

Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf

von

Stephan Hettler, Rolf-Christian Stratz, Robert Hörtnagl, Hans Christian Blum, Dr. Corinna Boecker, Stephan Buchwald, Dr. Julia Busch, Axel Dippmann, Eileen Gaugenrieder, Dr. Michael Hoheisel, Dr. Heralt Hug, Dr. Adina Kessler-Jensch, Kai Peter Künkele, Dr. Jörg Lips, Dr. Jens Moraht, Dr. Jörg Mugler, Kai Neuhaus, Karl Petersen, Dr. Antje-Kathrin Uhl, Dr. Christian Zwirner

2., überarbeitete und erweiterte Auflage

[Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf – Hettler / Stratz / Hörtnagl / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Unternehmensrecht](#)



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](#)

ISBN 978 3 406 60662 5

satz ist, die Kenntnis nur auf die tatsächliche (positive) Kenntnis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu beschränken und bei der Zurechnung der Kenntnis Dritter auf konkrete Personen abzustellen. Käufer werden demgegenüber versuchen, die Kenntnis auch auf fahrlässige Unkenntnis sowie auf den Zeitpunkt des Vollzugs zu erweitern und den Kreis der Personen, deren Kenntnis sich der Verkäufer zurechnen lassen muss, möglichst weit oder unbestimmt zu halten, zumindest aber vom Verkäufer zu verlangen, dass dieser in üblichem und zumutbaren Maße Erkundigungen einholt.

Bei der Zusammenstellung des maßgeblichen Personenkreises ist zu beachten, ob die **Loyalität der betroffenen Personen** auf den Käufer übergeht, etwa wenn sie in der Zielgesellschaft verbleiben. Da die Beweislast für die Kenntnis beim Käufer liegt, können Management und Mitarbeiter der Zielgesellschaft dem Käufer als Zeugen zum Nachweis der dem Verkäufer zuzurechnenden Kenntnis zur Verfügung stehen. Bei der **Wahl des maßgeblichen Zeitpunktes** ist zu beachten, dass dem Verkäufer bei Vereinbarung des Vollzugstags als maßgeblichem Zeitpunkt die Möglichkeit eingeräumt wird, mögliche Garantieverletzungen in der Interimsphase haftungsausschließend offenzulegen (*disclosure letter*). 101

b) **Wesentlichkeit**. Insbesondere Garantien können mit der Qualifikation „wesentlich“ entschärft werden. Möglich ist etwa, eine Garantie darauf zu beziehen, dass „alle wesentlichen Verträge vollumfänglich in Kraft und nicht gekündigt“ sind oder „alle wesentlichen Genehmigungen, die für den Betrieb des Unternehmens erforderlich sind, vorliegen.“ Während man im ersten Fall (wesentliche Verträge) definieren kann, was hierunter fällt (z. B. Verträge ab einer bestimmten Mindestlaufzeit und/oder ab einem bestimmten Vertragswert), wird man sich im zweiten Fall mit einer Definition schwer tun. 102

Zwei Aspekte sind besonders zu berücksichtigen. Der Garantiekatalog ist in vielen Fällen der mit am intensivsten verhandelte Teil des Unternehmenskaufvertrages und oft wird lange mit guten Argumenten um einzelne Garantietatbestände gestritten. Kenntnis- oder Wesentlichkeitsqualifikationen können ein guter **Kompromiss** sein. Qualifikationen eignen sich indes nicht für jede Garantie, insbesondere nicht für die sog. **Title-Garantien**, mit denen z. B. die Inhaberschaft des verkauften Geschäftsanteils oder das Eigentum an den verkauften **Assets** garantiert wird. 103

