

2. Verschmelzung

Für die Verschmelzung befinden sich die allgemeinen Vorschriften in den §§ 2 bis 38 UmwG. Die speziellen auf die jeweilige Gesellschaftsform anzuwendenden besonderen Vorschriften befinden sich in den §§ 39–122 UmwG. Die separat zu betrachtenden Regelungen für eine grenzüberschreitende Verschmelzung sind in den §§ 122a bis 122m UmwG normiert.

2.1 Allgemeines

Bei einer Verschmelzung findet eine **Vermögensübertragung** von einem übertragenden Rechtsträger oder mehreren übertragenden Rechtsträgern auf einen übernehmenden Rechtsträger statt. Die Vermögensübertragung findet gemäß § 2 UmwG **in einem Akt** (uno actu) „**als Ganzes**“ statt, also im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (vgl. hierzu auch Kapitel 2.2.4.1).

Besonderes Merkmal bei der Vermögensübertragung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge im Umwandlungsgesetz ist, dass der übertragende Rechtsträger im Sinne des Gesetzes **ohne Abwicklung** aufgelöst wird, also keine Liquidation stattfindet. Er erlischt schlichtweg.

Als Rechtsfolge der Verschmelzung sieht § 2 UmwG die **Anteilsgewährpflicht** vor. Das bedeutet, dass den Anteilsinhabern des übertragenden Rechtsträgers oder der übertragenden Rechtsträger an dem übernehmenden oder neu zu gründenden Rechtsträger bzw. Rechtsträgern Anteile oder Mitgliedschaften gewährt werden müssen. Als Anteilsinhaber gelten nach der in § 2 UmwG gegebenen Legaldefinition Gesellschafter, Partner, Aktionäre oder Mitglieder. Die als zwingendes Wesensmerkmal der Verschmelzung (Fronhöfer in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand: September 2020, § 2 UmwG, Rz. 443) anzusehende Erlangung der Anteile oder Mitgliedschaften erfolgt kraft Gesetzes mit der Eintragung der Verschmelzung in das Register des übernehmenden Rechtsträgers.

2.1.1 Arten der Verschmelzung

In § 2 UmwG sind die verschiedenen Arten der Verschmelzung aufgeführt. Eine Verschmelzung kann im Wege der **Aufnahme** (hierzu s. Kapitel 2.1.1.1) oder im Wege der **Neugründung** (hierzu s. Kapitel 2.1.1.2) durchgeführt werden.

2.1.1.1 Verschmelzung durch Aufnahme

Bei der Verschmelzung durch Aufnahme wird ein übertragender bzw. werden mehrere übertragende Rechtsträger auf einen bereits **bestehenden** übernehmenden Rechtsträger verschmolzen.

Dabei findet eine Vermögensübertragung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger statt. Den Anteilseignern des übertragenden Rechtsträgers bzw. der übertragenden Rechtsträger werden Anteile oder Mitgliedschaften an dem übernehmenden Rechtsträger gewährt. Bei diesem Akt erlöschen die übertragenden Rechtsträger automatisch und ohne Liquidation.

