

Zweites Buch Verschmelzung

Erster Teil Allgemeine Vorschriften

Erster Abschnitt Möglichkeiten der Verschmelzung

§ 2 Arten der Verschmelzung

Rechtsträger können unter Auflösung ohne Abwicklung verschmolzen werden

1. im Wege der Aufnahme durch Übertragung des Vermögens eines Rechtsträgers oder mehrerer Rechtsträger (übertragender Rechtsträger) als Ganzes auf einen anderen bestehenden Rechtsträger (übernehmender Rechtsträger) oder
2. im Wege der Neugründung durch Übertragung der Vermögen zweier oder mehrerer Rechtsträger (übertragende Rechtsträger) jeweils als Ganzes auf einen neuen, von ihnen dadurch gegründeten Rechtsträger

gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften des übernehmenden oder neuen Rechtsträgers an die Anteilsinhaber (Gesellschafter, Partner, Aktionäre, Genossen oder Mitglieder) der übertragenden Rechtsträger.

Übersicht

	Rdn.		Rdn.
A. Grundlagen	1	2. Wesen der Gesamtrechtsnachfolge	35
I. Wirtschaftliche Bedeutung	1	3. Ausnahmen von der Übertragbarkeit	41
II. Historische Entwicklung	6	a) Grundlagen	41
1. Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien	7	b) Gesetzliche Übertragungsbeschränkungen	46
a) ADHGB 1861	7	c) Rechtsgeschäftliche Übertragungsbeschränkungen ...	53
b) HGB 1897	10	d) Anpassung und Kündigung von Rechtsverhältnissen ...	58
c) AktG 1937	12	4. Besonderheiten der umwandlungsrechtlichen Universal-sukzession	64
d) VerschmelzungsrichtlinienG	14	a) Kein gutgläubiger Erwerb ..	64
2. GmbH	15	b) Ausländisches Vermögen ...	65
3. Genossenschaft	16	II. Auflösung ohne Abwicklung	74
4. VVaG	17	III. Mitgliedschaftsperpetuierung	78
5. OHG, KG	18	1. Grundsätze	78
III. Europarechtliche Grundlagen	19	a) Wertäquivalenz	80
IV. Struktur der Verschmelzung	20	b) Keine Art- und Funktionsgleichheit	85
V. Arten der Verschmelzung	23	c) Mitgliederidentität	87
VI. Verschmelzungsverfahren	26	d) Ausnahmen von der Mitgliedschaftsperpetuierung ..	90
1. Vorbereitungsphase	26	e) Verzichtbarkeit	96
2. Bewertung und Prüfung	27		
3. Verschmelzungsvertrag	28		
4. Verschmelzungsbeschlüsse	29		
5. Register	30		
B. Merkmale der Verschmelzung	31		
I. Gesamtrechtsnachfolge	32		
1. Sinn und Zweck	32		

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

	Rdn.		Rdn.
f) Mitgliedschaftserhöhung ...	98	b) Schlussbilanz bei Um-	
2. Insbesondere: Anteilsgewäh-		wandlungen im »Rück-	
rung	102	wirkungszeitraum«	220
a) Herkunft	103	c) Steuerliche Rückwirkungs-	
b) Zuweisung	109	fiktion	226
c) Umfang und Ausstattung ..	110	4. Informationspflichten	230
d) Stückelung	117	VIII. Grenzüberschreitende Ver-	
e) Ausnahmen von der		schmelzungen	231
Anteilsgewährung	124	D. Verhältnis des Übernahmerechts zur	
3. Andere Gegenleistungen	127	Verschmelzung	232
C. Besondere Gestaltungen der		I. Anwendbarkeit des WpÜG in	
Verschmelzung	136	Verschmelzungsfällen	232
I. Tochter-Mutter-Verschmelzung		II. Fallgruppen	234
(Up-stream-merger)	136	1. Verschmelzung auf einen börsen-	
II. Mutter-Tochter-Verschmelzung		notierten Rechtsträger	234
(Down-stream-merger)	144	a) Kontrollerwerb im über-	
1. Mitgliedschaftsperpetuierung .	146	nehmenden Rechtsträger	
2. Kapitalerhaltung und Finan-		durch Verschmelzung	234
cial Assistance	152	b) Verschmelzung auf einen	
3. Beteiligung Dritter	161	kontrollierten Rechtsträger	237
III. Schwesterverschmelzung		2. Verschmelzung auf einen	
(Side-step-merger)	166	nicht-börsennotierten Rechts-	
IV. Enkelverschmelzung	172	träger	241
V. Dreiecksverschmelzung		3. Verschmelzung zur Neu-	
(Triangular Merger)	176	gründung	242
VI. Mehrfachverschmelzungen	180	4. Kontrollerlangung durch	
1. Gesamtverschmelzung	185	Gesamtrechtsnachfolge	245
a) Verschmelzungsvertrag	185	5. Ausnahmen von der An-	
b) Verschmelzungsbericht	189	gebotspflicht	247
c) Verschmelzungsbedingte		a) Konzerninterner Kontroll-	
Kapitalerhöhung	190	erwerb § 36 Nr. 3 WpÜG ..	247
d) Handelsregistereintragung .	193	b) Befreiung nach § 37 Abs. 1	
2. Mehrfache Einzelverschmel-		WpÜG	248
zung	194	E. Kosten der Verschmelzung	251
a) Verschmelzungsvertrag	195	I. Verschmelzungsvertrag	251
b) Verschmelzungsbericht	196	II. Verzichts- und Zustimmung-	
c) Verschmelzungsbedingte		erklärungen	256
Kapitalerhöhung	198	III. Verschmelzungs- und Kapital-	
d) Handelsregistereintragung .	204	erhöhungsbeschlüsse	259
VII. Kettenumwandlungen	205	IV. Registeranmeldung	263
1. Anwendbares Recht	207	V. Registereintragung	267
2. Umwandlungsbeschlüsse	212	VI. Grundbuchberichtigung	268
3. Stichtagsprobleme	216		
a) Umwandlungsstichtage bei			
Kettenumwandlungen	219		

Schrifttum

Bock, Institutioneller Gläubigerschutz nach § 30 Abs. 1 GmbHG beim Down-Stream-merger nach einem Anteilskauf?, GmbHR 2005, 1023; *Enmeking/Heckschen*, Gesellschafterhaftung beim down-stream-merger, DB 2006, 1099; *Heckschen*, Die Entwicklung des Umwandlungsrechts aus Sicht der Rechtsprechung und Praxis, DB 1998, 1385; *Heckschen*, Die Pflicht zur Anteilsgewährung im Umwandlungsrecht, DB 2008, 1363; *Heckschen*, Kapitalerhaltung und Down-Stream-Merger, GmbHR 2008, 802; *Henrichs*, Formwechsel und Gesamtrechtsnachfolge bei Umwandlungen, 1995; *Hügel*,

Verschmelzung und Einbringung, 1993; *Ibrig*, Verschmelzung und Spaltung ohne Gewährung neuer Anteile?, ZHR 160 (1996), 317; *Krieger*, Der Konzern in Fusion und Umwandlung, ZGR 1990, 517; *Louven/Weng*, Die Ausgliederung von Pensionsverbindlichkeiten – neue Optionen bei Unternehmens(ver)käufen, BB 2006, 619; *K. Mertens*, Umwandlung und Universalsukzession, 1993; *Naraschewski*, Gläubigerschutz bei der Verschmelzung von GmbH, GmbHR 1998, 356; *Petersen*, Der Gläubigerschutz im Umwandlungsrecht, 2001; *Priester*, Das neue Umwandlungsrecht aus notarieller Sicht, DNotZ 1995, 427; *Racky*, Die Behandlung von im Ausland belegenem Gesellschaftsvermögen bei Verschmelzungen, DB 2003, 923; *Rieble*, Verschmelzung und Spaltung von Unternehmen und ihre Folgen für Schuldverhältnisse mit Dritten, ZIP 1997, 301; *Riegger*, Kapitalgesellschaftsrechtliche Grenzen der Finanzierung von Unternehmensübernahmen durch Finanzinvestoren, ZGR 2008, 233; *Sandhaus*, Richtlinienvorschlag der Kommission zur Vereinfachung der Berichts- und Dokumentationspflichten bei Verschmelzungen und Spaltungen, NZG 2009, 41; *K. Schmidt*, Universalsukzession kraft Rechtsgeschäfts, AcP 191 (1991), 495; *Seibt/Heiser*, Regelungskonkurrenz zwischen neuem Übernahmerecht und Umwandlungsrecht, ZHR 165 (2001), 466; *Simon*, Gläubigerschutz im Umwandlungsrecht, Der Konzern 2004, 191; *Weber-Rey/Schütz*, Zum Verhältnis von Übernahmerecht und Umwandlungsrecht, AG 2001, 325; *Weiler*, Grenzen des Verzichts auf die Anteilsgewährung – Kritische Betrachtung der §§ 54 I 3, 68 I 3 UmwG n.F. und mögliche Mechanismen zum Schutz von Minderheitsgesellschaftern –, NZG 2008, 527; *Martin Winter*, Die Anteilsgewährung – zwingendes Prinzip des Gesellschaftsrechts?, FS Lutter, 2000, S. 1279 ff.

A. Grundlagen

I. Wirtschaftliche Bedeutung

Die Verschmelzung ist die stärkste Form konzernrechtlicher Konzentration. Sie ist geprägt davon, dass das Vermögen mindestens zweier Rechtsträger zusammengeführt wird, der übertragende Rechtsträger untergeht und dessen Anteilseigner an dem übernehmenden Rechtsträger beteiligt werden. Die Verschmelzung ist also sowohl eine **organisationsrechtliche** als auch eine **wirtschaftliche Zusammenführung** mehrerer Rechtsträger. Die Verschmelzung bildet ganz überwiegend den Abschluss einer schon zuvor bestehenden rechtlichen und wirtschaftlichen Integration.¹

Regelmäßig gehen der Verschmelzung andere Formen von **Unternehmensverbindungen** voraus. Die rechtliche und wirtschaftliche Integration mehrerer Rechtsträger kann dabei von unterschiedlicher Ausprägung und Intensität sein. Hierzu gehört zunächst die Begründung von Unternehmensbeteiligungen durch Anteilerwerb, sei es, dass der Kaufpreis in Geld oder in Anteilen des erwerbenden Unternehmens geleistet wird. Nicht selten führt dies zu einer faktischen Konzernierung, die ihrerseits wiederum Ausgangspunkt für weitere Integrationschritte ist.² Bei kapitalmarktorientierten Unternehmen kommt in diesem Zusammenhang auch und gerade dem WpÜG eine erhebliche Katalysatorfunktion zu, weil es insbesondere durch die Regelungen zum Pflichtangebot (§ 35 WpÜG) die faktische Konzernierung begünstigt. Die konsequente Fortführung dieser Integration ist häufig der Erwerb sämtlicher Anteile an einer Tochtergesellschaft, wobei als rechtlichen Instrumenten hierzu dem aktienrechtlichen Squeeze-out nach §§ 327a ff. AktG und mit Einschränkung dem kapitalmarktrechtlichen Squeeze-out nach §§ 39a f WpÜG bzw. der aktienrechtlichen Mehrheitseingliederung nach § 320 AktG einige Bedeutung zukommt.

¹ *Lutter/Timm*, NJW 1982, 409, 412.

² So etwa bei dem Erwerb der BEWAG AG und der VEAG AG durch die HEW AG, wobei beide erworbenen Unternehmen anschließend auf die HEW AG verschmolzen und diese in Vattenfall Europe AG umfirmiert wurde.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

- 3 Daneben sind die **Unternehmensverträge** (§§ 291, 292 AktG) ein entscheidendes Mittel zur rechtlichen und wirtschaftlichen Integration von Unternehmen.³ Bei dem Beherrschungsvertrag steht das Weisungsrecht gegenüber dem abhängigen Unternehmen nach § 308 AktG und damit die rechtliche Integration im Vordergrund. Demgegenüber führt der Gewinnabführungsvertrag⁴ mit seinen Verpflichtungen zur Gewinnabführung (§ 301 AktG) und zum Verlustausgleich (§ 302 AktG) die unternehmerischen Chancen und Risiken der beteiligten Unternehmen zusammen. Ähnlich, aber noch konsequenter geht mit der aktienrechtlichen Eingliederung das gesamte wirtschaftliche Risiko auf die Hauptgesellschaft über (§§ 319 ff. AktG), was allerdings stets eine Beteiligungsstruktur ohne außenstehende Anteilseigner voraussetzt.
- 4 In der ganz überwiegenden Zahl der Fälle ist die Verschmelzung also eine Strukturmaßnahme innerhalb schon bestehender **Konzernstrukturen**. Dabei kann es sich sowohl um die Verschmelzung mit Beteiligung außenstehender Anteilseigner als auch um Verschmelzungen innerhalb 100prozentiger Beteiligungsstrukturen handeln. Das UmwG sieht für letztere eine ganze Reihe von Erleichterungen und Sonderregelungen vor, z.B. in §§ 5 Abs. 3 und 62.⁵
- 5 Daneben ist die Verschmelzung aber auch ein Instrument, um bisher rechtlich und wirtschaftlich **unabhängige Unternehmen** zusammenzuführen. So etwa bei der Verschmelzung der VIAG AG auf die VEBA AG zur E.ON AG (Verschmelzung zur Aufnahme) oder bei der Verschmelzung der Thyssen AG und der Friedr. Krupp AG Hoesch-Krupp auf die ThyssenKrupp AG (Verschmelzung zur Neugründung). Zielsetzung ist es dabei regelmäßig, unabhängige Unternehmen zusammenzuführen, um schlagkräftigere Einheiten zu bilden, Synergiepotentiale zu nutzen und neue Märkte zu erschließen. Die Verschmelzung führt anders als die Unternehmensübernahme zumindest ihrer Struktur nach zu einem »merger of equals«.⁶ Denn es kommt nicht zu einem gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsverhältnis, sondern zu einer Zusammenführung der Vermögensmassen und der Anteilseigner in einem Rechtsträger.

II. Historische Entwicklung

- 6 Bis zum Inkrafttreten des UmwG 1994 war das Verschmelzungsrecht auf eine ganze Reihe von Gesetzen verteilt, die sowohl inhaltsgleiche als auch rechtsformspezifische Regelungen enthielten. Erst mit dem UmwG 1994 wurde die komplexe Materie in einem Gesetz zusammengeführt und in einen allgemeinen Teil (§§ 2–38) und rechtsformspezifische besondere Vorschriften (§§ 39–122) unterteilt.

1. Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien

- 7 a) **ADHGB 1861**. Bereits Artt. 215, 247 ADHGB 1861 ermöglichten es, eine AG »durch Vereinigung derselben mit einer anderen Aktiengesellschaft« aufzulösen.⁷ Über

³ Lutter, in: Lutter, UmwG, § 2 Rn. 29.

⁴ Zum Gewinnabführungsvertrag ohne beherrschungsrechtliche Komponente, dem sog. isolierten Gewinnabführungsvertrag: *Cahn/Simon*, Der Konzern 2003, 1 ff.

⁵ Im Einzelnen: unten Rdn. 136 ff.

⁶ Für den »merger of equals« ist aber auch die Art der Verschmelzung von maßgeblicher Bedeutung (hierzu: Rdn. 25).

⁷ Bis 1870 setzte dies im Konzessionssystem nach Art. 247 § 1 ADHGB eine staatliche Genehmigung voraus; vgl. *Keyssner*, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch, 1878, S. 237.

den reinen Wortlaut des ADHGB hinaus wurde seinerzeit sowohl in Rechtsprechung als auch in Literatur neben dieser Verschmelzung zur Aufnahme auch eine Verschmelzung zur Neugründung diskutiert⁸ und in analoger Anwendung des Art. 247 ADHGB auch zugelassen.⁹

Die Aktionäre der aufgelösten AG waren gem. Art. 215 § 2 ADHGB mit Aktien der »anderen«, d.h. der übernehmenden AG abzufinden. Die »andere« AG hatte die beiden Vermögensmassen zunächst getrennt zu verwalten. Eine **Vereinigung der Vermögen** der beiden Gesellschaften war gem. Art. 247 Nr. 5 S. 2 ADHGB »erst in dem Zeitpunkt zulässig, in welchem eine Verteilung des Vermögens einer aufgelösten Aktiengesellschaft unter die Aktionäre erfolgen« durfte. Dies setzte gem. Artt. 243, 245 ADHGB einen dreimaligen Gläubigeraufruf voraus, ihre gegen die AG gerichteten Forderungen anzumelden. Ein Jahr nach der dritten Aufforderung konnte die Vereinigung der Vermögen erfolgen, wenn diejenigen Gläubiger, die sich bis dahin gemeldet hatten, befriedigt waren oder ihnen Sicherheit geleistet worden war.

Das Fusionsrecht des ADHGB war bereits durch die für eine Verschmelzung nach heutigem Verständnis wesentlichen Merkmale gekennzeichnet. Sie bewirkte die Übertragung des Vermögens im Wege der Gesamtrechtsnachfolge¹⁰, eine Fortsetzung der Mitgliedschaft in der »anderen« AG und eine Auflösung der übertragenden AG ohne Abwicklung¹¹. Die Fusion nach dem ADHGB kann deshalb nicht als vereinfachte Form der Liquidation beschrieben werden.¹² Sie ermöglichte vielmehr, das Vermögen der aufgelösten AG ohne Liquidation¹³ oder »liquidationsähnliche Umsetzung« zusammenzuhalten, auf die »andere« AG zu übertragen und bei dieser fortzuführen.¹⁴ Insbesondere mit der Einführung der Gesamtrechtsnachfolge, die an die Stelle der Singularsukzession trat, war der entscheidende Schritt zum Verschmelzungsrecht getan.

b) HGB 1897. Das Verschmelzungsrecht in den §§ 303–307 HGB 1897 entsprach im Wesentlichen den Regelungen der Artt. 215, 247 ADHGB.¹⁵ Allerdings gab es nunmehr gem. § 305 HGB zusätzlich die Möglichkeit einer **Fusion ohne Wegfall der Liquidation**, auch Fusion ohne sofortige Verschmelzung genannt. Dabei wurde das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft zunächst von Liquidatoren verwaltet und erst nach dem Ablauf des Sperrjahres und der Befriedigung bzw. Sicherstellung der Gläubiger im Wege der Singularsukzession auf die übernehmende AG übertragen.¹⁶ Dieses nur selten angewandte Verfahren stellte letztlich gar keine Verschmelzung im eigentlichen Sinne dar, da die Auflösung der übertragenden AG mit ihrer Liquidation einherging und die übernehmende AG auch nicht Gesamtrechtsnachfolgerin der aufgelösten Gesellschaft wurde.¹⁷

⁸ RGZ 28, 358, 363; *Wiener*, ZHR 27 (1882), 333, 370; a.A.: *Lutter*, in: Lutter, UmwG, § 2 Rn. 5.

⁹ *Anschtütz/v. Volderndorff*, ADHGB, 1870, Art. 247 Anm. 18; *Renaud*, Das Recht der Actiengesellschaften, 2. Aufl. 1875, S. 805 ff.

¹⁰ RGZ 28, 358, 363; *Wiener*, ZHR 27 (1882), 333, 365 ff.

¹¹ RGZ 9, 11, 16.

¹² So aber: *Lutter*, in: Lutter, UmwG, § 2 Rn. 5; *Stengel*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 2 Rn. 6.

¹³ RGZ 9, 11, 16.

¹⁴ *Wiener*, ZHR 27 (1882), 333, 371.

¹⁵ Siehe Rdn. 7 ff.

¹⁶ *Staub*, HGB, 6. und 7. Aufl. 1900, § 305 Anm. 20.

¹⁷ *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung, 1993, S. 3.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

- 11 Seit dem Inkrafttreten des HGB war auch die Fusion zweier KGaA oder einer KGaA mit einer AG möglich.¹⁸ Denn mit § 320 Abs. 3 HGB gab es nunmehr für das Recht der KGaA einen Generalverweis auf das Aktienrecht. Demgegenüber hatten die Artt. 173 ff. ADHGB noch eine umfassende eigenständige Regelung des Rechts der KGaA dargestellt, ohne eine den Artt. 215, 247 ADHGB entsprechende Fusion zu ermöglichen.¹⁹
- 12 c) **AktG 1937.** Durch das AktG 1937 wurde der Begriff der Verschmelzung in das Aktienrecht eingeführt, nachdem er zuvor bereits in §§ 93a ff. GenG²⁰ Verwendung gefunden hatte.²¹ Inhaltlich brachte das AktG 1937 einige erhebliche **Modernisierungen**. Die getrennte Verwaltung der Vermögensmassen, der Gläubigeraufruf und das Sperrjahr wurden abgeschafft. An ihre Stelle trat als zentrales Instrument des Gläubigerschutzes das Recht auf Sicherheitsleistung (jetzt: § 22). Erstmals kodifiziert wurde die Möglichkeit der »Verschmelzung durch Neubildung«. Sie sollte eine Unternehmensfusion auf gleicher Augenhöhe (»merger of equals«) ermöglichen.²² Zudem wurde der Kreis der übertragungsfähigen Gesellschaften um die GmbH und bergrechtliche Gewerkschaften erweitert.
- 13 Die Aktienrechtsreform von 1965 brachte keine wesentlichen Neuerungen für das Verschmelzungsrecht, weil sich die Regelungen des AktG 1937 »im großen und ganzen bewährt« hatten.²³
- 14 d) **VerschmelzungsrichtlinienG.** Die 3. gesellschaftsrechtliche Richtlinie (Verschmelzungsrichtlinie) brachte weitere tiefgreifende Veränderungen des Verschmelzungsrechts insbesondere mit Blick auf den **Aktionärsschutz** mit sich. Die Richtlinie wurde durch Gesetz vom 25. Oktober 1982²⁴ in deutsches Recht umgesetzt. Mit dem Verschmelzungsrichtliniengesetz wurde insbesondere ein zwingender Inhalt des Verschmelzungsvertrages (jetzt § 5), die Berichtspflicht (jetzt § 8) und eine externe Prüfung des Verschmelzungsvertrages (jetzt § 9) vorgeschrieben. Diese aus europarechtlicher Sicht nur für das Aktienrecht bestehenden Vorgaben wurden mit dem UmwG 1994 mit unterschiedlicher Reichweite²⁵ auch auf die Verschmelzung anderer Rechtsträger ausgedehnt.

2. GmbH

- 15 Seit dem AktG 1937 konnte die GmbH übertragener Rechtsträger bei einer Verschmelzung auf eine AG oder KGaA sein.²⁶ Demgegenüber war sie kein geeigneter **übernehmender Rechtsträger**. Diese Möglichkeit eröffnete erst die GmbH-Novelle von 1980, die in den §§ 19 ff. KapErhG die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften (AG, KGaA und GmbH) auf eine GmbH vorsah. Anders als bei einer aufnehmenden AG ließ das KapErhG die Verschmelzung mehrerer übertragender Gesellschaften auf eine

18 *Staub*, HGB, 6. und 7. Aufl. 1900, § 330 Anm. 22.

19 *Staub*, ADHGB, 2. Aufl. 1894, Art. 206a, § 11.

20 Eingefügt durch Gesetz vom 1. Juli 1922, RGBl. I, 567.

21 Ungenau insoweit: *Stengel*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 2 Rn. 9.

22 Hierzu bereits oben Rdn. 5.

23 RegBegr. zum AktG 1965 bei *Kropff*, Aktiengesetz, S. 455.

24 BGBl. I 1982, 1425.

25 Hierzu: § 8 Rdn. 2, § 9 Rdn. 4 ff.

26 Hierzu oben: Rdn. 12.

GmbH nicht zu. Die allgemeine Möglichkeit einer Mehrfachverschmelzung wurde erst mit dem UmwG 1994 geschaffen.²⁷

3. Genossenschaft

Die Möglichkeit der Verschmelzung von Genossenschaften untereinander wurde 1922 mit den §§ 93a ff. GenG geschaffen²⁸, die auch erstmals den Begriff der Verschmelzung einführten.²⁹ Reformiert wurden die Bestimmungen durch die Verordnung vom 13. April 1943³⁰ und durch Gesetz vom 9. Oktober 1973³¹, das u.a. die Möglichkeit einer Verschmelzung zur Neugründung in § 93s GenG einführte. Eine Mischverschmelzung, d.h. eine Verschmelzung von Genossenschaften mit Rechtsträgern anderer Rechtsform ist erst seit dem UmwG 1994 möglich. 16

4. VVaG

Die Verschmelzung von VVaG wurde erstmals durch Gesetz vom 15. August 1969³² gesetzlich geregelt. In der Sache war sie aber vom Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen und von der Rechtsprechung in Anlehnung an das Aktienrecht bereits seit 1953 anerkannt.³³ 17

5. OHG, KG

Das UmwG 1969 kannte für die OHG und die KG die sog. errichtende Umwandlung (§§ 40–49 UmwG 1969) und die verschmelzende Umwandlung (§§ 3–14, 20, 23–29 UmwG 1969). Bei der errichtenden Umwandlung wurde nach heutigem Verständnis eine Personenhandelsgesellschaft in eine AG, KGaA oder GmbH überführt, was weniger eine Verschmelzung als vielmehr einen Formwechsel darstellte. Demgegenüber war die verschmelzende Umwandlung von Kapitalgesellschaften und bergrechtlichen Gewerkschaften auf eine bestehende Personenhandelsgesellschaft zwar ihrem Wesen nach eine Verschmelzung. Sie setzte allerdings voraus, dass die übernehmende Personenhandelsgesellschaft mindestens 75 Prozent der Anteile an der übertragenden Gesellschaft hielt. Die verschmelzende Umwandlung war daher im Wesentlichen ein Instrument zur konzernrechtlichen Integration von Tochtergesellschaften.³⁴ 18

III. Europarechtliche Grundlagen

Das Verschmelzungsrecht ist wesentlich durch die 3. gesellschaftsrechtliche Richtlinie³⁵ europarechtlich beeinflusst. Dies gilt insbesondere für die Struktur und die Arten der Verschmelzung, den Mindestinhalt des Verschmelzungsvertrages und das Erfordernis eines Verschmelzungsberichts nebst externer Prüfung des Verschmelzungsvertrages. Aller- 19

²⁷ Zur Mehrfachverschmelzung im Einzelnen: Rdn. 180.

²⁸ RGBl. I 1922, 567.

²⁹ Hierzu bereits oben: Rdn. 12.

³⁰ RGBl. I 1943, 251.

³¹ BGBl. I 1973, 1451.

³² BGBl. I 1969, 1171.

³³ BayObLG, NJW 1967, 52; OLG Bremen, VersR 1967, 1165.

³⁴ Zu diesem Zweck des Verschmelzungsrechts: Rdn. 4.

³⁵ Richtlinie 78/855/EWG des Rates vom 9. Oktober 1978 betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ABl. Nr. L 295, 36.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

dings beziehen sich diese Vorgaben der Verschmelzungsrichtlinie nur auf die Verschmelzung unter Beteiligung von AG. Die Umsetzung der **Richtlinienvorgaben** erfolgte aber im allgemeinen Teil des Verschmelzungsrechts. Dies hat eine Ausstrahlungswirkung auch auf die Verschmelzung unter Beteiligung von Rechtsträgern anderer Rechtsformen zur Folge. Bei Fragen der richtlinienkonformen Auslegung des Verschmelzungsrechts ist ggf. die subjektive Reichweite der Verschmelzungsrichtlinie in Betracht zu ziehen.³⁶

IV. Struktur der Verschmelzung

- 20 Die Verschmelzung ist im Wesentlichen durch drei Merkmale charakterisiert, die der Sache nach schon auf das ADHGB 1861 zurückgehen. Es sind dies die Übertragung des Vermögens als Ganzes (**Gesamtrechtsnachfolge**)³⁷ von dem übertragenden auf den übernehmenden Rechtsträger, die Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften des übernehmenden Rechtsträgers an die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers (**Mitgliedschaftsperpetuierung**)³⁸ und die **Auflösung** des übertragenden Rechtsträgers ohne Abwicklung.³⁹ Diese in § 2 normierte Struktur ist zwingend und einer abweichenden Vereinbarung der Parteien nur insoweit zugänglich, als dies im Umwandlungsgesetz ausdrücklich zugelassen ist.⁴⁰ So kann es etwa keine Verschmelzung ohne Auflösung des übertragenden Rechtsträgers oder ohne Gesamtrechtsnachfolge⁴¹ geben. Für den besonders praxisrelevanten Fall der Verschmelzung unter Beteiligung von Kapital- und Personengesellschaften ähnelt die Verschmelzung einer Sacheinlage (allerdings durch Gesamtrechtsnachfolge) der Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers in Form ihres anteiligen Gesellschaftsvermögens in den übernehmenden Rechtsträger gegen Gewährung von Mitgliedschaftsrechten.
- 21 Bis zu einem gewissen Grade lassen sich die Ergebnisse einer Verschmelzung auch durch **alternative Gestaltungen** erreichen. So etwa, indem der übertragende Rechtsträger sein Vermögen im Wege der Singularsukzession gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten (Sacheinlage) auf den übernehmenden Rechtsträger überträgt und anschließend liquidiert wird, wodurch die gewährten Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger an die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers ausgekehrt werden. Welche Gestaltung auch immer gewählt wird, die **essenziellen Vorteile** einer **Verschmelzung** lassen sich nicht bzw. nur begrenzt nachbilden. Dies sind insbesondere die **Universalsukzession** in das gesamte Vermögen⁴² und die grundsätzliche Geltung des **Mehrheitsprinzips**, mit Hilfe dessen eine dissentierende Minderheit in eine Mitgliedschaft an dem übernehmenden Rechtsträger gezwungen werden kann. Zum Ausgleich dieser Effekte des Mehrheitsprinzips sieht das UmwG eine ganze Reihe von präventiven (z.B. §§ 8 ff.) und repressiven (z.B. §§ 14 f.) Rechtsschutzmechanismen und unter gewissen Voraussetzungen auch Ausstiegsmöglichkeiten (§ 29) vor.
- 22 Weil § 2 die Struktur der Verschmelzung als einen allgemeinen Tatbestand unabhängig von der Rechtsform des beteiligten Verbandes festschreibt, knüpft er **rechtsformneutral**

36 Vgl. dazu: Einl. A Rdn. 27.

37 Hierzu im Einzelnen: Rdn. 32 ff.

38 Hierzu: Rdn. 78 ff.

39 Hierzu: Rdn. 74 ff.

40 Relevant ist dies nur für die Ausnahmen von der Mitgliedschaftsperpetuierung; dazu: Rdn. 90 ff.

41 KG, Der Konzern 2004, 749.

42 Hierzu im Einzelnen: Rdn. 32 ff.

an den Begriff des **Rechtsträgers** an. Welche Verbände als Rechtsträger an einer Verschmelzung beteiligt sein können, bestimmt sich nach § 3. Aus demselben Grund der Rechtsformneutralität enthält § 2 im Zusammenhang mit der Mitgliedschaftsperpetuierung eine Legaldefinition des **Anteilshabers**. Dabei handelt es sich um die Verbandsmitglieder der verschmelzungsfähigen Rechtsträger, nämlich um Gesellschafter, Partner, Aktionäre, Genossen oder Mitglieder.

V. Arten der Verschmelzung

§ 2 unterscheidet zwischen der Verschmelzung durch Aufnahme und der Verschmelzung durch Neugründung. Bei der ersten ist der übernehmende Rechtsträger bereits existent, während er im Falle der Verschmelzung durch Neugründung im Zuge der Umwandlung erst errichtet wird. Diese Differenzierung prägt sowohl die allgemeinen Vorschriften des Verschmelzungsrechts (§§ 4–35 und §§ 36–38) wie auch die rechtsformspezifischen besonderen Regelungen der §§ 39–122. Lediglich bei den besonderen Vorschriften zur Verschmelzung von Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften wurde wegen der geringen Zahl der Sonderregelungen auf diese Unterscheidung verzichtet.⁴³ Die **Verschmelzung durch Aufnahme** bildet gesetzessystematisch den Grundfall, auf den die jeweiligen Vorschriften zur Verschmelzung durch Neugründung aufsetzen (§ 36 Abs. 1 Satz 1). Dieser gesetzessystematischen Stellung entspricht auch die tatsächliche Bedeutung der Verschmelzung durch Aufnahme. Sie ist **die Regel**, die Verschmelzung durch Neugründung die Ausnahme. 23

Gegen die Verschmelzung durch Neugründung spricht häufig, dass sie zeitlich und organisatorisch aufwendiger ist als die Verschmelzung durch Aufnahme, insbesondere weil hier neben den verschmelzungsrechtlichen Formalia auch die Gründungsvorschriften des neuen Rechtsträgers anzuwenden sind (§ 36 Abs. 2). Auch kann die Verschmelzung durch Neugründung mit grunderwerbsteuerlichen Nachteilen verbunden sein, weil bei ihr zwingend das gesamte Grundvermögen aller beteiligten Rechtsträger grunderwerbsteuerpflichtig zu übertragen ist. Aber auch ertragsteuerliche Nachteile können entstehen, etwa durch den Wegfall von Verlustvorträgen (§ 98c KStG). 24

Für eine Verschmelzung durch Neugründung kann neben dem (psychologischen) Argument eines »merger of equals«⁴⁴ insbesondere bei Publikumsgesellschaften der Ausschluss des Anfechtungsrechts hinsichtlich von Bewertungsrügen nach § 14 Abs. 2 ins Feld geführt werden. Die Anteilseigner eines übertragenden Rechtsträgers können ihre Rüge, dass das Umtauschverhältnis der Anteile zu niedrig bemessen sei, nicht im Rahmen einer Anfechtungsklage, sondern nur durch Spruchverfahren geltend machen.⁴⁵ Ein solches Spruchverfahren hindert nicht den Vollzug der Verschmelzung, weil es keine Registersperre nach § 16 Abs. 2 S. 2 auslöst. Demgegenüber besteht auf der Ebene des übernehmenden Rechtsträgers kein Ausschluss des Anfechtungsrechts für Bewertungsrügen⁴⁶, weshalb die Anteilseigner des übernehmenden Rechtsträgers durch entsprechende Anfechtungsklagen die Eintragung der Verschmelzung zunächst verhindern können (§ 16 Abs. 2 S. 2), was sich wiederum nur durch ein Freigabeverfahren nach § 16 Abs. 3 überwinden lässt. Dieses Sperrpotential besteht bei einer Verschmelzung durch Neugrün- 25

⁴³ RegBegr. bei *Ganske*, *UmwR*, S. 91.

⁴⁴ Hierzu bereits: Rdn. 5.

⁴⁵ Hierzu im Einzelnen: § 14 Rdn. 31 ff.

⁴⁶ § 14 Rdn. 3.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

dung nicht. Da der übernehmende Rechtsträger im Zuge der Verschmelzung erst entsteht (§ 36 Abs. 1 S. 2), wird bei ihm kein Verschmelzungsbeschluss gefasst, gegen den eine Anfechtungsklage mit der Folge einer Registersperre erhoben werden könnte.

VI. Verschmelzungsverfahren

1. Vorbereitungsphase

- 26 Das Verschmelzungsverfahren ist streng formalisiert, weshalb es einer detaillierten Vorbereitung und **Zeitplanung** bedarf. Der Zeitplan wird in aller Regel durch die 8-Monats-Frist nach § 17 Abs. 2 S. 4 bestimmt, wonach die Registeranmeldung bei dem übertragenden Rechtsträger nicht später als 8 Monate nach dem Bilanzstichtag der Schlussbilanz erfolgen darf. Diese 8-Monats-Frist hat nicht nur umwandlungsrechtliche, sondern regelmäßig auch erhebliche steuerliche Bedeutung.⁴⁷ Daneben geht es in der Vorbereitungsphase auch darum, die Struktur der Verschmelzung zu erarbeiten. Dies gilt z.B. für die Verschmelzungsrichtung, die Frage also, wer übertragender und wer übernehmender Rechtsträger sein soll, für steuerliche Implikationen und ggf. vorbereitende Umstrukturierungsmaßnahmen.

2. Bewertung und Prüfung

- 27 Im Verschmelzungsvertrag ist das Umtauschverhältnis der Anteile anzugeben (§ 5 Abs. 1 Nr. 3). Um das Umtauschverhältnis zu berechnen, muss im Vorfeld der Verschmelzung der Wert der beteiligten Rechtsträger ermittelt werden. Diese Aufgabe obliegt den Vertretungsorganen der beteiligten Rechtsträger, die sich hierzu regelmäßig, aber nicht zwingend, einer **externen Unternehmensbewertung** bedienen. Von rechtsformspezifischen Ausnahmen abgesehen, ist die Unternehmensbewertung und die aus ihr abgeleitete Umtauschrelation im Rahmen der Prüfung des Verschmelzungsvertrags durch einen externen Prüfer zu prüfen (§§ 9 ff.). Der Verschmelzungsprüfer wird auf Antrag des Vertretungsorgans vom Gericht ausgewählt und bestellt (§ 10 Abs. 1 S. 1). Möglich und praktisch häufig wird für alle beteiligten Rechtsträger ein gemeinsamer Prüfer bestellt (§ 10 Abs. 1 S. 2), der einen gemeinsamen Prüfungsbericht für alle beteiligten Rechtsträger erstellt (§ 12 Abs. 1 S. 2).

3. Verschmelzungsvertrag

- 28 Die Vertretungsorgane der beteiligten Rechtsträger haben in notarieller Form einen Verschmelzungsvertrag zu schließen, dessen Inhalt ganz weitgehend der Struktur des § 5 Abs. 1 entspricht. Besonderer Aufmerksamkeit bedarf der Verschmelzungsvertrag in Bezug auf das Umtauschverhältnis (§ 5 Abs. 1 Nr. 3), die Gewährung besonderer Rechte oder Vorteile (§ 5 Abs. 1 Nr. 7 und Nr. 8) und die Folgen der Verschmelzung für die Arbeitnehmer (§ 5 Abs. 1 Nr. 9). Der Verschmelzungsvertrag oder sein Entwurf sind einen Monat vor Fassung des Verschmelzungsbeschlusses den zuständigen Betriebsräten zuzuleiten (§ 5 Abs. 3). Bei einer beteiligten AG/KGaA bzw. einem beteiligten VVaG ist der Verschmelzungsvertrag vor Einberufung der Hauptversammlung bzw. der obersten Vertretung dem zuständigen Handelsregister zu übermitteln (§§ 61, 111). Auch sind regelmäßig interne Gremienzustimmungen und bei Publikumsgesellschaften auch ein Aufsichtsratsbeschluss nach § 124 Abs. 3 S. 1 AktG herbeizuführen.

⁴⁷ Hierzu: § 5 Rdn. 76.

