

Umwandlung regelt, anhand von § 307 BGB¹ zu kontrollieren. Sonst gilt § 138 BGB.

V. Schutzgesetz

§ 23 begründet einen Anspruch der dort genannten Personen und beinhaltet daher **kein Schutzgesetz** (s. § 22 Rn. 29)². 27

§ 24

Wertansätze des übernehmenden Rechtsträgers

In den Jahresbilanzen des übernehmenden Rechtsträgers können als Anschaffungskosten im Sinne des § 253 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs auch die in der Schlussbilanz eines übertragenden Rechtsträgers angesetzten Werte angesetzt werden.

Übersicht

<p>I. Verhältnis zum früheren Recht 1</p> <p>II. Bedeutung der Vorschrift</p> <p>1. Regelungsgegenstand 4</p> <p>2. Funktionsweise 6</p> <p>3. Bindungswirkung 10</p> <p>4. Rechtsformneutralität 11</p> <p>III. Bilanzen bei Verschmelzung</p> <p>1. Übertragende Gesellschaft</p> <p> a) Schlussbilanz 12</p> <p> b) Zwischenbilanz 18</p> <p>2. Übernehmende Gesellschaft</p> <p> a) Übernahmebilanz 21</p> <p> b) Eröffnungsbilanz 22</p> <p> c) Jahresbilanz 23</p> <p>3. Verschmelzungsbilanzen 26</p> <p>4. Bilanzierung bei schwebender Verschmelzung 27</p> <p>IV. Ansatzebene</p> <p>1. Allgemeine Grundsätze 32</p> <p>2. Buchwertverknüpfung 38</p>	<p>V. Bewertungsebene</p> <p>1. Neubewertung</p> <p> a) Anschaffungskostenprinzip 42</p> <p> b) Gewährung neuer Anteile 44</p> <p> c) Hingabe eigener Anteile 53</p> <p> d) Bestehende Beteiligung 55</p> <p> e) Mischfälle 59</p> <p> f) Verschmelzung Mutter auf Tochter (downstream merger) 61</p> <p>2. Buchwertverknüpfung</p> <p> a) Begriff, Inhalt 64</p> <p> b) Verschmelzungsverlust, Verschmelzungsgewinn 68</p> <p>VI. Wahlrecht</p> <p>1. Gesetzliches Konzept 74</p> <p>2. Ausübung</p> <p> a) Einheitlichkeit 77</p> <p> b) Organzuständigkeit 78</p> <p>3. Ungeschriebene Einschränkungen?</p> <p> a) Einblicksgebot 82</p>
--	--

¹ Vossius in Widmann/Mayer, § 23 UmwG Rn. 47 ff.

² A. A. Vossius in Widmann/Mayer, § 23 UmwG Rn. 3.

b) Ausschüttungsinteressen	86	VII. Steuerrecht	90
c) Kapitalaufbringung	87		

Literatur

Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, (ADS) 5. Aufl. 1987ff.; 6. Aufl. 1995ff.; *Aha*, Ausgewählte Zweifelsfragen zur Rechnungslegung bei Verschmelzungen, BB 1996, 2559; *Angermayer*, Handelsrechtliche Anschaffungskosten von Sacheinlagen, DB 1998, 145; *Bacmeister*, § 24 UmwG und die Bindung zwischen Handels- und Steuerbilanz (Maßgeblichkeit) bei der Verschmelzung, DStR 1996, 121; *Budde/Zerwas*, Verschmelzungsbilanzen, in *Budde/Förschle*, Sonderbilanzen, 3. Aufl. 2002; *Festl-Wietek*, Bewertung von Sacheinlagen, Umwandlungen und Verschmelzungen bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung, BB 1993, 2410; *Michael Fischer*, Verschmelzung von GmbH in der Handels- und Steuerbilanz, DB 1995, 485; *Förschle/Hoffmann*, Übernahmebilanzierung bei Umwandlungen, in *Budde/Förschle*, Sonderbilanzen, 3. Aufl. 2002; *Förster*, Höhe der Anschaffungskosten bei Anwachsung, DB 1997, 241; *Gassner*, Ausgewählte handelsrechtliche und steuerrechtliche Bilanzierungsfragen bei Umwandlungen, FS Widmann, 2000, S. 343; *Goerdeler*, Bilanzierungs-Probleme bei Verschmelzung und Umwandlung, FS Schmaltz, 1970, S. 54; *Hense*, Die Rechnungslegung im Umwandlungsfall, in *IDW* (Hrsg.), Reform des Umwandlungsrechts, 1993, S. 171; *Hoffmann-Becking*, Das neue Verschmelzungsrecht in der Praxis, FS Fleck, 1988, S. 105; *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung, 1993; *Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW)*, Stellungnahme HFA 2/1997: Zweifelsfragen der Rechnungslegung bei Verschmelzungen, WPg. 1997, 235 mit Änderungen WPg. 2000, 439; *Jorde/Wetzels*, Rückwirkung und Interimszeit bei Umwandlungen, BB 1996, 1246; *Kahling*, Bilanzierung bei konzerninternen Verschmelzungen, 1999; *Kiem*, Die schwebende Umwandlung, ZIP 1999, 173; *Knop/Kütting*, Anschaffungskosten im Umwandlungsrecht, BB 1995, 1023; *Gerhard Kraft*, Die handels- und steuerrechtliche Bedeutung des Bilanzstichtags bei gesellschaftsrechtlichen Vermögensübertragungen durch Gesamtrechtsnachfolge, DB 1993, 693; *Krawitz/Klotzbach*, Anwendungsvoraussetzungen und Aussagefähigkeit der Fresh-Start-Methode bei der Bilanzierung von Unternehmenszusammenschlüssen, WPg. 2000, 1164; *Kremer*, Zur Bilanzierung von Verschmelzungsgewinnen, DB 1989, 492; *Kütting/Hayn/Hütter*, Die Abbildung konzerninterner Spaltungen im Einzel- und Konzernabschluss, BB 1997, 565; *Kußmaul/Richter*, Die Behandlung von Verschmelzungsdifferenzbeträgen nach UmwG und UmwStG, GmbHR 2004, 701; *Lorenz*, Die handelsbilanzielle Behandlung von Spaltungen, 1999; *Wienand Meilicke*, Auf welchen Stichtag ist bei übertragenden Umwandlungen ein Jahresabschluss aufzustellen?, BB 1986, 1958; *Moser*, Bilanzziele und steuerliche Behandlung eines downstream mergers, 2000; *Welf Müller*, Anschaffungskosten und Buchwertverknüpfung bei der Verschmelzung – Freiräume und Grenzen bei der Bewertung, FS Clemm, 1996, S. 243; *Welf Müller*, Zweifelsfragen zum Umwandlungsrecht, WPg. 1996, 857; *Mujkanovic*, Zur Bewertung bei Verschmelzung am Beispiel von AG und GmbH, BB 1995, 1735; *Naraschewski*, Stichtage und Bilanzen bei der Verschmelzung, 2001; *Naumann*, Zur Anwendung von § 24 UmwG in Verschmelzungsfällen, FS Ludewig, 1996, S. 683; *Oelmann*, Handels- und steuerrechtliche Bilanzierungsprobleme bei Verschmelzungen, 1993; *Orth*, Umwandlungskosten. Bilanzielle und steuerliche Behandlung, GmbHR 1998, 511; *Pohl*, Handelsbilanzen bei der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 1995; *Priester*, Bilanzierung bei schwebender Verschmelzung, BB 1992, 1594; *Priester*, Ansatz des originären Firmenwertes in Einbringungs- und Umwandlungsbilanzen, FS Nirk, 1992, S. 893; *Priester*, Kapitalaufbringung und Bilanzansatz – Verbot bilanzieller Unterpariemission im Anwendungsbereich von § 24 UmwG?, GmbHR

1999, 1273; *Scherer*, Bilanzierung der Verschmelzung durch Aufnahme beim übernehmenden Rechtsträger, FS Claussen, 1997, S. 743; *Schmidbauer*, Bilanzierung der konzerninternen Verschmelzung voll konsolidierter Unternehmen im Konzernabschluss, BB 2001, 2466; *Schmitt/Hülsmann*, Verschmelzungsgewinn in der Handelsbilanz und Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge, BB 2000, 1563; *Schulze-Osterloh*, Bilanzierung nach dem Reformentwurf eines Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts, ZGR 1993, 420; *Telkamp/Bruns*, Pooling-of-interests-Methode versus Fresh-Start-Methode – ein Vergleich, WPg. 2000, 744; *Thume*, Darstellung konzerninterner Verschmelzungen im Konzernabschluss, 2000; *Tischer*, Der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei schwebender Verschmelzung, WPg. 1996, 745; *Veit*, Zur Aktivierung negativer Verschmelzungsdifferenzen, DB 1993, 1681; *Weilep*, „bad will“ bei Verschmelzungen – alle Zweifelsfragen geklärt?, DB 1998, 2130; *Winnefeld*, Bilanz-Handbuch, 3. Aufl. 2002.

I. Verhältnis zum früheren Recht

In § 24 enthält das Gesetz eine **deutliche Änderung** gegenüber dem vorangegangenen Recht. Gemäß § 348 Abs. 1 AktG a. F., § 27 Abs. 1 KapErhG¹ galten die Wertansätze in der Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft für die Jahresbilanzen der übernehmenden Gesellschaft als Anschaffungskosten i. S. d. § 253 Abs. 1 HGB. Es bestand damit **früher** im Grundsatz ein **Zwang zur Buchwertfortführung**. Ihr lag der Gedanke der Gesamtrechtsnachfolge zugrunde². Diese Regelung führte allerdings häufig zu Verschmelzungsverlusten bei der übernehmenden Gesellschaft (§ 24 Rn. 68 f.).

Eine gewisse **Erleichterung** war nur insoweit vorgesehen, als ein solcher Verschmelzungsverlust bei Ausgabe neuer Anteile der übernehmenden Gesellschaft an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft neutralisiert werden konnte. Dazu sahen § 348 Abs. 2 AktG a. F. bzw. § 27 Abs. 2 KapErhG vor, dass der Unterschied zwischen dem höheren Gesamtausgabebetrag der Anteile und dem Wertansatz des übertragenen Vermögens unter der Bezeichnung „Geschäfts- oder Firmenwert“ als Bilanzierungshilfe aktiviert werden durfte. Der Posten musste allerdings in längstens 5 Jahren durch Abschreibung getilgt sein.

Der **DiskE** hatte die alte Regelung **beibehalten** wollen. Das war auf Kritik gestoßen, nicht zuletzt aus Kreisen der Wirtschaftsprüfer. Die Buchwertfortführung verletze das Prinzip der Erfolgsneutralität von Anschaffungsvorgängen. Die dadurch hervorgerufenen Verschmelzungsverluste seien vielfach nicht gerechtfertigt. Auch die Aktivierung eines Verschmelzungsmehrwerts löse das Problem wegen der relativ kurzen Abschreibungsfrist nur bedingt. Mit dem **RefE** wurde dann die **Gesetz** gewordene Fassung präsentiert.

¹ Gleiche Regelungen fanden sich in § 93g GenG und § 44a Abs. 3 VAG (Verweisung auf § 348 Abs. 1 AktG a. F.).

² *Hense* in IDW, S. 182; *Schulze-Osterloh*, ZGR 1993, 420, 425.

II. Bedeutung der Vorschrift

1. Regelungsgegenstand

- 4 Der § 24 hat die buchmäßigen bzw. bilanziellen Konsequenzen der Verschmelzung bei der übernehmenden Gesellschaft zum Gegenstand. Der zu regelnde Sachverhalt ist folgender: Mit Eintragung der Verschmelzung geht das Vermögen einer übertragenden Gesellschaft in Aktiven und Passiven auf die übernehmende Gesellschaft über (§ 20 Abs. 1 Nr. 1). Sie hat dementsprechend die einzelnen Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten bei sich einzubuchen. Insoweit muss festgelegt werden, welche Positionen in der Bilanz des übernehmenden Rechtsträgers anzusetzen sind – **Ansatzebene** – und mit welchen Werten dies geschehen soll – **Bewertungsebene** –.
- 5 Im Text des Gesetzes heißt es dazu, die Übernehmerin könne als Anschaffungskosten i. S. v. § 253 Abs. 1 HGB auch die Werte aus der Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft ansetzen. Das Gesetz geht damit von dem **Grundsatz** aus, dass eine Neubewertung zu den nach allgemeinen Regeln ermittelten Anschaffungskosten für den Wertansatz maßgebend sein soll¹. Zugleich wird aber ein **Wahlrecht** zugunsten der Buchwertverknüpfung eingeräumt. Inwieweit dieses eingeschränkt ist, wird unten zu erörtern sein (dazu § 24 Rn. 82 ff.). – Dem § 24 unterstellt ist aber immer nur das übertragene Vermögen, nicht dagegen das eigene (Alt-)Vermögen des übernehmenden Rechtsträgers².