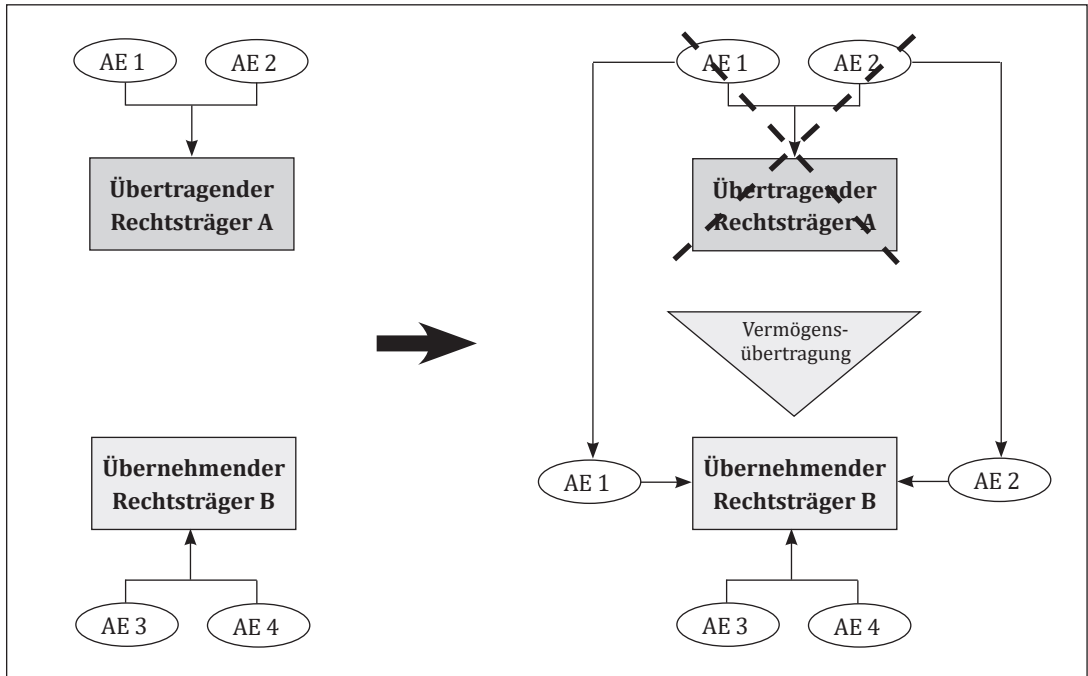


Abbildung 1: Verschmelzung durch Aufnahme

Sofern bei dem Verschmelzungsvorgang mehrere übertragende Rechtsträger beteiligt sind, gibt es die Möglichkeit, sowohl einen zusammenhängenden, einheitlichen Verschmelzungsvertrag gemeinsam zu schließen, als auch die Möglichkeit, dass jeder Rechtsträger einen einzelnen Verschmelzungsvertrag mit dem übernehmenden Rechtsträger abschließt. Der Vorteil eines zusammenhängenden Verschmelzungsvertrages ergibt sich dadurch, dass mehrere Verträge auch einzeln beurkundet und eingetragen werden müssten und die Verschmelzungsvorgänge sodann rechtlich voneinander unabhängig wirksam werden würden (Fronhöfer in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand: September 2020, § 2 UmwG, Rz. 443). Bei einem zusammenhängenden Vertrag entfällt diese Zweigleisigkeit.

2.1.1.2 Verschmelzung durch Neugründung

Bei der Verschmelzung durch Neugründung werden (mindestens) zwei bzw. mehrere bestehende Rechtsträger auf einen **neu zu gründenden** Rechtsträger verschmolzen, also vereint. Hierauf finden durch die Verweisung in § 36 UmwG fast alle Vorschriften aus dem Abschnitt der Verschmelzung durch Aufnahme Anwendung. Lediglich §§ 16 Abs. 1 und 27 UmwG sind nicht anzuwenden. Der Abschnitt der Verschmelzung durch Neugründung hat inhaltlich mit den §§ 37 und 38 UmwG somit nur zwei einzig auf den Fall der Verschmelzung durch Neugründung anzuwendende allgemeine Vorschriften.

Auch im Falle einer Verschmelzung durch Neugründung werden alle übertragenden Rechtsträger ohne Liquidation aufgelöst und deren Anteilseigner werden im Rahmen der Anteilsgewährspflicht Anteile oder Mitgliedschaften an dem neu gegründeten übernehmenden Rechtsträger gewährt. Die Vermögensübertragung selbst findet ebenfalls im Wege der Gesamtrechtsnachfolge statt.