4. Verschmelzungsbeschlüsse

Die Anteilseigner der beteiligten Rechtsträger müssen dem Verschmelzungsvertrag oder seinem Entwurf in notariell beurkundeter Form zustimmen (§ 13). Im Vorfeld der Anteilseignerversammlungen sind strenge Offenlegungs- und Informationspflichten zu berücksichtigen (z.B. §§ 49, 63). Bei dem übernehmenden Rechtsträger sind im Zusammenhang mit den Verschmelzungsbeschlüssen regelmäßig auch weitere Beschlüsse insbesondere über Kapitalmaßnahmen und ggf. Satzungsänderungen zu fassen. 29

5. Register

Nach Fassung der Anteilseignerbeschlüsse müssen die Verschmelzung wie auch Kapitalmaßnahmen und Satzungsänderungen zu den Registern der beteiligten Rechtsträger angemeldet werden. Im Rahmen der Registeranmeldungen sind weitere Formalia insbesondere zur Anmeldungs- und Eintragsreihenfolge und zu den erforderlichen Anlagen (z.B. §§ 17, 16 Abs. 2 S. 1) zu berücksichtigen. Die Eintragung der Verschmelzung in das Register des übernehmenden Rechtsträgers hat konstitutive Wirkung für die Verschmelzung (§ 20 Abs. 1). Mit ihr kommt es gemäß § 20 Abs. 1 zur Gesamtrechtsnachfolge, zum Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers und zur Mitgliedschaftsperpetuierung bei dem übernehmenden Rechtsträger. Bei beteiligten Aktiengesellschaften ist anschließend der Aktienumtausch über den Treuhänder (§§ 71 f.) abzuwickeln. Nach Eintragung der Verschmelzung kommt es dann ggf. zur Annahme von Abfindungsangeboten (§§ 29, 31) und zur gerichtlichen Überprüfung des Umtauschverhältnisses bzw. eines Abfindungsangebotes im Rahmen eines Spruchverfahrens (§ 1 Nr. 4 SpruchG). 30

B. Merkmale der Verschmelzung

Wie bereits erwähnt, ist die Struktur der Verschmelzung durch die Gesamtrechtsnachfolge, die Auflösung ohne Abwicklung des übertragenden Rechtsträgers und die Mitgliedschaftsperpetuierung in Bezug auf die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers charakterisiert.⁴⁸ 31

I. Gesamtrechtsnachfolge

1. Sinn und Zweck

Die Gesamtrechtsnachfolge ist rechtssystematisch das **Herzstück der Verschmelzung**⁴⁹, durch die sie sich von allen anderen Formen der Umstrukturierung von Verbänden unterscheidet. In erster Linie soll die Gesamtrechtsnachfolge die als volkswirtschaftlich und betriebswirtschaftlich sinnvoll erachtete Um- und Neustrukturierung von Verbänden und zwar primär von Unternehmensträgern erleichtern. Dies wird erreicht, indem in Abkehr von dem sachenrechtlichen Spezialitätsgrundsatz erstens die Mitwirkung Dritter bei der Übertragung einzelner Gegenstände grundsätzlich nicht erforderlich ist und zweitens der Kanon der übertragungsfähigen Gegenstände und Rechtsverhältnisse gegenüber den Möglichkeiten bei der Singularsukzession deutlich erweitert wird.⁵⁰ 32

⁴⁸ Hierzu: Rdn. 20.

⁴⁹ K. Schmidt, AcP 191 (1991), 495, 504.

⁵⁰ So insb. für die Spaltung: RegBegr. bei Ganske, UmwR, S. 19.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

- 33 Damit wird es möglich, das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers als Einheit zu erhalten und auf den übernehmenden Rechtsträger zu überführen. Sowohl historisch als auch rechtstatsächlich stehen bei der Verschmelzung wie auch bei den anderen Umwandlungsformen des UmwG unternehmenseintragende Verbände im Mittelpunkt des Geschehens. Durch das Institut der Gesamtrechtsnachfolge wird also der **Erhalt der Unternehmenseinheit** als ein organischer Mechanismus im Rahmen von Umstrukturierungsmaßnahmen sichergestellt.⁵¹
- 34 Gleichsam als Reflex können die **wirtschaftlichen Kosten** für Umstrukturierungsmaßnahmen **gesenkt** werden, die ansonsten durch die materiellen und formellen Vorgaben des Spezialitätsgrundsatzes entstehen.⁵² Ob die Umwandlung unter Gesamtrechtsnachfolge aber tatsächlich kostengünstiger als eine Umstrukturierung durch Singularsukzession ist, hängt von den besonderen Gegebenheiten des Einzelfalles, insbesondere von der Anteilseignerstruktur sowie Art und Umfang des Verbandsvermögens ab.

2. Wesen der Gesamtrechtsnachfolge

- 35 Bisher kaum geklärt ist, wie die umwandlungsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge rechtssystematisch einzuordnen ist und was genau sie von der Singularsukzession unterscheidet. Wenig gewonnen ist jedenfalls mit Umschreibungen, wonach im Rahmen der Verschmelzung sämtliche Aktiva und Passiva »uno actu« oder »ipso iure« auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen.⁵³ Damit werden weder materiell-rechtliche noch rechtstechnische Merkmale der Universalsukzession des UmwG beschrieben. Nicht entscheidend für den Charakter der Gesamtrechtsnachfolge ist jedenfalls, dass der Übergang des gesamten Vermögens zu einem einheitlichen Zeitpunkt (**Unitemporalität**) stattfindet. Gleiches gilt für die Tatsache, dass im Rahmen der Verschmelzung der Erwerber des Vermögens stets ein einheitliches Erwerbssubjekt in der Form des übernehmenden Rechtsträgers (**Unilinearität**) ist.⁵⁴ Sowohl die Einheitlichkeit des Übergangszeitpunktes als auch die Einheit des Erwerbssubjektes lassen sich zwanglos, wenn auch ggf. mit erhöhtem Aufwand, durch eine zusammengefasste Singularsukzession einzelner Gegenstände herbeiführen. Sie sind deshalb kein charakteristisches Unterscheidungskriterium, sondern nur akzidentielle Merkmale.
- 36 Ein Spezifikum der Gesamtrechtsnachfolge liegt darin, dass sie eine **Abkehr vom Spezialitätsgrundsatz** darstellt.⁵⁵ Aber auch dies bedarf der Konkretisierung. Nicht ausreichend wäre es, die Überwindung des Spezialitätsprinzips allein darin zu sehen, dass das sachenrechtliche Erfordernis der Einzelübertragung jedes Gegenstandes (**Spezialität des Verfügungsgeschäfts**) aufgehoben wird. Die Gesamtrechtsnachfolge wäre dann nur eine rechtstechnische Erleichterung in der Form einer kumulierten Singularsukzession.⁵⁶ Mit einem solchen Ansatz ließe sich das erklärte Ziel des Gesetzgebers nicht begründen, die umwandlungsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge auch auf Rechtsverhältnisse zu er-

51 Hierzu bereits: *Wiener*, ZHR 27 (1882), 333, 371.

52 *K. Mertens*, Umwandlung und Universalsukzession, 1993, S. 69.

53 *Hasse* (AcP 5 (1882), 19, 22) spricht bereits von einem trügerischen Merkmal.

54 Zu diesen Merkmalen bei der erbrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge: *Muscheler*, Jura 1999, 234, 235 ff.

55 *K. Schmidt*, AcP 191 (1991), 495, 511.

56 In diese Richtung – jedenfalls für die Spaltung – wohl tendierend: BGH, ZIP 2001, 305, 306; BFH, Der Konzern 2004, 152, 153; dazu eingehend: *Simon*, Der Konzern 2004, 373 ff.

strecken, die nach allgemeinem Sachenrecht nicht oder nur mit Zustimmung Dritter übertragbar sind (z.B. Verbindlichkeiten oder Vertragsverhältnisse).⁵⁷

Darüber hinaus ließe sich die Abkehr vom Spezialitätsgrundsatz auch als eine Überwindung des **sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes** verstehen, wonach zu übertragende Gegenstände sachenrechtlich bestimmt bzw. zumindest hinreichend bestimmbar im Verfügungsgeschäft erfasst sein müssen.⁵⁸ Wie aber wiederum ein Blick auf die spaltungsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge zeigt, ist der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz auch im UmwG präsent. Im Rahmen der Spaltung erfolgt die Zuordnung des von der Gesamtrechtsnachfolge erfassten Vermögensteils gemäß § 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG gerade mit diesem sachenrechtlichen Instrumentarium. Der Bestimmtheitsgrundsatz ist also letztlich nur ein rechtstechnisches Vehikel; das Wesen der Gesamtrechtsnachfolge charakterisiert er nicht.

37

Zum Wesensgrund der Gesamtrechtsnachfolge dringt man nur vor, wenn man sich ihren materiellen Gehalt im Vergleich zum sachenrechtlichen Verfügungsgeschäft des BGB vor Augen hält. Dann offenbaren sich mehrere Eigenheiten. Wendet man sich zunächst dem Rechtsgrund zu, so zeigt sich, dass die Causa für die Rechtsnachfolge aller übergehenden Gegenstände einheitlich im Verschmelzungsvertrag (§§ 4, 5) zu finden ist. Strukturell bedeutsamer ist aber, dass Gegenstand des Verfügungsakts nicht die einzelnen Vermögensgegenstände des übertragenden Rechtsträgers sind. Vielmehr erweitert das Umwandlungsgesetz den zivilrechtlichen Begriff des Gegenstandes (Sachen und Rechte als Objekt eines Verfügungsgeschäfts) um das Vermögen, über das (als Sachgesamtheit) verfügt wird. Ähnlich wie der Erblasser, der im Rahmen der Erbfolgeregelung über sein Vermögen verfügt (§ 1922 BGB), wird auch im Umwandlungsgesetz nicht über (einzelne) Sachen und Rechte, sondern über das (Verbands-)Vermögen verfügt. Dies zeigt sich auch am Wortlaut des § 2, der von dem Übergang »des Vermögens [...] als Ganzes« spricht. In Abweichung vom allgemeinen Zivilrecht, das als Gegenstand von Verfügungen nur Sachen und Rechte kennt, wird hier also auf das **Vermögen als Objekt des Rechtsübergangs** abgestellt.

38

Das macht begreiflich, weshalb im Rahmen der Verschmelzung auch solche Sachen und Rechte übergehen, die nach allgemeinem Sachenrecht nicht oder nur unter weiteren Voraussetzungen (z.B. Zustimmung Dritter) übertragbar sind. Der übernehmende Rechtsträger tritt auf Grund der umwandlungsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge in die Rechtsstellung des übernehmenden Rechtsträgers genau in der Art und Weise ein, in der sie im Zeitpunkt der Rechtsnachfolge bei dem übertragenden Rechtsträger bestand. Der übernehmende Rechtsträger erwirbt das Vermögen »tel quel«.⁵⁹

39

Damit erklärt sich auch, dass es sich nicht um eine gesetzliche⁶⁰, sondern um eine **rechtsgeschäftliche Gesamtrechtsnachfolge** handelt. Die Rechtsnachfolge ist rechtsgeschäftlicher Art, weil sie nach § 4 eines Verschmelzungsvertrages der beteiligten Rechtsträger bedarf. Die Universalsukzession wird auch nicht durch das Erfordernis der Registereintragung (§ 16) zu einer gesetzlichen. Diese ist zwar konstitutive Voraussetzung der Gesamtrechtsnachfolge (§ 20 Abs. 1 Nr. 1). Sie ist aber insoweit nur ein rechtstechnisches

40

⁵⁷ So aber das erklärte Ziel: RegBegr. bei *Ganske*, UmwR, S. 19.

⁵⁸ Statt aller: *Stadler*, in: Soergel, BGB, Einl. zu §§ 854–984 Rn. 43 m.w.N.

⁵⁹ *K. Schmidt*, AcP 191 (1991), 495, 520.

⁶⁰ Missverständlich aber: *Kallmeyer*, in: Kallmeyer, UmwG, § 2 Rn. 8.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

Instrument zum Schutze des Rechtsverkehrs, dem über die Umstände und Bedingungen einer Umwandlung Klarheit verschafft werden soll. Genauso wenig wie die Übertragung von Rechten an einem Grundstück durch § 873 BGB zu einer *cessio legis* wird, kann hier von im Rahmen der Verschmelzung gesprochen werden. Sie basiert vielmehr auf dem rechtsgeschäftlichen Willen der beteiligten Rechtsträger (§ 4) und ihrer Anteilseigner (§ 13).

- 41 Diese dogmatische Einordnung der Universalsukzession ist nicht nur von akademischem Interesse, sondern hat weitreichende praktische Bedeutung, insbesondere für die Grenzen der verschmelzungsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge.

3. Ausnahmen von der Übertragbarkeit

- 42 a) **Grundlagen.** Die umwandlungsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge findet wie gezeigt ihren Wesenskern in Abkehr vom allgemeinen Sachenrecht darin, dass hier über das Vermögen (als Sachgesamtheit) und nicht über einzelne Sachen und Rechte verfügt wird.⁶¹ Damit wird es möglich, das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers zusammenzuhalten und als organische Einheit auf den übernehmenden Rechtsträger zu überführen.⁶²
- 43 Ob und ggf. in welchem Umfang es von diesen Grundsätzen der umwandlungsrechtlichen Universalsukzession Ausnahmen gibt, ist bisher kaum geklärt. Die Literatur beschränkt sich im Wesentlichen auf eine kasuistische Einzelfallbetrachtung, ohne systemtragende Prinzipien des allgemeinen Zivilrechts im Allgemeinen und des Umwandlungsrechts im Speziellen in Betracht zu ziehen. Vielmehr soll es insoweit auf eine **Einzelfallabwägung** zwischen den Interessen der umzuwandelnden Rechtsträger einerseits und den Interessen Dritter an der Umwandlungsfestigkeit ihrer Rechtsverhältnisse mit dem übertragenden Rechtsträger andererseits ankommen.⁶³ Die materielle Reichweite der Universalsukzession soll also von dem Inhalt und der Ausgestaltung des jeweiligen Rechtsverhältnisses abhängen. Dies **kann** im Ergebnis **nicht überzeugen**, weil die im UmwG zum Ausdruck gekommenen gesetzgeberischen Wertungen damit übergangen würden.
- 44 Die Gesamtrechtsnachfolge soll gerade ermöglichen, das Vermögen und damit sämtliche Sachen, Rechte und Rechtsverhältnisse des übertragenden Rechtsträgers als Einheit zu erhalten und auf den übernehmenden Rechtsträger zu überführen.⁶⁴ Die Interessen Dritter werden nach der Systematik des UmwG dabei nicht gewahrt, indem die materielle Reichweite der Universalsukzession individuell zurückgedrängt wird. Deshalb kann es **grundsätzlich auch keine Umwandlungsfestigkeit** von Rechtsverhältnissen geben. Die schützenswerten Interessen Dritter werden vielmehr über Sekundäransprüche abgedeckt. Diese finden sich insbesondere in dem im UmwG normierte Haftungssystem, wie dem Anspruch auf Sicherheitsleistung (§ 22) und den individuellen Schadensersatzanspruch gegen Verwaltungsträger der beteiligten Rechtsträger (§§ 25, 26, 27). Darüber hinaus kann auf der Sekundärebene eine Beendigung des Rechtsverhältnisses, etwa durch Kündigung, in Betracht kommen.⁶⁵ Die Gesamtrechtsnachfolge erfasst also grundsätz-

61 Dazu im Einzelnen: Rdn. 38.

62 Zu dieser historischen Zielsetzung bereits: *Wiener*, ZHR 27 (1882), 333, 371.

63 Vgl. etwa: *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 20 Rn. 2, insbesondere Fn. 7.

64 Dazu bereits: Rdn. 33.

65 Im Einzelnen: Rdn. 58 ff.

lich sämtliche Rechtsverhältnisse unabhängig davon, ob sie nach allgemeinem Zivilrecht Übertragungsbeschränkungen unterliegen.

Ausnahmen von der generell unbeschränkten Reichweite der Gesamtrechtsnachfolge kann es deshalb nur in den Fällen geben, in denen **gesetzliche Übertragungsbeschränkungen** ausdrücklich **angeordnet** sind.⁶⁶ Aber selbst wenn ausnahmsweise die Übertragbarkeit gesetzlich ausgeschlossen ist, hindert dies nicht die Verschmelzung als solche. Vielmehr geht das in Rede stehende Recht bzw. Rechtsverhältnis dann unter, weil der übertragende Rechtsträger im Zuge der Verschmelzung erlischt. Durch die Verschmelzung kann keine *res extra commercium* entstehen.

b) Gesetzliche Übertragungsbeschränkungen. Gesetzliche Regelungen, die die Übertragbarkeit eines Gegenstandes oder Rechtsverhältnisses durch verschmelzungsbedingte Gesamtrechtsnachfolge ausdrücklich ausschließen, gibt es derzeit nicht. Vielmehr gibt es Normen, die die Übertragungsfähigkeit im Rahmen der Verschmelzung ausdrücklich anordnen, so insbesondere §§ 1059a Abs. 2, 1092 Abs. 2, 1098 Abs. 3 BGB.

Gesetzliche Übertragungsbeschränkungen, die für den Fall der **Singularsukzession** gelten, finden im Falle der Verschmelzung grundsätzlich **keine Anwendung**. So etwa gesetzliche Übertragungsverbote und Zustimmungs- oder Formerfordernisse. Deshalb stehen der Gesamtrechtsnachfolge insbesondere die §§ 399, 414, 415, 514, 613 Abs. 1, 673 Abs. 1 BGB nicht entgegen.

Von besonderer Bedeutung ist, ob Vorschriften, die die Übertragbarkeit eines Gegenstandes im Falle des **Todes einer natürlichen Person** beschränken, auch auf die verschmelzungsbedingte Gesamtrechtsnachfolge anzuwenden sind. Dies gilt insbesondere für Regelungen aus dem **Personengesellschaftsrecht** in § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB und § 727 BGB. Überwiegend wird davon ausgegangen, dass solche für den Tod einer natürlichen Person geltenden Vorschriften und in ihrem Anwendungsbereich ggf. privat-autonom getroffene Regelungen (insbesondere in Gesellschaftsverträgen) auf die Verschmelzung entsprechend anzuwenden seien.⁶⁷ Teilweise wird einschränkend verlangt, dass der übertragende Rechtsträger eine juristische Person⁶⁸ oder eine Handelsgesellschaft⁶⁹ sei.

Diese Überlegungen können in dieser Absolutheit jedoch nicht überzeugen, weil sie nicht an dem Merkmal der Gesamtrechtsnachfolge ansetzen, sondern den verschmelzungsbedingten Untergang des übertragenden Rechtsträgers mit dem Tod einer natürlichen Person gleichsetzen. Für eine solche Parallele gibt es im Gesetz aber keinen Hinweis. Hätte der Gesetzgeber eine entsprechende Einschränkung der umwandlungsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge beabsichtigt, hätte er dies zum Ausdruck bringen müssen. Es fehlt auch an einer planwidrigen Lücke, die durch eine Analogie zu § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB, § 727 BGB geschlossen werden müsste oder könnte. Und im Übrigen sind die in diesen Vorschriften zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Wertungen zum Tod einer natürlichen Person mit der Sach- und Interessenlage bei einer Verschmelzung nicht vergleichbar.

⁶⁶ Hierzu: Rdn. 46 ff.

⁶⁷ *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 20 Rn. 19; *Marsch-Barnert*, in: Kallmeyer, UmwG, § 20 Rn. 7; *Kübler*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 20 Rn. 24 ff.

⁶⁸ *Kraft*, in: KK-AktG, 1. Aufl., § 346 Rn. 22.

⁶⁹ *Vossius*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 20 Rn. 159 ff.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

- 50 An einer Verschmelzung sind als übertragende Rechtsträger gerade keine natürlichen Personen, sondern ausschließlich die in § 3 Abs. 1 genannten Verbände beteiligt. Hält ein solcher Verband einen Anteil an einer BGB-Gesellschaft oder einer OHG/KG, weist diese Personengesellschaft regelmäßig keine derart personalistische Struktur auf, wie sie für Personengesellschaften typisch ist, an denen nur natürliche Personen beteiligt sind. Es besteht deshalb keine sachliche Rechtfertigung dafür, in einer Verschmelzung grundsätzlich einen Auflösungs- oder Ausscheidensgrund der Personengesellschaft zu sehen.⁷⁰ Sollte nach dem objektiven Willen der Gesellschafter der Personengesellschaft ausnahmsweise eine derart enge personalistische Struktur gewollt sein, dass den Mitgesellschaftern eine Fortsetzung der Gesellschaft mit dem übernehmenden Rechtsträger nicht zumutbar erscheint, kommt ggf. ein **außerordentliches Kündigungsrecht** in Betracht.⁷¹ Dies wird die absolute Ausnahme sein, ist im Ergebnis aber auch ausreichend, um die Interessen der Mitgesellschafter zu wahren; einer Analogie zu § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB oder § 727 BGB bedarf es daher nicht.
- 51 Im Übrigen stünde die uneingeschränkte Anwendung von § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB und § 727 BGB auf die Verschmelzung in einem **Wertungswiderspruch** zu der Tatsache, dass kapitalgesellschaftsrechtliche **Vinkulierungsklauseln** (§ 15 Abs. 5 GmbHG, § 68 Abs. 2 AktG) durch die Verschmelzung durchbrochen werden⁷², und dies obwohl die Vinkulierung gerade auch zum Ausdruck bringt, dass der Gesellschafter an die Gesellschaft gebunden werden soll.
- 52 Allerdings sind im **Gesellschaftsvertrag** der Personengesellschaft – etwa in Anlehnung an §§ 131 Abs. 3 Nr. 1, 161 Abs. 2 HGB bzw. § 727 BGB – getroffene **Regelungen** zur Auflösung oder zum Ausscheiden eines Gesellschafters im Falle seiner **Verschmelzung** zu beachten. Dies aber nur, wenn diese Regelungen – explizit bzw. durch Auslegung – gerade für die Verschmelzung eines Gesellschafters gelten sollen. Da solche Regelungen auf der Sekundärebene nach Durchführung der Gesamtrechtsnachfolge ansetzen, liegt hierin auch kein Widerspruch zu dem Grundsatz, dass die Reichweite der Gesamtrechtsnachfolge nicht der Parteidisposition unterliegt.⁷³
- 53 **c) Rechtsgeschäftliche Übertragungsbeschränkungen.** Bisher nicht geklärt ist, ob die Übertragbarkeit eines Gegenstandes oder Rechtsverhältnisses durch rechtsgeschäftliche Absprache eines berechtigten Dritten mit dem übertragenden Rechtsträger beschränkt, von besonderen Voraussetzungen (z.B. Zustimmung) abhängig gemacht oder gänzlich ausgeschlossen werden kann. Die Literatur hierzu ist, in der Regel ohne nähere Begründung, uneinheitlich.⁷⁴
- 54 Im Ergebnis unterliegt die Reichweite der Gesamtrechtsnachfolge **nicht** der **Parteidisposition**. Dies folgt bereits aus § 137 BGB, wonach die Übertragbarkeit eines Gegenstan-

70 Kraft, in: KK-AktG, 1. Aufl., § 346 Rn. 14; Baumbach/Hueck, AktG, § 346 Anm. 11; Schubert, Die Gesamtrechtsnachfolge bei der Fusion von Aktiengesellschaften, 1965, S. 19 ff.

71 Zum außerordentlichen Kündigungsrecht von Rechtsverhältnissen: Rdn. 58 ff.; zur Übertragung von Anteilen an Personengesellschaften im Einzelnen: § 20 Rdn. 20 f.

72 Dazu: § 20 Rdn. 19.

73 Dazu Rdn. 54 ff.

74 Für die Möglichkeit einer rechtsgeschäftlichen Beschränkung: Henrichs, Formwechsel und Gesamtrechtsnachfolge bei Umwandlung, 1995, S. 115 ff. mit eingehender Begründung; dagegen: Vossius, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 20 Rn. 201; Rieble, ZIP 1997, 301, 305; wohl auch: K. Mertens, Umwandlung und Universalsukzession, 1993, S. 163.

des nicht mit dinglicher Wirkung durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen werden kann; dies ist auch im Verschmelzungsrecht zu beachten. Etwas anderes folgt auch nicht aus § 399, 2. Alt. BGB, der für den Fall eines pactum de non cedendo eine Ausnahme von § 137 BGB enthält. Denn nach ganz herrschender und zutreffender Auffassung wird § 399 BGB durch die verschmelzungsbedingte Gesamtrechtsnachfolge überlagert.⁷⁵

Jede andere Auffassung, die die Reichweite der Gesamtrechtsnachfolge ganz oder zum Teil der Parteidisposition anheim stellt, wäre mit den sonst anerkannten Grundsätzen der Universalsukzession nicht in Einklang zu bringen. So ist heute etwa unstrittig, dass sich die Gesamtrechtsnachfolge auch gegenüber **Vinkulierungsklauseln** in Gesellschaftsverträgen durchsetzt. Haben also Dritte mit dem übertragenden Rechtsträger in Ausfüllung von § 15 Abs. 5 GmbHG oder § 68 Abs. 2 AktG die Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen im Vermögen des übertragenden Rechtsträgers beschränkt oder ausgeschlossen, so hindert dies nicht deren Übertragung auf den übernehmenden Rechtsträger im Zuge der Verschmelzung.⁷⁶ Wenn aber schon eine rechtsgeschäftliche Übertragungsbeschränkung, die auf einer gesetzlichen Ermächtigung (§ 15 Abs. 5 GmbHG, § 68 Abs. 2 AktG) beruht, hinter der verschmelzungsbedingten Gesamtrechtsnachfolge zurücktreten muss, kann erst recht nichts anderes für andere (frei vereinbarte) rechtsgeschäftliche Übertragungsbeschränkungen gelten. 55

Damit wird allerdings nur gesagt, dass rechtsgeschäftlichen Absprachen im Rahmen der Verschmelzung keine dingliche Wirkung zukommt. Stets möglich bleiben schuldrechtlichen Bindungen über **sekundäre Rechtsfolgen** einer Verschmelzung, insbesondere über sich daraus ergebende Gestaltungsrechte (z.B. Kündigung) und Ersatzansprüche. 56

Von der Gesamtrechtsnachfolge abweichende Regelungen können auch nicht durch den übertragenden und den übernehmenden Rechtsträger im Verschmelzungsvertrag getroffen werden.⁷⁷ Insbesondere können nicht einzelne Gegenstände oder Rechtsverhältnisse von dem Vermögensübergang ausgenommen werden. Die Gesamtrechtsnachfolge in das bei Wirksamwerden der Verschmelzung (§ 20 Abs. 1) bei dem übertragenden Rechtsträger vorhandene Vermögen ist jus cogens. 57

d) Anpassung und Kündigung von Rechtsverhältnissen. Die vom Gesetzgeber getroffene Interessenabwägung zu Gunsten der Gesamtrechtsnachfolge kann grundsätzlich auch nicht dadurch ausgehebelt werden, dass Dritten, die zum übertragenden Rechtsträger in Rechtsbeziehungen stehen, aus dem **Gesichtspunkt der Gesamtrechtsnachfolge** heraus ein außerordentliches Kündigungsrecht eingeräumt wird. Der verschmelzungsbedingte Vermögensübergang ist als solcher kein Umstand, der dem Dritten ein Festhalten an dem Rechtsverhältnis unzumutbar macht. Etwas anderes kann nur gelten, wenn sich durch die Verschmelzung die wirtschaftlichen oder tatsächlichen Rahmenbedingungen derart ändern, dass dem Dritten auf der Basis allgemeiner zivilrechtlicher Institute eine Fortführung seines Rechtsverhältnisses mit dem übernehmenden Rechts- 58

⁷⁵ So bereits: RGZ 136, 313, 315 f.; *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 20 Rn. 31; *Marsch-Barner*, in: Kallmeyer, UmwG, § 20 Rn. 8; *Kübler*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 20 Rn. 13 f.; *Hennrichs*, Formwechsel und Gesamtrechtsnachfolge bei Umwandlung, 1995, S. 45 f.; *H.P. Westermann*, in: Soergel, BGB, § 412 Rn. 2; *Vossius*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 20 Rn. 196; nicht eindeutig: *Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 412 Rn. 15; für eine Anwendung von § 399 BGB: *Zeiß*, in: Soergel, BGB, § 399 Rn. 1.

⁷⁶ Hierzu: § 20 Rdn. 19.

⁷⁷ Für Kapitalgesellschaftsanteile: *Kübler*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 20 Rn. 22.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

träger unter Abwägung der gegenseitigen Interessenlage nicht zumutbar ist. Dies kann insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen, langfristigen Vertragsverhältnissen oder Gesellschaftsverträgen ausnahmsweise der Fall sein.

- 59 In solchen Fällen können insbesondere die Grundsätze über die **Störung der Geschäftsgrundlage** (§ 313 BGB) und über die **Kündigung** von Dauerschuldverhältnissen **aus wichtigem Grund** (§ 314 BGB) zur Anwendung kommen. Denn diese erfassen auch strukturelle Veränderungen der Gegenpartei eines Schuldverhältnisses, wie sie für die Verschmelzung typisch sind.⁷⁸ Die materielle Rechtfertigung einer solchen Störung der Geschäftsgrundlage bzw. eines außerordentlichen Kündigungsrechtes liegt dann aber nicht in der Gesamtrechtsnachfolge als solcher, sondern in der durch die Verschmelzung ausgelösten Veränderung der Gesamtumstände, in die das fragliche Rechtsverhältnis eingebettet ist.
- 60 Eine **spezifische Ausprägung** dieser Grundsätze enthält § 21, der für den Fall, dass aus noch nicht erfüllten gegenseitigen Verträgen konfligierende Verpflichtungen bei dem übernehmenden Rechtsträger zusammentreffen, deren Erfüllung eine schwere Unbilligkeit bedeuten würde, eine Modifikation der vertraglichen Verpflichtungen und ggf. auch Kündigungs- und Rücktrittsrechte vorsieht.
- 61 Allerdings ist im spezifischen verschmelzungsrechtlichen Kontext zu berücksichtigen, dass jedenfalls alle **Auswirkungen vermögensrechtlicher Art** weder zu einer Störung der Geschäftsgrundlage noch zu einem außerordentlichen Kündigungsrecht führen können. Dies gilt insbesondere für eine Verschlechterung der Bonität eines der beteiligten Rechtsträger. Denn für alle vermögensrechtlichen Auswirkungen der Verschmelzung bleibt es ausschließlich bei Ansprüchen auf Sicherheitsleistung (§ 22) oder Schadensersatz (§§ 25 ff.).
- 62 Die vorstehend genannten Grundsätze gelten, weil sie gerade nicht an die Gesamtrechtsnachfolge anknüpfen, sowohl für Dritte, die mit dem **übertragenden, als auch** für Dritte, die mit dem **übernehmenden Rechtsträger** in Rechtsbeziehungen stehen. Die **Darlegungs- und Beweislast** dafür, dass eine Störung der Geschäftsgrundlage vorliegt oder ein außerordentliches Kündigungsrecht im Zuge der Verschmelzung für ein konkretes Rechtsverhältnis ausgelöst wird, liegt bei dem Dritten, der sich hierauf beruft.⁷⁹
- 63 Mit diesem Rückgriff auf die allgemeinen Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage und eines außerordentlichen Kündigungsrechtes **entfällt** auch das Bedürfnis, eine Figur von verschmelzungsfesten Rechtsverhältnissen mit **höchstpersönlichem Charakter** zu entwickeln, die nicht durch Gesamtrechtsnachfolge übertragbar sein sollen.⁸⁰ Denn weder ist eine gesetzliche Grundlage für eine solche Einschränkung der Gesamtrechtsnachfolge erkennbar, noch ist ersichtlich, unter welchen Voraussetzungen Rechtsverhältnisse höchstpersönlichen Charakter haben sollen. Überdies wäre dieser Ansatz, der an die Gesamtrechtsnachfolge anknüpft, nicht in der Lage, auch die Interessen von

⁷⁸ Zum Wechsel im Gesellschafterbestand oder der Konzernzugehörigkeit eines Vertragspartners eingehend: *Uwe H. Schneider*, FS Zöllner I, 1998, S. 539 ff.; zu strukturellen Veränderungen, die eine Störung der Geschäftsgrundlage bilden können: *Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 313 Rn. 212.

⁷⁹ Grundsätzlich: *Gottwald*, in: MünchKomm-BGB, § 314 Rn. 24 m.w.N.

⁸⁰ Dafür: *K. Mertens*, Umwandlung und Universalsukzession, 1993, S. 156.

Dritten, die mit dem übernehmenden Rechtsträger in Rechtsverhältnissen stehen, zu erfassen.

4. Besonderheiten der umwandlungsrechtlichen Universalsukzession

a) **Kein gutgläubiger Erwerb.** Der übernehmende Rechtsträger kann von dem übertragenden Rechtsträger Vermögen nicht gutgläubig erwerben. Dies ist heute im Ergebnis unstreitig.⁸¹ Hieran ändert auch die Tatsache nichts, dass die umwandlungsrechtliche Universalsukzession rechtsgeschäftlichen Charakter hat.⁸² Zwar wird im Erbrecht die Unmöglichkeit gutgläubigen Erwerbs vielfach damit begründet, dass die erbrechtliche Universalsukzession gerade nicht rechtsgeschäftlicher Art sei.⁸³ Für das Umwandlungsrecht ist aber entscheidend, dass die Gesamtrechtsnachfolge eine Verfügung über das Vermögen (als Sachgesamtheit) darstellt und deshalb nicht den guten Glauben in die Verfügungsbefugnis hinsichtlich einzelner Sachen schützen kann. Dementsprechend enthält das Umwandlungsgesetz auch keine Sonderregelungen für einen gutgläubigen Erwerb. Der übernehmende Rechtsträger tritt in die Rechtspositionen des übertragenden Rechtsträgers, wie sie sich im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Verschmelzung darstellen, ein. Der übernehmende Rechtsträger kann also durch die Verschmelzung nicht mehr Rechte erwerben, als bei dem übertragenden Rechtsträger bestanden.

b) **Ausländisches Vermögen.** Die überwiegende Zahl von Verschmelzungen weist heute einen grenzüberschreitenden Bezug auf, weil dem übertragenden Rechtsträger auch im Ausland belegenes Vermögen gehört.⁸⁴ In diesen Fällen stellt sich stets die Frage, ob auch dieses Auslandsvermögen durch die Gesamtrechtsnachfolge gemäß §§ 2, 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 auf den übernehmenden Rechtsträger übergeht. Nicht gefolgt werden kann jedenfalls der pauschalen Ansicht, insoweit sei auf die *lex rei sitae* abzustellen.⁸⁵ Vielmehr ist eine differenzierte IPR-rechtliche Betrachtung erforderlich.

Für die konkrete Reichweite der Universalsukzession ist nach den Kollisionsnormen des einschlägigen IPR die für den Vermögensübergang eines Gegenstandes oder Rechtsverhältnisses maßgebliche Sachnorm zu ermitteln. Da die IPR-rechtliche Qualifikation nach der *lex fori* erfolgt⁸⁶, muss zunächst festgestellt werden, vor welchen Jurisdiktionen im Zweifelsfall eine Rechtsfrage über einen Anspruch auf oder aus einem ausländischen Vermögensteil zu beurteilen ist. Das nach dieser *lex fori* berufene **Kollisionsrecht** entscheidet dann über die auf den jeweiligen Vermögensgegenstand anwendbare **Sachnorm**, die wiederum Auskunft darüber gibt, ob der Gegenstand oder das Rechtsverhältnis im Zuge einer in Deutschland vollzogenen Verschmelzung auf den übernehmenden Rechtsträger übergegangen ist. In Bezug auf dasselbe Auslandsvermögen kann diese Prüfung, ausgehend von unterschiedlichen *leges fori* selbstverständlich zu abweichenden Ergeb-

81 *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 20 Rn. 11; *Kübler*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 20 Rn. 9; *Vossius*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 20 Rn. 27; *K. Schmidt*, AcP 191 (1991), 495, 517 ff.

82 Hierzu: Rdn. 40.

83 *Muscheler*, Jura 1999, 234, 241.

84 Zu anderen Fallgestaltungen grenzüberschreitender Verschmelzungen: Vor §§ 122a ff. Rdn. 25 ff.

85 So etwa: *Stratz*, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 20 Rn. 33; *Vossius*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 20 Rn. 38 ff.; ähnlich: *Kübler*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 20 Rn. 10.

86 H.M. und st. Rechtspr.: BGHZ 134, 79; BGHZ 29, 137; RGZ 138, 243; *Heldrich*, in: Palandt, BGB, Einl. EGBGB Rn. 27.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

nissen führen, insbesondere wenn zwischen den verschiedenen Kollisionsnormen **Qualifikationskonflikte** bestehen.

- 67 Nach **deutschem IPR** wird die verschmelzungsbedingte Gesamtrechtsnachfolge nicht anhand eines Sachstatuts, sondern an ein Gesamtstatut⁸⁷ angeknüpft. Grundsätzlich ist also nicht entscheidend, welchem individuellen Einzelstatut einzelne Vermögensgegenstände eines übertragenden Rechtsträgers unterliegen. Bezogen auf die verschmelzungsbedingte Gesamtrechtsnachfolge ist das relevante **Gesamtstatut** grundsätzlich das Gesellschaftsstatut des übertragenden Rechtsträgers.⁸⁸ Die Anknüpfung der verschmelzungsbedingten Gesamtrechtsnachfolge an das Gesellschaftsstatut ist bisher nicht ausdrücklich normiert; die in §§ 2, 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 angeordnete Gesamtrechtsnachfolge ist deshalb als selbstbegrenzte Sachnorm⁸⁹ zu verstehen, die eine eigene umwandlungsrechtliche Kollisionsnorm für das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers enthält. In dem Entwurf eines Gesetzes über das Internationale Privatrecht der Gesellschaften⁹⁰ soll die Anknüpfung der Umwandlung an das Gesellschaftsstatut als Gesamtstatut explizit in Art. 10a EGBGB-E normiert werden.
- 68 Nicht anhand des Gesellschaftsstatuts zu entscheiden ist allerdings die Frage, **wie sich das Vermögen** des übertragenden Rechtsträgers **zusammensetzt**. Welche Sachen, Rechte und Rechtspositionen zu dem von der Gesamtrechtsnachfolge erfassten Vermögen gehören, ist eine **Vorfrage**, die selbstständig anhand des individuellen Sachstatuts anzuknüpfen ist.⁹¹ Ob also beispielsweise der übertragende Rechtsträger zum Zeitpunkt des Vermögensübergangs Eigentümer einer bestimmten Sache oder Inhaber einer bestimmten Forderung ist, entscheidet das auf diesen Vermögensgegenstand anzuwendende Sachstatut. Wenn der Bestand oder Inhalt eines Rechts oder Rechtsverhältnisses durch die Verschmelzung, insbesondere den verschmelzungsbedingten Untergang des übertragenden Rechtsträgers, beeinflusst wird, kann es durchaus zu Abgrenzungsschwierigkeiten kommen, ob eine eigenständig anzuknüpfende Vorfrage nach dem Einzelstatut oder ein durch das Gesamtstatut zu beurteilender Sachverhalt anzunehmen ist.⁹²

87 Zum Begriff des Gesamtstatuts: *Melchior*, *RabelsZ* 3 (1929), 733, 748; *Kropholler*, IPR, 462; *Stoll*, in: Staudinger, BGB, Internationales Sachenrecht, Rn. 181 ff. (dort auch zur synonymen Verwendung von Gesamtstatut und Vermögensstatut).

88 *Koppensteiner*, FS Hefermehl, 1976, S. 305, 324; *Walker*, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 1934, 165; *Stoll*, in: Staudinger, Internationales Sachenrecht, Rn. 183; *Kusserow/Prüm*, WM 2005, 633, 635. Vor dem Hintergrund der Gründungstheorie ist die Anknüpfung der Gesamtrechtsnachfolge an das Gesellschaftsstatut unter Umständen nicht sachgerecht. Dies jedenfalls, wenn das Gründungsstatut zur Anwendung kommt, welches aber nicht mit dem Gesellschaftsstatut des Satzungssitzes identisch ist. Da die Verschmelzung ein registergestütztes Procedere ist (hierzu bereits Rdn. 30), wird man in diesen Fällen die Anknüpfung der verschmelzungsbedingten Gesamtrechtsnachfolge an ein eigenes Umwandlungsstatut mit Bezug zum Satzungssitz in Betracht ziehen müssen.

89 Hierzu: *Kropholler*, IPR, S. 87 f.; *Kegel/Schurig*, IPR, S. 192, *Firsching/von Hoffmann*, IPR, § 4 Rn. 15.

90 Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen vom 07.01.2008, dazu: *Leuering*, ZRP 2008, 73.

91 Zur parallelen Frage, welche Gegenstände im Erbrecht zum Nachlass gehören: BGH, BB 1969, 197; *Heldrich*, in: Palandt, Art. 25 EGBGB Rn. 17 m.w.N.; *Firsching/von Hoffmann*, IPR, § 9 Rn. 31; *Firsching*, in: Staudinger, Vor Art. 84 bis 86 EGBGB Rn. 221.

92 Zur vergleichbaren Problematik bei der erbrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge in Gesellschaftsanteile: *Großfeld*, in: Staudinger, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 407.

