

# Umwandlungen

Zivilrecht, Handelsrecht, Arbeitsrecht, Kartellrecht, Steuerrecht - mit Vertragsmustern -

Bearbeitet von

Dr. Bernd Sagasser, Thomas Bula, Thomas R. Brünger, Stephan Abele, Claudia Bultmann, Barbara Clasen, Astrid S. Gageik, Margarete Gutkès, Dr. Antje Luke, Martina Maier, Dr. Christian Link, Benjamin Rapp, Dr. Alexander Reichl, Dr. Julia Schlösser, Dr. Monika Schmidt, Isabelle Pernegger, Kai Schöneberger, Alexander Thees, Philipp Werner

5. Auflage 2017. Buch. LII, 1830 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 70693 6

Format (B x L): 14,1 x 22,4 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 red dots of increasing size. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, 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.

durch Fusion im Sinne der europäischen Fusionskontrolle. In der konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen, die den Charakter eines „verbindlichen Leitfadens zur Auslegung“ zu Art. 3 FKVO hat,<sup>47</sup> führt die Kommission aus, dass eine Fusion dann vorliegt, „wenn zwei oder mehr bisher voneinander unabhängige Unternehmen so miteinander **verschmelzen**, dass sie ihre Rechtspersönlichkeit verlieren“.<sup>48</sup> Der Begriff der Verschmelzung wurde von der Kommission an dieser Stelle nicht zwangsläufig mit der selben Bedeutung verwendet, die ihm das deutsche Umwandlungsrecht gibt. Dies zeigt sich (abgesehen von der grundsätzlichen Eigenständigkeit des Europarechts gegenüber dem nationalen Recht) daran, dass die Kommission auch in den Fällen von Verschmelzung spricht, in denen eine wirtschaftliche Einheit entsteht, „ohne dass rechtlich von einer Fusion gesprochen werden kann“.<sup>49</sup> Der Regelfall einer Umwandlung durch Verschmelzung im Sinne des Umwandlungsrechts dürfte aber als Fusion dem Zusammenschlusstatbestand des Art. 3 I a FKVO unterfallen.

Eine Fusion liegt auch vor, wenn ein Unternehmen in einem anderen aufgeht, wobei das letztere seine Rechtspersönlichkeit behält, während das erstere als juristische Person untergeht,<sup>50</sup> so bei der Spaltung durch Aufnahme. 71

Die **Spaltung** im umwandlungsrechtlichen Sinne (§§ 123 ff. UmwG) 72 kann ebenso wie die **Vermögensübertragung** im Sinne der §§ 174 ff. UmwG ein Zusammenschluss durch Kontrollerwerb im Sinne des Art. 3 I lit. b FKVO sein, soweit durch diesen Vorgang die Kontrolle über ein anderes oder mehrere andere Unternehmen erworben wird.

Kontrolle im Sinne der FKVO wird „durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen oder rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben“ (Art. 3 II FKVO). Ob ein solcher Kontrollerwerb vorliegt, ist im Einzelfall zu untersuchen. 73

Der **Formwechsel** im Sinne der §§ 190 ff. UmwG erfüllt den Zusammenschlusstatbestand normalerweise nicht, da an ihm nur ein Unternehmen beteiligt ist, eine Fusion und der Kontrollerwerb im Sinne der FKVO aber notwendigerweise mindestens zwei beteiligte Unternehmen voraussetzt. 74

### *bb) Umsatzschwellen*

Der europäischen Fusionskontrolle unterfallen nur Zusammenschlüsse von „gemeinschaftsweiter Bedeutung“. Die gemeinschaftsweite Bedeutung wird in der Verordnung unwiderleglich vermutet, wenn bestimmte Umsatzschwellen sowohl bezogen auf den weltweiten Gesamtumsatz als 75

<sup>47</sup> Konsolidierte Zuständigkeitsmitteilung: A. 1. und A. 3.

<sup>48</sup> Konsolidierte Zuständigkeitsmitteilung: B. I. 9.

