

Formularbuch Umwandlungen

Engl / Fox / Traßl

6., neubearbeitete Auflage 2023
ISBN 978-3-406-78629-7
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften (DiREG) v. 15.7.2022, BGBl. I 2022, 1146 wurde § 48 Abs. 1 GmbHG um einen Satz 2 ergänzt, wonach eine fernmündliche oder mittels Videokommunikation durchgeführte Beschlussfassung selbst in Ermangelung einer Ermächtigung in der Satzung dann zulässig ist, wenn sämtliche Gesellschafter sich damit **in Textform einverstanden erklären**. Nach Ansicht des BGH genügt eine derartige Beschlussfassung auch dem Versammlungserfordernis des § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG; das Erfordernis der notariellen Beurkundung stehe dem nicht entgegen: Es genüge, wenn der Notar für die Beurkundung am Aufenthaltsort des Versammlungsleiters zugegen sei, sich dort von dem ordnungsgemäßen Ablauf des Beschlussverfahrens überzeuge und sodann die Feststellung des Beschlussergebnisses durch das zuständige Gesellschaftsorgan beurkunde (so zur Genossenschaft BGH v. 5.10.2021, II ZB 7/21, DStR 2021, 2847, 2849, Tz. 20 mwN auch zur Gegenauffassung).

Fraglich könnte allerdings sein, ob ein solches Vorgehen in Widerspruch zur Unzulässigkeit einer Beurkundung von Umwandlungen mittels Videokommunikationssystems gemäß §§ 16a ff. BeurkG (→ Rn. 32a) steht. Nach hier vertretener Auffassung ist dies dann nicht der Fall, wenn der Notar bei der Wahl des Versammlungsleiters, sowie sodann bei der Feststellung des Beschlussergebnisses durch diesen, ununterbrochen persönlich anwesend ist, weil es sich in diesem Fall nicht um eine Beurkundung einer Wahrnehmung mittels Videokommunikationssystems, sondern um eine **Präsenzbeurkundung** handelt. Solange GmbH-spezifische Rechtsprechung zu dieser Frage fehlt, kann es sich allerdings empfehlen, dass ein Gesellschafter mit Vollmacht der anderen Gesellschafter beim Notar erscheint und diese per Video mit der Möglichkeit zur Weisungserteilung zugeschaltet werden (diese Vorgehensweise empfehlen *Wicke* DStR 2022, 498, 503 sowie DNotI v. 20.10.2022, DNotI-Report 2020, 73 als sicheren Weg).

Ein Wahrnehmungsprotokoll nach §§ 36, 37 BeurkG genügt allerdings nur dann, **wenn** in dem Protokoll **keine Verzichtserklärungen** nach §§ 8 Abs. 4 Nr. 1, 9 Abs. 3, 12 Abs. 3 oder auf Klage gegen die Wirksamkeit der Beschlüsse nach § 16 Abs. 2 UmwG enthalten sind; diese Verzichtserklärungen bedürfen der für die Beurkundung von Willenserklärungen vorgeschriebenen Form der Niederschrift (§§ 8 ff. BeurkG); insoweit scheidet eine Beurkundung gemäß § 16a ff. BeurkG mittels Videokommunikationssystems aus (→ Rn. 36a).

Der Beschluss bedarf bei **GmbH** einer Mehrheit von mindestens **75 %** der abgegebenen Stimmen, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag bzw. die Satzung eine höhere Mehrheit oder weitere Erfordernisse vorsieht, § 50 Abs. 1 UmwG. 37

Entsprechendes gilt gemäß § 53 Abs. 2 GmbHG für den gemäß § 53 Abs. 1 GmbHG erforderlichen Kapitalerhöhungsbeschluss der (Alt)Gesellschafter der übernehmenden GmbH, von dem § 55 UmwG nicht befreit (*Kallmeyer/Kallmeyer* UmwG § 55 Rn. 4; *SStL/Reichert* UmwG § 55 Rn. 3 mwN). Die Angabe des Gegenstands der Sacheinlage ist entbehrlich, da sich dieser aus dem Verschmelzungsvertrag ergibt (hM vgl. *SStL/Reichert* UmwG § 55 Rn. 7). 38

d) Verschmelzungsbericht und -prüfung

Grundsätzlich haben die Organe der beteiligten Rechtsträger einen schriftlichen **Verschmelzungsbericht** zu erstellen, § 8 UmwG. 39

