

Motive für Unternehmenskauf

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Verkaufentschluss

- Nachfolgeproblematik
 - kein geeigneter Erbe vorhanden
 - Wunsch des Unternehmensinhabers nach Rückzug aus Unternehmen z.B. aus gesundheitlichen oder aus Altersgründen, ggf. auch schrittweise (=Verkauf einer Minderheitsbeteiligung)
 - Stärkung der privaten Vermögensbasis von Gesellschaftern
 - Verkauf durch Erben des Unternehmensinhabers
- Verbesserung der Bilanzstruktur (Verkauf Teilbetrieb oder Tochtergesellschaft)
 - Stärkung Eigenkapital durch Liquiditätszufluss (=Verkaufserlös)
 - Stärkung Eigenkapital ermöglicht höhere Fremdfinanzierung (mehr Sicherheit)
- Konzentration auf Kernkompetenzen (Konzerninteresse)
 - Abstoßung unrentabler Unternehmensteile oder solchen ohne strategische Bedeutung
 - Zukünftige Finanzierung erfolgt u.a. aus dem Verkaufserlös
- Insolvenz
 - Abwendung durch frühzeitigen Verkauf vor Insolvenz
 - InsO: Unternehmen zwecks Vermeidung von Wertverlusten als Gesamtheit veräußern
- Sicherung Unternehmenserfolg

31.10.2017 Aufnahme neuer Gesellschafter mit Know-How, Ressourcen und/oder finanziellen Mitteln 54

Motive für Unternehmenskauf

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufentschluss

- Wachstum
 - Umsatzwachstum durch Akquisitionen/Renditesteigerung/zusätzliche Produktionskapazitäten
- Aufkauf von Mitwettbewerbern
 - Auch Marktberreinigung durch Kauf und anschließende Stilllegung des Unternehmens
- Erleichterung des Einstiegs in neuen Markt bzw. Branche
 - Geografisch für neue Gebiete (Produktion bzw. Vertrieb)
 - Erwerb neuer Marktanteile/Erweiterter Kunden- und/oder Lieferantenzugang
- Zugang zu neuem Know-How, Lizenzen, Marken, Patente etc.
 - Zugang zu Forschungsergebnissen und Übernahme von Schlüsselmitarbeitern
- Diversifikation und Erweiterung Produktprogramm
 - Verringerung von Abhängigkeiten (Branche/Rohstoffe/Saisonalität)
 - Verlagerung von zyklischen zu antizyklischen, stabileren Produkten bzw. Industrien
 - Horizontale und vertikale Produkterweiterung (Wertschöpfungskette)
- Synergieeffekte und Financial Engineering
 - Cross Selling Potenziale / Kosteneinsparungspotenziale (Vertrieb, Einkauf, Produktion etc.)

31.10.2017 Verbesserung finanzieller Kennzahlen (Wertsteigerung) 55

Motive für Unternehmenskauf

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Sonderfälle

- Management-Buy-Out (MBO)
 - Management des zu kaufenden Unternehmens steht auf der Erwerberseite
- Management-Buy-In (MBI)
 - Management eines fremden Unternehmens steht auf der Erwerberseite
- Finanzierung des MBO und MBI häufig über Darlehen, die durch die Vermögenswerte des übernommenen Unternehmens abgesichert werden (**Leveraged-Buy-Out**)
Problem: Verstoss gegen Kapitalerhaltungsvorschriften?

31.10.2017

56

Ablauf eines Unternehmenskaufs (UK)

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Überblick

- Interne Planung
 - Vorgespräche
 - Vorvereinbarungen im Vorfeld des UK
 - Due Diligence
 - Unternehmensbewertung
 - Vertragsentwurf und Vertragsverhandlungen
 - Vertragsabschluss
 - Closing
- } Vorbereitung

31.10.2017

57

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Interne Planung

- Benennung eines Projektteams und –leiters
- Aufstellung eines Aktions- und Dokumentationsplans
 - Aufstellung aller erforderlichen Maßnahmen
 - Benennung der verantwortlichen Personen
 - Zeitplanung
 - Aufstellung der nötigen Dokumente
- Finanzierungsfragen
- weitere Vorbereitungen
 - genauer Kaufgegenstand
 - Entscheidung über Asset oder Share Deal

31.10.2017

58

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Interne Planung

- Neustrukturierung des betreffenden Unternehmens durch den Verkäufer, z.B. Abspaltung oder Ausgliederung eines Teilbetriebs
- Rechtzeitige Planung ist wichtig wegen
 - gesellschaftsrechtlicher Nachhaftungsregelungen (z.B. 5-jährige Nachhaftung gem. § 133 I 1; III UmwG)
 - steuerliche Behalte- und Missbrauchsfristen, z.B.
 - § 8b II und III 1 KStG: begünstigte Veräußerung (5%), aber 7-jährige Sperrfrist gem. § 22 I S. 1 bis 4 UmwStG (bei vorheriger Einbringung Unternehmen zu Buchwerten / Abschmelzung)
 - 5 Jahre gem. § 15 II S. 3 bis 5 UmwStG
 - 5 Jahre gem. § 5 III GrEStG (Einbringung Grundstück in Gesamthand - begünstigt - § 5 I; dann Verkauf Grundstück durch Gesamthand vor Ablauf von 5 Jahren)

31.10.2017

59

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Interne Planung

Vorkaufsrecht / Zustimmungspflicht bei Verfügung über Gesellschaftsanteil

Liquidationspräferenz bei Exit/ Verwässerungsschutz/ Pay to Play-Klausel

Vesting-Klausel (Bad and good leaver)

Verkaufsverpflichtung bei Mehrheit von Verkäufern

- drag along-Klausel
 - Mitverkaufsverpflichtung. Vertragliche Vereinbarung in Beteiligungs- und/oder Gesellschaftsverträgen, die den Gesellschaftern die Pflicht auferlegt, im Falle des Verkaufes des Unternehmens die eigenen Anteile mit zu verkaufen. Hierdurch soll dem Käufer ermöglicht werden, die gesamten Anteile oder zumindest eine kontrollierende Mehrheit zu übernehmen.
- tag-/take along-Klausel
 - Mitverkaufsrecht. Eigene Anteile an einem Rechtsträger können mitverkauft werden, wenn ein Mitgesellschafter die von ihm gehaltenen Anteile veräußert.

31.10.2017

60

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Mitverkaufsverpflichtung (drag along Klausel) *

- (1) Jeder Gesellschafter kann auf der Grundlage eines mit einer Mehrheit von [60]% aller Stimmen gefassten Beschlusses der Gesellschafterversammlung von allen anderen Gesellschaftern den Verkauf eines Teils oder aller ihrer Geschäftsanteile zu den gleichen Konditionen an einen Erwerber, der mindestens 75% der Geschäftsanteile der Gesellschaft erwerben möchte, verlangen.
- (2) Für den Fall, dass ein Gesellschafter gemäß dem vorstehenden Absatz den Verkauf von 100% der Geschäftsanteile der Gesellschaft verlangt, sind alle Gesellschafter verpflichtet, gemeinschaftlich auf einen Verkauf ihrer Geschäftsanteile oder alternativ einen Unternehmensverkauf des Vermögens der Gesellschaft hinzuwirken. Die Gesellschafter beschließen mit einer Mehrheit von [60]% der abgegebenen Stimmen die Person, die zur Verhandlung der Bedingungen der Übertragung mit dem oder den Erwerbern ermächtigt ist („Verhandlungsführer“). Nach einer solchen Bestimmung gilt der Verhandlungsführer unwiderruflich als ermächtigt, die Bedingungen eines Verkaufs mit dem oder den Dritten zu verhandeln und den Kaufvertrag mit dem oder den Dritten abzuschließen. Die Gesellschafter sind verpflichtet, dem Verhandlungsführer auf Anforderung eine entsprechende, über den Tod hinaus wirkende Vollmacht in gesonderter Urkunde zu erteilen.
- (3) Der Verhandlungsführer muss das Interesse der Gesellschafter an einer angemessenen Gegenleistung berücksichtigen. Der Verhandlungsführer hat den ausgehandelten Vertragsentwurf allen Gesellschaftern zur Kenntnis zu bringen und darf den von ihm ausgehandelten Vertrag rechtsverbindlich erst abschließen, nachdem die Gesellschafterversammlung dem Vertragsabschluss auf der Grundlage des ausgehandelten Vertragsentwurfs mit einer Mehrheit von [60]% der abgegebenen Stimmen zugestimmt hat.

* Formulierung aus Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht

31.10.2017

61

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Mitveräußerungsrecht (take along Klausel) *

- (1) Veräußert Gesellschafter A (nachfolgend auch kurz „Mehrheitsgesellschafter“ genannt) Geschäftsanteile, deren Nennbetrag insgesamt mehr als [50]% des Stammkapitals der Gesellschaft ausmacht, an einen Erwerber oder eine Erwerbergruppe, so haben Gesellschafter B und C (nachfolgend einzeln und gemeinsam auch kurz „Minderheitsgesellschafter“ genannt) jeweils das Recht, von dem veräußernden Mehrheitsgesellschafter zu verlangen, auch die jeweils von ihnen gehaltenen Geschäftsanteile zu identischen Konditionen mitzuveräußern. Die Minderheitsgesellschafter können die Mitveräußerung auch verlangen, wenn die an den Erwerber veräußerten Geschäftsanteile weniger als [50]% des Stammkapitals der Gesellschaft ausmachen, der Erwerber aber zusammen mit verbundenen Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG oder Angehörigen im Sinne von § 15 AO in Folge dieses Erwerbs mehr als [50]% des Stammkapitals der Gesellschaft halten würde.
- (2) Beabsichtigt der Mehrheitsgesellschafter, Geschäftsanteile in einem das Mitveräußerungsrecht nach Abs. 1 auslösenden Umfang zu veräußern, so hat er dies den Minderheitsgesellschaftern unter Beifügung des mit dem Erwerber ausgehandelten Vertragsentwurfs schriftlich mitzuteilen. Der Vertragsentwurf soll Name bzw. Firma und Sitz des Erwerbsinteressenten, den Kaufpreis und/oder alle sonstigen Gegenleistungen für die beabsichtigte Veräußerung sowie deren Fälligkeit, Garantien, Beschaffenheitsvereinbarungen und sonstige Gewährleistungen sowie Freistellungsverpflichtungen enthalten. Änderungen des mit dem Erwerber zu schließenden Vertrags gegenüber dem der Mitteilung beigefügten Entwurf bedürfen der Zustimmung der ihr Mitveräußerungsrecht geltend machenden Minderheitsgesellschafter.
- (3) Das Mitveräußerungsrecht wird durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Mehrheitsgesellschafter innerhalb von [vier] Wochen nach Zugang einer schriftlichen Mitteilung über den beabsichtigten Verkauf ausgeübt.
- (4) Ist der in der Mitteilung genannte Erwerber nicht bereit, neben den das Mitveräußerungsrecht begründenden Geschäftsanteilen des Mehrheitsgesellschafters auch die Geschäftsanteile der das Mitveräußerungsrecht ausübenden Minderheitsgesellschafter zu erwerben, hat der Mehrheitsgesellschafter dies den Minderheitsgesellschaftern unverzüglich mitzuteilen. Auf Anforderung eines das Mitveräußerungsrecht geltend machenden Minderheitsgesellschafters ist der Mehrheitsgesellschafter in diesem Fall verpflichtet, darauf hinzuwirken, dass der Mehrheitsgesellschafter und die das Mitveräußerungsrecht geltend machenden Minderheitsgesellschafter dem Erwerber Geschäftsanteile entsprechend ihrer jeweiligen Beteiligung am Stammkapital veräußern.

31.10.2017

* Formulierung aus Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht

62

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vorgespräche

- Klärung der Verkaufs- bzw. Erwerbsbereitschaft der potentiellen Vertragspartner
- Beschaffung von Informationen über das Zielunternehmen
- Ermittlung der Kauf- bzw. Verkaufsmotive
- ggf. Bonitätsprüfung des Käufers

31.10.2017

63

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vorvereinbarungen im Vorfeld des Unternehmenskaufs

➤ Nicht bindende Vorvereinbarungen

- letter of intent (LOI) = reine Absichtserklärung für Kaufvertragsabschluss
- In Verhandlungsprotokollen werden bisher erzielte Verhandlungsergebnisse und noch zu klärende Problembereiche festgehalten.
- Wenn (ausnahmsweise) doch rechtlich bindend, Haftung bei grundlosem Abbruch der Vertragsverhandlungen nach § 311 Abs. 2 BGB möglich
- OLG Frankfurt vom 31.10.96: *„Haben die Parteien in einem LOI vereinbart, dass sie auch einen Unternehmenskaufvertrag bis zu einem bestimmten Zeitpunkt und zu einem bestimmten Preis für im Einzelnen aufgelistete Unternehmensgegenstände abschließen wollen, haben sie einen rechtlich bindenden Vorvertrag geschlossen“*

➤ Bindende Vorvereinbarungen – Gesetzliche Regelung

- zwar bereits Treue- und Geheimhaltungspflichten kraft Gesetzes (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB)
- Geheimhaltungs- und Nichtverwertungsvereinbarungen dennoch sinnvoll

31.10.2017

64

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vorvereinbarungen im Vorfeld des Unternehmenskaufs

➤ Bindende Vorvereinbarungen - Geheimhaltungsvereinbarung

- Zweck: Schutz des Verkäufers gegen Bekanntwerden der Veräußerungsabsicht und Nutzung der erlangten Informationen durch den potentiellen Käufer
- Inhalt:
 - Geheimhaltungsverpflichtung => Definition, wer Geheimhaltungsträger und auch was vertraulichen Information selbst ist und deren Dokumentation
 - Ausnahmen: bereits bekannte/öffentlich zugängliche Informationen, Anforderung durch Gericht oder Verwaltungsbehörde, Wirtschaftsprüfer als Informationsempfänger, schriftliche Zustimmung des Verkäufers
 - Rückgabe/Löschungspflicht des potentiellen Käufers
 - Erfüllungsanspruch bzw. SchE nach § 280 I BGB oder Vereinbarung Vertragsstrafe bei Verletzung (§ 339 BGB)
 - Unbefristet/befristet, §§ 158, 163 BGB
- Nur begrenzter Schutz, z.B. bei Know-How + Weitergabe Info an Wettbewerber
 - => gestuftes Offenlegungsverfahren, sorgfältige Auswahl der potentiellen Käufer (z.B. unter Ausschluss von bestimmten Wettbewerbern)

31.10.2017

65

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vorvereinbarungen im Vorfeld des Unternehmenskaufs

- Alternative: käuferrelevante Daten werden einem geheimhaltungspflichtigen Dritten, z.B. Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwalt, Steuerberater, mitgeteilt.
- Break-Fee-Vereinbarung = Regelung über Kostentragung und Aufwendungsersatz für den Fall des Scheiterns der Vertragsverhandlungen
- Option
 - Recht, Vertragsabschluss durch einseitige Erklärung herbeiführen zu können
 - Call-Option: zugunsten des Käufers; Put-Option: zugunsten des Verkäufers
- Vorvertrag
 - beinhaltet Verpflichtung zum Abschluss eines Hauptvertrages
 - nur wirksam wenn essentialia negotii hinreichend bestimmt oder bestimmbar
 - Formvorschriften des Hauptvertrages gelten
 - => kaum empfehlenswert (dann gleich Hauptvertrag)

31.10.2017

66

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Geheimhaltungs-(Vertraulichkeits-)Vereinbarung:*

„Im Zusammenhang mit der Bewertung eines möglichen Erwerbs einer Beteiligung an der Gesellschaft (die „Transaktion“) ist der Erwerber an dem Erhalt bestimmter geheimer und vertraulicher Informationen bezüglich der Gesellschaft einschließlich Informationen bezüglich der Geschäftstätigkeit, der Finanzlage, der Geschäftsabschlüsse, Vermögenswerte und Verbindlichkeiten („Geheime Informationen“) von der Gesellschaft interessiert. Mit Abschluss dieser Vereinbarung beabsichtigen die Parteien, die Vertraulichkeit der Geheimen Informationen, die dem Erwerber den in Zusammenhang mit der Bewertung der Transaktion zur Verfügung gestellt werden, zu wahren. Daher wird hiermit zwischen den Parteien Folgendes vereinbart:

§ 1 Der Erwerber wird die Geheimen Informationen vertraulich behandeln und nur zum Zweck der Bewertung der Transaktion verwenden. Der Erwerber verpflichtet sich, die Geheimen Informationen nicht ohne vorherige schriftliche Zustimmung des Veräußerers oder der Gesellschaft Dritten zugänglich zu machen.

§ 2 Der Erwerber ist berechtigt, die Geheimen Informationen an Mitarbeiter oder Berater weiterzugeben, die mit der Bewertung der Transaktion beauftragt sind. Der Erwerber ist verpflichtet, die vorgenannten Personen über die aufgrund dieser Vereinbarung bestehende Geheimhaltungsverpflichtung vor Bekanntgabe einer Geheimen Information zu informieren. Der Erwerber steht für die Einhaltung der Verpflichtungen gemäß dieser Vereinbarung durch die vorgenannten Personen ein.

§ 3 Die Verpflichtung zur Geheimhaltung, und Nicht-Weitergabe findet nur Anwendung auf Informationen, die

- a) nicht bereits allgemein bekannt sind;
- b) dem Erwerber nicht bereits vorher von der Gesellschaft oder deren Vertretern auf nicht vertraulicher Basis gewährt worden waren;
- c) dem Erwerber nicht von Dritten auf nicht vertraulicher Basis zugänglich gemacht wurden, es sei denn, dass dem Erwerber bekannt war, dass dieser Dritte seinerseits durch die Weitergabe eine Geheimhaltungsvereinbarung mit dem Veräußerer oder der Gesellschaft verletzt hat.

§ 4 Eine Geheimhaltungsverpflichtung besteht nicht, soweit der Erwerber gesetzlich verpflichtet ist, Geheime Informationen in gerichtlichen, behördlichen oder sonstigen Verfahren zu offenbaren.

§ 5 Der Erwerber verpflichtet sich, auf schriftliche Anforderung des Veräußerers sämtliche ihm aufgrund dieser Vereinbarung überlassenen Unterlagen, Daten oder Datenträger sowie sämtliche Kopien oder Teile hiervon, die sich noch im Besitz des Erwerbers befinden, an die Gesellschaft zurückzugeben oder zu zerstören und der Gesellschaft die Zerstörung schriftlich zu bestätigen.

§ 6 Weder das Abhalten der beabsichtigten Verhandlungen noch die Bekanntgabe Geheimer Informationen nach dieser Vereinbarung verpflichtet die jeweils andere Partei zum Abschluss einer Transaktion oder zur Aufnahme von Geschäftsbeziehungen zu der jeweils anderen Partei.

§ 7 Im Falle jedes Verstoßes gegen die vorstehend getroffenen Vereinbarungen ist der Erwerber zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von EUR 500 000 verpflichtet. Je zwei Wochen einer fortgesetzten Verletzungshandlung gelten als selbständiger Verstoß. Die Geltendmachung darüber hinausgehender Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche durch den Veräußerer und die Gesellschaft bleiben hiervon unberührt. Die Vertragsstrafe ist auf Schadensersatzansprüche anzurechnen.“

* Aus Vertragshandbuch „Recht und Steuern“, Beck-Verlag

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE

Letter of Intent – Muster*:

I. Kauf- bzw. Verkaufsabsicht

1. Unsere Kaufabsicht

In Abstimmung mit unserem Aufsichtsrat bestätigen wir unsere Absicht, das Unternehmen der Z-GmbH (Gesellschaft), mindestens aber 76% der Geschäftsanteile an der Gesellschaft (durch Kauf von Anteilen oder Zeichnung einer Kapitalerhöhung) zu erwerben. Der Unternehmenswert soll zwischen dem vier- und dem sechsfachen des durchschnittlichen bereinigten Gewinns (vor Zinsen und Ertragsteuern „EBIT“) der Gesellschaft in den Jahren 2011–2014 (abzüglich zinstragender Verbindlichkeiten) betragen; davon soll etwa 1/3 in Aktien unserer Gesellschaft oder in einem mittelfristigen Schuldscheindarlehen erbracht werden. Stichtag soll der 1. Juli des laufenden Jahres sein. Andere wesentliche Punkte des beabsichtigten Unternehmenskaufvertrages ergeben sich aus dem Übersichtsblatt in Anlage A.

Eine spätere, weitergehende Kooperation zwischen uns und der Gesellschaft einerseits und Ihren anderen Unternehmen andererseits wird von Ihnen und uns geprüft, ist aber nicht Gegenstand der laufenden Verhandlungen oder dieses Schreibens.

2. Entwurf, Referenz, Projektleiter

Als erste Schritte sind auf unserer Seite vorgesehen:

- Wir werden Ihnen bis zum Ablauf einer Woche nach Rückgabe der gegengezeichneten Kopie dieses Schreibens einen Vertragsentwurf gemäß dem Vorstehenden mit üblichen Gewährleistungen und sonstigen Bedingungen als Grundlage für die weiteren Verhandlungen vorlegen.
- Wir werden Ihnen gleichzeitig eine Bankreferenz und einen Kapitalnachweis vorlegen. Weiter werden wir Ihren Wirtschaftsprüfer, A, unseren Jahresabschluss für das letzte abgelaufene Wirtschaftsjahr vorlegen.
- Als unseren Projektleiter benennen wir Herrn P. Wir bitten, alle Gespräche bezüglich des Gegenstandes dieses Schreibens ausschließlich mit ihm zu führen, soweit er nicht für bestimmte Arbeitsbereiche ausdrücklich eine bestimmte andere Person benennt.

3. Ihre Verhandlungsabsicht

In Abstimmung mit Ihrer Gesellschafterversammlung beabsichtigen Sie, mit uns auf der Grundlage des Vorstehenden über den Abschluss eines Unternehmenskaufvertrages zu verhandeln. Als Ihren Projektleiter haben Sie Frau Q benannt. Wir werden alle Gespräche ausschließlich mit ihr führen, soweit sie nicht für bestimmte Arbeitsbereiche ausdrücklich eine bestimmte andere Person benennt.

4. Verhandlungen und Abschluss

Die Verhandlungen über den Unternehmenskaufvertrag sollen spätestens eine Woche nach Vorlage des Vertragsentwurfes gemäß vorstehend I.2.a mit einer mindestens eintägigen Sitzung an einem von Ihnen zu bestimmenden Ort beginnen und spätestens am 8. Juli des laufenden Jahres mit Abschluss des notariellen Unternehmenskaufvertrages beendet werden, der der Zustimmung unseres Aufsichtsrates bedarf.

31.10.2017

* Aus Vertragshandbuch „Recht und Steuern“, Beck-Verlag ⁶⁸

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE

Letter of Intent – Muster:

II. Ablauf

Zur Vorbereitung und Durchführung des Vorstehenden dienen die folgenden Schritte.

1. Unterlagen

- Ihre Wirtschaftsprüfer, A, werden unseren Wirtschaftsprüfern, B, binnen zehn Tagen nach Eingang dieses Schreibens bei Ihnen
- die testierten Jahresabschlüsse 2010 bis 2013 (Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung, Geschäftsbericht),
- das Budget 2014 und
- die Unternehmens- und Investitionsplanung 2013 bis 2017

der Gesellschaft vollständig zur Prüfung zugänglich machen. Unsere Wirtschaftsprüfer werden uns über das Ergebnis ihrer Prüfung anhand unseres Fragenkatalogs ausschließlich schriftlich (mit Kopie an Sie) und ergänzend in einer mündlichen Besprechung in Anwesenheit Ihrer Wirtschaftsprüfer oder eines anderen von Ihrem Projektleiter Benannten unterrichten. Die Prüfung soll bis spätestens 27.5.2014 abgeschlossen sein.

2. Erstes Management-Gespräch

Nach Abschluss der Prüfung gemäß II.1. werden Sie unserem Vertriebs- und unserem Finanzvorstand Gelegenheit zu mindestens einem ausführlichen Gespräch (in Anwesenheit Ihres und unseres Projektleiters) mit dem für Vertrieb bzw. Finanzen zuständigen Geschäftsführer der Gesellschaft über gemeinsam interessierende Fragen geben, darunter über die Möglichkeit und die Bedingungen einer Fortsetzung der Tätigkeit der beiden Herren für die Gesellschaft nach einem Erwerb durch uns.

