

Unternehmenskauf – Die Übergabe

Ulrich Herfurth, Rechtsanwalt in Hannover und Brüssel

No. 242 - Januar 2007

Verkauf und Übergabe des Unternehmens sind komplexe Vorgänge, die je nach der vertraglichen Konstruktion ausgestaltet werden müssen.

Rechtsübergang

Das deutsche Recht weist die Besonderheit auf, dass sich der Kauf aus zwei Teilen zusammensetzt: dem schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft, nämlich dem Versprechen des Verkäufers, den Kaufgegenstand an den Käufer zu liefern, sowie dem eigentlichen Übertragungsgeschäft, nämlich der Übertragung des Rechtes des Verkäufers auf den Käufer, z. B. der Übertragung des Eigentums. Diese Trennung beider Schritte, das sogenannte Abstraktionsprinzip, ist ausländischen Vertragsbeteiligten regelmäßig fremd und führt zu erhöhtem Erklärungs- oder Verhandlungsbedarf. Nach dem Verständnis ausländischer Rechtsordnungen geht nämlich zugleich mit Abschluss des Kaufvertrages in aller Regel der Kaufgegenstand ohne weiteres auf den Käufer über. Diese Konstruktion spiegelt sich auch in dem angelsächsischen Begriff des Closing wider, dem Moment, an dem der Vertrag abgeschlossen wird und alle Rechte und Pflichten auf den Käufer übergehen. Diese angelsächsische Grundstruktur lässt sich aber nicht ohne weiteres auf deutsche Rechtsverhältnisse übertragen; es muss daher im Einzelfall mit ausländischen Vertragsparteien genau ausgehandelt und beschrieben werden, welche rechtlichen Folgen für welchen Zeitpunkt gewollt sind.

Der Kaufvertrag muss daher ausdrücklich die Übertragung der Rechtsposition an dem Kaufgegenstand enthalten. Überträgt der Verkäufer Geschäftsanteile an der GmbH, Gesellschaftsanteile an einer OHG oder Kommanditanteile

an einer KG, so wird er ausdrücklich die Rechte an den Anteilen an den Käufer abtreten und der Käufer die Annahme dieser Abtretung erklären.

Veräußert der Verkäufer aber einzelne Vermögensgegenstände, müssen die Vertragsparteien erklären, dass sie über den Eigentumsübergang einig sind und wie die Übergabe der Kaufgegenstände erfolgen soll bzw. dass die Übergabe durch Einräumung des Besitzes ersetzt werden kann. Wollen die Beteiligten die Rechtsposition aus einem Vertrag mit Dritten übertragen, ist regelmäßig dessen Zustimmung erforderlich. Bei der Übertragung von einzelnen Rechten muss der Verkäufer diese an den Käufer abtreten. Beim Asset Deal empfiehlt sich daher, die einzelnen verschiedenartigen Übertragungen bereits im Sachzusammenhang mit der Beschreibung des jeweiligen Kaufgegenstandes zu regeln. Dies macht den Vertrag übersichtlicher und für die kaufmännischen Vertragsparteien einfacher nach zu verfolgen.

Übergabestichtag

Da nach dem deutschen Rechtsverständnis die Übergabe des Kaufgegenstandes, also hier des Unternehmens, nicht mit dem Abschluss des Kaufvertrages zusammenfällt, müssen die Beteiligten bestimmen, zu welchem Zeitpunkt die Gesellschaftsanteile oder die jeweiligen einzelnen Wirtschaftsgüter auf den Erwerber übergehen sollen. Es empfiehlt sich daher, an dieser Stelle zentral einen Übergabestichtag zu bestimmen, auf den an anderen Stellen des Vertrages Bezug genommen werden kann. In der Praxis ist die Handhabung eines derartigen Vertrages einfacher,

wenn Daten nicht an verschiedenen Stellen kontrolliert und eingehalten werden müssen.

Bilanzstichtag

Ein weiterer wichtiger Anknüpfungspunkt für verschiedene Regelungen innerhalb des Unternehmenskaufvertrages ist neben dem Übergabestichtag der Bilanzstichtag. Dieses ist der Tag, an dem die letzte Bilanz im Rahmen des Jahresabschlusses oder als unterjährige Zwischenbilanz erstellt wurde. Da für die Zeit danach typischerweise keine gleichartig aussagefähigen Unterlagen vorliegen, knüpfen verschiedene Regelungen zum versprochenen Zustand des verkauften Unternehmens an den Bilanzstichtag an, etwa dass sich bestimmte betriebswirtschaftliche Kennziffern seitdem nicht wesentlich verändert haben.

