

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)

05.11.2018

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)

05.11.2018

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

05.11.2018

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)

05.11.2018

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.

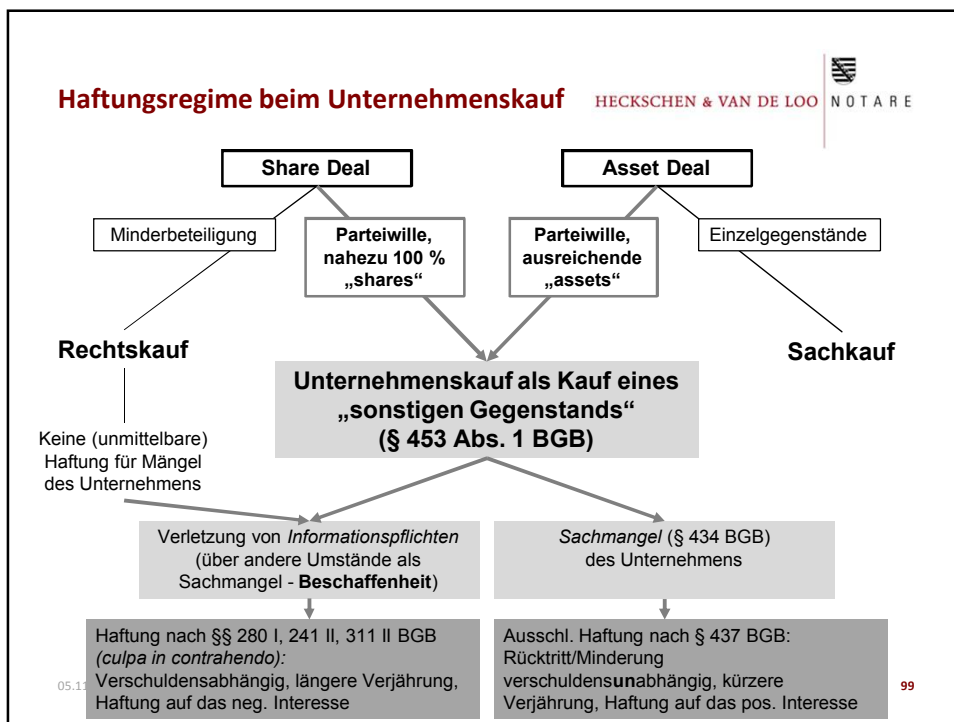
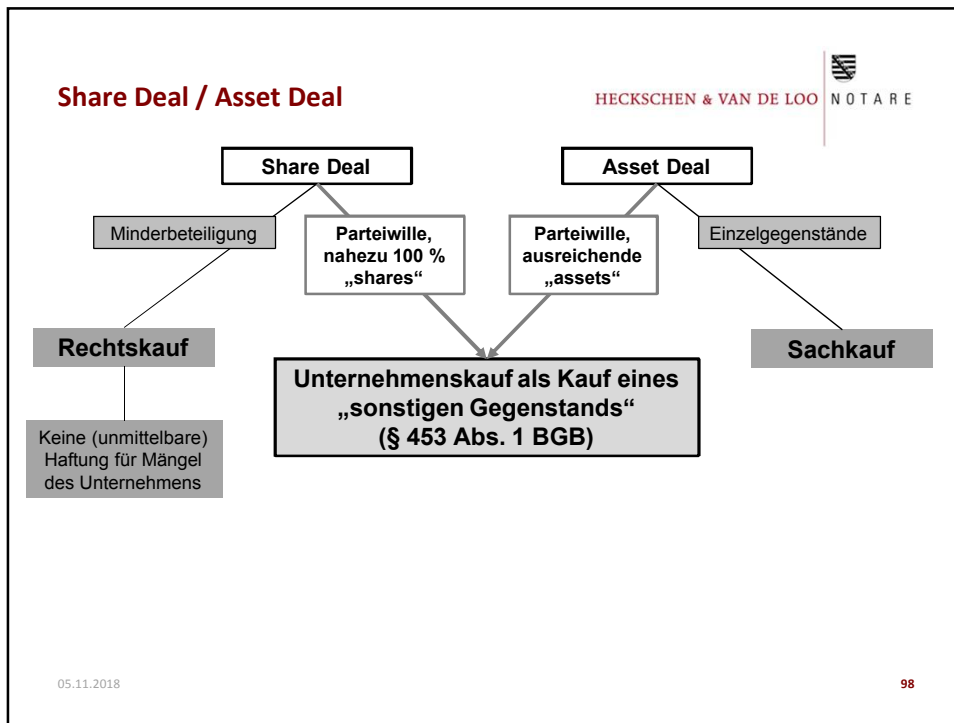
4. Kaufpreis: Der Käufer zahlt an den Verkäufer den vorläufigen Kaufpreis gemäß § 7 des Kaufvertrages durch Überweisung auf das Konto des Verkäufers mit Wertstellung zum heutigen Tag. Der Verkäufer bestätigt hiermit den Erhalt dieses Betrages.