Bzgl. des **notwendigen Inhalts des Verschmelzungsberichts** besteht nach wie vor große Unsicherheit. Angebliche Mängel des Verschmelzungsberichts waren in der Vergangenheit häufig Gegenstand von Anfechtungsklagen. In der Neufassung von § 8 Abs. 1 Satz 1 UmwG idF des Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Gesetze (UmRUG) v. 22.2.2023 (BGBl. I 2023 Nr. 51) wird nun immerhin ausdrücklich klargestellt, dass im Verschmelzungsbericht auch Angaben zu der bei der Ermittlung des Umtauschverhältnisses und der Barabfindung an-

gewendeten **Bewertungsmethodik** zu machen sind, wodurch die nur für grenzüberschreitende Verschmelzungen zwingenden Vorgaben von Art. 124 Abs. 3 Buchst. a und b der EU-Gesellschaftsrechtsrichtlinie 2017/1132/EU idF der Richtlinie 2019/2121/EU über grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen v. 27.11.2019, ABl-EU L 321/1, richtlinienüberschießend auch für innerstaatliche Verschmelzungen umgesetzt werden, um ein Informationsdefizit gegenüber grenzüberschreitenden Umwandlungen zu vermeiden (*Heckschen/Knaier GmbH* R 2022, 501, 516). Eine Änderung gegenüber dem geltenden Recht ergibt sich daraus jedoch nicht, da die Offenlegung der angewendeten Bewertungsmethoden sowie der herangezogenen tatsächlichen Bewertungsgrundlagen im Rahmen der vom Gesetz ausdrücklich geforderten rechtlichen und wirtschaftlichen Erläuterung des Umtauschverhältnisses sowie der anzubietenden Barabfindung unstreitig schon bisher zwingender Bestandteil des Verschmelzungsberichts sind (WM/*Mayer* § 8 UmwG Rn. 24 bis 38.2).

- 40 Der **Verschmelzungsvertrag** ist bei Beteiligung von GmbHs nur (vom gerichtlich bestellten Prüfer) **zu prüfen**, soweit einer der Gesellschafter dies innerhalb von einer Woche nach Erhalt des Verschmelzungsvertrages oder seines Entwurfs sowie des Verschmelzungsberichts verlangt, § 48 UmwG; die Prüfung durch einen gemeinsamen Prüfer auf gemeinsamen Antrag der Geschäftsführungen der beteiligten Rechtsträger ist möglich, § 10 Abs. 1 Satz 2 UmwG. Die Prüfer haben einen schriftlichen Prüfungsbericht zu erstatten, § 121 Abs. 1 Satz 1 UmwG, ggf. auch gemeinsam, § 12 Abs. 1 Satz 2 UmwG.
- 40a Zum Inhalt des Verschmelzungsprüfungsberichts s. § 12 UmwG sowie → Form. A.5.13. Gemäß § 12 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 idF des Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Gesetze (UmRUG) v. 22.2.2023 (BGBl. I 2023 Nr. 51) soll klargestellt werden, dass im Falle der Anwendung unterschiedlicher Bewertungsmethoden bei den beteiligten Rechtsträgern die Verschmelzungsprüfer auch dazu Stellung zu nehmen haben, ob eine solche Anwendung unterschiedlicher Bewertungsmethoden gerechtfertigt war.
- 40b Der **Verschmelzungsbericht** ist bei notariell beurkundetem **Verzicht** aller Anteilsinhaber aller beteiligten Rechtsträger (siehe im Formularfall → Form. A.3.1 Abschn. G) oder dann entbehrlich, wenn sich **alle Anteile** des übertragenden Rechtsträgers in der Hand des übernehmenden Rechtsträgers befinden, § 8 Abs. 3 UmwG. Dasselbe gilt über die Verweise in § 9 Abs. 3, § 12 Abs. 3 UmwG für die Verschmelzungsprüfung und den Verschmelzungsprüfungsbericht.
- 40c Im Zuge der Neufassung von § 8 Abs. 3 Sätze 1 und 2 UmwG idF UmRUG v. 22.2.2023 (BGBl. I 2023 Nr. 51) mit Wirkung ab dem 1.3.2023 soll, wenn ein Rechtsträger nur einen Anteilsinhaber hat (§ 8 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 UmwG idF UmRUG v. 22.2.2023, aaO oder sämtliche Anteilsinhaber eines Rechtsträgers auf die Erstattung eines Verschmelzungsberichts verzichten (§ 8 Abs. 3 Satz 1 UmwG idF UmRUG v. 28.2.2023, aaO), ein solcher jedenfalls **für diesen Rechtsträger** nicht mehr erforderlich sein, selbst wenn entsprechende Verzichte aller Anteilsinhaber des bzw. der anderen beteiligten Rechtsträger nicht zu erlangen sind; außerdem sollen Verschmelzungsberichte nun auch dann generell entbehrlich sein, wenn sich sämtliche Anteile von übertragendem und übernehmendem Rechtsträger in der Hand desselben Rechtsträgers befinden, also im Falle der Verschmelzung von zwei 100%-Schwestergesellschaften (→ Form. A.4), § 8 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Buchst. b UmwG idF UmRUG v. 22.2.2023, aaO. Aufgrund des Verweises von § 9 Abs. 2 UmwG (früher: § 9 Abs. 3 UmwG) bzw. § 12 Abs. 3 UmwG auf § 8 Abs. 3 UmwG gilt ab dem 1.3.2023 dieselbe Erleichterung auch für die Verschmelzungsprüfung sowie den Verschmelzungsprüfungsbericht; nur bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung soll weiterhin ein Verzicht aller Anteilsinhaber aller beteiligten Rechtsträger erforderlich bleiben, § 311 Abs. 2 Satz 1 UmwG idF UmRUG v. 22.2.2023, aaO.
- 41 Ist ein **Verschmelzungsbericht** zu erstellen, ist er zusammen mit der Ladung zur Gesellschafterversammlung, die gemäß § 13 Abs. 1 UmwG über die Zustimmung zum

