

## Zweiter Abschnitt Spaltung zur Aufnahme

### § 126 Inhalt des Spaltungs- und Übernahmevertrags

**(1) Der Spaltungs- und Übernahmevertrag oder sein Entwurf muss mindestens folgende Angaben enthalten:**

- 1. den Namen oder die Firma und den Sitz der an der Spaltung beteiligten Rechtsträger;**
- 2. die Vereinbarung über die Übertragung der Teile des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers jeweils als Gesamtheit gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften an den übernehmenden Rechtsträgern;**
- 3. bei Aufspaltung und Abspaltung das Umtauschverhältnis der Anteile und gegebenenfalls die Höhe der baren Zuzahlung oder Angaben über die Mitgliedschaft bei den übernehmenden Rechtsträgern;**
- 4. bei Aufspaltung und Abspaltung die Einzelheiten für die Übertragung der Anteile der übernehmenden Rechtsträger oder über den Erwerb der Mitgliedschaft bei den übernehmenden Rechtsträgern;**
- 5. den Zeitpunkt, von dem an diese Anteile oder die Mitgliedschaft einen Anspruch auf einen Anteil am Bilanzgewinn gewähren, sowie alle Besonderheiten in Bezug auf diesen Anspruch;**
- 6. den Zeitpunkt, von dem an die Handlungen des übertragenden Rechtsträgers als für Rechnung jedes der übernehmenden Rechtsträger vorgenommen gelten (Spaltungstichtag);**
- 7. die Rechte, welche die übernehmenden Rechtsträger einzelnen Anteilsinhabern sowie den Inhabern besonderer Rechte wie Anteile ohne Stimmrecht, Vorzugsaktien, Mehrstimmrechtsaktien, Schuldverschreibungen und Genussrechte gewähren, oder die für diese Personen vorgesehenen Maßnahmen;**
- 8. jeden besonderen Vorteil, der einem Mitglied eines Vertretungsorgans oder eines Aufsichtsorgans der an der Spaltung beteiligten Rechtsträger, einem geschäftsführenden Gesellschafter, einem Partner, einem Abschlussprüfer oder einem Spaltungsprüfer gewährt wird;**
- 9. die genaue Bezeichnung und Aufteilung der Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens, die an jeden der übernehmenden Rechtsträger übertragen werden, sowie der übergehenden Betriebe und Betriebsteile unter Zuordnung zu den übernehmenden Rechtsträgern;**
- 10. bei Aufspaltung und Abspaltung die Aufteilung der Anteile oder Mitgliedschaften jedes der beteiligten Rechtsträger auf die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers sowie den Maßstab für die Aufteilung;**
- 11. die Folgen der Spaltung für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen sowie die insoweit vorgesehenen Maßnahmen.**

**(2) <sup>1</sup>Soweit für die Übertragung von Gegenständen im Falle der Einzelrechtsnachfolge in den allgemeinen Vorschriften eine besondere Art der Bezeichnung bestimmt ist, sind diese Regelungen auch für die Bezeichnung der Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens (Absatz 1 Nr. 9) anzuwenden. <sup>2</sup>§ 28 der Grundbuchordnung ist zu beachten. <sup>3</sup>Im Übrigen kann auf Urkunden wie Bilanzen und Inventare Bezug genommen werden, deren Inhalt eine Zuweisung des einzelnen Gegenstandes ermöglicht; die Urkunden sind dem Spaltungs- und Übernahmevertrag als Anlagen beizufügen.**

**(3) Der Vertrag oder sein Entwurf ist spätestens einen Monat vor dem Tag der Versammlung der Anteilhaber jedes beteiligten Rechtsträgers, die gemäß § 125 in Verbindung mit § 13 Abs. 1 über die Zustimmung zum Spaltungs- und Übernahmevertrag beschließen soll, dem zuständigen Betriebsrat dieses Rechtsträgers zuzuleiten.**