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

05.11.2018

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.*

05.11.2018

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?

05.11.2018

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).*

05.11.2018

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.

05.11.2018

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.

05.11.2018: => 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.

05.11.2018

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

05.11.2018

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

05.11.2018

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

05.11.2018

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

05.11.2018

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“)

05.11.2018

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 Grunderwerbsteuer 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.

05.11.2018

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

05.11.2018

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 Verkäufernicht 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.

05.11.2018

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)

05.11.2018

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.

05.11.2018

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**

05.11.2018

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?

05.11.2018

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

05.11.2018

119

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte: Einbeziehung weiterer Beteiligter 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

05.11.2018

120

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte: Einbeziehung weiterer Beteiligter 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

05.11.2018

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..

05.11.2018

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

05.11.2018

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

05.11.2018

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

05.11.2018

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)

05.11.2018

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).

05.11.2018

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 satzungändernde 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)

05.11.2018

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.

05.11.2018

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.

05.11.2018 => 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.

05.11.2018

131

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragsbeteiligte:

Zustimmung Dritter

„Gelatine“ (BGHZ 159, 30)

Sachverhalt:

AG, die Gelatine herstellt, hat eine Tochtergesellschaft 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.

05.11.2018

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

05.11.2018

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)

05.11.2018

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

05.11.2018

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 und 2 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
- Neben den Vertragspartnern kann auch der Ehegatte des Veräußerers die Rechte aus der Unwirksamkeit der Verfügung geltend machen (§ 1368 BGB)

05.11.2018

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

05.11.2018

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

05.11.2018

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

05.11.2018

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 beigelegt; die Beteiligten kennen diese Verweisungsurkunde und verzichten darauf, dass sie vorgelesen und hier beigelegt 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 Personenhandelsgesellschaft, 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!

05.11.2018

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

05.11.2018

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!

05.11.2018

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.

05.11.2018

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.

05.11.2018

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)

05.11.2018

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:?

05.11.2018

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 „Stephan Hermann 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.

05.11.2018

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?

05.11.2018

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

05.11.2018

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.)
 - für SatzungsÄnd OLG München - 30.5.16 - 31 Wx 38/16 (Kompetenz offen lassend)
 - ebenso OLG Hamm GWR 18, 36; KG NZI 2017, 813 (Kompetenz: InsO-Verw als Zwangsvertreter der Gesellsch.)
 - Verfahren beim BGH anhängig (Az.: II ZG 21/17).
 - Entfällt, wenn Gesellschafter über geeignete Ersatzfirma qua Satzungsänderung beschließen
- ◆¹¹ Grundsätze über Verwertbarkeit der Firma auch hinsichtlich der Marke anzuwenden 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.

05.11.2018

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

05.11.2018

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.

05.11.2018

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.(str.) (BGH NJW 1957, 1514 unter B I 2; 1991, 353, 355; OLG Düdrf ZIP 2018, 72 Rz. 54)
- 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.“... „alles, was sonst den Inbegriff des Unternehmens ausmacht“).
- Gerichtlich nicht geklärt, daher erhöhte Vorsicht geboten!

