

## A. Verschmelzung

Ablauf des  
Verschmelzungs-  
verfahrens

Verschmelzungs-  
fähigkeit

Verschmelzungsfähige  
Rechtsträger

- Verschmelzungsfähige Rechtsträger, § 3 UmwG
  - Auch EWIV, da Gleichstellung mit Personengesellschaften
  - auch aufgelöste Rechtsträger
  - jetzt auch die SE und SCE
- Ausgenommen:
  - BGB-Gesellschaft; aber faktische Möglichkeit durch vorherige Eintragung
  - Erbengemeinschaft

## A. Verschmelzung

Ablauf des  
Verschmelzungs-  
verfahrens

Verschmelzungs-  
fähigkeit

Verschmelzungsfähige  
Rechtsträger

### Rechtsträger in Insolvenz

- Teilnahmemöglichkeit überschuldeter Rechtsträger an Umstrukturierungsmaßnahmen?
  - vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens
  - vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens aber nach Antragsstellung
  - nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens
- Möglichkeit der Restrukturierung: Verschmelzung

## A. Verschmelzung

Ablauf des Verschmelzungsverfahrens

Verschmelzungsfähigkeit

Zeitpunkt der Verschmelzungsfähigkeit

### Grundsatz (streitig)

- Zeitpunkt der Wirksamkeit der Verschmelzung (Eintragung)

### Konsequenz

- Vor-Gesellschaften können an allen für Umwandlung erforderlichen Maßnahmen mitwirken
- Eintragung der Vor-Gesellschaft ins Handelsregister muss aber zumindest eine logische Sekunde vor Eintragung der Verschmelzung erfolgen.

### Empfehlung

- Eintragung der Vor-Gesellschaft abwarten oder zumindest
- Abstimmung mit Handelsregister

## A. Verschmelzung

Ablauf des Verschmelzungsverfahrens

### Ablauf

- Verschmelzungsvertrag
- **Zuleitung an Betriebsrat**
- Verschmelzungsbericht und -prüfung
- Verschmelzungsbeschluss
- **Befristung u. Ausschluss von Klagen**
- Registerverfahren
- **Rechtsfolgen der Verschmelzung**
- **Sicherheitsleistung**
- **Abfindungsangebot**
  
- Vollmachten

## A. Verschmelzung

Ablauf des  
Verschmelzungs-  
verfahrens

Verschmelzungsvertrag

### Problemfelder:

- Folgen für Arbeitnehmer
- Möglichkeit mehrerer Verschmelzungen in einem Vertragswerk?
- Festlegung des Umtauschverhältnisses
- variable Gestaltung von Verschmelzungstichtagen
- Keine Negativklärung im Verschmelzungsvertrag über Sonderrechte bzw. -vorteile  
(*OLG Frankfurt a. M. ZIP 2011, 2408*)

## A. Verschmelzung

Ablauf des  
Verschmelzungs-  
verfahrens

Verschmelzungsvertrag

### Problemfelder:

- Nebenabreden
- Form
  - des Vertrages
  - des Vertragsentwurfs
- Auslandsbeurkundung
- Änderungen

## A. Verschmelzung

Ablauf des  
Verschmelzungs-  
verfahrens

Verschmelzungsvertrag

## Auslandsbeurkundung

- Motivation Kostenersparnis
- Keine gesetzliche Regelung
- Zulässigkeit von Auslandsbeurkundungen umstritten
- Gegen die Zulässigkeit der Auslandsbeurkundung spricht:
  - Materielle Richtigkeitsgewähr spricht dafür, dass grds. Beurkundungen im Ausland der Beurkundung vor dem deutschen Notar nicht gleichwertig sind
  - Materielle Richtigkeitsgewähr steht nicht zur Disposition der Parteien
  - Nur deutscher Notar kann den Mitteilungspflichten nach § 54 EStDV genügen
- BGH v. 17.12.2013 – II ZB 6 /13, NZG 2014, 219
  - Eine nach dem GmbHG erforderliche Beurkundung kann auch nach dem Inkrafttreten des MoMiG durch einen ausländischen Notar vorgenommen werden, sofern die ausländische Beurkundung der deutschen gleichwertig ist.