Ob und in welchem Umfang es von der Anknüpfung der verschmelzungsbedingten Gesamtrechtsnachfolge an das **Gesellschaftsstatut** mit Rücksicht auf ausländisches Kollisions- und Sachrecht **Ausnahmen** geben kann oder muss, **ist streitig**. Die Auffassungen hierzu sind sehr uneinheitlich. Teilweise wird generell auf die *lex rei sitae* des in Betracht kommenden Auslandsvermögens abgestellt.⁹³ Teilweise wird der *lex rei sitae* für bewegliche Sachen und Grundstücke Vorrang vor dem Gesellschaftsstatut eingeräumt, jedenfalls wenn die fremde Rechtsordnung die Universalsukzession selbst nicht kennt.⁹⁴ Wieder andere wollen unter analoger Anwendung von Art. 3 Abs. 3 EGBGB (Einzelstatut bricht Gesamtstatut) für das Auslandsvermögen generell auf die Einzelstatute abstellen, wenn das ausländische IPR eine Vermögensspaltung anordnet.⁹⁵ All diese Auffassungen können im Ergebnis nicht überzeugen, weil sie den Grundsätzen des IPR, selbst vor dem Hintergrund eines angestrebten internationalen Entscheidungseinklangs, nicht ausreichend gerecht werden.

69

Vielmehr ist die **Anknüpfung** der verschmelzungsbedingten Gesamtrechtsnachfolge an das Gesellschaftsstatut **unbedingt** und deshalb nicht davon abhängig, ob das ausländische Kollisionsrecht identisch anknüpft oder das ausländische Sachrecht ein materiell vergleichbares Institut wie die Gesamtrechtsnachfolge kennt. Wie die Praxis zeigt, hätten solche kollisionsrechtlichen Vorbehalte auch sehr leicht überschießende Tendenz. So gibt es sehr wohl ausländische Rechtsordnungen, die selbst eine Gesamtrechtsnachfolge im Wege der Verschmelzung nicht kennen, insbesondere mit den in Deutschland angeordneten Konsequenzen der Durchbrechung von zivilrechtlichen Übertragungsbeschränkungen, und gleichwohl den Eigentumswechsel von in ihrer Jurisdiktion belegenen Vermögensgegenständen im Wege der Verschmelzung zweier deutscher Rechtsträger anerkennen.⁹⁶ Im Ergebnis ist deshalb festzuhalten, dass aus Sicht des deutschen IPR die verschmelzungsbedingte Gesamtrechtsnachfolge zunächst unbedingt an das Gesellschaftsstatut anzuknüpfen ist und es grundsätzlich keinen generellen noch für besondere Fallgruppen geltenden (etwa bewegliches und unbewegliches Auslandsvermögen) Vorrang des Einzelstatuts vor diesem Gesamtstatut gibt.

70

Unabhängig von der Sichtweise des deutschen IPR⁹⁷ sind die Rechtswirkungen und Folgen einer in Deutschland vollzogenen Verschmelzung auf Auslandsvermögen aber stets auch aus **Sicht** aller in Betracht kommenden **ausländischen *leges fori*** zu betrachten. Dies gilt selbstverständlich für die Rechtsordnung des ausländischen Belegenheitsstaates; aber ausnahmsweise auch für Drittstaaten, wenn zu befürchten ist, dass ein Rechtsstreit über die Eigentumszuordnung im Rahmen des Forum Shopping in einem Drittstaat geführt werden könnte. In diesen Fällen ist, ausgehend von dem jeweiligen **ausländischen IPR**, die berufene Sachnorm zu ermitteln. In vielen Fällen wird für die verschmelzungsbedingte Gesamtrechtsnachfolge das ausländische IPR ebenfalls an das Gesellschaftsstatut anknüpfen. Dies gilt insbesondere für europäische Rechtsordnungen,

71

93 Stratz, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 20 Rn. 33.

94 Kübler, in: Semler/Stengel, UmwG, § 20 Rn. 10.

95 Vossius, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 20 Rn. 43.

96 Beispielhaft sei hier auf die ständige Jurisdiktion zum englischen Recht unter Bezugnahme auf die deutsche verschmelzungsbedingte Gesamtrechtsnachfolge verwiesen: Eurosteel Limited v. Stinnes AG ([2000] 1 All ER (Comm) 964); National Bank of Greece and Athens S.A. v. Metliss [1958] A.C. 509; Adams v. National Bank of Greece and Athens S.A. [1961] A.C. 255; SEB TRYGG Holding Aktiebolag v. Manches [2005] 2 Lloyd's Rep. 129.

97 Hierzu: Rdn. 67.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

auch und gerade vor dem Hintergrund der EU-rechtlichen Vereinheitlichung des Verschmelzungsrechts.⁹⁸

- 72 Auch bei Anknüpfung des ausländischen IPR an das Gesellschaftsstatut bleibt regelmäßig zu prüfen, ob die Wirkungen der verschmelzungsbedingten **Gesamtrechtsnachfolge** mit all ihren Konsequenzen auch uneingeschränkt **von der ausländischen Rechtsordnung akzeptiert** werden; dies insbesondere, wenn die ausländische Rechtsordnung selbst eine Gesamtrechtsnachfolge nach dem Vorbild der §§ 2, 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 nicht kennt.⁹⁹ Unter Umständen erkennt die ausländische Rechtsordnung den Vermögensübergang durch eine in Deutschland vollzogene Gesamtrechtsnachfolge nicht an oder macht ihn von weiteren Voraussetzungen, wie etwa einer Zustimmung Dritter, abhängig. Europarechtlich sind nationale Regelungen, die weitere Voraussetzungen für den Vermögensübergang fordern, zulässig (Art. 19 Abs. 3 S. 1 Verschmelzungsrichtlinie). In diesem Falle ist dann zu untersuchen, ob diese Voraussetzungen vom übertragenden oder vom übernehmenden Rechtsträger erfüllt werden können, was beides durch Art. 19 Abs. 3 S. 2 Verschmelzungsrichtlinie eröffnet wird.
- 73 Kommt eine Anerkennung der deutschen Gesamtrechtsnachfolge oder die Erfüllung besonderer Voraussetzungen des ausländischen Sachrechts nicht in Betracht, so bleibt kein anderer Weg, als eine **Einzelübertragung** des in Rede stehenden Gegenstandes nach den Grundsätzen der ausländischen Rechtsordnung zu antizipieren. Diese weiteren Übertragungsakte müssen vor Wirksamwerden der Verschmelzung vollzogen sein, weil der übertragende Rechtsträger sonst bereits untergegangen ist.¹⁰⁰ Da solche zusätzlichen Übertragungsakte in untrennbarem Zusammenhang mit der Verschmelzung selbst stehen, stellen sie aus steuerlicher Sicht keine eigenständigen Akte dar, sondern sind Bestandteil der nach § 2 zu vollziehenden Verschmelzung.

II. Auflösung ohne Abwicklung

- 74 Mit dem Wirksamwerden der Verschmelzung erlischt der übertragende Rechtsträger ipso iure; die Eintragung der Löschung im Register hat nur deklaratorische Bedeutung, löst mithin auch keine Gebühr nach § 79 KostO aus.¹⁰¹ Lediglich für mögliche Schadenersatzansprüche gegen Mitglieder des Vertretungs- und des Aufsichtsorgans wird der **Fortbestand** des übertragenden Rechtsträgers nach § 25 Abs. 2 **fingiert**.
- 75 Als Folge der Universalsukzession bedarf es keiner Abwicklung bei dem übertragenden Rechtsträger. Die Firma dieses Rechtsträgers erlischt, darf aber im Rahmen des § 18 durch den übernehmenden Rechtsträger fortgeführt werden. Mit dem Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers gehen auch dessen Organe (Vertretungsorgane, Aufsichtsorgane und Gesellschafterversammlung) wie auch die an ihm bestehenden Anteile unter. Deshalb können bei ihm auch **keine Gesellschafterbeschlüsse mehr**, etwa auf Gewinn-

⁹⁸ Hierzu bereits: Rdn. 14.

⁹⁹ Beispielhaft zur Anerkennung der deutschen verschmelzungsbedingten Gesamtrechtsnachfolge im englischen Recht: Eurosteel Limited v. Stinnes AG ([2000] 1 All ER (Comm) 964); National Bank of Greece and Athens S.A. v. Metliss [1958] A.C. 509; Adams v. National Bank of Greece and Athens S.A. [1961] A.C. 255; SEB TRYGG Holding Aktiebolag v. Manches [2005] 2 Lloyd's Rep. 129.

¹⁰⁰ Notfalls ist insoweit mit einem Nachtragsliquidator zu arbeiten: *Rochy*, DB 2003, 923, 926; *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 20 Rn. 11.

¹⁰¹ *Lappe*, in: Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 16. Aufl. 2005, § 79 Rn. 40.

verwendung oder Entlastung, gefasst werden.¹⁰² Eine andere Frage ist, ob hinsichtlich einer **Entlastung** der Organmitglieder des übertragenden Rechtsträgers nach der Verschmelzung ein Beschluss der **Gesellschafterversammlung des übernehmenden Rechtsträgers** möglich ist.¹⁰³ Dem kann schon deshalb nicht zugestimmt werden, weil die Gesellschafter des übernehmenden Rechtsträgers nur dem Wohl ihrer Gesellschaft verpflichtet sind und deshalb die Frage, ob die Geschäftsleitung durch die Organe des übertragenden Rechtsträgers »im Großen und Ganzen ordnungsgemäß« war, nicht in ihren Einflussbereich fällt.¹⁰⁴

Mit dem Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers können auch vor der Verschmelzung bei diesem gefasste Gesellschafterbeschlüsse, die zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung in das Handelsregister bedürfen, nicht mehr eingetragen werden.¹⁰⁵ Deshalb ist in diesen Fällen darauf zu achten, dass solche Beschlüsse zeitlich vor der Verschmelzung zum Handelsregister angemeldet werden; die Chronologie der Anmeldungen bestimmt regelmäßig die Eintragsreihenfolge.¹⁰⁶ 76

In gesellschaftsrechtliche Rechtsstreitigkeiten, die gegen den übertragenden Rechtsträger gerichtet sind, tritt der übernehmende Rechtsträger durch die Verschmelzung regelmäßig ein.¹⁰⁷ Allerdings wird ggf. materielle Erledigung anzunehmen sein. Dies gilt insbesondere für Beschlussmängelklagen (Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen)¹⁰⁸ und Feststellungsklagen, deren Gegenstand die Ordnungsmäßigkeit von Organverhalten und Kompetenzabgrenzungen sind (insbesondere sog. Holzmüller-Klagen).¹⁰⁹ Keine Erledigung tritt dagegen ein für gegen den übertragenden Rechtsträger gerichtete Spruchverfahren, diese werden gegen den übernehmenden Rechtsträger fortgesetzt. Auch aktienrechtliche Auskunftserzwingungsverfahren werden abhängig vom Streitgegenstand ggf. fortzuführen sein.¹¹⁰ 77

III. Mitgliedschaftsperpetuierung

1. Grundsätze

Mit der verschmelzungsbedingten Beendigung des übertragenden Rechtsträgers gehen auch die an ihm bestehenden Mitgliedschaften unter. Für den Untergang dieser Mitgliedschaft erhält der Anteilseigner¹¹¹ des übertragenden Rechtsträgers eine Mitgliedschaft am übernehmenden Rechtsträger. Diese Perpetuierung der Mitgliedschaft ist eines der drei 78

102 BFH, BB 1975, 23.

103 So etwa: *Marsch-Barner*, in: Kallmeyer, UmwG, § 20 Rn. 17, mit der Einschränkung, dass der Entlastungsbeschluss anfechtbar sei, wenn keine Rechnungslegung mehr erfolgen könne; *K. Mertens*, AG 1986, 57, 58 f.; *Stratz*, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 20 Rn. 8; *Vossius*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 20 Rn. 330.

104 OLG München, DB 2001, 524, 525; *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 20 Rn. 29.

105 *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 20 Rn. 56; *Vossius*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 20 Rn. 334.

106 Zur Kettenumwandlung: Rdn. 205 ff.

107 Zur Rechtsnachfolge in Prozessrechtsverhältnissen im Einzelnen: § 20 Rdn. 32 f.

108 LG München I, DB 1999, 628 nimmt Unzulässigkeit mangels Rechtsschutzbedürfnisses an; wie hier: *Stratz*, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 20 Rn. 15.

109 *K. Mertens*, AG 1996, 57, 66 f.

110 LG München, I DB 1999, 628, 629.

111 Zum Begriff des Anteilseigners Rdn. 22.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

in § 2 festgeschriebenen **Wesensmerkmale** der Verschmelzung.¹¹² Die Mitgliedschaftsperpetuierung¹¹³ findet ihre technische Umsetzung in § 5 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 und § 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 1. § 2 stellt einheitlich auf die **Gewährung von Mitgliedschaften** an dem übernehmenden Rechtsträger ab. Aus dem Gesetzeswortlaut, der von »Anteilen oder Mitgliedschaften« spricht, folgt nichts anderes. Der Begriff »Anteile« wird in diesem Zusammenhang lediglich verwendet, weil es sich bei diesem um die materialisierte Mitgliedschaft¹¹⁴ an den wichtigsten verschmelzungsfähigen Rechtsträgern handelt. Die **Anteilsgewährung** ist also ein **technisches Instrument** zur Umsetzung der **rechtsformneutralen Mitgliedschaftsperpetuierung**. Sie bezieht sich auf übernehmende Rechtsträger in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft, der Personenhandelsgesellschaft/Partnerschaftsgesellschaft und der e.G.¹¹⁵

- 79 Dass im Zusammenhang mit der Mitgliedschaftsperpetuierung zwischen Anteilen und Mitgliedschaften kein Gegensatz besteht, ergibt sich bereits aus § 2 selbst, der in seine Legaldefinition des Anteilshabers auch Mitglieder einbezieht. Diese einheitliche Sichtweise wird auf der Rechtsfolgenseite des § 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 konsequent fortgeführt, indem dort nicht zwischen Anteilen und Mitgliedschaften unterschieden, sondern rechtsformneutral angeordnet wird, dass die Anteilshaber des übertragenden Rechtsträgers Anteilshaber des übernehmenden Rechtsträgers werden. Die einheitliche Mitgliedschaftsperpetuierung ohne Unterscheidung zwischen Anteilen und Mitgliedschaften wird auch durch die Gesetzeshistorie bestätigt, da im DiskE zum UmwG¹¹⁶ in § 2 noch von »Anteilen oder anderen Mitgliedschaftsrechten« die Rede war.
- 80 a) **Wertäquivalenz.** Die Perpetuierung der Mitgliedschaft erfolgt aber nicht nur dem Grunde, sondern auch dem Werte nach. Die Mitgliedschaft in dem übernehmenden Rechtsträger muss wertäquivalent zur untergegangenen Mitgliedschaft an dem übertragenden Rechtsträger sein.¹¹⁷ Eine der **zentralen Weichenstellungen** des UmwG zur Erleichterung von Umstrukturierungen ist es, **keine Art- und Funktionsgleichheit** der neuen und der alten Mitgliedschaft anzuordnen.¹¹⁸ Indem das UmwG allein auf eine Wertäquivalenz der neuen Mitgliedschaft abstellt, werden etwa Mischverschmelzungen oder Verschmelzungen unter Egalisierung von Sonderrechten einzelner Anteilseigner erst ermöglicht.
- 81 Der **Grundsatz der Wertäquivalenz** durchzieht das gesamte Verschmelzungsrecht und findet seinen Niederschlag insbesondere in den präventiven Berichts- und Prüfungspflichten der §§ 8 ff., wie auch in den repressiven Rechtsschutzmechanismen der §§ 14,

112 *Simon*, Der Konzern 2004, 191, 193.

113 Teilweise wird auch von der »Kontinuität der Mitgliedschaft« gesprochen: BayObLG, BB 1984, 12; *Priester*, DB 1997, 560, 562; *Stengel*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 2 Rn. 40; *Schilling*, AG 1958, 229.

114 *Simon*, Der Konzern 2004, 191, 193.

115 Zur Anteilsgewährung und ihren Ausnahmen: Rdn. 102 ff.; 123 ff.

116 Bundesanzeiger, Beilage Nr. 214a v. 15. November 1988.

117 *Lutter*, in: Lutter, UmwG, § 5 Rn. 18; *Simon*, Der Konzern 2004, 191, 193; *Stratz*, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 5 Rn. 6; *Schröer*, in: Semler/Stengel UmwG, § 2 Rn. 17 f. spricht missverständlich von Quotenidentität; allerdings geht es nicht darum, die Beteiligungsquoten der Gesellschafter untereinander beizubehalten, sondern darum, dass der Wert der Mitgliedschaft am übernehmenden Rechtsträger dem Wert der Mitgliedschaft am übertragenden Rechtsträger im Wesentlichen entspricht.

118 Dazu Rdn. 85 f.

15. In dem Verschmelzungsbericht ist über die Ermittlung und Höhe der gewährten Mitgliedschaft am übernehmenden Rechtsträger zu berichten, die rechtstechnisch in der Regel an das Umtauschverhältnis anknüpft.¹¹⁹ Dementsprechend hat der Verschmelzungsprüfer darüber zu berichten, dass die neue Mitgliedschaft als Gegenwert angemessen ist (§ 12 Abs. 2 S. 1). Ist die Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger kein ausreichender Gegenwert für die Mitgliedschaft bei dem übertragenden Rechtsträger, können die Anteilseigner des übernehmenden Rechtsträgers dies im Klagewege geltend machen (§ 14 Abs. 2), während die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers in diesem Falle einen Wertausgleich durch bare Zuzahlung im Spruchverfahren durchsetzen können (§ 15 Abs. 1). Damit zeigt sich, dass das UmwG streng auf dem Grundsatz der Wertäquivalenz aufbaut.

Sämtliche **wertbildende Faktoren** sind für die Frage zu berücksichtigen, ob die gewährte Mitgliedschaft an dem übernehmenden Rechtsträger im Wesentlichen mit dem Wert der untergegangenen Mitgliedschaft korreliert.¹²⁰ In diese Betrachtung sind nicht nur die **Vermögens-** sondern auch die **Verwaltungsrechte** der jeweiligen Mitgliedschaft und damit auch die Ausstattung mit Vorzugs- und Sonderrechten einzubeziehen.¹²¹ Im Rahmen der Wertäquivalenz sind allerdings nur die mit der jeweiligen Mitgliedschaft verbundenen wertbildenden Faktoren zu berücksichtigen. 82

Nicht einbezogen werden Merkmale der Mitgliedschaft, die zwar für den Anteilseigner von Bedeutung sind, denen aber kein wirtschaftlich messbarer Wert zukommt.¹²² Dies gilt beispielsweise für die persönliche Haftung bei einer Personenhandels-gesellschaft.¹²³ Für die verschmelzungsbedingte Veränderung solcher nicht wertbildenden Faktoren sieht das UmwG u.U. ein Zustimmungserfordernis der betroffenen Anteilshaber vor¹²⁴ und gewährt ihnen ggf. das Recht, gegen Barabfindung auszuscheiden (§ 29). 83

Ausnahmen von dem Prinzip der **Wertäquivalenz** gibt es für spezifische Rechtsformen des übernehmenden Rechtsträgers. Für eine e.G. gilt das genossenschaftliche Nominalwertprinzip (§ 85), für den eingetragenen Verein gelten Sonderregelungen, weil die Mitgliedschaft keinen vermögensrechtlichen Charakter hat¹²⁵ und im Falle eines übernehmenden VVaG wird die Wertäquivalenz durch die verschmelzungsbedingte Übertragung des Versicherungsverhältnisses hergestellt. 84

b) Keine Art- und Funktionsgleichheit. Die im Zuge der Mitgliedschaftsperpetuierung an dem übernehmenden Rechtsträger gewährten Mitgliedschaftsrechte müssen nicht art- oder funktionsgleich mit den Mitgliedschaftsrechten an dem übertragenden Rechtsträger sein. Dies ergibt sich schon daraus, dass das UmwG eine Mischverschmelzung ausdrücklich zulässt (§ 3 Abs. 4 UmwG), bei der eine art- und funktionsgleiche Mitgliedschaftsperpetuierung gerade ausgeschlossen ist. Da dem Umwandlungsgesetz 85

119 Hierzu im Einzelnen: § 8 Rdn. 25 ff.

120 So auch, allerdings auf die Anteilsgewährung abstellend: *Bork*, in: Lutter, UmwG, § 15 Rn. 3.

121 Für den Fall der Anteilsgewährung: *Gehling*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 15 Rn. 20.

122 *Lutter*, in: Lutter, UmwG, § 5 Rn. 10, 24d, 29; *Katschinski*, Die Verschmelzung von Vereinen, 1999, S. 92.

123 Für eine Berücksichtigung allerdings: *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 5 Rn. 134; *Sagasser/Ködderitzsch*, in: Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen, 3. Aufl. 2002, J Rn. 56.

124 Hierzu im Einzelnen: § 13 Rdn. 44 ff.

125 Im Einzelnen: § 99 Rdn. 44.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

der Grundsatz der Wertäquivalenz zu Grunde liegt¹²⁶, ist die **Veränderung der Mitgliedschaftsrechte** der Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers **zulässig**. Erforderlich ist allein, dass die Rechtsbeeinträchtigung wertmäßig ausgeglichen wird.

- 86 Für die vergleichbare Problematik im Rahmen des Formwechsels hat der BGH dies ausdrücklich festgeschrieben.¹²⁷ Danach kann ein Gesellschafter in dem übernehmenden Rechtsträger durchaus schlechter gestellt sein als in dem Ursprungsrechtsträger. Problematisch und am Maßstab der **gesellschafterlichen Treuepflicht** der Mehrheit gegenüber der Minderheit zu messen sind lediglich Schlechterstellungen, die ihrerseits nicht auf rechtsformbedingten Veränderungen beruhen. Dabei kommt es insbesondere darauf an, ob die Ausgestaltung der Mitgliedschaft im neuen Rechtsträger einen sachgerechten Ausgleich der widerstreitenden Interessen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter und den Gesellschaftern untereinander beinhaltet, oder ob der Mehrheitsgesellschafter sich durch die Umwandlung einen **funktionswidrigen Vorteil** zu verschaffen sucht. All dies sind aber Fragen zur Begrenzung der Mehrheitsmacht zum Schutze von Minderheitsanteilseignern; diese machen nur vor dem Hintergrund Sinn, dass gerade keine art- oder funktionsgleichen Mitgliedschaftsrechte im Rahmen der Umwandlung zu gewähren sind.
- 87 c) **Mitgliederidentität**. Aus dem Prinzip der Mitgliedschaftsperpetuierung folgt auch der Grundsatz der **Mitgliederidentität**.¹²⁸ Diese hat verschiedene Ausprägungen. Grundsätzlich werden sämtliche Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers Anteilseigner des übernehmenden Rechtsträgers. Die Anteilseigner des übernehmenden Rechtsträgers verbleiben bei diesem¹²⁹, sie können also **nicht durch** die Verschmelzung **austreten**. Darüber hinaus können im Rahmen der Verschmelzung auch **keine Anteilseigner hinzutreten**, die bisher nicht an dem übertragenden Rechtsträgern beteiligt waren.¹³⁰ Schließlich können auch die Anteilsinhaber eines übertragenden Rechtsträgers grundsätzlich **nicht durch** die Verschmelzung aus dem Verband **ausscheiden**.¹³¹ Ein Ausscheiden von Anteilseignern des übertragenden Rechtsträgers ist nur möglich (a) über die Annahme eines Abfindungsangebotes nach § 29, (b) bei sog. Splitterbeteiligungen¹³² oder (c) durch Verzicht auf Anteilsgewährung nach § 54 Abs. 1 Satz 3, § 68 Abs. 1 Satz 3 UmwG.¹³³
- 88 Der Grundsatz der Mitgliederidentität ist auch zu beachten, wenn bei dem übertragenden Rechtsträger **kapitalanteillose Anteilseigner** vorhanden sind, wie es insbesondere bei Gesellschaftern an Personenhandelsgesellschaften vorkommt, die nicht am Vermögen der Gesellschaft beteiligt sind. Auch wenn eine solche Personenhandelsgesellschaft auf

126 Hierzu Rdn. 80 ff.

127 BGH Der Konzern 2005, 650; *Decher*, Der Konzern 2005, 621; *Simon/Leuering*, NJW Spezial 2005, 459; *K. Schmidt/Priester*, Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht, 2007/2008, 305.

128 *Schröer*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 5 Rn. 11.

129 Dies gilt nicht bei Verschmelzung durch Neugründung.

130 Dies wäre wie das *argumentum e contrario* zu §§ 218 Abs. 2, 221 zum vergleichbaren Problem beim Formwechsel nur durch ausdrückliche Anordnung des UmwG möglich (siehe im Einzelnen: § 221 Rdn. 3 ff.).

131 A.A.: *Priester*, DB 1997, 560, 562 ff.; *Haritz/Baehrwald*, in: Beck'sches Handbuch Personengesellschaften, 2. Aufl. 2002, § 9 Rn. 265; zum Formwechsel: *K. Schmidt*, GmbHR 1995, 693 ff.

132 Hierzu im Einzelnen: Rdn. 117.

133 Dazu im Einzelnen: § 54 Rdn. 42 ff., § 68 Rdn. 39 ff.

eine Kapitalgesellschaft verschmolzen wird, gibt es keinen Vorrang der Quotenidentität¹³⁴ vor der Mitgliederidentität.¹³⁵

Gegen einen teilweise für möglich gehaltenen Mitgliederwechsel im Zeitpunkt der Verschmelzung¹³⁶ spricht bereits, dass das UmwG eine eigene Anordnung für den Erwerb der Mitgliedschaft an dem übernehmenden Rechtsträger beinhaltet (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, 1. Hs.). Der Ein- oder Austritt kann deshalb nicht auf eine verschmelzungsrechtliche Causa gestützt werden; einen Mitgliederwechsel *durch* Verschmelzung kann es deshalb nicht geben. Dies schließt selbstverständlich einen **Mitgliederwechsel im Zuge der Verschmelzung** nicht aus. Die Beteiligten können eine Verschmelzung mit den allgemeinen Instrumentarien des Gesellschaftsrechts zu Anteilsübertragung, Eintritt oder Austritt kombinieren und z.B. auch durch Bedingungen aneinander koppeln.¹³⁷

89

d) Ausnahmen von der Mitgliedschaftsperpetuierung. Das UmwG schließt eine Mitgliedschaftsperpetuierung aus, wenn sich aufgrund der besonderen Verschmelzungskonstellation die Gewährung einer Mitgliedschaft an dem übernehmenden Rechtsträger für den Untergang der Mitgliedschaft an dem übertragenden Rechtsträger erübrigt. Dies gilt etwa in den Fällen, in denen der übernehmende Rechtsträger Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers ist (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, 2. Hs., 1. Alt.) oder der übertragende Rechtsträger eigene Anteile innehat (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, 2. Hs., 2. Alt.).

90

Soweit zum Vermögen des übernehmenden Rechtsträgers eine **Mitgliedschaft an dem übertragenden Rechtsträger** gehört, geht diese verschmelzungsbedingt unter, ohne dass es insoweit einer Mitgliedschaftsperpetuierung bedarf. § 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, 2. Hs., 1. Alt. stellt insoweit bewusst auf die Anteilsinhaberschaft an dem übertragenden Rechtsträger ab. Dies wird vielfach dahingehend missinterpretiert, dass es auf das Halten von »Anteilen« am übertragenden Rechtsträger ankäme.¹³⁸ Mit dem Begriff »Anteilsinhaber« wird die rechtsformneutrale Legaldefinition des § 2 in Bezug genommen, weshalb diese **Ausnahme** von der Mitgliedschaftsperpetuierung für **alle Rechtsformen** der verschmelzungsfähigen Rechtsträger gilt.¹³⁹

91

Die innere **Rechtfertigung** dafür, keine Mitgliedschaften an dem übernehmenden Rechtsträger auszugeben, soweit dieser Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers ist, kann deshalb auch nicht darin gesehen werden, dass zum Schutze des gezeichneten Kapitals des übernehmenden Rechtsträgers die Entstehung eigener Anteile verhindert werden soll.¹⁴⁰ Das Entstehen eigener Anteile auf der Ebene des übernehmenden Rechtsträgers ist schon deshalb nicht möglich, weil mit Gegenständen aus dem Vermögen des

92

¹³⁴ Ohnehin gibt es im Umwandlungsrecht keinen Grundsatz der Quotenidentität, sondern nur der Wertäquivalenz, dazu Fn. 120.

¹³⁵ Wie hier: § 40 Rdn. 26; *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 5 Rn. 24.3, 24.5; a.A. *Marsch-Barner*, in: Kallmeyer, UmwG, § 5 Rn. 5; *Schroer*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 5 Rn. 16; *Lutter/Drygala*, in: Lutter, UmwG, § 5 Rn. 15.

¹³⁶ Hierzu: *Priester*, DB 1997, 560, 562 ff.

¹³⁷ *K. Schmidt*, GmbHR 1995, 693 ff.; *Ibrig*, ZHR 160 (1996), 317, 341.

¹³⁸ *Kübler*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 20 Rn. 76; *Marsch-Barner*, in: Kallmeyer, UmwG, § 20 Rn. 30; *Vossius*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 20 Rn. 348.

¹³⁹ Ebenso: *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 20 Rn. 60.

¹⁴⁰ So allerdings die h.M.: RegBegr. bei *Ganske*, UmwR, S. 75; *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 20, Rn. 57; *Kübler*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 20 Rn. 76; *Stratz*, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 20 Rn. 76.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

übernehmenden Rechtsträgers (hier also insbesondere der Mitgliedschaft an dem übertragenden Rechtsträger) keine reale Kapitalaufbringung stattfinden kann, insoweit also auch keine neuen Anteile geschaffen werden können.¹⁴¹ Es findet aus Sicht des übernehmenden Rechtsträgers nur ein Aktivtausch statt. Ganz abgesehen davon ist die Übernahme eigener Anteile im Rahmen einer effektiven Kapitalerhöhung ohnehin spezialgesetzlich ausgeschlossen (§ 56 Abs. 1 AktG, § 33 GmbHG).¹⁴² § 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, 2. Hs., 1. Alt. ist vielmehr rechtsformneutral formuliert, weil der Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers (d.h. der übernehmende Rechtsträger) insoweit nur einen Aktivtausch vollzieht und es daher einer darüber hinausgehenden **Kompensation** für die untergehende Mitgliedschaft wirtschaftlich überhaupt **nicht bedarf**.

- 93 Eine Ausnahme von der Mitgliedschaftsperpetuierung gilt auch für den Fall, dass der **übertragende Rechtsträger eigene Anteile** innehat (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, 2. Hs., 2. Alt.). Diese Regelung ist rechtsformspezifisch für Kapitalgesellschaften (§ 3 Abs. 1 Nr. 2) als übertragende Rechtsträger, weil nur bei ihnen eigene Anteile existieren können. Aber auch hier liegt die innere Rechtfertigung für die Ausnahme von der Mitgliedschaftsperpetuierung nicht primär in dem Schutz der Kapitalaufbringung bei dem übernehmenden Rechtsträger, sondern vielmehr darin, dass es aus der Sicht des Inhabers dieser Anteile (d.h. des übertragenden Rechtsträgers selbst) überhaupt keiner Mitgliedschaftsperpetuierung bedarf. Denn sowohl der übertragende Rechtsträger (Anteilseigner der eigenen Anteile) als auch die eigenen Anteile gehen unter, weshalb sich wirtschaftlich eine Kompensation erübrigt.
- 94 Die beiden vorstehend diskutierten **Ausnahmen** von der Mitgliedschaftsperpetuierung sind mithin dem Verschmelzungsrecht **systemimmanent**. Der gesetzlichen Regelung in § 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, 2. Hs. kommt folglich nur klarstellende Funktion zu; auch ohne sie wäre in diesen Konstellationen die Gewährung einer Mitgliedschaft an dem übernehmenden Rechtsträger ausgeschlossen. Rechtspolitisch könnte der Gesetzgeber allenfalls für übernehmende Rechtsträger in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft in den genannten Fällen die Durchführung einer nominellen Kapitalerhöhung, soweit der übernehmende Rechtsträger über ausreichende Rücklagen verfügt, anordnen.¹⁴³ Denn für eine Kapitalerhöhung aus Rücklagen gelten weder die Grundsätze über die effektive Kapitalaufbringung noch das Verbot zur Übernahme eigener Anteile.¹⁴⁴ Richtigerweise wurde von dieser Möglichkeit indes kein Gebrauch gemacht, weil die in § 2 angeordnete und in § 20 Abs. 1 Nr. 3 technisch umgesetzte Mitgliedschaftsperpetuierung, wie der gesamte allgemeine Teil des Verschmelzungsrechts, rechtsformneutral aufgebaut ist.
- 95 Die Ausnahmen von der Mitgliedschaftsperpetuierung gelten auch für den Fall, dass ein **Treuhandverhältnis** besteht, wonach ein Dritter im eigenen Namen jedoch für Rechnung des übernehmenden Rechtsträgers (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, 2. Hs., 1. Alt.) bzw. für Rechnung des übertragenden Rechtsträgers (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 2. Hs., 2. Alt.) handelt. Aufgrund des Treuhandverhältnisses bedarf es wirtschaftlich in beiden Fällen genau so wenig einer Perpetuierung der Mitgliedschaft wie bei einem Handeln in eigenem Namen und für eigene Rechnung.

¹⁴¹ Vgl. auch *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 5 Rn. 40.1.

¹⁴² Hierzu: *Hobner*, in: Hachenburg, GmbHG, § 33 Rn. 93.

¹⁴³ Hierzu bereits: *Simon*, Der Konzern 2004, 191, 192 f.

¹⁴⁴ *Lutter*, in: KK-AktG, § 56 Rn. 7; *Hüffer*, AktG, § 56 Rn. 3.

e) **Verzichtbarkeit.** Die **Mitgliedschaftsperpetuierung** ist **grundsätzlich** zwingendes Recht, weshalb die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers hierauf auch **nicht verzichten** können.¹⁴⁵ Denn sie gehört zu den drei Wesensmerkmalen der Verschmelzung; genauso wenig wie eine Verschmelzung ohne Gesamtrechtsnachfolge oder ohne abwicklungslose Auflösung des übertragenden Rechtsträgers möglich ist, gibt es eine Verschmelzung ohne Mitgliedschaftsperpetuierung. Eine Verzichtbarkeit hierauf lässt sich auch nicht damit rechtfertigen, diese wirke zu Gunsten des übernehmenden Rechtsträgers, weil sie bei diesem zur Begründung eigener Anteile führe, ein Erwerb eigener Anteile aber auf einer solchen unentgeltlichen Basis zulässig sei.¹⁴⁶ Es geht hier um eine rechtsformneutrale Frage des allgemeinen Verschmelzungsrechts, die nicht allein auf übernehmende Rechtsträger in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft zielt. Da bei der Mehrzahl der nach § 3 als übernehmende Rechtsträger in Betracht kommenden Rechtsformen eigene Anteile nicht begründet werden können, lässt sich die Verzichtbarkeit auf die Mitgliedschaftsperpetuierung auch nicht mit der Entstehung solcher Anteile rechtfertigen. Es bleibt deshalb dabei, dass der Gesetzgeber nur für zwei Sonderkonstellationen Ausnahmen von der Mitgliedschaftsperpetuierung angeordnet hat (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 2. Hs.)¹⁴⁷, die eine abschließende Regelung darstellen. Besonderheiten gelten allerdings für die **rechtsformspezifische Anteilsgewährung**.¹⁴⁸

96

Wenn die Mitgliedschaftsperpetuierung nicht verzichtbar ist, fragt es sich, wie es um den Grundsatz der **Wertäquivalenz** bestellt ist. An den Rechtsschutzmechanismen zum Schutze des Äquivalenzprinzips zeigt sich, dass dieses letztlich zur **Disposition der Anteilseigner** steht. Selbst wenn die an dem übernehmenden Rechtsträger gewährten Mitgliedschaften objektiv betrachtet den Wert der untergehenden Mitgliedschaften an dem übertragenden Rechtsträger über- oder unterschreiten, beeinträchtigt dies nicht die Zulässigkeit und Wirksamkeit der Verschmelzung. Machen die betroffenen Anteilseigner von den ihnen zur Verfügung stehenden Rechtsschutzinstrumenten (Anfechtungsklage oder Spruchverfahren) keinen Gebrauch, wird die Verschmelzung auf der im Verschmelzungsvertrag festgelegten Basis (§ 5 Abs. 1 Nr. 3) in das Handelsregister eingetragen.¹⁴⁹ Die Wertäquivalenz ist mithin **dispositiv**.

97

f) **Mitgliedschaftserhöhung.** Nicht ausdrücklich geregelt ist der Fall, dass ein Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers bereits vor der Verschmelzung schon Verbandsmitglied in dem übernehmenden Rechtsträger ist. Auch dann stellt sich die Frage, ob der Grundsatz der Mitgliedschaftsperpetuierung eingreift und wie er ggf. umzusetzen ist. Da die Mitgliedschaftsperpetuierung zwingendes Wesensmerkmal der Verschmelzung ist, müssen auch in diesen Fällen grundsätzlich dem Anteilseigner für den Untergang seiner Mitgliedschaft an dem übertragenden Rechtsträger weitere **Mitgliedschaftsrechte** an

98

145 Wie hier: RegBegr. bei *Ganske*, UmwR, S. 54; *Ihrig*, ZHR 160 (1996), 317, 339 f.; zur Verzichtbarkeit im Zusammenhang mit der Anteilsgewährung: *Marsch-Barner*, in: Kallmeyer, UmwG, § 5 Rn. 5; *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 5 Rn. 20; *Priester*, DB 1997, 560, 562 ff.; *Schröer*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 5 Rn. 12; *Winter*, in: Lutter, UmwG, § 54 Rn. 16 ff.

146 Hierzu im Einzelnen: *Ihrig*, ZHR 160 (1996), 317, 339 ff.; ähnlich *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 20 Rn. 63.

147 Hierzu: Rdn. 90 ff..

148 Dazu: Rdn. 124 ff.

149 Dies ist auch der Grund dafür, dass bei der sog. Schwesterverschmelzung Mitgliedschaften an dem übernehmenden Rechtsträger gewährt werden, diese aber nicht wertäquivalent zu den untergehenden Mitgliedschaften sein müssen; hierzu im Einzelnen: Rdn. 168 f.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

dem übernehmenden Rechtsträger eingeräumt werden. Denn nur so lässt sich die von dem UmwG verfolgte Wertäquivalenz¹⁵⁰ sicherstellen. Ansonsten käme es zwischen den Anteilseignern des übertragenden Rechtsträgers zu Verwässerungseffekten zu Lasten desjenigen, der schon an dem übernehmenden Rechtsträger beteiligt ist.

