

Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz: UmwG, UmwStG

Schmitt / Hörtnagl

11. Auflage 2026
ISBN 978-3-406-83859-0
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition.
Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage
C.H.BECK und Franz Vahlen.
beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit:

über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Die nicht-antragstellenden Rechtsträger sind von vornherein nicht beschwerdebefugt (zutr. Widmann/Mayer/Fronhöfer Rn. 17.2; BeckOGK/Fromholzer Rn. 41). Entsprechendes gilt für die Anteilsinhaber (zutr. Baßler AG 2006, 490; BeckOGK/Fromholzer Rn. 41) und für den bestellten Verschmelzungsprüfer. Letzterer ist nicht auf eine Beschwerde gegen die gerichtliche Entscheidung angewiesen. Er hat es selbst in der Hand, den Auftrag anzunehmen oder abzulehnen (Widmann/Mayer/Fronhöfer Rn. 16.1, 17.3; BeckOGK/Fromholzer Rn. 41). Schließlich kann die Beschwerde nicht darauf gestützt werden, dass das Gericht seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen hat (§ 65 IV FamFG).

c) Zuständigkeit (Abs. 5). Über die Beschwerde entscheidet das **OLG**. Gem. **Abs. 5** kann die Landesregierung bzw. die Landesjustizverwaltung durch **Rechtsverordnung** die Konzentration auf ein OLG vornehmen, dessen Zuständigkeit sich dann über mehrere OLG-Bezirke erstreckt. Davon haben die Länder Bayern (OLG München), Nordrhein-Westfalen (OLG Düsseldorf) und Rheinland-Pfalz (OLG Zweibrücken) schon zum früheren § 309 III aF Gebrauch gemacht. Diese Konzentrationsverordnungen sind weiter gültig (Lutter/Drygala Rn. 21; Kallmeyer/Lanfermann Rn. 26 mwN).

Seit Inkrafttreten des FGG-RG findet gegen die Beschwerdeentscheidung des OLG die **Rechtsbeschwerde** nach §§ 70 ff. FamFG statt. Der frühere Ausschluss der weiteren Beschwerde in § 10 VI 2 aF wurde nicht übernommen. Allg. zum FGG-RG → Einf. Rn. 27. Die Rechtsbeschwerde muss durch das OLG zugelassen werden (§ 70 I FamFG). Die Rechtsbeschwerde ist zuzulassen, wenn die Rechtssache grds. Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rspr. eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert (§ 70 II FamFG). Diese Voraussetzungen dürften selten vorliegen. Vgl. allg. zur Rechtsbeschwerde MüKoFamFG/Koritz FamFG §§ 70 ff.; Zöller/Feskorn FamFG §§ 70 ff.

Mit Einwilligung aller Beteiligten ist es auch möglich, unter Übergehung der Beschwerdeinstanz die **Sprungrechtsbeschwerde** einzulegen (§ 75 I FamFG). Hierbei ist zu beachten, dass gem. § 75 I 2 FamFG der Antrag auf Zulassung der Sprungrechtsbeschwerde und die Erklärung der Einwilligung als Verzicht auf das Rechtsmittel der Beschwerde gelten. Wird der Zulassungsantrag abgelehnt, steht das Rechtsmittel der Beschwerde nicht mehr zur Verfügung (MüKoFamFG/Koritz FamFG § 75 Rn. 2).

8. Vergütung der Verschmelzungsprüfer

Gem. **Abs. 1 S. 3** gilt **§ 318 V HGB** für den Ersatz von Auslagen und für die Vergütung der vom Gericht bestellten Prüfer entsprechend. Damit ist § 340b II 4 AktG aF unverändert übernommen worden. Die Verschmelzungsprüfer haben Anspruch auf Ersatz barer Auslagen und auf eine **angemessene Vergütung**, die vom **Gericht** festgesetzt wird und die mit der Beschwerde überprüft werden kann (§ 318 V 3 HGB). Die rkr. Entscheidung über die Festsetzung der Vergütung ist gleichzeitig Vollstreckungstitel für den Verschmelzungsprüfer (§ 318 V 4 HGB).

