

Inhaltsübersicht

<i>Vorwort</i>	V
<i>Bearbeiterverzeichnis</i>	VII
<i>Inhaltsverzeichnis</i>	XIII
<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	XXXVII
<i>Literaturverzeichnis</i>	XLIII
1. Kapitel Vorbereitung und Ablauf des Unternehmenskaufs bei der GmbH ...	1
2. Kapitel Due Diligence	51
3. Kapitel Rechtliche Stellung der Organe	115
4. Kapitel Unternehmensbewertung	143
5. Kapitel Kaufvertrag	179
6. Kapitel Kaufpreis und Kapitalbeschaffung	257
7. Kapitel Unternehmensübertragung	279
8. Kapitel Steuern beim Kauf und Verkauf einer GmbH	299
9. Kapitel Haftung und Gewährleistung	353
10. Kapitel Arbeitsrecht	403
11. Kapitel Kartellrecht	445
12. Kapitel Unternehmenskauf in Krise und Insolvenz	485
13. Kapitel Besonderheiten beim Unternehmenskauf mit Auslandsberührung	531
Anhang	561
<i>Stichwortverzeichnis</i>	623

Inhaltsverzeichnis

<i>Vorwort</i>	V
<i>Bearbeiterverzeichnis</i>	VII
<i>Inhaltsübersicht</i>	XI
<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	XXXVII
<i>Literaturverzeichnis</i>	XLIII

1. Kapitel

Vorbereitung und Ablauf des Unternehmenskaufs bei der GmbH

A. Bedeutung und Grundlagen der GmbH beim Unternehmenskauf

I. Bedeutung des Unternehmenskaufs	1
II. Die GmbH als Unternehmen	3
III. Anlässe für Unternehmenskäufe	4
IV. Vorteile der GmbH beim Unternehmenskauf	4
1. Flexible Organisation	5
2. Einfache Gesellschafterstrukturen	5
3. Beschränkte Haftung	6
4. Schnelle Gründung	6
5. Verfügbarkeit von Vorratsgesellschaften	6
6. Geringe Kapitalausstattung	6
7. Unproblematische Firmierung	7
8. Verwaltungssitz auch außerhalb Deutschlands	8
9. Niedrige Gründungskosten	8
10. Gesellschafterliste	8
V. Erscheinungsformen des Unternehmenskaufs	9
1. Asset Deal	9
2. Share Deal	9
3. Abgrenzung	10
4. Vorratsgründung und Mantelkauf	11
4.1 Vorratsgründung	11
4.2 Mantelkauf	12
4.3 Rechtsfolgen der wirtschaftlichen Neugründung	13

B. Ablauf und Beteiligte

I. Phasen des Unternehmenskaufs	13
II. Parteien und weitere Beteiligte	15
1. Veräußerer und Erwerber	15
2. Gesetzliche und rechtsgeschäftliche Vertreter	16
3. Parteienmehrheit	17
4. Unternehmensmakler und andere Berater	18

III. Auktionsverfahren	19
1. Hintergrund und Zielsetzung	19
2. Vorteile für den Verkäufer	20
3. Überblick über den Prozess	21
4. Die einzelnen Phasen einer Auktion	21
4.1 Vorbereitungsphase	21
4.2 Kontaktphase	22
4.3 Phase 1	23
4.4 Phase 2	23
4.5 Bewertung der Binding Offers	26
4.6 Phase 3	27
4.7 Signing	27

C. Aufgaben der Berater

I. Ermittlung der Ziele von Käufer und Verkäufer	29
II. Beratung und Planung im vorvertraglichen Bereich	30
1. Verhandlungsstrategien	31
2. Erarbeiten eines Akquisitionsplans	32

D. Vorvertragliches Stadium

I. Vertragliche Vereinbarungen	33
1. Informationsmemorandum	33
2. Geheimhaltungs- und Unterlassungsvereinbarungen	34
3. Letter of Intent	35
4. Punktation (Memorandum of Understanding)	37
5. Vorvertrag	38
II. Gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen zur Vorbereitung des Unternehmenskaufs	39
1. Verschmelzung	39
1.1 Verschmelzung zwischen deutschen Rechtsträgern	40
1.2 Grenzüberschreitende Verschmelzung	41
1.3 Umwandlungssteuergesetz	42
2. Spaltung	44
2.1 Arten der Spaltung	44
2.2 Umwandlungssteuergesetz	46
3. Formwechsel	47
3.1 Umwandlungsgesetz	47
3.2 Umwandlungssteuergesetz	48
4. Anwachsung	48

E. Checklisten

I. Vorbereitung des Verkäufers auf den Unternehmenskauf	49
II. Vorbereitung des Käufers auf den Unternehmenskauf	50

2. Kapitel Due Diligence

A. Funktion und Überblick	51
B. Rechtliche Due Diligence	53
I. Gesellschaftsrechtliche Aspekte	53
1. Gründung	53
2. Kapitalerhaltung	54
3. Konzern	57
II. Rechtsinhaberschaft des Verkäufers	57
III. Vertragsrechtliche Aspekte	59
IV. Arbeitsrechtliche Aspekte	60
V. Gewerbliche Schutzrechte	61
VI. Kartellrechtliche Aspekte	62
1. Kartellverbot	63
2. Missbrauchsverbot	64
3. Fusionskontrolle	64
VII. Versicherungsrechtliche Aspekte	65
VIII. Öffentlich-rechtliche Aspekte	65
C. Umwelt-Due Diligence	66
D. Steuerliche Due Diligence	68
I. Vergangenheitsbezogene Analyse	68
1. Körperschaftsteuer	69
1.1 Körperschaftsteuerliche Organschaft	69
1.2 Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen	70
1.2.1 Kaufverträge mit Gesellschaftern	71
1.2.2 Miet- oder Pachtverträge mit Gesellschaftern	71
1.2.3 Darlehensverträge mit Gesellschaftern	72
1.2.4 Dienstverträge mit Gesellschaftern	72
1.2.5 Pensionszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer	73
1.2.6 Forderungsverzicht eines Gesellschafters	74
1.2.7 Verzicht auf Pensionsanswartschaften	74
1.3 Körperschaftsteuerliche Verlustvorträge und Verlustabzug	75
1.3.1 Verlustabzugsbeschränkung nach § 8 Abs. 4 KStG a.F.	75
1.3.2 Verlustabzugsbeschränkung nach § 8c KStG	76
1.4 Berücksichtigung von Finanzierungsaufwendungen	77
2. Bilanzielle Aspekte	78
2.1 Anlagevermögen	78
2.2 Umlaufvermögen	80
2.3 Rückstellungen	82
2.4 Verbindlichkeiten	83

3. Gewerbesteuer	83
3.1 Gewerbesteuerliche Organschaft	83
3.2 Gewerbesteuerliche Hinzurechnungen und Kürzungen	84
3.3 Gewerbesteuerliche Verlustvorträge	84
4. Umsatzsteuer	85
4.1 Unrichtiger oder fehlender Umsatzsteuerausweis in Rechnungen ...	85
4.2 Fehlerhafte Beurteilung von Eingangsleistungen und dadurch bedingter falscher Vorsteuerabzug	86
4.3 Fehlerhafte Vorsteuerberichtigungen	86
5. Lohnsteuer und Sozialversicherungsabgaben	87
II. Zukunftsorientierte Analyse	88
E. Markt- und Wettbewerbs-Due Diligence	
I. Marktanalyse	90
II. Wettbewerbsanalyse	91
III. Analyse des Zielunternehmens	92
F. Bilanzielle und Finanzwirtschaftliche Due Diligence	
I. Beurteilung der Topline	95
II. Beurteilung der Bottomline	97
III. Cash – Der erwartete Finanzierungsbedarf für das Netto-Umlaufvermögen (Net Working Capital – NWC) und Sachinvestitionen (Capital Expenditures – CAPEX)	98
G. Technische Due Diligence	
I. Einführung	99
1. Ausgangslage	99
2. Zielsetzung	99
3. Zeitlicher Ablauf	100
II. Bestandteile der Untersuchung	101
1. Produktionskapazität	101
2. Ablauf der Produktion	101
3. Kapazität der Läger	102
4. Standort	102
5. Qualifikation des Personals	103
6. Forschung und Entwicklung	103
7. Risiken	103
H. Checklisten	
I. Rechtliche Due Diligence	104
II. Schutzrechte-Due Diligence	105

III. Umwelt-Due Diligence	106
IV. Steuerliche Due Diligence	107
1. Allgemeine Informationen	107
2. Steuerbescheide und Betriebsprüfungen	107
3. Informationen zur Steuerbilanz	108
V. Markt- und Wettbewerbsanalyse	108
VI. Bilanzielle und finanzwirtschaftliche Due Diligence	109
VII. Arbeitsrechtliche Due Diligence	110
VIII. Technische Analyse	111
1. Nützliche Informationen zu Produktionstechniken sowie Forschungs- und Entwicklungsmaßnahmen	111
1.1 Produktion	111
1.2 Forschung und Entwicklung	111
2. Technische Analyse	112
2.1 Informationsgrundlagen	112
2.2 Betriebsgebäude	112
2.3 Technische Anlagen	112
2.4 Betriebsausstattung	112
2.5 Produktions- und Fertigungsprozesse	113
2.6 Sonstiges	113

3. Kapitel

Rechtliche Stellung der Organe

A. Geschäftsführung

I. Sorgfaltspflicht (§ 43 GmbHG)	115
II. Treuepflicht	117
III. Pflicht zu Redlichkeit und Aufklärung	117
IV. Pflichten im Rahmen der Due Diligence	119
1. Verpflichtung der Käufer-GmbH zur Durchführung einer Due Diligence	120
2. Berechtigung der Verkäufer-GmbH/Gesellschafter zur Herausgabe von Informationen	121
2.1 Geschäftsführer	121
2.2 Gesellschafter	122
V. Zivilrechtliche Haftung	124
1. C.i.c. beim Unternehmenskauf	124
1.1 Schuldverhältnis	124
1.2 Pflichtverletzung	124
1.3 Besonderheiten bei Auktionsverfahren	126
1.4 Beweislast	126
1.5 Inhalt des Schadensersatzes	127

2. Haftungsbegrenzung	127
3. Abgrenzung c.i.c. von Gewährleistungshaftung	128
4. Vertragliche Haftung	129
5. Organhaftpflichtversicherung	130
VI. Persönliche Haftung von Vertretern und Sachverständigen	130
VII. Haftungsbegrenzung für Vertreter und Sachverständige	132

B. Aufsichtsrat

I. Bildung und Zusammensetzung	134
1. Fakultativer Aufsichtsrat	134
2. Obligatorischer Aufsichtsrat	134
II. Überwachung der Geschäftsführung	135
1. Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit	135
2. Zustimmungsvorbehalt	136
III. Interessenkollision	138

C. Gesellschafter

I. Aufgaben	139
II. Rechtsfolgen fehlender Gesellschafterzustimmung	140

D. Checklisten

I. 12 Hinweise zur Haftungsvermeidung der Geschäftsführer beim Unternehmenskauf	140
II. Größenkriterien für Kontrollregelungen bei der GmbH	142

4. Kapitel Unternehmensbewertung

A. Theorie der Unternehmensbewertung

I. Grundsätze der Unternehmensbewertung des IdW-Standards S 1	143
1. Maßgeblichkeit des Bewertungszwecks	144
1.1 Neutraler Gutachter	144
1.2 Beratungsfunktion	144
1.3 Schiedsfunktion	144
2. Bewertung der wirtschaftlichen Unternehmenseinheit	144
3. Stichtagsprinzip	145
4. Bewertung des betriebsnotwendigen Vermögens	145
5. Bewertung des nicht betriebsnotwendigen Vermögens	146
6. Vorsichtsprinzip	147

II. Objektivierter Unternehmenswert	147
1. Unternehmenskonzept	147
2. Unechte Synergieeffekte	147
3. Ausschüttungsannahmen	148
4. Managementfaktoren	148
5. Ertragsteuern der Gesellschafter	149
III. Subjektiver Unternehmenswert	150
1. Finanzielle Überschüsse	150
2. Echte Synergieeffekte	150
3. Managementfaktoren	150
4. Ertragsteuern der Gesellschafter	151
IV. Vereinfachte Preisfindung	151
 B. Praktische Umsetzung der Bewertungsgrundsätze des IdW-Standards S 1	
I. Prognose und Ungewissheit	153
1. Informationsbeschaffung	153
2. Vergangenheitsanalyse	154
3. Planung	155
3.1 Detailplanungsphase	155
3.2 Langfristige Planung	156
II. Kapitalisierungszinssatz	156
1. Kapitalisierungszinssatz bei objektivierter Unternehmensbewertung	157
1.1 Basiszins	157
1.2 Risikozuschlag	158
2. Kapitalisierungszinssatz bei subjektiver Unternehmensbewertung	162
2.1 Risikozuschlag	163
2.2 Persönliche Ertragsteuern	163
III. Unternehmensbewertungsverfahren	164
1. Liquidationswert	164
2. Multiplikatorverfahren	165
3. Investitionstheoretische Verfahren	167
3.1 Ertragswertverfahren	168
3.2 DCF-Verfahren	170
3.2.1 WACC-Ansatz	170
3.2.2 Equity-Ansatz	174
IV. Besonderheiten bei kleinen und mittleren Unternehmen	176
1. Informationsbeschaffung	177
2. Unternehmerlohn und Managementvergütung	177

5. Kapitel Kaufvertrag

A. Kaufobjekt

I. Unternehmenskauf im Wege der Einzelrechtsnachfolge – Asset Deal	180
1. Gegenstände	180
2. Grundstücke	181
3. Forderungen	182
4. Vertragsverhältnisse	182
5. Teilbetrieb	183
6. GmbH-Geschäftsanteile	183
II. Unternehmenskauf im Wege des Beteiligungserwerbs – Share Deal	184
1. Vertragsgegenstand	184
1.1 Stückelung der Geschäftsanteile	185
1.2 Verkauf von Teilgeschäftsanteilen/Zusammenlegung von Geschäftsanteilen	185
2. Vinkulierungsklauseln	186
3. Gesellschafterliste und Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs	187
4. Rechte an Geschäftsanteilen	188
5. Geschäftsführerverträge	190
III. GmbH im Konzern	190
1. Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag	191
2. Zustandekommen	192
3. Rechtsfolgen	193
4. Änderung und Beendigung	194
5. Der faktische Konzern	194
6. Konzernbildung durch den Käufer	195
6.1 Satzung	195
6.2 Treuepflicht	196

B. Veräußerungs- und Verfügungsbeschränkungen, Zustimmungserfordernisse, Vorkaufsrechte

I. Öffentlich-rechtliche Beschränkungen	197
1. Auswirkungen auf die Wirksamkeit oder die Durchführung des Unternehmenskaufvertrages	197
1.1 Allgemein anwendbare Beschränkungen (Asset oder Share Deal) ..	197
1.2 Grundstückskaufverträge	198
1.2.1 Genehmigungstatbestände	198
1.2.2 Vorkaufsrechte	201
2. Weiterführung des Unternehmens durch den Käufer	202
II. Gesellschaftsrechtliche Beschränkungen	204
1. Zustimmungserfordernisse	204
1.1 Grenzen der Vertretungsmacht	204
1.1.1 AG/KGaA	204
1.1.2 GmbH	205

1.2 Grenzen der Geschäftsführungsbefugnis	205
1.2.1 AG/KGaA	205
1.2.2 GmbH	208
1.3 Verfügungsbeschränkungen der Gesellschafter bei der Veräußerung von GmbH Geschäftsanteilen	208
2. Vorkaufsrechte, Andienungsverpflichtungen, Mitverkaufsrechte und -pflichten	210
2.1 Vorkaufsrechte	210
2.2 Andienungspflichten	210
2.3 Mitverkaufsrechte und -pflichten	210
III. Familien- und vormundschaftsrechtliche Beschränkungen	211
1. Eheliches Güterrecht	211
1.1 Gesetzlicher Güterstand	211
1.2 Gütergemeinschaft	212
2. Familien- bzw. betreuungsgerichtliche Genehmigungen nach Vormundschaftsrecht	214
2.1 Genehmigungstatbestände	214
2.2 Einholung und Mitteilung der Genehmigung	216
2.3 Genehmigungsverfahren, Rechtskraftlösung	216
2.4 Auswirkung auf die Vertragsgestaltung	217
IV. Erbrechtliche Beschränkungen	217
1. Miterben	217
2. Vorerbschaft	218
3. Testamentsvollstreckung	220
4. Nachlasspflegschaft	222
5. Nachlassverwaltung und Nachlassinsolvenz	222
 C. Formerfordernisse 	
I. Beurkundungspflicht der Veräußerung von GmbH-Geschäftsanteilen (§ 15 Abs. 3 und 4 GmbHG)	223
II. Grundstücksgeschäfte (§ 311b Abs. 1 BGB)	226
III. Verpflichtung zur Übertragung des gesamten Vermögens (§ 311b Abs. 3 BGB)	228
IV. Verpflichtung zur Übertragung des gesamten künftigen Vermögens (§ 311b Abs. 2 BGB)	230
 D. Gesetzliche und vertragliche Regelungen im Umfeld des Kaufvertrages 	
I. Publizitätserfordernisse	230
1. Registeranmeldungen	230
2. Eintragungen in die GmbH Gesellschafterliste; Aufnahme eines Widerspruchs	231

II. Wettbewerbsverbote	232
1. Wettbewerbsverbote zu Lasten des Verkäufers	232
1.1 Zulässigkeitsvoraussetzungen	232
1.2 Folge eines „überschießenden“ Wettbewerbsverbots	234
1.3 Folge eines Verstoßes gegen das Wettbewerbsverbot	234
2. Wettbewerbsverbote zu Lasten des Käufers	234
3. Wettbewerbsverbote bei GUs	235
III. Schiedsgutachtenklauseln, Schiedsvereinbarungen und Mediationsabreden	235
1. Schiedsgutachtenklauseln	235
1.1 Anwendungsbereiche des Schiedsgutachtens	236
1.2 Das Schiedsgutachten im engeren und im weiteren Sinne	236
1.3 Die Schiedsgutachtenklausel	237
1.4 Wirkung des Schiedsgutachtens und Wirksamkeitsmängel	238
2. Schiedsvereinbarungen	239
2.1 Anwendungsbereiche	240
2.2 Zusammenspiel von Schiedsgerichts- und Schiedsgutachterverfahren	241
2.3 Die Schiedsvereinbarung	242
2.4 Wirkungen der Schiedsvereinbarung	242
2.5 <i>Fast-Track</i> -Schiedsverfahren	243
2.6 Die Auswahl des Schiedsgerichts	244
2.7 Verfahrensfragen Schiedsvereinbarungen	245
2.7.1 Allgemeine Verfahrensgrundsätze	245
2.7.2 Einstweiliger Rechtsschutz – Schiedsvereinbarungen	245
2.7.3 Beweisführung	246
3. Mediationsabreden	246
3.1 Mediation als zusätzliche oder alternative Streitbeilegung	246
3.2 Vor und Nachteile der Mediation	247
IV. Nebenbestimmungen im Unternehmenskaufvertrag	247
1. Kostenregelung	247
2. Rechtswahl, anwendbares Recht	248
3. Gerichtsstandsvereinbarung, Zustellungsbevollmächtigte	249
4. Schriftform- und Abschlussklausel	250
5. Salvatorische Klausel	250
6. Anlagen zum Vertrag	251
E. Checklisten	
I. Kartellrechtliche Schranken für Wettbewerbsverbote	251
1. Wettbewerbsverbote zu Lasten des Verkäufers	251
II. Zustimmungserfordernisse und Verfügungsbeschränkungen	252
III. Beurkundungspflichten	255

6. Kapitel

Kaufpreis und Kapitalbeschaffung

A. Bestimmung des Kaufpreises

I. Unternehmensbewertung	258
II. Kaufpreis	259
1. Fixkaufpreis vs. variabler/vorläufiger Kaufpreis	259
2. Abgrenzung Kaufpreisanpassungsklausel/Gewährleistungsrechte	260
3. Vorläufiger Kaufpreis	260
4. Eigenkapitalanpassung oder <i>Net Equity Adjustment</i>	262
5. Wahl des richtigen Abgrenzungstichtages: <i>Locked-Box, Effective Date</i> oder <i>Closing Date Konzept</i>	262
5.1 <i>Closing Date Konzept</i>	262
5.2 <i>Effective Date Konzept</i>	263
5.3 <i>Locked-Box Konzept</i>	263
5.4 Beendigung einer Organschaft, Gewinnabführung bzw. Verlustausgleich und Kaufpreis	263
6. Ergebnisabhängiger Kaufpreis (<i>Earn-Out</i>)	264
6.1 <i>Earn-Out</i> zur Schließung der Bewertungslücke	264
6.2 <i>Earn-Out</i> als Finanzierungsinstrument	265

B. Durchführung der Kaufpreisanpassung und Zahlungsmodalitäten

I. Durchführung der Kaufpreisanpassung	266
II. Negativer Kaufpreis	266
III. Zahlungsbedingungen	267
1. Fälligkeit	267
2. Verzinsung	267
3. Aufrechnungsverbote	267
4. Kaufpreiseinbehalte oder Hinterlegung von Kaufpreisteilen als Sicherheit	267
5. Rücktrittsrechte	268
IV. Anti-Embarrasement-Klauseln	268

C. Finanzierung des Kaufpreises

I. Zahlung mit eigenen Anteilen	268
1. Schaffung neuer Geschäftsanteile	268
1.1 Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen	269
1.2 Genehmigtes Kapital	271
2. Kauf bestehender Geschäftsanteile	272
II. Venture Capital	274

III. Management-Buy-Out und Leveraged Buy-Out	274
IV. Einsatz des Gesellschaftsvermögens im Rahmen der Fremdfinanzierung	276
1. Kapitalerhaltung	276
2. Rechtsfolgen unzulässiger Auszahlungen	277
D. Verjährung	278

7. Kapitel

Unternehmensübertragung

A. Übergangsstichtag	279
B. Übertragungsakte beim Asset Deal	280
I. Sachen und Forderungen	280
II. Firma	282
III. Gewerbliche Schutzrechte	283
IV. Vertragsverhältnisse	287
V. Know-how	288
C. Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen/Share Deal	289
I. Abtretung	289
II. Form der Übertragung	290
III. Bedeutung der Gesellschafterliste	290
IV. Eintragung des Erwerbers in die Gesellschafterliste	291
1. Aufzunehmende Veränderungen	291
2. Adressat der Einreichungspflicht	292
3. Haftung bei Verstößen	293
V. Gutgläubiger Erwerb	294
1. Voraussetzungen	294
2. Reichweite	294
3. Grenzen der Gutgläubenswirkung	296
D. Checklisten	297
I. Übertragungsakte beim Asset Deal	297
II. Übertragungsakte beim Share Deal	297

8. Kapitel Steuern beim Kauf und Verkauf einer GmbH

A. Steuerliche Interessenlage von Veräußerer und Erwerber

I. Veräußerer	300
1. Ermäßigte Steuerbelastung des Veräußerungsgewinns	300
2. Begünstigung durch Reinvestition	300
II. Erwerber	300
1. Verwendung bestehender Verlustvorträge	300
2. Kaufpreisabschreibung	300
III. Verhandlungsbedarf zwischen Veräußerer und Erwerber	301
IV. Veräußerungshemmnisse, insbesondere Pensionszusagen	301

B. Share deal – Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen

I. Ertragsteuerliche Belastung und Gestaltung beim Veräußerer	302
1. Natürliche Person mit Anteilen im Privatvermögen als Veräußerer	303
2. Natürliche Person mit Anteilen im Betriebsvermögen als Veräußerer ..	304
3. Kapitalgesellschaft als Veräußerer	305
II. Ertragsteuerliche Entlastung und Gestaltung beim Erwerber	306
1. Abschreibungen	306
1.1 Umwandlungsmodell	307
1.2 Kombinationsmodell	307
1.3 Mitunternehmermodell	307
1.4 Downstream-Merger-Modell	307
1.5 Organschaftsmodell	308
1.6 Fazit	308
2. Fremdfinanzierungskosten	308
2.1 Natürliche Personen als Erwerber	308
2.2 Kapitalgesellschaft als Erwerber	309
2.3 Zinsschranke	309
3. Transaktionskosten	311
4. Kaufpreisänderungen	312
5. Kaufpreisraten und Kaufpreisrenten	314
5.1 Allgemeines	314
5.2 Kaufpreisraten bei Veräußerung und Erwerb von GmbH- Geschäftsanteilen	314
5.2.1 Steuerliche Folgen beim Veräußerer	314
5.2.2 Steuerliche Folgen beim Erwerber	316
5.3 Kaufpreisrenten bei Veräußerung und Erwerb von GmbH- Geschäftsanteilen	316
5.3.1 Steuerliche Folgen beim Veräußerer	316
5.3.2 Steuerliche Folgen beim Erwerber	317
5.3.3 Veräußerung gegen Kaufpreisrente und Kaufpreiszahlung	317

6. Verwendung bestehender Verlustvorträge	317
6.1 Anteilige Beschränkung	317
6.2 Vollständiger Ausschluss	318
6.3 Analogie zur Zinsschranke	319
6.4 Sanierung	319
III. Verkehrsteuern	322
1. Umsatzsteuer	322
2. Grunderwerbsteuer	322
2.1 Anteilsvereinigung	322
2.2 Steuerliche Bewertung	322
 C. Asset Deal – Veräußerung und Erwerb einzelner Wirtschaftsgüter einer GmbH	
I. Ertragsteuerliche Belastung und Gestaltung beim Veräußerer	323
1. Veräußerungsgewinn	323
2. Steuerliche Folgen auf Ebene der GmbH	324
3. Steuern auf die Ausschüttung des Veräußerungsgewinns	325
II. Ertragsteuerliche Entlastung und Gestaltung beim Erwerber	325
1. Abschreibungen	325
2. Fremdfinanzierungs- und Transaktionskosten	328
3. Verlustvorträge	328
4. Übernahme von Verbindlichkeiten	328
5. Übernahme von Rückstellungen	328
III. Verkehrsteuern	329
1. Umsatzsteuer	329
2. Grunderwerbsteuer	330
 D. Transaktionsvorbereitende Gestaltungen	
I. Steuerliche Zielsetzung	331
II. Umstrukturierungen	331
1. Ertragsteuerliche Restriktionen bei Verschmelzung und Formwechsel ..	332
1.1 Wertansatz in der Schlussbilanz der GmbH	332
1.2 Steuerliche Folgen bei der Personengesellschaft und den Anteilseignern der GmbH	333
1.3 Verluste	333
1.4 Übernahmegewinn	333
1.5 Offene Rücklagen	334
1.6 Formwechsel	334
1.7 Gewerbesteuer	334
2. Verkehrsteuerliche Restriktionen bei Verschmelzung und Formwechsel	335
2.1 Umsatzsteuer	335
2.2 Grunderwerbsteuer	335
III. Einbringung	336
IV. Änderung des steuerlichen Sitzes	338

E. Teilentgeltliche Übertragung von Geschäftsanteilen

I. Ertragsteuern	341
1. Steuerliche Besonderheiten für den Veräußerer	341
2. Steuerliche Besonderheiten für den Erwerber	341
3. Vermögensübertragung gegen wiederkehrende Leistungen	342
II. Schenkungsteuer	344
1. Feststellung des Schenkungsteuertatbestandes	344
2. Schenkungsteuerliche Systematik	344
3. Steuerliche Unternehmensbewertung	345
3.1 Alternative Bewertungsmethoden	345
3.2 Vereinfachtes Ertragswertverfahren und Substanzwert	347
3.3 Vergleich der schenkungsteuerlichen Bewertungsmethoden	348
a) Bewertung nach dem IdW-Standard S 1 (zukunftsorientiert)	349
b) Bewertung nach Multiplikatorverfahren	349
c) Bewertung nach dem vereinfachten Ertragswertverfahren	350
d) Gegenüberstellung der Ergebnisse	350
4. Verschonungsabschlag	350
5. Fazit	352

9. Kapitel

Haftung und Gewährleistung

A. Haftung des Käufers

I. Asset Deal	355
1. Im Unternehmen begründete Verbindlichkeiten des Verkäufers (§ 25 HGB)	355
2. Steuerverbindlichkeiten (§ 75 AO)	360
II. Share Deal	361
1. Verbindlichkeiten des Unternehmensträgers gegenüber Dritten	361
2. Verbindlichkeiten des Anteilsverkäufers gegenüber der Gesellschaft ...	362
2.1 Haftung aus § 16 GmbHG	362
2.2 Haftung bei Sacheinlagen	363
2.3 Ausfallhaftung (§§ 24, 31 Abs. 1 GmbHG)	364
2.4 Eigenkapitalersetzende Darlehen	365
III. Sonstige Haftungsgründe beim Unternehmenskauf	366
1. Umwelthaftung	366
2. Produkthaftung	366

B. Gesetzliche und vertragliche Gewährleistungsansprüche

I. Gesetzliche Grundlagen	367
1. Asset Deal	367
2. Share Deal	368
3. Haftungsauslösende Unternehmensmängel	370
3.1 Sachmängel des Unternehmens	370
3.2 Rechtsmängel des Unternehmens	372

3.3 Haftung für Sach- und Rechtsmängel an einzelnen Unternehmensbestandteilen	373
4. Rechtsfolgen und Verjährung	373
4.1 Nacherfüllung	373
4.2 Rücktritt	374
4.3 Minderung	376
4.4 Schadensersatz	377
4.5 Ausschlussgründe	378
4.6 Verjährung	381
II. Weitere Anspruchsgrundlagen	381
1. Culpa in contrahendo	381
1.1 Anwendungsbereich	381
1.2 Anspruchsinhalt und Verjährung	382
2. Wegfall der Geschäftsgrundlage	383
III. Anfechtung des Unternehmenskaufvertrages	384
IV. Vertragliche Garantien	385
1. Inhalt	386
2. Rechtsfolgen	389
3. Verjährung	393
4. Besonderheiten bei mehreren Verkäufern	394
C. Checklisten	395
I. Haftung des Käufers	395
1. Asset Deal	395
2. Share Deal	396
II. Überblick über die Systematik der gesetzlichen Gewährleistung beim Unternehmenskauf	397
III. Garantienkatalog	398

10. Kapitel Arbeitsrecht

A. Einführung – Asset Deal, Share Deal und Umwandlungen	403
B. Asset Deal	405
I. Voraussetzungen des Betriebsübergangs nach § 613a BGB	405
1. Wechsel des Betriebsinhabers	405
2. Wahrung der Betriebs- oder Betriebsteilidentität	406
3. Übergang durch Rechtsgeschäft	409
4. Fortführung des Betriebs versus Betriebsstilllegung	409
5. Auslandsbezug	410
6. Vermeidung eines Betriebsübergangs	411
7. Zuordnung, Herausnahme und Kündigung von Arbeitnehmern	412

II. Fortgeltung und Änderung bestehender Rechte und Pflichten	414
1. Übergehende Arbeitsverhältnisse	414
2. Arbeitsvertragliche Regelungen	415
3. Betriebsvereinbarungen	416
3.1. Kollektiv-rechtliche Weitergeltung	416
3.2. Transformation	417
4. Tarifverträge	417
4.1. Allgemeinverbindlichkeit	418
4.2. Gleiche Verbandszugehörigkeit Erwerber/Veräußerer	418
4.3. Fehlende Verbandszugehörigkeit des Erwerbers	419
4.4. Andere Verbandszugehörigkeit des Erwerbers	420
4.5. Alleinige Verbandszugehörigkeit des Erwerbers	421
4.6. Arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln auf Tarifverträge	421
5. Betriebliche Altersversorgung	422
6. Betriebsrat und Aufsichtsrat	423
III. Haftung, insbesondere § 613a Abs. 4 BGB	424
1. Nachhaftung des Veräußerers	424
2. Erwerberhaftung	425
3. Haftung im Innenverhältnis Veräußerer-Erwerber	425
IV. Kündigungsschutz, § 613a Abs. 4 BGB	426
V. Unterrichtung und Widerspruch nach § 613a Abs. 5 und 6 BGB	428
1. Unterrichtung	429
1.1. Zeitpunkt oder geplanter Zeitpunkt des Übergangs	430
1.2. Grund für den Übergang	430
1.3. Rechtliche, wirtschaftliche und soziale Folgen	431
1.4. Hinsichtlich der Arbeitnehmer geplante Maßnahmen	432
1.5. Identität des Erwerbers	432
2. Widerspruchsrecht	433
3. Handlungsvorschläge/Ablaufplan zur Unterrichtung	434
C. Umwandlungen anlässlich des Unternehmenskaufs	435
D. Share Deal	437
E. Informations- und Beratungspflichten der Arbeitnehmervertretungen	438
F. Mitbestimmungsrechte	439
I. Einführung	439
II. Interessenausgleichspflicht wegen Betriebsänderung	440
III. Rechtsfolgen bei unterlassener Information/Verhandlung	442
IV. Sozialplan	443

11. Kapitel Kartellrecht

A. Einführung	445
B. Fusionskontrolle	445
I. Europäische Fusionskontrolle	446
1. Anwendungsbereich der europäischen Fusionskontrolle (Aufgreifkriterien)	446
1.1 Zusammenschlussbegriff	446
1.1.1 Fusion	446
1.1.2 Kontrollerwerb	447
1.1.2.1 Erwerber der Kontrolle	447
1.1.2.2 Gegenstand der Kontrolle	447
1.1.2.3 Wirkung der Kontrolle: Bestimmender Einfluss	447
1.1.2.4 Dauerhaftigkeit der strukturellen Veränderung	448
1.1.2.5 Arten der Kontrolle	448
1.1.2.6 Mittel der Kontrolle	449
1.1.3 Ausnahmetatbestände	450
1.2. Umsatzschwellen (gemeinschaftsweite Bedeutung)	451
1.2.1 Schwellenwerte	451
1.2.2 Ermittlung der beteiligten Unternehmen	452
1.2.3 Ermittlung des Umsatzes	452
1.2.3.1 Berechnung des Umsatzes	453
1.2.3.2 Zurechnung des Umsatzes weiterer Unternehmen	454
2. Abgrenzung zu den nationalen Fusionskontrollregimen	455
3. Materielle Beurteilung von Zusammenschlüssen (Eingreifkriterien)	456
3.1 Prüfungsmaßstab (SIEC-Test)	456
3.2 Marktabgrenzung	457
3.3 Materielle Kriterien der wettbewerblichen Beurteilung	458
3.3.1 Horizontale Auswirkungen	458
3.3.1.1 Marktanteil und Konzentrationshöhe	458
3.3.1.2 Wettbewerbswidrige Wirkungen	459
3.3.2 Ausgleichsfaktoren	460
3.3.3 Vertikale Aspekte	460
3.3.4 Konglomerate Aspekte	461
3.4 Abhilfemaßnahmen (Zusagen)	461
3.4.1 Bedingungen und Auflagen	461
3.4.2 Inhalt der Zusagen	462
3.4.3 Verfahren	462
3.5 Nebenabreden (ancillary restraints)	463
4. Fusionskontrollverfahren	463
4.1 Informal (Confidential) Guidance Verfahren	463
4.2 Anmeldung	464
4.2.1 Anmeldepflicht	464
4.2.2 Anmeldefähigkeit	464
4.2.3 Adressaten der Anmeldepflicht	464
4.2.4 Inhalt der Anmeldung	464

4.3 Vorprüfverfahren (Phase I)	465
4.4 Hauptprüfverfahren (Phase II)	466
4.5 Vollzugsverbot	466
4.5.1 Vollzugshandlungen	466
4.5.2 Maßnahmen zwischen Vertragsabschluss und Vollzug	467
4.5.3 Zahlung des Kaufpreises	468
4.5.4 Ausnahmen vom Vollzugsverbot	468
4.5.5 Rechtsfolgen eines Verstoßes	468
5. Rechtsschutz	468
5.1 Hauptsacheverfahren	469
5.2 Einstweiliger Rechtsschutz	469
5.3 Rechtsmittel zum Gerichtshof	470
II. Deutsche Fusionskontrolle	470
1. Anwendungsbereich der deutschen Fusionskontrolle (Angreifkriterien)	470
1.1. Zusammenschlussbegriff	470
1.1.1 Vermögenserwerb	471
1.1.2 Kontrollerwerb	471
1.1.3 Anteilerwerb	472
1.1.4 Erwerb wettbewerblich erheblichen Einflusses	472
1.1.5 Ausnahmetatbestände	473
1.2. Umsatzschwellen	473
1.2.1 Schwellenwerte	473
1.2.2 Ermittlung der beteiligten Unternehmen	474
1.2.3 Ermittlung des Umsatzes	474
1.3 Hinreichende Inlandsauswirkungen	475
2. Abgrenzung zu der europäischen Fusionskontrolle	475
3. Materielle Beurteilung von Zusammenschlüssen (Eingreifkriterien)	476
3.1 Prüfungsmaßstab (Marktbeherrschungstest)	476
3.2 Abhilfemaßnahmen (Zusagen)	477
3.3 Nebenabreden (ancillary restraints)	477
4. Fusionskontrollverfahren	477
5. Vollzugsverbot	479
6. Rechtsschutz	479
7. Ministererlaubnis	479
III. Sonstige ausländische Fusionskontrollregime	480
C. Gemeinschaftsunternehmen	
I. Arten von Gemeinschaftsunternehmen	481
II. Gründung von Gemeinschaftsunternehmen: Fusionsaspekt und Kartellaspekt	482
III. Wettbewerbsverbote	483
D. Sonstige kartellrechtliche Vorgaben	
I. Wettbewerbsverbote	483
II. Lizenzvereinbarungen	483
III. Bezugs- und Lieferbeziehungen	484