		Übersicht	
		Rn	Rn
I.	Allgemeines	1	
II.	Anwendungsbereich	3	
III.	Spaltungsvertrag – allgemein	5	
1.	Aufgabe/Zweck	5	
2.	Rechtsnatur	7	
3.	Abschluss	8	
a)	Abschlusskompetenz	8	
b)	Form	10	
c)	Verfahren – Bindungswirkung – Durchsetzung	12	
aa)	Beschlussfassung über den Entwurf	13	
bb)	Beschlussfassung über den beurkundeten Vertrag	15	
cc)	Wahl der Beschlussfassung	17	
dd)	Durchsetzung	19	
ee)	Änderungen	20	
IV.	Spaltungsvertrag – Inhalt	21	
1.	Mindestinhalt nach § 126 Abs 1	21	
a)	Identität der Beteiligten – Nr 1	21	
b)	Spaltungsklausel – Nr 2	23	
aa)	Grundsatz	23	
bb)	Ausnahmen der Anteilsgewährungspflicht	24	
aaa)	Abspaltung und Aufspaltung auf Muttergesellschaft	25	
bbb)	Ausgliederung auf 100% Tochtergesellschaft	26	
ccc)	Ausgliederung auf 100% Muttergesellschaft	27	
ddd)	Spaltung zu Null	28	
eee)	Eigene Anteile beim übertragenden Rechtsträger	29	
fff)	Übertragung von negativem Vermögen	30	
ggg)	Personengesellschaft als übertragender Rechtsträger	31	
c)	Umtauschverhältnis bei Auf- und Abspaltung – Nr 3		32
aa)	Allgemein		32
bb)	Umtauschverhältnis bei Auf- und Abspaltung		36
cc)	Umtauschverhältnis bei Ausgliederung		40
dd)	Ausnahmen zur Angabe des Umtauschverhältnisses		42
ee)	Bare Zuzahlungen		43
ff)	Angaben über die Mitgliedschaft		48
d)	Einzelheiten für die Übertragung der Anteile – Nr 4		49
e)	Anspruch auf Bilanzgewinn – Nr 5		50
f)	Spaltungsstichtag – Nr 6		51
g)	Sonderrechte und Sonder Vorteile – Nr 7 und 8		52
h)	Bezeichnung und Aufteilung der übergehenden Vermögensgegenstände – Nr 9		53
aa)	Allgemein		53
bb)	Erfasste Vermögensgegenstände		55
cc)	Betrieb und Betriebs teil – Abs 1 Nr 9 HS 2 und Teilbetrieb		56
dd)	Bestimmung durch Bilanz, Abs 2 S 3 HS 1		60
ee)	Sach- und Rechtsge samtheiten		62
ff)	Grundstücke und dingliche Rechte an Grund stücken		64
gg)	Anwartschaftsrechte		68
hh)	Gewerbliche Schutzrechte		69
ii)	Beteiligungen		70
jj)	Verbindlichkeiten		71
kk)	Verträge		74
ll)	Unternehmensverträge		75
mm)	öffentlich-rechtliche Rechtspositionen		76
nn)	Prozesse		77

	Rn		Rn
i) Aufteilung der gewährten Anteile oder Mitgliedschaften – Nr 10	78	b) Änderungen des Gesellschaftsvertrags und/oder der Satzung	89
j) Folgen für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen und Maßnahmen – Nr 11	84	c) Organbestellung	91
2. Mindestinhalt nach besonderen Vorschriften	86	d) Auffangregelungen/Auslegungshilfen	92
3. Sinnvolle Ergänzungen	88	e) Zusätzliche vertragliche Regelungen	93
a) Vorbemerkung	88	V. Zuleitung an den Betriebsrat	95
		VI. Zustimmungsbeschluss	97
		VII. Kosten	98

**Literatur:** *Aha* Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge bei der Ausgliederung?, AG 1997, 345; *Engelmeyer* Ausgliederung durch partielle Gesamtrechtsnachfolge und Einzelrechtsnachfolge – ein Vergleich, AG 1999, 263; *Fuhrmann/Simon* Praktische Probleme der umwandlungsrechtlichen Ausgliederung, AG 2000, 49; *Grub* Keine Zustimmung des Pensions-Sicherungs-Vereins zur Spaltung DZWIR 2005, 397; *Heidenhain* Spaltungsvertrag und Spaltungsplan, NJW 1995, 2873; *Pfaff* Dispositivität der Betriebsunterrichtung im Umwandlungsverfahren, DB 2002, 686; *Schwedhelm/Streck/Mack* Die Spaltung einer GmbH nach neuem Umwandlungsrecht, GmbHR 1995, 7; *Volmer* Vollzugsprobleme bei Spaltungen, WM 2002, 428.

