

## Umwandlungsgesetz

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Mathias Habersack, und Prof. Dr. Hartmut Wicke, LL.M., Notar, Bearbeitet von Prof. Dr. Georg Annuß, Rechtsanwalt, Dr. Ernst-August Baldamus, Dipl.-Kfm., Rechtsanwalt und Steuerberater, Dr. Johannes E. Benz, LL.M., Notar, Prof. Dr. Joachim Bloehs, Dipl.-Bw, Rechtsanwalt, Michael Brellochs, LL.M., Rechtsanwalt, Dr. Matthias Cloppenburg, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Florian Drinhausen, Rechtsanwalt, Dr. Michael Erkens, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Philipp S. Fischinger, LL.M., PD Dr. Max Foerster, LL.Eur., Dr. Ferdinand Fromholzer, Rechtsanwalt, Dr. Ingo Fuchs, Rechtsanwalt und Steuerberater, Dr. Tobias Harzenetter, Rechtsanwalt, Dr. Achim Herfs, LL.M., Rechtsanwalt, Dr. Michael Hinden, Notar, Astrid Keinath, Rechtsanwältin, Dr. Sabine C. Klett, LL.M, Rechtsanwältin, Dr. Astrid Krüger, Rechtsanwältin, Prof. Dr. Matthias Krüger, Dr. Ulrich Kühn, Direktor des Amtsgerichts, Dr. Thomas Lakenberg, M. Jur., Rechtsanwalt, Dr. Mario Leitzen, Notar, Dr. Simon Patrick Link, Rechtsanwalt, Dr. Olaf Otting, Rechtsanwalt, Dr. Adolf Reul, Notar, Dr. Oliver Rieckers, LL.M., Rechtsanwalt, Dr. Markus S. Rieder, Rechtsanwalt, Dr. Hansjörg Scheel, Rechtsanwalt, Dr. Cornelius Simons, LL.M., Silvia Sparfeld, M.A., Rechtsanwältin und Steuerberaterin, Dr. Ulrich Temme, Notar, Stefan Thilo, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Dirk A. Verse, Bernhard Weiß, Notar, Dr. Lenard Wengenroth, Rechtsanwalt, und Rachid Wiersch, Akademischer Rat

1. Auflage 2018. Buch. XL, 2846 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 71138 1

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

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

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text "beck-shop.de" in a bold, red, sans-serif font. Above the "i" in "shop" are three small red dots. Below the main text, the words "DIE FACHBUCHHANDLUNG" are written in a smaller, red, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
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.

die Verfristung nach zutreffender Auffassung unter Beibehaltung des Verschmelzungsstichtags (im Beispiel: 1.1.2014) dadurch korrigiert werden, dass eine neue Schlussbilanz auf einen späteren und damit divergierenden Zeitpunkt (etwa auf den 2.1.2014) aufgestellt wird.<sup>281</sup>

**c) Verschmelzungsstichtag und Zeitpunkt der Gewinnberechtigung.** Während der Zeitpunkt des Beginns der Gewinnberechtigung in Abs. 1 Nr. 5 die Gewinnbezugsberechtigung der Anteilshaber des übertragenden Rechtsträgers beim übernehmenden Rechtsträger regelt, betrifft der Verschmelzungsstichtag die Ergebnisabgrenzung der zu verschmelzenden Rechtsträger untereinander.<sup>282</sup> In der Praxis werden beide Zeitpunkte regelmäßig zusammengelegt.<sup>283</sup> Zwingend ist dies aber schon deshalb nicht, weil das Gesetz sonst nicht separate Regelungsaufträge für beide Stichtage vorsehen würde. Es ist allerdings sicherzustellen, dass die Rechnungslegung des übertragenden Rechtsträgers so lange fortgeführt wird, wie dessen Gewinne noch seinen Anteilseignern zustehen.<sup>284</sup> Eine abweichende Regelung des Beginns der Gewinnberechtigung kommt insbesondere zur Anpassung des Umtauschverhältnisses in Betracht (→ Rn. 56).

### 3. Freie Wahl des Verschmelzungsstichtags

**a) Zeitpunkt vor oder nach Abschluss des Verschmelzungsvertrags.** Der Verschmelzungsstichtag kann nach hier vertretener Auffassung im Grundsatz frei gewählt werden. Zur praktischen Abhängigkeit von anderen Stichtagen und Zeitpunkten → Rn. 62. In der Praxis schließt der Verschmelzungsstichtag regelmäßig an die Schlussbilanz des übertragenden Rechtsträgers an und kann daher ebenso wie der Schlussbilanzstichtag in der Vergangenheit, ggf. auch vor dem Stichtag der letzten Jahresbilanz liegen.<sup>285</sup> Es ist nicht erforderlich, dass der übernehmende<sup>286</sup> oder der übertragende Rechtsträger zum Verschmelzungsstichtag bereits existiert (→ Rn. 136).<sup>287</sup> In diesem Zusammenhang ist insbesondere umstritten, ob für den übertragenden Rechtsträger eine handelsrechtliche Schlussbilanz auf einen Stichtag erstellt werden kann, der vor dem Zeitpunkt seiner Entstehung (als Folge einer vorgeschalteten Umwandlungsmaßnahme) liegt.<sup>288</sup> Sowohl der Stichtag der Schlussbilanz als auch der Verschmelzungsstichtag können aber auch auf einen Zeitpunkt nach Abschluss des Verschmelzungsvertrags und der Zustimmungsbeschlüsse gelegt werden.<sup>289</sup> Wie § 17 Abs. 2 S. 1 zeigt, ist die Schlussbilanz der Anmeldung zum Handelsregister beizufügen, muss aber nicht zwingend schon bei der Versammlung vorgelegt werden, sofern sämtliche Anteilseigner mit dieser Vorgehensweise einverstanden sind.<sup>290</sup> Praktische Relevanz kommt der Frage etwa dann zu, wenn eine Anmeldung der Verschmelzung wegen der Erhebung von Anfechtungsklagen nicht innerhalb der Frist des § 17 Abs. 2 S. 4 erfolgt<sup>291</sup> (aber → Rn. 72) oder die Verschmelzungsdokumentation schon vor Fertigstellung der als Schlussbilanz dienenden Jah-

<sup>281</sup> Zutr. Widmann/Mayer/Mayer Rn. 160, nach dessen Auffassung aufgrund des sich ändernden steuerlichen Übertragungsstichtags der Verschmelzungsvertrag und die sich darauf beziehenden Beschlüsse im Regelfall anzupassen sind. S. zur Problematik der verfristeten Umwandlung auch Weiler DNotZ 2007, 888; OLG Schleswig DNotZ 2007, 957.