12. Kapitel Unternehmenskauf in Krise und Insolvenz

A. Verfahren und Beteiligte

I. Ausgangslage	485
II. Beteiligte	486

B. Unterscheidung verschiedener Krisenszenarien

I. Krise oder Insolvenz des Zielunternehmens	487
1. Krise oder Insolvenz des Zielunternehmens; gesunder Verkäufer	487
1.1 Asset Deal	487
1.2 Share Deal	488
1.3 Forderungseinlage gegen Geschäftsanteile (Debt Equity Swap)	490
1.4 Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung durch Sanierungsmaßnahmen	492
1.5 Sanierungsfusion	492
2. Krise oder Insolvenz des Verkäufers	493
II. Risikoprofil beim Unternehmenskauf in Krise oder Insolvenz des Verkäufers	494
1. Szenario 1: Verkauf des Unternehmens vor Insolvenzantragstellung beim Verkäufer	494
1.1 Allgemeines Risiko der Verkäuferinsolvenz	494
1.2 Gesetzliche Eintritts- und Haftungstatbestände beim Asset Deal	494
1.2.1 § 613a BGB	494
1.2.2 § 75 AO; § 76 AO; § 13c UStG	495
1.2.3 Schädliche Bodenveränderungen (§ 4 Abs.3 BBodSchG), öffentlich-rechtliche Zustandshaftung	495
1.2.4 Europarechtlich unrechtmäßige Beihilfen	496
1.2.5 Wettbewerbsverstöße	497
1.2.6 § 25 HGB	498
1.3 Gesetzliche Haftung des Erwerbers beim Share Deal	498
1.3.1 Kapital	498
1.3.2 Umwelt	499
1.3.3 Wettbewerbsverstöße	499
1.4 Vernichtung des Kauf- oder Erfüllungsgeschäfts nach (Anschluss-)Insolvenz des Verkäufers: Erfüllungswahlrecht, Anfechtung	500
1.4.1 Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters (§ 103 InsO)	501
1.4.1.1 Allgemeines	501
1.4.1.2 Verzögerungen beim Asset Deal und beim Share Deal	502
1.4.1.3 Lösungsklauseln für den Fall der Insolvenz	503
1.4.1.4 Anwartschaften zur Durchbrechung des Erfüllungswahlrechts	504
1.4.1.5 Schlussfolgerungen für den Unternehmenskaufvertrag	506
1.4.2 Insolvenzanfechtung gem. §§ 129 ff. InsO	506

1.4.3 Anfechtung binnen 10 Jahren bei vorsätzlicher Benachteiligung der Gläubiger	507
1.4.3.1 Vorsatz	508
1.4.3.2 Gläubigerbenachteiligung	508
1.4.4 Unternehmenskauf 3 Monate und weniger vor Insolvenzantragsstellung	509
1.4.5 Bargeschäft (§ 142 InsO)	511
1.4.6 Rechtsfolgen der Insolvenzanfechtung	512
2. Szenario 2: Verkauf des Unternehmens im Eröffnungsverfahren	513
2.1 „Starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter	514
2.2 „Schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter	514
2.3. Verkauf des Unternehmens durch den vorläufigen „starken“ oder vorläufigen „schwachen“ Insolvenzverwalter?	515
2.4 Übertragende Sanierung	517
2.5 Gesetzliche Eintritts- und Haftungstatbestände beim Unternehmensverkauf im Eröffnungsverfahren	517
3. Szenario 3: Verkauf des Unternehmens nach Insolvenzeröffnung	519
3.1 Unternehmenskauf nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens und vor bzw. nach dem Berichtstermin	519
3.2 Haftungsrisiken	520

C. Due Diligence beim Unternehmenskauf in Krise und Insolvenz

I. Ausgangslage	521
1. Haftung des handelnden Geschäftsführers	521
2. Informationsgefälle beim Share Deal bzw. Asset Deal	522
II. Besonderheiten der Krisen- oder Insolvenz-Due Diligence	523
1. Stammkapital	523
2. Verbindlichkeiten gegenüber Arbeitnehmern	524
3. §§ 75, 76 AO; § 73 AO; § 13c UStG	524
4. Umwelthaftung	525
5. Beihilfen, Wettbewerb	525

D. Arbeitrechtliche Besonderheiten beim Unternehmenskauf aus Krise und Insolvenz

I. Einleitung	526
II. Personalabbau in der Insolvenz	526
III. Kündigung von Betriebsvereinbarungen	528
IV. Fortgeltung eines Sanierungstarifvertrages	528

13. Kapitel	
Besonderheiten beim Unternehmenskauf mit Auslandsberührung	
A. Grenzüberschreitender Unternehmenskauf	532
B. Anwendbares Recht	532
I. Vertragsstatut	533
II. Gesellschaftsstatut	533
III. Internationale Abkommen	533
IV. Schuldrechtliche Vereinbarungen	534
1. Rechtswahl	534
1.1 Rechtswahl	535
1.2 Wahl der „Heimat“-Rechtsordnung einer Vertragspartei	535
1.3 Wahl des Rechts eines neutralen Drittstaates	535
1.4 Stillschweigende Rechtswahl	536
1.5 Allgemeine Schranken	536
2. Anwendungsbereich des Schuldstatutes	537
V. Anerkennung einer Rechtswahl im Ausland – Beispiel Schweiz	538
C. Dingliche Abwicklung	
I. Anteilsübertragung beim Share Deal	539
II. Übertragung von Vermögensgegenständen beim Asset Deal	539
III. Multi-jurisdictional Asset Deal	540
D. Formvorschriften	
I. Art. 11 EGBGB	541
1. Geschäftsrecht	541
2. Ortsform	541
3. Alternative Geltung von Geschäftsrecht und Ortsform bei gesellschaftsrechtlichen Vorgängen	542
II. Die Auslandsbeurkundung – Beispiel Schweiz	544
1. Rechtslage in Deutschland vor MoMiG	544
2. Rechtslage in Deutschland nach MoMiG	544
3. Änderungen des schweizerischen Obligationenrechts im Besonderen ...	544
4. Fazit	545
III. Vertretung und Vollmachten	545
1. Organschaftliche Vertretungsmacht	546
2. Rechtsgeschäftliche Vollmachten	546
E. Umwandlung über die Grenzen	
I. UmwG	546
1. Das Verfahren gem. §§ 122a ff. UmwG	548
2. Die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit	548

II. Anwachsungsmodell	549
III. Die Societas Privata Europaea – SPE	549

F. Insolvenzrecht bei internationalen Transaktionen

I. Überlegungen aus Sicht des deutschen Rechts	550
II. Insolvenzzrechtliche Überlegungen am Beispiel der Schweiz	552

G. Arbeitsrecht bei internationalen Transaktionen

I. Arbeitsrechtliche Spezifika aus der Sicht des deutschen Rechts	553
II. Betriebsübergang in der Schweiz	554
1. Allgemeines	554
2. Rechtsfolgen des Betriebsüberganges	555
3. Pensionskassen-Wechsel im Besonderen	556

Anhang

1. Maklervertrag	561
2. Rechtsberatungsvertrag nebst Honorarvereinbarung	568
3. Steuerberatungsvertrag	572
4. Geheimhaltungsvereinbarung	575
5. Letter of Intent	578
6. Non Reliance Letter	583
7. Break-Up Fee	584
8. Material Adverse Change-Klausel („MAC-Klausel“)	585
9. Vertragliche Festlegung von Kaufgegenstand und Veräußerungsverpflichtung	586
10. Zustimmungen und behördliche Erlaubnisse	589
11. Allgemeines Wettbewerbsverbot	590
12. Punktueller Wettbewerbsverbot	591
13. Vertragsstraferegelung	592
14. Schiedsgutachtenklausel	593
15. Schiedsklausel mit vorausgehender Mediation („Med-Arb“)	595
16. Schlussbestimmungen	597
17. Vertragliche Festlegung des Kaufpreises	598
18. Übergangsstichtag und Eigentumsübertragung beim Asset Deal	606
19. Übergangsstichtag und Gewinnbezugsrecht beim Share Deal	607
20. Formulierungsbeispiel Nachweis Kaufpreiszahlung beim Notar	608
21. Formulierungsbeispiel Einreichung der Gesellschafterliste gem. § 40 Abs. 2 GmbHG	609
22. Abschließendes vertragliches Gewährleistungssystem	610
23. Stillhalteabkommen	612
24. Verzichtvereinbarung, Rangrücktritt, mit Besserungsschein	622
<i>Stichwortverzeichnis</i>	623

1. Kapitel

Vorbereitung und Ablauf des Unternehmenskaufs bei der GmbH

Literatur: *Bachmann* Zum Verbot von Insihgeschäften im GmbH Konzern, ZIP 1999, 85; *Ballerstedt* Besprechung des Titels „Das Unternehmen als Organisation. Kritik und Erneuerung der juristischen Unternehmenslehre“ von Thomas Reiser, ZHR 134 (1970), 251; *Gran* Abläufe bei Mergers & Acquisitions, NJW 2008, 1409; *Heckschen* Die Umwandlungsfähigkeit der Unternehmergeellschaft, FS Spiegelberger, 2009, S. 681; *Hilgard* Break-up Fees beim Unternehmenskauf, BB 2008, 286; *Hommelhoff* Der Unternehmenskauf als Gegenstand der Rechtsgestaltung, ZHR 150 (1986), 254; *Kolb/Görtz* Vendor Due Diligence im Rahmen von Unternehmenstransaktionen aus Sicht der Praxis, M&A Review 1999, 469; *Kunisch/Wahler* Deutscher M&A-Markt im Sog des globalen Abwärtstrends, M&A Review 2009, 367; *Ries* Neuerungen für die GmbH durch das MoMiG, FS Spiegelberger, 2009, S. 905; *Rozijn* Geheimhaltungspflichten und Kapitalschutz beim Abschluss von M&A Dienstleistungsverträgen, NZG 2001, 494; *Sinnecker* Die Gestaltung von Informationsmemoranden für Unternehmensverkäufe, M&A-Review 1995, 438; *Spill* Due Diligence – Praxishinweise zur Planung, Durchführung und Berichterstattung, DStR 1999, 1786.

A. Bedeutung und Grundlagen der GmbH beim Unternehmenskauf

I. Bedeutung des Unternehmenskaufs

Eine amtliche Statistik über die Zahl der Unternehmenstransaktionen in Deutschland gibt es nicht. Erhebungen verschiedener Organisationen zeigen jedoch die Bedeutung des An- und Verkaufs von Unternehmen in den letzten Jahren. Dabei spielt die GmbH eine wichtige Rolle. **1**

Das **BKartA** registrierte in den Jahren 2007/2008 insgesamt 3 917 Anmeldungen von Zusammenschlüssen.¹ Gegenüber dem vorherigen Berichtszeitraum 2005/2006 – dort waren es insgesamt 3 516 Anmeldungen – bedeutete dies einen Anstieg um 401 Transaktionen. Ein Vergleich der Jahreswerte zeigt, dass der bisherige Höchststand aus dem Jahr 2006 in 2007 noch einmal deutlich übertroffen wurde (2 242 Anmeldungen im Vergleich zu 1 892), ehe die Zahl der Anmeldungen im Jahr 2008 mit 1 675 sich etwa dem Niveau von 2005 (1 687 Anmeldungen) näherte.² **2**

Seit dem **Jahre 2008** standen die **M&A-Aktivitäten** unter dem Eindruck der weltweiten **Finanz- und Wirtschaftskrise** und sorgten für das schwächste Branchenergebnis seit 2004. Mit einem Gesamtvolumen der angekündigten Transaktionen von 2 395,5 Mrd. US-\$ lag das Ergebnis von 2009 um 24 % unter dem Gesamtvolumen des Jahres 2008, als weltweit ein Wert von 3 170 Mrd. US-\$ erzielt wurde. Im Hinblick auf die Transaktionsanzahl ergab sich mit 35 998 Deals in 2009 ein deutlicher Rückgang um 13,7 % gegenüber dem Jahr 2008.³ In Deutschland sank das Volumen der angekündigten Deals in 2009 auf 94,1 Mrd. US-\$ und lag damit 46 % unter dem Vorjahres- **3**

1 BT-Drucks. 16/13500, 12 f., 243 dieser Anmeldungen waren nicht kontrollpflichtig, weitere 94 Anmeldungen wurden vor Abschluss des Verfahrens zurückgenommen.

2 BT-Drucks. 16/13500, 12 f.

3 *Kunisch/Wahler* M&A-Review 2010, 53 f.

1 Vorbereitung und Ablauf des Unternehmenskaufs bei der GmbH

wert. In 2009 wurden in Deutschland nur 972 Transaktionen abgeschlossen.⁴ Im Vergleich zu den 1 191 in Deutschland abgeschlossenen Transaktionen im Jahr 2008 bedeutet dies einen Rückgang um 18,2 %, gegenüber den 1 266 im Jahr 2007 abgeschlossenen sogar einen Rückgang um 23,2 %.⁵

- 4 Von den in 2009 insgesamt 972 vollzogenen Transaktionen mit deutscher Beteiligung als Käufer, Verkäufer oder Kaufobjekt fanden 515 auf nationaler Ebene statt. Dies bedeutete einen Anstieg der nationalen Transaktionen von 47,3 % in 2008 auf 53 % in 2009.⁶
- 5 Der Bundesverband Deutscher Kapitalbeteiligungsgesellschaften verzeichnete für das Jahr 2009 einen Einbruch des Marktes für Firmenkäufe um drei Viertel.⁷ Gleichzeitig war ein deutlicher Rückgang der Kaufpreise für mittelständische Betriebe von rd. 30 % zu beobachten.⁸ Trotz dieses allgemeinen Rückgangs erlebten insbesondere die sogenannten „Distressed M & A“-Transaktionen in 2009 und 2010 einen deutlichen Aufschwung.⁹
- 6 Die nachstehende Grafik¹⁰ zeigt die **Rolle der GmbH bei den Transaktionen** mit deutscher Beteiligung in dem Zeitraum 2007 bis einschließlich 1. Quartal 2010:

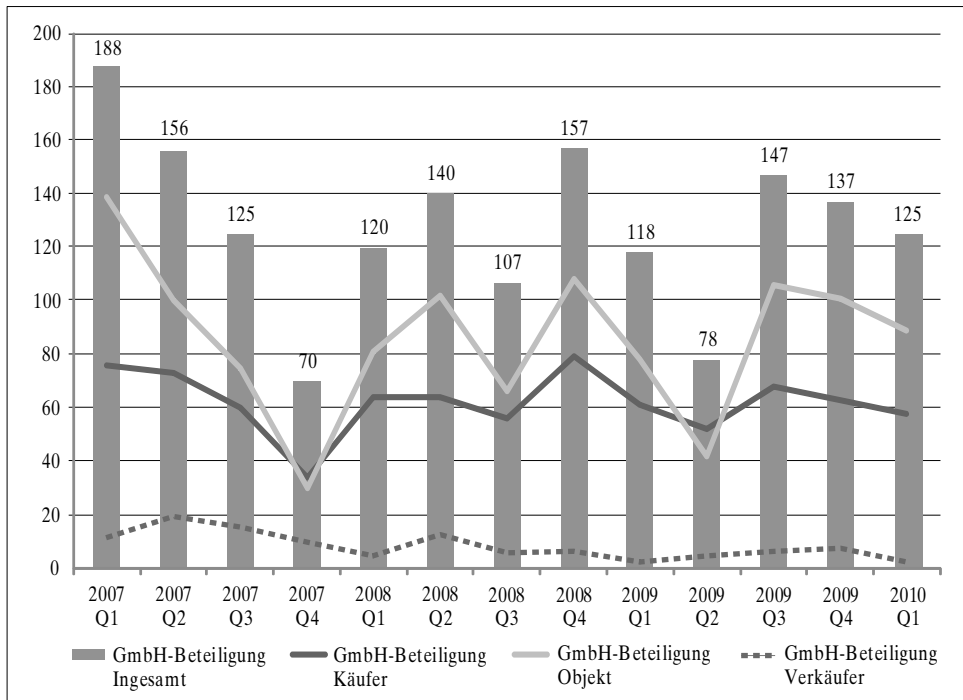


Abb. 1: Transaktionen mit deutscher GmbH-Beteiligung im Zeitraum Q1 2007 bis Q1 2010

4 Quelle: M&A Database des Instituts für Betriebswirtschaft an der Universität St. Gallen; *Kunisch/Wahler M&A-Review 2010*, 53, 54.

5 *Kunisch/Wahler M&A-Review 2010*, 53 f.

6 *Kunisch/Wahler M&A-Review 2010*, 53, 59.

7 Die Rückkehr der Heuschrecken, *Impulse*, April 2010, S. 110.

8 Die Rückkehr der Heuschrecken, *Impulse*, April 2010, S. 112.

9 *Kunisch/Wahler M&A-Review 2010*, 53 f.; *dies. M&A-Review 2009*, 367, 369.

10 Quelle: M&A Database des Instituts für Betriebswirtschaft an der Universität St. Gallen.

Diese Zahlen verdeutlichen, dass in den überwiegenden Fällen einer Transaktion mit deutscher GmbH-Beteiligung die GmbH als Transaktionsobjekt fungiert. Gleichzeitig ist festzustellen, dass die **GmbH** häufig als **Verkäuferin** und weniger häufig als **Käuferin** agiert. 7

Gerade bei kleineren Unternehmen ist mit einem anhaltenden Anstieg der Unternehmenstransaktionen zu rechnen. Mehr als 400 000 mittelständische deutsche Unternehmen warten darauf, von ihren Gründern bzw. derzeitigen Inhabern an die nachfolgende Generation übergeben zu werden.¹¹ Und bei diesen Unternehmen handelt es sich fast immer um solche in der Rechtsform der GmbH. 8

Als **Unternehmens-Rechtsform** ist die GmbH in Deutschland nicht wegzudenken; vom Mittelstand wird sie eindeutig bevorzugt. Dem durch den EuGH¹² eröffneten Wettbewerb der Rechtsordnungen hielt sie stand. Laut dem Statistischen Bundesamt gab es in Deutschland im Jahr 2008 basierend auf der Umsatzsteuerstatistik über 465 000 steuerpflichtige GmbHs mit jährlichen Lieferungen und Leistungen über 17 500 EUR.¹³ Insgesamt ist die Anzahl der GmbHs mittlerweile auf über eine Million gestiegen. Im Gegensatz dazu konnte sich die **britische Limited** (Private Company Limited by Shares) nicht am deutschen Markt durchsetzen.¹⁴ Die **haftungsbeschränkte Unternehmungsgesellschaft** gemäß § 5a GmbHG¹⁵ wurde von der Praxis zwar angenommen, hat sich jedoch nur bei Start-Ups durchgesetzt und die Limited dort praktisch verdrängt.¹⁶ 9

II. Die GmbH als Unternehmen

Im deutschen Recht existiert keine Definition des **Unternehmens**. Für den Unternehmenskauf umfasst dieser Begriff die Gesamtheit von 10

- Menschen,
- Sachen,
- Rechten,
- tatsächlichen Beziehungen und Erfahrungen,
- unternehmerischen Handlungen,
- materiellen und immateriellen Rechtsgütern und
- Geschäftswerten,

die in einer einheitlichen Organisation zur Erlangung eines wirtschaftlichen Zwecks zusammengefasst sind.¹⁷ Zu einem Unternehmen gehören die bestehenden Vertragsverhältnisse, deren Subjekt oder Objekt wiederum Unternehmen sind, seine gewerbli-

11 *Felden* FAZ Beilage vom 4.10.1999, Nr. 230, S. B 18.

12 Vgl. *Überseering-Urteil* des EuGH (vom Herausgeber *Rotthege* als Parteivertreter erstritten), *EuGH* NJW 2002, 3614 und die Darstellungen im 13. Kap. Rn. 72 ff.

13 Statistisches Bundesamt, Umsatzsteuerstatistik, Eckdaten 2008, S. 23.

14 *Bayer/Hoffmann* GmbHReport 2009, R 358.

15 Vgl. unten Rn. 26 ff.

16 Zu deren erstem Geburtstag am 1.11.2009 bestanden mehr als 20 000 haftungsbeschränkte Unternehmungsgesellschaften (vgl. FAZ vom 7.1.2010, S. 11); GmbHR 2009, R 358; *Leitzen* GmbHR 2009, 1289, 1291. Damit ist die UG rein statistisch gesehen sogar häufiger anzutreffen als die AG, von der am 1.1.2009 weniger als 18 000 bestanden, *Bayer/Hoffmann* GmbHR 2009 R 358.

17 *Picot* Unternehmenskauf, Teil I Rn. 6; *Beisel/Klumpp* Kap. 1 Rn. 13 ff.; *Ballerstedt* ZHR 134 (1970), 251, 260; *RGZ* 170, 292 ff., 297 *Schmidt* Handelsrecht § 412; *Hölters/Semler* Teil VII Rn. 1.

chen Schutzrechte, Marktanteile und sein Know-how. Der Unternehmensbegriff ist demnach weiter als der des Handelsgewerbes i.S.d. § 1 HGB, da er auch freiberufliche Praxen sowie Teilbetriebe umfasst; auch diese können Gegenstand eines Unternehmenskaufes sein und sind es in der Praxis häufig.¹⁸

- 11 Die GmbH ist nicht das „Unternehmen“ an sich sondern dessen Trägerin. Als rechtsfähige juristische Person (§ 13 GmbHG) ist sie Eigentümerin der dem Unternehmen zugeordneten Sachen, Rechte und Geschäftswerte sowie Trägerin der Rechte und Pflichten des Unternehmens.

III. Anlässe für Unternehmenskäufe

- 12 Die Anlässe, aus denen der Entschluss zum Erwerb oder zur Veräußerung eines Unternehmens erwächst, sind vielfältig. Häufig werden **Wettbewerbsvorteile** für ein bereits bestehendes Unternehmen angestrebt.¹⁹ Unternehmen festigen mit Hilfe des Zukaufs ihre **Marktposition**. Im Bereich der Familienunternehmen, die überwiegend als GmbH organisiert sind, steht die **Nachfolgeproblematik** im Vordergrund.
- 13 Letztlich geht es für den Erwerber immer darum, den Wert seines Unternehmens durch das Zielunternehmen zu erhöhen; demgegenüber ist der Veräußerer bestrebt, für sein Unternehmen den bestmöglichen Kaufpreis zu erzielen.
- 14 Aus **Käufersicht** sind folgende Absichten für Unternehmenstransaktionen typisch:
- Existenzgründung;
 - Erzielung von Synergieeffekten;
 - Erschließung neuer Geschäftsbereiche;
 - Gewinnung von Marktanteilen;
 - Erwerb bestimmter Vermögensgegenstände, Technologien oder besonderen Know-hows;
 - marktberreinigende Stilllegung nach Erwerb.

Aus **Verkäufernicht** sind häufig ausschlaggebend:

- ungünstige Wettbewerbssituation;
- Kapitalbedarf;
- unterschiedliche Interessen von Gesellschaftern;
- Nachfolgeproblematik;
- Portfoliobereinigung;
- Realisierung von Wertsteigerungen („Desinvestment“).

IV. Vorteile der GmbH beim Unternehmenskauf

- 15 Die GmbH präsentiert sich heute als das flexible und auch deshalb weit verbreitete Rechtsvehikel für Unternehmenskäufe sowohl auf Käufer- als auch auf Verkäuferseite. Folgende Vorteile der GmbH sind dafür ausschlaggebend:

18 *Beisel/Klumpp* Kap. 1 Rn. 157, 31; *Münchener Vertragshandbuch/von Hoyenberg* Bd. 2 S. 106, 615 ff.

19 Vgl. *Berens/Brauner/Strauch* S. 39 ff.

1. Flexible Organisation

Die GmbH ist **Handelsgesellschaft** mit körperschaftlicher Organisation und eigener Rechtspersönlichkeit. Anders als bei den Personengesellschaften steht nicht der Zusammenschluss von Personen, sondern die Erbringung von Kapitalbeiträgen im Vordergrund. Sie kann zu jedem **zulässigen Zweck** errichtet werden und hat ein durch die Satzung bestimmtes Stammkapital, das der Summe der von den Gesellschaftern zu leistenden Stammeinlagen entspricht. Für Gesellschaftsschulden haftet den Gläubigern nur die Gesellschaft. **16**

Die GmbH ist die **einfachste Form einer Kapitalgesellschaft**. Ein großer Vorteil dieser Rechtsform ist ihre **Flexibilität**. Es herrscht weitgehende Freiheit bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages. Die GmbH eignet sich gleichermaßen für kleine Unternehmen, mittlere Familiengesellschaften und Großunternehmen. Im Vergleich zur Aktiengesellschaft unterliegt die GmbH weniger strengen formellen Anforderungen. Ihre Gründung ist weniger formalisiert und deshalb einfacher und preiswerter. Ein Aufsichtsrat ist bei einer GmbH zumeist nicht erforderlich.²⁰ **17**

Das **Eintragungsverfahren** ist vollständig und unabhängig von einem behördlichen Genehmigungsverfahren. Die GmbH wird daher selbst bei einem genehmigungspflichtigen Gegenstand ohne erteilte Genehmigung in das Handelsregister eingetragen.²¹ Die Behörde kann die Genehmigung später unmittelbar der GmbH erteilen. Zeitaufwendige Behördengänge stehen somit der schnellen Gründung der GmbH nicht mehr im Wege.²² **18**

2. Einfache Gesellschafterstrukturen

Die GmbH ist eigenständige **juristische Person**. Sie ist körperschaftlich organisiert, vom Mitgliederbestand unabhängig und hat eine Organisation mit mindestens zwei selbstständigen Organen, dem oder den Geschäftsführern und der Gesellschafterversammlung. Neben der Satzungs- und sonstigen Grundlagenkompetenz stehen den **Gesellschaftern** zahlreiche weitere **Befugnisse** zu. Diese erstrecken sich auch auf den Bereich der laufenden Geschäftsführung, die Feststellung des Jahresabschlusses und die Ergebnisverwendung, die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer, Maßnahmen zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung, die Bestellung von Prokuristen und Generalbevollmächtigten sowie die Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern. **19**

Gesellschafter einer GmbH können sowohl inländische als auch ausländische natürliche und juristische Personen sein, außerdem Personenhandelsgesellschaften (OHG und KG) und Gesellschaften bürgerlichen Rechts (GbR). Auch die **Einmann-GmbH-Gründung** ist möglich, was gerade beim Unternehmenskauf häufig vorkommt, wenn der Käufer eine GmbH gründet, um diese als neue operative Einheit zu verwenden. **20**

20 Vgl. 3. Kap. Rn. 78 ff.

21 Zu den Ausnahmen: *Leitzen* GmbHR 2009, 480 f.

22 Damit ist jedoch die Bedeutung öffentlich-rechtlicher Genehmigungen im Handelsregisterverfahren nicht ganz beseitigt: Das *OLG München* hat die Anmeldung zur Eintragung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags zwischen einer kommunalen GmbH und einem kommunalen Eigenbetrieb zurückgewiesen, weil eine erforderliche Genehmigung nicht nachgewiesen war, GmbHR 2009, 996.

3. Beschränkte Haftung

- 21 Die Haftung der Gesellschafter gegenüber Gläubigern ist auf das **Stammkapital** beschränkt. Die Gesellschafter haften nicht persönlich gegenüber den Gläubigern, wenn die Stammeinlage voll erbracht ist. Ist dieses noch nicht der Fall, haften die Gesellschafter bis zur Höhe der Stammeinlage.
- 22 Zu beachten ist, dass die GmbH erst mit Eintragung ins Handelsregister entsteht. Erst dann ist sie Träger eigener Rechte und Pflichten. Für Geschäfte, die vor Eintragung in das Handelsregister abgeschlossen werden, haften sowohl die Gesellschafter als auch die Handelnden.

4. Schnelle Gründung

- 23 Die GmbH steht rasch zur Verfügung. Ihre Gründung kann schnell und unkompliziert erfolgen. Dies gilt erst recht bei **Standardgründungen unter Verwendung des Musterprotokolls** nebst Satzung (vgl. Anlage 1 zum GmbHG); durch ihre Verwendung werden die Gründung vereinfacht und Kosten eingespart. Die Gründung mittels Musterprotokolls ist allerdings nur möglich, wenn
 - die Gesellschaft von maximal 3 Gesellschaftern gegründet wird;
 - sich die Gesellschafter auf maximal einen Geschäftsführer einigen;
 - der Geschäftsführer vom Verbot des Insichgeschäfts (§ 181 BGB) befreit wird und
 - eine Bargründung erfolgt (keine Sachgründung).

5. Verfügbarkeit von Vorratsgesellschaften

- 24 Bei Unternehmenstransaktionen muss häufig kurzfristig über eine GmbH („NewCo“) verfügt werden können. Diesem Bedürfnis wird durch die Vorhaltung von **Vorratsgesellschaften** entsprochen. Hierbei handelt es sich um wirksam gegründete, also in das Handelsregister eingetragene Gesellschaften, die noch keine geschäftlichen Aktivitäten entfaltet haben. Meistens ist es der Käufer, der auf einen solchen GmbH-Mantel zurückgreifen will. Doch auch der Verkäufer kann hieran interessiert sein, etwa wenn er die neue Gesellschaft im Rahmen von vorgelagerten Umstrukturierungen benötigt.

6. Geringe Kapitalausstattung

- 25 Das **Stammkapital** der GmbH muss mindestens 25 000 EUR betragen (§ 5 Abs. 1 GmbHG) und liegt damit halb so hoch wie bei der AG, deren Grundkapital mindestens 50 000 EUR beträgt (§ 7 AktG). Das Stammkapital kann auf jeden beliebig höheren, auf volle EUR lautenden Betrag lauten (§ 5 Abs. 2 GmbHG); die Summe der Geschäftsanteile muss der Ziffer des Stammkapitals entsprechen (§ 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG). Bei Anmeldung der GmbHG zum Handelsregister muss lediglich die Hälfte des Mindeststammkapitals eingezahlt sein (§ 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG). Die Ausstattung mit Kapital kann über den Mindestbetrag hinaus auch durch **Rücklagen** oder **Gesellschafterdarlehen** erfolgen.
- 26 Das Stammkapital der **Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)** gem. § 5a GmbHG beträgt nur mindestens 1 EUR.
- 27 Darüber hinaus sind **Sacheinlagen** möglich; sie müssen immer in voller Höhe erbracht werden und bei der Anmeldung endgültig zu freien Verfügung des Geschäftsführers stehen. Der Wert der Sacheinlage muss in einem Sachgründungsbericht nachgewiesen

werden. Nur bei Hinweisen auf eine nicht unwesentliche Überbewertung der Sacheinlage kann das Amtsgericht zum Nachweis der Werthaltigkeit ein Sachverständigengutachten verlangen. In allen anderen Fällen ist die GmbH in das Handelsregister einzutragen (§ 9c Abs. 1 S. 2 GmbHG). Im Falle einer Überbewertung haftet der betreffende Gesellschafter auf die Differenz zu dem wahren Wert der Einlage (§ 9 Abs. 1 S. 1 GmbHG).

Eine **verdeckte Sacheinlage** liegt gem. § 19 Abs. 4 GmbHG vor, wenn die Geldeinlage eines Gesellschafters bei wirtschaftlicher Betrachtung und aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu bewerten ist.²³ Verdeckte Sacheinlagen werden wie ordnungsgemäß vereinbarte und offengelegte Sacheinlagen als wirksam behandelt und einer **Differenzhaftung** unterstellt: Gem. § 19 Abs. 4 S. 2 GmbHG sind Verträge über die Sacheinlage und die Rechtshandlungen zu ihrer Erfüllung wirksam. Auf die fortbestehende Geldeinlagepflicht des Gesellschafters wird der Wert des Vermögensgegenstandes im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister oder im Zeitpunkt der Überlassung an die Gesellschaft, falls diese später erfolgt, angerechnet (§ 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG). Erreicht der Wert der verdeckten Sacheinlage zum Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft bzw. in dem Moment der tatsächlichen Überlassung der Sache den effektiven Wert, ist die Einlagepflicht vollständig erfüllt; anderenfalls liegt nur Teilerfüllung vor und die Differenz ist in bar zu erbringen. Die Anrechnung erfolgt nicht vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister.²⁴ Die Beweislast für die Werthaltigkeit des Vermögensgegenstandes trägt der Gesellschafter (§ 19 Abs. 4 S. 4 und 5 GmbHG). 28

In den Fällen des sog. **Hin- und Herzahlens** fließt die auf den Geschäftsanteil bezahlte Summe aufgrund einer vor oder bei der Einzahlung getroffenen Abrede direkt oder indirekt an den Gesellschafter zurück, z.B. als Darlehen.²⁵ Der Gesellschafter zeichnet zunächst eine Bareinlage; mit diesen bar eingelegten Mitteln erwirbt die GmbH später einen Einlagegegenstand von dem Gesellschafter, so dass die Einlage an diesen zurückfließt.²⁶ Auch die Fallgruppe des Hin- und Herzahlens ist im GmbHG geregelt (§ 19 Abs. 5). 29

7. Unproblematische Firmierung

Die **Firma der GmbH** kann entweder der Tätigkeit des Unternehmens entlehnt sein (Sachfirma), den Namen eines oder mehrerer Gesellschafter enthalten (Namensfirma) oder nur aus einer Phantasiebezeichnung bestehen. Auch Kombinationen dieser Elemente sind möglich. Die Sachfirma muss in jedem Fall einen individualisierenden Zusatz enthalten. Der Zusatz „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ oder die Abkürzung „GmbH“ bzw. Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) oder die **Abkürzung** „UG (haftungsbeschränkt)“ ist zwingender Bestandteil der Firma. Der Zusatz „haftungsbeschränkt“ darf nicht abgekürzt werden. 30

²³ Hierzu ausführlich *Rüdiger/Werner* GmbHG 2009, 729 ff.

²⁴ Vgl. ausführlich *Rotthege* Rn. B 87 ff.

²⁵ *BGH* GmbHG 2003, 231.

²⁶ *BGH* GmbHG 2003, 1051.

8. Verwaltungssitz auch außerhalb Deutschlands

- 31 Der Verwaltungssitz der GmbH muss nicht notwendigerweise mit dem Satzungssitz übereinstimmen. Beim Unternehmenskauf mit internationaler Beteiligung kann es von erheblichem Vorteil sein, dass die GmbH ihren **Verwaltungssitz** (der Ort an dem die hauptsächliche Verwaltungstätigkeit ausgeführt wird) auch außerhalb Deutschlands haben kann. Ihr (Satzungs-)Sitz ist grundsätzlich frei wählbar, muss sich jedoch in Deutschland befinden.

9. Niedrige Gründungskosten

- 32 Die Gründung der GmbH ist verhältnismäßig preiswert. Die Kosten sind vom **Geschäftswert** und davon abhängig, ob das kostengünstigere Gründungsprotokoll oder ein individueller Gesellschaftsvertrag verwendet wird.
- 33 Bei einem Stammkapital von 25 000 EUR und individuell gestaltetem Gesellschaftsvertrag ist in etwa mit folgenden **Notarkosten** (netto zzgl. Umsatzsteuer) zu rechnen:

Beurkundung des Gesellschaftsvertrages	168 €
Beurkundung der Geschäftsführerbestellung	168 €
Anmeldung zum Handelsregister und Beglaubigung	42 €
Gesellschafterliste	13 €
Auslagen	35 €
Gesamt netto zzgl. Umsatzsteuer	426 €

Bei der Beurkundung einer 25 000 EUR GmbH mittels Gründungsprotokoll reduzieren sich diese Kosten um etwa 180 EUR.

- 34 Für die Gründung einer **Unternehmergesellschaft** (haftungsbeschränkt) mit einem Stammkapital von 1 EUR unter Verwendung des Gründungsprotokolls ergeben sich Notarkosten in Höhe von etwa 100 EUR.
- 35 Die Gebühr für die Eintragung der GmbH ins Handelsregister beträgt ebenfalls ca. 100 EUR.
- 36 Hinzu kommen noch Kosten für die Veröffentlichung der Eintragung im elektronischen Bundesanzeiger und evtl. in weiteren Bekanntmachungsblättern. Auch hier sollte pro Veröffentlichung ein Betrag in der Größenordnung von 100–300 EUR eingeplant werden.

10. Gesellschafterliste

- 37 Die **aktuelle Gesellschafterliste** gibt in der Regel einen raschen Überblick über die Beteiligungsverhältnisse der GmbH (§ 40 GmbHG). Die Geschäftsführer sind verpflichtet, nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung diese zum Handelsregister anzumelden. Ergänzt wird die Pflicht des Geschäftsführers durch eine Mitwirkungspflicht des an einer Veränderung beteiligten Notars (§ 40 Abs. 2 GmbHG). Die Eintragung in die Gesellschafterliste begründet entsprechend § 76 Abs. 2 AktG eine **unwiderlegliche Vermutung der**

materiellen Berechtigung des Gesellschafters gegenüber der GmbH.²⁷ Damit ist gem. § 16 Abs. 3 GmbHG der Weg für den gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen²⁸ eröffnet, was indes nicht zu Leichtgläubigkeit in Bezug auf die Berechtigung des Anteilsverkäufers führen darf.

V. Erscheinungsformen des Unternehmenskaufs

Angesichts der Vielzahl schuldrechtlicher und dinglicher Beziehungen, die Unternehmen ausmachen, ist deren Kauf weder reiner Rechts- noch Sachkauf,²⁹ erfolgt jedoch gem. § 453 Abs. 1 BGB nach den Regeln der §§ 433 ff. BGB.³⁰ Zwei rechtlich mögliche Gestaltungsformen sind bei jedem Unternehmenskauf in Betracht zu ziehen:

- der Kauf einzelner Wirtschaftsgüter vom Unternehmensträger (Asset Deal),
- der Erwerb einer Beteiligung am Unternehmensträger (Share Deal).

1. Asset Deal

Beim **Asset Deal** übernimmt der Käufer im Wege der **Einzelrechtsnachfolge (Singularsukzession)** die zum Unternehmen gehörenden Vermögenswerte und Wirtschaftsgüter. Diese Erwerbsform finden wir häufig bei der Veräußerung einzelkaufmännischer Unternehmen, von Arztpraxen oder anderen freiberuflich geführten Unternehmen an eine natürliche Person.³¹ Darüber hinaus kommt ein Asset Deal vor, wenn ein Unternehmen nur bestimmte Teile seiner betrieblichen Aktivitäten (sog. Teilbetriebe) abgeben, die anderen jedoch fortführen will. Umgekehrt kann auch der Käufer an dem Erwerb ausschließlich der Assets interessiert sein, etwa beim Kauf vom Insolvenzverwalter oder dann, wenn sich die bilanziellen Verhältnisse des zum Verkauf stehenden Unternehmens als unübersichtlich darstellen, so dass der Käufer mit dessen Erwerb ungeklärte Risiken übernehmen würde. Schließlich kommt ein Asset Deal in Betracht, wenn der Unternehmensträger als Kaufobjekt nicht zur Verfügung steht.

Bei der **Einzelrechtsnachfolge** verpflichtet sich der Verkäufer, die zum Unternehmen gehörenden Sachen, Rechte und Vertragsverhältnisse unter Beachtung der hierfür geltenden gesetzlichen Bestimmungen auf den Käufer zu übertragen. Beim Asset Deal müssen die Gegenstände des zu erwerbenden Unternehmens klar definiert und die Modalitäten bestimmt werden, unter denen die Assets nach den für sie jeweils geltenden dinglichen Rechtsvorschriften übertragen werden.