Verschmelzungsvertrag beschließen soll, den Gesellschaftern zu übersenden, § 47 UmwG. Ob dasselbe auch für einen zu diesem Zeitpunkt bereits vorliegenden **Verschmelzungsprüfungsbericht** gilt, war streitig (verneinend etwa WM/Mayer UmwG § 47 Rn. 4; aA die hM, s. etwa Kallmeyer/Kocher UmwG § 47 Rn. 1 mwN).

Durch die Ergänzung von § 48 UmwG um einen neuen Satz 2 im Rahmen des Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Gesetze (UmRUG) v. 22.2.2023 (BGBl. I 2023 Nr. 51) wurde klargestellt, dass auch der Prüfungsbericht den Gesellschaftern innerhalb der für die Ladung zur Gesellschafterversammlung geltenden Frist zu übersenden ist, wenn ein fristgemäßes, d.h. innerhalb einer Woche nach Erhalt von Verschmelzungsvertrag und Verschmelzungsbericht geäußertes, Verlangen iSv. § 48 Satz 1 UmwG auf Prüfung vorliegt. **41a**

Die **Neuregelungen** durch das Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Gesetze (UmRUG) v. 22.2.2023 (BGBl. I 2023 Nr. 51) sind zum 1.3.2023 in Kraft getreten, Art. 25 Abs. 1 UmRUG. Verschmelzungen, bei denen der Verschmelzungsvertrag vor dem 1.3.2023 abgeschlossen worden und die bis Ende 2023 zum Handelsregister angemeldet werden, können (Wahlrecht) nach den bisherigen Bestimmungen durchgeführt werden, § 355 Abs. 1 UmwG idF des UmRUG. **41b**

e) Sachkapitalerhöhungsbericht erforderlich?/Werthaltigkeitsbestätigung

Da es sich bei einer im Rahmen einer Verschmelzung durchgeführten Kapitalerhöhung um eine Sachkapitalerhöhung handelt und § 55 Abs. 1 UmwG nicht von der Einhaltung der §§ 55 Abs. 4, 5 Abs. 4 GmbHG befreit, stellt sich die bekannte Streitfrage, ob wie bei der Sachgründung auch bei der Sachkapitalerhöhung ein **(Sachkapitalerhöhungs-)Bericht** in entsprechender Anwendung von § 5 Abs. 4 GmbHG erforderlich ist. Nach hM ist bei einer Sachkapitalerhöhung ein solcher Bericht nicht generell erforderlich, da die §§ 55 Abs. 4, 56 Abs. 2, 57 Abs. 3 GmbH nicht auf den Sachgründungsbericht gemäß § 5 Abs. 4 GmbHG verweisen; jedoch kann das Registergericht gemäß §§ 57a, 9c GmbHG, im Einzelfall einen solchen Bericht oder eine Werthaltigkeitsbestätigung fordern, wenn dies zur Prüfung der Vollwertigkeit der Sacheinlage erforderlich ist (OLG Köln v. 13.2.1996, 3 U 98/95, NJW-RR 1996, 1250; offengelassen von BayObLG v. 12.11.1994, 3 Z BR 276/94, NJW 1995, 1971; LH/Lutter GmbHG § 56 Rn. 7; aA OLG Stuttgart v. 19.1.1982, 8 W 295/81, GmbHR 1982, 109ff.; Scholz/Priester GmbHG § 56 Rn. 89ff., jeweils mwN). **42**

Jedoch sollte – um entspr. Rückfragen des Registergerichts vorzubeugen – jedenfalls dann eine **Werthaltigkeitsbestätigung** einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft vorgelegt werden, wenn der Nennbetrag der Kapitalerhöhung höher ist als das bilanzielle Eigenkapital der übertragenden Gesellschaft gemäß deren Schlussbilanz. Im Formularfall werden angesichts des im testierten Jahresabschluss der übertragenden Mutter-Gesellschaft ausgewiesenen Eigenkapitals, welches sich nach Abzug der nicht auf die übernehmende Tochter übergehenden Beteiligung an der Tochter auf 2 Mio. EUR beläuft (bilanzielles Eigenkapital 10 Mio. EUR abzüglich 8 Mio. EUR Buchwert der Beteiligung an der übernehmenden Tochter-GmbH) keine Zweifel bestehen, dass der Nennbetrag der Kapitalerhöhung von 100.000.– EUR gedeckt ist: Von dem auf die Tochter übergehenden buchmäßigen Eigenkapital (2 Mio. EUR) entfällt 1/5 (100.000.– EUR Nennbetrag der Kapitalerhöhung/500.000.– EUR Summe der Nennbeträge der dafür gewährten Geschäftsanteile), mithin also 400.000.– EUR auf die Kapitalerhöhung. Daher ist lediglich die Vorlage des testierten Jahresabschlusses vorgesehen (→ Form. A.3.6 Ziff. 5 „zum Nachweis“) und wird auf die Beibringung einer gesonderten Werthaltigkeitsbestätigung verzichtet. Sollte das Registergericht gleichwohl auf einer Werthaltigkeitsbestätigung bestehen (wozu es allerdings berechtigt wäre), wäre eine solche noch nachzureichen. **43**