<sup>282</sup> Kölner KommUmwG/Simon Rn. 68.

<sup>283</sup> Austmann/Frost ZHR 169 (2005), 431 (464).

<sup>284</sup> Lutter/Drygala Rn. 74; Semler/Stengel/Schröer Rn. 58.

<sup>285</sup> Widmann/Mayer § 24 Rn. 71.

<sup>286</sup> Ulrich/Böhle GmbHR 2006, 644; ferner Umwandlungssteuererlass vom 11.11.2011 (BMF IV C 2 – S 1978 – b/08/10001), BStBl. I S. 1314 unter Rn. 02.11.

<sup>287</sup> Lutter/Drygala Rn. 74.

<sup>288</sup> Bejahend Widmann/Mayer/Mayer Rn. 235.40; technische Schlussbilanz; Limmer in Limmer HdB Unternehmensumwandlung Teil 2 Rn. 35; Stoye-Benk/Cutura, HdB UmwR, 3. Aufl. 2012, Kap. 2 Rn. 26; abl. Kölner KommUmwG/Simon § 2 Rn. 224; s. zum Ganzen auch DNotI-Report 2012, 124 (125).

<sup>289</sup> Lutter/Drygala Rn. 46; Widmann/Mayer/Mayer Rn. 163; Semler/Stengel/Schröer Rn. 53; Kölner KommUmwG/Simon Rn. 95; Hoffmann/Becking FS Fleck, 1988, 105 (117); Naraschewski, Stichtage und Bilanzen bei der Verschmelzung, 2001, 79 f.; aber abw. für die Genossenschaft → § 80 Rn. 1 ff.; Lutter/Bayer Rn. 26 ff.; Widmann/Mayer § 80 Rn. 61 ff.

<sup>290</sup> Widmann/Mayer/Mayer Rn. 163.

<sup>291</sup> Lutter/Drygala Rn. 74.

resbilanz des übertragenden Rechtsträgers unterzeichnet werden soll.<sup>292</sup> Nicht ausgeschlossen ist es ferner, anstelle eines fixen Datums einen **lediglich bestimmbaren Verschmelzungsstichtag** festzulegen, zumindest sofern dieser an ein im Registerverfahren abschließend zu klärendes „innerprozessuales“ Ereignis anknüpft.<sup>293</sup> Bei der Verschmelzung zweier insolventer Rechtsträger aufgrund aufeinander abgestimmter Insolvenzpläne genügt daher zB die Bezugnahme auf den Tag, der auf den Erlass des Bestätigungsbeschlusses des Insolvenzgerichts gem. § 258 InsO folgt (s. ferner § 32 Abs. 1 Nr. 3 HGB, § 258 Abs. 3 S. 3 InsO, § 200 Abs. 2 S. 2 InsO, § 31 InsO).<sup>294</sup>

**69 b) Verschmelzungsstichtag nach der Anmeldung?** Im Schrifttum wird allerdings davon ausgegangen, dass der Stichtag der Schlussbilanz<sup>295</sup> und ebenso der Verschmelzungsstichtag vor der im Hinblick auf § 17 Abs. 2 fristgerechten Anmeldung liegen müsse.<sup>296</sup> Die Vorschrift des § 17 Abs. 2 S. 4 regelt nach zutreffender Ansicht nur den spätesten Stichtag der Aufstellung der Schlussbilanz, nicht hingegen, wann sie dem Gericht vorgelegt werden muss. Es ist daher zulässig, die Schlussbilanz im Anschluss an die Anmeldung (ggf. auf entsprechende Zwischenverfügung des Registergerichts) nachzureichen.<sup>297</sup> Die Schlussbilanz muss nach zutreffender Ansicht im Zeitpunkt der Anmeldung noch nicht aufgestellt<sup>298</sup> oder geprüft sein.<sup>299</sup> Nach hier vertretener Auffassung wäre es darüber hinaus denkbar, dass die alsbald nachzureichende Schlussbilanz überhaupt erst auf das Vollzugsdatum einer gleichzeitig zum Handelsregister eingereichten vorgelagerten Umwandlungsmaßnahme aufgestellt wird (zB Formwechsel der A-GmbH in die A GmbH und Co. KG)<sup>300</sup> und als Verschmelzungsstichtag im Verschmelzungsvertrag (zB die Verschmelzung der durch Formwechsel entstehenden A GmbH und Co. KG auf die B GmbH betreffend) der unmittelbar darauf folgende Tag vereinbart wird.<sup>301</sup>

**70 c) Variabler Verschmelzungsstichtag.** Für den Fall von erwarteten Verzögerungen der Eintragung aufgrund der Erhebung von Anfechtungsklagen ist es in der Praxis üblich, variable Verschmelzungsstichtage zu vereinbaren, die regelmäßig durch beweglich ausgestaltete Bestimmungen zum Beginn der Gewinnbezugsberechtigung gem. Abs. 1 Nr. 5 flankiert werden (→ Rn. 57).<sup>302</sup> Der Sinn variabler Stichtagsregelungen liegt vornehmlich darin begründet, nachträgliche Vertragsanpassungen im Hinblick auf potenzielle Benachteiligungen der Anteilshaber der beteiligten Rechtsträger zu vermeiden, die dadurch entstehen können, dass der übertragende Rechtsträger verpflichtet ist, die Geschäfte ab dem Verschmelzungsstichtag für Rechnung des übernehmenden Rechtsträgers zu führen, letzterer aber umgekehrt nicht daran gehindert ist, weiterhin Ausschüttungen an seine Anteilshaber vorzunehmen (→ Rn. 57 oben).<sup>303</sup>

**71** Vor diesem Hintergrund kann beispielsweise vereinbart werden, dass im Fall einer Eintragung der Verschmelzung erst nach Ablauf einer Jahresfrist nach dem ursprünglich anvisierten

<sup>292</sup> Kölner KommUmwG/Simon Rn. 95.