- 99 Eine **Ausnahme** hiervon gilt für den Fall, dass die **Mitgliedschaft** in dem übernehmenden Rechtsträger **keinen vermögensrechtlichen Charakter** hat und dem Grundsatz der Wertäquivalenz deshalb auch keine Bedeutung zukommt. So etwa bei einem e.V. als übernehmendem Rechtsträger; ggf. müssen aber auch hier die mit der Vereinsmitgliedschaft in dem übernehmenden Rechtsträger verbundenen Rechte und Pflichten adjustiert werden.¹⁵¹
- 100 In allen anderen Verschmelzungskonstellationen, in denen also der Mitgliedschaft an dem übernehmenden Rechtsträger **vermögensrechtlicher Charakter** zukommt, bleibt es bei dem Grundsatz der Mitgliedschaftsperpetuierung und der Wertäquivalenz. Soweit ein Anteilseigner bereits vor der Verschmelzung sowohl an dem übertragenden als auch dem übernehmenden Rechtsträger beteiligt war, ist seine Mitgliedschaft an dem übernehmenden Rechtsträger entsprechend auszubauen, was rechtsformabhängig durch Aufstockung oder Ausgabe neuer Mitgliedschaftsrechte (Gesellschaftsanteile) zu erfolgen hat.
- 101 Rechtspolitisch hätte der Gesetzgeber hiervon eine Ausnahme zulassen können, für den Fall, dass die Anteilseignerverhältnisse an dem übertragenden und dem übernehmenden **Rechtsträger beteiligungsidentisch** sind. Wenn unter Berücksichtigung aller wertbildenden Faktoren¹⁵², d.h. sämtlicher Vermögens-, Verwaltungs- und Sonderrechte, die beteiligten Rechtsträger anteilseigneridentisch sind, ist eine wertmäßige Verwässerung ihres Anteilsbesitzes ausgeschlossen. Für den Fall hätte gesetzlich von der Mitgliedschaftsperpetuierung eine Ausnahme zugelassen werden können. Der Gesetzgeber hat von einer entsprechenden Regelung, die in § 20 Abs. 1 Nr. 3 ihren Niederschlag hätte finden müssen, bewusst abgesehen.¹⁵³ Er hat diese Frage zwar im Zusammenhang mit Kapitalerhaltungsfragen bei der Verschmelzung von beteiligungsidentischen Kapitalgesellschaften (Schwestergesellschaften) erkannt¹⁵⁴ und schließlich rechtsformspezifische **Ausnahmeregelungen** für die **GmbH** (§ 54 Abs. 1 S. 3) und die **AG** (§ 68 Abs. 1 S. 3) geschaffen.¹⁵⁵ Festzuhalten ist aber, dass es für die rechtsformneutrale beteiligungsidentische Verschmelzung keine gesetzliche Ausnahme von dem Grundsatz der Mitgliedschaftsperpetuierung gibt. Allerdings muss die Mitgliedschaftsperpetuierung dann nicht wertäquivalent sein, weil dies zum Schutz der Anteilseigner wirtschaftlich nicht erforderlich ist und die Wertäquivalenz ohnehin zu ihrer Disposition steht.¹⁵⁶

2. Insbesondere: Anteilsgewährung

- 102 Die Verschmelzung ist zwingend mit einer Mitgliedschaftsperpetuierung verbunden.¹⁵⁷ Deshalb ist es ungenau und missverständlich, in diesem Zusammenhang von einer An-

150 Hierzu: Rdn. 80 ff.

151 Hierzu im Einzelnen: § 99 Rdn. 44.

152 Hierzu bereits: Rdn. 82.

153 RegBegr. bei *Ganske*, UmwR, S. 54; dazu im Einzelnen: *Petersen*, Der Gläubigerschutz im Umwandlungsrecht, 2001, S. 190 ff.

154 Im Einzelnen zur Schwesterverschmelzung: Rdn. 166 ff.

155 Dazu § 51 Rdn. 23 ff., § 68 Rdn. 39 ff.

156 Hierzu: Rdn. 97.

157 Dazu: Rdn. 78 ff.

teils-gewährungs-pflicht zu sprechen.¹⁵⁸ In den Fällen, in denen die Mitgliedschaft an dem übernehmenden Rechtsträger durch einen Gesellschaftsanteil materialisiert wird, dient die **Anteilsgewährung** der **technischen Umsetzung der Mitgliedschaftsperpetuierung**.¹⁵⁹ Dies gilt für übernehmende Rechtsträger in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft, Personenhandels-gesellschaft/Partnerschaftsgesellschaft und der e.G. Die Fälle bilden in der Praxis zwar die Regel, weil übernehmender Rechtsträger meist eine Kapital- oder Personenhandels-gesellschaft ist, jedoch ändert das nichts an der dienenden Funktion der Anteilsgewährung gegenüber der Mitgliedschaftsperpetuierung.

a) Herkunft. Das UmwG enthält keine explizite Aussage dazu, aus welcher Quelle die Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger stammen, die den Anteilseignern des übertragenden Rechtsträgers gewährt werden. Es baut aber auf dem Grundsatz auf, dass insoweit bei dem übernehmenden Rechtsträger eine **Kapitalmaßnahme** zur Ausgabe neuer Anteile stattfinden soll.¹⁶⁰ Für übernehmende Rechtsträger in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft folgt dies aus einem *argumentum e contrario* zu §§ 54 Abs. 1, 68 Abs. 1, die Ausnahmen von einem Kapitalerhöhungsgebot darstellen; für e.G. folgt dies aus § 80 Abs. 1. Aber auch für übernehmende Rechtsträger in der Rechtsform der Personenhandels-gesellschaft/Partnerschaftsgesellschaft werden im Zuge der Verschmelzung neue Gesellschaftsanteile geschaffen, wobei die vermögensmäßige Beteiligung der hinzutretenden Anteilseigner durch neue Vermögensanteile oder durch Neugruppierung der bestehenden Vermögensanteile entstehen kann.¹⁶¹ Bei einer **verschmelzungsbedingten Kapitalerhöhung** sind meist rechtsformspezifische formelle und materielle Sonderregelungen zu beachten. So gibt es bspw. Erleichterungen bei der Übernahme der Anteile und dem Bezugsrechtsausschluss.¹⁶² Die Verschmelzung darf in das Handelsregister erst nach der Erhöhung des Kapitals eingetragen werden.¹⁶³

Bei übernehmenden Rechtsträgern in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft liegt dem UmwG also ein **Kapitalerhöhungsprinzip** zu Grunde. Dieses ist das **technische Instrumentarium** zur Umsetzung der **Anteilsgewährungspflicht**, die wiederum ein rechtstechnisches Vehikel der Mitgliedschaftsperpetuierung ist.¹⁶⁴

Die Schaffung neuer Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger ist aber nicht erforderlich, wenn dieser **eigene Anteile** inne hat, die zur Ausgabe an die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers verwendet werden können.¹⁶⁵ Relevant ist dies nur für übernehmende Rechtsträger in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft, weil nur diese eigene An-

158 So aber die überwiegende Diktion: *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 5 Rn. 72; *Schröer*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 5 Rn. 9.

159 *Simon*, Der Konzern 2004, 191, 193.

160 Zur Dogmengeschichte insoweit: Einl. B Rdn. 33 ff.

161 Hierzu im Einzelnen: § 40 Rdn. 15 ff.

162 Im Einzelnen: §§ 55, 69.

163 §§ 53, 66.

164 Aus diesem Grunde sind die in §§ 54, 68 enthaltenen Regelungen auch sehr unterschiedlich zu qualifizieren. Sie stellen teilweise unmittelbare Ausnahmen von der Mitgliedschaftsperpetuierung dar (§ 54 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2, § 68 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2); teilweise sind sie Ausnahmen von dem Kapitalerhöhungsgrundsatz (§ 54 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, S. 2 Nr. 1 und Nr. 2, § 68 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, S. 2 Nr. 1 und Nr. 2). Ausnahmen von der Anteilsgewährungspflicht trotz bestehender Mitgliedschaftsperpetuierung gibt es konsequenterweise nicht.

165 Zur Entstehungsgeschichte der Verwendung eigener Anteile als verschmelzungsrechtliche Gegenleistung: Einl. B Rdn. 39 f.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

teile halten können. Der Grundsatz der Mitgliedschaftsperpetuierung bleibt daher unberührt, lediglich die Herkunft der auszugebenden Anteile ist eine andere. Deshalb sehen § 54 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 für diese Fälle vor, dass keine Kapitalerhöhung erforderlich ist; es steht dem übernehmenden Rechtsträger auch frei, die eigenen Anteile zu behalten und eine verschmelzungsbedingte Kapitalerhöhung durchzuführen (Kapitalerhöhungswahlrecht).¹⁶⁶

- 106 Keine neuen Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger müssen für den Fall geschaffen werden, dass der übertragende Rechtsträger Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger hält. In diesem Fall werden die im Vermögen des übertragenden Rechtsträgers befindlichen Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger an seine Anteilseigner im Wege des Direkterwerbes ausgekehrt. Allerdings ergeben sich bei dieser sog. Mutter-Tochter-Verschmelzung (**Down-stream-merger**) abhängig von der Vermögensstruktur des übertragenden und der Anteilseignerstruktur des übernehmenden Rechtsträgers eine Vielzahl weiterer Gestaltungsprobleme.¹⁶⁷
- 107 Die den Anteilseignern des übertragenden Rechtsträgers zu gewährenden Anteile können auch **von Anteilseignern** des übernehmenden Rechtsträgers **zur Verfügung gestellt** werden. Die Zulässigkeit einer solchen Gestaltung ergibt sich bereits daraus, dass nach § 54 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 i.V.m. Abs. 2¹⁶⁸ im Rahmen der Verschmelzung auch Anteile ausgegeben werden können, die ein Anteilseigner des übernehmenden Rechtsträgers im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung, d.h. treuhänderisch für den übernehmenden Rechtsträger hält. Zivilrechtlicher Inhaber der Anteile ist in diesen Fällen der im eigenen Namen handelnde Anteilseigner, dessen Anteile mit Wirksamwerden der Verschmelzung *ex lege*¹⁶⁹ auf den/die Anteilseigner des übernehmenden Rechtsträgers nach § 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, 1. Hs. übergehen. Es ist deshalb auch nicht erforderlich, dass der übertragende oder der übernehmende Rechtsträger zuvor Anteilsinhaber dieser von einem Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers zur Verfügung gestellten Anteile wird.¹⁷⁰ Notwendig, aber auch ausreichend ist es, dass die Herkunft und die Übertragung der Anteile im Verschmelzungsvertrag (§ 5 Abs. 1 Nr. 4) geregelt ist und der die Anteile zur Verfügung stellende Anteilseigner dem Verschmelzungsvertrag zustimmt. In diesem Falle gehen die Anteile, ohne dass es einer weiteren Verfügung bedarf, mit dem Wirksamwerden der Verschmelzung von dem Anteilseigner des übernehmenden Rechtsträgers auf den/die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers über.¹⁷¹ Deshalb muss der die Anteile zur Verfügung stellende Anteilseigner des übernehmenden Rechtsträgers diese Anteile auch nicht aufschiebend bedingt durch das Wirksamwerden der Verschmelzung auf den/die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers übertragen.¹⁷² Ähnlich wie bei der Anteilszuordnung im Rahmen der

166 Im Einzelnen: § 54 Rdn. 30 ff., § 68 Rdn. 27 ff.

167 Zur Mutter-Tochter-Verschmelzung im Einzelnen: Rdn. 144 ff.

168 Wortgleich: § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 i.V.m. Abs. 2.

169 Zur verschmelzungsbedingten Causa des Anteilserwerbs: Rdn. 38.

170 So aber: *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 20 Rn. 55.

171 *Ihrig*, GmbHR 1995, 622, 639 und *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 5 Rn. 56.1. ff. fordern ein Andienen, das den automatischen Übergang der Anteile auf die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers mit Eintragung der Verschmelzung gewährleistet.

172 Dafür aber: *Kallmeyer*, in: Kallmeyer, UmwG, § 54 Rn. 8b; *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 54 Rn. 28, 47; *Reichert*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 54 Rn. 18; *Winter*, in: Lutter, UmwG, § 54 Rn. 15.

nicht-verhältnismäßigen Spaltung¹⁷³, liegt die Causa für den Anteilsübergang in der Verschmelzung selbst (§ 20 Abs. 1 Nr. 3).

In diesem Fall darf die Verschmelzung in das Handelsregister des übernehmenden Rechtsträgers aber nur eingetragen werden, wenn sichergestellt ist, dass der die Anteile zur Verfügung stellende Anteilseigner im Zeitpunkt der Handelsregistereintragung auch tatsächlich noch Anteilseigner ist und diese Anteile nicht mit Rechten Dritter belastet sind; **Zwischenverfügungen** müssen ausgeschlossen sein. Um diesen Nachweis gegenüber dem Handelsregister führen zu können, kann es sich für die Kautelarpraxis anbieten, mit einem **Treuhänder** zu arbeiten, der die Anteile treuhänderisch für den Anteilseigner hält. In Anlehnung an die Treuhänderschaft bei einer übernehmenden AG nach § 71 Abs. 1 Satz 2 kann der Treuhänder gegenüber dem Handelsregister dann die Versicherung abgeben, dass die Anteile für die verschmelzungsbedingte Anteilsgewährung zur Verfügung stehen. 108

b) Zuweisung. Die Herkunft und die Zuweisung der den Anteilseignern des übertragenden Rechtsträgers zu gewährenden Anteile ist im Verschmelzungsvertrag näher zu konkretisieren (§ 5 Abs. 1 Nr. 4). Der Erwerb der Anteile vollzieht sich mit Wirksamwerden der Verschmelzung kraft Gesetzes (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, 1. Hs.). Die Verschmelzung stellt die Causa für den Anteilserwerb dar, weil dieser letztlich nur ein technisches Vehikel zur Ausfüllung der Mitgliedschaftsperpetuierung ist.¹⁷⁴ Unabhängig davon, ob die Anteile durch eine Kapitalmaßnahme neu geschaffen wurden, aus dem Vermögen des übertragenden oder übernehmenden Rechtsträgers oder eines Anteilseigners des übernehmenden Rechtsträgers stammen¹⁷⁵, bedarf es keiner weiteren Verfügung oder eines sonstigen Übertragungsaktes. 109

c) Umfang und Ausstattung. Das UmwG enthält keine ausdrücklichen Vorgaben dafür, in welchem Umfang den Anteilseignern des übertragenden Rechtsträgers Anteile gewährt und wie diese ausgestattet sein müssen, und zwar weder für den Fall, dass die Anteile durch eine Kapitalmaßnahme neu geschaffen werden, noch für die Verwendung bereits bestehender Anteile. Deshalb greift auch insoweit der das Verschmelzungsrecht bestimmende Grundsatz der **Wertäquivalenz**. Die den Anteilseignern des übertragenden Rechtsträgers gewährten Anteile müssen also wertmäßig der erlöschenden Mitgliedschaft an dem übertragenden Rechtsträger entsprechen.¹⁷⁶ Denn die Anteilsgewährung ist nur ein rechtstechnisches Instrumentarium zur Umsetzung der Mitgliedschaftsperpetuierung für übernehmende Rechtsträger in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft, Personenhandelsgesellschaft/Partnerschaftsgesellschaft und der e.G.¹⁷⁷ 110

Damit wird auch deutlich, dass die Anteilsgewährung und die zu ihrer Umsetzung regelmäßig durchzuführende Kapitalerhöhung¹⁷⁸ nicht dem **institutionellen Gläubigerschutz** dienen.¹⁷⁹ Durch die Anteilsgewährung auf der Ebene des übernehmenden 111

173 Dazu § 128 Rdn. 6 ff.

174 Hierzu bereits: Rdn. 38.

175 Zur Herkunft der Anteile: Rdn. 103 ff.

176 Zur Wertäquivalenz im Einzelnen und den bestehenden Ausnahmen: Rdn. 80 ff.

177 Hierzu bereits: Rdn. 102.

178 Hierzu: Rdn. 103 f.; § 55 Rdn. 1; § 69 Rdn. 1.

179 Hierzu im Einzelnen: *Simon*, Der Konzern, 2004, 191 m.w.N.; für institutionellen Gläubigerschutz im Verschmelzungsrecht insbesondere: *Petersen*, Der Konzern 2004, 185, 188 ff.; und grundlegend: *Petersen*, Der Gläubigerschutz im Umwandlungsrecht, 2001, S. 20 ff.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

Rechtsträgers soll keineswegs sichergestellt werden, dass verschmelzungsbedingt neues Garantiekapital zum Schutze der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers geschaffen wird.¹⁸⁰ Dagegen spricht bereits, dass der Grundsatz der Anteilsgewährung als technisches Vehikel der Mitgliedschaftsperpetuierung nicht auf Kapitalgesellschaften beschränkt ist. So lässt sich etwa bei einer Verschmelzung unter Beteiligung von Personengesellschaften die Anteilsgewährung nicht mehr als Ausprägung eines institutionellen Gläubigerschutzes erklären. Aber auch bei einer Fokussierung auf Verschmelzungen unter Beteiligung von Kapitalgesellschaften ist eine effektive Kapitalerhöhung bei dem übernehmenden Rechtsträger gerade nicht zwingend vorgeschrieben¹⁸¹, der übernehmende Rechtsträger kann etwa auch eigene Anteile auskehren. In den Fällen, in denen die Anteilsgewährung ohne Kapitalerhöhung von Statten geht, fehlt es also gerade an der Schaffung neuen Garantiekapitals. Der institutionelle Gläubigerschutz ist im Rahmen der Verschmelzung mithin nur ein **Rechtsreflex**, der eintritt, wenn der übernehmende Rechtsträger eine Kapitalgesellschaft ist, die ihr Stamm- bzw. Grundkapital verschmelzungsbedingt erhöht.

- 112 Da im Verschmelzungsrecht kein institutioneller Gläubigerschutz verankert ist, kann erst recht im Rahmen der Anteilsgewährung **kein Summengrundsatz** gelten, wonach der übernehmende Rechtsträger sein Garantiekapital um den Betrag des Garantiekapitals des übertragenden Rechtsträgers zu erhöhen habe.¹⁸² Abgesehen davon, dass das UmwG selbst keine Hinweise darauf enthält, dass die Garantiekapitalien der beteiligten Rechtsträger im Zuge der Verschmelzung zusammenzuführen seien, stünde ein so verstandener Summengrundsatz in Widerspruch zum Prinzip der Wertäquivalenz, wonach die neue Mitgliedschaft an dem übernehmenden Rechtsträger wertmäßig der untergehenden Mitgliedschaft an dem übertragenden Rechtsträger entsprechen muss.¹⁸³ Ein verschmelzungsbedingter Summengrundsatz lässt sich auch nicht damit begründen, er gelte ausschließlich für den Fall der 100-prozentigen Schwesterverschmelzung.¹⁸⁴ Dies folgt auch nicht aus der Gesetzesbegründung zu § 54.¹⁸⁵ Abgesehen davon, dass eine Regierungsbegründung nur zur Auslegung einer Rechtsnorm und damit zur Beseitigung von Interpretationsdifferenzen herangezogen werden kann, nicht aber geeignet ist, die Systematik des Gesetzes vom Prinzip der Wertäquivalenz zu einem Summengrundsatz zu verkehren¹⁸⁶, folgt aus der Regierungsbegründung nur, dass der Gesetzgeber von einer spezialgesetzlichen Regelung für 100 prozentige Schwesterverschmelzungen im Rahmen des § 54 Abstand nehmen wollte und die Anteilsgewährung insoweit auch nicht zur Disposition der Parteien steht. Quantitative Vorgaben für eine Kapitalerhöhung sind damit nicht verbunden und können es auch nicht sein.

180 Zur analogen Anwendung der Ausschüttungssperre des § 225 Abs. 2 AktG auf den übertragenden Rechtsträger: § 22 Rdn. 58 ff.

181 Zur Herkunft der gewährten Anteile: Rdn. 103 ff.

182 Hierzu im Einzelnen: *Petersen*, Der Gläubigerschutz im Umwandlungsrecht, 2001, S. 206 ff.; auch: *Priester*, DNotZ 1995, 427, 441.

183 Dem will *Petersen* ggf. durch Gewährung neuer Anteile sowohl an die Anteilseigner des übertragenden als auch des übernehmenden Rechtsträgers abhelfen: Diskussionsbericht, Der Konzern 2004, 196.

184 Dafür: *Petersen*, Der Gläubigerschutz im Umwandlungsrecht, 2001, S. 206 ff.

185 RegBegr. bei *Ganske*, UmwR, S. 54 f.

186 Hierzu bereits: *Simon*, Der Konzern 2004, 191, 192.

In dem gleichen Maße, in dem der Umfang der zu gewährenden Anteile durch den Grundsatz der Wertäquivalenz bestimmt wird, gilt dies auch für deren **Ausstattung**. Unproblematisch ist der Fall, dass die Anteile des übertragenden und des übernehmenden Rechtsträgers mit den gleichen Vermögens- und Verwaltungsrechten ausgestattet sind. Weisen die Anteile hingegen insoweit eine unterschiedliche Ausstattung auf, etwa aufgrund von Vorzugs- oder Sonderrechten, ist dies bei der Bestimmung des Umfangs der zu gewährenden Anteile zu berücksichtigen, soweit es sich bei den abweichenden Rechten und Pflichten um wertbildende Faktoren handelt.¹⁸⁷ Die gewährten Anteile müssen also **weder art- noch funktionsgleich** sein.¹⁸⁸ Dies ergibt sich schon daraus, dass das UmwG eine Mischverschmelzung ausdrücklich zulässt (§ 3 Abs. 4), bei der eine art- und funktionsgleiche Anteilsgewährung gerade ausgeschlossen ist. Das UmwG lässt die Beeinträchtigung von Rechten der Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers ausdrücklich zu; erforderlich ist nur, dass diese Rechtsbeeinträchtigung wertmäßig ausgeglichen wird. Für AG spricht dies die Verschmelzungsrichtlinie in Art. 7 Abs. 2 und Art. 15 ausdrücklich aus, wonach eine Beeinträchtigung bzw. Änderung der Rechte der Aktionäre zulässig ist. Eine andere Frage ist, ob und unter welchen Voraussetzungen die Anteilseigner, deren Rechte durch die Verschmelzung beeinträchtigt werden, trotz einer wertmäßigen Kompensation der Verschmelzung ausdrücklich zustimmen müssen.¹⁸⁹

113

Da die gewährten Anteile nicht art- und funktionsgleich sein müssen, gibt es im Verschmelzungsrecht auch **keinen Grundsatz der Gattungsgleichheit**. Für Verschmelzungen unter Beteiligung von AG wird dies insbesondere diskutiert, wenn die übertragende und/oder die übernehmende AG neben Stammaktien auch stimmrechtslose Vorzugsaktien ausgegeben hat. Teilweise wird hier von einem strengen Gebot der Gattungsgleichheit ausgegangen¹⁹⁰, während nach anderen Auffassungen zwar von einem Grundsatz der Gattungsgleichheit auszugehen sei, im konkreten Fall aber Abweichungen etwa aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes oder des Mehrheitsprinzips zugelassen werden.¹⁹¹

114

Diese Ansätze können im Ergebnis nicht überzeugen, weil sie weder in der Systematik, noch in einzelnen Vorschriften des UmwG eine Stütze finden. Gerade für die im Zusammenhang mit der Gattungsgleichheit diskutierten AG ist das Gegenteil richtig. Art. 7 Abs. 2 der Verschmelzungsrichtlinie lässt für den Fall, dass mehrere Gattungen von Aktien vorhanden sind, ausdrücklich die Beeinträchtigung dieser Rechte durch die Verschmelzung zu. Voraussetzung ist lediglich ein Sonderbeschluss der beeinträchtigten Aktiengattung. Diese Vorgabe ist mit § 65 Abs. 2 in nationales Recht umgesetzt. Gerade im Aktienrecht besteht damit kein Grundsatz der Gattungsgleichheit. Zum Ausgleich möglicher Rechtsbeeinträchtigungen sieht das Verschmelzungsrecht vielmehr das Prinzip der Wertäquivalenz¹⁹² und ggf. weitergehende Zustimmungserfordernisse¹⁹³ vor.

115

187 Hierzu: Rdn. 82.

188 Dazu Rdn. 85 ff.

189 Hierzu im Einzelnen: § 13 Rdn. 44 ff.

190 *Vossius*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 23 Rn. 11 f., 33.

191 *Kalss*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 23 Rn. 10 f.; *Kiem*, ZIP 1997, 1627 ff.; *Lutter*, in: Lutter, UmwG, § 5 Rn. 12 f.; *Marsch-Barner*, in: Kallmeyer, § 5 Rn. 6; *Schröer*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 5 Rn. 15; *Stratz*, in: Schmidt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 23 Rn. 10.

192 Hierzu: Rdn. 80 ff.

193 Im Einzelnen: § 13 Rdn. 44 ff.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

- 116 Allenfalls in Sonderfällen kann die **gesellschafterliche Treuepflicht** zum Prüfungsmaßstab hinsichtlich der dem übernehmenden Rechtsträger gewährten Anteile werden. Der von einer Mehrheit der Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers getragene Verschmelzungsbeschluss unterliegt dann einer materiellen Beschlusskontrolle, weil der überstimmten Minderheit gegenüber insoweit die Pflicht bestehen kann, der Verschmelzung nicht zuzustimmen.¹⁹⁴
- 117 **d) Stückelung.** Für übernehmende Rechtsträger in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass es auch im Zusammenhang mit der **nominalen Stückelung** und damit der effektiven Anzahl der zu gewährenden Anteile zu Beeinträchtigungen kommt. Da in die Ermittlung der Umtauschrelation neben den Unternehmenswerten (Verschmelzungsrelation) auch die Nennwerte der Anteile am übertragenden und übernehmenden Rechtsträger bzw. im Falle von Stückaktien der rechnerische Anteil am Grundkapital einbezogen werden¹⁹⁵, beeinflusst die Stückelung der verschmelzungsbedingt zu gewährenden Anteile auch die Umtauschrelation. Dies kann u.U. insbesondere für kleine und Kleinstbeteiligungen an dem übertragenden Rechtsträger dazu führen, dass dem Anteilseigner kein voller Anteil an dem übernehmenden Rechtsträger gewährt werden kann, dieser mithin verschmelzungsbedingt seine Mitgliedschaft verliert, wofür ihm ein Barausgleich zu gewähren ist.¹⁹⁶ Gleiches gilt, falls sich ein Anteilseigner aufgrund der Umtauschrelation nur mit einer ungeraden Zahl von Anteilen an dem übernehmenden Rechtsträger beteiligen kann. Entsprechende **Anteilsspitzen** werden entweder durch bare Zuzahlung abgegolten¹⁹⁷ oder durch Teilrechtshandel zusammengeführt¹⁹⁸. Der Zulässigkeit der Verschmelzung steht dies grundsätzlich nicht entgegen.¹⁹⁹ Trotz dieser Rechtsfolgen bedarf es auch nicht der individuellen Zustimmung des Anteilseigners, der sich aufgrund der Umtauschrelation nicht mit einem vollen Anteil an dem übernehmenden Rechtsträger beteiligen kann.²⁰⁰ Voraussetzung ist allerdings, dass bestimmte Vorgaben an die Stückelung der Anteile des übernehmenden Rechtsträgers beachtet werden.²⁰¹ Dabei haben sich die genannten Probleme bzgl. der Anteilsspitzen mit Blick auf die GmbH als übernehmenden Rechtsträger mit dem MoMiG insoweit entschärft, als eine Stückelung in EUR 1 Nennbeträge jedenfalls möglich ist.
- 118 Die Stückelung der an dem übernehmenden Rechtsträger zu gewährenden Anteile kann auch deren **Fungibilität** im Vergleich zu den untergehenden Anteilen an dem übertragenden

194 Dazu bereits Rdn. 86.

195 Im Einzelnen zur Ermittlung der Umtauschrelation: § 5 Rdn. 8 ff.

196 A.A.: *Lutter/Drygala*, in: Lutter, 4. Aufl. 2009, UmwG, § 5 Rn. 39, wonach in diesem Fall nur die Möglichkeit des Teilrechtshandels bleiben soll; ebenso *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 5 Rn. 65; zur baren Zuzahlung: Rdn. 128.

197 Hierzu Rdn. 127 f.

198 Hierzu: Rdn. 127.

199 *Marsch-Barner*, in: Kallmeyer, UmwG, § 5 Rn. 9; *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 50 Rn. 117; *Schröder*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 5 Rn. 12; *Winter*, FS Lutter, 2000, S. 1279, 1287 ff.; zu alternativen Lösungsmöglichkeiten: *Winter*, in: Lutter, Kölner Umwandlungsrechtstage, 1995, S. 48 f.

200 Heute ganz h.M.: *Winter*, FS Lutter, 2000, S. 1279, 1287 ff.; eine Ausnahme gilt für den Sonderfall des § 51 Abs. 2; *Marsch-Barner*, in: Kallmeyer, UmwG, § 5 Rn. 9; *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 50 Rn. 117; *Schröder*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 5 Rn. 12; zum Ganzen: § 13 Rdn. 44 ff.

201 Siehe Rdn. 120 ff.

den Rechtsträger beeinträchtigen.²⁰² Will der Anteilseigner die ihm im Zuge der Verschmelzung gewährte Beteiligung nur teilweise veräußern, ist er bei einer übernehmenden GmbH zwar nicht mehr gemäß § 17 GmbHG a.F. gebunden, der die Zustimmung der Gesellschaft zu einer Teilveräußerung eines Geschäftsanteils vorsah. Diese Vorschrift wurde durch das MoMiG aufgehoben. Allerdings bestimmt § 46 Nr. 4 GmbHG nach wie vor, dass die Teilung von Geschäftsanteilen der Bestimmung der Gesellschafter unterliegt. Im Falle einer übernehmenden AG bedarf die Teilung von Aktien der Satzungsänderung.

Sowohl die Probleme bei Zwerganteilen/Anteilsspitzen als auch die Auswirkungen auf die Fungibilität werfen die Frage auf, ob es konkrete Vorgaben für die Stückelung der Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger gibt. Anknüpfungspunkt ist dabei die **gesellschafterliche Treuepflicht**, der die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers im Verhältnis zueinander unterliegen. Führt die Verschmelzung aufgrund der Stückelung der Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger faktisch zu einer Zusammenlegung von Anteilen bzw. durch die entstehenden Anteilsspitzen zu einer Verkürzung der Mitgliedschaft an dem übernehmenden Rechtsträger, muss ein mehrheitlicher Verschmelzungsbeschluss bei dem übertragenden Rechtsträger sich an der gesellschafterlichen Treuepflicht messen lassen. Die Zustimmung der Anteilseignermehrheit bei dem übertragenden Rechtsträger kann treuwidrig sein, wenn unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ein weniger schwerwiegender Eingriff in die Mitgliedschaftsrechte der überstimmten Minderheit möglich und zumutbar ist. Den Anteilseignern des übertragenden Rechtsträgers soll deshalb sowohl bei einer übernehmenden GmbH wie auch einer übernehmenden AG nach Möglichkeit die gleiche Anzahl an Geschäftsanteilen gewährt werden, wie sie bei dem übertragenden Rechtsträger inne hatten.²⁰³ Deshalb müssen die zu gewährenden Anteile im Rahmen des rechtlich Möglichen und Zumutbaren möglichst klein gestückelt werden. Dies beeinträchtigt in aller Regel auch nicht die Stellung der übrigen Anteilseigner.

Für eine **übernehmende GmbH** bedeutet dies, dass die durch eine Kapitalerhöhung geschaffenen neuen Geschäftsanteile in der kleinsten möglichen **Stückelung** ausgegeben werden, soweit dies erforderlich ist, um möglichst alle Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers mit vollen Geschäftsanteilen zu beteiligen.²⁰⁴ Vor Inkrafttreten des MoMiG enthielt das UmwG dazu noch Erleichterungen gegenüber dem GmbH-Recht. Gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 GmbHG a.F. musste jede Stammeinlage mindestens EUR 100 betragen und gemäß § 5 Abs. 2 GmbHG a.F., der gemäß § 55 Abs. 1 S. 2 UmwG a.F. auch für die Kapitalerhöhung galt, konnte ein Gesellschafter dabei nicht mehrere Stammeinlagen übernehmen. Deshalb sah § 55 Abs. 1 S. 2 UmwG a.F. einen niedrigeren Mindestnennbetrag von EUR 50 vor; auch galt das Verbot der Übernahme mehrerer Geschäftsanteile gemäß §§ 55 Abs. 4, 5 Abs. 2 GmbHG a.F. nicht. Entsprechendes galt gemäß § 54 Abs. 3 UmwG a.F., soweit für die Anteilsgewährung eigene Anteile der GmbH verwendet werden. Heute sieht § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG i.d.F. des MoMiG nur noch vor, dass der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils auf volle Euro lauten muss. Gemäß § 5 Abs. 2 S. 2 GmbHG n.F. kann ein Gesellschafter nun auch generell mehrere Geschäftsanteile übernehmen.

202 *Reichert*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 46 Rn. 9; *Winter*, in: Lutter, UmwG, § 46 Rn. 11.

203 Für den Fall der übernehmenden GmbH: *Kallmeyer*, in: Kallmeyer, UmwG, § 46 Rn. 2; *Reichert*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 46 Rn. 9; *Winter*, in: Lutter, UmwG, § 46 Rn. 11.

204 *Winter*, in: Lutter, UmwG, § 55 Rn. 19; *Reichert*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 55 Rn. 16.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

Damit haben sich auch die umwandlungsrechtlichen Sondervorschriften erledigt, die entsprechend angepasst bzw. gestrichen wurden.²⁰⁵

- 121 Können sich trotz einer solchen Stückelung nicht sämtliche Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers – mit vollen Geschäftsanteilen – an der übernehmenden GmbH beteiligen bzw. kommt es dadurch zu einer Zusammenlegung von Anteilen, ist die Verschmelzung gleichwohl zulässig und bedarf auch nicht der individuellen Zustimmung des betroffenen Anteilseigners.²⁰⁶ Auch wenn § 51 Abs. 2 nicht mehr ausdrücklich einen Vorbehalt für durch § 46 Abs. 1 S. 3 bedingte abweichende Festsetzungen enthält, gilt die Ausnahme vom Zustimmungserfordernis dennoch weiter.²⁰⁷ Aufgrund der Möglichkeit zur Stückelung in EUR 1 Nennbeträge hat sich das Problem aber entschärft. Zu beachten ist insoweit auch, dass gemäß § 5 Abs. 3 S. 1 GmbHG die Höhe der Nennbeträge der einzelnen Geschäftsanteile verschieden bestimmt werden kann. Hat die übernehmende GmbH von den Möglichkeiten der Mindeststückelung keinen Gebrauch gemacht und ist dies ursächlich dafür, dass es bei Anteilseignern des übertragenden Rechtsträgers zu den genannten Rechtsbeeinträchtigungen kommt, so bedarf die Verschmelzung ihrer individuellen Zustimmung, vgl. auch § 51 Abs. 2.²⁰⁸
- 122 Bei einer **übernehmenden AG** ist für die Frage der Stückelung der auszugebenden Anteile zu unterscheiden, ob bei der AG Nennbetragsaktien oder Stückaktien bestehen. Sind Nennbetragsaktien ausgegeben, kann sich wiederum aus dem Treuepflichtgedanken die Notwendigkeit ergeben, die verschmelzungsbedingt neu zu schaffenden Aktien auf den Mindestnennbetrag von EUR 1 (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 AktG) zu beziffern. Allerdings ist dies eine Frage der Umstände im Einzelfall und der Verhältnismäßigkeit zwischen dem Umfang möglicher Rechtsbeeinträchtigungen bei den Anteilseignern des übertragenden Rechtsträgers einerseits und einem möglichen Mehraufwand, der mit der Ausgabe solcher Aktien verbunden ist. Hat bspw. eine börsennotierte AG bisher nur Aktien mit einem höheren Nennbetrag ausgegeben, sind mit der Schaffung abweichender Nennbetragsaktien deutlich erhöhte Transaktionskosten, insbesondere wegen der gesonderten Zulassung (WKN) der neuen Aktien, verbunden. Deshalb wird es bei börsennotierten AG mit Streubesitz nur in ganz besonderen Ausnahmefällen erforderlich sein, abweichend vom bisherigen Nennbetrag der Aktien für die neuen Aktien den Mindestnennbetrag von EUR 1 zu Grunde zu legen. Denkbar ist dies etwa, wenn die übernehmende AG einen ganz ungewöhnlich hohen Nennbetrag, z.B. EUR 100 pro Aktie, führt.
- 123 Vergleichbares gilt, wenn die übernehmende AG Stückaktien ausgegeben hat. Da alle Stückaktien notwendig den gleichen rechnerischen Anteil am Grundkapital repräsentieren (§ 8 Abs. 3 S. 2 AktG), können neue Stückaktien nicht abweichend von den bestehenden Stückaktien gestückelt werden. Wegen des damit verbundenen Aufwandes kann den Anteilseignern der übernehmenden AG aber grundsätzlich nicht abverlangt werden, zur Vorbereitung der Verschmelzung einen Aktiensplit durchzuführen und das Aktienkapital neu einzuteilen. Aus dem Treuepflichtgedanken kann auch insoweit nur für ganz besondere Konstellationen etwas anderes folgen, etwa wenn die übernehmende AG nur

205 Vgl. §§ 46 Abs. 1 S. 3, 51 Abs. 2, 54 Abs. 3 UmwG a.F. sowie die Streichung von § 55 Abs. 1 S. 2 UmwG a.F.

206 *Marsch-Barner*, in: Kallmeyer, UmwG, § 5 Rn. 9; *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 50 Rn. 117; *Winter*, FS Lutter, 2000, S. 1279, 1287 ff.; im Einzelnen: § 46 Rdn. 17.

207 Siehe hierzu § 46 Rdn. 17 ff.

208 Im Einzelnen: § 46 Rdn. 17 ff.

einen ganz kleinen Aktionärskreis aufweist oder die Stückaktien mit einem ungewöhnlich hohen Anteil am Grundkapital beteiligt sind.

e) Ausnahmen von der Anteilsgewährung. Die Anteilsgewährung ist das rechtstechnische Instrument zur Umsetzung der Mitgliedschaftsperpetuierung für übernehmende Rechtsträger in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft, der Personenhandelsgesellschaft/Partnerschaftsgesellschaft und der e.G. Ausnahmen von dem Grundsatz der Anteilsgewährung gibt es deshalb nur in den Fällen, in denen auch die Mitgliedschaftsperpetuierung nicht zur Anwendung kommt, also sofern der übernehmende an dem übertragenden Rechtsträger beteiligt ist oder der übertragende Rechtsträger eigene Anteile inne hat (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, 2. Hs.).²⁰⁹ 124

Für übernehmende Rechtsträger in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft ist dies noch einmal ausdrücklich in § 54 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 und § 68 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 normiert.²¹⁰ Nichts anderes gilt für übernehmende Rechtsträger in der Rechtsform der Personenhandelsgesellschaft/Partnerschaftsgesellschaft oder der e.G. 125

Darüber hinausgehende Ausnahmen von dem Grundsatz der Anteilsgewährung kennt das UmwG nicht.²¹¹ Schließlich ist die Anteilsgewährung auch in dem gleichen Maße der Parteidisposition entzogen wie der Grundsatz der Mitgliedschaftsperpetuierung. Die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers können deshalb grundsätzlich nicht auf die Gewährung von Anteilen verzichten²¹²; sie sind aber nicht gezwungen, wertäquivalente Anteile einzufordern.²¹³ Etwas anderes gilt für übernehmende Rechtsträger in der Rechtsform der GmbH (§ 54 Abs. 1 S. 3)²¹⁴ und der AG (§ 68 Abs. 1 S. 3).²¹⁵ Mit diesen Vorschriften hat der Gesetzgeber erstmalig und konstitutiv die Möglichkeit eröffnet, verschmelzungsbedingt auf eine Mitgliedschaftsperpetuierung in Form der Anteilsgewährung zu verzichten.²¹⁶ 126

3. Andere Gegenleistungen

Da die Mitgliedschaftsperpetuierung ein Wesensmerkmal der Verschmelzung ist, soll es grundsätzlich nicht zu einem Auskauf der Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers kommen.²¹⁷ Gleichwohl besteht nicht selten die Notwendigkeit, diesen Anteilseignern neben einer Mitgliedschaft an dem übernehmenden Rechtsträger im Verschmelzungsvertrag eine bare Zuzahlung zu gewähren. Dies betrifft insbesondere die Fälle, in denen 127

209 Hierzu im Einzelnen: Rdn. 90 ff.

210 Die Regelungen haben insoweit nur deklaratorischen Charakter: § 54 Rdn. 6 f.; § 68 Rdn. 6 f.

211 Insbesondere § 54 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, S. 2, § 68 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, S. 2 sind keine Ausnahmen von der Anteilsgewährung, sondern regeln die Herkunft der zu gewährenden Anteile.

