

GmbH ↔ GmbH, Verschmelzung

A. Übersicht	972	
B. Verschmelzung durch Aufnahme		
I. Zivilrecht		
1. Voraussetzungen	983	
2. Verschmelzungsvertrag		
a) Form, Inhalt, Änderung	984	
b) Umtauschverhältnis	1006	
c) Barabfindung	1014	
3. Verschmelzungsbericht und Prüfung	1018	
4. Zustimmungsbeschlüsse		
a) Vorbereitung der Beschlussfassung	1030	
b) Mehrheit, Form des Beschlusses	1034	
c) Widerspruchsrecht gemäß § 29 UmwG	1041	
d) Anfechtung	1049	
5. Bilanzierung	1052	
6. Anmeldung und Eintragung	1059	
7. Rechtsfolgen der Verschmelzung		
a) Vermögensübergang	1072	
b) Erlöschen der übertragenden GmbH	1088	
c) Sicherheitsleistung	1094	
d) Organhaftung	1095	
e) Mängelheilung	1097	
8. Kosten	1098	
II. Steuerrecht		
1. Steuerliche Rückwirkung	1102	
2. Besteuerung der übertragenden GmbH		
a) Wertansatz in der steuerlichen Schlussbilanz	1117	
b) Besteuerung eines Übertragungsgewinns	1126	
3. Besteuerung der übernehmenden GmbH		
a) Übernahmegewinn oder -verlust	1127	
b) Addition des Eigenkapitals, Körperschaftsteuerguthabens und der Körperschaftsteuererhöhung	1147	
c) Übernahme eines Verlustabzugs	1152	
d) Kosten der Verschmelzung	1157	
4. Besteuerung der Gesellschafter der übertragenden GmbH	1158	
5. Gewerbesteuer	1164	
6. Umsatzsteuer	1167	
7. Grunderwerbsteuer	1168	
8. Berechnungsbeispiel		
a) Sachverhalt	1170	
b) Lösung	1171	
C. Verschmelzung durch Neugründung		
I. Zivilrecht	1186	
II. Steuerrecht	1191	

A. Übersicht

- 972 Das Gesetz kennt **zwei Wege**¹: Entweder wird das Vermögen einer Gesellschaft als Ganzes auf eine andere, bereits bestehende Gesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsanteilen übertragen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UmwG, **Verschmelzung durch Aufnahme**) oder mindestens zwei Gesellschaften übertragen ihr Vermögen gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten auf eine neu zu gründende Gesellschaft (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UmwG, **Verschmelzung durch Neugründung**).
- 973 Das Vermögen der übertragenden Gesellschaft geht jeweils im Wege der **Gesamtrechtsnachfolge** auf die übernehmende Gesellschaft über. Die übertragende Gesellschaft geht unter. Als Ausgleich erhalten die Gesellschafter der untergehenden Gesellschaft Anteile an der aufnehmenden Gesellschaft. Eine Abfindung in Geld oder Sachwerten ist grundsätzlich ausgeschlossen (Ausnahme siehe Tz. 1010). Zulässig ist es, gleichzeitig mehrere Gesellschaften auf eine bestehende oder zu einer neuen Gesellschaft zu verschmelzen (§ 2 Abs. 1 UmwG).
- 974 Gleichzeitig mit einer oder mehreren GmbHs können **Rechtsträger anderer Rechtsform** (AG, KGaA, OHG, GmbH & Co KG, Genossenschaft) auf eine bestehende oder zu einer neuen GmbH verschmolzen werden (§ 3 Abs. 4 UmwG). Die jeweiligen Vorschriften sind parallel anzuwenden. Zur Verschmelzung einer GmbH mit bzw. zu Rechtsträgern anderer Rechtsform siehe jeweils dort.
- 975 Eine Verschmelzung nach dem UmwG ist beschränkt auf Gesellschaften mit **Sitz im Inland** (§ 1 Abs. 1 UmwG). Für grenzüberschreitende Verschmelzungen fehlt nach wie vor eine Rechtsgrundlage².
- 976 Auch bereits **aufgelöste GmbHs** können verschmolzen werden. Dies gilt für die übertragende Gesellschaft, wenn deren Fortsetzung beschlossen werden könnte (§ 3 Abs. 3 UmwG)³ – mE aber auch für die übernehmende Gesellschaft, wenn vor der Verschmelzung ein Fortsetzungsbeschluss gefasst wird⁴. Nichtig und damit nicht eintragungs-

1 Zur Fusion gemeindeeigener GmbHs App, ZKF 1995, 55.

2 Zum Steuerrecht HARITZ/HOMEISTER, FR 2001, 941; zum EG-Recht NEYE ua., ZGR 1999, 13.

3 Zu den Voraussetzungen eines Fortsetzungsbeschlusses siehe BayObLG 3 ZBR 462/97 vom 4. 2. 1998, GmbHR 1998, 540; ULMER in Hachenburg, § 60 GmbHG Rz. 78; SCHWARZ in Widmann/Mayer, § 3 UmwG Rz. 5 ff. (Mai 1996).

4 Streitig, siehe LUTTER, § 3 UmwG Rz. 16; OLG Naumburg 10 Wx 1/97 vom 12. 2. 1997, GmbHR 1997, 1152; BAYER, ZIP 1997, 1614.

fähig ist eine Verschmelzung, die gegen ein gesetzliches Verbot verstößt (§ 134 BGB)¹.

Die übertragende Gesellschaft muss grundsätzlich zum Zeitpunkt der Eintragung der Verschmelzung existieren. Gleiches gilt im Fall der Verschmelzung durch Aufnahme für die übernehmende Gesellschaft. Fraglich ist damit, ob die Verschmelzung von **GmbHs im Gründungsstadium** (also zwischen Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrags und Eintragung) damit ausgeschlossen ist (eingehend dazu Tz. 1209–1210 *GmbH → KG*). Der Verschmelzungsvertrag und die Zustimmungsbeschlüsse können mE jedoch schon gefasst werden. 977

Steuerrechtlich gelten die §§ 11 ff. UmwStG. Der Vorgang kann ertragsteuerverneutral gestaltet werden. Die Aufdeckung stiller Reserven ist nur insoweit zwingend, als die Gegenleistung nicht nur in Gesellschaftsrechten besteht (zB bare Zuzahlung) oder die übernehmende GmbH beschränkt steuerpflichtig bzw. steuerfrei ist (§ 11 Abs. 1 UmwStG). 978

Über § 2 Abs. 1 UmwStG iVm. § 17 Abs. 2 UmwG kann die Verschmelzung auf einen Stichtag, der bis zu acht Monaten vor dem Tag der Anmeldung liegt, **zurückbezogen** werden. 979

Keine Verschmelzung ist die **Einbringung von GmbH-Anteilen** in eine andere GmbH. Die GmbH, deren Anteile eingebracht werden, bleibt bestehen². Allerdings geht die Einbringung (oder der Verkauf) von Anteilen der Verschmelzung häufig voraus. 980

Erfolgt die Einbringung gegen **Gewährung von Gesellschaftsanteilen** (offene Sacheinlage), ist dies Veräußerung, es sei denn, die übernehmende Gesellschaft hat aufgrund ihrer Beteiligung einschließlich der übernommenen Anteile unmittelbar die Mehrheit der Stimmrechte an der Gesellschaft, deren Anteile eingebracht wurden. In diesem Fall gelten die §§ 20–22 UmwStG (§ 20 Abs. 1 S. 2 UmwStG), und zwar auch bei grenzüberschreitender Fusion von EG-Kapitalgesellschaften (§ 23 UmwStG)³. 981

1 So OLG Hamm 15 W 151/96 vom 26. 9. 1996, DB 1997, 268, für die Verschmelzung einer Steuerberatungs-GmbH mit einer gewerblichen GmbH.

2 OLG Celle 1 W 18/88 vom 14. 7. 1988, WM 1988, 1375. Gleiches gilt bei Verkauf aller GmbH-Anteile an eine andere GmbH. Zur Rückbeziehung der Zugehörigkeit zum Betriebsvermögen einer bisher im Privatvermögen gehaltenen Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft FG München 7 K 7191/85 vom 17. 9. 1991, EFG 1992, 201.

3 Siehe dazu RITTER, BB 1992, 361; FÖRSTER/DAUTZENBERG, DB 1993, 645; KNOBBE-KEUK, DSz 1992, 675; RÖDDER, IStR 1994, 257; THIEL, GmbHR 1994, 277; HERZIG/

GmbH ↔ GmbH

- 982 Ist der Einbringende bereits an der anderen GmbH beteiligt und erfolgt die **Einbringung ohne Gewährung von Gesellschaftsrechten** oder sonstigen Vergütungen, ist dies verdeckte Einlage, die im Rahmen des § 17 EStG (Anteile aus dem Privatvermögen) einer Veräußerung gleichgestellt wird¹, obwohl die verdeckte Einlage keine Veräußerung ist². Bei Anteilen im Betriebsvermögen handelt es sich um eine gewinnrealisierende Entnahme³. Die Grundsätze des **Tauschgutachtens**⁴ sind seit dem 1. 1. 1999 nicht mehr anwendbar (§ 27 Abs. 5 a UmwStG).

B. Verschmelzung durch Aufnahme

I. Zivilrecht

1. Voraussetzungen

- 983 Zur Verschmelzung von GmbHs durch Aufnahme sind folgende Schritte notwendig:
- Abschluss eines **Verschmelzungsvertrags** (§ 4 UmwG),
 - ggf. Erstellung eines **Verschmelzungsberichts** (§ 8 UmwG),
 - ggf. **Verschmelzungsprüfung** (§ 9 UmwG),
 - ggf. **Information des Betriebsrats** (§ 5 Abs. 3 UmwG),
 - **Zustimmungsbeschluss** der beteiligten Gesellschaften (§ 13 UmwG),
 - ggf. verbunden mit einem **Kapitalerhöhungsbeschluss**,

FÖRSTER, DB 1994, 1; HERZIG/DAUTZENBERG, DB 1992, 1; WASSERMEYER, DStR 1992, 57; CARL, Inf. 1992, 316; GANSKE, DB 1992, 125; zur Verschmelzung einer französischen Kapitalgesellschaft mit einer deutschen GmbH RIXEN/BÖTTCHER, GmbHR 1993, 572. Zum Anteilstausch über die Grenze Schweiz/Österreich HALFER, JStR 1993, 97; zur inländischen Holding im grenzüberschreitenden Konzern GROTHERR, BB 1995, 1510; zur Grunderwerbsteuer GÖTZ, GmbHR 2001, 277.

1 Siehe § 17 Abs. 1 S. 2 EStG in der Fassung des Steueränderungsgesetzes 1992, BStBl. 1992 I, 146; anwendbar ab Veranlagungszeitraum 1992; zur Rechtslage bis zur gesetzlichen Neuregelung BFH VIII R 10/01 vom 18. 12. 2001, DStRE 2002, 488.

2 BFH I R 147/83 vom 27. 7. 1988, BStBl. 1989 II, 271; BFH VIII R 5/00 vom 18. 12. 2001, BFH/NV 2002, 640; BFH I R 43/86 vom 28. 2. 1990, BStBl. 1990 II, 615.

3 BFH GrS 2/86 vom 26. 10. 1987, BStBl. 1988 II, 348.

4 Siehe hierzu BMF vom 9. 2. 1998, BStBl. 1998 I, 163; RÖDDER, DStR 1998, 474; OLBING, GmbH-StB 1998, 138; zur Fusion durch Aktientausch DONATH/ZUGMEIER, BB 1997, 2401; KUPKA, DB 1998, 229.

- Erstellung einer **Schlussbilanz** (§ 17 Abs. 2 UmwG),
- **Anmeldung** der Verschmelzung (§ 16 Abs. 1 UmwG).

2. Verschmelzungsvertrag

a) Form, Inhalt, Änderung

Grundlage der Verschmelzung ist ein **Vertrag zwischen der übertragenden und der übernehmenden GmbH** (§ 4 Abs. 1 UmwG). Firma, Sitz¹ und Vertretung der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften sind im Vertrag zu nennen (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Vertreten werden die Gesellschaften von ihren vertretungsberechtigten Organen, idR also von den Geschäftsführern. Für die Vertretungsbefugnis gelten die jeweiligen Satzungsregeln (Einzelvertretung, Gesamtvertretung). Prokuristen sind allein nicht zur Vertretung befugt (kein gewöhnliches Handelsgeschäft, § 49 Abs. 1 HGB). Andere Personen können aufgrund besonderer Vollmacht zum Vertragsabschluss ermächtigt werden². Werden mehrere Gesellschaften von einem Geschäftsführer vertreten, ist eine Befreiung von § 181 BGB erforderlich.

Werden **mehrere Gesellschaften** gleichzeitig auf eine bestehende GmbH verschmolzen, so ist ein einheitlicher Vertrag abzuschließen. Getrennte Verträge mit den jeweils übertragenden Gesellschaften sind unzulässig. Der einheitliche Vertrag soll garantieren, dass alle Beteiligten den gesamten Vorgang kennen.

Der Verschmelzungsvertrag bedarf **notarieller Beurkundung** (§ 6 UmwG)³.

1 Zur Begründung eines Doppelsitzes bei Verschmelzung KATSCHINSKI, ZIP 1997, 620.

2 Die Vollmacht kann formlos erteilt werden (§ 167 Abs. 2 BGB). Anders bei Verschmelzung zur Neugründung, hier bedarf die Vollmacht notarieller Form (§ 2 Abs. 2 GmbHG).

3 Zur Beurkundung im Ausland: LUTTER, § 6 UmwG Rz. 8ff.; ZIMMERMANN in Kallmeyer, § 6 UmwG Rz. 10; HECKSCHEN in Widmann/Mayer, § 6 UmwG Rz. 42ff. (Juli 1996); REUTER, BB 1998, 116; AG Köln 42 AR 468/89 vom 22. 6. 1989, DB 1989, 2014; LG Köln 87 T 20/89 vom 13. 10. 1989, WM 1989, 1769 = GmbHR 1990, 171; AG Fürth HR B 2177 vom 16. 11. 1990, GmbHR 1991, 24; LG Nürnberg-Fürth 4 HK T 489/91 vom 20. 8. 1991, GmbHR 1991, 582; LG Augsburg 2 HKT 2093/96 vom 4. 6. 1996, RIW 1998, 65; zur Verschmelzung von Genossenschaften BayObLG 3 ZBR 145/96 vom 23. 10. 1996, DB 1997, 88 mit Anm. SCHAFFLAND, DB 1997, 863 und LG Kiel 3 T 143/97 vom 25. 4. 1997, DB 1997, 1223.

GmbH ↔ GmbH

- 987 Der Vertrag kann **vor oder nach** der **Beschlussfassung** durch die Anteilseigner abgeschlossen werden (§ 4 Abs. 2 UmwG). In der Praxis ist es idR erforderlich, den Vertrag vorab in einem nicht förmlichen Verfahren mit allen Beteiligten abzustimmen, da ansonsten unnötige Kosten der Beurkundung entstehen.
- 988 Der notwendige **Inhalt** des Verschmelzungsvertrags ist in den §§ 5, 46 UmwG ausführlich geregelt¹.
- 989 Der Vertrag muss die Erklärung enthalten, dass das **Vermögen** der übertragenden GmbH gegen Gewährung von Anteilen an der übernehmenden Gesellschaft auf die übernehmende GmbH **übertragen** wird (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 UmwG).
- 990 Der Vertrag muss das **Umtauschverhältnis** der Anteile (siehe Tz. 1006–1013), den Nennbetrag der Geschäftsanteile, die jedem Gesellschafter der übertragenden GmbH von der übernehmenden Gesellschaft gewährt werden, zuzüglich etwaiger barer Zuzahlung nennen (§ 5 Abs. 1 Nr. 3, § 46 Abs. 1 UmwG). Dies gilt auch bei der Verschmelzung von Schwestergesellschaften². Bestimmt werden muss ferner, ob die Gegenleistung in vorhandenen Geschäftsanteilen einer übernehmenden Gesellschaft besteht, (§ 46 Abs. 3 UmwG) oder ob Geschäftsanteile gewährt werden, die durch Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft zu schaffen sind. Es empfiehlt sich, den Inhalt des Kapitalerhebungsbeschlusses in den Vertrag aufzunehmen.
- 991 Sollen neue Anteile mit anderen Rechten und Pflichten als sonstige Geschäftsanteile der übernehmenden Gesellschaft ausgestattet werden, so ist dies im Vertrag festzulegen (§ 46 Abs. 2 UmwG). Ebenso ist die Einräumung und Erhaltung von **Vorzugsrechten** für einzelne Gesellschafter aufzunehmen (§ 5 Abs. 1 Nr. 6 UmwG). Gleiches gilt für besondere **Vorteilsgewährungen** an Geschäftsführer, Aufsichtsräte oder Prüfer (§ 5 Abs. 1 Nr. 8 UmwG)³.
- 992 Festzulegen ist der **Verschmelzungstichtag** (§ 5 Abs. 1 Nr. 6 UmwG). Ab diesem Stichtag gelten Handlungen der übertragenden GmbH als für Rechnung der übernehmenden GmbH vorgenommen. Die „Rück-

1 Musterverträge: LANGENFELD, GmbH-Vertragspraktikum, S. 263ff.; ENGL in Steuerliches Vertrags- und Formularbuch, A. 15.63; HOFFMANN-BECKING in Münchener Vertragshandbuch, Band 1, X.10; HECKSCHEN in Widmann/Mayer, Anh. 4 zum UmwStG M 1 (Mai 1996).