2. Share Deal

Beim **Share Deal** sind die gesellschaftsrechtlichen **Beteiligungsrechte** des Verkäufers am Unternehmensträger Gegenstand der Transaktion (**Universalsukzession**). Als Unternehmensträger kommen sowohl Kapitalgesellschaften (AG, KGaA und GmbH) als auch Personengesellschaften (GbR, OHG, KG oder GmbH & Co. KG) in

27 *Bartl/H. Bartl* § 16 Rn. 7.

28 Vgl. hierzu 7. Kap. Rn. 71 ff.

29 *Münchener Vertragshandbuch/von Hoyenberg* Bd. 2 S. 617.

30 Vgl. die Begründung zum Gesetzesentwurf BT-Drucks. 14/6040, 242: Unternehmenskauf = „sonstiger Gegenstand“; *Picot* Unternehmenskauf, Teil I Rn. 26.

31 Ist hingegen eine Gesellschaft Erwerberin des Unternehmens, bieten die §§ 2 ff. UmwG eine Vereinfachung gegenüber der Singularsukzession.

Betracht. Alle aktiven und passiven Vermögenswerte bleiben unverändert bei dem Unternehmensträger; lediglich der Inhaber der Beteiligungsrechte an dem Unternehmensträger wechselt.

- 42 Der Share Deal ist Rechtskauf i.S.d. §§ 453 Abs. 1, 433 Abs. 1 BGB.³² Seine dingliche Abwicklung ist im Vergleich zur Singularsukzession häufig einfacher, da nur die Beteiligungsrechte nach den für sie geltenden gesetzlichen Regeln und Formvorschriften übertragen werden müssen, nicht jedoch einzelne Wirtschaftsgüter.³³ Bei der GmbH ist ein notariell beurkundeter Kauf- und Übertragungsvertrag mithin unerlässlich.

3. Abgrenzung

- 43 Von einem **Unternehmenskauf** sprechen wir zumeist erst dann, wenn ein Unternehmen oder Teilbetrieb als Ganzes (im Sinne eines Inbegriffs von Sachen, Rechten und sonstigen Vermögenswerten) oder mit seinen wesentlichen Bestandteilen veräußert und der Erwerber dadurch in die Lage versetzt wird, das Unternehmen als solches weiterzuführen.³⁴ Die Grenzen sind jedoch fließend. Die Rechtsprechung nimmt dies nicht nur bei Übertragung sämtlicher Vermögenswerte oder Anteile sondern schon ab dem Erwerb einer bestimmten Beteiligungsquote am Unternehmensträger an: Soweit 100 % der Vermögenswerte oder Anteile am Unternehmensträger übertragen werden bzw. nur ein verschwindend geringer Anteilsrest (sog. *quantité négligable*) ausgespart bleibt, liegt ein Unternehmenskauf vor.³⁵ Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, hält es der BGH für erforderlich, dass der Wille der Vertragsschließenden auf den Erwerb des Unternehmens insgesamt gerichtet ist, der Kaufpreis sich nicht an den Anteilen, sondern am Unternehmen insgesamt orientiert und der Erwerber nach Vertragsdurchführung die Stellung eines Trägers des Unternehmens erlangt.³⁶
- 44 Die **Vor- und Nachteile** einer Transaktionsform lassen sich nicht verallgemeinern. Sie hängen stark vom Einzelfall und der Interessenlage der Beteiligten ab und müssen deshalb sorgfältig abgewogen werden.
- 45 Aus Sicht des **Käufers** können für die Entscheidung zwischen Asset und Share Deal folgende **Erwägungen** bedeutsam sein:
- 46 (1) Worauf ist das Erwerbsinteresse gerichtet?

Ist das Käuferinteresse auf eine Beteiligung am Unternehmensträger gerichtet, so liegt ein Share Deal nahe. Will der Käufer demgegenüber nur einzelne Teilbetriebe oder Technologien erwerben, kommt ein Asset Deal in Betracht.

- 47 (2) Welche Erwerbsmöglichkeiten stehen zur Verfügung?

Die Wahl der Transaktionsform hängt häufig von der Ziel-GmbH ab. Bedeutend sind insbesondere ihre Struktur (z.B. gewachsenes Familienunternehmen, Konzern, Exis-

32 *Hiddemann ZGR* 1982, 435, 438; *MünchKomm BGB/Westermann* § 433 Rn. 14.

33 Alle zum Verfügungsbereich der GmbH gehörenden Gegenstände sowie deren Rechte und Pflichten müssen dennoch erfasst werden; sie bilden die Grundlage für die Bemessung des Kaufpreises.

34 Zur Definition des Unternehmenskaufs zuletzt *BGH NJW* 2002, 1042, 1043.

35 So schon *RGZ* 129, 283; *BGH WM* 1969, 67 und *WM* 1970, 819.

36 Im Fall eines 60 %igen Beteiligungserwerbs hat der *BGH* mangels satzungsändernder Mehrheit einen reinen Rechtskauf angenommen, *BGH WM* 1980, 1006 ff.; vgl. auch die Ausführungen im 9. Kap. Rn. 53 ff.

tenz von Teilbetrieben) sowie die Sonderrechtsfähigkeit einzelner Wirtschaftsgüter (z.B. Patente/Marken/Lizenzen).

Häufig muss mit Hilfe von Umstrukturierungsmaßnahmen der Weg für eine Transaktion erst noch geebnet werden (z.B. Wechsel der Rechtsform, Abspaltung von Teilbetrieben). Betreibt die GmbH mehrere Unternehmen, erfolgt der Erwerb eines einzelnen im Wege des Asset Deal, wenn dieses nicht zuvor ausgegliedert und rechtlich verselbstständigt wurde. **48**

(3) Welche Konsequenzen ergeben sich für Käufer und Verkäufer? **49**

Ein Vorteil des Asset Deals kann darin liegen, dass eine Selektion der zu übernehmenden Wirtschaftsgüter möglich ist. Risiken, die sich insbesondere bei unübersichtlichen Unternehmensstrukturen aus der Universalsukzession ergeben, können so begrenzt werden.

Beim Asset Deal kann die Übertragung einzelner Vermögensgegenstände wegen des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes zeitaufwendig sein und zusätzliche Kosten (z.B. Notar- und Grundbuchkosten) und Steuern (z.B. Grunderwerbsteuer) verursachen. Letztere können allerdings auch beim Share Deal anfallen.³⁷ **50**

Sind beide Transaktionsformen möglich, geben steuerrechtliche Aspekte häufig den Ausschlag. Ein Vorteil des Asset Deals liegt in der Möglichkeit zur steuerlichen Abschreibung eines über die Summe der Buchwerte der Einzelwirtschaftsgüter hinausgehenden Kaufpreises. Dem Verkäufer von GmbH-Geschäftsanteilen, der selbst eine Kapitalgesellschaft ist, können steuerliche Vorteile in Form des weitgehend steuerfreien Verkaufs zugutekommen.³⁸ **51**

4. Vorratsgründung und Mantelkauf

4.1 Vorratsgründung

Eine Vorratsgründung liegt vor, wenn sich aus dem Unternehmensgegenstand schließen lässt, dass die GmbH nur gegründet wurde, um sie später mit einem dann zu bestimmenden anderen Unternehmensgegenstand zu verwenden.³⁹ **52**

Bei der **offenen** und damit **zulässigen**⁴⁰ **Vorratsgründung** ist Gegenstand der GmbH die Verwaltung eigenen Vermögens. Wird diese Vorrats-GmbH später verwendet, wird der Unternehmensgegenstand im Wege einer Satzungsänderung neu definiert. Gleichzeitig sind die der Kapitalausstattung dienenden Gründungsvorschriften des GmbHG anzuwenden, weil die spätere Verwendung einer Vorratsgründung wirtschaftlich eine Neugründung darstellt.⁴¹ Die gem. § 54 GmbHG eintragungspflichtigen Änderungen des Unternehmensgegenstandes, der Firma, des Gesellschaftssitzes sowie die Neubesetzung der Organe sind Indizien für das Registergericht, dass es sich um eine „wirtschaftliche Neugründung“ handelt.⁴² **53**

37 Vgl. § 1 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG (Anteilsvereinigung).

38 Zu den Steuern beim Unternehmenskauf vgl. 8. Kap.

39 *Priester* DB 1983, 2291, 2295; *Ulmer* DB 1983, 1125 f.

40 Grundlegend *BGHZ* 117, 323, 331 = ZIP 1992, 689; *OLG Stuttgart* DB 1992, 133; *Kallmeyer GmbHR* 2003, 322; *Scholz/Emmerich* § 3 Rn. 21.

41 *BGH* BB 2003, 324 = ZIP 2003, 251 = *GmbHR* 2003, 227 und auch *OLG Schleswig-Holstein GmbHR* 2002, 1135. Das befreit allerdings die Vorratsgesellschaft selbst bei deren Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister nicht von der Einhaltung der Kapitalaufbringungsvorschriften: *OLG Schleswig GmbHR* 2003, 1058.

42 *BGH GmbHR* 2003, 1125, 1127.

- 54 Zudem ermöglicht es die haftungsbeschränkte **Unternehmergesellschaft**⁴³, Gesellschaften mit einem Stammkapital von nur einem EUR zu gründen, vorzuhalten und auf das gesetzliche Mindeststammkapital von 25 000 EUR zu erhöhen, sobald die Gesellschaft eine wirtschaftliche Verwendung findet.

4.2 Mantelkauf

- 55 Um einen Share Deal handelt es sich auch beim Erwerb eines **GmbH-Mantels**. Ein Mantelkauf ist gegeben, wenn (nahezu) sämtliche Geschäftsanteile einer GmbH, die ihren Geschäftsbetrieb noch nicht aufgenommen („Vorratsgesellschaft“) oder eingestellt hat, erworben werden. Die erworbene Gesellschaft verfügt in der Regel über kein nennenswertes Vermögen.⁴⁴
- 56 Von der wirtschaftlichen Neugründung unterscheidet sich der Mantelkauf dadurch, dass bei der Vorratsgesellschaft der Unternehmensgegenstand offen als „Verwaltung eigener Vermögenswerte“ bezeichnet ist. Für die Trennung der Mantelverwendung von der „bloßen“ Umorganisation bzw. Sanierung einer (noch) aktiven GmbH soll entscheidend sein, ob die Gesellschaft noch ein aktives Unternehmen betreibt, an das die Fortführung des Geschäftsbetriebs in irgendeiner wirtschaftlichen Weise anknüpft (Umorganisation). Handelt es sich tatsächlich um einen leer gewordenen Gesellschaftsmantel ohne Geschäftsbetrieb, der seinen – neuen oder alten – Gesellschaftern nur dazu dient, ohne rechtliche Neugründung einer Kapitalgesellschaft eine neue Geschäftstätigkeit aufzunehmen, liegt eine Mantelverwendung vor.⁴⁵
- 57 Der rechtlich an sich zulässige⁴⁶ Mantelkauf kann jedoch zu einer **Umgehung der Gründungsvorschriften** (Mindestkapitalausstattung) führen, wenn die übernommene GmbH nicht mehr über ausreichendes Haftkapital verfügt und ihre neuen Gesellschafter kein frisches Kapital zufügen. Die Gläubiger sind im Falle der Verwendung eines bereits stillgelegten, leeren Mantels stärker gefährdet und daher schutzbedürftiger als bei der Verwendung einer Vorrats-GmbH. Nach Ansicht des BGH sind deshalb auch bei der Verwendung eines „alten“ Mantels einer existenten, aber unternehmenslosen GmbH die Gründungsvorschriften einschließlich der registerlichen Kontrolle anzuwenden.⁴⁷
- 58 Somit ist die Wiederverwendung eines zwischenzeitlich leer gewordenen Gesellschaftsmantels gegenüber dem Registergericht offen zu legen. Dementsprechend hat der neue Geschäftsführer entsprechend § 8 Abs. 2 GmbHG bei der Anmeldung der Veränderungen zum Handelsregister zu versichern, dass die in § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG bezeichneten Leistungen auf die Geschäftsanteile bewirkt sind und sich weiterhin in seiner freien Verfügung befinden. Bei erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit der Versicherung kann der Registerrichter Nachweise verlangen (§ 8 Abs. 2 S. 2 GmbHG). Diese müssen sich darauf beziehen, dass die Hälfte des Mindeststammkapitals (§ 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG) noch vorhanden ist.⁴⁸

43 Vgl. oben Rn. 26 ff.

44 Scholz/Emmerich § 3 Rn. 21 f.

45 BGH GmbHR 2003, 1125, 1127.

46 Hachenburg/Ulmer § 3 Rn. 37; Scholz/Emmerich § 3 Rn. 21 m.w.N.

47 BGH GmbHR 2003, 1125 = ZIP 2003, 1698 = DB 2003, 2055.

48 BGH GmbHR 2003, 1125, 1127, Stichtag ist dann der Tag der Offenlegung gegenüber dem Handelsregister.

4.3 Rechtsfolgen der wirtschaftlichen Neugründung

Wird ein GmbH-Mantel verwendet oder eine Vorratsgesellschaft aktiviert ohne Beachtung des Gründungsrechts, bestehen nach der Rechtsprechung des BGH folgende Haftungsrisiken:⁴⁹

- Die reale Kapitalaufbringung muss gesichert sein durch Anwendung der **Unterbilanzhaftung**. Stichtag ist der Tag der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Handelsregister.
- Wenn die Geschäfte vor der Offenlegung aufgenommen werden, ohne dass alle Gesellschafter zugestimmt haben, greift die Handelndenhaftung analog § 11 Abs. 2 GmbHG. Diese endet erst, wenn sämtliche die Umgründung ausmachenden eintragungspflichtigen Tatsachen (Änderung des Unternehmensgegenstandes und der Firma, Verlegung des Gesellschaftssitzes und Neubestimmung der Organmitglieder) in das Handelsregister eingetragen sind.
 - Wegen dieser Haftungsrisiken sollte folgendes beachtet werden:
 - Der Vermögensstatus der GmbH sollte vor Anmeldung der Satzungsänderung zum Handelsregister ermittelt werden. Fehlendes Kapital muss neu eingezahlt werden.
 - In der Anmeldung zum Handelsregister ist auf die Übernahme von Vorratsgesellschaft bzw. Mantel hinzuweisen. Gleichzeitig ist die Versicherung abzugeben, dass im Zeitpunkt der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung ein Viertel des statutarischen Stammkapitals und zugleich die Hälfte des Mindeststammkapitals unversehrt vorhanden ist (§ 8 Abs. 2 GmbHG).
 - Der Geschäftsbetrieb darf erst aufgenommen werden, wenn tatsächlich offen gelegt wurde.

C. Aufgaben der Berater

Alle Unternehmenskäufe bedürfen einer umfassenden Beratung, Planung und Koordination. Frühere Konstellationen, in denen der Hausnotar, assistiert von dem zumeist langjährigen persönlichen Steuerberater, eine Transaktion vorbereitete und durchführte, sind heute selten geworden. Die rechtlichen und steuerlichen Fragestellungen sind zu komplex, als dass man sie einzelnen Beratern übertragen könnte. Ausnahmen mögen diese Regel bestätigen. Auch im mittelständischen Bereich erweist es sich fast immer als notwendig und auch sachgerecht, ein Beraterteam zu formieren, dessen Mitglieder ihr jeweiliges Fachwissen beisteuern. Bei größeren Transaktionen müssen anwaltliche Projektteams gebildet werden, deren Mitglieder sich zum einen mit **Spezialfragen** (z.B. Steuerrecht, Kartellrecht, Arbeitsrecht) und zum anderen mit projektbezogenen Einzelfragen befassen, die sich häufig erst im Rahmen der Durchführung

88 Hilgard BB 2008, 286 ff.

als Problem herausstellen. Die Delegation solcher Spezialfragen auf Mitglieder des Beraterteams hilft, die Transaktion in dem geplanten Zeitrahmen umzusetzen.

- 108 Werden Tochtergesellschaften aus einem Konzern veräußert, agiert zumeist ein Mitglied der Geschäftsführung als Verhandlungspartner. Hat das Tochterunternehmen eine eher untergeordnete Bedeutung im Konzern, handelt zumeist die untergeordnete Führungsebene.
- 109 Fast immer müssen die Berater mit den zuständigen Stellen des Unternehmens eng zusammenarbeiten; auf deren Zuliefer-Arbeit sind sie angewiesen. Um diese Managementaufgabe zu bewältigen, wird häufig sowohl auf Käufer- wie auch auf Verkäuferseite ein sog. **Steering Committee** gebildet, dessen Leitung dem Hauptverantwortlichen für die Transaktion obliegt. Bei mittelständischen Unternehmen ist dies fast immer ein Geschäftsführer. Neben weiteren zuständigen Mitarbeitern aus dem Unternehmen gehören dem Steering Committee typischerweise der Vertreter einer etwa eingeschalteten Investmentbank, ein akquisitionserfahrener Anwalt sowie ein in diesem Bereich qualifizierter Wirtschaftsprüfer/Steuerberater an.
- 110 Das Steering Committee begleitet die Transaktion von der Planung bis zur Umsetzung. Seine Aufgabe besteht darin, alle im Rahmen der Transaktion auftauchenden Sachfragen in einem Kreis kompetenter Ansprechpartner zu erörtern und einer Entscheidung zuzuführen. Dem Steering Committee obliegt die Gesamtverantwortung für die Transaktion, Detailfragen kann es an spezialisierte Unternehmenseinheiten oder externe Berater delegieren.⁸⁹
- 111 Bei der Einschaltung **externer Berater** sollten die Beteiligten darauf achten, dass diese über Erfahrungen im M&A-Bereich verfügen. Größere Kanzleien haben diesen Bereich mit Spezialisten besetzt; kleinere verfügen häufig über ein Netzwerk und sind hierdurch in der Lage, ein kompetentes Beraterteam zu formieren, das sich der Transaktion in qualifizierter Weise annimmt. Wiederum andere haben sich auf das M&A-Geschäft spezialisiert.
- 112 Doch selbst wenn die erforderliche Expertise im Unternehmen vorhanden ist, werden in der Regel außenstehende Berater herangezogen, und zwar aus haftungsrechtlichen Gründen. Denn die Geschäftsführer sind verpflichtet, sämtliche ihnen zur Verfügung stehende Information auszuschöpfen und sich neue entscheidungsrelevante Informationen zu verschaffen. Dazu gehört auch, sachverständige Beratung einzuholen.⁹⁰ Nach der in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG geregelten und für das GmbH-Recht entsprechend anwendbaren „**Business Judgement Rule**“ liegt eine Pflichtverletzung des GmbH-Geschäftsführers dann nicht vor, wenn er bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.
- 113 Kluge Berater vermeiden Rivalitäten untereinander; ihr Ziel ist der sachgerechte Abschluss der Transaktion auf Käufer- oder Verkäuferseite. Sie verstehen sich mehr als Projektmanager denn als Vertrags- oder Steuertechniker.
- 114 **Honorarfragen** sind ein nicht unwesentliches Kriterium bei der Auswahl geeigneter Berater. Ein Beautycontest kann hierbei hilfreich sein, verbietet sich aber häufig

⁸⁹ Vgl. *Hölters* Teil I Rn. 102ff.

⁹⁰ *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek* § 43 Rn. 8 und 18; *BGH* ZIP 2008, 1675, 1676; *Binder* AG 2008, 274; *Fleischer* ZIP 2005, 141, 149; *Hölters* Teil I Rn. 106, 107 (für den AG-Vorstand).

schon deshalb, weil die Transaktion nicht zu früh an die Öffentlichkeit gelangen soll. Gleichwohl können geeignete Berater vertraulich oder in anonymisierter Form angefragt und um Mitteilung ihrer Honorarvorstellungen gebeten werden. Die geforderten Stundensätze sind meistens ein Indiz.⁹¹ Sind Beraterteams sofort verfügbar, gelingt es häufig, ein günstiges Gesamthonorar zu vereinbaren oder dessen Höhe zu begrenzen. Doch muss stets im Auge behalten werden, dass Honorare nur einen Bruchteil der Transaktionskosten darstellen und die Qualifikation der Berater entscheidend sein sollte. Denn bekanntlich ist guter Rat teuer, schlechter Rat jedoch noch teurer; und das gilt auch beim Unternehmenskauf.

Wenn die Parteien Berater einschalten, ist es zwingend, mit diesen einen **schriftlichen Beratungsvertrag** abzuschließen und darin auch die Haftungsfragen zu regeln. Dies ist auch im Interesse des Beraters, der nur seinem Auftraggeber und nicht weiteren Beteiligten (z.B. den finanzierenden Banken) gegenüber haften will. **115**

I. Ermittlung der Ziele von Käufer und Verkäufer

Die **Erwerbsziele** sind für die Berater des Käufers die maßgebliche Richtschnur. Mit dieser müssen sie die rechtlichen und steuerlichen Möglichkeiten zur Umsetzung – etwa den Erwerb einer Unternehmenseinheit, einer Beteiligung am Unternehmensträger oder die Vereinbarung eines Joint Venture – aufzeigen und das Anforderungsprofil bestimmen. Die Erwerbsziele sind ferner entscheidend für die Prüfung des Zielunternehmens in strategischer, betriebswirtschaftlicher, technischer, rechtlicher und steuerlicher Hinsicht sowie dafür, ob ein Kaufvertrag nach erfolgter Auswertung aller Informationen zustande kommt. **116**

Das Anforderungsprofil des Zielunternehmens wird vom Käufer erstellt. Dafür sind die so genannten **qualifying criteria**, also die im Hinblick auf die zu erreichenden Ziele als unverzichtbar erachteten Anforderungen an das Zielunternehmen – wie z.B. Branche, Produktpalette, Marktanteil, Unternehmensgröße oder Standort – zu bestimmen.⁹² Ergänzt wird dieses Idealprofil durch die Aufnahme weiterer, jedoch nicht unumstößlicher Wunschkriterien. **117**

Der Berater muss klären, mit welcher **Priorität** der Käufer seine Ziele erreichen will, und im Laufe der Transaktion immer wieder prüfen, ob diese Prioritätenliste noch eingehalten ist oder ob der emotionale Wunsch, das Zielunternehmen zu besitzen, die Oberhand gewonnen hat. Strebt der Käufer eine unternehmerische **Einflussnahme** an, so stellt der Asset Deal häufig die einfachste Form der Umsetzung dar; denn mit dem Erwerb aller für die Fortführung des Unternehmens notwendigen Vermögensgegenstände und Vertragsverhältnisse erhält der Käufer den alleinigen unternehmerischen Einfluss. Beim Share Deal ist dieses nur dann der Fall, wenn der Käufer 100 % der Geschäftsanteile an dem Unternehmensträger erwirbt. Geringere Einflussstufen stellen der Erwerb von 75 % (qualifizierte Mehrheit), 50 % (einfache Mehrheit) sowie von 25 % (Sperrminorität) und weniger als 25 % (einfache Minderheit) dar. Doch ist der Grad des späteren unternehmerischen Einflusses nur mit Vorbehalt an der Höhe der kapitalmäßigen Beteiligung zu mes- **118**

⁹¹ Vgl. die Muster für Rechts- und Steuerberatungsverträge in Anh. 2 und 3.

⁹² *Berens/Brauner/Strauch* S. 50.

sen. Denn der tatsächliche Einfluss ist von der Ausgestaltung des GmbH-Gesellschaftsvertrages abhängig. So hilft der Erwerb der einfachen Mehrheit nicht weiter, wenn die Satzung für Gesellschafterbeschlüsse ein höheres Quorum vorsieht. Zudem kann die Satzung von der gesetzlichen Stimmkraftregelung abweichen (§ 45 Abs. 2 GmbHG). Möglich sind etwa Stimmrechte nach Köpfen, Mehrfachstimmrechte für einzelne Anteile, Höchststimmrechte, welche die Stimmzahl je Gesellschafter beschränken, und stimmrechtslose Anteile.⁹³

- 119** Ein Finanzinvestor wird auch ein Ausstiegsszenario („Exit“) im Auge haben. Um dieses zu realisieren, müssen häufig schon bei dem Beteiligungserwerb die Weichen richtig gestellt werden.
- 120** Die **Ziele des Verkäufers** gestalten sich vergleichsweise einfach, denn er strebt regelmäßig einen hohen und fixen Kaufpreis bei möglichst geringen Gewährleistungsverpflichtungen an. Zuvor muss er jedoch die Größenordnung der abzugebenden Beteiligung festlegen, die u.a. davon abhängt, ob er seinen unternehmerischen Einfluss bewahren (zur Verhandlung steht dann lediglich eine Minderheitsbeteiligung) oder diesen abgeben oder das Unternehmen vollständig veräußern will. Darüber hinaus kann der Schutz seines guten Namens eine Rolle spielen, z.B. wenn das zu veräußernde Unternehmen sein Lebenswerk darstellt und der Erwerber dieses in seinem Sinne weiterführen soll. Bisweilen kommt es vor, dass die Veräußerung an einen ungeliebten Wettbewerber von vornherein ausgeschlossen ist.

II. Beratung und Planung im vorvertraglichen Bereich

- 121** Im vorvertraglichen Bereich müssen das **Informationsinteresse des Käufers** und das **Geheimhaltungsinteresse des Verkäufers** in Einklang gebracht werden. Zur Förderung des Informationsflusses ist die Einrichtung eines heute zumeist elektronisch basierten Data Rooms zumeist unerlässlich. Für Informationen, die höchster Vertraulichkeit unterliegen, ist die Einschaltung eines zur Berufsverschwiegenheit verpflichteten neutralen Dritten⁹⁴ hilfreich und vertrauensbildend. Ferner hat sich der Abschluss von Geheimhaltungs- und Unterlassungsvereinbarungen⁹⁵ bewährt.
- 122** Eine wesentliche Tätigkeit des Beraters besteht sowohl auf Seiten des Verkäufers als auch des Käufers in der **logistischen Vorbereitung der Due Diligence** (z.B. durch Auflistung der benötigten Daten und Unterlagen oder Beauftragung von Sachverständigen) und der anschließenden **Auswertung der Ergebnisse**. Auf Seiten des Verkäufers hat sich die Vendor Due Diligence⁹⁶ bewährt, die im Vorfeld der Verkaufsaktivitäten dazu dient, die Verhältnisse des Unternehmens in rechtlicher, steuerlicher und markttechnischer Hinsicht zu ordnen und seine Attraktivität am Markt herauszuarbeiten. Nicht selten stellen sich hierbei Versäumnisse der Vergangenheit als klärungsbedürftig heraus. Wurden etwa bei Anteilsübertragungen Vorkaufsrechte anderer Gesellschafter missachtet? Oder bei einer Kapitalerhöhung deren Bezugsrecht? Wurden Treuhandverträge wirksam abgeschlossen oder liegen Verfü-

93 Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts/Wolff Bd. 3 § 38 Rn. 29.

94 S. hierzu vorstehend Rn. 82 ff.

95 S. hierzu die nachfolgenden Ausführungen unter Rn. 133 ff. und das Muster in Anh. 4.

96 Hierzu bereits vorstehend Rn. 98.

gungen des nicht wirksam installierten Treuhänders vor? Wurden die Auflagen aus Betriebsprüfungen vergangener Jahre abgearbeitet? Gibt es Streit mit wesentlichen Vertragspartnern des Unternehmens, der im Vorfeld des Verkaufsprozesses im Vergleichswege beigelegt werden sollte statt den Streitstoff im Transaktionsprozess erklären und sich für die hieraus erwachsenden Risiken Rückstellungen oder Einbehalte abhandeln lassen zu müssen? Genügt der Mietvertrag über das Betriebsgelände der Schriftform des § 550 BGB? Liegen alle für den Betrieb erforderlichen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen vor?

Durch die vorbereitende Due Diligence des Verkäufers kann Sand im Getriebe des späteren Verkaufsprozesses vermieden werden, da die Prüfung durch den Käufer weniger Anlass zu Rückfragen ergeben wird. Jedenfalls ist der Verkäufer hierauf vorbereitet und wird in geeigneter Weise erwidern können. **123**

1. Verhandlungsstrategien

Eine gute Verhandlungsführung braucht Geschick und zugleich Erfahrung. Wer die Verhandlung führt, hängt bei **hausinternen Juristen** häufig von deren Stellung und von dem Gewicht der Rechtsabteilung innerhalb des Unternehmens ab. Bei **externen Beratern** sind Bekanntheit, Expertise und zeitliche Verfügbarkeit ausschlaggebend. **124**

Grundsätzlich gelten folgende Erfahrungen für eine erfolgreiche Verhandlung: **125**

- Das **Verhandlungsteam** sollte von Anfang bis Ende **Kontinuität** aufweisen und nicht aus zu vielen Teilnehmern bestehen. Von Personen, die nur Präsenz demonstrieren wollen, ist abzuraten. Loyalitätskonflikte müssen unbedingt vermieden werden.
- Daten und Aufgaben aller Teilnehmer sollten allen zugänglich gemacht werden. So ist eine **offene Kommunikation** sichergestellt.
- Ein **regelmäßiger Informationsaustausch** zwischen Verkäufer bzw. Käufer und den von ihnen jeweils eingeschalteten Beratern muss stattfinden, um jeden auf den aktuellen Stand zu bringen. Hierfür bietet sich eine regelmäßige Telefonkonferenz an.
- Die **Verhandlungsführer** sollten festlegen, wer mit wem in welchen Angelegenheiten kommuniziert. Entsprechendes gilt für die Verhandlungen selbst, deren Führung und Disziplin.
- Bereits zu **Beginn der Verhandlungen** sollten die Parteien ihre festen **Ziele** und **Strategien** gesetzt haben. Verhandlungspositionen, die den Vertrag scheitern zu lassen drohen (sog. Deal Breaker), müssen frühzeitig festgehalten werden. Umgekehrt können auch Positionen deutlich gemacht werden, die zur Disposition gestellt werden, etwa um im Gegenzug einen bestimmten Vorteil zu erreichen.
- Nehmen **Entscheidungssträger** an der Verhandlung nicht teil, können Pausen zu einem Überdenken der eigenen Position genutzt werden, ohne dass der Eindruck von Unsicherheit entsteht.
- Ein konzentrierter und **straffer Transaktionsprozess** ist immer förderlich. Günstige Verhandlungssituationen müssen direkt ausgenutzt werden, ehe es dafür zu spät ist („do not miss the window of opportunity“).
- **Negative, entscheidungsrelevante Kriterien** eines Unternehmens müssen auf den **Verhandlungstisch**. Eine verspätete oder unterbliebene Information hierüber führt zu Misstrauen, schlechter Verhandlungsatmosphäre und gefährdet damit den Abschluss.

- **Sonderverhandlungen** des Käufers mit einzelnen Gesellschaftern sollten unterbleiben. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass deren Interessen gegeneinander ausgespielt werden.

2. Erarbeiten eines Akquisitionsplans

- 126** Bevor ein Unternehmenskauf verhandelt werden kann, müssen Verkäufer und Käufer ihre „Hausaufgaben“ erledigen und einen **Akquisitionsplan** erarbeiten. Dieser enthält Angaben über Durchführung, Planung und Ablauf der Transaktion und sollte stets an neue Situationen bzw. Prüfungsergebnisse angepasst werden.
- 127** Auf Seiten des **Verkäufers** muss das Unternehmen verkaufsfähig gemacht werden („Schmücken der Braut“), z.B. durch:
- (1) Vereinfachung der Unternehmensstruktur
 - Ordnung der internen Organisation;
 - rechtliche, organisatorische und betriebswirtschaftliche Verselbstständigung der zu veräußernden Unternehmensteile (Teilbetriebe);
 - Ordnung der Außenbeziehungen (insbes. bei Familienunternehmen Trennung von Privat und Geschäft; Sonderbetriebsvermögen);
 - Überprüfung der Zweckmäßigkeit der Rechtsform des Unternehmens im Hinblick auf die geplante Veräußerung (vor allem unter steuerlichen Aspekten); ggf. Umwandlung.
 - (2) Interne Unternehmensprüfung
 - Prüfung umweltrechtlicher Risiken;
 - Prüfung steuerlicher und bilanzieller Fragen.
 - (3) Erstellen eines Verkaufsprospekts⁹⁷
 - Vermittlung grundlegender Unternehmensdaten („Vendor Due Diligence“);
 - Informationen über Geschäftsbetrieb, Finanzkennzahlen, Produkte, Markt, Unternehmensplanung, Management, Mitarbeiter;
 - seriöses und professionelles Layout (werbend, aber nicht reißerisch).
 - (4) Vorbereitung der Due Diligence des Käufers
 - Zusammenstellung der für die Prüfung erforderlichen Unterlagen;
 - Einrichtung eines Data Room.
 - (5) Suche eines Käufers
 - aufgrund eigener Marktkenntnisse oder mithilfe hierauf spezialisierter Investmentbanken, Unternehmensmakler oder Unternehmensberater;
 - Identifikation potentieller Käufer/Investoren Eingrenzung des Käuferkreises.
- 128** Auf Seiten des **Käufers** wird die Akquisition in folgenden Schritten vorbereitet:
- (1) Erstellung eines Anforderungsprofils
 - Branche;
 - Produktpalette;
 - Marktanteil;
 - Unternehmensgröße;
 - Standort.

⁹⁷ Solche auch als „Offering Memorandum“ bezeichnete Prospekte sind üblich bei Einschaltung einer Investmentbank. Ein professioneller Standard ist wichtig, da sonst ein Imageverlust und damit eine Schwächung der Verhandlungsposition drohen, vgl. *Seiler* S. 70 ff.; zum Inhalt vgl. *Sinnecker M&A-Review* 1995, 438 ff.; zur Haftung für den Inhalt des Verkaufsprospekts vgl. *von Bermuth* DB 1999, 1689 ff. sowie unten, Ausführungen zum Informationsmemorandum Rn. 132 ff.

- (2) Grobplanung betreffend
 - Eckdaten (Zeit- und Finanzrahmen);
 - einzuleitende Schritte;
 - einzubeziehende Fachleute (intern und extern).
- (3) Identifikation geeigneter Objekte
 - öffentliche Informationsquellen, Brancheninformationsdienste, persönliche Kontakte;
 - Einschaltung eines Unternehmensmaklers.

D. Vorvertragliches Stadium

Im vorvertraglichen Stadium haben die Parteien viele Details in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht zu beachten, die sowohl bei Durchführung der Transaktion als auch im Falle ihres Scheiterns bedeutsam sein können. Diese oft gegensätzlichen Interessen müssen miteinander in Einklang gebracht werden. Mit zunehmender Verhandlungsdauer entsteht das Bedürfnis, die erzielten Zwischenergebnisse schriftlich zu fixieren, um hierauf im weiteren Verkaufsprozess zurückgreifen zu können. 129

I. Vertragliche Vereinbarungen

Um sich ein zutreffendes Bild von dem Zielunternehmen machen zu können, muss der Käufer dessen wirtschaftliche und rechtliche Verhältnisse prüfen. Der Verkäufer kommt nicht umhin, diesem Informationsinteresse des Käufers zu entsprechen und Bilanzen, Ertragsrechnungen und Kalkulationen offen zu legen. **Einblicke in Unternehmensinterna** wird er insbesondere am Anfang der Verhandlungen vermeiden wollen, insbesondere wenn es sich bei dem Käufer um einen Wettbewerber handelt. Denn dann muss der Verkäufer damit rechnen, dass das Kaufinteresse nicht nachhaltig ist und die gewünschten Informationen absprachewidrig verwendet werden. 130

Häufig sollen die Verkaufsabsichten auch nur einem begrenzten Personenkreis offenbart werden, um nachteilige Rückschlüsse bei Kunden, Lieferanten und Kreditgebern zu vermeiden. Diesen **Konflikt** zwischen dem **Informationsbedarf** des Käufers und dem **Geheimhaltungsinteresse** des Verkäufers gilt es zu lösen. Hierzu haben sich die folgenden Instrumentarien herausgebildet und bewährt. 131

1. Informationsmemorandum

Der ersten Information eines größeren Kreises von Interessenten dient das **Informationsmemorandum**. Typischerweise enthält es Angaben zum Verkaufsgrund, zur vorgeschlagenen Transaktionsstruktur sowie zum Management des Zielunternehmens und dessen Personal; ferner Unternehmenskennzahlen aus den vergangenen drei bis fünf Geschäftsjahren sowie eine Vorschau auf künftige. Je begrenzter der Adressatenkreis ist, umso konkreter sind die Informationen. Das Memorandum kann auch **anonymisiert**, also ohne Identifizierung des Zielunternehmens, verfasst werden, was sich immer dann empfiehlt, wenn sein Adressatenkreis unbestimmt ist. 132

2. Geheimhaltungs- und Unterlassungsvereinbarungen⁹⁸

- 133** Aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis ergeben sich Geheimhaltungspflichten. Geschäftsgeheimnisse müssen vertraulich behandelt werden.⁹⁹ Ein gewisser Schutz kann sich aus § 1 UWG ergeben.¹⁰⁰ Vielfach ist die Reichweite gesetzlicher Geheimhaltungspflichten indes unklar. Daher empfiehlt es sich, diese in **Geheimhaltungsvereinbarungen** (Statements of Non-disclosure, Confidentiality Agreements) zu konkretisieren. Deren Inhalt¹⁰¹ besteht in der
- Ausgestaltung der **Reichweite der Geheimhaltungspflicht, insbesondere Umfang und Dauer**;
 - Festlegung der **geheimhaltungsbedürftigen Informationen** einschließlich EDV-Unterlagen mit Rückgabe und Löschungspflicht des Käufers im Falle des Scheiterns der Verhandlungen);
 - Bestimmung des Kreises der **Geheimnisträger**¹⁰² sowie
 - **Haftungs- und Rechtsfolgeregelungen** für den Fall des Verstoßes, insbesondere Unterlassung/Schadensersatz, Vertragsstrafe sowie evtl. Beweislastregeln.
- 134** Liegt die Gefahr in der heimlichen Verwendung von Informationen für eigene Zwecke des Käufers (z.B. bei der Aufdeckung geheimer Verfahren), muss sich dieser einer **strafbewehrten Unterlassungserklärung** unterwerfen, die es verbietet, solche Informationen zu eigenem Nutzen zu verwenden.
- 135** Gleichwohl bieten solche Vereinbarungen dem Verkäufer häufig keinen hinreichenden Schutz.¹⁰³ Denn im Streitfall hat er die Verletzung der Geheimhaltungspflicht durch den Käufer zu beweisen. Diesen Beweis wird er nur schwer führen können. Auch manifestiert sich der Schaden erst später. In solchen Situationen können zur Verschwiegenheit verpflichtete Sachverständige (Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte) in die Vertragsverhandlungen eingeschaltet werden, welche die bei ihnen hinterlegten Informationen nur in dem für die Verhandlungen erforderlichen Umfang an ihre Auftraggeber weiterleiten. Des Weiteren kann es hilfreich sein, wenn Erwerbsinteressenten alle relevanten Daten des Unternehmens nur in speziell eingerichteten **Datenräumen** (Data Room) unter Aufsicht der Berater des Verkäufers einsehen dürfen. Erfolgt die Einsicht in virtuellen Datenräumen (online), kann der Verkäufer über den Provider entscheiden, wann er welche Information freigibt. Auch kann er erkennen, welche Dokumente am häufigsten eingesehen werden, und hieraus seine Rückschlüsse ziehen.

