Verschmelzungsvertrages zu detaillierten Angaben in Bezug auf mittelbare personelle und organisatorische Folgewirkungen sowie deren Abmilderung zu verpflichten<sup>4</sup>. Anders formuliert: Die Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG können weder vom Inhalt noch vom Umfang her die Qualität eines „vorweggenommenen“ Interessenausgleichs und Sozialplans haben<sup>5</sup>. Der Verschmelzungsvertrag kann sich (ebenso wie der Spaltungsvertrag) hinsichtlich derartiger, nicht durch die (gesellschaftsrechtliche) Umwandlung *als solche* ausgelöster und **noch nicht konkret geplanter Folgewirkungen** jedenfalls darauf beschränken, ihre **Möglichkeit bzw. Wahrscheinlichkeit global aufzuzeigen** (*Beispiel*: „Infolge der Verschmelzung werden auf betrieblicher Ebene erhebliche Synergieeffekte [zB durch gemeinsamen Wareneinkauf, einheitliche Buchhaltung und Personalverwaltung] eintreten, die zu einem entsprechend verringerten Personalbedarf führen werden. Auch erscheint die Zusammenfassung bestehender Betriebsabteilungen, insbesondere von X und Y am Standort von Z, zu einem späteren Zeitpunkt wahrscheinlich. Hierüber werden zu gegebener Zeit die Verhandlungen mit dem Betriebsrat/Gesamtbetriebsrat gemäß §§ 111 ff. BetrVG aufgenommen werden.“). Folgt man konsequent der hier vertretenen „Trennungstheorie“, sind indes auch solche globalen Angaben<sup>6</sup> nicht erforderlich, weil alle individual- und kollektivrechtlichen Folgen, über die erst das Vertretungsorgan des verschmolzenen Unternehmens zu befinden hat, ausschließlich über die betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsvorschriften (insbesondere §§ 99 ff.; §§ 102, §§ 111 ff. BetrVG) „abzuwickeln“ sind (siehe dazu auch Rz. 56). Entsprechendes gilt auch bei der **Spaltung bzw. Ausgliederung** im Hinblick auf

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

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

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

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

5 *Willemsen*, NZA 1996, 797.

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

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

Einstweilen frei.

52

**d)** Wenn man ein völliges Ausufern der Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG vermeiden will, wird man sie auf diejenigen „Folgen für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen“ begrenzen müssen, die das Gesetz selbst direkt (in §§ 322, 323 Abs. 1, 325 UmwG) oder indirekt (in § 324 UmwG durch Verweisung auf § 613a BGB) anspricht, nämlich inwieweit sich nach der Verschmelzung die **betriebsverfassungsrechtliche Struktur** verändert (Wegfall bestehender bzw. Bildung neuer Betriebsräte, Gesamtbetriebsräte, Konzernbetriebsrat, Europäischer Betriebsrat, Übergangsmandat nach § 21a BetrVG), ob das **Mitbestimmungsstatut** beeinflusst wird, ob für bestimmte Arbeitnehmer sich – gegebenenfalls unter Berücksichtigung von § 323 Abs. 1 UmwG – die Anwendbarkeit des **Kündigungsschutzgesetzes** ändert, ob und inwieweit ein **Betriebsübergang oder Betriebsteilübergang** nach § 613a Abs. 1 BGB (iVm. § 324 UmwG) stattfindet und inwieweit sich hierdurch etwas an der **Tarifbindung** bzw. an der Anwendbarkeit von **Betriebsvereinbarungen** ändert sowie die arbeitnehmerrelevanten **Haftungsfolgen**<sup>1</sup> der Umwandlung („**Primärfolgen kraft rechtlichen Zusammenhangs**“)<sup>2</sup>. Es ist auch anzugeben, welche „**Maßnahmen**“ die beteiligten Rechtsträger getroffen haben, um die sich aus dem Gesetz an sich ergebenden Folgen für die Arbeitnehmer (zB im Hinblick auf Tarifverträge) zu vermeiden oder abzuschwächen; dies allerdings nur, wenn die entsprechenden Vereinbarungen bzw. Regelungen bereits vor Einleitung der Verschmelzung getroffen wurden bzw. von dem neuen Rechtsträger unmittelbar nach der Verschmelzung getroffen werden sollen<sup>3</sup>. Dies folgt aus dem Gesetzeswortlaut (*vorgesehene Maßnahme*). **Abzulehnen** ist dagegen die Auffassung, wonach die Angabe aller möglichen (!) oder absehbaren unmittelbaren und mittelbaren Folgen erforderlich sei<sup>4</sup>.

53

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

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

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

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

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

<sup>1</sup> So zutreffend Joost, ZIP 1995, 984.

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

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



lich dieser Maßnahmen gemäß §§ 111 ff. BetrVG über einen **Interessenausgleich** und **Sozialplan** verhandelt werden (vgl. das Beispiel der Verschmelzung Thyssen/Krupp<sup>1</sup>). In der Praxis kann es sich zur Entlastung der Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG als sehr zweckmäßig erweisen, auf einen bereits ausgethandelten **Interessenausgleich/Sozialplan Bezug zu nehmen**, und zwar unter deren Beifügung als **Anlage**; ein bloßer Verweis genügt insoweit nicht<sup>2</sup>. Allerdings brauchen in die Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG nur solche Folgen für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen aufgenommen zu werden, deren Eintritt **mit hinreichender Sicherheit** erwartet werden kann. Dies hängt wiederum vom **Stand der Unternehmensplanung** ab<sup>3</sup>.

Des Weiteren ist zu fordern, dass gerade die Verschmelzung der maßgebliche **Anlass** für die jeweilige Strukturveränderung ist<sup>4</sup>. Die beteiligten Rechtsträger sind aber nicht verpflichtet, sich schon vor der Verschmelzung eine „abschließende Meinung“<sup>5</sup> über alle (mittelbaren) arbeitsrechtlichen Folgen der Umwandlung, insbesondere die **künftige Realisierung von Synergiepotentialen**, zu bilden. Sie können die Entscheidung hierüber (zB über die Frage einer späteren Betriebsverschmelzung bei gleichzeitiger Personalreduzierung) auch dem **Vertretungsorgan des verschmolzenen Unternehmens** überlassen. Dieses hat dann nach der gesellschaftsrechtlichen Verschmelzung mit dem Betriebsrat über anstehende Betriebsänderungen iS von § 111 BetrVG mit dem Ziel eines Interessenausgleichs und Sozialplans zu beraten und zu verhandeln. Eine „Prognose“ über das Ergebnis solcher Verhandlungen ist dann im Rahmen von § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG weder geboten noch sinnvoll. **Keinesfalls** hat der Betriebsrat die Möglichkeit, wegen seiner Mitbestimmungsrechte bei Betriebsänderungen nach §§ 111 ff. BetrVG die (gesellschaftsrechtliche) Verschmelzung als solche zu **blockieren**, weil es sich, wie oben (Rz. 48) dargelegt, um zwei völlig verschiedene und getrennte Verfahren handelt<sup>6</sup>.