2 OLG Frankfurt 20 W 60/98 vom 10. 3. 1998, GmbHR 1998, 542.

3 Gemeint sind etwa Abfindungen für vorzeitige Vertragsaufhebungen. Übliche Honorare für Abschlussprüfer sollen keine Vorteile sein, siehe GRUNEWALD in Lutter, Kölner Umw., S. 21.

wirkung“ der Verschmelzung hat also keine dingliche, sondern eine rein schuldrechtliche Wirkung im Innenverhältnis. Die dinglichen Wirkungen, wie etwa der Eigentumsübergang, finden erst mit Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister statt. Zur Wahl des Stichtags siehe Tz. 1054.

Ferner ist der Tag zu bestimmen, ab dem die den Gesellschaftern der übertragenden GmbH zu gewährenden Geschäftsanteile **gewinnbezugsberechtigt** sind (§ 5 Abs. 1 Nr. 5 UmwG). Bestimmt werden kann lediglich der Zeitpunkt der Gewinnansprüche, nicht hingegen der Zeitpunkt, zu dem die Gesellschafter der übertragenden GmbH die Mitgliedschaft in der aufnehmenden GmbH erwerben. Dies ist zwingend der Tag der Eintragung der Verschmelzung (§ 20 Abs. 3 UmwG). Abweichend von dem Zeitpunkt des Erwerbs der Mitgliedschaft kann im Innenverhältnis bestimmt werden, dass Ansprüche auf einen Anteil am Gewinn schon für einen früheren oder erst für einen späteren Zeitpunkt entstehen. IdR wird das Gewinnbezugsrecht ab Verschmelzungstichtag gewährt werden. 993

Hinweis: Bei der Regelung des Gewinnbezugsrechts ist darauf zu achten, dass die Anteile nach Verschmelzung einen Anteil an allen bisher von den beteiligten Gesellschaften nicht ausgeschütteten Gewinnen vermitteln. Dies ist bei der Bestimmung des Umtauschverhältnisses zu berücksichtigen. 994

Besonderheiten gelten, wenn durch die Verschmelzung an die Stelle frei veräußerbarer Anteile die Geschäftsanteile treten, die einer vertraglichen oder gesetzlichen¹ Verfügungsbeschränkung unterworfen sind. Hier ist im Verschmelzungsvertrag den Gesellschaftern ein **Abfindungsangebot** für den Fall zu unterbreiten, dass sie widersprechen (§ 29 Abs. 1 S. 2 UmwG). Zur Höhe des Abfindungsangebots siehe Tz. 1014–1017; zur Ausübung des Widerspruchsrechts Tz. 1041–1048. Ein Abfindungsangebot ist auch dann zu unterbreiten, wenn die abgegebenen Anteile vinkuliert waren². 995

Befinden sich **alle Anteile** der übertragenden GmbH **in der Hand der übernehmenden GmbH**, so sind die Angaben zum Umtausch der Anteile sowie zum Zeitpunkt des Gewinnbezugsrechts entbehrlich (§ 5 Abs. 2 UmwG), da bei der Verschmelzung einer 100%igen Tochtergesellschaft auf die Mutter die Gewährung von Anteilen entfällt. 996

¹ So § 29 Abs. 1 S. 2 UmwG in der seit dem 1. 8. 1998 geltenden Fassung, BGBl. 1998 I, 1878.

² Streitig, siehe MARSCH-BARNER in Kallmeyer, § 29 UmwG Rz. 9.

GmbH ↔ GmbH

Werden hingegen Gesellschaften, an denen gleiche Gesellschafter beteiligt sind (**Schwesterfusion**), verschmolzen, so kann auf die Anteilsgewährung sowie auf die Angaben nach §§ 5 Abs. 1 Nr. 1 bis 3, 46 Abs. 1 S. 1 UmwG nicht verzichtet werden¹. Streits ist, ob eine Kapitalerhöhung um den Nominalbetrag des Nennkapitals der übertragenden GmbH notwendig ist oder auch ein geringerer Betrag – ggf. Euro 50,- (Tz. 1013) – ausreicht².

- 997 **Hinweis:** In der Literatur wird vorgeschlagen, vor Verschmelzung die Anteile der einen Schwester auf die andere zu übertragen, um sodann eine Verschmelzung ohne Kapitalerhöhung vornehmen zu können („zweistufige Konzernverschmelzung“)³. Erfolgt aber die Übertragung nicht gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten – was wiederum eine Kapitalerhöhung voraussetzt –, ist steuerlich die Realisierung der stillen Reserven in den Anteilen zwingend (Verkauf oder verdeckte Einlage), was aber ggf. gem. § 8 b KStG steuerbefreit ist.
- 998 Nach § 5 Abs. 1 Nr. 4 UmwG muss der Vertrag „die **Einzelheiten für die Übertragung der Anteile** des übernehmenden Rechtsträgers“ enthalten. Hierunter ist zB die Festlegung des technischen Ablaufs für den Anteilstausch und die Tragung der Kosten⁴ zu verstehen.
- 999 Zwingend ist letztendlich, die **individual- und kollektivarbeitsrechtlichen Folgen** der Verschmelzung für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen sowie die insoweit vorgesehenen Maßnahmen im Vertrag darzustellen (§ 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG; hier Tz. 783–803 GmbH → GmbH).
- 1000 Darüber hinaus ist es zweckmäßig, im Verschmelzungsvertrag alle Fragen zu regeln, die **über den zwingenden Inhalt hinaus** für die Gesellschafter von Bedeutung sind. Dies gilt beispielsweise für Regelungen hinsichtlich der Geschäftsführung, der Firma (siehe Tz. 1089), des

1 OLG Frankfurt 20 W 60/98 vom 10. 3. 1998, DB 1998, 917; LUTTER, § 5 UmwG Rz. 82; MAYER in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 41 ff. (Juni 2001); BAUMANN, BB 1998, 2321.

2 Siehe MAYER in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 41 ff. (Juni 2001), mwN; ferner OLG Frankfurt 20 W 60/98 vom 10. 3. 1998, DB 1998, 917, wonach bei einer Schwesterfusion die Saldierung positives und negatives Vermögen der Gesellschaften nicht zulässig ist; dagegen mE zu Recht MAYER, DB 1998, 913.

3 GRUNEWALD in Lutter, Kölner Umw., S. 54; nach hM darf der Verschmelzungsbeschluss erst nach Abtretung der Anteile gefasst werden, siehe BAYER, ZIP 1997, 1613 mwN.

4 Auch für den Fall, dass die Verschmelzung scheitert. Zur Wirksamkeit einer Kostenvereinbarung OLG Stuttgart 3 U 77/94 vom 23. 11. 1994, ZIP 1995, 837.

Unternehmensgegenstands etc.¹. Der Verschmelzungsvertrag kann die übernehmenden Gesellschaften insoweit zur entsprechenden Satzungsänderung verpflichten².

Der Verschmelzungsvertrag kann unter einer **aufschiebenden Bedingung** (Verschmelzung wird wirksam, wenn die Bedingung eintritt) abgeschlossen werden (§ 7 UmwG). Ist die Bedingung nach Ablauf von fünf Jahren nicht eingetreten, kann der Vertrag mit halbjähriger Frist gekündigt werden. Der Vertrag kann einen kürzeren Zeitraum als fünf Jahre festlegen. 1001

Ein **auflösend bedingter Verschmelzungsvertrag** (Wirkung des Vertrags entfällt mit Eintritt der Bedingung) ist nur zulässig, wenn der Wegfall der Vertragswirkung an den Eintritt der Bedingung vor Anmeldung der Verschmelzung zum Handelsregister geknüpft ist³. 1002

Bis zum Zustimmungsbeschluss der Gesellschafter kann der Vertrag in notarieller Form **geändert** oder formfrei **aufgehoben** werden⁴. 1003

Ein **Anteilsübergang** zwischen Abschluss des Verschmelzungsvertrags und dessen Wirksamwerden beeinträchtigt die Verschmelzung nicht⁵. 1004

Ein Verschmelzungsvertrag, der nicht notariell beurkundet wurde oder inhaltlich nicht den Mindestanforderungen (Tz. 984–999) genügt, ist **nichtig**⁶. Zur Heilung durch Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister Tz. 1097. 1005

b) Umtauschverhältnis

Den Gesellschaftern der übertragenden GmbH ist für den Verlust ihrer Anteile eine entsprechende Beteiligung an der übernehmenden 1006

1 Zur Verpflichtung, einen Beherrschungsvertrag abzuschließen, siehe OLG München 27 U 459/92 vom 12. 5. 1993, BB 1993, 2040.

2 LUTTER, § 5 UmwG Rz. 76.

3 LUTTER, § 4 UmwG Rz. 21; KÖRNER/RODEWALD, BB 1999, 853.

4 LUTTER, § 4 UmwG Rz. 19f.

5 WINTER in Lutter, § 46 UmwG Rz. 6.

6 LUTTER, § 5 UmwG Rz. 89; zur Anfechtung eines Verschmelzungsvertrags OLG Hamm 15 W 276/91 vom 8. 10. 1991, BB 1992, 173; OLG Karlsruhe 15 U 305/90 vom 7. 2. 1992, WM 1992, 654; BGH II ZR 69/92 vom 29. 3. 1993, DStR 1993, 884; SCHMIDT-TROSCHKE, GmbHR 1992, 505. Zur Bilanzierung bei Anfechtung des Verschmelzungsvertrags OLG Hamm 8 U 135/91 vom 11. 12. 1991, BB 1992, 957, bestätigt durch BGH II ZR 30/92 vom 12. 10. 1992, DB 1992, 2432, mit Anm. GÖTZ, DB 1992, 2432.

GmbH ↔ GmbH

GmbH zu gewähren. Grundsätzlich ist dabei der **Gleichbehandlungsgrundsatz** zu wahren. Der Anteilstausch darf weder bei den Gesellschaftern der übertragenden noch bei den Gesellschaftern der übernehmenden GmbH zu Einbußen an bestehenden Mitgliedschaftsrechten führen.

- 1007 Hat ein Gesellschafter **mehrere Geschäftsanteile**, so stehen ihm entsprechende Anteile in gleicher Anzahl an der übernehmenden Gesellschaft zu¹. Eine Zusammenlegung von Anteilen ist nur mit Zustimmung des Gesellschafters möglich. Die Zusammenlegung bedeutet für den betroffenen Gesellschafter eine Einschränkung seiner Rechte, da er zum Verkauf von Anteilen eines Geschäftsanteils der Genehmigung der Gesellschaft bedarf (§ 17 Abs. 1 GmbHG).
- 1008 Ist ein Gesellschafter bereits an der übernehmenden GmbH beteiligt, kann die Anteilsgewährung durch **Erhöhung des Nennbetrags** seines Anteils erfolgen. Die Aufstockung ist im Kapitalerhöhungsbeschluss festzulegen. Voraussetzung ist, dass der bisherige Geschäftsanteil voll eingezahlt ist². Gesellschaftern mit stimmrechtslosen Anteilen sind gleichwertige Rechte an der übernehmenden Gesellschaft zu gewähren (§ 23 UmwG).
- 1009 Auch wertmäßig müssen die neuen Anteile den untergehenden entsprechen. Grundlage der **Wertermittlung** ist der Verkehrswert des Unternehmens incl. stiller Reserven und Firmenwert zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Verschmelzung³. Die Bewertung richtet sich grundsätzlich nach dem Ertragswert⁴.
- 1010 **Abfindungsregeln** in den Gesellschaftsverträgen haben keine Bedeutung. **Bare Zuzahlungen** dürfen bis zur Höhe von 10% des Gesamtnennbetrags der gewährten Anteile geleistet werden (§ 54 Abs. 4 UmwG).
- 1011 Den Gesellschaftern der untergehenden GmbH kann die übernehmende Gesellschaft **eigene Anteile**, die sie selbst besitzt oder von der

1 MAYER in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 88 (November 1999).

2 MAYER in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 90 (November 1999).

3 Streitig, wie hier MAYER in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 131 (November 1999); aA LUTTER, § 5 UmwG Rz. 21.

4 MAYER in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rz. 96ff. (November 1999); LUTTER, § 5 UmwG Rz. 18ff.; LG Köln 91 O 204/88 vom 16. 12. 1992, DB 1993, 217, zur Berücksichtigung eines Gewinnabführungsvertrags; zur Berücksichtigung von Ertragsteuerwirkungen HEURUNG, DB 1999, 1225; OLG Düsseldorf 19 W 2/00 Akt E vom 20. 11. 2001, DB 2002, 781.

untergehenden GmbH erwirbt, oder durch Kapitalerhöhung **neu geschaffene Anteile** gewähren (§ 54 UmwG).

Diese Wahlmöglichkeit besteht jedoch nicht uneingeschränkt. So ist eine **Kapitalerhöhung unzulässig**, soweit die übernehmende GmbH Anteile an der übertragenden GmbH besitzt (§ 54 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UmwG; Verschmelzung Tochter auf Mutter), da insoweit keine Anteile zu gewähren sind (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG)¹. Gleiches gilt, soweit die übertragende GmbH eigene Anteile besitzt oder ihr Anteile an der übernehmenden GmbH gehören, die nicht in voller Höhe eingezahlt sind (§ 54 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 UmwG). Gleichgestellt mit eigenen Anteilen sind Anteile, die ein Dritter treuhänderisch für eine der beteiligten Gesellschaften hält (§ 54 Abs. 2 UmwG). Bei der Verschmelzung von Schwestergesellschaften ist das Stammkapital der übernehmenden Gesellschaft hingegen zu erhöhen². 1012

Soweit die Kapitalerhöhung zulässig ist, erleichtert § 55 UmwG die **Durchführung**. So entfällt die Übernahmeerklärung (§ 55 Abs. 1 GmbHG) und die Einlageleistung (§§ 56 a, 57 Abs. 2 GmbHG). Der Mindestnennbetrag pro Anteil beträgt Euro 50,-. Die Teilung eigener Anteile ist zulässig (§ 54 Abs. 3 UmwG). Lautet das Nennkapital noch auf DM, so besteht bei Eintragung der Verschmelzung nach dem 31. 12. 2001 die Verpflichtung zur Umstellung des Kapitals auf Euro (§ 86 Abs. 1 S. 3 GmbHG). 1013

c) Barabfindung

Die Barabfindung (Tz. 995) muss die Verhältnisse der GmbH zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Verschmelzung berücksichtigen (§ 30 Abs. 1 UmwG). Der Gesellschafter hat Anspruch auf den **vollen wirtschaftlichen Wert** seiner Anteile. Etwaige Satzungsregelungen über die Abfindung ausscheidender Gesellschafter sind nicht relevant³. Grundsätzlich ist der Ertragswert als der für eine Unternehmensbewertung gängige Maßstab zugrunde zu legen. Der Substanzwert fungiert als Kontrollwert⁴. 1014

1 Zur Berechnung siehe SCHMITT/HÖRTNAGL/STRATZ, § 54 UmwG Rz. 6; eine solche Verschmelzung kann ggf. zur Kapitalherabsetzung genutzt werden, siehe RODEWALD, GmbHR 1997, 19.

2 Eingehend WINTER in Lutter, § 54 UmwG Rz. 16ff.

3 SCHÖNE, GmbHR 1995, 325.

4 BayObLG 3 ZBR 17/90 vom 19. 10. 1995, AG 1996, 127; BayObLG 3 ZBR 67/89 vom 31. 5. 1995, WM 1995, 1580; LG Dortmund 20 AktE 2/94 vom 1. 7. 1996, DB 1996, 2221; VOLLRATH in Widmann/Mayer, § 30 UmwG Rz. 10ff. (August 2000);

GmbH ↔ GmbH

- 1015 Gesetzlich nicht geregelt ist die Frage, wer die **Höhe der Abfindung** für die Beschlussfassung festlegt. Da es sich nicht um eine Geschäftsführungsmaßnahme handelt, ist mE die Gesellschafterversammlung zuständig, die – wenn keine abweichende Satzungsregelung besteht – mit einfacher Mehrheit entscheidet. Da das Abfindungsangebot bereits vor Beschlussfassung mitgeteilt werden muss, ist der Gesellschafterversammlung, die über die Verschmelzung beschließt, ggf. eine Gesellschafterversammlung, die über die Abfindungshöhe beschließt, vorzuschalten.
- 1016 Die Angemessenheit der Abfindung ist stets durch einen Prüfer zu prüfen (§ 30 Abs. 2 UmwG). Für die Prüfung gelten die Tz. 1023–1029 (§ 30 Abs. 2 S. 2 UmwG). Allerdings können die Berechtigten auf die **Prüfung** und den Prüfungsbericht verzichten, wobei die Verzichtserklärung notariell zu beurkunden ist (§ 30 Abs. 2 S. 3 UmwG). Dieser Verzicht wird dann in Betracht kommen, wenn die Überstimmten das Unternehmen so gut kennen, dass sie die Angemessenheit des Angebots selbst abschätzen können oder wenn das Angebot so großzügig bemessen ist, dass der Prüfer nur die Unangemessenheit mit umgekehrten Vorzeichen feststellen kann. Der Verzicht spart in solchen Fällen weitere Prüfungskosten.
- 1017 Zur **Annahme des Abfindungsangebots** siehe Tz. 1043.