Zu beachten ist allerdings, dass der Verweis auf § 318 V HGB für die von der gerichtlichen Entscheidung Betroffenen, also die beteiligten Rechtsträger und den/die Verschmelzungsprüfer, unbefriedigend ist. Die gerichtliche Bestellung ersetzt zwar die sonst zur Bestellung eines Prüfers notwendige Willenserklärung des Rechtsträgers, sie begründet aber gerade keinen Auftrag des Gerichts, wie dies bei der Bestellung eines Sachverständigen etwa im normalen Zivilprozess der Fall ist (Widmann/Mayer/Fronhöfer Rn. 16.2). Vielmehr entsteht durch die gerichtliche Entscheidung und die nachfolgende unverzügliche Annahmeerklärung durch den Verschmelzungsprüfer (die ihm freisteht, dazu Widmann/Mayer/Fronhöfer Rn. 16.1; er muss unverzüglich reagieren, wenn er den Auftrag ablehnt, Semler/Stengel/Leonard/Wieland-Blöse/Jacobs Rn. 10) ein **werkvertragsähnliches gesetzliches**

Schuldverhältnis zwischen dem Verschmelzungsprüfer und dem von ihm zu prüfenden Rechtsträger (BeckOGK/Fromholzer Rn. 33; Lutter/Drygala Rn. 14; Widmann/Mayer/Fronhöfer Rn. 16.2).

- 35 Gerade weil es in der Praxis häufig Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Vergütung von Verschmelzungsprüfern und von iRd Spruchverfahrens bestellten Sachverständigen gibt, sollte das Gericht vor der Festsetzung der Vergütung versuchen, eine Einigung zwischen den Parteien des gesetzlichen Schuldverhältnisses über die Höhe der Vergütung zu erzielen, die anschl. der gerichtlichen Entscheidung iRv § 318 V HGB zugrunde gelegt wird (solche Einigungen sind gängige Praxis, vgl. Semler/Stengel/Leonard/Wieland-Blöse/Jacobs Rn. 16; zur Abweichung von den Sätzen des JVEG (früher ZSEG) → Rn. 4).
- 36 Das darf allerdings nicht dazu führen, dass die Bereitschaft der beteiligten Rechtsträger zu einer großzügigen Vergütung eine Loyalität des Verschmelzungsprüfers diesen Rechtsträgern gegenüber begründet (auch dies lässt sich in der Praxis beobachten).
- 37 Gem. § 318 V 3 HGB ist die Entscheidung des Gerichts über die Vergütung des Verschmelzungsprüfers mit der Beschwerde angreifbar. Ebenso wie vor dem FGG-RG die weitere Beschwerde ist nun die Rechtsbeschwerde ausgeschlossen (§ 318 V 3 Hs. 2 HGB). Beschwerdeberechtigt sind sowohl der Prüfer als auch die beteiligten Rechtsträger, und zwar jew. in dem Umfang, in dem sie durch die Entscheidung beschwert sind (Widmann/Mayer/Fronhöfer Rn. 16.3.3; iÜ wird auf die Speziallit. zu § 318 HGB verwiesen).

§ 11 Stellung und Verantwortlichkeit der Verschmelzungsprüfer

(1) ¹Für die Auswahl und das Auskunftsrecht der Verschmelzungsprüfer gelten § 319 Abs. 1 bis 4, § 319b Abs. 1, § 320 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 1 und 2 des Handelsgesetzbuchs entsprechend. ²Soweit Rechtsträger betroffen sind, die Unternehmen von öffentlichem Interesse nach § 316a Satz 2 des Handelsgesetzbuchs sind, gilt für die Auswahl der Verschmelzungsprüfer neben Satz 1 auch Artikel 5 Absatz 1 der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über spezifische Anforderungen an die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse und zur Aufhebung des Beschlusses 2005/909/EG der Kommission (ABl. L 158 vom 27.5.2014, S. 77; L 170 vom 11.6.2014, S. 66) entsprechend mit der Maßgabe, dass an die Stelle der in Artikel 5 Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe a und b der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 genannten Zeiträume der Zeitraum zwischen dem Beginn des Geschäftsjahres, welches dem Geschäftsjahr vorausgeht, in dem der Verschmelzungsvertrag geschlossen wurde, und dem Zeitpunkt, in dem der Verschmelzungsprüfer den Prüfungsbericht nach § 12 erstattet hat, tritt. ³Soweit Rechtsträger betroffen sind, für die keine Pflicht zur Prüfung des Jahresabschlusses besteht, gilt Satz 1 entsprechend. ⁴Dabei findet § 267 Abs. 1 bis 3 des Handelsgesetzbuchs für die Umschreibung der Größenklassen entsprechende Anwendung. ⁵Das Auskunftsrecht besteht gegenüber allen an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträgern und gegenüber einem Konzernunternehmen sowie einem abhängigen und einem herrschenden Unternehmen.

(2) ¹Für die Verantwortlichkeit der Verschmelzungsprüfer, ihrer Gehilfen und der bei der Prüfung mitwirkenden gesetzlichen Vertreter einer Prüfungsgesellschaft gilt § 323 des Handelsgesetzbuchs entsprechend. ²Die Verantwortlichkeit besteht gegenüber den an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträgern und deren Anteilsinhabern.