2. Funktionsweise

- 6 Die bilanziellen Folgen der Einbuchung des übertragenen Vermögens hängen einmal von der Art und Weise ab, in der die Verschmelzung durchgeführt wird, zum anderen von der Höhe des gewählten Wertansatzes. Die Verschmelzung kann sich unter Gewährung von Anteilen an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft vollziehen, sei es, dass die übertragende Gesellschaft dazu eigene Anteile verwendet, sei es, dass im Wege einer Kapitalerhöhung neu geschaffene Anteile ausgegeben werden. Die Verschmelzung kann bzw. muss ohne Anteilsgewährung ablaufen, soweit die übernehmende Gesellschaft an der übertragenden beteiligt ist.
- 7 Findet eine Hingabe eigener Anteile statt, tritt das übernommene Netto-Vermögen der übertragenden Gesellschaft an die Stelle der eigenen Anteile. Werden neue Anteile ausgegeben, bildet das Netto-Vermögen deren Gegenposten. Ist die übernehmende Gesellschaft an der übertragenden beteiligt, tritt das Netto-Vermögen an die Stelle der bisherigen Beteiligung.

1 Für eine Neubewertung als Regelfall auch *Naumann*, FS Ludewig, S. 683, 710; *Angermayer*, DB 1998, 145, 149; ebenso IDW, HFA 2/1997, Abschn. 31, WPg. 1997, 235, 238: Buchwertverknüpfung als Ausnahmeregelung.

2 *Haritz* in Semler/Stengel, § 24 UmwG Rn. 2; anders die sog. Fresh-Start-Methode, nach der auch das bisherige Vermögen als angeschafft betrachtet werden kann; dazu *Krawitz/Klotzbach*, WPg. 2000, 1164 ff.

Das Netto-Vermögen und die gewährten Anteile bzw. die weggefallene Beteiligung können betragsmäßig übereinstimmen. Das ist praktisch aber nur dann so, wenn der Wertansatz des Vermögens nach dem Wert der Anteile bzw. dem bisherigen Beteiligungsansatz bestimmt wird. Anderenfalls ergibt sich eine Differenz: Ist das eingebuchte Vermögen höher, entsteht bei der übernehmenden Gesellschaft ein Verschmelzungsgewinn, ist es niedriger, entsteht ein Verschmelzungsverlust (vgl. § 24 Rn. 68 ff.). 8

Die Wertansätze des übernommenen Vermögens bestimmen aber nicht nur über eine einmalige Erfolgswirksamkeit der Verschmelzung bei der übernehmenden Gesellschaft. Sie bilden als Anschaffungskosten vielmehr auch die Bemessungsgrundlage der künftigen Abschreibungen und beeinflussen damit deren Höhe. Das hat wiederum Auswirkungen auf die nachfolgenden Ergebnisse (Gewinne bzw. Verluste). 9

3. Bindungswirkung

Mit der im Rahmen von § 24 getroffenen Entscheidung werden die Wertansätze des übernommenen Vermögens für die Zukunft bindend festgelegt. Eine spätere Zuschreibung über die so festgesetzten Anschaffungskosten hinaus ist nicht möglich. Das gilt auch dann, wenn bei erstmaliger Bewertung ein höherer Ansatz zulässig gewesen wäre. Abweichendes kommt nur insofern in Betracht, als eine Bilanzänderung statthaft ist¹. 10

4. Rechtsformneutralität

Die Bestimmung des § 24 gilt – wie ihre rechtssystematische Stellung im Ersten Teil des Zweiten Buches zeigt – unabhängig von der Rechtsform des übernehmenden Rechtsträgers². Soweit man das Ansatz-Wahlrecht einschränken will, etwa unter dem Gesichtspunkt einer Legung stiller Reserven (dazu § 24 Rn. 82 ff.), können aber Unterschiede in den Rechnungslegungsvorschriften für Personenunternehmen und Kapitalgesellschaften relevant werden. – Die Norm kommt nicht zum Zuge, wenn der übernehmende Rechtsträger nicht bilanzierungspflichtig ist, so im Falle der Verschmelzung auf eine Partnerschaftsgesellschaft (§ 1 Abs. 1 Satz 2 PartGG) oder bei Verschmelzung auf eine nichtkaufmännische natürliche Person, etwa einer Steuerberatungsgesellschaft auf ihren Alleingesellschafter. 11

III. Bilanzen bei Verschmelzung

1. Übertragende Gesellschaft

a) Schlussbilanz

Nach § 17 Abs. 2 ist bei Anmeldung der Verschmelzung zum Register der übertragenden Gesellschaft deren Schlussbilanz einzureichen (vgl. dazu § 17 12

¹ ADS⁶, § 255 HGB Rn. 102; *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 3.

² *Bula/Schlösser* in Sagasser/Bula/Brünger, Rn. K 2.

Rn. 4ff.). Der Vorlage einer Gewinn- und Verlustrechnung bedarf es nicht. Gleiches gilt für den Anhang¹. Allerdings müssen dann die sog. Wahlpflichtangaben, die wahlweise in der Bilanz oder dem Anhang aufzuführen sind, in die Bilanz aufgenommen werden². Die Schlussbilanz bedarf der Feststellung durch das zur Feststellung des Jahresabschlusses berufene Organ, da sie die Rechnungslegung des übertragenden Rechtsträgers abschließt³. Ist ein übertragender Rechtsträger nicht buchführungs- und jahresabschlusspflichtig, wie dies bei eingetragenen Vereinen der Fall sein kann, wird er durch § 17 Abs. 2 nicht zur Bilanzierung gezwungen. Daran ändert § 104 Abs. 2 nichts. Er hat vielmehr seine üblichen Rechnungsunterlagen beizufügen⁴.

- 13 Der **Stichtag** der Schlussbilanz ist nach h. M. identisch mit dem Verschmelzungsstichtag gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 6 bzw. geht ihm unmittelbar voran (z. B. 31. 12./1. 1.)⁵. Bei der Schlussbilanz wird es sich regelmäßig um die letzte **Jahresbilanz** handeln⁶. Zwingend ist das freilich nicht. Kann die 8-Monatsfrist des § 17 Abs. 2 Satz 3 nicht eingehalten werden, muss man eine separate Schlussbilanz erstellen, falls mit der Verschmelzung nicht gewartet werden soll. Ein Rumpfgeschäftsjahr entsteht daraus nicht⁷.
- 14 Für die Schlussbilanz gelten gemäß § 17 Abs. 2 Satz 2 die **Vorschriften** über die **Jahresbilanz**. Sie ist also nach §§ 242ff. HGB aufzustellen. Zusätzlich sind die §§ 150ff. AktG bzw. § 42 GmbHG zu beachten. Dabei ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der übertragende Rechtsträger bis zur Eintragung der Verschmelzung fortbesteht. Forderungen und Verbindlichkeiten ge-

1 H. M.; LG Stuttgart v. 29. 3. 1996 – 4 KfH T 1/96, DNotZ 1996, 701, 702; LG Dresden v. 18. 11. 1997 – 45 T 52/97, GmbHR 1998, 1086 (LS); Bork, oben § 17 Rn. 5; Welf Müller in Kallmeyer, § 17 UmwG Rn. 18; a. A. Bula/Schlösser in Sagasser/Bula/Brünger, Rn. K 11: „Jahresbilanz“ mit „Jahresabschluss“ gleichzusetzen.

2 Budde/Zerwas, Rn. F 77; Winnefeld, Rn. N 233.

3 Str., wie hier: Bula/Schlösser in Sagasser/Bula/Brünger, Rn. K 20; Widmann in Widmann/Mayer, § 24 UmwG Rn. 51 m. Nachw. z. früheren Recht; a. A. IDW, Änderungen Stellungnahme HFA 2/97, WPg. 2000, 439; Welf Müller, WPg. 1996, 857, 861.

4 Welf Müller in Kallmeyer, § 17 UmwG Rn. 12; IDW, HFA 2/1997 Abschn. 11, WPg. 1997, 235; einschränkend Hadding/Hennrichs, FS Boujong, 1996, S. 203, 226f.; Germann, GmbHR 1999, 591, 592: Pflicht zur Aufstellung einer Schlussbilanz, wenn der übernehmende Rechtsträger bilanzierungspflichtig ist.

5 Lutter/Drygala, oben § 5 Rn. 42; Bernel in Goutier/Knopf/Tulloch, § 17 UmwG Rn. 13; Grunewald in G/H/E/K, § 340 AktG Rn. 20; Kraft in KK, § 340 AktG Rn. 30; Hoffmann-Becking, FS Fleck, 1988, S. 105, 112; Priester, BB 1992, 1594f. Abw. Welf Müller in Kallmeyer, § 5 UmwG Rn. 33f.; Widmann in Widmann/Mayer, § 24 UmwG Rn. 64; ebenso mit eingehender Begründung Naraschewski, Stichtage, S. 71ff., die eine Übereinstimmung beider Zeitpunkte zwar für üblich und empfehlenswert, nicht aber für zwingend halten; i. Erg. auch Haritz in Semler/Stengel, § 24 UmwG Rn. 12. Die Streitfrage dürfte eher theoretische Bedeutung haben.

6 Welf Müller in Kallmeyer, § 17 UmwG Rn. 16; Widmann in Widmann/Mayer, § 24 UmwG Rn. 46.

7 Welf Müller in Kallmeyer, § 17 UmwG Rn. 17; Widmann in Widmann/Mayer, § 24 UmwG Rn. 67; a. A. Pohl, S. 33.

gen die Übernehmerin sind deshalb in der Schlussbilanz ebenso auszuweisen wie Anteile an der Übernehmerin¹. Eigene Anteile können unverändert ausgewiesen, aber auch bereits abgeschrieben werden.

Die Bindung an die Jahresabschlussvorschriften bedeutet: Eine **Wertaufstockung** ist im Grundsatz nur insoweit möglich, wie sie auch im normalen Jahresabschluss zulässig wäre, also im Rahmen von §§ 253 Abs. 5, 254 Satz 2, 280 Abs. 1 und 2 HGB. Nach altem Recht wurde allerdings zu den gleich lautenden Vorschriften des § 345 Abs. 3 AktG a. F. bzw. des § 24 Abs. 3 Kap-ErhG überwiegend angenommen, auf der Grundlage des § 252 Abs. 2 HGB dürfe auch eine darüber hinausgehende Anhebung vorgenommen werden. Die Verschmelzung stelle einen begründeten Ausnahmefall im Sinne der letztgenannten Vorschrift dar². Obergrenze seien aber in jedem Fall die historischen Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten³. 15

Unter Geltung des **neuen Rechts** ließe sich an einen Fortfall dieser Aufstockungsmöglichkeit denken. Sie habe dazu dienen sollen, die Wertansätze an die Bilanzierungsgrundsätze der übernehmenden Gesellschaft anzupassen. Aufgrund des jetzt bei dieser zugelassenen höheren Ansatzes bestehe dafür kein Bedürfnis mehr⁴. Hinzu käme, dass der Zivilgesetzgeber das Bewertungswahlrecht – anders als das Steuerrecht dies für die praktisch besonders bedeutsamen Fälle handhabt (§ 24 Rn. 90) – bei der übernehmenden Gesellschaft, nicht aber bei der übertragenden vorgesehen hat. 16

Man sollte hier **differenzieren**: Bilanziert die übernehmende Gesellschaft zu Anschaffungskosten, ist in der Tat für Wertansatzerhöhungen bei der übertragenden kein Anlass mehr. Übernimmt sie jedoch die Wertansätze der übertragenden Gesellschaft, sollten die zum alten Recht entwickelten Grundsätze auch weiterhin anwendbar sein. Das gilt insbesondere für eine Anpassung an die Methodenwahlrechte bei der Bewertung der übernehmenden Gesellschaft⁵. 17

b) Zwischenbilanz

Bei der Verschmelzung unter Beteiligung von **Aktiengesellschaften** kann die Aufstellung einer Zwischenbilanz erforderlich werden. Das ist nach § 63 Abs. 1 Nr. 3 dann der Fall, wenn sich der letzte Jahresabschluss auf ein Geschäftsjahr bezieht, das mehr als sechs Monate vor dem Abschluss des Verschmelzungsvertrages oder der Aufstellung des Entwurfs geendet hat. Der **Stichtag** der Bilanz darf nicht länger als drei Monate vor dem Abschluss des Verschmelzungsvertrages liegen. Ausreichend sind die **Bilanz als solche** und Wahlpflichtangaben aus dem Anhang (vgl. § 24 Rn. 12), nicht erforderlich 18

1 *Budde/Zerwas*, Rn. F 94; *Bula/Schlösser* in *Sagasser/Bula/Brünger*, Rn. K 14.

2 *A/D/S*⁵, § 348 AktG Rn. 7; *Budde/Zerwas*, Rn. F 104; *Bula/Schlösser* in *Sagasser/Bula/Brünger*, Rn. K 14; *Winnefeld*, Rn. N 232 a. E.

3 *Schulze-Osterloh*, ZGR 1993, 420, 424.

4 So *Budde/Zerwas*, 1. Aufl. 1994, Rn. F 82.

5 *Budde/Zerwas*, Rn. F 105; *IDW*, HFA 2/1997 Abschn. 112, WPg. 1997, 235; *Bula/Schlösser* in *Sagasser/Bula/Brünger*, Rn. K 19.

sind dagegen eine Gewinn- und Verlustrechnung sowie ein Lagebericht¹. Die Zwischenbilanz ist auch nicht prüfungspflichtig².