3. Verschmelzungsbericht und Prüfung

- 1018 Die Vertretungsorgane (idR die Geschäftsführer) der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften haben einen Verschmelzungsbericht zu erstellen (§ 8 Abs. 1 UmwG). Der Bericht kann für jede Gesellschaft gesondert oder für alle gemeinsam erstattet werden. Zu erläutern und zu begründen sind die rechtlichen und wirtschaftlichen **Folgen der Verschmelzung**, insbesondere das Umtauschverhältnis und die Höhe anzubietender Barabfindungen gemäß § 29 UmwG¹. Auf besondere Schwierigkeiten bei der Bewertung sowie auf die Folgen für die Beteiligten ist hinzuweisen. Entsprechende Angaben sind auch für verbundene Unternehmen zu machen².

bei Aktiengesellschaften gilt der Börsenwert siehe BGH II ZB 15/00 vom 12. 3. 2001, AG 2001, 417; LG Dortmund 20 Akt E 8/94 vom 18. 11. 2000, AG 2001, 544; LUTTERMANN, ZIP 2001, 869; ERB, DB 2001, 523.

¹ SCHÖNE, GmbHR 1995, 325.

² Eingehend LUTTER, § 8 UmwG Rz. 13ff.; MAYER in Widmann/Mayer, § 8 UmwG Rz. 17ff. (November 1999).

Ausnahmen hinsichtlich der Berichtspflicht gelten, soweit dem Unternehmen Nachteile drohen (§ 8 Abs. 2 UmwG). Dies ist jedoch wiederum zu begründen (§ 8 Abs. 2 S. 2 UmwG), mE eine wenig sinnvolle Regelung. 1019

Der Bericht ist nicht erforderlich, wenn alle Anteilsinhaber in notarieller Form auf seine Erstattung verzichten oder sich alle Anteile der übertragenden GmbH in der Hand der übernehmenden GmbH befinden (§ 8 Abs. 3 UmwG). ME genügt es, wenn der **Verzicht** im Verschmelzungsbeschluss enthalten ist¹. 1020

Prüfungspflichtig ist der Verschmelzungsvertrag nur dann, wenn einer der Gesellschafter dies verlangt (§ 48 UmwG). 1021

Hinweis: Die Formulierung des § 48 UmwG legt nahe, reines Schweigen, das Nichtfordern der Prüfung durch die Anteilseigner genüge, um die Prüfung entbehrlich zu machen. Andererseits verweist jedoch § 9 Abs. 3 UmwG pauschal auf § 8 Abs. 3 UmwG, der entsprechend anwendbar sei. Danach ist die Prüfung nur dann nicht erforderlich, wenn alle Anteilsinhaber aller beteiligten GmbHs notariell verzichten oder es um die Verschmelzung einer 100%igen Tochter mit der Mutter geht (so auch § 9 Abs. 2 UmwG). Sicherer ist damit in jedem Fall der Weg über die notariellen Verzichtserklärungen. Zulässig ist es auch, die Verschmelzung vorsorglich prüfen zu lassen, ohne dass dies ein Gesellschafter verlangt. 1022

Prüfungsberechtigt sind Wirtschaftsprüfer oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, bei mittelgroßen oder kleinen GmbHs auch vereidigte Buchprüfer oder Buchprüfungsgesellschaften (§ 11 UmwG iVm. § 319 HGB). 1023

Es können für jede GmbH gesondert oder für alle Gesellschaften gemeinsam ein oder mehrere **Prüfer** bestellt werden (§ 10 Abs. 1 S. 2 UmwG). 1024

Zuständig für die **Bestellung** sind die Geschäftsführer. Diese können den Prüfer selbst auswählen oder die Bestellung dem Landgericht, in dessen Bezirk der Sitz der Gesellschaft liegt, übertragen (§ 10 Abs. 1 und 2 UmwG)². 1025

¹ So auch LUTTER, § 8 UmwG Rz. 50.

² Zur Frage, welches Gericht bei mehreren beteiligten Gesellschaften zur Bestellung eines gemeinsamen Prüfers zuständig ist, BUNGERT, BB 1995, 1399.

GmbH ↔ GmbH

- 1026 **Hinweis:** Erfolgt die Bestellung nicht im Einvernehmen mit den Gesellschaftern, ist eine gerichtliche Bestellung vorzuziehen.
- 1027 Für die **Vergütung** der vom Gericht bestellten Prüfer gilt § 318 Abs. 5 HGB (§ 10 Abs. 1 S. 2 UmwG); für das Auskunftsrecht § 320 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 1 und 2 HGB (§ 11 Abs. 1 UmwG); für die Verantwortlichkeit § 323 HGB (§ 11 Abs. 2 UmwG). Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Prüfer siehe §§ 314, 315 UmwG.
- 1028 **Prüfungsgegenstand** ist die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses und der baren Zuzahlung (§ 12 Abs. 2 UmwG).
- 1029 Die Verschmelzungsprüfer haben über das Ergebnis der Prüfung einen schriftlichen **Bericht** zu erstatten (§ 12 Abs. 1 UmwG). Zum Inhalt siehe § 12 Abs. 2 UmwG. Der Bericht ist entbehrlich, wenn alle Anteilseigner notariell verzichten (§ 12 Abs. 3 iVm. § 8 Abs. 3 UmwG).

4. Zustimmungsbeschlüsse

a) Vorbereitung der Beschlussfassung

- 1030 Der Verschmelzungsvertrag bzw. sein Entwurf bedarf der Zustimmung der Gesellschafter der beteiligten Gesellschaften (§ 13 Abs. 1 S. 1 UmwG). Der Beschluss kann nur in einer **Gesellschafterversammlung** gefasst werden, auch wenn die jeweilige Satzung Beschlussfassungen außerhalb der Gesellschafterversammlung zulässt (§ 13 Abs. 1 S. 2 UmwG).
- 1031 Die Geschäftsführer haben in der **Einberufung** der Gesellschafterversammlung die Beschlussfassung über die Verschmelzung anzukündigen (§ 49 Abs. 1 UmwG). Der Verschmelzungsvertrag bzw. sein Entwurf und der Verschmelzungsbericht sind spätestens mit der Einladung zu übersenden (§ 47 UmwG). Für die Einberufung gelten die Regelungen der Satzung, insbesondere die dort festgelegten Fristen, ansonsten § 51 GmbHG. Ab Einberufung sind die Jahresabschlüsse und die Lageberichte der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften für die letzten drei Geschäftsjahre in den Geschäftsräumen zur Einsicht durch die Gesellschafter auszulegen (§ 49 Abs. 2 UmwG). Die Geschäftsführer haben jederzeit Auskunft zu geben (§ 49 Abs. 3 UmwG).
- 1032 **Hinweis:** Auf die Formen und Fristen der Einberufung und Ankündigung kann verzichtet werden¹.

¹ MAYER in Widmann/Mayer, § 47 UmwG Rz. 13 (Juli 1996); WINTER in Lutter, § 47 UmwG Rz. 5.

Dem **Betriebsrat** ist der Verschmelzungsvertrag bzw. sein Entwurf einen Monat vor der Gesellschafterversammlung zuzuleiten (§ 5 Abs. 3 UmwG; siehe Tz. 783–794 *GmbH → GmbH*). 1033

b) Mehrheit, Form des Beschlusses

Der Verschmelzungsbeschluss kann grundsätzlich mit einer **Mehrheit** von mindestens 3/4 der abgegebenen Stimmen gefasst werden (§ 50 Abs. 1 UmwG). Es gelten folgende **Ausnahmen**: 1034

- Die Satzung sieht eine größere Mehrheit oder besondere Zustimmungserfordernisse vor (§ 50 Abs. 1 S. 2 UmwG). Nach hM ist auch eine größere Mehrheit, die generell für Satzungsänderungen gilt, bindend¹.
- Werden durch die Verschmelzung besondere Mitgliedschaftsrechte einzelner Gesellschafter tangiert, ist deren Zustimmung erforderlich (§ 50 Abs. 2 UmwG).
- Sind bei der übernehmenden GmbH die Einlagen nicht in voller Höhe erbracht, so müssen bei der übertragenden GmbH alle Gesellschafter der Verschmelzung zustimmen (§ 51 Abs. 1 S. 1 UmwG)².
- Sind bei der übertragenden GmbH die Einlagen nicht in voller Höhe erbracht, so müssen bei der übernehmenden Gesellschaft alle Gesellschafter der Verschmelzung zustimmen (§ 51 Abs. 1 S. 2 UmwG).
- Ist die Anteilsabtretung bei der übertragenden GmbH von der Zustimmung bestimmter Gesellschafter abhängig, so bedarf auch die Verschmelzung deren Zustimmung (§ 13 Abs. 2 UmwG)³.

Kein besonderes Zustimmungserfordernis sieht das Gesetz für den Fall vor, dass die Satzung der übernehmenden GmbH besondere **Nebenpflichten** (zB Wettbewerbsverbot, Nachschusspflicht) enthält⁴. 1035

Die Zustimmungsbeschlüsse sind von den Gesellschaftern **jeder Gesellschaft gesondert** zu fassen. Ein Beschluss ist auch dann erforder- 1036

1 WINTER in Lutter, § 50 UmwG Rz. 6; ZIMMERMANN in Kallmeyer, § 50 UmwG Rz. 9; MAYER in Widmann/Mayer, § 50 UmwG Rz. 42 (November 1999); aA SAGASSER/BULA/BRÜNGER, Umwandlungen, S. 179; REICHERT, GmbHR 1995, 176.

2 Die Einlageforderung geht auf die aufnehmende GmbH über, GRUNEWALD in Lutter, § 20 UmwG Rz. 42.

3 Hierzu SCHÖNE, GmbHR 1995, 325; REICHERT, GmbHR 1995, 176.

4 Zur Kritik sowie zum Vetorecht für Inhaber von Kleinstbeteiligungen WINTER in Lutter, Kölner Umw., S. 45 ff.

GmbH ↔ GmbH

lich, wenn die übernehmende GmbH alleinige Gesellschafterin der übertragenden GmbH ist.

- 1037 Soweit **gegenseitige Beteiligungen** bestehen, kann die beteiligte Gesellschaft mitstimmen. Das Stimmrechtsverbot des § 47 Abs. 4 S. 2 GmbHG gilt nicht, da es sich um einen organisationsrechtlichen Akt handelt¹. Eine Befreiung von § 181 BGB ist hingegen erforderlich².
- 1038 Bei der Beteiligung **Minderjähriger** ist ein Pfleger zu bestellen, wenn der gesetzliche Vertreter selbst an der Gesellschaft beteiligt ist (§§ 1629, 1795 BGB). Vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung bedarf es nur, wenn mit der Verschmelzung die Übernahme fremder Verbindlichkeiten verbunden ist (§ 1822 Nr. 10 BGB), etwa bei nicht voll eingezahlten Anteilen³.
- 1039 Die Beschlussfassungen sind **notariell zu beurkunden**, ebenso etwaige Zustimmungserklärungen von Gesellschaftern, die nicht bei der Beschlussfassung anwesend waren (§ 13 UmwG). Der Verschmelzungsvertrag ist der Urkunde beizufügen. Zur Beurkundung mehrerer Beschlüsse in einer Urkunde siehe Tz. 1098.
- 1040 Auf Verlangen ist jedem Gesellschafter eine **Abschrift** des Verschmelzungsvertrags und des Zustimmungsbeschlusses zu erteilen. Die Kosten hat der Gesellschafter zu tragen (§ 13 Abs. 3 S. 3 UmwG).

c) Widerspruchsrecht gemäß § 29 UmwG

- 1041 Gesellschafter, denen ein Widerspruchsrecht gemäß § 29 Abs. 1 UmwG zusteht (siehe Tz. 995), haben diesen **zur Niederschrift zu erklären**. Der Widerspruch hindert die Wirksamkeit des Beschlusses bei Vorliegen der entsprechenden Mehrheit und der gemäß Tz. 1034 erforderlichen Zustimmungen jedoch nicht. Auch scheiden diese Gesellschafter nicht aus. Vielmehr haben sie ein Wahlrecht, entsprechend der Vereinbarung des Verschmelzungsvertrags in den Gesellschaften zu verbleiben oder auszuscheiden und das Barabfindungsangebot anzunehmen⁴.
- 1042 Den gleichen Anspruch haben Gesellschafter, die nicht zur Gesellschafterversammlung erschienen sind, wenn sie zu Unrecht nicht zur

1 ZIMMERMANN in Kallmeyer, § 50 UmwG Rz. 14; MAYER in Widmann/Mayer, § 50 UmwG Rz. 38 (November 1999), jeweils mwN.

2 ZIMMERMANN in Kallmeyer, § 50 UmwG Rz. 13, mwN.

3 ZIMMERMANN in Kallmeyer, § 50 UmwG Rz. 12, mwN.

4 Eingehend SCHAUB, NZG 1998, 626.

Gesellschafterversammlung zugelassen wurden oder die Versammlung nicht ordnungsgemäß einberufen oder der Gegenstand der Beschlussfassung nicht ordnungsgemäß bekannt gegeben worden ist (§ 29 Abs. 2 UmwG). Ansonsten haben **nicht erschienene Gesellschafter** keinen Abfindungsanspruch.

Das Angebot einer Barabfindung kann nur **binnen zwei Monaten** nach Bekanntmachung der Verschmelzung angenommen werden (§ 31 UmwG). Eine Annahme der Barabfindung vor Eintragung der Verschmelzung ist mE ausgeschlossen, da erst mit der Eintragung feststeht, dass es tatsächlich zum Vermögensübergang kommt. Unberührt bleibt ggf. ein Austrittsrecht. 1043

Der **Abfindungsanspruch** entsteht mit der Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister und ist sogleich fällig. Die Abfindung ist ab Bekanntmachung der Eintragung der Umwandlung mit 2% pa. über dem jeweiligen Basiszins nach § 247 BGB zu verzinsen (§§ 30 Abs. 1 S. 2, 15 Abs. 2 S. 1 UmwG)¹. Die Geltendmachung eines weitergehenden (Verzugs-)Schadens ist nicht ausgeschlossen. 1044

Schuldner des Anspruchs ist die übernehmende GmbH. Sie erwirbt eigene Anteile, was im Rahmen des § 33 Abs. 3 GmbHG zulässig ist². 1045

Zur **steuerlichen Behandlung** siehe Tz. 1163. 1046

Die **Unangemessenheit der Abfindung** berechtigt nicht zur Anfechtung des Umwandlungsbeschlusses (§ 32 UmwG). Auseinandersetzungen um die Angemessenheit sind dem Spruchverfahren zugewiesen (§ 34 iVm. §§ 305 ff. UmwG; siehe Tz. 1250). 1047

Nach § 33 UmwG stehen **Verfügungsbeschränkungen** im Gesellschaftsvertrag einer Veräußerung der Anteile innerhalb der Zwei-Monats-Frist des § 31 UmwG nicht entgegen. Damit soll dem widersprechenden Gesellschafter ermöglicht werden, seinen durch die Verschmelzung erworbenen Anteil frei zu veräußern³. 1048

1 AA LIEBSCHER, AG 1996, 455: Fällig erst am Tag nach Ausübung des Wahlrechts.

2 Zu den Grenzen LUTTER/HOMMELHOFF, § 33 GmbHG Rz. 12f.

3 Durch das Gesetz zur Änderung des UmwG vom 22. 7. 1998, BGBl. 1998 I, 1878, gilt dies nicht nur für vertragliche, sondern auch für gesetzliche Verfügungsbeschränkungen.

d) Anfechtung

- 1049 Die Anfechtung des Verschmelzungsbeschlusses kann nur im Wege der **Klage** geltend gemacht werden, die innerhalb einer Frist von einem Monat nach Beschlussfassung zu erheben ist (§ 14 Abs. 1 UmwG)¹. Die Klage ist bei dem Landgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, einzureichen und gegen die GmbH zu richten. Dies gilt auch bei der übertragenden GmbH, sofern die Anfechtung (was die Regel sein wird) vor der Eintragung erfolgt. Nach der Eintragung (wegen der Frist von einem Monat wohl eher die Ausnahme) ist die Klage gegen die übernehmenden Gesellschaften zu richten (§ 28 UmwG). Zu den Rechtsfolgen für die Eintragung siehe Tz. 1064.
- 1050 Die Klage kann nicht auf ein zu niedriges Umtauschverhältnis gestützt werden (§ 125 iVm. § 14 Abs. 2 UmwG)². Vielmehr ist ein solcher Wertverlust durch bare Zuzahlung auszugleichen (§ 125 iVm. § 15 UmwG). Dieser Anspruch ist im **Spruchverfahren** gemäß §§ 305 ff. UmwG geltend zu machen³. Antragsbefugt für das Spruchstellenverfahren sind nicht nur Gesellschafter, die der Verschmelzung widersprochen haben, sondern auch solche, die zugestimmt haben.
- 1051 Zuständig für das Verfahren ist das **Landgericht**, in dessen Bezirk die übertragende GmbH ihren Sitz hatte⁴. Die Gesellschaft selbst bzw. die Gesellschafter der übernehmenden GmbH sind nicht antragsberechtigt. Der Antrag kann nur binnen zwei Monaten nach dem Tag gestellt werden, an dem die Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister nach § 10 HGB als bekannt gemacht gilt (§ 305 UmwG). Die Entscheidung des Gerichts ist für alle Gesellschafter bindend (§ 311 UmwG).