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

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

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

2 Hausch, RNotZ 2007, 308 (327).

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

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

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

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

barkeit oder gar Nichtigkeit des Verschmelzungsbeschlusses führen. Das gesellschaftsrechtliche Schrifttum hierzu ist gespalten. Während *Grunewald*<sup>1</sup> die **Anfechtbarkeit** (nicht aber die Nichtigkeit) des Verschmelzungsbeschlusses annimmt, verneint sie *Priester*<sup>2</sup> für die parallele Bestimmung des § 126 Abs. 1 Nr. 11 UmwG. Da § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG ausschließlich dem Schutz von Arbeitnehmerinteressen dient (worauf auch die Gesetzesbegründung hinweist<sup>3</sup>) und zudem die dortigen Angaben keinen Regelungs-, sondern lediglich Berichtscharakter haben (rein deskriptive Wirkung, siehe Rz. 49), verdient die zuletzt genannte Auffassung den Vorzug<sup>4</sup>. Unabhängig von diesem Meinungsstreit ist eine Anfechtungsbefugnis des bzw. der betroffenen **Betriebsräte** in jedem Falle zu verneinen<sup>5</sup>.

- 58 **h)** Der reine Berichtscharakter der Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG ist auch zu beachten, wenn es um die weitere Frage geht, ob der Registerrichter die **Eintragung** der Verschmelzung wegen unzureichender Angaben zu den arbeitsrechtlichen Folgen **ablehnen** kann. Dem Registergericht steht insoweit nur ein **formelles, nicht aber materielles Prüfungsrecht** zu<sup>6</sup>. Diesen formalen Anforderungen ist bereits dann genügt, wenn der Verschmelzungsvertrag zu den in Rz. 53 ff. aufgeführten Kernpunkten die **Ansicht** der an der Umwandlung beteiligten Rechtsträger **nachvollziehbar wiedergibt**; eine – dazu noch ins Detail gehende – **Begründung ist nicht erforderlich**, ebenso wenig eine Stellungnahme zu allen denkbaren tatsächlichen und rechtlichen Fragen<sup>7</sup>. Andererseits darf das Registergericht die begehrte Eintragung ablehnen, „wenn der Verschmelzungsvertrag jeder nachvollziehbaren Darstellung der arbeitsrechtlichen Folgen entbehrt“<sup>8</sup>. Ähnliches

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

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

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

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

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

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

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

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

wird zu gelten haben, wenn wesentliche Teilbereiche offensichtlich vollständig fehlen<sup>1</sup>. Eine bloße **allgemeine Bezugnahme** auf gesetzliche Vorschriften wie zB „Die Folgen der Verschmelzung für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen richten sich nach §§ 322 ff. UmwG, § 613a BGB“ **reicht also nicht aus**.

Soweit sich der Verschmelzungsvertrag lediglich zu einzelnen Auswirkungen 59 (zB im Kündigungsschutzrecht) **ausschweigt**, wird man dies im Zweifel nicht als Unvollständigkeit, sondern dahin gehend **auslegen** müssen, dass nach Auffassung der beteiligten Rechtsträger insoweit **keine Änderungen** eintreten werden<sup>2</sup>. Die Nichterwähnung von „Maßnahmen“ wird im Zweifel bedeuten, dass solche bis auf weiteres nicht vorgesehen sind. Da die Registergerichte insoweit offenkundig zT anderer Auffassung sind, ist der **Praxis** allerdings zu **raten**, das Fehlen von Folgen für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen in bestimmten Teilbereichen (zB im Betriebsverfassungsrecht) gegebenenfalls ausdrücklich zu erwähnen (**Negativklärung**).

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

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

- 1 Ebenso *Hohenstatt/Schramm* in KölnKomm. UmwG, § 5 UmwG Rz. 214. Für ein weitergehendes Prüfungsrecht im Hinblick auf rechtlich nicht mehr vertretbare Angaben *Hausch*, RNotZ 2007, 396 (408 f.); dagegen zu Recht *Simon* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 96; siehe auch *Willemsen*, RdA 1998, 23 (33).
- 2 Ebenso *Simon* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 92; aA OLG Düsseldorf v. 15.5.1998 – 3 Wx 156/98, NZA 1998, 766; kritisch dazu *Bungert*, NZG 1998, 733; *Willemsen/Th. Müller*, EWiR 1998, 855 (856). Zur parallelen Problematik des Erfordernisses von Negativklärungen im Rahmen von § 5 Abs. 1 Nr. 7 und Nr. 8 UmwG vgl. OLG Frankfurt v. 4.4.2011 – 20 W 466/10, AG 2011, 793 (verneinend).
- 3 AA insoweit *Joost*, ZIP 1995, 986; siehe auch *Hausch*, RNotZ 2007, 396 (408 f.): Ablehnungsrecht, wenn die Angaben „nicht mehr rechtlich vertretbar sind oder denen eine höchstrichterliche Rechtsprechung entgegensteht“.
- 4 *Priester* in Lutter, § 126 UmwG Rz. 82; *Willemsen*, NZA 1996, 791 (798); *Simon* in Semler/Stengel, § 5 UmwG Rz. 100f.