⁹⁸ Hierzu das Muster Geheimhaltungsvereinbarung in Anh. 4.

⁹⁹ *Soergel/Wiedemann* vor § 275 Rn. 175.

¹⁰⁰ Z. B. bei planmäßiger Abwerbung von Mitarbeitern während der Vertragsverhandlungen, vgl. *BGH NJW* 1961, 1308 ff., 1309; *OLG Frankfurt BB* 1994, 376 f.

¹⁰¹ Vgl. *Münchener Vertragshandbuch/von Hoyenberg* Bd. 2 S. 510.

¹⁰² Der Kaufinteressent muss dafür Sorge tragen, dass die Geheimhaltungsvereinbarung auch für Mitarbeiter des Unternehmens und dessen Berater gilt, indem diese die Vereinbarung ebenfalls unterschreiben.

¹⁰³ *Hommelhoff ZHR* 150 (1986), 254, 257; zur Wirksamkeit der strafbewehrten Anstellungs- und Abwerbverbote im Lichte von § 75f HGB: *Wolf NZG* 2004, 366, 367.

3. Letter of Intent¹⁰⁴

Der aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis stammende **Letter of Intent**¹⁰⁵ ist aus dem deutschen Rechts- und Wirtschaftsleben nicht mehr wegzudenken. Sein **Zweck** ist es, den Stand von Verhandlungen zu fixieren und die Absicht zu bekunden, vorbehaltlich der Einigung über noch zu verhandelnde Punkte sowie des Eintritts sonstiger Ereignisse (z.B. Zuführung von Informationen, Sicherstellung der Finanzierung) einen Vertrag abzuschließen.¹⁰⁵ Hierdurch wird bei dem Erklärungsempfänger das **Vertrauen in die Ernsthaftigkeit der Verhandlungsabsichten** gestärkt. Damit kommt dem Letter of Intent vor allem **verhandlungspsychologische Wirkung** zu, die allerdings zu einer faktischen Bindung führen kann. Zudem kann er als Grundlage für die Entscheidung zustimmungspflichtiger Gremien (z.B. Gesellschafterversammlung oder Aufsichtsrat) dienen. **136**

Der Letter of Intent kommt häufig als **einseitige Absichtserklärung** in Form eines Briefes vor. Dieser kann von der anderen Partei gegengezeichnet werden, um den beiderseitigen Willen zum Vertragsschluss auszudrücken. In einem zweiseitigen Letter of Intent können auch bindende ein- oder wechselseitige Leistungs- und Unterlassungspflichten vereinbart werden. Dann entspricht die äußere Form zumeist der einer Vertragsurkunde. **137**

In Bezug auf das Hauptgeschäft hat der Letter of Intent regelmäßig noch **keine rechtliche Bindungswirkung**. Er löst weder den Zwang zur Aufnahme von Vertragsverhandlungen noch zum Abschluss eines Vertrages aus.¹⁰⁶ Ein Vertrauenstatbestand im Sinne des § 311 Abs. 2 BGB wird erst dann begründet, wenn sich die Erklärungen derart konkretisieren (z.B. bei Verhandlungen über die Einräumung einer Option, eines Vorvertrages oder bereits über den Unternehmenskaufvertrag selbst), dass der Vertragsabschluss nur noch aus bestimmten Gründen verweigert werden kann.¹⁰⁷ Schafft eine Partei erhöhtes Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages, stellt dessen Abschluss als sicher dar und bricht die Verhandlungen später dennoch grundlos ab, können **Schadensersatzansprüche** aus c.i.c. (gem. §§ 280 Abs. 1 i.V.m. 311 Abs. 2 und 3, 241 Abs. 2 BGB) entstehen, wenn der Letter of Intent diese nicht ausdrücklich abschließt.¹⁰⁸ **138**

Gegen eine Haftung wegen grundlosen Abbruchs der Vertragsverhandlungen können sich die Parteien am besten durch **Vorbehaltserklärungen** absichern. Danach erfolgen die Verhandlungen nur unter dem erklärten Vorbehalt, dass über den Vertragsschluss erst nach vollständiger Einigung über einen unterschriftsreifen Vertragsentwurf entschieden werden soll.¹⁰⁹ Allerdings vermag auch ein solcher Vorbehalt nicht in allen Fällen den haftungsrechtlich relevanten qualifizierten Vertrauenstatbestand zu beseitigen. **139**

Der **Bezeichnung** eines Schreibens als Letter of Intent kommt wenig Bedeutung zu. Sie ist allenfalls ein widerlegbares Indiz dafür, dass eine vertragliche Bindung in Bezug auf den Abschluss des Hauptvertrages gerade noch nicht gewollt war.¹¹⁰ Die **140**

104 Hierzu das Muster Letter of Intent in Anh. 5.

105 Kösters NZG 1999, 623 ff.

106 Lutter Der Letter of Intent, S. 22 ff.

107 Picot Unternehmenskauf, Teil I Rn. 31.

108 Vgl. unten 3. Kap. Rn. 33 ff.; Bergjan ZIP 2004, 395, 396 f.; Kösters NZG 1999, 623, 624.

109 Kösters NZG 1999, 623, 624.

110 OLG Köln EWIR 1994, 533 mit Anm. Weber.

rechtliche Wirkung der Erklärung ist durch Auslegung vom Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Es kommt dann auf den Willen des Erklärenden an, ob und in welcher Weise er sich binden will. Somit kann der Letter of Intent eine unverbindliche Absichtserklärung sein oder der erklärenden Partei – bei Gegenzeichnung durch die andere auch beiden Parteien – Pflichten auferlegen. Zur Vermeidung von Missverständnissen empfiehlt es sich, das Gewollte klar zu definieren und eine noch nicht gewollte Verpflichtung zum Abschluss des Hauptvertrages ausdrücklich klarzustellen (sog. „Non Binding Clause“).¹¹¹

- 141 Grundsätzlich bedarf der Letter of Intent, soweit er lediglich die unverbindliche Kundgabe der Absicht zum Vertragsschluss enthält, **keiner Form**. Dies gilt auch für in ihn aufgenommene Vorfeldvereinbarungen. Ist der Letter of Intent jedoch ausnahmsweise als Vorvertrag ausgestaltet, so sind die gesetzlichen Formvorschriften (z.B. § 15 GmbHG) zu beachten.¹¹²
- 142 Der **Inhalt** eines Letter of Intent ist vielfältig: Häufig enthält er die Absichtserklärung, zu einem bestimmten rechtsgeschäftlichen Ergebnis, also zur Unternehmensübertragung zu kommen. Üblicherweise werden der Kaufgegenstand konkretisiert und der Fortgang der Verhandlungen festgelegt. Auch der Umfang der Due Diligence, die zu involvierenden Gesprächspartner sowie der Zeitplan für die Durchführung der nötigen Schritte werden in der Regel benannt. Des Weiteren können Kaufpreisvorstellungen und Fragen der Kostentragung im Letter of Intent enthalten sein.
- 143 Oft enthält der Letter of Intent verbindliche **Vorfeldvereinbarungen**, um die im vorvertraglichen Verhandlungsstadium bestehenden Interessen der Parteien zu schützen und notwendige Vorleistungen zu regeln. Wesentlicher Bestandteil jedes Letter of Intent ist die **Vertraulichkeitsabrede** zwecks Geheimhaltung der beabsichtigten Transaktion sowie der ausgetauschten Betriebsinterna. Eine Geheimhaltungspflicht wird nicht selten bereits vor Aufnahme der Verhandlungen in einer separaten Vereinbarung („Confidentiality Agreement“) festgelegt.¹¹³ Auch die Vereinbarung eines Verbots, Arbeitnehmer der anderen Partei abzuwerben, kann sich im Einzelfall empfehlen.
- 144 **Exklusivitätsabreden** werden in den Letter of Intent aufgenommen, nach denen bis zum Abschluss des Hauptvertrages oder bis zum Scheitern der Verhandlungen keine Parallelverhandlungen mit Dritten geführt werden dürfen. Ein schuldhafter Verstoß hiergegen stellt eine zum Schadensersatz verpflichtende Pflichtverletzung dar. Konkret kann hierzu vereinbart werden, dass die Partei, die gegen die Exklusivitätsabrede verstößt, die im Zusammenhang mit der beabsichtigten Transaktion entstandenen Kosten der anderen Partei übernimmt, falls der Hauptvertrag mit dem Dritten abgeschlossen wird. Während die Geheimhaltungspflicht auch im Falle des Scheiterns der Verhandlungen fortbesteht, gilt die Exklusivitätsabrede regelmäßig nur für deren Dauer.
- 145 Bei Vorbereitung und Durchführung des Unternehmenskaufs entstehen oft **erhebliche Kosten**: Technische und betriebswirtschaftliche Prüfungen müssen durchgeführt, Anwälte, Wirtschaftsprüfer und andere Fachleute beauftragt, behördliche Verfahren eingeleitet, Mitarbeiter abgestellt und Reisekosten aufgebracht werden. In der Regel

111 Picot Unternehmenskauf, Teil I Rn.31.

112 S. dazu unten Rn. 133 ff.

113 S. Rn. 133ff.

trägt dabei jede Partei die ihr entstehenden Kosten, was jedoch häufig nicht sachgerecht ist. In Kostenaufteilungsabreden kann der Käufer die Kosten des Veräußerers als Gegenleistung für die Ausschließlichkeit übernehmen bzw. der Veräußerer die Kosten des Erwerbers, falls dieser die Exklusivität bricht.¹¹⁴ Mit Hilfe einer **Vereinbarung über die Kostentragung** kann bei Scheitern der Verhandlungen die zumeist streitige Frage einer Haftung für die aufgewendeten Kosten aus c.i.c. gem. §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 und 3, 280 BGB im Vorfeld geklärt werden.¹¹⁵ Darin sollten Schadensersatzansprüche aus c.i.c. ausdrücklich ausgeschlossen werden. Ein vertraglicher Haftungsausschluss ist jedoch nur mit der Einschränkung des § 276 Abs. 2 BGB möglich, wonach dem Schuldner die Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus erlassen werden kann.

Neben der Kostenregelung oder damit verbunden räumen sich die Vertragspartner mit einer **Break-up Fee** das Recht ein, im Falle des Scheiterns der Transaktion bzw. des Abbruchs der Verhandlungen die Zahlung eines bestimmten Geldbetrages (der im Verhältnis zur Transaktion und den zu kompensierenden Kosten stehen muss) zu verlangen.¹¹⁶ Interessengerecht ist eine solche Verpflichtung z.B. dann, wenn eine Partei Zeit etwa für interne Entscheidungsprozesse benötigt und die andere sich gegen einen daraus drohenden Abbruch der Verhandlungen finanziell absichern will. 146

Neben dem Letter of Intent gibt es noch die **Heads of Agreement** und die **Instructions to Proceed**. Diese Begriffe werden im anglo-amerikanischen Rechtskreis oft synonym verwandt. Unter Heads of Agreement versteht man üblicherweise rudimentäre Diskussionsentwürfe eines Vertrages. Instructions to Proceed dokumentieren die Verständigung über die Art und Weise des weiteren Vorgehens. Schließlich ist der Letter of Intent von dem sog. **Side Letter** zu unterscheiden: Dieser hängt in der Regel mit einem bestehenden Hauptvertrag zusammen, während der Letter of Intent vor einem noch zu schließenden Hauptvertrag vereinbart wird.¹¹⁷ 147

4. Punktation (Memorandum of Understanding)

Insbesondere bei längeren Vertragsverhandlungen, die abgrenzbare Teilbereiche umfassen, kann es sinnvoll sein, eine **Punktation** (Aufzeichnung) zu erstellen. Darin werden Zwischenergebnisse festgehalten, ohne dass damit eine Einigung über den Vertragsschluss insgesamt verbunden ist. Diese nach anglo-amerikanischer Terminologie auch als „**Memorandum of Understanding**“ bezeichnete Niederschrift bindet die Parteien im Zweifel nicht (§ 154 Abs. 1 S. 2 BGB).¹¹⁸ Rechtlich bedeutend ist die Punktation, indem sie das Vertrauen in den Abschlusswillen der anderen Partei stärkt und – wie der Letter of Intent – Schadensersatzpflichten im Falle grundlosen Abbruchs von Vertragsverhandlungen begründen kann. **Verbindliche** Punktationen sind dann angezeigt, wenn die zum Vertragsschluss entschlossenen Parteien abschließend verhandelte Teilbereiche wegen des Umfangs der Verhandlungen oder aus anderen Gründen bereits bindend festlegen wollen. Der Bindungswille muss dann deutlich zum Ausdruck gebracht werden. Ist eine Bindungswirkung nicht vereinbart, kann der Inhalt der Punktation einseitig und ohne Gründe aufgehoben oder abgeändert werden. 148

114 *Holzappel/Pöllath* Rn. 14.

115 Vgl. Münchener Vertragshandbuch/von Hoyenberg Bd. 2, S. 512.

116 Vgl. hierzu ausführlich 3. Kap. Rn. 56 ff. und *Hilgard* BB 2008, 286 f.

117 *Duhnkrack/Hellmann* ZIP 2003, 1425, 1426.

118 *Palandt/Heinrichs* § 154 Rn. 2.

5. Vorvertrag

- 149** Durch den **Vorvertrag**¹¹⁹ wird die Verpflichtung zum Abschluss des späteren Hauptvertrages begründet. Seine Funktion liegt darin, eine vertragliche Bindung zu erreichen, auch wenn hinsichtlich des Hauptvertrages noch klärungsbedürftige Punkte offen sind. Die Annahme eines Vorvertrages ist nur gerechtfertigt, wenn besondere Umstände darauf schließen lassen, dass die Parteien sich ausnahmsweise schon binden wollten, bevor alle Vertragspunkte abschließend geregelt waren.¹²⁰
- 150** Zu seiner Wirksamkeit muss der Vorvertrag ein solches Maß an **Bestimmtheit** oder doch **Bestimmbarkeit** und Vollständigkeit aufweisen, dass im Streitfall der Inhalt des Vertrages richterlich festgestellt werden kann.¹²¹ Andernfalls besteht das Risiko eines offenen Dissenses mit der Folge, dass der Vorvertrag im Zweifel als nicht geschlossen gilt (§ 154 Abs. 1 BGB). Bei einem **versteckten Einigungsmangel** entfaltet der Vorvertrag rechtliche Wirkung nur, sofern anzunehmen ist, dass er auch ohne eine Bestimmung über den offenen Punkt geschlossen sein würde (§ 155 BGB). Eine hinreichende Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit ist regelmäßig gegeben, wenn Kaufgegenstand und Kaufpreis sowie die von den Parteien als wesentlich angesehenen Nebenpunkte geregelt sind oder sich im Wege der Auslegung eindeutig bestimmen lassen.¹²¹ Offen gebliebene Punkte können gem. §§ 315, 316 BGB nach billigem Ermessen durch den jeweils anderen Vertragsteil oder gem. § 317 BGB durch einen Dritten bestimmt werden. Entspricht diese Bestimmung nicht der Billigkeit, so wird sie durch gerichtliches Urteil ersetzt. Das Gleiche gilt, wenn die Bestimmung verzögert wird (§ 315 Abs. 3 S. 2 BGB). Die Rechtsprechung neigt in diesem Zusammenhang zur Ausfüllung vorvertraglicher Lücken durch ergänzende Vertragsauslegung.¹²² So kann es zu der unglücklichen Situation kommen, dass nicht die Parteien sondern das Gericht den Vertragsinhalt (mit-)bestimmt.
- 151** Die **Form** des Vorvertrages richtet sich nicht automatisch nach derjenigen des Hauptvertrages. Bei gesetzlichen Formerfordernissen ist auf deren Schutzzweck abzustellen.¹²³ Soll vor übereilter Bindung gewarnt werden (z.B. § 15 GmbHG), ist das gesetzliche Formerfordernis auch beim Vorvertrag zu beachten, nicht jedoch, wenn die Formvorschrift in erster Linie Beweis Zwecken dient (z.B. § 566 BGB).¹²⁴
- 152** Die prozessuale Durchsetzung des Anspruchs aus dem Vorvertrag erfolgt durch Klage auf Abschluss des Hauptvertrages, also auf Abgabe der Annahmeerklärung. Diese kann mit der Klage auf Leistung aus dem Hauptvertrag verbunden werden.¹²⁵

119 Grundlegend MünchKomm BGB/Kramer vor § 145 Rn. 43 f.

120 BGH NJW 1980, 1577, 1578.

121 BGH NJW 1990, 1234, 1235.

122 Vgl. die Nachweise bei Holzapfel/Pöllath Rn. 17.

123 Vgl. MünchKomm BGB/Kramer vor § 145 Rn. 47.

124 Palandt/Heinrichs vor § 145 Rn. 20.

125 BGH NJW 1986, 2820, 2821.

II. Gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen zur Vorbereitung des Unternehmenskaufs¹²⁶

Hat sich der Verkäufer zum Verkauf seines Unternehmens entschlossen, kann es sinnvoll und/oder erforderlich sein, die Erscheinungsform des Unternehmens, insbesondere seine rechtliche Struktur, zu ändern, um das **Unternehmen verkaufsfähig** zu machen. Bedeutung gewinnt eine Umstrukturierung, wenn nur einzelne Unternehmensteile veräußert werden sollen und diese zuvor aus dem Gesamtunternehmen herausgelöst werden müssen. Betrifft diese die gesellschaftsrechtliche Ebene des Unternehmens, kommt regelmäßig eine Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz (UmwG) in Betracht.¹²⁷ **153**

Der Begriff der „Umwandlung“ wird vom **Umwandlungsgesetz** als Oberbegriff für verschiedene Änderungen der Gesellschaftsstruktur verwendet, nämlich für **154**

- Verschmelzung (§§ 2–122l UmwG),
- Spaltung (§§ 123–173 UmwG),
- Vermögensübertragung (§§ 174–189 UmwG) und
- Formwechsel (§§ 190–304 UmwG).

Zwar enthält das Umwandlungsgesetz insoweit eine abschließende Aufzählung der Umwandlungsarten; hierdurch werden wirtschaftlich **gleichwertige Maßnahmen zur Umstrukturierung** eines Unternehmens jedoch nicht ausgeschlossen.¹²⁸ **155**

1. Verschmelzung

Wenn die Übernahme mehrerer Unternehmen bzw. mehrerer eigenständiger Unternehmensteile geplant ist, kann deren vorherige **Verschmelzung** auf einen Rechtsträger die Transaktion vereinfachen. **156**

Gegenstand der Verschmelzung ist die Vereinigung des Vermögens mehrerer Rechtsträger.¹²⁹ Hierbei wird das gesamte Vermögen eines übertragenden Rechtsträgers im Wege der **Gesamtrechtsnachfolge** auf einen übernehmenden Rechtsträger übertragen. Der übertragende Rechtsträger erlischt ohne Liquidation. Die Anteilsinhaber erhalten als **Gegenleistung** für den Verlust ihrer Anteile am übertragenden Rechtsträger **Anteile oder Mitgliedschaften am übernehmenden Rechtsträger**.¹³⁰ **157**

Je nachdem, ob der übernehmende Rechtsträger bereits besteht oder erst im Zuge der Verschmelzung neu gegründet wird, differenziert das Gesetz zwischen der **Verschmelzung durch Aufnahme** (§ 2 Nr. 1 UmwG) und der **Verschmelzung durch Neugründung** (§§ 2 Nr. 2, 36 ff. UmwG). Für die Verschmelzung durch Neugründung gelten im Wesentlichen die Vorschriften für die Verschmelzung zur Aufnahme, jedoch mit der Besonderheit, dass an die Stelle des übernehmenden Rechtsträgers der neu gegründete Rechtsträger tritt. Hierbei sind gem. § 36 Abs. 2 UmwG dessen Gründungsvorschriften zu beachten. **158**

126 Bei der Vorbereitung dieses Abschnitts hat Herr Rechtsanwalt Dr. Oliver Wiedenbusch mitgewirkt, dem hierfür herzlich Dank gesagt wird.

127 Zu den Umwandlungsfällen unter Beteiligung der GmbH vgl. ausführlich *Rotthege* Rn. K 18 f.

128 Vgl. hierzu *Lutter/Lutter* UmwG Einl. Rn. 43 f.

129 *Schmit/Hörtnagl/Stratz* § 2 UmwG Rn. 3.

130 *Lutter/Lutter/Drygala* UmwG § 2 Rn. 23.

159 An der Verschmelzung können als übertragender, übernehmender oder neuer Rechtsträger unter anderem Personenhandelsgesellschaften und Kapitalgesellschaften beteiligt sein (§ 3 UmwG).¹³¹ Die **GmbH** kommt daher sowohl als **übertragender, übernehmender** oder auch als **neu gegründeter Rechtsträger** in Betracht.

1.1 Verschmelzung zwischen deutschen Rechtsträgern

160 Grundlage der Verschmelzung ist ein **Verschmelzungsvertrag** der beteiligten Rechtsträger, der die in §§ 5, 46 UmwG aufgeführten Mindestangaben enthalten und gem. § 6 UmwG notariell beurkundet werden muss.¹³² Dieser wird erst dann wirksam, wenn die Anteilsinhaber der beteiligten Rechtsträger ihm durch **Verschmelzungsbeschluss**, der gem. § 13 Abs. 3 S. 1 UmwG ebenfalls der notariellen Form bedarf, zustimmen. Der Verschmelzungsbeschluss kann nur in einer Versammlung der Anteilsinhaber gefasst werden, eine Abstimmung im schriftlichen Verfahren (§ 48 Abs. 2 GmbHG) reicht nicht aus.¹³³ Bei der GmbH bedarf der Verschmelzungsbeschluss gem. § 50 Abs. 1 S. 1 UmwG einer Mehrheit von mindestens 3/4 der abgegebenen Stimmen. Dieses **Mehrheitserfordernis** ist Mindestvoraussetzung und gilt unabhängig davon, ob die GmbH als übertragender oder übernehmender Rechtsträger fungiert. Die Satzung der GmbH kann keine geringere Mehrheit gestatten.¹³⁴

161 Über die Verschmelzung haben die Vertretungsorgane der beteiligten Rechtsträger einen **Verschmelzungsbericht** zu erstatten, in dem die Verschmelzung, der Verschmelzungsvertrag oder sein Entwurf und insbesondere das Umtauschverhältnis der Anteile sowie die Höhe einer anzubietenden Barabfindung rechtlich und wirtschaftlich erläutert und begründet werden (vgl. § 8 Abs. 1 UmwG). Eine **gemeinsame Erstattung** des Berichts ist zulässig.¹³⁵ Sofern ein an der Verschmelzung beteiligter Rechtsträger ein **verbundenes Unternehmen i.S.v. § 15 AktG** ist, muss der Verschmelzungsbericht auch Angaben über alle für die Verschmelzung wesentlichen Angelegenheiten der anderen verbundenen Unternehmen enthalten. Ein Verzicht auf eine Berichterstattung ist möglich, wenn sämtliche Anteilsinhaber aller beteiligten Rechtsträger dies in notarieller Form erklären oder wenn sich alle Anteile an dem übertragenden Rechtsträger bereits in der Hand der übernehmenden GmbH befinden (§ 8 Abs. 3 UmwG).

162 Eine **Verschmelzungsprüfung** ist nur notwendig, soweit dies im Umwandlungsgesetz ausdrücklich vorgeschrieben ist (§ 9 Abs. 1 UmwG). Bei der Verschmelzung unter Beteiligung einer GmbH muss eine solche Prüfung nur auf Verlangen eines Gesellschafters durchgeführt werden, wobei der Gesellschafter dieses Verlangen binnen einer Frist von einer Woche, nachdem er die in § 47 UmwG aufgeführten Unterlagen (Verschmelzungsbericht und Verschmelzungsvertrag) erhalten hat, äußern muss (§ 48 UmwG). Soll eine AG zur Vorbereitung einer Transaktion auf eine GmbH verschmol-

131 Vgl. die Übersicht zu den verschmelzungsfähigen Rechtsträgern in *Rotthege* Rn. K 19.

132 Der Mindestinhalt umfasst im Wesentlichen die folgenden 10 Punkte: 1.) Name und Sitz der beteiligten Rechtsträger; 2.) Vereinbarung über die Übertragung des Vermögens gegen Gewährung von Anteilen; 3.) Umtauschverhältnis der Anteile; 4.) Einzelheiten zum Umtausch der Anteile; 5.) Zeitpunkt, von dem an die Anteile Anspruch auf einen Anteil am Gewinn gewähren; 6.) Verschmelzungsstichtag; 7.) Rechte, die der übernehmende Rechtsträger einzelnen Anteilsinhabern gewährt; 8.) Besondere Vorteile, die z.B. Mitgliedern des Vertretungs- oder Aufsichtsorgans gewährt werden; 9.) Folgen der Verschmelzung für Arbeitnehmer; 10.) ggf. Barabfindungsangebot.

133 *Lutter/Lutter/Drygala* UmwG § 13 Rn. 9; *Kallmeyer/Zimmermann* § 13 Rn. 3.

134 *Lutter/Winter* UmwG § 50 Rn. 6; *Schmitt/Hörtnagl/Stratz* § 50 UmwG Rn. 3.

135 Vgl. § 8 Abs. 1 S. 1 2. HS UmwG.

zen werden, besteht gem. § 60 UmwG eine Prüfungspflicht, sofern nicht die Anteilsinhaber hierauf in notarieller Form verzichten.¹³⁶ Eine etwaige Prüfung hat durch einen oder mehrere sachverständige Prüfer zu erfolgen, die auf Antrag des Vertretungsorgans vom Gericht ausgewählt und bestellt werden (§ 10 Abs. 1 S. 1 UmwG). Zuständig hierfür ist das Landgericht, in dessen Bezirk der übertragende Rechtsträger seinen Sitz hat.

Die Verschmelzung ist durch die Vertretungsorgane der beteiligten Rechtsträger zur **Eintragung in das Register** ihres Sitzes anzumelden. Der Geschäftsführer der übernehmenden GmbH kann die Eintragung auch zum Register des oder der übertragenden Rechtsträger anmelden (§ 16 Abs. 1 S. 2 UmwG). Bei der Anmeldung ist eine **Negativklärung** dahingehend abzugeben, dass eine Klage gegen die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses nicht (fristgemäß) erhoben oder diese rechtskräftig abgewiesen bzw. zurückgenommen worden ist (§ 16 Abs. 2 UmwG). Mit der Eintragung treten gem. § 20 UmwG die Wirkungen der Verschmelzung ein.¹³⁷ **163**

Der Anmeldung sind der Verschmelzungsvertrag, die Niederschriften der Verschmelzungsbeschlüsse, soweit erforderlich die Zustimmungserklärungen einzelner Anteilsinhaber/Sonderrechtsinhaber, der Verschmelzungsbericht und ein etwaiger Prüfungsbericht und/oder die entsprechenden Verzichtserklärungen¹³⁸ beizufügen (§ 17 UmwG). Weiterhin bedarf es eines Nachweises, dass der Verschmelzungsvertrag oder sein Entwurf dem zuständigen Betriebsrat, soweit ein solcher besteht, rechtzeitig zugeleitet worden ist sowie – bei Bestehen einer staatlichen Genehmigungspflicht – der Genehmigungsurkunde.¹³⁹ Ferner haben die übertragenden Rechtsträger der Anmeldung ihre Schlussbilanz beizufügen (§ 17 Abs. 2 UmwG). Diese darf höchstens auf einen Stichtag aufgestellt worden sein, der **acht Monate** vor der Anmeldung liegt. Für die Schlussbilanz des übertragenden Rechtsträgers gelten die Vorschriften über die Jahresbilanz und deren Prüfung (§§ 242 ff., 264 ff. HGB) entsprechend. Darin werden die zu übertragenden Buchwerte festgelegt, die für den übernehmenden Rechtsträger maßgebend sind. Das Umwandlungsgesetz verlangt die Bilanzkontinuität zur vorangegangenen Schlussbilanz und somit den für den regulären Jahresabschluss vorgeschriebenen Ansatz zu Buchwerten. **164**

1.2 Grenzüberschreitende Verschmelzung¹⁴⁰

Handelt es sich bei dem zu verkaufenden Unternehmen um eine **ausländische Gesellschaft**, kann ein erhebliches Interesse daran bestehen, diese zunächst **in eine Gesellschaftsform nach deutschem Recht „umzuwandeln“**, um das Unternehmen in Deutschland leichter veräußern zu können. Für einen Käufer ist der Erwerb einer ausländischen Gesellschaft oftmals nicht von Interesse, da hiermit regelmäßig erheblicher Verwaltungsaufwand und Beratungsbedarf in rechtlicher und steuerlicher Hinsicht verbunden sind. **165**

136 Lutter/Grunewald UmwG § 60 Rn. 2; Schmitt/Hörtnagl/Stratz § 60 UmwG Rn. 2.

137 Zu den Rechtsfolgen der Eintragung vgl. ausführlich Rotthege Rn. K 35 ff.

138 Verzichtserklärungen nach §§ 8 Abs. 3 (Verschmelzungsbericht); 9 Abs. 3 (Verschmelzungsprüfung); 12 Abs. 3 (Prüfungsbericht); 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 (Verzicht auf Anteilsgewährung) UmwG.

139 Z. B. nach § 14a VAG, wobei Anmeldepflichten nach § 39 GWB nicht hierzu zählen, vgl. Schmitt/Hörtnagl/Stratz § 17 UmwG Rn. 6; Kallmeyer/Zimmermann § 17 Rn. 3.

140 Vgl. hierzu auch die umfassenden Ausführungen im 13. Kap. Rn. 64 ff.

- 166** Die Umstrukturierung kann in der Form erfolgen, dass die ausländische Gesellschaft grenzüberschreitend gem. §§ 122a ff. UmwG auf eine deutsche GmbH verschmolzen wird.¹⁴¹ Voraussetzung hierfür ist, dass die ausländische Gesellschaft dem Recht eines anderen Mitgliedsstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum unterliegt (§ 122a Abs. 1 UmwG). Nicht erfasst sind transnationale Verschmelzungen mit Gesellschaften aus Drittstaaten.¹⁴² Zu berücksichtigen ist ferner, dass nach § 122b Abs. 1 S. 1 UmwG an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung nur Kapitalgesellschaften beteiligt sein können.¹⁴³
- 167** Handelt es sich bei der ausländischen Gesellschaft um eine Personengesellschaft, scheidet eine grenzüberschreitende Verschmelzung nach §§ 122a ff. UmwG aus. In der Literatur wird zunehmend die Auffassung vertreten, dass man diese Umwandlung nach der **SEVIC-Entscheidung**¹⁴⁴ des EuGH auf den EG-Vertrag bzw. eine europarechtskonforme Auslegung von §§ 1, 3 UmwG stützen könne.¹⁴⁵ Da jedoch das Verschmelzungsverfahren hierfür unklar ist, besteht erhebliche Rechtsunsicherheit. In der Praxis empfiehlt es sich daher, die Verschmelzung vorab mit den zuständigen Registern abzustimmen oder die ausländische Personengesellschaft zuvor in eine Kapitalgesellschaft umzuwandeln, sofern das maßgebliche Landesrecht diese Möglichkeit vorsieht.

1.3 Umwandlungssteuergesetz

- 168** Die steuerlichen Auswirkungen bei einer Verschmelzung mit einer GmbH als übernehmendem bzw. neu gegründetem Rechtsträger richten sich nach den folgenden Vorschriften des **Umwandlungssteuergesetzes**.¹⁴⁶

von	in/auf	UmwStG
Körperschaft	Körperschaft	§§ 11–13
Personengesellschaft	Körperschaft	§§ 20 ff.

Sie sind grundsätzlich für die Ebene des übertragenden Rechtsträgers, des übernehmenden Rechtsträgers und des Anteilseigners zu überprüfen.

Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft auf eine GmbH

- 169** Mit der Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister erlischt die übertragende Kapitalgesellschaft. Für diese ist eine Schlussbesteuerung durchzuführen, für

141 Das Umwandlungsverfahren ist in §§ 122a–122l UmwG geregelt und enthält einige Abweichungen zur nationalen Verschmelzung, z.B. kann auf den Verschmelzungsbericht nach § 122e S. 3 UmwG nicht verzichtet werden und eine Verschmelzungsprüfung ist nach § 122f UmwG grundsätzlich erforderlich, vgl. hierzu insbesondere *Rotthege* Rn. K 44 und *Limmer/Limmer* Rn. 3081 ff.

142 *Lutter/Bayer* UmwG § 122a Rn. 3.

143 Die grenzüberschreitende Verschmelzung birgt einige praktische Probleme, exemplarisch seien hier die Frage der (Doppel-)Beurkundung, des Vorrangs einer Sprachfassung und das Erfordernis eines Verschmelzungsberichts in ggf. mehreren Sprachen genannt. Vgl. hierzu die Praxisempfehlungen für grenzüberschreitende Verschmelzungen von *Freundorfer/Festner* GmbH 2010, 195 ff.

144 *EuGH* ZIP 2005, 2311 f.; vgl. auch zur SEVIC-Entscheidung die Ausführungen im 13. Kap. Rn. 73 f.

145 Vgl. hierzu u.a. *Kallmeyer/Kappes* AG 2006, 224 ff.; *Bayer/J. Schmidt* BB 2008, 454, 459; *Lutter/Bayer* UmwG § 122a Rn. 12.

146 Vgl. ferner zum UmwStG: *Rotthege* Rn. K 14.

die der steuerliche Übertragungsstichtag (§ 2 UmwStG) maßgeblich ist.¹⁴⁷ Die übergehenden Wirtschaftsgüter, einschließlich nicht entgeltlich erworbener oder selbst geschaffener immaterieller Wirtschaftsgüter, sind in der steuerlichen Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft mit dem gemeinen Wert¹⁴⁸ anzusetzen (§ 11 Abs. 1 UmwStG). Abweichend hiervon können sie auf Antrag mit dem Buchwert oder dem Zwischenwert angesetzt werden, sofern die Voraussetzungen von § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bis 3 UmwStG gegeben sind. Danach ist eine Fortführung der Buchwerte zulässig, wenn sichergestellt ist, dass die übergehenden Wirtschaftsgüter bei der übernehmenden GmbH später einer Besteuerung mit Körperschaftsteuer unterliegen, das Recht der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich der Besteuerung des Gewinns aus der Veräußerung der übertragenen Wirtschaftsgüter bei der übernehmenden Körperschaft nicht ausgeschlossen oder beschränkt wird und eine Gegenleistung nicht gewährt wird oder in Gesellschaftsrechten besteht.

Sind diese Voraussetzungen kumulativ erfüllt, hat der übertragende Rechtsträger die Möglichkeit, das Betriebsvermögen in seiner steuerlichen Schlussbilanz entweder mit Buchwerten, mit Zwischenwerten oder mit gemeinen Werten anzusetzen.¹⁴⁹ Der Antrag hierfür ist bei dem für die Ertragsbesteuerung der übertragenden Körperschaft nach § 20 AO zuständigen Finanzamt zu stellen.¹⁵⁰ Entscheidet sich der übertragende Rechtsträger für einen Ansatz zu Buchwerten, entsteht kein Übertragungsgewinn und die Verschmelzung ist insoweit steuerneutral.¹⁵¹ **170**

Wird ein Ansatz zu Buchwerten nicht gewählt, so entsteht (z.B. durch Aufdeckung von stillen Reserven) ein Übertragungsgewinn in Höhe der Differenz zwischen dem gemeinen Wert bzw. Zwischenwert und dem Buchwert abzüglich der Verschmelzungskosten. Dieser Übertragungsgewinn unterliegt bei dem übertragenden Rechtsträger in voller Höhe der Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer.¹⁵² **171**

Der übernehmende Rechtsträger ist nach § 12 Abs. 1 S. 1 UmwStG an die Wertansätze in der steuerlichen Schlussbilanz des übertragenden Rechtsträgers gebunden. Bei der übernehmenden GmbH entsteht ein steuerfreier Übernahmegewinn oder ein Verlust aus der Differenz zwischen dem Buchwert der Anteile an der übertragenden Gesellschaft und dem Wert der übergegangenen Wirtschaftsgüter (§ 12 Abs. 2 S. 1 UmwStG). **172**

Gegenüber den Anteilseignern gelten die Anteile an der übertragenden Gesellschaft als zum gemeinen Wert veräußert und die an ihre Stelle tretenden Anteile an der übernehmenden GmbH mit diesem Wert angeschafft (§ 13 Abs. 1 UmwStG). Sie können unter den Voraussetzungen von § 13 Abs. 2 UmwStG beantragen, dass die Anteile an der übernehmenden Körperschaft mit dem Buchwert der übertragenden Körperschaft anzusetzen sind, so dass der Anteilstausch insoweit für sie steuerneutral durchgeführt werden kann. **173**

147 *Limmer/Bilitewski* Rn. 3388.

148 Eine gesetzliche Definition des „gemeinen Werts“ besteht nicht. In Anlehnung an § 9 Abs. 2 BewG wird dieser in erster Linie durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Wirtschaftsgutes zu erzielen ist, wobei ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse nicht zu berücksichtigen sind, vgl. *Schmitt/Hörtnagl/Stratz* § 3 UmwStG Rn. 39 ff.

149 *Limmer/Bilitewski* Rn. 3407.

150 *Schmitt/Hörtnagl/Stratz* § 11 UmwStG Rn. 59.

151 *Limmer/Bilitewski* Rn. 3408.

152 *Schmitt/Hörtnagl/Stratz* § 11 UmwStG Rn. 146; *Limmer/Bilitewski* Rn. 3411.