Übersicht

	R.n.
1. Allgemeines	1
2. Auswahl der Prüfer	4
a) Befähigter Personenkreis	4
b) Ausschlussgründe	11
3. Auskunftsrecht	19
4. Verantwortlichkeit der Verschmelzungsprüfer	23

1. Allgemeines

Abs. 1, der § 340b II AktG aF nur eingeschränkt fortführt, verweist weitestgehend auf die Vorschriften des HGB zur Auswahl und zum Auskunftsrecht der Abschlussprüfer (§§ 319 ff. HGB). Das **Gericht** (§ 10 I) hat diese Vorschriften bei der Auswahl der Verschmelzungsprüfer entsprechend zu beachten. Abs. 1 S. 4 übernimmt § 340b III 2 AktG aF und ergänzt diese Vorschriften noch.

Durch das **BilMoG** v. 25.5.2009 (BGBl. 2009 I 1102) wurde zur Umsetzung der Abschlussprüfer-RL (RL 2006/43/EG) **§ 319b HGB** neu eingeführt. Gleichzeitig wurde die Verweisung in Abs. 1 entsprechend ergänzt.

Durch das Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (**FISG**) v. 3.6.2021 (BGBl. 2021 I 1534) wurde als Reaktion auf den sog. Wirecard-Skandal (BeckOK HGB/Poll HGB § 319a vor Rn. 1) § 319a HGB aufgehoben. Daher wurde bzgl. der Stellung und Verantwortlichkeit der Verschmelzungsprüfer der Verweis auf den Abs. 1 dieser Vorschrift aus § 11 I 1 gestrichen und ein **neuer** S. 2 eingefügt. In § 354 IV (§ 321 IV aF) findet sich hierzu eine Übergangsvorschrift. Bisherige Abs. 1 S. 2–4 wurden Abs. 1 S. 3–5.

Abs. 2 regelt die Verantwortlichkeit der Verschmelzungsprüfer und verweist dafür auf § 323 HGB. Die Vorschrift entspricht § 340b V AktG aF.

2. Auswahl der Prüfer

a) Befähigter Personenkreis. Welche Person als Verschmelzungsprüfer in Frage kommt, richtet sich nach der **Rechtsform** des betroffenen Rechtsträgers.

Gem. **Abs. 1 S. 1 iVm § 319 I 1 HGB** wird zunächst klargestellt, dass die Verschmelzungsprüfung, soweit sie **AG** als beteiligte Rechtsträger betrifft, **ausschließlich von Wirtschaftsprüfern oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften** durchgeführt werden kann. Vereidigte Buchprüfer bzw. Buchprüfungsgesellschaften scheiden bei einer **AG**, **KGaA** aus (§ 319 I 2 HGB; zur kleinen AG jedoch → Rn. 7). Gleiches gilt für **große GmbH iSv § 267 III HGB**. Zur Ausnahme bei Beteiligung einer **eG** → Rn. 10.

Bei allen **anderen Rechtsträgern** (zB Verein, PhG; zur eG → Rn. 10) sind die Voraussetzungen von **Abs. 1 S. 3, 4** zu prüfen. Durch die entsprechende Anwendung von § 319 I 2 HGB (in Abs. 1 S. 1 festgeschrieben) wird klargestellt, dass für kleine und mittelgroße Rechtsträger iSv § 267 I, II HGB der Kreis der möglichen Verschmelzungsprüfer auch auf **vereidigte Buchprüfer und Buchprüfungsgesellschaften** ausgedehnt wird. Da es sich bei den an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträgern iSv § 3 I nicht notwendig um KapGes handeln muss, war die entsprechende Anwendung von § 267 I, II HGB in Abs. 1 S. 4 geboten.

Zusammengefasst ergibt sich folgende Zuständigkeit:

- **Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften** können **stets** (außer bei eG; → Rn. 10) Verschmelzungsprüfer sein, für AG (nicht jedoch für die „kleine AG“, Widmann/Mayer/Mayer Rn. 7; Kölner Komm UmwG/Erkens Rn. 3; Semler/Stengel/Leonard/Wieland-Blöse/Jacobs Rn. 3; BeckOGK/Fromholzer Rn. 7;

wohl auch Kallmeyer/Lanfermann Rn. 2; aA Lutter/Drygala Rn. 3) und KGaA ist ihre Zuständigkeit exklusiv begründet (Abs. 1 S. 1 iVm § 319 I 1 HGB), ebenso für große KapGes (Abs. 1 S. 1 iVm § 319 I 1, 2 HGB) und sonstige Rechtsträger, die entsprechend § 267 III HGB als große Ges einzustufen sind (Abs. 1 S. 2, 3 iVm § 267 III HGB).