1 Eingehend SCHÖNE, DB 1995, 1317; SCHMIDT, DB 1995, 1849; zur Frage einer materiellen Beschlusskontrolle im Umwandlungsrecht BINNEWIES, GmbHR 1997, 727.

2 BGH II ZR 1/99 vom 18. 12. 2000, GmbHR 2001, 200; BGH II ZR 368/98 vom 29. 1. 2001, GmbHR 2001, 247; keine Anfechtung neben Spruchstellenverfahren.

3 Eingehend zum Spruchverfahren KRIEGER in Lutter, Kölner Umw., S. 275 ff.; MARTENS, AG 2000, 301; SEETZEN, WM 1994, 45; APP, BB 1995, 267; AHA, AG 1997, 26; LG Düsseldorf 31 O 106/97 vom 15. 6. 2000, AG 2001, 373; zu Reformvorschlägen LUTTER/BEZZENBERGER, AG 2000, 433; NEYE, DStR 2002, 178; NEYE, NZG 2002, 23.

4 Zu Zuständigkeitsproblemen bei Verschmelzung zur Neugründung BORK, ZIP 1998, 550; BUNGERT, DB 2000, 2051.

5. Bilanzierung

Die Geschäftsführer der übertragenden GmbH haben für den Verschmelzungsstichtag eine (handelsrechtliche) **Schlussbilanz** aufzustellen (§ 17 Abs. 2 UmwG). Es gelten die Vorschriften über die Jahresbilanz und ihre Prüfung sinngemäß¹. Anwendbar sind damit die §§ 242 ff., 264 ff. HGB. Es gilt das Anschaffungskostenprinzip (§ 253 Abs. 1 HGB), stille Reserven oder ein originärer Firmenwert sind nicht aufzudecken. Die Bilanz braucht nicht bekannt gemacht zu werden (§ 17 Abs. 2 S. 3 UmwG).

1052

Hinweis: Die Bilanz braucht bei der Beschlussfassung gemäß Tz. 1030 noch nicht vorzuliegen.

1053

Bei der **Wahl des Verschmelzungsstichtags** ist darauf zu achten, dass zwischen Bilanzstichtag und Anmeldung nicht mehr als acht Monate liegen dürfen (§ 17 Abs. 2 S. 4 UmwG)². Zur Fristüberschreitung siehe Tz. 1068.

1054

Die **übernehmende Gesellschaft** hat für den Verschmelzungsstichtag keine gesonderten Bilanzen zu erstellen. Der Vorgang ist wie ein Anschaffungsgeschäft in der Buchführung zu erfassen. Die übernommenen Vermögensgegenstände und Schulden sind grundsätzlich mit den Anschaffungskosten anzusetzen, die der übernehmenden Gesellschaft durch Gewährung von Anteilen und Aufgeld entstehen (§ 253 Abs. 1 HGB)³.

1055

Zulässig ist es jedoch auch (Wahlrecht)⁴, die **Wertansätze** aus der **Schlussbilanz** der übertragenden GmbH fortzuführen (Buchwertfortführung, § 24 UmwG). Dabei kann sowohl ein Verschmelzungsverlust (der Nennwert der ausgegebenen Anteile ist höher als der Buchwert des übernommenen Vermögens), der auszuweisen ist, wie auch ein Verschmelzungsgewinn (der Nennwert der Anteile ist niedriger als

1056

1 Eingehend WIDMANN in Widmann/Mayer, § 24 UmwG Rz. 30ff. (Januar 1997); KORN, KÖSDI 1995, 10 344; zum Bestätigungsvermerk LG Hagen 21 T 4/93 vom 8. 2. 1994, GmbHR 1994, 714; zum Konzernabschluss KÜTING/ZÜNDORT, BB 1994, 1383; SCHMIDBAUER, BB 2001, 2466.

2 Dazu GERMAN, GmbHR 1999, 591; OLG Köln 2 Wx 34/98 vom 22. 6. 1998, GmbHR 1998, 1085.

3 Eingehend WIDMANN in Widmann/Mayer, § 24 UmwG Rz. 219ff. (Januar 1997).

4 Zu den Kriterien für die Ausübung des Wahlrechts PRIESTER in Lutter, Kölner Umw., S. 151f.; PRIESTER, GmbHR 1999, 1273; WIDMANN in Widmann/Mayer, § 24 UmwG Rz. 400ff. (Januar 1997).

GmbH ↔ GmbH

der Buchwert des Vermögens), der als Agio in die Kapitalrücklagen einzustellen ist (§ 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB)¹, entstehen.

- 1057 **Hinweis:** Es besteht weder eine Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz, noch eine umgekehrte Maßgeblichkeit der Steuerbilanz für die Handelsbilanz². Zur gegenteiligen Auffassung der Finanzverwaltung siehe Tz. 1118.
- 1058 Entsprechendes gilt, wenn die übernehmende GmbH an der übertragenden GmbH beteiligt ist. Das übergehende Vermögen wird gegen die untergehenden Anteile gebucht. Eine **Wertdifferenz** führt zu einem Verschmelzungsverlust oder zu einem Verschmelzungsgewinn³. Zum Steuerrecht siehe Tz. 1133.

6. Anmeldung und Eintragung

- 1059 Die **Geschäftsführer** der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften haben die Spaltung bei dem Handelsregister des Sitzes ihrer Gesellschaft anzumelden (§ 16 Abs. 1 S. 1 UmwG). Für die übertragende Gesellschaft können auch die Geschäftsführer der übernehmenden Gesellschaft die Anmeldung vornehmen (§ 16 Abs. 1 S. 2 UmwG). Im Fall der Kapitalerhöhung ist die Anmeldung bei der übernehmenden GmbH von allen Geschäftsführern vorzunehmen (§ 78 GmbHG).
- 1060 Der Anmeldung sind beizufügen (§ 17 UmwG):
- der **Verschmelzungsvertrag**;
 - die Niederschrift der **Verschmelzungsbeschlüsse**⁴;
 - etwaige **Zustimmungserklärungen**;
 - der **Verschmelzungsbericht** bzw. die entsprechende Verzichtserklärung;
 - der **Prüfungsbericht**, sofern ein solcher erstellt wurde;
 - ein Nachweis über die rechtzeitige **Zuleitung** des Verschmelzungsvertrags **an den Betriebsrat**⁵;

1 SARX in Beck Bil.-Komm., § 272 HGB Rz. 64.

2 Eingehend KNOP/KÜTING, BB 1995, 1023; FISCHER, DB 1995, 485; SCHULZE-OSTERLOH, ZGR 1993, 420.

3 Zur bilanziellen Darstellung SCHMITT/HÜLSMANN, BB 2000, 1563.

4 Zur Form OLG Karlsruhe 11 Wx 6/98 vom 2. 3. 1998, GmbHR 1998, 379.

5 Das Gesetz schreibt keine Form vor. Empfehlenswert ist die Vorlage einer Empfangsbestätigung.

- sofern die Verschmelzung einer **staatlichen Genehmigung** bedarf, die Genehmigungsurkunde;
- die **Schlussbilanz** der übertragenden Gesellschaft.

Die Anmeldung bedarf **öffentlich beglaubigter Form** (§ 12 Abs. 1 HGB). 1061

Zulässig und üblich ist darüber hinaus die gleichzeitige Anmeldung einer etwaigen **Kapitalerhöhung**. 1062

Der mit der Anmeldung zum Handelsregister beauftragte **Notar** hat im Rahmen der **Belehrungspflicht** (§ 24 Abs. 1 S. 1 BNotO, § 17 Abs. 1 BeurkG) auf die Notwendigkeit der Anmeldung innerhalb der Acht-Monats-Frist des § 17 Abs. 2 UmwG hinzuweisen. Versäumt der Notar die rechtzeitige Anmeldung, so haftet er für den Schaden (Kosten des erneuten Umwandlungsbeschlusses, Verlust steuerlicher Vorteile). 1063

Eine **Klage gegen** einen der **Verschmelzungsbeschlüsse** hindert grundsätzlich die Eintragung der Verschmelzung (§ 16 Abs. 2 UmwG)¹. Allerdings kann die GmbH bei dem für die Klage zuständigen Gericht beantragen, festzustellen, dass die Erhebung der Klage der Eintragung nicht entgegensteht (**Unbedenklichkeitsverfahren**). Diesem Antrag kann entsprochen werden, wenn die Klage unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist bzw. den Beteiligten durch die Nichteintragung schwere Nachteile drohen (siehe § 16 Abs. 3 UmwG)². Die Geschäftsführer haben bei der Anmeldung zu erklären, dass keine Klage gegen den Verschmelzungsbeschluss anhängig ist. Wird eine solche Klage nach Anmeldung erhoben, so haben die Geschäftsführer dies dem Registergericht mitzuteilen. Die Erklärung der Geschäftsführer kann durch eine notarielle Ver- 1064

1 Zu Problemen bei „schwebender“ Umwandlung KIEM, ZIP 1999, 173.

2 Zum Unbedenklichkeitsverfahren siehe OLG Frankfurt 14 W 23/00 vom 22. 8. 2000, ZIP 2000, 1928; Registersperre bei Mängeln des Verschmelzungsberichts; siehe aber BGH II ZR 368/98 vom 29. 1. 2001, GmbHR 2001, 247; OLG Düsseldorf 17 W 18/99 vom 15. 3. 1999, ZIP 1999, 793; Keine Sperre zur Abwendung drohender Nachteile; OLG Frankfurt 5 W 32/97 vom 17. 2. 1998, DB 1998, 1222; Keine Registersperre bei zweifelsfreier Unbegründetheit; ebenso OLG Hamm 8 W 11/99 vom 4. 3. 1999, DB 1999, 1156; OLG Stuttgart 12 W 44/96 vom 17. 12. 1996, ZIP 1997, 75; Keine Registersperre bei behebbaren Formfehlern; LG Hanau 5 O 183/95 vom 5. 10. 1995, ZIP 1995, 1820; Registersperre bei Einladungsmängeln und nicht eindeutiger Rechtslage; ebenso OLG Frankfurt 10 W 12/97 vom 9. 6. 1997, ZIP 1997, 1291; VEIL, ZIP 1996, 1065; RIEGGER/SCHOCKENHOFF, ZIP 1997, 2105; SCHMIDT, ZGR 1997, 493; SOSNITZA, NZG 1999, 965; NOACK, ZHR 164 (2000), 274.

GmbH ↔ GmbH

zichtserklärung der Gesellschafter im Hinblick auf die Anfechtung ersetzt werden (§ 16 Abs. 2 S. 2 UmwG).

- 1065 Ist für die Verschmelzung die **Zustimmung aller Gesellschafter** erforderlich, so haben die Geschäftsführer bei der Anmeldung zu erklären, dass alle Gesellschafter zugestimmt haben (§ 52 Abs. 1 UmwG).
- 1066 Der Anmeldung zum Register der übernehmenden Gesellschaften ist eine von den Geschäftsführern unterschriebene, berichtigte **Gesellschafterliste** beizufügen (§ 52 Abs. 1 UmwG).
- 1067 Das Registergericht ist zur **Prüfung** der formellen und materiellen Voraussetzungen der Verschmelzung anhand der Anmeldung und der beizufügenden Unterlagen berechtigt und verpflichtet. Insoweit hat das Registergericht das Recht und die Pflicht zu Ermittlungen (§ 12 FGG). Weitergehende Prüfungsrechte, wie etwa hinsichtlich des Umtauschverhältnisses (siehe § 14 Abs. 2 UmwG), bestehen nicht¹.
- 1068 Bei **unbehebaren Hindernissen** hat das Gericht die Eintragung zurückzuweisen². Dies gilt auch, wenn zwischen Bilanzstichtag und Anmeldung mehr als acht Monate liegen (§ 17 Abs. 2 UmwG)³. Ist die Frist überschritten, muss ein neuer Stichtag gewählt und die Verschmelzung neu beschlossen werden. Eine trotz Fristüberschreitung vorgenommene Eintragung der Verschmelzung ist wirksam (§ 20 Abs. 2 UmwG). Zu den steuerlichen Folgen einer Fristüberschreitung Tz. 1102.
- 1069 Jede belastende Entscheidung des Registergerichts (Beanstandung, Zurückweisung der Anmeldung) kann mit der **Beschwerde** nach § 19 FGG angefochten werden. Die Beschwerde ist nicht fristgebunden. Hilft das Registergericht (Amtsgericht) nicht ab, entscheidet das Landgericht. Gegen dessen Entscheidung ist die weitere Beschwerde zulässig (§ 27 FGG).

1 Zur Prüfung der Werthaltigkeit OLG Düsseldorf 3 Wx 568/94 vom 29. 3. 1995, BB 1995, 1372.

2 Eine fehlgeschlagene Verschmelzung ist keine Vermögensübernahme iSd. § 419 BGB aF, siehe BGH II ZR 294/93 vom 18. 12. 1995, GmbHR 1996, 125; K. SCHMIDT, DB 1996, 1859.

3 Die Frist gilt nur hinsichtlich der Anmeldung für die übertragende, nicht für die übernehmende Gesellschaft, LG Frankfurt 3/11 T 57/95 vom 24. 11. 1995, GmbHR 1996, 542; BARTOVICS, GmbHR 1996, 514; siehe auch LG Frankfurt 11 T 85/97 vom 30. 1. 1998, GmbHR 1998, 379, zur verspäteten Anmeldung aufgrund verzögerter Eintragung der Kapitalerhöhung bei der übernehmenden GmbH; zum Nachreichen versehentlich nicht beigelegter Unterlagen LG Frankfurt 3–11 T 81/97 vom 19. 12. 1997, GmbHR 1998, 380.

Nach Prüfung der Anmeldung erfolgt die **Eintragung** (§ 19 UmwG). 1070
Die Verschmelzung darf bei der übernehmenden Gesellschaft erst eingetragen werden, wenn sie im Register der übertragenden Gesellschaften eingetragen ist. Mit dem Tag dieser Eintragung wird die Verschmelzung wirksam (§ 20 UmwG).

Die Registergerichte haben die Eintragung der Verschmelzung **bekanntzumachen** (§ 19 Abs. 3 UmwG). 1071

7. Rechtsfolgen der Verschmelzung

a) Vermögensübergang

Mit der Eintragung der Verschmelzung¹ geht das gesamte Vermögen der übertragenden GmbH auf die übernehmende Gesellschaft im Wege der **Gesamtrechtsnachfolge** über (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Die übernehmende Gesellschaft wird Eigentümerin aller beweglichen und unbeweglichen, aller materiellen und immateriellen Wirtschaftsgüter der übertragenden GmbH². Maßgebend sind die tatsächlichen Eigentumsverhältnisse. Ein gutgläubiger Erwerb ist ausgeschlossen³. 1072

Der Eigentumsübergang erfasst grundsätzlich auch im **Ausland belegenes Vermögen**, soweit ausländisches Recht nicht entgegensteht⁴. Im Zweifel ist eine gesonderte Eigentumsübertragung nach ausländischem Recht vorzunehmen. 1073

Gehören zum Vermögen **Grundstücke** oder dingliche Rechte (Hypotheken, Grundschulden etc.), ist lediglich das Grundbuch zu berichtigen⁵. 1074

Ist die GmbH an einer Kapitalgesellschaft oder Personengesellschaft oder als stille Gesellschafterin an einem Gewerbebetrieb beteiligt, so geht diese **Beteiligung** grundsätzlich über⁶. Ggf. bestehen aber außerordentliche oder vertragliche Kündigungsrechte. Die Gesellschaftsverträge der Beteiligungsgesellschaften sind vor Verschmelzung sorg- 1075

1 Und nicht etwa rückwirkend zum Verschmelzungsstichtag, siehe BGH II ZR 30/92 vom 12. 10. 1992, DB 1992, 2432, mit Anm. GÖTZ, DB 1992, 2432.

2 Zu Patenten, Marken sowie Gebrauchs- und Geschmacksmustern GRUNEWALD in Lutter, § 20 UmwG Rz. 16.

3 VOSSIUS in Widmann/Mayer, § 20 UmwG Rz. 27 (Juli 1996).

4 Siehe VOSSIUS in Widmann/Mayer, § 20 UmwG Rz. 33 ff. (Juli 1996).

5 VOSSIUS in Widmann/Mayer, § 20 UmwG Rz. 58 (Juli 1996); eingehend auch GÄRTNER, DB 2000, 409.

6 VOSSIUS in Widmann/Mayer, § 20 UmwG Rz. 153 ff. (Juli 1996).

GmbH ↔ GmbH

fällig zu prüfen. Gleiches gilt, wenn die GmbH als Haupt- oder Unterbeteiligte Mitglied einer Unterbeteiligungsgesellschaft ist¹.