<sup>49</sup> Konsolidierte Zuständigkeitsmitteilung: B. I. 10.

<sup>50</sup> Konsolidierte Zuständigkeitsmitteilung: B. I. 9.

auch bezogen auf den gemeinschaftsweiten Gesamtumsatz überschritten werden:

- 76 Ein Zusammenschluss hat gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn der weltweite Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen mehr als 5 Mrd. Euro beträgt und darüber hinaus der Umsatz in der EG von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils mehr als 250 Mio. Euro beträgt (Art. 1 II FKVO).
- 77 Auch wenn diese Umsatzschwellen nicht erreicht werden, unterfällt ein Zusammenschluss gemäß Art. 1 III FKVO der Verordnung, wenn folgende vier Schwellen überschritten werden: (i) der weltweite Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen beträgt zusammen mehr als 2,5 Mrd. Euro, (ii) der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen in mindestens drei EU-Mitgliedstaaten beträgt jeweils mindestens 100 Mio. Euro, (iii) in jedem von mindestens drei der vorgenannten EU-Mitgliedstaaten beträgt der Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils mehr als 25 Mio. Euro und (iv) der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen übersteigt jeweils 100 Mio. Euro.
- 78 Wenn die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres Gesamtumsatzes in einem und demselben Mitgliedstaat erzielen, ist die FKVO jedoch nicht anwendbar (Art. 1 II und III FKVO).
- 79 Die Berechnung der Umsätze richtet sich nach den Grundsätzen des Art. 5 FKVO und den dazu von der Kommission veröffentlichten Erläuterungen.<sup>51</sup>

*b) Konsequenzen der Anmeldepflicht*

- 80 Von einer ordnungsgemäßen Anmeldung eines Zusammenschlusses hängen einerseits wichtige für die an einem Zusammenschlussvorhaben Beteiligten vorteilhafte Rechtsfolgen ab. Andererseits stellt die Verletzung der Anmeldepflicht einen mit Geldbuße bedrohten schweren Verstoß dar; sie kann für die Anmeldenden auch nachteilige Rechtsfolgen zivilrechtlicher Art mit sich bringen.

*aa) Anmeldung*

- 81 Ist eine Umwandlung ein Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung im Sinne der FKVO, so ist diese nach Abschluss einer verbindlichen Vereinbarung oder unter Glaubhaftmachung, eine solche verbindliche Vereinbarung eingehen zu wollen, anzumelden (Art. 4 I Unterabsätze 1 und 2 FKVO). Der Umwandlungsvertrag muss sinnvollerweise die aufschiebende Bedingung der Genehmigung des Vorhabens enthalten, um nicht gegen das Vollzugsverbot (→ Rn. 84) zu verstoßen. Zur Anmeldung ist die Person oder das Unternehmen verpflichtet, die oder das die Kontrolle über die Gesamtheit oder über Teile eines Unternehmens erwirbt (Art. 4 II 1 FKVO).

---

<sup>51</sup> Konsolidierte Zuständigkeitsmitteilung: C. IV.

Die Einzelheiten der Anmeldung werden in der Verordnung Nr. 802/ 82  
2004<sup>52</sup> geregelt. Die Anmeldung hat auf dem sogenannten „Formblatt  
CO“<sup>53</sup> zu erfolgen (Art. 3 I VO 802/2004). Die in diesem Formblatt  
anzugebenden Informationen sind sehr umfangreich, umfassen zB die  
Angebots- und Nachfragestruktur in den betroffenen Märkten oder An-  
gaben zu realisierten oder zu erwartenden Markteintritten am Zusam-  
menschluss nicht beteiligter Unternehmen. Das Formblatt CO und seine  
Anlagen sind der Kommission in dem Format und mit der Zahl von  
Kopien bzw. CDs zu übermitteln, die die Kommission im Amtsblatt der  
Europäischen Union festgelegt hat; die Kommission kann diese Fest-  
legung nach Bedarf ändern (Art. 3 II VO 802/2004). Der mit der  
Anmeldung verbundene Aufwand ist sehr erheblich und bedarf gründli-  
cher Vorbereitung. Es liegt aufgrund der aufschiebenden Wirkung von  
Art. 7 I im eigenen Interesse der beteiligten Unternehmen, so schnell  
wie möglich die Genehmigung für den Vollzug des Zusammenschlusses  
zu erhalten.