- 9 – IÜ konkurrieren Wirtschaftsprüfer und WirtschaftsprüfungsGes mit **vereidigten Buchprüfern und BuchprüfungsGes**. Diese können die Verschmelzungsprüfung bei der kleinen AG und bei kleinen und mittelgroßen GmbH (Abs. 1 S. 1 iVm § 319 I 2 HGB; zu der ursprünglich anderen Intention des Gesetzgebers für die Zuständigkeit bei der Prüfung mittelgroßer GmbH iRv § 11 vgl. Ganske WPg 1994, 159 f. mwN) und iÜ bei allen Rechtsträgern, die nicht KapGes sind und unter die Größenklassenmerkmale von § 267 I, II HGB fallen, vornehmen (Abs. 1 S. 3, 4 iVm § 267 I, II HGB).
- 10 – Jew. von der Prüfungstätigkeit ausgeschlossen sind Wirtschaftsprüfer, WirtschaftsprüfungsGes, vereidigte Buchprüfer und BuchprüfungsGes bei **Beteiligung von eG** und deren Tochterunternehmen, insoweit gilt die **Sonderregelung** von § 81 (vgl. Begr. RegE, BR-Drs. 75/94 zu § 11 I; Semler/Stengel/Leonard/Wieland-Blöse/Jacobs Rn. 4; Widmann/Mayer/Mayer Rn. 9).
- 11 – **b) Ausschlussgründe**. Gem. Abs. 1 S. 1 gelten für die Auswahl der Verschmelzungsprüfer die Ausschlussgründe von § 319 II, III, IV HGB und § 319b I HGB entsprechend. Früher erstreckte sich der Verweis auch auf § 319a I HGB aF, der jedoch durch das FISG v. 3.6.2021 (BGBl. 2021 I 1534) aufgehoben und daher durch einen neuen Abs. 1 S. 2 ersetzt wurde (Übergangsregelung in § 354 IV = § 321 IV aF). Das **Gericht**, welches die Verschmelzungsprüfer allein bestellt (§ 10 I), hat diese Vorschriften zu beachten. Sie dienen der **Unabhängigkeit** der Prüfer.
- 12 – **§ 319 II HGB** legt den Grundsatz fest und regelt allg. den Ausschluss eines Prüfers wegen der Besorgnis der **Befangenheit**. Diese kann auf Grund geschäftlicher, finanzieller oder persönlicher Umstände vorliegen.
- 13 – **§ 319 III und IV HGB** zählen umfassend, aber nicht abschl. einzelne Konstellationen auf, bei denen die Besorgnis der Befangenheit als begründet angesehen wird. Wegen der Einzelheiten wird auf BeBiKo/Schmidt/Nagel HGB § 319 Rn. 20 ff. verwiesen.
- 14 – Bes. Ausschlussgründe bestehen gem. Abs. 1 S. 2 iVm **Art. 5 I VO (EU) 537/2014** (Abschlussprüfer-VO), soweit Rechtsträger betroffen sind, die **Unternehmen von öffentlichem Interesse** (§ 316a S. 2 HGB) sind. Dies umfasst kapitalmarkt-orientierte Rechtsträger, bestimmte CRR-Kreditinstitute gem. KWG und bestimmte Versicherungsunternehmen. Hier kann ein Prüfer oder eine Prüfungsgesellschaft als Verschmelzungsprüfer ausgeschlossen sein, wenn dieser in dem in Abs. 1 S. 2 präzisierten Zeitraum im Katalog des Art. 5 I Abschlussprüfer-VO genannte Nichtprüfungsleistungen erbracht hat. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf BeckOK HGB/Poll Abschlussprüfungs-VO Art. 5 Rn. 1 ff. verwiesen.
- 15 – Durch das **BilMoG** v. 25.5.2009 (BGBl. 2009 I 1102) wurde der „Netzwerkattbestand“ (Kallmeyer/Lanfermann Rn. 5) in **§ 319b HGB** neu eingeführt. Gleichzeitig wurde Abs. 1 um diesen Tatbestand ergänzt. Die zu beachtenden Ausschlussgründe wurden dadurch nochmals erweitert. Nach **§ 319b I 1 HGB** ist ein Prüfer ausgeschlossen, wenn ein Mitglied seines **Netzwerks** bestimmte Ausschlussgründe nach § 319 II–IV HGB erfüllt, es sei denn, dass das Netzwerkmitglied keinen Einfluss auf das Ergebnis der Prüfung nehmen kann (§ 319b I 1 Hs. 2 HGB). **§ 319 I 2 HGB** normiert absolute Ausschlussgründe ohne Möglichkeit, die Besorgnis der Befangenheit zu entkräften. Ein Netzwerk liegt gem. § 319b I 3 HGB vor, wenn Personen bei ihrer Berufsausübung zur Verfolgung **gemeinsamer** wirtschaftlicher Interessen für eine gewisse Dauer zusammenwirken. Kriterien für ein Netzwerk sind bspw. eine Gewinn- und Kostenteilung, gemeinsames Eigentum und die gemeinsame

Kontrolle bzw. Geschäftsführung, Qualitätssicherung, Geschäftsstrategie, Marke und Nutzung fachlicher Ressourcen (Begr. RegE, BT-Drs. 16/10067, 90).