Verschmelzung einer Personengesellschaft auf eine Kapitalgesellschaft

- 174** Bei der Verschmelzung einer Personengesellschaft auf eine Kapitalgesellschaft wird das Vermögen der übertragenden Personengesellschaft in die Kapitalgesellschaft im Sinne von § 20 UmwStG eingebracht.¹⁵³ Steuerlich liegt ein **einlageähnlicher Vorgang** vor, bei dem das Betriebsvermögen gegen Gewährung von neuen Anteilen an der Kapitalgesellschaft übertragen wird. Steuerrechtlich wird dieser Vorgang **wie eine Veräußerung** behandelt.¹⁵⁴ Die übernehmende Gesellschaft hat das eingebrachte Betriebsvermögen grundsätzlich mit dem gemeinen Wert anzusetzen (§ 20 Abs. 2 S. 1 UmwStG), wobei auch hier auf Antrag ein Ansatz mit Buch- oder Zwischenwerten möglich ist. Ein Einbringungs- oder Veräußerungsgewinn kann nur entstehen, wenn die übernehmende Kapitalgesellschaft die übertragenen Wirtschaftsgüter nicht mit dem Buchwert bilanziert, sondern zu gemeinen Werten oder zum Zwischenwert. Der Gewinn ergibt sich dann aus der Differenz zwischen dem Veräußerungspreis¹⁵⁵ abzüglich der Einbringungskosten und dem Buchwert des übertragenden Betriebsvermögens. Der Einbringungs-gewinn ist von dem einbringenden Einzel- oder Mitunternehmer zu versteuern.¹⁵⁶

2. Spaltung

- 175** Hat ein Unternehmen mehrere Geschäftsgegenstände, die voneinander unabhängig sind, soll häufig nur der Verkauf eines Betriebsteils oder eines Unternehmensbereichs erfolgen und das restliche Unternehmen fortgeführt werden. In diesem Fall bietet sich eine **Spaltung** des Unternehmens an, um den zu veräußernden Teil aus dem Gesamtunternehmen herauszulösen. Die Spaltung führt zur Teilung der Aktivitäten eines Unternehmens in neue unternehmerische Einheiten.¹⁵⁷

2.1 Arten der Spaltung

- 176** Das Umwandlungsgesetz unterscheidet zwischen drei Arten der Spaltung:
- **Aufspaltung** (§ 123 Abs. 1 UmwG),
 - **Abspaltung** (§ 123 Abs. 2 UmwG) und
 - **Ausgliederung** (§ 123 Abs. 3 UmwG).

Jede dieser drei Spaltungsarten kann im Wege der Aufnahme oder der Neugründung durchgeführt werden. Zulässig sind auch Kombinationen aus einer Spaltung zur Aufnahme und zur Neugründung. Als übertragende, übernehmende oder neue Rechtsträger kommen Personenhandelsgesellschaften und Kapitalgesellschaften in Betracht. Für dieses Buch relevant sind insbesondere die Spaltungen unter Beteiligung der GmbH als übernehmender oder neuer Rechtsträger.

- 177** Bei der **Aufspaltung** wird das gesamte Vermögen eines Rechtsträgers im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf mindestens zwei übernehmende Rechtsträger übertragen. Die Anteilshaber des übertragenden Rechtsträgers erhalten als Gegenleistung Geschäftsanteile an der übernehmenden GmbH. Die Aufspaltung führt zum Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers ohne Abwicklung.¹⁵⁸

153 Vgl. *Limmer/Bilitewski* Rn. 3580.

154 *Schmitt/Hörtnagl/Stratz* § 20 UmwStG Rn. 365.

155 Vgl. § 20 Abs. 3 S. 1 UmwStG: Der Wert mit dem die übernehmende Kapitalgesellschaft das eingebrachte Betriebsvermögen ansetzt.

156 § 20 Abs. 3–5 UmwStG i.V.m. §§ 16 Abs. 4, 34 Abs. 1 EStG.

157 *Picot/Müller-Eising* Unternehmenskauf, Teil II Rn. 327 f.; *Rotthege* Rn. K 45.

158 *Schmitt/Hörtnagl/Stratz* § 123 UmwG Rn. 6.

- Bei der **Abspaltung** bleibt der sich spaltende übertragende Rechtsträger bestehen. 178 Nur ein Teil seines Vermögens wird im Wege der Sonderrechtsnachfolge auf einen oder mehrere bestehende oder neu gegründete Rechtsträger übertragen.¹⁵⁹ Auch hier erhalten die Anteilshaber des übertragenden Rechtsträgers Geschäftsanteile an der übernehmenden GmbH zum Ausgleich für die Teilvermögensübertragung.¹⁶⁰
- Die **Ausgliederung** entspricht im Wesentlichen der Abspaltung. Während bei der 179 Abspaltung den Anteilshabern des übertragenden Rechtsträgers als Gegenleistung Geschäftsanteile an der übernehmenden GmbH gewährt werden, erhält jedoch bei der Ausgliederung der übertragende Rechtsträger selbst diese Beteiligungsrechte.
- Die Spaltung bewirkt eine Realteilung einer Gesellschaft und stellt insofern das 180 Gegenstück zur Verschmelzung dar.¹⁶¹ Das Recht der Verschmelzung ist mit wenigen Ausnahmen anzuwenden.¹⁶²
- Der **Spaltungsvertrag** muss die genaue Bezeichnung und Aufteilung der auf die über- 181 nehmende GmbH zu übertragenden Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens enthalten.¹⁶³ Insbesondere ist anzugeben, welche Betriebe oder Betriebsteile den jeweiligen Rechtsträgern zugeordnet werden (§ 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG). Der notwendige Inhalt des Spaltungsvertrages ist in §§ 126, 125 UmwG i.V.m. §§ 46, 29 GmbHG geregelt.
- Der Spaltungsvertrag ist zustimmungspflichtig und muss gem. §§ 125 i.V.m. 6 UmwG 182 notariell beurkundet werden. Die Vertretungsorgane jedes an der Spaltung beteiligten Rechtsträgers haben einen Spaltungsbericht zu erstellen (§ 127 UmwG), sofern nicht die Anteilshaber aller beteiligten Rechtsträger hierauf verzichten. Eine Spaltungsprüfung hat zu erfolgen, wenn die rechtsformspezifischen Regelungen dies vorsehen.¹⁶⁴ Für die Ausgliederung entfällt die Prüfungspflicht (§ 125 S. 2 UmwG).
- Ebenso wie die Verschmelzung ist die Spaltung durch die Vertretungsorgane der 183 beteiligten Rechtsträger zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die der Anmeldung beizufügenden Erklärungen und Unterlagen entsprechen denjenigen der Verschmelzung.¹⁶⁵
- Bei einer Spaltung zur Neugründung tritt an die Stelle des Spaltungs- und Übernah- 184 mevertrages der **Spaltungsplan**. Denn da die aufnehmende GmbH erst durch Spaltung gegründet wird, fehlt es an einem Partner für einen Vertrag. Der Spaltungsplan muss die Satzung der neuen GmbH enthalten.¹⁶⁶
- Die Anmeldung zum Handelsregister erfolgt durch das Vertretungsorgan des übertra- 185 genden Rechtsträgers, da der neue Rechtsträger – die GmbH – erst durch Wirksamwerden der Spaltung entsteht (§ 137 Abs. 1 UmwG). Zur Eintragung angemeldet wird dabei nicht die Spaltung, sondern die neue GmbH. Dabei ist unter Angabe der Art der Spaltung darauf hinzuweisen, dass die Neugründung im Wege der Spaltung erfolgt ist.¹⁶⁷

159 Vgl. *Schmitt/Hörtnagl/Stratz* § 123 UmwG Rn. 9.

160 *Schmitt/Hörtnagl/Stratz* § 123 UmwG Rn. 9; *Rotthege* Rn. K 53.

161 *Rotthege* Rn. K 45.

162 Vgl. § 125 UmwG.

163 *Rotthege* Rn. K 49.

164 §§ 125 i.V.m. 9 Abs. 1, 44, 48, 60, 78, 100 UmwG.

165 Entsprechende Anwendung der §§ 16, 17 UmwG.

166 *Lutter/Priester* UmwG § 136 Rn. 11.

167 *Lutter/Priester* UmwG § 137 Rn. 4; *Kallmeyer/Zimmermann* § 137 Rn. 7.

2.2 Umwandlungssteuergesetz

186 Für die verschiedenen Arten der Spaltung gelten die in der folgenden Tabelle dargestellten Regelungen des **Umwandlungssteuergesetzes**:

Art	von	in/auf	UmwStG
Aufspaltung	Körperschaft	Körperschaft	§ 15 i.V.m. §§ 11–13
	Personengesellschaft	Kapitalgesellschaft	§§ 20 ff.
Abspaltung	Körperschaft	Körperschaft	§ 15 i.V.m. §§ 11–13
	Personengesellschaft	Kapitalgesellschaft	8. Teil §§ 20 ff.
Ausgliederung	Körperschaft	Körperschaft	§§ 20 ff.
	Personengesellschaft	Kapitalgesellschaft	§§ 20 ff.

187 Für die Spaltung einer **Personengesellschaft** auf eine GmbH gelten die gleichen Vorschriften wie für die Verschmelzung, da es sich hierbei um einen Einbringungsvorgang handelt. Das Gleiche gilt für den Fall der Ausgliederung aus dem Vermögen einer Körperschaft auf eine GmbH.¹⁶⁸

188 Die Auf- oder Abspaltung von **Körperschaften** auf eine GmbH ist demgegenüber in § 15 UmwStG geregelt. Für eine steuerneutrale Auf- oder Abspaltung auf andere Kapitalgesellschaften gelten besondere Voraussetzungen:¹⁶⁹

- Voraussetzungen gem. § 15 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 1–3 UmwStG sind erfüllt;
- Übergehendes Vermögen muss die Voraussetzungen für einen Teilbetrieb¹⁷⁰ erfüllen (§ 15 Abs. 1 S. 2 UmwStG);
- Das bei der übertragenden Körperschaft verbleibende Vermögen muss einen Teilbetrieb bilden;
- Mitunternehmeranteile und 100 %-ige Beteiligungen an Kapitalgesellschaften dürfen nicht innerhalb von drei Jahren vor der Spaltung durch Übertragung von Wirtschaftsgütern, die keinen Teilbetrieb darstellen, erworben oder aufgestockt worden sein (§ 15 Abs. 2 S. 1 UmwStG);
- Durch die Spaltung wird weder eine Veräußerung an außenstehende Personen vollzogen noch werden die Voraussetzungen für eine Veräußerung geschaffen (§ 15 Abs. 2 S. 2 und 3 UmwStG).

189 Sofern diese Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind, kann die übertragende Körperschaft das **Wahlrecht nach § 11 UmwStG** ausüben und das übergehende Vermögen mit Buchwerten ansetzen. Bei der übernehmenden Gesellschaft und den Gesellschaftern

¹⁶⁸ *Limmer/Bilitewski* Rn. 3580.

¹⁶⁹ Vgl. *Limmer/Bilitewski* Rn. 3511.

¹⁷⁰ Der Begriff des Teilbetriebs ist gesetzlich nicht definiert und Gegenstand einer umfangreichen Diskussion. Zu § 16 EStG hat der BFH den Teilbetrieb als einen „mit einer gewissen Selbstständigkeit ausgestatteten, organisatorisch geschlossenen Teil eines Gesamtbetriebes, der für sich allein lebensfähig ist“ definiert (vgl. *BFH* BStBl II 2007, 722; *BFH* GrS BStBl II 2000, 123). Diese Definition wird man auch für § 15 Abs. 1 UmwStG heranziehen können.

der übertragenden Gesellschaft ergeben sich gem. § 15 i.V.m. §§ 12, 13 UmwStG im Wesentlichen die gleichen Konsequenzen wie bei der Verschmelzung.

Sofern die vorgenannten Voraussetzungen nicht vorliegen, insbesondere wenn das übergehende Vermögen nicht die Voraussetzungen eines Teilbetriebs erfüllt, ist das Wahlrecht zum Ansatz von Buch- oder Zwischenwerten nach § 11 Abs. 2 UmwStG gem. § 15 Abs. 1 S. 2 UmwStG nicht anwendbar. Die Wirtschaftsgüter bei der übertragenden Gesellschaft sind gem. §§ 15 Abs. 1, 11 Abs. 1 UmwStG mit dem gemeinen Wert anzusetzen, mit der Folge der **Aufdeckung von stillen Reserven**. Gem. §§ 15 Abs. 1, 12 Abs. 1 UmwStG ist die übernehmende Gesellschaft an diese Wertansätze gebunden. Bei den Anteilshabern findet gem. §§ 15 Abs. 1, 13 Abs. 1 UmwStG ein gewinnrealisierender Austausch statt, da die erhaltenen Anteile an der übernehmenden Gesellschaft als zum gemeinen Wert angeschafft gelten. **190**

3. Formwechsel

Hat das Zielunternehmen nicht die Rechtsform einer GmbH, beabsichtigt der Kaufinteressent jedoch den Erwerb von GmbH-Anteilen, so kann das Zielunternehmen unter den Voraussetzungen von §§ 190ff. UmwG formwechselnd in eine GmbH umgewandelt werden. **191**

3.1 Umwandlungsgesetz

Unter einem Formwechsel versteht man die **Änderung der Rechtsform** eines Rechtsträgers. Dessen wirtschaftliche Identität wird gewahrt. Eine Vermögensübertragung findet nicht statt, der Vermögensbestand bleibt vor und nach dem Formwechsel gleich.¹⁷¹ **192**

§ 191 Abs. 1 UmwG zählt abschließend die **formwechselfähigen Rechtsträger** auf:¹⁷² **193**

- (1) Personenhandelsgesellschaft und Partnerschaftsgesellschaft,
- (2) Kapitalgesellschaft,
- (3) eingetragene Genossenschaft,
- (4) rechtsfähiger Verein,
- (5) Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit,
- (6) Körperschaft und Anstalt des öffentlichen Rechts.

Nach § 191 Abs. 2 Nr. 3 UmwG kann die GmbH **Ziel eines Formwechsels** sein.

Das UmwG enthält in den §§ 190–213 allgemeine Vorschriften über den Formwechsel. Gem. § 192 Abs. 1 UmwG ist ein **Umwandlungsbericht** durch das Vertretungsorgan zu erstellen. Dieser ist entbehrlich, wenn an dem formwechselnden Rechtsträger nur ein Anteilshaber beteiligt ist oder wenn alle Anteilshaber auf seine Erstattung verzichten (§ 192 Abs. 2 UmwG). Notwendiger Bestandteil des Umwandlungsberichtes ist der Entwurf des Umwandlungsbeschlusses. Grundsätzlich sind im **Umwandlungsbeschluss** Angaben zur vorgesehenen Rechtsform, zum Namen oder der Firma der neuen Rechtsform, zur Beteiligung der bisherigen Anteilshaber, zum Abfindungsangebot nach § 207 UmwG sowie zu den Folgen des Formwechsels für die Arbeitnehmer zu machen.¹⁷³ **194**

¹⁷¹ Lutter/Decher vor § 190 Rn. 2; Rotthege Rn. K 68.

¹⁷² Lutter/Decher § 191 Rn. 1.

¹⁷³ Der Mindestinhalt für den Umwandlungsbeschluss ergibt sich aus § 194 Abs. 1 UmwG und den Sondervorschriften im Zweiten Teil des Fünften Buches des UmwG. Bei einem Formwechsel in eine GmbH muss der Beschluss auch die Satzung der neuen GmbH enthalten (vgl. §§ 218 Abs. 1 S. 1, 243 Abs. 1 S. 1 UmwG).

- 195** Grundsätzlich besteht keine Verpflichtung zur **Prüfung des Formwechsels**. Aus anderen Rechtsgründen können aber Prüfungen erforderlich sein, insbesondere die Prüfung der Angemessenheit einer dem Gesellschafter angebotenen Barabfindung (§§ 207, 208, 30 Abs. 2, 10, 11 UmwG) sowie die Erstattung eines Sachgründungsberichts beim Formwechsel einer Personenhandelsgesellschaft in eine GmbH (§§ 219, 220 Abs. 2 UmwG, § 5 Abs. 4 S. 2 GmbHG).
- 196** Wie bei den anderen Umwandlungsvorgängen bedarf es auch beim Formwechsel der **Zustimmung der Anteilshaber** (§ 193 Abs. 1 UmwG). Liegt diese vor, muss der Formwechsel zur **Eintragung in das Handelsregister**, in dem der formwechselnde Rechtsträger eingetragen ist, angemeldet werden (§ 198 Abs. 1 UmwG). Für den Formwechsel muss dem Registergericht keine Schlussbilanz eingereicht werden. Die Acht-Monats-Frist, die sich bei Verschmelzungs- und Spaltungsvorgängen aus § 17 Abs. 2 UmwG ergibt, ist daher nicht einzuhalten. Neben den in § 199 UmwG aufgeführten „allgemeinen“ Anlagen sind bei einem Formwechsel in eine GmbH gem. § 197 S. 1 UmwG i.V.m. § 8 GmbHG noch weitere Anlagen beizufügen:¹⁷⁴
- Liste der Gesellschafter,
 - Beschluss über die Geschäftsführerbestellung,
 - ggf. Sachgründungsbericht,
 - ggf. Werthaltigkeitsnachweis,
 - ggf. Beschluss über die Bestellung der Mitglieder eines Aufsichtsrates.

3.2 Umwandlungssteuergesetz

- 197** Der Formwechsel kann weitgehend **steuerneutral** durchgeführt werden. Bei einem Formwechsel von einer Personenhandelsgesellschaft in eine GmbH wird dies durch Buchwertfortführung auf Ebene der übernehmenden Kapitalgesellschaft erreicht, sofern das Bewertungswahlrecht gem. § 25 i.V.m. § 20 UmwStG entsprechend ausgeübt wird. Auf diesen Formwechsel sind die Vorschriften über die Einbringung von Unternehmensteilen in eine Kapitalgesellschaft anzuwenden.¹⁷⁵
- 198** Ein Formwechsel einer Kapitalgesellschaft (wie z.B. einer Aktiengesellschaft) in eine andere Kapitalgesellschaft (wie z.B. eine GmbH) ist im UmwStG nicht geregelt, da es zu keiner Gewinnrealisierung kommt. Das Steuersubjekt bleibt von dem Formwechsel unberührt.¹⁷⁶

4. Anwachsung

- 199** Hat das Unternehmen die Rechtsform einer GmbH & Co. KG und möchte der Erwerber lediglich Geschäftsanteile an einer GmbH erwerben, kann das Unternehmen zuvor im Wege der Anwachsung auf die Komplementär-GmbH übertragen werden. Scheidet ein Gesellschafter aus einer Personengesellschaft aus, wächst sein Anteil am Gesellschaftsvermögen gem. **§ 738 Abs. 1 S. 1 BGB** den übrigen Gesellschaftern an. Scheiden aus einer GmbH & Co. KG alle Kommanditisten aus, wächst das Gesellschaftsvermögen der allein verbleibenden Komplementär-GmbH an.¹⁷⁷ Das

¹⁷⁴ Vgl. ausführlich *Rotthege* Rn. B 96 ff.

¹⁷⁵ Vgl. §§ 25, 20–23 UmwStG.

¹⁷⁶ *Schmitt/Hörtnagl/Stratz* Einf. UmwStG Rn. 31.

¹⁷⁷ Da die ausscheidenden Gesellschafter keine neuen Anteile an der übernehmenden Kapitalgesellschaft erhalten, sind die §§ 20 ff. UmwStG nicht anzuwenden, vgl. *Schmitt/Hörtnagl/Stratz* § 20 UmwStG Rn. 194.

Ausscheiden der Kommanditisten kommt einer verdeckten Einlage in die GmbH gleich, wenn sie keine Abfindung erhalten oder diese niedriger als der Verkehrswert der KG-Anteile ist. Es führt zur Aufgabe des Mitunternehmeranteils.¹⁷⁸ Ein sich hieraus ergebender Aufgabegewinn gehört zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb beim Gesellschafter.¹⁷⁹ Die Gewinnrealisierung ist aber umstritten.¹⁸⁰

Erhalten die ausscheidenden Gesellschafter als Ausgleich neue Geschäftsanteile an der GmbH, so liegt eine **erweiterte Anwachsung** vor. Die Gesellschafter der Personengesellschaft bringen somit ihre Gesellschaftsanteile durch Kapitalerhöhung in die bisherige Komplementär-GmbH ein. Da dies zu Buchwerten geschehen kann, erfolgt keine Gewinnrealisierung.¹⁸¹ **200**

E. Checklisten

I. Vorbereitung des Verkäufers auf den Unternehmenskauf

- Welche Ziele verfolge ich mit der beabsichtigten Transaktion? **201**
- Welches sind die Hauptkriterien, mit deren Erreichen die Transaktion steht und fällt?
- Welchen Teil meines Unternehmens will ich veräußern?
- Ist dieser Teil meines Unternehmens hierauf vorbereitet?
- Besteht der zum Verkauf stehende Teil aus einer selbstständigen (abtrennbaren) organisatorischen Einheit?
- Muss der zum Verkauf stehende Teil rechtlich oder organisatorisch noch selbstständig werden?
- Müssen die Außenbeziehungen des zum Verkauf stehenden Unternehmens geordnet werden?
- Sind die vertraglichen Sonderbeziehungen des Unternehmens mit Dritten (z.B. Gesellschaftern oder deren Familienangehörigen) geklärt?
- Ist die Rechtsform des zum Verkauf stehenden Unternehmens für die Übernahme optimal?
- Welche umweltrechtlichen Risiken sind mit dem Unternehmen verbunden? Sind diese hinreichend gelöst?
- Welche steuerlichen und finanziellen Risiken bestehen? Kann der Erwerber diese übernehmen?
- Sind die grundlegenden Unternehmensdaten in einer für die Due Diligence geeigneten Form aufbereitet?
- Sind die den Erwerber interessierenden Daten über den Geschäftsbetrieb, sein Management und seine Mitarbeiter hinreichend aufbereitet?
- Liegen Übersichten hierzu vor, die eine schnelle Orientierung ermöglichen?
- Wo sollen die für die Durchführung der Due Diligence benötigten Unterlagen zur Verfügung gestellt werden (Data Room)?

178 Schmidt/Wacker EStG § 16 Rn. 513.

179 Nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 EStG.

180 Vgl. Schmitt/Hörtnagl/Stratz § 20 UmwStG Rn. 194; Schmidt/Wacker EStG § 16 Rn. 513.

181 Schmitt/Hörtnagl/Stratz § 20 UmwStG Rn. 196; Schmidt/Wacker EStG § 16 Rn. 513.

- Wer kommt als Käufer meines Unternehmens in Betracht? Kenne ich diesen bereits?
- Aus welchen öffentlichen Informationsquellen kann ich mögliche Erwerbsinteressenten identifizieren?
- Sind externe Berater erforderlich?
- Will ich einen Investmentbanker/Unternehmensmakler einschalten?
- Welche weiteren Berater benötige ich für die Transaktion?
- In welchem Umfang sollen diese in die Transaktion eingeschaltet werden?
- Ist die Zustimmung von Aufsichtsorganen (z.B. Aufsichtsrat, Beirat, oder Gesellschafterversammlung) für die Aufnahme der Vertragsverhandlungen und/oder den Vertragsabschluss erforderlich?
- Wie sichere ich die Vertraulichkeit?
- Welche Geschäftspartner (z.B. Hauptabnehmer, Hauptlieferanten, Banken) sollte ich über die geplante Transaktion unterrichten? Wann soll diese Information erfolgen?

II. Vorbereitung des Käufers auf den Unternehmenskauf

- 202**
- Welches Ziel verfolge ich mit der Transaktion?
 - Mit welchen Hauptkriterien steht und fällt der beabsichtigte Unternehmenserwerb?
 - Welchen Einfluss will ich bei dem Unternehmen gewinnen?
 - Ist die mir angebotene Beteiligung ausreichend hierfür?
 - Sind die im Unternehmen verbleibenden Gesellschafter hierbei hinderlich?
 - Welchen Anforderungen muss das gesuchte Unternehmen entsprechen?
 - Bin ich auf die Prüfung des für den Erwerb in Betracht kommenden Unternehmens in personeller und technischer Hinsicht vorbereitet?
 - Welche externen Berater muss ich zur Durchführung der Due Diligence einschalten?
 - Wo liegen die Hauptprobleme des Zielunternehmens?
 - Kann ich diese innerhalb der mir zur Verfügung stehenden Zeit soweit abklären, dass diese den Erwerb nicht mehr gefährden?
 - Sind die Garantien des Verkäufers geeignet, solche Risiken hinreichend abzusichern?
 - Wie wirkt sich der Erwerb des Unternehmens auf meine bisherige Tätigkeit aus?
 - Erschwert die zukünftige Unternehmensgröße das operative Geschäft (z.B. Kündigungsschutzgesetz)?
 - Bin ich hinreichend darauf vorbereitet, die zukünftigen Mitarbeiter einzugliedern?
 - Wie finanziere ich die Transaktion?
 - Ist meine Hausbank in meine Kaufabsichten eingeweiht und bereit, diese zu finanzieren?
 - Gibt es ein Exit-Szenario?
 - Sind die Weichen hierfür richtig gestellt?

5. Kapitel

Kaufvertrag

Literatur: *Bolkart* Die Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, MittBayNot 2009, 268; *Breidenbach* Mediation – Komplementäre Konfliktbehandlung durch Vermittlung, AnwBl 1997, 135; *Broichmann* Streiten auf der Überholspur – Fast-Track-Arbitration bei M&A-Streitigkeiten, FS P+P Pöllath + Partners, 2008, S. 115; *Buchholz* Rechtsnachfolge in GmbH-Geschäftsanteile, MittRhNotK 1991, 1; *Bungert* Festschreibung der ungeschriebenen „Holzmüller“-Hauptversammlungs-zuständigkeiten bei der Aktiengesellschaft, BB 2004, 1345; *Deilmann/Messerschmidt* Vorlage von Verträgen an die Hauptversammlung, NZG 2004, 977; *Dörrie* Erbrecht und Gesellschaftsrecht bei Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel, GmbHR 1996, 245; *Dütz* Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, 1970; *Duve* Was ist eigentlich Alternative Dispute Resolution (ADR)?, Überblick über die außergerichtliche Streitbeilegung in den USA, BB 1998, Beilage 9, 15; *Elsing* Probleme bei M&A Schiedsverfahren, FS Lüer, 2008, S. 517; *ders.* Internationale Schiedsgerichte als Mittler zwischen den prozessualen Rechtskulturen, BB 2002, Beilage 7, 19; *Feldhaus* Der Verkauf von Unternehmensteilen einer Aktiengesellschaft und die Notwendigkeit einer außerordentlichen Hauptversammlung, BB 2009, 562; *Fetsch* IPR-Bezüge bei GmbH-Geschäftsanteils- und Unternehmenskaufverträgen, internationale Gerichtsstandsvereinbarungen, RNotZ 2007, 532; *Fleischer* Ungeschriebene Hauptversammlungs-zuständigkeiten im Aktienrecht: Von „Holzmüller“ zu „Gelatine“, NJW 2004, 2335; *Gehrlein* Wirksamkeitsmängel von Schiedsgutachten, VersR 1994, 1009; *Gessler* Einberufung und ungeschriebene Hauptversammlungs-zuständigkeiten, FS Stimpel, 1985, S. 771; *Götze* „Gelatine“ statt „Holzmüller“ – Zur Reichweite ungeschriebener Mitwirkungsbefugnisse der Hauptversammlung, NZG 2004, 585; *Gottwald* Alternative Streitbehandlungsformen: Erprobungsspielräume für gerichtsverbundene Modellversuche, AnwBl 2000, 265; *Greger/Stubbe* Schiedsgutachten – Außergerichtliche Streitbeilegung durch Drittscheidungen, 2007; *Grziwotz* Kaufvertragsabwicklung bei der Ausübung eines gemeindlichen Vorkaufsrechts, NVwZ 1994, 215; *Habscheid* Zur Frage der rechtstaatlichen Ausgestaltung des Schiedsgutachtenverfahrens, FS Laufke 1971, S. 303; *Hasselmann* Die Zuordnung des Widerspruchs zur Gesellschafterliste, NZG 2010, 207; *Heinemann* Die Reform der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch das FamFG und ihre Auswirkungen auf die notarielle Praxis, DNotZ 2009, 6; *Hermanns* Die Auslandsbeurkundung bei Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen, RNotZ, 2010, 38; *Herrler* Gutgläubiger Erwerb bei aufschiebend bedingter GmbH-Geschäftsanteilsabtretung – Sicherung durch Vermerk in Gesellschafterliste, BB 2009, 2272; *Hofmeister* Veräußerung und Erwerb von Beteiligungen bei der Aktiengesellschaft: Denkbare Anwendungsfälle der Gelatine-Rechtsprechung?, NZG 2008, 47; *Keim* § 313 BGB und die Beurkundung zusammengesetzter Verträge, DNotZ 2001, 827; *Kiem* Das Beurkundungserfordernis beim Unternehmenskauf im Wege des Asset Deals – Zur Anwendung des § 311b III BGB auf Gesamtvermögensübertragungsvorgänge juristischer Personen, NJW 2006, 2363; *Klößner* Erfordernis der notariellen Beurkundung gem. § 311b III BGB beim Asset-Deal?, DB 2008, 1083; *Kröll* Die Entwicklung des Rechts der Schiedsgerichtsbarkeit 2001/2002, NJW 2003, 791; *Litzenburger* Die Genehmigung von Rechtsgeschäften nach dem FamFG – eine Zwischenbilanz aus der Sicht der notariellen Praxis, RNotZ 2010, 32; *Lückebach* Nebenabreden nach europäischem Fusionskontrollrecht, 2003.; *Lutter* Zur Vorbereitung und Durchführung von Grundlagenbeschlüssen in Aktiengesellschaften, FS Fleck, 1988, S. 169; *Mannel* Notar und Flurbereinigung, MittBayNot 2004, 397; *Marquardt/Pluskat* Die Kontrolle von Unternehmenserwerben nach dem novellierten AWG, DStR 2009, 1314; *Mayer* Aufwertung der Gesellschafterliste durch das MoMiG – Fluch oder Segen, ZIP 2009, 1037; *Müller-Piepenkötter* Englisch als Gerichtssprache – Der Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen, DRiZ 2010, 2; *Nienaber* Negotiating Arbitration Clauses with U.S. Companies, SchiedsVZ 2005, 273; *Paschke* Nacherben-

schutz in der Vorerben-Personengesellschaft, ZIP 1985, 129; *Preuß* Gesellschafterliste, Legitimation gegenüber der Gesellschaft und gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen, ZGR 2008, 676; *Priester* Neue Regelungen zur Nachgründung, DB 2001, 467; *Rezori* Die Ausführlichkeit U.S.-amerikanischer Vertragsgestaltung im Vergleich zu Deutschland, 2004; *Sachs* Die rechtliche Abgrenzung des Schiedsgutachtens vom Schiedsverfahren am Beispiel des Unternehmenskaufvertrages – Zugleich ein deutsch-französischer Rechtsvergleich, FS Schlosser, 2005, S. 811; *Scherer* Acceleration of Arbitration Proceedings – The Swiss Way: The Expedited Procedure under the Swiss Rules of International Arbitration, SchiedsVZ 2005, 229; *Schlieper* Vor- und Nacherbschaft oder Nießbrauchsvermächtnis – Zur zweckmäßigen Gestaltung der Verfügung von Todes wegen –, MittRhNotK 1995, 249; *Schmittat* Die Teilungsgenehmigung nach Bundesbaugesetz und Landesbauordnung, MittRhNotK 1986, 209; *Schütze* Die Ermessensgrenzen des Schiedsgerichts bei der Bestimmung der Beweisregeln, SchiedsVZ 2006, 1; *Schwarz* Die Gesamtvertreterermächtigung – Ein zivil- und gesellschaftsrechtliches Rechtsinstitut, NZG 2001, 529; *Schwarz* Einige Überlegungen zum Zweck des Beurkundungserfordernisses gemäß § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG, FS Rheinisches Notariat, 1998, S. 371; *Seikel* Grundstücksverkehr während der Umlegung, NotBZ 1997, 189; *Sieg* Die feststellenden Schiedsgutachter im Privatversicherungsrecht, VersR 1965, 629; *Steinbrück* Wirtschaftsmediation und außergerichtliche Konfliktlösung, AnwBl 1999, 574; *Tönnies* Grundstücksverkehr während der Flurbereinigung, MittRhNotK 1987, 93 und 117; *Volmer* Das Schiedsgutachtenrecht – Bestandsaufnahme und Fragen der Praxis, BB 1984, 1010; *Weigl* Die Sicherung des Erwerbers oder Treugebers eines Geschäftsanteils durch eine aufschiebend bedingte Abtretung nach Inkrafttreten des MoMiG, MittBayNot 2009, 116; *Werner* Beteiligung Minderjähriger an gesellschaftsrechtlichen Transaktionen im Recht der GmbH und GmbH & Co. KG, GmbHR 2006, 737; *Wirth* Ihr Zeuge, Herr Rechtsanwalt! – Weshalb Civil-Law-Schiedsrichter Common-Law-Verfahrensrecht anwenden, SchiedsVZ 2003, 9; *Witte/Mehrbrey* Variable Kaufpreisregelungen in Unternehmenskaufverträgen im Geflecht von Schiedsgutachtervereinbarungen und Schiedsgerichtsklauseln, NZG 2006, 241; *Zessel* Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen nach dem MoMiG, GmbHR 2009, 303.

A. Kaufobjekt

- 1 Der **Kaufgegenstand** beim Unternehmenskauf hängt davon ab, ob der Erwerb im Wege der Einzelrechtsnachfolge (**Asset Deal**) oder im Wege des Beteiligungserwerbs (**Share Deal**) erfolgt. Häufig ist auch eine **Kombination** aus beiden anzutreffen.

I. Unternehmenskauf im Wege der Einzelrechtsnachfolge – Asset Deal

- 2 Beim Unternehmenskauf im Wege der Einzelrechtsnachfolge bilden die zum Unternehmen gehörenden Sachen und Rechtsverhältnisse, Immaterialgüterrechte und Außenbeziehungen den Kaufgegenstand und werden vom Verkäufer auf den Käufer entsprechend den für sie jeweils geltenden formalen Anforderungen übertragen.

1. Gegenstände

- 3 Verkauf und Übertragung gegenständlicher Assets erfolgen gem. §§ 433 Abs. 1, 929 S. 1 BGB durch Einigung und Übergabe.
- 4 Der Asset Deal erfordert eine sorgfältige **Auflistung** und **Zuordnung** der zu übertragenden **Vermögensgegenstände**. Dazu sind detaillierte Anlagen zum Vertrag erforderlich, die der Verkäufer mithilfe seiner Berater erarbeiten und zur Verfügung stellen

muss. **Sachgesamtheiten** können nur durch qualitative Zurechnung, nicht jedoch durch quantitative Aufzählung ausreichend bestimmt werden.¹ Die qualitativen Bestimmtheitskriterien können sich auf sachliche Eigenschaften sowie räumliche und zeitliche Verhältnisse beziehen. Ausreichend ist eine „**All-Formel**“, nach der das Eigentum an allen in einem bestimmten Lager oder einer Produktionsstätte vorhandenen Sachen übergehen sollen, ggf. mit Ausnahme gesondert gekennzeichnete Gegenstände.² Eine generelle Regelung, wonach das Handelsgeschäft „mit allen Aktiven und Passiven“ veräußert wird, kann Streit über den genauen Kaufgegenstand auslösen.³ Soll aus einer GmbH deren gesamter Geschäftsbetrieb mit allen Forderungen und Verbindlichkeiten verkauft werden, bieten sich sog. „**Catch All-Klauseln**“ an, mit denen alle Vermögensgegenstände des Anlagevermögens sowie des Umlaufvermögens, die zum Übertragungstichtag der GmbH gehören, verkauft und übertragen werden.⁴ Zur Sicherheit sollte zusätzlich auf eine **Anlage** Bezug genommen werden, in der diejenigen Gegenstände aufgeführt sind, die mindestens den Kaufgegenstand ausmachen.⁵

Ist das Zielunternehmen eine GmbH, so ist es gem. § 240 HGB verpflichtet, eine Bilanz aufzustellen. Zur Bestimmung der zu übertragenden Sachen und Rechte kann dann auf die **Bilanz** und das **Inventarverzeichnis** Bezug genommen werden (vgl. § 240 HGB). Allerdings finden bestimmte Vermögensgegenstände in der Bilanz keinen Niederschlag, insbesondere solche, die auf Grund schuldrechtlicher Überlassungsverträge wie Miete, Pacht oder Leasing genutzt werden.⁶ Auch für immaterielle Vermögensgegenstände des Anlagevermögens, die nicht entgeltlich erworben wurden, darf ein Aktivposten nicht gebildet werden (vgl. § 248 Abs. 2 S. 2 HGB). Hierzu zählen u.a. der gute Ruf des Unternehmens, sein Kundenstamm, seine Geschäftsgeheimnisse, sein Know-how, die Bekanntheit seiner Firma oder seine gewerblichen Schutzrechte, die einen erheblichen Wert für den Käufer darstellen können. Deren Übertragung kann somit nicht unter Verweis auf das bilanzierte Anlagevermögen übertragen werden, sondern erfordert eine konkrete vertragliche Regelung unter Darlegung des einzelnen Vermögensgegenstandes. Je nach Einzelfall kann auch hier eine Catch All-Klausel helfen, wobei dem Käufer jedoch stets zu raten ist, diejenigen Vermögensgegenstände, die für ihn wichtig sind, gesondert aufzuführen.

2. Grundstücke⁷

Gehören Grundstücke zu den Assets, so sind diese durch Einigung und Eintragung im Grundbuch gem. §§ 873, 925 BGB zu übertragen. Der Kaufvertrag löst dann Grunderwerbsteuer aus, was bisweilen übersehen wird.

Die Zugehörigkeit eines Grundstücks zu den Assets führt fast immer dazu, dass der gesamte **Unternehmenskaufvertrag** gem. § 311b BGB **beurkundet** werden muss. Dies

1 BGHZ 71, 75, 78 f.; MünchKomm BGB/Oechsler Anh. §§ 929–936 Rn. 7.

2 MünchKomm BGB/Oechsler Anh. §§ 929–936 Rn. 7; BGH NJW 1992, 1161; BGHZ 28, 16, 20; BGH WM 1986, 594, 595.

3 Münchener Vertragshandbuch/von Hoyenberg Bd. 2 S. 682 Anm. 40.

4 Vgl. Stiller BB 2002, 2619, 2623 und unten Muster im Anhang unter Nr. 10.

5 Zur Frage, ob die Aufnahme einer Catch All-Klausel das Beurkundungserfordernis des § 311b Abs. 3 BGB auslöst, vgl. unten Rn. 186 ff., insbesondere 189.