- 19 **Inhaltlich** ist die Zwischenbilanz gemäß § 63 Abs. 2 nach den Vorschriften der letzten Jahresbilanz aufzustellen. Ansatz- und Bewertungswahlrechte sind also in gleicher Weise auszuüben. Es gelten aber einige **Vereinfachungen**: Eine körperliche Bestandsaufnahme ist nicht erforderlich. Die Wertansätze der letzten Jahresbilanz dürfen übernommen werden. Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen sowie wesentliche, aus den Büchern nicht ersichtliche Veränderungen der wirklichen Werte von Vermögensgegenständen bis zum Stichtag der Zwischenbilanz sind aber zu berücksichtigen.
- 20 Gleiches gilt durch **Verweisung** für Genossenschaften (§ 82 Abs. 1), eingetragene Vereine (§ 101 Abs. 1), genossenschaftliche Prüfungsverbände (§ 106) und Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit (§ 112 Abs. 1).

2. Übernehmende Gesellschaft

a) Übernahmebilanz

- 21 Im Regelfall der Verschmelzung durch **Aufnahme** braucht die übernehmende Gesellschaft eine besondere Übernahmebilanz **nicht** aufzustellen. Der Vermögensübergang aufgrund der Verschmelzung ist wie ein laufender Geschäftsvorfall im Geschäftsjahr zu behandeln³. Das schließt eine solche Bilanz zu internen Dokumentationszwecken nicht aus. Sie hat aber weder handels- noch steuerrechtliche Bedeutung und muss auch nicht unterzeichnet oder festgestellt werden⁴.

b) Eröffnungsbilanz

- 22 Anders liegt es bei der höchst seltenen Verschmelzung durch **Neugründung**. Hier hat die neu entstehende Gesellschaft gemäß § 242 Abs. 1 HGB eine Eröffnungsbilanz aufzustellen, die das übernommene Vermögen ausweist. Ebenso liegt es, wenn der übernehmende Rechtsträger durch die Umwandlungsmaßnahme erstmals buchführungspflichtig wird. Stichtag dieser Eröffnungsbilanz müsste an sich der Tag des Wirksamwerdens der Verschmelzung sein⁵, da die Gesellschaft erst mit diesem Tage entsteht (§ 36 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 20 Abs. 1 Nr. 1). Der Gesichtspunkt einer Einbeziehung der Vorgesellschaft in die Bilanzierungspflicht⁶ kommt nicht zum Zuge, da eine sol-

1 Allg. A.; *Grunewald*, unten § 63 Rn. 6; *Welf Müller* in Kallmeyer, § 63 UmwG Rn. 6.

2 *Dörner*, WP-Handbuch, Bd. II, 12. Aufl. 2002, Teil E Rn. 55.

3 *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 5; *Haritz* in Semler/Stengel, § 24 UmwG Rn. 19. Wegen abweichender Beurteilung unter dem Gesichtspunkt der Organzuständigkeit zur Wahlrechtsausübung vgl. unten § 24 Rn. 79.

4 *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 6.

5 So *Sagasser/Bula*, 1. Aufl. 1995, Rn. H 5; anders jetzt für den Regelfall *Bula/Schlösser* in *Sagasser/Bula/Brünger*, Rn. K 27.

6 Dazu näher *Crezelius* in Scholz, Anh. § 42a GmbHG Rn. 35 ff.

che hier nicht operativ tätig wird¹. Gleichwohl wird man in diesem Falle den **Verschmelzungstichtag** zugrunde legen müssen², da er nach der Legaldefinition des § 5 Abs. 1 Nr. 6 den Zeitpunkt darstellt, von dem an die Geschäfte der übertragenden Gesellschaft als für Rechnung der übernehmenden (hier: der neuen, § 36 Abs. 1 Satz 2) geführt gelten. Haben mehrere übertragende Rechtsträger unterschiedliche Umwandlungstichtage, ist der früheste maßgebend³.

c) Jahresbilanz

Im praktischen Regelfall der Verschmelzung durch Aufnahme unter Verzicht auf eine besondere Übernahmebilanz (§ 24 Rn. 21) findet die Verschmelzung ihren bilanziellen Niederschlag erstmals – dann aber auch zwingend – in der auf ihr Wirksamwerden folgenden Jahresbilanz der übernehmenden Gesellschaft⁴. In dieser wird die Bewertung des übergegangenen Vermögens auf der Grundlage des § 24 vorgenommen. Die Jahresbilanz der Übernehmerin ist damit der eigentliche Regelungsgegenstand des § 24.

Buchhaltungstechnisch geschieht die Übernahme aus Vereinfachungsgründen zumeist auf der Basis des Mengengerüsts der Schlussbilanz. Die Geschäftsvorfälle zwischen dem Umwandlungstichtag und dem Übergang des Vermögens sind erfolgswirksam bei der übernehmenden Gesellschaft zu erfassen, sei es in Gestalt der Einzelposten, sei es als Saldo⁵.

Handelt es sich bei dem übernehmenden Rechtsträger um eine Kapitalgesellschaft oder um eine dieser aufgrund von § 264a HGB gleichgestellte Personenhandelsgesellschaft, bestimmen sich ihre Rechnungslegungspflichten nach den in § 267 HGB festgelegten **Größenkriterien**. Bei deren Ermittlung sind die vom übertragenden Rechtsträger ab dem Umwandlungstichtag erzielten Umsatzerlöse einzubeziehen⁶.

3. Verschmelzungsbilanzen

Sie sind gesetzlich nicht vorgesehen. Werden sie aufgestellt, so dienen sie der **Ermittlung des Umtauschverhältnisses** (§ 5 Abs. 1 Nr. 3)⁷. Dieses ergibt sich

1 Zur Vorgesellschaft bei Verschmelzung durch Neugründung oben *Lutter/Drygala*, § 4 Rn. 17.

2 *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 Rn. 8; *Haritz* in Semler/Stengel, § 24 UmwG Rn. 18; *Gassner*, FS Widmann, S. 343, 349; a. A. *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 49: maßgebend Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf die Vorgesellschaft.

3 *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 8; *Widmann* in Widmann/Mayer, § 24 UmwG Rn. 226.

4 Wegen Besonderheiten bei schwebender Verschmelzung vgl. § 24 Rn. 27 ff.

5 *Förschle/Hoffmann*, Rn. I 15; IDW, HFA 2/1997 Abschn. 3, WPg. 1997, 235, 238.

6 *ADS*⁶, § 267 HGB Rn. 21; BeckBilKomm.⁵, § 267 HGB Rn. 27; *Förschle/Hoffmann*, § 24 Rn. 8.

7 *Hoffmann-Becking*, FS Fleck, 1988, S. 105, 114 ff.; *Budde/Zerwas*, 1. Aufl. 1994, Rn. F 57; *M. Fischer*, DB 1995, 485, 488.

aus einem Vergleich der Unternehmenswerte, wie sie nach den Methoden der Unternehmensbewertung gewonnen werden. Dabei steht heutigem Verständnis entsprechend der Ertragswert im Vordergrund¹. Soweit daneben Substanzwert-Aspekte zu berücksichtigen sind, kommen Verschmelzungsbilanzen zum Zuge. Ihrer speziellen Aufgabe gemäß handelt es sich bei ihnen um Vermögensbilanzen, nicht um solche zur Erfolgsermittlung. In die handelsrechtliche Bilanzkontinuität sind sie nicht eingebunden².

4. Bilanzierung bei schwebender Verschmelzung

- 27 Die **Rechnungslegungspflicht** der übertragenden Gesellschaft bleibt grundsätzlich bis zur Eintragung der Verschmelzung bestehen³. Dabei ist eine Erfassung ihrer Geschäftsvorfälle auch in Gestalt eines gesonderten Buchungskreises beim übernehmenden Rechtsträger möglich⁴. Gleichwohl stellt die Schlussbilanz regelmäßig den letzten Abschluss der übertragenden Gesellschaft dar. Eine Bilanzierung auf den Eintragungstag ist nämlich nicht mehr vorzunehmen⁵, da ihre Geschäfte ab Verschmelzungstichtag als für Rechnung der übernehmenden Gesellschaft geführt gelten (§ 5 Abs. 1 Nr. 6).
- 28 Anders sieht es dann aus, wenn die Verschmelzung im nächsten ordentlichen Bilanzierungszeitpunkt der übertragenden Gesellschaft, also bei Ablauf ihres Geschäftsjahres, noch **nicht eingetragen** ist. Das wird selten sein, ist aber – insbesondere bei Anfechtung der Verschmelzung – nicht ausgeschlossen⁶. Solchenfalls hat die übertragende Gesellschaft weiterhin einen – gegebenenfalls sogar mehrere – Jahresabschlüsse nach den für sie maßgeblichen Regeln aufzustellen⁷. Da nach dem Verschmelzungstichtag von ihr erzielte Gewinne aufgrund des Verschmelzungsvertrages regelmäßig für Ausschüttungen an ihre Anteilseigner gesperrt sind, bietet es sich an, einen solchen Gewinn als Rückstellung zu passivieren⁸. Ihre Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten sind nicht schon bei der übernehmenden Gesellschaft zu erfassen. Diese hat allerdings etwa aus der Verschmelzung drohenden Verlus-

1 Zur Unternehmensbewertung gute Darstellung von Problemen und Diskussionsstand: WP-Handbuch, Bd. II, 12. Aufl. 2002, S. 1 ff.

2 *Budde/Zerwas*, Rn. F 78.

3 *Welf Müller* in Kallmeyer, § 17 UmwG Rn. 19; IDW, HFA 2/1997 Abschn. 12, WPg. 1997, 235, 236.

4 *Budde/Zerwas*, Rn. F 50.

5 *W. Meilicke*, BB 1986, 1958, 1959; *Bermel* in Goutier/Knopf/Tulloch, § 17 UmwG Rn. 9; IDW, HFA 2/1997 Abschn. 12, WPg. 1997, 235, 236.

6 Beispielsfall aus der Rechtsprechung ist die Fusion Dürkopp/Kochs-Adler, BGH v. 22. 5. 1989 – II ZR 206/88, BGHZ 107, 296; OLG Hamm v. 11. 12. 1991 – 8 U 135/91, DB 1992, 417; dazu BGH v. 12. 10. 1992 – II ZR 30/92, DB 1992, 2432 m. Anm. Götz; weitere Fälle bei *Kiem*, ZIP 1999, 173, 174f.

7 OLG Hamm v. 11. 12. 1991 – 8 U 135/91, DB 1992, 417; *Bermel* in Goutier/Knopf/Tulloch, § 17 UmwG Rn. 9.

8 *Welf Müller* in Kallmeyer, § 17 UmwG Rn. 23; anders *Bula/Schlösser* in Sagasser/Bula/Brünger, Rn. K 26 a. E.: Ausgleichsposten „Dem übernehmenden Rechtsträger zustehender Gewinn“.

ten bereits durch entsprechende Rückstellungsbildung bei sich Rechnung zu tragen, während ein korrespondierender Ertrag im Hinblick auf § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB nicht auszuweisen ist¹.

Die Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft können jedoch bei der übernehmenden erfasst werden, wenn diese bereits **wirtschaftliches Eigentum** erlangt hat. Die daraus entstehenden Aufwendungen und Erträge sind dann als originäre der Übernehmerin zu behandeln². 29

Für den Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums bei Verschmelzungen hat das Institut der Wirtschaftsprüfer vier **Voraussetzungen** aufgestellt. Danach müssen am Abschlussstichtag des übernehmenden Rechtsträgers 1. Verschmelzungsvertrag und Zustimmungsbeschlüsse formwirksam sein, 2. der Verschmelzungstichtag vor dem Abschlussstichtag liegen oder mit ihm zusammenfallen, 3. die Eintragung der Verschmelzung bis zur Abschlussaufstellung erfolgt oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gewährleistet, 4. faktisch sichergestellt sein, dass der übertragende Rechtsträger über die Vermögensgegenstände nur mit Einwilligung des Übernehmenden verfügen kann³. 30

Kommt es später zur Eintragung der Verschmelzung, wird der **Bestand zwischenzeitlicher Abschlüsse** dadurch nicht betroffen⁴. Die Festlegung des Stichtags, von dem an die Geschäfte als für Rechnung der übernehmenden Gesellschaft geführt gelten, bewirkt keine nachträgliche Unwirksamkeit der Bilanzen. Auch eine Bilanzänderung muss ausscheiden⁵. 31

IV. Ansatzebene

1. Allgemeine Grundsätze

Ist der übernehmende Rechtsträger nach §§ 238 ff. HGB rechnungslegungspflichtig – und das gilt für die ganz große Mehrzahl aller Verschmelzungsfälle –, hat er die auf ihn übergehenden Vermögensgegenstände und Schulden bei sich **einzubuchen** (vgl. § 24 Rn. 23f.). Er ist insoweit an die allgemeinen Ansatzvorschriften der §§ 246–251 HGB gebunden, die für Kapitalgesellschaften um die §§ 269–274 HGB ergänzt werden. Dabei ist insbesondere dem **Vollständigkeitsgebot** (§ 246 Abs. 1 Satz 1 HGB) Rechnung zu tragen. 32

1 IDW, HFA 2/1997 Abschn. 22b, WPg. 1997, 235, 237; a. A. *Widmann* in *Widmann/Mayer*, § 24 UmwG Rn. 556.

2 IDW, HFA 2/1997 Abschn. 22a, WPg. 1997, 235, 237.

3 IDW, HFA 2/1997 Abschn. 21, WPg. 1997, 235, 236f.; zustimmend *Welf Müller* in *Kallmeyer*, § 24 UmwG Rn. 47.

4 OLG Hamm v. 11. 12. 1991 – 8 U 135/91, DB 1992, 417; *Bermel* in *Goutier/Knopf/Tulloch* § 17 UmwG Rn. 9; *Welf Müller* in *Kallmeyer*, § 24 UmwG Rn. 23; *Budde/Zerwas*, Rn. F 63.