c) **„Nach besten Kräften“**. Insbesondere in der Interimsphase, also dem Zeitraum zwischen Unterzeichnung und Vollzug, trifft der Unternehmenskaufvertrag Regelungen zu einer Reihe von Verpflichtungen (*covenants*) der Parteien. Hierher gehören zum Beispiel die Einholung von Zustimmung Dritter zur Vertragsüberleitung, die Verlängerung bestimmter Genehmigungen, die Weiterführung des Geschäftsbetriebs in bestimmter Art und Weise oder das Herbeiführen der Vollzugsvoraussetzungen. In vielen Fällen tun sich Verkäufer oder Käufer schwer, für diese Verpflichtungen einzustehen, wenn der Erfolg – wie etwa die Einholung von Zustimmung Dritter – letztlich von eben diesen Dritten abhängt, mithin nicht in der Kontrolle der Parteien liegt; hierfür will man im Regelfall nicht im Rechtssinne garantieren. Das heißt allerdings nicht, dass die jeweilige Partei nicht alles „in ihren Kräften stehende“ tun kann, um dieses Ziel zu erreichen. Hier gibt es allerdings Abstufungen. Diese reichen von „stellt sicher, dass“, über „wird alles Zumutbare unternehmen“, „wird nach besten Kräften“, „wird sich nach besten Kräften bemühen“. Im Grunde handelt es sich um eine über § 242 BGB hinausgehende **Konkretisierung der jeweiligen Leistungspflicht**. Was sich jedoch genau hinter diese Formulierungen verbirgt, ist abhängig vom Einzelfall. Statt einer positiven Definition kann es sinnvoll sein, negativ abzugrenzen, mithin konkret Maßnahmen/Handlungen zu definieren, die jeweils nicht erfasst sein sollen (z. B. keine Geldleistungen oder Vertragsänderungen, um die Zustimmung Dritter zu erhalten). 104

3. Kaufgegenstand

a) **Grundsätzliches**. Die meisten M&A-Transaktionen werden als *Share Deal* (Verkauf der Anteile an der Zielgesellschaft) oder als *Asset Deal* (Verkauf der Einzelwirtschaftsgüter) gestaltet. Welche **Transaktionsstruktur** die Richtige ist, hängt von einer Reihe von Faktoren ab. 105

- **Steuerrecht:** Die steuerlichen Konsequenzen für Verkäufer und Käufer sind in den meisten Fällen ein ganz wesentlicher Faktor bei der Wahl der Transaktionsstruktur. Der Verkäufer will nach der Transaktion vom Kaufpreis so viel wie möglich „netto“ behalten. Der Käufer will die Steuerbelastung nach der Transaktion ebenfalls auf ein Minimum reduzieren. Für den Käufer ist bei Kapitalgesellschaften als Target der *Asset Deal*, für den Verkäufer ist der *Share Deal* im Regelfall vorzuzugswürdig.²⁴
- **Praktikabilität:** Generell ist ein *Asset Deal* im Vergleich zum *Share Deal* komplizierter und zeitintensiver. Die verkauften *Assets* müssen einzeln erfasst und vertraglich klar definiert sein. Ferner sind die unterschiedlichen Anforderungen an die wirksame Übertragung der jeweiligen *Assets* bei Vollzug zu berücksichtigen;²⁵ das kann den Dokumentationsaufwand erheblich erhöhen. Erst recht gilt dies bei Transaktionen mit Auslandsbezug, bei denen die jeweiligen nationalen Anforderungen an die Übertragung der *Assets* zu beachten sind. Umgekehrt eröffnet der *Asset Deal* dem Käufer die Möglichkeit, „*Cherry Picking*“ zu betreiben, also bestimmte *Assets* (etwa Grundstücke) vom Kauf auszunehmen, da hiermit unkalkulierbare Risiken (etwa Altlasten) verbunden sind. Werden *Assets* vom Kauf ausgenommen, ist allerdings zu beachten, dass die ansonsten nicht umsatzsteuerbare Transaktion dann umsatzsteuerbar werden kann, da möglicherweise eine Unternehmensveräußerung im Ganzen nicht (mehr) vorliegt.²⁶
- **Vertragsüberleitung:** Verträge der Zielgesellschaft mit Dritten (Lieferanten, Kunden, Lizenzgebern, *Joint Venture*-Partnern etc.) gehen beim *Asset Deal* nicht „automatisch“ auf den Käufer über, sondern können jeweils nur mit Zustimmung des Vertragspartners auf den Käufer übertragen werden. Beim *Share Deal* stellt sich dieses Problem nicht; hier kann es allerdings zu bösen Überraschungen kommen, wenn Verträge sog. *Change of Control*-Klauseln enthalten, die es dem Vertragspartner bei einem Kontrollwechsel ermöglichen, den betreffenden Vertrag (außerordentlich) zu kündigen.
- **Verbindlichkeiten:** Während beim *Share Deal* alle Verbindlichkeiten bei der Zielgesellschaft und damit beim neuen „Eigentümer“ verbleiben, kann der Käufer beim *Asset Deal* genau bestimmen, welche Verbindlichkeiten er übernimmt und welche nicht. Dadurch kann der Käufer sein Haftungsrisiko insbesondere für unbekannte Verbindlichkeiten ausschließen.
- **Konzessionen etc.:** Ist die Zielgesellschaft Adressat behördlicher Genehmigungen, Erlaubnisse, Konzessionen etc., gehen diese beim *Asset Deal* nicht automatisch über, sondern müssen – wenn sie nicht „übertragbar“ sind – neu beantragt werden. Das kann zeit- und kostenintensiv sein. Beim *Share Deal* ist die Weitergeltung der Erlaubnisse etc. die Regel, aber auch nicht in jedem Bereich per se gesichert.
- **Verkehrssteuern, Kosten:** Verfügt die Zielgesellschaft über Immobilien, fällt bei einem *Asset Deal* i. d. R. Grunderwerbsteuer an; der *Share Deal* unterliegt demgegenüber nicht der Grunderwerbsteuer, wenn weniger als 95% der Anteile veräußert werden. Unterschiede gibt es auch bei den Kosten. Verkauf und Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen bedürfen der notariellen Beurkundung, der *Asset Deal* ist dagegen (unterstellt, Grundstücke sind vom Verkauf nicht erfasst) formfrei möglich.
- **Haftung:** Beim *Asset Deal* gibt es im Vergleich zum *Share Deal* zusätzliche (gesetzliche) Haftungsrisiken für den Käufer, etwa die Haftung wegen Firmenfortführung (§ 25 HGB) oder die Haftung für betriebliche Steuern (§ 75 AO).
- **Arbeitsrecht:** Der *Share Deal* hat auf die Arbeitsverhältnisse der Zielgesellschaft grds. keine Auswirkungen. Beim *Asset Deal* gilt § 613 a BGB; die Arbeitsverhältnisse gehen kraft Gesetzes über, die betroffenen Arbeitnehmer können dem Übergang jedoch widersprechen. Das kann ein nicht zu unterschätzendes Risiko für den Käufer sein.