Nach Abstimmung mit Ihnen werden wir dem Management von Z unser Modell zur Incentivierung und Beteiligung vorstellen und darüber mit den interessierten Mitgliedern des Managements verhandeln.

3. Weitere Management-Gespräche

Bei planmäßigem Verlauf der Verhandlungen werden Sie je einem Vertreter unserer Seite Gelegenheit zu einem ausführlichen Gespräch (in Anwesenheit Ihres und unseres Projektleiters)

- mit dem Leiter des Forschungslabors, das die Gesellschaft gemeinsam mit der Y GmbH betreibt, und
 - mit einem möglichst hoch positionierten Vertreter Ihres Hauptabnehmers, der Firma R AG,
- geben, wobei – ohne die Erwähnung des beabsichtigten Unternehmenskaufs – die Möglichkeit einer Kooperation zwischen der Gesellschaft und unseren Unternehmen erörtert werden soll.

4. Rechtspflichten

Aus dem Vorstehenden erwachsen Ihnen und uns Ansprüche weder auf Erfüllung noch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Sollte bis zum 8. Juli kein Vertrag zustande gekommen sein, sind jegliche Ansprüche im Zusammenhang mit dem Vorstehenden ausgeschlossen.

69

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE

Letter of Intent – Muster:

III. Verpflichtungen

1. Geheimhaltung – siehe Muster Geheimhaltungsvereinbarung -

2. Kostenersatz

Sollte der Unternehmenskaufvertrag bis zum Ablauf von drei Monaten nach dem in I.4. genannten Zeitpunkt nicht zu Stande kommen, obwohl Sie den Mitwirkungspflichten gemäß II.1 bis 3 nachgekommen sind, so erstatten wir Ihnen die üblichen Honorare und Reisekosten Ihrer Wirtschaftsprüfer, A, im Zusammenhang mit II.1. bis zum Gesamtbetrag von [...]. Darüber hinaus erstatten wir Ihnen nach Durchführung der Gespräche gemäß II.2 und 3 die üblichen Honorare und Reisekosten Ihrer Anwälte im Zusammenhang mit den Verhandlungen bis zum Gesamtbetrag von [...], ggf. je zzgl. Umsatzsteuer gegen ordnungsgemäße Rechnungsstellung. Eine ggf. auszuhandelnde Optionsgebühr für den Fall der Einräumung der von uns gewünschten Kaufoption, die im Übrigen nicht Gegenstand dieses Schreibens ist, bleibt unberührt.

3. Ausschließlichkeit

Sie werden während des Fortgangs der Verhandlungen und Prüfungen gemäß dem Vorstehenden, mindestens bis zum Ablauf von einem Monat nach dem in I.4. genannten Zeitpunkt des vorgesehenen Vertragsschlusses, keine Gespräche über die Veräußerung, ganz oder teilweise, der Gesellschaft oder ihres Unternehmens an Dritte bzw. den Erwerb, ganz oder teilweise, einer mit der Gesellschaft räumlich und sachlich konkurrierenden Gesellschaft führen. Bei jeder Verletzung dieser Ausschließlichkeit durch die eine Seite ist die andere Seite von allen etwaigen Verpflichtungen im Zusammenhang mit diesem Schreiben vollständig und endgültig entbunden.

4. Entfallen mit Vertragsschluss

Die vorstehenden Bestimmungen III.1 bis 4 entfallen von Anfang an mit Abschluss des Unternehmenskaufvertrages. Sie entstehen jedoch erneut und von Anfang an mit Wegfall des Unternehmenskaufvertrages, es sei denn, der Wegfall wäre von dem gemäß Ziff. III.1 bis 4 jeweils Berechtigten zu vertreten.

IV. Recht, Gerichtsstand

Die Erklärungen und Vereinbarungen dieses Schreibens und alle Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit seinem Gegenstand unterstehen ausschließlich deutschem Recht und der ausschließlichen internationalen und örtlichen Gerichtsbarkeit der für den Sitz der Gesellschaft zuständigen Gerichte.

Zum Zeichen Ihres Einverständnisses mit dem Vorstehenden bitten wir um Gegenzeichnung und Rückgabe der beigefügten Kopie dieses Schreibens.

31.10.2017

70

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE

Due Diligence (Unternehmensprüfung) - Funktionen

- **Informationsbeschaffung** im Vorfeld einer Transaktion
 - Kaufinteressent hat Bedürfnis, das Zielunternehmen so genau wie möglich zu analysieren, um die für ihn wichtigen Wirtschaftsgüter und Rechtsbeziehungen festzustellen.
 - Wertbestimmung von Unternehmen
 - Finanzierung von Unternehmen
- **Identifizierung von Risiken und Schwachstellen** einer Transaktion
 - ggfs. durch aufschiebende Bedingungen, Gewährleistungen, Bürgschaften, Garantien und andere Sicherheiten abzufedern
- **Offenlegung und Dokumentation einer Transaktion zu Beweis Zwecken**
 - Vertragspartei kann nicht ohne weiteres reklamieren, sie sei auf bestehende Gegebenheiten und Risiken nicht ausreichend hingewiesen
 - ggfs. haftungsrelevant
 - z.B. Offenlegungsschreiben (disclosure letter) mit entsprechendem Haftungsausschluss

31.10.2017

71

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Due Diligence – Erleichterungen des Verkaufs durch den Verkäufer

Investitionsübersicht

- entweder in anonymisierter Form (blind teaser) oder
- mit genauer Identifikation der Investitionsmöglichkeit (executive summary)

Verkaufsprospekt (information memorandum)

- ggfs. Unterlagen der Vendor's Due Diligence

Managementpräsentation / Bankers' meeting

Datenraum (data room)

- Datenraumerklärung ist einseitige Verpflichtung, § 241 I 1 BGB
- physischer Datenraum
- virtueller Datenraum (CD-ROM, Internetzugang)

Ortsbesuche, Management- und Mitarbeitergespräche

Strukturierung dieses Prozesses ist eine Hauptaufgabe einer Investmentbank

31.10.2017

72

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Arten der Due Diligence - 1

- Due Diligence mit **unterschiedlichen Erkenntnisinteressen**, z. B.
 - **Verkäufer** (vendor's due diligence):
Identifikation wertmindernder Faktoren, Erhöhung Investoreninteresse
 - **Käufer** (buyer's due diligence)
 - **strategische** Unternehmenserwerber
 - Due Diligence mit Blick auf **Chancen und Risiken**
 - **Finanzinvestoren**
 - Due Diligence mit Blick auf Chancen und Risiken sowie **Veräußerungsmöglichkeiten**
 - finanzierende **Banken**
 - besonderes Schwergewicht auf **Risiken**
- erst Due Diligence dann Vertragsgestaltung
 - in Praxis oft nicht beachtet

31.10.2017

73

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Arten und Unterlagen der Due Diligence - 2

- **finanzielle** (financial) Due Diligence
= Ermittlung finanzieller Situation des Unternehmens (gestützt auf Rechnungswesen)
 - ❖ **Vergangenheitsanalyse**
 - ❖ **Jahresabschlüsse**
(insbesondere Bilanzen sowie Gewinn- und Verlustrechnungen)
mit Berichten der Wirtschaftsprüfer für die letzten drei Geschäftsjahre
 - sowohl Einzelabschluss als auch ggfs. Konzernabschluss
 - Jahresabschlüsse von etwaigen Beteiligungsgesellschaften
 - ❖ unterjährige, **betriebswirtschaftliche Auswertungen** (BWAs)
 - ❖ **Finanzierung** des Unternehmens (Eigenkapital und Fremdkapital)
 - ❖ Übersicht der **Umsätze** in den letzten drei Geschäftsjahren aufgeteilt nach den Hauptproduktgruppen und Hauptkunden

31.10.2017

74

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Arten und Unterlagen der Due Diligence - 3

- Kostenrechnung des Unternehmens (Betriebskostenstruktur, Kapitalkostenstruktur)
- Liste der Bankkonten
- Aufstellung der Miet- und Leasingverträge über betriebliche Gegenstände und Maschinen unter Angabe der jeweiligen Laufzeit (Beginn und Ende) und der Zahlungsverpflichtungen
- **Zukunftsanalyse**
 - Geschäftsplan
- **wirtschaftliche** (commercial / market) Due Diligence
= Situation des Markts (insb. Markt, Wettbewerb, Geschäftsmodell, Differenzierung)
- **rechtliche** (legal) Due Diligence
= Rechtsverhältnisse des Unternehmens (z.B. Lizenzen)

31.10.2017

75

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Arten und Unterlagen der Due Diligence - 4

- **steuerliche** (tax) Due D. = steuerliche Situation des Unternehmens
 - letzter Betriebsprüfungsbericht
- **Umwelt-** (environmental) Due D. - umweltrechtliche Situation des Unternehmens
 - bisherige Nutzung der Grundstücke unter besonderer Berücksichtigung früherer Industrieansiedlungen
 - Auflistung aller im Betrieb vorhandenen umweltgefährdenden Stoffe
 - Umweltschädigungen und deren Beseitigung unter Vorlage
 - **behördlicher** Verfügungen und Gutachten einschließlich etwaiger Umwelt-Audits, die bereits durchgeführt worden sind, und
 - des **betrieblichen** Umweltmanagement-Systems
- **personelle** (management) Due Diligence = Qualifikation der Führungskräfte
 - Arbeitnehmer einschließlich leitender Angestellter unter Angabe des Alters, des Eintrittsjahres, der Funktion und der Vergütung

31.10.2017

76

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Arten und Unterlagen der Due Diligence – 5

- **Versicherungs-** (insurance) Due Diligence = Risikoabsicherung des Unternehmens
- **Due Diligence zur Aufdeckung wirtschaftskrimineller und korrupter Strukturen** (integrity)
- Sonderfälle:
 - technische (technical) Due Diligence = z.B. Zustand der Anlagen
 - technisches Gutachten über Verwendbarkeit und Funktionstauglichkeit der Maschinen, Fahrzeuge, EDV und sonstiger Anlagen und Einrichtungen
 - geologische (geological) Due Diligence = z.B. Reserven eines Rohstoffunternehmens
- **Legal Due Diligence**
 - Informationen über das Zielunternehmen für den Erwerber
 - Aufdeckung der Risiken und Schwachstellen
 - Beweismittel über Zustand des Unternehmens
 - zur (mangelnden) Pflicht des RA Mietverträge auf Einhaltung des Schriftformerfordernisses zu überprüfen (LG Berlin vom 14.9.2012 - 2 O 540/11 - openjur)

31.10.2017

77

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Arten und Unterlagen der Due Diligence – 6

➤ Vorbereitung einer Legal Due Diligence in der Regel mit Hilfe einer Checkliste

- Unternehmensstruktur
(Satzung/HRA/Gesellschafterliste – Abtretungen und Verpfändungen)
 - Einzahlung auf Stammeinlagen/Gesellschaftervereinbarungen/ AR-, Vorstands-, HV-Protokolle
- Gesellschaftsvermögen
 - Immobilien – GBA, Pläne, Kauf- bzw. Mietverträge
 - gewerbliche Schutzrechte (Patente, Marken, Warenzeichen, Lizenzverträge, AN-Erfindungen)
- Jahresabschlüsse und Prüfungsberichte
- Vertragsverhältnisse (Verpflichtungen/Geschäftsbeziehungen/Risikoabsicherung)
 - Kredite und deren Sicherung (Bürgschaft, Garantie, Grundschulden, Sicherungsabtretung); Sicherheiten für und von Dritten
 - Vereinbarungen mit wichtigen Kunden/Lieferanten/ Wettbewerbsbeschränkungen
 - Versicherungsverträge (Umweltrisiken!)

31.10.2017

78

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Arten und Unterlagen der Due Diligence – 6

- Personalwesen
(Liste AN; Verträge mit GF und Leitungsebene mit Gehalt und Kündigungsfrist)
 - Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen (inkl. Interessenausgleichs-/Sozialplanvereinbarungen, § 111 I 1 und 2 BetrVG),
 - Versorgungszusagen + Gutachten wg. Rückstellungen
- Öffentliches Recht/Umweltrecht
 - Genehmigung Betriebsanlage (z.B. BimSchG; Baugenehmigung; B-Plan)
- Prozessrisiken
 - Aufklärung aller schwebenden und drohenden Prozesse und behördlichen Untersuchungen und Verfahren
- Rechtsdokumente für umweltrechtliche Due Diligence (z.B. Genehmigung BImSchG)

➤ Data Room:

- Datenräume mit sämtlichen relevanten Informationen (Daten, Unterlagen)
- Einrichtung durch Verkäufer
- Verhaltens- und Geheimhaltungsregelungen

31.10.2017

79

Ablauf eines Unternehmenskaufs

Due diligence – Fall: (nach OLG Oldenburg NZG 2007, 434; LG Köln BB 2009, 186)

Sachverhalt: Der Mehrheitsgesellschafter (80%) M der A-GmbH, die Rehabilitationskliniken betreibt, will seine Geschäftsanteile wegen der sich in den letzten Geschäftsjahren anhäufenden Verluste, verkaufen. Konkurrenzunternehmen B-GmbH, will die Anteile nach kurzer Prüfung wegen der Verlustsituation zunächst nicht erwerben. Der M senkt daraufhin sein Verkaufsangebot um die Hälfte und die B-GmbH hat jetzt dann doch Interesse. Eine Due Diligence bei der A-GmbH ist durch den Geschäftsführer G der B-GmbH allerdings nicht geplant. Der bei der B-GmbH installierte Beirat bekommt von dem geplanten Erwerb jedoch „Wind“ und verlangt, dass der G eine Due Diligence durchführen lässt, was der G an die A-GmbH weitergibt. Der Minderheitsgesellschafter X in der A-GmbH wehrt sich gegen die Due Diligence, weil er den Verrat von Geschäftsgeheimnissen an die Konkurrenz wittert. Daraufhin entschließt sich G, nachdem der Verwaltungsleiter der A-Kliniken, der diese in den letzten Jahren verantwortlich gemanagt hat, ein „Kurzgutachten“ über die A-GmbH erstellt hatte, auch ohne diese Maßnahme zum Kauf der Mehrheitsbeteiligung an der A-GmbH. Der Beirat stimmte schlussendlich zu, wobei G diesen jedoch über die erste negative Einschätzung nicht informiert hatte. Die A-GmbH macht in der Folgezeit weiterhin Verluste. Der Beirat will nun wissen, ob die B-GmbH Ansprüche gegen G hat und ob X die Due Diligence bei der A-GmbH verhindern durfte. Wie ist die Rechtslage?

31.10.2017

80

Ablauf eines Unternehmenskaufs

Due diligence – Fall: (nach OLG Oldenburg NZG 2007, 434; LG Köln BB 2009, 186)

§ 43 II iVm I GmbHG – Anspruch der B-GmbH auf SchE gegen G?

- Vertretung der GmbH durch GV, § 46 Nr. 8 GmbHG (ggf. kraft Satzung durch Beirat)
- Obliegenheitsverletzung:
 - fehlerhafte Vorbereitung des Geschäftsanteilerwerbs (=Unternehmenskaufes)?
 - Klinikerwerb = typische unternehmerische Entscheidung, wobei der GF erheblichen Ermessensspielraum hat, der auch bewusstes Eingehen unternehmerischer Risiken mit der Gefahr von Fehlbeurteilungen einschließt (vgl. § 93 I 2 AktG). Die Grundlagen der unternehmerischen Entscheidung sind jedoch in geschäftsüblicher, sorgfältiger Weise aufzuklären (BGH NJW 2003, 358).
 - Die nachhaltige Verlustlage der Klinik (starke Abhängigkeit von Saisonbelegung; fehlende Eignung als AHB-Einrichtung – krankenversicherte Anschlussrehabilitation nach Krankenhausaufenthalt) hatten sich bis zur Kaufentscheidung nicht geändert. Kurzgutachten mit Wirtschaftlichkeitsberechnung wurde vom Klinikleiter erstellt, der die Verluste zu verantworten hatte und waren mit erster Einschätzung von G nicht in Einklang zu bringen.
 - G hätte externe Sachverständige hinzuziehen müssen.
 - Due Diligence ist gängige Praxis beim Unternehmenskauf und Pflicht des G jedenfalls dann, wenn das zu kaufende Unternehmen in Verlustsituation. => Obliegenheitsverletzung (+)

31.10.2017

81

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Due diligence-Fall: (nach OLG Oldenburg NZG 2007, 434; LG Köln BB 2009, 186)

§ 43 II iVm I GmbHG – Anspruch der B-GmbH auf SchE gegen G?

- Kann sich G auf Weigerung des X zur Due Diligence berufen?
 - GF ist gegenüber der A-GmbH zur Geheimhaltung verpflichtet (vgl. § 93 I 3 AktG zur AG)
 - § 51 a I GmbHG
 - => umfassendes Informationsrecht des einzelnen Gesellschafters, also hier von M
 - aber § 51 a II GmbHG: gesellschaftsfremde Zwecke? Nein, vgl. § 15 I GmbHG
 - jedoch Treuepflicht, also keine Weitergabe der Info an Konkurrenten (OLG Köln-13.10.13; 18 W 66/13); ebenso bei Vinkulierung/ Wettbewerbsverbot in Satzung und Info vor Zustimmung der Mitgesellschafter
 - Lösung: Dispens davon durch GV, aber nur einstimmig! (LG Köln a.a.O. - str.: ¾)
 - Anspruch auf diesen Beschluss, wenn veräußernder Gesellschafter vorsorgt:
 - VertraulichkeitsV; Anonymisierung der Info; gestufte Info-Weitergabe (s.u.)
 - Ergebnis = Faktische unzulässige Vinkulierung der Anteile?
 - Nein: Einschaltung eines neutralen Wirtschaftsprüfers (WP), der alle Daten erhält und auswertet, jedoch nur das Ergebnis dem Käufer mitteilen darf. Aus der Sicht der B-GmbH hatte deren G auch diesen Versuch unterlassen
 - G kann sich auf berechtigte Weigerung des X jedoch nicht berufen: Entweder hätte er auf Verfahren der Due Diligence über WP bestehen oder, wenn auch dies verweigert worden wäre, vom Kauf Abstand nehmen müssen

31.10.2017

82

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Due diligence-Fall: (nach OLG Oldenburg NZG 2007, 434; LG Köln BB 2009, 186)

§ 43 II iVm I GmbHG – Anspruch der B-GmbH auf SchE gegen G?

- Weitere Pflichtverletzung, dass G Beirat über erste Einschätzung nicht informierte?
 - §§ 52 I GmbHG; 90 IV AktG (unbedingte Offenheit hinsichtlich des für die Entscheidung Wesentlichen!)
 - Unterlassen kausal für Schaden? Ja, da bewertende Betrachtung und kein Empirie (=> das neuere Gutachten ist nicht automatisch das Bessere!)

31.10.2017

83

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Due Diligence und Gewährleistung

- Käufer hat grob fahrlässige Unkenntnis bzgl. der Umstände, die er bei einer sorgfältigen Due Diligence hätte erfahren können, zu vertreten, **§ 442 I 2 BGB**
 - Maß seiner Sorgfalt bestimmt sich nach den Umständen (Geschäftsgewandtheit)
 - Zumindest, wenn Erkenntnisse über zu erwerbendes Unternehmen nicht ausreichend gesichert sind, ist umfassende due diligence durchzuführen (**OLG Oldenburg NZG 2007, 434**)
 - z.B.: Unsicherheiten bei betriebswirtschaftlichen Daten/Verlustphasen/negative Prognosen oder Kauf aus einer Insolvenz
anders: bei Erwerb von Kleinunternehmen/freiberuflichen Praxen
- Grundlage von detaillierten Haftungs- und Gewährleistungsregelungen im Unternehmenskaufvertrag

31.10.2017

84

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Due Diligence – Rechtliche Schranken – 1 Geheimhaltungspflichten bei der GmbH

- GmbH-Geschäftsführer bedürfen für Informationsweitergabe an Dritte eines zustimmenden, einstimmigen Beschlusses der Gesellschafterversammlung
- ggf. Weisung der Gesellschafterversammlung
- GmbH-Gesellschafter haben ggü. GmbH umfassendes Einsichtnahme- und Auskunftsrecht, § 51 a I GmbHG
 - Verweigerung der Einsichtnahme und Auskunft (vgl. § 51 a II GmbHG)
 - berechtigt bei geplanter Weitergabe an Konkurrenten
 - str. bei geplanter Weitergabe an sonstige Dritte
 - Informationsverweigerung bedarf eines Beschlusses der Gesellschafter (§ 51a II 2 GmbHG)
 - Erlangte Informationen müssen vertraulich behandelt werden, insbes. Weitergabe an Konkurrenten ist ohne Einverständnis der Mitgesellschafter verboten

31.10.2017

85

Ablauf eines Unternehmenskaufs

Due Diligence – Rechtliche Schranken – 2 Geheimhaltungspflichten bei der GmbH

LG Köln vom 26.3.2008 (BB 2009, 186)

- Über die Gestattung einer Due Diligence entscheidet bei einer GmbH die Gesellschafterversammlung durch einstimmigen Beschluss
- Keine unbillige Benachteiligung, keine faktische Vinkulierung
- Weitergabe umfassender gesetzlicher Informationsrechte (§ 51 a GmbHG) durch Treuepflicht des Gesellschafters ggü. Gesellschaft und Gesellschaftern begrenzt
 - Insbesondere, wenn der Kaufinteressent ein Wettbewerber

Lösung: Due Diligence durch neutralen Wirtschaftsprüfer, der Daten auswertet und nur Ergebnis mitteilt

31.10.2017

86

Ablauf eines Unternehmenskaufs

Due Diligence – Rechtliche Schranken – 3 Geheimhaltungspflichten bei der AG

- Geheimhaltungspflicht des Vorstandes gemäß § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG
 - Nicht gegenüber Aufsichtsrat, § 90 AktG
 - Nicht gegenüber WP, soweit § 320 I und II HGB reicht
 - Gegenüber Aktionär im Rahmen des § 131 AktG (vgl. dort III Nr. 1) bei Gleichbehandlung; Aktionäre haben – anders als GmbH-Gesellschafter (§ 51 a GmbHG) - kein umfassendes Einsichtnahme- und Auskunftsrecht, sondern nur Fragerecht auf der Hauptversammlung
 - Nicht gegenüber herrschendem Unternehmen, §§ 15, 17, 18, 311 AktG – einheitliche Leitung
- kein Weisungsrecht des Aufsichtsrates oder der Aktionäre
- Pflicht des Vorstandes, die Gesellschaftsinteressen wahrzunehmen
 - Unternehmensverkauf kann im Interesse der Gesellschaft liegen
 - Aber nur bei Vertraulichkeitsvereinbarung und eindeutiger Vorteilhaftigkeit des UK's
 - Vorstandsbeschluss zwingend erforderlich
 - bei Börsennotierung Insiderregeln beachten (§ 14 I WpHG); nur bei außerbörslichen Erwerb ist Zulässigkeit der Due Diligence sowohl für Verkäufer wie für Käufer anerkannt
 - Arg.: Andernfalls wären Unternehmenskäufe nicht mehr durchführbar

31.10.2017

87

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Due Diligence – Rechtliche Schranken - 4

Geheimhaltungspflichten wegen datenschutzrechtlicher Bestimmungen

- Grenzen der Übermittlung von Arbeitnehmerdaten
 - §§ 1 I; 4 I BDSG: Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten verboten, soweit nicht gesetzlich oder durch Betroffenen erlaubt (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt)
 - hier:
 - Arbeitnehmerzustimmung unrealistisch, da UnternVK regelmäßig geheim
 - aber: § 28 I 1 Nr. 2 iVm II Nr. 1 BDSG => nur gestufte Info nach Verhandlungsfortschritt
 - sensible Daten nach § 3 IX BDSG (Gewerkschaftszugehörigkeit; Krankheiten) nur anonymisiert
 - nach Verkauf auch beim asset Deal wegen Betriebsübergang (§ 613 a BGB) zulässig
 - bei Verstoß gegen BDSG: keine Nichtigkeit des UnternK-Vertrages
 - aber: Bußgeld bis zu 300 T€

31.10.2017

88

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Due Diligence – Rechtliche Schranken - 5

Geheimhaltungspflichten wegen datenschutzrechtlicher Bestimmungen

- Verkauf von Arzt-, Rechtsanwalts-, Steuerberatungspraxen
 - damit verbunden ist zwangsläufig Übergabe der Akten
- Themen
 - Übernahme des Mandatsverhältnisses = Vertragsübernahme (§§ 414 ff BGB analog) => Zustimmung Mandant **zwingend**
 - => bei fehlender Zustimmung Nichtigkeit des Praxiskaufvertrages nach § 134 BGB i.V.m. § 203 StGB
 - Abtretung nur der Honorarforderung nach § 398 BGB
 - hier Probleme:
 - Selbstbestimmungsrecht der Mandanten und Patienten
 - berufsrechtliche Geheimhaltungspflichten
 - Lösung: Zustimmung aller betroffenen Mandanten oder Patienten zur Abtretung

31.10.2017

89

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Due Diligence – Rechtliche Schranken - 6

Geheimhaltungspflichten wegen datenschutzrechtlicher Bestimmungen

Rechtsfolgen fehlender Zustimmung zur Datenweitergabe

- BGH NJW 1995, 2026 (Rechtsanwaltskanzlei);
- BGH NJW 1996, 2087 (Steuerberaterpraxis): Unternehmenskaufvertrag nichtig
- BGH NJW 1992, 737 (Arztpraxis): Verpflichtung zur Aktenübergabe nichtig

Abtretung ärztlicher oder anwaltlicher Honorarforderungen

- BGH NJW 1992, 2348: Abtretung ohne Zustimmung der Mandanten oder Patienten unwirksam
 - Arg.: Recht auf informationelle Selbstbestimmung Art. 2 I; 1 I GG
 - § 402 BGB => Offenbarungspflicht => Verstoß gegen § 203 I Nr. 1 od. 3 StGB => § 134 BGB
- Heute für RAe: BGH NJW 2007, 1196: Abtretung anwaltlicher Forderungen an Rechtsanwalt ohne Zustimmung des Mandanten wirksam (arg.: § 49 b BRAO)

31.10.2017

90

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Due Diligence – Rechtliche Schranken - 7

Geheimhaltungspflichten wegen datenschutzrechtlicher Bestimmungen

§ 49 b Abs. (4) BRAO:

Die Abtretung von Vergütungsforderungen oder die Übertragung ihrer Einziehung an Rechtsanwälte oder rechtsanwaltliche Berufsausübungsgemeinschaften ist zulässig. Im Übrigen sind Abtretung oder Übertragung nur zulässig, wenn eine ausdrückliche, schriftliche Einwilligung des Mandanten vorliegt oder die Forderung rechtskräftig festgestellt ist. Vor der Einwilligung ist der Mandant über die Informationspflicht des Rechtsanwalts gegenüber dem neuen Gläubiger oder Einziehungsermächtigten aufzuklären. Der neue Gläubiger oder Einziehungsermächtigte ist in gleicher Weise zur Verschwiegenheit verpflichtet wie der beauftragte Rechtsanwalt.