Der Lauf der Entscheidungsfristen (→ Rn. 89 ff.) beginnt erst mit dem 83  
auf den Eingang der vollständigen Unterlagen folgenden Arbeitstag  
(Art. 10 I FKVO).

*bb) Vollzugsverbot*

Aus der Verpflichtung zur Anmeldung einer Umwandlung bei der 84  
Europäischen Kommission folgt das Verbot des Vollzuges der Umwand-  
lung bis zur Entscheidung der Europäischen Kommission. Ein Zusam-  
menschluss darf solange nicht vollzogen werden, bis er aufgrund einer  
Entscheidung oder der Vermutung nach Art. 10 VI FKVO freigegeben  
wurde bzw. als freigegeben gilt (Art. 7 I FKVO). Ein Zusammenschluss-  
vollzug liegt – entsprechend zur Rechtslage nach dem GWB (→  
Rn. 43 ff.) – zu dem Zeitpunkt vor, zu dem das Verhalten der beteiligten  
Unternehmen wesentliche wettbewerbsrelevante Zusammenschlusswir-  
kungen entfaltet. Dieser Zeitpunkt beurteilt sich unter Berücksichtigung  
aller wettbewerbsrelevanten Umstände des Einzelfalls. Mit dem Abschluss  
eines Umwandlungsvertrages bzw. dem Vorliegen der übereinstimmen-  
den Umwandlungsbeschlüsse sind die Voraussetzungen für den Vollzug  
eines Zusammenschlusses in der Regel nicht gegeben, da sie noch keine  
dinglichen Wirkungen und damit grundsätzlich auch keine wettbewerb-  
lich relevanten Zusammenschlusswirkungen entfalten. Der Vollzug des  
Zusammenschlusses liegt spätestens mit Eintragung der Umwandlung in  
das jeweilige Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers vor

<sup>52</sup> Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission vom 7.4.2004 zur Durch-  
führung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von  
Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. L 133 vom 30.4.2004 S. 1) in der Fas-  
sung vom 1.1.2014.

<sup>53</sup> Abgedruckt im Anhang I zur Verordnung Nr. 802/2004 (ABl. L 133 vom  
30.4.2004 S. 9). In bestimmten Fällen kann auch das „Vereinfachte Formblatt  
CO“ mit geringeren Informationsanforderungen verwendet werden.

(ausführlich → Rn. 44 ff.).<sup>54</sup> Gegebenenfalls kann die Kommission auf Antrag eine Befreiung vom Vollzugsverbot erteilen (Art. 7 III FKVO).