106 b) *Share Deal*. Kaufgegenstand beim *Share Deal* ist die Beteiligung des Verkäufers an der Zielgesellschaft einschließlich aller damit untrennbar zusammenhängenden Rechte und

²⁴ Vgl. § 8 Rn. 11 ff.

²⁵ Grundstücke (§§ 873, 925 BGB), bewegliche Sachen (§§ 929 ff. BGB), Forderungen (§§ 398 ff. BGB), gewerbliche Schutzrechte (§ 15 PatG, § 22 GebrauchsmusterG, § 3 GeschmacksmusterG, § 27 MarkenG).

²⁶ Vgl. § 1 Abs. 1 a UStG und § 8 Rn. 177 ff. Bei der Herausnahme von Grundstücken gelten wieder Besonderheiten, z. B. EuGH v. 10. 11. 2011 – C-444/10 – DStR 2011, 2196 ff.

Pflichten. Daneben bestehen Rechte und Pflichten, die mit der Übertragung des Gesellschaftsanteils – je nach Rechtsform unterschiedlich – nicht automatisch übergehen. Sie unterscheiden sich bei den einzelnen Rechtsformen zum Teil signifikant. Nachfolgend werden für die einzelnen Gesellschaftsformen der jeweilige **Kaufgegenstand** und die Grundsätze für seine Übertragung dargestellt.

aa) *GmbH*. Kaufgegenstand sind – je nach dem – ein oder mehrere Geschäftsanteile. Üblich ist es, den **gesellschaftsrechtlichen Status** der Zielgesellschaft zu Beginn des Unternehmenskaufvertrages darzustellen. Das hat im Wesentlichen zwei Vorteile: Durch die ausführliche Beschreibung des Status quo wird der Kaufgegenstand klar und bestimmbar²⁷ definiert („Verkaufte Geschäftsanteile“). Ferner kann sich der Käufer diesen gesellschaftsrechtlichen Status garantieren lassen. Zum gesellschaftsrechtlichen Status gehören die Handelsregisterdaten der Zielgesellschaft (Registernummer, Registergericht, Sitz, Geschäftsanschrift) sowie Angaben zum Stammkapital und dessen Einteilung in die zu veräußernden (nummerierten²⁸) Geschäftsanteile, wie sie sich aus der Gesellschafterliste ergeben. Hält die Zielgesellschaft selbst **Beteiligungen** (Tochtergesellschaften, Mehrheitsbeteiligungen, Minderheitsbeteiligungen), sollten diese ebenfalls in den gesellschaftsrechtlichen Status aufgenommen werden. Zwar gehen diese im Inland automatisch mit der Übertragung der Anteile an der Zielgesellschaft über, mithin werden sie „indirekt“ mit verkauft und übertragen, möglicherweise sollen sich aber bestimmte Garantien, Freistellungen oder andere Regelungen im Unternehmenskaufvertrag auf diese Beteiligungen beziehen, so dass sich diese Darstellung zur besseren Bezugnahme anbietet.