- ⇒ Erlaubnisnorm iSd § 203 StGB (Verletzung von Privatgeheimnissen) = Rechtfertigungstatbestand, da Verschwiegenheitspflicht des Zessionars
- ⇒ Unterschiedliche Behandlung von Ärzten und Rechtsanwälten kein Verstoß gegen Art. 3 GG, denn Gesundheit betrifft Intimsphäre (=Arzt), während Rechtsanwaltsmandate nur wirtschaftliche Interessen betreffen (typisierende Betrachtung ist ausreichend für Differenzierungsgrund nach Art. 3 GG)

31.10.2017

91

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Unternehmensbewertung

Verfahren

- Substanzwert
- Ertragswert
- Discounted Cash Flow („DCF“)
- Kombination aus Substanzwert und Ertragswert
- Umsatzverfahren (Freiberufler-Kanzleien)
- DCF- Verfahren hat sich durchgesetzt („Equity“ bzw. „Entity“ – Methode)

Kennzahlen

- Unternehmenskennzahlen
- Rentabilitätskennzahlen für Investor (ROE, P/E etc.)
- Finanzkennzahlen für Bank (EBITDA./Senior Debt; EBITDA./Total Debt)

Vorlesung befasst sich damit nicht vertieft (vgl. Kaufpreisregelungen)

31.10.2017

92

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsverhandlungen

- **Einzelverhandlungen** (herkömmliches Verfahren)
- **Auktion beschränktes** Bieterverfahren (limitierte Auktion)
- **offenes** Bieterverfahren (unbegrenzte Auktion)
 - die Konkurrenz mehrerer Kaufinteressenten kann die Kaufpreisbildung oft mehr beeinflussen, als die Erkenntnisse einer vorangegangenen Unternehmensbewertung
 - ökonomische Auktionstheorie!
- **öffentliche Übernahme**
 - Verfahren geregelt durch **WpÜG** (öffentliches Übernahmeangebot)

31.10.2017

93

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Closing

- nach dem Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages liegender tatsächlicher Vollzug der Unternehmensübergabe
- einheitlicher Stichtag empfehlenswert (vgl. nachfolgend „Inhalt“)
- Inhalt:
 - Übergaben/Besitzwechsel (z.B. auch Übergabe von Geschäftsunterlagen)
 - Dinglicher Vollzug
 - Übereignung bzw. Abtretung der Wirtschaftsgüter (sog. assets) einschl. Besitzverschaffung beim asset deal
 - Abtretung der verkauften Gesellschaftsanteile beim share deal
 - Abwicklung der Zug-um-Zug-Verpflichtungen
 - Feststellung von Bilanzen und Zwischenprüfungsergebnissen
 - Kaufpreiszahlung

31.10.2017

94

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Closing

- Vornahme von Anmeldungen und Anzeigen
 - Anmeldung zum Handelsregister (z.B. Geschäftsführerwechsel)
 - Gesellschafterliste gem. §§ 16, 40 GmbHG
 - aktienrechtliche Mitteilungspflichten, z.B. gem. §§ 20 f. AktG
 - § 138 AO (Steuerliche Anzeige der Erwerbstätigkeit/Gewerbeanmeldung)
 - § 19 GrEStG (Anzeige an das Finanzamt - Grunderwerbsteuerstelle)
- Closing bestätigt den Eintritt von im Kaufvertrag genannten Vollzugsbedingungen:
 - kartellrechtliche Freigabe,
 - Erteilung von erforderlichen Zustimmungen (z.B. Aufsichtsrat)

31.10.2017

95

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



„Beim **Closing*** geben die Parteien die folgenden Erklärungen ab und nehmen die folgenden Handlungen vor:

1. Vollzugsbedingungen: Der Verkäufer und der Käufer sind sich einig und bestätigen, dass die in dem Kaufvertrag genannten Vollzugsbedingungen erfüllt sind:

1.1 die Kartellfreigaben liegen vollständig vor, wobei Kopien der entsprechenden Genehmigungen in der Anlage beigefügt sind, und weitere Kartellfreigaben sind nach übereinstimmender Auffassung von Verkäufer und Käufer vor dem Vollzug des Kaufvertrages nicht erforderlich;

1.2 der Verkäufer bestätigt, dass die Aufsichtsräte des Verkäufers und ihrer Muttergesellschaft dem Kaufvertrag zugestimmt haben;

1.3 der Verkäufer und der Käufer bestätigen, dass Ihnen keine Tatsachen bekannt sind, die zu einer wesentlichen nachteiligen Veränderung im Sinne des Kaufvertrages führen.

2. Bestätigung bestimmter Garantien des Verkäufers zum Vollzugszeitpunkt:

Der Verkäufer bestätigt dem Käufer in der als Anlage beigefügten Erklärung, dass die in § 6 des Kaufvertrages enthaltenen Garantien am heutigen Tag noch zutreffend sind, mit Ausnahme der in der Anlage zu der Erklärung beschriebenen, seit dem Datum des Kaufvertrages bekannt gewordenen Sachverhalte (wobei eine etwaige Haftung des Verkäufers aufgrund des Kaufvertrages aus diesen Sachverhalten trotz dieser Offenlegung unberührt bleibt).

3. Übertragungsverträge:

3.1 Verkäufer und Käufer schließen ein Übertragung- und Übernahmevertrag über die verkauften beweglichen Wirtschaftsgüter und die von dem Käufer zu übernehmenden Verträge und Verbindlichkeiten gemäß Anlage ab. Sie unterzeichnen außerdem eine in Kopie als Anlage beigefügte Anweisung an den Notar im Hinblick auf die bereits im Kaufvertrag erklärte Auffassung die Eigentumsumschreibung im Grundbuch zu veranlassen.

96

* Muster aus Beck'sches Formularbuch BGB

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



3.2 der Verkäufer und der Käufer schließen einen notariellen **Abtretungsvertrag** über die Anteile an der Z GmbH (Anlage). Der Notar wird gemäß Schreiben (Anlage) angewiesen, die neue Gesellschafterliste zum HR einzureichen (§§ 16, 40 GmbHG).

3.3 der Verkäufer und der Käufer unterzeichnen ein „stock transfer form“ über die Beteiligung an der X Inc. (Anlage).

3.4 Verkäufer und Käufer nehmen Bezug auf einen vor dem Notar am heutigen Tag geschlossenen, in Kopie als Anlage beigefügten Anteilskauf und Übertragungsvertrag über die Anteile der Verkäufer Y Limited, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach britischem Recht. Sie weisen - mit Eingang der Kaufpreiszahlung gemäß Ziff. 4 unten - diese Gesellschaft mit dem in Kopie als Anlage beigefügten Schreiben an, die Anteilsübertragung in das Anteilsregister einzutragen.

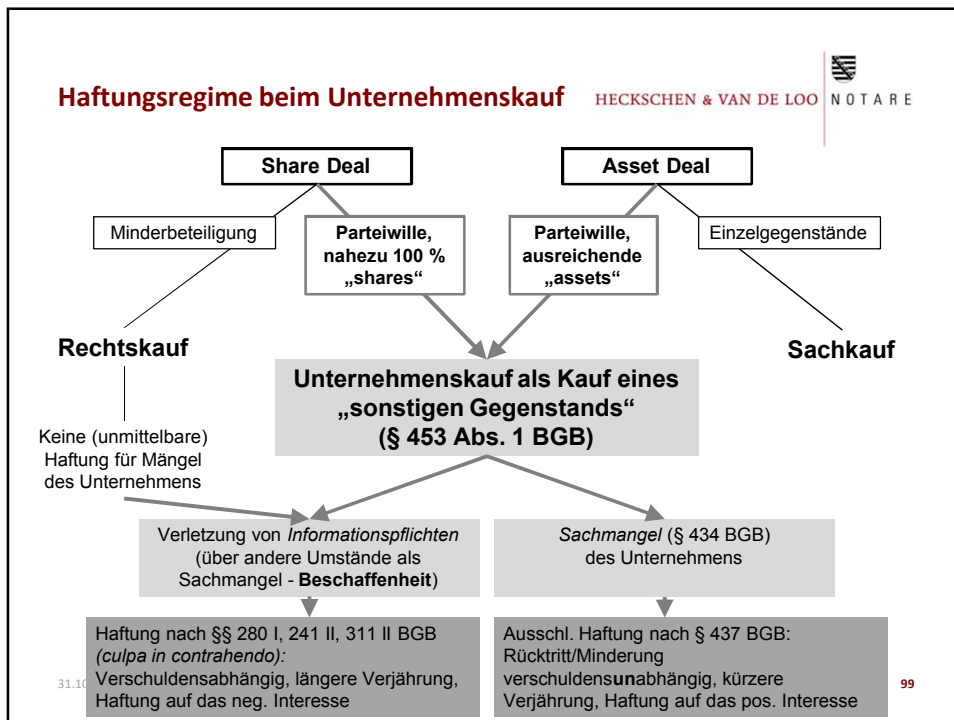
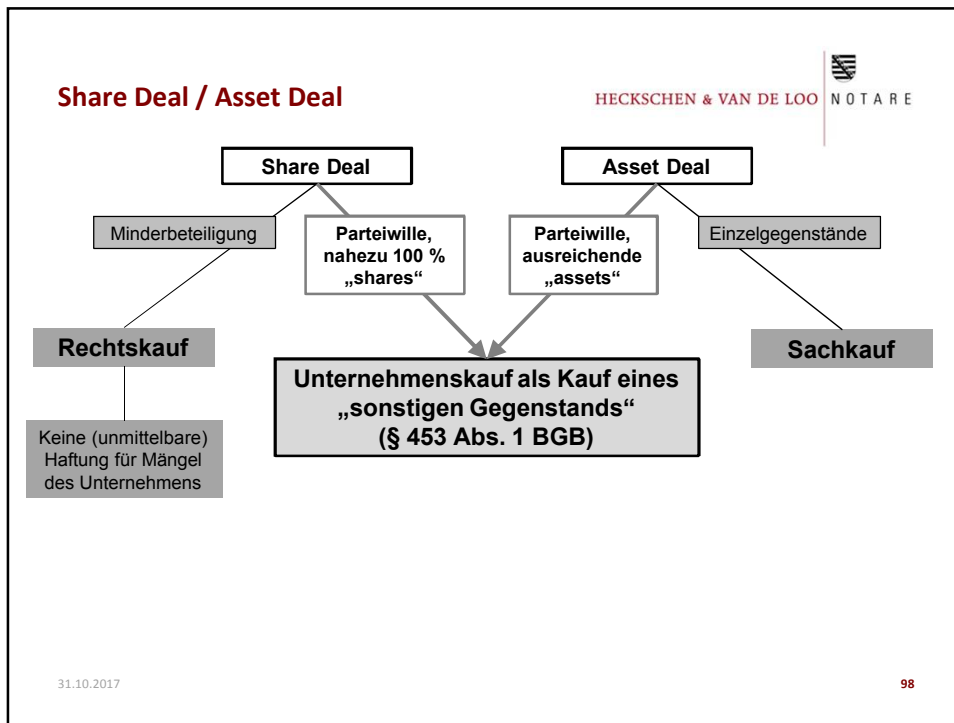
4. Kaufpreis: Der Käufer zahlt an den Verkäufer den vorläufigen Kaufpreis gemäß § 7 des Kaufvertrages durch Überweisung auf das Konto des Verkäufers mit Wertstellung zum heutigen Tag. Der Verkäufer bestätigt hiermit den Erhalt dieses Betrages.

5. Freigabe von Sicherheiten: Der Verkäufer übergibt dem Käufer die in Kopie als Anlage beigefügten Freigabeerklärungen der jeweiligen Kreditgeber für die nachfolgend genannten Sicherheiten: z.B.: Löschungsbewilligung für Grundschuld; Aufhebungsvertrag mit der Bank hinsichtlich der Verpfändung des verkauften Geschäftsanteils

6. Amtsniederlegung: Der Verkäufer übergibt dem Käufer die in Kopie als Anlage beigefügten, zum heutigen Tag wirksam Amtsniederlegungsschreiben der Herren..., Mitglieder der Geschäftsführung der Z-GmbH. Der Notar wird mit Schreiben (Anlage) angewiesen, die entsprechenden bereits unterzeichneten Handelsregisteranmeldungen zum Gericht einzureichen.

7. Servicevertrag: Der Verkäufer einerseits und der Käufer und die Z GmbH andererseits schließen einen Servicevertrag über EDV Dienstleistungen gemäß Anlage.“

97



Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Haftung aus Verschulden vor Abschluss des Unternehmenskaufs (UK); § 311 II BGB

- Vorprüfung: Anwendbarkeit speziellerer Vorschriften (z.B. Mängelgewährleistung)?
- Schuldverhältnis i.S.v. § 311 II BGB
 - § 311 II Nr. 1 BGB (Vertragsverhandlungen)
 - § 311 II Nr. 2 BGB (Vertragsanbahnungen)
 - § 311 II Nr. 3 BGB (ähnliche geschäftliche Kontakte)
 - § 311 III BGB (Schuldverhältnisse mit Dritten)
- Nicht leistungsbezogene Pflichtverletzung, §§ 311 II; 241 II; 280 I - ggf. 278 BGB
 - vor Zustandekommen des Vertrags
 - Fallgruppen:
 - Informations-, Mitwirkungs- und insbesondere Aufklärungspflichten
 - Schutz- und Obhutspflichten gegenüber gefährdeten Rechtsgütern (§ 241 II BGB)
 - Abbruch von Vertragsverhandlungen ohne Grund (Ausnahme: Formerfordernis)
 - Sachwalterhaftung nach § 311 III 2 BGB
- Vertretenmüssen, § 280 I 2 BGB
 - wird vermutet => Beweislast für Nichtvertretenmüssen liegt beim Schuldner
- Rechtsfolge
 - Schadensersatz auf das sog. negative Interesse, § 280 I BGB

31.10.2017

100

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Haftung aus Verschulden vor Abschluss des Unternehmenskaufs (UK)

- Ansprüche aus culpa in contrahendo (c.i.c., § 311 Abs. 2, 3 BGB)
 - können selbst bei Vereinbarungen ohne Bindungswirkung ausgelöst werden (vgl.: § 311 II Nr. 2 BGB!)
 - bei Formbedürftigkeit des Unternehmenskaufs, z.B. gem. § 15 Abs. 4 GmbHG, i.d.R. nur bei Schädigungs**vorsatz**
 - können ausdrücklich ausgeschlossen werden; Haftung kann aber auch klargestellt oder verschärft werden.
 - Verletzung von Aufklärungspflichten stellt Hauptanwendungsfall der c.i.c. dar.
 - Verjährung:
 - c.i.c.: 3 Jahre ab Fälligkeit und Kenntnis (§§ 194 I, 195 BGB)
 - Gewährleistungsansprüche: 2 Jahre (§ 438 I Nr. 3 BGB)
 - Bei für das Unternehmen funktionsrelevanten einzelnen Vermögensgegenständen greift ggf. aber die lange Verjährung nach § 438 I Nr. 1 – 30 Jahre – oder Nr. 2 – 5 Jahre
- c.i.c. – Ansprüche sind in der Praxis des UK sehr wichtig!
- *Im UK-Vertrag sollte über etwaige Ansprüche aus der Zeit im Vorfeld des Vertragsschlusses eine abschließende Regelung getroffen werden.*

31.10.2017

101

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Fall – Haftung aus c.i.c. (BGH WM 2001, 1118; BGH NJW 1999, 1404)

K kauft im Herbst 2000 von V zum Nennwert eine 40%ige Beteiligung an der mit 50T€ ausgestatteten BKD GmbH, an der auch der Bruder B des V, der zugleich Steuerberater der BKD ist, beteiligt war. Die Vertragsverhandlungen mit K überließ V dem B (Steuerberater) wegen dessen Sachkompetenz. V war Hauptgeschäftsführer der GmbH. Die wirtschaftliche Situation der BKD war angespannt.

Neben dem Kauf gab der K der BKD ein Darlehen von 100 T€ und übernahm eine Erfüllungsgarantie in Höhe von 50 T€ gegenüber dem Lieferanten L der BKD. Im Juni 2001 meldet die BDK Insolvenz an. Kurz danach ficht der K den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung an, fordert dessen Rückabwicklung und Schadensersatz für Darlehen, Garantie und Anwaltskosten (ca, 200 T €). V und auch B hätten ihn über die wahre wirtschaftliche Situation der BKD im Unklaren gelassen.

Hat K Ansprüche gegen V und/oder B?

31.10.2017

102

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Fall – Haftung aus c.i.c. (BGH WM 2001, 1118; BGH NJW 1999, 1404)

1. Anspruch aus c.i.c. gemäß §§ 311 II; 241 II gegen V?

1.1. c.i.c. anwendbar?

Grundsatz: Beim Unternehmenskauf gehen die Sachmängelvorschriften der §§ 434 ff der c.i.c. vor. D.h. auch häufig der vertragliche Gewährleistungsausschluss!

Ausnahme: vorsätzliche (=arglistige) Verletzung vorvertraglicher Pflichten oder bei solchen Falschangaben, die sich *nicht auf eine Beschaffenheit* des Unternehmens beziehen (z.B. falsche Angaben zu *kurzfristigen* Umsatz- und Ertragsaussichten – nicht mehr als 3 Jahre) arg.: Verkäufer nicht schutzwürdig.

Liegt Unternehmenskauf vor? Nein: hier nur Rechtskauf (40% der Anteile).

=> c.i.c. ist anwendbar.

Exkurs: *Bei Kauf von Sachgesamtheiten liegt dann nicht nur ein Kauf von einzelnen Wirtschaftsgütern –sondern Unternehmenskauf - vor, wenn ein Inbegriff von Sachen, Rechten und sonstigen Vermögensgegenständen übertragen werden soll und der Käufer dadurch in die Lage versetzt wird, das Unternehmen als solches weiterzuführen (asset deal; wirtschaftliche Gesamtbetrachtung).*

31.10.2017

103

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Fall – Haftung aus c.i.c. (BGH WM 2001, 1118; BGH NJW 1999, 1404)

1. Anspruch aus c.i.c. gemäß §§ 311 II, 241 II gegen V?

1.2. § 311 II Nr. 1: Aufnahme von Vertragsverhandlungen (+)

§ 311 II Nr. 2: Vertragsanbahnung mit Möglichkeit zur Einwirkung auf Rechte, Rechtsgüter oder Interessen des anderen Teils (Due Diligence!!)

§ 241 II: Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils

BGH: Pflicht jeden Vertragspartners, den anderen Teil über solche Umstände aufzuklären, die den Vertragszweck des anderen vereiteln können und daher für seinen Entschluss von wesentlicher Bedeutung sind, sofern dieser einen Hinweis erwarten darf. Kaufinteressent kann sich Bild vom Unternehmen nur an Hand von Bilanzen, BWA, Buchführungsunterlagen und Auskünften des Inhabers machen. Bewertung des Kaufobjekts für Käufer erschwert und dieser daher besonders abhängig von der Vollständigkeit und Richtigkeit der ihm erteilten Informationen vor allem zu Umsatz- und Ertragslage. Die weitreichenden wirtschaftlichen Folgen für den Käufer legen Verkäufer auch ungefragt (!) gesteigerte Aufklärungspflicht auf hinsichtlich aller Umstände, die die Überlebensfähigkeit des Unternehmens ernsthaft gefährden, wie Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit.

Hier: V muss sich falsche Aussagen des B, der die Verkaufsverhandlungen für V geführt hat, nach § 278 zurechnen lassen.

31.10.2017

104

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Fall – Haftung aus c.i.c. (BGH WM 2001, 1118; BGH NJW 1999, 1404)

1. Anspruch aus c.i.c. gemäß §§ 311 II, 241 II gegen V?

1.3 Kausalität? Hier: Umkehr der Beweislast. Derjenige, der Pflichten aus c.i.c. verletzt, muss beweisen, dass der Käufer auch bei Kenntnis von der wahren wirtschaftlichen Situation der GmbH die Anteile gekauft hätte.

1.4. Verschulden: wird vermutet, § 280 I 2; ggf. Mitverschulden nach §§ 254; 278 (z.B. weil GF/Vorstand des Käufers keine Due Diligence durchgeführt hat).

1.5. Rechtsfolgen: Schadensersatz, der „Enttäuschte“ ist so zu stellen, wie er bei richtiger Offenbarung der Umstände stünde (sog. „negatives Interesse“ - Vertrauensschaden).

=> K kann am Vertrag festhalten und zusätzlich Schadensersatz verlangen oder Kaufvertrag anfechten und damit rückgängig machen und Ersatz derjenigen Aufwendungen verlangen, die ihm ursächlich mit dem Kauf der Anteile entstanden sind.

hier: Kaufpreis, Darlehn, Garantie und Anwaltskosten sind zu ersetzen.

2. Anspruch aus c.i.c. gemäß §§ 311 III, 241 II gegen B?

§ 311 III: Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 II kann auch zu Personen entstehen, die nicht Vertragspartei sind, insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen („VV“) oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst (sog. „Sachwalter“-Haftung).

Hier: VV führte B, Sachkunde als langjähriger Steuerberater/ ehemaliger Gesellschafter.

31.10.20: =>c.i.c.-Haftung des B (+)

105

Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO  NOTARE

Konkrete Vorbereitung des Unternehmenskaufvertrages

- Unternehmen = Gesamtheit von Sachen und Rechten
- Für Käufer ist nicht der Erwerb bestimmter Einzelgegenstände entscheidend, sondern die Erzielung bestimmter Gewinne. Hierfür zahlt er den Kaufpreis.
- Für Vertragsgestaltung ist ausschlaggebend, welchen Faktoren der Käufer beim Erwerb des Zielunternehmens die entscheidende Bedeutung beimisst.