- 1076 Verpflichtungen aus **Genussrechten** gehen grundsätzlich über².
- 1077 Besteht an dem Anteil der übertragenden GmbH eine **Unterbeteiligung**, so wird die Unterbeteiligungsgesellschaft durch die Verschmelzung in ihrem Bestand zunächst nicht berührt. UU kann die Verschmelzung jedoch ein Recht zur Kündigung der Unterbeteiligung begründen³.
- 1078 Ist am Gewerbebetrieb der übertragenden GmbH ein stiller Gesellschafter beteiligt (**GmbH & Still**), so besteht die stille Gesellschaft nach Verschmelzung mit der übernehmenden Gesellschaft fort. Erfolgt die Verschmelzung ohne oder gegen den Willen des Stillen, so hat er uU ein außerordentliches Kündigungsrecht⁴.
- 1079 Alle **Forderungen** und **Verbindlichkeiten** gehen über, ohne dass es der Zustimmung von Gläubigern und Schuldern bedarf. Ebenso tritt die übernehmende Gesellschaft in alle Vertragsbeziehungen der übertragenden GmbH ein. Einer Genehmigung des Vertragspartners bedarf es nicht⁵.
- 1080 Für **Arbeitsverhältnisse** gilt § 613 a Abs. 1, 4–6 BGB (§ 324 UmwG).
- 1081 Führt die Verschmelzung zur Zusammenlegung von Betrieben mit eigenständigen Betriebsräten, so erhält der **Betriebsrat** des größeren Betriebs ein Übergangsmandat für alle Arbeitnehmer (§ 321 Abs. 2 UmwG). Ferner gilt der Zusammenschluss von Betrieben als Betriebsänderung iSd. § 111 BetrVG.

1 BLAUROCK, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, 1981, S. 170.

2 Siehe im einzelnen VOSSIUS in Widmann/Mayer, § 23 UmwG Rz. 19ff. (Juli 1996).

3 BLAUROCK, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, 1981, S. 170.

4 SCHMIDT in Schlegelberger, § 339 (§ 234 nF) HGB Anm. 52; BLAUROCK, Handbuch der stillen Gesellschaft, S. 397; VOSSIUS in Widmann/Mayer, § 20 UmwG Rz. 168ff. (Juli 1996).

5 Vgl. im Einzelnen für Wettbewerbsverbote: VOSSIUS in Widmann/Mayer, § 20 UmwG Rz. 19f. (Juli 1996); für Betriebspachtverträge: VOSSIUS in Widmann/Mayer, § 20 UmwG Rz. 174 (Juli 1996); für Geschäftsbesorgungs-, Auftrags- und Dienstverhältnisse sowie Vollmachten GRUNEWALD in Lutter, § 20 UmwG Rz. 24ff.; K. SCHMIDT, DB 2001, 1019.

- Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge** erlöschen durch Konfusion, wenn Ober- und Untergesellschaft miteinander verschmolzen werden¹. Befindet sich die übertragende GmbH in einer abhängigen Stellung zu einem anderen Unternehmen als die übernehmende Gesellschaft, so werden Unternehmensverträge beendet². Ist die übernehmende GmbH in einer abhängigen Stellung oder ist die übertragende Gesellschaft herrschend, so bleiben Unternehmensverträge bestehen bzw. gehen über³. Ggf. kommt eine Kündigung aus wichtigem Grund in Betracht⁴. Steuerlich ist die Beendigung der **Organshaft** aufgrund Verschmelzung auch vor Ablauf der Fünf-Jahres-Frist (§ 14 KStG) grundsätzlich unschädlich⁵. 1082
- Forderungen und Verbindlichkeiten** der beteiligten Gesellschaften gegeneinander erlöschen durch Konfusion. 1083
- Treffen durch die Verschmelzung **Verpflichtungen aus Verträgen mit jeweils Dritten** zusammen, die unvereinbar oder nur schwer erfüllbar sind, so bestimmt sich der Umfang der Verpflichtung nach Billigkeitsgrundsätzen (§ 21 UmwG)⁶. **Datenschutzrechte** werden grundsätzlich nicht tangiert⁷. 1084
- Schuldrechtliche Beziehungen zwischen Gesellschafter und Gesellschaft** (zB Miet-, Arbeits-, Darlehensverträge) entfallen nicht. Sie gelten nach Umwandlung zwischen Gesellschafter und der übernehmenden Gesellschaft fort (zum Steuerrecht Tz. 1146). 1085

1 Siehe VOSSIUS in Widmann/Mayer, § 20 UmwG Rz. 287ff. (Juli 1996); GRUNEWALD in Lutter, § 20 UmwG Rz. 36ff.; KRAFT in Kölner Kommentar zum AktG, § 346 Anm. 32, jeweils mwN; zur Beendigung eines Spruchstellenverfahrens KRIEGER, ZGR 1990, 517; zu Ausgleichs- und Abfindungsansprüchen außenstehender Gesellschafter NARASCHEWSKI, DB 1997, 1653; SCHUBERT, DB 1998, 761; SCHWAB, BB 2000, 527; zur Auswirkung von Mehr- oder Minderabführungen PFAAR/WELKE, GmbHR 2002, 516.

2 OLG Karlsruhe 15 W 19/94 vom 29. 8. 1994, ZIP 1994, 1529; KRAFT in Kölner Kommentar zum AktG, § 346 Anm. 33, jeweils mwN.

3 LG Bonn 11 T 1/96 vom 30. 1. 1996, GmbHR 1996, 774; zur Handelsregisteranmeldung ZILLES, GmbHR 2001, 21.

4 KRIEGER, ZGR 1990, 517; KRAFT in Kölner Kommentar zum AktG, § 346 Anm. 34f.

5 OLBING in Streck, § 14 KStG Anm. 71.

6 Siehe eingehend KRAFT in Kölner Kommentar zum AktG, § 346 Anm. 36ff.

7 Zur Diskussion siehe LÜTTGE, NJW 2000, 2463; TEICHMANN/KIESSLING, ZGR 2000, 33.

GmbH ↔ GmbH

- 1086 Grundsätzlich gehen auch alle **öffentlich-rechtlichen Rechtspositionen**, Erlaubnisse und Konzessionen über. Ausnahmen gelten nur dort, wo die Erlaubnis personenbezogen ist¹.
- 1087 Der Vermögensübergang gilt ohne Ausnahme. **Sollen** einzelne **Wirtschaftsgüter ausgenommen werden**, sind sie vor der Verschmelzung zu übertragen, Forderungen und Verbindlichkeiten sind abzutreten.

b) Erlöschen der übertragenden GmbH

- 1088 Mit der Eintragung erlischt die übertragende GmbH. Sie kann keinerlei Rechtsgeschäfte mehr vornehmen, weder klagen noch verklagt werden. Anhängige **Prozesse** werden unterbrochen (§§ 239, 241 ZPO)², bis die übernehmende Gesellschaft den Rechtsstreit wieder aufnimmt. Ein Urteil kann nicht mehr gegen die übertragende GmbH, sondern nur noch gegen die übernehmende Gesellschaft ergehen. Steuerbescheide gegen die übertragende GmbH sind unzulässig. Sie sind an das Rechtsnachfolge-Unternehmen zu richten³. Auch hat die übernehmende Gesellschaft als Rechtsnachfolgerin die steuerlichen Pflichten der untergegangenen Gesellschaft zu erfüllen und kann ihre Rechte wahrnehmen⁴.
- 1089 Die **Firma** der übertragenden GmbH erlischt. Sie kann jedoch von der übernehmenden Gesellschaft fortgeführt werden (§ 18 UmwG).
- 1090 Die **Organe** der untergehenden GmbH (Geschäftsführer, Beirat, Aufsichtsrat, Gesellschafterversammlung) bestehen nicht mehr. Ebenso erlöschen Prokuren und Handlungsvollmachten. Von der Organstellung ist ein eventuelles Anstellungsverhältnis zu unterscheiden. Anstellungsverträge gehen auf die übernehmende Gesellschaft über, es sei denn, sie werden gekündigt⁵.
- 1091 Da nach Eintragung der Umwandlung keine Gesellschafterversammlung der untergehenden GmbH mehr existiert, können keine **Gesell-**

1 ZB Güterverkehrskonzessionen, Konzessionen nach dem Personenbeförderungsgesetz, § 7 HWO; vgl. im einzelnen VOSSIUS in Widmann/Mayer, § 20 UmwG Rz. 247 ff. (Juli 1996); GAISER, DB 2000, 361.

2 THOMAS/PUTZO, § 239 ZPO, Anm. 2 b; aA GRUNEWALD in Lutter, § 20 UmwG Rz. 53: Der übernehmende Rechtsträger rückt ohne Unterbrechung in den Prozess ein.

3 BFH GrS 4/84 vom 21. 10. 1985, BStBl. 1986 II, 230.

4 Zur Ausstellung von Steuerbescheinigungen FM Mecklenburg-Vorpommern vom 27. 4. 1995, Wpg. 1995, 454.

5 Eingehend RÖDER/LINGEMANN, DB 1993, 1341; MOHR, GmbH-StB 2000, 313.

schafterbeschlüsse, insbesondere keine Gewinnverteilungsbeschlüsse, mehr gefasst werden. Ebenso können vor Eintragung gefasste Beschlüsse nicht mehr geändert werden¹. Bis zur Eintragung ist eine Beschlussfassung hingegen möglich.

Rechte Dritter an den GmbH-Anteilen (zB Pfandrecht, Nießbrauch) der übertragenden GmbH setzen sich an Anteilen der übernehmenden GmbH fort (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 UmwG). 1092

Gehören Anteile der umzuwandelnden GmbH zu dem von einem Testamentsvollstrecker verwalteten Nachlass, besteht die **Testamentsvollstreckung** an neuen Anteilen fort². Entsprechendes gilt im Fall der Vor- und Nacherbfolge³. 1093

c) Sicherheitsleistung

Gläubiger der Gesellschaften, die noch keinen Anspruch auf Befriedigung haben, können Sicherheiten für ihre Forderungen verlangen, wenn sie glaubhaft machen, dass ihre Forderung durch den Formwechsel gefährdet wird und kein Recht auf vorzugsweise Befriedigung besteht (§ 22 UmwG)⁴. Voraussetzung ist, dass sie ihr Verlangen **innerhalb von sechs Monaten** nach Bekanntmachung der Umwandlung gegenüber der Gesellschaft geltend machen. Für Pensionsanwartschaften kann keine Sicherheit verlangt werden⁵. 1094

d) Organhaftung

Erleiden die übertragende GmbH, ihre Gesellschafter oder ihre Gläubiger durch die Verschmelzung einen **Schaden**, so haften hierfür die Organe (Geschäftsführer, ggf. Aufsichtsrat; § 25 Abs. 1 UmwG). Die Ansprüche verjähren in fünf Jahren nach Bekanntmachung der Ver- 1095

1 Das gilt auch für das Steuerrecht, siehe BFH I R 23/72 vom 30. 10. 1974, BStBl. 1975 II, 94.

2 VOSSIUS in Widmann/Mayer, § 20 UmwG Rz. 363 ff. (Juli 1996); DÖRRIE, GmbHR 1996, 245; teils aA REIMANN, ZEV 2000, 381.

3 VOSSIUS in Widmann/Mayer, § 20 UmwG Rz. 362 (Juni 1996).

4 Zur Höhe bei Dauerschuldverhältnissen BGH II ZR 299/94 vom 18. 3. 1996, GmbHR 1996, 369, und SCHRÖER, DB 1999, 317; eingehend zum Gläubigerschutz JAEGER, DB 1996, 1069; NARASCHEWSKI, GmbHR 1998, 356.

5 SCHILLING in Hachenburg, § 77 Anh. § 7 UmwG Anm. 1.

GmbH ↔ GmbH

schmelzung (§ 25 Abs. 3 UmwG). Zur Geltendmachung der Ansprüche siehe § 26 UmwG¹.

- 1096 Schadensersatzansprüche gegen Organe der übernehmenden Gesellschaft **verjähren** ebenfalls in fünf Jahren (§ 27 UmwG).

e) Mängelheilung

- 1097 Mit der Eintragung werden **Mängel der notariellen Beurkundung** bei der Verschmelzung geheilt (§ 20 Abs. 1 Nr. 4 UmwG). Die Wirksamkeit der Eintragung der Verschmelzung bleibt von etwaigen Mängeln unberührt (§ 20 Abs. 2 UmwG). Dies bedeutet, dass formelle Fehler, wie etwa die fehlende Beurkundung eines Zustimmungsbeschlusses, nach Eintragung nicht mehr geltend gemacht werden können. Materielle Fehler (zB Fehlen der erforderlichen Mehrheit bei Beschluss etc.) begründen ggf. Schadensersatzansprüche, tangieren aber nicht die durch die Eintragung entstehenden Rechtsfolgen der Verschmelzung². Diese Rechtsfolgen können allenfalls durch Spaltung für die Zukunft beseitigt werden.

8. Kosten³

- 1098 Die Gebühren für die **Beurkundung des Verschmelzungsbeschlusses** bestimmen sich nach den §§ 141, 47 KostO. Bei Beurkundung der Beschlüsse beider Gesellschaften in einer Urkunde fällt die Gebühr nur einmal an⁴. Geschäftswert ist das Aktivvermögen ohne Abzug der Verbindlichkeiten (§ 18 Abs. 3 KostO). Im Falle der Kapitalerhöhung erhöht sich der Geschäftswert entsprechend. Maximal beträgt die Gebühr jedoch Euro 5.000,- (§ 47 S. 2 KostO)⁵.
- 1099 Für die **Beurkundung des Verschmelzungsvertrags** entstehen Notarkosten nach §§ 141, 36 Abs. 2 KostO (das Doppelte einer vollen Ge-

1 Zur Bestellung eines Vertreters OLG Hamm 15 W 276/91 vom 8. 10. 1991, DB 1991, 2535.

2 BayObLG 3 Z BR 295/99 vom 15. 10. 1999, DB 1999, 2504; OLG Hamm 8 U 59/01 vom 25. 2. 2002, DB 2002, 1431; zu Grenzen K. SCHMIDT, ZIP 1998, 181.

3 Eingehend TIEDTKE, MittBayNot 1997, 209.

4 BayObLG BReg. 3 Z 111/89 vom 21. 9. 1989, GmbHR 1990, 353; BayObLG 3 Z BR 83/92 vom 29. 7. 1992, DB 1992, 1923, auch zum Geschäftswert des Verschmelzungsvertrags.

5 AA OLG Hamm 15 W 314/01 vom 6. 12. 2001, DB 2002, 1314.

bühr). Geschäftswert ist der Wert des Aktivvermögens¹ (§ 18 Abs. 3 KostO), jedoch mit einem Höchstbetrag von Euro 5 Mio. (§ 39 Abs. 4 KostO).

Für die **Anmeldung des Umwandlungsbeschlusses** erhält der Notar 1100 eine 5/10 Gebühr nach §§ 141, 145, 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO. Der Geschäftswert bestimmt sich nach § 26 KostO.

Durch die **Eintragung** entstehen ferner Gerichtskosten in Höhe einer 1101 20/10 Gebühr gemäß §§ 26, 79 Abs. 1 S. 2 KostO.

II. Steuerrecht

1. Steuerliche Rückwirkung

Bei der Verschmelzung sind Einkommen und Vermögen der übertra- 1102 genden sowie der übernehmenden Gesellschaft so zu ermitteln, als ob das Vermögen der übertragenden Gesellschaft mit Ablauf des Stich- tags der Bilanz, die dem Vermögensübergang zugrunde liegt (**steuer- licher Übertragungsstichtag**), auf die übernehmende Gesellschaft übergegangen wäre (§ 2 Abs. 1 UmwStG). Nach Ansicht der Finanz- verwaltung ist der steuerliche Übertragungsstichtag der Tag vor dem handelsrechtlichen Verschmelzungsstichtag². Die steuerliche ist somit an die handelsrechtliche Rückwirkung gebunden³. Es bedarf für die Rückwirkung weder eines Antrags, noch besteht ein Wahlrecht. We- gen der Bindung an den handelsrechtlichen Verschmelzungsstichtag führt die Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister trotz Überschreitung der Acht-Monats-Frist zur Beibehaltung der steuerli- chen Rückwirkung.

Die Rückwirkung gilt für die **Ertragsteuern**, nicht für die **Umsatzsteu- 1103 er**.

Hinsichtlich der Körperschaft- und der Gewerbesteuer (hierzu Tz. 1104 1164) ist der **Gewinn** der übernehmenden Gesellschaft so zu ermitteln, als seien bei ihr alle bei der übertragenden Gesellschaft nach dem Ver- schmelzungsstichtag angefallenen steuerrelevanten Vorgänge einge- treten.

1 Auch bei Verschmelzung der Tochter- auf die Muttergesellschaft OLG Karls- ruhe 11 WX 59/00 vom 30. 1. 2001, BB 2001, 798.

2 Tz. 02.01 und 02.02 UmwE. Sollen bei einer Verschmelzung zum Jahreswechsel die Steuerfolgen erst im neuen Jahr eintreten, muss als handelsrechtlicher Stichtag der 2.1. gewählt werden.