5 *Priester*, BB 1992, 1594, 1598.

- 33 **Nicht** zu übernehmen sind allerdings **Bilanzierungshilfen**. Das gilt zunächst für **Ingangsetzungskosten** (§ 269 HGB). Sie bilden keinen Vermögensgegenstand, der im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergehen könnte. Ebenso kommt beim übernehmenden Rechtsträger eine Neubildung des Postens für Ausgaben bis zum Verschmelzungsstichtag nicht in Betracht, wohl aber für Aufwendungen danach¹. **Geschäftswerte** (§ 255 Abs. 4 HGB) oder etwaige **Verschmelzungsmehrwerte** (§ 348 Abs. 2 AktG a. F., § 27 Abs. 2 KapErhG a. F.) sind nicht einzeln ansetzbar². Diese Posten gehen in einem beim aufnehmenden Rechtsträger angesetzten Geschäftswert auf³.
- 34 Ebenso liegt es bei einem aktiven **Steuerabgrenzungsposten** (§ 274 Abs. 2 HGB). Auch er ist kein Vermögensgegenstand. Gleichfalls nicht anzusetzen ist an sich auch ein passiver Steuerabgrenzungsposten (§ 274 Abs. 1 HGB), da es beim übernehmenden Rechtsträger an der Voraussetzung eines in früheren Jahren zu niedrigen Steueraufwands fehlt. Soweit das übernommene Vermögen aber noch mit künftigen Steuerlasten behaftet ist, wie insbesondere bei steuerlicher Buchwertübernahme, sind diese künftigen Steuerlasten zu passivieren, soweit sie nicht durch einen handelsrechtlichen Wertansatz unterhalb des Zeitwerts kompensiert werden⁴.
- 35 Da die Verschmelzung für den übernehmenden Rechtsträger einen Erwerbsvorgang darstellt, sind beim übertragenden Rechtsträger originär entstandene **immaterielle Vermögensgegenstände** wie etwa gewerbliche Schutzrechte anzusetzen⁵. Ob das auch für den originären Firmenwert gilt, ist streitig, aber zu bejahen⁶. Anzusetzen sind ferner **geringwertige Anlagegüter**. Sie können jedoch sogleich wieder vollständig abgeschrieben werden⁷. **Rechnungsabgrenzungsposten** sind anzusetzen, soweit sie Vermögens- oder Verbindlichkeitscharakter haben. Die ihnen zugrunde liegenden Ansprüche oder Verpflichtungen sind allerdings im Rahmen der Übernahme erforderlichenfalls neu zu bewerten⁸. Übernommene **Pensionsverpflichtungen** sind unabhängig vom Ansatz beim übertragenden Rechtsträger vollständig zu passivieren. Ein Pas-

1 IDW, HFA 2/1997 Abschn. 3211, WPg. 1997, 238; *Naumann*, FS Ludewig, S. 683, 697; *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 6; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 23.

2 *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 24; *Scherrer*, FS Claussen, S. 743, 759.

3 *Förschle/Hoffmann*, Rn. I 20.

4 *Förschle/Hoffmann*, Rn. I 37; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 25; i. Erg. ähnlich *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 8a.

5 IDW, HFA 2/1997 Abschn. 3211, WPg. 1997, 235, 238; *Bula/Schlösser* in Sagasser/Bula/Brünger, Rn. K 38; *Naumann*, FS Ludewig, S. 683, 696f.; a. A. *Dehmer*², § 24 UmwG Rn. 17: mangels entgeltlichem Erwerbs kein Ansatz.

6 Eingehend m. Nachw. *Priester*, FS Nirk, 1992, S. 893 ff.; bejahend auch *Knop/Kütting*, BB 1995, 1023, 1024; *Bula/Schlösser* in Sagasser/Bula/Brünger, Rn. K 38; abl. *Dehmer*², § 24 UmwG Rn. 5.

7 *Förschle/Hoffmann*, Rn. I 24.

8 IDW, HFA 2/1997 Abschn. 3211, WPg. 1997, 235, 238; *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 6; *Scherrer*, FS Claussen, S. 743, 759.

sivierungswahlrecht nach Art. 28 Abs. 1 EGHGB besteht nicht¹. Für **Aufwandsrückstellungen** besteht auch im Rahmen der Übernahmebilanzierung das Ansatzwahlrecht nach § 249 HGB. Das ist insbesondere dann interessant, wenn die Gesamt-Anschaffungskosten geringer sind als der Zeitwert des übernommenen Vermögens (§ 24 Rn. 51)². Nimmt der übertragende Rechtsträger nach dem Umwandlungsstichtag noch **Gewinnausschüttungen** vor, muss bei Übernahme der Vermögenswerte aus seiner Schlussbilanz eine Verbindlichkeit in Höhe der Ausschüttung passiviert werden.

Forderungen oder **Verbindlichkeiten** des übertragenden Rechtsträgers, die beim übernehmenden durch **Konfusion** untergehen, sind nicht zu bilanzieren. Gleiches gilt für **eigene Anteile** des übertragenden Rechtsträgers, da sie durch die Verschmelzung untergehen³. 36

Sind alle Vermögensgegenstände und Schulden angesetzt und ergibt sich danach ein Differenzbetrag zu den Gesamtanschaffungskosten, besteht ein **Wahlrecht**, diese Differenz als **Geschäftswert** i. S. v. § 255 Abs. 4 HGB zu aktivieren⁴. Das gilt auch für **konzerninterne Verschmelzungen**. Bei ihnen fehlt es an einem echten Interessengegensatz. Diesem Umstand wird man aber durch eine vorsichtige Bewertung Rechnung tragen können und müssen⁵ (vgl. § 24 Rn. 58). 37

2. Buchwertverknüpfung

Entscheidet sich der übernehmende Rechtsträger für eine Buchwertverknüpfung, tritt eine **bilanzielle Bindung** an die Ansätze des übertragenden Rechtsträgers ein. Das gilt auch für Ansatzwahlrechte, selbst dann, wenn sie bei der Übernehmerin wegen deren Rechtsform nicht zulässig wären⁶. Aus dem Wortlaut des § 24 geht zwar nicht hervor, dass er sich auch auf die Ansatzvorschriften bezieht. Wegen der Bezugnahme auf § 253 HGB könnte er vielmehr als reine Bewertungsbestimmung anzusehen sein. Geht man aber davon aus, dass § 24 den alten Rechtszustand – wenngleich jetzt als bloße Möglichkeit – perpetuieren wollte (vgl. § 24 Rn. 1 f., 5), dann besteht eine Bindung auch hinsichtlich der Ansatzvorschriften⁷. 38

1 IDW, HFA 2/1997 Abschn. 3211, WPg. 1997, 238; *Bula/Schlösser* in *Sagasser/Bula/Brünger*, Rn. K 40.

2 *Förschle/Hoffmann*, Rn. I 29; a. A. *Scherer*, FS Claussen, S. 743, 759, der sich für ein Ansatzverbot ausspricht.

3 Ebenso *Förschle/Hoffmann*, Rn. I 25 f.; für die Konfusion auch *Bula/Schlösser* in *Sagasser/Bula/Brünger*, Rn. K 41.

4 IDW, HFA 2/1997 Abschn. 3222, WPg. 1997, 235, 240; *Förschle/Hoffmann*, Rn. I 21; a. A. *Dehmer*², § 24 UmwG Rn. 17; der stattdessen einen „verschmelzungsbedingten Unterschiedsbetrag“ ansetzen will, der zunächst mit der Kapitalrücklage zu verrechnen sei und sodann durch Gewinne ausgeglichen werden müsse.

5 *Welf Müller* in *Kallmeyer*, § 24 UmwG Rn. 8.

6 IDW, HFA 2/1997 Abschn. 33, WPg. 1997, 235, 240.

7 Allg. A.; *Welf Müller* in *Kallmeyer*, § 24 UmwG Rn. 12; *Haritz* in *Semler/Stengel*, § 24 UmwG Rn. 20.

- 39 Im Einzelnen bedeutet dies, dass sowohl **Bilanzierungshilfen** wie Ingangsetzungskosten oder aktivierte derivative Geschäftswerte des übertragenden Rechtsträgers fortzuführen sind. Umgekehrt können vom übertragenden Rechtsträger selbst erstellte **immaterielle** Gegenstände des Anlagevermögens nicht angesetzt werden, da das Ansatzverbot des § 248 Abs. 2 HGB fortwirkt¹. **Steuerabgrenzungsposten** (§ 274 HGB) sind fortzuführen². **Sonderposten** mit **Rücklageanteil** sind allerdings nicht als solche zu übernehmen, sondern aktivisch von den entsprechenden Vermögensgegenständen abzusetzen³. Eine Nichtpassivierung von **Pensionsrückstellungen** bleibt grundsätzlich erhalten. Der übernehmende Rechtsträger kann aber verpflichtet sein, sie außerhalb der Übernahmebilanzierung erfolgswirksam einzubuchen⁴. **Eigene Anteile** des übertragenden Rechtsträgers, die durch die Verschmelzung untergehen, bleiben auch hier außer Ansatz⁵. Eine Ausschüttung nach dem Umwandlungstichtag muss wiederum als Verbindlichkeit passiviert werden (vgl. § 24 Rn. 35 a. E.).
- 40 Wichtig ist, dass eine Differenz zwischen den Gesamtanschaffungskosten und dem Buchwertansatz **nicht** als **Geschäftswert** angesetzt werden kann. Auch eine Aktivierung als **Verschmelzungsmehrwert** ist – abweichend vom früheren Recht – **nicht mehr** möglich. Die Differenz führt vielmehr stets zu einem als Aufwand zu erfassenden Verlust⁶.
- 41 **Kosten** der Verschmelzung, wie etwa Grunderwerbsteuer oder Notar- und Gerichtskosten können nicht als Anschaffungsnebenkosten aktiviert werden⁷.

V. Bewertungsebene

1. Neubewertung

a) Anschaffungskostenprinzip

- 42 Die Bewertung des übergegangenen Vermögens hat – wie der Text des § 24 deutlich ergibt („... können als Anschaffungskosten ...“) – zu Anschaffungskosten zu erfolgen⁸. Dieser Grundsatz trägt dem Umstand Rechnung, dass es

1 *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 38; *Gassner*, FS Widmann, S. 343, 352.

2 *Förschle/Hoffmann*, Rn. I 80; einschränkend *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 37; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 66: wenn die Voraussetzungen beim Übernehmer künftig noch erfüllt werden können.

3 *Förschle/Hoffmann*, Rn. I 87; stellt der Posten aber keine Wertberichtigung i. S. v. § 281 Abs. 1 HGB dar – Beispielsfall: noch nicht übertragene Rücklage nach § 6b EStG –, ist er als solcher zu übernehmen, wie vor, Rn. I 88.

4 *Förschle/Hoffmann*, Rn. I 77.

5 Zust. *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 12a; abw. *Scherrer*, FS Claussen, S. 743, 749 f.

6 IDW, HFA 2/1997 Abschn. 31, WPg. 1997, 235, 238.

7 *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 13, 38; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 70.

8 Vgl. Begründung, *Ganske*, S. 66.

sich bei einer Verschmelzung um einen Anschaffungsvorgang handelt: Die Vermögensgegenstände des übertragenden Rechtsträgers gehen auf den übernehmenden über. Daran ändert es nichts, dass dieses durch Gesamtrechtsnachfolge geschieht (§ 20 Abs. 1 Nr. 1), denn darin liegt nur eine sachenrechtliche Modalität des Vermögenstransports¹. Das frühere Recht legte als Anschaffungskosten die Schlussbilanzwerte der übertragenden Gesellschaft zwingend fest (§ 24 Rn. 1). Jetzt *können* sie als Anschaffungskosten gewählt werden.

Wie die Anschaffungskosten zu bestimmen sind, wenn keine Buchwertverknüpfung (§ 24 Rn. 64 ff.) erfolgt, sagt das Gesetz nicht². Es gelten damit die **allgemeinen Grundsätze**. Danach sind Anschaffungskosten die zum Erwerb eines Vermögensgegenstandes geleisteten Aufwendungen (§ 255 Abs. 1 Satz 1 HGB). Hinsichtlich der Bedeutung dieser Definition für die Verschmelzung muss wieder nach der Art ihrer Durchführung unterschieden werden: Ausgabe neuer Anteile im Wege der Kapitalerhöhung oder der Gründung – Hingabe vorhandener eigener Anteile – bestehende Beteiligung der übernehmenden an der übertragenden Gesellschaft. 43

b) Gewährung neuer Anteile

Gibt der übernehmende Rechtsträger im Wege einer Kapitalerhöhung oder – selten – bei seiner Gründung geschaffene neue Anteile aus, kommen die Grundsätze für die Bewertung von **Sacheinlagen** zum Zuge. Die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft bringen die Vermögensgegenstände zwar nicht unmittelbar, wohl aber mittelbar ein, denn der Vermögensübergang geschieht für ihre Rechnung³. 44

Was die **Anschaffungskosten** bei Sacheinbringung anlangt, besteht Einigkeit darüber, dass der Zeitwert des übergehenden Vermögens nicht überschritten werden darf. Anderenfalls müsste eine Ausgleichsforderung gegen die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft aktiviert werden⁴. Innerhalb dieser Grenze gehen die Ansichten dagegen auseinander. Nach einer Ansicht ist der Ausgabebetrag der neuen Anteile (Nennbetrag zuzüglich etwaiges Aufgeld) maßgebend⁵. Eine andere Auffassung will zwingend die Zeitwerte des übergegangenen Vermögens ansetzen⁶. Eine dritte Meinung räumt der Über- 45

1 So mit Recht *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 12.

2 Auch die Gesetzesbegründung enthält darüber nichts, wie *Schulze-Osterloh*, ZGR 1993, 420, 435 zutreffend festgestellt hat.