212 Zum Verzicht im Rahmen der Mitgliedschaftsperpetuierung: Rdn. 96.

213 Hierzu: Rdn. 97.

214 Dazu § 54 Rdn. 42 ff.

215 Dazu § 68 Rdn. 39 ff.

216 Weiler, NZG 2008, 527, 529; für eine generelle Verzichtsmöglichkeit auch bei anderen Rechtsformen dagegen Grunewald, in: Lutter, UmwG, 4. Aufl. 2009, § 20 Rn. 64; Heckschen, DB 2008, 1363, 1369. Mit diesem Verständnis ist freilich im Hinblick auf § 68 Abs. 1 S. 3 die Frage der Vereinbarkeit mit der Verschmelzungsrichtlinie aufgeworfen, die eine entsprechende Verzichtsmöglichkeit nicht ausdrücklich vorsieht, vgl. dazu auch Heckschen, DB 2008, 1363, 1364 m.w.N.: Verzichtsmöglichkeit stehe im Einklang mit europäischen Vorgaben, da die Anteilsgewährung ersichtlich nur dem Schutz der Anteilseigner diene.

217 Zur Dogmengeschichte insoweit: Einl. B Rdn. 37 ff.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

übernehmender Rechtsträger eine Kapitalgesellschaft oder e.G. ist und es im Rahmen des Umtauschverhältnisses trotz der gewählten Anteilstückelung²¹⁸ zu **Anteilsspitzen** kommt, sich ein Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers also nicht mit einer vollen Zahl von Anteilen an dem übernehmenden Rechtsträger beteiligen kann. Solche Anteilsspitzen können entweder durch einen Teilrechtehandel oder durch bare Zuzahlungen ausgeglichen werden. Im Fall eines **Teilrechtehandels**, der insbesondere bei börsennotierten AG häufiger praktiziert wird, kann jeder Anteilseigner, dem ein Teilrecht zusteht, dieses veräußern oder weitere Teilrechte hinzu erwerben, um einen vollen Anteil zu schaffen. Die Teilrechte werden also auf Anteilseignerebene in Form von Geld verwertet.

- 128 Statt eines Teilrechtehandels ist es auch möglich, Anteilsspitzen durch **bare Zuzahlungen** des übernehmenden Rechtsträgers an die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers auszugleichen. Für die Bemessung der baren Zuzahlung gibt es **zwei Alternativen**. Zunächst besteht die Möglichkeit, das auf der Basis von Unternehmenswerten und Nennkapitalien ermittelte **Umtauschverhältnis**²¹⁹ zu Lasten der Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers zu **glätten** und den Differenzbetrag als bare Zuzahlung auszukehren.²²⁰ Bei einem ermittelten Umtauschverhältnis von beispielsweise 1:2,178 könnte eine Glättung auf 1:2 mit entsprechender barer Zuzahlung erfolgen. Eine Glättung zu Lasten der Anteilseigner des übernehmenden Rechtsträgers ist nicht möglich, weil bare Zuzahlungen durch den Verschmelzungsvertrag nur an die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers gewährt werden können.
- 129 Eine Glättung des Umtauschverhältnisses gegen bare Zuzahlung hat regelmäßig einen relativ hohen baren Zuzahlungsbetrag zur Folge. Es bietet sich deshalb in der Praxis an, nicht das Umtauschverhältnis, sondern die jedem Anteilseigner **gewährten Anteile** gegen Barzuzahlung zu **glätten**. Dazu wird das errechnete Umtauschverhältnis auf die Anteile des jeweiligen Anteilseigners an dem übertragenden Rechtsträger angewandt und die ihm an dem übernehmenden Rechtsträger zu gewährende Zahl an Anteilen gegen Barausgleich auf eine glatte Stückzahl abgerundet. Hielt ein Aktionär beispielsweise an dem übertragenden Rechtsträger 150 Aktien, stehen ihm bei einem Umtauschverhältnis von 1:2,178 an dem übernehmenden Rechtsträger 326,7 Anteile zu; er erhält 326 Anteile zuzüglich einer baren Zuzahlung auf der Basis des ermittelten Unternehmenswerts für 0,7 Anteile. Da die rechnerischen Anteilsspitzen, die auf jeden Anteil am übertragenden Rechtsträger entfallen, bei diesem Vorgehen zunächst zu neuen Anteilen zusammengeführt werden, ist der Kapitalbedarf für bare Zuzahlungen insoweit regelmäßig geringer.
- 130 Neben der Rundung von Anteilsspitzen können **bare Zuzahlungen** auch **für andere Zwecke** eingesetzt werden, so etwa, wenn die Mitgliedschaft bei dem übertragenden Rechtsträger mit Vorzugs- oder Sonderrechten verbunden ist, solche wertbildenden Faktoren aber nicht auf dem Hintergrund der Wertäquivalenz in die Bemessung der Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger einbezogen werden können oder sollen. Solche nicht mit Anteilen an dem übernehmenden Rechtsträger abgegoltenen Sonderfaktoren können durch bare Zuzahlungen ausgeglichen werden.²²¹

218 Zu den Vorgaben an die Anteilstückelung: Rdn. 117 ff.

219 Zur Ermittlung des Umtauschverhältnisses: § 5 Rdn. 8 ff.

220 Für diesen Ansatz: *Schröder*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 5 Rn. 24.

221 *Ihrig*, GmbHR 1995, 622, 630; *Schröder*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 5 Rn. 26.

Um einen Auskauf der Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers zu verhindern, sind **bare Zuzahlungen** bei übernehmenden Rechtsträgern in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft und der e.G. auf 10 Prozent des gezeichneten Kapitals der gewährten Anteile (§ 54 Abs. 4, § 68 Abs. 3) bzw. 10 Prozent des Gesamtnennbetrages der gewährten Geschäftsanteile (§ 87 Abs. 2 S. 2) **begrenzt**.²²² Diese quantitative Begrenzung gilt nur für im Verschmelzungsvertrag festgesetzte bare Zuzahlungen des übernehmenden Rechtsträgers²²³, mithin also nicht für bare Zuzahlungen von Dritten, insbesondere Anteilseignern des übernehmenden Rechtsträgers, Anteilseignern des übertragenden Rechtsträgers untereinander oder des übertragenden Rechtsträgers. Nicht hierunter fallen auch bare Zuzahlungen auf Grund eines Spruchverfahrens nach § 15, sei es, dass das Verfahren durch gerichtliche Entscheidung oder vergleichsweise Regelung der Beteiligten beendet worden ist²²⁴, denn solche Zuzahlungen sind nicht im Verschmelzungsvertrag festgesetzt. Nicht unter die Regelungen für bare Zuzahlungen fallen schließlich Barabfindungen nach § 29, weil es sich hierbei nicht um additive Zahlungen im Rahmen der Mitgliedschaftsperpetuierung, sondern um eine Gegenleistung für die freiwillige Aufgabe der Mitgliedschaft handelt.²²⁵

Nach dem UmwG erstreckt sich die quantitative Begrenzung für bare Zuzahlungen nur auf übernehmende Rechtsträger in der Rechtsform von Kapitalgesellschaften oder e.G. Ausdrückliche Regelungen für bare Zuzahlungen von übernehmenden **Rechtsträgern anderer Rechtsform** finden sich nicht. Dies wirft die Frage auf, ob solchen Rechtsträgern bare Zuzahlungen gänzlich untersagt, sie ohne quantitative Beschränkung zulässig oder die 10 Prozent-Grenzen der §§ 54 Abs. 4, 69 Abs. 3, 87 Abs. 2 S. 2 analog heranzuziehen sind.²²⁶ In den meisten Fällen wird dies praktisch kein größeres Problem sein, weil Personenhandelsgesellschaften die von ihnen ausgegebenen Anteile – auf der Grundlage des Grundsatzes der Einheitlichkeit der Mitgliedschaft – beliebig stückeln können, wodurch die Entstehung von Anteilsspitzen vermieden wird. Davon abgesehen sind bare Zuzahlungen von übernehmenden Personenhandelsgesellschaften aber auch ohne quantitative Beschränkung zulässig, soweit hierdurch der Grundsatz der Mitgliedschaftsperpetuierung nicht ausgehebelt wird, sondern die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers neben der neuen Mitgliedschaft an dem übernehmenden Rechtsträger auch eine bare Zuzahlung erhalten. Ein generelles Verbot von baren Zuzahlungen für übernehmende Personenhandelsgesellschaften kann schon deshalb nicht bestehen, weil mit der grundsätzlichen Zulässigkeit von baren Zuzahlungen bei übernehmenden Kapitalgesellschaften deutlich wird, dass dem Grundsatz der Wertäquivalenz auch dadurch Genüge getan werden kann, dass neben einer Mitgliedschaft an dem übernehmenden Rechtsträger auch bare Zuzahlungen geleistet werden. Es sind keine Gründe ersichtlich, warum diese Systematik nur auf übernehmende Kapitalgesellschaften anzuwenden sein

222 Die Regelung geht zurück auf § 238 Abs. 3 AktG 1937. Sie begrenzte erstmals bare Zuzahlungen bei der Verschmelzung von Aktiengesellschaften auf 10 Prozent des Nennkapitals der gewährten Aktien. Damit sollte der frühere Streit, ob bare Zuzahlungen überhaupt und ggf. in welchem Umfang bei einer Verschmelzung zulässig sind, normativ entschieden werden. Der 10 Prozent-Grenze wohnt, was ihre Höhe betrifft, eine gewisse Willkür inne.

223 *Stratz*, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 54 Rn. 18; *Winter*, in: Lutter, UmwG, § 54 Rn. 32.

224 RegBegr. bei *Ganske*, UmwR, S. 103.

225 *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 54 Rn. 58; *Winter*, in: Lutter, UmwG, § 54 Rn. 32.

226 Für eine analoge Anwendung der 10 Prozent-Grenze bei der Verschmelzung durch Neugründung auf eine Personenhandelsgesellschaft: *Ibrig*, GmbHR 1995, 622, 630 f.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

sollte. Der Höhe nach sind solche baren Zuzahlungen auch nicht unter analoger Anwendung von §§ 55 Abs. 4, 68 Abs. 3, 87 Abs. 2 S. 2 beschränkt. Zwar mag in Bezug auf übernehmende Personenhandelsgesellschaften eine Regelungslücke im Gesetz bestehen, die Sach- und Rechtslage ist aber mit der bei Kapitalgesellschaften nicht vergleichbar. Denn insbesondere fehlt es an der Bezugsgröße für eine quantitative Begrenzung, eine übernehmende Personenhandelsgesellschaft hat weder ein gezeichnetes Kapital noch zwingend ein Festkapital.

- 133 Schließlich stellt sich die Frage, ob auf bare Zuzahlungen durch übernehmende Kapitalgesellschaften die Grundsätze der **Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung** Anwendung finden oder ob mit der 10 Prozent-Grenze gleichsam ein Erlaubnistatbestand geschaffen wurde, innerhalb dessen bare Zuzahlungen ungeachtet der Grundsätze der realen Kapitalaufbringung und des Verbots der Unter-Pari-Emission zulässig sind.²²⁷ Eine solche kapitalenschutzfreie Zone kann es im Verschmelzungsrecht aber schon deshalb nicht geben, weil über §§ 55, 69 die rechtsformspezifischen Vorschriften über die reale Kapitalaufbringung und das Verbot der Unter-Pari-Emission zur Anwendung kommen, Ausnahmen für bare Zuzahlungen sind insoweit nicht vorgesehen. Die ganz h.M. geht dementsprechend davon aus, dass für eine bei dem übernehmenden Rechtsträger durchzuführende verschmelzungsbedingte Kapitalerhöhung die im Verschmelzungsvertrag festgesetzten baren Zuzahlungen für die Frage der effektiven Kapitalaufbringung und das Verbot der Unter-Pari-Emission in Ansatz zu bringen sind.²²⁸ Danach muss der Zeitwert des im Rahmen der Verschmelzung auf den übernehmenden Rechtsträger übergehenden Vermögens abzüglich der im Verschmelzungsvertrag festgesetzten baren Zuzahlungen den Nennbetrag der Kapitalerhöhung mindestens erreichen. Das Verbot der Unter-Pari-Emission ist dann nur noch idealtypisch ein zweiter Prüfungsschritt. Danach ist von dem Ausgabebetrag der jeweiligen Anteile, der nicht unter deren Nennbetrag liegen darf, die dem jeweiligen Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers im Verschmelzungsvertrag zugesagte bare Zuzahlung in Abzug zu bringen. Da aber bei einer verschmelzungsbedingten Kapitalerhöhung der Ausgabebetrag stets mit dem Verkehrswert des auf den übernehmenden Rechtsträger übergehenden Vermögens identisch ist²²⁹, führt dies jeweils zum gleichen Ergebnis wie die Kontrolle der effektiven Kapitalaufbringung.
- 134 Nach einer Mindermeinung sind hingegen im Verschmelzungsvertrag festgesetzte bare Zuzahlungen nicht an dem Maßstab der Kapitalaufbringung zu messen, sondern vielmehr immer zulässig, wenn sie aus verfügbaren Rücklagen bzw. einem Bilanzgewinn des übernehmenden Rechtsträgers finanziert werden können.²³⁰ Inwieweit bare Zuzahlungen im Verschmelzungsvertrag zulässig sind, ist danach also keine Frage der effektiven Kapitalaufbringung, sondern vielmehr der Kapitalerhaltung bei dem übernehmenden Rechtsträger. Dieser Auffassung kann aber schon deshalb nicht zugestimmt werden, weil bare Zuzahlungen keine Ergebnisverwendung des übernehmenden Rechtsträgers darstellen, sie also nicht zu Lasten des Eigenkapitals des übernehmenden Rechtsträgers geleistet werden. Vielmehr sind bare Zuzahlungen als Anschaffungskosten auf die auf

227 Zu diesem Ansatz auch: *Ihrig*, GmbHR 1995, 622, 631.

228 *Grunewald*, in: G/H/E/K, AktG, § 344 Rn. 18, § 353 Rn. 10; *Winter*, in: Lutter, UmwG, § 54 Rn. 35; *Kraft*, in: KK-AktG, 1. Aufl., § 343 Rn. 16; *Reichert*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 55 Rn. 8.

229 Hierzu: § 5 Rdn. 35 f.

230 *v. Godin/Wilhelmi*, AktG, 4. Aufl. 1971, § 344 Anm. 5; *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung, 1993, S. 437 f.

den übernehmenden Rechtsträger übergegangenen Vermögensgegenstände zu qualifizieren und deshalb bei ihm ergebnisneutral zu aktivieren.²³¹ Auf die Rücklagen oder den Bilanzgewinn haben die im Verschmelzungsvertrag festgesetzten baren Zuzahlungen mit hin keinen Einfluss. Es ist deshalb der h.M. zu folgen, die solche baren Zuzahlungen den Grundsätzen der Kapitalaufbringung unterwirft.

Die baren Zuzahlungen führen also in der Handelsbilanz des übernehmenden Rechtsträgers zu einer Aufstockung der Buchwerte der übernommenen Vermögensgegenstände.²³² Dies gilt auch für steuerliche Zwecke. Da eine Verschmelzung zwischen Körperschaften unter Fortführung der stillen Reserven in den übergehenden Wirtschaftsgütern (Buchwertverknüpfung) nur möglich ist, wenn keine Gegenleistung oder eine Gegenleistung ausschließlich in Gesellschaftsrechten gewährt wird (§ 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 UmwG), führen bare Zuzahlungen an die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers insoweit zwingend zu einer steuerlichen Realisierung der stillen Reserven.²³³ 135

C. Besondere Gestaltungen der Verschmelzung

I. Tochter-Mutter-Verschmelzung (Up-stream-merger)

Das UmwG sieht für die Tochter-Mutter-Verschmelzung eine Reihe von materiellen und formellen Erleichterungen vor.²³⁴ Ist der übernehmende Rechtsträger **alleiniger Anteilsinhaber** des übertragenden Rechtsträgers, entfällt die Mitgliedschaftsperpetuierung gänzlich²³⁵, weshalb auch eine Anteilsgewährung nicht stattfindet.²³⁶ Entscheidend ist dabei die Beteiligungsstruktur im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Verschmelzung.²³⁷ 136

Hieran anknüpfend bestimmt § 5 Abs. 2, dass die aus der Mitgliedschaftsperpetuierung folgenden Angaben im Verschmelzungsvertrag (§ 5 Abs. 1 Nr. 2–5) entbehrlich sind. Mangels Mitgliedschaftsperpetuierung bedarf es auch keines Verschmelzungsberichts (§ 8 Abs. 3 S. 1), keiner Verschmelzungsprüfung (§ 9 Abs. 3) und keines Verschmelzungsprüfungsberichts (§ 12 Abs. 3). Denn Herzstück dieser Berichts- und Prüfungspflichten sind die Angaben des Verschmelzungsvertrages zur wertäquivalenten Mitgliedschaftsperpetuierung und die in diesem Zusammenhang erstellten Wertermittlungen²³⁸, die bei der Tochter-Mutter-Verschmelzung gerade entfallen. 137

Im Falle einer Tochter-Mutter-Verschmelzung, bei der der übernehmende Rechtsträger eine AG und der übertragende Rechtsträger eine GmbH oder AG ist, bedarf es darüber hinaus grundsätzlich keines Hauptversammlungsbeschlusses der übernehmenden AG, es sei denn, ein Minderheitsquorum von 5 Prozent der Aktionäre verlangt eine entsprechende Beschlussfassung (§ 62). 138

231 IDW, HFA 2/1997, ergänzt 2000, Tz. 32211; *Förschle/Hoffmann*, in: Budde/Förschle/Winkeljohann, Sonderbilanzen, 4. Aufl. 2008, Kap. K Rn. 44.

232 IDW HFA 2/1997, ergänzt 2000, Tz. 32211.

233 UmwSt-Erlass, Tz. 11.06; *Dötsch*, in: Dötsch/Eversberg/Joest/Witt, UmwStR, § 11 Rn. 32.

234 Zu geplanten Änderungen durch den Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie zur Änderung u.a. auch der Verschmelzungsrichtlinie siehe *Sandhaus*, NZG 2009, 41, 45.

235 So bereits: Rdn. 91 f.

236 §§ 54 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 68 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1; dies gilt auch für einen übernehmenden Rechtsträger in der Rechtsform einer Personenhandelsgesellschaft: Rdn. 125.

237 Rdn. 142.

238 § 8 Rdn. 25 ff.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

- 139 Ist der **übernehmende Rechtsträger** nicht zu 100 Prozent, sondern nur **teilweise Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers**, entfällt die Mitgliedschaftsperpetuierung in Bezug auf diese Beteiligung, den übrigen Anteilseignern des übertragenden Rechtsträgers sind Mitgliedschaftsrechte an dem übernehmenden Rechtsträger zu gewähren. Die Erleichterungen für die Angaben im Verschmelzungsvertrag nach § 5 Abs. 2 sowie für die Berichts- und Prüfungspflichten nach §§ 8 Abs. 3, 9 Abs. 2 und 12 Abs. 3 kommen nicht zum Tragen, weil sie nur bei 100prozentiger Tochter-Mutter-Verschmelzung gelten. Die Ausnahme für einen Hauptversammlungsbeschluss einer übernehmenden AG nach § 62 gilt ab einer Beteiligung am Stamm- oder Grundkapital der übertragenden GmbH/AG von mindestens 90 Prozent.
- 140 Die **handelsbilanzielle Abbildung** einer (teilweisen) Tochter-Mutter-Verschmelzung folgt ebenfalls eigenen Regeln. Da es sich insoweit bei dem übernehmenden Rechtsträger um einen Aktivtausch handelt, wird die Verschmelzung, insoweit der übernehmende Rechtsträger Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers ist, erfolgswirksam über die GuV gebucht.²³⁹
- 141 Das UmwG sieht für die Tochter-Mutter-Verschmelzung neben den Besonderheiten bei der Mitgliedschaftsperpetuierung eine Reihe von **weiteren Erleichterungen** vor. Dies betrifft die Angaben über die Gegenleistung im Verschmelzungsvertrag (§ 5 Abs. 2), das Erfordernis eines Verschmelzungsberichts, einer Verschmelzungsprüfung nebst Verschmelzungsprüfungsberichts (§§ 8 Abs. 3, 9 Abs. 2, 12 Abs. 3) und für besondere Konstellationen den Wegfall des Zustimmungsbeschlusses bei dem übernehmenden Rechtsträger (§ 62)²⁴⁰. Die Erleichterungen bei den Formvorschriften nach §§ 5 Abs. 2, 8 Abs. 3, 9 Abs. 2, 12 Abs. 3 setzen voraus, dass der übernehmende Rechtsträger alle Anteile an dem übertragenen Rechtsträger hält. Nicht selten wird aber eine solche Konzernlage erst mit Blick auf die beabsichtigte Verschmelzung geschaffen, weshalb sich die Frage stellt, auf welchen **Zeitpunkt** insoweit abzustellen ist.
- 142 **Ausgangspunkt** muss die **Ausnahme von der Mitgliedschaftsperpetuierung** bzw. der **Anteilsgewährung** bei der Tochter-Mutter-Verschmelzung nach §§ 20 Abs. 1 Nr. 3, 54 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 68 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 sein. Denn danach richtet sich, ob der übernehmende Rechtsträger eine verschmelzungsbedingte Gegenleistung gewähren muss. Insoweit ist allein auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Verschmelzung, d.h. die **Handelsregistereintragung** bei dem übernehmenden Rechtsträger (§ 20 Abs. 1) abzustellen. Dies folgt bereits daraus, dass sich die tatsächliche Vermögenslage des übernehmenden Rechtsträger im Falle eines up-stream-merger nicht ändert²⁴¹, dieser Aktivtausch aber erst mit dem Wirksamwerden der Verschmelzung nach § 20 Abs. 1 eintritt. Stellte man auf einen früheren Zeitpunkt ab, müsste sich der übernehmende Rechtsträger zudem – unzulässiger Weise – die Gewährung eigener Anteile versprechen.²⁴²
- 143 Die Ausnahmen zu den Pflichtangaben im Verschmelzungsvertrag (§ 5 Abs. 2), zur Berichterstattung (§ 8 Abs. 3) und zur Verschmelzungsprüfung (§§ 9 Abs. 2, 12 Abs. 3) sind **Formvorschriften**, die der materiellen Mitgliedschaftsperpetuierung in Form einer **Anteilsgewährung**²⁴³ folgen. Diese Formalien sind also entbehrlich, wenn eine Anteils-

239 Hierzu im Einzelnen: § 24 Rdn. 69.

240 Dazu im Einzelnen: § 62 Rdn. 11 ff.

241 Dazu bereits: Rdn. 92.

242 Hierzu: § 54 Rdn. 19.

243 Zum Verhältnis beider Prinzipien: Rdn. 102.

gewährung nach dem Umwandlungsgesetz ausgeschlossen ist. Auch für die Formvorschriften zur Konzernverschmelzung ist mithin auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Verschmelzung abzustellen.²⁴⁴ Nicht gefolgt werden kann daher den Auffassungen, die zu diesen Formerfordernissen auf den Zeitpunkt des Hauptversammlungsbeschlusses²⁴⁵ oder der Handelsregisteranmeldung²⁴⁶ abstellen wollen. Stellte man für diese Formvorschriften auf einen anderen Zeitpunkt ab als für die Frage der Anteilsgewährung, so würden die Informations- und Prüfungspflicht praktisch sinnentleert, denn primärer Gegenstand der Information und Prüfung ist die Anteilsgewährung mit der zugrunde liegenden Umtauschrelation.

Besteht zum Zeitpunkt der Beschlussfassung durch die Anteilseigner (§ 13) noch keine privilegierende Konzernlage, ist die Verschmelzung materiell ohnehin aufschiebend bedingt. Dies folgt bereits daraus, dass ein Verschmelzungsvertrag unter Anwendung der Erleichterungen des § 5 Abs. 2 erst und nur in das Handelsregister eingetragen werden kann, wenn der übernehmende Rechtsträger tatsächlich sämtliche Anteile an dem übertragenden Rechtsträger hält.

II. Mutter-Tochter-Verschmelzung (Down-stream-merger)

Möglich und zulässig ist eine Verschmelzung auch, wenn und soweit der übertragende Rechtsträger Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers ist (Down-stream-merger). Dies ergibt sich sowohl aus § 36 Abs. 2 S. 2, wonach bei der Verschmelzung durch Neugründung die übertragenden Rechtsträger Gründer des übernehmenden Rechtsträgers sind, als auch aus den Sonderregelungen für die Mutter-Tochter-Verschmelzung in §§ 54 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, S. 2 Nr. 2, 68 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, S. 2 Nr. 2. 144

Obwohl der Down-stream-merger zulässig ist, wirft er spezifische Probleme im Zusammenhang mit der Mitgliedschaftsperpetuierung, Fragen der Kapitalerhaltung beim übernehmenden Rechtsträger und dem Schutz weiterer Anteilseigner des übernehmenden Rechtsträgers auf. Auf die spezifischen umwandlungssteuerrechtlichen Probleme der Mutter-Tochter-Verschmelzung kann hier nicht weiter eingegangen werden.²⁴⁷ 145

1. Mitgliedschaftsperpetuierung

Auch beim Down-stream-merger gehen die Mitgliedschaften der Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers mit diesem unter. Zur Perpetuierung dieser Mitgliedschaften werden die sich im Vermögen des übertragenden Rechtsträgers befindenden Mitgliedschaftsrechte, hier also die Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger, an die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers ausgekehrt. Dabei erwerben die Anteilseigner 146

²⁴⁴ So bereits: *Simon*, in: Heckschen/Simon, § 5 Rn. 111 ff.; *Marsch-Barner*, in: Kallmeyer, UmwG, § 5 Rn. 70 unter Aufgabe der früheren Ansicht; *Schröer*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 5 Rn. 131.

²⁴⁵ Zu § 5 UmwG: *Lutter/Drygala*, in: Lutter, UmwG, § 5 Rn. 96; *Bayer*, ZIP 1997, 1613 (1615); zu § 352b Abs. 2 AktG a.F., der § 5 Abs. 2 und § 8 Abs. 3 UmwG n.F. entspricht: *Grunewald*, in: G/H/E/K, AktG, § 352b Rn. 8.

²⁴⁶ *Bermel/Hannappel*, in: Goutier/Knopf/Tulloch, UmwG, § 5 Rn. 117; dem gegenüber stellt *Henze* trotz teilweiser anderer Zitierung nicht auf die Handelsregisteranmeldung ab (AG 1993, 341 (344)); er behandelt vielmehr nur den für § 352b Abs. 1 AktG a.F. relevanten Zeitpunkt, diese Vorschrift entspricht aber § 62.

²⁴⁷ Statt aller: *Rödder/Wochinger*, FR 1999, 1 ff.; *Dötsch*, in: Dötsch/Eversberg/Joest/Witt, UmwStR, vor §§ 11–13 Rn. 16 ff.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

des übertragenden Rechtsträgers die Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger unmittelbar von dem übertragenden Rechtsträger (**Direkterwerb**), es findet kein Durchgangserwerb dieser Anteile bei dem übernehmenden Rechtsträger statt.²⁴⁸ Allerdings ist es auch möglich, neben dem Direkterwerb Teile der Beteiligung am übernehmenden Rechtsträger auf diesen (wenn und soweit er eigene Anteile halten kann) oder auf Mitgliedschafter des übernehmenden Rechtsträgers zu übertragen.²⁴⁹

- 147 Diese Grundsätze gelten unabhängig von der Rechtsform des übernehmenden Rechtsträgers, also insbesondere auch für übernehmende Personenhandelsgesellschaften.
- 148 Für die Zuweisung der Anteile zu den Anteilseignern des übertragenden Rechtsträgers gilt auch im Rahmen des Direkterwerbs der Grundsatz der **Wertäquivalenz**. Ihnen müssen die Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger also nicht notwendig im Verhältnis ihrer nominellen Beteiligung an dem übertragenden Rechtsträger zugewiesen werden. Vielmehr ist entscheidend, in welchem wertmäßigen Verhältnis sie an dem übertragenden Rechtsträger beteiligt sind, wofür alle wertbildenden Faktoren, wie etwa Vorzugs- oder Sonderrechte bei dem übertragenden Rechtsträger zu berücksichtigen sind.²⁵⁰ Entscheidend ist insoweit, auf welche quantitative Zuordnung der Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger sich die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers im Verschmelzungsvertrag (§ 5 Abs. 1 Nr. 3) einigen. Meinungsverschiedenheiten über die Anteilszuordnung sind, da es sich um die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers handelt, ausschließlich im Spruchverfahren zu regeln (§§ 14 Abs. 2, 15 Abs. 1).
- 149 Handelt es sich bei dem übernehmenden Rechtsträger um eine Kapitalgesellschaft und hat diese vor der Verschmelzung ausreichend **eigene Anteile** zur Verfügung, können auch diese Anteile im Rahmen der Verschmelzung an die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers ausgegeben und die durch Gesamtrechtsnachfolge aus dem Vermögen des übertragenden Rechtsträgers auf den übernehmenden Rechtsträger übergehenden Anteile als eigene einbehalten werden. Bei einer übernehmenden GmbH setzt dies voraus, dass die durch Gesamtrechtsnachfolge übernommenen Geschäftsanteile voll eingezahlt sind, weil das Verbot zum Erwerb nicht voll einbezahlter eigener Anteile nach § 33 Abs. 1 GmbHG auch im Rahmen der Verschmelzung gilt.²⁵¹ Diese Einschränkung gilt für eine übernehmende AG nicht, diese darf durch Gesamtrechtsnachfolge auch nicht voll eingezahlte eigene Aktien erwerben (§§ 71 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 S. 3 AktG). Eine Verwendung eigener Anteile im Rahmen eines Down-stream-merger ist aber regelmäßig mit erheblichen umwandlungssteuerrechtlichen Nachteilen verbunden, weil der Direkterwerb der Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger aus dem Vermögen des übertragenden Rechtsträgers Voraussetzung für die Fortführung der stillen Reserven sowohl auf Gesellschaftsebene als auch auf Anteilseignerebene ist.²⁵²

248 *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 20 Rn. 55; IDW, HFA 2/1997, ergänzt 2000, Tz. 32212; für das UmwStR: *Dötsch*, in: Dötsch/Eversberg/Joest/Witt, UmwStR, Rn. 18; *Marsch-Barnier*, in: Kallmeyer, UmwG, § 20 Rn. 29; *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 5 Rn. 38; *Reichert*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 54 Rn. 15; *Rödter/Wochinger*, FR 1999, 1, 5 f.; *Bock*, GmbHR 2005, 1023, 1030.

249 Siehe § 54 Rdn. 33 ff.; § 68 Rdn. 30 ff.

250 Zur Wertäquivalenz: Rdn. 80 ff.

251 *Kallmeyer*, in: Kallmeyer, UmwG, § 54 Rn. 7; *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 54 Rn. 24; *Petersen*, Der Gläubigerschutz im Umwandlungsrecht, 2001, S. 187 f.; *Reichert*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 54 Rn. 11; *Winter*, in: Lutter, UmwG, § 54 Rn. 10;

252 *Rödter/Wochinger*, FR 1999, 1, 5 f.

Möglich wäre es auch, dass der übernehmende Rechtsträger eine verschmelzungsbedingte **Kapitalerhöhung** durchführt. Sind die Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger, die sich im Vermögen des übertragenden Rechtsträgers befinden, voll einbezahlt, hat er die Möglichkeit, die im Vermögen des übertragenden Rechtsträgers befindlichen Anteile als eigene zu vereinnahmen und an die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers neue Anteile auszugeben²⁵³ oder es bei dem Direkterwerb der bestehenden Anteile aus dem Vermögen des übertragenden Rechtsträgers durch dessen Anteilseigner zu belassen; auch Mischformen sind möglich. Letzteres erlangt insbesondere bei Beteiligung Dritter an dem übernehmenden Rechtsträger praktische Bedeutung.²⁵⁴ In jedem Fall ist zu berücksichtigen, dass für die Kapitalaufbringung im Rahmen der verschmelzungsbedingten Kapitalerhöhung die Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger aus dem Vermögen des übertragenden Rechtsträgers zu eliminieren sind. Die Kapitaldeckung kann nur durch das übrige Vermögen des übertragenden Rechtsträgers erfolgen, weil die Anteile, die in der Hand des übernehmenden Rechtsträgers zu eigenen werden, keine effektive Kapitalaufbringung darstellen.²⁵⁵ Das Kapitalerhöhungswahlrecht in § 54 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 bzw. § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 besteht also nur, soweit bei dem übertragenden Rechtsträger neben den Anteilen an dem übernehmenden Rechtsträger ausreichend weiteres Vermögen vorhanden ist.

Sind die Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger nicht voll einbezahlt, ist eine Kapitalerhöhung durch diese Anteile unzulässig.²⁵⁶ Hat der übertragende Rechtsträger weiteres Vermögen, ist bei einer übernehmenden AG eine Kapitalerhöhung möglich, wobei die Kapitalaufbringung durch das übrige Vermögen unterlegt sein muss; die nicht voll einbezahlten Anteile können nach § 71 Abs. 2 S. 3, Abs. 1 Nr. 5 AktG als eigene Anteile gehalten werden. Bei einer übernehmenden GmbH steht dem § 33 Abs. 1 GmbHG entgegen.

2. Kapitalerhaltung und Financial Assistance

Wegen des Direkterwerbs²⁵⁷ der Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger durch die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers erstreckt sich die Gesamtrechtsnachfolge nur auf das übrige Vermögen des übertragenden Rechtsträgers. Nicht selten gehören hierzu auch Schulden des übertragenden Rechtsträgers, d.h. dessen Verbindlichkeiten und Rückstellungen (§ 253 Abs. 1 S. 2 HGB), die mit der Verschmelzung auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen. Insbesondere kommt dies in dem Fall in Betracht, dass die Muttergesellschaft die Anteile an der Tochter fremdfinanziert erworben hat (Aquisitionsvehikel).²⁵⁸ Übersteigen diese Schulden das übrige Aktivvermögen des übertragenden Rechtsträgers nach Abzug der Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger und handelt es sich bei letzterem um eine Kapitalgesellschaft, wirft die Verschmelzung auch Fragen der Kapitalerhaltung auf Ebene des übernehmenden Rechtsträgers auf. Dabei ist zu differenzieren, ob das übergehende Vermögen im Rahmen der handelsbilanzziel-

253 § 54 Rdn. 33 ff.; § 68 Rdn. 30 ff.

254 Hierzu: Rdn. 161 ff.

255 Vgl. Mayer, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 5 Rn. 40.1.

256 Für GmbH-Geschäftsanteile: § 54 Abs. 1 S. 1 Nr. 3; für Aktien: § 68 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, dessen Verbot in Widerspruch steht zu §§ 71 Abs. 2 S. 3, Abs. 1 Nr. 5 AktG.

257 Siehe Rdn. 146.

258 Vgl. dazu Bock, GmbHR 2005, 1023.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

len Ansätze bei dem übernehmenden Rechtsträger²⁵⁹ bilanziell überschuldet ist oder darüber hinaus auch eine wirtschaftliche Überschuldung vorliegt. Letzteres ist der Fall, wenn das Vermögen nach den anerkannten Grundsätzen der Unternehmensbewertung²⁶⁰ einen negativen Wert aufweist.

- 153 Der verschmelzungsbedingte Übergang eines solchermaßen, d.h. unter Ausblendung der Anteile am übernehmenden Rechtsträger, überschuldeten Vermögens auf den übernehmenden Rechtsträger verstößt nach h.M. gegen die Grundsätze der Kapitalerhaltung, weil es sich dabei grundsätzlich um eine Einlagenrückgewähr an die neuen Anteilseigner der übernehmenden Tochtergesellschaft handelt.²⁶¹ Der Down-stream-merger einer überschuldeten Muttergesellschaft führt in der Handelsbilanz des übernehmenden Rechtsträgers zu einer Vernichtung von Eigenkapital.²⁶² Hat dies bei einer **übernehmenden GmbH** eine Verletzung des Stammkapitals zur Folge, stellt das einen Verstoß gegen § 30 GmbHG dar. Wegen der strengen bilanziellen Anknüpfung des § 30 GmbHG spielt es dabei keine Rolle, ob das übergehende Vermögen tatsächlich einen höheren Wert hat als bilanziell zum Ausdruck kommt.²⁶³
- 154 Etwas anders stellt sich die Situation bei einer **übernehmenden AG** dar, bei der die wesentlich strengere Kapitalerhaltung nach § 57 AktG einschlägig ist. Bei ihr führt nach wohl h.M. grundsätzlich jeder verschmelzungsbedingte Verlust von Eigenkapital zu einer verbotenen Einlagenrückgewähr.²⁶⁴ Dies gilt allerdings nicht, wenn das übergehende Vermögen bemessen nach Verkehrswerten einen positiven Wert hat und der Abgang an Eigenkapital der übernehmenden AG weder als Grundkapital noch nach § 150 AktG gebunden ist. Denn § 57 AktG greift dann nur bei einem objektiven Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, d.h. bei einer wirtschaftlichen Schlechterstellung der übernehmenden AG.²⁶⁵ Hieran fehlt es, wenn das übergehende Vermögen einen positiven Verkehrswert aufweist.
- 155 Hinzu kommt, dass **keine Leistung der übernehmenden AG** i.S.d. § 57 AktG vorliegt. Der übertragende Rechtsträger kann keine Leistung empfangen, weil er verschmelzungsbedingt untergeht. Die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers empfangen ebenfalls keine Leistung, weil sich ihre Vermögenssituation durch den down-stream-merger nicht ändert. Aus ihrer Sicht liegt lediglich ein Aktivtausch vor (Anteile am übertragenden Rechtsträger gegen Anteile am übernehmenden Rechtsträger). Einlagenrückgewähr i.S.d. § 57 Abs. 1 S. 1 AktG erfordert aber eine Leistung der AG, die wegen seiner Mitgliedschaft zugunsten des jeweiligen Aktionärs erbracht wird.²⁶⁶ Ein Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsregeln setzt aber nicht nur einen Mittelabfluß bei der leistenden Gesellschaft voraus; hinzukommen muss ein korrespondierender **Vermögensvorteil des Ge-**

259 Dazu: § 24 Rdn. 72 ff.

260 Vgl. dazu: § 5 Rdn. 13 ff.

261 *Haritz*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 24 Rn. 51; *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 5 Rn. 40.1; *W. Müller*, in: Kallmeyer, UmwG, § 24 Rn. 34; *Priester*, in: Lutter, UmwG, § 24 Rn. 61; *Mertens*, AG 2006, 785, 786.

262 § 24 Rdn. 78 ff.

263 Zu Maßnahmen zur Vermeidung von Verstößen gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften vgl. *Heckschen*, GmbHR 2008, 802, 804.

264 *Priester*, in: Lutter, UmwG, 4. Aufl. 2009, § 24 Rn. 62; *Lowven/Weng*, BB 2006, 619, 623; a.A. *Riegger*, ZGR 2008, 233, 247.