- **Übergang von Arbeitsverhältnissen** auf den bzw. die übernehmenden Rechtsträger gemäß § 324 UmwG iVm. § 613a BGB (siehe dazu Erl. zu § 324 UmwG) unter genauer Bezeichnung der hiervon erfassten Betriebe bzw. Betriebsteile (ist der übertragende Rechtsträger arbeitnehmerlos, genügt dieser Hinweis, und es entfallen dann alle weiteren arbeitsrechtlichen Angaben bezüglich des *übertragenden* Rechtsträgers; für den *übernehmenden* Rechtsträger müssen dann aber gleichwohl Angaben bezüglich der (oftmals fehlenden) Auswirkungen auf die *dortigen* Arbeitsverhältnisse, Arbeitnehmervertretungen, Mitbestimmung etc. gemacht werden<sup>1</sup>). Eine Darstellung der dem einzelnen Arbeitnehmer zustehenden Gestaltungsrechte (Widerspruch bzw. außerordentliche Kündigung) ist hingegen nicht erforderlich<sup>2</sup>;
- (zumindest vorsorglich) **Haftungsfolgen** für Ansprüche aus Arbeitsverhältnissen (§ 613a Abs. 1 Satz 1 iVm. Abs. 2 BGB sowie umwandlungsrechtliche (Sonder-)Regelungen nach §§ 20 Abs. 1 Nr. 1, 133, **134 UmwG**<sup>3</sup>;
- Übergang von **Versorgungsanwartschaften** aktiver Arbeitnehmer gemäß § 613a BGB iVm. § 324 UmwG sowie der Versorgungsanwartschaften bzw. -ansprüche ausgeschiedener Arbeitnehmer kraft Gesamtrechtsnachfolge einschließlich der damit verbundenen Haftungsfolgen<sup>4</sup>; siehe dazu auch Erl. zu § 324 UmwG Rz. 18 und 64; etwa konkret geplante **Anpassungen** der Versorgungssysteme;
- bereits konkret geplante Veränderungen der **arbeitsorganisatorischen Struktur** der vorhandenen Betriebe (insbesondere Spaltung oder Zusammenfassung von Betrieben) und deren Auswirkungen auf die **Betriebsidentität** und das **Amt** des bzw. der existierenden **Betriebsräte** sowie ggf. des **Wirtschaftsausschusses**, **Gesamt- und Konzernbetriebsrats** sowie der **Sprecher-ausschüsse** der leitenden Angestellten (siehe Vor § 322 UmwG Rz. 14 ff.). Hinweis auf die Entstehung eines **Übergangsmandats** nach § 21a BetrVG sowie auf eine etwaige (geplante) Vereinbarung nach § 325 Abs. 2 UmwG (siehe Erl. dort). Bei Fehlen solcher aktuellen Planungen in Bezug auf geänderte Betriebsstrukturen: **Negativklärung** („Maßnahmen, die zu einem Verlust der betriebsverfassungsrechtlichen Identität der Betriebe ... führen, sind nicht geplant; die dort bestehenden Betriebsräte bleiben im Amt“);
- Hinweis auf die entweder kollektivrechtliche Fortgeltung (bei Aufrechterhaltung der Betriebsidentität, siehe Erl. zu § 324 UmwG Rz. 24) oder gesetzliche

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

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

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

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

Aufrechterhaltung (§ 613a Abs. 1 Satz 2–4 BGB, siehe Erl. zu § 324 UmwG Rz. 26 ff.) von **Betriebsvereinbarungen**. Bei Verlust der Betriebsidentität evtl. Ankündigung, dass mit dem neugebildeten Betriebsrat (oder dem Betriebsrat im Übergangsmandat) zur Herbeiführung einer kollektivrechtlichen „Fortgeltung“ eine wortgleiche Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden soll;

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

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

- soweit einschlägig: Angaben über geplante **weitere Umwandlungen** unmittelbar nach Vollzug der ersten (vertragsgegenständlichen) Umwandlung<sup>1</sup>, zB sofortige Ausgliederung eines im Zuge der Verschmelzung auf den übernehmenden Rechtsträger übergegangenen Betriebsteils auf einen neugegründeten Rechtsträger, Aufspaltung des übernehmenden Rechtsträgers etc. und deren Auswirkungen auf die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen (analog zu den obigen Punkten).

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

## 12. Sonstige Vertragsbestimmungen (Marsch-Barner)

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

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

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

Außer den zwingend vorgeschriebenen Angaben kann der Verschmelzungsvertrag weitere fakultative Bestimmungen enthalten. In Betracht kommen zB eine **Präambel** mit einer Beschreibung der Ziele der Verschmelzung, Bestimmungen über die **künftige Firma** der übernehmenden Gesellschaft (vgl. dazu § 18 UmwG), die Fortführung der Bilanzwerte (vgl. § 24 UmwG), aufschiebende **Bedingungen** der Wirksamkeit des Vertrages (zB Kartellvorbehalt, Vorbehalt der Zustimmung des Aufsichtsrats und/oder der Anteilsinhaber), eine auflösende **Befristung** (zB für den Fall, dass die Verschmelzung nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt eingetragen wird) sowie **Kündigungsrechte** oder **Rücktrittsvorbehalte**. So kann zB jeder Partei ein Recht zur Kündigung des Verschmelzungsvertrages für den Fall eingeräumt werden, dass die Verschmelzung nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt wirksam geworden ist (§ 7 UmwG Rz. 6; zur Spaltung § 126 UmwG Rz. 57a). Für den Fall, dass eine Partei den Vertrag kündigt oder von ihm zurücktritt, kann eine – auch pauschalisierte – **Schadensersatzpflicht** vereinbart werden. Dies ist unproblematisch, solange damit die zur Vorbereitung der Verschmelzung aufgewendeten Kosten ersetzt werden sollen<sup>1</sup>. Ein **Strafversprechen** (sog. break fee), mit dem eine Lösung vom Vertrag erschwert werden soll, ist dagegen nur zulässig, wenn durch dessen Höhe kein unangemessener wirtschaftlicher Druck ausgeübt wird<sup>2</sup>. Ist die Verschmelzung **mehrerer übertragender Gesellschaften** in einem Verschmelzungsvertrag zusammengefasst (siehe dazu § 2 UmwG Rz. 6), so kann auch ein teilweiser Rücktrittsvorbehalt zB für den Fall vorgesehen werden, dass sich die Verschmelzung eines übertragenden Rechtsträgers über einen bestimmten Zeitpunkt hinaus verzögert. Üblich und zweckmäßig sind Regelungen zur **Kostentragung**<sup>3</sup>. Eine entsprechende Regelung ist insbes. für den Fall des Scheiterns der Ver-

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

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

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

schmelzung sinnvoll. Soweit die beteiligten Rechtsträger im Zusammenhang mit der Verschmelzung weitere Abreden treffen, zB bestimmte **Verpflichtungen** des übernehmenden Rechtsträgers gegenüber den Arbeitnehmern oder Organmitgliedern des übertragenden Rechtsträgers oder zur Änderung seiner Satzung, zB hinsichtlich des Unternehmensgegenstands, vereinbaren, sind diese grundsätzlich ebenfalls in den Verschmelzungsvertrag aufzunehmen<sup>1</sup>. Die Durchsetzung solcher Pflichten ist allerdings schwierig, auch wenn es sich dabei um einen echten Vertrag zugunsten Dritter handelt<sup>2</sup>.