6 Münchener Vertragshandbuch/Stolterfoht Bd. 2, S. 197.

7 Zur Formbedürftigkeit ausführlich unten Rn. 180 ff.

ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Wille der Parteien darauf gerichtet ist, dass alle Assets gemeinsam auf den Käufer übergehen sollen, so dass sämtliche Teile des Unternehmenskaufvertrages eine rechtliche Einheit in dem Sinne bilden, dass sie miteinander stehen und fallen.⁸ Es genügt ein entsprechender Wille einer Vertragspartei, wenn der andere ihn erkennt und hinnimmt.⁹ Ein tatsächlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang ist nicht ausreichend; erforderlich ist vielmehr eine gegenseitige Abhängigkeit derart, dass die Vereinbarungen nur gemeinsam gelten sollen.¹⁰ Genügend ist aber auch eine einseitige Abhängigkeit des Grundstücksgeschäfts von den anderen Vereinbarungen.¹¹

- 8 Wird dagegen der Grundstückskaufvertrag unbedingt abgeschlossen und sollen die übrigen Vereinbarungen nur für den Fall der Grundstücksveräußerung gelten, so soll sich das **Beurkundungsbedürfnis** nicht auf die **Nebenvereinbarungen** erstrecken.¹² Letztlich hängt das Beurkundungserfordernis von der Vertragsgestaltung im Einzelfall ab; im Zweifel sollten alle Vereinbarungen notariell beurkundet werden, um der Rechtsfolge der jedenfalls vorübergehenden Nichtigkeit gem. § 311b Abs. 1 S. 2 BGB zu entgehen und nicht den gesamten Kaufvertrag von der Heilung durch grundbuchlichen Vollzug der Grundstücksübertragung abhängig zu machen.¹³

3. Forderungen

- 9 Gehören **Forderungen** zu den Assets, so werden diese gem. § 398 BGB durch übereinstimmende Erklärung an den Erwerber veräußert. Auch bei der Abtretung von Forderungen ist der **Bestimmtheitsgrundsatz** zu beachten; hiernach genügt für die Konkretisierung von Forderungen bereits deren bloße Bestimmbarkeit. Auch zukünftig noch entstehende Forderungen können veräußert werden.¹⁴ Ist der Forderungsbestand bereits zur Sicherheit an Dritte abgetreten (z.B. **verlängerter Eigentumsvorbehalt** von Lieferanten oder **Globalzession** zur Kreditbesicherung), sollte vertraglich klargestellt werden, dass die Rückübertragungsansprüche des Verkäufers gegen den Sicherungsnehmer an den Käufer veräußert und abgetreten werden.¹⁵

4. Vertragsverhältnisse

- 10 Bei fast jedem Asset Deal muss der Käufer in Vertragsverhältnisse des Verkäufers mit Dritten eintreten. Zu diesen Vertragsverhältnissen gehören typischerweise **Miet-, Pacht- und Leasingverträge, Verträge mit Lieferanten, Versicherungs- und Lizenzverträge** sowie **Dienst- und Arbeitsverträge**; für bestimmte Vertragsverhältnisse bestehen gesetzliche Überleitungsregelungen (vgl. § 613a BGB; §§ 566, 581 Nr. 2 BGB sowie § 69 VVG).
- 11 Das BGB regelt die Abtretung einzelner Forderungen und die Übernahme einzelner Schulden; nicht jedoch die rechtsgeschäftliche Übertragung eines Schuldverhältnisses im Ganzen. Rechtsprechung und Lehre haben daher den allgemein anerkannten

8 BGHZ 76, 48; 101, 396; BGH NJW 97, 252; NJW 2004, 3330.

9 BGHZ 76, 49; 78, 349.

10 BGHZ 50, 13; NJW 1984, 870; 1986, 1984.

11 RG 97, 222.

12 BGH NJW 2000, 951; 2001, 226; Maier-Reimer NJW 2004, 3741.

13 Näher zu den Formerfordernissen Rn. 180 ff.

14 Stiller BB 2002, 2619, 2623.

15 Münchener Vertragshandbuch/von Hoyenberg Bd. 2 S. 684.

Grundsatz herausgebildet, dass die rechtsgeschäftliche Übertragung eines ganzen Schuldverhältnisses zulässig ist.¹⁶ Die Vertragsübernahme bedarf als Verfügung über das Schuldverhältnis im Ganzen der **Zustimmung aller Beteiligten**, also auch der an dem Unternehmenskauf nicht beteiligten Dritten. Sie kann als dreiseitiger Vertrag abgeschlossen werden.¹⁷ Möglich und der Interessenlage in der Regel besser entsprechend ist ein Vertrag zwischen dem ausscheidenden Verkäufer und dem eintretenden Käufer unter Zustimmung des Dritten.¹⁸ Um nicht voreilig unnötige Unruhe im operativen Geschäft zu verursachen, empfiehlt es sich, dessen Zustimmung erst dann einzuholen, nachdem der Kaufvertrag unterzeichnet und wirksam geworden ist.¹⁹ In der Regel wird der Dritte mit dem Übergang des Vertragsverhältnisses durch den das Unternehmen fortführenden Käufer einverstanden sein. Ausnahmen bestätigen jedoch auch hier die Regel; so kann der Dritte insbesondere bei sensiblen Vertragsverhältnissen durchaus ein Interesse daran haben, den Verkäufer zumindest für eine Übergangszeit als weiteren Schuldner im Vertrag zu behalten, etwa dann, wenn der Käufer eine schlechtere Bonität aufweist als der Verkäufer; in derartigen Fällen muss der Käufer den Verkäufer im Innenverhältnis gegenüber Ansprüchen des Dritten freistellen, und der Verkäufer tut gut daran, sich diesen Freistellungsanspruch absichern zu lassen.

Vertragsverhältnisse, die beim Verkäufer verbleiben sollen, müssen als solche ausdrücklich erwähnt werden, es sei denn, dem Kaufvertrag im Übrigen ist eindeutig zu entnehmen, dass der Käufer jene Vertragsverhältnisse nicht übernimmt. Mitunter müssen hierfür einzelfallbezogene Lösungen erarbeitet werden. **12**

Auch kann es sich als geeignete Lösung anbieten, dass der Käufer solche Verträge zur weiteren Abwicklung bis zur frühestmöglichen Beendigung übernimmt und der ihm hieraus erwachsende Aufwand bei der Bemessung des Kaufpreises berücksichtigt wird.²⁰ **13**

5. Teilbetrieb

Auch der Teilbetrieb einer GmbH kann Kaufgegenstand sein; dies ist ein mit gewisser Selbstständigkeit ausgestatteter, organisatorisch geschlossener Teil des Gesamtbetriebes, der für sich allein lebensfähig ist.²¹ Wichtige **Kriterien** sind ein eigener Kundenkreis, eigene Betriebsmittel (insbesondere Anlagevermögen), der Einsatz eigenen Personals, ein eigener Rechnungskreis sowie eine selbstständige Preisgestaltung.²² Das zu übertragende Vermögen muss auch beim Erwerb eines Teilbetriebes bestimmt und zugeordnet werden. Die Übertragung muss nach den für die jeweiligen Gegenstände/Rechte geltenden gesetzlichen Anforderungen erfolgen. **14**

6. GmbH-Geschäftsanteile

Zu den Assets eines Unternehmens können auch Geschäftsanteile gehören, die der Verkäufer an einer GmbH hält. Dies ist z.B. der Fall, wenn ein Unternehmen einen Teilbetrieb veräußert, zu dem ein an einer Tochter-GmbH gehaltener Geschäftsanteil **15**

¹⁶ BGHZ NJW 1985, 2528.

¹⁷ BGH NJW 1986, 918.

¹⁸ Palandt/Grüneberg § 398 Rn. 42.

¹⁹ Stiller BB 2002, 2619, 2624.

²⁰ Münchener Vertragshandbuch/von Hoyenberg Bd. 2 S. 680 Anm. 40.

²¹ BFH BStBl II 1996, 409 f.

²² BFH BStBl II 1989, 376 f.

gehört. Der Unternehmenskauf stellt dann eine **Kombination von Asset und Share Deal** dar. Für die Übertragung des Geschäftsanteils gelten die nachstehenden Ausführungen zum Share Deal entsprechend.

- 16 Zu beachten ist, dass die Zugehörigkeit eines Geschäftsanteils zu den Kaufgegenständen – anders als bei Grundstücken – nicht zu einer **Beurkundungspflicht** für den gesamten Kaufvertrag führt. Vielmehr ist ausreichend, dass die Veräußerung des Geschäftsanteils gem. § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG beurkundet wird; gegebenenfalls kann das schuldrechtliche Geschäft in zeitlicher, organisatorischer und vertragsgestaltender Hinsicht so aufgebaut werden, dass es seinem gesamten Umfange nach durch die Heilungsfunktion des § 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG wirksam wird.

II. Unternehmenskauf im Wege des Beteiligungserwerbs – Share Deal

- 17 Beim Share Deal bilden den Kaufgegenstand die Geschäftsanteile des Verkäufers an der Ziel-GmbH. Diese können je nach Art der Beteiligung unterschiedlich ausgeprägt sein.

1. Vertragsgegenstand

- 18 Geschäftsanteile an der GmbH sind grundsätzlich frei veräußerbar (§ 15 Abs. 1 GmbHG). Jedoch bedarf die schuldrechtliche Verpflichtung zur Abtretung (§ 15 Abs. 4 GmbHG) aus Gründen der Beweiserleichterung und der Erschwerung des spekulativen Handels mit GmbH-Anteilen der **notariellen Beurkundung** (§§ 8 ff. BeurkG). Angebot und Annahme können getrennt beurkundet werden (§§ 128, 152 BGB). Ein ohne die notarielle Form getroffenes Verpflichtungsgeschäft wird durch den beurkundeten Abtretungsvertrag gültig (§ 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG).²³
- 19 Im Veräußerungsvertrag muss der Geschäftsanteil **hinreichend bestimmt** werden. Dies geschieht am besten durch Bezeichnung der Gesellschaft und des Gesellschafters sowie durch Angabe der (in der gem. §§ 8 Abs. 1 Nr. 3, 40 GmbHG zu erstellenden und ins Handelsregister aufzunehmenden Gesellschafterliste²⁴ gem. § 8 Abs. 1 S. 2 GmbHG zwingend enthaltenen) Nummer des Geschäftsanteils sowie zusätzlich seines Nennbetrags. Eine Angabe lediglich der quotenmäßigen Beteiligung am Stammkapital genügt dem **sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz** nicht.
- 20 Gehören dem Veräußerer mehrere Geschäftsanteile, so muss mit hinreichender Bestimmtheit erkennbar sein, welcher Geschäftsanteil auf den Erwerber übergehen soll. Hierzu muss auf die Nummer des Geschäftsanteils in der zuletzt ins Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste Bezug genommen werden.
- 21 Ist das Stammkapital der Ziel-GmbH in mehrere Geschäftsanteile unterteilt, behalten diese ihre **rechtliche Selbstständigkeit** (§ 15 Abs. 2 GmbHG), auch wenn sie von ein und demselben Käufer erworben werden. Deshalb muss jeder Geschäftsanteil im Kaufvertrag mit seinem jeweiligen Nennbetrag sowie seiner Nummer aus der Gesellschafterliste (§§ 8 Abs. 1 Nr. 3, 40 Abs. 1 GmbHG) aufgeführt werden. Eine konkrete Bezeichnung der Geschäftsanteile ist auch deshalb erforderlich, weil diese unterschiedliche Rechtsinhalte haben können, etwa wenn Stammeinlagen nicht vollständig erbracht wurden. Vor der Abtretung vorgenommene Veränderungen in Bezug auf den

²³ Hierzu ausführlich Rn. 170 ff.

²⁴ Ausführlich zur Gesellschafterliste unten Rn. 199 ff. und 7. Kap. Rn. 59 ff.

Vertragsgegenstand (Kapitalerhöhung, Teilung oder Zusammenlegung) müssen berücksichtigt werden, auch wenn sie im Handelsregister noch nicht eingetragen sind (vgl. § 54 Abs. 3 GmbHG). Falls erforderlich, ist der Vertragsgegenstand durch **Auslegung** zu bestimmen.²⁵

Zulässig ist auch die Verpflichtung zur **Übertragung künftig entstehender Geschäftsanteile**, wenn diese mit der Eintragung einer gegründeten GmbH (Vor-GmbH) oder einer beschlossenen Kapitalerhöhung im Handelsregister entstehen.²⁶ Die Abtretung wird erst mit der Eintragung der GmbH in das Handelsregister wirksam. Für den Unternehmenskauf bei der GmbH ist dies häufig relevant, wenn Umwandlungs- oder Einbringungsvorgänge dem Kauf vorgeschaltet sind, etwa dann, wenn der Verkäufer seine zum Verkauf stehenden Aktivitäten in eine GmbH ausgliedert, um sodann die Geschäftsanteile an dieser GmbH zu verkaufen. Unter der aufschiebenden Bedingung der Entstehung des Geschäftsanteils ist auch dessen gleichzeitige Abtretung möglich, sofern der Geschäftsanteil bereits bestimmbar ist.²⁷ Beim Gesellschafterwechsel im Gründungsstadium der Vor-GmbH ist zusätzlich ein einstimmiger Gesellschafterbeschluss notwendig, mit dem die Gründungssatzung geändert wird.²⁸ Die Übertragung und Satzungsänderung bedürfen der notariellen Beurkundung (§§ 15, 52 GmbHG).

1.1 Stückelung der Geschäftsanteile

GmbH-Geschäftsanteile müssen auf **volle Euro** lauten (§ 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG). Diese Stückelung erlaubt auch bei geringem Stammkapital kleinteilige Beteiligungsverhältnisse. **23**

Jeder Gesellschafter kann bei Gründung der GmbH mehrere Geschäftsanteile übernehmen (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 4),²⁹ deren Höhe unterschiedlich bestimmt werden kann. Hilfreich ist das in der Regel nicht; vielmehr sollten in diesem Fall mehrere Geschäftsanteile zu einem Euro von dem Gesellschafter übernommen werden. Auch im Rahmen der Sachkapitalerhöhung (z.B. bei der Einbringung eines Unternehmens/Teilbetriebes)³⁰ kann der Einbringende problemlos mehrere neu geschaffene Geschäftsanteile übernehmen. Dagegen wird angeführt, dass § 55 Abs. 4 GmbHG nur auf die Bestimmungen über die *Nennbeträge* der Geschäftsanteile auf § 5 Abs. 2 GmbHG verweise. Dies beziehe sich nicht auf § 5 Abs. 2 S. 2 GmbHG, der die *Anzahl* der Geschäftsanteile bei Gründung thematisiert.³¹ Ich halte dies für eine überflüssige Förmelerei. **24**

1.2 Verkauf von Teilgeschäftsanteilen/Zusammenlegung von Geschäftsanteilen

Sind mehrere Erwerber beteiligt, kann eine **Teilung** des bzw. der zu übertragenden Geschäftsanteile nötig werden.³² Hierdurch verteilen sich die Rechte und Pflichten aus dem ursprünglichen Anteil proportional auf die neu gebildeten Anteile. Sollen **25**

25 BGH DB 1987, 1135.

26 BGH ZIP 1999, 925; NJW 1995, 128 f.

27 Roth/Altmeppen § 15 Rn. 17.

28 Roth/Altmeppen § 11 Rn. 63.

29 Bei der Verwendung eines Musterprotokolls gem. § 2 Abs. 1a GmbHG ist die Übernahme mehrerer Anteile verboten, da im Muster nur die Übernahme eines Anteils pro Gesellschafter vorgesehen ist.

30 Roth/Altmeppen § 55 Rn. 34; zur Einbringung eines Unternehmens im Wege der Sachgründung oder -erhöhung vgl. 6. Kap. Rn. 47 ff.

31 Meister NZG 2008, 767, 769.

32 Zur Teilung und Teilveräußerung von Geschäftsanteilen: Irriger/Münstermann GmbH 2010, 617 ff.

GmbH-Anteile zum Zwecke der Veräußerung geteilt oder zusammengelegt werden, entscheiden gem. § 46 Nr. 4 GmbHG die Gesellschafter darüber, ob und welche Teilung oder **Zusammenlegung** sie zulassen wollen. Fehlt ein **Gesellschafterbeschluss** oder ist dieser unwirksam, liegt keine wirksame Teilung vor, so dass auch keine entsprechenden Teilgeschäftsanteile entstanden sind.³³ Wird der Erwerber eines nicht entstandenen Teilgeschäftsanteils als Gesellschafter in die Gesellschafterliste eingetragen, kann er in der Gesellschafterversammlung Rechte als Scheingesellschafter ausüben. Da nur der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis durch § 16 Abs. 3 GmbHG geschützt ist, können nichtexistente Geschäftsanteile nicht gutgläubig erworben werden. Deshalb ist die Prüfung der Teilung unerlässlich.

- 26 Soweit die Satzung nichts anderes vorsieht, entscheiden die Gesellschafter durch Beschluss mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Dieser kann formfrei gefasst werden. Weil die Geschäftsführer unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine von ihnen unterschriebene aktualisierte Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen haben (§ 40 GmbHG), sollten die Beschlüsse schriftlich gefasst werden. Denn Änderungen der Gesellschafterliste erfolgen nur auf Nachweis (§ 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG). Gleiches gilt, wenn es keines Gesellschafterbeschlusses bedarf. Dann ist die Teilung durch schriftliche Erklärung des teilenden bzw. zusammenlegenden Gesellschafters zu dokumentieren.

2. Vinkulierungsklauseln³⁴

- 27 Durch den Gesellschaftsvertrag kann die Abtretung der Geschäftsanteile an weitere Voraussetzungen geknüpft, insbesondere von der Zustimmung (§ 182 BGB) der Gesellschaft oder anderen Abtretungserfordernissen (z.B. Vorkaufsrechten von Mitgesellschaftern) abhängig oder deren Veräußerbarkeit sogar gänzlich ausgeschlossen sein (§ 15 Abs. 5 GmbHG).³⁵
- 28 Solche Vinkulierungsklauseln betreffen nur die Abtretung und lassen das obligatorische Grundgeschäft unberührt. Sie sind Ausdruck der Personenbezogenheit der GmbH: Will ein Gesellschafter die Gesellschaft verlassen, so können die verbleibenden Gesellschafter den Nachfolger mitbestimmen.
- 29 Abtretungsbeschränkungen kommen insbesondere vor in Form von
- Genehmigungsvorbehalten (für die Gesellschaft, deren Organe oder einzelne Gesellschafter);
 - besonderen Anforderungen an den Erwerber;
 - Vorkaufsrechten.
- 30 Zustimmungserfordernisse können dazu führen, dass ein veräußerungswilliger Gesellschafter an die Gesellschaft gebunden bleibt. Diese hat zwar i.d.R. ein Interesse daran, dem Gesellschafter ein Ausscheiden zu ermöglichen, möchte aber zugleich Einfluss auf die Auswahl des neuen Gesellschafters haben.

33 Witte/Rousseau GmbHR 2010, R 65; Scholz/Schmidt § 46 Rn. 66; BGH ZIP 2005, 1824 zur Rechtslage vor dem MoMiG.

34 Vgl. ausführlich zu Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Vinkulierungsklauseln 7. Kap. Rn. 53 f.

35 RGZ 80, 175, 179; Hachenburg/Zutt § 15 Rn. 4; Roth/Altimeppen § 15 Rn. 94 f.

Bestehen Veräußerungsbeschränkungen, so ist der Verkäufer gut beraten, mit seinen Mit-Gesellschaftern vor dem Verkauf seiner Beteiligung **Einvernehmen** herbeizuführen. Nur in Ausnahmefällen kann versucht werden, deren Zustimmung durch geeignete **vertragliche Konstruktionen** zu **ersetzen**. So kann der Verkäufer mit dem Käufer vereinbaren, dass er den Geschäftsanteil zukünftig im Rahmen einer Unterbeteiligung für dessen Rechnung hält. Denkbar ist auch, den Geschäftsanteil zunächst mit der erforderlichen Zustimmung auf ein mit dem Gesellschafter verbundenes Unternehmen zu übertragen und anschließend die Geschäftsanteile an diesem verbundenen Unternehmen zu veräußern, wodurch der Käufer mittelbarer Gesellschafter der Ziel-GmbH wird. Bei **offensichtlichem Missbrauch** können beide Varianten jedoch gegen § 15 Abs. 5 GmbHG verstoßen,³⁶ andernfalls begegnen sie keinen Bedenken.³⁷

3. Gesellschafterliste und Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs³⁸

Gem. § 16 Abs. 1 GmbHG gilt der Gesellschaft gegenüber nur derjenige als Gesellschafter, der in der im Handelsregister aufgenommenen **Gesellschafterliste** eingetragen ist.³⁹ Diese ist in das Handelsregister aufgenommen, wenn sie in den für das entsprechende Registerblatt bestimmten Registerordner (§ 9 Abs. 1 HRV) eingestellt ist. Die Liste ist durchgehend zu nummerieren; hierdurch werden die Anteilsverhältnisse transparent. Eintragung und Aufnahme der Liste in das Handelsregister sind für den Erwerb des Geschäftsanteils keine Wirksamkeitsvoraussetzung. Vielmehr ist die Wirksamkeit der Übertragung unabhängig von der Eintragung in die Gesellschafterliste. Mit der Aufnahme der aktualisierten Gesellschafterliste im Handelsregister tritt der Erwerber jedoch mit **Wirkung gegenüber der Gesellschaft** in die Gesellschafterstellung ein (§ 16 Abs. 2 GmbHG). Ab diesem Zeitpunkt verfügt er nicht nur über sämtliche Mitgliedschaftsrechte, sondern schuldet auch die zukünftig fällig werdenden Gesellschafterleistungen. Ohne Eintragung und Aufnahme der Liste in das Handelsregister kann der Gesellschafter keine Mitgliedschaftsrechte ausüben, da ihm gegenüber der Gesellschaft erst mit Aufnahme der entsprechend geänderten Gesellschafterliste in das Handelsregister die Gesellschafterstellung zukommt.

Beim GmbH-Unternehmenskauf lässt sich der Käufer im Rahmen seiner Due Dilligence die Berechtigung des Verkäufers an dessen zum Verkauf stehenden Geschäftsanteilen an der Ziel-GmbH nachweisen. In der Regel kann der Verkäufer belegen, dass er entweder **Gründungsgesellschafter** der Ziel-GmbH ist und die Geschäftsanteile seitdem **ununterbrochen besessen** hat oder dass er diese von einem Berechtigten erworben hat, der seinerseits die Berechtigung seiner Vorgänger im Eigentum an den Geschäftsanteilen nachweisen konnte. Gleichwohl kann der Käufer einen **Zwischenverkauf** durch einen Vorgänger im Eigentum der Geschäftsanteile nicht ausschließen, so dass er letztlich darauf vertrauen muss, dass die Garantie des Verkäufers für seine Berechtigung an den Geschäftsanteilen zutreffend ist.

Eine weitere Absicherung des Käufers kann die Möglichkeit des **gutgläubigen Erwerbs der Geschäftsanteile gem. § 16 Abs. 3 GmbHG**⁴⁰ darstellen. Mit Aufnahme

³⁶ Roth/Altmeyen § 15 Rn. 113.

³⁷ Lutter/Grundwald AG 1989, 409; Kowalski GmbHR 1992, 347 m.w.N.

³⁸ Vgl. hierzu auch Rn. 199 f.

³⁹ Zu Voraussetzungen und Wirkung der Eintragung in das Handelsregister vgl. ausführlich auch 7. Kap. Rn. 59 ff.

⁴⁰ Hierzu ausführlich Rotthege Kap. D, Rn. 82 ff.

der Gesellschafterliste im Handelsregister ist der in der Liste eingetragene Gesellschafter/Verkäufer nämlich nicht nur gegenüber der Gesellschaft legitimiert, sondern genießt auch Vertrauensschutz gegenüber Dritten. Gem. § 16 Abs. 3 S. 1 GmbHG ist der gute Glaube an die Verfügungsberechtigung basierend auf der Eintragung in der im Handelsregister aufgenommenen Liste geschützt. Der Käufer darf somit darauf vertrauen, dass der in der Gesellschafterliste bezeichnete Verkäufer auch der wirkliche Rechtsinhaber des Geschäftsanteils ist, falls er in der Gesellschafterliste für mindestens drei Jahre seit Aufnahme der Liste in das Handelsregister als Inhaber des Geschäftsanteils verzeichnet ist.

- 35 Ein gutgläubiger Erwerb ist jedoch **ausgeschlossen**, wenn die Eintragung weniger als drei Jahre unrichtig ist und diese Unrichtigkeit dem wahren Berechtigten nicht zuzurechnen ist (§ 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG). Ein gutgläubiger Erwerb ist schließlich auch dann nicht möglich, wenn dem Erwerber die mangelnde Berechtigung bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist oder wenn der Liste ein Widerspruch zugeordnet ist (§ 16 Abs. 3 S. 3 GmbHG). Dieser ist über das elektronische Handelsregister online einsehbar und zerstört die Gutglaubenswirkung, allerdings nicht die relative Gesellschafterstellung nach § 16 Abs. 1 GmbHG. Der Widerspruch beseitigt auch nicht die Möglichkeit des tatsächlich Berechtigten, seinen Anteil wirksam zu veräußern.
- 36 Daraus folgt, dass der Käufer eines Geschäftsanteils in der Zeit zwischen Unterzeichnung des Kaufvertrages und Wirksamwerden der Anteilsübertragung **vor Zwischenverfügungen des Verkäufers nicht geschützt** ist. Ein möglicher Zweiterwerber kann auf die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste vertrauen, in der unverändert der Veräußerer als Inhaber des Geschäftsanteils eingetragen ist, da der Ersterwerb häufig mangels Bedingungeintritts noch nicht wirksam geworden ist. Ein Zweiterwerber könnte somit zwischenzeitlich den betreffenden Geschäftsanteil gutgläubig erwerben (§§ 161 Abs. 3 BGB; 16 Abs. 3 GmbHG). Zur Vermeidung dieses Risikos sollten Käufer und Verkäufer in Fällen, in denen sich die Einreichung der neuen Gesellschafterliste zum Handelsregister wegen einer aufschiebenden Bedingung verzögert, einen **Widerspruch gegen die Gesellschafterliste** veranlassen:⁴¹

Muster

- 37 Der Veräußerer bewilligt und der Erwerber beantragt, der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste einen Widerspruch zuzuordnen. Zug um Zug mit der Aufnahme der neuen Gesellschafterliste mit der Bescheinigung des Notars soll der Widerspruch wieder gelöscht werden. Die Löschung wird bereits heute bewilligt und beantragt.

4. Rechte an Geschäftsanteilen

- 38 Rechte an Geschäftsanteilen gehen mit diesen auf den Erwerber über. Sind dem Verkäufer mittels der Satzung der Ziel-GmbH **Sonderrechte** eingeräumt, so ist zu entscheiden, ob diese mit dem zu übertragenden Geschäftsanteil auf den Erwerber übergehen oder ob es sich um **höchstpersönliche Rechte** des veräußernden Gesellschafters handelt. **Mehrstimmrechte** oder **Vorzugsgewinnrechte** sind im Zweifel mit dem Ge-

41 *Wachter GmbHR Sonderheft Oktober 2008*, 51, 61.

schäftsanteil verbunden, während Geschäftsführungsrechte höchstpersönliche Rechte sind.⁴² Solche höchstpersönlichen Rechte des Verkäufers gehen mit dem Übergang des Geschäftsanteils auf den Käufer unter. Auf den Käufer können sie nur mittels entsprechender Satzungsänderung übertragen werden.

Gewinnbezugsrechte sind die mit dem Geschäftsanteil als Bestandteil der Mitgliedschaft verbundenen Rechte auf Anteil am Gewinn der GmbH. Als Stammrechte (Nebenrechte) sind sie nicht gesondert abtretbar, sondern gehen mit dem abgetretenen Geschäftsanteil auf den Käufer über.⁴³ Die daraus erwachsenden konkreten **Ansprüche auf vermögenswerte Leistungen**, insbesondere auf Auszahlung des anteiligen Gewinns, haben als Gläubigerrechte schuldrechtlichen Charakter. Sie können frei – auch formfrei – abgetreten werden.

Gem. § 101 Nr. 2 BGB steht der bis zum vereinbarten Übergangsstichtag erwirtschaftete und noch nicht ausgeschüttete Gewinn dem Verkäufer zu. Dies gilt auch für vorangegangene Geschäftsjahre, für die noch keine **Gewinnausschüttung** erfolgt ist.⁴⁴ Daher ist der Käufer grundsätzlich verpflichtet, den bis zum Stichtag auf die erworbenen Geschäftsanteile entfallenden Jahresgewinn an den Verkäufer abzuführen. Fällt der Stichtag nicht auf das Ende des Geschäftsjahres, so steht der Gewinn zeitanteilig dem Verkäufer zu. Eine solch statische Zuteilung des Gewinns berücksichtigt die Erfolgsbeiträge von Verkäufer und Käufer nicht immer in ausreichendem Maße. In der Regel will der Verkäufer nicht vom Erfolg der neuen Geschäftsführung des Käufers abhängen; umgekehrt legt der Käufer Wert darauf, dass ihm sein Erfolg allein zukommt.

Wollen Käufer und Verkäufer den Gewinn sauber voneinander abgrenzen, so ist ein **Zwischenabschluss auf den Übergangsstichtag** zu fertigen. Da dieser in der Regel mit hohem administrativen und zeitlichem Aufwand sowie Kosten verbunden ist, einigen sich die Kaufvertragsparteien häufig auf ein anderes weniger aufwendiges Procedere zur Gewinnabgrenzung. Je nach Einzelfall kann folgendes vereinbart werden.⁴⁵

- Der Verkäufer veranlasst vor dem Übergangsstichtag eine Vorabausschüttung auf den erwarteten Gewinn des laufenden Geschäftsjahres, die nach dessen Ende mit dem tatsächlich auf den Verkäufer entfallenden Gewinn verrechnet wird. Überschreitet die Vorabausschüttung den tatsächlich ausschüttungsfähigen Gewinn, kann jedoch ein Verstoß gegen § 30 GmbHG vorliegen. Dies kann einen Rückzahlungsanspruch gem. § 31 GmbHG auslösen.
- Der Käufer tritt den (zeitanteiligen) künftigen Anspruch auf den auszuschüttenden Gewinn an den Verkäufer ab. Diese antizipierte Abtretung steht zwingend unter der Bedingung, dass auch ein entsprechender Gewinnausschüttungsbeschluss von der Gesellschafterversammlung gefasst wird. Sie ist zulässig, da der Gewinnanspruch zum Zeitpunkt der Abtretung zwar noch nicht rechtlich existent, aber dennoch hinreichend bestimmbar ist.

42 Münchener Vertragshandbuch/von Hoyenberg Bd. 2 S. 733 Anm. 57.

43 Baumbach/Hueck/Fastrich § 14 Rn. 20.

44 Die Klausel „jeder Erwerber ist ab dem 1.1.1997 mit dem erworbenen Geschäftsanteil am Gewinn und Verlust der Gesellschaft beteiligt“ hat der BGH dahingehend verstanden, dass sich der Verkäufer sein Gewinnbezugsrecht hinsichtlich der Gewinne vorbehalten hat, die vor dem Geschäftsjahr 1997 entstanden sind, *BGH NZG* 2004, 912.

45 Vgl. *Mildner NZG* 2004, 1025 f.; *Holzapfel/Pöllath Rn.* 390.

5. Geschäftsführerverträge

- 42 Bei Übernahme aller Geschäftsanteile durch den Käufer wird häufig die Geschäftsführung ausgewechselt. Doch dies ist keinesfalls die Regel. Insbesondere dann, wenn die GmbH von Fremdgeschäftsführern gemanagt wird, legt der Käufer großen Wert darauf, eine bewährte Geschäftsführung beizubehalten und längerfristig neu zu verpflichten. Ähnliche Interessenkonstellationen sind anzutreffen, wenn der Verkäufer erfolgreich gewirtschaftet hat und der Käufer ihn zumindest übergangsweise weiterhin mit der Geschäftsführung betrauen will. In all diesen Fällen muss insbesondere die zukünftige Vergütung der Geschäftsführer geklärt werden.
- 43 Will der Käufer sich von der bisherigen Geschäftsführung trennen, so muss auch dieses bei den Verhandlungen frühzeitig angesprochen werden. Denn die Trennung kann teuer werden, wenn ein Geschäftsführer-Anstellungsvertrag noch eine längere Laufzeit hat. Die dann fällig werdende Abfindung geht zumeist zu Lasten der Kaufpreiserwartung des Verkäufers.⁴⁶

III. GmbH im Konzern

- 44 Ist Zielgesellschaft des Unternehmenskaufs eine GmbH im Konzern des Verkäufers, so sind die konzernrechtlichen Bestimmungen zu beachten. Zumeist geht es darum, den Konzernverbund mit den sich ergebenden Rechtsfolgen zu beenden.⁴⁷ Umgekehrt kann es aber auch das Ziel des Käufers sein, die Ziel-GmbH in seinen Konzern einzugliedern und eine **Organschaft** mit ihr zu begründen.
- 45 Die Organschaft ist ein **steuerliches Rechtsinstitut**. Sie führt dazu, dass die abhängige Gesellschaft trotz ihrer rechtlichen Selbstständigkeit für Zwecke der Umsatz-, Gewerbe- und Körperschaftsteuer als Teil des Organträgers angesehen wird. Damit wird für die Umsatzsteuer erreicht, dass Leistungen innerhalb des Organkreises als »Innenumsätze« steuerlich außer Betracht bleiben, während bei der Körperschaft- und Gewerbesteuer Gewinne und Verluste der beteiligten Unternehmen verrechnet werden können⁴⁸ und nur der sich hieraus ergebende Saldo zu versteuern (Gewinn) oder als Verlust vorzutragen ist. Der Käufer einer konzernverbundenen Ziel-GmbH muss daher genauestens prüfen, ob und zu welchem Zeitpunkt der Konzernverbund aufgehoben werden kann und welche Folgen dies für die Ziel-GmbH hat. Dies gilt erst recht, wenn an dieser Minderheitsgesellschaft beteiligt sind.
- 46 Die ertragsteuerliche Organschaft setzt voraus, dass ein abhängiges Unternehmen (Organgesellschaft) finanziell in ein herrschendes Unternehmen (Organträger) eingliedert wird (§ 14 KStG).
- 47 Die **finanzielle Eingliederung** der Organ-GmbH erfordert, dass der Organträger an ihr vom Beginn ihres Wirtschaftsjahres an ununterbrochen so beteiligt ist, dass er **mehr als 50 % der Stimmrechte** besitzt. Diese Beteiligung kann unmittelbar oder mittelbar gehalten werden (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 KStG). Im Übrigen wird auf die ausführlichen Erläuterungen im 8. Kapitel verwiesen.

46 Holzapfel/Pöllath Rn. 400 f.

47 Hierzu ausführlich *Rotthege* Kap. P.

48 Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts/*Wrede* Bd. 3 § 72 Rn. 1.

Das **GmbH-Konzernrecht** ist von Rechtsprechung und Literatur in Anlehnung an die konzernrechtlichen Bestimmungen des Aktienrechts entwickelt worden. Regelungen für den GmbH-Konzern fehlen; dementsprechend werden die rechtsformneutral ausgestalteten allgemeinen Begriffsbestimmungen der §§ 15 f. AktG auf die GmbH analog angewendet.⁴⁹

- **Unternehmen** im konzernrechtlichen Sinne ist, wer wirtschaftliche Interessen auch außerhalb seiner (maßgeblichen) Beteiligung an der Gesellschaft verfolgt,⁵⁰ indem er auf eine weitere Gesellschaft Einfluss ausübt,⁵¹ ein Einzelunternehmen betreibt⁵² oder einer freiberuflichen Tätigkeit nachgeht.⁵³ Auch eine natürliche Person kann Unternehmen im konzernrechtlichen Sinne sein, wenn sie ihre wirtschaftlichen Interessen in mehreren Unternehmen maßgeblich verfolgen kann.⁵⁴
- Kann ein Unternehmen auf ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben, so ist es **herrschend** und das andere von ihm **abhängig** (§ 17 Abs. 1 AktG). Die Möglichkeit zur Ausübung beherrschenden Einflusses muss grundsätzlich gesellschaftsrechtlich vermittelt sein.⁵⁵ Gem. § 17 Abs. 2 AktG wird von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen vermutet, dass es von seinem Mehrheitsgesellschafter abhängig ist. Diese Abhängigkeit kann auch auf **Mehrstimmrechten** beruhen.⁵⁶
- Ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen bilden einen Konzern, wenn sie unter der **einheitlichen Leitung** des herrschenden Unternehmens zusammengefasst sind (§ 18 Abs. 1 S. 1 AktG). Unternehmen, zwischen denen ein **Beherrschungsvertrag** (§ 291 AktG) besteht oder von denen das eine in das andere eingegliedert ist (§ 319 AktG), sind als unter einheitlicher Leitung zusammengefasst anzusehen (§ 18 Abs. 1 S. 2 AktG). Von einem abhängigen Unternehmen wird vermutet, dass es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet (§ 18 Abs. 1 S. 3 AktG).
- Sind rechtlich selbstständige Unternehmen, ohne dass das eine von dem anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern und die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen (§ 18 Abs. 2 AktG).

Zu unterscheiden ist zwischen dem **Vertragskonzern** und dem **faktischen Konzern**.⁴⁹ Während beim Vertragskonzern die einheitliche Leitung auf vertraglicher Grundlage beruht, ergibt sich diese beim faktischen Konzern aus den tatsächlichen Umständen.

1. Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag⁵⁷

Mit dem **Beherrschungsvertrag** unterstellt die GmbH die Leitung ihrer Geschäfte einem anderen Unternehmen, das dadurch das Recht erhält, der Geschäftsführung direkt Weisungen zu erteilen (§ 291 Abs. 1 S. 1 AktG). Bei der GmbH wird der Beherr-

49 BGHZ 80, 69, 72; 107, 7; 115, 187; 122, 123; *Emmerich/Habersack* Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Einl. Rn. 20.

50 *Hachenburg/Ulmer* Anh. § 77 Rn. 20; *Emmerich/Habersack* Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 15 Rn. 10.

51 BGH WM 1994, 203, 204.

52 BGHZ 95, 330, 337.

53 BGH ZIP 1994, 1690, 1692.

54 BGH DB 1994, 370; ZIP 1994, 1690; ZIP 1995, 733; ZIP 1996, 637; WiB 1997, 412; NJW 2001, 2973, 2974; NJW 2001, 370.

55 BGHZ 90, 381.

56 *Lutter/Hommelhoff* Anh. § 13 Rn. 7.