- 44 Zu einer kritischen Werthaltigkeitsprüfung durch das Registergericht in den durch § 9c GmbHG vorgegebenen Grenzen besteht nicht zuletzt auch deshalb Anlass, weil der BGH entgegen der wohl h. M. im Schrifttum (Kallmeyer/*Kallmeyer/Kocher* UmwG § 55 Rn. 13; SStL/*Reichert* UmwG § 55 Rn. 11 mwN. zum Streitstand) eine Differenzhaftung der Gesellschafter der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger gemäß § 55, § 56 Abs. 2, § 9 GmbHG bei Überbewertung des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers verneint (BGH v. 6.11.2018, II ZR 199/17, DStR 2019, 340, Tz. 11 ff.; zu diesem Urteil siehe auch *König* NJW 2019, 595; *Kocher* BB 2019, 212; *Otto-Gräbener* GWR 2019,43; *Heckschen* EWiR 2019, 101; *ders.* NZG 2019, 561); nach Ansicht des BGH kommt eine Haftung der Gesellschafter nur unter den (engen) Voraussetzungen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§ 826 BGB) wegen existenzvernichtenden Eingriffs in Betracht (BGH v. 6.11.2018, II ZR 199/17, aaO Tz. 25 ff.).

f) Handelsregisteranmeldungen, Eintragung, Gesellschafterliste

- 45 Die Verschmelzung ist sowohl zum **Handelsregister** des übertragenden als auch zum Handelsregister des aufnehmenden Rechtsträgers anzumelden, § 16 UmwG (→ Form. A.3.5 und → Form. A.3.6 sowie → Rn. 213 ff.).
- 46 Die Verschmelzung ist zunächst im Handelsregister der übertragenden und sodann im Handelsregister der übernehmenden Gesellschaft einzutragen, § 19 Abs. 1 UmwG. Mit Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister der übernehmenden Gesellschaft wird die Verschmelzung wirksam, § 20 UmwG. Gemäß § 53 UmwG muss vor der Eintragung der Verschmelzung die Kapitalerhöhung im Handelsregister eingetragen sein. Da die Verschmelzung erst mit Eintragung im Handelsregister der Übernehmerin wirksam wird (§§ 19 Abs. 1, 20 Abs. 1 UmwG), reicht es aus, wenn die Kapitalerhöhung zu diesem Zeitpunkt eingetragen ist; die Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister der Überträgerin kann hingegen schon vor der Eintragung der Kapitalerhöhung erfolgen (Kallmeyer/*Kallmeyer* UmwG § 53 Rn. 18; WM/*Mayer* UmwG § 53 UmwG Rn. 7). Die Praxis verfährt gleichwohl überwiegend nach der Reihenfolge (1) Eintragung Kapitalerhöhung, (2) Eintragung Verschmelzung bei der übertragenden Gesellschaft, (3) Eintragung Verschmelzung bei der übernehmenden Gesellschaft. Infolge der Ergänzung des § 19 Abs. 1 S. 2 UmwG um einen letzten Halbsatz („... sofern die Eintragungen in den Registern aller beteiligten Rechtsträger nicht am selben Tag erfolgen“) durch das Zweite Gesetz zur Änderung des UmwG v. 19.4.2007 (BGBl. I 2007, 542) können sich die Registergerichte abstimmen und taggleiche Eintragungen der Verschmelzungen vornehmen.
- 47 Der Handelsregisteranmeldung der Übernehmerin ist nach § 52 UmwG idF des Dritten UmwÄndG v. 11.7.2011 (BGBl. I 2011, 1338) **keine** berichtigte **Gesellschafterliste** mehr beizufügen, da dies gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG nunmehr Sache des beurkundenden Notars ist (→ Rn. 213 und → Form. A.3.8), die dieser nach Wirksamwerden der Verschmelzung, also nach Eintragung im Handelsregister der Übernehmerin, zu erfüllen hat.
- 47a Mit Wirksamwerden der Verschmelzung erlöschen die übertragenden Rechtsträger (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG) und ihr Vermögen geht einschließlich der Verbindlichkeiten auf die Übernehmerin über, § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG (Gesamtrechtsnachfolge). Der Übergang kraft gesetzlich angeordneter Gesamtrechtsnachfolge erstreckt sich auch auf Verträge und sonstige Rechtspositionen und Verpflichtungen (zum Forderungsübergang trotz rechtsgeschäftlichen Abtretungsverbots OLG Düsseldorf v. 25.11.2015, 21 U 172/12, ZIP 2015, 1289, Rev. BGHV VII ZR 298/14). Eine Ausnahme gilt lediglich für **höchstpersönliche Rechte und Pflichten** (BGH v. 21.2.2014, V ZR 164/13, NJW 2014, 1447 Tz. 17); die Anforderungen an die Höchstpersönlichkeit sind jedoch hoch: So begründen zB der Verwaltervertrag, den eine als WEG-Verwalter tätige Überträge-