### 13. Mängel des Verschmelzungsvertrages (Marsch-Barner)

- 63 Enthält der Verschmelzungsvertrag nicht die Mindestangaben nach § 5 Abs. 1 UmwG oder anderen zwingenden Vorschriften, ist der Registerrichter gehalten, die Verschmelzung **nicht einzutragen**<sup>3</sup>. Dies gilt auch, wenn die Angaben unvollständig oder unrichtig sind. Unzutreffende Angaben sind gemäß §§ 134, 139 BGB nichtig. Fehlen die Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 1–3 UmwG, ist der Verschmelzungsvertrag insgesamt nichtig<sup>4</sup>. Eine Umdeutung der Verschmelzung in eine Vermögensübertragung (§ 140 BGB iVm. § 179a AktG) kommt nicht in Betracht<sup>5</sup>. Die Nichtigkeit des Verschmelzungsvertrages kann sich dabei auch aus den allgemeinen Vorschriften ergeben (vgl. § 4 UmwG Rz. 13).
- 64 Zweifelhaft ist, ob dies auch für die **Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG** gilt. Zweck dieser Regelung ist die frühzeitige Information der Arbeitnehmer und ihrer Vertretungen<sup>6</sup>. Die Angaben haben deshalb **lediglich Berichtscharakter** (vgl. Rz. 49) wie die Hinweise auf die Folgen für die Anteilsinhaber, die – richtigerweise – nur in den Verschmelzungsbericht aufzunehmen sind (vgl. § 8 Abs. 1 Satz 2 UmwG). Dem Registerrichter steht deshalb insoweit nur ein formelles Prüfungsrecht zu (vgl. Rz. 58 ff.). Bei fehlenden oder unvollständigen Angaben ist der Verschmelzungsvertrag weder nach § 134 BGB noch – bei einer AG oder KGaA – nach § 241 Nr. 3 AktG nichtig<sup>7</sup>.

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- 69 Alle Anteile befinden sich dann „in der Hand“ der übernehmenden Gesellschaft, wenn diese rechtlich Inhaber dieser Anteile ist. Daher genügt es nicht, wenn die Anteile ganz oder teilweise zB von einem Treuhänder oder Konzernunternehmen gehalten werden. Eine Zurechnung entsprechend § 16 Abs. 4 AktG erfolgt nicht. Dagegen ist eine analoge Anwendung von § 62 Abs. 1 Satz 2 UmwG angebracht, wonach eigene Anteile der übertragenden Gesellschaft und Anteile, die ein Dritter für Rechnung der übertragenden Gesellschaft hält, abzusetzen sind<sup>4</sup>.
- 70 Der unmittelbare Anteilsbesitz muss spätestens im **Zeitpunkt der Eintragung** der Verschmelzung in das Register vorliegen<sup>5</sup>. In der Regel wird er schon bei der Fassung der Verschmelzungsbeschlüsse nach § 13 UmwG gegeben sein. Rechtlich notwendig ist dies aber nicht; der Verschmelzungsvertrag kann zB unter einer entsprechenden aufschiebenden Bedingung abgeschlossen werden<sup>6</sup> (siehe dazu auch § 62 UmwG Rz. 9).
- 71 Von § 5 Abs. 2 UmwG nicht erfasst ist der Fall, dass eine **Muttergesellschaft auf eine 100%ige Tochtergesellschaft verschmolzen** wird (sog. down-stream-merger)<sup>7</sup>. Die Besonderheit dieser Fallgestaltung besteht darin, dass die von der

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

rechtlichen Beteiligungsrechte zu nutzen. Das UmwG begründet jedoch **keine zusätzlichen Beteiligungsrechte des Betriebsrats**<sup>1</sup>.

Insbesondere stehen dem Betriebsrat im registergerichtlichen Verfahren **keine formellen gesetzlichen Beteiligungsrechte** zu. Allerdings wird man dem zuständigen Betriebsrat zugestehen müssen, eine etwaige Unvollständigkeit<sup>2</sup> oder Bedenken aufgrund unterbliebener oder fehlerhafter Zuleitung gegen die beantragte Eintragung gegenüber dem Registergericht geltend zu machen<sup>3</sup>. **Schadensersatzansprüche** der Arbeitnehmer oder ihrer Vertretungen aufgrund falscher oder unvollständiger Darstellungen im Verschmelzungsvertrag **kommen hingegen nicht in Betracht**. Hierfür dürfte es bereits an einem kausal herbeigeführten Schaden fehlen<sup>4</sup>.

**Welchem Betriebsrat** auf Seiten der beteiligten Rechtsträger der Verschmelzungsvertrag bzw. sein Entwurf zuzuleiten ist, ergibt sich aus den allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Bestimmungen, dh. aus §§ 50, 58 BetrVG<sup>5</sup>. Hat das Unternehmen, da aus mehreren Betrieben iS des Betriebsverfassungsgesetzes bestehend, einen **Gesamtbetriebsrat**<sup>6</sup>, ist dieser zuständig, weil alle Umwandlungen unternehmensbezogen sind (sog. „Rechtsträgerprinzip“<sup>7</sup>). Eine Zuständigkeit des **Konzernbetriebsrats** ist dagegen auch dann zu verneinen, wenn Unternehmen ein und derselben Unternehmensgruppe miteinander verschmolzen werden sollen<sup>8</sup>. Dasselbe gilt für den Europäischen Betriebsrat, da dieser kein

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

2 Vgl. oben Rz. 60.

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

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

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

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

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

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

„zuständiger Betriebsrat“ iS von § 5 Abs. 3 UmwG ist<sup>1</sup>. Im Zweifel sollte **vorsorglich** eine Übersendung an **alle (möglicherweise) zuständigen Betriebsräte** erfolgen, um unnötige Risiken aus § 17 Abs. 1 UmwG zu vermeiden<sup>2</sup>, denn die Zuleitung an den unzuständigen Repräsentanten ist rechtlich unbeachtlich und kann sich daher als Eintragungshindernis erweisen<sup>3</sup>.

77 Die **Monatsfrist** des § 5 Abs. 3 UmwG bezieht sich **in der Regel** auf den Zeitraum vor der Beschlussfassung der Anteilshaber der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger. Ihre Berechnung richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 186 ff. BGB, wobei „rückwärts“, dh. ab dem Datum der Versammlung als fristauslösendem Ereignis, zu rechnen ist<sup>4</sup>; dieser Tag ist gemäß § 187 Abs. 1 BGB für die Fristenberechnung nicht mitzuzählen. Soll die Versammlung zB am 31.8. stattfinden, ist jede Zuleitung iS von § 5 Abs. 3 UmwG vor dem 31.7. fristgemäß<sup>5</sup>. Die etwas unklare Formulierung in § 5 Abs. 3 UmwG ist dahin gehend zu verstehen, dass maßgeblich für die Fristberechnung der Versammlungstermin (nur) desjenigen Rechtsträgers ist, für den der jeweils zuständige Betriebsrat, dem der Verschmelzungsvertrag zugeleitet werden soll, gebildet worden ist<sup>6</sup>. **Entfällt** allerdings beim **aufnehmenden Rechtsträger** die Notwendigkeit eines Verschmelzungsbeschlusses nach § 62 Abs. 1 UmwG, muss es für die Fristberechnung (auch) hinsichtlich der (notwendigen!) Zuleitung an den Betriebsrat des aufnehmenden Rechtsträgers auf das Datum der Beschlussfassung des übertragenden Rechtsträgers ankommen.