05.11.2018

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 bei Kapitalgesellschaften notarieller Beurkundung (§§ 53 f. GmbHG/130 I 3 AktG), nicht bei PersonenG
 - Der schuldrechtliche Veräußerungsvertrag unterliegt nicht dem Beurkundungserfordernis des § 311 Abs. 3 BGB, soweit nicht neben § 179 a AktG auch § 311 Abs.3 BGB eingreift.
- Bei einem Verkauf aller Aktiva einer GmbH droht die Verwirklichung von insolvenzrechtlichen Haftungs- und Anfechtungstatbeständen, wenn bei GmbH Schulden zurückbleiben („Gläubigerbenachteiligung“).

05.11.2018

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!

05.11.2018

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; Gestaltung: GmbH-Gesellsch. 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.

05.11.2018

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 298 bis 300

05.11.2018

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!

05.11.2018

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.“

05.11.2018

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)

05.11.2018

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.

05.11.2018

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 302-304

05.11.2018

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

05.11.2018

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!

05.11.2018

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. (Rechtslage 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. Gaststättenlaubnis).

05.11.2018

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.“

05.11.2018

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)

05.11.2018

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.

05.11.2018

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 Werthaltigkeit 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
 - erdient (§ 1b BetrAVG): AN älter 35 Jahre und Versorgungszusage >= 5 Jahre
 - 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).

05.11.2018

173

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH

share deal

- Bei Abfindung einer *nicht verfallbaren (erdienten)* 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?)

05.11.2018

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

05.11.2018

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.

05.11.2018

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!)

05.11.2018

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

05.11.2018

178

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Überblick Übergangstichtag / Bilanzen

Allgemeines

Einzelheiten zu den Bilanzen

Gewinnzurechnung

05.11.2018

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

05.11.2018

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)
 - 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.
 - Risiko von *Wertänderungen der übertragenen Geschäftsanteile*
 - trägt i.d.R. bereits ab Vertragsschluss der Käufer (ggf. Käufer als Mitgeschäftsführer bestellen und Stimmbindungsvertrag).
 - 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.

05.11.2018

181

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Übergangsstichtag / Bilanzen

Allgemeines:

- 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
 - *Empfehlung*: Dinglicher Übergang der Anteile mit Wirkung Übergangsstichtag
 - Ggf. auflösende Bedingung bei Nichtzahlung des Kaufpreises/Verpfändung.
 - Soll Stimmrecht unabhängig vom dinglichen Übergang übertragen werden, hilft nur Stimmrechtsvollmacht, soweit die Erteilung einer solchen Vollmacht satzungsmäßig nicht ausgeschlossen ist. (sog. „Abspaltungsverbot“)
- 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;
 - 05.11.2018⁸ bei Veräußerung mit Wirkung zum 01.01., 0:00 Uhr im Zweifel im neuen Jahr. 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 (verbindlich nur für UKV-Parteien) 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 auch für UKV-Parteien verzichtbar, wenn Verkäufer und Käufer mit einer rein zeitanteiligen Gewinnaufteilung einverstanden sind.
 - 05.11.2018 183

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Übergangsstichtag Bilanzen

Einzelheiten zu den Bilanzen:

- Steuerlich (=vom Finanzamt) wird eine Rückwirkung nur für einen kurzen Zeitraum anerkannt (6 Wochen, evtl. auch bis zu 3 Monaten).
 - => Steuerlich 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 den Zeitpunkt des Gewinnverwendungsbeschlusses 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.

05.11.2018

184

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Übergangsstichtag / Bilanzen

Einzelheiten zu den

Bilanzen

Stichtagsbilanz (zum Übergangsstichtag)

- ermittelt das Ergebnis, das Verkäufer im Zeitraum zwischen letztem Bilanzstichtag und Stichtag 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

05.11. (§ 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. Das ist häufige Praxis.

05.11.2018

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 von der Stichtagsbilanz 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/Grundstücke werden mit dem Ertragswert/Teilwert (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.

05.11.2018

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!)
 - Grenze: § 242 BGB (BGH NJW 2004, 912)

➤ Steuerrecht

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

05.11.2018

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.

05.11.2018

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
- 190

05.11.2018

=> 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 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) (+)

05.11.2018

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

191

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.“