Solche Faktoren können sein:

- Verwertbarkeit von Lizenzen
- Mietverträge
- Wettbewerbsverbot
- Fortbestand wichtiger Arbeits-, Dienst- und Auftragsverhältnisse

↳ Häufig macht Käufer zunächst einen Vorschlag zum Inhalt des Vertrages.

31.10.2017

106

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO  NOTARE

Überblick

Vergleich Asset-Deal/Share-Deal

Vertragsbeteiligte

Kaufgegenstand

Übertragungstichtag/Bilanzen

Kaufpreis

Haftungsrisiken

Gewährleistung

Abwicklung und Wettbewerbsverbot

Ergänzende Hinweise

31.10.2017

107

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vergleich asset deal / share deal

- Vorteile Unternehmenskauf (asset deal) - §§ 453 I 2. Alt., 433 BGB
 - Selektion beim Erwerb von Vermögensgegenständen und Verbindlichkeiten
 - => Asset deal regelmäßig beim Verkauf aus der Insolvenz
 - Ausnahme: zunächst asset deal mit Auffanggesellschaft und dann share deal
 - Allerdings: §§ 25 HGB und § 613 a BGB => Haftungsrisiken

- Vorteile Beteiligungskauf (share deal) – §§ 453, 433; 398; 413 BGB; 15 I GmbHG
 - Einfachere Dokumentation und Übertragung, da „Gesamtrechtsnachfolge“
 - Kein Einfluss auf wichtige Verträge mit dem Rechtsträger des Unternehmens
 - Ausnahme: bei sog. „change of control – Klauseln“
 - Inhaberbezogene Genehmigungen bleiben erhalten
 - Nicht möglich bei Einzelunternehmen und öffentlicher Hand
 - Dann vorab Ausgliederung oder Sachgründung erforderlich

➤ Share Deal in der Praxis häufigste Erscheinungsform des UK

31.10.2017

108

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Überblick Vertragsbeteiligte

Besonderheiten bei der Beteiligung von Gesellschaften

Mehrheit von Personen auf einer Vertragsseite

Einbeziehung weiterer Beteiligter in den Unternehmenskauf

Zustimmung Dritter

31.10.2017

109

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte: Besonderheiten bei der Beteiligung von Gesellschaften

- Vertretungsbefugnis prüfen
 - Besteht evtl. ein Vertretungsverbot gem. § 181 BGB, bei einer AG ggf. auch nach § 112 AktG? (Beispiel: Verkauf im Konzern)
 - Einsicht in betreffendes Register nehmen
 - Bestehen Zustimmungsvorbehalte (Satzung!) zugunsten weitere Organe? (z.B. AR, HV, GV)
- Tritt eine sog. „Vorratsgesellschaft“ als Erwerber auf,
 - sind Grundsätze der wirtschaftlichen Neugründung zu beachten.
=> UKV erst nach elektronischer HRA der Veränderungen abschließen!
 - Andernfalls droht Unterbilanzhaftung des Veräußerers bis zum Stichtag der Offenlegung
 - kann erforderliche Beschlussfassung durch GV der Vorrats-GmbH erst nach Eintragung der neuen Gesellschafter in die beim Handelsregister geführte Gesellschafterliste erfolgen. Ausnahme: § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG

31.10.2017

110

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte: Besonderheiten bei der Beteiligung von Gesellschaften

- droht Haftung nach den Grundsätzen der verschleierte Sachgründung, wenn an Erwerber-GmbH ganz oder überwiegend die gleichen Personen beteiligt sind wie an Veräußerer-Gesellschaft.
- Jedenfalls dann, wenn die Kaufpreiszahlung an den Veräußerer auch aus Mitteln geschieht, die dem Stammkapital der Vorratsgesellschaft (=Erwerber) entnommen werden. Darin liegt Rückzahlung des Stammkapitals an die Veräußerer, die zugleich Gesellschafter der Vorratsgesellschaft sind, und verdeckte Sacheinlage des gekauften Unternehmens.
(§§ 19 I GmbHG; 362 BGB ? Nein: 19 IV GmbHG)
- Siehe auch BGHZ 165, 352
- Tritt eine Aktiengesellschaft in den ersten beiden Jahren nach ihrer Gründung als Erwerber auf, sind die Nachgründungsvorschriften des § 52 AktG zu beachten.
- Zum Verhältnis von § 52 AktG zur verschleierte Sachgründung:
BGH DStR 2008, 1052 („Rheinmöve“)

31.10.2017

111

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte: Mehrheit von Personen auf einer Vertragsseite

- Regelung der gemeinsamen Gläubiger- und Schuldnerstellung
 - §§ 420, 421, 427, 428, 431, 432 BGB
(Unternehmen = unteilbare Leistung; Kaufpreis = teilbare Leistung)
- Gründerwerbsteuerlich bietet die Einschaltung eines weiteren Käufers u.U. die Möglichkeit, bei einem share deal eine Anteilsveräußerung nach § 1 Abs. 3 GrEStG – Anteilsvereinigung in der Hand des Erwerbers, die zur Gründerwerbsteuer führt - zu vermeiden.
 - Kapitalgesellschaft: unmittelbar oder mittelbar 95% Beteiligung oder mehr
 - Personengesellschaft: 95% oder mehr Anteilsveränderung innerhalb von 5 Jahren (§ 1 Abs. (2a) GrErwStG)
- Gestaltung?
Käufer erwirbt zunächst Grundstück von der GmbH. Danach Erwerb aller Geschäftsanteile an der GmbH und sodann Rückgängigmachung des Kaufvertrages mit Aufhebung GrErwSt nach § 16 GrErwStG. Wohl § 42 AO-Fall.

31.10.2017

112

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte: Einbeziehung weiterer Beteiligter in den Unternehmenskauf

- Weitere Beteiligte können bei Asset- bzw. Share-Deal sein:
 - Gesellschafter der Ziel-GmbH
 - Geschäftsführer der Ziel-GmbH
 - Ziel-GmbH selbst
- Bestimmte nahestehende Vertragspartner der Ziel-GmbH
 - Mietvertrag über Geschäftsgrundstück mit Gesellschafter/dessen Ehefrau
 - Darlehensvertrag zwischen Ziel-GmbH und Gesellschafter
 - Sicherheiten der Gesellschafter für Darlehen von Banken an die Ziel-GmbH

31.10.2017

113

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte: Einbeziehung weiterer Beteiligten in den Unternehmenskauf

> asset deal

- Behält Verkäufer-Gesellschaft kein wesentliches Vermögen zurück oder wird sie nach dem Unternehmenskauf liquidiert, kann Käufer bis dahin nicht erfüllte Verpflichtungen (z.B. aus Gewährleistung) kaum noch durchsetzen.
 - Aus Käufersicht empfiehlt sich daher die Einbeziehung der Gesellschafter als Garanten.
 - Alternative: Stellung von Bürgschaften oder anderen Sicherheiten
 - Aus Verkäufersicht kann Ausschluss der Haftung der Gesellschafter, z.B. der Konzernmutter, ratsam sein.
- Einbeziehung der bisherigen Geschäftsführungsorgane denkbar
 - Mithaftung, z.B. für Gewährleistungsgarantien
 - Umgekehrt ist auch Haftungsfreistellung möglich, z.B. von Ansprüchen aus c.i.c.

31.10.2017

114

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte: Einbeziehung weiterer Beteiligten in den Unternehmenskauf

> share deal, insbesondere beim Kauf von GmbH-Geschäftsanteilen

- Einbeziehung der GmbH sollte zumindest insoweit **nicht** erfolgen, als daraus Verstöße gegen die Kapitalerhaltungspflicht (§§ 30, 31 GmbHG) resultieren. Dies betrifft z.B.
 - Übernahme von Kosten, die wirtschaftlich dem veräußernden oder erwerbenden Gesellschafter zuzuordnen sind.
 - Übernahme von Verpflichtungen durch die Ziel-GmbH im Interesse des Verkäufers.
- Einsatz des Vermögens der Zielgesellschaft zur Kaufpreisfinanzierung?
 - a) Schranke aus §§ 30 f. GmbHG: Unzulässige Rückgewähr, wenn
 - Rückgriffsanspruch der GmbH gegen den Gesellschafter ist im Falle einer Inanspruchnahme der von der GmbH für die Finanzierung des Kaufpreises der Käufer-Bank gestellten Sicherheiten nicht vollwertig **und**
 - gestellte Sicherheit begründet im Falle ihrer Inanspruchnahme eine Unterbilanz
 - b) Schranke aus § 43 a GmbHG, wenn Erwerber zugleich GF der Zielgesellschaft
 - d) vgl. Fall BGHZ 173, 1 ff. (Slide 210)

31.10.2017

115

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte: Einbeziehung weiterer Beteiligter in den Unternehmenskauf

➤ **share deal**, insbesondere beim Kauf von GmbH-Geschäftsanteilen

- Gesellschafter-GF scheidet im Zuge des Unternehmensverkaufs als GF aus
=> Haftung für Pflichtverletzungen ggüB GmbH (zB § 43 GmbHG) besteht fort
- Sollen mit Ausnahme der vertraglich festgelegten Gewährleistungsgarantien Ansprüche gegen den Verkäufer so weit wie möglich ausgeschlossen sein, sollten Ansprüche der GmbH vertraglich abbedungen bzw. zu Lasten Käufer eine Freistellungsverpflichtung vorgesehen werden.
- Achtung bei zwischen der Zielgesellschaft und dem veräußernden Gesellschafter (bzw. ihm nahestehenden Personen) bestehenden Verträgen:
 - Ist Fortbestand dieser Verträge für Erwerber wichtig, Fortführung vereinbaren!
(z.B. Mietvertrag über betriebsnotwendiges Grundstück)
 - Im Übrigen sollten diese Verträge aufgehoben werden.

31.10.2017

116

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte: Einbeziehung weiterer Beteiligter in den Unternehmenskauf

➤ **share deal**, insbesondere beim Kauf von GmbH-Geschäftsanteilen

- Gesellschafterdarlehen sollten nicht zurückgezahlt werden, sondern:
 - sind vom Erwerber zu übernehmen.
 - ggf. Verzicht des Verkäufers auf die Forderung vor dem Anteilskauf
- Arg.: Insolvenzanfechtung nach § 135 I Nr. 2 InsO der **Rückzahlung** des Gesellschafterdarlehens i.S.d. § 39 I Nr. 5 InsO, wenn diese im letzten Jahr vor Antrag auf Eröffnung der Insolvenz erfolgt
Rechtsfolgen: § 143 InsO
=> - Rückgewähr des Darlehens in Insolvenzmasse
- Nachrangige Insolvenzforderung des Gesellschafters an die Masse
- **BGH v. 21.02.2013 - IX ZR 32/12**

31.10.2017

117

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte: Einbeziehung weiterer Beteiligter in den Unternehmenskauf

Sachverhalt: (nach BGH v. 21.02.2013 - IX ZR 32/12 - ZIP 2013, 582)

A ist Alleingesellschafter der B-GmbH. Er gewährte der späteren Insolvenzschuldnerin (=B-GmbH) ungefähr elf Monate vor Insolvenzantragstellung ein Darlehen über 500.000 Euro. A verkauft diese Forderung etwa sechs Monate vor Antragstellung unter gleichzeitiger Abtretung und unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung zu einem Kaufpreis von 375.000 Euro an C. Die B-GmbH und spätere Insolvenzschuldnerin beglich vier Monate vor Antragstellung den fälligen Darlehensbetrag einschließlich Zinsen an den C als Zessionar.

Nunmehr fordert der Insolvenzverwalter als Kläger nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO von A die Rückzahlung des Darlehensbetrages. Zu Recht?

31.10.2017

118

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte: Einbeziehung weiterer Beteiligter in den Unternehmenskauf

Rückzahlungsanspruch nach
§§143 I; 135 I Nr. 2; 39 I Nr. 5 InsO; 819 I; 818 IV; 292; 989 BGB?

BGH:

- Das Gesellschafterdarlehen unterliegt nach **§ 30 I 3 GmbHG** nicht dem Verbot der Aus-/Rückzahlung => keine Haftung GF oder Mitgesellschafter
- Das Gesellschafterdarlehen verliert seinen **Nachrang gemäß § 39 I Nr. 5 InsO** nicht durch Abtretung an einen Dritten (§ 404 BGB), sondern erst nach 1-Jahres-Frist (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO)
- Legitimationsgrundlage für die Anfechtbarkeit ist die **Finanzierungsfolgenverantwortung** des Gesellschafters.
- Bei Abtretung eines Gesellschafterdarlehens unterliegt neben dem **Zessionar auch der Gesellschafter selbst der Anfechtung**.
Im Rahmen von § 135 I 2 InsO werden auch alle **Umgehungstatbestände erfasst** - wirtschaftliche Betrachtungsweise

31.10.2017

119

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte: Einbeziehung weiterer Beteiligten in den Unternehmenskauf

Fragen:

- Ist die Entscheidung des BGH mit der Folge der Haftungserstreckung aus Insolvenzanfechtung auf den Zedenten, auch im Falle des Unternehmensverkaufs unter zeitgleichem Verkauf des Gesellschafterdarlehen anwendbar?
 - Der Gedanke der Finanzierungsfolgenverantwortung greift gerade nicht, da der Käufer in die Pflichtenstellung des Verkäufers einrückt
 - Auch kein Unterlaufen der Finanzierungsfolgenverantwortung durch Auseinanderfallen der Gesellschafter- und Darlehensgläubigerrolle
 - Im Fall des BGH (Zessionar hatte Sitz in der Karibik) wohl Mißbrauch!
- Jedoch Rechtsunsicherheit in der Praxis des Unternehmenskaufs bis zur höchstrichterlichen Klärung dieser Frage

31.10.2017

120

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte: Einbeziehung weiterer Beteiligten in den Unternehmenskauf

Gestaltungsempfehlung:

- **Abtretungslösung** modifiziert mit 1-jähriger Rückzahlungssperre und Freistellungshaftung des Käufers und Besicherung dieser durch Bürgschaft oder Patronatserklärung bzw. Einzahlung des Haftungsbetrages auf Treuhandkonto
- **Einbringungslösung:** Vor Unternehmensverkauf Einlage der Darlehensrückzahlungsforderung in die Kapitalrücklage der Gesellschaft im Wege der Forderungsabtretung an die Gesellschaft
 - => Eigenkapitalerhöhung, entsprechend höherer Kaufpreis beim Unternehmensverkauf
 - Nachteil: Ausschüttung des ursprünglichen Darlehensbetrages nur noch im Wege der Gewinnausschüttung => Steuerbelastung

31.10.2017

121

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte: Einbeziehung weiterer Beteiligter in den Unternehmenskauf

- **share deal**, insbesondere beim Kauf von GmbH-Geschäftsanteilen
 - Sicherheiten, die für Darlehen Dritter an die Gesellschaft vom Verkäufer/ Gesellschafter gestellt wurden, sollten vom Erwerber abgelöst werden
Arg.: Insolvenzanfechtung bei Gter Sicherheit für Drittgläubigerforderung, die im letzten Jahr vor InsO-Eröffnungsantrag befriedigt wird (§§ 135 II InsO)
 - Rechtsfolgen - § 143 III InsO: Frei gewordener Gesellschafter muss
 - das an den Drittgläubiger zurückgezahlte Darlehen der Gesellschaft im Wert der Sicherheit zur Verfügung stellen oder
 - die Sicherheit der Gesellschaft (=Insolvenzmasse) zur Verfügung stellen und
 - hat selbst nur eine Insolvenzforderung; ggf. bei Unterscheidbarkeit oder Bereicherung der Masse => Masseforderung auf Rückgabe der Sicherheit (vgl. § 144 I und II InsO)
 - Ist Gesellschafter Eigentümer von Gegenständen, welche die Gesellschaft nutzt, ist Erwerb dieser Gegenstände in den Unternehmenskauf mit einzubeziehen
 - Bsp.: Ist einer GmbH ein betriebsnotwendiges Grundstück zur Nutzung überlassen, kann langfristiger Mietvertrag abgeschlossen werden oder Grundstück vom Gesellschafter mit angekauft werden..

31.10.2017

122

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte: Zustimmung Dritter

- Aktien: grundsätzlich ohne Zustimmung Dritter übertragbar
 - Vinkulierung von Namensaktien möglich, § 68 Abs. 2 AktG
- GmbH-Anteile:
 - Beschränkung der Übertragbarkeit mit dinglicher Wirkung im Gesellschaftsvertrag (§ 15 V GmbHG)
 - Zustimmungserfordernis möglich
- Anteile an Personengesellschaften (GbR/OHG/KG)
 - Übertragung nur mit genereller oder im Einzelfall erteilter Zustimmung der anderen Gesellschafter (§§ 719 I BGB, 105 II; 161 II HGB)
 - Zustimmung kann bereits im Gesellschaftsvertrag enthalten sein
 - Gesellschaftsvertrag kann Modalitäten wie z.B. Mehrheitserfordernisse regeln

31.10.2017

123

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte:

Zustimmung Dritter

- Verkauf der Beteiligung an einer Gesellschaft, an der stille Ges. besteht:
 - Für Veräußerung Zustimmung des stillen Gesellschafters nur *im Innenverhältnis* erforderlich
- Vorkaufsrechte von Mitgesellschaftern
 - Vorsorgliche Regelungen im Verpflichtungsvertrag ratsam, z.B. auflösende Bedingung für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechtes

31.10.2017

124

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte:

Zustimmung Dritter

- Zustimmung der Hauptversammlung nach § 179a AktG erforderlich, wenn
 - Veräußerer eine AG oder KGaA
 - das zu übertragende Unternehmen das gesamte o. wesentliche Vermögen der Gesellschaft darstellt; Keine Vermögensübertragung nach § 179a, „wenn Gesellschaft mit zurückbehaltenem Betriebsvermögen noch in der Lage bleibt, satzungsmäßige Unternehmensziele zu verfolgen.“
 - „Holzmüller“- Urteil u. „Gelatine“- Entscheidung des BGH (Z 83, 122; Z 159, 30)
 - Zustimmung mit ¾ Mehrheit (§ 179 II 1 AktG) nur zum Verpflichtungsgeschäft (keine dingliche Wirkung)
- wenn GmbH Veräußerin:
 - § 179a AktG gilt entsprechend, die Gesellschafter müssen zustimmen (BGH II ZR 24/94; II ZR 236/03; h.M.); ¾ Mehrheit nach § 53 II 1 GmbHG
- Veräußerer ist eine OHG/KG:
 - § 179a AktG gilt entsprechend, Zustimmung aller Gesellschafter (auch der Kommanditisten) nach § 116 (i.V.m. §§ 161, 164) HGB erforderlich

31.10.2017

125

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte:

Zustimmung Dritter

§ 179 a AktG

- AG verpflichtet sich zur Übertragung des gesamten Gesellschaftsvermögens
- Schutzvorschrift für Aktionäre
- Erfasst dies nur die vollständige Vermögensübertragung?

Kriterium:

Greift Vermögensübertragung in satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand ein?
 BGH („Holzmüller“): Keine Vermögensübertragung nach § 179a, wenn Gesellschaft mit zurückbehaltenem Betriebsvermögen noch in der Lage bleibt, satzungsmäßige Unternehmensziele zu verfolgen, dann ggf. § 119 II

- § 119 II AktG
 => Bindung des Vorstandes gemäß § 83 II AktG und § 93 IV 1 (=> HV-Beschluss führt zur Haftungsvermeidung)

31.10.2017

126

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte:

Zustimmung Dritter

Vergleich § 179a AktG - § 119 II AktG

- Vertretungsmacht des Vorstandes nur durch Gesetz beschränkbar, § 82 I AktG
 - § 179a AktG ist gesetzliche Beschränkung und hat Außenwirkung, allerdings nur für schuldrechtliches Geschäft!
 - Verletzung der Vorlagepflicht nach § 119 II AktG beeinträchtigt nicht die Wirksamkeit
- aktienrechtliche Kompetenzabgrenzung zwischen Vorstand und Hauptversammlung zwingend
 - Satzung kann Geschäftsführungshandlungen nicht von der Zustimmung der Hauptversammlung abhängig machen (vgl. § 23 V AktG).

31.10.2017

127

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte:

Zustimmung Dritter

Beispiele

- Ausgliederung und Veräußerung wesentlicher Vermögensteile aus dem Eigenvermögen („Holzmüller“ – dazu sogleich)
- Veräußerung (nicht Erwerb!) wesentlicher Unternehmensbeteiligungen
- Bedeutende GF-Maßnahme in Tochtergesellschaft?

=> Beschluss der Hauptversammlung (AG)/Gesellschafterversammlung (GmbH):

Umstritten ist, ob einfache Stimmenmehrheit (analog § 119 II AktG) oder satzungsändernde Mehrheit analog §§ 179, 179a, AktG/ 53 II 1 GmbHG erforderlich sind (so BGH „Gelatine“)

¾ = Beurkundungsbedürftigkeit sowohl bei AG (§ 130 I 3 letzter HS AktG) als auch bei GmbH (§ 53 II 1 GmbHG)

31.10.2017

128

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte:

Zustimmung Dritter

Holzmüller (BGHZ 83, 122):

Sachverhalt:

Ein mit 8% beteiligter Aktionär wehrt sich dagegen, dass die Holzmüller H-AG den wertvollsten Teil ihres Unternehmens – einen Seehafenbetrieb (80 % des Gesellschaftsvermögens) – ohne Zustimmung der HV ausgliederte und auf eine von ihr allein gegründete und beherrschte SH-AG übertrug. Der Aktionär hatte vorher einer Satzungsänderung zugestimmt, wonach die Ges. ermächtigt wurde, „andere Unternehmen zu errichten und zu erwerben sowie sich an anderen Unternehmen zu beteiligen“ und „ihren Betrieb ganz oder teilweise solchen Gesellschaften zu überlassen.“

Der Aktionär begehrt u.a. die Feststellung (§ 256 ZPO), dass die Einbringung des Seehafenbetriebs als Sacheinlage in das SH-AG Vermögen nichtig sei.

31.10.2017

129

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE

**Vertragsbeteiligte:****Zustimmung Dritter**Lösung:**1. Zulässigkeit der Klage**

Feststellungs-Klagebefugnis nach § 256 ZPO entfällt nicht analog § 245 Nr. 1 AktG: Das folgt aus dem verbandsrechtlichen Anspruch des Aktionärs, dass der Vorstand seine Mitgliedsrechte achtet und alles unterlässt, was diese rechtswidrig beeinträchtigt, dh. über das durch Gesetz oder Satzung gedeckte Maß hinaus geht.

2. Begründetheit (Nichtigkeit des Ausgliederungsvertrages?)

a) § 179 a AktG (-), auch nicht analog

b) § 179 AktG greift nicht, da Satzung „Konzernklausel“ enthielt

c) § 119 II AktG (+) Auslagerung eines wesentlichen Betriebsteils ist „Strukturänderung“, die die Rechtsstellung der Aktionäre tief beeinträchtigt: z.B. durch den Fahrstuhleffekt wegen § 58 III AktG hinsichtlich der Gewinne in der SH-AG. Satzungsklausel hebt diese Aktionärsrechte nicht auf. Keine Alleinentscheidungskompetenz des Vorstands, sondern intern analog § 119 II AktG HV-Kompetenz.

d) Aber Ausgliederung bleibt nach außen wirksam (§ 82 I AktG). Kein Mißbrauch der Vertretungsmacht, da §§ 57 I 1 AktG Rückübertragung des eingebrachten Seehafenbetriebes ohne Kapitalherabsetzung oder Auflösungsbeschluss verbieten.

⇒ Nichtigkeit (-)

130

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE

**Vertragsbeteiligte:****Zustimmung Dritter**Lösung:**e) Rückübertragung Seehafenbetrieb von SH-AG auf H-AG?**

SchE aus § 280 I BGB i.V.m. verbandsrechtlichen Anspruch gegen Vorstand und auch die Gesellschaft selbst (s.o. 1.). Da H-AG als Alleinaktionärin SH-AG veranlassen kann, den Ausgliederungsvertrag rückabzuwickeln und auch Kapitalherabsetzungs- und/oder Auflösungsbeschlüsse zu fassen, SchE-Anspruch (+).

Aber: Klage muss analog § 246 AktG innerhalb Frist von einem Monat nach Kenntnis von Vorgang (hier: Ausgliederung) erhoben werden.