Die Stichtagsbilanz zum Übergabestichtag muss hingegen, sofern dieser nicht in der Vergangenheit liegt, erst noch erstellt werden. Dabei empfiehlt es sich, dass beide Parteien in die Erstellung bzw. Prüfung des Abschlusses einbezogen werden. Sind die Gesellschaftsanteile zum Stichtag übergegangen, stellt nämlich ausschließlich die Gesellschaft unter der Kontrolle des Erwerbers als neuem Gesellschafter den Jahresabschluss auf. Kommt es dann zur unterschiedlichen Auffassung in Bewertungsfragen und sieht der Vertrag eine bestimmte Kapital- oder Ertragsstruktur für den Moment der Übergabe vor, ist Streit zwischen den Vertragsparteien vorhersehbar. Insbesondere sollten Käufer und Verkäufer gemeinsam an der Inventur teilnehmen oder einen neutralen Dritten mit der Durchführung der Inventur beauftragen.

Gewinnzuordnung

Eine wichtige Entscheidung liegt in der Zuordnung des Gewinns aus der laufenden Periode. Häufig hat der Verkäufer die Vorstellung, dass, insbesondere bei dem Verkauf von GmbH-Anteilen zum Ende eines Geschäftsjahres, ihm der in dem betreffenden Jahr erwirtschaftete Gewinn noch zusteht. Tatsächlich entsteht aber der Anspruch auf den Gewinn aus Sicht des Gesellschafters erst mit dem Ausschüttungsbeschluss, in einem derartigen Fall also in einer Periode, in der der Erwerber und nicht mehr der Veräußerer Gesellschafter ist. Der Erwerber kauft also die GmbH-Anteile mit dem darin enthaltenen Jahresergebnis; der entsprechende wirtschaftliche Gegenwert kann im Kaufpreis Niederschlag finden. Hat der Verkäufer jedoch mit Vorabausschüttungsbeschlüssen bereits Gewinne aus der laufenden Periode erhalten, sollten die Parteien klären,

ob er diese behalten darf oder wieder in die Gesellschaft zurückzahlen muss. Die Abwicklung über einen höheren Kaufpreis kann dabei steuerlich günstiger sein. Zu entscheiden ist auch, ob der handelsrechtliche oder steuerbilanzielle Gewinn maßgeblich sein soll.

Bei Personengesellschaften ist die Zuweisung der Gewinnanteile komplizierter. Ertragssteuerrechtlich werden die erwirtschafteten Ergebnisse dem Verkäufer bis zum Vertragsabschluss (und allenfalls einem nicht weit zurückliegenden Übergabestichtag) zugerechnet. Zivilrechtlich steht einem Mitgesellschafter ein anteiliger Anspruch auf Ausgleich gezogener Nutzungen gem. § 101 BGB zu. Wollen die Beteiligten von dieser Verteilung abweichen, können sie dies lediglich auf schuldrechtlicher Ebene durch Ausgleichszahlungen erreichen.

Das Gegenstück zur Zuordnung von Gewinnanteilen liegt in der Übernahme von Verlusten oder Verlustanteilen. Die Vertragsparteien werden daher regeln müssen, ob Verkäufer oder Käufer einen etwaigen Verlust übernehmen und wie sich dieses ggf. auf den Kaufpreis auswirkt. Eine andere Möglichkeit, den gewünschten finanziellen Zustand des Unternehmens zum Zeitpunkt der Übernahme zu fixieren, liegt in Bilanzgarantien. Derartige Garantien können im Zusammenhang mit der Übergabe geregelt werden, weil es sich um einen ggf. noch herzustellen bestimmten Zustand des Unternehmens handelt. Sie können aber auch im Zusammenhang mit Zusicherung und Gewährleistung behandelt werden.

Den Erwerber interessierende Kennzahlen können Umsatz, Betriebskosten, Auftragsbestand und Warenbestand sein, auch die Höhe von Forderungen und Verbindlichkeiten. Die wichtigste Größe ist aber regelmäßig das vorhandene Eigenkapital; ist es nicht in versprochener Höhe vorhanden, kann sich dies in einer Kaufpreisminderung oder einer gesonderten Zahlungsverpflichtung niederschlagen.