Seit der Neufassung von § 16 Abs. 3 GmbHG durch das MoMiG wird diskutiert, ob der Käufer, der Geschäftsanteile aufschiebend bedingt erwirbt, vor Zwischenverfügungen des Verkäufers geschützt werden muss. Vor dem Inkrafttreten des MoMiG war das nicht nötig; entsprechende Zwischenverfügungen waren wegen § 161 Abs. 1 BGB unwirksam. Mit der Möglichkeit des **gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen** gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG ist eine solche Zwischenverfügung wegen § 161 Abs. 3 BGB nun nicht mehr automatisch unwirksam. Ob ein gutgläubiger Zwischenerwerb gemäß § 161 Abs. 3 BGB iVm § 16 Abs. 3 GmbHG überhaupt möglich ist, ist streitig.²⁹ Die Gestaltungspraxis hat darauf mit verschiedenen Lösungen reagiert. Häufig wird die Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste vereinbart.³⁰ Ebenso ist es üblich, die Anteilsübertragung auf den Käufer auch unter die aufschiebende Bedingung zu stellen, dass der Verkäufer nochmals über die bereits verkauften Geschäftsanteile verfügt (sog. Doppelbedingung).³¹

Das **Gewinnbezugsrecht** geht bei der Veräußerung des Anteils als mitgliedschaftliches Vermögensrecht auf den Käufer über.³² Das Gewinnbezugsrecht ist vom Gewinnanspruch zu unterscheiden; dieser Gewinnanspruch (Anspruch auf Auszahlung) setzt einen Ergebnisverwendungsbeschluss voraus. Wird nach der Übertragung der Anteile über die Ergebnisverwendung und über die Ausschüttung beschlossen, steht der Gewinnanspruch allein dem Käufer zu. Die Regelung in § 101 Nr. 2 HS 2 BGB begründet jedoch eine schuldrechtliche Ausgleichsverpflichtung zwischen Verkäufer und Käufer. Danach steht dem Verkäufer der auf die Zeit bis zur Anteilsübertragung entfallende Gewinn zu. Dieser Ausgleichsanspruch besteht aber nur für die Jahre, für die noch kein Ergebnisverwendungsbeschluss gefasst wurde, mithin das Geschäftsjahr, in das die Übertragung fällt, im Einzelfall auch diesem

²⁷ Bestimmtheitserfordernis, vgl. Michalski/Ebbing § 15 Rn. 116 m. w. N.

²⁸ Vgl. § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Die Nummerierung sollte bei der Beschreibung im Unternehmenskaufvertrag beibehalten werden, um dem Bestimmtheitserfordernis zu genügen.

²⁹ Vgl. Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich § 16 Rn. 29 m. w. N. Verneinend und demzufolge auch keine Notwendigkeit für eine Regelung sehend Kästle/Oberbracht S. 47 m. w. N.

³⁰ Dazu Haselmann NZG 2010, 207; Schneider NZG 2009, 1167; zur Zulässigkeit: LG Köln Beschl. v. 16. 6. 2009 – 88 T 13/09 – MittBayNot 2010, 70 (bejahend); OLG München Beschl. v. 1. 7. 2010 – 31 Wx 61/10 – NZG 2010, 1079 (verneinend); Formulierungsvorschlag für eine entsprechende Klausel bei Seibt/Schrader C. II.2 Anm. 71.

³¹ Dazu Mayer ZIP 2009, 1037. Vorsicht: Unterliegt die Transaktion der Fusionskontrolle, kann ein solcher vorverlagerter Übergang problematisch sein, vgl. unten Rn. 252.