rin mit einer Wohnungseigentümergeinschaft abgeschlossen hat, sowie ihre Bestellung zur Verwalterin der Wohnungseigentümergeinschaft jedenfalls dann keine dergestalt höchstpersönlichen Rechte und Verpflichtungen, wenn es sich bei der Überträgerin um eine Kapitalgesellschaft handelt (BGH v. 21.2.2014 V ZR 164/13, NJW 2014, 1447 Tz. 16 ff.; aA OLG München v. 31.1.2014, 34 Wx 469/13, GmbHR 2014, 657, für Abspaltung; s. hierzu *Heckschen* GmbHR 2015, 897, 908 f.); allenfalls eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 314 Abs. 1 BGB kommt in Betracht, wobei jedoch die Verschmelzung als solche noch keinen wichtigen Grund darstellt (BGH v. 21.2.2014, V ZR 164/13, NJW 2014, 1447 Tz. 28).

Da der **Geltungsbereich des § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG** sich nicht auf das Zivilrecht beschränkt, ist im Grundsatz anerkannt, dass auch öffentlich-rechtliche Konzessionen, Genehmigungen, Erlaubnisse und Rechtspositionen nicht von vornherein aus der in § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG vorgesehenen Gesamtrechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger ausgenommen werden können (Hensler/Strohn/*Heidinger* UmwG § 20 Rn. 36; WM/*Vossius* UmwG § 20 Rn. 248; Lutter/*Grunewald*, UmwG § 20 Rn. 13; *Heckschen* ZIP 2014, 1605, 1606). Es stellt sich jedoch stets die Frage, inwieweit solche Erlaubnisse im vorgenannten Sinne höchstpersönlicher Natur sind und daher nicht von der in § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG angeordneten Gesamtrechtsnachfolge umfasst sind. Im Grundsatz wird hier zwischen sog. sachbezogenen Genehmigungen (zB Baugenehmigung) und personenbezogenen Genehmigungen unterschieden (*Heckschen* ZIP 2014, 1605, 1606). Erstere sollen aufgrund ihres Bezugs zu einzelnen, konkreten Vermögensgegenständen übergehen. Letztere sollen hingegen im Falle einer Umwandlung automatisch gegenstandslos werden und somit erlöschen (s. OVG Münster v. 25.9.2013, 13 A 2039/12, BeckRS 2013, 56520). Die Rechtsnachfolgefähigkeit eines öffentlichen Rechts richtet sich danach, in welchem Maß dieses durch das einschlägige materielle Recht sachlich oder persönlich bestimmt wird. Je stärker der Personenbezug des öffentlichen Rechts ist, desto eher ist von einer fehlenden Rechtsnachfolgefähigkeit auszugehen (BVerwG v. 9.5.2017, 13 A 1035/15, BVerwGE 152, 87–101, Tz. 17). Die Abgrenzung kann im Einzelfall schwierig sein: So soll etwa ein sich aus dem Telekommunikationsgesetz ergebendes (öffentlich-rechtliches) Wegerecht höchstpersönlicher Natur sein und daher im Falle einer Umwandlung entfallen (OVG Münster v. 27.2.2013, 13 A 2661/11, DÖV 2013, 529, bestätigt durch BVerwG v. 9.5.2017, 13 A 1035/15, aaO). Umgekehrt sollen personenbezogene Genehmigungen teilweise im Wege der Umwandlung übergehen können, wenn der Gesetzgeber für den Todesfall die vorläufige Fortgeltung der Genehmigung zugunsten der Erben vorgesehen (s. etwa § 8 Abs. 1 GüKG, § 19 Abs. 1 PBefG) und damit zu erkennen gegeben hat, dass er von der Möglichkeit einer Gesamtrechtsnachfolge ausgegangen ist (s. *Heckschen* ZIP 2014, 1605, 1611 mwN).