<sup>293</sup> Krafa/Kühn RegisterR Rn. 78; Scheel DB 2004, 2355 (2357).

<sup>294</sup> OLG Bremen ZIP 2016, 1480.

<sup>295</sup> Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Hörtnagl § 17 Rn. 36.

<sup>296</sup> Winkeljohann/Förschle/Deubert/Deubert/Henckel Sonderbilanzen H 100; ferner Widmann/Mayer/Mayer Rn. 163: Verschmelzungsstichtag nicht nach der Anmeldung.

<sup>297</sup> OLG Jena NZG 2003, 43 (45); OLG Zweibrücken RNotZ 2002, 516; insoweit auch Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Hörtnagl § 17 Rn. 46; Semler/Stengel/Schwanna § 17 Rn. 20; Kölner KommUmwG/Simon § 17 Rn. 62; aA Germann GmbHHR 1999, 591, 593. Zur Problematik verfrühter Handelsregisteranmeldungen s. Krafa/Kühn RegisterR Rn. 78 f.

<sup>298</sup> Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Hörtnagl § 17 Rn. 46; aA LG Frankfurt a. M. NZG 1998, 269.

<sup>299</sup> Semler/Stengel/Schwanna § 17 Rn. 20.

<sup>300</sup> Nach zutr. Auffassung muss der übertragende Rechtsträger am Stichtag der Schlussbilanz nicht zwingend in derselben Rechtsform wie am Vollzugsstichtag der Verschmelzung existiert haben, s. Widmann/Mayer/Mayer Rn. 235.37 ff.; Kölner KommUmwG/Simon § 2 Rn. 223.

<sup>301</sup> Zu weiteren Fragen der Kettenumwandlung in diesem Zusammenhang s. DNotI-Report 2012, 124.

<sup>302</sup> BGH NZG 2013, 233; Bungert/Wansleben BB 2013, 979 (981); krit. Müller WPg 1996, 859; Naraschewski, Stichtage und Bilanzen bei der Verschmelzung, 2001, 87 ff.

<sup>303</sup> BGH NZG 2013, 233 (234 f.).

Verschmelzungstichtag dieser jahresweise verschoben wird, bei längeren Verfahrenshemmnungen ggf. auch mehrfach.<sup>304</sup> Da bei andauernden Verzögerungen die Wertverhältnisse der beteiligten Rechtsträger sich von der zugrunde liegenden Verschmelzungswertrelation zum Nachteil einer Seite entfernen können, wird im Schrifttum zusätzlich die Aufnahme von festen Endzeitpunkten<sup>305</sup> oder Rücktrittsklauseln<sup>306</sup> empfohlen. Um bei geringfügigen Fristüberschreitungen nicht immer zu Verlegungen um volle Jahre gelangen zu müssen, werden ferner Gestaltungen vorgeschlagen, wonach der Stichtag zB nur um wenige Monate verlagert wird oder ein neuer Verschmelzungstichtag etwa erst dann gelten soll, wenn die Eintragung sich noch um ein weiteres Quartal hinzieht.<sup>307</sup>

Die Achtmonatsfrist des § 17 Abs. 2 S. 4 steht einer variablen Regelung des Verschmelzungstichtags nicht entgegen. Sofern die Anmeldung zum Handelsregister, die ungeachtet der Vorschrift des § 16 Abs. 2 nicht durch eine Klage gegen einen Verschmelzungsbeschluss gehindert wird,<sup>308</sup> zunächst auf der Basis der primären Stichtagsregelung fristgerecht eingereicht wurde, muss diese im Fall einer Verschiebung des Verschmelzungstichtags nicht wiederholt werden.<sup>309</sup> Nach wohl hM wäre im Fall einer Verlegung allerdings eine mit dem abgeänderten Verschmelzungstichtag korrespondierende neue Schlussbilanz zu den Registernachzureichen.<sup>310</sup> Verneint man eine zwingende Verknüpfung von Schlussbilanz- und Verschmelzungstichtag (→ Rn. 66), erscheint diese Ansicht allerdings nicht zwingend.<sup>311</sup> Entgegen einer Auffassung im Schrifttum<sup>312</sup> führt das Fehlen einer variablen Stichtagsregelung im Verschmelzungsvertrag nicht zur Anfechtbarkeit des Zustimmungsbeschlusses der Anteilseigner.

**d) Verschmelzungstichtag bei mehreren übertragenden Rechtsträgern.** Im Fall der Beteiligung mehrerer übertragender Rechtsträger ist es nicht erforderlich, einen einheitlichen Verschmelzungstichtag für sämtliche Verschmelzungsvorgänge festzulegen, vielmehr ist auch die Vereinbarung unterschiedlicher Termine zulässig. Ein praktisches Bedürfnis für abweichende Stichtage besteht insbesondere dann, wenn die übertragenden Rechtsträger unterschiedliche Geschäftsjahre haben und die vorhandenen Jahresabschlüsse als Schlussbilanzen iSv § 17 Abs. 2 verwendet werden sollen.<sup>313</sup> Es entsteht aber kein Rumpfgeschäftsjahr, wenn bei einem der übertragenden Rechtsträger der Verschmelzungstichtag nicht mit dem Ende des Geschäftsjahres zusammen fällt oder die Geschäftsjahre der beteiligten Rechtsträger voneinander abweichen.<sup>314</sup> Gestaltungsfreiheit besteht auch bei sog. Kettenverschmelzungen, bei denen vor Wirksamwerden der ersten Verschmelzung der übernehmende Rechtsträger einen zweiten Verschmelzungsvertrag, nunmehr aber als übertragender Rechtsträger abschließt. Es kann ein einheitliches Datum vorgesehen werden, aber auch jede andere zeitliche Abfolge bestimmt werden und damit beispielsweise der Stichtag der zweiten Verschmelzung vor den der ersten gelegt werden.<sup>315</sup> Je nach gewählter Reihenfolge ergibt sich eine unterschiedliche Ergebnisuordnung.<sup>316</sup> Die Anordnung der Umwandlungstichtage ist

<sup>304</sup> S. Semler/Stengel/Schröer Rn. 62; Widmann/Mayer/Mayer Rn. 164 f.; Herfs/Schwander in Walz (Hrsg.), Beck'sches Formularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, Deutsch-Englisch, L I.1. § 8.