3 Einhellige Auffassung, siehe Tz. 02.03 UmwE.

GmbH ↔ GmbH

- 1105 Liegt zwischen dem Verschmelzungsstichtag und der Eintragung im Handelsregister ein **Bilanzstichtag** der übernehmenden Gesellschaft, muss das steuerliche Ergebnis der übertragenden GmbH zwischen Verschmelzungsstichtag und Bilanzstichtag der übernehmenden GmbH ermittelt und der übernehmenden GmbH zugerechnet werden¹.
- 1106 **Körperschaft- und Gewerbesteuervorauszahlungen** für Zeiträume nach dem Verschmelzungsstichtag sind der übernehmenden Gesellschaft zu erstatten bzw. mit ihren Vorauszahlungen zu verrechnen.
- 1107 **Gewinnausschüttungen**, die am steuerlichen Übertragungsstichtag bereits beschlossen, aber noch nicht vorgenommen sind, sind in der steuerlichen Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft als Schuldposten anzusetzen. Sie führen zur Körperschaftsteuermin- derung oder -erhöhung gem. §§ 37, 38 KStG bei der übertragenden Gesellschaft². Für erst nach dem steuerlichen Übertragungsstichtag beschlossene Gewinnausschüttungen (auch für abgelaufene Wirt- schaftsjahre) sind in der Schlussbilanz der übertragenden GmbH we- der die Folgen der §§ 37, 38 KStG zu ziehen noch ist ein Schuldposten zu bilden. Die Ausschüttung gelte als Ausschüttung der übernehmen- den GmbH³.
- 1108 Entsprechendes gilt für eine **vGA** im Zeitraum zwischen Verschmel- zungsstichtag und Eintragung. Eine vGA zwischen den Gesellschaf- ten entfällt. Eine vGA der übertragenden GmbH an andere Gesell- schafter ist in der Schlussbilanz der übertragenden GmbH zu berück- sichtigen⁴. ME kann die Rückwirkung nicht dazu führen, dass vGA entstehen.
- 1109 **Beispiel:** Alleiniger Gesellschafter der A-GmbH ist A. A ist gleichzei- tig Geschäftsführer der B-GmbH, an der weder er noch nahe stehende Personen beteiligt sind. Wird A durch Verschmelzung der A-GmbH auf die B-GmbH beherrschender Gesellschafter der B-GmbH, ist seine

1 Zur Frage, wo die zu übertragenden Wirtschaftsgüter zu bilanzieren sind, TISCHER, Wpg. 1996, 745.

2 Zur Rechtsfolge unter Geltung des Anrechnungsverfahrens Tz. 02.21–02.28 UmwE; MAHLOW/Franzen, GmbHR 2000, 12; KNOFF/HILL in Goutier/Knopf/Tul- loch, § 2 UmwStG Rz. 27; DÖTSCH in Dötsch/Eversberg/Jost/Witt, Anh. UmwStG Rz. 164 ff. (Dezember 1999); zu Besonderheiten in der Übergangsphase (2000/2001) siehe SCHMITT/HÖRTNAGL/STRATZ, § 2 UmwStG Rz. 67 ff.

3 Tz. 02.29 und 02.32; zustimmend, auch nach neuem KStG, SCHMITT/HÖRTNAGL/ STRATZ, § 2 UmwStG Rz. 94 ff.; zur upstream-Verschmelzung und KapErSt OFD Berlin vom 13. 3. 2000, GmbHR 2000, 635.

4 WIDMANN in Widmann/Mayer, § 2 UmwStG Rz. 176 (März 1999).

Geschäftsführervergütung im Rückwirkungszeitraum weder hinsichtlich des Vorliegens klarer, im Voraus getroffener und tatsächlich durchgeführter Vereinbarungen¹ noch hinsichtlich der Angemessenheit² zu prüfen, da er erst mit Eintragung Gesellschafter der B-GmbH wird. Erst ab Eintragung gelten die vGA-Bedingungen.

Forderungen und Verbindlichkeiten zwischen den Gesellschaften entfallen ertragsteuerlich mit dem Verschmelzungstichtag. Dies gilt auch für eine Organschaft zwischen den Gesellschaften (siehe auch Tz. 1082)³. 1110

Die Rückwirkung gilt nicht für die **Grunderwerbsteuer**⁴ und die **Umsatzsteuer**. 1111

Unternehmerin ist bis zur Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister die übertragende GmbH. Bis zu diesem Zeitpunkt sind Leistungen zwischen ihr und Dritten unter der Firma der übertragenden GmbH abzurechnen. Bis zur Eintragung der Verschmelzung sind von der übertragenden GmbH Umsatzsteuervoranmeldungen und Umsatzsteuererklärungen abzugeben. Soweit nach der Eintragung noch Erklärungen für den Zeitraum bis zur Eintragung einzureichen sind, ist dies Aufgabe der übernehmenden Gesellschaft als Rechtsnachfolger der übertragenden GmbH. 1112

Hinweis: In der Praxis wird im Vertrauen auf die Rückwirkung der Verschmelzung gelegentlich bereits ab dem Verschmelzungstichtag das Unternehmen der übertragenden GmbH nach außen von der übernehmenden GmbH geführt und auf eine getrennte Buchführung verzichtet. Dies ist doppelt riskant. Scheitert die Eintragung zB wegen nicht rechtzeitiger Anmeldung, ist es kaum möglich, eine ordnungsgemäße Buchführung für die übertragende Gesellschaft zu erstellen. Zudem ergeben sich regelmäßig umsatzsteuerliche Probleme, da die Verschmelzung hinsichtlich der Umsatzsteuer nicht zurückwirkt. 1113

Im Rahmen des **InvZulG** gilt grundsätzlich keine Rückwirkung⁵. 1114

Zur **ErbSt** siehe Tz. 1344 *GmbH → KG*. 1115

1 Siehe SCHWEDHELM in Streck, § 8 KStG Anm. 120ff.

2 Siehe SCHWEDHELM in Streck, § 8 KStG Anm. 88ff.

3 Tz. Org. 01–Org. 11 UmwE; OLBING in Streck, § 14 KStG Anm. 71.

4 BFH II R 55/89 vom 27. 1. 1993, BStBl. 1993 II, 322.

5 Vgl. BFH III R 54/88 vom 7. 4. 1989, BStBl. 1989 II, 805; FG Nürnberg I (II) 165/85 vom 9. 2. 1988, EFG 1988, 433.

GmbH ↔ GmbH

- 1116 Soweit die Rückwirkung greift, treten die Folgen ein mit **Ablauf des Verschmelzungstichtags** (§ 2 Abs. 1 UmwStG; siehe Tz. 1102). Ist Verschmelzungstichtag der 31.12., so treten die steuerlichen Folgen noch in dem ablaufenden Jahr ein¹.

2. Besteuerung der übertragenden GmbH

a) Wertansatz in der steuerlichen Schlussbilanz

- 1117 Die übertragende Körperschaft darf – nach dem Wortlaut des Gesetzes – in der steuerlichen Schlussbilanz die übergegangenen Wirtschaftsgüter insgesamt mit den Buchwerten, einem Zwischenwert oder höchstens mit dem Teilwert (**Wahlrecht**) ansetzen, wenn
- die spätere Besteuerung der in dem übergegangenen Vermögen enthaltenen stillen Reserven bei der übernehmenden GmbH sichergestellt ist und
 - eine Gegenleistung nicht gewährt wird oder in Gesellschaftsrechten besteht (§ 11 Abs. 1 UmwStG).
- 1118 Demgegenüber geht die Finanzverwaltung von der **Maßgeblichkeit** der Handelsbilanz für die Steuerbilanz aus. Eine steuerliche Aufstockung sei nur zulässig, wenn und soweit handelsrechtlich eine Wertaufholung erfolgt². Soweit die übernehmende Gesellschaft in der Handelsbilanz gem. § 24 UmwG einen höheren Wert ansetze, seien die Wirtschaftsgüter an dem folgenden Bilanzstichtag auch in der Steuerbilanz bis zu den Anschaffungs- und Herstellungskosten – ggf. gemindert um AfA – erfolgswirksam aufzustocken³. Der Auffassung der Finanzverwaltung fehlt die Rechtsgrundlage. Sie ist daher abzulehnen⁴.
- 1119 Das Wahlrecht besteht allein für die übertragende GmbH. Es ist weiterhin **einheitlich** für das übertragene Vermögen auszuüben (vgl. § 11 Abs. 1 UmwStG: „insgesamt“). Eine Beschränkung auf einzelne Wirtschaftsgüter ist nicht zulässig. Nach Ansicht der Finanzverwaltung sind selbstgeschaffene immaterielle Wirtschaftsgüter einschließlich eines Geschäfts- oder Firmenwertes nur zu berücksichtigen, wenn auf-

1 Tz. 02.05 UmwE; MAGER in Haritz/Benkert, § 2 UmwStG Rz. 18 ff.

2 Tz. 11.01 UmwE.

3 Tz. 11.02 UmwE; siehe hierzu DÖTSCH/VAN LISHAUT/WOCHINGER, DB 1998, Beilage 7/98, S. 4 ff. mit Beispielen.

4 Ebenso DEHMER, UmwStErlass, Tz. 11.01, 03.01; zum Diskussionsstand siehe ua. HAUSER/MEURER, Wpg. 1998, 269; THIEL, GmbHR 1997, 145; HERZIG, FR 1997, 123; WEBER-GRELLET, BB 1997, 653; RÖDDER, DB 1998, 998; FUNKE, GmbHR 1998, 628; HARITZ/PAETZOLD, FR 1998, 352.

grund einer Gegenleistung oder fehlender Sicherstellung der Besteuerung stiller Reserven ein Teilwertansatz zwingend ist und der Betrieb der übertragenden Gesellschaft fortgeführt wird¹.

Da eine Verschmelzung nur zwischen inländischen (§ 1 Abs. 1 UmwG) und damit unbeschränkt steuerpflichtigen (§ 1 KStG) GmbHs in Betracht kommt, ist die Besteuerung etwaiger übergewandter stiller Reserven grundsätzlich sichergestellt, es sei denn, die übernehmende GmbH ist steuerbefreit² oder bisher der deutschen Besteuerung unterliegendes **Auslandsvermögen** geht durch die Verschmelzung in eine ausländische Betriebsstätte über, die nicht der deutschen Besteuerung unterliegt³. Ob die Anteilseigner beschränkt oder unbeschränkt steuerpflichtig sind, ist ohne Belang. Ist die Besteuerung der stillen Reserven nicht sichergestellt, sind die übergegangenen Wirtschaftsgüter mit dem Wert der Gegenleistung, soweit eine solche nicht gewährt wird, mit dem Teilwert anzusetzen (§ 11 Abs. 2 UmwStG).

Hinsichtlich der **Gewährung von Gegenleistungen** gilt:

- Soweit die übernehmende GmbH an der übertragenden GmbH beteiligt ist, entfällt die Gewährung einer Gegenleistung: Buchwertfortführung ist möglich⁴.
- Die Gesellschafter der übertragenden GmbH erhalten ausschließlich Geschäftsanteile der übernehmenden GmbH. Buchwertfortführung ist möglich. Dies gilt unabhängig davon, ob die Anteile durch Kapitalerhöhung entstanden sind oder aus dem Vermögen der übertragenden oder übernehmenden Gesellschaft stammen⁵.
- Den Gesellschaftern der übertragenden GmbH werden – neben GmbH-Anteilen – bare Zuzahlungen oder sonstige Geld- bzw. Sachleistungen gewährt. Die Wirtschaftsgüter sind (anteilig) mit dem Wert der Gegenleistung bzw. dem Teilwert anzusetzen⁶.

1 Tz. 11.19 UmwE; aA STRECK/POSDZIECH, GmbHR 1995, 271, 357.

2 BÄRWALDT in Haritz/Benkert, § 11 UmwStG Rz. 22; STRECK/POSDZIECH, GmbHR 1995, 358; SCHMITT/HÖRTNAGL/STRATZ, § 11 UmwStG Rz. 66.

3 SCHMITT/HÖRTNAGL/STRATZ, § 11 UmwStG Rz. 65; App, GmbHR 1991, 474; siehe auch Tz. 11.03 und 03.09 UmwE; zur Vermeidung des § 8 a KStG durch Verschmelzung PACH-HANSENHEIMB, DStR 1995, 86.

4 POSDZIECH/STRECK, GmbHR 1995, 271; Tz. 11.12f. UmwE.

5 SCHMITT/HÖRTNAGL/STRATZ, § 11 UmwStG Rz. 83f.; BÄRWALDT in Haritz/Benkert, § 11 UmwStG Rz. 32f.

6 Tz. 11.06 UmwE; BÄRWALDT in Haritz/Benkert, § 11 UmwStG Rz. 35, mwN; aA STRECK/POSDZIECH, GmbHR 1995, 358: Vollaufdeckung.

GmbH ↔ GmbH

- 1122 **Beispiel:** Die A-GmbH wird auf die Y-GmbH verschmolzen. Buchwert des übergehenden Vermögens 100, Teilwert 1.000. Die Y-GmbH gewährt den Gesellschaftern der A-GmbH Anteile im Wert von 950 sowie eine bare Zuzahlung von 50. Die Wirtschaftsgüter der A-GmbH können in der Schlussbilanz zu 95% mit dem Buchwert angesetzt werden. 5% sind mit dem Wert der Gegenleistung zu bewerten. Als Wert ergäbe sich insgesamt 145 (95% von 100 = 95 + 50 Zuzahlung).
- 1123 Keine Gegenleistung iSd. § 11 Abs. 1 Nr. 2 UmwStG sind **Barabfindungen an ausscheidende Gesellschafter**¹, da insoweit die Anteile als von dem ausscheidenden Gesellschafter durch die übernehmende Gesellschaft erworben gelten (§§ 12 Abs. 4, 5 Abs. 1 UmwStG). Gleiches gilt für Gegenleistungen, die nicht von der übernehmenden Gesellschaft erbracht werden².
- 1124 Bei der **Verschmelzung von Schwestergesellschaften** ist die Gewährung von Anteilen zwingend (Tz. 996). Sofern keine sonstigen Gegenleistungen gewährt werden, besteht das Wahlrecht gem. § 11 Abs. 1 UmwStG³.
- 1125 Die §§ 11–13 UmwStG gelten auch für eine **Verschmelzung der Mutter auf die Tochtergesellschaft** (downstream merger)⁴.

b) Besteuerung eines Übertragungsgewinns

- 1126 Werden die übergehenden Wirtschaftsgüter (freiwillig oder gemäß § 11 Abs. 2 UmwG) über den Buchwerten angesetzt, so unterliegt der entstehende Übertragungsgewinn der **Körperschaftsteuer** und der **Gewerbsteuer** zum regulären Steuersatz. Der Freibetrag des § 16 Abs. 4 EStG ist bei einem Teilwertansatz zu gewähren⁵.

1 Tz. 11.05 UmwE; teils streitig, siehe SCHMITT/HÖRTNAGL/STRATZ, § 11 UmwStG Rz. 91.

2 Tz. 11.06ff. UmwE; siehe auch BÄRWALDT in Haritz/Benkert, § 11 UmwStG Rz. 38.

3 Tz. 11.11 UmwE.

4 Eingehend Tz. 11.22ff. UmwE, der allerdings die §§ 11–13 UmwStG nur entsprechend anwenden will. ME ist das Gesetz unmittelbar anwendbar; siehe auch BÄRWALDT in Haritz/Benkert, § 11 UmwStG Rz. 23f.; SCHMITT/HÖRTNAGL/STRATZ, § 11 UmwStG Rz. 39 und 69ff.; DREISSIG, DB 1997, 1301.

5 Streitig, wie hier POSDZIECH/STRECK, GmbHR 1995, 271, unter Hinweis auf BFH I R 33/90 vom 8. 5. 1991, BStBl. 1992 II, 437; aA FinVerw., siehe Abschn. 27 Abs. 3 S. 4 KStR 1995.

3. Besteuerung der übernehmenden GmbH

a) Übernahmegewinn oder -verlust

Die übernehmende GmbH hat die auf sie übergehenden Wirtschaftsgüter mit den in der steuerlichen **Schlussbilanz** der übertragenden GmbH ausgewiesenen Werten zu übernehmen (§ 12 Abs. 1 iVm. § 4 Abs. 1 UmwStG). 1127

Die übernehmende GmbH tritt in die steuerliche Rechtsstellung der übertragenden GmbH ein, insbesondere hinsichtlich der Bewertung der übernommenen Wirtschaftsgüter, der **AfA** und der den steuerlichen Gewinn mindernden Rücklagen (§ 12 Abs. 3 S. 1 UmwStG)¹. Dies gilt auch dann, wenn die Wirtschaftsgüter bei der übertragenden GmbH zu Teilwerten angesetzt wurden. 1128

Ist die **Dauer der Zugehörigkeit** eines Wirtschaftsguts zum Betriebsvermögen für die Besteuerung bedeutsam, so ist der Zeitraum seiner Zugehörigkeit zum Betriebsvermögen der übertragenden GmbH der übernehmenden GmbH anzurechnen (§ 12 Abs. 4 S. 1 UmwStG iVm. § 4 Abs. 2 S. 3 UmwStG)². 1129

Grundsätzlich hat die Verschmelzung bei der übernehmenden GmbH – unabhängig von dem Wertansatz bei der übertragenden GmbH – **keine Gewinnauswirkung**. Im Einzelnen: 1130

Soweit die Gegenleistung der Übernehmerin in der Gewährung von Anteilen aus einer Kapitalerhöhung besteht, handelt es sich um eine **Einlage**, die bei der Einkommensermittlung nicht zu berücksichtigen ist. Übersteigt der zu bilanzierende Wert der übernommenen Wirtschaftsgüter den Nennbetrag der neuen Anteile, ist der Differenzbetrag als steuerfreier Agiogewinn auszuweisen³. 1131

Liegt der Nennwert der Anteile hingegen über dem Ansatz des Vermögens, ist auf der Aktivseite der Bilanz ein **Ausgleichsposten** „Minuskapital“ anzusetzen, der nicht abschreibungsfähig ist⁴. 1132

Ist die übernehmende GmbH an der übertragenden GmbH beteiligt (zB bei Verschmelzung Tochter-GmbH auf Mutter-GmbH), ergibt 1133

1 Zur Wertaufholung gem. § 7 Abs. 1 S. 6 EStG siehe SCHMITT/HÖRTNAGL/STRATZ, § 12 UmwStG Rz. 66 u. 71 ff.; zum Hinzurechnungsvolumen nach § 2 a Abs. 3 u. 4 EStG PACH-HANSENHEIMB, DStR 2001, 64.