*cc) Konsequenzen des Verstoßes gegen die Anmeldepflicht*

- 85 Die zivilrechtliche Wirksamkeit von entgegen dem Vollzugsverbot abgeschlossenen Rechtsgeschäften hängt von der das Prüfverfahren abschließenden Kommissionsentscheidung bzw. dem Eintritt der Vermutung der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt (→ Rn. 90 ff.) ab (Art. 7 IV FKVO). Bis zur Entscheidung bzw. bis zum Eintritt der Vermutung sind die Rechtsgeschäfte schwebend unwirksam. Wird der Zusammenschluss genehmigt, so werden die Rechtsgeschäfte wirksam, wird der Zusammenschluss nicht freigegeben, so werden sie endgültig unwirksam. Ausgangspunkt dieser Regelung ist die Überlegung, dass die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften im Interesse der Rechtssicherheit zu schützen ist, soweit dies erforderlich ist (Erwägungsgrund 34 FKVO).
- 86 Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Eintragung der Umwandlung ins Handelsregister die zivilrechtliche Unwirksamkeit aufgrund des Verstoßes gegen das Vollzugsverbot aus Art. 7 I FKVO heilen würde.<sup>55</sup> Anders als im deutschen Recht (§ 41 I 2 GWB, → Rn. 51) ist in der FKVO eine entsprechende Ausnahme nicht vorgesehen. Da das europäische Recht eine eigenständige Rechtsordnung darstellt, die darüber hinaus dem deutschen Recht vorgeht, kann § 41 I 2 GWB auch nicht analog angewendet werden.
- 87 Bei Unterlassen der Anmeldung des Zusammenschlusses sowie bei einem Verstoß gegen das Vollzugsverbot kann die Kommission Geldbußen in Höhe von bis zu 10% des von den beteiligten Unternehmen erzielten Gesamtumsatzes festsetzen (Art. 14 II lit. a und lit. b FKVO). Trotz der dem Wortlaut nach weiterhin bestehenden Unterscheidung zwischen Geldbußen wegen Verletzung der Anmeldepflicht und solchen wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot ist festzustellen, dass ein isolierter Verstoß gegen die Anmeldepflicht nunmehr nicht mehr denkbar ist. Eine Geldbuße wegen Verletzung der Anmeldepflicht kann nunmehr nur neben eine für den Vollzug eines Zusammenschlusses verhängte Sanktion treten.<sup>56</sup>

*2. Prüfung des Zusammenschlusses*

*a) Inhaltliche Beurteilung*

- 88 Nach Art. 2 III FKVO sind Zusammenschlüsse, die wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindern würden, insbesondere durch Begründung oder

<sup>54</sup> AA *Vossius* in Widmann/Mayer, 65. Ergänzungslieferung Juni 2002, § 20 UmwG Rn. 386; nur schuldrechtliche Wirkung.

<sup>55</sup> So aber *Vossius* in Widmann/Mayer, 65. Ergänzungslieferung Juni 2002, § 20 UmwG Rn. 386.

<sup>56</sup> *Körber* in Immenga/Mestmäcker, EU Wettbewerbsrecht, Band 1, 5. Aufl. 2012, Art. 4 FKVO Rn. 46.

Verstärkung einer beherrschenden Stellung für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären. Bei der Prüfung des Zusammenschlusses muss die Kommission bestimmte, in der Verordnung aufgezählte Aspekte (Art. 2 I FKVO) berücksichtigen, wie zB die Notwendigkeit, im Gemeinsamen Markt wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten oder die wirtschaftliche Macht und die Finanzkraft der beteiligten Unternehmen.

### b) Prüfverfahren

Die Kommission begrüßt es, bereits vor der Einreichung einer Zusammenschlussanmeldung in einem sogenannten Pränotifizierungsverfahren kontaktiert zu werden. Dies ist in der Praxis Usus und gilt auch für scheinbar unproblematische Fälle.<sup>57</sup> Die Kommission begrüßt die Aufnahme des Kontaktes mindestens zwei Wochen vor der Einreichung der Anmeldung.<sup>58</sup> Das wöchentliche organisatorische Treffen, in dem die Verteilung der jeweiligen „Case Teams“ in der Kommission erfolgt, findet regelmäßig montags statt. Daher wird regelmäßig vor Freitag zwölf Uhr ein „Case Team Allocation Request“ an die Kommission versandt, der kurz den Hintergrund der anzumeldenden Transaktion, sowie die relevanten (insbesondere sachlichen) Märkte und den möglichen Einfluss auf den Wettbewerb umschreibt.<sup>59</sup> Regelmäßig erfolgt im Laufe der auf das „Case Team Allocation Request“ folgenden Woche die Zuteilung eines Case Teams. Diesem wird ein Entwurf des Formblatt CO zugeleitet. Nach Absprache und der Klärung etwaiger Rückfragen des Case Teams erfolgt die Einreichung der Anmeldung. Das Pränotifizierungsverfahren ist nicht an strikte Fristen gebunden. Die Kommission behandelt im Rahmen des Pränotifizierungsverfahrens erhaltene Informationen vertraulich.<sup>60</sup> Die Bearbeitungsfristen für die Kommission beginnen erst mit dem auf die offizielle Einreichung der Anmeldung folgenden Kommissionsarbeitstag.