<sup>305</sup> Widmann/Mayer/Mayer Rn. 165.

<sup>306</sup> Kölner KommUmwG/Simon Rn. 107.

<sup>307</sup> Semler/Stengel/Schröer Rn. 62; Widmann/Mayer/Mayer Rn. 164 f.

<sup>308</sup> BGH ZIP 1990, 985 (990); Kiem ZIP 1999, 173 (177); Semler/Stengel/Schwanna § 16 Rn. 4.

<sup>309</sup> Kölner KommUmwG/Simon Rn. 105.

<sup>310</sup> Semler/Stengel/Schröer Rn. 63; Kölner KommUmwG/Simon Rn. 105; Kiem ZIP 1999, 173 (177); ferner Lutter/Decher § 17 Rn. 18.

<sup>311</sup> Vgl. auch Semler/Stengel/Schwanna § 17 Rn. 21.

<sup>312</sup> So Lutter/Drygala Rn. 75 für den Zustimmungsbeschluss der Anteilseigner eines beherrschten Rechtsträgers.

<sup>313</sup> Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Stratz Rn. 80; Henssler/Strohn/Heidinger Rn. 23; Widmann/Mayer/Mayer Rn. 166.

<sup>314</sup> Semler/Stengel/Schröer Rn. 61; s. aber auch BFH DStRE 2006, 674.

<sup>315</sup> Kallmeyer/Lanfermann Rn. 37.

<sup>316</sup> Kallmeyer/Lanfermann Rn. 37.

ferner für die ertragsteuerliche Beurteilung der Umwandlungsvorgänge entscheidend.<sup>317</sup> Im Fall eines einheitlichen Stichtags ist streitig, ob steuerlich ein Wahlrecht besteht<sup>318</sup> oder die Reihenfolge der Eintragungen<sup>319</sup> bzw. der Vertragsabschlüsse<sup>320</sup> maßgeblich sein soll oder aber ein identischer Zeitpunkt<sup>321</sup> zugrunde zu legen ist.

## VIII. Besondere Rechte (Abs. 1 Nr. 7)

### 1. Normzweck und Anwendungsumfang

- 74 Der Verschmelzungsvertrag muss die Rechte angeben, die der übernehmende Rechtsträger einzelnen Anteilsinhabern sowie den Inhabern besonderer Rechte gewährt, oder die für diese Personen vorgesehenen Maßnahmen. Der Zweck der Norm liegt darin begründet, etwaige Vergünstigungen einzelner Teilhaber offen zu legen, um den übrigen die Möglichkeit zu geben, die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes<sup>322</sup> und die Wertäquivalenz<sup>323</sup> ihrer künftigen Beteiligung zu überprüfen. Vor diesem Hintergrund sind nur die **einzelnen** und nicht die allen Anteilsinhabern gleichermaßen eingeräumten Vorteile aufzuführen.<sup>324</sup> Als mögliche Begünstigte kommen die Anteilsinhaber sowohl des übertragenden als auch des übernehmenden Rechtsträgers in Betracht.<sup>325</sup> Der Gesetzeswortlaut stellt andererseits nicht darauf ab, dass die betreffenden Rechtspositionen „anlässlich“ der Verschmelzung gewährt werden. Um dem Informationsbedürfnis der Anteilsinhaber Rechnung zu tragen, sind daher auch Rechte und Vorteile anzugeben, die unabhängig von der Umwandlung bereits beim übernehmenden Rechtsträger bestehen.<sup>326</sup> Die Sonderrechte und Maßnahmen muss nach der Formulierung in Abs. 1 Nr. 7 „der übernehmende Rechtsträger“ gewähren. Entscheidend dürfte allerdings sein, dass Sonderpositionen nach Vollzug der Verschmelzung beim übernehmenden Rechtsträger bestehen, auch wenn solche bereits beim übertragenden Rechtsträger vorhanden waren oder noch von diesem zugesagt worden sind.<sup>327</sup> Nicht erfasst sind hingegen Sonderrechte, die sich die Anteilsinhaber untereinander schuldrechtlich versprechen, wie beispielsweise Anteilsoptionen, oder von Dritten eingeräumte Vorteile.<sup>328</sup> Mit den gewährten Rechten und vorgesehenen Maßnahmen sind ferner nur rechtsgeschäftlich begründete Positionen gemeint und nicht sich kraft Gesetzes ergebende Folgen, wie etwa die Geschäfts- und Vertretungsbefugnis der Komplementärin einer KG.<sup>329</sup>

### 2. Besondere Rechte und Maßnahmen

- 75 Als besondere Rechte, die Anteilsinhabern gewährt werden, hebt die Vorschrift zunächst „Anteile ohne Stimmrecht, Vorzugsaktien [und] Mehrstimmrechtsaktien“ hervor. Der Wortlaut lehnt sich eng an § 340 Abs. 2 Nr. 7 AktG aF an und hat in erster Linie Bedeutung für Aktiengesellschaften, gilt aber im Grundsatz für alle verschmelzungsfähigen Rechtsträger.

<sup>317</sup> Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Hörtnagl UmwStG § 2 Rn. 27; Schlösser in Sagasser/Bula/Brünger Umwandlungen § 11 Rn. 36; Blümich/Klingberg UmwStG § 2 Rn. 33; Widmann/Mayer UmwStG § 2 Rn. 240.