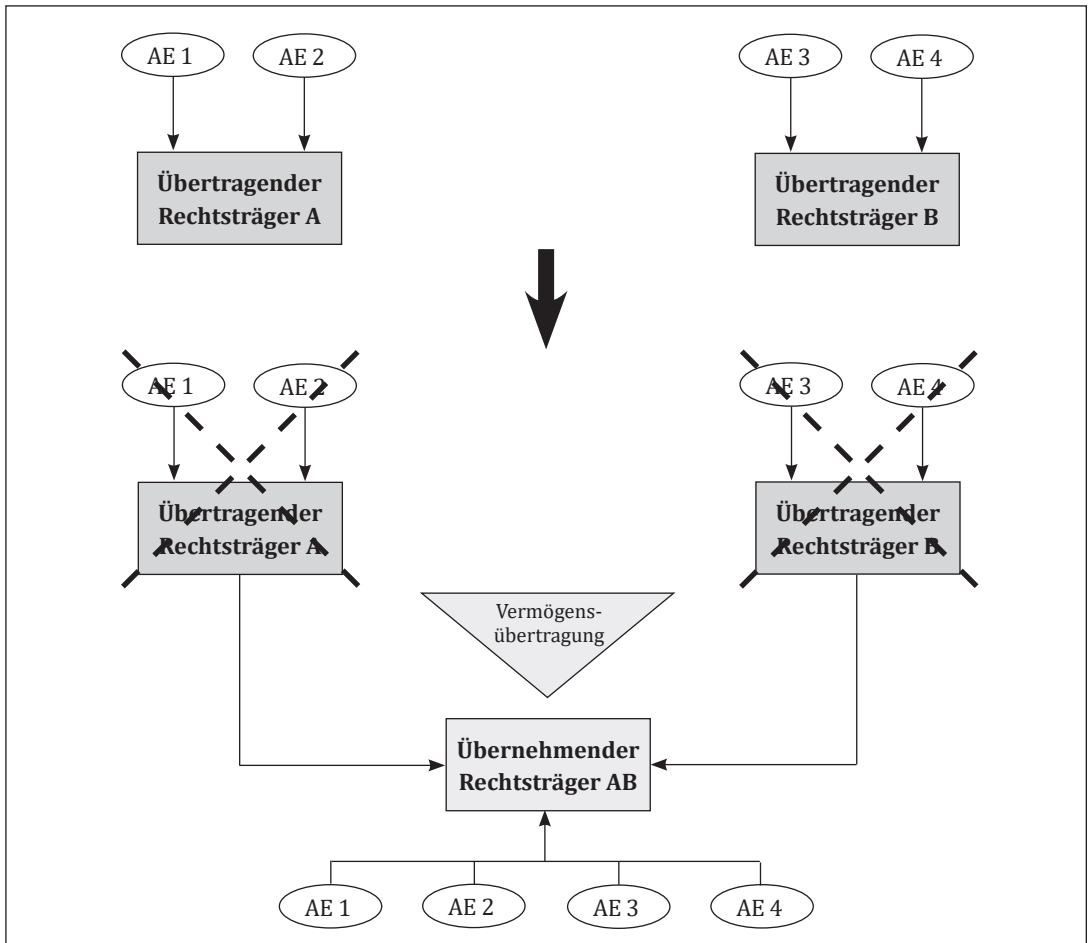


Abbildung 2: Verschmelzung durch Neugründung

Im Falle der Verschmelzung durch Neugründung muss ein einheitlicher Verschmelzungsvertrag gefasst werden, da die übertragenden Rechtsträger nach § 36 Abs. 2 S. 2 UmwG gemeinsam jeweils als Gründer der neuen Gesellschaft fungieren. In den Verschmelzungsvertrag ist je nach Wahl der Gesellschaftsform der Gesellschaftsvertrag, der Partnerschaftsvertrag oder die Satzung des neu gegründeten Rechtsträgers aufzunehmen (§ 37 UmwG).

Bei der Gründung sind gem. § 36 Abs. 2 S. 1 UmwG die jeweiligen Gründungsvorschriften zu beachten, die für die gewählte Rechtsform maßgeblich sind.

2.1.2 Verschmelzungsfähige Rechtsträger

Die für eine Verschmelzung zugelassenen Rechtsträger sind durch das Gesetz in § 3 UmwG aufgelistet. Die Auflistung ist **abschließend** und lässt keine weiteren Rechtsträger für die Verschmelzung zu. Es ist dabei zwischen Abs. 1 und Abs. 2 des § 3 UmwG zu unterscheiden.

Die in § 3 Abs. 1 UmwG aufgelisteten Rechtsträger können bei einer Verschmelzung sowohl übertragender Rechtsträger als auch übernehmender Rechtsträger sein. Hierzu zählen:

- **Personenhandelsgesellschaften** (oHG, KG, GmbH & Co. KG, AG & Co. KG, Publikums-KG),
- **Partnerschaftsgesellschaften**,
- **Kapitalgesellschaften** (GmbH, AG, KGaA, mit Einschränkungen auch die UG),

- **eingetragene Genossenschaften,**
- **eingetragene Vereine,**
- **genossenschaftsrechtliche Prüfungsverbände** und
- **Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.**

Allerdings können spezialrechtliche Normen die Verschmelzungsfähigkeit der Gesellschaftsformen wieder aufheben und nur einzelne Rechtsträger für bestimmte Konstellationen zulassen (so z.B. in den §§ 99, 105, 109 UmwG).

Die in § 3 Abs. 2 UmwG aufgeführten Rechtsträger können nur **eingeschränkt** an einer Verschmelzung teilnehmen. Wirtschaftliche Vereine sind nur als übertragende Rechtsträger zugelassen und natürliche Personen nur als übernehmende Rechtsträger, wenn sie Alleingesellschafter einer Kapitalgesellschaft sind und deren Vermögen übernehmen. Wirtschaftliche Vereine sind in diesem Zusammenhang Vereine, die eine Gewinnerzielungsabsicht haben. Beispiele hierfür sind die GEMA (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte), der TÜV (Technischer Überwachungsverein) oder die VG Wort (Verwertungsgesellschaft Wort).

Eine Unternehmungsgesellschaft ist als Unterfall einer GmbH zwar generell verschmelzungsfähiger Rechtsträger, allerdings in der Regel nur als übertragender Rechtsträger. Diese Einschränkung hängt damit zusammen, dass bei einer UG keine Sachgründung möglich ist (vgl. § 5a GmbHG) (Fronhöfer in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand: September 2020, § 3 UmwG Rz. 16.1 ff.). Die Gründung der UG ist lediglich als Bargründung mit einem Mindestkapital von einem Euro möglich. Durch die Vermögensübertragung im Rahmen der Verschmelzung durch Neugründung wäre nur eine Sachkapitalgründung möglich, was jedoch für die UG gem. § 5a GmbHG ausgeschlossen ist. Übernehmender Rechtsträger kann eine UG jedoch insoweit sein, als eine Kapitalerhöhung nach § 54 Abs. 1 UmwG nicht erforderlich wäre oder das Stammkapital auf das Mindestkapital für eine GmbH erhöht wird und die UG automatisch zu einer GmbH würde (Winter in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG/UmwStG, 2018, § 3 UmwG Rz. 19).