### I. Allgemeines

Die Abs 1 und 2 regeln den allg gesetzlichen Mindestinhalt des Spaltungs- und Übernahmevertrags. Abs 3 bestimmt Notwendigkeit und Frist zur Weiterleitung des geschlossenen Vertrags oder seines Entwurfs an den zuständigen Betriebsrat der an der Spaltung beteiligten Rechtsträger vor Beschlussfassung über den Vertrag. 1

§ 126 Abs 1 und 3 entsprechen § 5 Abs 1 und 2 bei der Verschmelzung, weshalb von einer Parallelvorschrift zu § 5 gesprochen wird (*Schmitt/Hörtnagl/Stratz* Rn 1). Tatsächlich wäre auch hier eine Verweisung auf § 5 möglich gewesen, die Gesetzesanwendung wäre jedoch komplizierter geworden (RegEBegr BR-Drucks 75/94 zu § 126). 2

### II. Anwendungsbereich

Weil § 126 als generelle Vorschrift für alle Spaltungsarten gelten sollte, sich aber die Ausgliederung systematisch von der Auf- und Abspaltung unterscheidet, indem die Anteile am übernehmenden Rechtsträger nicht an die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers, sondern an den übertragenden Rechtsträger selbst gewährt werden, wurde eine Differenzierung innerhalb der Vorschrift notwendig (*Ganske* S 155). So gelten die Nr 3, 4 und 10 von Abs 1, nur für die Auf- und Abspaltung, weil sie Regelungen bzgl der den Anteilsinhabern des übertragenden Rechtsträgers zu gewährenden Anteile enthalten. Die Tatsache dass in §§ 131 Abs 1 Nr 3 S 3, 157 Abs 1 von einem Ausgliederungs- und Übernahmevertrag gesprochen wird, ändert nichts daran, dass es sich auch bei einem Ausgliederungsvertrag um einen Spaltungsvertrag handelt (so auch *Schmitt/Hörtnagl/Stratz* Rn 1; wohl auch, wenn auch etwas unklar *Müller* in *Kallmeyer*, Rn 1; *Priester* in *Lutter*, Rn 2). Dies ist lediglich einer der Fälle eines Spaltungsvertrags, der an den besagten Stellen zur Differenzierung von Auf- und Abspaltung herangezogen wurde. Genauso könnte man von einem Aufspaltungs- bzw Abspaltungsvertrag sprechen, um die Art der Spaltung anzuzeigen. 3

- 4 Eine weitere Differenzierung wurde auch bzgl der Spaltungsvarianten notwendig. So kann § 126 nur für Spaltungen zur Aufnahme unmittelbar gelten, denn bei einer Spaltung zur Neugründung fehlt dem übertragenden Rechtsträger ein Vertragspartner zum Abschluss eines Vertrags. Deshalb wird bei einer Spaltung zur Neugründung ein Spaltungsplan erstellt. Weil sich dessen Mindestinhalt aber mit dem des Spaltungsvertrags deckt, wurde § 126 über §§ 135 Abs 1, 136 für entspr anwendbar erklärt.