265 Dazu: *Lutter*, in: KK-AktG, § 57 Rn. 16.

266 *Henze*, in: GK-AktG, § 57 Rn. 11; *Hüffer*, AktG, § 57 Rn. 2.

sellschafters oder desjenigen Dritten, an den die Gesellschaft auf seine Veranlassung hin leistet.²⁶⁷ Dieses Erfordernis ergibt sich schon aus dem Wortlaut von § 57 Abs. 1 AktG; vor allem aber aus der Funktion des Kapitalerhaltungsrechts als »notwendiges Gegenstück zu dem in § 1 (sc. AktG) enthaltenen Grundsatz, dass den Gesellschaftsgläubigern nur das Gesellschaftsvermögen haftet«.²⁶⁸ Die Aktionäre »erkaufen« sich also quasi das Haftungsprivileg des § 1 AktG durch das Verbot, dem Gesellschaftsvermögen außerhalb der Ausschüttung von Bilanzgewinn Gegenstände zu entnehmen. Gegen dieses Verbot wird aber dann nicht verstoßen, wenn gar keine Vermögensmehrung zugunsten des Verbotsadressaten des § 57 AktG eintritt. Diese Grundsätze können auch bei der GmbH in Bezug auf § 30 Abs. 1 GmbHG herangezogen werden.²⁶⁹

Die geschilderten negativen **Auswirkungen auf die Kapitalerhaltung lassen sich vermeiden**, wenn in dem übergehenden Vermögen stille Reserven vorhanden sind. Die übernehmende Tochtergesellschaft hat dann regelmäßig die Möglichkeit, den Down-stream-merger gemäß § 24 nach dem Anschaffungskostenprinzip zu bilanzieren und damit das übergehende Vermögen zu dem tatsächlich höheren Zeitwert auszuweisen.²⁷⁰ Vorgeschlagen wird auch der Ansatz eines derivativen Firmenwerts als indirekte Anschaffungskosten bezogen auf den Anteilserwerb als aufgestockte Buchwerte.²⁷¹ Schließlich kommt ein Schutz der Gläubiger über die Grundsätze des existenzvernichtenden Eingriffs in Betracht, wenn die Tochter aufgrund der Verbindlichkeiten zahlungsunfähig wird.²⁷² 156

Darüber hinaus sind bei einem Down-stream-merger auf eine übernehmende AG auch die Beschränkungen des § 71a Abs. 1 Satz 1 AktG zu diskutieren. Unmittelbar ist § 71a AktG nicht auf die Konstellation eines Down-stream-mergers anwendbar. Man könnte aber daran denken, den **Rechtsgedanken** dieser Vorschrift heranzuziehen. Denn über die Konstruktion des Erwerbs einer Zielgesellschaft über ein Vehikel bei anschließender Down-stream-Verschmelzung des Vehikels auf die Zielgesellschaft könnte § 71a AktG jedenfalls dann betroffen sein, wenn das Erwerbsvehikel Finanzierungen aufgenommen hat und diese nach der Mutter-Tochter-Verschmelzung aus dem Vermögen der übernehmenden Rechtsträgerin zurückgeführt werden.²⁷³ 157

In der Literatur herrscht freilich Uneinigkeit über den **Telos des § 71a AktG**. Nach traditioneller Sichtweise soll eine Umgehung des grundsätzlichen Verbots des Erwerbs eigener Aktien (§ 71 AktG) verhindert werden.²⁷⁴ Eine neuere Auffassung stellt dagegen die »Take-over-Problematik« in den Mittelpunkt und sieht den Zweck des § 71a AktG in der Vermeidung der Heranziehung des Gesellschaftsvermögens zur Erwerbsfinanzierung außerhalb der legalen Gewinnausschüttung.²⁷⁵ Letztlich werden mit § 71a AktG, 158

267 Cahn, Kapitalerhaltung im Konzern, 1998, S. 94.

268 RegBegr. zum AktG 1965 bei Kropff, Aktiengesetz, S. 73.

269 Enneking/Heckschen, DB 2006, 1099, 1100; Bock, GmbHR 2005, 1023, 1030.

270 § 24 Rdn. 73.

271 Vgl. Bock, GmbHR 2005, 1023, 1030 zum Aquisitionsvehikel; ebenso Enneking/Heckschen, DB 2006, 1099, 1100.

272 Enneking/Heckschen, DB 2006, 1099, 1100.

273 In diese Richtung öOGH, SZ 72/172, der sich freilich nicht auf die dem § 71a AktG entsprechende Vorschrift des § 66a AktG, sondern auf § 82 öGmbHG, § 52 öAktG, also die dem § 57 AktG entsprechenden Regelungen bezieht.

274 So etwa Lutter, in: KK-AktG, § 71a Rn. 3.

275 Nachweise bei Oechsler, in: MünchKomm-AktG, § 71a Rn. 4.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

jedenfalls mit seinem Absatz 1, wohl beide Zielrichtungen verfolgt, nämlich Umgehungen von § 71 Abs. 1 und 2 AktG zu verhindern und Kapitalschutz im Zusammenhang mit Übernahmen zu gewährleisten.²⁷⁶

- 159 Bezogen auf einen Down-stream-merger könnte man also argumentieren, dass jedenfalls dann gegen § 71a Abs. 1 AktG (analog) verstoßen wird, wenn auf diese Weise letztlich nur der **Erwerb des übernehmenden Rechtsträgers finanziert** wird, indem die beim Erwerbsverhikel vorhandenen Schulden auf die Zielgesellschaft übergehen.²⁷⁷
- 160 Gegen die Anwendung des § 71a AktG auf den Down-stream-merger spricht jedoch, dass es bereits zweifelhaft erscheint, ob eine auf rechtsgeschäftliche Vorgänge gemünzte Norm wie § 71a AktG überhaupt auf Strukturmaßnahmen anwendbar sein kann.²⁷⁸ Vor allem aber enthält das UmwG eigene Minderheits- und Gläubigerschutzvorkehrungen. Dies spricht dafür, die rechtsformspezifischen Regeln, namentlich die Kapitalbindungs- und Vorschriften, zwar auf die aus einer Umwandlungsmaßnahme hervorgegangenen Rechtsträger anzuwenden, den Umwandlungsvorgang selbst aber ausschließlich an den einschlägigen Vorschriften des UmwG, namentlich § 22 UmwG, zu messen. Mit diesem Argument wird denn auch in der Literatur die Anwendung des § 71a AktG auf den Down-stream-merger überwiegend abgelehnt.²⁷⁹

3. Beteiligung Dritter

- 161 Sind an dem übernehmenden Rechtsträger neben dem übertragenden Rechtsträger weitere Anteilseigner beteiligt, kann der Down-stream-merger zu einer vermögensmäßigen Verwässerung der Beteiligungsverhältnisse an dem übernehmenden Rechtsträger führen. Ob und zu wessen Lasten eine solche **Verwässerung** eintritt, hängt ab von dem Vermögen, das durch die Gesamtrechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger übergeht.
- 162 Verfügt der übertragende Rechtsträger neben den Mitgliedschaftsrechten an dem übernehmenden Rechtsträger über **kein weiteres Aktiv- oder Passivvermögen**, so wird auch das Vermögen des übernehmenden Rechtsträgers durch die Verschmelzung nicht berührt. Die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers werden im Wege des Direkt-²⁸⁰erwerbs Anteilseigner des übernehmenden Rechtsträgers, ohne dass sich die relativen Beteiligungsverhältnisse bei dem übernehmenden Rechtsträger ändern. Die Verschmelzung führt nur zu einem Anteilseignerwechsel, Verwässerungseffekte treten nicht ein.
- 163 Verfügt der übertragende Rechtsträger neben den Mitgliedschaftsrechten an dem übernehmenden Rechtsträger über weiteres **Vermögen**, dem in Summe ein **positiver Verkehrswert** zukommt, so hat die verschmelzungsbedingte Gesamtrechtsnachfolge eine Vermögenszuführung bei dem übernehmenden Rechtsträger zur Folge. Wirtschaftlich betrachtet handelt es sich dabei um eine Sacheinlage der Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers in das Vermögen des übernehmenden Rechtsträgers. Die im Rahmen des

²⁷⁶ Hüffer, AktG, § 71a Rn. 3; Oechsler, in: MünchKomm-AktG, § 71a Rn. 4.

²⁷⁷ So Diekmann, in: Semler/Stengel, UmwG, 1. Aufl. 2003, § 68 Rn. § 68 Rn. 15, der – offenbar – versehentlich von § 71c AktG statt von § 71a AktG spricht. Diese Ansicht findet sich allerdings in der 2. Aufl. nicht mehr.

²⁷⁸ Vgl. Fleischer, AG 1996, 494, 505.

²⁷⁹ Fleischer, AG 1996, 494, 505; Oechsler, in: MünchKomm-AktG, § 71a Rn. 21; so wohl auch Becker, DStR 1998, 1429, 1433 f.

²⁸⁰ Siehe Rdn. 146.

Direkterwerbs an die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers ausgekehrten Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger repräsentieren hingegen nur die vor der Verschmelzung schon bestehenden Beteiligungs- und Vermögensverhältnisse beim übernehmenden Rechtsträger (Aktivtausch). Die bloße Auskehrung der Mitgliedschaften am übernehmenden Rechtsträger spiegelt also aus Sicht der Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers nur den Wechsel von mittelbarer zu unmittelbarer Beteiligung am übernehmenden Rechtsträger wider, während der dort eintretende Vermögenszuwachs darin noch keine Berücksichtigung findet. Der Down-stream-merger würde also zu einer Verwässerung des Anteilsbesitzes der neu hinzutretenden Anteilseigner an dem übernehmenden Rechtsträger zu Gunsten der übrigen Anteilseigner führen. Um dem Grundsatz der Wertäquivalenz zu genügen, müssen in diesem Falle bei dem übernehmenden Rechtsträger für das auf ihn übergehende Vermögen verschmelzungsbedingt weitere Mitgliedschaftsrechte an die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers ausgeben werden. Soweit dem übernehmenden Rechtsträger hierfür keine eigenen Anteile zur Verfügung stehen, müssen verschmelzungsbedingt neue Mitgliedschaftsrechte geschaffen, bei übernehmenden Kapitalgesellschaften also eine Kapitalerhöhung durchgeführt werden. Dem stehen die Kapitalerhöhungsverbote nach §§ 54 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, S. 2 Nr. 2, 68 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, S. 2 Nr. 2 nicht entgegen. Denn diese greifen nur, »soweit« der übertragende an dem übernehmenden Rechtsträger beteiligt ist. Dabei ist das »soweit« auf die Zusammensetzung des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers, d.h. also auf dessen Beteiligung an dem übernehmenden Rechtsträger, bezogen. Soweit bei dem übertragenden Rechtsträger weiteres Vermögen vorhanden ist, greifen die Kapitalerhöhungsverbote nicht ein.²⁸¹

Verfügt der übertragende Rechtsträger neben der Mitgliedschaft an dem übernehmenden Rechtsträger über weiteres Vermögen, das einen **negativen Verkehrswert** hat, führt der Down-stream-merger zu einer Verwässerung des Anteilsbesitzes der übrigen an dem übernehmenden Rechtsträger beteiligten Anteilseigner. Hauptanwendungsfall ist insoweit, dass der übertragende Rechtsträger neben der Beteiligung am übernehmenden Rechtsträger Verbindlichkeiten etwa aus dem Erwerb der Beteiligung hat. Mit dem verschmelzungsbedingten Übergang solcher Verbindlichkeiten auf den übernehmenden Rechtsträger wird dessen Vermögen geschmälert, was sich wirtschaftlich entsprechend ihrer Beteiligungsquote auf alle Anteilseigner auswirkt. Wirtschaftlich werden die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers somit besser gestellt, während die übrigen Anteilseigner des übernehmenden Rechtsträgers eine Vermögenseinbuße erleiden. Für diese Fälle ist vorgeschlagen worden, eine Kapitalerhöhungspflicht einzufordern, die dann zu Gunsten der übrigen Anteilseigner des übernehmenden Rechtsträgers einen Ausgleich durch Zuweisung neuer Anteile herbeiführen soll.²⁸² Abgesehen davon, dass sich eine solche Kapitalerhöhungspflicht aus dem UmwG nicht ergibt, steht dieser Lösung auch entgegen, dass das übergehende negative Vermögen im Rahmen der effektiven Kapitalaufbringung keine Kapitalerhöhung unterlegen kann. Tatsächlich würde es sich damit um ein Verbot eines Down-stream-merger in diesen Fällen handeln.

Auszugehen ist vielmehr davon, dass ein **Debt-Push-Down-Merger** umwandlungsrechtlich auch zulässig ist, wenn an dem übernehmenden Rechtsträger weitere Anteilseigner beteiligt sind.²⁸³ Es ist vielmehr die Aufgabe der durch die Verschmelzung wirt-

164

165

281 § 54 Rdn. 21; § 68 Rdn. 18.

282 Mayer, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 5 Rn. 38.

283 Zu allgemeinen Einschränkungen aus dem Gesichtspunkt der Kapitalerhaltung: Rdn. 133 f.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

schaftlich betroffenen Anteilseigner zu entscheiden, ob und in welchem Umfang sie bereit sind, wirtschaftliche Schlechterstellungen hinzunehmen. Materiell-rechtliches Instrument zur Verfolgung dieser Interessen ist die **gesellschafterliche Treuepflicht**. Werden die durch den Debt-Push-Down-Merger benachteiligten Anteilseigner bei der Beschlussfassung über die Zustimmung zur Verschmelzung auf der Ebene des übernehmenden Rechtsträgers überstimmt, wird die positive Stimmabgabe der übrigen Anteilseigner, d.h. insbesondere des übertragenden Rechtsträgers, regelmäßig gegen dessen gesellschafterliche Treuepflicht verstoßen, weil er mit seiner Zustimmung zu dem Verschmelzungsbeschluss einen Sondervorteil für sich (oder einen Dritten) zum Schaden der Gesellschaft und damit mittelbar zum Schaden der übrigen Anteilseigner zu erlangen sucht. Bei einer übernehmenden AG kann die Anfechtungsklage auf § 243 Abs. 2 AktG gestützt werden, der nach heute ganz h.M. als eine Ausprägung einer allgemeinen Treuepflicht anzusehen ist.²⁸⁴ Mit dem Instrument einer bloßen Vernichtbarkeit des Verschmelzungsbeschlusses haben es die beteiligten Anteilseigner in der Hand, einen wirtschaftlichen Ausgleich auf anderem Wege zu finden. Dabei kommt insbesondere in Betracht, dass der übertragende Rechtsträger seine Beteiligung am übernehmenden Rechtsträger nicht im Wege des Direkterwerbs an seine Anteilseigner, sondern im Zuge der Verschmelzung unmittelbar im Wege des § 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG an die Mitgesellschafter auf Ebene des übernehmenden Rechtsträgers überträgt.²⁸⁵

III. Schwesterverschmelzung (Side-step-merger)

- 166 Ob und ggf. in welchem Umfang für eine Schwesterverschmelzung verschmelzungsrechtliche Besonderheiten gelten, wird für den Fall diskutiert, dass sämtliche an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger beteiligungsidentische Anteilinhaber haben.²⁸⁶ Häufigster Fall ist dabei, dass sämtliche übertragenden und der übernehmende Rechtsträger im 100prozentigen Konzernbesitz desselben Anteilseigners sind. Streitig ist insoweit zum einen, ob und ggf. in welchem Umfang dem gemeinsamen Anteilseigner im Zuge der Verschmelzung weitere Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger gewährt werden müssen, und zum anderen für den Fall, dass die erste Frage dem Grunde nach bejaht wird, ob im Falle einer gleichzeitigen Verschmelzung mehrerer Schwestergesellschaften die Anteilsgewährung für alle übertragenden Rechtsträger zusammengefasst werden kann.
- 167 Aus den bereits dargestellten Grundsätzen zur Mitgliedschaftsperpetuierung²⁸⁷ folgt, dass auch im Falle der 100prozentigen Schwesterverschmelzung die untergehende Mitgliedschaft an dem übertragenden Rechtsträger durch die Gewährung weiterer Mitgliedschaftsrechte an dem übernehmenden Rechtsträger perpetuiert werden muss. Als ein Wesensmerkmal der Verschmelzung kann es von diesen Grundsätzen nur Ausnahmen geben, die im Gesetz ihren Niederschlag gefunden haben, weshalb auch ein Verzicht auf die Mitgliedschaftsperpetuierung nur im Rahmen des § 54 Abs. 1 S. 3, § 68 Abs. 1 S. 3 möglich ist. Obwohl eine solche **Anteilsgewährung** aus der Sicht des gemeinsamen Anteilseigners wirtschaftlich nicht erforderlich wäre, ist und bleibt die Struktur des UmwG eindeutig, insbesondere, weil auch der Gesetzgeber eine Sonderregelung für die Schwes-

284 K. Schmidt, in: GK-AktG, § 243 Rn. 51 m.w.N.

285 Dazu auch: Rdn. 107.

286 Für den Fall identischer Anteilsinhaber mit abweichenden Beteiligungsverhältnissen gelten hingegen keine Besonderheiten.

287 Rdn. 78 ff.

terverschmelzung abgelehnt²⁸⁸ und lediglich für übernehmende Rechtsträger in der Rechtsform der GmbH (§ 54 Abs. 1 S. 3) und der AG (§ 68 Abs. 1 S. 3) Verzichtsmöglichkeiten geschaffen hat.²⁸⁹

Eine andere Frage ist, in welchem Umfang bei der Schwesterverschmelzung der Grundsatz der Wertäquivalenz zum Tragen kommt. Eine Schwesterverschmelzung ist immer wertäquivalent, wenn die (identischen) Beteiligungsverhältnisse an dem übertragenden und dem übernehmenden Rechtsträger nicht verschoben werden, die Anteilsgewährung also auf Basis dieser Beteiligungsverhältnisse durchgeführt wird. Hingegen kommt der Verschmelzungswertrelation, d.h. dem Wertverhältnis zwischen dem Vermögen des übertragenden und des übernehmenden Rechtsträgers, keine weitergehende Bedeutung zu. Denn mit der beteiligungsidentischen Anteilsgewährung ist sichergestellt, dass die Anteilseigner vermögensmäßig nicht beeinträchtigt werden. Ihre Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger nach Verschmelzung repräsentieren den gleichen Wert wie die Summe ihrer Anteile an dem übertragenden und dem übernehmenden Rechtsträger vor Verschmelzung. Allerdings kann es dabei wirtschaftlich zu einer rechnerischen Wertverschiebung zwischen den Alt- und den Neuanteilen an dem übernehmenden Rechtsträger kommen, die aber für die Verschmelzung unschädlich ist. 168

Bei der Schwesterverschmelzung folgt aus dem Postulat der Wertäquivalenz also nur, dass die **Anteilsgewährung beteiligungsidentisch** sein muss. Damit wird nur die Relation der den einzelnen Anteilseignern zu gewährenden Anteile, nicht aber die absolute Höhe der Anteilsgewährung, bestimmt. 169

Erfolgt die Anteilsgewährung bei der Schwesterverschmelzung nicht beteiligungsidentisch, müssen die »beeinträchtigten« Anteilseigner der Verschmelzung zustimmen.²⁹⁰ 170

Geht man von dem Grundsatz der Mitgliedschaftsperpetuierung auch für die Schwesterverschmelzung aus, stellt sich die weitere Frage, ob bei der Verschmelzung **mehrerer übertragender Schwestergesellschaften** mehrere Anteile gewährt und ggf. mehrere getrennte Kapitalerhöhungen durchgeführt werden müssen oder ob es zulässig ist, die Vermögen sämtlicher übertragender Rechtsträger zu saldieren. Letzteres hätte zur Folge, dass auch überschuldete Rechtsträger im Rahmen einer Mehrfachverschmelzung verschmolzen werden könnten, selbst wenn eine verschmelzungsbedingte Kapitalerhöhung durchgeführt wird. Allerdings handelt es sich dabei nicht um ein Spezifikum der Schwesterverschmelzung, sondern um eine Frage aus dem Bereich der Mehrfachverschmelzung.²⁹¹ Im Ergebnis ist festzuhalten, dass eine derartige Mehrfachverschmelzung die zur Saldierung der übertragenden Vermögen führt, zulässig ist, wenn und soweit die 171

288 RegBegr. bei *Ganske*, UmwR, S. 54.

289 Zur Diskussion zur Reform des UmwG: OLG Hamm, DB 1988, 1538; BayObLG, DB 1989, 1558; OLG Frankfurt/M., ZIP 1998, 1191; KG, GmbHR 1998, 1230; *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 20 Rn. 62, *Ibrig*, ZHR 160 (1996), 317, 322 ff.; *Kallmeyer*, in: Kallmeyer, UmwG, § 54 Rn. 10; *Lutter*, in: Lutter, UmwG, § 5 Rn. 9; *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 5 Rn. 41; *Petersen*, Der Gläubigerschutz im Umwandlungsrecht, 2001, S. 213 ff.; *Priester*, DNotZ 1995, 427, 441; *Simon*, Der Konzern 2004, 191, 193; für Verzichtbarkeit der Anteilsgewährung allerdings: LG München I, GmbHR 1999, 35; *Winter*, FS Lutter, 2000, S. 1279, 1281 ff. m.w.N.

290 *Kallmeyer*, in: Kallmeyer, UmwG, § 54 Rn. 11; *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 5 Rn. 47 f.; *Stratz*, in: Schmidt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 2 Rn. 22.

291 Hierzu im Einzelnen: Rdn. 180 ff.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

Mehrfachverschmelzung als eine Gesamtverschmelzung und nicht bloß als eine mehrfache Einzelverschmelzung durchgeführt wird.²⁹²

IV. Enkelverschmelzung

- 172 Zu einer Enkelverschmelzung kann es insbesondere in einem mehrstufigen Konzernaufbau kommen, wenn der übernehmende Rechtsträger mittelbar über einen weiteren Rechtsträger Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers ist. Die Tochter der Tochtergesellschaft (Enkelgesellschaft) wird also auf die Muttergesellschaft verschmolzen. Mit dem übertragenden Rechtsträger gehen auch die Mitgliedschaftsrechte der Tochtergesellschaft an der Enkelgesellschaft unter, weshalb wirtschaftlich eine Mitgliedschaftsperpetuierung erforderlich ist, um das Vermögen der Tochtergesellschaft nicht zu schädigen. Sofern die Muttergesellschaft eine GmbH oder AG ist, darf die Tochtergesellschaft grundsätzlich keine Anteile an ihrer Mutter zeichnen (§§ 71d S. 2, 56 Abs. 2 AktG, § 33 GmbHG). Es gibt deshalb Stimmen, die jedenfalls, wenn die Mutter an der Tochter zu 100 Prozent beteiligt ist, die Enkelverschmelzung einer durch einen Treuhänder vermittelten Tochter-Mutter-Verschmelzung (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, 2. Hs. 1. Alt.) gleichstellen und die Enkelverschmelzung sodann ohne Mitgliedschaftsperpetuierung zulassen wollen.²⁹³
- 173 Eine solche Sichtweise berücksichtigt aber die Rechtsformneutralität des allgemeinen Teils des UmwG nicht ausreichend. Auszugehen ist von dem Grundsatz, dass das UmwG für die Enkelverschmelzung keine Ausnahme von der Mitgliedschaftsperpetuierung kennt. Deshalb sind der Tochtergesellschaft grundsätzlich Mitgliedschaftsrechte an dem übernehmenden Rechtsträger für den Untergang seiner Beteiligung an dem übertragenden Rechtsträger zu gewähren. Ob und in welchem Umfang eine solche Mitgliedschaftsperpetuierung möglich ist, hängt insbesondere von der **Rechtsform des übernehmenden Rechtsträgers** ab. Handelt es sich bei dem übernehmenden Rechtsträger um eine Personenhandelsgesellschaft, kann sich eine Tochter(kapital)gesellschaft ohne Weiteres an ihrer Mutterpersonengesellschaft beteiligen.²⁹⁴ Handelt es sich bei dem übernehmenden Rechtsträger um eine Kapitalgesellschaft, ist der Tochtergesellschaft grundsätzlich ein Erwerb von Anteilen an der Muttergesellschaft untersagt (§§ 71d S. 2, 76d S. 2, 56 Abs. 2 AktG, § 33 GmbHG). Wenn und soweit die Muttergesellschaft zulässigerweise eigene Anteile hält, ist auch der Tochtergesellschaft ein Erwerb dieser Anteile gestattet.²⁹⁵ Der übernehmende Rechtsträger kann in diesem Falle die eigenen Anteile an die Tochtergesellschaft als verschmelzungsbedingte Gegenleistung auskehren (§§ 54 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1).
- 174 Von großer praktischer Bedeutung ist auch die spezialgesetzliche **Verzichtsmöglichkeit** nach §§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3. Bei einem übernehmenden Rechtsträger in der Rechtsform der **GmbH** oder **AG** kann die Tochtergesellschaft auf die Gewährung von Anteilen an dem übernehmenden Rechtsträger (Muttergesellschafter) als verschmel-

²⁹² Siehe Rdn. 191, 197 ff.

²⁹³ *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 20 Rn. 60; *Kübler*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 20 Rn. 77; *Marsch-Barner*, in: Kallmeyer, UmwG, § 20 Rn. 30; dagegen: *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 5 Rn. 56.

²⁹⁴ Heute allgemein anerkannt z.B. im Zusammenhang mit der sog. Einheits-GmbH & Co. KG; dazu *Hesselmann/Tillmann*, Handbuch der GmbH & Co. KG, 19. Aufl. 2005, Rn. 131 ff.

²⁹⁵ Für AG: § 71d S. 2 i.V.m. § 71 Abs. 1, Abs. 2 AktG; für GmbH: vgl. *Lutter/Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 33 Rn. 26.

zungsbedingte Gegenleistung verzichten. Umwandlungsrechtlich ist die Enkelverschmelzung in diesem Falle frei gestaltbar.

Wenn und soweit eine Enkelverschmelzung ohne Mitgliedschaftsperpetuierung aus umwandlungsrechtlicher Sicht möglich ist, sind gleichwohl stets die **spezialgesetzlichen Implikationen** zu berücksichtigen. Diese hängen im Wesentlichen von der **Rechtsform der Tochtergesellschaft** ab. Handelt es sich bei dieser um eine Kapitalgesellschaft, sind insbesondere die Grundsätze der Kapitalerhaltung (§ 30 GmbHG, § 57 AktG), der Sorgfaltspflichten der Organe (§§ 93, 116 AktG, § 43 GmbHG) und der verbotenen Nachteilszufügung (§§ 311 ff. AktG) zu beachten. Denn die Enkelverschmelzung ohne Mitgliedschaftsperpetuierung stellt aus Sicht der Tochtergesellschaft eine **verdeckte Vermögensauskehr** dar. Aus steuerlicher Sicht wird in diesen Fällen regelmäßig eine verdeckte Gewinnausschüttung anzunehmen sein. 175

V. Dreiecksverschmelzung (Triangular Merger)

Die Dreiecksverschmelzung (Triangular Merger) ist eine Gestaltung, bei der die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers im Zuge der Verschmelzung keine Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger, sondern an einer dritten Gesellschaft erhalten. Der Triangular Merger ist ein Gestaltungsinstrument insbesondere des US-amerikanischen Gesellschaftsrechts, das im Zusammenhang mit Unternehmenskäufen durch Share Deal eingesetzt wird.²⁹⁶ Dabei erwirbt die Erwerbengesellschaft die Zielgesellschaft nicht direkt, sondern mit Hilfe eines zwischengeschalteten Erwerbs-Vehikels. Dieses Erwerbs-Vehikel ist entweder eine Tochtergesellschaft der Erwerbengesellschaft oder ein beauftragter Dritter, in der Regel eine Tochtergesellschaft einer Investmentbank. Bei dem **Forward Triangular Merger** überträgt die Erwerberin zunächst eigene Anteile auf das Erwerbs-Vehikel. In einem zweiten Schritt wird die Zielgesellschaft auf das Erwerbs-Vehikel verschmolzen, wobei die Anteilseigner der Zielgesellschaft im Zuge der Verschmelzung keine Anteile an dem Erwerbs-Vehikel, sondern die Anteile an der Erwerbengesellschaft erhalten. Im Falle des **Reverse Triangular Merger** wird hingegen das Erwerbs-Vehikel auf die Zielgesellschaft verschmolzen, wobei die Besonderheit besteht, dass dabei die Anteilseigner der Zielgesellschaft eine Abfindung erhalten und zwar in Anteilen der Erwerbengesellschaft. Die Begriffe Vorwärts- und Rückwärts-Verschmelzung leiten sich aus den wirtschaftlichen Kräfteverhältnissen der beteiligten Rechtsträger ab. Bei der Vorwärts-Verschmelzung wird das Target (Zielgesellschaft) auf den Erwerber, bei der Rückwärts-Verschmelzung der Erwerber (bzw. dessen Erwerbsvehikel) auf das Target verschmolzen. Es handelt sich also mehr um ein wirtschaftliches denn ein rechtliches Begriffspaar. 176

Im **wirtschaftlichen Ergebnis** hat der Triangular Merger also zur Folge, dass die Erwerbengesellschaft alle Anteile an der Zielgesellschaft erwirbt, während die früheren Anteilseigner der Zielgesellschaft Anteilseigner der Erwerbengesellschaft werden. Gegenüber einem Share Deal gegen Ausgabe von Anteilen an der Erwerbengesellschaft, d.h. also eine Sacheinlage seitens der Anteilseigner der Zielgesellschaft, hat der Triangular Merger den entscheidenden Vorteil, dass in ihn alle Anteilseigner der Zielgesellschaft auch ohne weiteres Zutun einbezogen werden, wenn die notwendigen Gesellschafter- 177

²⁹⁶ *Gilson/Black*, The Law and Finance of Corporate Acquisitions, 2. Aufl., 1995, S. 641 ff.; *Carry/Eisenberg*, Cases and Materials on Corporations, 6. Aufl., 1988, S. 1150 ff.; *Clark*, Corporate Law, 1986, S. 430 ff.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

beschlüsse mit der erforderlichen Mehrheit gefasst werden. Der Triangular Merger wird deshalb auch von im Inland ansässigen Unternehmen zum Erwerb von US-amerikanischen Gesellschaften mit Streubesitz eingesetzt.²⁹⁷

- 178 Nach **deutschem Umwandlungsrecht** sind solche Dreiecksverschmelzungen nicht zulässig, weil den Anteilseignern des übertragenden Rechtsträgers im Rahmen der Mitgliedschaftsperpetuierung nur Mitgliedschaftsrechte an dem übernehmenden Rechtsträger, nicht aber an einem Dritten gewährt werden dürfen.²⁹⁸ Zulässig ist es aber, im unmittelbaren Anschluss an die Verschmelzung einen Anteilstausch durchzuführen, durch den die neuen Anteilseigner des übernehmenden Rechtsträgers ihre erhaltenen Anteile in Anteile eines Dritten tauschen. Im Gegensatz zum Triangular Merger setzt dies aber wiederum die Zustimmung jedes einzelnen Anteilseigners voraus.
- 179 Offener ist beispielsweise das **österreichische Verschmelzungsrecht**, welches es zulässt, als Gegenleistung im Rahmen der Verschmelzung Aktien der Obergesellschaft zu gewähren²⁹⁹. Denn die Gewährung von Anteilen an dem übernehmenden Rechtsträger ist im österreichischen anders als im deutschen Recht kein Wesensmerkmal der Verschmelzung, was sich aus § 224o öAktG ergibt, der von dem Grundsatz der Mitgliedschaftsperpetuierung weitgehende Abweichungen zulässt. Nach überwiegender Auffassung müssen die Anteile an dem dritten Rechtsträger vor der Verschmelzung auf den übernehmenden Rechtsträger übertragen worden sein, damit sie als verschmelzungsrechtliche Gegenleistung ausgekehrt werden können. In Österreich lässt sich somit auch ein Forward Triangular Merger nach US-amerikanischem Vorbild vollziehen. Auch das **schweizerische Fusionsrecht** kennt eine Dreiecksverschmelzung durch Einsatz einer Abfindung (§§ 8 Abs. 2, 18 Abs. 5 FusionsG).

VI. Mehrfachverschmelzungen

- 180 In der Praxis ist sehr häufig eine Kombination mehrerer Umwandlungsvorgänge anzutreffen. Dies können sowohl mehrere Maßnahmen nach dem UmwG als auch eine Kombination solcher mit sonstigen Strukturmaßnahmen sein. Als letztere sind etwa Einbringungen durch Sachkapitalerhöhung und Anwachsungen oder der Abschluss bzw. die Änderung von Unternehmensverträgen anzutreffen. Auch im Nachgang von Squeeze Outs nach §§ 327a ff. AktG werden häufig weitere Umstrukturierungen durchgeführt. Das Zusammentreffen mehrerer Umwandlungsmaßnahmen lässt sich in **Mehrfachumwandlungen** und **Kettenumwandlungen unterscheiden**. Dabei zeichnen sich Mehrfachumwandlungen dadurch aus, dass mehrere gleichartige Umwandlungsvorgänge parallel erfolgen, so etwa, wenn mehrere übertragende Rechtsträger gleichzeitig auf einen übernehmenden Rechtsträger verschmolzen werden. Demgegenüber sind Kettenumwandlung dadurch gekennzeichnet, dass mehrere gleichartige oder auch artverschiedene Umwandlungsvorgänge nacheinander und in einer festgelegten Reihenfolge vorgenommen werden.³⁰⁰

297 Bspw. war der Triangular Merger ein Element in der Zusammenführung von DaimlerBenz AG und Chrysler Corp. zur DaimlerChrysler AG; oder auch bei dem Erwerb der GENUS Inc. durch die Aixtron AG.

298 *Baums*, FS Zöllner I, 1998, S. 65, 71 f.

299 Statt aller: *Kalss*, Verschmelzung Spaltung Umwandlung, 1997, § 224 Rn. 2 m.w.N.

300 Zu Mehrfachverschmelzungen: *Simon*, in: Heckschen/Simon, § 5 Rn. 10 ff.; zu Kettenumwandlungen im Einzelnen: Rdn. 205 ff.

Eine grundsätzliche Weichenstellung für Mehrfachverschmelzungen ist die Frage, ob die einzelnen Verschmelzungen in rechtlicher Abhängigkeit voneinander stehen oder auch isoliert voneinander wirksam werden können. Werden etwa die A-AG und B-AG auf die C-AG verschmolzen, muss im Vorhinein festgelegt werden, ob eine der Verschmelzungen auch wirksam werden soll, wenn die andere, etwa aufgrund einer Anfechtungsklage, nicht oder nicht rechtzeitig wirksam werden kann. Eine Mehrfachverschmelzung, bei der die einzelnen Verschmelzungen nur als Einheit gewollt sind, wird hier als **Gesamtverschmelzung** bezeichnet. Ist hingegen gewollt, dass die einzelnen Verschmelzungen auch dann isoliert wirksam werden, wenn eine oder mehrere von ihnen nicht oder nur verspätet wirksam werden können, wird dies als **mehrfache Einzelverschmelzung** bezeichnet. 181

Erklärtes Ziel des UmwG 1994 war es, auch die rechtlichen Rahmenbedingungen für Mehrfachumwandlungen zu verbessern.³⁰¹ In vereinzelt Fällen war eine Mehrfachumwandlung schon nach altem Recht möglich. So erlaubte etwa § 339 Abs. 1 Nr. 1 AktG a.F., mehrere übertragende Rechtsträger in einem einheitlichen Vorgang auf eine AG zu verschmelzen. Für Rechtsträger anderer Rechtsform gab es entsprechende Regelungen nicht, weshalb Mehrfachverschmelzungen nur durch den Abschluss einzelner zweiseitiger Verschmelzungsverträge zwischen den jeweiligen übertragenden und übernehmenden Rechtsträgern möglich waren, die in der Praxis dann über aufschiebende Bedingungen miteinander verknüpft wurden. 182

In § 2 sieht das UmwG 1994 die Mehrfachverschmelzung ausdrücklich vor.³⁰² Dementsprechend nehmen auch die Regelungen zum Verschmelzungsvertrag (§ 5 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 6) und zur Registereintragung (§ 19 Abs. 1 S. 1) die Mehrfachverschmelzung in Bezug. Keine Aussage enthält das UmwG allerdings dazu, ob es insoweit von einer Gesamtverschmelzung oder einer mehrfachen Einzelverschmelzung³⁰³ ausgeht und unter welchen Voraussetzungen ggf. die eine oder die andere Gestaltung anzunehmen ist. Es stellt sich deshalb die Frage, ob eine mehrfache Einzelverschmelzung überhaupt **zulässig** oder Mehrfachverschmelzungen nicht zwingend als Gesamtverschmelzung durchzuführen sind. Die Gesetzesbegründung zu § 126 scheint tatsächlich derartiges anzudeuten, wenn es dort heißt, dass im Falle der Mehrfachverschmelzung oder der Mehrfachspaltung auf mehrere übernehmende Rechtsträger zwingend ein einheitlicher Umwandlungsvertrag aller Beteiligten zu verlangen sei.³⁰⁴ Dies deutet auf eine Pflicht zur Gesamtverschmelzung hin. Demgegenüber sah das OLG Frankfurt/Main³⁰⁵ bei einer Mehrfachverschmelzung von Schwestergesellschaften die Notwendigkeit für jeden übertragenen Rechtsträger eine gesonderte Anteilsgewährung vorzusehen, was dafür spräche, dass eine Gesamtverschmelzung unzulässig ist und eine Mehrfachverschmelzung nur als mehrfache Einzelverschmelzung durchgeführt werden kann.³⁰⁶ 183

Es ist aber zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit dem neuen UmwG die Gestaltungsfreiheit für Mehrfachumwandlungen erweitern und nicht einengen wollte. Da be- 184

301 Mayer, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 5 Rn. 56.8 ff.

302 In § 123 ist entsprechend die Mehrfachspaltung eröffnet; dazu: § 123 Rdn. 2.

303 Zur Begrifflichkeit: Rdn. 194.

304 RegBegr. bei Ganske, UmwR, S. 154.

305 OLG Frankfurt/Main, DB 1998, 917.

306 Mayer (DB 1998, 913) zieht aus dieser Entscheidung sogar den Schluss, dass damit wegen § 5 Abs. 2 GmbHG auch getrennte Kapitalerhöhungen notwendig würden (dagegen: Rdn. 190).

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

reits nach altem Recht sowohl mehrfache Einzelverschmelzungen als auch durch Vereinbarung entsprechender Bedingungen im Verschmelzungsvertrag Gesamtverschmelzungen möglich waren, steht den Beteiligten auch nach dem neuen UmwG eine entsprechende Wahlfreiheit zur Verfügung. Es ist daher von dem Willen der Beteiligten und den von ihnen vorgenommenen Gestaltungen abhängig, ob eine Mehrfachverschmelzung als Gesamtverschmelzung oder als mehrfache Einzelverschmelzung durchgeführt wird.³⁰⁷ Die Gesetzesbegründung zu § 126 wird man im Ergebnis wohl nur so verstehen können, dass sie nicht die Rechtsfolge einer jeden Mehrfachumwandlung (mit dem Erfordernis eines einheitlichen Umwandlungsvertrages) beschreibt, sondern den einheitlichen Umwandlungsvertrag als Voraussetzung einer Gesamtverschmelzung bzw. Gesamtsplattung festhält. Da es für die Annahme einer Gesamtverschmelzung oder einer mehrfachen Einzelverschmelzung maßgeblich auf den Willen der Parteien ankommt, müssen diese auch entsprechende **gestalterische Maßnahmen** ergreifen, um die Mehrfachverschmelzung in der einen oder anderen Weise umzusetzen. Maßgebliche Stellgrößen sind hierbei der **Verschmelzungsvertrag**, der **Verschmelzungsbericht**, die **Verschmelzungsprüfung**, die **Zustimmungsbeschlüsse** der Anteilseigner, die Anteilsgewährung mit einer Kapitalerhöhung und schließlich die **Registereintragung**.