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

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

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

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

3 Ebenso Boecken, Unternehmensumwandlungen, Rz. 333.

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

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

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

UmwG und damit auch des daran anknüpfenden Satzes 4 ist allerdings streitig<sup>1</sup>. Zur Vermeidung von Risiken dürfte es sich empfehlen, die Zuleitung an den Betriebsrat des übertragenden Rechtsträgers bereits vor der Beurkundung des Verschmelzungsvertrags vorzunehmen, was nach dem Wortlaut von § 62 Abs. 4 Satz 4 UmwG („spätestens“) ohne weiteres zulässig ist<sup>2</sup>.

Der Betriebsrat kann auf die Einhaltung der **Monatsfrist verzichten** (Schriftform wegen § 17 Abs. 1 UmwG erforderlich!), weil sie ausschließlich seinem Schutz dient<sup>3</sup>, **nicht dagegen auf die Zuleitung als solche**<sup>4</sup>. Gegen die Möglichkeit eines Verzichts auf die Zuleitung als solche sprechen vor allem die gesetzliche, nicht disponible Aufgabenstellung sowie die Parallele zu betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsregelungen<sup>5</sup>. 77b

Wird nach der Zuleitung gemäß § 5 Abs. 3 UmwG der Verschmelzungsvertrag bzw. sein Entwurf **geändert**, löst dies eine **erneute Zuleitungspflicht** nur aus, wenn es sich um **wesentliche Änderungen** handelt, dh. solche, die nicht rein rechtstechnischer oder redaktioneller Natur sind, sondern Interessen der Arbeitnehmer und ihrer Vertretungen berühren können<sup>6</sup>. Wird der ursprüngliche Verschmelzungsvertrag durch weitere Urkunden **ergänzt**, sind diese ebenfalls zuzuleiten. Erst die Zuleitung aller Urkunden setzt die Monatsfrist des § 5 Abs. 3 UmwG in Gang<sup>7</sup>. 78

Spezifische Fragen können sich ergeben, wenn es bei den betroffenen Rechtsträgern **keinen Betriebsrat gibt**. Entgegen einer in der Rechtsprechung und Literatur zT vertretenen Auffassung<sup>8</sup> sind auch in diesem Falle die Angaben nach § 5 Abs. 1 79

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## § 6

### Form des Verschmelzungsvertrags

**Der Verschmelzungsvertrag muss notariell beurkundet werden.**

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

- 1 1. Der Verschmelzungsvertrag bedarf – sonst ist er nichtig – unabhängig von der Rechtsform der beteiligten Rechtsträger der notariellen Beurkundung (§§ 8 ff. BeurkG): Es ist eine **Niederschrift** mit Feststellung der Beteiligten, ihrer Vertretungsbefugnis und ihren Erklärungen aufzunehmen; die Niederschrift mit Vertrag ist zu verlesen. Ein bloßes notarielles Tatsachenprotokoll, wie bei Beschlüssen, ist nicht ausreichend. Entsprechendes gilt für den Spaltungs- und Übernahmevertrag bzw. Spaltungsplan<sup>5</sup> (§ 125 UmwG). Zur Beurkundung des Verschmelzungsbeschlusses siehe unten § 13 UmwG Rz. 37 ff. Zu beurkunden ist auch der Verschmelzungsplan für die Verschmelzungsgründung einer **Europäi-**

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

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

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

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

5 Siehe Rz. 15.



- er führt zwei getrennte Firmen: seine bisherige Firma für sein altes Unternehmen und die Firma des übernommenen Unternehmens<sup>1</sup>.

**b) Der eintragungsfähige Alleingesellschafter kann**

12

- seine Firma gemäß § 18 HGB bilden;
- seiner neuen Firma (§ 18 HGB) ein das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz beifügen;
- die Firma der übertragenden Kapitalgesellschaft gemäß § 18 Abs. 1 UmwG fortführen<sup>2</sup>.

## Zehnter Abschnitt Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften

### Vorbemerkung zu §§ 122a–122l

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

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

<sup>1</sup> *Karollus* in Lutter, § 122 UmwG Rz. 18 f.

<sup>2</sup> *Karollus* in Lutter, § 122 UmwG Rz. 20.

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

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

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

Mit den Vorschriften des 10. Abschnitts wird die **Richtlinie** 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.10.2005 **über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten**<sup>1</sup> – im Folgenden „10. Richtlinie“ – in deutsches Recht umgesetzt<sup>2</sup>. Die europarechtlichen Vorgaben über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Unternehmensorganen der aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft (Art. 16 der Richtlinie) sind gesondert mit dem Gesetz zur Umsetzung der Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (MgVG) v. 21.12.2006<sup>3</sup> umgesetzt worden. Mit den Vorschriften der §§ 122a–122l UmwG wird zugleich der **Rechtsprechung des EuGH** zur Öffnung des UmwG für Rechtsträger aus den EU-Mitgliedstaaten<sup>4</sup> für den Bereich der Verschmelzung Rechnung getragen.

Die §§ 122a–122l UmwG regeln die grenzüberschreitende Verschmelzung in enger Anlehnung an die Bestimmungen der 10. Richtlinie. Wie in dieser werden bestimmte Eckpunkte wie der gemeinsame Verschmelzungsplan und das Verfahren der Verschmelzung geregelt. Dabei wird die Herein-Verschmelzung wie die Hinaus-Verschmelzung erfasst. Im Übrigen unterliegen die beteiligten Rechtsträger weiterhin dem auf sie jeweils anwendbaren Recht. Die aktive oder passive Beteiligung einer ausländischen Gesellschaft setzt daher voraus, dass sie sich nach dem auf sie anwendbaren Recht verschmelzen darf (Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 lit. a der Richtlinie). Das jeweils anzuwendende Sachrecht gilt auch für das Verfahren zur Beschlussfassung, den Schutz der Gläubiger, der Arbeitnehmer und der Minderheitsgesellschafter. Die sog. **Vereinigungstheorie**<sup>5</sup> wird damit positiv-rechtlich verankert<sup>6</sup>. Durch das europarechtlich einheitliche Verfahren,

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

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

3 BGBl. I 2006, S. 3332.

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

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

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

das weitgehend dem der dritten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie zur Verschmelzung von Aktiengesellschaften<sup>1</sup> entspricht, werden die Probleme, die sich aus einer kumulativen Anwendung der beteiligten Rechtsordnungen ergeben können, deutlich reduziert. Die praktische Durchführbarkeit einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hängt allerdings auch davon ab, wie die Umsetzung der 10. Richtlinie erfolgt ist. Mittlerweile haben aber alle EU-Mitgliedstaaten Gesetze zur Umsetzung der Richtlinie erlassen<sup>2</sup>.