2 BMF vom 14. 7. 1995, DB 1995, 1439.

3 SCHMITT/HÖRTNAGL/STRATZ, § 12 UmwStG Rz. 30.

4 SCHMITT/HÖRTNAGL/STRATZ, § 12 UmwStG Rz. 30.

GmbH ↔ GmbH

sich ein buchmäßiger Übernahmegewinn oder -verlust, wenn die zu übernehmenden Bilanzwerte der übertragenden GmbH den Buchwert der Anteile über- oder unterschreiten. Dieser **Gewinn** oder **Verlust** bleibt für die Einkommensermittlung grundsätzlich (Ausnahme siehe Tz. 1136–1139) außer Ansatz (§ 12 Abs. 2 S. 1 UmwStG). Er ist außerhalb der Bilanz abzuziehen bzw. hinzuzurechnen¹. Damit ist ein Übernahmeverlust weder abzugs- noch rücktragsfähig.

- 1134 Als zum steuerlichen Übertragungstichtag angeschafft gelten auch Anteile, die von der übernehmenden GmbH tatsächlich erst **nach dem steuerlichen Übertragungstichtag** angeschafft wurden (§ 12 Abs. 4 iVm. § 5 Abs. 1 UmwStG).
- 1135 **Hinweis:** Es gibt Gestaltungsmöglichkeiten, den Übernahmeverlust steuerlich zu realisieren, indem
- die übertragende GmbH nach § 11 Abs. 1 UmwStG stille Reserven realisiert;
 - Vermögensgegenstände unter Realisierung stiller Reserven von der übertragenden GmbH an die übernehmende GmbH verkauft werden;
 - anstelle der Verschmelzung eine Liquidation der übertragenden GmbH erfolgt.
- 1136 **Ausnahme:** Ein Übernahmegewinn ist steuerpflichtig, soweit die tatsächlichen Anschaffungskosten der Anteile an der übertragenden GmbH den Buchwert übersteigen (§ 12 Abs. 2 S. 2 UmwStG). Dies ist insbesondere der Fall, wenn auf den Beteiligungsbuchwert eine Teilwertabschreibung vorgenommen wurde oder eine Übertragung nach § 6 b EStG erfolgt ist. Der Unterschiedsbetrag wird zum Verschmelzungstichtag (Tz. 1118) dem Gewinn der übernehmenden GmbH außerhalb der Bilanz hinzugerechnet. Die Verrechnung mit einem Übernahmeverlust (Tz. 1133) ist ausgeschlossen².
- 1137 **Hinweis:** Eine Hinzurechnung kommt – entgegen der Auffassung der Finanzverwaltung³ – weder bei der Verschmelzung einer Mutter- auf die Tochter- oder Schwestergesellschaft noch bei der Verschmelzung von Tochter- auf Schwestergesellschaften in Betracht.
- 1138 **Beispiel:** Eine Tochtergesellschaft, für die die Anschaffungskosten der Anteile wegen einer Teilwertabschreibung den Buchwert übersteigen,

1 Tz. 12.03 UmwE; BFH I R 158/85 vom 18. 10. 1989, BStBl. 1990 II, 92.

2 Tz. 12.06 UmwE.

3 Tz. 11.26, 12.07 f. UmwE.

wird zunächst auf eine Schwestergesellschaft und diese sodann auf die Muttergesellschaft verschmolzen. Nach Auffassung der Finanzverwaltung führt die Verschmelzung der Tochter- auf die Schwestergesellschaft zur Hinzurechnung bei der Muttergesellschaft. Eine Rechtsgrundlage hierfür ist jedoch nicht erkennbar, da § 12 Abs. 2 S. 2 UmwStG eine Teilwertabschreibung bei der Übernehmerin voraussetzt. Lediglich für die nachfolgende Verschmelzung der Schwestergesellschaft auf die Muttergesellschaft ist § 12 Abs. 2 S. 2 UmwStG zu prüfen¹.

Die Besteuerung des Unterschiedsbetrages gem. § 12 Abs. 2 S. 2 UmwStG entfällt, soweit die Differenz über **§ 50 c EStG** oder § 8 b Abs. 3 KStG steuerlich bereits erfasst wurde (§ 12 Abs. 2 S. 3 UmwStG)². **Zuwendungen an Unterstützungskassen** rechnen zu den tatsächlichen Anschaffungskosten (§ 12 Abs. 2 S. 2 UmwStG)³. Kapitalerhöhungen aus Gesellschaftsmitteln führen zur Minderung der tatsächlichen Anschaffungskosten.

Die Begrenzung der Hinzurechnung auf die Differenz zwischen dem Buchwert der Anteile und dem nach § 12 Abs. 1 UmwStG anzusetzenden Wert des übergehenden Vermögens (§ 12 Abs. 2 S. 4 UmwStG aF) ist seit 1997 entfallen (§ 27 Abs. 3 UmwStG)⁴. Vermieden werden soll die Doppelnutzung von Verlusten bei der Verschmelzung von Tochter- auf Muttergesellschaften⁵. Der BFH hält die Streichung des § 12 Abs. 2 S. 4 UmwStG für formell verfassungswidrig⁶.

Gewährt die übernehmende GmbH den Gesellschaftern der übertragenden GmbH **eigene** (alte) **Anteile**, die sie bereits in Besitz hatte, ist der Buchwert der eigenen Anteile dem (anteiligen) Übernahmewert des Vermögens der übertragenden GmbH gegenüberzustellen (§ 12 Abs. 2 UmwStG). Soweit ein Gewinn oder Verlust entsteht, handelt es sich ebenfalls um einen Übernahmegewinn oder -verlust, der nach § 12 Abs. 2 S. 1 UmwStG außer Ansatz bleibt.

Hinweis: Durch die Verschmelzung der Mutter- auf die Tochtergesellschaft („downstream merger“) lassen sich Übernahmeverlust und Übernahmegewinn vermeiden.

1 SCHMITT/HÖRTNAGL/STRATZ, § 12 UmwStG Rz. 47ff.

2 Zur zeitlichen Anwendung SCHMITT/HÖRTNAGL/STRATZ, § 12 UmwStG Rz. 39ff.

3 Eingehend zum Zweck der Regelung STRECK/POSDZIECH, GmbHR 1995, 271.

4 Zur zeitlichen Anwendung HARITZ, GmbHR 1998, 81; FÜGER/RIEGER, DStR 1998, 64.

5 Zur Kritik an der Gesetzesformulierung GRATZ/WUTZKE, DB 1997, 2348.

6 BFH I R 38/99 vom 18. 7. 2001, GmbHR 2002, 29.

GmbH ↔ GmbH

1143 Beispiel 1:

M-GmbH				T-GmbH			
Beteiligung							
an T-GmbH	50	Stammkapital	100	Anlagev.	400	Kapital	100
sonst. Aktiva	500	Rücklagen	100			Rücklagen	100
		Verbindlk.	350			Verbindlk.	200
	550		550		400		400

Bei Verschmelzung T-GmbH auf M-GmbH

M-GmbH			
Aktiva	900	Stammkapital	100
		Gewinn	100
		Rücklagen	200
		Verbindlk.	550
	900		900

Bei Verschmelzung M-GmbH auf T-GmbH

T-GmbH			
Aktiva	900	Kapital	100
		Rücklagen	250
		Verbindlk.	550
	900		900

1144 Beispiel 2:

M-GmbH				T-GmbH			
Beteiligung							
an T-GmbH	150	Kapital	100	Aktiva	400	Kapital	100
sonst. Aktiva	500	Rücklagen	100			Verbindlk.	300
		Verbindlk.	450				
	650		650		400		400

Bei Verschmelzung T-GmbH auf M-GmbH

M-GmbH			
Aktiva	900	Kapital	100
		Rücklagen	100
Verlust	50	Verbindlk.	750
	950		950

Bei Verschmelzung M-GmbH auf T-GmbH

T-GmbH			
Aktiva	900	Kapital	100
		Rücklagen	50
		Verbindlk.	750
900		900	

Soweit **bare Zuzahlungen** erfolgen, liegt steuerlich eine neutrale Vermögensumschichtung vor. An die Stelle der abfließenden Mittel tritt das übertragene Vermögen. Die Zuzahlungen sind keine Ausschüttungen iSd. §§ 37, 38 KStG. 1145

Ertragsteuerliche Auswirkungen ergeben sich letztendlich, wenn zwischen den Gesellschaften Forderungen und Verbindlichkeiten bestehen, die unterschiedlich bilanziert werden (sog. **Übernahmewinn zweiter Stufe**, § 12 Abs. 4 S. 2 iVm. § 6 UmwStG). Die Vergünstigungen gemäß § 6 UmwStG (Rücklagenzuführung) werden insoweit gewährt, als die übernehmende GmbH an der übertragenden GmbH beteiligt ist (siehe § 12 Abs. 4 UmwStG). 1146

b) Addition des Eigenkapitals, Körperschaftsteuerguthabens und der Körperschaftsteuererhöhung

Durch die Verschmelzung geht das Vermögen der übertragenden GmbH im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die übernehmende GmbH über. Die Folgerungen für das **Eigenkapital** regelt § 29 KStG iVm. § 28 und § 40 KStG. 1147

Zunächst gilt im Fall einer Umwandlung das **Nennkapital der übertragenden Gesellschaft** als im vollen Umfang nach § 28 Abs. 2 S. 1 KStG herabgesetzt (§ 29 Abs. 1 KStG). Dies bedeutet: 1148

- Enthält das Nennkapital einen Sonderausweis iSd. § 28 Abs. 1 KStG (Umwandlung von Rücklagen in Nennkapital), erhöht dieser Anteil die sonstigen Rücklagen.
- Der nicht in einem Sonderausweis bestehende Anteil des Nennkapitals ist dem steuerlichen Einlagenkonto gem. § 27 KStG gutzuschreiben, sofern die Einlage in das Nennkapital erbracht ist.

Sodann ist das gem. § 29 Abs. 1 KStG erhöhte **steuerliche Einlagenkonto** der übertragenden GmbH dem steuerlichen Einlagenkonto der aufnehmenden GmbH hinzuzurechnen. Maßgebend ist das Einlagenkonto zum Verschmelzungsstichtag. Der Vermögensübergang wird 1149

GmbH ↔ GmbH

zum Ende des Wirtschaftsjahrs berücksichtigt, in das der steuerliche Übertragungssichttag fällt¹.

- 1150 Eine **Hinzurechnung unterbleibt**, soweit die übernehmende GmbH an der übertragenden Gesellschaft beteiligt ist (§ 29 Abs. 2 S. 2 KStG). **Beispiel:** Verschmelzung der 100% Tochter-GmbH auf die Mutter-GmbH. Hier erfolgt keine Hinzurechnung, da das Einlagenkonto der Tochter-GmbH von der Muttergesellschaft, aber nicht von den Gesellschaftern der Muttergesellschaft erbracht wurde. Entsprechend mindert sich das Einlagenkonto der übernehmenden Gesellschaft, soweit die übertragende Gesellschaft an der übernehmenden beteiligt war (downstream merger)².
- 1151 Ferner ist das **Körperschaftsteuerguthaben gem. § 37 KStG** und der **unbelastete Teilbetrag nach § 38 KStG** den entsprechenden Beträgen der übernehmenden Gesellschaft hinzuzurechnen (§ 40 Abs. 1 KStG). Etwas anderes gilt nur dann, wenn die übernehmende Gesellschaft von der Körperschaftsteuer befreit ist. Hier erfolgt eine Besteuerung wie bei einer Vollausschüttung (§ 40 Abs. 3 KStG).
- 1151.1 Nach der Zusammenrechnung erfolgt eine **Angleichung der Nennkapital- und Rücklagensphären**. Die Verschmelzung wird bei der übernehmenden Gesellschaft wie eine Kapitalerhöhung behandelt. Soweit das Nennkapital nach Verschmelzung das Nennkapital vor Verschmelzung übersteigt, ist dieser Betrag zunächst mit dem positiven Bestand des steuerlichen Einlagenkontos gem. § 27 KStG zu verrechnen (§§ 29 Abs. 4 iVm. 28 Abs. 1 UmwStG). Genügt das Einlagenkonto nicht, um das Nennkapital zu decken, so ist der aus den sonstigen Rücklagen stammende Teil gesondert auszuweisen (§ 28 Abs. 1 S. 3 UmwStG)³.

c) Übernahme eines Verlustabzugs

- 1152 Ein **verbleibender Verlustabzug** iSd. § 10 d EStG geht von der übertragenden GmbH auf die übernehmende GmbH über (§ 12 Abs. 3 S. 2 UmwStG). Voraussetzung ist⁴, dass der Betrieb oder Betriebsteil, den

1 DÖTSCH in Dötsch/Eversberg/Jost/Witt, § 29 KStG nF Rz. 13 (März 2002).

2 Eingehend mit Beispielen DÖTSCH in Dötsch/Eversberg/Jost/Witt, § 29 KStG nF Rz. 16 ff. (März 2002); BINNEWIES in Streck, § 29 KStG Anm. 5.

3 MÜLLER/MAITERTH, DStR 2001, 1229.

4 Zur zeitlichen Anwendung HARITZ, GmbHR 1998, 81; FÜGER/RIEGER, DStR 1998, 64; OLBING, Stbg. 1998, 111; BMF vom 16. 4. 1999, BStBl. 1999 I, 455; SCHMITT/HÖRTNAGL/STRATZ, § 12 UmwStG Rz. 85 ff.

der Verlust verursacht hat, über den Verschmelzungstichtag hinaus in einem nach dem Gesamtbild der wirtschaftlichen Verhältnisse vergleichbaren Umfang in den folgenden fünf Jahren fortgeführt wird¹.

Hinweis: Die Gesetzesformulierung ist eine Aneinanderreihung unbestimmter Rechtsbegriffe („Betrieb“, „Betriebsteil“, „Gesamtbild der wirtschaftlichen Verhältnisse“, „vergleichbaren Umfang“), die der Finanzverwaltung erheblichen Auslegungsspielraum einräumt. Von einem gesicherten Verlustübergang wird in der Gestaltungsberatung häufig nicht ausgegangen werden können. Anstelle der Verschmelzung einer Verlust-Kapitalgesellschaft auf die Gewinn-Kapitalgesellschaft ist daher die umgekehrte Verschmelzung der Gewinn-Kapitalgesellschaft auf die Verlust-Kapitalgesellschaft idR vorzuziehen. Allerdings können hier nach bisheriger Rechtsprechung des BFH Verluste oder Verlustvorträge der aufnehmenden Gesellschaft nicht auf die übertragende Kapitalgesellschaft zurückgetragen werden². Zudem wird dieser Weg durch den entsprechend verschärften **§ 8 Abs. 4 KStG** erschwert³, der nach allerdings bestrittener⁴ Ansicht der Finanzverwaltung auf die Verschmelzung anzuwenden ist⁵.

Der Verlustabzug der übertragenden GmbH ist im Jahr des steuerlichen Übertragungsstichtags mit dem steuerpflichtigen Gewinn der Übernehmerin zu verrechnen. Streitig ist, ob ein darüber hinausgehender Verlustabzug nach Maßgabe des § 10 d EStG bei der Übernehmerin im Wege des **Verlustrücktrags** mit den Einkommen des Vorjahres verrechnet werden kann⁶ oder nur vortragsfähig ist⁷.

1 Eingehend DÖTSCH, DB 1997, 2144; DÖTSCH, UmwStR, Rz. 472 ff.; FÜGER/RIEGER, DStR 1997, 1427, 1434; ROSER, GmbHR 1997, 886; ORTH, DB 1997, 2242; PRINZ, FR 1997, 881; STALINSKI, NWB Fach 4, 4209 (25. 5. 1998); DJANANI/BRÄHLER/ZÖLCH, BB 2000, 1497, und DÜLL/FUHRMANN, DStR 2000, 1166, zum Verhältnis zu § 8 Abs. 4 KStG; zu Gestaltungsalternativen FEY/MEYER, GmbHR 2000, 705; zur möglichen formellen Verfassungswidrigkeit siehe HÜBNER/SCHADEN, DStR 1999, 2093 und BFH I R 38/99 vom 18. 7. 2001, GmbHR 2002, 29.