## A. Verschmelzung

Ablauf des  
Verschmelzungs-  
verfahrens

Verschmelzungsvertrag

## Auslandsbeurkundung

- AG Charlottenburg 22.01.2016 – 99 AR 9466/15, GWR 2016, 96
  - Keine Gleichwertigkeit einer GmbH-Gründung durch einen Berner Notar ⇒ Eintragung ins HR (-)
  - Schweizer Ortsform nicht ausreichend um die Form des § 2 I 1 GmbHG zu wahren
  - Gleichwertigkeit nur gegeben wenn:
    - ausländisches Verfahrensrecht den tragenden Grundsätze des dt. Beurkundungsrechts entsprechen
    - ausländische Urkundsperson eine Funktion ausübt, die nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben der eines deutschen Notars entspricht

## A. Verschmelzung

### Ablauf des Verschmelzungsverfahrens

### Verschmelzungsvertrag

### Verschmelzungstichtag

## Wahl des Verschmelzungstichtages

- Keine gesetzliche Vorgabe (auch zukünftiger Verschmelzungstichtag möglich)
- Orientierung an
  - Gewinnberechtigung der Anteilshaber
  - Schluss des letzten GF des übertragenden RT zur Nutzung des Jahresabschlusses für § 17 Abs. 2 UmwG (Beachte 8-Monatsfrist innerhalb derer Verschm.Stichtag liegen muss)
  - Tag vor dem Abschluss des Verschmelzungsvertrages oder der Fassung der Zustimmungsbeschlüsse
- Aus §§ 87 Abs. 3, 1 Abs. 3 Satz 1 UmwG ergibt sich für Genossenschaften nicht, dass Schlussbilanz bereits bei Beschlussfassung vorliegen muss (LG Kassel v. 20.04.2007 - 13 T 20/06, Rpfleger 2007, 668)
- Zulässigkeit der Minutenabgrenzung und Wahl innerhalb eines Tages umstritten – keine Anerkennung durch FinanzVerw

## A. Verschmelzung

### Ablauf des Verschmelzungsverfahrens

### Verschmelzungsvertrag

### Verschmelzungstichtag

## Variabler Verschmelzungstichtag

- Zweck: Verzögerungen bei Eintragung vorbeugen
- Nach ganz h.M. zulässig
- Gegenauffassung lehnt die Verwendung wegen der Möglichkeit einer veränderten Verschmelzungswertrelation ab
- Teilweise wird auch § 17 Abs. 2 UmwG als Hindernis betrachtet
  - Schlussbilanz muss als Anlage bei Anmeldung vorliegen
  - Bei Verwendung var. VerschmStichtages ist Einreichung angepasster Schlussbilanz erforderlich



## A. Verschmelzung

Ablauf des  
Verschmelzungs-  
verfahrens

Zeitpunkt der  
Gewinnberechtigung

### Zeitpunkt der Gewinnberechtigung, § 5 Abs. 1 Nr. 5 UmwG BGH, Urt. v. 04.12.2012 - II ZR 17/12, ZIP 2013, 358

#### Sachverhalt

Die A-AG beschloss am 29.04.2005 die Zustimmung zur Verschmelzung auf die B-AG, die damals mehr als 75% der Aktien der A-AG hielt. Im Verschmelzungsvertrag war vorgesehen, dass die von der B-AG als Ausgleich zu gewährenden neuen Aktien ab dem 1. 1. 2005 gewinnbezugsberechtigt sein sollten. Abweichend davon sollten die neuen Aktien der B-AG erst nach dem 1. 1. 2006 gewinnberechtigt sein, falls die Verschmelzung erst nach der ordentlichen Hauptversammlung der A-AG im Jahre 2006, die über die Gewinnverwendung für das Geschäftsjahr 2005 beschließt, in das Handelsregister der B-AG eingetragen wird. Die Verschmelzung wurde erst nach der ordentlichen Hauptversammlung 2006 der A-AG in das Handelsregister der B-AG eingetragen. Die Aktionäre der A-AG verlangen nun, so behandelt zu werden, als wenn sie im Zeitpunkt der Ausschüttung der Dividende für 2005 schon Aktionäre der B-AG gewesen wären.