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

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

### a) Kollisionsrechtliche Anknüpfung

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

---

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

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

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

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

schen Standards für den Gläubiger- und Minderheitenschutz und verhindert ein Ausweichen auf eine Rechtsordnung mit geringeren Anforderungen („race to the bottom“)<sup>1</sup>. Auch die Gründung von sog. Briefkastengesellschaften soll mit der Sitztheorie unterbunden werden. Ein Wegzug inländischer Gesellschaften durch Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland ist danach grundsätzlich ausgeschlossen. Dies gilt in der Regel auch für den umgekehrten Fall, wenn eine Auslandsgesellschaft ihren Verwaltungssitz ins Inland verlegt. Erfüllt die zuziehende Gesellschaft nicht die inländischen Gründungsvoraussetzungen, wird sie unter Umständen überhaupt nicht oder nur teilweise anerkannt<sup>2</sup>. Andere Länder sind insoweit liberaler und erkennen ausländische Gesellschaften auch im Inland entsprechend dem Recht des Staates an, in dem sie gegründet wurden. Diese sog. **Gründungstheorie** setzt sich auch in Deutschland zunehmend durch.

Eine deutliche Einschränkung der Sitztheorie ergibt sich zunächst daraus, dass **GmbH** und **AG** nach der Neufassung der § 4a GmbHG, § 5 AktG durch das MoMiG<sup>3</sup> nur noch einen inländischen Satzungssitz haben müssen. Der **Verwaltungssitz** kann sich **auch im Ausland** befinden. Die Verlegung des Satzungssitzes ins Ausland bleibt dagegen verboten, auch wenn dies nach dem Recht des ausländischen Zuzugsstaates zulässig wäre<sup>4</sup>. Mit dieser Trennung von Satzungs- und Verwaltungssitz wird die Mobilität der inländischen Kapitalgesellschaften erhöht<sup>5</sup>. Sie erhalten damit die Möglichkeit, ihre Geschäfte zB im Rahmen einer Niederlassung ausschließlich im Ausland zu führen<sup>6</sup>. Allerdings kann die Verlegung des Verwaltungssitzes in einen Staat, in dem die Sitztheorie gilt, dazu führen, dass die Rechtspersönlichkeit nach dem dortigen Recht verloren geht<sup>7</sup>. Dieses Verbot kann ua. dadurch überwunden werden, dass die deutsche Gesellschaft auf eine ausländische (Kapital-)Gesellschaft verschmolzen wird. Für dieses Vorgehen gelten für den Bereich der EU und des EWR die §§ 122a ff. UmwG. Für die Sitzverlegung soll es nach verbreiteter Auffassung beim Sitz der Verwaltung als maßgeblichem Anknüpfungspunkt bleiben<sup>8</sup>. Nach den Änderungen zur GmbH und AG wäre es jedoch folgerichtig, zumindest auch bei der

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

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

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

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

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

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

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

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

OHG und KG zwischen dem Sitz der Geschäftsführung und dem gesellschaftsvertraglichen Sitz zu unterscheiden<sup>1</sup>. Die Rechtsprechung ist dazu allerdings zurückhaltend<sup>2</sup>.

- 6 Auch auf Grund der europarechtlichen Vorgaben gilt die Sitztheorie nur noch eingeschränkt. Als in den Mitgliedstaaten der EU unmittelbar geltendes Recht ist die europarechtliche **Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV** (ex Art. 43, 48 EGV) zu beachten. Nach der Rechtsprechung des **EuGH** in den Fällen „Centros“<sup>3</sup>, „Überseering“<sup>4</sup> und „Inspire Art“<sup>5</sup> gebietet die Niederlassungsfreiheit, dass die Mitgliedstaaten den **Zuzug** von Gesellschaften, die in einem anderen Mitgliedstaat wirksam gegründet wurden, nicht behindern dürfen. Verlegt eine in der EU gegründete Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat, hat der Aufnahmestaat sie in dem Maße als rechts- und parteifähig anzuerkennen, wie sich dies aus dem Gründungsrecht ergibt. Dies gilt nach dem Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum auch für Gesellschaften aus den Mitgliedstaaten des EWR sowie für Gesellschaften aus Drittstaaten, die aufgrund eines Staatsvertrages<sup>6</sup> gleichgestellt sind. Anders zu beurteilen ist dagegen der **Wegzug** von Gesellschaften aus einem Mitgliedstaat. So liegt nach den Urteilen des EuGH in den Fällen „Daily Mail“<sup>7</sup> und „Cartesio“<sup>8</sup> kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit vor, wenn ein Mitgliedstaat die Verlegung des Verwaltungssitzes einer inländischen Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat einschränkt.
- 7 Bei Umwandlungsvorgängen mit Gesellschaften aus **Drittstaaten** gelten die aus der Niederlassungsfreiheit der Art. 49, 54 AEUV abgeleiteten Grundsätze nicht. Im Verhältnis zu diesen Staaten bleibt es daher im Grundsatz bei der Sitztheorie<sup>9</sup>. Eine in der Schweiz, einem nicht privilegierten Drittstaat, gegründete AG mit

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Verwaltungssitz in Deutschland ist in Deutschland allerdings als rechtsfähige Personengesellschaft – GbR oder OHG – zu behandeln<sup>1</sup>. Dagegen sind US-amerikanische Gesellschaften auf Grund des deutsch-amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrags v. 29.10.1954<sup>2</sup> als solche anzuerkennen<sup>3</sup>. Dafür müssen sie allerdings noch (geringe) tatsächliche Beziehungen zum Gründungsstaat aufweisen und dürfen nicht allein in Deutschland tätig sein<sup>4</sup>.

Vor diesem Hintergrund hatte das BMJ am 7.1.2008 einen **Gesetzesentwurf zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen** vorgelegt<sup>5</sup>. Maßgebliches Gesellschaftsstatut soll danach das Recht des Staates sein, in dem die Gesellschaft in ein öffentliches Register eingetragen ist (Art. 10 EGBGB-E). Das Recht des Gründungsstaates soll auch für das bei einer Umwandlung zu beachtende Verfahren gelten (Art. 10a EGBGB-E). Der Gesetzesentwurf enthält damit, ohne zwischen den Ländern der EU bzw. des EWR und anderen Staaten zu differenzieren, eine Abkehr von der Sitztheorie und sah stattdessen die gesetzliche Anerkennung der Gründungstheorie vor. Gegen den Entwurf haben sich aber erhebliche Widerstände, vor allem wegen der mitbestimmungsrechtlichen Auswirkungen, ergeben, so dass der Entwurf inzwischen nicht mehr weiter verfolgt wird. Damit bleibt es vorerst jedenfalls bei den bisherigen gewohnheitsrechtlich geltenden Grundsätzen und deren innerstaatlichen und europarechtlichen Modifikationen. Allerdings sind für eine solche Einschränkung zwingende Gründe des Allgemeininteresses erforderlich<sup>6</sup>.