Steuerliche Nachprüfung

Da das betriebliche Ergebnis zumeist noch der steuerlichen Nachprüfung unterliegt, können sich aufgrund späterer Betriebsprüfungen noch Veränderungen in den Jahresabschlüssen ergeben. Der Kaufvertrag muss also klären, ob sich derartige Veränderungen auch auf den vertraglich vorgestellten Zustand des Unternehmens auswirken sollen. Außerdem sollten sich die Parteien darüber einigen, wer steuerliche Nachbelastungen oder Rückerstattungen im Innenverhältnis trägt. Handelt es sich um eine Personengesellschaft, schlägt sich die Neufestsetzung eines Jahresergebnisses ohne weiteres bei dem früheren Gesellschafter nieder, also dem Veräußerer. Erkennt die Finanz-

verwaltung eine Aufwandsposition nicht an, schlägt sich dieses als Steuerbelastung bei dem Verkäufer nieder. Ob er auch einen entsprechenden Gewinnanteil nachträglich aus der Gesellschaft erhalten soll, müssen die Beteiligten daher klären.

Laufende Rechtsbeziehungen zum Verkäufer

Des Weiteren empfiehlt es sich im Kaufvertrag zu regeln, dass alle laufenden Beziehungen zwischen der Gesellschaft und dem Verkäufer oder ihm nahestehenden Personen zum Übergabestichtag beendet werden, es sei denn, anderes ist ausdrücklich von den Vertragsparteien gewollt. Der Vertrag sollte auch klarstellen, dass die Gesellschaft nicht verpflichtet ist, dem Verkäufer unabhängig von dem Kaufpreis für sein Ausscheiden aus der Gesellschaft eine Abfindung zu leisten. Ob dem Verkäufer von ihm gewährte Gesellschafterdarlehen sofort zurückzugewähren sind oder ob er Anspruch auf sofortige Entnahme etwaiger Guthaben auf seinen Gesellschafterkonten in einer Personengesellschaft hat, ist ebenfalls ein wichtiger Regelungspunkt.

Dokumente und Urkunden

Sofern der Käufer nicht die Gesellschaft als Inhaberin des Unternehmens, sondern das Unternehmen in Form aller einzelnen Wirtschaftsgüter übernimmt, ist er nicht Gesamtrechtsnachfolger. Ihm stehen also nicht ohne weiteres alle Dokumente und Urkunden, die im Zusammenhang mit den Wirtschaftsgütern stehen, zu; vielmehr ist der Verkäufer in der Regel gehalten, diese im Rahmen der eigenen Aufbewahrungspflichten im Original zu behalten. Der Vertrag sollte daher regeln, dass, soweit möglich, die Wirtschaftsgüter betreffenden Unterlagen im Original herausgegeben werden, ansonsten in Kopie. Der Verkäufer sollte auch verpflichtet sein, bei der Abgabe aller etwa notwendigen Erklärungen gegenüber Dritten unverzüglich mitzuwirken.

Herstellung des vertraglichen Zustandes

Unter Umständen hat der Käufer ein Interesse daran, den Betrieb in einem bestimmten Zustand zu übernehmen, gleich, ob die Übernahme in Form der Gesellschaftsanteile oder der Einzelwirtschaftsgüter erfolgt. In diesem Fall wird ein Kaufvertrag programmatische Regeln enthalten, nach denen bestimmte Rechtsbeziehungen beendet sein sollen, bestimmte Wirtschaftsgüter entfernt oder herbeigeschafft oder andere Maßnahmen zu treffen sind. Gelegentlich hält der Verkäufer persönlich oder in anderen seiner Unternehmen Wirtschaftsgüter, die von der Gesellschaft genutzt werden oder für diese erforderlich sind. Dies betrifft insbe-

sondere Grundstücke und gewerbliche Schutzrechte wie Patente, Marken und anderes, teilweise auch außerhalb der Gesellschaft selbst angesiedeltes Know How.