34



## A. Verschmelzung

Ablauf des  
Verschmelzungs-  
verfahrens

Zuleitung an den  
Betriebsrat

### Problemfelder:

- Berechnung der Monatsfrist des § 5 Abs. 3 UmwG
- Informationsumfang (Vollständigkeit)
- Folgen eines Verstoßes gegen die Zuleitungspflicht
  - Verstoß gibt keine Klagebefugnis
  - Nichteintragung
- Möglichkeit des Verzichts auf Informationen?

35

03.05.2017

## A. Verschmelzung

Ablauf des  
Verschmelzungs-  
verfahrens

Zeitpunkt der  
Gewinnberechtigung

**Zeitpunkt der Gewinnberechtigung , § 5 Abs. 1 Nr. 5 UmwG  
BGH, Urt. v. 04.12.2012 - II ZR 17/12, ZIP 2013, 358**

### Entscheidung

- Rechtmäßigkeit einer Klausel, wonach sich Beginn der Gewinnberechtigung um ein Jahr verschiebt, sofern Verschmelzung nicht bis zur nächsten turnusmäßigen Beschlussfassung über die Gewinnverteilung beim übertragenden Rechtsträger ins Handelsregister des übernehmenden Rechtsträgers eingetragen worden ist
  - Keine unangemessene Benachteiligung der Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers
- **Variabler** Zeitpunkt der Gewinnberechtigung, ist empfehlenswert, wenn aufgrund Anfechtungsklagen mit erheblichen Eintragungsverzögerungen zu rechnen ist

## A. Verschmelzung

Ablauf des  
Verschmelzungs-  
verfahrens

Verschmelzungs-  
bericht u. -prüfung

### **Problemfelder:**

- Informationstiefe des Verschmelzungsberichts
  - keine Angaben über Ausgleichszahlungen
  - kein detaillierter Synergiefahrplan
- Kompensation von Informationsdefiziten
- Verschmelzungsprüfer = Abschlussprüfer
- Verschmelzungsprüfer = Sachverständiger im Spruchstellenverfahren (*zulässig lt. LG Mannheim v. 25.02.2002, 23 AktE 1/97*)
- Pauschalangaben unzulässig
- Möglichkeit der Plausibilitätskontrolle ausreichend
- Verzichtsmöglichkeiten prüfen

## A. Verschmelzung

Ablauf des  
Verschmelzungs-  
verfahrens

Verschmelzungs-  
bericht u. -prüfung

### Parallelität zwischen Verschmelzungsprüfung und Erstellung des Verschmelzungsberichts

- keine Bedenken gegen (teilweise) zeitgleiche Vornahme der Prüfung durch Sachverständige und Erstellung des Verschmelzungsberichts
- keine Pflicht des Verschmelzungsprüfers, eigenständige unabhängige Bewertungsprüfung vorzunehmen;
- Verschmelzungsbericht und –prüfbericht ergänzen einander  
⇒ Tatsachen, Zahlen, Erläuterungen, die bereits im Verschmelzungsbericht nachvollziehbar enthalten sind, müssen nicht im Prüfbericht enthalten sein.

*Hanseat. OLG Hamburg v. 01.02.2008, 11 U 288/05 (n. v.)*

## A. Verschmelzung

Ablauf des  
Verschmelzungs-  
verfahrens

Verschmelzungs-  
bericht u. -prüfung

### Anforderungen hinsichtlich der Auswirkungen auf Abfindungsansprüche aus Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag

Verschmelzungsbericht genügt auch dann den Anforderungen des § 8 Abs. 1 UmwG, wenn er bei einer umstrittenen Rechtslage die Risiken, die den Anteilshabern aus einer Verschmelzung drohen, anschaulich und transparent beschreibt.

*OLG Saarbrücken, Beschl. v. 7.12.2010, 4 AktG 476/10-144*





## A. Verschmelzung

Ablauf des  
Verschmelzungs-  
verfahrens

Verschmelzungs-  
bericht u. -prüfung

### Erfordernis der Unterzeichnung des Berichts?

- Unterzeichnung des Verschmelzungsberichtes durch alle Vorstandsmitglieder keine Voraussetzung für Wirksamkeit des Berichts.
- Wortlaut und Normzweck von § 8 Abs. 1 S.1 UmwG fordern lediglich die schriftliche Abfassung, aber keine Unterzeichnung.
- § 126 Abs. 1 BGB ist auf den Verschmelzungsbericht nicht anwendbar.