## b) Materiell-rechtliche Zulässigkeit

Nach der früher hM<sup>7</sup> lässt § 1 Abs. 1 UmwG Umwandlungen nur zu, wenn alle beteiligten Rechtsträger ihren Sitz im Inland haben. Dies ist allerdings nicht als

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

2 BGBl. II 1956, S. 487.

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

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

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

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

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

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

- 9 **aa) Verschmelzung.** Die §§ 122a ff. UmwG regeln nur die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften. Wollen sich **Personengesellschaften** aus verschiedenen Mitgliedstaaten der EU oder des EWR durch Verschmelzung zusammenschließen, können sie dies in der Weise erreichen, dass sie sich zunächst in eine Kapitalgesellschaft umwandeln, diese dann grenzüberschreitend verschmelzen und die übernehmende oder neue Gesellschaft anschließend in eine Personengesellschaft rückumgewandelt wird. Neben diesem Umweg kommt aber auch eine unmittelbare grenzüberschreitende Verschmelzung unter Beteiligung von Personengesellschaften in Betracht. So hat der EuGH in seiner „Sevic“-Entscheidung die Zulässigkeit der **Hinein-Verschmelzung** einer luxemburgischen SA auf eine deutsche AG aus der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43, 48 EGV (jetzt Art. 49, 54 AEUV) abgeleitet, ohne dabei auf die Rechtsform der in diesem Fall beteiligten Kapitalgesellschaften abzustellen<sup>2</sup>. Daher wird allgemein angenommen, dass der EuGH im Falle von Personengesellschaften nicht anders entschieden hätte. Die Hinein-Verschmelzung auch für Nicht-Kapitalgesellschaften ist somit europarechtlich gesichert<sup>3</sup>. Dies bedeutet, dass sich inländische Gesellschaften als aufnehmende oder neue Rechtsträger auch an der Herein-Verschmelzung von Personengesellschaften aus der EU oder dem EWR beteiligen können.

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

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

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



Weniger klar ist die Rechtslage bei der **Hinaus-Verschmelzung**, dem Fall also, dass eine inländische Personengesellschaft auf eine ausländische Gesellschaft verschmolzen werden soll. Der EuGH hat sich bislang nur mit der Sitzverlegung ins Ausland befasst und dabei Beschränkungen seitens des Wegzugsstaates unter dem Gesichtspunkt der Niederlassungsfreiheit nicht beanstandet<sup>1</sup>. In der „Cartesio“-Entscheidung hat der EuGH einschränkend allerdings ausgeführt, dass der Wegzugsstaat bei einer Sitzverlegung nicht die vorherige Auflösung und Liquidation der Gesellschaft verlangen könne. Dies hat der EuGH im „National Grid Indus“-Urteil zur Verlegung des Verwaltungssitzes bestätigt<sup>2</sup>. In der „Cartesio“-Entscheidung heißt es weiter, der Gesellschaft müsse zumindest die Möglichkeit eröffnet werden, sich in eine Gesellschaft nach dem Recht des anderen Mitgliedstaates umzuwandeln, soweit dies nach dessen Recht möglich ist. Diese Aussage ist in der „Vale“-Entscheidung für den grenzüberschreitenden Formwechsel noch einmal bestätigt worden<sup>3</sup>. Alle diese Entscheidungen sprechen dafür, dass auch die Hinaus-Verschmelzung durch die Niederlassungsfreiheit gedeckt ist<sup>4</sup>. Beschränkungen auf Seiten des Wegzugsstaats, zB in Bezug auf Gläubiger- und Minderheitenschutz, sind zwar möglich, sie müssen aber durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein<sup>5</sup>. Das UmwG steht damit auch einer grenzüberschreitenden Hinaus-Verschmelzung nicht entgegen. Auch hier sind allerdings andere Konstruktionen möglich. So kann zB das Vermögen einer Personengesellschaft auf einen ausländischen Rechtsträger auch im Wege der Anwachsung übergeleitet werden<sup>6</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

grenzüberschreitenden „Umwandlungen“ spricht, lässt jedenfalls darauf schließen, dass nicht nur eine Hinein-Spaltung, sondern auch eine Hinaus-Spaltung von der Niederlassungsfreiheit gedeckt ist und dass diese Umwandlungsmöglichkeit Kapitalgesellschaften ebenso wie Personengesellschaften offen steht<sup>1</sup>.

- 12 **cc) Praktische Durchführung.** Soweit grenzüberschreitende Verschmelzungen oder Spaltungen über die §§ 122a ff. UmwG hinaus grundsätzlich zulässig sind, stellt sich die Frage, **nach welchen Rechtsnormen** solche Umwandlungen innerhalb der EU und des EWR praktisch durchgeführt werden können. Als Grundlage für das Verfahren sowie den Schutz der Minderheitsgesellschafter, der Gläubiger und der Arbeitnehmer bieten sich die Bestimmungen der 3., 6. und vor allem der 10. Richtlinie an<sup>2</sup>. Für beteiligte **inländische** Gesellschaften liegt zudem eine analoge Anwendung der §§ 122a–122l UmwG nahe<sup>3</sup>. Dies gilt vor allem für die grenzüberschreitende Verschmelzung von Personengesellschaften<sup>4</sup>, aber auch für grenzüberschreitende Spaltungen, zumal sich die Regelung der Spaltung auch im innerstaatlichen Umwandlungsrecht weitgehend an der Verschmelzung orientiert (vgl. § 125 UmwG)<sup>5</sup>. Ergänzend sind außerdem die Bestimmungen des allgemeinen Umwandlungsrechts, bei der Beteiligung von Personengesellschaften insbesondere die §§ 39 ff. UmwG, heranzuziehen<sup>6</sup>. Für die beteiligten **ausländischen** Gesellschaften gilt das nach deren Gesellschaftsstatut anwendbare Umwandlungsrecht einschließlich der nationalen Umsetzungsregeln der europäischen Richtlinien, insbesondere der 10. Richtlinie. Auf die einzelnen Umwandlungsvorgänge sind demgemäß kumulativ verschiedene Rechtsordnungen anzuwenden (sog. Vereinigungstheorie, siehe auch Rz. 2)<sup>7</sup>. Einzelne Aspekte wie zB die Verschmelzungsfähigkeit der beteiligten Gesellschaften werden dabei von den involvierten Rechtsordnungen jeweils gesondert geregelt. Andere Fragen wie zB die Formbedürftigkeit des Verschmelzungsplans sind dagegen in jeder der beteiligten Rechtsordnungen geregelt. Soweit sich hier Kollisionen ergeben, setzt sich das strengere Recht – also das Recht, das den Eintritt einer Rechtsfolge ablehnt oder die geringere Wirkung anordnet – durch. Bei anderen

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

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

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

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

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

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

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

Fragen wie etwa der Methode zur Ermittlung des Umtauschverhältnisses muss eine für beide Rechtsordnungen akzeptable Lösung gefunden werden. Dazu sind die jeweiligen nationalen Bestimmungen soweit möglich aneinander anzupassen<sup>1</sup>. Vor allem in diesem Bereich bestehen erhebliche Rechtsunsicherheiten.