³² Vgl. BGH Urt. 8. 12. 1997 – II ZR 203/96 – NJW 1998, 1314 m. w. N.

vorangegangene Geschäftsjahre. Voraussetzung des Ausgleichsanspruchs ist ferner, dass der Gewinn auch ausgeschüttet wird.³³

- 110 Die Regelung in § 101 Nr. 2 HS 2 BGB ist dispositiv. Sie wird im Unternehmenskaufvertrag regelmäßig durch eine Klausel ersetzt, wonach der Gewinn des laufenden Geschäftsjahres sowie noch nicht unter den Gesellschaftern verteilte Gewinne früherer Geschäftsjahre allein dem Käufer zustehen. Das hat im Wesentlichen zwei Vorteile: Die Parteien vermeiden so Streit über die zeitanteilige Abgrenzung nach § 101 Nr. 2 HS 2 BGB. Auch **steuerliche Nachteile** für den Käufer werden vermieden. Denn die gesetzliche Regelung ruft steuerliche Friktionen hervor, wenn der Ergebnisverwendungsbeschluss für das laufende Geschäftsjahr erst im folgenden Geschäftsjahr gefasst wird und der Käufer zu diesem Zeitpunkt schon Anteilsinhaber ist (Auseinanderfallen von Gewinnbezugsrecht und Ertragbesteuerung). Der anteilige Gewinn wird dann an den Verkäufer anteilig ausgeschüttet, jedoch der Käufer mit der korrespondierenden Steuer belastet.³⁴ Freilich hat die vollständige Verlagerung der Gewinnberechtigung auf den Käufer Einfluss auf die Kaufpreiskalkulation; der Verkäufer wird sich dies im Regelfall „vergüten“ lassen (Verkauf des Gewinnbezugsrechts). Alternativ zum Verkauf des Gewinnbezugsrechts ist eine Vorabausschüttung möglich; hier kann es jedoch wiederum zu steuerlichen Nachteilen für den Käufer kommen, wenn dieser zum Zeitpunkt der Vorabausschüttung bereits wirtschaftlicher Eigentümer ist.³⁵
- 111 Besonderes Augenmerk sollte der Synchronisation der Regelungen zum Gewinnbezugsrecht mit den Regelungen zur **Kaufpreisanpassung** gelten. Ist etwa der Gewinnanspruch zugunsten des Verkäufers entstanden, aber zum Zeitpunkt des *Signing* noch nicht ausgeschüttet, muss dies bei der Kaufpreisanpassung *cash-/debt free* bei den Finanzverbindlichkeiten berücksichtigt werden, da der Verkäufer sonst doppelt profitieren würde. Wird der Kaufpreis auf der Basis des *Locked Box*-Verfahrens ermittelt, ist schließlich an geeigneter Stelle³⁶ zu regeln, dass der Verkäufer in der Interimsphase keine Ergebnisverwendungsbeschlüsse fassen darf.
- 112 Ist die Zielgesellschaft Partei eines **Ergebnisabführungsvertrages**, der mit Vollzug der Transaktion beendet und „abgerechnet“ werden soll, gilt wiederum anderes. Hier ist im Hinblick auf die Gewinne, die während der Laufzeit des Ergebnisabführungsvertrages entstanden sind, zu regeln, dass diese zunächst noch dem Verkäufer zustehen; eine entsprechende Berücksichtigung dieser Position findet dann im Rahmen der Kaufpreisanpassung (soweit vereinbart) statt.³⁷
- 113 Mit Wirksamwerden der Anteilsübertragung ist vom beurkundenden (deutschen) Notar eine die neuen Beteiligungsverhältnisse abbildende **Gesellschafterliste** beim Registergericht einzureichen.³⁸ Das MoMiG hat die Gesellschafterliste aufgewertet: gegenüber der Gesellschaft gilt nur als Gesellschafter, wer in die Gesellschafterliste eingetragen ist.³⁹ Die Pflicht des Notars zur Einreichung der geänderten Gesellschafterliste folgt aus dem Gesetz; Auslöser der Pflicht zur Einreichung ist die „Wirksamkeit“ der Anteilsübertragung. Hier sollte kein Risiko eingegangen und vertraglich genau geregelt werden, bei Vorliegen welcher Voraussetzungen und Handlungen (der Parteien) der Notar die Liste einzureichen hat.
- 114 Käuferfreundliche Unternehmenskaufverträge enthalten gelegentlich Klauseln, um den Käufer schon vor Änderung der Gesellschafterliste in die „faktische“ Position des Gesellschafters zu rücken und (schädliche) Handlungen des Verkäufers als Gesellschafter im Interimszeitraum möglichst vollständig auszuschließen. Möglich ist dies durch eine Verpflichtung des Verkäufers, sich in der Zeit bis zur Einreichung der geänderten Gesellschafterliste nicht mehr als Gesellschafter zu gerieren. Zum anderen kann dem Käufer vom Verkäufer für diesen Zeitraum eine (ggfs. im Innenverhältnis beschränkte) **Vollmacht zur Ausübung der Gesellschafterrechte** erteilt werden. Zwei Punkte sind in diesem Zusammenhang zu be-

³³ Vgl. BGH Urt. 30. 1. 1995 – II ZR 45/94 – NJW 1995, 1027 m. w. N.