Wenn sich ein Rechtsträger in der **Insolvenz** bzw. in der Liquidation befindet, so ist er selbst oder auch nur einzelne Teilbetriebe hieraus nach § 3 Abs. 3 UmwG durchaus fähig, als übertragender Rechtsträger an einer Verschmelzung teilzunehmen. So wurde auch vom BGH geurteilt, dass eine GmbH i.L. Rechtsträger einer Verschmelzung auf eine andere GmbH sein kann (BGH vom 29.06.2001, V ZR 186/00, BeckRS 7163). Schlussendlich besagt § 3 Abs. 4 UmwG, dass alle unterschiedlichen Gesellschaftsformen, die in § 3 Abs. 1 und 2 UmwG genannt sind, jeweils als Rechtsträger an einer Verschmelzung teilnehmen können und diese auch zwischen unterschiedlichen Gesellschaftsformen stattfinden kann (**Mischverschmelzung**). Ebenso möglich sind Verschmelzungen unter Gesellschaften mit der gleichen Rechtsform (**Mehrfachverschmelzung**).

Ein **überschuldeter Rechtsträger** kann nicht als übernehmender Rechtsträger fungieren, da bei diesem eine Sachkapitalerhöhung stattfinden muss, um neue Anteile ausgeben zu können. Insoweit würden neue Anteile nicht den echten Wert der Gesellschaft widerspiegeln (Unter-Pari-Emission; hierzu auch § 9 Abs. 1 AktG). Als übertragender Rechtsträger kann der überschuldete Rechtsträger an der Verschmelzung beteiligt sein, insbesondere auch im Rahmen einer Verschmelzung auf einen Alleingesellschafter (Seulen in Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz, 2017, § 120 Rz. 13; Westerborg in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG/UmwStG, 2018, § 120 UmwG Rz. 4), wenn er noch nicht aufgelöst wurde. Der überschuldete, übertragende Rechtsträger muss also weiterhin beschlussfähig sein, um über die Fortführung den Beschluss fassen zu können (BayObLG vom 04.02.1998, 3Z BR 462-97, NJW-RR 1998, 902).

2.1.2.1 Registerpflicht

Die in § 3 UmwG aufgeführten Rechtsträger sind allesamt in einem Register (Handelsregister, Vereinsregister, Partnerschaftsregister etc.) eingetragen. Aus diesem Umstand ergibt sich für die verschmelzungsfähigen Rechtsträger im Prinzip eine Registerpflicht. Verschmelzungen setzen also eine Eintragung in einem

2.3.2 Verschmelzung einer Mutter- auf die Tochtergesellschaft (downstream-merger)

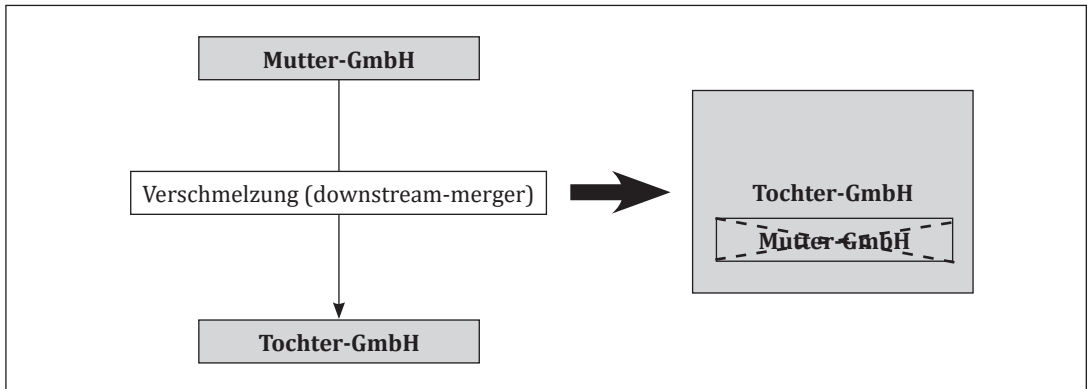


Abbildung 7: downstream-merger

Der upstream-Merger ist direkt in § 5 Abs. 2 UmwG geregelt. Der downstream-Merger hingegen findet keine direkte Erwähnung in § 5 UmwG. Er stellt die **Verschmelzung einer Mutter- auf die Tochtergesellschaft** dar, an der die Muttergesellschaft 100 % der Anteile hält.

Dadurch, dass eine explizite Nennung dieser Möglichkeit auch in § 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG nicht genannt wird, besteht weiterhin eine Anteilsgewährpflicht. Auch die formellen Erleichterungen in § 5 Abs. 2 UmwG, die bei einem 100 %igen upstream-merger zur Anwendung kommen, können auf einen downstream-merger nicht angewendet werden.