Zur Frage, ob eine **Bestellung des Abschlussprüfers zum Verschmelzungsprüfer** gegen § 319 II Nr. 5, III Nr. 4 HGB aF verstößt, hat das LG München I (ZIP 1999, 2154) bereits früh zu Recht darauf hingewiesen, dass beide Tätigkeiten sich funktional und konzeptionell grds. unterscheiden. Auch die RL 84/253/EWG aF (heute RL 2006/43/EG) betreffend die Befähigung der Prüfer stehe einer solchen Auslegung nicht entgegen, ebenso wenig die Entscheidung des BGH zur Abgrenzung zwischen zulässiger Beratung und unzulässiger Mitwirkung an der Erstellung des Abschlusses (BGH ZIP 1997, 1162 mAnm Heni EWiR 1998, 67). Ähnlich für Sonderprüfung OLG München AG 2001, 193. Vgl. auch Lutter/Drygala Rn. 4, der zutr. auch auf den Ausschlussatbestand von § 319 III Nr. 6 HGB hinweist.

Anlässlich der Fusion zur HypoVereinsbank hat der BGH (DB 2003, 383) umfassend zur Anwendung von §§ 318, 319 HGB ausgeführt. Als Abschlussprüfer darf danach grds. auch tätig sein, wer zuvor bei der Verschm. als Bewerter (nicht Gegenstand der BGH-Entscheidung; als Verschmelzungsprüfer) tätig war (ausf. mwN Marx DB 2003, 431). § 318 III HGB kann der Tätigkeit im Einzelfall entgegenstehen (BGH DB 2003, 383). Für die Frage, ob der Verschmelzungsprüfer wegen früherer Tätigkeiten als Abschlussprüfer ungeeignet ist, kommt es deshalb iE auf die Würdigung des konkreten Einzelfalls an (zu an einer amerikanischen Börse notierten Rechtsträgern Semler/Stengel/Leonard/Wieland-Blöse/Jacobs Rn. 7).

Im Ergebnis darf der Abschlussprüfer zwar als Verschmelzungsprüfer tätig werden, dann aber ggf. nicht mehr bei nachfolgenden Abschlussprüfungen. Das Problem dürfte sich in der Praxis nur noch ausnahmsweise stellen, denn nach der Änderung von § 10 – nur noch gerichtliche Bestellung des Verschmelzungsprüfers – wird das Gericht zumindest bei Publikumsgesellschaften regelmäßig nicht die Abschlussprüfer bestellen (→ § 10 Rn. 6 f.). Eine Tätigkeit als Gründungsprüfer ist zulässig (→ § 10 Rn. 9 aE).

3. Auskunftsrecht

Abs. 1 S. 5 ergänzt die Verweisung auf § 320 I 2, II 1, 2 HGB in Abs. 1 S. 1. Diese **Duldungspflicht** besteht gegenüber allen Verschmelzungsprüfern, auch gegenüber Verschmelzungsprüfern anderer Rechtsträger in Zusammenhang mit dem einheitlichen Verschmelzungsverfahren (näher Lutter/Drygala Rn. 6 mwN). § 320 I 2 HGB ist iRv Abs. 1 S. 5 aber nicht anzuwenden (zutr. Kallmeyer/Lanfermann Rn. 12 mwN).

Ebenso besteht für alle Abschlussprüfer das Recht, von allen Leitungsorganen aller beteiligten Rechtsträger sämtliche **Aufklärungen und Nachw.** zu verlangen, die für eine sorgfältige Prüfung notwendig sind (§ 320 II 1 HGB).

Abs. 1 S. 5 stellt schließlich klar, dass die beschriebenen Pflichten und Rechte auch gegenüber **verbundenen Unternehmen iSv § 15 AktG** bestehen; damit wird eine Gleichschaltung mit der gewünschten Ausführlichkeit des Verschmelzungsberichts gem. § 8 I 4 erreicht. Außerdem kann nur auf diese Weise der Prüfungsgegenstand „Verschmelzungsvertrag“ abschl. beurteilt werden, weil auch im Verschmelzungsbericht auf die rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse bei verbundenen Unternehmen einzugehen ist (→ § 8 Rn. 27 f.).