<sup>318</sup> Widmann/Mayer UmwStG § 2 Rn. 240; Kölner KommUmwG/Simon § 2 Rn. 228.

<sup>319</sup> Blümich/Klingberg UmwStG § 2 Rn. 34; Widmann/Mayer UmwStG § 2 Rn. 241.

<sup>320</sup> Schlösser in Sagasser/Bula/Brünger Umwandlungen § 11 Rn. 37.

<sup>321</sup> Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Hörtnagl UmwStG § 2 Rn. 33.

<sup>322</sup> S. bereits RegE zum Verschmelzungsrichtliniengesetz, BT-Drs. 9/1065, 15; ferner Lutter/Drygala Rn. 76; Widmann/Mayer/Mayer Rn. 167; Semler/Stengel/Schröer Rn. 65.

<sup>323</sup> Kölner KommUmwG/Simon Rn. 111; Henssler/Strohn/Heidinger Rn. 25.

<sup>324</sup> OLG Frankfurt a. M. NZG 2011, 1278 (1279); Lutter/Drygala Rn. 76; Semler/Stengel/Schröer Rn. 66; Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Stratz Rn. 82; anders wohl Krafka/Kühn RegisterR Rn. 1173.

<sup>325</sup> Lutter/Drygala Rn. 78; Kölner KommUmwG/Simon Rn. 112.

<sup>326</sup> Semler/Stengel/Schröer Rn. 65; Lutter/Drygala Rn. 76; Kölner KommUmwG/Simon Rn. 120.

<sup>327</sup> Zutr. Semler/Stengel/Schröer Rn. 65; Kölner KommUmwG/Simon Rn. 114; diff. – nur bei Umgehungsfällen – Kallmeyer/Marsch-Barner Rn. 40; anders wohl OLG Hamburg NZG 2004, 729 (731).

<sup>328</sup> Lutter/Drygala Rn. 77; Semler/Stengel/Schröer Rn. 65; Kölner KommUmwG/Simon Rn. 115.

<sup>329</sup> Semler/Stengel/Schröer Rn. 65; Kölner KommUmwG/Simon Rn. 118; Kallmeyer/Marsch-Barner Rn. 40; ferner Hüffer FS Lutter, 2000, 1227 (1238).

Unter Abs. 1 Nr. 7 fallen einzelnen Anteilsinhabern gewährte besondere gesellschaftsrechtliche Vermögensrechte (insbesondere Vorzüge beim Gewinn und Liquidationserlös) oder Verwaltungsrechte (zB Mehrstimmrechte, Bestellungs-, Entsendungs- oder Vorerwerbsrechte). Im Verschmelzungsvertrag sind darüber hinaus schuldrechtliche Sondervorteile wie Wandel-schuldverschreibungen, Gewinnschuldverschreibungen, Obligationsanleihen oder Genuss-rechte und als „vorgesehene Maßnahmen“ Zahlungen und Zuwendungen sonstiger Art anzugeben.

### 3. Inhaber besonderer Rechte

Neben Anteilsinhabern führt Abs. 1 Nr. 7 Inhaber besonderer Rechte auf. Das Gesetz 76 erwähnt ausdrücklich Schuldverschreibungen und Genussrechte. Praktische Bedeutung hat die Vorschrift insoweit vornehmlich für Inhaber von Options-, Wandel- oder Genussrechten bei Aktiengesellschaften, ohne hierauf beschränkt zu sein. Der maßgebliche Personenkreis kann in Anlehnung an § 23 bestimmt werden.<sup>330</sup> Entscheidend dürfte sein, dass den Berechtigten mitgliedschaftsähnlich oder gesellschaftsrechtlich typisierte Vermögensrechte zustehen.<sup>331</sup> In der Konsequenz sind den Inhabern besonderer Rechte nach Maßgabe des § 23 durch entsprechende Vertragsanpassung gleichwertige Rechte in dem übernehmenden Rechtsträger zu gewähren. Schuldrechtliche Rechtspositionen außerhalb des Anwendungsbereichs von § 23 sind im Verschmelzungsvertrag nur dann zu berücksichtigen, soweit den Anteilsinhabern hierfür entsprechende Vorteile gewährt werden.<sup>332</sup> Unter Abs. 1 Nr. 7 fallen insbesondere auch Aktienoptionsprogramme unabhängig davon, ob die Optionen aus einem bedingten Kapital bedient werden sollen oder hierfür ein Aktienrückkauf oder ein bloßer Barausgleich vorgesehen ist.<sup>333</sup> Für die Ausübung von Wandelrechten bei einer übertragenden Aktiengesellschaft (vor oder nach Wirksamwerden der Verschmelzung) ist bei einer übernehmenden Aktiengesellschaft ein dem Umtauschverhältnis entsprechendes bedingtes Kapital vorzusehen.<sup>334</sup>

### 4. Fehlende oder fehlerhafte Angaben

Sind die nach Abs. 1 Nr. 7 zu treffenden Angaben im Verschmelzungsvertrag unvollständig 77 oder unrichtig, können die Zustimmungsbeschlüsse der Mitgliederversammlungen von den Anteilsinhabern nach den Regeln für die jeweilige Rechtsform angegriffen werden. Im Fall einer Kapitalgesellschaft führt ein entsprechender Mangel allerdings regelmäßig nur zur Anfechtbarkeit, nicht zur Nichtigkeit des Beschlusses.<sup>335</sup> Erkennt das Registergericht einen Verstoß gegen Abs. 1 Nr. 7, ist die Eintragung im Handelsregister abzulehnen. Das richterliche Prüfungsrecht erstreckt sich allerdings nicht auf die Frage, ob ein zu leistender Ausgleich „angemessen“ ist.<sup>336</sup> Etwaige Defizite in den Angaben nach Abs. 1 Nr. 7 beschränken nicht die Vertretungsmacht der jeweiligen Geschäftsführungsorgane, sodass die Wirksamkeit der gewährten Sondervorteile hierdurch nicht beeinträchtigt wird.<sup>337</sup> Sofern, wie im Regelfall, keine besonderen Rechte oder Maßnahmen vorgesehen sind, muss im Verschmelzungsvertrag keine Negativerklärung aufgenommen werden,<sup>338</sup> wenngleich eine solche in der Praxis üblich ist.<sup>339</sup>

<sup>330</sup> Lutter/Drygala Rn. 78; Semler/Stengel/Schröer Rn. 67.