3 *Schulze-Osterloh*, ZGR 1993, 420, 428.

4 *Förschle/Hoffmann*, Rn. I 46; *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 19, 23; *Bula/Schlösser* in Sagasser/Bula/Brünger, Rn. K 49.

5 IDW, HFA 2/97 Abschn. 32211, WPg. 1997, 235, 239; *Förschle/Hoffmann*, Rn. I 44; *Naumann*, FS Ludewig, S. 683, 691; *Gassner*, FS Widmann, S. 343, 350f.

6 *Schulze-Osterloh*, ZGR 1993, 420, 428 ff. m. zahlr. Nachw. in Fn. 25, 26; *Bula/Schlösser* in Sagasser/Bula/Brünger, Rn. K 50; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 31 ff.; *Widmann* in Widmann/Mayer, § 24 UmwG Rn. 289, 364, es sei denn, dass steuerliche Vorschriften einen niedrigen Wertansatz voraussetzen.

nehmerin ein Wahlrecht zwischen Ausgabebetrag und Zeitwert ein¹. Ihr ist zuzustimmen. Im Rahmen von § 24 besteht kein Zwang zur Aufdeckung aller stillen Reserven durch Ansatz der Zeitwerte. Das lässt sich der Gesetzesbegründung hinreichend deutlich entnehmen².

- 46 Das **Aufgeld** braucht nicht betragsmäßig festgelegt zu sein, sondern kann durch die Festlegung eines Zeitwertansatzes für das übernommene Vermögen bestimmbar gemacht werden. Werden nur die Anteilsnennwerte festgelegt, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die Anschaffungskosten damit fixiert sind oder ob ein Aufgeld bis zur Höhe des Zeitwerts mit der Folge entsprechend höherer Anschaffungskosten gewollt ist³.
- 47 Ein etwa festgesetztes Agio ist nach § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB in die **Kapitalrücklage** einzustellen. Das Gleiche gilt bei einer Bewertung der eingebrachten Vermögensgegenstände mit ihrem Zeitwert für die Differenz zwischen Ausgabebetrag der Anteile und dem höheren Zeitwert⁴.
- 48 Zu den Anschaffungskosten gehören auch etwaige im Rahmen von §§ 54 Abs. 4, 68 Abs. 3 geleistete bare **Zuzahlungen**⁵. Sind die Zuzahlungen aufgrund eines **Spruchstellenverfahrens** nach § 15 zu leisten, handelt es sich um nachträgliche Anschaffungskosten⁶. Anders liegt es, wenn Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers nachträglich gemäß § 29 ausscheiden⁷. Ihnen gezahlte **Abfindungen** betreffen nicht die Anschaffungskosten des übergehenden Vermögens, sondern diejenigen der erworbenen eigenen Anteile. – Zu den Anschaffungskosten gehören die **Anschaffungsnebenkosten**, insbesondere für eine etwaige Grunderwerbsteuer⁸. – Hat die übernehmende Ge-

1 *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 22; *Hannappel* in Goutier/Knopf/Tulloch, § 24 UmwG Rn. 28; *Hense* in IDW, S. 184; *ADS*⁶, § 255 HGB Rn. 97, soweit dem nicht die Einlagevereinbarung ausdrücklich entgegensteht.

2 Es heißt dort, beim Anschaffungswertprinzip müssten nur die stillen Reserven aufgelöst werden, die vom übernehmenden Rechtsträger „bezahlt“ worden seien, *Ganske*, S. 65; darauf hat *Angermayer*, DB 1998, 145, 151 zutreffend aufmerksam gemacht.

3 IDW, HFA 2/1997 Abschn. 32211, WPg. 1997, 235, 239; *Förschle/Hoffmann*, Rn. I 44.

4 *ADS*⁶, § 255 HGB Rn. 97 a. E.; *Hannappel* in Goutier/Knopf/Tulloch, § 24 UmwG Rn. 29; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 34; abw. *Bula/Schlösser* in Sagasser/Bula/Brünger, Rn. K 50, die einen den Ausgabekurs übersteigenden Zeitwert in die Kapitalrücklage nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 einstellen wollen.

5 *Schulze-Osterloh*, ZGR 1993, 420, 437.

6 *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 51.

7 *Haritz* in Semler/Stengel, § 24 UmwG Rn. 43.

8 *Förschle/Hoffmann*, Rn. I 44. Die Kosten für die Durchführung der Umwandlung, z. B. die Beurkundungskosten, werden von ihnen dagegen als Beschaffungskosten des Eigenkapitals nach § 248 Abs. 1 HGB für nicht aktivierbar gesehen, wie vor, Rn. I 43; ebenso *Bula/Schlösser* in Sagasser/Bula/Brünger, Rn. K 64; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 57. Das erscheint nicht zweifelsfrei. Immerhin dienen die Gesamtaufwendungen für die Verschmelzung dem Erwerb des Vermögens der übertragenden Gesellschaft. Außerdem: Obergrenze sind immer die Zeitwerte (§ 24 Rn. 50). Für Aktivierbarkeit: *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 10.

sellschaft Forderungen oder Verbindlichkeiten, die durch **Konfusion** untergehen, so erhöhen sich die Anschaffungskosten um den Betrag der untergehenden Forderungen und vermindern sich um den Betrag der erlöschenden Verbindlichkeiten¹.

Ist der übernehmende Rechtsträger eine **Personenhandelsgesellschaft**, ergeben sich die Anschaffungskosten aus den Kapitalkonten, die den neuen Gesellschaftern vereinbarungsgemäß eingeräumt werden, etwa vorgesehenen Rücklagendotierungen und – Zuzahlungen vergleichbar – Gutschriften auf Darlehenskonten². Insoweit sind die Gesellschafter in der Wertbestimmung frei. Soll der Zeitwert angesetzt werden und übersteigt er die solchermaßen gewährten Gegenleistungen, entsteht ein Verschmelzungsgewinn. Er ist bei Personenhandelsgesellschaften, die nicht dem § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB unterliegen, nach den jeweils geltenden Gewinnverteilungsregeln ausschüttbar³. 49

Erfolgt die Verschmelzung auf einen **Verein**, kann sie sich bilanziell nicht durch Ausgabe von Kapital niederschlagen, da den Mitgliedern keine Anteile an einem Nominalkapital zustehen. In Höhe des Wertansatzes für das übernommene Vermögen, der durch den Zeitwert nach oben begrenzt wird, ergibt sich ein Zuwachs an Reinvermögen⁴. 50

Die Anschaffungskosten sind auf die einzelnen Vermögensgegenstände und Schulden **aufzuteilen**. Dabei ist vom Grundsatz der Einzelbewertung (§ 252 Abs. 1 Nr. 3 HGB) auszugehen. Die Bewertung der Verbindlichkeiten bereitet zumeist keine Probleme: Sie sind mit dem Rückzahlungsbetrag anzusetzen (§ 253 Abs. 1 Satz 2 HGB). Angesprochen sind die Aktiva und die Rückstellungen. Bei ersteren wird regelmäßig eine **Wertaufstockung** stattfinden, die durch den jeweiligen Zeitwert des Gegenstandes nach oben begrenzt ist⁵. Anzusetzen sind auch bisher nicht aktivierte immaterielle Vermögensgegenstände (vgl. § 24 Rn. 35). Die Aufstockung wird regelmäßig im Verhältnis der Zeitwerte vorzunehmen sein. Zwingend ist das aber handelsrechtlich – anders als im Steuerrecht – nicht⁶. Sind die Anschaffungskosten höher als die Summe dieser Zeitwerte, kann die Differenz als **Geschäftswert** angesetzt werden (§ 24 Rn. 37). Geschieht das nicht, erscheint der Betrag als außerordentlicher Aufwand in der Gewinn- und Verlustrechnung. Liegen die Anschaffungskosten unter den Buchwerten des übergehenden Vermögens, muss eine entsprechende **Abstockung** erfolgen⁷. Auch hier ist mangels konkreter gesetzlicher Vorgaben wieder jedes sachgerechte Verteilungsverfahren an- 51

1 FörSchle/Hoffmann, Rn. I 42. Anders bei Buchwertfortführung, § 24 UmwG Rn. 73.

2 FörSchle/Hoffmann, Rn. I 45.

3 Welf Müller in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 21.

4 Welf Müller in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 25.

5 IDW, HFA 2/1997 Abschn. 3222, WPg. 1997, 235, 240; Haritz in Semler/Stengel, § 24 UmwG Rn. 73; a. A. Scherrer, FS Claussen, S. 743, 767.

6 Welf Müller in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 24; abw. hier 1. Aufl., § 24 Rn. 38.

7 FörSchle/Hoffmann, Rn. I 49.

wendbar¹. Monetäre Posten (Kasse, Bank) lassen sich allerdings nicht abstoßen. Insoweit hilft nur die Bildung eines Passivpostens².

- 52 Bei Kapitalgesellschaften ist das Verteilungsverfahren im **Anhang** zu erläutern (§ 284 Abs. 2 Nr. 1 HGB). Im **Anlagespiegel** (§ 268 Abs. 2 HGB) sind die übernommenen Gegenstände als Zugänge zu zeigen. Die historischen Anschaffungskosten dürfen höchstens statistisch aufgeführt werden³.

c) Hingabe eigener Anteile

- 53 Werden den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft für den Übergang ihres Vermögens von der übernehmenden bereits vorhandene eigene Anteile gewährt, ist darin ein **Tauschvorgang** zu sehen: Ein Vermögensgegenstand wird zum Erwerb anderer Vermögensgegenstände hingeben⁴.
- 54 Auch bei Tauschvorgängen räumt die **h. M.** ein Wahlrecht ein, diesmal sogar zwischen **drei Bewertungsmethoden**: Erstens kann das erworbene Vermögen mit dem Buchwert der gewährten eigenen Anteile, zweitens mit dem höheren Zeitwert der Anteile und drittens mit einem Zwischenwert angesetzt werden, der die ertragsteuerliche Belastung aufgrund einer im Zuge der Verschmelzung vorgenommenen steuerlichen Wertaufstockung und die mit der Verschmelzung verbundenen Kosten neutralisiert⁵. Diese Bewertungsmethoden müssen jedoch konsequent angewandt werden. Andere Zwischenwerte sind nicht zulässig⁶. – Ein Unterschiedsbetrag bei Ansatz von Zeitwerten ist in die **Kapitalrücklage** einzustellen. Insoweit gilt das Gleiche wie beim Buchwertansatz (§ 24 Rn. 71). – Eine bei der übernehmenden Gesellschaft bestehende Rücklage für eigene Anteile (§ 272 Abs. 4 HGB) ist aufzulösen, was jedoch die Anschaffungskosten des übertragenen Vermögens nicht beeinflusst⁷.

d) Bestehende Beteiligung

- 55 Soweit die übernehmende Gesellschaft an der übertragenden beteiligt ist, kann eine Anteilsgewährung nicht erfolgen (§§ 54 Abs. 1 Nr. 1, 68 Abs. 1

1 *Haritz* in Semler/Stengel, § 24 UmwG Rn. 75.

2 *Förschle/Hoffmann*, Rn. I 49 schlagen insoweit eine (erhöhte) Dotierung der Kapitalrücklage vor; *Bula/Schlösser* in Sagasser/Bula/Brünger, Rn. K 72 plädieren für den Ansatz eines negativen Firmenwerts; ähnlich *Weilep*, DB 1998, 2130, 2132; Letzteres erscheint zutreffender.

3 *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 33; ebenso IDW, HFA 2/1997 Abschn. 33, WPg. 1997, 235, 240 (für den Fall der Buchwertverknüpfung).

4 *H. M.* etwa: *Hense* in IDW, S. 185; *Bula/Schlösser* in Sagasser/Bula/Brünger, Rn. K 54; a. A. *Pohl*, S. 72.

5 *Förschle/Hoffmann*, Rn. I 54; *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 26; *ADS*⁶, § 255 HGB Rn. 89 ff.; *Hense* in IDW, S. 185 ff.; *Gassner*, FS Widmann, S. 343, 351; a. A. *Schulze-Osterloh*, ZGR 1993, 420, 436 f.; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 38 ff.; *Bula/Schlösser* in Sagasser/Bula/Brünger, Rn. K 55: nur Zeitwert; ähnlich *Haritz* in Semler/Stengel, § 24 UmwG Rn. 41.

6 *Förschle/Hoffmann*, Rn. I 54; *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 30.

7 *Förschle/Hoffmann*, Rn. I 53; *Bula/Schlösser* in Sagasser/Bula/Brünger, Rn. K 56.