2 BFH I R 74, 75/90 vom 17. 7. 1991, BStBl. 1991 II, 899; BFH I B 134/93 vom 23. 3. 1994, BFH/NV 1994, 782.

3 Siehe hierzu SCHWEDHELM in Streck, § 8 KStG Anm. 151 ff.; DÖTSCH, UmwStR, Rz. 473 ff.; STALINSKI, NWB Fach 4, 4209 (25. 5. 1998).

4 KNEPPER, DStR 1994, 1796; STRECK/SCHWEDHELM, FR 1989, 155; FUHRMANN, DB 2001, 1690.

5 Tz. 12.21 UmwE.

6 So STRECK/POSDZIECH, GmbHR 1995, 271.

7 Tz. 12.16 UmwE; WOCHINGER/DÖTSCH, DB 1994, Beilage 14, S. 16; DÖTSCH in Dötsch/Eversberg/Jost/Witt, § 12 UmwStG nF Rz. 54 (Juli 2001); SCHAUMBURG, FR 1995, 211, die nur einen Verlustvortrag zulassen. Zum Verlustabzug bei Verschmelzung auf eine Organgesellschaft Tz. Org. 2 UmwE.

1155–1156 Einstweilen frei.

d) Kosten der Verschmelzung

- 1157 Die Kosten der Verschmelzung sind sowohl bei der übertragenden wie bei der übernehmenden Gesellschaft sofort abziehbare Betriebsausgaben, sofern sie nicht bei der übernehmenden Gesellschaft als objektbezogene Anschaffungskosten zu aktivieren sind, wie zB die Grunderwerbsteuer (siehe Tz. 1168)¹. Wer die einzelnen Kosten der Verschmelzung zu tragen hat und sie damit auch steuerlich geltend machen kann, ist im Einzelnen umstritten². Nach Ansicht des BFH gilt das Veranlassungsprinzip³. Eine abweichende **Vereinbarung im Verschmelzungsvertrag** ist danach steuerlich nicht anzuerkennen.

4. Besteuerung der Gesellschafter der übertragenden GmbH

- 1158 Soweit die Gesellschafter keine baren Zuzahlungen erhalten, ist die Verschmelzung steuerneutral. Bei **Anteilen im Betriebsvermögen** gelten die Geschäftsanteile an der übertragenden GmbH als zum Buchwert veräußert und die an ihre Stelle tretenden Anteile der übernehmenden GmbH als zu diesem Wert angeschafft (§ 13 Abs. 1 UmwStG). Bei **Anteilen im Privatvermögen** iSv. § 17 EStG gelten die Anteile als zu den Anschaffungskosten veräußert und die neuen Anteile als mit diesem Wert angeschafft (§ 13 Abs. 2 S. 1 UmwStG). Die erworbenen Anteile gelten ebenfalls als Anteile iSd. § 17 EStG (§ 13 Abs. 2 S. 2 UmwStG). Dies gilt auch, wenn die Anteilsquote an der übernehmenden GmbH nicht 1% erreicht. Die Grenze des § 17 EStG wird erst dann unterschritten, wenn unter Zugrundelegung des Umtauschverhältnisses die Beteiligungsquote an der übernehmenden GmbH so reduziert wird, dass auch die entsprechende Beteiligung an der übertragenden GmbH keine Beteiligung iSd. § 17 EStG darstellen würde⁴.
- 1159 Handelt es sich um **einbringungsgeborene Anteile** (§ 21 UmwStG), erwerben auch die neuen Anteile diesen Status (§ 13 Abs. 3 UmwStG). Ob dies auch für einbringungsgeborene Anteile im Betriebsvermögen gilt (was im Hinblick auf § 8 b Abs. 4 KStG bedeutsam

1 BFH I R 83/96 vom 22. 4. 1998, BStBl. 1998 II, 698; DIETERLEN/SCHADEN, BB 1997, 2297.

2 SCHMITT/HORTNAGL/STRATZ, § 11 UmwStG Rz. 53 mwN; Tz. 03.13 UmwE.

3 BFH I R 83/96 vom 22. 4. 1998, BStBl. 1998 II, 698.

4 Tz. 13.09 UmwE.

ist), ist zweifelhaft¹. Gleiches gilt für Anteile nach § 50 c EStG (§ 13 Abs. 4 UmwStG).

Bei den übrigen zum Privatvermögen der Gesellschafter gehörenden Anteilen findet vorbehaltlich eines privaten Veräußerungsgeschäfts nach § 23 EStG ohnehin keine Besteuerung stiller Reserven statt. Der Anteilstausch stellt kein privates Veräußerungsgeschäft nach § 23 EStG dar (§ 13 Abs. 2 S. 1 UmwStG)². Ein steuerpflichtiges privates Veräußerungsgeschäft ist möglich, wenn der Zeitraum zwischen Anschaffung der hingegebenen Anteile und Veräußerung der neuen Anteile nicht mehr als ein Jahr beträgt³. 1160

Werden aus Anteilen an der übertragenden GmbH, die die Voraussetzungen des § 17 EStG nicht erfüllen, **Anteile iSd. § 17 EStG** an der übernehmenden GmbH, so gilt für diese Anteile der gemeine Wert am steuerlichen Übertragungstichtag als Anschaffungskosten (§ 13 Abs. 2 S. 3 UmwStG). Hierdurch werden die in der Zeit der „Nicht-Verstrickung“ angesammelten stillen Reserven durch die Verschmelzung nicht in die Besteuerung einbezogen. Vielmehr unterliegen der Besteuerung nur die stillen Reserven, die nach dem steuerlichen Übertragungstichtag in den Anteilen entstanden sind. Diese für die Spaltung gedachte Regelung kann auch bei der Verschmelzung relevant werden, wenn beispielsweise ein Anteilseigner bereits vor der Verschmelzung an der Übernehmerin Anteile gehalten hat, die nach der Verschmelzung infolge neuer Anteile die Grenze des § 17 EStG erreichen. 1161

Bare Zuzahlungen sind bei betrieblich gehaltenen Anteilen bzw. bei Anteilen iSd. § 17 EStG steuerpflichtig, soweit die Barzahlung den der Barzahlung entsprechenden Anteil am Buchwert (bzw. Anschaffungskosten) der untergehenden Anteile übersteigt⁴. 1162

Wird ein Gesellschafter der übertragenden GmbH aus Anlass des Vermögensübergangs in bar abgefunden, erfolgt die Besteuerung dieser **Barabfindung** beim ausscheidenden Gesellschafter wie bei der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften. 1163

1 Siehe SCHMITT, BB 2002, 435.

2 Es handelt sich dabei um eine Klarstellung, siehe BFH VI 82/61 U vom 29. 6. 1962, BStBl. 1962 III, 387, betr. Grundstück beim Zwangstausch.

3 GlA OFD Münster vom 9. 9. 1964, DB 1964, 1499.

4 SCHMITT/HÖRTNAGL/STRATZ, § 13 UmwStG Rz. 22 ff.

GmbH ↔ GmbH

5. Gewerbesteuer

- 1164 Die Grundsätze der §§ 11–13, 15, 17 UmwStG gelten auch für die Ermittlung des **Gewerbeertrags** (§ 19 Abs. 1 UmwStG).
- 1165 Die übergegangenen **Renten** und **dauernden Lasten** werden bei der Übernehmerin nicht nach § 8 Nr. 2 GewStG beim Gewerbeertrag hinzugerechnet, es sei denn, die Voraussetzungen für die Hinzurechnung waren bereits bei der übertragenden Körperschaft erfüllt¹.
- 1166 Nach § 19 Abs. 2 UmwStG gelten für **vortragsfähige Fehlbeträge iSd. § 10 a GewStG** die §§ 12 Abs. 3 S. 2 sowie Abs. 5 S. 3, 15 Abs. 4 und 16 S. 3 UmwStG entsprechend (siehe Tz. 1152 GmbH ↔ GmbH).

6. Umsatzsteuer

- 1167 Die Verschmelzung ist nicht steuerbar (§ 1 Abs. 1 a UStG).

7. Grunderwerbsteuer

- 1168 Gehört zum Vermögen der übertragenden GmbH Grundvermögen, fällt Grunderwerbsteuer an. **Bemessungsgrundlage** ist der Wert gem. § 138 Abs. 2 bzw. 3 BewG (§ 8 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG)². Zweifelhaft ist, ob die Grunderwerbsteuer bei der übernehmenden Gesellschaft zu den aktivierungspflichtigen Anschaffungskosten gehört³ oder sofort abzugsfähige Betriebsausgabe ist⁴.
- 1169 Die Verschmelzung kann auch GrESt durch **Anteilsvereinigung** auslösen (§ 1 Abs. 3 GrEStG)⁵.

1 Dies gilt auch nach Streichung der §§ 19 Abs. 1 S. 2 und 18 Abs. 3 UmwStG, siehe SCHMITT/HÖRTNAGL/STRATZ, § 18 UmwStG Rz. 29.

2 FinMin. Baden-Württemberg vom 19. 12. 1997, DStR 1998, 82, auch zur zeitlichen Anwendung der gesetzlichen Neuregelung; ferner BECKMANN, GmbHR 1999, 217.

3 So BFH I R 22/96 vom 15. 10. 1997, GmbHR 1998, 251; zweifelhaft für die Anteilsvereinigung und Verschmelzung auf Personengesellschaften bzw. natürliche Personen, eingehend MÜLLER, DB 1997, 1433, der insoweit sofort abzugsfähige Betriebsausgaben annimmt; HAHN, DStZ 1998, 561.

4 So wohl die Finanzverwaltung, siehe Tz. 04.34 UmwE.

5 Siehe auch BFH II R 15/96 vom 29. 1. 1997, GmbHR 1997, 421; FG Münster 8 K 2924/00 vom 23. 1. 2002, EFG 2002, 573, Rev. II R 10/02; mit Anm. FUMI.

8. Berechnungsbeispiel

a) Sachverhalt

Das Vermögen der A-GmbH geht im Wege der Verschmelzung auf die B-GmbH als Alleingesellschafterin über. **Verschmelzungstichtag** ist der 31. 12. 2002.

Schlussbilanz der A-GmbH zum 31. 12. 2002:

A-GmbH			
Anlagevermögen	200	Kapital	50
Umlaufvermögen	300	Rücklagen	120
		Jahresüberschuss	30
		Verbindlichkeiten	300
	500		500

Stille Reserven:

	Buchwert	Teilwert
Anlagevermögen	200	300
Umlaufvermögen	300	350
Firmenwert	0	50
	500	700

Eigenkapital und Körperschaftsteuerguthaben der A-GmbH zum 31. 12. 2002:

Steuerliches Einlagenkonto	30
Sonstige Rücklagen	120
Körperschaftsteuerguthaben gem. § 37 KStG	15

Steuerbilanz der B-GmbH zum 31. 12. 2002 vor Verschmelzung:

B-GmbH			
Beteiligung an A-GmbH	80	Kapital	300
Sonstige Aktiva	720	Kapitalrücklagen	10
		Gewinnrücklagen	190
		Jahresüberschuss	100
		Verbindlichkeiten	200
	800		800

GmbH ↔ GmbH

Die Beteiligung an der A-GmbH ist mit den **Anschaffungskosten** bewertet.

Eigenkapital und Körperschaftsteuerguthaben der B-GmbH zum 31. 12. 2002:

Steuerliches Einlagenkonto	10
Sonstige Rücklagen	290
Körperschaftsteuerguthaben gem. § 37 KStG	30

Auf eine **Aufdeckung der stillen Reserven** soll im Rahmen des Verschmelzungsvorgangs – soweit zulässig – verzichtet werden.

b) Lösung

- 1171 Nach § 11 Abs. 1 UmwStG können bei der übertragenden A-GmbH die **Buchwerte** fortgeführt werden. Damit scheidet ein Übertragungsgewinn aus. Die Schlussbilanz der A-GmbH zum 31. 12. 2002 bleibt unverändert. Die übernehmende B-GmbH hat die Buchwerte der A-GmbH nach § 12 Abs. 1 UmwStG zu übernehmen. Gleichzeitig sind die Anteile an der A-GmbH mit ihrem Buchwert auszubuchen. Unter Berücksichtigung des Vermögensübergangs ergibt sich bei der B-GmbH folgende **Schlussbilanz** zum 31. 12. 2002:

B-GmbH			
Eigene Aktiva	800	Kapital	300
		Kapitalrücklagen	10
./. Beteiligung A-GmbH	720	Gewinnrücklagen	190
		Jahresüberschuss	100
Übernommene Aktiva	500	Übernahmegewinn	120
		Verbindlichkeiten	
		eigene	200
		A-GmbH	300
	1.220		1.220

Ermittlung des Übernahmegewinns:

Übernahmewert Aktiva	500
./. Übernahmewert Passiva	<u>300</u>
= Übernahmewert Vermögen	200
./. Buchwert der Anteile an der A-GmbH	<u>80</u>
= Übernahmegewinn	120

Der Übergangsgewinn bleibt bei der steuerlichen Gewinnermittlung der übernehmenden B-GmbH nach § 12 Abs. 2 S. 1 UmwStG außer Ansatz. Er ist also steuerfrei.

Addition des Eigenkapitals:

Einlagenkonto gem. § 27 KStG der A-GmbH	30
+ Stammkapital der A-GmbH (Tz. 1148)	50
Einlagenkonto neu	80

Da die B-GmbH zu 100% an der A-GmbH beteiligt ist, unterbleibt eine Hinzurechnung (Tz. 1150). Das Einlagenkonto gem. § 27 KStG der B-GmbH beträgt auch nach Verschmelzung 10.

Addition des Körperschaftsteuerguthaben:

Guthaben A-GmbH	15
Guthaben B-GmbH	30
Guthaben nach Verschmelzung	45

Einstweilen frei.

1172–1185

C. Verschmelzung durch Neugründung

I. Zivilrecht

Es gelten die Tz. 983–1101 entsprechend mit folgenden **Besonderheiten:** 1186

In dem Verschmelzungsvertrag muss der **Gesellschaftsvertrag** der durch die Verschmelzung zu gründenden GmbH enthalten sein oder festgestellt werden (§ 37 UmwG). Im letztgenannten Fall, der in der Praxis die Regel ist, wird die Satzung dem Verschmelzungsvertrag beigefügt und mitbeurkundet. Festsetzungen über Sondervorteile, Gründungsaufwand, Sacheinlagen und Sachübernahmen, die in den Satzungen der übertragenden Gesellschaften enthalten waren, sind in die Satzung der neuen GmbH zu übernehmen (§ 57 UmwG). Die Gründungsvorschriften für die GmbH sind zu beachten (§ 36 UmwG). Ein Sachgründungsbericht ist verzichtbar, soweit es sich bei dem übertragenden Rechtsträger um eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft handelt (§ 58 Abs. 2 UmwG). 1187

Die Regelungen zur **Kapitalerhöhung** sind nicht anzuwenden (§ 56 UmwG), da die als Gegenleistung zu gewährenden Anteile durch die Neugründung entstehen. 1188

GmbH ↔ GmbH

- 1189 Der Verschmelzungsbeschluss jeder der übertragenden Gesellschaften muss auch die **Zustimmung zur Satzung** der neuen GmbH enthalten (§ 59 UmwG).
- 1190 Die Verschmelzung ist zum Register der übertragenden Gesellschaften wie auch zum Register der neuen GmbH **anzumelden** (§ 38 UmwG).

II. Steuerrecht

- 1191 Die Tz. 1102–1185 gelten entsprechend.

GmbH → GmbH & Co KG, Formwechsel, Spaltung, Verschmelzung

- 1192 Eine GmbH kann **unmittelbar** in eine GmbH & Co KG umgewandelt werden¹.
- 1193 **Besteht** bereits eine **GmbH & Co KG**, so kann auf diese verschmolzen oder gespalten werden. Es gelten die Tz. 1274–1516 *GmbH → KG*.
- 1194 Soll durch die Umwandlung eine GmbH & Co KG **entstehen**, ist auf eine lückenlose Haftungsbeschränkung zu achten. Zwei Wege sind gegeben².
- 1195 **Variante 1:** Eine Neu-GmbH wird gegründet. Diese begründet als Komplementärin mit den Gesellschaftern der Alt-GmbH als Kommanditisten eine GmbH & Co KG. Sodann wird die Alt-GmbH auf die GmbH & Co KG verschmolzen. Für die **Verschmelzung** gilt Tz. 1305–1483 *GmbH → KG*.
- 1196 **Variante 2:** Eine Neu-GmbH wird gegründet. Ihr wird ein Anteil an der Alt-GmbH (Euro 100,- genügen, siehe §§ 5 Abs. 1, 17 Abs. 4 GmbHG) ggf. als Treuhänder übertragen. Sodann kann die Alt-GmbH durch **Formwechsel** in eine KG umgewandelt werden, wobei die Neu-GmbH die Komplementär- und die übrigen Gesellschafter die

1 Zur AG & Co KG siehe BECKMANN, DStR 1995, 296.

2 Nach K. SCHMIDT, GmbHR 1995, 693 und PRIESTER, DB 1997, 560, ist der Beitritt der Komplementär-GmbH unmittelbar im Rahmen der Umwandlung zulässig; generell für die Zulässigkeit des Ein- und Austritts einer Komplementär-GmbH im Rahmen der Umwandlung KALLMEYER, GmbHR 1996, 80.