<sup>331</sup> Schlösser in Sagasser/Bula/Brünger Umwandlungen § 9 Rn. 158.

<sup>332</sup> Schlösser in Sagasser/Bula/Brünger Umwandlungen § 9 Rn. 158; Lutter/Drygala Rn. 78.

<sup>333</sup> Semler/Stengel/Schröer Rn. 67; Widmann/Mayer/Mayer Rn. 169.

<sup>334</sup> Zutr. Widmann/Mayer/Mayer Rn. 169.

<sup>335</sup> Kölner KommUmwG/Simon Rn. 122; Semler/Stengel/Schröer Rn. 68.

<sup>336</sup> Hüffer FS Lutter, 2000, 1227 (1244); Semler/Stengel/Schröer Rn. 68.

<sup>337</sup> Widmann/Mayer/Mayer Rn. 170; Kallmeyer/Marsch-Barner Rn. 43.

<sup>338</sup> OLG Frankfurt a. M. NZG 2011, 1278; Semler/Stengel/Schröer Rn. 69; aA Krafka/Kühn RegisterR Rn. 1173.

<sup>339</sup> S. auch Pluskat/Wiegand EWiR 2012, 125 (126).



## IX. Besondere Vorteile (Abs. 1 Nr. 8)

## 1. Normzweck

78 In den Verschmelzungsvertrag muss jeder besondere Vorteil aufgenommen werden, der Mitgliedern eines Vertretungs- oder Aufsichtsorgans oder einem Prüfer gewährt wird. Die Verschmelzung kann insbesondere für die Organe übertragender Rechtsträger mit Risiken bis hin zum Verlust ihres Amtes verbunden sein, in der Praxis ist es daher nicht unüblich, etwaige aus der vorzeitigen Beendigung resultierende Nachteile durch Begünstigungen anderer Art im Sinne eines „golden handshake“ zu kompensieren oder aber entsprechende Funktionen im übernehmenden Rechtsträger in Aussicht zu stellen.<sup>340</sup> Der Sinn der Regelung des Abs. 1 Nr. 8 liegt vor diesem Hintergrund im Schutz der Anteilseigner der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger begründet: Ihnen soll eine Prüfung ermöglicht werden, ob die für die Entscheidung über die Verschmelzung maßgeblichen Personen möglicherweise durch Zusagen oder Vergünstigungen in ihrer Objektivität beeinträchtigt sein könnten.<sup>341</sup> Zu diesem Zweck sind im Verschmelzungsvertrag der Name des Empfängers sowie der genaue Umfang des eingeräumten Vorteils aufzuführen.<sup>342</sup>

## 2. Maßgeblicher Personenkreis

79 Anzugeben ist nach Abs. 1 Nr. 8 jeder besondere 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. Die Vorschrift lehnt sich an § 340 Nr. 8 AktG aF sowie Art. 91 Abs. 2 lit. g RL (EU) 2017/1132 an, geht aber insofern über diese Normen hinaus, dass auch Abschlussprüfer einbezogen sind. Die Erweiterung des maßgeblichen Personenkreises um Partner anlässlich der Einführung der Partnerschaftsgesellschaft<sup>343</sup> war lediglich eine redaktionelle Folgeänderung.<sup>344</sup> Es genügt nach dem Wortlaut des Abs. 1 Nr. 8, dass eine der genannten Positionen bei einem der beteiligten Rechtsträger bekleidet wurde.<sup>345</sup> Nicht erforderlich ist es, dass die betreffende Person tatsächlich – etwa aufgrund eines Zustimmungserfordernisses – in der Lage war, den Entscheidungsprozess maßgeblich zu beeinflussen.<sup>346</sup> Zu den Aufsichtsorganen iSd Abs. 1 Nr. 8 zählen neben einem obligatorischen oder fakultativen Aufsichtsrat auch andere Gremien wie Beiräte, Verwaltungsräte oder Gesellschafterausschüsse. Voraussetzung ist allerdings, dass diese nicht nur beratende Funktionen haben, sondern auch zur Ausübung organschaftlicher Befugnisse befugt sind, wie insbesondere zur Überwachung der Geschäftsführung.<sup>347</sup> Vergünstigungen zugunsten anderer Personen, wie etwa eines Kommanditisten bzw. nichtgeschäftsführenden Gesellschafters oder sonstigen Sachverständigen müssen nicht erwähnt werden, unabhängig von einem möglichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung.<sup>348</sup>

<sup>340</sup> Vgl. auch Lutter/Drygala Rn. 79.

<sup>341</sup> Ihrig/Redeke FS Maier-Reimer, 2010, 297 (299 f.); Widmann/Mayer/Mayer Rn. 171; Lutter/Drygala Rn. 79; Semler/Stengel/Schröer Rn. 71; Widmann/Mayer/Mayer Rn. 71; Kölner KommUmwG/Simon Rn. 125; Graef GmbHR 2005, 908 (909); weitergehend Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Stratz Rn. 86; auch Gläubigerschutz im Hinblick auf die Haftung nach § 25.

<sup>342</sup> Widmann/Mayer/Mayer Rn. 172.

<sup>343</sup> Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes und anderer Gesetze vom 22.7.1998, BGBl. 1998 I 1878.

<sup>344</sup> Neye ZIP 1997, 722 (724); Lutter/Drygala Rn. 79.

<sup>345</sup> Kölner KommUmwG/Simon Rn. 126.

<sup>346</sup> Kölner KommUmwG/Simon Rn. 126; Kallmeyer/Marsch-Barner Rn. 45; aA Semler/Stengel/Schröer Rn. 70.

<sup>347</sup> Semler/Stengel/Schröer Rn. 70; Lutter/Drygala Rn. 79; Kallmeyer/Marsch-Barner Rn. 45; H. Schmidt in Lutter Kölner Umwandlungsrechtstage 71 f.