Der **downstream-merger** lässt sich dann aber in § 54 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UmwG wiederfinden, nach dem eine **Wahlmöglichkeit** zu einer Kapitalerhöhung oder zu einem Verzicht auf die Kapitalerhöhung möglich ist. Dies hat seinen Grund darin, dass die gehaltenen Anteile einfach durch eine Neuordnung zugewiesen werden können und nicht durch eine Kapitalerhöhung erst gebildet werden müssen.

Bei einem downstream-merger müssen zudem die Kapitalerhaltungsgrundsätze aus § 30 GmbHG und § 57 AktG beachtet werden. Wird bei einer Verschmelzung einer verschuldeten Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaft die Stammkapitalziffer (also der Wert aller Einlagen zusammen) der Tochtergesellschaft unterschritten, kommt es zu einem Verstoß gegen § 30 GmbHG, was zur Unzulässigkeit der Verschmelzung führt (vgl. Hoyer in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 8, 8. Auflage 2018, § 6, Rz. 33).

Bei der Verschmelzung einer Muttergesellschaft, deren Verbindlichkeiten die übertragenden Aktiva überwiegen, kommt es zu einem Vorteil der Anteilsinhaber der übertragenden Muttergesellschaft, weil die Verbindlichkeiten auf die Tochtergesellschaft übergehen. Entgegen einer normalen Liquidation würde die Tochtergesellschaft für die entstehende Differenz aufkommen. Wenn es dann keine entsprechende Gegenleistung gibt, würde es zu einer unerlaubten Einlagenrückgewähr nach § 57 Abs. 1 AktG kommen (vgl. Hoyer in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 8, 8. Auflage 2018, § 6 Rz. 33).

2.3.3 Verschmelzung von Schwestergesellschaften (sidestep-merger)

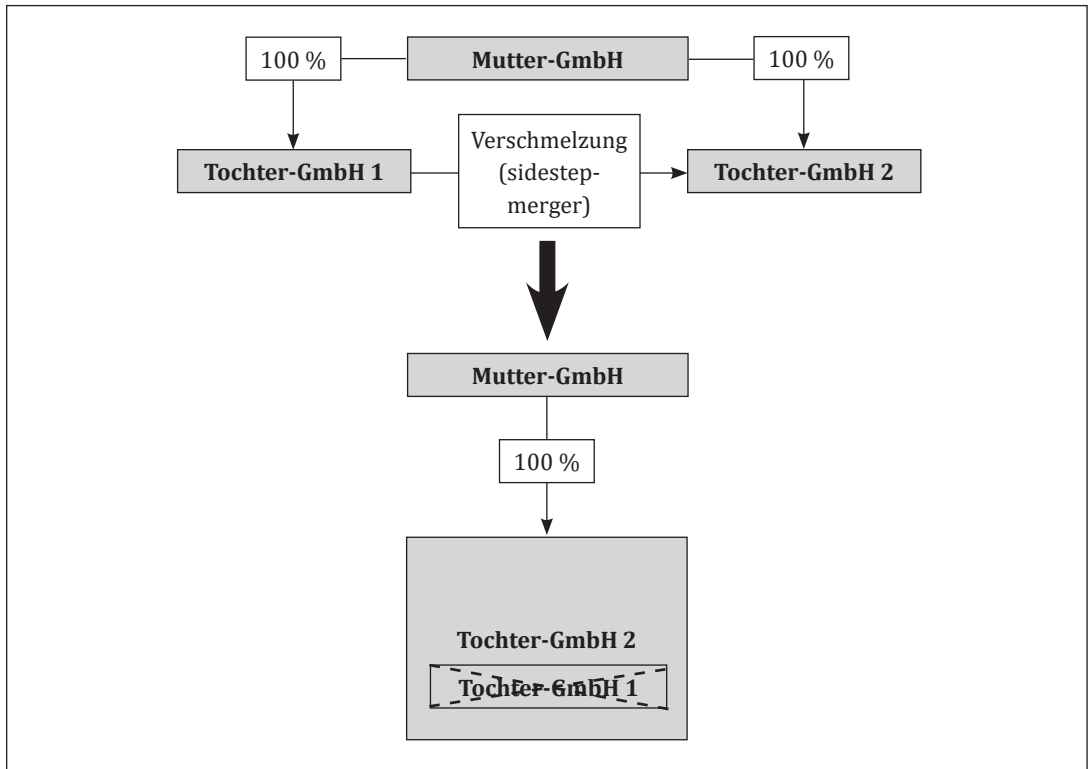


Abbildung 8: sidestep-merger

Bei einem sidestep-merger werden **zwei Gesellschaften verschmolzen, deren Anteile beide einer identischen Muttergesellschaft zugeordnet werden** können oder aber dieselben Anteilseigner mit gleicher Quote. Eine Kapitalerhöhung in einer solchen Konstellation wird lediglich als „bloße Förmelerei“ gesehen (Winter in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG/UmwStG, 2018, § 2 UmwG Rz. 22).