Unrichtige Angaben gegenüber dem Verschmelzungsprüfer sind strafrechtlich sanktioniert (vgl. § 346 I Nr. 2).

4. Verantwortlichkeit der Verschmelzungsprüfer

Abs. 2 S. 1 verweist in vollem Umfang auf § 323 HGB. In Übereinstimmung mit Abs. 1 S. 5, der den Verschmelzungsprüfern Rechte gegenüber allen an der

Verschm beteiligten Rechtsträgern gewährt, schreibt **Abs. 2 S. 2** zusätzlich die Verantwortlichkeit der Verschmelzungsprüfer gegenüber allen beteiligten Rechtsträgern und deren Anteilsinhabern fest.

- 24 Gefordert wird eine **gewissenhafte und unparteiische Prüfung**, die unbefugte Verwendung oder Offenbarung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen ist untersagt. Eine Verantwortlichkeit gegenüber verbundenen Unternehmen (zum Prüfungsgegenstand → Rn. 20 f.) besteht gem. Abs. 2 S. 2 wohl nicht, weil insoweit § 323 I 3 HGB verdrängt wird (krit. dazu Lutter/Drygala Rn. 8; Kölner Komm UmwG/Erkens Rn. 19); Entsprechendes gilt in Bezug auf die Gläubiger der Rechtsträger (Widmann/Mayer/Mayer Rn. 33).
- 25 Eine schuldhaft Verletzung der Pflichten aus § 323 I 1, 2 HGB führt zum **Schadensersatz** (Abs. 2 iVm § 323 I 3 HGB). Die gesamtschuldnerische Haftung ist bei einfach fahrlässigen Pflichtverstößen, auch bei mehreren schadensbegründenden Handlungen, grds. auf 1,5 Mio. Euro begrenzt (§ 323 II 1 Nr. 3 HGB). Die Änderung auf Euro erfolgte durch Art. 1 EuroBilG v. 10.12.2001 (BGBl. 2001 I 3414); vor Inkrafttreten (§ 46 EGHGB) des **KonTraG** v. 27.4.1998 (BGBl. 1998 I 786) lautete der Höchstbetrag auf 500.000 DM. Bei Unternehmen von öffentlichen Interesse und bei grober Fahrlässigkeit gelten seit dem 1.7.2021 jeweils höhere Haftungsbegrenzungen. Der Schadensersatzanspruch kann nicht abbedungen werden. Er **verjährt** in drei Jahren (§ 195 BGB, nach Wegfall des § 323 V HGB aF).
- 26 Vgl. zur Strafbarkeit der Verschmelzungsprüfer § 347.

§ 12 Prüfungsbericht

(1) ¹Die Verschmelzungsprüfer haben über das Ergebnis der Prüfung schriftlich zu berichten. ²Der Prüfungsbericht kann auch gemeinsam erstattet werden.

(2) ¹Der Prüfungsbericht ist mit einer Erklärung darüber abzuschließen, ob das vorgeschlagene Umtauschverhältnis der Anteile, gegebenenfalls die Höhe der baren Zuzahlung oder die Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger als Gegenwert angemessen ist. ²Dabei ist anzugeben,

1. nach welchen Methoden das vorgeschlagene Umtauschverhältnis ermittelt worden ist;
2. aus welchen Gründen die Anwendung dieser Methoden angemessen ist;
3. welches Umtauschverhältnis oder welcher Gegenwert sich bei der Anwendung verschiedener Methoden, sofern mehrere angewandt worden sind, jeweils ergeben würde; zugleich ist darzulegen, welches Gewicht den verschiedenen Methoden bei der Bestimmung des vorgeschlagenen Umtauschverhältnisses oder des Gegenwerts und der ihnen zugrundeliegenden Werte beigemessen worden ist und, falls in den an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträgern unterschiedliche Methoden verwendet worden sind, ob die Verwendung unterschiedlicher Methoden gerechtfertigt war;
4. welche besonderen Schwierigkeiten bei der Bewertung der Rechtsträger aufgetreten sind.

(3) § 8 Abs. 2 und 3 ist entsprechend anzuwenden.