Trotz der grundsätzlichen Zulässigkeit grenzüberschreitender Umwandlungen auch 13 außerhalb der §§ 122a ff. UmwG gibt es damit bei der praktischen Durchführung noch zahlreiche offene Fragen. Vor allem unter dem Gesichtspunkt der **Transaktions-sicherheit** wird deshalb im Einzelfall abzuwägen sein, ob tatsächlich eine grenzüberschreitende Umwandlung durchgeführt oder stattdessen eine möglicherweise umständliche, dafür aber rechtssichere Alternativstruktur gewählt werden soll<sup>2</sup>.

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

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

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

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

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

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

würde in dieser Hinsicht die Verabschiedung der **14. Richtlinie über die Verlegung des Satzungssitzes** bedeuten, deren Vorentwurf bislang nicht weiterverfolgt worden ist<sup>1</sup>. Eine Verlegung des Satzungssitzes ins Ausland ist gegenwärtig nur für die SE und SCE klar geregelt<sup>2</sup>. Die anderen Gesellschaftsformen können als Umweg zB eine Tochtergesellschaft im Ausland gründen und sich dann grenzüberschreitend auf diese nach den §§ 122a ff. UmwG verschmelzen<sup>3</sup>.

- 15 Unabhängig von einer formellen Regelung hat der **EuGH** schon in der Entscheidung „Cartesio“ verlangt, dass einer Gesellschaft, die ihren Satzungssitz ins Ausland verlegen will, eine entsprechende Umwandlungsmöglichkeit durch den Wegzugsstaat eröffnet werden müsse<sup>4</sup>. Im Falle „Vale“ hat sich der EuGH erneut für die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Umwandlung einer Gesellschaft, dh. einen Wechsel in eine ausländische Rechtsform, ausgesprochen, sofern dies nach dem Recht des Herkunftsstaates und des Zuzugsstaates möglich ist<sup>5</sup>. Die Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit soll dabei nur davon abhängen, dass die Gesellschaft im Zielstaat eine reale wirtschaftliche Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung ausübt<sup>6</sup>. Bei der Durchführung der Umwandlung hat der Aufnahmestaat die rechtliche Kontinuität wie bei entsprechenden innerstaatlichen Vorgängen anzuerkennen (Äquivalenzprinzip). Bei der erforderlichen Zusammenarbeit im Eintragungsverfahren sind die Dokumente des Herkunftsstaates grundsätzlich zu akzeptieren (Effektivitätsgrundsatz)<sup>7</sup>. Nach diesen Grundsätzen muss der Zuzugsstaat mithin ausländische und inländische Gesellschaften hinsichtlich des Erwerbs der Rechtsfähigkeit gleich behandeln<sup>8</sup>. Dies bedeutet zunächst, dass ein grenzüberschreitender Formwechsel nur im Rahmen des *numerus clausus* der beim Zuzugsstaat bestehenden Gesellschaften erfolgen kann. Für die praktische Durchführung ist es sodann notwendig, die Normen der beteiligten Rechtsordnungen zum inländischen Formwechsel kumulativ heranzuziehen<sup>9</sup>

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

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

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

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

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

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

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

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

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

und dabei kollidierende Rechtsvorschriften anzupassen<sup>1</sup>. Im Falle eines „Herein-formwechsels“ sind die Voraussetzungen einer inländischen Umwandlung einzuhalten<sup>2</sup>. Im Falle eines „Hinausformwechsels“ einer deutschen Gesellschaft muss schon bei der Anwendung der §§ 190 ff. UmwG das Recht des Zielstaates mit berücksichtigt werden. Dies gilt nicht nur für die Frage, ob der Zielstaat den angestrebten Formwechsel überhaupt erlaubt, sondern auch zB für die Frage, welche Anforderungen dieser an den Umwandlungsbeschluss und den künftigen Gesellschaftsvertrag stellt. In beiden Fällen des grenzüberschreitenden Formwechsels ist das Verfahren vor den beteiligten Registern aufeinander abzustimmen. Insofern kann auf die europarechtlichen Regelungen zur grenzüberschreitenden Verschmelzung und deren nationale Umsetzung zurückgegriffen werden<sup>3</sup>.

Eine Einschränkung dieser Grundsätze könnte sich daraus ergeben, dass der 16  
EuGH im Falle „Vale“ die Ausübung einer **wirtschaftlichen Tätigkeit** im Zug-zugsstaat verlangt<sup>4</sup>. Dieses Erfordernis ist allerdings nur als Möglichkeit einer Einschränkung zu verstehen. Für den grenzüberschreitenden Formwechsel nach Deutschland dürfte diese Möglichkeit keine Rolle spielen, da nach § 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG auch eine GbR Zielrechtsform sein kann und im Handelsregister Gesellschaften eingetragen sind, die zB als Vorrats- oder Mantelgesellschaft keine Geschäftstätigkeit ausüben<sup>5</sup>.

Ungeklärt ist, wie sich ein grenzüberschreitender Formwechsel auf die **Mitbestim-** 17  
**mung** im Aufsichtsrat auswirkt. Eine gesetzliche Verpflichtung einer wegziehen-  
den deutschen Kapitalgesellschaft, die bestehende Mitbestimmung im Aufsichtsrat  
„mitzunehmen“, ist nicht ersichtlich<sup>6</sup>. Erwogen wird zwar, die Vorschriften zur  
Mitbestimmung bei der Sitzverlegung der SE oder die diesbezüglichen Vorschrif-  
ten in der 10. Richtlinie entsprechend heranzuziehen<sup>7</sup>. Gegen eine solche Analogie  
spricht aber, dass es sich jeweils um europarechtliche Spezialregelungen handelt,  
die nicht ohne weiteres auf den grenzüberschreitenden Formwechsel übertragen  
werden können, der in erster Linie nach den beteiligten nationalen Rechtsord-  
nungen abzuwickeln ist<sup>8</sup>. Hinzukommt, dass für die Verfassung der Gesellschaft  
wie bei einer Neugründung das Recht am neuen Satzungssitz maßgebend ist.

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

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

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

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

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

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

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

8 *Egel/Klett*, DStR 2012, 242 (2446); *Otte/Rietschel*, GmbHR 2009, 983 (986); aA *Teichmann*, ZIP 2009, 393 (403) und AG Charlottenburg, vgl. *Melchior*, GmbHR 2014, R 311 f.

# § 122a

## Grenzüberschreitende Verschmelzung

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

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

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

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

### 1. Überblick

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

---

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