Nr. 1). Es fragt sich deshalb, ob die übernehmende Gesellschaft überhaupt Anschaffungskosten hat. Das wird man indessen bejahen müssen, denn es findet ein Rechtsträgerwechsel und damit ein Anschaffungsvorgang statt. Außerdem verliert die übernehmende Gesellschaft ihre Beteiligung an der übertragenden. Infolgedessen liegt es nahe – und wird auch ganz überwiegend vertreten¹ – wie bei der Gewährung eigener Anteile die **Tauschgrundsätze** heranzuziehen. Insoweit wird auf § 24 Rn. 54 verwiesen.

Zu berücksichtigen ist freilich, dass es an dem sonst für Anschaffungsgeschäfte charakteristischen **Markttest fehlt**, denn zu einem Aushandeln des Übernahmewertes zwischen zwei gegensätzlich interessierten Partnern kommt es nicht. Dieser Markttest kann zwar nach heutiger Auffassung durch eine gerichtliche Kapitalaufbringungskontrolle ersetzt werden². Eine solche findet aber mangels Kapitalerhöhung nicht statt. Auch eine Prüfung der Verschmelzung durch sachverständige Dritte ist zumindest dann gesetzlich verzichtbar, wenn der übernehmenden Gesellschaft sämtliche Anteile an der übertragenden gehören (§ 9 Abs. 2).

Unter diesen Umständen sind Wertansätze, die zu einer **Gewinnrealisierung** bei der übernehmenden Gesellschaft führen, nicht bedenkenfrei³. Das gilt vor allem deshalb, weil solche Gewinne das laufende Jahresergebnis erhöhen und zu Ausschüttungen an die Gesellschafter zur Verfügung stehen. Zutreffender Ansatz des übernommenen Vermögens wäre damit der Wert, mit dem die Beteiligung an der übertragenden Gesellschaft bei der übernehmenden zu Buche steht⁴. Solchenfalls entsteht bei der übernehmenden Gesellschaft weder ein Verschmelzungsgewinn noch ein Verschmelzungsverlust.

Gegenüber einer derartigen Einschränkung der Gewinnrealisierung ist freilich zu berücksichtigen, dass man die Verschmelzung auf die Muttergesellschaft mit einem Umsatzgeschäft zwischen Mutter und Tochter vergleichen kann. Es ist dann die Frage einer **Gewinnrealisierung im Konzern** betroffen⁵. Aus einem Umkehrschluss zu § 304 HGB, der eine Eliminierung von Gewinnen zwischen Konzernunternehmen zum Zwecke der Aufstellung des Konzernabschlusses verlangt, kann man schließen, dass Gewinnrealisierungen

1 Etwa: IDW, HFA 2/1997 Abschn. 32212, WPg. 1997, 235, 239; *Förschle/Hoffmann*, Rn. I 52; *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 26; *Hannappel* in Goutier/Knopf/Tulloch, § 24 UmwG Rn. 36; a. A. *Bula/Schlösser* in Sagasser/Bula/Brünger, Rn. K 53: nur Buchwert der Beteiligung; umgekehrt *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 43: zwingend Zweitwert des übergehenden Vermögens; noch anders *Haritz* in Semler/Stengel, § 24 UmwG Rn. 47: Zeitwert der Anteile.

2 *Kropff* in G/H/E/K, § 153 AktG Rn. 45; *Priester*, FS Nirk, S. 893, 909; *M. Fischer*, DB 1995, 485, 486.

3 *Bula/Schlösser* in Sagasser/Bula/Brünger, Rn. K 53; *Schulze-Osterloh*, ZGR 1993, 420, 437f.; *M. Fischer*, DB 1995, 485, 486f.; *Mujkanovic*, BB 1995, 1735, 1738; *Naumann*, FS Ludewig, S. 683, 693.

4 *Bula/Schlösser* in Sagasser/Bula/Brünger, Rn. K 53; *Mujkanovic*, BB 1995, 1735, 1738.

5 Dazu IDW, Stellungnahme HFA 2/1982, WPg. 1982, 548.

im Konzern grundsätzlich nicht ausgeschlossen sind. Wendet man das auf die Verschmelzung an, würde die hier geschilderte Restriktion in einem neuen Licht erscheinen. Das **Fazit** dürfte sein: Der Zeitwert der untergehenden Anteile ist **vorsichtig** zu ermitteln. Das gilt insbesondere für den Ansatz eines Geschäftswertes beim übernehmenden Rechtsträger¹.

e) Mischfälle

- 59 Ist die übernehmende Gesellschaft zu weniger als 100% an der übertragenden beteiligt, findet die Verschmelzung teilweise gegen Kapitalerhöhung, teilweise gegen Wegfall der Beteiligung statt. Wir haben es dann mit einer zusammengesetzten Gegenleistung zu tun. Soweit Dritten Anteile gewährt werden, stößt ein Zeitwertansatz nicht auf Bedenken. Eine quotale Wertaufstockung ist also unproblematisch². Im Übrigen gilt die hier geforderte Vorsicht bei Gewinnrealisierungen (§ 24 Rn. 58)³.
- 60 Da die Anschaffungskosten hinsichtlich der neuen Anteile anders zu berechnen sind als diejenigen hinsichtlich der weggefallenen Beteiligung, sind die Gesamt-Anschaffungskosten auf die übertragenen Vermögensgegenstände **aufzuteilen**⁴. Soweit ein dabei entstehender Verschmelzungsgewinn auf die Kapitalerhöhung entfällt, ist er gemäß § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB in die Kapitalrücklage einzustellen, soweit er auf die Beteiligung entfällt, wird er ergebniswirksam; wegen der Hingabe eigener Anteile vgl. § 24 Rn. 54. Ein Verschmelzungsverlust ist stets erfolgswirksam⁵.

f) Verschmelzung Mutter auf Tochter (downstream merger)

- 61 Wird eine Muttergesellschaft auf ihre Tochtergesellschaft verschmolzen, fallen die Anteile der Mutter an der Tochter den Gesellschaftern der Mutter zu. Das geschieht nach h. M. unmittelbar, d. h. ohne **Durchgangserwerb** bei der Tochter⁶. Sie hat insoweit also auch nichts zu buchen. Bei der übernehmenden Gesellschaft ist infolgedessen nur das **Restvermögen** zu erfassen, also die übrigen Vermögensgegenstände der Mutter und deren Verbindlichkeiten. Als Wertansätze kommen die Buchwerte aus der Schlussbilanz, der Wert der Ver-

1 IDW, HFA 2/1997 Abschn. 32212, WPg. 1997, 235, 239; i. Erg. ebenso Hörtnagl in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 45; Haritz in Semler/Stengel, § 24 UmwG Rn. 47; Haritz – wie vor – Rn. 62 empfiehlt die Einstellung in eine Gewinnrücklage.

2 Schulze-Osterloh, ZGR 1993, 420, 438 f.

3 Demgegenüber lehnte Schulze-Osterloh, ZGR 1993, 420, 439 eine Aufstockung bei den Teilen des übertragenen Vermögens ab, die rechnerisch auf die übernehmende Gesellschaft entfallen.

4 Welf Müller in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 31; Förtschle/Hoffmann, Rn. I 66; anders Haritz in Semler/Stengel, § 24 UmwG Rn. 52: Mischverschmelzung kein Sonderfall, da Anschaffungskosten nach gleichen Kriterien zu ermitteln; ebenso Hörtnagl in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 54.

5 Welf Müller in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 31; Hörtnagl in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 55.

6 Vgl. Grunewald, oben § 20 Rn. 57 Fn. 5.

bindlichkeiten (erfolgsneutral) oder die Zeitwerte in Betracht¹. Positive oder negative Differenzbeträge bilden einen Verschmelzungsgewinn oder -verlust².

War die Beteiligung an der Tochter der (im Wesentlichen) einzige Vermögensgegenstand der Mutter und überwiegend fremdfinanziert, kann es geschehen, dass ein zu Zeitwerten negatives Vermögen auf die Tochter übergeht. So etwas stößt bei einer Kapitalgesellschaft als übernehmendem Rechtsträger auf das Problem der **Kapitalerhaltung**. Im Hinblick auf § 30 GmbHG wird man anzunehmen haben, dass eine solche Verschmelzung nur zulässig ist, wenn der Verlust das über das Stammkapital hinaus offen ausgewiesene Eigenkapital nicht übersteigt³. Als Abwehrstrategie werden Zahlungen der begünstigten Anteilseigner an die übernehmende Gesellschaft angeboten⁴. 62

Eine **Kapitalerhöhung** bei der übernehmenden Tochter ist nur insoweit erforderlich, als es bei ihr neben der Mutter weitere Anteilseigner gibt. Anderenfalls ist sie fakultativ, wenn die Anteile der Mutter voll eingezahlt sind, sonst verboten (§§ 54, 68 je Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 bzw. Satz 1 Nr. 3). Zu beachten ist aber immer, dass der Erhöhungsbetrag aus übergehendem Nettovermögen der Mutter dargestellt werden muss, und zwar ohne Ansatz der Beteiligung an der Tochter. 63

2. Buchwertverknüpfung

a) Begriff, Inhalt

Begrifflich versteht man unter „Buchwertansatz“ bei der Verschmelzung die Übernahme der Wertansätze in der Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft. Sie war nach altem Recht die einzig zugelassene Bewertungsmethode (§ 24 Rn. 1), heute steht sie zur Wahl, offen ist nur, ob uneingeschränkt (§ 24 Rn. 82 ff.). 64

Inhaltlich bedeutet Buchwertverknüpfung zunächst Bindung des übernehmenden Rechtsträgers auf der Ansatzebene (dazu § 24 Rn. 38 ff.). Für die hier in Rede stehende Bewertungsebene hat die Buchwertverknüpfung eine strikte Bindung an die Bilanzierungsentscheidungen in der Schlussbilanz des übertragenden Rechtsträgers zur Folge⁵. Das gilt auch für Wertansätze, die bei der Übernehmerin wegen ihrer Rechtsform nicht zulässig sind. So hat 65

1 *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 34; a. A. *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 50: zwingend Zeitwerte; *Haritz* in Semler/Stengel, § 24 UmwG Rn. 50: übernommene Verbindlichkeiten als alleiniger Maßstab.

2 IDW, HFA 2/1997 Abschn. 32212, WPg. 1997, 235, 239; *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 34; a. A. *Förschle/Hoffmann*, Rn. I 67; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 51: Kapitalrücklage gem. § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB.

3 *Haritz* in Semler/Stengel, § 24 UmwG Rn. 48; ähnlich *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 35; IDW, Änderung der Stellungnahme HFA 2/1997, WPg. 2000, 439, 440; bei einer AG soll ein Verstoß gegen § 57 AktG (Verbot der Einlagenrückgewähr) vorliegen; *Förschle/Hoffmann*, Rn. I 68.

4 *Bula/Schlösser* in Sagasser/Bula/Brünger, Rn. K 61 a. E.

5 IDW, HFA 2/1997 Abschn. 33, WPg. 1997, 235, 240.

etwa eine übernehmende Kapitalgesellschaft Unterbewertungen der übertragenden Personengesellschaft nach § 253 Abs. 4 HGB fortzuführen¹.

- 66 Die angesetzten Werte gelten als **Anschaffungskosten** des übernehmenden Rechtsträgers und – handelsrechtlich – nicht als Fortführung der bilanziellen Rechtsposition des Übertragenden². Sie begrenzen damit das künftige **Zuschreibungspotential** (vgl. § 24 Rn. 10). Die Bindung betrifft aber nur die Anschaffungskosten. Im Hinblick auf das Stetigkeitsgebot (§ 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB) ist der übernehmende Rechtsträger an die Entscheidungen des übertragenden deshalb nicht gebunden³. Für die Bemessung der künftigen **Abschreibungen** ist die (Rest-)Nutzungsdauer neu zu schätzen⁴. **Anschaffungsnebenkosten** können nicht aktiviert werden, sondern sind als Aufwand zu erfassen⁵.
- 67 **Rechnungslegungstechnisch** sind die übernommenen Werte mangels Übernahmebilanz (§ 24 Rn. 21) vom Stichtag der Schlussbilanz an nach allgemeinen Grundsätzen bis zum Geschäftsjahresende des übernehmenden Rechtsträgers fortzuentwickeln⁶.

b) Verschmelzungsverlust, Verschmelzungsgewinn

- 68 Bei Übernahme in das Rechenwerk der aufnehmenden Gesellschaft kommt es regelmäßig zu einer **Differenz** zwischen dem übergegangenen Netto-Vermögen und dem Nennwert der hingegebenen Anteile bzw. dem Buchwert der bisherigen Beteiligung der übernehmenden Gesellschaft an der übertragenden (vgl. § 24 Rn. 8).
- 69 Dieser Differenzbetrag kann und wird vielfach **negativ** sein: Das Nettovermögen liegt unter dem Ausgabebetrag der neuen Anteile aus der Kapitalerhöhung oder dem Buchwert der eigenen Anteile. Wir haben es dann mit einem **Verschmelzungsverlust** zu tun. Seine Ursache liegt in stillen Reserven, einem Firmenwert oder auch verbliebenen Körperschaftsteuerguthaben der übertragenden Gesellschaft, die mit den Anteilen abgegolten werden, die ihren Gesellschaftern zu gewähren sind. Anderes gilt nur dann, wenn die übernehmende Gesellschaft vergleichsweise noch höhere stille Reserven aufweist. Dann kann das eingebrachte Vermögen trotz Buchwertansatz über dem Nennwert der hingegebenen Anteile liegen. Bei bestehender Beteiligung der übernehmenden an der übertragenden Gesellschaft kann der Verschmelzungsverlust darauf beruhen, dass beim seinerzeitigen Beteiligungserwerb stille Reserven mitbezahlt wurden, was zu einem Beteiligungsansatz geführt hat, der über den Buchwerten der einzelnen Vermögensgegenstände liegt.