Gelangt die Kommission zu dem Schluss, dass der angemeldete Zusammenschluss nicht unter die FKVO fällt, so stellt sie dies durch Entscheidung fest (Art. 6 I lit. a FKVO). Diese Entscheidung muss binnen höchstens 25 Arbeitstagen der Kommission, in besonderen Fällen binnen 35 Arbeitstagen der Kommission nach Eingang der vollständigen Unterlagen ergehen (Art. 10 I FKVO). Hat die Kommission nicht binnen der Frist eine Entscheidung erlassen, so gilt der Zusammenschluss als genehmigt (Art. 10 VI FKVO). Auch auf europäischer Ebene ist zu beachten, dass die Frist zur Entscheidung nach Art. 10 Abs. 4 FKVO gehemmt ist, soweit die Kommission aufgrund von Umständen, die ein am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen zu vertreten hat, eine Auskunft im Wege einer Entscheidung nach Art. 11 FKVO anfordern, oder im Wege einer Entscheidung nach Artikel 13 FKVO eine Nachprüfung anordnen musste.

<sup>57</sup> Mitteilung der Generaldirektion Wettbewerb, *DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger proceedings* 20.1.2004, (Best Practice Mitteilung) Rn. 5.

<sup>58</sup> Best Practice Mitteilung Rn. 10.

<sup>59</sup> Zum Inhalt des „Case Team Allocation Request“: Best Practice Mitteilung Rn. 11.

<sup>60</sup> Best Practice Mitteilung Rn. 8.

- 91 Stellt die Kommission fest, dass eine als Zusammenschluss zu qualifizierende Umwandlung unter die FKVO fällt, so veröffentlicht sie die Tatsache der Anmeldung unter Angabe der Namen der Beteiligten, ihres Herkunftslandes, der Art des Zusammenschlusses sowie der betroffenen Wirtschaftszweige (Art. 4 III 1 FKVO). Stellt die Kommission fest, dass es keinen Anlass zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gibt, so trifft sie die Entscheidung, keine Einwände zu erheben und erklärt den Zusammenschluss für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar (Art. 6 I lit. b FKVO).
- 92 Hat die Kommission ernsthafte Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt, so leitet sie das Hauptprüfverfahren ein (Art. 6 I lit. c FKVO). Im Rahmen dieses Verfahrens wird den betroffenen Personen, Unternehmen und Unternehmensvereinigungen Gelegenheit gegeben, sich zu äußern (Art. 18 I FKVO). Am Ende dieses Verfahrens kann sie den Zusammenschluss, gegebenenfalls mit Bedingungen und Auflagen, für vereinbar (Art. 8 II FKVO) oder unvereinbar (Art. 8 III FKVO) erklären. Diese Entscheidungen müssen spätestens binnen einer Frist von 90 und in besonderen Fällen von 125 Arbeitstagen der Kommission ergehen (Art. 10 III FKVO), bei Untätigkeit der Kommission über die genannten Fristen hinaus gilt der Zusammenschluss als genehmigt (Art. 10 VI FKVO). Wurde der Zusammenschluss – entgegen dem Vollzugsverbot – bereits vollzogen, kann die Kommission Maßnahmen zur „Entflechtung“ anordnen (Art. 8 IV FKVO).