<sup>348</sup> S. auch Semler/Stengel/Schröer Rn. 70; Widmann/Mayer/Mayer Rn. 171; Kölner KommUmwG/Simon Rn. 127.

### 3. Besondere Vorteile

**a) Im Zusammenhang mit der Verschmelzung durch die Vertragsteile gewährte Vorteile.** Da die Vorschrift des Abs. 1 Nr. 8 die Beurteilung der Objektivität der maßgeblichen Personen sicherstellen soll, werden (im Unterschied zur Bestimmung des Abs. 1 Nr. 7) nur solche besonderen Vorteile erfasst, die in sachlichem und zeitlichem Zusammenhang zur Verschmelzung stehen.<sup>349</sup> Keiner Angabe bedürfen daher Vereinbarungen, die vor dem Beginn von Verhandlungen über die Verschmelzung getroffen wurden, selbst wenn darin Vergünstigungen auch für den Fall noch nicht konkret absehbarer Umwandlungen zugesagt wurden, soweit nicht ein verschmelzungsbedingter Vorteil gegenüber der bisherigen vertraglichen Regelung, etwa in Form einer Abfindung gewährt wird.<sup>350</sup> Unerheblich ist es, ob die Zuwendung noch vom übertragenden Rechtsträger oder durch den übernehmenden Rechtsträger gewährt wird, nicht ausreichend sind hingegen Zusagen durch andere Anteilsinhaber oder dritte Personen, zumal sie den Parteien des Verschmelzungsvertrags nicht bekannt sein müssen.<sup>351</sup>

**b) Finanzielle Zuwendungen.** Der Begriff des besonderen Vorteils ist in einem weiten Sinne zu verstehen.<sup>352</sup> Erfasst werden finanzielle Zuwendungen wie Abfindungszahlungen, überhöhte Vergütungen oder außerordentliche Tantiemen wie auch Zusagen über die Bestellung in das Vertretungs- bzw. Aufsichtsorgan des übernehmenden Rechtsträgers oder andere Vermögens- und Verwaltungsrechte. Etwaige Zahlungen sind aber nur dann als besonderer Vorteil nach Abs. 1 Nr. 8 anzusehen, wenn sie nicht ohnehin und unabhängig von der konkreten Verschmelzung vertraglich geschuldet waren oder sich nicht als eine äquivalente Gegenleistung darstellen.<sup>353</sup> Werden Zuwendungen als Entgelt für bereits getätigte Dienste etwa aufgrund eines Geschäftsführer- oder Beratervertrags gewährt, müssen sie, auch wenn sie vorzeitig erbracht werden, daher nicht im Verschmelzungsvertrag angegeben werden, solange sie sich nicht als überhöht erweisen. Entsprechendes gilt für Honorare, die an Prüfer oder Sachverständige für Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Verschmelzung gezahlt werden.<sup>354</sup> Eine Aufnahme in den Verschmelzungsvertrag bedürfen hingegen in aller Regel Abfindungen, die an Organmitglieder aus Anlass einer vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses geleistet werden.<sup>355</sup> Die Abgeltung einer nicht fälligen Option zu einem überhöhten Gegenwert muss ebenfalls als besonderer Vorteil erwähnt werden.<sup>356</sup>

**c) Zusagen über die Bestellung in eine Organposition.** Im Verschmelzungsvertrag sind ferner Zusagen über die Besetzung von Organpositionen beim übernehmenden Rechtsträger aufzuführen. Dies gilt unabhängig davon, dass in der Angabe nach Abs. 1 Nr. 8 regelmäßig noch keine Bestellung als solche gesehen werden kann und sich aus dem Verschmelzungsvertrag nicht einmal eine verbindliche Verpflichtung<sup>357</sup> zur Ernennung oder Schadensersatzansprüche herleiten lassen.<sup>358</sup> Denn Parteien des Vertrags sind weder das für die Bestellung zuständige Organe, noch der Begünstigte. Ebenso wenig wird man in dem Zustimmungsbeschluss der Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers zur Verschmel-

<sup>349</sup> Vgl. auch LAG Nürnberg ZIP 2005, 398 zu einer Vorruhestandsregelung, die zeitlich mit der Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister vereinbart wurde.

<sup>350</sup> S. Ihrig/Redeke FS Maier-Reimer, 2010, 297 (305 f.); Pöhlmann/Fandrich/Blochs Rn. 12; Semler/Stengel/Schröer Rn. 71; ferner OLG Hamburg NZG 2004, 729 (731).

<sup>351</sup> Semler/Stengel/Schröer Rn. 71; Kölner KommUmwG/Simon Rn. 128; krit. aber Ihrig/Redeke FS Maier-Reimer, 2010, 297 (308 f.).

<sup>352</sup> Henssler/Strohn/Heidinger Rn. 27; Widmann/Mayer/Mayer Rn. 172.

<sup>353</sup> Semler/Stengel/Schröer Rn. 72; Kallmeyer/Marsch-Barner Rn. 44; Kölner KommUmwG/Simon Rn. 129.

<sup>354</sup> S. RegE zum Verschmelzungsrichtliniengesetz, BT-Drs. 9/1065, 15; Lutter/Drygala Rn. 52. Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Stratz Rn. 86.

<sup>355</sup> Ähnlich Semler/Stengel/Schröer Rn. 72; Kölner KommUmwG/Simon Rn. 129.

<sup>356</sup> OLG Hamburg NZG 2004, 729 (731).

<sup>357</sup> Vgl. idS Barz AG 1972, 1 (4).