V. Handelsbilanzrecht

1. Verschmelzungsstichtag

Verschmelzungsstichtag ist derjenige Zeitpunkt, ab welchem die Geschäfte des übertragenden Rechtsträgers mit Eintragung der Verschmelzung als **für Rechnung** des übernehmenden Rechtsträgers vorgenommen **gelten**, ihm also – unter der Voraussetzung der Eintragung der Verschmelzung – wirtschaftlich zugerechnet werden. Die Festlegung des Verschmelzungsstichtages ist zwingender Bestandteil des Verschmelzungsvertrages, § 5 Abs. 1 Nr. 6 UmwG. Vom Verschmelzungsstichtag sind zu unterscheiden:

- der **Stichtag** der **Schlussbilanz** des übertragenden Rechtsträgers, § 17 Abs. 2 Satz 1 UmwG; dieser geht nach h.M. dem Verschmelzungsstichtag zwingend unmittelbar voran (dazu → Rn. 60 ff.);

- der Zeitpunkt der Gewinnberechtigung der im Rahmen der Verschmelzung ausgegebenen Anteile, § 5 Abs. 1 Nr. 5 UmwG (→ Form.A.3.2 § 2 Abs. 7 sowie → R.n. 183);
- der Zeitpunkt der dinglichen Wirksamkeit der Verschmelzung, welche erst mit Eintragung im Handelsregister der übernehmenden Gesellschaft eintritt, § 20 Abs. 1 UmwG;
- der Zeitpunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums an dem Vermögen des übertragenden Rechtsträgers, dh. der Zeitpunkt, ab welchem der übernehmende Rechtsträger Vermögen und Aufwendungen/Erträge des übertragenden Rechtsträgers in seine Rechnungslegung zu übernehmen hat (→ R.n. 50 ff.);
- der steuerliche Übertragungsstichtag als ertragsteuerlicher Zeitpunkt des Vermögensübergangs; dieser ist **zwingend** mit dem Stichtag der Schlussbilanz des übertragenden Rechtsträgers iSd. § 17 Abs. 2 Sätze 1 und 4 UmwG identisch, § 2 Abs. 1 UmwStG (BFH v. 17.1.2018, I R 27/16, BStBl II 2018, 449, Tz. 17).

49 *einstweilen frei*

2. Vermögens- und Ertragszuordnung vor Eintragung

a) Abbildung beim übernehmenden Rechtsträger

- 50 Die Vermögensgegenstände des übertragenden Rechtsträgers gehen zwar mit **dinglicher Wirkung** erst im Zeitpunkt der Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister der übernehmenden GmbH über, § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG. Gleichwohl müssen sie bei der Übernehmerin eingebucht werden, sobald **das wirtschaftliche Eigentum** an ihnen übergegangen ist (RS HFA 42 Tz. 29). Ab diesem Zeitpunkt entstehen aus dem übergegangenen Vermögen Aufwendungen und Erträge des übernehmenden Rechtsträgers (RS HFA 42 Tz. 31). Liegt der (bereits erfolgte) Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nach dem Verschmelzungsstichtag, kann der übernehmende Rechtsträger das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers gleichwohl aus Vereinfachungsgründen schon nach den Verhältnissen am Verschmelzungsstichtag einbuchen und die seit dem Verschmelzungsstichtag eingetretenen Veränderungen (Aufwendungen und Erträge) wie eigene Geschäftsvorfälle abbilden (RS HFA 42 Tz. 31).
- 51 Vom Übergang des wirtschaftlichen Eigentums soll bei kumulativem Vorliegen der folgenden Voraussetzungen auszugehen sein (RS HFA 42 Tz. 29):
- formwirksamer Abschluss des Verschmelzungsvertrages und Vorliegen der Zustimmungsbeschlüsse sowie der erforderlichen Zustimmungserklärungen;
 - Verschmelzungsstichtag liegt vor dem Abschlussstichtag oder fällt mit ihm zusammen;
 - die Verschmelzung ist entweder bis zur Beendigung der Aufstellung des Abschlusses eingetragen oder die Eintragung muss mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein. Hiervon kann jedenfalls bei Verschmelzung einer 100%-Tochter auf ihre Mutter regelmäßig ausgegangen werden (RS HFA 42 Tz. 29);
 - es ist faktisch oder durch eine entspr. Regelung im Verschmelzungsvertrag sichergestellt, dass der übertragende Rechtsträger nur im Rahmen eines ordnungsmäßigen Geschäftsganges oder mit Einwilligung des übernehmenden Rechtsträgers über die Vermögensgegenstände verfügt.
- 52 Die vorstehenden Grundsätze gelten auch für die Bilanzierung der Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers, d. h. diese sind ab Übergang des wirtschaftlichen Eigentums beim übernehmenden Rechtsträger zu bilanzieren, sei es unmittelbar oder als Ausgleichsverpflichtung (RS HFA 42 Tz. 30).
- 53 Ist zum Abschlussstichtag das wirtschaftliche Eigentum noch nicht übergegangen, scheidet eine Einbuchung des Vermögens sowie des Gewinns des übertragenden Rechtsträgers im Abschluss des übernehmenden Rechtsträgers hingegen aus; auch die Bildung einer Rückstellung für einen vom übertragenden Rechtsträger bis zum Ab-

schlussstichtag erwirtschafteten Fehlbetrag kommt nicht in Betracht: Der noch fehlende Verschmelzungsvertrag bzw. die noch fehlenden Zustimmungsbeschlüsse sind kein wertaufhellendes, sondern ein wertbegründendes Ereignis (RS HFA 42 Tz. 29 erster Bullet zweiter Abs. sowie Tz. 31; anders noch *IDW* HFA 2/1997 Tz. 22).