Mitbeteiligung des Verkäufers

Zusätzlicher Regelungsbedarf ergibt sich, wenn der Erwerber nicht alle Anteile an dem Unternehmen übernimmt (im Falle des Share Deals), sondern der oder die bisherigen Gesellschafter neben dem Erwerber beteiligt bleiben. Regelmäßig wird der Erwerber eine andere gesellschaftsrechtliche Konzeption verfolgen als die bislang Beteiligten. Zu diesem Zweck ist es erforderlich, dass die bisherigen Verkäufer und künftigen Mitgeschafter bereits mit Abschluss des Kaufvertrages darauf verpflichtet werden, der Gesellschaft eine bestimmte Struktur zu geben. Sofern der künftige Gesellschaftsvertrag bereits im Einzelnen ausgehandelt ist, kann dieser gesondert, aber gleichzeitig mit dem Unternehmenskaufvertrag abgeschlossen werden, ggf. mit gegenseitiger Wirksamkeitsbedingung. Steht der Gesellschaftsvertrag noch nicht in allen Einzelheiten fest, könnte er zumindest als Entwurf mit seinem wesentlichen Regelungsgehalt zum Gegenstand des Kaufvertrages gemacht werden; der Verkäufer und künftige Mitgeschafter wird sich dann verpflichten, einen Gesellschafterbeschluss zur Änderung des Gesellschaftsvertrages entsprechend zu fassen. Eine ähnliche Interessenlage kann auch bestehen, wenn der Verkäufer als Geschäftsführer weiterhin im Unternehmen tätig bleibt. Auch hier wird in den wenigsten Fällen der bisherige Geschäftsführervertrag unverändert übernommen.

Plant der Erwerber eine weitere gesellschaftsrechtliche Behandlung des übernommenen Unternehmens, muss diese jedenfalls vom Grundsatz durch den Verkäufer und künftigen Mitgeschafter gedeckt sein. In Frage kommen Umwandlung der Rechtsform, eine geplante Verschmelzung, Spaltung des Unternehmens oder Übertragung von wichtigen Vermögensgegenständen auf andere Gesellschaften. Die Programmierung eines derartigen Ablaufes ist nur dann einigermaßen rechtssicher zu gestalten, wenn alle Details des künftigen Vorhabens festgelegt sind und der Verkäufer dem Käufer für die vorgesehenen Zeiträume unwiderrufliche Vollmachten erteilt. Schwierigkeiten im Detail können jedoch entstehen, wenn der Inhalt der künftigen Maßnahmen, ggf. auch nur geringfügig, geändert werden muss und damit nicht mehr von der erteilten Vollmacht gedeckt ist. Aber auch eine Verknüpfung sämtlicher rechtlichen Schritte durch gegenseitige Bedingung ist nicht in allen Fällen möglich; eine spätere Verschmelzung oder Spaltung beispielsweise setzt voraus, dass sich die Gesell-

schaftsanteile bereits in der Verfügungsgewalt der handelnden Gesellschafter befinden.

Wirksamkeit des Vertrages

Wenn das Eingehen der vertraglichen Bindung nicht allein in der Macht der Handelnden liegt, begegnet die Vertragsgestaltung diesem Hindernis mit Wirksamkeitsklauseln. Unter Umständen muss die Gesellschafterversammlung oder der Aufsichtsrat des Verkäufers oder des Käufers (wenn es sich bei diesen selbst um Gesellschaften handelt) dem Vertragsabschluss zustimmen; erst wenn diese aufschiebende Bedingung eingetreten ist, wird der Vertrag wirksam, wenn es so vereinbart ist. Aber auch öffentlich-rechtliche Genehmigungen können eine Wirksamkeitsklausel begründen, beispielsweise die Genehmigung oder Akzeptanz einer Fusion durch die Kartellbehörde, die Zustimmung zum Gesellschafterwechsel bei Unternehmen als Unternehmer einer Rundfunklizenz und anderes. Die aufgeführten Beispiele sind keine zwingenden Wirksamkeitshindernisse, sondern von dem jeweils Handelnden gewünscht, um Sanktionen gegen sich selbst wegen Überschreitung der internen Geschäftsführungsbefugnisse oder gegen das Unternehmen wegen Verletzung öffentlich-rechtlicher Vorschriften mit der Folge drohender Geldbußen zu vermeiden. Umgekehrt lässt sich der Vertrag auch unter auflösende Bedingungen stellen, etwa dass ein externes Ereignis nicht bis zu einem bestimmten Stichtag eingetreten ist. Verpflichtungen aus dem Vertrag selbst als Bedingung für dessen Wirksamkeit auszugestalten, empfiehlt sich im Allgemeinen nicht. Würde man die Zahlung des Kaufpreises zur Wirksamkeitsvoraussetzung erklären, hätte der Verkäufer bis zur Zahlung des Kaufpreises auf diesen keinen Anspruch, da der Vertrag ja noch nicht wirksam zustande gekommen ist. Wenn keine besonderen Regelungen getroffen sind, kann er auch vom Vertrag nicht zurücktreten und keine anderen Ansprüche aus dem Vertrag wegen Nichterfüllung geltend machen. Etwas differenzierter ist das Modell einer vom Käufer beizubringenden Zahlungsgarantie. Für den Fall, dass der Käufer die Garantie nicht innerhalb einer bestimmten Frist vorlegt, könnte der Vertrag als unwirksam betrachtet werden (auflösende Bedingung). Allerdings empfiehlt sich eher, den Käufer bereits bei Vertragsabschluss die Zahlungsgarantie vorlegen zu lassen. Ist der Käufer dazu nicht in der Lage, weil er die Garantie von seinem Geldgeber erst nach Vorlage des abgeschlossenen Vertrages erhält, sollte der Verkäufer im Vertrag eine Frist vorsehen, nach der er die Wahl hat, neue Fristen zu setzen oder vom Vertrag zurückzutreten.