1 Förchle/Hoffmann, Rn. I 85.

2 Hörtnagl in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 60; Schmitt/Hülsmann, BB 2000, 1563, 1567 ff.; abw. Bula/Schlösser in Sagasser/Bula/Brünger, Rn. K 79: bei Buchwertfortführung kein Anschaffungsvorgang.

3 Welf Müller in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 37 a. E.; Widmann in Widmann/Mayer, § 24 UmwG Rn. 358.

4 Förchle/Hoffmann, Rn. K 86.

5 IDW, HFA 2/1997 Abschn. 33, WPg. 1997, 235, 240; Hörtnagl in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 79.

6 Welf Müller in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 36.

Buch- und **bilanzierungsmäßig belastet** ein solcher Verschmelzungsverlust stets das **Jahresergebnis**¹. Wird dadurch die Vermögens- und Ertragslage der übernehmenden Gesellschaft erheblich beeinflusst, ist ein gesonderter Ausweis in der Gewinn- und Verlustrechnung – regelmäßig im Rahmen der außerordentlichen Aufwendungen und Erträge – oder eine Erläuterung im Anhang erforderlich². Die nach altem Recht bestehende Möglichkeit, ihn bei Ausgabe neuer Anteile – aber auch nur dann – durch eine Geschäftswertaktivierung zu neutralisieren (§ 24 Rn. 2), ist mit dem geltenden Recht entfallen³. Zur Frage, ob ein sonst entstehender Verschmelzungsverlust zur Aufstockung der Buchwerte verpflichtet, vgl. § 24 Rn. 86.

Möglich ist andererseits, dass ein **positiver Differenzbetrag** auftritt. Seine **Bilanzierung** hängt davon ab, wie die Verschmelzung durchgeführt wird. Bei einer **Kapitalerhöhung** stellt der Verschmelzungsgewinn ein Agio dar, das gemäß § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB in die Kapitalrücklage einzustellen ist⁴. – Gleiches sollte für den Fall gelten, dass die übernehmende Gesellschaft als Gegenleistung **eigene Anteile** gewährt⁵. Es ist zwar richtig, dass Gewinne aus der Verwertung eigener Anteile im Grundsatz nicht der Kapitalrücklage zuzuführen sind⁶. Hier überwiegt aber die Parallele zur Ausgabe neuer Anteile, denn die Gewährung eigener Anteile wird vom Gesetz als Ersatzlösung für die Kapitalerhöhung gesehen (vgl. § 54 Satz 2 Nr. 1). Wegen der Parallelität zur Kapitalerhöhung erscheint es auch zutreffend, den Mehrbetrag nicht in die Rücklage nach § 272 Abs. 2 Nr. 4, sondern Nr. 1 HGB einzustellen⁷. – Bei Verschmelzung auf eine Personenhandelsgesellschaft sind mangels dort vorgesehener Kapitalrücklage die Kapitalkonten der Gesellschafter beteiligungsproportional zu dotieren⁸, und zwar sowohl der bisherigen als auch der neuen. Bei Vereinen geht der Mehrbetrag ins Vereinsvermögen⁹. – Soweit

1 Abw. *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 58: Auswirkungen auf die Gewinn- und Verlustrechnung nur bei gegenseitiger Beteiligung der Verschmelzenden; anderenfalls Verrechnung „direkt im Eigenkapital“.

2 IDW, HFA 2/1997 Abschn. 31, WPg. 1997, 235, 238; *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 16.

3 Unstr.; vgl. nur *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 73.

4 *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 40; *Haritz* in Semler/Stengel, § 24 UmwG Rn. 62; a. A. *Kremer*, DB 1989, 492ff.: in Gewinnrücklagen.

5 Ebenso *Bula/Schlösser* in Sagasser/Bula/Brünger, Rn. 91; *Schulze-Osterloh*, ZGR 1993, 420, 437 unter Hinweis auf die Behandlung verdeckter Einlagen; *Haritz* in Semler/Stengel, § 24 UmwG Rn. 62; i. Erg. auch *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 41, der allerdings nicht § 272 Abs. 2 Nr. 1, sondern Nr. 4 (sonstige Zuzahlungen) anwenden will; abw. *ADS*⁵, § 348 AktG Rn. 22; *Budde/Zerwas*, 1. Aufl. 1994, Rn. F 130; *Hense* in IDW, S. 178f.; *Hannappel* in Goutier/Knopf/Tulloch, § 24 UmwG Rn. 17; *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 41: laufender Gewinn.

6 So mit Recht *Hense* in IDW, S. 179.

7 Umgekehrt *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 41.

8 *Bula/Schlösser* in Sagasser/Bula/Brünger, Rn. K 51; *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 40 empfiehlt eine Regelung im Verschmelzungsvertrag.

9 *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 40; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 74.

die übernehmende Gesellschaft an der übertragenden **beteiligt ist**, bildet der Verschmelzungsgewinn einen laufenden Ertrag des Geschäftsjahres, eine Einstellung in die Kapitalrücklage scheidet aus¹.

- 72 Vorstehendes gilt nicht, wenn der **Buchwert** des übertragenen Vermögens **über** seinen **Zeitwert** liegt, etwa wegen nach Art. 28 Abs. 1 EGHGB nicht passivierter Pensionsverpflichtungen. Hier hat der Unterschied Verpflichtungscharakter. Die Schuld muss deshalb bilanziert werden (vgl. § 24 Rn. 35)².
- 73 Nicht zu den Übernahmegewinnen im vorstehenden Sinne gehören etwaige **Übernahmefolgegewinne**. Sie entstehen insbesondere dann, wenn zwischen den beteiligten Gesellschaften gegenseitig Forderungen und Verbindlichkeiten bestehen, die nicht in identischer Höhe ausgewiesen sind. Grund dafür sind vorangegangene Wertberichtigungen beim Forderungsinhaber. Ihr Erlöschen durch Konfusion führt zu laufendem Gewinn beim Übernehmer³.

VI. Wahlrecht

1. Gesetzliches Konzept

- 74 In § 24 heißt es, „in den Jahresbilanzen des übernehmenden Rechtsträgers können als Anschaffungskosten i. S. d. § 253 Abs. 1 HGB auch die in der Schlussbilanz ... angesetzten Werte angesetzt werden.“ Dieser **Wortlaut** lässt deutlich auf ein dem Bilanzierenden eingeräumtes **Wahlrecht** schließen. Die Gesetzesformulierung hat das Schrifttum allerdings nicht daran gehindert, über etwaige ungeschriebene Einschränkungen des Wahlrechts nachzudenken.
- 75 In der **Begründung** wird ausgeführt, die strikte Buchwertverknüpfung des alten Rechts habe das Anschaffungswertprinzip des § 253 Abs. 1 HGB durchbrochen. Es habe ferner dazu geführt, dass bei der übernehmenden Gesellschaft Verluste entstehen, die den Wert der Anteile ihrer bisherigen Gesellschafter mindern, obwohl wirtschaftlich eine Wertminderung nicht eingetreten ist. Der früher zulässige aktive Ausgleichsposten habe dieses Problem nicht lösen können, da er nur eine Bilanzierungshilfe und in nicht mehr als 5 Jahren aufzulösen gewesen sei. Zur Vermeidung solcher Verluste habe man die strikte Buchwertverknüpfung abgemildert und durch ein – wie es wörtlich heißt – Wahlrecht ersetzt. Gleichzeitig würden auch alle Zweifel ausgeräumt, inwieweit die strenge Buchwertfortführung mit den Grundsätzen der 4. und 7. gesellschaftsrechtlichen EG-Richtlinie vereinbar sei⁴.
- 76 Man muss diese Entscheidung des Gesetzgebers vor ihrem **Hintergrund** sehen. Dazu gehört einerseits, dass die Buchwertfortführung des alten Rechts auf der Vorstellung einer Bilanzkontinuität beruhte und willkürliche Neube-

1 Hense in IDW, S. 180; a. A. Dehmer², § 24 UmwG Rn. 27.

2 Förtschle/Hoffmann, Rn. I 92, 95.

3 Haritz in Semler/Stengel, § 24 UmwG Rn. 63; ähnlich Förtschle/Hoffmann, Rn. I 74; anders bei Neubewertung, § 24 Rn. 47.

4 BegrRegE § 24, Ganske, S. 65f.

wertungen verhindern sollte¹. Dazu gehören andererseits aber auch betriebswirtschaftlich begründete Bedenken gegen die Buchwertfortführung in der vorangegangenen Diskussion.

2. Ausübung

a) Einheitlichkeit

Das Wahlrecht der Buchwertverknüpfung kann nach allgemeiner Ansicht 77 nur einheitlich ausgeübt werden. Es müssen also alle übernommenen Vermögensgegenstände und Schulden entweder mit dem Buchwert in der Schlussbilanz oder mit einem anderen als Anschaffungskosten zulässigen Wert angesetzt werden. Das gilt auch bei sog. Mischfällen, also dann, wenn die Verschmelzung teilweise mit und teilweise ohne Anteilsgewährung stattfindet. Eine selektive Ausübung für einzelne Vermögensteile eines übertragenden Rechtsträgers ist nicht zulässig². Bei einer kombinierten Verschmelzung mehrerer Übertrager ist allerdings eine unterschiedliche Ausübung für jedes übergehende Vermögen möglich³.

b) Organzuständigkeit

Die Zuständigkeit für die Ausübung des Wahlrechts ist in § 24 **nicht geregelt**. 78 Man könnte auf die allgemeinen Grundsätze für die Feststellung des Jahresabschlusses rekurrieren und käme damit zu dem Organ, das insoweit berufen ist⁴. Für das GmbH-Recht liegt diese Kompetenz bei den Gesellschaftern (§ 46 Nr. 1 GmbHG). Gleiches gilt für die Personengesellschaften, und zwar auch für die Kommanditgesellschaft, bei der nach heutiger Auffassung die Kommanditisten am Feststellungsbeschluss beteiligt sind⁵. Anders sieht es im Aktienrecht aus. Dort sind Vorstand und Aufsichtsrat zur Abschlussfeststellung berufen (§ 172 Satz 1 AktG).

Richtiger erscheint jedoch, die Entscheidungskompetenz grundsätzlich bei den **Gesellschaftern** zu verorten⁶. Die Wahrechtsausübung ist zwar vorderhand eine bilanzielle Entscheidung, beeinflusst aber über die Höhe der Wertansätze das Jahresergebnis und dadurch das mögliche Ausschüttungsvolumen. Damit ist die Gewinnverwendung und mit ihr die Rechtsstellung der Gesellschafter betroffen. Die Wahlrechtsentscheidung bildet deshalb einen

1 *Grunewald* in G/H/E/K, § 348 AktG Rn. 3; *Kraft* in KK, § 348 AktG Rn. 2.

2 Allg. A.; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 81; *Haritz* in Semler/Stengel, § 24 UmwG Rn. 72; *Widmann/Mayer*, § 24 UmwG Rn. 311; *Nauermann*, FS Ludewig, S. 683, 709; *Angermeyer*, DB 1998, 145, 149.

3 *Pohl*, S. 131, 139; *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 14; *Haritz* in Semler/Stengel, § 24 UmwG Rn. 65.

4 So *Haritz* in Semler/Stengel, § 24 UmwG Rn. 64; *Widmann* in Widmann/Mayer, § 24 UmwG Rn. 399; im Grundsatz auch *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 43.

5 BGH v. 29. 3. 1996 – II ZR 263/94, BGHZ 132, 263, 266f., 272ff. = DB 1996, 926, 927, 929f.

6 Abw. *Haritz* in Semler/Stengel, § 24 UmwG Rn. 68f.

Teil des Verschmelzungsvorgangs. Insoweit sind aber – eben wegen des Eingriffs in ihre Rechte¹ – stets die Anteilseigner berufen (§ 13 Abs. 1 Satz 1). Der Vermögensübergang bei Verschmelzung ist der Sache nach kein laufender Geschäftsvorfall, mag er auch hinsichtlich der buchhaltungstechnischen Erfassung der einzelnen Vermögensgegenstände als solcher behandelt werden (§ 24 Rn. 21). Diese betrifft allein das Mengengerüst, nicht aber die Bewertungsentscheidung.

- 80 Wegen der Zuständigkeit der Gesellschafter für die Verschmelzung wird man ihnen eine **Annexkompetenz** zur Wahlrechtsausübung auch dort zumessen müssen, wo ihnen die Abschlussfeststellung kraft Gesetzes – wie bei der AG – oder aufgrund Gesellschaftsvertrages – wie gegebenenfalls bei GmbH und Personengesellschaften – nicht obliegt.
- 81 Die praktisch einfachste Vollzugsform dieser **Wahlrechtsentscheidung** sind entsprechende Festlegungen im Verschmelzungsvertrag², was in praxi auch nicht selten vorkommt. In der Zustimmung zur Verschmelzung liegt dann die Wahlrechtsausübung. Eine Ausübung des Wahlrechts wird man auch in der Festlegung des Ausgabebetrages der neuen Anteile sehen können: Ist der Buchwertsaldo des übertragenen Vermögens niedriger, liegt darin im Zweifel eine Entscheidung zugunsten entsprechender Aufstockungen und damit gegen eine Buchwertfortführung³. Wollen die Gesellschafter das nicht, müssen sie ausdrücklich einen abweichenden Beschluss fassen. Machen die Anteilseigner von diesen Möglichkeiten keinen Gebrauch, ermächtigen sie das Feststellungsorgan, die Wahl zu treffen.