b) Abbildung beim übertragenden Rechtsträger

Im Falle eines vor dem Abschlussstichtag erfolgten Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums darf der übertragende Rechtsträger in seinem Jahresabschluss die im Zuge der Verschmelzung auf den übernehmenden Rechtsträger übergehenden Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten sowie die ab diesem Zeitpunkt angefallenen Aufwendungen und Erträge nicht mehr ausweisen, auch wenn die Verschmelzung am Abschlussstichtag noch nicht eingetragen ist (RS HFA 42 Tz. 29–31). 54

Soweit die bis zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums anfallenden Aufwendungen und Erträge des übertragenden Rechtsträgers noch bei diesem zu erfassen sind, muss im Abschluss des übertragenden Rechtsträgers erläutert werden, dass in der Zeit nach dem Verschmelzungsstichtag erwirtschaftete **Erträge** für Rechnung des übernehmenden Rechtsträgers erwirtschaftet wurden und deshalb nicht für eine Ausschüttung zur Verfügung stehen. Diese Erläuterung wird regelmäßig im Anhang (§ 264 Abs. 2 Satz 2 HGB) bzw. bei Kleinstkapitalgesellschaften, die von der Erleichterung gemäß § 264 Abs. 1 Satz 5 HGB Gebrauch machen, unter der Bilanz zu machen sein, § 264 Abs. 2 Satz 3 HGB; die Bildung einer Rückstellung für den für fremde Rechnung erwirtschafteten Gewinn soll jedenfalls dann ausscheiden, wenn das wirtschaftliche Eigentum am Abschlussstichtag noch nicht übergegangen ist (RS HFA 42 Tz. 31). 55

einstweilen frei

56–59

3. Handelsbilanzielle Auswirkungen bei Überträgerin

a) Schlussbilanz

Die übertragende Kapitalgesellschaft hat eine handelsrechtliche **Schlussbilanz** zu erstellen, § 17 Abs. 2 Satz 1 UmwG, deren Stichtag höchstens **acht Monate** vor dem Zeitpunkt der Anmeldung der Verschmelzung zum Handelsregister liegen darf, § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG (die Verlängerung auf zwölf Monate gemäß Art. 2 § 4 des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht v. 27.3.2020, BGBl. I 2020, 569 iVm. Verordnung zur Verlängerung von Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie v. 20.10.2020, BGBl. I 2020, 2258 galt letztmalig für vor dem 1.1.2022 zum Handelsregister angemeldete Verschmelzungen); somit ist es im Regelfall möglich, auf die Bilanz des letzten Jahresabschlusses zurückzugreifen. 60

Nach Ansicht der FinVerw. (UmwSt-Erl. 2011, BMF v. 11.11.2011, BStBl. I 2011, 1314 Tz. 02.02) soll der **Stichtag** der **Schlussbilanz** dem **Verschmelzungsstichtag** zwingend unmittelbar vorangehen: Wenn Verschmelzungsstichtag zB der 1. Januar ist, müsste demzufolge Bilanzstichtag der Schlussbilanz iSd. § 17 Abs. 2 Satz 1 UmwG und damit auch steuerlicher Übertragungsstichtag iSd. § 2 Abs. 1 Satz 1 UmwStG der 31. Dezember des vorausgehenden Jahres sein (UmwSt-Erl. 2011, BMF v. 11.11.2011, BStBl. I 2011, 1314 Tz. 02.02).

Nach der Gegenauffassung soll der Verschmelzungsstichtag hingegen nicht zwingend mit dem Stichtag der Schlussbilanz i. S. v. § 17 Abs. 2 Satz 1 UmwG zusammenhängen, sondern grundsätzlich frei gewählt werden können (Kallmeyer/Müller § 5 UmwG Rn. 34 und § 17 Rn. 14; WM/Mayer UmwG § 5 Rn. 160; WM/Widmann UmwG § 24 Rn. 64). Somit könnte zB ein variabler Verschmelzungsstichtag für den Fall von

Verzögerungen im Eintragungsverfahren vereinbart werden, ohne dass bei Verschiebung des Stichtags dem Handelsregister notwendigerweise auch eine neue Schlussbilanz iSd. § 17 Abs. 2 Satz 1 UmwG nachzureichen wäre (vgl. Kallmeyer/Müller § 5 UmwG Rn. 36), oder im Falle der verfristeten Anmeldung eine neue, auf einen späteren Stichtag erstellte Schlussbilanz eingereicht werden, ohne dass auch der im Verschmelzungsvertrag festgesetzte Verschmelzungsstichtag geändert werden müsste (WM/Mayer UmwG § 5 Rn. 160).