Die Erstellung neuer Anteile an einem übernehmenden Rechtsträger in dem Verhältnis zu den Anteilen an dem übertragenden Rechtsträger würde sinnlos erscheinen, da sich die Verhältnisse selbst nicht ändern würden, weil alle Anteilseigner mit gleichen Teilen an beiden Schwestergesellschaften beteiligt sind. Demnach sieht § 54 Abs. 1 S. 3 UmwG die Möglichkeit vor, bei notariell beglaubigten Verzichtserklärungen aller Anteilseigner auf eine Anteilsgewährspflicht zu verzichten. Die Anteilseigner können in diesem Falle also selbst bestimmen, ob sie neue Anteile schaffen oder nicht. Insbesondere kann bei der Konstellation eines sidestep-mergers die freiwillige Verzichtserklärung zur Anwendung kommen, mit der in notariell beglaubigter Form auf die Gewährung von Anteilen verzichtet wird (§§ 54 Abs. 1 S. 3 bzw. 68 Abs. 1 S. 3 UmwG).

2.3.4 Verschmelzung einer Enkel- auf die Muttergesellschaft

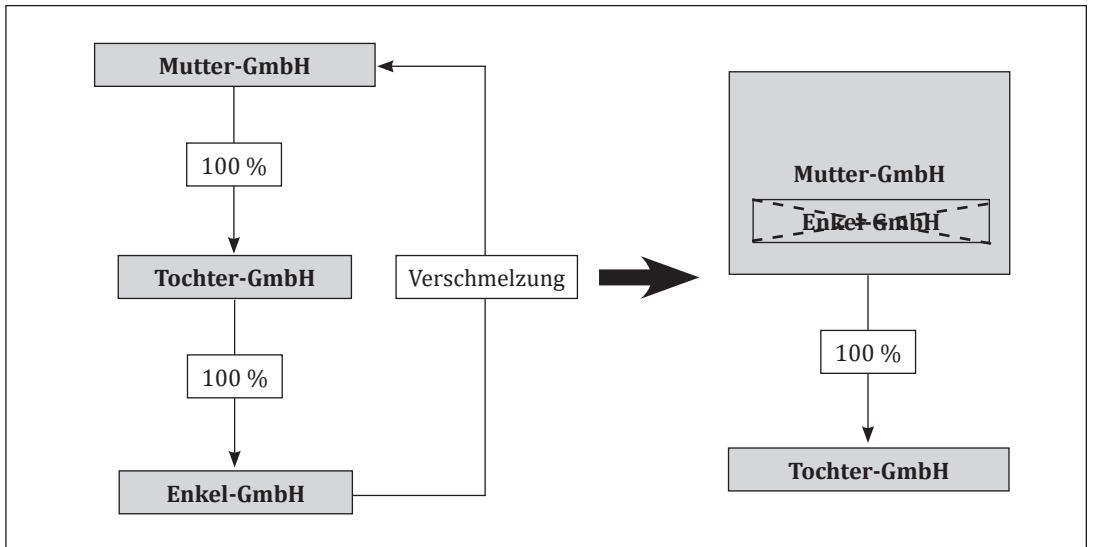


Abbildung 9: Enkel- wird auf Muttergesellschaft verschmolzen

Bei der sogenannten Enkelverschmelzung wird die **Enkelgesellschaft, deren Anteilseigner zu 100 % die Tochtergesellschaft ist, auf die Muttergesellschaft verschmolzen**, die wiederum zu 100 % Anteilseigner an der Tochtergesellschaft ist. Nach h.M. ist für die Übertragung eine Gegenleistung zu gewähren (vgl. Hoger in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 8, 8. Auflage 2018, § 6 Rz. 38 m.w.N.). Die Tochtergesellschaft hat daher keinen „Wegfall“ der Enkelgesellschaft zu erwarten, sondern muss entsprechend an der Muttergesellschaft beteiligt werden.

2.4 Verschmelzungen mit Beteiligung eines Alleingeschäfters

Ein Alleingeschäfter kann **übernehmender Rechtsträger** sein, nicht jedoch übertragender Rechtsträger. Im gesamten Umwandlungsgesetz wird nur an zwei Punkten auf einen Alleingeschäfter eingegangen.

Im neunten Abschnitt des zweiten Buches (§§ 120-122 UmwG) finden sich die Regelungen für die **Verschmelzung von Kapitalgesellschaften mit dem Vermögen eines Alleingeschäfters**. Über diese Vorschriften ist es möglich, das in eine Ein-Mann-GmbH eingebrachte Vermögen wieder auf den Alleingeschäfter zu übertragen. Die Einbringung in die Ein-Mann-GmbH findet zumeist aus steuerlichen Gründen statt. Wenn der Gesellschafter der GmbH dieses Vermögen aus der GmbH wieder auf sich als Privatperson übertragen möchte, ist dies im Wege der Verschmelzung möglich.