3. Ungeschriebene Einschränkungen?

a) Einblicksgebot

- 82 Von den Kritikern der alten Buchwertfortführung wurde in erster Linie geltend gemacht, im Vermögen der übertragenden Gesellschaft seien regelmäßig stille Reserven enthalten, die bei einer Buchwertverknüpfung auf die übernehmende Gesellschaft übertragen würden. Deren künftige Abschreibungen auf das übernommene Vermögen fielen infolge solchermaßen zu niedriger Wertansätze geringer aus, als dies bei betriebswirtschaftlicher Betrachtung erforderlich wäre. Die Werte seien in einem anderen Unternehmen gebildet und könnten die wirtschaftlichen Vorgänge im übernehmenden Unternehmen nicht zutreffend abbilden. Der Gedanke der **Bilanzkontinuität** entspreche den Realitäten nicht, denn das übertragende Unternehmen werde in das übernehmende integriert. Die Buchwertfortführung verstoße schließlich auch gegen das Einblicksgebot der 4. EG-Richtlinie, wie es in § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB seinen Niederschlag gefunden habe⁴.

1 Vgl. *Lutter/Drygala*, oben § 13 Rn. 4.

2 So auch *Haritz* in *Semler/Stengel*, § 24 UmwG Rn. 69f.; *Hörtnagl* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, § 24 UmwG Rn. 84.

3 *Welf Müller*, WPg. 1996, 857, 864.

4 So vor allem eingehend *Schulze-Osterloh*, ZGR 1993, 420, 425 ff.

Diese Argumente geben Anlass zur Frage, ob das Wahlrecht des § 24 etwa durch allgemeine Rechnungslegungsgrundsätze eingeschränkt ist¹. Die radikale These wäre, das Einblicksgebot des § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB und die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung (§ 252 Abs. 1 HGB) machten stets einen Ansatz der Zeitwerte erforderlich. Abgemildert könnte man meinen, da die Bewertung zu Anschaffungskosten die Regel bilde (§ 24 Rn. 5), müsse eine Buchwertfortführung jeweils gerechtfertigt werden. 83

Einer derartigen Position ist jedoch nicht zuzustimmen. Zunächst einmal: Die Bestimmung des § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB geht dem § 24 nicht vor, Letzterer ist vielmehr *lex specialis*, nicht umgekehrt². Sodann: Die **Aufstockung** ist selbstverständlich zulässig. Sie wird auch vielfach unverzichtbar sein, wenn bei Ausgabe neuer Anteile ein entsprechendes Nettovermögen bilanziell dargestellt werden soll³. Ein Interesse an der Buchwertfortführung kann sich andererseits vor allem aus steuerrechtlichen Überlegungen ergeben. Auch wenn der Maßgeblichkeitsgrundsatz hier nicht eingreifen und damit nicht zur Beibehaltung der bisherigen Werte zwingen sollte, so käme es doch zu einem Auseinanderlaufen von Handels- und Steuerbilanz. Eine solche Divergenz ist aus praktischer Sicht vor allem bei mittleren und noch mehr bei kleineren Unternehmen wenig wünschenswert. Man sollte daher die Entscheidung des Gesetzgebers respektieren, wonach eine Buchwertfortführung in der Handelsbilanz zulässig ist. Jedenfalls dürfte die weitere Entwicklung hier ihren Ausgangspunkt zu nehmen haben. 84

Umgekehrt könnte sich eine **Einschränkung** des **Anschaffungswertprinzips** ergeben, wenn die Buchwerte des übernommenen Vermögens höher liegen als der Beteiligungsansatz bei der übernehmenden Gesellschaft. Hier fragt sich, ob dieser niedrige Ansatz gewählt werden darf oder eine Bewertung zu den höheren Buchwerten in der Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft erforderlich ist⁴. Geschähe das nicht, würden bei der übernehmenden Gesellschaft in Höhe der Differenz stille Reserven gelegt. Im Hinblick darauf, dass sich der Gesetzgeber den Buchwert offenbar als Untergrenze vorgestellt hat, sollte man bei ihm bleiben⁵. Anderes gilt selbstverständlich dann, wenn die Zeitwerte des Vermögens etwa geringer sind als die Buchwerte. 85

b) Ausschüttungsinteressen

Liegt der Buchwert des übertragenen Vermögens unter dem Beteiligungsansatz in den Büchern der übernehmenden Gesellschaft oder dem Ausgabebetrag der von ihr gewährten Anteile, entsteht bei Buchwertfortführung ein Verschmelzungsverlust der übernehmenden Kapitalgesellschaft (§ 24 Rn. 69f.). In solchen Fällen wird eine entsprechende **Aufstockung** für erforderlich. 86

1 Überlegungen dazu in der Stellungnahme des IDW zum Referentenentwurf, WPg. 1992, 613, 614f.

2 Ebenso: Hörtnagl in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 87; Haritz in Semler/Stengel, § 24 UmwG Rn. 77; Scherrer, FS Claussen, S. 743, 747.

3 Wegen einer Erforderlichkeit solcher Aufstockung vgl. § 24 Rn. 88f.

4 So Bula/Schlösser in Sagasser/Bula/Brünger, Rn. K 33.

5 Abw. Weilep, DB 1998, 2130, 2131f.

derlich gehalten¹. Auch insoweit ist zwar im Grundsatz das Wahlrecht des § 24 anzuerkennen. Anders als im Hinblick auf die Übertragung stiller Reserven (§ 24 Rn. 84) sollte hier aber gelten, dass eine zur Entstehung von Verschmelzungsverlusten führende Bilanzierung im Gesellschafterinteresse einer **besonderen Rechtfertigung** bedarf, da sie das Ausschüttungsvolumen schmälert². Dafür spricht nicht zuletzt, dass der Gesetzgeber seine Abkehr von der früher zwingenden Buchwertverknüpfung gerade mit der Vermeidung solcher Verluste begründet hat (§ 24 Rn. 75).

c) Kapitalaufbringung

- 87 Erfolgt die Verschmelzung auf eine Kapitalgesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten, so muss deren Ausgabebetrag, also in jedem Fall der Nennwert, durch entsprechendes Nettovermögen gedeckt sein, das von der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende übergeht. Das fordert der Grundsatz realer Kapitalaufbringung³, dessen Einhaltung der Registerrichter zu prüfen hat. Insoweit herrscht kein Streit.
- 88 Problematisch ist dagegen, inwieweit dieser Kapitalaufbringungsgrundsatz zu einer Einschränkung der Buchwertverknüpfung führt. Hierzu wird teilweise vertreten, der Bilanzansatz des übergehenden Vermögens müsse dem Ausgabebetrag entsprechen. Es genüge also nicht, wenn der Zeitwert des Vermögens den Ausgabebetrag der Anteile abdecke. Auch eine bloß nominelle Unterpariemiission sei nicht zulässig⁴.
- 89 Dem sollte so nicht gefolgt werden. Schon aus Gründen des Bilanzbildes wird man regelmäßig eine Wertaufstockung dahin vornehmen, dass das entsprechende Eigenkapital durch die bilanziellen Werte gedeckt ist. Zwingend erforderlich erscheint das jedoch nicht. Es genügt, wenn die Werthaltigkeit des Saldos zu Zeitwerten für die Kapitalprüfung des Handelsregisters dokumentiert werden kann. Wenn beim Formwechsel für die Kapitaldeckung gemäß § 220 eine separate Wertnachweisrechnung ausreichen soll⁵, müsste das konsequenterweise auch für das Wahlrecht aus § 24 gelten⁶. Das Kapital wird

1 *Hannappel* in Goutier/Knopf/Tulloch, § 24 UmwG Rn. 21; *Hense* in IDW, S. 180f.; *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 44; ähnlich *M. Fischer*, DB 1995, 485, 487; an einer Buchwertfortführung diesenfalls zweifelnd auch *ADS*⁶, § 255 HGB Rn. 99; vgl. ferner *Naumann*, FS Ludewig, S. 683, 711ff., der eine Buchwertverknüpfung für den Fall ablehnt, dass von der Erleichterungsregel des § 62 Abs. 1 Satz 1 UmwG Gebrauch gemacht werden soll; ähnlich *Bula/Schlösser* in Sagasser/Bula/Brünger, Rn. K 34.

2 Abw. *Haritz* in Semler/Stengel, § 24 UmwG Rn. 78; *Förschle/Hoffmann*, § 24 Rn. 96: im Grundsatz keine Einschränkung der Buchwertfortführung durch Ausschüttungsinteressen.

3 Statt vieler: *Karsten Schmidt*, GesR⁴, § 20 III 4a, S. 584f.

4 *Pohl*, S. 128ff.; *Welf Müller*, FS Clemm, S. 243, 251ff.; *Welf Müller*, WPg. 1996, 857, 864.

5 So die offenbar h. M.; *Welf Müller* in Kallmeyer, § 220 UmwG Rn. 10 m. w. Nachw.; a. A. *Priester*, DB 1995, 911, 915f.

6 Ebenso *Förschle/Hoffmann*, Rn. I 93; *Bula/Schlösser* in Sagasser/Bula/Brünger, Rn. K 83; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 24 UmwG Rn. 71, 85.

nicht aus künftigen Gewinnen aufgebracht¹, sondern ist real vorhanden. Der auszuweisende Verlust sperrt vielmehr Ausschüttungen und bietet damit zusätzlichen Gläubigerschutz². – Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Vorschriften der §§ 92 Abs. 1 AktG, 49 Abs. 3 GmbHG³. Selbst wenn die unterlassene Wertaufstockung im Einzelfall alsbald eine Anzeige erforderlich machen sollte, dass die Hälfte des Nennkapitals verloren ist: Die Bestimmungen dienen der – hier wenig bedeutsamen – Information der Gesellschafter, ohne weitere Folgen auszulösen⁴.

VII. Steuerrecht

Steuerrechtlich bietet sich für die Verschmelzung von **Kapital- auf Personengesellschaften** bzw. von **Kapital- auf Kapitalgesellschaften** ein geradezu **umgekehrtes Bild**: Gemäß §§ 3, 11 UmwStG können die Wirtschaftsgüter in der steuerlichen Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft mit dem Buchwert oder einem höheren Wert, höchstens jedoch den Teilwert angesetzt werden. An diese Werte ist die übernehmende Gesellschaft dann gebunden (§§ 4 Abs. 1, 12 Abs. 1 UmwStG). Anders als nach Handelsrecht ist das **Aufstockungswahlrecht** damit **steuerrechtlich** bei der **übertragenden** und nicht bei der übernehmenden Gesellschaft angesiedelt. Wegen dieser unterschiedlichen Wahlrechte besteht nach h. M. im Schrifttum eine Maßgeblichkeit der Handels- für die Steuerbilanz nicht⁵. 90

Anders geregelt ist freilich die Verschmelzung einer **Personengesellschaft** auf eine **Kapitalgesellschaft**. Sie wird vom Steuerrecht als Sacheinlage angesehen (§ 20 UmwStG). Die übernehmende Kapitalgesellschaft darf das eingebrachte Betriebsvermögen mit dem Buchwert oder einem höheren Wert ansetzen, wobei die Teilwerte die Obergrenze bilden (§ 20 Abs. 2 Satz 1, 6 UmwStG). – Ähnlich sieht es bei der Verschmelzung **zweier Personengesellschaften** aus, die sich steuerrechtlich nach § 24 UmwStG regelt. Insoweit räumt auch § 24 Abs. 2 der übernehmenden Gesellschaft ein Wahlrecht ein. Sie kann das eingebrachte Betriebsvermögen in ihrer Bilanz einschließlich der Ergänzungsbilanzen ihrer Gesellschafter mit dem Buchwert, einem höheren Wert oder dem Teilrecht ansetzen. 91

Wegen **Einzelheiten** wird auf die ausführliche Darstellung im Anhang zu § 122 verwiesen. 92

1 So aber *Welf Müller*, FS Clemm, S. 243, 253.

2 Zu diesem Komplex näher *Priester*, GmbHR 1999, 1273.

3 Wie *Welf Müller* in Kallmeyer, § 24 UmwG Rn. 14 meint.

4 So jedenfalls die h. M.: BGH v. 9. 7. 1979 – II ZR 211/76, NJW 1979, 1829, 1831 (Herstatt); *Priester*, ZGR 1999, 533, 536 f.; für das Aktienrecht: *Habersack*, Großkomm. AktG, § 92 AktG Rn. 1; *Hüffer*, § 92 AktG Rn. 1; für das GmbH-Recht: *Hüffer* in Hachenburg, § 49 GmbHG Rn. 21, 28; *Karsten Schmidt* in Scholz, § 49 GmbHG Rn. 21; a. A. *Lutter/Hommelhoff*, § 49 GmbHG Rn. 2.

5 Ebenso jüngst FG Bad.-Württ. v. 4. 3. 2004 – 6 K 103/99, DSTRE 2004, 892 m. z. N. auch zur Gegenansicht der Finanzverwaltung.