<sup>358</sup> S. auch Semler/Stengel/Schröer Rn. 73; Widmann/Mayer/Mayer Rn. 172; Lutter/Drygala Rn. 81; Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Stratz Rn. 85; Kölner KommUmwG/Simon Rn. 130; Kallmeyer/Marsch-Barner Rn. 44.



zung schon einen Bestellungsakt sehen können, sofern nicht das zuständige Organ über einen konkreten Vorschlag zu einer entsprechenden Berufung abgestimmt hat. Im Hinblick auf die Informationsfunktion der Vorschrift des Abs. 1 Nr. 8 müssen aber solche informellen Absprachen und darüber hinaus auch etwaige bereits erfolgte (aufschiebend bedingte) Bestellungsbeschlüsse im Vertrag erwähnt werden, da sie geeignet sind, die Entscheidung der maßgeblichen Personen zu beeinflussen.<sup>359</sup> Entsprechendes ist für Zusagen anzunehmen, den Organmitgliedern nach Vollzug der Verschmelzung Entlastung zu erteilen oder sie von der Haftung freizustellen.<sup>360</sup>

#### 4. Fehlerfolgen

- 83 Im Fall von unrichtigen oder unvollständigen Angaben nach Abs. 1 Nr. 8 können die **Zustimmungsbeschlüsse** der Mitgliederversammlungen von den Anteilseignern nach den Regeln für die jeweilige Rechtsform angegriffen werden, ein entsprechender Mangel führt bei Kapitalgesellschaften allerdings nur zur **Anfechtbarkeit** und löst keine Nichtigkeitsfolgen aus.<sup>361</sup> Daneben kommen Schadensersatzansprüche gegen das jeweilige Vertretungsorgan in Betracht.<sup>362</sup> Wird der Fehler im Rahmen des Registerverfahrens bemerkt, ist die **Eintragung** der Verschmelzung **im Handelsregister abzulehnen**.<sup>363</sup> Sofern keine besonderen Vorteile gewährt werden, ist wie im Rahmen von Abs. 1 Nr. 7 keine diesbezügliche Negativaussage erforderlich, wenngleich in der Praxis üblicherweise eine Angabe erfolgt.<sup>364</sup>
- 84 **Keine einheitliche Auffassung** besteht zu der Frage, ob eine Zusage, die entgegen Abs. 1 Nr. 8 nicht im Verschmelzungsvertrag erwähnt wurde, verbindlich ist oder ob der **Verstoß zu zivilrechtlichen Unwirksamkeit der betreffenden Vereinbarung** führt. Für die Annahme einer Nichtigkeitsfolge wird insbesondere das praktische Argument angeführt, dass andernfalls kein hinreichender Druck zur Offenlegung der Vergünstigungen geschaffen werde.<sup>365</sup> Gleichwohl lässt sich eine Unwirksamkeit oder Nichtigkeit anhand des Gesetzes nicht begründen.<sup>366</sup> Der Wortlaut der Vorschrift des Abs. 1 Nr. 8 sieht keine entsprechende Sanktion vor. Die in der Lit. vorgeschlagene Analogie zu § 26 Abs. 3 bzw. § 32 Abs. 3 AktG kann nicht überzeugen,<sup>367</sup> da die genannten Normen einen anderen Zweck als die Regelung in Abs. 1 Nr. 8 verfolgen und im Übrigen nur für die Aktiengesellschaft Geltung beanspruchen.<sup>368</sup> Das Argument, dass die fehlende Angabe besonderer Vorteile einen Beurkundungsmangel darstelle, der auch nicht an der Heilungswirkung des § 20 Abs. 1 Nr. 4 bzw. Abs. 2 teilhabe,<sup>369</sup> greift letztlich ebenfalls nicht durch, da durch Abs. 1 Nr. 8 kein Formerfordernis für die zugrunde liegende Vereinbarung zwischen Organmitglied und Zuwendendem geschaffen wird, sondern lediglich eine diesbezügliche Information im Rah-

<sup>359</sup> Semler/Stengel/Schröer Rn. 73; Widmann/Mayer/Mayer Rn. 172; Lutter/Drygala Rn. 81; Kölner KommUmwG/Simon Rn. 130; Kallmeyer/Marsch-Barner Rn. 44; Ihrig/Redeke FS Maier-Reimer, 2010, 297 (311).

<sup>360</sup> Ihrig/Redeke FS Maier-Reimer, 2010, 297, 310 (313 f.); Kallmeyer/Marsch-Barner Rn. 44.

<sup>361</sup> Kölner KommUmwG/Simon Rn. 132.

<sup>362</sup> Semler/Stengel/Schröer Rn. 74; Widmann/Mayer/Mayer Rn. 175.

<sup>363</sup> Semler/Stengel/Schröer Rn. 74.

<sup>364</sup> OLG Frankfurt a. M. NZG 2011, 1278; Semler/Stengel/Schröer Rn. 75; aA Krafka/Kühn RegisterR Rn. 1173; für eine Verzichtsmöglichkeit auf die Angaben nach Abs. 1 Nr. 8 Ihrig/Redeke FS Maier-Reimer, 2010, 297 (314).

<sup>365</sup> Vgl. Heckschen, Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 1989, 18 zu § 340 Abs. 1 Nr. 8 AktG aF.

<sup>366</sup> S. Graef GmbHR 2005, 908; Semler/Stengel/Schröer Rn. 74; Kallmeyer/Marsch-Barner Rn. 46a; Kölner KommUmwG/Simon Rn. 133; NK-UmwR/Böttcher Rn. 70; aA aber LAG Nürnberg ZIP 2005, 398; Lutter/Drygala Rn. 82; Drygala FS K. Schmidt, 2009, 269 (286 f.); Widmann/Mayer/Mayer Rn. 175; Henssler/Strohn/Heidinger Rn. 27; für Unwirksamkeit *de lege ferenda* MHDG GesR VIII/Hoger/Hoger § 8 Rn. 92.

<sup>367</sup> S. Lutter/Drygala Rn. 82; Widmann/Mayer/Mayer Rn. 175.

<sup>368</sup> Zutr. Graef GmbHR 2005, 908 (910). Im Fall der Verschmelzung zur Neugründung einer AG sind Sondervorteile allerdings nach Maßgabe der § 26 Abs. 3 AktG, § 36 Abs. 2 UmwG in die Satzung der AG aufzunehmen, s. NK-UmwR/Böttcher Rn. 70.

<sup>369</sup> Lutter/Drygala Rn. 82; Widmann/Mayer/Mayer Rn. 175.