Beispiel Nichtkaufmann:

Die A-GmbH wurde von A als Steuerberatungsgesellschaft gegründet. Im Vermögen der Gesellschaft befindet sich ein Grundstück. A möchte die Gesellschaft auflösen.

A-GmbH
Anteile des A: 100 %

Verschmelzung durch Aufnahme
nach §§ 120 ff. UmwG

A = Nichtkaufmann
(z.B. Steuerberater)

Zudem wird der Einzelkaufmann im siebenten Abschnitt des dritten Buches in Bezug genommen. Hier werden die Rechtsvorschriften für die **Ausgliederung aus dem Vermögen eines Einzelkaufmanns** aufgeführt. Dies kann zum Beispiel dann der Fall sein, wenn der Betrieb eines Einzelkaufmanns in mehrere Einzelbetriebe aufgeteilt ist und nun ein Teilbetrieb vom Gesamtbetrieb ausgegliedert und beispielsweise auf den Sohn des Einzelkaufmanns übertragen werden soll.

2.5 Grenzüberschreitende Verschmelzungen

Anhand der zugefügten Buchstaben der §§ 122a bis 122m UmwG erkennt man, dass diese Paragraphen erst nachträglich in das Umwandlungsgesetz aufgenommen wurden. Dieser zehnte Abschnitt wurde im BGBl I S. 542 ff. vom 24.04.2007 verkündet und ist am 25.04.2007 in Kraft getreten.

Dass diese Paragraphen eingefügt wurden, findet seinen ursprünglichen Grund in der Richtlinie Nr. 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, welche am 25.11.2005 im Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 310, S. 1 ff. veröffentlicht wurde. Diese wurde wiederum abgelöst von der **Richtlinie (EU) 2017/1132** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.06.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, welche verschiedene gesellschaftsrechtliche Richtlinien zusammenfasst. Die ursprüngliche Richtlinie Nr. 2005/56/EG hat wiederum seinen Ursprung in dem sogenannten SEVIC-Verfahren (EuGH vom 13.12.2005, Rechtssache „SEVIC“, C-411/03), in dessen Urteil der Europäische Gerichtshof Anforderungen an grenzüberschreitende Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften aufgestellt hat.

Hintergrund für den Erlass der Richtlinie waren vor allem rechtliche und administrative Schwierigkeiten bei einer Verschmelzung unter Beteiligung von Gesellschaften aus unterschiedlichen EU-Mitgliedstaaten, weshalb einheitliche, gemeinschaftsrechtliche Regelungen gefunden werden sollten. Durch die SEVIC-Entscheidung hat der EuGH klargestellt, dass grenzüberschreitende Verschmelzungen durch die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 AEUV gedeckt sind (Heckschen in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand: September 2020, § 122a UmwG Rz. 2).

Insgesamt lässt sich die grenzüberschreitende Verschmelzung wie eine innerstaatliche Verschmelzung in die Vorbereitungs-, die Beschluss- und die Vollzugsphase einteilen (Gutkès in Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen, 5. Auflage 2017, § 13 Rn. 26 bis 49). In die Vorbereitungsphase fallen insbesondere die Aufstellung des Verschmelzungsplans sowie die Verschmelzungsprüfung mit allen damit einhergehenden weiteren Voraussetzungen sowie Bekanntmachungen und die Berücksichtigung der Arbeitnehmer. Zuletzt sollte in dieser Phase die Gesellschafterversammlung einberufen werden. Die Beschlussphase schließt sich dann unmittelbar an die Vorbereitungsphase an. Im Mittelpunkt steht hier die Beschlussfassung durch die Gesellschafter der beteiligten Rechtsträger. Somit unterscheiden sich die ersten beiden Phasen in einem grenzüberschreitenden Verschmelzungsvorgang nicht von dem innerstaatlichen Verschmelzungsvorgang. In der Vollzugsphase muss hingegen zwischen einer Hereinverschmelzung und einer Herausverschmelzung (§§ 122k, 122l UmwG) unterschieden werden.

Insgesamt lässt sich der Ablauf einer grenzüberschreitenden Verschmelzung schematisch wie folgt zusammenfassen (Heckschen in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand: September 2020, Vorbemerkung zu § 122a UmwG Rz. 271):

1. Entscheidung zur grenzüberschreitenden Verschmelzung,
2. gemeinsamer Verschmelzungsplan (§ 122c UmwG),
3. Erstellung eines Verschmelzungsberichtes (§ 122e UmwG),
4. Verschmelzungsprüfung (§ 122f UmwG),
5. Bekanntmachung des Verschmelzungsplans (§ 122d UmwG),
6. Zustimmung der Gesellschafter (§ 122g UmwG),
7. Rechtmäßigkeitskontrolle (§§ 122k, 122l UmwG),
8. Eintragung der Verschmelzung.

7. Alternative Umstrukturierungsmöglichkeiten

7.1 Weg 1: Share Deal – Anteilskauf

Der **Weg 1** gilt als klassischer **Share Deal** mit folgenden Vor- und Nachteilen, die in einem dialektischen Verhältnis zueinanderstehen.