### III. Spaltungsvertrag – allgemein

- 5 **1. Aufgabe/Zweck.** Der Spaltungsvertrag regelt die Übertragung eines oder mehrerer Vermögensteile eines Rechtsträgers als Gesamtheit auf einen oder mehrere übernehmende Rechtsträger, der Spaltungsplan (s § 136) die Übertragung eines oder mehrerer Vermögensteile eines Rechtsträgers als Gesamtheit auf einen oder mehrere neu zu gründende Rechtsträger. Über ihn haben dann die Anteilseigner zu entscheiden. Der Spaltungsvertrag ist insoweit die **Grundlegung der Spaltung** (vgl *Schmitt/Hörtnagl/Stratz* Rn 3; *Priester* in Lutter, Rn 6).
- 6 Des Weiteren legt § 126 Abs 1 aufgrund der zahlreich geforderten Angaben den zwingenden Mindestinhalt eines Spaltungsvertrags fest, wozu gegebenenfalls noch weitere notwendige Angaben kommen (su Rn 86 ff). Diese Angaben sind wesentlich aber auch ausreichend als Entscheidungsgrundlage in Hinblick auf die Entscheidung der Anteilsinhaber, welchen bei Beschlussfassung der Vertrag zumindest im Entwurf vorliegen muss. Insoweit hat der Vertrag **Informations- und Schutzcharakter** gegenüber den Anteilsinhabern der beteiligten Rechtsträger (vgl *Schmitt/Hörtnagl/Stratz* Rn 3; *Priester* in Lutter, Rn 6, je mit Verweis auf Begr VerschRLG, BT-Drucks 9/1065, 14f).
- 7 **2. Rechtsnatur.** Eine Spaltung greift unmittelbar in die Vermögenssphäre der Gesellschafter ein und ist deshalb nicht lediglich Geschäftsführungsmaßnahme, sondern Grundlagengeschäft. Zwar wird der zugrunde liegende Vertrag von den Vertretungsorganen des übertragenden und des übernehmenden Rechtsträgers oder der übernehmenden Rechtsträger geschlossen, dessen Wirksamkeit ist aber von der Zustimmung der Gesellschafter abhängig (§§ 125, 13). Deshalb ist er gesellschaftsrechtlicher Organisationsakt. Der Spaltungsvertrag, der zwischen den beteiligten Rechtsträgern geschlossen wird, legt die Modifikationen der Spaltung fest und begründet für die am Vertrag Beteiligten Rechte und Pflichten; der Vertrag ist insoweit auch schuldrechtlicher Natur. Der Vertrag hat auch mittelbare dingliche Wirkung (vgl § 4 Rn 8).
- 8 **3. Abschluss. – a) Abschlusskompetenz.** § 125 iVm § 4 Abs 1 weisen den Vertretungsorganen der beteiligten Rechtsträger die Abschlusskompetenz zu. Die Vertretungsorgane müssen in vertretungsberechtigter Zahl handeln. Ist nach Satzung oder Gesellschaftervertrag unechte Gesamtvertretung zulässig, kann zusammen mit einem Vertretungsorgan auch ein Prokurist den Vertrag schließen. Ist Einzelprokura erteilt, so genügt diese jedoch nicht, um einen Spaltungsvertrag abzuschließen (allgM vgl nur § 4 Rn 14; *Lutter/Drygala* in Lutter, § 4 Rn 8). Gleiches gilt bei Gesamtprokura für den Abschluss durch zwei Prokuristen. Da es sich nicht um einen höchstpersönlichen Akt handelt, ist Bevollmächtigung der Handelnden – oder auch Genehmigung – möglich. Grds gilt § 167 Abs 2 BGB, wobei Schriftform zum Nachweis gegenüber dem Registergericht erforderlich ist (vgl oben § 4 Rn 15; *Widmann/Mayer* Rn 35, 36), wenn der Notar ohne schriftliche Vollmacht überhaupt beurkundet. Hier kann auch mit Vollmachtsbestätigungen

gehandelt werden, indem die zunächst aufgrund mündlich erteilter Vollmacht abgegebenen Erklärungen und Rechtshandlungen nachfolgend bestätigt werden. Abw hiervon ist bei einer Spaltung zur Neugründung einer GmbH oder AG auf strengere Form der Vollmacht zu achten. Hier bedarf die Vollmacht, die Vollmachtsbestätigung oder die Genehmigung der notariellen Beglaubigung oder Beurkundung (vgl § 2 Abs 2 GmbHG; § 56 Rn 18; zur Neugründung § 136 Rn 3 f; zum Formerfordernis beim Spaltungsbeschluss des übernehmenden Rechtsträgers vgl § 55 Rn 3). Sind Grundstücke Gegenstand der Spaltung, ist es wegen § 29 GBO sinnvoll, die Vollmacht oder Genehmigung beglaubigen zu lassen; wirksam ist die Spaltung gleichwohl ohne diese Form.