Übersicht

	Rn.
1. Allgemeines	1
2. Form des Berichts (Abs. 1)	2
3. Gegenstand der Verschmelzungsprüfung	4

	Rn.
4. Aufbau und Inhalt des Berichts (Abs. 2)	7
5. Geheimnisschutz (Abs. 3 iVm § 8 II)	24
6. Verzicht durch die Anteilsinhaber (Abs. 3 iVm § 8 III)	26
7. Bedeutung der Prüfung	29

1. Allgemeines

Abs. 1 wurde wörtlich aus § 340b IV 1, 2 AktG aF übernommen. Die Verschmelzungsprüfer haben einen schriftlichen, ggf. gemeinsamen **Bericht** über das Ergebnis der von ihnen vorgenommenen Prüfung zu erstatten (vgl. zur Strafbarkeit § 347). In **Abs. 2** wurde zum Schutz der Anteilsinhaber der notwendige **Mindestinhalt** des Prüfungsberichts in Fortsetzung und teilw. Erweiterung zu § 340 IV 2 ff. AktG aF festgelegt. Durch das UmRUG (Einf. → Rn. 43 ff.) wurden die nach Abs. 2 S. 2 Nr. 3 erforderlichen Angaben erweitert und zum Teil in eine neue Nr. 4 verschoben (→ Rn. 15). Gem. **Abs. 3** gelten § 8 II, III für den Geheimnisschutz und die Entbehrlichkeit des Verschmelzungsprüfungsberichts entsprechend.

2. Form des Berichts (Abs. 1)

Vgl. zum Ganzen IDW BT Kap. C Rn. 59 ff. Der Prüfungsbericht muss **schriftlich** abgefasst sein, **Abs. 1 S. 1**. Grds. hat jeder Prüfer einen eigenen Bericht zu verfassen; soweit eine **gemeinsame Bestellung** erfolgt ist (vgl. § 10 I 2), gibt es nur einen **einheitlichen Prüfungsbericht** (aA Kallmeyer/Lanfermann Rn. 2; Kölner Komm UmwG/Erkens Rn. 4: zwar berufsförmlich, aber nicht zwingend).

Darüber hinaus eröffnet **Abs. 1 S. 2** auch dann die Möglichkeit zur Erstellung eines einzigen gemeinsamen Berichts, wenn für jeden beteiligten Rechtsträger verschiedene Verschmelzungsprüfer bestellt wurden. Ob von der Möglichkeit von Abs. 1 S. 2 Gebrauch gemacht wird, liegt grds. **im freien Ermessen** der Verschmelzungsprüfer (Lutter/Drygala Rn. 2; Semler/Stengel/Leonard/Wieland-Blöse/Jacobs Rn. 5; Kölner Komm UmwG/Erkens Rn. 5; BeckOGK/Fromholzer Rn. 7); die von Abs. 2 und dem Sinn und Zweck von § 12 (Anteilsinhaberschutz) geforderte Transparenz darf dadurch allerdings nicht beeinträchtigt werden.

3. Gegenstand der Verschmelzungsprüfung

Zu prüfen ist der **Verschmelzungsvertrag** oder sein Entwurf (§ 9 I), und zwar auf Vollständigkeit hins. der vorgeschriebenen Mindestangaben, auf inhaltliche Richtigkeit und – vor allem – die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses sowie einer etwaigen Barabfindung (BGHZ 107, 296 (303) = NJW 1989, 2689). Der Verschmelzungsbericht ist kein Prüfungsgegenstand.

Damit erstreckt sich die Prüfung zunächst darauf, ob der – zum Zeitpunkt der Prüfung aktuelle (vgl. Semler/Stengel/Leonard/Wieland-Blöse/Jacobs Rn. 21 mit Verweis auf OLG Hamm AG 2005, 361; LG München AG 2010, 419) – Verschmelzungsvertrag bzw. dessen Entwurf den Anforderungen von § 5 I entspricht (vgl. auch Ganske WPg 1994, 157 (161); Lutter/Drygala § 9 Rn. 9 mwN). Wesentliches Element ist weiter die Begutachtung der **Angemessenheit des vorgeschlagenen Umtauschverhältnisses** der Anteile (→ Rn. 11 ff.; vgl. aber OLG Düsseldorf AG 2017, 900 (909) zum Prüfbericht bei der verhältnismäßigen Spaltung); ggf. ist auch das Ergebnis der Prüfung einer zu gewährenden baren Zuzahlung oder der Wert der Mitgliedschaft beim übernehmenden Rechtsträger mitzuteilen. Der Verschmelzungsprüfer ist aber nicht gehalten, das Umtauschverhältnis zu errechnen und den so ermittelten Wert mit dem im Verschmelzungsvertrag angegebenen Umtauschverhältnis zu vergleichen. Der **Verschmelzungsprüfer bestimmt nicht das Umtauschverhältnis**, er überprüft lediglich das ihm vorgegebene Ergebnis

(Lutter/Drygala § 9 Rn. 11 mwN; Semler/Stengel/Leonard/Wieland-Blöse/Jacobs § 9 Rn. 30; BeckOGK/Fromholzer § 9 Rn. 59 Kallmeyer/Lanfermann § 9 Rn. 23 mit zutr. Verweis auf IDW [HFA] 6/88, WPg 1989, 42; zum früheren Recht schon Kölner Komm AktG/Kraft AktG § 340 Rn. 8). Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass der Verschmelzungsprüfer nicht alle zur Bewertung notwendigen Daten erneut ermitteln muss (so bereits Stellungnahme des IDW [HFA] 6/88 WPg 1989, 42 (43); Meyer zu Lösebeck WPg 1989, 499; BeckOGK/Fromholzer § 9 Rn. 59).