Pro	Contra
Trennung der Vermögenssphären, mit eigenen Bilanzen beider Kapitalgesellschaften	
	GmbH bleibt weiterhin als juristische Person bestehen; der Beteiligungserwerb- und Bilanzansatz bei der AG führt zu keinem Abschreibungspotential
Übersichtlichkeit der Verhältnisse, allerdings verbunden mit einem Gesellschafterwechsel	
	Übertragung der Beteiligung (= Erwerb der GmbH-Geschäftsanteile durch die AG) erfolgt gem. § 15 Abs. 3 GmbHG und bedarf der notariellen Beurkundung (Gebühren!)
Klarheit der Beteiligungsverhältnisse (sog. Trennungsprinzip)	
	Die übernehmende AG hat kein direktes Weisungsrecht gegenüber den Mitarbeitern der GmbH
Mit der Mehrheitsbeteiligung hat die AG ein Weisungsrecht gegenüber dem GmbH-Geschäftsführer (§ 37 GmbHG)	
	Mit dem Beteiligungserwerb sind – quotal – alle WG von dem Gesellschafterwechsel betroffen
Auch die bilanziell nicht erfassten WG (z.B. originäre immaterielle WG) sind mittelbar erfasst.	

7.2 Weg 2: Anteilskauf und Gewinn-/Beherrschungsvertrag

Hier gelten die identischen Aussagen zu Pro/Contra wie beim Weg 1.

Der Gewinn-(besser: Ergebnis-)abführungsvertrag führt – trotz der juristischen Selbständigkeit der (wirtschaftlich) abhängigen GmbH – zu einer stärkeren (Ergebnis-)Verzahnung beider Gesellschaften.

Der Gewinnabführungsvertrag (gem. §§ 291 ff. AktG) beinhaltet jedoch eine Haftung der herrschenden AG für Aktverbindlichkeiten der abhängigen GmbH.

 **Hinweis!**

In der Praxis wird der Gewinnabführungsvertrag durch eine steuerliche Organschaft gem. §§ 14 ff. KStG ergänzt (Voraussetzung: Ununterbrochene 5-jährige Laufzeit und finanzielle Eingliederung der Organtochter in die Organmutter). Dies wird ab einer Beteiligung von mehr als 50 % erreicht. Damit besteht die einzige Möglichkeit, steuerliche Verluste der abhängigen Gesellschaft mit den Ergebnissen der Organmutter auszugleichen.
 (Die andere Möglichkeit, die sog. Teilwertabschreibung auf die erworbene Beteiligung, ist nur bei dauernder Wertminderung der abhängigen Gesellschaft möglich.)

7.3 Weg 3: Einbringung der GmbH (bzw. der GmbH-Geschäftsanteile) als Sacheinlage gegen Anteilsgewährung

Dieser Weg ist immer gangbar, aber mit dem Nachteil verbunden, dass die Altgesellschafter der übernehmenden AG an dem neuen (frischen) Vermögen beteiligt sein wollen.

Da die Auskehrungsmasse (an neuem Kapital) durch das eingebrachte Vermögen limitiert ist, ist dieser (Inkorporations-)Weg wirtschaftlich nur durchführbar, wenn er gleichzeitig mit einem **Bezugsrechtsausschluss** für die Altaktionäre verbunden ist.

Diesen Bezugsrechtsausschluss macht die Rechtsprechung von einer **sachlichen Rechtfertigung** abhängig, die an folgende Kriterien gebunden sind:

- Angemessenheit,
- Erforderlichkeit,
- Verhältnismäßigkeit.

Diese Komponenten-Trias muss vorliegen, damit gesellschaftsrechtlich ein wirksamer Ausschluss vorliegt.

7.4 Weg 4: Asset Deal – Kauf aller Wirtschaftsgüter im Wege der Einzelübertragung

Der **Weg (4)** ist der klassische **Asset-deal**, bei dem einzelne Wirtschaftsgüter erworben werden. Die dialektische Excel-Tabelle kann auch hier angewandt werden. Vor- und Nachteile sind hier ausgewogen vertreten.

Pro	Contra
Nach der „Rosinentheorie“ können die WG ausgewählt werden, die einzeln übertragen werden	
	<p>Einzelübertragungsakte erforderlich, z.B.:</p> <ul style="list-style-type: none"> • bei Immobilien: Auflassung und Eintragung im Grundbuch gem. §§ 873, 925 BGB, • bei beweglichen Sachen: Übertragung und dingliche Einigung, § 929 BGB, • bei Forderungen und Rechten: Abtretung gem. §§ 398, 413 BGB, • bei Schulden die Zustimmung des Gläubigers.
Da Einzelübertragungsakte, können die (Tages-) Geschäfte vom Geschäftsführer (Vorstand) eigenmächtig durchgeführt werden (kein umfangreiches procedere).	