Nicht selten liegt im Konzern – auch teilw – Personenidentität der Vertretungsorgane der beteiligten Rechtsträger vor, so dass sich für den Vertragsschluss das Problem der Mehrfachvertretung (ggf auch des Selbstkontrahierens) nach § 181 BGB stellt. Hier hilft nur ein Befreiungsbeschluss, der auch noch im Spaltungsbeschluss erteilt werden kann, was aus Nachweiszwecken auch Sinn macht. Ist unechte Gesamtvertretung angeordnet, so dass jeweils zwei Personen handeln müssen, so kann man sich mit der Beteiligung verschiedener Prokuristen behelfen, soweit solche vorhanden sind. **9**

**b) Form.** Der endgültige Spaltungsvertrag bedarf der notariellen Beurkundung, § 125 iVm § 6. Der Entwurf bedarf lediglich der Schriftform (vgl Rn 13 f). Argument für die Beurkundungspflicht ist, dass ansonsten einzelne Gegenstände, deren Übertragung einer besonderen Form bedürfen (zB Geschäftsanteile, § 15 Abs 3, 4 GmbHG), über den Weg der Spaltung ohne Einhaltung dieser Form übertragen werden könnten (RegEBegr BR-Drucks 75/94 zu § 126; *Ganske* S 138). Nebenabreden sind beurkundungsbedürftig. Ebenso alles, was nach dem Parteiwillen als „unzertrennbares Ganzes“ hinzugehören soll (*Schmitt/Hörtnagl/Stratz* Rn 12; *Priester* in *Lutter*, Rn 13; *OLG Naumburg NZG* 2004, 734). Hierzu gehören auch die Abreden zwischen den Anteilseignern. **10**

Im Gegensatz zur Spaltung wird bei einer Verschmelzung das gesamte Vermögen eines Rechtsträgers oder mehrerer Rechtsträger auf einen Rechtsträger übertragen. Deshalb ist hier keine Abgrenzung der Vermögensgegenstände erforderlich. Bei einer Spaltung dagegen wird das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers gespalten und teilw auf einen oder teilw oder völlig auf mehrere Rechtsträger übertragen. § 126 Abs 2 S 3 stellt klar, dass hierfür auf Inventare und Bilanzen verwiesen werden kann, die dann als Anlagen mit zu beurkunden sind. Diese können zur Kenntnisnahme vorgelegt und auf deren Verlesen kann verzichtet werden; werden sie nicht verlesen, müssen sie auf jeder Seite unterzeichnet werden (§ 14 Abs 1, 2 BeurkG). IÜ können auch Bezugsurkunden erstellt werden (§ 13a BeurkG), was Sinn macht, wenn bei umfangreichen Anlagen nicht auf das Verlesen verzichtet werden kann. Hier wird man mit Bevollmächtigten (Notariatsangestellten) handeln. Die Beurkundung hat jedenfalls aus Gründen der Rechtssicherheit vor einem deutschen Notar zu erfolgen, auch nach der Einführung des EHUG (vgl dazu § 4 Rn 21; *Widmann/Mayer* § 6 Rn 65 ff; ausführlich auch *Stoye-Benk* B Rn 62, S 37 f). **11**

**c) Verfahren – Bindungswirkung – Durchsetzung.** Der Spaltungsvertrag kann vor oder nach der Beschlussfassung beurkundet werden, da es genügt, wenn der Spaltungsvertrag bei Beschlussfassung in schriftlicher Form vorliegt, §§ 125, 4 Abs 2. Zuständig für die Aufstellung des Entwurfs sind ebenfalls die Vertretungsorgane der beteiligten Rechtsträger (vgl *Schmitt/Hörtnagl/Stratz* Rn 7). Erst nach Beurkundung **12**

des Vertrags und der zustimmenden Beschl der Anteilseigner der beteiligten Rechtsträger wird der Vertrag wirksam und bindend.