57 Zur Kündigung bei Anteilsveräußerung s. *Janssen* GmbHR 2000, 221; zu Besonderheiten bei Familiengesellschaften s. ausführlich *Noack* in *Hennerkes/Kirchdörfer* § 6, S. 162, 163 f.

schungsvertrag regelmäßig in Kombination mit einem **Gewinnabführungsvertrag** geschlossen. Beide Organisationsverträge begründen die **körperschaftsteuerliche Organschaft** mit dem Ziel der Verrechnung von Gewinnen und Verlusten im Organkreis (§§ 14, 17 KStG).

- 51** Die **Organschaft** verlangt die finanzielle, organisatorische und wirtschaftliche Eingliederung der GmbH (Organ) in den **Organträger**. Der Beherrschungsvertrag bekundet aus steuerrechtlicher Sicht die unwiderlegbare Vermutung für die organisatorische Eingliederung (§§ 14 Abs. 1 S.1 Nr.2, 17 KStG). In der GmbH ist der Beherrschungsvertrag jedoch steuerrechtlich nicht so bedeutend, da er keine zwingende Voraussetzung für die organisatorische Eingliederung ist. Denn in der beherrschten GmbH, die in der Praxis **zumeist nur einen Gesellschafter** hat, ist eine vom Willen ihres Gesellschafters abweichende Willensbildung von vornherein nicht denkbar, so dass es des Beherrschungsvertrages hier nicht bedarf.⁵⁸ Bei einer GmbH werden daher oftmals nur Gewinnabführungsverträge für die Dauer von **mindestens fünf Jahren** abgeschlossen, auf die es für die Erreichung der steuerlichen Ziele entscheidend ankommt.⁵⁹
- 52** Durch den **Gewinnabführungsvertrag** verpflichtet sich die GmbH,⁶⁰ ihren ganzen Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen (§ 291 Abs. 1 S.1 AktG). Dementsprechend weist ihre Bilanz keinen Gewinn mehr aus. Vielmehr wird dieser unmittelbar durch die zeitgleich entstehende Abführungsforderung der herrschenden Gesellschaft kompensiert. Entsprechendes gilt für Verluste. Gewinn und Verlust einer abhängigen GmbH entstehen nur noch als **Rechnungsposten**.⁶¹

2. Zustandekommen

- 53** Der Abschluss eines Unternehmensvertrages ist ein Akt der Vertretung und damit Sache der Geschäftsführung. Er gehört jedoch zu den **Grundlagengeschäften**, so dass er der Zustimmung der Gesellschafterversammlungen bedarf.⁶² Das gilt auch für einen Unternehmensvertrag, der zwischen einer GmbH und ihrem alleinigen Gesellschafter als herrschendem Unternehmen abgeschlossen wird.⁶³
- 54** Streitig sind die **Mehrheitserfordernisse in der abhängigen GmbH**.⁶⁴ Während überwiegend ein einstimmiger Beschluss verlangt wird,⁶⁵ lässt die Gegenansicht die satzungändernde ¾-Mehrheit genügen.⁶⁶ Bei der Abstimmung über den Abschluss eines Unternehmensvertrages ist das herrschende Unternehmen (entgegen § 47 Abs. 4 S.2 GmbHG) stimmberechtigt, da Unternehmensverträge als gesellschaftsrechtliche Organisationsverträge – ähnlich wie Satzungsänderungen – stets Angelegenheit aller Gesellschafter sind.⁶⁷

58 Vgl. *Roth/Altmeyen GmbHG Anh.* § 13 Rn. 16 m.w.N.

59 § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 KStG; Einzelheiten bei *Knobbe-Keuk Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht*, 9. Auflage 1993, § 20, II; *Rowedder/Koppensteiner Anh.* nach § 52 Rn. 7, 25.

60 Zur Konzerneinbindung einer UG (haftungsbeschränkt) durch Gewinnabführungsverträge *Rubel GmbHR* 2010, 470 f.

61 *Lutter/Hommelhoff Anh.* § 13 Rn. 33.

62 *BGHZ* 105, 324, 330; *BGH NJW* 1992, 1452; für Verzicht auf das Beschlusserfordernis: *Bitter ZIP* 2001, 265, 275 f.

63 Vgl. *Henze Rn.* 1413.

64 Vgl. die ausführliche Darstellung von *Koerfer/Selzner GmbHR* 1997, 285 f.

65 *Hachenburg/Ulmer* § 53 Rn. 145; *Roth/Altmeyen Anh.* § 13 Rn. 37; *Scholz/Emmerich Anh.* § 13 Rn. 201 f.

66 *Lutter/Hommelhoff Anh.* § 13 Rn. 38.

67 H.M., vgl. die Nachweise bei *BGHZ* 105, 324, 332; *Rowedder/Koppensteiner Anh.* § 52 Rn. 55; *Lutter/Hommelhoff Anh.* § 13 Rn. 36.

Unternehmensverträge bedürfen der **Schriftform**; der Zustimmungsbeschluss der 55
Gesellschafterversammlung muss notariell beurkundet werden.⁶⁸

Entsprechend §§ 54 Abs. 1, 10 Abs. 1 GmbHG sind anzumelden und in das **Handelsre-** 56
gister des Sitzes der beherrschten GmbH einzutragen.⁶⁹

- Abschluss, Abschlussdatum und Art des Unternehmensvertrages,
- Name des herrschenden Unternehmens,
- der Zustimmungsbeschluss und das Datum der Beschlussfassung der Gesellschaf-
terversammlung der abhängigen GmbH.

In der **herrschenden GmbH** genügt es, wenn die Gesellschafter dem Unternehmens- 57
vertrag mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der abgegebenen Stimmen zustimmen (§ 293 Abs. 2 S. 2, Abs. 1
S. 2 AktG analog,⁷⁰ §§ 47 Abs. 1, 53 Abs. 2, 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG).⁷¹ Dieser Beschluss
bedarf nicht der notariellen Beurkundung.⁷² Ob er in das Handelsregister der herr-
schenden Gesellschaft einzutragen ist, ist streitig, aber wohl zu verneinen.⁷³

3. Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen des Abschlusses von Unternehmensverträgen ergeben sich insbe- 58
sondere hinsichtlich des Weisungsrechtes des Konzernherrn und der diesem im
Gegenzug obliegenden finanziellen Verpflichtungen.

Das **Weisungsrecht der GmbH-Gesellschafter** geht auf das herrschende Unternehmen 59
über (§ 308 AktG analog). Insoweit verliert die Gesellschafterversammlung der abhän-
gigen GmbH ihre Geschäftsführungskompetenzen.⁷⁴ Entscheidungskompetenzen
außerhalb der Geschäftsleitungsbefugnis bleiben ihr jedoch erhalten (z.B. Satzungs-
oder Kapitaländerungen, Zustimmung zu Unternehmensverträgen, Bestellung und
Abberufung von Geschäftsführern). Weisungen dürfen für die abhängige GmbH grund-
sätzlich auch nachteilig sein (§ 308 Abs. 1 S. 2 AktG analog), sofern sie im Konzerninter-
resse (§ 308 Abs. 1 S. 2 AktG) liegen.⁷⁵ **Existenzgefährdende Weisungen** sind aber nach
herrschender Meinung per se unzulässig, auch wenn sie im Konzerninteresse liegen.⁷⁶

Im Zentrum des Gläubigerschutzes steht die **Verlustausgleichspflicht** während der 60
Dauer des Vertrages analog § 302 AktG.⁷⁷

Der Anspruch entsteht bereits am Bilanzstichtag, nicht erst mit der Feststellung der
Bilanz.⁷⁸

68 BGHZ 105, 324; BGH NJW 1992, 1542 m.w.N.; a.A. Flume DB 1989, 665; krit. Altmeyen DB 1994, 1273f.

69 BGH GmbHR 2002, 62; vgl. Henze Rn. 1416.

70 BGHZ 105, 324, 333 f.

71 BGHZ 105, 324, 336.

72 BGHZ 105, 324, 336; Altmeyen DB 1994, 1273; Baumbach/Hueck SchlAnhKonzernR Rn. 57; a.A. Heckschen DB 1989, 29 f.

73 Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 293 Rn. 46; Altmeyen DB 1994, 1273.

74 Vgl. Zöllner ZGR 1992, 173, 177 f.; Rowedder/Koppensteiner Anh. § 52, Rn. 108.

75 Roth/Altmeyen Anh. § 13 Rn. 57.

76 OLG Düsseldorf AG 1990, 490, 492; Hachenburg/Ulmer Anh. § 77 Rn. 218; Rowedder/Koppensteiner Anh. § 52 Rn. 109; ausführlich Kölner Komm. AktG/Koppensteiner § 308 Rn. 32 f.; Münchener Hand-
buch des Gesellschaftsrechts/Decher Bd. 4 § 70 Rn. 24 jeweils m.w.N.

77 BGHZ 95, 330, 345 f.; 116, 37, 39; Baumbach/Hueck SchlAnhKonzernR Rn. 67 und 109 f.; Hachen-
burg/Ulmer § 77 Rn. 208 f.; Rowedder/Koppensteiner Anh. § 112 Rn. 82.

78 BGH BB 1999, 2524 mit Anm. Riegger/Beinert; WuB 2000, 457 f. mit Anm. Hennrichs; LG Bochum
GmbHR 1987, 24, 26; Hüffer § 302 Rn. 15; Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH-Konzernrecht,
§ 302 Rn. 40 m.w.N.

4. Änderung und Beendigung

- 61** Bei der **Änderung** des Unternehmensvertrages sind die Formerfordernisse wie bei dessen Abschluss einzuhalten. Als Änderung ist auch der Beitritt eines weiteren herrschenden Unternehmens zum Vertrag anzusehen.⁷⁹ Die Änderung setzt zu ihrer Gültigkeit die Eintragung im Handelsregister voraus (§§ 295 Abs. 1 S. 2, 294); andere Meinungen ziehen § 54 GmbHG analog heran.⁸⁰
- 62** Beim Unternehmenskauf steht zumeist die **Beendigung** eines bestehenden Unternehmensvertrages im Raum; sie kann erfolgen durch:⁸¹
- Ablauf der vertraglich vorgesehenen Zeit;
 - ordentliche Kündigung,⁸²
 - Kündigung aus wichtigem Grund,
 - Eröffnung des Insolvenzverfahrens über einen Vertragspartner⁸³ oder Auflösung eines Vertragspartners aus anderen Gründen,⁸⁴
 - Aufhebungsvertrag.
- 63** Die **Aufhebung eines Unternehmensvertrages** unterliegt bei der abhängigen Gesellschaft nach richtiger Ansicht denselben Anforderungen wie dessen Abschluss.⁸⁵ Die Gegenansicht wendet § 296 AktG analog an, da es sich bei der Aufhebung um eine bloße Geschäftsführungsmaßnahme handele, die weder der Zustimmung der Gesellschafter noch der Beurkundung bedürfe, sondern lediglich der Schriftform.⁸⁶ Bei der GmbH als herrschendem Unternehmen bedarf es der Mitwirkung ihrer Gesellschafterversammlung bei Kündigung, Vertragsbeendigung oder Inhaltsänderung grundsätzlich nicht.⁸⁷
- 64** Die Beendigung⁸⁸ des Unternehmensvertrages ist analog § 298 AktG zur **Eintragung in das Handelsregister** anzumelden. Diese hat lediglich deklaratorische Bedeutung,⁸⁹ spielt jedoch für die Befriedigung des Anspruchs der Gläubiger auf Sicherheitsleistung (analog § 303 Abs. 1 AktG) eine entscheidende Rolle.

5. Der faktische Konzern

- 65** Liegt **kein Beherrschungs- bzw. Gewinnabführungsvertrag** vor, kann die Ziel-GmbH durch die Beteiligung ihres Gesellschafters an anderen Unternehmen Mitglied eines faktischen Konzerns sein. Dies setzt eine maßgebliche Beteiligung dieses Gesellschafters an mehreren Unternehmen voraus.⁹⁰ Bei Mehrheitsbeteiligung vermutet das

79 BGHZ 119, 1.

80 Hachenburg/Ulmer § 53 Rn. 156; Rowedder/Koppensteiner Anh. § 52 Rn. 118.

81 Lutter/Hommelhoff Anh. § 13 Rn. 70 f.

82 BGH ZIP 1993, 751; zur Kündigung bei Anteilsveräußerung: Jousen GmbHR 2000, 221 f.

83 BGHZ 103, 1, 6 f.

84 Baumbach/Hueck SchlAnhKonzernR, Rn. 68.

85 Hachenburg/Ulmer § 53 Rn. 154; Lutter/Hommelhoff Anh. § 13 Rn. 72; Scholz/Priester § 53 Rn. 172 m.w.N.; die Rechtsprechung ist nicht einheitlich; bejahend LG Konstanz ZIP 1992, 1736; verneinend OLG Karlsruhe ZIP 1994, 1022.

86 Roth/Altmeyen Anh. § 13 Rn. 96 und 97 m.w.N.

87 Hachenburg/Ulmer § 53 Rn. 157; Rowedder/Koppensteiner Anh. § 52 Rn. 114; Roth/Altmeyen Anh. § 13 Rn. 103.

88 Philippi/Neveling BB 2003, 1685 f.; Ulrich GmbHR 2004, 1000 f.

89 BGHZ 116, 37, 43 f.

90 Roth/Altmeyen Anh. § 13, Rn. 115.

Gesetz den Konzernatbestand (§§ 18 Abs. 1 S. 3, 17 Abs. 2, 16 AktG). Der faktische Konzern begründet keine pauschale Verlustausgleichspflicht.⁹¹ Der Mehrheitsgesellschafter kann aber im Einzelfall wegen Schädigung der abhängigen GmbH haften.

6. Konzernbildung durch den Käufer

Der Verkauf von Geschäftsanteilen an einer Ziel-GmbH führt zwangsläufig zu neuen **Mehrheitsverhältnissen**, die dann das Recht der verbundenen Unternehmen bzw. das Konzernrecht berühren, wenn der Käufer lediglich eine **Mehrheitsbeteiligung** erwirbt und andere unternehmerische Aktivitäten betreibt, welche die erworbene Mehrheitsbeteiligung faktisch in den Konzern des Käufers integrieren. **66**

Bei einem Erwerb von Vermögensgegenständen (**Asset Deal**) ist die Zusammenfassung in einer Einheitsgesellschaft durch die eigentumsmäßige Zusammenführung ohne weiteres gegeben. Werden hingegen Geschäftsanteile übernommen (**Share Deal**), besteht das übernommene Unternehmen zunächst in seiner bisherigen Rechtsform weiter. Das gilt auch bei Vereinigung aller Anteile in einer Hand. Dann sind weitere Rechtsakte erforderlich (z.B. Verschmelzung).⁹² **67**

Der Käufer bzw. seine Gesellschafter müssen entscheiden, ob die Ziel-GmbH in den vorhandenen **Konzern eingegliedert** wird, also mit diesem zu einer Einheitsgesellschaft zusammengefasst wird. Das Unternehmen kann auch rechtlich selbstständig als Tochtergesellschaft oder verschmolzen mit einer anderen Tochtergesellschaft fortgeführt werden. Hier sind die Umstände des Einzelfalls wie auch die Form der Übernahme (Share Deal oder Asset Deal) ausschlaggebend. **68**

Für die Form des **Konzern** sprechen vor allem **Gründe** der Führung und Verantwortung: Die Aufteilung der Konzernaktivitäten auf Tochter- bzw. Enkelgesellschaften ermöglicht eine dezentrale und flexible Führung sowie abgestufte Verantwortlichkeit. Noch wichtiger ist häufig der Haftungsaspekt, der den Käufer dazu veranlassen wird, das erworbene Unternehmen als eigenständige GmbH solange fortzuführen, bis Klarheit besteht, ob Gewährleistungsfälle auftreten, die ja auch zu einer Rückabwicklung des Kaufvertrages führen können. Schließlich spricht vieles dafür, die beschränkte Haftung der GmbH für die erworbenen Aktivitäten weiterhin zu nutzen. **69**

Die **Konzernbildung durch den Käufer** kann an **Grenzen** stoßen, die durch Satzungsbestimmungen sowie die Treuepflichten der Gesellschafter untereinander markiert werden. **70**

6.1 Satzung

Durch die **Satzung** kann der Gang der GmbH **in die Abhängigkeit eines Mehrheitsgesellschafters erschwert** werden. So kann die Satzung Abtretungsverbote oder -beschränkungen (§ 15 Abs. 5 GmbHG) oder Abtretungspflichten (z.B. im Erbfall), Höchst- und Mehrfachstimmrechte oder Vorkaufsrechte zugunsten von Gesellschaftern vorsehen.⁹³ Dienen Satzungsbestimmungen darüber hinaus dem Schutz bestimmter Gesellschafter oder räumen diesen Sonderrechte ein, ist deren Zustimmung zu den Zielen des Käufers erforderlich. Die Satzung kann auch ein statutarisches Stimmverbot des Veräußerers beim Beschluss über die Genehmigung nach **71**

91 *Baumbach/Hueck SchlAnhKonzernR*, Rn. 99 f.

92 *Semler/Volhard/Kropff* § 28 Rn. 15.

93 *Lutter/Hommelhoff Anh.* § 13 Rn. 16; *Emmerich/Habersack KonzernR*, § 8 Rn. 6 f.

5 Kaufvertrag

§ 15 Abs. 5 GmbHG für den Fall des Verkaufs enthalten. Dann bleibt die Entscheidung über den Gang in die Abhängigkeit allein bei den verbleibenden Gesellschaftern. Der kluge Käufer wird derartige Satzungsbeschränkungen im Zuge seiner Due Diligence Prüfung herausfinden, in den Verhandlungen thematisieren und seinen Verkäufer veranlassen, die Zustimmung verbleibender Mit-Gesellschafter zu den vom Käufer für erforderlich gehaltenen Satzungsänderungen zu beschaffen. Diese kann entweder der Verkäufer mit seinen Mit-Gesellschaftern – ggf. aufschiebend bedingt durch den Übergang der Geschäftsanteile des Verkäufers – herbeiführen; in diesem Falle sollte die Satzungsänderung Fälligkeitsvoraussetzung sein. Oder der Käufer übernimmt seinerseits die Initiative und verabredet mit seinen neuen Mit-Gesellschaftern entsprechende Satzungsänderungen; in diesem Fall ist darauf zu achten, dass diese in einem notariell zu beurkundenden Beschluss der Gesellschafterversammlung erfolgen müssen (§ 53 Abs. 2 GmbHG); ein solcher Beschluss kann aufschiebend bedingt auf den Eintritt des Käufers als Gesellschafter in die Gesellschaft gefasst werden.

6.2 Treuepflicht

- 72 Bei fehlenden Satzungsbestimmungen können – gerade in personalistisch geprägten GmbHs – Treuepflichten gegenüber den Mitgesellschaftern die Veräußerung und Übernahme einer GmbH-Beteiligung beschränken: Zum einen sollen aus der Treuepflicht heraus die Mitgesellschafter früh genug informiert werden, wenn ein Mehrheitsgesellschafter seine Geschäftsanteile veräußern will oder wenn er sich an einem weiteren Unternehmen beteiligt und damit selbst Unternehmen iSd. Konzernrechts wird.⁹⁴ Darüber hinaus sollen Treuepflichten es verbieten, Geschäftsanteile an einen Wettbewerber zu veräußern oder an einen Erwerber, der die GmbH konzernabhängig machen will.⁹⁵ Letztendlich dürfen Treuepflichten jedoch nicht dazu führen, einen Gesellschafter gegen seinen Willen an die GmbH zu binden.⁹⁶

7. Kapitel

Unternehmensübertragung

Literatur: *Bruse* Zeiten, Fristen und wirtschaftliche Abgrenzungen im Unternehmenskaufvertrag, FS Spiegelberger, 2009, S. 598; *Flume* Die Firma als „tradeable Asset“, DB 2008, 2011; *Klöckner* Praxisprobleme beim gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, NZG 2008, 841; *Lappe/Schmitt* Risikoverteilung beim Unternehmenskauf durch Stichtagsregelungen, DB 2007, 153; *Wachter* Aktuelle Praxisprobleme mit der neuen Gesellschafterliste, NZG 2009, 1001.

A. Übergangsstichtag¹

Zwischen dem Abschluss des Kaufvertrages und dessen dinglichem Vollzug vergehen häufig mehrere Wochen oder Monate. Dieser Zeitraum wird benötigt, um die im Kaufvertrag vereinbarten Regelungen vorzubereiten und eine etwaige behördliche Genehmigung (z.B. Kartellamt) einzuholen. In der Praxis wird aus diesen Gründen ein **Übergangsstichtag** vereinbart, an dem der wirtschaftliche Übergang des Unternehmens erfolgt.² Der Übergangsstichtag wird auch als **Closing** bezeichnet.³ Er markiert den maßgeblichen Zeitpunkt zur Erbringung von Leistung und Gegenleistung. Auf Seiten des Verkäufers sind beim Share Deal die Geschäftsanteile abzutreten, beim Asset Deal die veräußerten Bestandteile des Unternehmens einschließlich der unternehmerischen Leitung zu übertragen. Gleichzeitig wird der Kaufpreis zur Zahlung fällig. Grundsätzlich muss der volle Kaufpreis zur Verfügung des Verkäufers stehen, da diesem andernfalls ein **Zurückbehaltungsrecht** gem. §§ 273, 320 BGB zusteht. Regelmäßig wird aber eine Ratenzahlung vereinbart unter gleichzeitiger Besicherung des Restkaufpreises. Zum Übergangsstichtag wird dann der wesentliche Teil des Kaufpreises fällig.

Daneben kennzeichnet der Übergangsstichtag den **Abgrenzungszeitpunkt** für die Zurechnung unternehmensrelevanter Vorgänge sowie von Gewinn und Verlust. Bis zum Übergangsstichtag trägt der Verkäufer die Gefahr der zufälligen Verschlechterung des Unternehmens.⁴ Danach gehen diese Risiken auf den Käufer über. Er ist dann für etwaige Sach- oder Rechtsmängel auf Gewährleistungsrechte beschränkt.

1 Vgl. die Muster im Anh. 18 und 19.

2 In der Praxis werden Stichtagsregelungen vor allem bei Share Deals getroffen; zum Ganzen *Bruse* S. 598 ff. sowie *Lappe/Schmitt* DB 2007, 153 ff.

3 Vgl. zum Begriff des Closing: *Hommelhoff* ZHR 150 (1986), 254, 265 ff.; *Hölters/Hölters* Teil I Rn. 163 ff., 187 sowie *Semler* Arbeitshandbuch für Unternehmensübernahmen § 11 Rn. 51 f.; *Beisel/Klump* Kap. 9 Rn. 103 ff.; *Holzappel/Pöllath* Rn. 65 ff. und 73, die allerdings zwischen Closing und Übergangsstichtag differenzieren.

4 Um den daraus folgenden Risiken zu begegnen, hat sich in der Praxis die Verwendung von sog. MAC-Klauseln (*Material Adverse Change-* oder *Material Adverse Effect-Klauseln*) durchgesetzt. Hierdurch kann unter anderem sichergestellt werden, dass der Käufer eine überwiegend fremdfinanzierte Transaktion (LBO – *Leveraged Buy Out*) nicht vollziehen muss, wenn aufgrund des Eintritts wesentlicher nachteiliger Veränderungen der Zielgesellschaft die Akquisitionsfinanzierung entfällt; s. zum Ganzen *Lappe/Schmitt* DB 2007, 153, 154 f.

Wegen der wirtschaftlichen und insbesondere auch der steuerlichen Auswirkungen, die sich aus der Abgrenzung ergeben können, empfiehlt es sich, die genaue Uhrzeit (z.B. 0.00 Uhr oder 23.59 Uhr) des Übergangs festzulegen.⁵

- 3 Häufig wird ein bereits vergangener Übergangsstichtag vereinbart, z.B. das Ende des vorangegangenen Geschäftsjahres, um die Erstellung einer **Zwischenbilanz** zu vermeiden. Dies hat jedoch rein schuldrechtliche Wirkung. Eine dingliche Rückwirkung ist nicht möglich, da jedes Erfüllungsgeschäft nur ex nunc wirken kann. Für die gesetzlichen Haftungstatbestände gem. § 25 HGB, § 613a BGB sowie § 75 AO entfaltet die Vereinbarung eines früheren Übergangszeitpunktes ebenfalls keine Wirkung.⁶ Die Vertragsparteien können also nur vereinbaren, sich gegenseitig so zu stellen, als wenn der dingliche Rechtsübergang bereits zu einem früheren Zeitpunkt stattgefunden hätte. Auch **steuerlich** ist sie irrelevant,⁷ es sei denn, es handelt sich nur um eine kurze Zeitspanne und es wird damit kein steuerlicher Vorteil erstrebt.⁸

B. Übertragungsakte beim Asset Deal⁹

- 4 Zum Übergangsstichtag schuldet der Verkäufer die **Lieferung des Ziel-Unternehmens** im vertraglich vereinbarten Zustand. Diese umfasst die Vermögensübertragung sowie die Einführung des Käufers in die Geschäftstätigkeit des Unternehmens. Dazu sind **Good-will** und **Know-how** überzuleiten, Geschäfts- und Funktionsabläufe zu erklären sowie die unternehmerische **Leitungsgewalt** zu übertragen.
- 5 Beim Kauf einzelner Wirtschaftsgüter sind diese im Wege der **Singularsukzession** nach den für sie geltenden Vorschriften vom Verkäufer auf den Käufer zu übertragen. Neben dem gegenständlichen Betriebsvermögen sind Forderungen und Rechte – insbesondere Immaterialgüterrechte – sowie bestehende Vertragsverhältnisse überzuleiten. Besonderes Augenmerk gilt dabei dem **sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz**. Bloß wertmäßige Festlegungen im Übertragungsvertrag, wie z.B. „X % des Vorratsvermögens“ oder „Forderungen bis zu einem Wert von EUR ...“, genügen diesen Anforderungen nicht und führen ohne weitere Konkretisierung zur Unwirksamkeit des dinglichen Verfügungsgeschäftes. Je genauer die zu übertragenden Wirtschaftsgüter bereits in dem schuldrechtlichen Kaufvertrag beschrieben sind, umso weniger Abgrenzungsprobleme ergeben sich bei deren Übertragung.¹⁰

I. Sachen und Forderungen

- 6 **Grundstücke** sind gem. §§ 873, 925 BGB durch Auflassung und Eintragung im Grundbuch an den Käufer zu übereignen. Das Eigentum am **Grundstückszubehör** braucht nicht separat übergeleitet zu werden, da es gem. § 926 Abs. 1 S. 2 BGB als mit dem Grundstück übertragen gilt.

5 Münchener Vertragshandbuch/von Hoyenberg Bd. 2 S. 660.

6 Diese Haftungsregelungen sind nur bei einem Asset Deal einschlägig. Die Haftung bei Firmenfortführung gem. § 25 HGB ist grundsätzlich abdingbar; vgl. hierzu 9. Kap. Rn. 4 ff. und 22 f.

7 *RFHE* 48, 161, *RStBl* 1940, 527.

8 Vgl. *BFH* vom 1.10.1969, I R 120/67, *BFHE* 97, 27, *BStBl* II 1969, 742.

9 Vgl. Muster im Anh. 18.

10 Vgl. hierzu ausführlich 5. Kap. Rn. 4 ff.

Bewegliche Sachen werden gem. § 929 S. 1 BGB durch Einigung und Übergabe oder, wenn die Sache schon im Besitz des Erwerbers ist, gem. § 929 S. 2 BGB durch bloße Einigung übereignet. Befinden sich Sachen im Besitz Dritter, wird der Herausgabeanspruch gegen diese abgetreten (§ 931 BGB). 7

Aufgrund der Dynamik der Abläufe in Unternehmen ist die sachenrechtliche Bestimmtheit insbesondere bezüglich der wechselnden Gegenstände des Umlaufvermögens zu beachten. Selbst bei sorgfältiger Erfassung mittels Inventarliste ist durch zwischenzeitliche Veränderungen des Bestandes im Zeitpunkt des Übergangsstichtags eine Bestimmung der tatsächlich vorhandenen und zu übertragenden Wirtschaftsgüter häufig nicht möglich. Es empfiehlt sich daher, durch **gemeinsame Inventur** zum Übergangsstichtag die nach Vertragsabschluss erfolgten Zu- und Abgänge des Anlage- und Umlaufvermögens zu erfassen.¹¹ Sind im Kaufvertrag bestimmte Mindest- und Höchstmengen des Umlaufvermögens festgelegt, müssen die zu übereignenden Warenbestände nach den hierfür vereinbarten Regeln ausgesondert und damit konkretisiert werden.¹²

Für die Übertragung von **Anwartschaftsrechten** als Minus zum Eigentum gelten die §§ 929 ff. BGB entsprechend.¹³ Dies betrifft vor allem die im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb unter Eigentumsvorbehalt erworbenen Warenbestände (Vorbehaltware). 8

Forderungen und sonstige Ansprüche werden durch Abtretung gem. § 398 BGB auf den Erwerber übergeleitet. Da hier die bloße Bestimmbarkeit genügt,¹⁴ können auch Forderungsgesamtheiten durch hinreichend individualisierte Gruppenbezeichnung (z.B. alle Forderungen aus einer bestimmten Art von Rechtsgeschäft) abgetreten werden.¹⁵ 9

Abtretungsverträge sind **grundsätzlich formfrei**,¹⁶ wenn nicht zwischen dem bisherigen Gläubiger und dem Schuldner eine bestimmte Form für die Abtretung (als Minus gegenüber einem **Abtretungsverbot** nach § 399 BGB) vereinbart wurde. Ein vereinbartes Verbot (§ 399 BGB) kann der Forderungsabtretung vollständig entgegenstehen. Eine Ausnahme von dem Grundsatz der Formfreiheit gilt für **hypothekarisch gesicherte Forderungen** (§ 1153 f. BGB). 10

Bei Erwerb eines einzelkaufmännischen Unternehmens mit dem Recht zur **Firmenfortführung**¹⁷ gelten gem. § 25 Abs. 1 S. 2 HGB alle im Bereich des Handelsgeschäftes begründeten Forderungen gegenüber den Schuldner als auf den Käufer übergegangen. Sollen bestimmte Forderungen ausgenommen werden, muss dies gem. § 25 Abs. 2 HGB im Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Schuldner mitgeteilt werden; dieser kann anderenfalls mit befreiender Wirkung an den neuen Unternehmensinhaber leisten.¹⁸ 11

11 Münchener Vertragshandbuch/von Hoyenberg Bd. 2 S. 684; vgl. 5. Kap. Rn. 5.

12 Vgl. Münchener Vertragshandbuch/von Hoyenberg Bd. 2 S. 684.

13 BGH NJW 1984, 1184; Palandt/Bassenge § 929 Rn. 46.

14 BGH NJW 1974, 1130; NJW 1994, 1669.

15 Palandt/Grüneberg § 398 Rn. 15, 16 m.w.N.

16 Zu den Formerfordernissen vgl. 5. Kap. Rn. 170 ff.

17 S. dazu die nachfolgenden Ausführungen in Kap. 9 Rn. 12 ff.

18 BGH NJW-RR 1992, 866, 867.

II. Firma

- 12 Eine Übertragung der **Firma** ohne den zugehörigen Geschäftsbetrieb ist gem. § 23 HGB nicht möglich. Mit der Übernahme des Geschäftsbetriebs ist indes nicht die Pflicht verbunden, dessen Firma fortzuführen. Vielmehr steht es dem Erwerber frei, diese durch eine nach § 18 HGB zulässige neue Bezeichnung zu ersetzen. Soll der mit der alten Firma verbundene Good-will erhalten bleiben, sind die in § 22 HGB festgelegten Voraussetzungen für die **Firmenfortführung** zu beachten. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist nicht auf die Firma eines Einzelkaufmanns beschränkt, sondern gilt auch für die GmbH (§ 4 GmbHG).
- 13 Gem. § 22 Abs. 1 HGB darf beim Erwerb eines bestehenden Handelsgeschäfts dessen Firma fortgeführt werden, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder seine Erben ausdrücklich einwilligen. Vom Erwerb eines Handelsgeschäfts in diesem Sinne kann erst gesprochen werden, wenn das Unternehmen im Großen und Ganzen übergeht, also diejenigen Bestandteile, welche die Betriebsfortführung ermöglichen und **Unternehmenskontinuität** erwarten lassen.¹⁹ Die Übertragung eines Teiles, z.B. einer Betriebsabteilung, genügt nicht. Denn es darf nicht zu einer Aufspaltung der Firmenbezeichnung kommen;²⁰ die Existenz zweier gleich lautender Firmen ist unzulässig.²¹
- 14 **Voraussetzung für die Fortführung** der Firma ist, dass diese zuvor rechtmäßig geführt wurde oder bestehende Unzulässigkeitsgründe beim neuen Inhaber wegfallen sind.²²
- 15 Für die Fortführung der Firma ist die ausdrückliche **Einwilligung** des bisherigen Geschäftsinhabers oder seiner Erben erforderlich (§ 22 Abs. 1 HGB). Diese Einwilligung stellt nicht nur eine Gestattung unter Verzicht auf den eigenen Gebrauch dar;²³ vielmehr handelt es sich um die dingliche Übertragung des Immaterialguts Firma durch vertragliche Einigung gem. §§ 413, 398 BGB.²⁴ Die Einigung über den Übergang kann auch stillschweigend erfolgen, muss aber zweifelsfrei nachgewiesen werden.²⁵ Führt der Veräußerer die Firma mit dem Namen eines früheren Geschäftsinhabers fort, ist darüber hinaus zu prüfen, ob er das von seinem Vorgänger abgeleitete Recht zur Firmenführung weitergeben darf; denn dessen Einwilligung kann auflösend bedingt oder befristet erteilt worden sein. Allein aus der Übertragung des Handelsgeschäfts kann nicht auf eine Einwilligung in die Fortführung der Firma geschlossen werden.²⁶ Aus diesem Grund empfiehlt sich eine eindeutige vertragliche Regelung.
- 16 Zur Fortführung der Firma einer im Wege des **Asset Deals** übernommenen GmbH bedarf es der **Einwilligung ihres Geschäftsführers**, nicht jedoch notwendigerweise des namensgebenden Gesellschafters einer Personenfirma.²⁷ Dieser muss nur dann zustimmen, wenn er sich das Namensrecht im Gesellschaftsvertrag vorbehalten hat.

19 BGH NJW 1972, 2123; NJW 1991, 1353.

20 OLG Hamburg BB 1989, 1145; Baumbach/Hopt § 22 Rn. 4.

21 BGH NJW 1991, 1353; NJW 1972, 2123; Rotthege Rn. B 37 f.

22 Baumbach/Hopt § 22 Rn. 7, 14.

23 MünchKomm HGB/Bokelmann § 22 Rn. 41.

24 Baumbach/Hopt § 22 Rn. 9; MünchKomm HGB/Bokelmann § 22 Rn. 41.

25 Baumbach/Hopt § 22 Rn. 9.

26 BGH WM 1994, 1209 ff.; OLG Hamm ZIP 1983, 1199, 1201; Baumbach/Hopt § 22 Rn. 9; a.A. Beisel/Klumpff Kap. 9. Rn. 11, die diese Ansicht als zu „formalistisch“ beurteilen.

27 BGHZ 85, 211; Lutter/Hommelhoff/Bayer § 4 Rn. 43.

Veräußert die GmbH ihr Geschäft einschließlich der Firma, muss sie eine neue Firma nach den Regeln des § 4 GmbHG annehmen.²⁸

Firmenfortführung bedeutet die **unveränderte weitere Verwendung**. Ausnahmsweise ist eine Änderung zulässig oder sogar erforderlich, wenn dies im Allgemeininteresse oder im Interesse des Inhabers liegt. Gem. § 22 Abs. 1 HGB ist ein **Nachfolgevermerk** ausdrücklich gestattet. Bei Wechsel der Rechtsform ist der Hinweis auf eine daraus resultierende **Haftungsbeschränkung** gem. § 19 Abs. 2 HGB sogar Pflicht (z.B. wenn das Handelsgeschäft einer OHG oder KG von einer GmbH & Co. KG übernommen wird). Firmenänderungen sind stets erforderlich, wenn anderenfalls eine Täuschung des Verkehrs zu befürchten wäre.²⁹ Bei unwahr gewordenen Firmen kann das Registergericht gem. § 37 Abs. 1 HGB i.V.m. § 140 FGG oder § 142 FGG einschreiten (**Firmenmissbrauchsverfahren**). 17

Dem Veräußerer ist es nicht verwehrt, nach der Übertragung ein neues Unternehmen mit seinem Namen zu gründen. Dessen Firma muss sich jedoch gem. § 30 HGB deutlich – etwa durch einen entsprechenden Zusatz – von der veräußerten Firma unterscheiden. Aus Sicht des Erwerbers ist es zumeist unerlässlich, dass sich der Verkäufer verpflichtet, keine Firma mit gleichem oder verwechslungsfähigem Namen zu führen. 18

IV. Vertragsverhältnisse³⁸

Im Rahmen eines Asset Deals müssen unternehmensbezogene Verträge und Verbindlichkeiten, die regelmäßig in einer Anlage zum Kaufvertrag aufgelistet sind, auf den Käufer übertragen werden. **42**

Verbindlichkeiten können im Wege der **Schuldübernahme**, **Schuldmitübernahme** oder **Erfüllungsübernahme** übergehen. Um eine Befreiung des Verkäufers zu erreichen, ist die Zustimmung des jeweiligen Gläubigers erforderlich (§§ 414, 415 BGB). Gem. § 418 BGB erlöschen Bürgschaften und Pfandrechte, wenn deren Besteller der vom Gläubiger genehmigten Schuldübernahme nicht zustimmt. **43**

Beim Unternehmenskauf steht weniger die Übernahme einzelner Verbindlichkeiten **44** als vielmehr der **Eintritt des Erwerbers in laufende Geschäftsbeziehungen** und sonstige Vertragsverhältnisse, aus denen der Veräußerer zugleich ausscheiden soll, im Vordergrund. Die Überleitung von Rechten und Pflichten aus bestehenden Schuldver-

36 *BGH MMR* 2000, 761 – OEM-Vertrieb.

37 Vgl. insbesondere Verordnung (EU) Nr. 772/2004 der Kommission zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des EG-Vertrages auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen sowie Verordnung (EU) Nr. 330/2010 zur Anwendung von Art. 101 Abs. 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen.

38 Zur Übertragung von Vertragsverhältnissen im Unternehmenskaufvertrag vgl. ausführlich 5. Kap. Rn. 10–13.

hältnissen erfolgt durch ein einheitliches Rechtsgeschäft eigener Art, das der Zustimmung aller Beteiligten bedarf.³⁹ Die **Vertragsübernahme** kann als drei- oder mehrseitiger Vertrag ausgestaltet sein oder durch Vertrag zwischen Erwerber und Veräußerer unter Zustimmung des anderen Vertragsteils erfolgen.