1. Gesamtverschmelzung

- 185 a) **Verschmelzungsvertrag.** Eine Gesamtverschmelzung lässt sich regelmäßig bereits dadurch sicherstellen, dass die einzelnen Verschmelzungen in einem **einheitlichen Verschmelzungsvertrag** vereinbart werden. Denn nach § 19 Abs. 1 S. 1 UmwG kann die Verschmelzung in das Register des übernehmenden Rechtsträgers, wodurch die Verschmelzung wirksam wird (§ 20 Abs. 1), erst eingetragen werden, wenn sie in das Register jedes der übertragenden Rechtsträger eingetragen worden ist. Verzögert sich also die Registereintragung bei einem der übertragenden Rechtsträger oder fällt sie gänzlich aus, so sind damit auch alle übrigen Verschmelzungen blockiert bzw. verhindert.³⁰⁸
- 186 Lässt sich eine Gesamtverschmelzung durch einen einheitlichen Verschmelzungsvertrag sicherstellen, bleibt die Frage, ob eine solche Verknüpfung auch bei Abschluss **mehrerer Verschmelzungsverträge** erreicht werden kann. Ausweislich der Regierungsbegründung zu § 126 soll dies wohl ausgeschlossen sein³⁰⁹, was mit dem Informationsbedürfnis der Anteilseigner über den gesamten Umwandlungsvorgang und mit dem Bedürfnis einer einheitlichen Umtauschrelation begründet wird. Jedoch können diese Argumente im Ergebnis nicht überzeugen. Immerhin steht für die Informationsbedürfnisse der Anteilseigner der bei jeder Mehrfachverschmelzung ohnehin erweiterte Verschmelzungsbericht zur Verfügung³¹⁰, während der Verschmelzungsvertrag selbst nicht primär Informationsfunktion hat. Die Umtauschrelation ihrerseits bleibt unbeeinflusst von der Frage,

307 Im Ergebnis ebenso: DNotI, Gutachten zum Umwandlungsrecht 1996/97, Gutachten Nr. 6, 37, 42; *Baums*, FS Zöllner I, 1998, S. 65, 85; *Marsch-Barner*, in: Kallmeyer, UmwG, § 2 Rn. 4; *Vossius*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 20 Rn. 15; allerdings geht *Vossius* offenbar davon aus, dass nach dem UmwG regelmäßig eine mehrfache Einzelverschmelzung vorliegt, wobei er aber die Voreintragungsverpflichtung nach § 19 Abs. 1 S. 1 nicht diskutiert (hierzu: Rdn. 185 und 194).

308 Demgegenüber lehnt *Vossius* (in: Widmann/Mayer, UmwG, § 20 Rn. 15) eine solche »Infektionswirkung« bei einer Mehrfachverschmelzung ab, ohne allerdings auf den insoweit eindeutigen Wortlaut des § 19 Abs. 1 S. 1 UmwG einzugehen.

309 Hierzu im Einzelnen: Rdn. 183 f.

310 Zum Informationsumfang bei Mehrfachverschmelzung: Rdn. 189, 195.

ob ein einheitlicher oder mehrere getrennte Verschmelzungsverträge abgeschlossen werden, denn sie wird auch bei Mehrfachverschmelzungen aus den Unternehmenswerten und Kapitalien vor Verschmelzung errechnet.³¹¹ Im Ergebnis bestehen deshalb keine Bedenken, eine Gesamtverschmelzung mit der Rechtsfolge des § 19 Abs. 1 S. 1 auch dann anzunehmen, wenn die Parteien mehrere einzelne Verschmelzungsverträge geschlossen haben, solange ihr Wille zur Gesamtverschmelzung durch die Vereinbarung entsprechender Bedingungen zum Ausdruck gekommen ist.

Unter **Kostengesichtspunkten** ist aber ein einheitlicher Verschmelzungsvertrag regelmäßig vorzuziehen. Denn bei Abschluss eines einheitlichen Verschmelzungsvertrages ist der Geschäftswert für die Bemessung der Beurkundungskosten nach § 39 Abs. 4 KostO, für den das übertragene Aktivvermögen maßgeblich ist, insgesamt auf den Höchstwert von 5 Mio. € begrenzt.³¹² Demgegenüber sind getrennte Verschmelzungsverträge gegenstandsverschieden mit der Folge, dass die Höchstwertgrenze mehrfach zur Anwendung kommt. 187

Zwingend ist ein einheitlicher Verschmelzungsvertrag allerdings bei der Verschmelzung durch Neugründung, weil an der Neugründung des übernehmenden Rechtsträgers nur die Parteien des Verschmelzungsvertrages beteiligt sein können.³¹³ 188

b) Verschmelzungsbericht. Im Falle einer Gesamtverschmelzung muss der nach § 8 anzufertigende Verschmelzungsbericht, wie auch der ggf. nach § 12 erforderliche Verschmelzungsprüfungsbericht, über die unternehmerischen, rechtlichen und steuerlichen Umstände berichten, die für **sämtliche** an der Gesamtverschmelzung **beteiligten Rechtsträger** maßgeblich sind.³¹⁴ Nicht ausreichend wäre es also, isolierte Verschmelzungsberichte nur jeweils bezogen auf den einzelnen übertragenden Rechtsträger und den übernehmenden Rechtsträger zu erstellen. Denn die Anteilseigner jedes Rechtsträgers müssen auch über die für die Verschmelzung der übrigen Rechtsträger maßgeblichen Umstände informiert werden. Nur wenn all diese Informationen offengelegt sind, hat der einzelne Anteilseigner eine ausreichende Entscheidungsgrundlage, um seine Stimmabgabe im Rahmen des Zustimmungsbeschlusses nach § 13 vorzubereiten. 189

c) Verschmelzungsbedingte Kapitalerhöhung. Wird in Ausfüllung des Grundsatzes der Mitgliedschaftsperpetuierung eine verschmelzungsbedingte Kapitalerhöhung durchgeführt³¹⁵, stehen dem übernehmenden Rechtsträger bei einer Gesamtverschmelzung zwei Wege offen. Er kann im Rahmen einer **einheitlichen Kapitalerhöhung** sämtliche für die Ausgabe an die Anteilseigner der übertragenden Rechtsträger erforderlichen Anteile schaffen. Alternativ können bei dem übernehmenden Rechtsträger auch **gesonderte Kapitalerhöhungen** für jeden einzelnen übertragenden Rechtsträger durchgeführt werden. Allerdings ist dann vor dem Hintergrund der Gesamtverschmelzung und wegen § 19 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 53 bzw. § 66 erforderlich, dass die Kapitalerhöhungen bzw. ihre Durchführung vor der Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister des übernehmenden Rechtsträgers bereits voreingetragen sind. 190

311 Hierzu: § 5 Rdn. 8 ff., 40.

312 Bay. Notarkasse, Streifzug durch die KostO, Rn. 548.

313 Marsch-Barner, in: Kallmeyer, UmwG, § 2 Rn. 6.

314 Baums, FS Zöllner I, S. 65, 86; Marsch-Barner, in: Kallmeyer, UmwG, § 2 Rn. 4.

315 Hierzu im Einzelnen: Rdn. 78 ff.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

- 191 Sind **Anteilseigner an mehreren übertragenden Rechtsträgern beteiligt**, stellt sich die Frage, ob diesen auf Ebene des übernehmenden Rechtsträgers als verschmelzungsbedingte Gegenleistung ein einheitlicher Anteil gewährt werden darf oder zwingend getrennte Anteile zu gewähren sind. Das OLG Frankfurt³¹⁶ will aus § 46 Abs. 1 S. 1 für diesen Fall ein Verbot der Gewährung eines einheitlichen Anteils ableiten. Dem ist mit der ganz h.M. in der Literatur nicht zu folgen; vielmehr steht es dem übernehmenden Rechtsträger frei, als verschmelzungsbedingte Gegenleistung einen einheitlichen Geschäftsanteil zu gewähren.³¹⁷
- 192 Die Frage, ob eine einheitliche oder getrennte Kapitalerhöhung bei dem übernehmenden Rechtsträger durchgeführt wird, hat insbesondere auch Bedeutung für die **Kapitalaufbringung**. Im Falle einer einheitlichen Kapitalerhöhung sind die Vermögen der übertragenden Rechtsträger für Zwecke der Kapitalaufbringungsprüfung zu saldieren. Demgegenüber ist bei getrennten Kapitalerhöhungen die Kapitalaufbringung auch getrennt für die jeweiligen Vermögen der einzelnen übertragenden Rechtsträger zu betrachten.³¹⁸
- 193 **d) Handelsregistereintragung.** Das Verfahren der Handelsregistereintragung ist neben der Ausgestaltung des Verschmelzungsvertrages das wichtigste Instrument zur Steuerung einer Mehrfachverschmelzung. Werden mehrere Verschmelzungen in der Anmeldung zum Handelsregister des übernehmenden Rechtsträgers zusammengefasst, handelt es sich wegen § 19 Abs. 1 Satz 1 um eine Gesamtverschmelzung. Die Verschmelzungen können in das Handelsregister des übernehmenden Rechtsträgers³¹⁹ erst eingetragen werden, wenn sie in die Handelsregister jedes des übertragenden Rechtsträgers eingetragen worden sind. Verzögert sich die Handelsregistereintragung bei einem dieser übertragenden Rechtsträger oder fällt sie gänzlich aus, sind damit alle übrigen Verschmelzungen blockiert bzw. verhindert.

2. Mehrfache Einzelverschmelzung

- 194 Sollen mehrere übertragende Rechtsträger in einem wirtschaftlichen Zusammenhang auf einen übernehmenden Rechtsträger verschmolzen werden, wird gleichwohl nicht selten ein Interesse daran bestehen, keine Gesamtverschmelzung, sondern eine mehrfache Einzelverschmelzung durchzuführen. Mit der mehrfachen Einzelverschmelzung wird sichergestellt, dass die Verschmelzungen auch dann umgesetzt werden können, wenn einzelne Verschmelzungsvorgänge sich verzögern oder gänzlich ausfallen. Dies ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn aufgrund von Beschlussmängelklagen (insbesondere Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklagen) einzelner Anteilseigner der übertragenden Rechtsträger die Gefahr von Verzögerungen im Verschmelzungsprozess drohen. Es bedarf dann verschiedener gestalterischer Maßnahmen, um eine **Infektionswirkung zu vermeiden**.
- 195 **a) Verschmelzungsvertrag.** Im Falle einer mehrfachen Einzelverschmelzung ist es erforderlich, die einzelnen Verschmelzungen bereits in **getrennten Verschmelzungsverträgen** zu vereinbaren, um deren rechtliche Selbstständigkeit zweifelsfrei zu dokumen-

316 OLG Frankfurt/M., DB 1998, 917.

317 Dazu im Einzelnen: § 46 Rdn. 11 f.

318 Im Einzelnen: *Simon*, in: Heckschen/Simon, Umwandlungsrecht, § 5 Rn. 54 ff.

319 Wodurch die Verschmelzungen nach § 20 Abs. 1 wirksam werden.

tieren.³²⁰ Denn die Zusammenfassung mehrerer Verschmelzungen in einem einheitlichen Verschmelzungsvertrag führt bereits wegen des Gebots der Voreintragung nach § 19 Abs. 1 S. 1 grundsätzlich dazu, dass die einzelnen Verschmelzungen zu einer rechtlich konnexen Gesamtverschmelzung verbunden werden.

b) Verschmelzungsbericht. Mehrfache Einzelverschmelzungen zeichnen sich dadurch aus, dass zwar getrennte Verschmelzungsvorgänge vorliegen, ihnen aber ein wirtschaftliches und unternehmerisches Gesamtkonzept zu Grunde liegt.³²¹ Deshalb müssen die rechtlichen, wirtschaftlichen und steuerlichen Bedingungen der Gesamtmaßnahme unter Einbeziehung aller übertragenden Rechtsträger in einem einheitlichen Bericht dargestellt werden. Nur so ist sichergestellt, dass die Anteilseigner der einzelnen beteiligten Rechtsträger sowohl über die **gesamte Maßnahme** als auch über die rechtlich und wirtschaftlich erheblichen Umstände der einzelnen beteiligten Rechtsträger hinreichend informiert werden. Dabei sollte im Verschmelzungsbericht ausdrücklich klar gestellt werden, dass die einzelnen Verschmelzungen auch isoliert voneinander wirksam werden sollen, wenn einzelne Schritte sich verzögern oder gänzlich ausfallen.

Eine ggf. erforderliche Verschmelzungsprüfung nach §§ 9 ff. kann entweder für sämtliche Verschmelzungen gemeinsam oder isoliert für jede Verschmelzung durchgeführt werden. Dies folgt aus § 10 Abs. 1 S. 2. Einer getrennten Verschmelzungsprüfung stünde auch nicht entgegen, dass der Verschmelzungsbericht alle erheblichen Umstände sämtlicher beteiligter Rechtsträger darstellen muss. Denn Gegenstand der Verschmelzungsprüfung ist nach § 9 Abs. 1 nicht der Verschmelzungsbericht, sondern ausschließlich der Verschmelzungsvertrag.³²²

c) Verschmelzungsbedingte Kapitalerhöhung. Ist in Ausfüllung der Mitgliedschaftsperpetuierung eine verschmelzungsbedingte Kapitalerhöhung durchzuführen³²³, bedarf diese im Falle der mehrfachen Einzelverschmelzung erhöhter Aufmerksamkeit. Um sicherzustellen, dass die einzelnen Verschmelzungen auch getrennt voneinander wirksam werden können, ist es – ganz im Gegensatz zur Gesamtverschmelzung³²⁴ – erforderlich, auf Ebene des übernehmenden Rechtsträgers für jeden übertragenden Rechtsträger **getrennte Kapitalerhöhungen** zu beschließen. Eine einheitliche verschmelzungsbedingte Kapitalerhöhung hätte demgegenüber zur Folge, dass die einzelnen Verschmelzungen nur gemeinsam wirksam werden könnten, sich also die Verzögerungen oder der Ausfall einer einzelnen Verschmelzung auf alle anderen Verschmelzungen auswirkt. Denn die Kapitalerhöhung bzw. die Durchführung der Kapitalerhöhung kann erst mit dem Wirksamwerden der Verschmelzung durch Handelsregistereintragung ihrerseits wirksam werden. Die verschmelzungsbedingte Kapitalerhöhung und die Verschmelzung sind konditional voneinander abhängig.³²⁵ Die einheitliche verschmelzungsbedingte Kapitalerhöhung würde damit erst wirksam, wenn sämtliche Verschmelzungen durch Handelsregistereintragung bei dem übernehmenden Rechtsträger wirksam geworden sind.

320 Zur Möglichkeit von Entstrickungsklauseln bei einheitlichen Verschmelzungsvertrag: *Simon*, in: Heckschen/Simon, Umwandlungsrecht, § 5 Rn. 62.

321 Dazu bereits Rdn. 194.

322 Dazu im Einzelnen: § 9 Rdn. 10 ff.

323 Dazu: Rdn. 78 ff.

324 Zur verschmelzungsbedingten Kapitalerhöhung bei einer Gesamtverschmelzung: Rdn. 190 ff.

325 Dazu im Einzelnen: § 55 Rdn. 5 ff.; § 66 Rdn. 5 f.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

- 199 Führt der übernehmende Rechtsträger mehrere getrennte verschmelzungsbedingte Kapitalerhöhungen durch, besteht gleichwohl das **Risiko**, dass im Rahmen der mehrfachen Einzelverschmelzung eine **Konnexität** der einzelnen Verschmelzungen eintritt, die das isolierte Wirksamwerden der einzelnen Vorgänge verhindern kann. Es entspricht der dauernden Praxis, für jeden Kapitalerhöhungsbeschluss als Bezugsgröße das **Ausgangskapital**, den Erhöhungsbetrag und den Endbetrag des Kapitals nach Kapitalerhöhung anzugeben.³²⁶ Daraus ergäbe sich die Notwendigkeit bei mehreren Kapitalerhöhungen, deren Reihenfolge bereits durch die Beschlussanordnung zwingend festlegen zu müssen. Im Ergebnis führte damit die Verzögerung oder der Ausfall einer der vorgeschalteten Kapitalerhöhungen auch zu Verzögerungen bzw. zum Ausfall aller weiteren Kapitalerhöhungen, weil die jeweilige Ausgangsgröße der Kapitalerhöhungen nicht vorhanden ist. Das isolierte Wirksamwerden der einzelnen verschmelzungsbedingten Kapitalerhöhungen wäre damit nicht mehr sichergestellt.
- 200 Allerdings ist die Angabe eines Ausgangskapitals im Kapitalerhöhungsbeschluss nicht zwingend. Denn nach § 55 GmbHG, § 182 AktG muss der Erhöhungsbeschluss nur den Erhöhungsbetrag, nicht aber die Ausgangs- und Endgröße des Kapitals nennen. Es ist daher ausreichend, wenn diese Angaben erst in der Handelsregisteranmeldung zum Kapitalerhöhungsbeschluss gemacht werden.
- 201 Alternativ können die verschmelzungsbedingten Kapitalerhöhungsbeschlüsse bei dem übernehmenden Rechtsträger auch erst gefasst werden, wenn feststeht, welche einzelnen Verschmelzungsvorgänge mit Sicherheit und welche nur unter Vorbehalt wirksam werden. Die Reihenfolge der Kapitalerhöhungsbeschlüsse kann dann entsprechend ausgestaltet werden. Da auf Ebene des übernehmenden Rechtsträgers die 8-Monatsfrist des § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG nicht eingreift³²⁷, sind die Handelsregisteranmeldungen der verschmelzungsbedingten Kapitalerhöhungen bei dem übernehmenden Rechtsträger auch nicht fristgebunden.
- 202 Bei einem übernehmenden Rechtsträger in der Rechtsform der AG können die verschmelzungsbedingten Kapitalerhöhungen auch durch bedingtes oder genehmigtes Kapital durchgeführt werden. Denn für diese beiden Formen der Kapitalerhöhung ist die Angabe einer Ausgangsgröße (Grundkapital vor Kapitalerhöhung) gerade nicht erforderlich.
- 203 Soll gleichwohl im Rahmen einer mehrfachen Einzelverschmelzung eine **einheitliche verschmelzungsbedingte Kapitalerhöhung** durchgeführt werden, müsste diese nicht mit einem festen Kapitalerhöhungsbetrag, sondern als Kapitalerhöhung mit Höchstbetrag beschlossen werden. Denn es ist ausreichend, dass der endgültige Kapitalerhöhungsbetrag erst im Zeitpunkt der Handelsregisteranmeldung bei dem übernehmenden Rechtsträger feststeht.³²⁸ Die Handelsregisteranmeldung der verschmelzungsbedingten Kapitalerhöhung und der Verschmelzung bei dem übernehmenden Rechtsträger kann dann solange hinausgezögert werden, bis feststeht, welche einzelnen Verschmelzungen tatsächlich wirksam werden können.³²⁹ In der Handelsregisteranmeldung wird dann der endgültige Betrag der benötigten Kapitalerhöhung festgelegt. Dem steht auch nicht

326 Hierzu: *Zimmermann*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 55 Rn. 8.

327 Dazu: § 17 Rdn. 37 ff.

328 Statt aller: *Hüffer*, AktG, § 182 Rn. 12 (für die AG); *Priester*, in: Scholz, GmbHG, § 55 Rn. 20 (für die GmbH).

329 BayObLG, GmbHR 1999, 295; LG Frankfurt/M., GmbHR 1996, 542.

die 8-Monatsfrist nach § 17 Abs. 2 Satz 4 entgegen, da diese nicht für die Handelsregisteranmeldung bei dem übernehmenden Rechtsträger gilt.³³⁰

d) Handelsregistereintragung. Eine mehrfache Einzelverschmelzung setzt voraus, dass die Verschmelzungen bei dem übernehmenden Rechtsträger in **getrennten Handelsregisteranmeldungen** angemeldet werden. In diesem Falle greift das Gebot, die Verschmelzungen bei sämtlichen übertragenden Rechtsträgern voreinzutragen, nicht ein. Damit können die einzelnen Verschmelzungen unabhängig voneinander in das Handelsregister des übernehmenden Rechtsträgers eingetragen werden. 204

VII. Kettenumwandlungen

Im Gegensatz zur Mehrfachumwandlung³³¹ zeichnet sich die Kettenumwandlung dadurch aus, dass bei ihr mehrere **Umwandlungsvorgänge**, und ggf. auch andere Strukturveränderungen wie Kapitalmaßnahmen, **zeitlich aufeinander folgen**. Häufig werden die einzelnen Umwandlungsvorgänge am gleichen Tage in das Handelsregister eingetragen, weshalb zwischen den Umwandlungsschritten dann nur eine »juristische Sekunde« liegt. Die zeitliche Abfolge, in der die einzelnen Umwandlungen gesellschaftsrechtlich wirksam werden, wird also durch die Reihenfolge der einzelnen Handelsregistereintragungen bestimmt. Die Eintragsreihenfolge ist damit auch ein maßgebliches Gestaltungselement für die Kettenumwandlung. 205

Kettenumwandlungen sind mit spezifischen Fragestellungen verbunden; dies betrifft in erster Linie das auf die einzelnen Strukturmaßnahmen **anwendbare Recht**, den Einfluss der **Anteilseignerstruktur** auf die Umwandlungsbeschlüsse und die Frage, wie die einzelnen **Umwandlungstichtage** gesellschaftsrechtlich, handelsbilanziell und steuerlich zu koordinieren sind. 206

1. Anwendbares Recht

Nicht selten stellt sich bei Kettenumwandlungen die Frage, welches Recht auf die einzelnen, d.h. insbesondere die **nachgeschalteten Umwandlungsvorgänge** Anwendung findet. Dies kann problematisch werden, wenn einzelne Umwandlungen zu einem Zeitpunkt formell vorbereitet und beschlossen werden, zu denen auf den fraglichen Rechtsträger noch ein Recht anwendbar ist, das im Zeitpunkt des Wirksamwerdens dieser Umwandlung- oder Strukturmaßnahme nicht mehr einschlägig ist. Solche Konstellationen ergeben sich regelmäßig bei rechtsformübergreifenden Verschmelzungen oder Spaltungen und bei Kettenumwandlungen in Kombination mit Formwechseln. 207

Die Frage nach dem anwendbaren Rechts bei Kettenumwandlungen wird in der bisherigen Literatur für den Fall der Kombination von Formwechseln mit Kapitalmaßnahmen diskutiert. Dabei wird allgemein davon ausgegangen, dass auf eine nachgelagerte Maßnahme (Kapitalerhöhung), die nicht von der vorgelagerten Umwandlung (Formwechsel) abhängig ist, grundsätzlich das Recht Anwendung findet, welches im Zeitpunkt der – späteren – Handelsregistereintragung für den Verband maßgeblich ist.³³² 208

³³⁰ Dazu: § 17 Rdn. 37 ff.

³³¹ Dazu: Rdn. 180 ff.

³³² Hierzu: *K. Schmidt*, AG 1985, 150; *Mertens*, AG 1995, 561; *Zöllner*, in: KK-AktG § 369 Rn. 57; *Happ*, in: Lutter, UmwG § 243 Rn. 47.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

- 209 Daraus lässt sich der Grundsatz ableiten, dass auf die nachgelagerte Umwandlung das materielle Recht anwendbar ist, das für diese Maßnahme im Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens maßgeblich ist. Für die Bestimmung des anwendbaren Rechts ist damit regelmäßig auf den **Zeitpunkt der Handelsregistereintragung** abzustellen, durch welche die in Rede stehende Maßnahme wirksam wird. Im Ergebnis heißt dies, dass nachgelagerte Umwandlungen bereits im Vorgriff auf das Recht des Zielrechtsträgers, d.h. nach Umsetzung der vorgelagerten Umwandlung, gestaltet und vorbereitet werden müssen.
- 210 Ein solcher Vorgriff auf die Vorschriften des Zielrechtsträgers ist aber nur dann zulässig, wenn tatsächlich sichergestellt ist, dass die vorgelagerte Umwandlung vor der nachgelagerten Maßnahme wirksam wird. Die der Kettenumwandlung zu Grunde gelegte zeitliche Abfolge des gesellschaftsrechtlichen Wirksamwerdens der einzelnen Maßnahmen muss auch tatsächlich eingehalten sein. Dabei ist es unerheblich, ob dies durch die Vereinbarung entsprechender aufschiebender Bedingungen³³³ oder durch eine tatsächliche Steuerung der Handelsregistereintragungen erfolgt.
- 211 Die vorstehend genannten Grundsätze gelten aber **nur für** solche Vorschriften, die **materiell-rechtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen** für das Wirksamwerden der nachgelagerten Umwandlungsmaßnahme sind. Dies betrifft insbesondere die materiellen Regelungen bezüglich des Vermögensübergangs, der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages bei dem übernehmenden Rechtsträger und die zu gewährende Gegenleistung. Ein Vorgriff auf das Recht des Zielrechtsträgers ist hingegen nicht zulässig für die Formvorschriften der Beschlussfassung und für die Frage der stimmberechtigten Anteilseigner. Insofern ist stets auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Beschlussfassung abzustellen.

2. Umwandlungsbeschlüsse

- 212 Auf Umwandlungsbeschlüsse ist grundsätzlich das Recht im Zeitpunkt der Beschlussfassung anwendbar. Dies betrifft alle Vorschriften für die **Vorbereitung und Durchführung des Beschlusses**. Soll also beispielsweise die A-AG in eine GmbH formgewechselt und anschließend die B-AG auf A-GmbH verschmolzen werden und wird der Verschmelzungsbeschluss bei A vor dem Wirksamwerden des Formwechsel gefasst – etwa in derselben Hauptversammlung wie der Formwechselbeschluss – so richtet sich der Verschmelzungsbeschluss nach den §§ 60 ff., soweit dort Regelungen für die Vorbereitung und Durchführung der Beschlussfassung enthalten sind. Deshalb ist ein Verschmelzungsbericht und eine Verschmelzungsprüfung obligatorisch (§ 60 Abs. 1 UmwG). Demgegenüber sind die Handelsregistereinreichung nach § 61 UmwG und mögliche Sonderbeschlüsse nach § 65 Abs. 2 UmwG keine Formvorschriften der Beschlussfassung sondern materiell-rechtliche Eintragungsvoraussetzungen³³⁴. Wird die Verschmelzung erst nach dem Formwechsel in das Handelsregister eingetragen, sind § 61 und § 65 Abs. 2 UmwG bei der Beschlussfassung nicht zu berücksichtigen, weil nicht mehr anwendbar.
- 213 Auch für die Frage, **welche Anteilseigner** im Falle einer Kettenumwandlung **stimm-berechtigt** sind, ist auf den Zeitpunkt der jeweiligen Beschlussfassung abzustellen.³³⁵ Die im Rahmen einer vorgelagerten Umwandlung hinzutretenden Anteilseigner sind

333 Zu bedingten Beschlüssen bei Kettenumwandlungen: Rdn. 215.

334 Hierzu: § 19 Rdn. 3 ff.; *Zimmermann*, in: Kallmeyer, UmwG, § 19 Rn. 5.

335 *Zimmermann*, in: Kallmeyer, UmwG, § 13 Rn. 4; *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 65 Rn. 3; *Heckschen*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 13 UmwG, Rn. 68; *Simon*, in: Heckschen/Simon, § 5 Rn. 127 f.; a.A. *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 5 Tz. 235.6.

also zu der nachgelagerten Umwandlung nur stimmberechtigt, wenn deren Beschlüsse gefasst werden, nachdem die vorgelagerte Umwandlung wirksam geworden ist.

Allerdings ist in diesen Fällen im Rahmen der Beschlussfassung auf die **berechtigten Interessen der hinzutretenden Anteilseigner** regelmäßig Rücksicht zu nehmen. Ob und ggf. in welchem Umfang dann schon vormitgliedschaftliche Treuepflichten der beschlussfassenden Anteilseigner gegenüber den hinzutretenden Anteilseignern bestehen können, ist bisher wenig geklärt³³⁶ und vom jeweiligen Einzelfall abhängig. Regelmäßig können unter Treuepflichtgesichtspunkten keine Einwände gegen die nachgelagerte Umwandlung erhoben werden, wenn die Anteilseigner im Rahmen der vorgelagerten Umwandlung ausreichend über die folgenden Strukturmaßnahmen informiert werden.³³⁷ 214

Kettenumwandlungen lassen sich nicht nur durch die Handelsregistereintragungen oder bedingte Umwandlungsverträge steuern. Die Abfolge der einzelnen Umwandlungen kann auch durch **bedingte Beschlussfassung** der Anteilseigner sichergestellt werden.³³⁸ 215
Gegenüber dem Registergericht eignet sich ein Handelsregisterauszug, der das Wirksamwerden der vorgelagerten Maßnahme dokumentiert, als Nachweis des Bedingungseintritts.

3. Stichtagsprobleme

Bei Kettenumwandlungen ist es in besonderem Maße erforderlich, die **Stichtage** der einzelnen Maßnahmen besonders zu **koordinieren**. Dabei geht es insbesondere darum, das gesellschaftsrechtliche Wirksamwerden der einzelnen Maßnahmen auf die handelsbilanzielle (§ 5 Abs. 1 Nr. 6, § 126 Abs. 1 Nr. 6) und die steuerliche Rückwirkungsfiktion (§§ 2, 14 S. 3, 20 Abs. 7, 23, 24 Abs. 4 UmwStG) abzustimmen. 216

Gesellschaftsrechtlich werden Umwandlungen erst mit Handelsregistereintragung wirksam (§ 20 Abs. 1). Rechtlich werden die einzelnen Umwandlungsmaßnahmen also in der Reihenfolge wirksam, in der die maßgeblichen Handelsregistereintragungen erfolgen. Die dadurch bestimmte Eintragungsreihenfolge hat bei Kettenvorgängen insbesondere Bedeutung für die Frage, welcher Rechtsträger bei welchem Vorgang als übernehmender und als übertragender Rechtsträger in Erscheinung tritt und von wem die nach dem UmwG vorgeschriebene Gegenleistung (Gesellschaftsanteile oder bare Zuzahlung) zu gewähren ist. Daneben hat die Eintragungsreihenfolge auch Bedeutung für die Frage, wie sich die stimmberechtigten Anteilseigner der einzelnen Rechtsträger in den einzelnen Verfahrensschritten zusammensetzen.³³⁹ 217

Von dem rechtlichen Wirksamwerden der einzelnen Umwandlungen sind die Verschmelzungs- bzw. Spaltungsstichtage (§ 5 Abs. 1 Nr. 6, § 126 Abs. 1 Nr. 6 UmwG) der einzelnen Maßnahmen zu unterscheiden. 218

a) Umwandlungsstichtage bei Kettenumwandlungen. Bei Kettenumwandlungen werden die einzelnen Umwandlungsschritte häufig auf denselben Verschmelzungs- bzw. Spaltungsstichtag (§§ 5 Abs. 1 Nr. 6, 126 Abs. 1 Nr. 6) bezogen. Wegen des schuld- 219

336 Hierzu: *Weber*, Vormitgliedschaftliche Treuebindungen, 2001, S. 216 ff., 233 ff.

337 Zur Informationspflicht bei Kettenumwandlungen: Rdn. 230.

338 *Zimmermann*, in: Kallmeyer, UmwG, § 13 Rn. 8; *Heckschen*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 5 Rn. 235.5; *Priester*, in: Scholz, GmbHG, § 55 Rn. 188.

339 Hierzu bereits: Rdn. 213 f.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

rechtlichen Charakters dieser Stichtage³⁴⁰ ergeben sich hieraus aber regelmäßig keine weitergehenden Gestaltungsprobleme. Insbesondere ist es **nicht erforderlich**, eine »juristische« **Reihenfolge festzulegen**, in der die einzelnen Umwandlungsstichtage zueinander liegen sollen. Denn der Wechsel der Rechnungslegung vollzieht sich nur schuldrechtlich auf den vereinbarten Stichtag, während die Umwandlung in der handelsrechtlichen Rechnungslegung von übertragendem und übernehmendem Rechtsträger erst mit dem Wirksamwerden bzw. mit dem u.U. bereits zu einem früheren Zeitpunkt vollzogenen Übergang des wirtschaftlichen Eigentums der zu übertragenden Vermögensgegenstände auch tatsächlich abgebildet wird.

- 220 **b) Schlussbilanz bei Umwandlungen im »Rückwirkungszeitraum«.** Bei Kettenumwandlungen stellt sich regelmäßig die Frage, welche Auswirkungen es auf die Schlussbilanz hat, wenn eines der beteiligten Unternehmen in der Zeit zwischen dem Stichtag der Schlussbilanz (§ 17 Abs. 2) und dem Wirksamwerden der Maßnahme noch in anderer Form umgewandelt wird. Konkret geht es um das Problem, ob die beteiligten Rechtsträger am Stichtag der Schlussbilanz bereits in der Form bestanden haben müssen, in der dann die jeweilige Umwandlung erfolgt.
- 221 Für den **übernehmenden Rechtsträger** ist dies unproblematisch; er braucht weder überhaupt noch in der dann an der Umwandlung beteiligten Form zum Stichtag der Schlussbilanz bestanden haben. Dies ergibt sich bereits daraus, dass nach § 17 Abs. 2 die Schlussbilanz nur für den übertragenden Rechtsträger aufzustellen ist und auch nur bei diesem mit zum Handelsregister eingereicht werden muss.³⁴¹ Die Übernehmerin muss also zum Stichtag der Schlussbilanz gesellschaftsrechtlich nicht bestanden haben.³⁴²
- 222 Anders stellt sich die Rechtslage für den **übertragenden Rechtsträger** dar. Unproblematisch ist zunächst der Fall, dass der übertragende Rechtsträger zum Stichtag der Schlussbilanz³⁴³ bereits in der Form besteht, wie zum Zeitpunkt der Umwandlung, wobei aber zwischen dem Bilanzstichtag und dem Wirksamwerden der Umwandlung noch weitere vorgelagerte Umwandlungen wirksam werden. Die zwischenzeitlichen Umwandlungen können zwar das **Vermögen** des übertragenden Rechtsträgers nach dem Stichtag der Schlussbilanz **verändern**. Hieraus ergibt sich aber nicht, dass die Schlussbilanz unzulässig oder unrichtig wird. Vielmehr handelt es sich bei einer solchen vorgelagerten Umwandlung dann um einen Geschäftsvorfall, der bereits für Rechnung des übernehmenden Rechtsträgers als vorgenommen gilt. Diese sind in der Schlussbilanz nicht zu erfassen, sondern werden von dem übernehmenden Rechtsträger unmittelbar in seine Rechnungslegung übernommen.³⁴⁴
- 223 Nicht so eindeutig stellt sich die Rechtslage dar, wenn der **übertragende Rechtsträger** am Stichtag der Schlussbilanz zwar als Rechtssubjekt bestand, dies aber in einer **anderen Rechtsform** als zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Umwandlung. Soll beispielsweise die A-GbR auf die B-GmbH verschmolzen werden, muss sie, weil nach § 3 UmwG kein verschmelzungsfähiger Rechtsträger, erst als OHG in das Handelsregister

340 Dazu: § 5 Rdn. 108 ff.

341 Vgl. § 17 Rdn. 29 m.w.N.

342 UmwSt-Erlass Tz. 02.08 Satz 2.

343 Zum Verhältnis von Stichtag der Schlussbilanz zum Verschmelzungsstichtag: § 17 Rdn. 28; hier werden beide vereinfachend gleichgesetzt.

344 IDW, Zweifelsfragen der Rechnungslegung bei Verschmelzungen, HFA 2/1997, ergänzt 2000, Tz. 3.

eingetragen werden. In diesen Fällen erfolgen die Handelsregistereintragung als OHG, der Abschluss des Verschmelzungsvertrages, die Verschmelzungsbeschlüsse und die Anmeldung der Verschmelzung zum Handelsregister regelmäßig erst nach dem Stichtag der Schlussbilanz. Hier stellt sich die Frage, ob es für § 17 Abs. 2 UmwG ausreichend ist, wenn die Schlussbilanz nicht für die übertragende OHG, sondern für die GbR aufgestellt wird. Wenig problematisch ist dies, wenn die GbR ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe betreibt, weil sie dann bereits nach § 105 Abs. 1 HGB OHG ist. Die Handelsregistereintragung hat lediglich deklaratorische Wirkung. Betreibt die GbR hingegen ein nicht vollkaufmännisches Handelsgewerbe, so kann sie unter den Voraussetzungen des § 105 Abs. 2 HGB als OHG ins Handelsregister eingetragen werden, wobei diese Eintragung konstitutive Wirkung hat. Aber auch in diesem Fall ist eine durch die GbR aufgestellte Schlussbilanz für § 17 Abs. 2 UmwG ausreichend. Die Schlussbilanz kann sich also auf einen Stichtag beziehen, der vor der konstitutiven Handelsregistereintragung nach § 105 Abs. 2 HGB liegt.³⁴⁵

Anders stellt sich die Rechtslage dar, wenn der **übertragende Rechtsträger zum Stichtag** der Schlussbilanz rechtlich noch **nicht existent** war. Die Aufstellung einer Schlussbilanz durch einen zum Stichtag noch nicht existenten Rechtsträger scheidet bereits daran, dass dieser zum Bilanzstichtag weder buchführungspflichtig (§ 238 Abs. 1 S. 1 HGB) noch überhaupt buchführungsfähig ist. Wenn aber zum Bilanzstichtag keine Buchführung besteht, kann auch eine Bilanz nicht erstellt werden (§ 242 Abs. 1 S. 1 HGB). Auch würde mit einer Schlussbilanz eines nicht existenten Rechtsträgers die Funktion der Schlussbilanz sinnentleert. Denn dem übertragenden Rechtsträger können auf den Stichtag der Schlussbilanz noch keine Vermögensgegenstände zugeordnet werden, die in der Schlussbilanz auszuweisen wären. 224

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Regelungen des UmwStG zur steuerlichen Rückwirkungsfiktion.³⁴⁶ Denn danach ist lediglich bestimmt, dass das Einkommen des übertragenden und des übernehmenden Rechtsträgers so zu ermitteln ist, als ob der Vermögensübergang mit Ablauf des steuerlichen Übertragungsstichtags stattgefunden hätte (z.B. § 2 Abs. 1 S. 1 UmwStG). Fingiert wird danach allein der Vermögensübergang. Eine weitergehende Fiktion dahingehend, dass der übertragende Rechtsträger als am steuerlichen Übertragungsstichtag bereits rechtlich existent behandelt wird, ergibt sich hieraus nicht. Auch die Auffassung der Finanzverwaltung, wonach die Rückwirkungsfiktion nicht voraussetzt, dass die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen der Umwandlung am steuerlichen Übertragungsstichtag bereits vorliegen³⁴⁷, führt insoweit zu keinem anderen Ergebnis. Denn die steuerliche Rückwirkungsfiktion kann allein die rechtliche Existenz des übernehmenden Rechtsträgers überlagern. Lediglich für diesen ist anerkannt, dass er am steuerlichen Übertragungsstichtag zivilrechtlich noch nicht bestanden haben muss.³⁴⁸ Eine entsprechende Anwendung dieses Grundsatzes auch auf die recht- 225

345 Dazu *Simon*, in: Heckschen/Simon, Umwandlungsrecht, § 5 Rn. 155 a.E.; *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 5 Rn. 160; zur Spaltung: DNotI, Gutachten zum Umwandlungsrecht, Bd. 4, S. 239 ff.

346 So aber *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 5 UmwG, Rn. 235.8, der auch eine Schlussbilanz eines noch nicht existenten Rechtsträgers anerkennt.

347 Tz. 02.08 UmwSt-Erlass.

348 Tz. 02.08 Satz 2 UmwSt-Erlass; *Widmann*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 2 UmwStG, Rn. 227 ff.; *Dötsch*, in: Dötsch/Eversberg/Joest/Witt, UmwStR, § 2 Rn. 15; *Haritz*, GmbHR 1997, 590 ff.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

liche Existenz des übertragenden Rechtsträgers wird bisher weder diskutiert noch vertreten.