31.10.2017

131

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte:

Zustimmung Dritter

„Gelatine“ (BGHZ 159, 30)

Sachverhalt:

AG, die Gelatine herstellt, hat eine TG G und eine TG E. E trug 30% zum Jahresüberschuss der AG bei. Im Wege der Sachkapitalerhöhung wird die E in die G vollständig eingebracht. Der Kläger will Unwirksamkeit dieses Beschlusses feststellen lassen, da HV von AG nicht zugestimmt hat.

Lösung:

Ungeschriebene Mitwirkungsbefugnisse der HV bei Maßnahmen, die das Gesetz dem Vorstand als Leitungsaufgabe zuweist, sind nur ausnahmsweise und in engen Grenzen anzuerkennen. Sie kommen allein dann in Betracht, wenn eine von dem Vorstand in Aussicht genommene Umstrukturierung der Gesellschaft an die Kernkompetenz der HV, über die Verfassung der AG zu bestimmen, rührt, weil sie Veränderungen nach sich zieht, die denjenigen zumindest nahe kommen, welche allein durch eine Satzungsänderung herbeigeführt werden können.

31.10.2017

132

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte:

Zustimmung Dritter

„Gelatine“ (BGHZ 159, 30)

- BGH: Richterliche Rechtsfortbildung
 - Lit.: Gesamtanalogie zu aktien- und umwandlungsrechtlichen Strukturmaßnahmen (§§ 179 a, 293 II 1, 319 II AktG; 123 ff, 13, 65 UmwG)
 - Umwandlungsvorgänge /Unternehmensverträge/ Kapitaländerungsmaßnahmen
 - Wesentlicher Eingriff in Mitgliedschafts-/Vermögensrecht des Aktionärs
 - => Anwendung der Bagatellgrenze von § 62 I UmwG?
 - BGH: nein! Allerdings: Eindeutige Stellungnahme zu Vergleichsgrößen hat der BGH unterlassen
- Maßnahme muss Satzungsänderung gleichkommen; Mediatisierungseffekt für Aktionäre allein reicht nicht
 - Mitwirkungsbefugnisse der HV nur in engen Grenzen anerkannt
 - Wenn, dann verlangt BGH ¾-Mehrheit (s.o.)
 - Im Fall: keine Zustimmung erforderlich

31.10.2017

133

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte:

Zustimmung Dritter

Dresdner Bank/Commerzbank (OLG Ffm NZG 2011, 62)

Sachverhalt: Im August 2008 einigten sich die Cobra AG und die Allianz SE über den Erwerb der Dreba AG durch die Cobra AG zu einem Kaufpreis von ca. EUR 8,8 Mrd. Die Zustimmung der Hauptversammlung wurde für die Transaktion nicht eingeholt. Entsprechend der getroffenen Vereinbarung erwarb die Cobra AG zunächst etwas über 60% der Dreba-Aktien gegen einen Gesamtwert der Gegenleistungen von ca. EUR 5,7 Mrd. Durch die Verluste bei der Dreba AG infolge der Finanzkrise ergab sich eine erhebliche Ertragsbelastung für die Cobra AG. Die ursprünglich vorgesehene Transaktionsstruktur für die verbleibenden 40% der Aktien der Dreba AG wurde abgeändert. Im Januar 2009 erwarb die Cobra AG die Restbeteiligung gegen Zahlung von EUR 1,65 Mrd, sodann wurde die Dreba AG auf die Cobra AG verschmolzen. Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH in 2/12 zurückgewiesen!

Lösung Nach OLG Frankfurt a.M. hat der Erwerb einer Beteiligung nicht die Qualität einer Maßnahme, die zu Mitwirkungsbefugnis der HV führen könnte. Während bei Ausgliederung bereits vorhandene unternehmerische Aktivitäten dem direkten Einflussbereich der Hauptversammlung entzogen werden, treten beim Beteiligungserwerb unternehmerische Aktivitäten hinzu

134

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte:

Zustimmung Dritter

Lösung

Ein der Ausgliederung vergleichbarer Fall läge nur vor, wenn Teile des operativen Geschäfts veräußert und stattdessen eine Beteiligung erworben wird. Die Dreba AG ist mit der Verschmelzung nach § 62 UmwG in der Cobra aufgegangen, der Einfluss der Aktionäre der Cobra hat sich nicht verringert und ein Mediatisierungseffekt ist nicht ersichtlich. Bei der Cobra fand auch keine zustimmungsbedürftige Strukturänderung statt, da die Kernsegmente des Geschäfts unverändert blieben und sich lediglich der Umfang der Aktivitäten vergrößert hat. Auch die quantitativen Voraussetzungen für einen mit der Holz Müller-Entscheidung vergleichbaren Sachverhalt fehlten. Abzustellen sei auf das Verhältnis der Größe des erworbenen Unternehmens zur Größe des kombinierten Unternehmens nach dem Erwerb (nicht etwa ein Vergleich der beiden einzelnen Gesellschaften). Der Anteil der Dreba am Gesamtkonzern betrug nach der Transaktion hinsichtlich der Bilanzsumme ca. 40%, des Ertragswerts ca. 35 %, der Mitarbeiter ca. 40%, des Kreditvolumens ca. 25% und des bilanziertem Eigenkapitals ca. 20%.

(rechtskräftig: BGH hat Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

31.10.2017

135

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte:

Zustimmung Dritter

- GbR als Veräußerin:
 - Vertretungsmacht der handelnden Gesellschafter richtet sich nach dem Gesellschaftsvertrag, nachrangig nach § 714 BGB
 - Ohne vertragliche Regelung bedarf es im Zweifel der Zustimmung aller Gesellschafter analog §§179 a, 119 II AktG
- Hat veräußerndes Unternehmen einen stillen Gesellschafter muss dieser nur mit Wirkung im Innenverhältnis zustimmen

31.10.2017

136

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte:

Zustimmung Dritter

- Zustimmung des Ehegatten des Veräußerers zu der Verfügung – dingliche Wirkung - nach § 1365 I 1 BGB erforderlich, wenn
 - Güterstand der Zugewinnngemeinschaft
 - Unternehmensbeteiligung sein gesamtes bzw. nahezu sein gesamtes Vermögen darstellt (ca. 85% des Gesamtvermögens - Einzelfallentscheidung) **und**
 - wenn Erwerber dies weiß oder die Umstände kennt, aus denen sich ergibt, dass im Wesentlichen das ganze Vermögen betroffen ist
- Ohne vorherige Zustimmung (=Einwilligung, § 183 BGB) hängt auch die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts von der nachträglichen Zustimmung (=Genehmigung, § 184 I BGB) ab, § 1366 BGB
- Auch der Ehegatte des Veräußerers kann die Rechte aus der Unwirksamkeit der Verfügung geltend machen (§ 1368 BGB)

31.10.2017

137

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte:

Zustimmung Dritter

Familiengerichtliche Genehmigung: bei Beteiligung von Minderjährigen / Betreuten

- Share-Deal: Erwerb und Veräußerung von Gesellschaftsanteilen
 - GbR oder Personengesellschaft: § 1822 Nr. 10 oder Nr. 3 2. Alt. BGB
 - **Ausnahme:** rein vermögensverwaltende Personengesellschaften
 - GmbH und AG: § 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB bei Erwerb der unternehmerischen Mehrheit, die ab 50% angenommen wird (KG NJW 1962, 55)

- Asset-Deal
 - Wenn GbR im Zusammenhang mit Asset-Deal Grundstück verkauft gilt § 1821 I Nr. 1 und 4 BGB
 - Genehmigungserfordernis gilt nicht bei anderen Personen- oder Kapitalgesellschaften, da Minderjähriger nicht Rechtsträger des Grundstückes, sondern die Gesellschaft

- Die familiengerichtlichen Genehmigungserfordernisse gelten sowohl für das Verpflichtungs- als auch das Vollzugsgeschäft

31.10.2017

138

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte:

Zustimmung Dritter

Erbrecht

- Unterliegt Gesellschaftsanteil der Testamentsvollstreckung, richtet sich Übertragbarkeit danach, ob Testamentsvollstrecker allein oder nur zusammen mit den Erben zur Veräußerung befugt ist. Erblasserwille entscheidend. (§§ 2205, S. 2; 2208 I 1 BGB)

- Verkauft Nachlaßverwalter ein zum Nachlass gehörendes Unternehmen oder Unternehmensbeteiligung bedarf der Verkauf der familiengerichtlichen Genehmigung, §§ 1978, 1915, 1822 Nr. 3 BGB

31.10.2017

139

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Überblick: Kaufgegenstand

I. Asset-Deal

- kurzes Muster und Grundsätze
- Übertragung der Firma – auch in der Insolvenz
- Formvorschriften (§§ 311 b I; 925; 311 b II; 311 b III BGB; §§ 15 GmbHG)
- Steuerliche Gefahren beim Asset-Deal

II. Share Deal

III. Rechtsformspezifische Besonderheiten bei der GmbH

- Asset Deal
- Share Deal

IV. Rechtsformspezifische Besonderheiten bei der Personengesellschaft

V. Weitere Besonderheiten

31.10.2017

140

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand - Kurzes Muster für Asset Deal

„1. Im Teileigentumsgrundbuch des Amtsgerichts von Blatt ist eingetragen: Miteigentumsanteil zu 121/1000 an dem Grundstück der Gemarkung FlStNr., verbunden mit dem Sondereigentum an den im Erdgeschoss liegenden Laden- und Gewerberäumen, im Aufteilungsplan mit Nr. 1 bezeichnet. Eigentümer: A.N., geb. am, Bäckermeister in Belastungen sind nicht eingetragen. Verkäufer betreibt in den Räumen des Teileigentums einen Bäckereibetrieb mit Verkaufsladen.

2. Verkäufer verkauft an Käufer das gesamte vorstehend bezeichnete Unternehmen. Verkauft ist insbesondere:

- a) das vorstehend bezeichnete Teileigentum mit allen Bestandteilen und dem Zubehör;
- b) das gesamte Betriebsinventar und das gesamte Umlaufvermögen des Unternehmens zum heutigen Tag. Das Ergebnis der Inventur zum 31.12.20 ist der Verweisungsurkunde, Urkunde des beurkundenden Notars vom gestrigen Tage, UR-Nr., als Anlage 1 beigefügt; die Beteiligten kennen diese Verweisungsurkunde und verzichten darauf, dass sie vorgelesen und hier beigefügt wird. A.N. sagt im Sinne einer Beschaffensvereinbarung zu, dass seit dem Stichtag der Inventur bis zum heutigen Tag Geschäfte nur im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb vorgenommen worden und Gegenstände des Anlagevermögens weder veräußert noch angeschafft worden sind; er garantiert, seit dem Stichtag der Inventur nicht mehr als 6.320,00 € entnommen zu haben. Veräußert ist alles, was – unter Berücksichtigung dessen, dass das Unternehmen seither fortgeführt worden ist – in der Inventurliste als Aktivvermögen aufgeführt ist; in gleicher Weise übernimmt der Käufer mit befreiender Wirkung alle aufgeführten Verbindlichkeiten mit befreiender Wirkung für den Verkäufer;
- c) alles, was sonst den Inbegriff des Unternehmens ausmacht.

3. Die Vertragsteile bewilligen und beantragen, für die Ansprüche des Käufers auf Übereignung des verkauften Teileigentums eine Vormerkung in das Grundbuch einzutragen; schon jetzt wird deren Löschung bei Eintragung des Eigentumsübergangs beantragt, vorausgesetzt das Eigentum geht in den Rang über, den die Vormerkung sichert. Die Auffassung ist zu erklären, sobald der gesamte Kaufpreis bezahlt ist und dem Notar die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts vorliegt, wonach der Eintragung des Käufers als Eigentümer grunderwerbsteuerliche Bedenken nicht entgegenstehen. Die Vertragsteile sind darüber einig, dass das Eigentum an den verkauften beweglichen Sachen und dass die verkauften Rechte und Ansprüche unter der Bedingung auf den Käufer übergehen, dass der gesamte Kaufpreis bezahlt ist.“

141

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand

asset deal

- Kaufgegenstand ist nicht das Unternehmen „an sich“, sondern die einzelnen Vermögenswerte des Unternehmens (§ 453 I 2. Alt. BGB)
- zu übertragen sind:
 - bilanziertes Vermögen
 - Aber: GGf. Sonderbetriebsvermögen in Bilanz der Personengesellschaft, das evtl. nicht übertragen wird!
 - nicht bilanzierte bzw. nicht bilanzierungsfähige Vermögensgegenstände
 - z.B. geringwertige Wirtschaftsgüter; selbst geschaffenes Know-How - § 248 II 2 HGB
 - immaterielle Wirtschaftsgüter
 - z.B. Markenrechte, Lizenzen, Know-How + Datenträger, wichtige Unterlagen/Mitarbeiter
 - vertragliche bzw. sonstige Rechtsverhältnisse
 - z.B. Miet- bzw. Leasingverträge, behördliche Genehmigungen, Mitgliedschaften
 - Forderungserwerb unmöglich bei Abtretungsverbot, § 399 BGB!

31.10.2017

142

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand

asset deal

- Beachtung des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes
 - §§ 873ff; 925ff; 929ff.; 398ff. BGB
 - Individualisierbarkeit aus Vertrag ohne Heranziehung weiterer Umstände
 - Bestimmbarkeit ist ausreichend (unzureichend: Waren im Wert von 8000,- €)
 - einfach, wenn das gesamte Unternehmen einer Handelsgesellschaft übertragen wird;
 - schwieriger, wenn nur Teilbetrieb übertragen werden soll und keine örtliche Abgrenzung möglich ist
 - Grundsatz: Sache ist durch einfache äußere Merkmale so bestimmt zu bezeichnen, dass jeder Kenner des Vertrags sie unschwer von anderen unterscheidet
 - Beispiele:
 - alle Sachen in einem bestimmten Raum
 - alle Forderungen aus einem bestimmten, örtlich abgrenzbaren Geschäftsbetrieb
- Sicherungsübereignung an/ EV von Dritten:
 - Gutgläubiger Erwerb nach § 932 BGB (-), wenn Käufer Umstände kennt

31.10.2017

143

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand

asset deal

- Praxis: Bezugnahme auf Bilanz - ist jedoch problematisch:
 - Bilanz enthält lediglich Wertansätze. Rückschluss auf Einzelwirtschaftsgüter daher kaum möglich. Allerdings: Anlagenspiegel – Anlage zur Bilanz – hilfreich.
 - Bilanz enthält **nur bilanzierungsfähige Vermögensgegenstände**, aber keine selbst geschaffenen immateriellen Wirtschaftsgüter oder vollständig abgeschriebene Wirtschaftsgüter (§ 6 II EStG) oder nicht bilanzierungsfähige Rechtsbeziehungen (z.B. noch nicht vollständig erfüllte Verträge)
 - Wird in Unternehmenskaufvertrag auf künftigen Bilanzstichtag abgestellt, liegt maßgebliche Bilanz bei Abschluss des Vertrags noch nicht vor. Evtl. kann in einer solchen Bilanzbezugnahme aber auch die Vereinbarung eines Leistungsbestimmungsrechts der die Bilanz errichtenden bzw. diese feststellenden Person (GmbH=GV; AG=Vorstand und AR) liegen.
 - Dem Unternehmen zur Nutzung überlassene Gegenstände können in der Bilanz erfasst sein – oder auch nicht!

31.10.2017

144

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand

asset deal

- => Beifügung von **Inventarlisten** daher empfehlenswert
 - Möglich sind auch **raumbezogene Sammelbezeichnungen**
 - Ergänzend kann ein **Leistungsbestimmungsrecht gem. §§ 315 bzw. 317 BGB** eingeräumt werden, ggf. ergänzt durch Übertragungsvollmacht.
- Übertragung von Patenten/Marken (§ 27 II MarkenG) / Urheberrechten (§ 29 I UrhG)
 - Ggf.: Lizenzerteilung, §§ 15 PatG; 30 MarkenG;
 - Einräumung Nutzungsrechte, § 29 II, 31 ff UrhG
 - vgl. aber auch § 34 III 2 UrhG => Urheber kann bei Unternehmensveräußerung Nutzungsrecht aus wichtigem Grund kündigen.

31.10.2017

145

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand

asset deal

- Erfolgt Unternehmenskauf auf einen künftigen Stichtag, müssen in der Übergangszeit angeschaffte Vermögensgegenstände gesondert auf den Käufer übertragen werden.
 - Antizipierte Übereignung möglich, jedoch muss auch hier der Bestimmtheitsgrundsatz eingehalten werden. Dies ist praktisch allenfalls für Forderungen und Rechte möglich. Bei beweglichen Sachen muss eine zum Übertragungsstichtag durchzuführende Inventur vereinbart werden.
- Zustimmung Dritter
- Übergang von Gegenständen und Rechtsverhältnissen kann von Zustimmung Dritter abhängig sein (z.B. bei Verträgen oder Ansprüchen, deren Abtretung nach § 399 BGB ausgeschlossen ist).
 - Kann oder soll Übertragung nicht stattfinden, kann im Unternehmenskaufvertrag eine treuhänderische Abwicklung bezüglich solcher Rechtsverhältnisse vorgesehen werden.

31.10.2017

146

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand – Übertragung der Firma (§ 17 HGB)

- Voraussetzungen beim **share deal**:
- Zustimmung Inhaber (§ 17 HGB) entbehrlich, da Inhaber=Gesellschaft Firma selbst fortführt
 - Zustimmung Gesellschafter? Bei Verkauf von Personengesellschaftsanteilen gilt § 24 I HGB, d.h. Firma kann ohne deren Zustimmung fortgeführt werden.
 - Ausnahme: § 24 II HGB, wenn Firma Namen des Gesellschafters enthält
 - Personengesellschaft: Zustimmung namensgebender Gesellschafter erforderlich.
 - Kapitalgesellschaft: Es bedarf grds. keiner Zustimmung der veräußernden Gesellschafter. Abweichende Regelungen in der Satzung sind zulässig.
 - GmbH & Co. KG: Frage nicht abschließend geklärt. Vorsorgliche Aufnahme der Zustimmung des Veräußerers/Gesellschafters zur Fortführung der Firma durch die Gesellschaft ist empfehlenswert.
- Voraussetzungen beim **Asset deal**:
- keine Firmenfortführung:
 - Wird Firma nicht fortgeführt, erhält das gekaufte Unternehmen beim Handelsregister automatisch ein neues Registerblatt.
 - Will Erwerber die Firma selbst nicht fortführen **und** auch Fortführung der Firma durch den Veräußerer verhindern, kann hierzu eine Vereinbarung geschlossen werden (→ Teilbereich des Wettbewerbsverbots)

31.10.2017

147

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand – Übertragung der Firma (§ 17 HGB)

- Voraussetzungen beim **Asset deal - Fortführung der Firma:**
- Unterscheide auch hier:
Einwilligung Inhaber und Einwilligung (namensgebender) Gesellschafter
 - Übertragung Firma immer nur mit Einwilligung des Inhabers (§ 22 I HGB)
 - GmbH/AG: GF bzw. Vorstand mit Zustimmung der GV/HV
 - Nur zusammen mit Unternehmen (§ 23 HGB) – keine „Leerübertragung“ –
=> nicht pfändbar (§§ 851 I; 857 I ZPO)
 - Bei Übernahme der Firma muss der Veräußerer – die zurückbleibende „Mantelgesellschaft“ - die bisherige Firma ändern, vgl. § 30 HGB.
 - Änderung der Firma durch Veräußerer und Übernahme der alten Firma durch Erwerber sind zum HR anzumelden und einzutragen, §§ 29, 31 I HGB
 - Zustimmung **namensgebender** Gesellschafter bei **Personenfirma** erforderlich?
 - Bei Personenhandelsgesellschaft: ja wg. § 12 BGB und § 24 II HGB
 - Bei der GmbH/AG: Wenn Vorbehalt in Satzung, muss namensgebender Gesellschafter zustimmen; wenn kein Vorbehalt:?

31.10.2017

148

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand – Übertragung der Firma (§ 17 HGB) in der Insolvenz

Fallbeispiel: Stephan Hermann (SH) betreibt unter dem Namen „beluga&bean GmbH“ ein stadtbekanntes Restaurant, über das das Insolvenzverfahren eröffnet wird. Der Insolvenzverwalter I verkauft das Restaurant (Unternehmen) an die K-GmbH und zwar einschließlich des Rechts zur Firmenfortführung. Die K-GmbH nimmt durch Satzungsänderung die neue Firma an und meldet diese mit Zustimmung des Insolvenzverwalters zum HR an.

SH ist empört und fragt, ob er irgendwelche Rechte geltend machen kann.

31.10.2017

149

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand – Übertragung der Firma (§ 17 HGB) in der Insolvenz

Anspruch des SH aus §§ 37 II HGB, 12, 823 I, 1004 BGB ?

- Firma nach § 17 I HGB als Teil der Insolvenzmasse?
 - Nur auf Insolvenzmasse erstreckt sich Verfügungs- (§80 I InsO) und Verwertungsbefugnis (§ 159 InsO)
 - Alles Vermögen, das ZwangsV unterliegt (§§ 35, 36 I 1)
 - Firma nur mit Einwilligung des Inhabers (§ 22 HGB) und zusammen mit Unternehmen (§ 23 HGB) übertragbar => nicht pfändbar (§§ 851 I, 857 I ZPO)
- Ausnahme?
 - Firma ist Persönlichkeitsrecht (§ 17 I 1 HGB) und Vermögensrecht (§§ 22, 23 HGB) – Doppelnatur der Firma – und fällt als Teil des Geschäftsbetriebes in die Insolvenzmasse
 - § 22 HGB setzt Einwilligung des Inhabers voraus; dieses Einwilligungsrecht geht auf den Insolvenzverwalter über. Aber ist auch § 24 II HGB anwendbar?

31.10.2017

150

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand – Übertragung der Firma (§ 17 HGB) in der Insolvenz

- Zulässigkeit der Verwertung der Personenfirma **wg. § 24 II HGB weiter umstritten:**
- **Wohl h.M.:** Trotz § 24 II HGB keine Zustimmung durch namensgebenden Gesellschafter erforderlich
 - arg.: Freiwilliges In-Verkehrbringen seines Namens; mit freiwilliger Einführung in Firma und gewerblicher Nutzung wird der Name übertragbar und vererblich
 - Auch Einzelkaufmann und PersonenHG kann Firma als Sach- oder Fantasiefirma bilden (seit HRRefG) => kein Zwang zur Personenfirma => teleologische Reduktion des § 24 II HGB
 - Erheblicher Wert, der verloren ginge; Verwertungsinteresse der Gläubiger geht vor
 - Insolvenzrecht geht dem HGB vor (so wohl auch abw. Meinung – s.u.)
- **A.M.:** Zustimmung des namensgebenden Gemeinschuldners/Gesellschafters nötig!
 - § 24 II HGB gelte jetzt für alle Gesellschaften, da keine Differenzierung mehr bezogen auf Sach- und Fantasiefirma zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft; Gesetzgeber hätte § 24 II HGB mit HRRefG ja abschaffen können, war aber gerade nicht geschah.
 - **Stellungnahme:** Auch Kapitalgesellschaften (§§ 3 AktG; 13 II GmbHG) sind Handelsgesellschaften i.S.d. § 6 I HGB und deshalb ist § 24 II HGB auch auf sie anzuwenden, keine Spezialvorschrift für PersonenhandelsG, keine teleologische Reduktion

31.10.2017

151

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand – Übertragung der Firma (§ 17 HGB) in der Insolvenz

- ◆ Mitverkauf der Firma durch InsO-Verwalter („Asset-Deal“) – praktisches Vorgehen:
- ◆ Firmenänderung des insolventen Rechtsträgers erforderlich
 - GmbH: Befugnis zur Änderung der Satzung steht nicht Insolvenzverwalter, sondern weiterhin den Gesellschaftern zu
 - Zustimmung des Insolvenzverwalters zur Firmenänderung durch Gesellschafterversammlung (GV) aber erforderlich, denn sonst könnte Verwertung der Firma durch GV verhindert werden.
- ◆ Insolvenzverwalter ist aber befugt,
 - erforderliche Ersatzfirma selbst zu bilden und ohne Gesellschafterbeschluss im HR eintragen zu lassen, auch wenn Satzung noch nicht geändert ist! str. h.M. in Literatur; a.M. jetzt fälschlich OLG München - 30.5.16 - 31 Wx 38/16
 - Entfällt, wenn Gesellschafter über geeignete Ersatzfirma qua Satzungsänderung beschließen
- ◆ Grundsätze über Verwertbarkeit der Firma auch hinsichtlich der Marke anzuwenden

31.10.2017

152

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand – Übertragung der Firma (§ 17 HGB) in der Insolvenz

- ◆ Sonstige Folgen aus h.M.:
- ◆ Schuldner darf während Insolvenzverfahren
 - keine neue Gesellschaft unter der alten Firma gründen und
 - die Firma nicht ohne Zustimmung des Verwalters ändern (s.o.)
 - keine Löschung der Firma durch den Schuldner

Musterformulierung: Übertragung der Firma

„ §

Übertragung der Firma

Der Verkäufer und der Käufer sind sich darüber einig, dass der Käufer die Firma fortführen darf, soweit dies rechtlich zulässig ist, und soweit die Firmenrechte dem Verkäufer zustehen. Der Verkäufer verpflichtet sich, alles Erforderliche zu tun, um dem Käufer die Verwendung der Firma zu ermöglichen. Der Verkäufer verpflichtet sich bis zum Übernahmestichtag seine Firma so zu ändern, dass diese die Bestandteile nicht mehr enthält, und diese Firmenänderung zum Handelsregister anzumelden.“

31.10.2017

153

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand

Formvorschriften:

Grundstücke: §§ 311b Abs. 1; 925; 128 BGB

- Zweck: Warnung und Beratung durch Notar; Gültigkeitsgewähr; Beweissicherung
- Verletzung Form führt zur Nichtigkeit, § 125 S. 1 BGB; eine Aufspaltung der Verträge in einen formfreien Vertrag und einen formbedürftigen Vertrag hilft nicht, da die Verträge eine rechtliche Einheit bilden, also nach dem Willen der Parteien miteinander stehen und fallen sollen, und daher insgesamt formbedürftig sind (BGH NJW 2000, 951 einerseits und BGH NJW 2002, 2559 andererseits)
- Heilung nach § 311 b I 2 BGB durch Eigentumsumschreibung, bei mehreren Grundstücken mit EU des letzten Grundstücks
- **§ 311 b I BGB gilt beim share-Deal nicht!**
- Bei der Personengesellschaft geht Grundvermögen mit vollständiger Anteilsübertragung auf eine Person per Anwachsung über, nicht durch Einzelrechtsgeschäft – Formfreiheit hat der BGH sogar dann angenommen, wenn zum Gesellschaftsvermögen einer GbR im Wesentlichen nur Grundbesitz (BGHZ 86, 367) bzw. der Geschäftsanteil an einer GmbH (§ 15 IV GmbHG – BGH NZG 2008, 377) gehört.