### III. Fusionskontrolle dritter Staaten

- 93 Zu beachten ist, dass gegebenenfalls auch die Fusionskontrolle dritter Staaten auf eine Umwandlung Anwendung finden kann.
- 94 Ist die FKVO anwendbar, so schließt dies die Anwendbarkeit der nationalen Fusionskontrollen der Mitgliedstaaten der EU aus (Art. 21 III FKVO). Soweit die Kriterien der Verordnung erfüllt sind, kann daneben jedoch auch die nationale Fusionskontrolle eines anderen, nicht zur EU gehörenden Staates (zB der USA) Anwendung finden.
- 95 Ist die FKVO nicht anwendbar, so beurteilt sich ein Zusammenschluss nach verschiedenen nationalen Fusionskontrollordnungen von EU-Mitgliedstaaten und/oder Nicht-EU-Mitgliedstaaten.
- 96 Die Frage der anwendbaren Rechtsordnung(en), kann nur im Einzelfall geklärt werden. Zu beachten ist jedoch, dass uU auch dann ein Zusammenschluss in einem Land anzumelden ist, obwohl keines der beteiligten Unternehmen seinen Sitz in diesem Land hat, wenn bestimmte Umsatz- und Marktanteilsschwellen in diesem Land erfüllt sind. Sollten die Beteiligten auch außerhalb Deutschlands und/oder der EU starke Marktpositionen haben, so sollte rechtzeitig daran gedacht werden, zu klären, in welchen Ländern der Zusammenschluss anzumelden ist.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> Zur Wirkung ausländischen Kartellrechts auf inländische Fusionen → § 2 Rn. 47.

### 3. Teil. Verschmelzung

#### § 8. Beweggründe für eine Verschmelzung

##### I. Unternehmerische Ziele und Motive

Die Verschmelzung ist die zentrale Form der Unternehmensreorgani- 1  
sation, da sie Ausdruck wirtschaftlichen Wachstums und einer Unter-  
nehmenskonzentration zur Bewältigung von Kostennachteilen kleinerer  
Organisationsformen ist. Neben ihrer nationalen Dimension gewinnt die  
Verschmelzung zunehmend grenzüberschreitende Bedeutung aufgrund  
der weiter fortschreitenden europäischen Harmonisierung des Kapitalge-  
sellschaftsrechts.<sup>1</sup> Bei der Verschmelzung geht das Vermögen des über-  
tragenden Rechtsträgers im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den  
übernehmenden Rechtsträger über, während der übertragende Rechts-  
träger ohne Abwicklung erlischt. Die Verschmelzung führt somit zu einer  
**Bündelung der Ressourcen** der Rechtsträger bei einem der beiden.<sup>2</sup>  
Eine solche Konzentration von Ressourcen kann auf bestimmten Märk-  
ten von erheblichem Vorteil sein, sei es, weil durch die Verschmelzung  
eine Machtstellung zur Sicherung des Absatz- oder Beschaffungsmarktes  
erlangt wird, sei es, weil sich die Finanzierungsbasis erweitert. Weitere  
Motive sind zB die gemeinsame Verwertung von Patenten, die Verein-  
heitlichung und somit leichtere Durchführung des Produktionsprogram-  
mes oder die leichtere Durchführung von Rationalisierungsmaßnahmen.

Unterscheidet man die konzerninterne Verschmelzung von der Ver- 2  
schmelzung unter Beteiligung unterschiedlicher Gesellschafterkreise, so  
werden, abgesehen von der Konzentrationsfunktion, weitere wirtschaftli-  
che Motive sichtbar.

So bildet die **konzerninterne Verschmelzung** regelmäßig den Ab- 3  
schluss einer stufenweise intensivierten Unternehmensverbindung:<sup>3</sup> Zu-  
nächst wird eine erworbene Unternehmensbeteiligung faktisch in den  
Erwerber eingebunden, später wird dieses Verhältnis durch einen Beherr-  
schungsvertrag in einen Vertragskonzern verwandelt und mündet schließ-  
lich in die Verschmelzung.

Dabei ist die Verschmelzung der Tochtergesellschaft auf das Mutter- 4  
unternehmen (sog. **upstream merger**) die traditionell verbreitete Form der  
konzerninternen Verschmelzung.<sup>4</sup> Hintergrund eines solchen *upstream*

<sup>1</sup> Vgl. nur Erwägungsgrund 1 der Richtlinie 2005/56/EG über die Verschmel-  
zung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. EG 2001  
Nr. L 294 S. 1. Zur heutigen Rechtslage der grenzüberschreitenden Verschmel-  
zung einführend Spahlinger/Wegen NZG 2006 S. 721 und ausführlich §§ 12 f.