*KG v. 25.10.2004, 23 U 234/03, DB 2004, 2746.*

- Frage der Unterzeichnung vom BGH offengelassen
- Tendenz: wohl keine Unterzeichnung erforderlich.

*BGH v. 21.5.2007, II ZR 266/04, DB 2007, 1858.*

40

03.05.2017



## A. Verschmelzung

Ablauf des  
Verschmelzungs-  
verfahrens

Verschmelzungs-  
bericht

Änderung durch das  
Dritte Gesetz zur  
Änderung des UmwG

### Nachberichtspflicht

#### ➤ Bisher:

- Nachberichterstattung nur für Spaltungen unter Beteiligung von Aktiengesellschaften vorgesehen, § 143 UmwG
- bisher wird teilweise ein derartiger Bericht im Rahmen der Erläuterung nach § 64 UmwG für erforderlich erachtet

#### ➤ Neuregelung:

- Nachberichterstattung für Umwandlungsmaßnahmen aller Rechtsträger
- Pflicht auch gegenüber Vertretungsorganen anderer beteiligter Rechtsträger

41

03.05.2017

## A. Verschmelzung

Ablauf des  
Verschmelzungs-  
verfahrens

Verschmelzungs-  
bericht

Änderung durch das  
Dritte Gesetz zur  
Änderung des UmwG

### Nachberichtspflicht

- Form des Nachberichts: schriftliche Form ratsam
- Adressat des Nachberichts: Hauptversammlung, nicht Aktionäre
- Zeitpunkt der Unterrichtung: Hauptversammlung, keine Vorabinformation
- Erstreckung auch auf den Formwechsel?

## A. Verschmelzung

Ablauf des  
Verschmelzungs-  
verfahrens

Verschmelzungs-  
bericht

Änderung durch das  
Dritte Gesetz zur  
Änderung des UmwG

### Nachberichtspflicht

- **Offene Fragen:**
  - Wann liegen wesentliche Vermögensänderungen vor?
    - Wertschwankungen des gesamten Vermögens mit Auswirkung auf Umtauschverhältnis
    - Schranken? § 8 Abs. 2 UmwG
  - Konsequenzen wesentlicher Vermögensänderungen
    - unter Umständen Neuberechnung des Umtauschverhältnisses
    - Nachtrag zum Verschmelzungs-/Spaltungsvertrag
    - erneute Einhaltung aller Einberufungsformalitäten und Berichtspflichten

## A. Verschmelzung

Ablauf des  
Verschmelzungs-  
verfahrens

Verschmelzungs-  
bericht

Änderung durch das  
Dritte Gesetz zur  
Änderung des UmwG

## Nachberichtspflicht

### > Offene Fragen:

- Verzicht auf die Nachberichterstattung, § 64 Abs. 1 UmwG n.F.
  - kann wohl konkludent in Verzicht auf Verschmelzungsbericht gesehen werden
  - ausdrückliche Klarstellung dennoch ratsam
  - Erklärung zu notarieller Urkunde

## A. Verschmelzung

Ablauf des  
Verschmelzungs-  
verfahrens

Verschmelzungs-  
bericht

Änderung durch das  
Dritte Gesetz zur  
Änderung des UmwG

## Nachberichtspflicht

### > Konsequenz einer Beschränkung der Nachberichtspflicht auf Aktiengesellschaften:

- keine analoge Anwendung der Neuregelung und des § 143 UmwG auf andere Umwandlungsvorgänge
- **Aber:** Trotzdem wohl nach h.M. Erläuterungspflicht der Vertretungsorgane in der Anteilseignerversammlung?

## A. Verschmelzung

### Ablauf des Verschmelzungs- verfahrens

### Beschlussfassung zur Verschmelzung

### Problemfelder:

- Einberufung (Tag, Ort, Einladungsfrist)
- Beschlussmehrheit
- Ausnahmen vom Beschlusserfordernis
- Auslegung
- Beschlussgegenstand
  - Änderungen / Ergänzungen?
- Beteiligung von Anteilseignern bei Kettenverschmelzungen
- Stellvertretung
- Stimmverbote
- kein generelles Zustimmungsverbot bei Verschlechterung der Rechtsstellung
- Schlussbilanz
- Kosten