

## A. Verschmelzung

### Allgemeines / Grundlagen

## Fallbeispiel

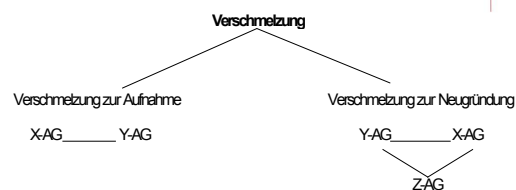
Die X-AG und Y-AG sollen fusioniert werden. Die X-AG verfügt über erheblichen Grundbesitz und weist eine hohe Bilanzsumme aus, aber sie verfügt über beträchtliche Verlustvorträge. Die Y-AG zählt zu ihren Aktionären einige streitlustige und unberechenbare Gesellschafter.

32

07.06.2018

## A. Verschmelzung

### Allgemeines / Grundlagen



Ziel:  
Mehrere Unternehmen sollen fusioniert werden

Kennzeichen:  
 Gesamtrechtsnachfolge (alle Aktiva und Passiva)  
 unter Ausschluss der Liquidation  
 gegen Anteilsgewährung an die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers

#### Vor- und Nachteile (Bsp.)

Verschmelzung zur Aufnahme		Verschmelzung zur Neugründung	
+	-	+	-
- Kosten - Steuern (insbes. Verkehrssteuern) - Organisatorische Vorteile	- nur beschränkter Ausschluss des Klagerechts - Völlige Neustrukturierung kann erschwert werden - Satzungsrecht des aufnehmenden Rechtsträgers	- Satzung wird „maßgeschneidert“ - Klage gegen Umtauschverhältnis berühren das Verfahren nicht - keine zusätzliche Kapitalerhöhung	- Steuern

33

07.06.2018

## 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.

40

07.06.2018

## A. Verschmelzung

Ablauf des  
Verschmelzungs-  
verfahrens

Verschmelzungsvertrag

## Auslandsbeurkundung

- AG Charlottenburg v. 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

41

07.06.2018

## A. Verschmelzung

Ablauf des  
Verschmelzungs-  
verfahrens

Verschmelzungsvertrag

## Auslandsbeurkundung

KG v. 24.01.2018 – 22 W 25/16, ZIP 2018, 323

### Entscheidung:

- Aufheben Beschluss mit Anweisung Vornahme Eintragung
- Erfüllung Formerfordernissen § 2 I GmbHG, da Erfüllung Gleichwertigkeitsvoraussetzungen
- 1. Ausübung Notar aus Kanton Bern eine nach Vorbild und Stellung im Rechtsleben dts. Notar entspr. Funktion
- 2. Geltung für die Errichtung von not. Urkunden den tragenden Grundsätzen dts. Rechts entspr. Verfahrensrecht im Kanton Bern
- Beurkundungsbegriff u. Zweck not. Form im Wesentl. =
- persönliche Mitwirkung Urkundsperson, Pflicht zur wahrheitsgem. Beurkundung, Beratungspflicht (auch bzgl. ausländ. Recht) Pflichten Schweizer Notar

42

07.06.2018

## A. Verschmelzung

Ablauf des  
Verschmelzungs-  
verfahrens

Verschmelzungsvertrag

## Auslandsbeurkundung

KG v. 24.01.2018 – 22 W 25/16, ZIP 2018, 323

### Entscheidung:

- Beurkundung Notar ohne genügende Rechtskenntnisse deutschen Recht → Berner Notar Haftpflichtansprüchen
- Berner Notar Verpflichtung Verlesung von Urkunden sofern Willenserklärungen enthalten
- unerheblich ob dies ausreichend, da im vorliegenden Fall Verlesung Urkunde nebst Anlagen

43

07.06.2018

## A. Verschmelzung

### Ablauf des Verschmelzungsverfahrens

### Verschmelzungsvertrag

## Auslandsbeurkundung

KG v. 24.01.2018 – 22 W 25/16, ZIP 2018, 323

### Praxishinweis:

- Vorinstanz Zustimmung in Literatur
- wesentliche These des KG unzutreffend
- nach fast einhelliger Auffassung in Schweizer und Berner Kommentarliteratur: Berner Notar keine Belehrung über ausländisches Recht → insofern keine Haftung
- keine Rechtssicherheit, da das KG auf jew. Einzelfall abstellt und nicht auf die gesetzlichen Voraussetzungen im schweizerischen Recht
- Ablehnend zu dieser Entscheidung u.a.:
  - Heckschen, DB 2018, 685; Cziupka, EWiR 2018, 137; Stelmaszczyk, GWR 2018, 103; Wicke, GmbHR, 2018, 376

44

07.06.2018

## A. Verschmelzung

### Ablauf des Verschmelzungsverfahrens

### Verschmelzungsvertrag

### Verschmelzungstichtag

## Wahl des Verschmelzungstichtages

- Keine gesetzliche Vorgabe (auch zukünftiger Verschmelzungstichtag möglich)
- Orientierung an
  - Gewinnberechtigung der Anteilhaber
  - Schluss des letzten GF des übertragenden RT zur Nutzung des Jahresabschlusses für § 17 Abs. 2 UmwG (Beachte 8-Monatsfrist innerhalb derer Verschmelzungstichtag 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

45

07.06.2018



## 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 Verschmelzungsverfahrens

### 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.



## 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?