<sup>2</sup> Vgl. Semler/Stengel in Semler/Stengel UmwG Einl. A Rn. 4; Lutter in Lutter  
UmwG Einl. I Rn. 1–4; Ossadnik/Maus DB 1995 S. 105 f.

<sup>3</sup> Vgl. auch Küting BB 1994 S. 1383.

<sup>4</sup> Vgl. auch Küting BB 1994 S. 1383.



*merger* ist vielfach das Bestreben, die Verwaltungskosten mehrstufiger Strukturen zu reduzieren (Management-, Jahresabschluss-, Prüfungskosten etc.) und verbleibende Minderheitsgesellschafter auf einer höheren Gesellschafterebene „zu sammeln“. In besonderen Fällen mag das Interesse bestehen die Mutter- auf die Tochtergesellschaft zu verschmelzen (sog. **downstream merger**), so zB um Verluste bei der Tochtergesellschaft zu erhalten oder um im Rahmen eines fremdfinanzierten Unternehmenskaufes das Akquisitionsdarlehen auf die Zielgesellschaft zu übertragen und dadurch den Zinsaufwand mit den positiven Cashflows des Zielunternehmens verrechnen zu können (sog. *debt push down*). Es kann sich hieraus aber eine verdeckte Gewinnausschüttung ergeben, die dieser Gestaltungsform im Einzelfall entgegensteht.<sup>5</sup>

- 5 Ein *downstream merger* kann allerdings weiterhin sinnvoll sein, um Grunderwerbsteuern für die von der Tochtergesellschaft gehaltenen Grundstücke zu vermeiden oder schlicht, um die Tochtergesellschaft als Rechtsträger fortzuführen, da sich an ihre Rechtsform besondere Rechte knüpfen, die bei einem *upstream merger* untergingen, wie zB eine bestehende Börsennotierung.<sup>6</sup>
- 6 Bei Fällen der **Verschmelzung mit unterschiedlichem Gesellschafterkreis** steht die Konzentrationsfunktion offensichtlich im Vordergrund. Es ist offensichtlich, dass die Verschmelzung zweier Gesellschaften bei einem im Wesentlichen unterschiedlichen Gesellschafterkreis den Charakter einer Übernahme durch die einen oder anderen Gesellschafter der Verschmelzung in sich trägt. Konsequenterweise steht daher die Frage des Umtauschverhältnisses im Mittelpunkt des Interesses der beteiligten Gesellschafter. Die Gewährung neuer Anteile ersetzt die Zahlung des Kaufpreises.
- 7 Ein weiteres Motiv der Verschmelzung mit unterschiedlichem Gesellschafterkreis kann in einem Going Private<sup>7</sup> liegen, bei dem eine börsennotierte Aktiengesellschaft auf eine Gesellschaft, die selbst nicht börsennotiert ist, verschmolzen wird und dadurch die Börsennotierung entfällt.<sup>8</sup>

## II. Vor- und Nachteile der Verschmelzung und Gestaltungsalternativen

### 1. Bedarf an Gestaltungsalternativen

- 8 Es wurde bereits dargelegt, dass das UmwG lediglich die im Wege der Gesamtrechtsnachfolge erfolgenden Unternehmensumstrukturierungen

<sup>5</sup> Vgl. → § 11 Rn. 242.

<sup>6</sup> Vgl. *Schröder* in *Semler/Stengel UmwG* § 5 Rn. 134; *Heckschen GmbHR* 2008 S. 803.

<sup>7</sup> Häufig auch als Delisting bezeichnet; vgl. nur *Pfüller/Anders NZG* 2003 S. 459.

<sup>8</sup> Form des sog. „kalten Delistings“. Seit dem Zweiten Umwandlungsänderungsgesetz vom 19.4.2007 verlangt der geänderte § 29 I 1 UmwG auch Barabfindungsgebote bei Verschmelzung einer börsennotierten Aktiengesellschaft auf eine nicht börsennotierte Aktiengesellschaft, vgl. *BT-Drucks. 16/2919* S. 5 und 13; → § 9 Rn. 74.