Ausnahme: Gesellschaftsrechtliche Gestaltung wird bewusst zur Umgehung der Formvorschrift eingesetzt

31.10.2017

154

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand

Formvorschriften:

Verpflichtung zur Übertragung des gesamten gegenwärtigen Vermögens: § 311b III BGB:

- Zweck: Übereilungsschutz; Beratung durch Notar; Warnfunktion
- Zurückbehaltung einzelner Gegenstände von untergeordneter Bedeutung ohne Bedeutung (RGZ 173, 348, 349).
- Grenzziehung zu § 311b II BGB (Übertragung des künftigen Vermögens) bei in der Zukunft liegenden Übertragungstichtag noch nicht abschließend geklärt.
Zweck des § 311 b II BGB: wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des Einzelnen soll vor Beschränkungen geschützt und Motivation für Erwerbstätigkeit soll erhalten werden.
- Rechtsfolge: Nichtigkeit nach § 125 BGB. Bei Verletzung des § 311b II bzw. III BGB ist *keine Heilung* möglich!
- Für die Übertragung von Personengesellschaftsanteilen gilt:
 - keine gesetzliche Form vorgeschrieben (Kommandit- und Komplementäranteil)
 - Übertragung des Komplementäranteils bei Übertragung einer GmbH & Co. KG: § 311b Abs. 3 BGB anwendbar, wenn GmbH sonst kein Vermögen hat
 - Gestaltung: Komplementär-GmbH wird vor UKV Vermögen zugeführt. Da meist nur 25T€ - GmbH ist dafür kein großes Vermögen nötig (z.B. 10 T€ cash). Wert des Komplementär-Anteils schwer zu bestimmen, da GmbH regelmäßig am Vermögen der KG nicht beteiligt ist.

31.10.2017

155

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand

Formvorschriften:

- Anwendbarkeit des § 311b Abs. 3 BGB auf Veräußerung des gesamten Vermögens einer Kapitalgesellschaft ist str.
 - Auch auf Kapitalgesellschaften (jur. Person) anwendbar (OLG Hamm, NZG 2010, 1189) - str.
 - § 179a AktG keine abschließende Sonderregelung, betrifft nur Zustimmung Gesellschafter
 - So auch RGZ 137, 348 ff. (Vermögen bei jur. Person = nur die Aktiva)
- Nur anwendbar, wenn Vermögen als Ganzes („in Bausch und Bogen“) veräußert wird, nicht aber, wenn die verkauften Assets konkret aufgeführt sind, und dies selbst dann, wenn im Ergebnis das gesamte Vermögen erfasst ist. – sehr zweifelhaft! (BGH NJW 1957, 1514 unter B I 2; 1991, 353, 355; krit. Heckschen, NZG 2006, 772)
- Problematisch sind „Catch-All“-Klauseln:
 - (z. B. „...verkauft sämtliche Vermögensgegenstände, insbesondere die nachfolgend aufgeführten...“ oder „Sollte sich zu einem späteren Zeitpunkt herausstellen, dass einzelne Vermögensgegenstände nicht in der obigen Auflistung enthalten sind, verpflichtet sich der Verkäufer, diese unverzüglich an den Käufer zu übereignen.“).
- Gerichtlich nicht geklärt, daher erhöhte Vorsicht geboten!

31.10.2017

156

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand

Formvorschriften - asset deal

- Bei Veräußerung des Gesamtunternehmens bedarf es:
 - gem. § 179a AktG analog eines Gesellschafterbeschlusses mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit. (s.o.)
 - Gesellschafterbeschluss bedarf notarieller Beurkundung (§§ 53 f. GmbHG/130 I 3 AktG) – str.
 - Der schuldrechtliche Veräußerungsvertrag unterliegt ggf. auch dem Beurkundungserfordernis des § 311 Abs. 3 BGB (s.o.).
- Bei einem Verkauf aller Aktiva einer GmbH droht die Verwirklichung von insolvenzrechtlichen Haftungs- und Anfechtungstatbeständen, wenn bei GmbH Schulden zurückbleiben („Gläubigerbenachteiligung“).

31.10.2017

157

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand

Formvorschriften:

GmbH-Geschäftsanteile: § 15 III und IV GmbHG

- Zweck: Beweissicherung; Übereilungsschutz; Erschweris des GmbH-Anteilshandels
- Formbedürftig: Verpflichtung (IV) einschließlich Nebenabreden und solcher Verträge, die von dem Abschluss des Verpflichtungsgeschäftes über die GmbH-Anteile abhängen (einseitige Abhängigkeit); aber auch das Verfügungsgeschäft (III)
- Beurkundung des Anteilsabtretung heilt formunwirksames Verpflichtungsgeschäft, § 15 IV 2 GmbHG! Fraglich ist Heilungswirkung jedoch für Nebenabreden.

OLG Hamburg RNotZ 2007, 415

- Heilung tritt nicht ein, wenn beurkundete Abtretung zu anderen Bedingungen geschlossen als formunwirksamer Kaufvertrag. Wenn Parteien Teile des formunwirksamen Kauf-Vertrages im Zeitpunkt der Abtretung nicht mehr wollen, kann bezüglich des gesamten Geschäftes (§ 139 BGB) keine Heilung eintreten!
- Closing-Protokoll (Vollzugsprotokoll)
 - Zweck: Dokumentation und Bestätigung sämtlicher Vollzugsbedingungen
 - rein deklaratorisch => formfrei
 - Aufhebung von Bedingungen; Modifizierung der schuldrechtlichen Bedingungen zur Übertragung der Geschäftsanteile
 - Abtretung Anteil erfolgt (=> formfrei), sonst formbedürftig!

31.10.2017

158

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand

Formvorschriften:

GmbH-Geschäftsanteile: § 15 III und IV GmbHG

- GmbH&CoKG: Kauf der KG und GmbH-Anteile untrennbar miteinander verbunden.
 - => Auch die Abtretung der KG-Anteile muss beurkundet werden (einheitliches RechtsG)
 - Heilung nach § 15 IV 2 GmbHG erfasst allerdings auch den Kauf der KG-Anteile
 - *Lösung*: Einheits-KG, bei der KG die GmbH-Anteile ihrer Komplementärin hält; GmbH-Gesellschafter bringen vor Abschluss UKV GmbH-Anteile in KG ein..

Sonstige Formvorschriften:

- Wertpapiere werden i.d.R. durch Indossament übertragen; für Bankkonten und Versicherungen vgl. § 399 BGB
- Patente und Marken: Umschreibebewilligung für Eintragung in Register bedarf teilweise einer Unterschriftsbeglaubigung (vgl. aber für Umschreibung einer Marke § 31 Abs. 5 MarkenV).
- Gewerbliche Schutzrechte sind häufig nicht übertragbar; ggf. Einräumung eines Nutzungsrechts vereinbaren.

31.10.2017

159

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand

asset deal

- Steuerliche Gefahren:
 - Bei Verkauf einer Personengesellschaft ist ggf. darauf zu achten, dass die Voraussetzungen der Steuerbegünstigungen der §§ 16, 34 EStG erfüllt werden, damit Veräußerungsgewinn nicht als laufender (ggf. gewerbsteuerpflichtiger) Gewinn besteuert wird.
 - Insbesondere: § 34 III EStG => Besteuerung nur mit 56% des Durchschnittsteuersatzes auf Seiten des über 55 Jahre alten Veräußerers
 - Problematisch: Veräußerung eines Teilbetriebs
 - Gefährlich: Zurückbehalt wesentlicher Betriebsgrundlagen
 - Verkäufer muss seine bisherige gewerbliche Tätigkeit einstellen
 - Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots zulasten des Verkäufers
 - Vgl. Slides 284 + 285

31.10.2017

160

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand

share deal

- Übertragung des Unternehmens in dinglicher Hinsicht sehr viel einfacher als beim asset deal
- Aber auch hier ist Sorgfalt bei den Gewährleistungen geboten:
 - Verkäuferzusicherungen über den Bestand des übertragenen Unternehmens
 - Der Gesellschaft nur zur Nutzung überlassene Gegenstände dürfen nicht vergessen werden!

31.10.2017

161

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand – Kurzes Muster bei Share-Deal (GmbH-Anteile)

„1. Im Handelsregister des Amtsgerichts, HRB NR., ist die ABC Bäckerei GmbH (nachfolgend auch »Gesellschaft« genannt) eingetragen. Vom Stammkapital zu 40.000,00 € halten nach Maßgabe der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste:

Herr A. Geschäftsanteile mit Einlagen von 30.000,00 (Nr. 1) und 7.000,00 € (Nr. 2) ,
Frau B einen Geschäftsanteil mit einer Einlage von 3.000,00 € (Nr. 3).

Die Geschäftsanteile sind voll einbezahlt.

Die Gesellschaft betreibt ein Bäckerei-Unternehmen mit Verkaufsladen in gemieteten Räumen in, Vermieter und Eigentümer des Mietobjekts ist A. Der Notar hat darauf hingewiesen, dass gegenwärtige Veräußerung die Beendigung einer Betriebsaufspaltung mit möglicherweise gewichtigen steuerlichen Folgen bewirken kann.

2. A und B verkaufen hiermit ihre in Abschn. 1 bezeichneten Geschäftsanteile an C. Das Gewinnbezugsrecht geht in der Weise auf den Käufer über, dass diesem alle Gewinne zustehen, deren Ausschüttung künftig beschlossen wird. Die Verkäufer erklären dazu im Sinne einer Beschaffenheitsangabe, dass ein Gewinnausschüttungsbeschluss für das vergangene Geschäftsjahr nicht gefasst worden ist.“

31.10.2017

162

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH

share deal

- Formerfordernis: § 15 Abs. 3 u. 4 GmbHG (s.o.)
- Ausübung von Gesellschafterrechten von Eintragung in Gesellschafterliste abhängig
 - Ausnahme: § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG
 - Ablehnung der Aufnahme einer eingereichten Liste in das Handelsregister ist nur bei konkreten Zweifeln an Richtigkeit der Liste möglich.
 - bei Beschlussfassungen unmittelbar an Beurkundung einer Anteilsübertragung sollte Verkäufer mitwirken, ggf. aufgrund erteilter Stimmvollmacht.
- Erwirbt eine AG (!) mehr als 25 % oder eine Mehrheitsbeteiligung
 - an GmbH (!), besteht Mitteilungspflicht nach § 21 I AktG (Sanktion: § 21 IV AktG)
- Exkurs: Erwirbt ein Unternehmen mehr als 25% oder eine Mehrheitsbeteiligung
 - an AG (!), besteht Mitteilungspflicht nach § 20 I AktG (Sanktion: § 20 VII AktG)

31.10.2017

163

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH

share deal

- Zustimmung des Geschäftsführers zur Anteilsübertragung nur dann erforderlich, wenn dies vereinbart ist (Vinkulierungsklausel in Gesellschaftsvertrag)
 - Zustimmung ist kein Fall des § 181 BGB, wenn GF mit Verkäufer personengleich
 - ggf. Zustimmungspflicht bei Veräußerung von Anteilen an einer an der GmbH beteiligten (Mutter-)Gesellschaft (besser geeignet: „change-of-control“-Klauseln)
 - Fehlende Zustimmung wirkt dinglich, Geschäftsanteil geht also nicht über!
 - Wird Zustimmung verweigert, kann auf (i.d.R. zustimmungsfreie) Unterbeteiligung ausgewichen werden.
- Bei Teilung eines Geschäftsanteils
 - Beschluss der Gesellschafterversammlung nach § 46 Nr. 4 GmbHG erforderlich.
 - Teilung nicht vorhandener Geschäftsanteile ist unwirksam.
- Bei Veräußerung von eigenen Anteilen einer GmbH, hat BGH – systemwidrig – auch die Gesellschafter als veräußerungsbefugt angesehen.

31.10.2017

164

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH

share deal

- Die veräußerten GmbH-Geschäftsanteile sind genau zu bezeichnen (über Nummer in Gesellschafterliste).
- Vorherige Vereinigung mehrerer Teilgeschäftsanteile bedarf eines Gesellschafterbeschlusses, § 46 Nr. 4 GmbHG
 - Achtung: Anteile können unterschiedliche steuerliche Vergangenheit haben. Die Anteile könnten z.B. unterschiedlichen Spekulationsfristen, Behaltefristen unterliegen. Zweifel gehen zu Lasten des Steuerpflichtigen. Daher keine vorschnelle Vereinigung!
 - Beispiel: Werden ein Betrieb, Teilbetrieb oder ein Mitunternehmeranteil in eine Kapitalgesellschaft gegen Gewährung eines Kapital-Anteils eingebracht, kann dieser Vorgang nach § 20 UmwStG steuerneutral erfolgen (Einbringung zum Buchwert). Um die spätere Besteuerung der stillen Reserven sicherzustellen, führt eine Veräußerung dieser Kapital-Anteile bzw. ein der Veräußerung gleichwertiger Vorgang nach § 22 UmwStG innerhalb einer Frist von 7 Jahren einerseits zur Besteuerung des Einbringungsvorgangs zum gemeinen Wert ("Einbringungsgewinn I") – 1/7-Abschmelzungsregelung. Die Anschaffungskosten der durch die Einbringung erworbenen Anteile erhöhen sich (rückwirkend) andererseits, sodass der Gewinn aus der Veräußerung dieser Kapital-Anteile entsprechend sinkt. – vgl. Slides 293-295

31.10.2017

165

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand

Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH

share deal

- Bestehen Bedenken bezüglich der Wirksamkeit der vorangegangenen Übertragungen/Teilung der betreffenden Anteile, sollten diese „unklaren Beteiligungsverhältnisse“ bereinigt werden (ultimativ: Verschmelzung). Nur eingeschränkter Gutgläubenserwerb des Anteils nach § 16 III 1 GmbHG; nicht existierender Geschäftsanteil kann nicht gutgläubig erworben werden

31.10.2017

166

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand

Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH

share deal/asset deal - Vergleich: Vorteile/Nachteile

Nachteil gegenüber asset deal:

- kein Gutgläubenserwerb der zum Vermögen der GmbH nicht gehörenden Gegenstände und des Geschäftsanteils selbst möglich. Sachen, die der betreffenden Gesellschaft nur vermeintlich gehören, gehen (anders als beim asset deal!) nicht auf den Erwerber über, auch wenn dieser gutgläubig ist.
- Rechtsbeziehungen, die zwischen dem Verkäufer (bzw. dessen Angehörigen und verbundenen Unternehmen) und der GmbH bestehen, sind regelungsbedürftig.
- Übergang von Gesellschafterdarlehen muss ausdrücklich vereinbart werden.
- Für ausstehende Einlageverpflichtungen haftet Erwerber, § 16 II GmbHG!

31.10.2017

167

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH

share deal/asset deal - Vergleich: Vorteile/Nachteile

Vorteil gegenüber asset deal:

- Fortbestand der mit der GmbH bestehenden Rechtsbeziehungen
 - Prüfung erforderlich, ob dem Vertragspartner bei Gesellschafterwechsel aufgrund einer „change-of-control“-Klausel ein außerordentliches Kündigungsrecht zusteht, z.B. bei Mietverhältnissen. (Rechtsslage bei Umwandlung des Mieters: BGH NJW 2002, 2168)
 - Klausel, die für den Fall des Kontrollwechsels bei einer der Vertragsparteien, i.d.R. also bei Wechsel des Mehrheitsgesellschafters, bestimmte Informations- und Kündigungsrechte vorsieht.
 - Ziel ist es, zu verhindern, dass während der Vertragslaufzeit ein Wettbewerber die Kontrolle über den Vertragspartner übernimmt, ohne dass man in der Lage ist, die eigenen vertraulichen Informationen zu schützen, weil man entweder über den Kontrollwechsel nicht informiert ist oder aber keine Kündigungsmöglichkeit besitzt.
 - Bei Nutzungsrechten im Anwendungsbereich des UrhG besteht in § 34 Abs. 3 Satz 3 UrhG eine gesetzliche „change-of-control“-Klausel.
 - Öffentlich-rechtliche Genehmigungen, die **personenbezogen** erteilt sind, müssen ggf. neu eingeholt werden (z.B. Gaststättenerlaubnis).

31.10.2017

168

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH

Sachverhalt:

S-AG ist zu 49% und M-AG ist zu 51% an SM KG beteiligt. Die Satzung der SM KG enthält folgende „change-of-control“-Klausel:

„Die S-AG, als 49% Gesellschafterin der SM KG ist berechtigt, die Übertragung des Kommanditanteils der M-AG an der SM KG sowie ihres Geschäftsanteils an der SM BreastCare GmbH zu einem angemessenen Preis auf sich zu verlangen, wenn ein Dritter - mittelbar oder unmittelbar - einen beherrschenden Einfluss im Sinne von § 17 AktG auf die M-AG erwirbt und im Wettbewerb zur S-AG steht.“

31.10.2017

169

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand

Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH

BGH, Urteil vom 26. April 2002 – LwZR 20/01 (UmwG §§ 2, 20; BGB §§ 543, 589, 594e)

a) Bei einer Umwandlung durch Verschmelzung nach § 2 UmwG überlässt die frühere Pächterin als übertragendes Unternehmen die Nutzung der Pachtflächen nicht einem Dritten, vielmehr tritt der übernehmende Rechtsträger kraft Gesetzes anstelle der früheren Pächterin in die bestehenden Verträge ein (vgl. § 20 I Nr. 1 UmwG). Dieser strukturelle Unterschied erlaubt keine entsprechende Anwendung des § 589 I Nr. 1 BGB, wonach dem Pächter eine Überlassung der Pachtsache an einen Dritten ohne Zustimmung des Verpächters untersagt ist.

b) Nach § 589 I Nr. 1 BGB ist es dem Pächter nicht untersagt, sich durch Verschmelzung mit anderen Unternehmen umzuwandeln. Die Vertragsparteien können jedoch eine abweichende Rechtsfolge vereinbaren (OLG Oldenburg, OLG-Report 2000, 65, 66 m. w. N.).

d) Der infolge einer Umwandlung durch Verschmelzung (§ 2 UmwG) eintretende Pächterwechsel (§ 20 I Nr. 1 UmwG) rechtfertigt allein nicht eine außerordentliche Kündigung des Verpächters aus wichtigem Grund. Eine solche ist nur möglich, wenn die Umwandlung zu einer konkreten Gefährdung der Ansprüche des Verpächters geführt hat. Aber selbst dann ist zu beachten, dass der Gesetzgeber den schutzwürdigen Interessen der Vertragspartner dadurch Rechnung getragen hat, dass er ihnen unter den Voraussetzungen des § 22 UmwG einen Anspruch auf Sicherheitsleistung eingeräumt hat.

e) Die Darlegungs- und Beweislast für eine konkrete Gefährdung der Ansprüche des Verpächters obliegt dem Verpächter.

170

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand

Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH

share deal

- Regelungen für Übergangszeit zwischen Kauf und Abtretung wichtig, z.B. im Hinblick auf Ausschüttung von Gewinnen und Auflösung von Rücklagen
- Sofern Käufer nicht Alleingesellschafter wird, bedürfen Gesellschaftsvertrag und noch nicht erledigte bzw. fortwirkende Gesellschafterbeschlüsse einer eingehenden Prüfung.
- Aus der Sicht des Käufers empfiehlt sich dann folgende Prüfung:
 - Enthält die Satzung Regelungen zur Mindesthöhe eines Anteils für die Ausübung des Stimmrechts? (z.B. problematisch bei einer Stimmkraft pro 100 €-Anteil, wenn durch die Übertragung ein beteiligter Anteil zu 18.875 € oder 6.275 € an einer 25.000 €-GmbH hält, aber doch nicht mit 75 % - 18.750 € - bzw. 25 % - 6.250€ - abstimmen kann).
 - Enthält die Satzung Sonderrechte eines Gesellschafters?
 - Welche relevanten Satzungsbestandteile können ggf. nur einstimmig geändert werden? (relevant z.B. bei Ausschluss- und Abfindungsregelungen)

31.10.2017

171

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH

share deal

- Aus der Sicht des Käufers empfiehlt sich folgende Prüfung (*Fortsetzung*):
 - Für welche Satzungsänderungen besteht evtl. ein Stimmverbot des Erwerbers? (z.B. relevant beim Wettbewerbsverbot für den anderweitig unternehmerischen Erwerber)
 - Sind Beschlüsse gefasst worden, die noch fortwirken? (unklar ist z.B. Rechtslage dann, wenn Anteile übertragen werden, für die bereits ein noch nicht vollzogener Einziehungsbeschluss gefasst ist).
- Bei Bereinigungen von Bilanzposten bzw. Abwicklung/Beendigung von Verträgen sind Verstöße gegen das Kapitalaufbringungs- bzw. -erhaltungsverbot, z.B. durch verdeckte Sacheinlagen, zu vermeiden.

31.10.2017

172

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH

share deal

- Problem: Pensionsansprüche des ausscheidenden Gesellschafter-GF gegen die GmbH, die Käufer typischerweise nicht übernehmen will.
- Denkbare Lösungsansätze:
 - (Teil-)Verzicht auf Pensionsansprüche
 - Die in Steuerbilanz gebildete Pensionsrückstellung ist gewinnerhöhend aufzulösen; Gewinn hat Gesellschafter bei Ausschüttung im Teileinkünfteverfahren zu versteuern.
 - Der Verzicht, den Fremd-GF nicht abgegeben hätte, ist verdeckte Einlage, die beim Gesellschafter bei Werthatigkeit als Zufluß nach § 19 EStG zu versteuern ist. Allerdings erhöht diese Einlage auch die Anschaffungskosten für den verkauften Geschäftsanteil und mindert damit den Veräußerungsgewinn (BMF v. 14.8.12, DStR 2012, 1706).
 - Gibt es nur Teilverzicht über **noch nicht** erdiente Pensionsansprüche => keine Einlage
 - Ablösung/Abfindung der Pensionszusage durch Ausgleichszahlung oder durch Übertragung der Rückdeckungsversicherung auf den Geschäftsführer
 - Nachteil beider Lösungsansätze: Geschäftsführer muss beides als Einkünfte gem. § 19 EStG versteuern (BFH GmbHR 2005, 118).