- 13 aa) Beschlussfassung über den Entwurf.** Werden die Beschl der Anteilseigner der beteiligten Rechtsträger über den schriftlichen Entwurf vorbehaltlos gefasst, so kann der Vertrag in dieser Form beurkundet werden, muss es aber auch. Der Vertrag wird mit Beurkundung wirksam (vgl §§ 125, 13). Um Problemen aus dem Weg zu gehen, sollte auch auf Modifikationen, die materiell nichts ändern, verzichtet werden (vgl zur Verschmelzung § 4 Rn 26). Nur dem vorgelegten Entwurf wurde zugestimmt.
- 14** Wird dem Entwurf des Spaltungsvertrags nur unter dem Vorbehalt von Änderungen zugestimmt, dann muss der Vertrag, der nachfolgend notariell beurkundet wird, diese Änderungen berücksichtigen. Eine erneute Beschlussfassung erübrigt sich dann (*Priester* in *Lutter*, Rn 11), der Spaltungsvertrag wird mit seiner Beurkundung wirksam (vgl §§ 125, 13).
- 15 bb) Beschlussfassung über den beurkundeten Vertrag.** Wird dem beurkundeten Vertrag in seiner Form von sämtlichen Anteilsinhabern ohne Vorbehalte zugestimmt, dann wird der Vertrag mit der letzten Beschlussfassung wirksam (§§ 125, 13).
- 16** Solange nicht sämtliche Beschl der Anteilsinhaber der beteiligten Rechtsträger mit notwendiger Mehrheit zustimmend gefasst sind, ist der Vertrag schwebend unwirksam. Wird dem Vertrag nur unter Vorbehalt zugestimmt, muss der Vertrag neu beurkundet werden, was zusätzliche Kosten verursacht.
- 17 cc) Wahl der Beschlussfassung.** Wenn sich alle Beteiligten einig sind, kann der Vertrag ohne Probleme vor Beschlussfassung beurkundet werden. Da es kostenmäßig günstiger ist, den Vertrag in einer Urkunde mit den Beschl zu beurkunden (vgl § 4 Rn 25 f), wird in diesen Fällen eine gleichzeitige Beurkundung von Vertrag und Beschl vorzugswürdig sein.
- 18** Ist davon auszugehen, dass die Anteilseigner dem Spaltungsvertrag nicht ohne weiteres zustimmen, macht es Sinn, den Vertrag schriftlich vorzulegen. Dann kann dem schriftlichen Entwurf auch unter Vorbehalt von Änderungen zugestimmt werden. Wird der Vertrag dann notariell beurkundet, so müssen und können die Änderungen berücksichtigt werden, Kosten für eine zweite Beurkundung werden vermieden.
- 19 dd) Durchsetzung.** Sobald der Spaltungsvertrag und sämtliche Zustimmungsbeschlüsse der Anteilseigner der beteiligten Rechtsträger beurkundet sind, ist der Spaltungsvertrag wirksam und durchsetzbar. Die Vertragsparteien, also der übertragende und der übernehmende Rechtsträger können auf Erfüllung, dh auf Vollzug des Vertrags klagen (vgl *Schröer* in *Semler/Stengel*, Rn 16 ff; *Lutter/Drygala* in *Lutter*, § 13 Rn 18; *Zimmermann* in *Kallmeyer*, § 13 Rn 17).
- 20 ee) Änderungen.** Für die Änderungen des Spaltungsvertrags gilt das zur Änderung des Verschmelzungsvertrags in § 4 Rn 41 Gesagte, lediglich mit dem Unterschied, dass die Spaltung mit Eintragung im Register des übertragenden Rechtsträgers, § 131 Abs 1 und nicht mit Eintragung im Register des übernehmenden Rechtsträgers wirksam wird. Insbes ist auch Abs 3 zu beachten, wenn Änderungen vorgenommen werden, nicht dass über nachträgliche Änderungen die Arbeitnehmervertretung nicht (rechtzeitig) benachrichtigt wurde, vgl § 13 Rn 20 ff.