Das Institut der Wirtschaftsprüfer nimmt in seiner Verlautbarung IDW RS HFA 42 (IDW Fachnachrichten Nr. 12/2012 S. 701 ff. Tz. 11) zu der Streitfrage nicht eindeutig Stellung (siehe einerseits das Beispiel in Tz. 11 Sätze 2 und 3, andererseits die Einschränkung „i. d. R.“ in Tz. 11 Satz 1). Die Gestaltungspraxis ist jedenfalls gut beraten, die Zulässigkeit eines vom Schlussbilanzstichtag abgekoppelten Verschmelzungsstichtags bei Bedarf vorab mit dem Handelsregister abzuklären.

- 61 Auf die Schlussbilanz finden die Vorschriften über die Jahresbilanz entspr. Anwendung, § 17 Abs. 2 Satz 2 UmwG. Dies bedeutet ua., dass die Schlussbilanz entsprechend § 245 Satz 2 HGB von allen Organmitgliedern, bei der GmbH also von allen Geschäftsführern, zu unterzeichnen ist (Kallmeyer/Zimmermann UmwG § 17 Rn. 4; EBJS/Wiedmann HGB § 245 Rn. 8). Auch ist so zu bilanzieren, als ob es sich um eine aus Anlass eines Jahresabschlusses aufgestellte Bilanz handeln würde. Insb. ist eine **Buchwertaufstockung** grds. nur im Rahmen der **handelsrechtlichen Wertaufholungsmöglichkeiten** zulässig. **Zuschreibungen** sind **geboten**, wenn die Gründe weggefallen sind, die zu außerplanmäßigen Abschreibungen geführt haben, § 253 Abs. 5 Satz 1 HGB (RS HFA 42 Tz. 15). Auch der Grundsatz der Bewertungsstetigkeit gemäß § 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB ist zu beachten (RS HFA 42 Tz. 17). Allerdings kann die Tatsache der bevorstehenden Verschmelzung eine begründete Ausnahme für die Abweichung von der Bewertungsstetigkeit iSv. § 252 Abs. 2 HGB darstellen, etwa wenn gemäß § 24 UmwG Buchwertfortführung gewählt wird und die bei der übernehmenden Gesellschaft geltenden Bewertungsmethoden bereits in der Schlussbilanz berücksichtigt werden sollen (RS HFA 42 Tz. 17). Auch kann auf die Durchführung einer Inventur verzichtet werden, wenn sichergestellt ist, dass der Bestand der Vermögensgegenstände nach Art, Menge und Wert auch ohne körperliche Bestandsaufnahme auf den Stichtag der Schlussbilanz festgestellt werden kann (RS HFA 42 Tz. 14).

Im Rückwirkungszeitraum, dh. nach dem Verschmelzungsstichtag, aber vor Wirksamwerden der Verschmelzung beschlossene Kapitalerhöhungen und Gewinnausschüttungen wirken sich **nicht** auf die handelsrechtliche Schlussbilanz aus, sondern sind als Erhöhung bzw. Minderung des übergehenden Reinvermögens erfolgsneutral in der Bilanz des übernehmenden Rechtsträgers zu berücksichtigen (RS HFA 42 Tz. 18 f.); dasselbe gilt für verschmelzungsbedingte Ertragsteuern (RS HFA 42 Tz. 20). Dies weicht zT von der Handhabung in der steuerlichen Schlussbilanz der Überträgerin ab, in welcher für im Rückwirkungszeitraum beschlossene Ausschüttungen grundsätzlich ein passiver Korrekturposten zu bilden (→ Rn. 98) und eine auf einen etwa anfallenden steuerlichen Übertragungsgewinn anfallende Ertragsteuerbelastung zurückzustellen ist (→ Rn. 102).

Bei prüfungspflichtigen Gesellschaften ist die Schlussbilanz zu prüfen, § 17 Abs. 2 Satz 2 UmwG, § 316 HGB, der **Bestätigungsvermerk** ist mit **einzureichen** (RS HFA 42 Tz. 7). § 17 Abs. 2 Satz 2 UmwG meint die Prüfung durch einen **Abschlussprüfer**; aus der Vorschrift kann nicht abgeleitet werden, dass die Schlussbilanz bei Existenz eines **Aufsichtsrates** auch durch diesen zu prüfen wäre (RS HFA 42 Tz. 13).

- 62 Einzureichen ist nach überwiegender Auffassung lediglich eine **Bilanz**; weder die Gewinn- und Verlustrechnung noch der Anhang müssen beigelegt werden (RS HFA 42 Tz. 7). So genannte **Wahlpflichtangaben**, dh. Angaben, die wahlweise in der Bilanz oder im Anhang gemacht werden können (zB Haftungsverhältnisse iSd. §§ 251,