Herausgegeben im Januar 2007.

Der Beitrag ist in gekürzter Fassung entnommen aus dem CASTON REPORT Unternehmenskauf, Juni 2004 (2. Aufl.)

caston.info

Mehrere tausend Beiträge zu Recht & Wirtschaft International finden Sie kostenfrei im Internet bei caston.info. Dort können Sie nach Schlagwort und Sachgebieten recherchieren.

Unsere Titelliste erhalten Sie auch per Fax.

HERAUSGEBER

HERFURTH & PARTNER,
Rechtsanwälte GBR - German & International Lawyers
Luisenstr. 5, D-30159 Hannover
Fon 0511-30756-0 Fax 0511-30756-10
Mail info@herfurth.de, Web www.herfurth.de
Hannover · Göttingen · Brüssel · München
Member of the ALLIURIS GROUP, Brussels

REDAKTION / HANNOVER

Redaktion: Ulrich Herfurth, Rechtsanwalt, zugelassen in Hannover und Brüssel (verantw.), Sibyll Hollunder-Reese, M.B.L., Rechtsanwältin (D); Philipp Neddermeyer, Rechtsanwalt (D),

unter Mitarbeit von Kenneth S. Kilimnik, LL.M., M.IUR., Attorney at Law (USA); Angelika Herfurth, Rechtsanwältin (D); Jens-Uwe Heuer, Rechtsanwalt (D); Dr. jur. Konstadinos Massuras, Rechtsanwalt (D) und Dikigoros (GR); Thomas Gabriel, Rechtsanwalt (D); Carlota Simó del Cerro, LL.M., Abogada (ES); JUDr. Yvona Rampáková, Juristin (CR); Egbert Dittmar, Rechtsanwalt (D); Metin Demirkaya, Rechtsanwalt (D); Dr. Jona Aravind Dohrmann, Rechtsanwalt (D); Marc-André Delp, M.L.E., Rechtsanwalt (D); Anja Nickel, Rechtsanwältin (D); Tatiana Getman, Rechtsanwältin (D); Reinald Koch, Rechtsanwalt (D); Monika Sekara, Rechtsanwältin (D); Kornelia Winnicka, Rechtsanwältin (D); Dr. jur. Wolf Christian Böttcher, Rechtsanwalt (D); Rosa Velarde, Abogada (PER); Aedeline Maler Berger, Advocate and Solicitor (GB/ SG), Peh-Wen Lin, Rechtsanwältin (D).

KORRESPONDENTEN / AUSLAND

u.a. Amsterdam, Athen, Barcelona, Brüssel, Budapest, Bukarest, Helsinki, Kiew, Kopenhagen, Lissabon, London, Luxemburg, Mailand, Madrid, Oslo, Paris, Prag, Stockholm, Warschau, Wien, Zürich, New York, Moskau, Peking, Tokio, Bombay, Bangkok, Singapur, Sydney.

VERLAG

CASTON GmbH, Law & Business Information
Luisenstr. 5, D-30159 Hannover,
Fon 0511 - 30756-50, Fax 0511 - 30756-60
Mail info@caston.info; Web www.caston.info

Alle Angaben erfolgen nach bestem Wissen; die Haftung ist auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Wiedergabe, auch auszugsweise, nur mit Genehmigung der Herausgeber.