- 6 Dies schließt nicht aus, dass der Verschmelzungsprüfer ggf. **Kontrollrechnungen** durchzuführen hat; er muss sich auch das konkrete Zahlenmaterial vorlegen lassen, wozu ihn § 320 I 2, II 1 HGB im Zusammenhang mit § 11 I 1, 4 ermächtigen. Auf der Grundlage dieser Daten hat der Verschmelzungsprüfer die ihm vorgelegten Unternehmensbewertungen und die diesen zugrunde liegenden Überlegungen dahingehend zu überprüfen, ob sie **nachvollziehbar und vertretbar** sind und ob sie den Grundsätzen ordnungsgemäßer Unternehmensbewertung (→ § 5 Rn. 10 ff.) entsprechen (Lutter/Drygala § 9 Rn. 10, 11; BeckOGK/Fromholzer § 9 Rn. 60 mwN; Meyer zu Lösebeck WPg 1989, 499). Seine Aufgabe besteht also kurz gefasst darin, die vorgegebenen Unternehmenswertgutachten seinerseits zu begutachten. Nach OLG Düsseldorf AG 2016, 142 (krit. Drygala EWIR 2016, 233) kann das bestellende Gericht dem Prüfer **keine** bindenden **Anweisungen** in Bezug auf die Erstattung des Prüfungsberichts erteilen, vielmehr sind nur unverbindliche Anregungen möglich.

4. Aufbau und Inhalt des Berichts (Abs. 2)

- 7 Ein fester **Aufbau und Inhalt des Prüfungsberichts** ist gesetzlich nicht vorgeschrieben (vgl. Beispiel aus der Praxis in ZIP 1990, 270: Verschm zweier Hypothekenbanken; vgl. auch Mertens AG 1990, 20; Rodewald BB 1992, 237). Das Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) hat jedoch Empfehlungen veröffentlicht, um gewisse Vereinheitlichungen zu gewährleisten; diese Stellungnahme (IDW [HFA] 6/88 WPg 1989, 42 (43)) ist immer noch aktuell, da sich durch die Umwandlungsreform gegenüber den früheren aktienrechtlichen Regelungen inhaltlich und sachlich nichts geändert hat.
- 8 Der zuständige Hauptfachausschuss (HFA) empfiehlt darin, in einer einleitenden Klausel darauf hinzuweisen, dass die Vollständigkeit und Richtigkeit des **Verschmelzungsberichts** nicht Gegenstand der Verschmelzungsprüfung war. Dies ist nicht zwingend, mag aber sinnvoll sein, um den Anteilsinhabern nochmals den (eingeschränkten) Prüfungsauftrag zu verdeutlichen.
- 9 Der Prüfungsbericht sollte weitere Ausführungen darüber enthalten, ob der Verschmelzungsvertrag den gesetzlichen Anforderungen (§ 5 I) entspricht. Dies kann, sofern keine Beanstandungen festzustellen waren, in der gebotenen Kürze erfolgen (Rechtsprechungsübersicht bis 1990 bei Kallmeyer/Lanfermann Rn. 5; vgl. iÜ Widmann/Mayer/Mayer Rn. 10 ff.).
- 10 Insoweit sollte auch auf die Einhaltung von **§ 5 I Nr. 9, III** (→ § 5 Rn. 87 ff., → § 5 Rn. 106 ff.) eingegangen werden (so auch Lutter/Drygala § 9 Rn. 9; Widmann/Mayer/Mayer § 9 Rn. 32 fordert eine Plausibilitätsprüfung, bei der die Angaben des Verschmelzungsvertrags mit den Aussagen des Verschmelzungsberichts und der Prüfungsunterlagen verglichen werden).
- 11 Im **Mittelpunkt der Prüfung** hat entsprechend der Gesetzesfassung die Erklärung über die **Angemessenheit des Umtauschverhältnisses**, ggf. der baren Zuzahlung oder den Wert der Mitgliedschaft beim übernehmenden Rechtsträger, zu stehen. Der Prüfungsbericht ist Ergebnisbericht (→ Rn. 18 ff. mwN), über den Verlauf der Prüfung ist nicht zu berichten (zutr. Semler/Stengel/Leonard/Wieland-Blöse/Jacobs Rn. 7; BeckOGK/Fromholzer Rn. 12; BGH ZIP 1990, 168; OLG