- 226 c) **Steuerliche Rückwirkungsfiktion.** Wie gezeigt, ist es bei Kettenumwandlungen handelsbilanziell unproblematisch, wenn die einzelnen Umwandlungen auf denselben Umwandlungsstichtag bezogen werden. Denn handelsbilanziell wird die Umwandlung erst mit ihrem Wirksamwerden, frühestens aber mit dem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums, nicht aber mit dem Umwandlungsstichtag in der Rechnungslegung der beteiligten Rechtsträger erfasst. Anders ist dies im Rahmen der steuerlichen Rückwirkungsfiktion. Das Einkommen des übertragenden und des übernehmenden Rechtsträgers wird ab dem steuerlichen Übertragungsstichtag so ermittelt, als ob der Vermögensübergang mit dem Ablauf dieses Stichtages erfolgt sei. Daraus ergibt sich regelmäßig die Notwendigkeit, auch bei Kettenumwandlungen, die auf denselben steuerlichen Übertragungsstichtag bezogen werden, zumindest eine juristische **Reihenfolge der einzelnen Umwandlungsschritte** festzulegen.
- 227 In der Literatur wird teilweise vertreten, dass den beteiligten Rechtsträgern ein Wahlrecht dahingehend zusteht, gegenüber der Finanzverwaltung eine juristische Reihenfolge der Umwandlungsvorgänge auf denselben Stichtag festzulegen. In Ermangelung einer solchen Wahlrechtsausübung soll auf die Reihenfolge des Wirksamwerdens der einzelnen Umwandlungen abgestellt werden.³⁴⁹ Nach anderer Auffassung ist hingegen die Reihenfolge der Handelsregisteranmeldungen für die steuerliche Abfolge der einzelnen Umwandlungen maßgeblich.³⁵⁰
- 228 Mangels gesetzlicher Vorgaben erscheint es durchaus möglich, den beteiligten Rechtsträgern ein Bestimmungsrecht dahingehend einzuräumen, in welcher juristischen Reihenfolge die einzelnen auf den gleichen steuerlichen Übertragungsstichtag bezogenen Umwandlungen wirksam werden sollen. Allerdings wird es sich in der Praxis dringend empfehlen, auch in diesen Fällen dafür Sorge zu tragen, dass die Abfolge des zivilrechtlichen Wirksamwerdens der beabsichtigten steuerlichen Reihenfolge entspricht. Dies kann durch bedingte Umwandlungsverträge, bedingte Umwandlungsbeschlüsse und tatsächliche Steuerung der Handelsregistereintragungen sichergestellt werden.³⁵¹
- 229 Vorstehende Grundsätze gelten allerdings nur für Zwecke der **Ertragsteuern**. Für Steuerarten, die nicht von der steuerlichen Rückwirkungsfiktion erfasst sind, d.h. insbesondere die Grunderwerbsteuer, Umsatzsteuer und Schenkungsteuer, ergibt sich die Reihenfolge der Steuertatbestände grundsätzlich aus der Abfolge des zivilrechtlichen Wirksamwerdens.

4. Informationspflichten

- 230 Im Rahmen der vorgelagerten Umwandlung sind die Anteilseigner grundsätzlich auch in vollem Umfang über die nachgelagerte Umwandlung zu informieren. Denn insoweit ist allein auf den beabsichtigten unternehmerischen Zusammenhang aller Umwandlungsmaßnahmen abzustellen.³⁵²

³⁴⁹ *Widmann*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 2 UmwStG Rn. 241 a.E., § 20 UmwStG Rn. 640.

³⁵⁰ *Sagasser/Ködderitzsch*, in: Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen, Kapitel J Rn. 167.

³⁵¹ Dazu: Rdn. 210 und Rdn. 215.

³⁵² Zur Parallelfrage bei der Mehrfachverschmelzung: Rdn. 189 und 195.

VIII. Grenzüberschreitende Verschmelzungen

Bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen sind folgende Konstellationen zu unterscheiden: Inlandsverschmelzungen mit Auslandsvermögen³⁵³, Auslandsverschmelzungen mit Inlandsvermögen, Verschmelzungen mit ausländischen Anteilseignern, Hereinverschmelzungen, Verschmelzungen nach Zuzug und Herausverschmelzungen.³⁵⁴ 231

D. Verhältnis des Übernahmerechts zur Verschmelzung

I. Anwendbarkeit des WpÜG in Verschmelzungsfällen

Der Gesetzgeber hat sich bewusst gegen eine ausdrückliche Konkurrenzregelung zwischen UmwG und WpÜG entschieden.³⁵⁵ Die Anwendbarkeit des **WpÜG** ist danach **grundsätzlich unabhängig von der des Umwandlungsrechts** zu beurteilen. Praktisch relevant wird die Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses insbesondere bei der Frage, ob auch bei einem Kontrollerwerb durch Verschmelzung ein Pflichtangebot nach § 35 Abs. 1 und 2 WpÜG erforderlich ist oder ob das Umwandlungsrecht insoweit das Kapitalmarktrecht sperrt. 232

Der Wortlaut des § 35 Abs. 1 S. 1 WpÜG legt nahe, dass ein **Pflichtangebot** grundsätzlich auch durch eine Verschmelzung ausgelöst werden kann. Das entspricht auch der gesetzgeberischen Intention, nach der die Art des Kontrollerwerbes für die Auslösung eines Pflichtangebotes nach § 35 WpÜG unerheblich sein soll.³⁵⁶ Für eine parallele Anwendung von Umwandlungs- und Wertpapierübernahmerecht spricht auch die unterschiedliche Schutzrichtung, die die teils deutlich voneinander abweichende Ausgestaltung der sich daraus ergebenden Rechte erklärt.³⁵⁷ Deutlich wird dies insbesondere bei der unterschiedlichen Berechnung der Abfindungshöhe³⁵⁸ und daran, dass das Austrittsrecht nach § 29 Abs. 1 nur Anteilseignern des übertragenden Rechtsträgers, das Pflichtangebot hingegen praktisch nur den Anteilseignern des übernehmenden zusteht.³⁵⁹ Insoweit liegt wegen unterschiedlicher Regelungssubjekte schon kein Gesetzeskonflikt vor, der einer Lösung bedürfte.³⁶⁰ Dieser Auffassung hat sich auch ausdrücklich die **BaFin** in dem Fall angeschlossen, dass erstmalig durch die Verschmelzung eine Kontrolle im übernehmenden Rechtsträger entsteht.³⁶¹ Diesem Ergebnis kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass in Umwandlungsfällen eine verbandsrechtliche Veränderung der Machtstruktur stattfindet, die den kapitalmarktrechtlich motivierten Schutz des WpÜG nicht rechtfertigt.³⁶² Denn die Umstrukturierung einer am Markt gehandelten Gesell- 233

353 Dazu: Rdn. 65 ff.

354 Im Einzelnen: Vor §§ 122a ff. Rdn. 44 f.

355 RegBegr. BT-Drs. 14/7034, S. 31.

356 RegBegr. BT-Drs. 14/7034, S. 59.

357 v. Bülow, in: KK-WpÜG, § 35 Rn. 75; Krause/Pöttsch, in: Assmann/Pöttsch/Schneider, WpÜG, § 35 Rn. 139 f.; Baums/Hecker, in: Baums/Thoma, WpÜG, § 35 Rn. 111; Kleindiek, ZGR 2002, 546, 558 ff.; Seibt/Heiser, ZHR 165 (2001), 466, 470 ff.; a.A. Vetter, WM 2002, 1999, 2003 ff., nach dem der Minderheitenschutz des UmwG über den des WpÜG hinaus gehe.

358 Seibt/Heiser, ZHR 165 (2001), 466, 475 ff.; Ekkenga/Schulz, in: Ehrlicke/Ekkenga/Oechsler, WpÜG, § 35 Rn. 29; v. Bülow, in: KK-WpÜG, § 35 Rn. 75.

359 Dazu unten Rdn. 235 f.

360 Ekkenga/Schulz, in: Ehrlicke/Ekkenga/Oechsler, WpÜG, § 35 Rn. 30; Technau, AG 2002, 260, 262.

361 BaFin Jahresbericht 2002, S. 172.

362 Grabbe/Fett, NZG 2003, 755, 762 f.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

schaft – und nur solche sind nach § 1 WpÜG erfasst – hat auch gleichzeitig Auswirkungen auf den Kapitalmarkt und rechtfertigt einen neben den umwandlungsrechtlichen Gesellschafterschutz tretenden Anlegerschutz.

II. Fallgruppen

1. Verschmelzung auf einen börsennotierten Rechtsträger

- 234 a) **Kontrollerwerb im übernehmenden Rechtsträger durch Verschmelzung.** Wird ein Rechtsträger auf einen börsennotierten Rechtsträger verschmolzen, in dem bislang kein Anteilsinhaber mindestens 30 Prozent der Stimmrechte hielt, kann die verschmelzungsbedingte Anteilsgewährung an die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers dazu führen, dass nach der Verschmelzung ein Anteilseigner nun mehr als 30 Prozent der Stimmrechte inne hat. Dieser Anteilsinhaber hätte dann erstmalig durch die Verschmelzung Kontrolle am übernehmenden Rechtsträger erworben (§ 29 Abs. 2 WpÜG), vorausgesetzt dieser ist taugliche Zielgesellschaft nach dem WpÜG.
- 235 Es ist weithin unumstritten, dass der Wortlaut des § 35 WpÜG derartige Verschmelzungen erfasst.³⁶³ Jedenfalls den **Anteilseignern des übernehmenden Rechtsträgers** (Zielgesellschaft) ist demnach ein **Pflichtangebot** zu unterbreiten.
- 236 Dies gilt jedoch nicht für die **Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers**. Da diese Gesellschaft im Zuge der Verschmelzung untergeht und niemand Stimmrechte an ihr erwerben kann, ist auch ein Kontrollerwerb nicht möglich.³⁶⁴ Auch Gleichbehandlungsgrundsätze gebieten es nicht, das Pflichtangebot auf Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers auszudehnen.³⁶⁵ Dies jedenfalls, wenn der übertragende Rechtsträger vor der Verschmelzung bereits kontrollierte Zielgesellschaft war.³⁶⁶ Ein mögliches Austrittsrecht ergibt sich aber ggf. nach § 29 Abs. 1 UmwG.
- 237 b) **Verschmelzung auf einen kontrollierten Rechtsträger.** Anders liegt der Fall, wenn ein bisher nicht kontrollierter Rechtsträger auf eine börsennotierte Gesellschaft verschmolzen wird, an der schon vor der Verschmelzung ein Anteilseigner mindestens 30 Prozent der Stimmrechte hielt. Hier stellt sich die Frage, ob den **Anteilseignern des übertragenden Rechtsträgers** ein **Pflichtangebot** zu unterbreiten ist, da sie nach der Verschmelzung erstmalig mit einem kontrollierenden Anteilseigner konfrontiert werden.
- 238 Diese Konstellation wird nicht vom Wortlaut des § 35 WpÜG gedeckt. Denn die Kontrolle bezieht sich vor wie nach der Verschmelzung auf ein und denselben Rechtsträger, weshalb schon keine Kontrolle an einer Zielgesellschaft erworben wird. Nur ein Kon-

363 So auch die Praxis der BaFin, vgl. dazu *Krause*, NJW 2004, 3681, 3684; *Ekkenga/Schulz*, in: Ehrliche/Ekkenga/Oechsler, WpÜG, 1. Aufl. 2003, § 35 Rn. 31; *Seibt/Heiser*, ZHR 165 (2001), 466, 479 f.; *Kleindiek*, ZGR 2002, 546, 570; *Technau*, AG 2002, 260, 261; *Teichmann*, AG 2004, 67, 77; *Vetter*, WM 2002, 1999; *Grabbe/Fett*, NZG 2003, 755, 757; a.A. auch nicht *Weber-Rey/Schütz*, AG 2001, 325, die diese Konstellation in ihren Betrachtungen außen vor lassen.

364 *Weber-Rey/Schütz*, AG 2001, 325, 328; v. *Bülow*, in: KK-WpÜG, § 35 Rn. 73.

365 *Ekkenga/Schulz*, in: Ehrliche/Ekkenga/Oechsler, WpÜG, 1. Aufl. 2003, § 35 Rn. 31; *Seibt/Heiser*, ZHR 165 (2001), 466, 480; *Technau*, AG 2002, 260, 262; *Kleindiek*, ZGR 2002, 546, 572; a.A. *Hommelhoff/Witt*, in: Haarmann/Riehmer/Schuppen, WpÜG, 1. Aufl. 2002, § 35 Rn. 29, die ein Wahlrecht zwischen einer Abfindung nach § 35 WpÜG und einem Austrittsrecht nach § 29 Abs. 1 UmwG befürworten.

366 v. *Bülow*, in: KK-WpÜG, § 35 Rn. 78.

trollerwerb kann aber nach § 35 WpÜG ein Pflichtangebot auslösen. Eine unmittelbare Anwendung des § 35 WpÜG scheidet damit unstreitig aus.³⁶⁷

Teilweise wird daher eine **teleologische Erweiterung** auch auf diese Verschmelzungskonstellationen **diskutiert**.³⁶⁸ Grundüberlegung ist dabei, dass § 35 WpÜG entgegen seinem Wortlaut nicht eine Zielgesellschaft, sondern einen Gesellschafterkreis vor Kontrollunterwerfung schützen soll. Daher müsse immer dann, wenn sich Minderheitsgesellschafter erstmalig mit einer Kontrollsituation konfrontiert sähen, diesen ein Pflichtangebot unterbreitet werden.³⁶⁹ 239

Diese über den Wortlaut hinausreichende Erstreckung wird von der überwiegenden Ansicht allerdings zu Recht **abgelehnt**.³⁷⁰ Es ist schon fraglich, ob überhaupt eine planwidrige Regelungslücke vorliegt.³⁷¹ Wie § 29 Abs. 1 UmwG und die Beschränkung des Pflichtangebotes durch § 35 Abs. 3 WpÜG zeigen, gibt es durchaus Situationen, in denen Minderheitsgesellschafter nicht (oder nicht gänzlich) vor einem dominierenden Anteilseigner geschützt werden.³⁷² Auch das Ziel eines effektiven Konzerneingangsschutzes kann dem WpÜG nicht zwingend und nicht für alle Fälle entnommen werden. Hinzu kommt, dass die Pflicht zur (rechtzeitigen und korrekten) Abgabe eines Pflichtangebotes nach § 35 WpÜG gemäß § 60 Abs. 1 WpÜG bußgeldbewehrt und damit Teil des Ordnungswidrigkeitenrechts ist. Eine Ausdehnung des Tatbestands über den Wortlaut des § 35 WpÜG hinaus ist schon deshalb problematisch.³⁷³ Ebenso muss eine Anwendung des § 29 auf diese Fallkonstellationen ausscheiden.³⁷⁴ 240

2. Verschmelzung auf einen nicht-börsennotierten Rechtsträger

Ist der übernehmende Rechtsträger keine börsennotierte AG oder KGaA, findet nach weit überwiegender Auffassung das WpÜG mangels tauglicher Zielgesellschaft (vgl. § 1 WpÜG) keine Anwendung.³⁷⁵ Die insbesondere von *Kleindiek*³⁷⁶ und *Kalss*³⁷⁷ be- 241

³⁶⁷ *Ekkenga/Schulz*, in: Ehrlicke/Ekkenga/Oechsler, WpÜG, 1. Aufl. 2003, § 35 Rn. 32; v. *Bülow*, in: KK-WpÜG, § 35 Rn. 73; *Technau*, AG 2002, 260, 263; *Seibt/Heiser*, ZHR 165 (2001), 466, 481.

³⁶⁸ Vgl. hierzu auch ausführlich § 29 Rdn. 51 ff.

³⁶⁹ *Seibt/Heiser*, ZHR 165 (2001), 466, 481; *Kleindiek*, ZGR 2002, 546, 571 f.; *Hommelhoff/Witt*, in: Haarmann/Riehmer/Schüppen, WpÜG, 1. Aufl. 2002, § 35 Rn. 30.

³⁷⁰ § 29 Rdn. 52; v. *Bülow* in KK-WpÜG, § 35 Rn. 79 ff.; *Ekkenga/Schulz*, in: Ehrlicke/Ekkenga/Oechsler, WpÜG, 1. Aufl. 2003, § 35 Rn. 32; *Krause/Pötzsch*, in: Assmann/Pötzsch/Schneider, WpÜG, 1. Aufl. 2005, § 35 Rn. 150; *Süßmann*, WM 2003, 1453, 1455; *Technau*, AG 2002, 260, 264.

³⁷¹ v. *Bülow*, in: KK-WpÜG, 1. Aufl. 2003 § 35 Rn. 80; *Weber-Rey/Schütz*, AG 2001, 325, 329.

³⁷² *Technau*, AG 2002, 260, 264 f.; zustimmend *Ekkenga/Schulz*, in: Ehrlicke/Ekkenga/Oechsler, WpÜG, 1. Aufl. 2003, § 35 Rn. 33.

³⁷³ *Ekkenga/Hofschroer*, DStR 2002, 768, 774; *Liebscher*, ZIP 2002, 1005, 1016; *Ekkenga/Schulz*, in: Ehrlicke/Ekkenga/Oechsler, WpÜG, 1. Aufl. 2003, § 35 Rn. 32.

³⁷⁴ Vgl. hierzu die ausführliche Erläuterung unter § 29 Rdn. 55 ff.

³⁷⁵ *Krause/Pötzsch*, in: Assmann/Pötzsch/Schneider, WpÜG, 1. Aufl. 2005, § 35 Rn. 150; *Seibt/Heiser*, ZHR 165 (2001), 466, 485 f.; *Hommelhoff/Witt*, in: Haarmann/Riehmer/Schüppen, WpÜG, 1. Aufl. 2002, § 35 Rn. 27; *Ekkenga/Schulz*, in: Ehrlicke/Ekkenga/Oechsler, WpÜG, 1. Aufl. 2003, § 35 Rn. 29; *Süßmann*, WM 2003, 1453, 1455.

³⁷⁶ *Kleindiek*, ZGR 2002, 546, 573 f.

³⁷⁷ *Kalss*, in: Semler/Volhard, Arbeitshandbuch für Unternehmensübernahmen, Band 1, 1. Aufl. 2004, § 51 Rn. 68.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

klagte Schutzlücke, die auch in solchen Fällen eine Anwendung des WpÜG rechtfertigen soll, ist mit der **Ergänzung von § 29** um den Fall des Delistings³⁷⁸ wohl geschlossen.

3. Verschmelzung zur Neugründung

- 242 Werden zwei Rechtsträger zur Neugründung verschmolzen, stellt sich die Frage eines Pflichtangebotes, wenn in der NewCo als Zielgesellschaft eine Kontrollsituation entsteht, d.h. ein Anteilsinhaber mindestens 30 Prozent der Stimmrechte hält.
- 243 Nimmt man an, dass das WpÜG ein Pflichtangebot gebietet, wenn eine Gesellschaftergruppe erstmalig in eine Kontrollsituation gerät, so könnte dies auch bei der Verschmelzung zur Neugründung eingreifen.³⁷⁹
- 244 Dieses über den Wortlaut des § 35 WpÜG hinausgehende Verständnis des Pflichtangebotes für die Anteilsinhaber eines übertragenden Rechtsträgers ist aber abzulehnen.³⁸⁰ Hinzu kommt, dass eine Börsenzulassung erst nach der Verschmelzung erteilt wird, womit es im Zeitpunkt des Kontrollerwerbes schon an einer tauglichen Zielgesellschaft fehlen wird.³⁸¹

4. Kontrollerlangung durch Gesamtrechtsnachfolge

- 245 Halten mehrere an der Verschmelzung beteiligte Rechtsträger Anteile an einer Zielgesellschaft, so kann die Übertragung dieser Anteile durch die verschmelzungsbedingte Gesamtrechtsnachfolge dazu führen, dass der übernehmende Rechtsträger nach der Verschmelzung erstmalig mindestens 30 Prozent der Stimmrechte hält und damit Kontrolle über die Zielgesellschaft erwirbt.
- 246 In diesem Fall hat der übernehmende Rechtsträger unstreitig den übrigen Gesellschaftern ein Pflichtangebot nach § 35 Abs. 1, Abs. 2 WpÜG zu unterbreiten. Dies gilt jedoch nicht, wenn der übernehmende Rechtsträger bereits vor der Verschmelzung eine kontrollierende Position inne hatte, da es insoweit an einem Erwerb der Kontrolle durch die Verschmelzung fehlt.³⁸²

5. Ausnahmen von der Angebotspflicht

- 247 a) **Konzerninterner Kontrollerwerb § 36 Nr. 3 WpÜG.** Bei Umwandlungsvorgängen innerhalb eines Konzerns³⁸³ ist § 36 Nr. 3 WpÜG zu beachten. Danach kann die BaFin auf schriftlichen Antrag die Stimmrechte aus Aktien der Zielgesellschaft, die durch eine konzerninterne Umstrukturierung erworben wurden, unberücksichtigt lassen. Denn insoweit ändert sich nichts an der Person, die mittelbar die Zielgesellschaft kontrolliert; mithin findet kein Kontrollerwerb statt.
- 248 b) **Befreiung nach § 37 Abs. 1 WpÜG.** Von der Pflicht zur Abgabe eines Angebotes nach § 35 Abs. 1 WpÜG kann die BaFin gemäß § 37 Abs. 1 WpÜG auf schriftlichen Antrag hin befreien, sofern dies gerechtfertigt erscheint.

378 Dazu: § 29 Rdn. 25 ff.

379 *Seibt/Heiser*, ZHR 165 (2001), 466, 480.

380 Dazu: Rdn. 236.

381 *Krause/Pötzsch*, in: Assmann/Plötzsch/Schneider, WpÜG, 1. Aufl. 2005, § 35 Rn. 139 f.

382 v. *Bülow*, in: KK-WpÜG, § 35 Rn. 72

383 Im Sinn des aktienrechtlichen Konzernbegriffs: RegBegr. BT-Drs. 14/7034, S. 60.

Vereinzelte wird vertreten, dass eine solche Befreiung regelmäßig dann zu gewähren sei, wenn die Hauptversammlung des übernehmenden Rechtsträgers mit mindestens 75 Prozent des bei der Beschlussfassung vertretenen Kapitals für eine solche Befreiung stimmt, ohne dass der potentielle Kontrollierer bei der Beschlussfassung mittelbar oder unmittelbar Stimmrechte ausgeübt hat.³⁸⁴ 249

Nicht an einen separaten Befreiungsbeschluss anknüpfend wird teilweise angenommen, dass auch in einem **einstimmigen Verschmelzungsbeschluss** ein Verzicht auf ein Pflichtangebot nach § 35 WpÜG gesehen werden kann.³⁸⁵ 250

E. Kosten der Verschmelzung

I. Verschmelzungsvertrag

Für den notariell zu beurkundenden Verschmelzungsvertrag fällt eine doppelte Gebühr (20/10) gemäß § 36 Abs. 2 KostO an. Der Verschmelzungsvertrag stellt nach vorherrschender Meinung kostenrechtlich einen Austauschvertrag nach § 39 Abs. 2 KostO dar, sofern eine Anteilsgewährung an die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers erfolgt.³⁸⁶ Die gegenseitigen Leistungen, also Vermögensübertragung und Anteilsgewährung, sind gegenüber zu stellen, der höhere Wert ist der maßgebliche Geschäftswert.³⁸⁷ Dabei ist zu beachten, dass nach § 18 Abs. 3 KostO Verbindlichkeiten nicht abzugsfähig sind, weshalb regelmäßig das **Aktivvermögen des übertragenden Rechtsträgers** die höherwertige Leistung darstellt und damit den Geschäftswert i.S.d. KostO bestimmt.³⁸⁸ Verlustvorträge und Wertberichtigungsposten sind hingegen abzugsfähig.³⁸⁹ Generell ist die Bilanz dahingehend zu prüfen, ob die KostO für bestimmte Bilanzposten einen von der Bilanz abweichenden Wert vorsieht.³⁹⁰ 251

Sollte ausnahmsweise der Wert der gewährten Anteile und sonstigen Vorteile das Aktivvermögen des übertragenden Rechtsträgers übersteigen, so ist dieser maßgeblich. Bei **mehreren übertragenden Rechtsträgern** eines einheitlichen Verschmelzungsverfahrens³⁹¹ ergibt sich der Geschäftswert grds. aus den addierten Aktivvermögen aller übertragenden Rechtsträger.³⁹² 252

384 v. Bülow, in: KK-WpÜG, § 35 Rn. 82.

385 Ekkenga/Schulz, in: Ehrlicke/Ekkenga/Oechler, WpÜG, 1. Aufl. 2003, § 35, Rn. 72; in diese Richtung auch Lenz/Linke, AG 2002, 361, 367 f.; Krause, NJW 2004, 3681, 3684; dagegen Seibt/Heiser, ZHR 165, 2001, 466, 483 m.w.N., die darin eine »nicht zu begründende Willensfiktion« sehen; für das österreichische Recht: Karollus/Geist, NZG 2000, 1145, 1149.

386 Fronhöfer, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 2 Rn. 83; Bay. Notarkasse, Streifzug durch die KostO, Rn. 929; Bengel/Tiedtke, DNotZ 2004, 258, 266.

387 Bengel/Tiedtke, DNotZ 2004, 258, 266.

388 Fronhöfer, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 2 Rn. 83; Bengel/Tiedtke, DNotZ 2004, 258, 266; Lutter/Drygala, in: Lutter, UmwG, § 2 Rn. 40; Gerold, MittRhNotK 1997, 205, 229; Bay-ObLG, DB 1997, 970.

389 Hartmann, Kostengesetze, 37. Aufl. 2007, § 18 Rn. 12 KostO; Lutter/Drygala, in: Lutter, UmwG, § 2 Rn. 40.

390 Dazu: Tiedtke, MittBayNotZ 1997, 209, 211.

391 Zur Mehrfachverschmelzung: Rdn. 180 ff.

392 Fronhöfer, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 2 Rn. 85; Lutter/Drygala, in: Lutter, UmwG, § 2 Rn. 40.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

- 253 Auch eine **Verschmelzung zur Neugründung** stellt einen Austauschvertrag nach § 39 Abs. 2 KostO dar.³⁹³ Der Geschäftswert bemisst sich ebenso wie bei einer Verschmelzung durch Aufnahme. Die Festlegung der Satzung des neu errichteten Rechtsträgers ist gegenstandsgleich i.S.d. § 44 Abs. 1 KostO mit dem Verschmelzungsvertrag.³⁹⁴
- 254 Werden im Zuge der Verschmelzung **keine Gegenleistungen** gewährt, so bemisst sich der Geschäftswert nach § 39 Abs. 1 KostO. Der Geschäftswert ist dann ohne Ausnahme das nicht durch Schuldenabzug geminderte Aktivvermögen des übertragenden Rechtsträgers.³⁹⁵
- 255 Der **Geschäftswert** ist bei Umwandlungsvorgängen nach dem UmwG gemäß § 39 Abs. 4 KostO auf maximal **5 Mio. € begrenzt**, die Beurkundungsgebühr beträgt damit höchstens EUR 15.114.³⁹⁶ Dieser Höchstwert gilt auch für die addierten Geschäftswerte mehrerer übertragender Rechtsträger in einem einheitlichen Verschmelzungsvorgang.³⁹⁷ Ein solcher soll nach der Literaturmeinung dann vorliegen, wenn die Wirksamkeit einer Verschmelzung von der Wirksamkeit der anderen Verschmelzungen abhängig gemacht wird, diese also zu einer Rechtseinheit verbunden sind³⁹⁸; wenn es sich also um eine Gesamtverschmelzung handelt.³⁹⁹ Identität des übernehmenden Rechtsträgers, also eine mehrfache Einzelverschmelzung⁴⁰⁰, reicht hingegen nicht aus.⁴⁰¹

II. Verzichts- und Zustimmungserklärungen

- 256 Auf den Verschmelzungs- oder den Prüfbericht gerichtete **Verzichtserklärungen** bedürfen ebenfalls der notariellen Beurkundung (§§ 8 Abs. 3, 9 Abs. 3 UmwG). Für diese Beurkundung fällt grds. eine volle Gebühr (10/10) gemäß § 36 Abs. 1 KostO an, deren Wert gemäß § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen zu bestimmen ist. Weithin werden 10 Prozent des Geschäftswertes des Verschmelzungsvertrages als angemessen angesehen⁴⁰², nach a.A. jedoch 10 Prozent des dem jeweiligen Anteil am übertragenden Rechtsträger entsprechenden Bruchteils am Geschäftswert des Verschmelzungsvertrages.⁴⁰³ Die Höchstgrenze von **EUR 5 Mio.** nach § 39 Abs. 4 KostO ist auch hier zu beachten. Werden mehrere Verzichtserklärungen in eine Urkunde aufgenommen, so ist der höchste Einzelwert nach § 44 KostO maßgeblich.⁴⁰⁴
- 257 Werden die Verzichtserklärungen im Verschmelzungsvertrag mitbeurkundet, fallen wegen Gebührengleichheit nach § 44 Abs. 1 KostO keine gesonderten Kosten für die Beur-

393 *Bay. Notarkasse*, Streifzug durch die KostO, Rn. 932.

394 *Bay. Notarkasse*, Streifzug durch die KostO, Rn. 933.

395 *Fronhöfer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 2 Rn. 84; *Bengel/Tiedtke*, DNotZ 2004, 258, 266; BayObLG, NJW-RR 1999, 1373; OLG Karlsruhe, NJW-RR 2002, 321; *Lutter/Drygala*, in: Lutter, UmwG, § 2 Rn. 40.

396 *Stengel*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 2 Rn. 77.

397 *Fronhöfer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 2 Rn. 91.

398 *Bengel/Tiedtke*, DNotZ 2004, 258, 266; *Bay. Notarkasse*, Streifzug durch die KostO, Rn. 936 f.

399 Zur Gesamtverschmelzung: Rdn. 185 ff.

400 Zur mehrfachen Einzelverschmelzung: Rdn. 194 ff.

401 OLG Hamm, MittBayNot 2004, 68, 69.

402 *Lutter/Drygala*, in: Lutter, UmwG, § 2 Rn. 41; *Fronhöfer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 2 Rn. 99.

403 *Tiedtke*, MittBayNot 1997, 209, 212; *Bay. Notarkasse*, Streifzug durch die KostO, Rn. 953.

404 *Lutter/Drygala*, in: Lutter, UmwG, § 2 Rn. 41.

kundung der Verzichtserklärungen an.⁴⁰⁵ Der Notar ist grundsätzlich zu einer Zusammenbeurkundung angehalten. Andernfalls kann, bei Fehlen sachlicher Gründe, eine unrichtige Sachbehandlung i.S.d. § 16 Abs. 1 KostO vorliegen, was zu einem Erhebungsverbot der dadurch entstandenen Kosten führt.⁴⁰⁶

Beurkundungen ggf. erforderlicher **gesonderter Zustimmungen** (z.B. §§ 13 Abs. 2, 50 Abs. 2, 51 UmwG) lösen ebenfalls eine volle Gebühr (10/10) gemäß § 36 Abs. 1 KostO aus. Der Geschäftswert bestimmt sich dabei gemäß § 40 Abs. 2 KostO nach dem Bruchteil des Anteilinhabers am übertragenden Rechtsträger, wobei die Höchstgrenze nach § 39 Abs. 4 KostO zu beachten ist.⁴⁰⁷ Wird die Zustimmung mit anderen Zustimmung- oder Verzichtserklärungen oder mit dem Verschmelzungsvertrag zusammen beurkundet, liegt Gegenstandsleichheit nach § 44 Abs. 1 KostO vor, sodass keine gesonderten Kosten anfallen. **258**

III. Verschmelzungs- und Kapitalerhöhungsbeschlüsse

Für die Beurkundung der Verschmelzungsbeschlüsse der beteiligten Rechtsträger fällt jeweils eine doppelte Gebühr (20/10) gemäß § 47 KostO an. Der Verschmelzungsbeschluss ist dabei ein Beschluss mit bestimmtem Geldwert, dessen Geschäftswert sich gemäß § 41c Abs. 2 S. 1 KostO nach dem Aktivvermögen des übertragenden Rechtsträgers richtet.⁴⁰⁸ Auf eine eventuell gewährte Gegenleistung im Zuge der Verschmelzung kommt es insoweit nicht an. **259**

Werden mehrere Rechtsträger in einem einheitlichen Vorgang verschmolzen (Gesamtverschmelzung⁴⁰⁹), so richtet sich der Geschäftswert des Zustimmungsbeschlusses eines übertragenden Rechtsträgers nach dem Wert dessen konkreten Vermögens.⁴¹⁰ Beim übernehmenden Rechtsträger werden die Werte aller übertragenden Rechtsträger addiert.⁴¹¹ Die Gebühr beträgt nach § 47 S. 2 KostO in allen Fällen höchstens EUR 5.000. **260**

Werden zweckmäßigerweise die Verschmelzungsbeschlüsse mehrerer Rechtsträger in einer Urkunde zusammengefasst, so sind die Werte der einzelnen Zustimmungsbeschlüsse zu addieren. In diesem Fall wird nur eine doppelte Gebühr (20/10) erhoben, die ebenfalls auf höchstens EUR 5.000 begrenzt ist (§ 47 Satz 2 KostO). Eine sachlich nicht gerechtfertigte Getrenntbeurkundung kann eine unrichtige Sachbehandlung i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 KostO darstellen.⁴¹² **261**

Ist zur Durchführung der Verschmelzung eine Kapitalerhöhung nötig, so richtet sich der Geschäftswert des zu beurkundenden Kapitalerhöhungsbeschlusses nach der Erhöhungssumme. Dieser muss wegen Gegenstandsverschiedenheit i.S.d. § 44 Abs. 2 KostO **262**

405 Lutter/Drygala, in: Lutter, UmwG, § 2 Rn. 41; Fronhöfer, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 2 Rn. 100; Bay. Notarkasse, Streifzug durch die KostO, Rn. 954; Bengel/Tiedtke, DNotZ 2004, 258, 267.

406 OLG Zweibrücken, MittBayNot 2003, 160, 161; Fronhöfer, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 2 Rn. 101; Bengel/Tiedtke, DNotZ 2004, 258, 267.

407 Fronhöfer, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 2 Rn. 99; Bay. Notarkasse, Streifzug durch die KostO, Rn. 952.

408 Fronhöfer, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 2 Rn. 103.

409 Zur Gesamtverschmelzung: Rdn. 185 ff.

410 Fronhöfer, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 2 Rn. 104.

411 Gerold, MittRhNotK 1997, 205, 230.

412 Reimann, MittBayNot 1995, 1, 3; Tiedtke, MittBayNot 1997, 209, 212.

§ 2 *Zweites Buch Verschmelzung*

dem Wert des Verschmelzungsvertrages bzw. dem der Zustimmungsbeschlüsse hinzugerechnet werden.⁴¹³

IV. Registeranmeldung

- 263 Bei der Anmeldung zum Handelsregister ist die Hälfte einer vollen Gebühr (5/10) gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO zu erheben.
- 264 Bei der übertragenden Gesellschaft ist der Geschäftswert abhängig von der Rechtsform und bestimmt sich nach § 41a Abs. 4 Nr. 1 bis 4 KostO.
- 265 Bei einem bestehenden übernehmenden Rechtsträger liegt ebenfalls ein rechtsformabhängiger Geschäftswert gemäß § 41a Abs. 4 Nr. 1 bis 4 KostO vor. Werden gleichzeitig weitere eintragungsbedürftige Punkte angemeldet (z.B. Kapitalerhöhung), so ist deren Wert wegen Gegenstandsverschiedenheit hinzuzurechnen.⁴¹⁴ Bei einer Verschmelzung zur Neugründung bestimmt sich der Geschäftswert des übernehmenden Rechtsträgers rechtsformabhängig nach dem Geschäftswert der Ersteintragung ins Handelsregister (§§ 41a, 41b, 29, 30 KostO).
- 266 Der Geschäftswert ist in allen Fällen gemäß § 39 Abs. 4 KostO auf höchstens EUR 500.000 beschränkt. Das gilt auch dann, wenn mehrere Anmeldungen enthalten sind.⁴¹⁵

V. Registereintragung

- 267 Die bis 2004 bestehende gegenstandswertbezogene Gebührenberechnung für Registereintragungen wurde auf Druck der europäischen Judikatur⁴¹⁶ zugunsten einer aufwandsbezogenen Gebühr aufgegeben. Mit ihrem Inkrafttreten am 1. 12. 2004 bestimmen sich die Gebühren für Eintragungen ins Handelsregister nunmehr nach der Handelsregistergebührenverordnung (HRegGebVO), die vom Bundesjustizministerium auf der Ermächtigungsgrundlage der §§ 79 und 79a KostO erlassen wurde. Die Eintragungskosten bestimmen sich für Umwandlungen nach den Nr. 1400, 1401, 2104, 2105, 2106, 2402, 2403, 3400 sowie 3401 des Gebührenverzeichnisses. Gesonderte Gebühren für Löschung und Eintragung der Wirksamkeit der Verschmelzung werden nicht erhoben.

VI. Grundbuchberichtigung

- 268 Wird im Rahmen einer Verschmelzung eine Grundbuchberichtigung nötig und werden die Berichtigungsanträge in den Verschmelzungsvertrag mit aufgenommen, so liegt Gegenstandsgleichheit gemäß § 44 Abs. 1 KostO vor, so dass dafür keine gesonderten Gebühren erhoben werden.⁴¹⁷ Andernfalls fällt für den gesonderten Grundbuchberichtigungsantrag gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 5a KostO die Hälfte einer vollen Gebühr (5/10) an.
- 269 Die Eintragung im Grundbuch nach Eigentumserwerb infolge der Gesamtrechtsnachfolge (Grundbuchberichtigung) löst nach ganz überwiegender Ansicht eine volle Gebühr

413 *Fronhöfer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 2 Rn. 105; *Tiedtke*, MittBayNot 1997, 209, 212.

414 *Fronhöfer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 2 Rn. 112; *Stengel*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 2 Rn. 81; *Lutter/Drygala*, in: Lutter, UmwG, § 2 Rn. 43.

415 *Fronhöfer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 2 Rn. 109 ff.

416 Vgl. nur EuGH, Slg. I-1999, 6427; Slg. I-2002, 3333.

417 *Fronhöfer*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 2 Rn. 119; *Lutter/Drygala*, in: Lutter, UmwG, § 2 Rn. 45.

Verschmelzungsfähige Rechtsträger **§ 3**

(10/10) gemäß § 60 Abs. 1 KostO aus.⁴¹⁸ Der Geschäftswert ist gemäß § 19 Abs. 2 KostO jeweils der Verkehrswert des betroffenen Grundbesitzes.

§ 3 Verschmelzungsfähige Rechtsträger

(1) An Verschmelzungen können als übertragende, übernehmende oder neue Rechtsträger beteiligt sein:

1. Personenhandelsgesellschaften (offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften) und Partnerschaftsgesellschaften;
2. Kapitalgesellschaften (Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien);
3. eingetragene Genossenschaften;
4. eingetragene Vereine (§ 21 des Bürgerlichen Gesetzbuchs);
5. genossenschaftliche Prüfungsverbände;
6. Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.

(2) An einer Verschmelzung können ferner beteiligt sein:

1. wirtschaftliche Vereine (§ 22 des Bürgerlichen Gesetzbuchs), soweit sie übertragender Rechtsträger sind;
2. natürliche Personen, die als Alleingeschafter einer Kapitalgesellschaft deren Vermögen übernehmen.

(3) An der Verschmelzung können als übertragende Rechtsträger auch aufgelöste Rechtsträger beteiligt sein, wenn die Fortsetzung dieser Rechtsträger beschlossen werden könnte.

(4) Die Verschmelzung kann sowohl unter gleichzeitiger Beteiligung von Rechtsträgern derselben Rechtsform als auch von Rechtsträgern unterschiedlicher Rechtsform erfolgen, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist.

Übersicht

	Rdn.		Rdn.
A. Überblick	1	IV. Europäische Privatgesellschaft (SPE)	31
B. Uneingeschränkt verschmelzungsfähige Rechtsträger	10	V. Eingetragene Genossenschaften ..	34
I. Personenhandelsgesellschaften ...	10	VI. Europäische Genossenschaft (SCE)	35
1. Die Schein-OHG/-KG	11	VII. Rechtsfähige Vereine	39
2. Die nicht eingetragene OHG/KG	19	VIII. Genossenschaftliche Prüfungsverbände	41
II. Kapitalgesellschaften	20	IX. VVaG	43
III. Europäische Aktiengesellschaft (SE)	27	C. Eingeschränkt verschmelzungsfähige Rechtsträger	45

⁴¹⁸ Lutter/Drygala, in: Lutter, UmwG, § 2 Rn. 45; Fronhöfer, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 2 Rn. 123; Stengel, in: Semler/Stengel, UmwG, § 2 Rn. 83; OLG Hamm, Rpfleger 1993, 42; a.A. Hartmann, Kostengesetze, 37. Aufl. 2007, § 60 Rn. 8 KostO, der insoweit § 60 Abs. 1 KostO ohne ersichtliche Begründung für unanwendbar hält.