31.10.2017

173

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH

share deal

- Bei Abfindung einer *nicht verfallbaren* Pensionszusage droht verdeckte Gewinnausschüttung: => es gilt dasselbe wie bei Verzicht (s.o.)
- Übertragung der Versorgungszusage auf einen Pensionsfonds
 - Bei Gesellschafter-GF steuerfrei nach § 3 Nr. 66 EStG
 - Die Rückstellung ist in diesem Fall in der Steuerbilanz des Unternehmens gewinnerhöhend und damit körperschaftssteuerpflichtig aufzulösen.
 - Als Gegenleistung für die Übernahme der Verpflichtung zahlt die GmbH einen Einmalbetrag an den Fonds oder die Kasse. Die Übertragung auf einen Pensionsfonds kann steuer- und sozialversicherungsfrei vorgenommen werden, wenn ein Antrag gemäß § 4 d III EStG gestellt wird. Dieser Antrag bewirkt die Verteilung der Prämienzahlung (Einmalbetrag) als Betriebsausgabe bei der GmbH auf zehn Wirtschaftsjahre.
(Frage: wie verteile ich diesen Vorteil auf Verkäufer? Barwert?)

31.10.2017

174

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH

share deal

- In der späteren Rentenphase erzielt Gesellschafter-Geschäftsführer durch die Leistungen aus der Pensionszusage Einkünfte nach § 22 Nr. 5 EStG.
- Der Übertragungsvorgang auf die Unterstützungskasse ist für den Gesellschafter-Geschäftsführer steuerneutral. Diese Übertragungsmöglichkeit besteht allerdings nur bei rentennahen Personen (über 55 Jahre) oder bereits bestehenden Leistungsempfängern.
- Aufrechterhaltung der (rückversicherten) Pensionsansprüche mit der Vereinbarung, dass Pensionsansprüche max. in der Höhe zu zahlen sind, wie hierfür bei der GmbH Ansprüche aus der Rückdeckungsversicherung bestehen.
 - Dem Risiko einer Insolvenz der GmbH kann durch Sicherungsabtretung der Rückdeckungsversicherung begegnet werden.
- Gestaltung des Unternehmenskaufs als asset deal
⇒ Pensionsverpflichtungen (und Kaufpreis) bleiben dann in der GmbH

31.10.2017

175

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand: Rechtsformspezif. Besonderh. der Personengesellschaft

- asset deal: Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich, § 179a AktG analog
- Bei Übertragung der Anteile an einer GmbH & Co. KG besteht Beurkundungspflicht nach § 15 Abs. 4 GmbHG (rechtliche Einheit).
 - Wird anstelle des GmbH-Anteils der Komplementär-Anteil der GmbH an der KG abgetreten, gilt zwar nicht § 15 GmbHG, dafür aber wohl § 311 b III BGB.
 - Beurkundungspflicht kann vermieden werden, indem
 - zuvor eine Einheits-GmbH & Co. KG gebildet wird oder
 - Komplementär-GmbH im Zuge des Anteilskaufs ausgetauscht wird oder
 - Komplementär-GmbH vorab Vermögen erwirbt, das dann bei ihr verbleibt
- Festlegung, welche Gesellschafterkonten (Kapitalkonto I und II; Darlehenskonto; Verlustausgleichskonto) übergehen, ist wichtig.
- Sollen Ansprüche beim Verkäufer verbleiben (z.B. aus Darlehenskonto), ist dies ausdrücklich zu vereinbaren.

31.10.2017

176

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand

Weitere Besonderheiten

- Zustimmung des stillen Gesellschafters
- Zustimmung des Inhabers einer Unterbeteiligung, wenn Hauptbeteiligung veräußert wird.
- Bei Veräußerung einer Handelsgesellschaft nach Spaltung können sich besondere Haftungsrisiken des Käufers ergeben.
- Empfehlenswert ist eine Klarstellung, welche Unterlagen auf den Käufer übergehen sollen, insb. dann,
 - wenn sie sich im Eigentum eines Gesellschafters befinden.
 - wenn für Verkäufer Aufbewahrungspflicht besteht
⇒ Vereinbarung eines Zugriffsrechts
- Veräußerung in einem Insolvenzverfahren ist besonderen Regelungen unterworfen (Einholung der Zustimmung der Gläubigerversammlung!)

31.10.2017

177

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand

Weitere Besonderheiten

Nebenverträge

- Fortführung von Geschäftsbeziehungen mit dem selbst unternehmerisch tätigen Verkäufer (z.B. Miete, Bezugs- oder Vertriebsverträge)
- Zusatzvereinbarungen können steuerliche Chancen, aber auch Risiken mit sich bringen.

Beispiel:

Beratervertrag mit Verkäufer führt zu Betriebsausgaben des Zielunternehmens. Der Verkäufer erzielt dann ein laufendes Entgelt als Gewerbetreibender oder Selbständiger.

- Abfindungszahlungen an den Verkäufer

31.10.2017

178

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Überblick Übergangstichtag / Bilanzen

Allgemeines

Einzelheiten zu den Bilanzen

Gewinnzurechnung

31.10.2017

179

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Übergangsstichtag / Bilanzen

Allgemeines:

- Übergangsstichtag - Funktionen:
 - Zeitpunkt des wirtschaftlichen Übergangs des Unternehmens:
 - Besitz, Nutzen, Lasten und Gefahr gehen auf den Käufer über
 - Bei steuerlicher Behandlung des Unternehmenskaufs wird regelmäßig auf Übergangsstichtag abgestellt, § 39 AO.
 - Gewährleistungsgarantien werden auf diesen Tag abgegeben.
- Aufstellung einer Bilanz zum Übergangsstichtag erforderlich oder zweckdienlich ⇒ Bilanz erfüllt folgende Aufgaben:
 - Beendet Verkäufer mit dem Unternehmensverkauf seine gewerbliche Tätigkeit, dient die Bilanz als Schlussbilanz. Beginnt Käufer mit dem Unternehmenskauf seine gewerbliche Tätigkeit, kann er aus Schlussbilanz seine Eröffnungsbilanz entwickeln.
 - Abgrenzung des dem Verkäufer und dem Käufer zuzurechnenden Gewinns (bedeutsam bei Personenunternehmen)
 - Asset-Kauf: Feststellung des übergehenden Vermögens durch Inventur

31.10.2017

180

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Übergangsstichtag / Bilanzen

Allgemeines:

- Häufig ist Vereinbarung eines zukünftigen Übergangsstichtags bei gleichzeitiger Zugrundelegung der letzten vorliegenden Bilanz (insb. zur Anknüpfung der Garantien)
 - Steuerlich problematisch: Verlagerung der Wirkungen eines Unternehmenskaufs in ein späteres Wirtschaftsjahr (z.B. Steuerprivilegierung nach § 34 Abs. 3 EStG – ermäßigter Steuersatz, 56% vom Durchschnitt, für Veräußerer ab 55. LJ).
 - Erreichbar ist dies wohl nur durch eine einseitig bindende Option.
- Bei der Übertragung von Gesellschaftsanteilen ist Trennung von Übergangsstichtag und dinglichem Übergang problematisch.
 - Gesellschaftsanteil verkörpert zugehöriges Stimm- und Gewinnbezugsrecht, daneben Auskunfts- und Einsichtsrechte. Diese stehen i.d.R. dem zivilrechtlichen Inhaber des Anteils zu:
=> wirtschaftlicher Übergang des Anteils hängt an dessen dinglicher Übertragung
 - Soll Stimmrecht unabhängig vom dinglichen Übergang übertragen werden, hilft nur Stimmrechtsvollmacht, soweit die Erteilung einer solchen Vollmacht satzungsmäßig nicht ausgeschlossen ist. (sog. „Abspaltungsverbot“)

31.10.2017

181

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Übergangsstichtag / Bilanzen

Allgemeines:

- Risiko von Wertänderungen der übertragenen Geschäftsanteile
 - trägt i.d.R. bereits ab Vertragsschluss der Käufer
 - ggf. Käufer als Mitgeschäftsführer bestellen und Stimmbindungsvertrag.
 - Gerade beim share deal sollte klar und konkret geregelt werden, welche Rechte und Pflichten am Übergangsstichtag auf den Käufer übergehen und welche sonstigen Wirkungen an diesem Tag eintreten.
 - Problematik wird vereinfacht, wenn der dingliche Übergang der Anteile mit Wirkung zum Übergangsstichtag vereinbart wird
 - Ggf. auflösende Bedingung bei Nichtzahlung des Kaufpreises/Verpfändung.
- Bei Festlegung des Stichtags ist größte Sorgfalt geboten:
 - Veräußerung mit Wirkung zum 31.12., 24:00 Uhr treten die steuerlichen Wirkungen im Zweifel noch im abgelaufenen Jahr ein;
 - bei Veräußerung mit Wirkung zum 01.01., 0:00 Uhr im Zweifel im neuen Jahr.

31.10.2017

182

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Übergangsstichtag / Bilanzen

Einzelheiten zu den Bilanzen:

- Übergangsstichtag = Bilanzstichtag (meist 31.12. - Ende Geschäftsjahr)
 - => bis zu 4 verschiedene Bilanzen können aufgestellt werden:
 - Handelsbilanz, Steuerbilanz, Stichtagsbilanz, Abrechnungsbilanz
 - Im Einzelfall eine einzige Bilanz ausreichend, wenn diese sowohl handels- als auch steuerrechtlichen Vorschriften genügt (sog. Einheitsbilanz).
 - Aktivierungs-/Passivierungswahlrechte werden handelsrechtlich ausgeübt/nicht ausgeübt; um Aktivierungs-/Passivierungsverbot der Steuerbilanz zu entsprechen
- Übergangsstichtag = nicht Bilanzstichtag
 - => es wird Zwischenbilanz aufgestellt.
 - Soll Zwischenbilanz auch für die steuerliche und handelsrechtliche Gewinnermittlung Anerkennung finden, müssen gesetzliche Voraussetzungen für ein Rumpfgeschäftsjahr vorliegen (§ 4a EStG=Zustimmung Finanzamt).
 - Zwischenbilanz ist bspw. beim share deal von Personengesellschaften verzichtbar, wenn Verkäufer und Käufer mit einer rein zeitanteiligen Gewinnaufteilung einverstanden sind.

31.10.2017

183

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Übergangsstichtag Bilanzen

Einzelheiten zu den Bilanzen:

- Steuerlich wird eine Rückwirkung nur für einen kurzen Zeitraum anerkannt (6 Wochen, evtl. auch bis zu 3 Monaten).
 - => Nicht möglich ist bei Veräußerung eines Personengesellschaftsanteils eine vertragliche Zurechnung des beim Veräußerer während des laufenden Wirtschaftsjahres bereits angefallenen Gewinnanteils beim Erwerber.
 - Bei Kapitalgesellschaft kommt es auf Gewinnverwendungsbeschluss an!
- Für die zu erstellenden Bilanzen sollte vertraglich die aufstellende Person (Steuerberater, Wirtschaftsprüfer) festgelegt werden
 - Beide Parteien sollten WP beauftragen, damit beide Ansprüche gegen WP haben
 - Für Meinungsverschiedenheiten = Schiedsgutachterklausel.

31.10.2017

184

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Übergangsstichtag / Bilanzen

Einzelheiten zu den

Bilanzen

Stichtagsbilanz (zum Übergangsstichtag)

- ermittelt das Ergebnis, das der Verkäufer zuletzt erzielt hat. Ob sich daraus eine Anpassung eines vorläufigen Kaufpreises ergibt, muss im Kaufvertrag geregelt werden.
 - Z.B.: Übergewinn an Verkäufer/Mindergewinn=Nachzahlung an Käufer
- dient beim Erwerb eines Einzelunternehmens, von Personengesellschaftsanteilen oder assets einer Kapitalgesellschaft als Grundlage für die Zuordnung des bis zum Stichtag erzielten Gewinns.
- Beim Erwerb von Kapitalgesellschaftsanteilen ist dagegen die Ausschüttung des Gewinns auf der Basis der Stichtagsbilanz zugunsten des Verkäufers problematisch, weil der zum Zeitpunkt des Ausschüttungsbeschlusses dann bereits dinglich abgetretene Gewinnanteil steuerlich vollständig Käufer zugerechnet wird

31.10. (§ 20 V 1 + 2 EStG – s.u.).

185

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Übergangsstichtag / Bilanzen Bilanzen

Einzelheiten zu den

Stichtagsbilanz

- Als Grundlage der Stichtagsbilanz wird i.d.R. entweder Handels- oder Steuerbilanz herangezogen.
 - Das ist im Unternehmenskaufvertrag zu regeln!
 - Sodann sind die konkreten Korrekturposten festzulegen. (z.B. zulässige Abschreibungen, Rückstellungen etc.)
 - Sofern für die Ergebnisabgrenzung unmittelbar die (nächste) Handels- oder Steuerbilanz zugrunde gelegt wird, kann Fortführung der bisher gewählten Bilanzierungs- und Bewertungsansätze vereinbart werden.

31.10.2017

186

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Übergangsstichtag / Bilanzen Bilanzen

Einzelheiten zu den

Abrechnungsbilanz

- Hier wird der Soll-Zustand des Unternehmens mit dem Ist-Zustand verglichen (betrifft insb. das Eigenkapital => ggf. Kaufpreisanpassung, § 266 III A HGB)
- Die Abrechnungsbilanz geht i.d.R. vereinbarungsgemäß vom Stichtagsabschluss aus und wird dann gem. den festgelegten Korrekturposten angepasst. Unterschiede können sich z.B. in folgender Hinsicht ergeben:
 - Vom Verkäufer zurückbehaltene Gegenstände (z.B. PKW) werden ausgebucht.
 - Beteiligungen werden mit dem Ertragswert (statt Buchwert) angesetzt.
 - Für vom Käufer geplante Stilllegungsmaßnahmen wird nur hier eine Rückstellung gebildet.
- Differenzen werden meist über eine Kaufpreisanpassung ausgeglichen.
- Abrechnungsbilanz ermöglicht stufenweise Anpassung des Kaufpreises
 - Wenn Abrechnungsbilanz zu mehreren Stichtagen wiederholt wird;
 - Ausgleich von unberechtigten Ausschüttungen zwischen Vertragsschluss und Stichtag.

31.10.2017

187

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Übergangsstichtag / Bilanzen - Einzelheiten zu den Bilanzen - Gewinnzurechnung

➤ Zivilrecht

- Bei *Personengesellschaften* gilt die Regelung des § 101 Nr. 2 Hs. 2 BGB.
- Fällt Übertragungstichtag nicht mit Bilanzstichtag zusammen, ist Ergebnis zeitanteilig entsprechend der dinglichen Beteiligung aufzuteilen.
- Bei *Kapitalgesellschaften* ist § 101 Nr. 2 HS 2 BGB anwendbar, jedoch ist nur der zur Ausschüttung beschlossene Gewinn für die interne Verteilung zwischen V und K maßgeblich (BGH NJW 1995, 1027, 1029). Die GmbH selbst zahlt immer an den im Zeitpunkt der Gewinnverwendung beteiligten Gesellschafter aus.
 - Wird nicht ausgeschüttet, wird zwischen V und K auch nicht verteilt
 - => K kann durch Thesaurierungsbeschluss Verteilung verhindern (Im KV regeln!)

➤ Steuerrecht

- Beim Erwerb von *Einzelunternehmen*, *assets von Gesellschaften* oder *Personengesellschaftsanteilen* ist steuerlich das bis zum Übergangsstichtag erzielte Ergebnis zwingend dem Verkäufer zuzurechnen.

31.10.2017

188

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Übergangsstichtag / Bilanzen - Einzelheiten zu den Bilanzen - Gewinnzurechnung

➤ Steuerrecht

- Beim Erwerb von *Kapitalgesellschaftsanteilen* ist das Ergebnis steuerlich dem zuzurechnen, der zum Zeitpunkt des Ausschüttungsbeschlusses Inhaber des Anteils ist (§ 20 V 1 und 2 EStG), also dem Erwerber, wenn der Gewinnausschüttungsbeschluss nach dem Erwerb (=wirtschaftlicher Übergang) gefasst wurde.
- Damit ist Gewinn vollumfänglich vom Käufer zu versteuern, auch wenn er den Gewinn ganz oder teilweise an den Verkäufer abführen muss. Zugleich erhöht die Gewinnabführung an den Verkäufer den Kaufpreis, den der Verkäufer ggf. versteuern muss, aber auch die Anschaffungskosten des Käufers.
 - ⇒ Wichtiger Regelungsbedarf!
- Vereinbarungen zur Gewinnzurechnung beeinflussen das Preis-/Leistungsverhältnis und somit den Kaufpreis.

31.10.2017

189

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Übergangsstichtag / Bilanzen Bilanzen

Einzelheiten zu den

Gewinnzurechnung (BGH NJW 1995, 1027; 1998, 1314 und 3646)

Sachverhalt (angepasst): An der H-GmbH (SK: 100.000,- €) sind S mit einem Geschäftsanteil im Nennbetrag von 49.000,- € und X mit 51.000,- € beteiligt. Wegen Differenzen wird der Anteil von S eingezogen und S als GF abberufen. S erklärt daraufhin seinen Austritt aus der Gesellschaft. Per Vergleich wird vereinbart, dass S zum 31.12. 2009 ausscheidet, der Anteil auf die GmbH übergeht und Einziehung und Abberufung aufgehoben werden. Im März 2010 stellt X die Jahresabschlüsse 2008 und 2009 fest und beschließt die Gewinne in Höhe von 1 Mio € an sich selbst auszuschütten. Im Juni 2010 geht GmbH in Insolvenz. Insolvenzverwalter (IV) verlangt aus eigenem und von S abgetreten Recht Zahlung von 490.000,- € von X. Zu Recht?

1. Gewinnanspruch der H-GmbH (IV) nach §§ 29 I 1; III 1 GmbHG

- Rechtsnatur: Mitgliedschaftliches Vermögensrecht und mit diesem untrennbar verbunden und nicht getrennt vom Geschäftsanteil übertragbar; mit Gewinnverwendungsbeschluss entsteht dann für ein bestimmtes Geschäftsjahr der isoliert abtretbare und verpfändbare schuldrechtliche Anspruch auf Auszahlung des Gewinns
 - Wirksamer Gewinnverwendungsbeschluss?
 - Eigener Geschäftsanteil der GmbH => keinerlei Vermögens/Verwaltungsrechte, § 33 GmbHG, also auch kein Stimmrecht
- 31.10.2017 190
- => wirksamer Gewinnverwendungsbeschluss

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



(BGH NJW 1995, 1027)

Gewinnbezugsrecht der GmbH aus eigenem Anteil?

- Dieses Vermögens-Recht ruhte genauso wie Verwaltungsrechte aus dem GmbH-Anteil

Durfte Gewinn an Gesellschafter X ausgeschüttet werden?

- 1. Meinung: nein, muss zunächst in Rücklagen der GmbH eingestellt werden; wenn man dieser Meinung folgt, dann Zahlungsanspruch der GmbH gegen X (§ 280 I BGB).
- h.M.: ja, arg.: Gläubiger und Schuldner des Gewinnanspruchs ist dieselbe Person, nämlich die GmbH => Konfusion, d.h. der Anspruch der GmbH entsteht erst gar nicht
- Indem Gewinn komplett an X ausgeschüttet wird, wird der GmbH also kein Anspruch entzogen

2. Schuldrechtlicher Zahlungsanspruch der GmbH gegen X aus §§ 101 Nr. 2 HS 2; 257 BGB?

- a) Vorschrift grundsätzlich auf Gewinnverteilung im Verhältnis Veräußerer/Erwerber anwendbar + gilt für alle noch nicht gefassten Gewinnverwendungsbeschlüsse für bereits abgelaufene Geschäftsjahre; ausdrücklich wurde auch keine abweichende Vereinbarung getroffen.
- b) hier: GmbH selbst hat Geschäftsanteil von S erworben
 - § 101 BGB setzt für Teilhabe voraus, dass Früchte auch tatsächlich gezogen wurden
 - deswegen z.B. kein Anspruch, wenn Berechtigter Früchte nicht gezogen hat, also z.B. Gewinne in Rücklagen eingestellt werden (RG JW 1913, 193 f.) – Ausnahme: § 987 II BGB
 - hier bestand gar kein Fruchtziehungsrecht der GmbH selbst (s.o. – Ruhen der Anteilsrechte)
- c) Anspruch nach § 257 BGB nur wenn b) (+)

- nein, da GmbH selbst kein Bezugsrecht auf den Gewinn hat, steht dieser den verbliebenen Gesellschaftern zu; X hat den Gewinn aufgrund eigenen Rechtes erworben!
- 31.10.2017 191

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Übergangsstichtag /Bilanzen – Gewinnzurechnung (kurzes Muster für EK)

„Der Käufer übernimmt das gesamte Unternehmen zum heutigen Tage. **Eine Zwischenbilanz soll aber nicht erstellt werden.** Was die Ertragssteuern für das laufende Kalenderjahr betrifft, soll dem Verkäufer ein Gewinn in Höhe der Entnahmen zugerechnet werden, die er seit Beginn des Geschäftsjahrs getätigt hat; im Übrigen sind Gewinne und Verluste bzw. Gewerbeerträge positiver und negativer Art dem Käufer zuzurechnen. **Wenn und soweit die steuerliche Behandlung davon abweichen sollte, verpflichten sich die Vertragsteile wechselseitig, sich so zu stellen, wie sie stehen würden, wenn die Vereinbarung steuerlich anerkannt worden wäre.** Der Verkäufer wird sich so verhalten, dass der Käufer nicht von einer Berichtigung des Vorsteuerabzugs betroffen wird. Wird umgekehrt die Berichtigung eines Vorsteuerabzugs vom Käufer ausgelöst, so hat er den Verkäufer von daraus entstehenden Zahlungspflichten zu befreien.“

31.10.2017

192

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Überblick: Kaufpreis

Allgemeines und Unternehmensbewertung

Kaufpreisaufteilung

Kaufpreisanpassung

Sicherung des Leistungsaustausches

Kaufpreisfinanzierung

Sonstiges

31.10.2017

193

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis Allgemeines

➤ Kaufpreismodelle

- Festpreisklauseln (Locked-Box-Verfahren)
- Berücksichtigung zukünftiger Ereignisse
 - Bedingt durch Auseinanderfallen von Signing (Vertragsschluss), Effective Date (Übergangstichtag) und Closing Date (Dingliche Übertragung)
- Earn Out Modelle

➤ Berechnungsgrundlage/Ermittlung des Werts des Unternehmens

- Das **Substanzwertverfahren**
 - Netto-Eigenkapital zu Buch- oder Verkehrswerten unter Abzug der Verbindlichkeiten; zukünftige Gewinne werden nicht berücksichtigt
 - Firmenwert oder spezifisches Know-How werden ebenfalls nicht berücksichtigt
 - wird meist nur noch zur Feststellung des Mindestunternehmenswerts verwandt.
- **Ertragswertmethode**, wobei der Unternehmenswert durch Diskontierung (zur Ermittlung des sog. Barwerts) der dem Unternehmensinhaber voraussichtlich zufließenden Überschüsse (=Ermittlung des nachhaltigen erzielbaren Gewinnes) berechnet wird

31.10.2017

194

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis Allgemeines

- Eine besondere Art der Ertragswertmethode stellt das DCF-Verfahren (**Discounted-Cash-Flow-Verfahren**) dar.
 - Verfahren hat sich in der M&A Praxis durchgesetzt
 - Hier wird auf künftige cash flows, also Jahresüberschüsse, korrigiert – nach oben - um nicht zahlungswirksame Aufwendungen und Erträge (insb. Abschreibungen und Rückstellungen), abgestellt.
 - Cash-Flow ist der Saldo der Ein- und Auszahlungen eines Jahres
 - Cash-Flow wird abgezinst (diskontiert), wobei unternehmensspezifische Risiken (sog. Beta-Faktoren) zu berücksichtigen sind.
- **Multiplikatorenverfahren**
 - Unternehmenskennzahlen werden mit einem branchenüblichen Faktor multipliziert:
 - EBT (earnings before tax) – equity value multiples
 - EBIT (earnings before interest and tax) – Enterprise value multiples (EVP)
 - EBITDA (earnings before interest, tax, depreciation and amortization) - EVP

31.10.2017

195

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis Allgemeines

- Im Vertrag muss klar geregelt werden, wofür genau der ursprüngliche Kaufpreis bezahlt wurde (wichtig für evtl. Kaufpreisanpassungen). Deshalb ist die Berechnungsgrundlage (s.o.) für den Unternehmenswert=Kaufpreis so wichtig.
- Wichtig ist Sicherung des Leistungsaustausches, insb. sollte Fall einer möglichen Insolvenz eines Vertragsteils bedacht werden.
- Soweit Sicherheiten (z.B.: Bürgschaften/Grundschulden) abzulösen sind, ist eine entsprechende Zahlungsweise zu vereinbaren.