- 45 Ausnahmen gelten für **Arbeits-, Miet- und Versicherungsverhältnisse**. Hier bestehen gesetzliche Regelungen, die eine Vertragsüberleitung als Folge des Erwerbsgeschäfts vorsehen (vgl. § 613a BGB, §§ 566, 581 Abs. 2 BGB sowie § 69 VVG).

V. Know-how

- 46 Die Überleitungspflichten des Veräußerers erstrecken sich auch auf **unkörperliche Geschäftswerte**, wie z.B. technische, kaufmännische und sonstige Kenntnisse, Unternehmensorganisation, Kundenstamm und dergleichen, die dem Erwerber tatsächlich nutzbar gemacht werden müssen, um ihm die Unternehmensfortführung zu ermöglichen.⁴⁰ Etwas anderes gilt naturgemäß, wenn das Interesse des Erwerbers auf einzelne Teile oder Wirtschaftsgüter des Unternehmens beschränkt ist oder er dessen Stilllegung bezweckt. Der Umfang der Überleitungspflichten des Verkäufers hängt daher in starkem Maße von den Zielen des Erwerbers ab.
- 47 Nicht durch gewerbliche Schutzrechte gesichertes **Erfahrungswissen**, das dem Inhaber einen wirtschaftlichen oder technischen Vorteil vermittelt, stellt häufig einen erheblichen wertbildenden Faktor des Zielunternehmens dar. Eine klare vertragliche Regelung zum Übergang dieses Wissens ist unbedingt erforderlich. Je nachdem, wie das Know-how im Betrieb verkörpert ist, sind dem Erwerber die entsprechenden **Datenträger** (Karteien, Rezepte, Muster, Modelle oder Konstruktionszeichnungen) verfügbar zu machen, oder es ist für eine anderweitige **Einführung** durch qualifizierte Mitarbeiter Sorge zu tragen.
- 48 **Betriebliches Know-how**, Kundenlisten, Einkaufskonditionen und dergleichen sind nicht als absolute Rechtsgüter i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB anerkannt und damit einem Rechtsübergang nicht zugänglich.⁴¹ Die Vermittlung solchen Know-hows führt zwar zu einer Wissenserweiterung beim Empfänger; der Erklärende behält indessen sein Wissen bei. Daher ist eine Geheimhaltungs- und Wettbewerbsvereinbarung als Konkurrenzverbot mit dem Veräußerer zweckmäßig.⁴² Sie bildet die Kehrseite der Überleitungspflichten.
- 49 Sofern dies vereinbart wurde, können den Veräußerer **weitere Mitwirkungspflichten** treffen, die der Einführung des Erwerbers in das Unternehmen dienen. Vertraglich vorgesehen werden häufig:
- Abhaltung einer Betriebsversammlung,
 - Abgabe einer Presseerklärung,
 - persönliche Vorstellung bei wichtigen Kunden sowie
 - Erteilung von Auskünften über alle Geschäftsvorgänge während einer festgelegten Übergangszeit.⁴³

39 *Palandt/Grüneberg* § 398 Rn. 42: Es handelt sich nicht um eine Kombination von Abtretung und Schuldübernahme (so aber *BGH NJW* 1961, 454).

40 *Hommelhoff ZHR* 150 (1986), 254, 259.

41 *Gaul/Bartenbach* Handbuch des gewerblichen Rechtsschutzes, Bd. II, 5. Aufl. 1994 Rn. L 29.

42 Zum Wettbewerbsverbot s. 5. Kap. Rn. 206 ff.

43 *Liebs* Rn. 86.

C. Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen/Share Deal

GmbH-Geschäftsanteile sind grundsätzlich frei veräußerbar (§ 15 Abs. 1 GmbHG). **50**
Diese Regelung ist aber insoweit nicht zwingend, als nach § 15 Abs. 5 GmbHG die Satzung der Gesellschaft die Abtretung erschweren, d.h. an weitere Voraussetzungen binden (z.B. Vinkulierung),⁴⁴ und nach heute allgemeiner Ansicht auch ganz ausschließen kann.⁴⁵

I. Abtretung

Die Übertragung von GmbH-Anteilen erfolgt durch **Abtretung gem. § 398 i.V.m. § 413 BGB**. **51**

Die Abtretung unter einer **aufschiebenden Bedingung** ist möglich. Auf diese Weise **52**
können künftig entstehende Geschäftsanteile an einer noch nicht eingetragenen GmbH abgetreten werden (aufschiebend bedingt durch die Eintragung).⁴⁶ Dies wird immer dann für die Praxis relevant, wenn die Zielgesellschaft noch in eine GmbH umgewandelt oder das Zielunternehmen auf eine neu gegründete Gesellschaft übertragen werden muss, deren Geschäftsanteile anschließend den Kaufgegenstand bilden sollen.

Die Übertragung kann von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig sein, wenn **53**
der Gesellschaftsvertrag eine entsprechende **Vinkulierungsklausel**⁴⁷ enthält (vgl. § 15 Abs. 5 GmbHG). Solche Regelungen betreffen nur das dingliche Abtretungsgeschäft und lassen das obligatorische Grundgeschäft unberührt. Die praktische Bedeutung der Vinkulierung folgt aus der **Personenbezogenheit der GmbH**: Will ein Gesellschafter die Gesellschaft verlassen, so können die verbleibenden Gesellschafter den Nachfolger mitbestimmen.⁴⁸ Für die Erteilung der **Genehmigung** ist der **Geschäftsführer** zuständig; im Innenverhältnis bedarf es hierzu eines **Beschlusses der Gesellschafter**, auch wenn der Gesellschaftsvertrag dies nicht explizit vorsieht (§ 46 Nr. 4 GmbHG).⁴⁹ Die Gesellschafterversammlung entscheidet mit einfacher Mehrheit, wenn nicht die Satzung eine andere Mehrheit verlangt. Der übertragungswillige Gesellschafter ist stimmberechtigt. Der Gesellschaftsvertrag kann die Gründe für die Erteilung bzw. Versagung der Zustimmung regeln; dann kann der Gesellschafter einen Anspruch auf Erteilung der Zustimmung haben. Ein solcher Anspruch kann sich auch aus der Treuepflicht zur Gesellschaft bzw. zu Mitgesellschaftern ergeben.⁵⁰

Erteilt der Geschäftsführer die Genehmigung ohne oder gegen den Beschluss der **54**
Gesellschafter, so ist diese im **Außenverhältnis** gleichwohl wirksam, es sei denn, es liegt ein Missbrauch der Vertretungsmacht vor.⁵¹

44 Hierzu nachfolgende Abschnitte sowie 5. Kap. Rn. 27 ff.

45 S. nur *Baumbach/Hueck/Fastrich* § 15 Rn. 2.

46 *Rotthege* Rn. D 54 m.w.N.

47 Vgl. zu Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Vinkulierungsklauseln 5. Kap. Rn. 27 sowie Rn. 31.

48 *Rotthege* Rn. D 63.

49 *Roth/Altmeyen* § 15 Rn. 97 f.

50 *Roth/Altmeyen* § 13 Rn. 28 f. und § 15 Rn. 101.

51 *BGH* BB 1988, 994 f.; der BGH hat einen Missbrauch der Vertretungsmacht angenommen, wenn der Dritte weiß oder sich ihm aufdrängen muss, dass der Geschäftsführer seine Vertretungsmacht überschreitet.

- 55 Ist zur Veräußerung eines Geschäftsanteils die Zustimmung der Gesellschaft statutarisch erforderlich und steht den übrigen Gesellschaftern ein **Vorkaufsrecht** zu, so entfällt die Zustimmung bei Ausübung des Vorkaufsrechts.⁵²
- 56 Die Abtretung ist **bis zur Erteilung der Genehmigung schwebend unwirksam** (§§ 185 Abs. 2, 184 BGB). Die Zustimmung ist formlos, auch stillschweigend, möglich. Bei einem **Ausschluss** der Abtretung gelten die §§ 399, 413 BGB: Die Abtretung des Geschäftsanteils ist unwirksam.⁵³

II. Form der Übertragung

- 57 Der Abtretungsvertrag ist **notariell zu beurkunden** (§ 15 Abs. 3 GmbHG).⁵⁴ Gleiches gilt auch für die schuldrechtliche Verpflichtung zur Abtretung (§ 15 Abs. 4 GmbHG). Dies dient der Beweiserleichterung und der Erschwerung des spekulativen Handels mit GmbH-Anteilen.⁵⁵ Eine Missachtung dieses Formerfordernisses führt zur Nichtigkeit gem. § 125 BGB. Allerdings wird die Formunwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts durch die notarielle Beurkundung des Erfüllungsgeschäfts geheilt (§ 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG).⁵⁶
- 58 **Vollmachten** zur Verpflichtung und Abtretung bedürfen (anders als bei der Gründung, vgl. § 2 Abs. 2 GmbHG) grundsätzlich nicht der notariellen Form (§ 167 Abs. 2 BGB).⁵⁷ Der Zweck des § 15 GmbHG wird nur dann umgangen, wenn die Vollmacht dazu beiträgt, den formlosen Handel mit GmbH-Geschäftsanteilen zu ermöglichen.⁵⁸

III. Bedeutung der Gesellschafterliste

- 59 Gem. § 16 Abs. 1 GmbHG gilt im Verhältnis zur Gesellschaft nur derjenige als Gesellschafter, der in der **in das Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste** eingetragen ist. Die Eintragung eines Gesellschafters in die Gesellschafterliste führt zu einer relativen, d.h. im Verhältnis zur Gesellschaft bestehenden Fiktion der Gesellschafterstellung des Eingetragenen.

52 *LG Hannover* GmbHHR 2005, 103.

53 *BGHZ* 40, 159; 70, 301; 102, 301; *BGH NZG* 2000, 647; ganz h.M., vgl. *Palandt/Grüneberg* § 399 Rn. 1f.

54 Bei der Beurkundung im Ausland zählt die Frage der Anwendbarkeit der Ortsform auf die dingliche Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen zu den umstrittensten des internationalen Gesellschaftsrechts; sie ist im Hinblick auf die Konsequenzen für die Einreichung der Gesellschafterliste nach MoMiG neu entbrannt. S. hierzu *König/Götte/Bormann NZG* 2009, 881 ff.; s. vor allem *LG Frankfurt am Main GmbHHR* 2010, 96, 97: Obwohl nicht entscheidungserheblich, weist das Gericht ausdrücklich darauf hin, dass die Gleichwertigkeit der Beurkundung unter Geltung der aktuellen Fassung des § 40 Abs. 2 GmbHG „wahrscheinlich“ nicht gegeben sei; dies mit der Begründung, dass der darin aufgestellten Verpflichtung des an der Anteilsübertragung beteiligten Notars ein (in casu) Baseler Notar wegen Fehlens von Amtsbefugnissen in Deutschland nicht nachkommen könne. Hierzu auch *Krause BB-Kommentar, BB-online* 2009, 2501. Zu den Formerfordernissen vgl. 5. Kap. Rn. 170 f. insbesondere 178 und 13. Kap. Rn. 51 ff.

55 *Rotthege* Rn. D 48.

56 *Rotthege* Rn. D 57. Ausführlich zur Reichweite der Heilung bei fehlender Beurkundung von Anteilsverkäufen *Stoppel GmbHHR* 2010, 225 ff.

57 *Baumbach/Hueck/Fastrich* § 15 Rn. 23.

58 *Rotthege* Rn. D 49.

Eine Gesellschafterliste ist in das Handelsregister aufgenommen, wenn sie in den für das entsprechende Registerblatt bestimmten Registerordner eingestellt ist (§ 9 Abs. 1 HRV).⁵⁹ 60

Eintragung und Aufnahme der Gesellschafterliste in das Handelsregister sind **keine Wirksamkeitsvoraussetzung** für den Erwerb des Geschäftsanteils.⁶⁰ Vielmehr ist die Wirksamkeit der Übertragung hiervon unabhängig. Mit der Aufnahme der aktualisierten Gesellschafterliste tritt der Erwerber jedoch mit Wirkung gegenüber der Gesellschaft in die Gesellschafterstellung ein (§ 16 Abs. 2 GmbHG). Ab diesem Zeitpunkt verfügt er nicht nur über sämtliche Mitgliedschaftsrechte, sondern schuldet auch die fällig werdenden Gesellschafterleistungen.⁶¹ Dem gutgläubigen Erwerber dient die Gesellschafterliste als Rechtsscheingrundlage.⁶² 61

Gem. § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG kann der Erwerber **bereits vor Aufnahme** der Liste in das Handelsregister unmittelbar nach Wirksamwerden des Erwerbs **Rechtshandlungen** in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vornehmen (relative Gesellschafterstellung), also beispielsweise an einem satzungsändernden Gesellschafterbeschluss oder der Bestellung neuer Geschäftsführer mitwirken. Nach § 16 Abs. 1 S. 2 sind derartige Rechtshandlungen zunächst schwebend unwirksam. Sie werden wirksam, wenn die Liste unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen wird. Erfolgt die Aufnahme nicht unverzüglich, so sind die Rechtshandlungen endgültig unwirksam. Unmittelbar nach Wirksamwerden einer Anteilsabtretung kann die neue Gesellschafterliste elektronisch dem Handelsregister übermittelt werden. Die Aufnahme in den Registerordner erfolgt dann regelmäßig ebenfalls binnen sehr kurzer Zeit. 62

IV. Eintragung des Erwerbers in die Gesellschafterliste

1. Aufzunehmende Veränderungen

Nach jeder **Veränderung in den Personen der Gesellschafter** oder des Umfangs ihrer Beteiligung ist nach § 40 Abs. 1, 2 GmbHG unverzüglich eine korrigierte Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen. Diese hat Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort der Gesellschafter, die Nennbeträge und die Nummern sämtlicher Geschäftsanteile zu erhalten (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG). Hinsichtlich der Form der einzureichenden Liste genügt nach § 12 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 HGB die Einreichung einer Gesellschafterliste als einfache **elektronische Aufzeichnung**, d.h. ohne qualifizierte elektronische Signatur. 63

Im Hinblick auf die Erfassung und Einreichung der Veränderung ist unerheblich, ob es sich um eine Veränderung aufgrund Einzelrechtsnachfolge (Abtretung, Versteigerung, Kaduzierung), aufgrund Gesamtrechtsnachfolge (Verschmelzung, Spaltung, Anwachsung, Erbfolge, Begründung einer Gütergemeinschaft) oder um eine Veränderung ohne Rechtsnachfolge (z.B. Zusammenlegung oder Teilung von Geschäftsanteilen) handelt. 64

⁵⁹ Roth/Altmeyers § 16 Rn. 4.

⁶⁰ Baumbach/Hueck/Fastrich § 16 Rn. 2; Kort GmbHR 2009, 169, 173.

⁶¹ Rotthege Rn. D 75; Heckschen/Heidinger § 13 Rn. 251.

⁶² Zum gutgläubigen Erwerb sogleich unten, Rn. 71 ff. sowie 5. Kap. Rn. 32 ff.

teilen, Formwechsel eines Gesellschafters, Kapitalmaßnahmen) handelt.⁶³ Damit wird **jede Änderung der dinglichen Gesellschafterstellung** erfasst, unabhängig davon, auf welcher materiell-rechtlichen Grundlage diese erfolgt. Hingegen werden Veränderungen, die weder die Person des Inhabers noch den Umfang der Beteiligung betreffen (etwa Belastung von Anteilen durch Begründung eines Nießbrauchs, durch Verpfändung oder Pfändung) nicht erfasst; diese Belastungen werden in der Gesellschafterliste nicht wiedergegeben.⁶⁴

- 65 Dem eintretenden Gesellschafter steht ein **Rechtsanspruch auf Einreichung** der Gesellschafterliste zum Handelsregister zu. Eine entsprechende einklagbare Verpflichtung der Gesellschaft gegenüber dem Neugesellschafter ist bei § 67 Abs. 2 AktG ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung anerkannt. Gleiches gilt aufgrund der Parallelität der Vorschriften für die GmbH. Insbesondere finden für den Anspruch auf Einreichung der Gesellschafterliste die Regeln des einstweiligen Rechtsschutzes Anwendung. In der Praxis wird es hierauf aber nur selten ankommen, da im Normalfall der rechtsgeschäftlichen Anteilsabtretung die Einreichung der geänderten Gesellschafterliste im Zusammenhang mit der Beurkundung vom Notar veranlasst werden muss (§ 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG).

2. Adressat der Einreichungspflicht

- 66 Für die Erstellung der neuen Gesellschafterliste und deren Einreichung zum Handelsregister sind grundsätzlich die **Geschäftsführer zuständig** (§ 40 Abs. 1 GmbHG). Zur Einreichung verpflichtet sind sie jedoch nur, wenn ihnen die Veränderungen „*mitgeteilt und nachgewiesen*“ wurden (§ 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG). Für die geänderte Gesellschafterliste ist es ausreichend, wenn Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Zahl unterzeichnen.
- 67 Praktisch bedeutsamer als die Einreichung durch die Geschäftsführer ist der gesetzliche Ausnahmefall des § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG, wonach in Fällen, in denen ein (deutscher) **Notar** in amtlicher Eigenschaft an Veränderungen der Beteiligungsstruktur mitgewirkt hat, dieser die geänderte Liste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben, einzureichen und eine Abschrift an die Gesellschaft zu übermitteln hat.⁶⁵ Anders als die Geschäftsführer muss der Notar eine **qualifizierte Gesellschafterliste** erstellen, die mit seiner Bescheinigung zu versehen ist, dass die geänderten Eintragungen den Ver-

63 Zu den verschiedenen Fallgruppen s. *Heckschen/Heidinger* § 13 Rn. 272 ff. sowie *Vossius* DB 2007, 2299.

64 Zum Ganzen s. *Mayer* DNotZ 2008, 403, 412 f.

65 Hierzu *Hasselmann* NZG 2009, 449, 452; *Stadler/Bindl* GmbHR 2010, 412, 413. In Rspr. und Literatur noch nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob eine zuständigkeitsbegründende Mitwirkung des Notars i.S.v. § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG auch dann vorliegt, wenn sich die Veränderung im Gesellschafterbestand kraft Gesetzes vollzieht (z.B. Gesellschafterwechsel im Zuge der in § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG angeordneten Gesamtrechtsnachfolge mit Eintragung der Verschmelzung). In seinem Beschluss vom 16.2.2010 äußert sich das OLG Hamm zur Frage nach der Kompetenzverteilung bei nur mittelbarer Mitwirkung des Notars nicht ausdrücklich, zeigt jedoch für die Praxis den „Königsweg“ auf (s. auch *Herrler* GmbHR 2010, 430, 432): Danach hat das Registergericht eine Gesellschafterliste im Handelsregister aufzunehmen, wenn diese jedenfalls auch von der im konkreten Fall zuständigen Person unterschrieben ist. Trotz der abschließenden Kompetenzverteilung in § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG schadet die Mitwirkung des Unzuständigen danach nicht, solange nur der ebenfalls Zuständige die persönliche Gewähr für die Richtigkeit der eingereichten Liste übernommen hat, vgl. *OLG Hamm* BB-online 2010, 985. Zur Einreichung durch den Notar nach Mitwirkung an einer Kapitalerhöhung: *OLG München* GmbHR 2010, 921 f.

änderungen entsprechen, an denen er mitgewirkt hat, und die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen (§ 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG).⁶⁶

3. Haftung bei Verstößen

§ 40 Abs. 3 GmbHG verpflichtet den **Geschäftsführer** zu **Schadensersatz**, wenn er seine Pflichten nach § 40 Abs. 1 GmbHG verletzt. Entscheidend ist, ob der Geschäftsführer die neue Gesellschafterliste pflichtwidrig nicht, verspätet oder falsch eingereicht hat. Neben den Gläubigern der Gesellschaft sind auch diejenigen geschützt, deren Beteiligung sich geändert hat. Im Falle der Anteilsübertragung haftet der Geschäftsführer damit sowohl dem Erwerber als auch dem Veräußerer.⁶⁷ **68**

Zwar haftet der **Notar** nicht gem. § 40 Abs. 3 GmbHG auf Schadensersatz, weil sich diese Bestimmung nur an Geschäftsführer richtet; da die Verpflichtung gem. § 40 Abs. 2 GmbHG zur (zeitgerechten) Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste aber eine Amtspflicht des Notars darstellt, kann ihre schuldhaftige Verletzung zu einer Schadensersatzpflicht gem. § 19 BNotO führen.⁶⁸ Der Notar hat die Gesellschafterliste unverzüglich „nach Wirksamwerden der Veränderung“ zu unterschreiben und beim Handelsregister einzureichen. Nach dem Wortlaut des § 40 Abs. 2 GmbHG besteht diese Verpflichtung (anders als für die Geschäftsführung, siehe oben) losgelöst von jeglicher Mitteilung und weiteren Nachweisen.⁶⁹ Insoweit ist dem Notar jedoch eine Prüfungspflicht auferlegt, d.h. er darf die geänderte Gesellschafterliste (ebenso wie die Geschäftsführung) erst dann zum Handelsregister einreichen, wenn er sich vom Wirksamwerden der Änderung sicher überzeugt hat.⁷⁰ Diese Prüfung kann im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten bereiten, z.B. bei Vereinbarung von aufschiebenden Bedingungen, deren Eintritt der Notar nicht mit Gewissheit feststellen kann. Der Gesetzgeber hat nicht festgelegt, wie hoch der notwendige Grad der Überzeugungsbildung des Notars ist. Im Ergebnis besteht wohl Einigkeit darüber, dass der Notar im Zeitpunkt der Einreichung nach seinem pflichtgemäßen Ermessen keinen Zweifel an der materiell-rechtlichen Wirksamkeit der Geschäftsanteilsabtretung haben darf.⁷¹ Zur Vermeidung von Zweifelsfällen sollte in jeden Abtretungsvertrag eine Verpflichtung von Veräußerer und Erwerber aufgenommen werden, den Notar über das Wirksamwerden der Veränderungen im Gesellschafterbestand zu informieren.⁷² Bei Unternehmenskaufverträgen kommt als geeigneter **Nachweis** z.B. die Vorlage des **Closing Memorandums** in Betracht.⁷³ Bei Vereinbarung einer auflösenden Bedingung oder einer Rückübertragungsklausel darf der Notar nicht zuwarten, da die Liste unverzüglich und ohne Rücksicht auf etwaige später eintretende Unwirksamkeitsgründe einzureichen ist (§ 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG). **69**

66 *Gottschalk NZG 2009, 896*; vgl. Muster Formulierungsbeispiel Einreichung der Gesellschafterliste gem. § 40 Abs. 2 GmbHG im Anhang 21.

67 *Rotthege Rn. D 81*; *Kort GmbHR 2009, 169, 173*.

68 *Mayer DNotZ 2008, 403, 415*; *Kort GmbHR 2009, 169, 173*.

69 *Lutter/Hommelhoff/Bayer § 40 Rn. 28*; *Mayer ZIP 2009, 1037, 1047*; *Hasselman NZG 2009, 486, 490*.

70 *Mayer ZIP 2009, 1037, 1047*; *Lutter/Hommelhoff/Bayer § 40 Rn. 28*.

71 Vgl. *Baumbach/Hueck/Fastrich § 40 Rn. 58* sowie *Wachter ZNotP 208, 378, 390*.

72 Vgl. Muster im Anh. 20.

73 Vgl. *Baumbach/Hueck/Fastrich § 40 Rn. 59* und *Götze/Bressler NZG 2007, 894, 896*.

- 70 Werden zu gleicher Zeit und von **unterschiedlichen Notaren** Veränderungen im Gesellschafterkreis beurkundet, so besteht die Gefahr, dass jeder Notar eine Gesellschafterliste zum Handelsregister einreicht, in der die jeweils andere Veränderung nicht berücksichtigt ist („**sich kreuzende Gesellschafterlisten**“). Da das Registergericht nicht zu einer inhaltlichen Prüfung verpflichtet ist, ist es in solchen Fällen Aufgabe der Geschäftsführer, im Rahmen ihrer allgemeinen Sorgfaltspflicht für eine Berichtigung der Gesellschafterliste zu sorgen.⁷⁴

V. Gutgläubiger Erwerb

1. Voraussetzungen

- 71 Der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen ist gem. § 16 Abs. 3 GmbHG möglich.
- 72 Die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste dient gem. § 16 Abs. 3 GmbHG als Anknüpfungspunkt für einen gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen und macht diesen überhaupt erst möglich. Derjenige, der einen Geschäftsanteil erwirbt, soll darauf vertrauen dürfen, dass die in der Gesellschafterliste wiedergegebene Person auch wirklich Gesellschafter ist.
- 73 Die Vorschrift des § 16 Abs. 3 GmbHG setzt einen Erwerb durch ein „**Rechtsgeschäft**“ voraus. Insoweit gelten die zu § 892 BGB entwickelten Grundsätze entsprechend: Das bedeutet, dass es auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts (z.B. Abtretung des Geschäftsanteils an den gutgläubigen Erwerber durch privatschriftlichen Vertrag) nicht ankommt. Des Weiteren ist ein sog. „**Verkehrsgeschäft**“ zu fordern. Hieran fehlt es, wenn z.B. auf beiden Seiten dieselbe Person steht (z.B. Schenkung eines Geschäftsanteils an ein minderjähriges Kind, das beim Schenkungsvertrag durch die Eltern vertreten wird). Erfasst ist sowohl die persönliche als auch die wirtschaftliche Identität (z.B. Veräußerung eines GmbH-Geschäftsanteils von einer GmbH als Anteilsinhaber an ihren alleinigen Gesellschafter).⁷⁵
- 74 Rechtsscheinträger kann nur eine den Anforderungen des § 40 GmbHG entsprechende Gesellschafterliste sein. Soweit der Rechtsinhaber zweifelsfrei identifizierbar ist, dürfte das Fehlen einzelner Angaben einem gutgläubigen Erwerb nicht entgegenstehen.⁷⁶ Gleiches gilt bei einer fehlenden Nummerierung des Geschäftsanteils, wenn der Anteil selbst anhand der Gesellschafterliste identifizierbar bleibt.⁷⁷

2. Reichweite

- 75 Geschützt wird der **gute Glaube** an die **Berechtigung** des in der Gesellschafterliste **eingetragenen Inhabers**. Derjenige, der einen Geschäftsanteil erwirbt, darf darauf vertrauen, dass die in der Gesellschafterliste aufgeführte Person auch tatsächlich Rechtsinhaber ist.⁷⁸ Nicht geschützt wird dagegen der gute Glaube an die Existenz des

74 Lutter/Hommelhoff/Bayer § 40 Rn. 31; Mayer DNotZ 2008, 403, 412; Götze/Bressler NZG 2007, 894, 896; Heckschen/Heidinger § 13 Rn. 362.

75 Hierzu ausführlich und mit weiteren Beispielen Vossius DB 2007, 2229, 2300.

76 Baumbach/Hueck/Fastrich § 16 Rn. 29 sowie Mayer DNotZ 2008, 403, 419; s. hierzu auch Heckschen/Heidinger § 13 Rn. 88.

77 Vgl. Vossius DB 2007, 2229, 2301.

78 Rotthege Rn. D 82.

Geschäftsanteils:⁷⁹ Nicht existierende Geschäftsanteile können also nicht gutgläubig erworben werden.⁸⁰ Nicht möglich ist darüber hinaus ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb.⁸¹ Dies ist in der Transaktionspraxis auf Kritik gestoßen, da damit nach wie vor auf eine sorgfältige Due Diligence Prüfung nicht verzichtet werden kann.⁸²

Ebenfalls nicht geschützt ist der gute Glaube an die freie Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen.⁸³ Eine Vinkulierung gem. § 15 Abs. 5 GmbHG kann daher nicht mit Hilfe der Gesellschafterliste überwunden werden, da solche Verfügungsbeschränkungen nicht in der Gesellschafterliste abgebildet werden.⁸⁴ **76**

Streitig ist, ob ein gutgläubiger Erwerb nach Maßgabe einer in der Gesellschafterliste aufgeführten unrichtigen Stückelung der Geschäftsanteile möglich ist.⁸⁵ Mit der bisherigen Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass eine fehlerhafte Stückelung die Nichtexistenz der ausgewiesenen Geschäftsanteile zur Folge hat.⁸⁶ Da nicht existente Geschäftsanteile nicht gutgläubig erworben werden können, kann damit auch keine Unrichtigkeit der Stückelung überwunden werden; daher scheidet ein gutgläubiger Erwerb bei unzutreffender Stückelung aus.⁸⁷ **77**

Weitere Voraussetzung für einen gutgläubigen Erwerb ist, dass der – nicht berechnete – Veräußerer als Gesellschafter in die **Gesellschafterliste** eingetragen ist und diese im Erwerbszeitpunkt seit **mindestens drei Jahren unrichtig** ist.⁸⁸ Jedoch ist ein gutgläubiger Erwerb auch dann möglich, wenn die Gesellschafterliste noch keine drei Jahre unrichtig ist, sofern diese Unrichtigkeit dem wahren Berechtigten zuzurechnen ist (§ 16 Abs. 3 GmbHG). Eine **zurechenbare Unrichtigkeit** liegt z.B. vor, wenn der wahre Berechnete nach Erwerb seines Geschäftsanteils nicht dafür Sorge getragen hat, dass die Gesellschafterliste an seine neue Rechtsstellung angepasst wird, oder wenn bei gesetzlichem Erwerb der wahre Erbe die Erwerbsmitteilung unterlassen hat und die Eintragung des zunächst aufgenommenen Scheinerben nicht korrigiert wird.⁸⁹ **78**

79 *Baumbach/Hueck/Fastrich* § 16 Rn. 26.

80 *Lutter/Hommelhoff/Bayer* § 16 Rn. 58; *Kort GmbH* 2009, 169, 174; *Roth/Altmeppen* § 16 Rn. 51.

81 Denn nach ganz h.M. in der Literatur können Belastungen eines Geschäftsanteils nicht in die Gesellschafterliste eingetragen werden; a.A. *LG Aachen GmbH* 2009, 1218 m. Anm. *Omlor*.

82 *Harbarth ZIP* 2008, 57, 64; *Klöckner NZG* 2008, 841, 844; *Kort GmbH* 2009, 169, 174. In der Literatur wird daher gefordert, dass de lege ferenda auch Belastungen (wie etwa Pfandrecht und Nießbrauch) in die Gesellschafterliste eingetragen werden und auch vom Anwendungsbereich des § 16 Abs. 3 GmbHG erfasst werden können, vgl. z.B. *Grunewald ZIP* 2006, 685, 688 und *Kort GmbH* 2009, 169, 174.

83 *Lutter/Hommelhoff/Bayer* § 16 Rn. 62; *Baumbach/Hueck/Fastrich* § 16 Rn. 26.

84 Eine Wiedergabe wäre im Übrigen auch nicht praktikabel, da die Vinkulierungen in der Praxis häufig mit der Einhaltung komplizierter Satzungsregelungen über Vorerwerbs-, Andienungs- oder Mitveräußerungsrechte verbunden sind.

85 Die Problematik wird auch als gutgläubiger Erwerb „so nicht existierender Geschäftsanteile“ diskutiert.

86 *BGH NZG* 2005, 927, 928.

87 *Lutter/Hommelhoff/Bayer* § 16 Rn. 59; a.A. *Baumbach/Hueck/Fastrich* § 16 Rn. 28 für den Fall, dass ein entsprechender Geschäftsanteil existiert, jedoch einem anderen Gesellschafter gehört.

88 Die Gesellschafterliste ist somit Rechtsscheinträger für den gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen, *Roth/Altmeppen* § 16 Rn. 47.

89 *Rotthege Rn. D 83*; *Baumbach/Hueck/Fastrich* § 16 Rn. 34. Ausführlich zur Zurechenbarkeit auch *Apfelbaum BB* 2008, 2470 ff.

3. Grenzen der Gutgläubenswirkung

- 79 Ein gutgläubiger Erwerb ist dann nicht möglich, wenn dem Erwerber die mangelnde Berechtigung bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist (§ 16 Abs. 3 S. 3 GmbHG). Die Bösgläubigkeit umfasst die grob fahrlässige Unkenntnis des Mangels der Berechtigung.⁹⁰
- 80 Zum Schutz des materiell Berechtigten eröffnet § 16 Abs. 3 S. 3 GmbHG die Möglichkeit, der Gesellschafterliste einen **Widerspruch** aufgrund Bewilligung des eingetragenen Gesellschafters bzw. Berechtigten oder aufgrund einstweiliger Verfügung zuzuordnen. Die Zuordnung eines Widerspruchs vor Vollendung des Rechtserwerbs schließt einen gutgläubigen Erwerb aus.⁹¹ Über das elektronische Handelsregister ist der Widerspruch für jedermann online einsehbar. Ein eingetragener Widerspruch zerstört die Gutgläubenswirkung, nicht jedoch die relative Gesellschafterstellung nach § 16 Abs. 1 GmbHG. Die Berechtigung des wahren Inhabers, seinen Anteil zu veräußern, wird ebenfalls nicht eingeschränkt.
- 81 Bleibt eine unrichtige Eintragung in der Gesellschafterliste für einen Zeitraum von mindestens drei Jahren seit Aufnahme der Liste in das Handelsregister unbeanstandet, so gilt deren Inhalt dem Erwerber gegenüber als richtig. Entscheidend für die **Dreijahresfrist** ist demgemäß, dass die Gesellschafterliste in diesem Zeitraum unrichtig war.⁹² Nicht erforderlich ist, dass der nicht berechtigte Veräußerer in diesem Zeitraum auch als Gesellschafter eingetragen war.⁹³ Daraus ergibt sich auch, dass die Dreijahresfrist mit Eintragung eines neuen Nichtberechtigten nicht erneut zu laufen beginnt.⁹⁴
- 82 Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen ist für die Praxis zu empfehlen,

90 Einen allzu strengen Maßstab wird man insofern nicht anlegen dürfen, insbesondere keine umfassenden Nachforschungspflichten des Erwerbers verlangen können, da andernfalls das mit der Ermöglichung des gutgläubigen Anteilerwerbs angestrebte Ziel, den Erwerber von der Durchführung einer umfangreichen Due Diligence zu entlasten, konterkariert würde. Vgl. *Kort GmbHR* 2009, 169, 176; *Mayer DNotZ* 2008, 403, 422.

91 Zur praktischen Ausgestaltung der bedingten Abtretung von GmbH-Anteilen unter Vermeidung der Risiken eines gutgläubigen bedingungsfreien Zwischenerwerbs Dritter s. *Oppermann ZIP* 2009, 651 ff. und *ders. DB* 2009, 2306 ff. Das LG Köln hat die sog. Widerspruchslösung, bei der zwecks Vereitelung eines gutgläubigen Anteilerwerbs ein Widerspruch nach § 16 Abs. 3 S. 3 GmbHG eingetragen wird, insoweit ermöglicht, als die Zuordnung eines Widerspruchs zu der Gesellschafterliste nicht mit der Begründung abgewiesen werden kann, dass die Gesellschafterliste gar nicht unrichtig ist, vgl. *LG Köln GmbHR* 2009, 1215 m. Anm. *Wachter*. Soweit teilweise die Einreichung einer eigenständigen Liste mit dem Vermerk der aufschiebend bedingten Übertragung für das Mittel der Wahl gehalten wurde (sog. Zwei-Listen Lösung), hat das OLG München jedoch eine deutliche Absage erteilt, vgl. *OLG München GmbHR* 2009, 1211 m. Anm. *Riemenschneider*. Zum Ganzen auch *Weigl NZG* 2009, 1173 ff. sowie *Schneider NZG* 2009, 1167 ff. und *Begemann/Galla GmbHR* 2009, 1065, 1067 f.

92 *Oppermann ZIP* 2009, 651, 653; *Mayer DNotZ* 2008, 403, 420.

93 *Beisel/Klumpp* Kap. 4 Rn. 15.

94 *Rotthege* Rn. D 82. Die Regelung des § 16 Abs. 3 GmbHG findet bei Gesellschaften, die vor dem 1.11.2008 gegründet worden sind, in Fällen, in denen die Unrichtigkeit in der Gesellschafterliste bereits vor dem 1.11.2008 bestand und dem Berechtigten zuzurechnen ist, auf Rechtsgeschäfte seit dem 1.5.2009 Anwendung (§ 3 Abs. 3 EGGmbHG). Im Übrigen ist der gutgläubige Erwerb ab dem 1.11.2011 möglich. Mit dieser Übergangsregelung wird Altgesellschaften ein allmähliches Hineinwachsen in die Regelung des gutgläubigen Erwerbs ermöglicht, vgl. *Rotthege* Rn. D 86.

- die Gesellschafterliste regelmäßig – spätestens jedoch vor dem Ablauf von drei Jahren – einzusehen und zu überprüfen;
- im Anschluss an den dinglichen Erwerb von Geschäftsanteilen unverzüglich eine Kopie der durch den Notar beim Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste zu verlangen und diese auf ihre Richtigkeit zu prüfen;
- bei Anteilsübertragungen eine Vollmacht des Übertragenden an den Übernehmer zur Wahrnehmung sämtlicher Rechte aus den übertragenen Anteilen ab Übergang ausstellen zu lassen; hiermit kann sichergestellt werden, dass neue Gesellschafter schon vor Aufnahme der aktualisierten Gesellschafterliste gegenüber der Gesellschaft wirksam handeln können.

D. Checklisten

I. Übertragungsakte beim Asset Deal

Übertragung einzelner Sachen und Rechte

83

Grundstücke – Auflassung und Eintragung im Grundbuch (§§ 873, 925 BGB)

Bewegliche Sachen – Einigung und Übergabe (§ 929 BGB)

Anwartschaftsrechte – Einigung und Übergabe (§ 929 BGB)

Forderungen – Abtretung (§ 398 BGB)

Firma – Abtretung des Immaterialguts (§§ 398, 413 BGB) unter den besonderen Voraussetzungen des § 22 HGB

II. Übertragungsakte beim Share Deal

GmbH-Anteil

84

Abtretung (§§ 398, 413 BGB)

Notarielle Beurkundung (§ 15 Abs. 3 GmbHG)

Bei Vinkulierungsklausel (§ 15 Abs. 5 GmbHG): Genehmigung der Gesellschaft

Außenverhältnis: Einreichung der Gesellschafterliste beim Handelsregister (§ 16 Abs. 1 GmbHG)

Innenverhältnis: Anmeldung bei der Gesellschaft (§ 16 Abs. 1 GmbHG)