31.10.2017

196

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis Kaufpreisaufteilung

- Hat vor allem steuerrechtliche Auswirkungen:
- Interesse Erwerber: großer Teil des Kaufpreises sollte auf kurzfristig abschreibungs-
fähige Wirtschaftsgüter (zB: GWG -1J.-, Know-How -5J.-; PKW -6J.-) entfallen.
- Liegt der Kaufpreis beim Erwerb von Personenunternehmen über dem Buchwert
 - => ertragsteuerlich zunächst: Buchwerte sind auf den Teilwert aufzustocken.
 - Soweit der Kaufpreis auch die Summe der Teilwerte übersteigt, ist ein erworbener Geschäftswert zu aktivieren.
 - Bei der Aufstockung der Teilwerte besteht ein gewisser Bewertungsspielraum, in dessen Rahmen eine im Vertrag aufgenommene Aufteilung auch vom Finanzamt innerhalb angemessener Grenzen anerkannt wird.
- Vereinbarte Sondervergütungen können sofort als Betriebsausgabe abgezogen werden, z.B.
 - Entgelt für ein Wettbewerbsverbot des Verkäufers oder ausscheidende Geschäftsführungsmitglieder

31.10.2017

197

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Kaufpreisaufteilung

- Provisionen an Makler
- Ablöse für die Beendigung von Dienst- bzw. Arbeitsverhältnissen.
- Kaufpreisaufteilung kann auch für Verkäufer von Bedeutung sein, z.B. im Hinblick auf die Inanspruchnahme einer Reinvestitionsrücklage gem. § 6b EStG
 - => möglichst hoher Kaufpreisanteil für reinvestitionsfähiges Wirtschaftsgut (z.B. Grundbesitz) wünschenswert!
 - widerspricht Interesse Erwerber, da für Grundbesitz lange Abschreibung (50 J.)
- Zivilrechtlich sollte Kaufpreisaufteilung eine rein tatsächliche Angabe über die Kalkulationsgrundlagen des Kaufpreises darstellen.

31.10.2017

198

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Kaufpreisanpassung

- Wichtiger Grund für Anpassungen sind Veränderungen des Unternehmens und damit von Faktoren, die die Unternehmensbewertung ausgemacht haben, zwischen dem Vertragsschluss und dem Übergangstichtag.
- Unter Umständen kann aber auch auf Regelungen zur Kaufpreisanpassung verzichtet werden, z.B.
 - wenn der Käufer das Unternehmen besonders gut kennt, insb. beim MBO oder beim Verkauf an einen Mitgesellschafter
 - wenn Kaufpreisanpassung auf andere Weise ersetzt wird, z.B. durch entsprechend erweiterte Gewährleistungsregelungen
- Faustregel:
Je höher die Wahrscheinlichkeit der Erforderlichkeit einer Anpassung und je größer das Rechtssicherheitsbedürfnis der Vertragsteile, desto eher sollten Kaufpreisanpassungsklauseln verwendet werden.

31.10.2017

199

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Kaufpreisanpassung

- Nicht selten wird eine Kaufpreisanpassung auf der Basis des bilanzmäßigen Eigenkapitals (§ 266 III A HGB – lesen!) vereinbart.
 - Festlegung einzelner Bilanzierungs- und Bewertungsgrundsätze, d.h. Anpassung bei Änderung Kapital- und Gewinnrücklagen, Gewinn- und Verlustvorträgen; Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag
 - Wird darauf verzichtet, sollte zumindest festgehalten werden, dass die Bilanzierung nach den gleichen Grundsätzen wie bei der letzten Bilanz zu erfolgen hat (sog. Bilanzstetigkeitsklausel).
- Bei Bestimmung des Kaufpreises auf der Basis des Ertragswerts erscheint eine Anpassung nach dem Eigenkapital oder einzelner Bilanzposten im Übrigen nicht unbedingt konsequent (vgl. im Rahmen der Gewährleistung auch BGH VIII ZR 186/75).

31.10.2017

200

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Kaufpreisanpassung

- Im übrigen können verschiedene weitere Auslöser für eine Kaufpreisanpassung vereinbart werden, z.B.
 - Verkauf „schuldenfrei und ohne Kassenguthaben“ („**cash and debt free**“), d.h. die entsprechenden Salden sind vom Verkäufer auszugleichen bzw. werden bei der Kaufpreisbemessung berücksichtigt. Welche Salden sind das?
 - Cash: Bankguthaben, Kassenbestände, Schecks (§ 266 II B IV HGB) sowie liquide Wertpapiere des Umlaufvermögens (§ 266 II B III HGB)
 - Debt: Anleihen/Schuldverschreibungen (§ 266 III C 1 HGB), Bankverbindlichkeiten, Verbindlichkeiten ggü verbundenen Unternehmen (§ 266 III C 6 HGB)
 - Anpassungen auf der Basis eines noch festzustellenden **cash flow, Ebit oder Ebitda** (Berechnungsgrundlagen näher definieren!)
 - Wegfall wichtiger Gewinnfaktoren oder bestimmter Verlustursachen
 - Nicht unüblich ist die nachträgliche Kaufpreiserhöhung aufgrund höherer Erträge in den Jahren nach Verkauf (**earn out oder vendor finance**)
- Klar zu regeln ist, ob der Verkäufer ggf. auch zur (teilweisen) Rückzahlung des bereits empfangenen Kaufpreises verpflichtet sein soll.

31.10.2017

201

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Kaufpreisanpassung

Fall OLG Hamm 27 U 213/04 vom 14.6.2007 – earn out durch Mehrerlösklausel

SV: Die Parteien hatten einen Share-Deal über GmbH-Anteile geschlossen. Der Vertrag wies eine sog. „Mehrerlösabführungsklausel“ auf. Demnach sollte dem Verkäufer für den Fall, dass der Käufer die erworbenen Geschäftsanteile zu einem höheren Kaufpreis weiterveräußern würde, die Hälfte des Mehrerlöses zustehen. Der Käufer verkaufte die Anteile nicht weiter. Die GmbH gliederte jedoch einen wesentlichen Teil des Geschäftsbetriebes auf eine Tochter-GmbH ab und verkaufte später 80 % ihrer Anteile an dieser T-GmbH an einen Dritten. Der Verkäufer war der Ansicht, ihm stünde die Hälfte des Mehrerlöses aus dem Verkauf zu.

Das OLG gab dem Verkäufer Recht: Eine Mehrerlösklausel, die ihrem Wortlaut nach zur Erlösabführung im Fall eines Share-Deals verpflichtet, sei in der Weise auslegungsfähig, dass sie auch eine wirtschaftlich vergleichbare Transaktion in der Form des Asset-Deals erfasst. Diese lag zwar nicht in der Ausgliederung selbst, aber in dem anschließenden Verkauf der Geschäftsanteile an der T-GmbH. Damit war die Mehrerlösklausel anzuwenden. Der Anspruch richtet sich gegen Käufer und nicht gegen die T-GmbH.

31.10.2017

202

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Einfache Kaufpreisanpassungsklausel bei Bestimmung Kaufpreis über Ertragswert

„Der Kaufpreis beträgt 1.624.000,-- €. Er ist fällig, sobald die zur Eintragung bewilligte Vormerkung an ausschließlich erster Rangstelle eingetragen ist. Wegen seiner Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises unterwirft sich der Käufer der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde; die vertragsmäßige Eintragung der Vormerkung ist Vollstreckungsvoraussetzung.

Bei der Bemessung des Kaufpreises gehen die Vertragsteile davon aus, dass im laufenden Geschäftsjahr ein Gewinn aus gewöhnlicher Geschäftstätigkeit (HGB: § 275 II Nr. 1 bis 8 - Betriebsergebnis - und 9 bis 13 - Finanzergebnis) von nicht weniger als 280.000,00 € erzielt werden wird. Sollte dies nicht erreicht werden, so hat der Verkäufer für je volle 1.000,00 € Mindergewinn 5.800,00 € des Kaufpreises (ohne Zinsen) zurückzuzahlen. Dies gilt entsprechend auch im Falle eines Verlusts aus gewöhnlicher Geschäftstätigkeit.“

203

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE

Differenzierte Anpassungsklausel bei Bestimmung Kaufpreis über Ergebnis aus gewöhnlicher Geschäftstätigkeit vor Zinsen und Steuern (EBIT)

- „1. Die vorstehend festgelegte Kaufpreisrate (10 Mio €) zu a) ist fest (Mindestkaufpreis). Die vorstehend unter b) und c) aufgeführten Kaufpreisklauseln über je 1 Mio € sind abhängig von den Jahresergebnissen vor Zinsen, Körperschaft- und Gewerbesteuer und vor erfolgsabhängiger Vergütung des Verkäufers, der nach besonderer Vereinbarung noch für eine Übergangszeit bis zum Ende des Geschäftsjahres 2016 als Geschäftsführer tätig ist (EBIT).
2. Beträgt der in 2015 erzielte EBIT nicht mindestens 2 Millionen €, so mindert sich die vorstehend unter lit. b) genannte Rate von 1 Million € um das 5-fache der Differenz zwischen dem Soll-EBIT von 2 Millionen € und dem tatsächlich erzielten EBIT. Erreicht der EBIT 2016 nicht den Betrag von 2,2 Millionen €, so mindert sich die vorstehend unter lit. c) aufgeführte Kaufpreisrate von 1 Million € um das fünf-fache des Differenzbetrages zwischen dem Soll-EBIT und dem tatsächlichen erzielten EBIT.
3. Die Kaufpreisanpassung nach Ziff. 2. führt jedoch nicht zu negativen Kaufpreisklauseln.
4. Bei der Berechnung der EBIT's sind jeweils von der Käuferin veranlasste Maßnahmen, wenn und soweit sie die Ergebnisse der Gesellschaft negativ beeinflusst haben, zu eliminieren. Die Jahresabschlüsse und die Buchhaltung 2015 sowie 2016 werden weiterhin von dem bisherigen Steuerberater der Gesellschaft in Übereinstimmung mit den bisherigen Bilanzierungsgrundsätzen der Gesellschaft, die als Anl. 1 zu diesem Vertrag beigefügt sind, erstellt.
5. Wenn und soweit sich die Vertragsparteien über die Jahresabschlüsse 2015 oder 2016 der Gesellschaft oder den jeweils relevanten EBIT nicht einigen können, soll eine bindende Entscheidung von dem Schiedsgutachter gemäß § 7 getroffen werden.“

31.10.2017

204

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE

Kaufpreisanpassung bei Bestimmung KP über Eigenkapital (§ 266 III A HGB) - ggf. zusätzlich zu EBIT - Regelung

„ § 3 Kaufpreisanpassung

(1) (Eigenkapitalanpassung)

Der Kaufpreis gemäß § 2 Abs. 1 dieses Vertrages wird um jeweils 1,00 € erhöht für jeden 1,00 €, um den das Eigenkapital der Gesellschaft (nachfolgend »Eigenkapital«) im Sinne des § 266 Abs. 3 A HGB höher ist als €. Unterschreitet das Eigenkapital diesen Betrag, verringert sich der Kaufpreis um den Differenzbetrag. Maßgeblich für die Höhe des Eigenkapitals ist der gemäß § 4 dieses Vertrages aufzustellende und zwischen den Parteien verbindlich gewordene Zwischenabschluss zum

(2) (Anpassung Finanzverbindlichkeiten)

Der Kaufpreis gemäß § 2 Abs. 1 dieses Vertrages wird darüber hinaus um den Betrag reduziert, um den die Finanzverbindlichkeiten der Gesellschaft einen Betrag i.H.v. € übersteigen. Unterschreiten die Finanzverbindlichkeiten diesen Betrag, erhöht sich der Kaufpreis um den Differenzbetrag. Der Begriff »Finanzverbindlichkeiten« meint dabei alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber Kreditinstituten und sonstigen Darlehensgebern, einschließlich dem Verkäufer und mit ihm im Sinne von § 15 AktG verbundenen Unternehmen. Klargestellt wird, dass Finanzverbindlichkeiten passivierte Leasingverbindlichkeiten einschließen. Finanzverbindlichkeiten umfassen jedoch nicht Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen, sofern deren Fälligkeit um nicht mehr als 90 Tage überschritten worden ist.

(3) (Verzinsung)

Der Gesamtbetrag, um den sich der Kaufpreis gemäß vorstehenden Absätzen 1 und 2 erhöht oder verringert, ist von der jeweils ausgleichspflichtigen Partei zuzüglich Zinsen von % seit dem Übernahmestichtag innerhalb von zwei Tagen zu entrichten, nachdem und soweit der Zwischenabschluss gemäß § 4 Abs. 3 dieses Vertrages zwischen dem Verkäufer und dem Käufer verbindlich geworden ist.“

31.10.2017

205

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Sicherung des Leistungsaustausches

➤ asset deal

- Eintragung einer Auflassungsvormerkung, wenn ein Grundstück einbezogen ist.
- Bezüglich beweglicher Gegenstände und Forderungen kann mit einem Eigentumsvorbehalt bzw. einer aufschiebend bedingten Abtretung gearbeitet werden.

➤ share deal

- Sicherung des Verkäufers durch aufschiebend bedingte Anteilsabtretung
- Schwierigkeit:
 - erschwerte Feststellung des genauen Zeitpunkts des dinglichen Übergangs
 - Eintritt der Bedingung muss ohne jede Schwierigkeit feststellbar und nachweisbar sein.
 - Bei großen Unternehmenskäufen nach „angelsächsischem Modell“ erfolgt die Anteilsübertragung durch gesonderte Urkunde („Two-Step-Modell“)
- Alternativen:
 - sofort wirksame Anteilsabtretung, jedoch unter der auflösenden Bedingung, dass der Verkäufer wegen Zahlungsverzugs des Käufers wirksam den Rücktritt erklärt.
 - Verpfändung der gekauften Anteile an den Verkäufer.

31.10.2017

206

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Sicherung des Leistungsaustausches

➤ share deal

- Soll Erfüllungsinteresse des Verkäufers (Kaufpreis/Kaufpreinsnachzahlung) abgesichert werden, muss Käufer für seine Zahlungspflicht zusätzliche Sicherheiten stellen:
 - z.B. Bürgschaft und
 - schon am Anfang der Vertragsverhandlungen Finanzierungszusage einer Bank.
 - Bei Beurkundung: Zwangsvollstreckungsunterwerfung nach § 794 I Nr. 5 ZPO
- In Betracht kommt auch Abwicklung über ein Treuhandkonto.
- Sicherung des Käufers nur mittelbar möglich. Da es keinen Gutgläubenschutz gibt, ist Kauf von Anteilen Vertrauenssache. Sicherung des Käufers für den Fall der Nichteinhaltung der Verkäuferpflichten könnte aber über eine Bürgschaft oder einen (teilweisen) Kaufpreistrückbehalt gewährleistet werden.

31.10.2017

207

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Kaufpreisfinanzierung

- Viele Unternehmenskäufe erfolgen mit hoher Fremdfinanzierung („LBO“ = Leveraged Buy-out), die durch Privatkredite („Private Debt“) sichergestellt wird.
- Unter Umständen kann für **Finanzierung auch das Vermögen des Zielunternehmens** nutzbar gemacht werden.
 - Unkompliziert ist dies beim **asset deal** möglich (zB Grundschild).
Finanzierungszinsen sind dann auch als Betriebsausgaben abzugsfähig.
 - Beim Erwerb von **Personengesellschaften** im Wege des **share deals** kann Käufer das Vermögen der Gesellschaft ebenfalls als Beleihungsgrundlage für seine Finanzierung verwenden.

31.10.2017

208

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Kaufpreisfinanzierung

- Beim Einsatz des Vermögens einer **GmbH** als Sicherheit bei der Kaufpreisfinanzierung ergeben sich aus §§ 30 f. GmbHG Schranken. Hier wird eine unzulässige Rückgewähr angenommen, wenn der Rückgriffsanspruch gegen den Gesellschafter im Falle einer Inanspruchnahme der von der GmbH gestellten Sicherheit nicht vollwertig ist.
 - Auf welchen Zeitpunkt bei der Prüfung der Werthaltigkeit abzustellen ist, ist nicht abschließend geklärt (Sicherheitenbestellung oder Inanspruchnahme)
 - Eine unzulässige Sicherheitenstellung durch die GmbH kann sowohl zu einer Haftung des Erwerbers als auch des Veräußerers führen, (BGH Z 173, 1).
 - Ist der finanzierende Anteilserwerber (#Erwerber/GF-GmbH; BGH NJW 04,1011) im Einzelfall zugleich Geschäftsführer der GmbH, folgt aus § 43a GmbHG die Unzulässigkeit der Darlehensgewährung und Sicherheitenbestellung.
 - Zulässig ist eine Sicherheitenbestellung i.d.R. i.R. eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (vgl. § 30 I 2 GmbHG; 291 III AktG).
§ 43 a GmbHG bleibt hingegen auch dann anwendbar!

31.10.2017

209

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Kaufpreisfinanzierung (BGHZ 173, 1)

Sachverhalt: V war mit 96% und K über die ihm zu 100% gehörende H-GmbH mit 4% an der Z-GmbH beteiligt. V war zugleich von § 181 BGB befreiter GF der Z-GmbH. K kaufte 2001 die Geschäftsanteile des V für 2 Mio €. Die Anteilsabtretung erfolgte aufschiebend bedingt auf die Kaufpreiszahlung. Zur Absicherung der Kaufpreisforderung trat die Z-GmbH ein von ihr bei der Sparkasse S geführtes Wertpapierkonto an V ab. Da K zum Fälligkeitszeitpunkt nicht zahlte, verlangte V von der S die Verwertung der Wertpapiere und ließ sich den Erlös von 1,5 Mio€ auszahlen. Im Zeitpunkt der Wertpapierverwertung (8/2001) bestand bei der Z-GmbH eine Unterbilanz in Höhe von 1 Mio €, die im Jahre 2002 wieder ausgeglichen wurde.

Z-GmbH verlangt 2003 von V und K Rückzahlung von 1 Mio €. Zu Recht?

31.10.2017

210

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Kaufpreisfinanzierung (BGHZ 173, 1)

Anspruch nach §§ 31 I; 30 I 1 GmbHG?

- Unzulässige Auszahlung = Verwertung der Sicherheit durch Bank
 - nicht erst mit Auszahlung des Verwertungserlös, sondern bereits mit Verwertung des Depots
 - Arg.: Inhaber des Wertpapierdepots kraft Abtretung war der Gesellschafter V.
- Unterbilanz = Buchmäßiges Reinvermögen der Gesellschaft erreicht den Betrag des Stammkapitals nicht mehr. Das Eigenkapital wird also aufgezehrt.
 - Übersteigt der Verlust das gesamte Eigenkapital, so tritt Überschuldung ein.
- V=Gesellschafter? Ja, da er erst mit Wirksamwerden der Abtretung = Kaufpreiszahlung ausscheidet => (+)
- K=Gesellschafter? Es besteht Zusammenhang der Verwertung mit der künftigen Gesellschafterstellung des K. Die Auszahlung nach Verwertung des Wertpapierdepots führt zu anteiligen Tilgung der Kaufpreiszahlungsverpflichtung des K => (+)
- Gesamtschuldnerische Haftung nach § 421 Satz 1 BGB.
 - Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 I 1; II 1 BGB nur im Innenverhältnis

31.10.2017

211

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Aufbauschema zu §§ 30, 31 GmbHG

Anspruch auf Zahlung nach §§ 31 I; 30 I 1 GmbHG?

1. Verstoß gegen § 30 I GmbHG
 - a. Auszahlung an Gesellschafter/verdeckte Gewinnausschüttung
 - i. Gesellschafter oder von ihm beherrschter Dritter oder wirtschaftlicher Gesellsch.
 - ii. Auszahlung neben Zahlungen auch sonstige Vermögensminderungen
 - b. Verneinung des Auszahlung bei Gegenleistungen des Gesellschafters?
 - i. angemessene Gegenleistung/Drittvergleich
 - ii. nicht gegeben bei krassem Missverhältnis
 - c. Beeinträchtigung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderl. Vermögens
 - i. Unterbilanz=Reinvermögen deckt nicht mehr die Stammkapitalziffer
 - ii. Reinvermögen=Summe der Aktiva minus Verbindlichkeiten und Rückstellungen
 - iii. gilt auch dann, wenn GmbH bereits überschuldet ist (Vertiefung/Erst-Recht-Schluss)
 - d. Kein vollwertiger Gegenleistungsanspruch (§ 30 I 2 GmbHG)
 - i. Anspruch aus § 31 I GmbHG zählt dazu nicht, sonst § 30 I 1 GmbHG inhaltsleer
2. Inhalt des Anspruchs?
 - a. Grundsatz: Geldzahlung - bei Sachleistungen: Rückübertragung der Sache

31.10.2017

212

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Aufbauschema zu §§ 30, 31 GmbHG

1. ...
2. ...
3. Erlöschen des Anspruchs?
 - a. bei Wiederauffüllen des Stammkapitals?
 - i. Umkehrschluss aus § 31 II GmbHG
 - ii. Keine Zweckerreichung, da Einlageverpflichtung nicht durch anderweitige Abdeckung des Stammkapitals erlischt.
 - b. durch Aufrechnung?
 - i. Gebot der realen Kapitalaufbringung
 - ii. Rechtsgedanke des § 19 II 2 GmbHG => Aufrechnung nur in diesen Fällen zulässig!
4. Ausschluss wegen Gutgläubigkeit nach § 31 II GmbHG?
5. Geltendmachung nach § 46 Nr. 2 GmbHG?
 - a. nein, Gesellschafter dürfen es nicht selbst in der Hand haben, ob Anspruch durchgesetzt wird

31.10.2017

213

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Kaufpreisfinanzierung

- Einsatz des Vermögens einer **GmbH (Fortsetzung)**:
 - Unbedenklich ist die Absicherung der Finanzierung durch die Verpfändung der erworbenen Geschäftsanteile (oder deren Sicherungsübereignung).
 - Eine Nutzung des cash-flow der GmbH zur Bedienung von Zins und Tilgung kann nur durch Umwandlung oder einen nachgeschalteten asset deal bzw. den gewinnbringenden Verkauf von Einzelwirtschaftsgütern, verbunden mit einer entsprechenden Gewinnausschüttung erreicht werden.
- Für den Erwerb von Kapitalgesellschaften sind teils komplizierte Modelle zur Finanzierung des Unternehmenskaufs entwickelt worden, so z.B. der Erwerb einer Target-GmbH durch eine (den Kaufpreis teils fremdfinanzierende) „NewCo“-GmbH mit anschließender Verschmelzung auf die Target-GmbH (debt push down) oder umgekehrt (merger buy out), so dass dann die Finanzierungszinsen mit den Gewinnen der Ziel-GmbH beglichen werden können.
- Begründung einer Organschaft führt zu demselben Ziel.

31.10.2017

214

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Sonstiges

- Bestimmung der Fälligkeit des Kaufpreises erfordert Sorgfalt.
 - Sicherheitsbedürfnis des Käufers ist zu beachten.
 - Evtl. angemessenen Kaufpreisrückbehalt bis zum Ende der Gewährleistungsfrist vorsehen.
 - Bestellung von Gewährleistungsbürgschaften
 - Teilkaufpreis auf Treuhandkonto und Auszahlung nach bestimmten Bedingungen
 - Bei einer Mehrheit von Verkäufern und/oder Käufern wird häufig die Vereinbarung eines Gesamtkaufpreises i.V.m. der Vereinbarung einer Gesamtschuldner- bzw. -gläubigerschaft gewollt sein. Ergänzt wird dies dann durch entsprechende Ausgleichsregelungen im Innenverhältnis.
 - Ausschluss der Abtretung der Kaufpreisforderung, so dass Käufer nur an Verkäufer zahlen muss.

31.10.2017

215