³⁴ § 20 Abs. 2 a Abs. 1 Nr. 1 EStG.

³⁵ Vgl. Knott/Mielke/Knott/Scheffler Rn. 762 m. w. N.

³⁶ Idealerweise bei den *Pre-Closing Covenants*.

³⁷ Vgl. unten Rn. 131 f., Rn. 159 ff.

³⁸ § 40 Abs. 2 GmbHG.

³⁹ § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG.

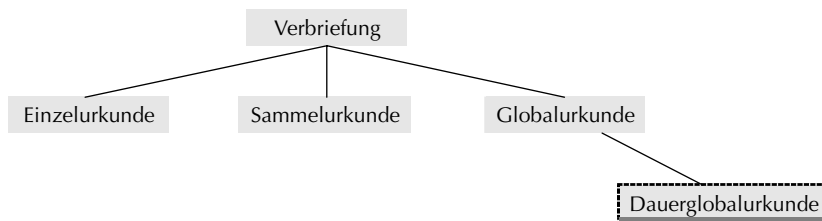
denken: Zunächst das kartellrechtliche Vollzugsverbot, denn durch die faktische Gesellschafterstellung kann ein (mit Bußgeld bewährter) faktischer Vollzug vorliegen.⁴⁰ Zum anderen sind steuerrechtliche Implikationen zu bedenken (Maßgeblichkeit des wirtschaftlichen Übergangs).

bb) Aktiengesellschaft. Bei **Aktien** gibt es unterschiedliche Wege der Übertragung. Welche Übertragungsform die richtige ist, wird im Wesentlichen nach drei Kriterien bestimmt: der Form der Verbriefung, der Art der Verwahrung und der Aktienart. Noch nicht entstandene Aktien⁴¹ können nicht (auch nicht aufschiebend bedingt⁴²) übertragen werden. Relevant ist dies insbesondere bei Kapitalmaßnahmen, die noch nicht im Handelsregister eingetragen sind.⁴³ 115

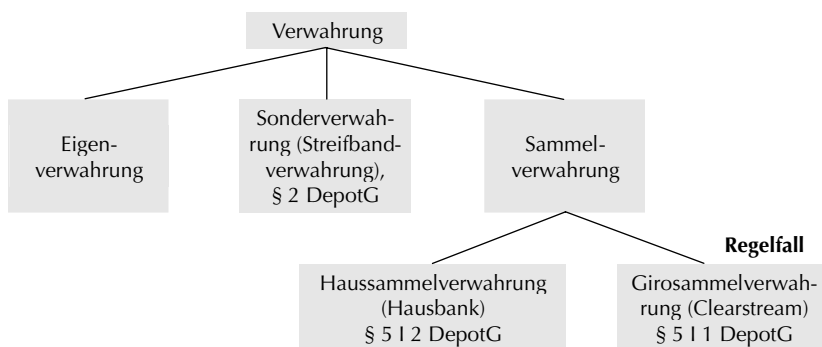
Sind die Aktien nicht verbrieft, erfolgt die Übertragung – wie bei GmbH-Geschäftsanteilen – durch Abtretung; ein **gutgläubiger Erwerb** ist jedoch nicht möglich.⁴⁴ Sind die Aktien verbrieft, kommt es auf die Art der Verbriefung (Einzelurkunde, Sammelurkunde, Globalurkunde, Dauerglobalurkunde), die Aktienart (nicht blanko indossierte Namensaktien, blankoindossierte Namensaktien, Inhaberaktien) und die Form der Verwahrung (Eigenverwahrung, Sonderverwahrung, Girosammelverwahrung innerhalb oder außerhalb des Effektingiroverkehrs) an. In den nachfolgenden Übersichten werden zunächst die einzelnen Verbriefungsformen und Arten der Verwahrung sowie die einzelnen Übertragungsarten vereinfacht dargestellt: 116

Übersicht 1 (Verbriefung)

117



Übersicht 2 (Verwahrung)



⁴⁰ Vgl. unten Rn. 252.

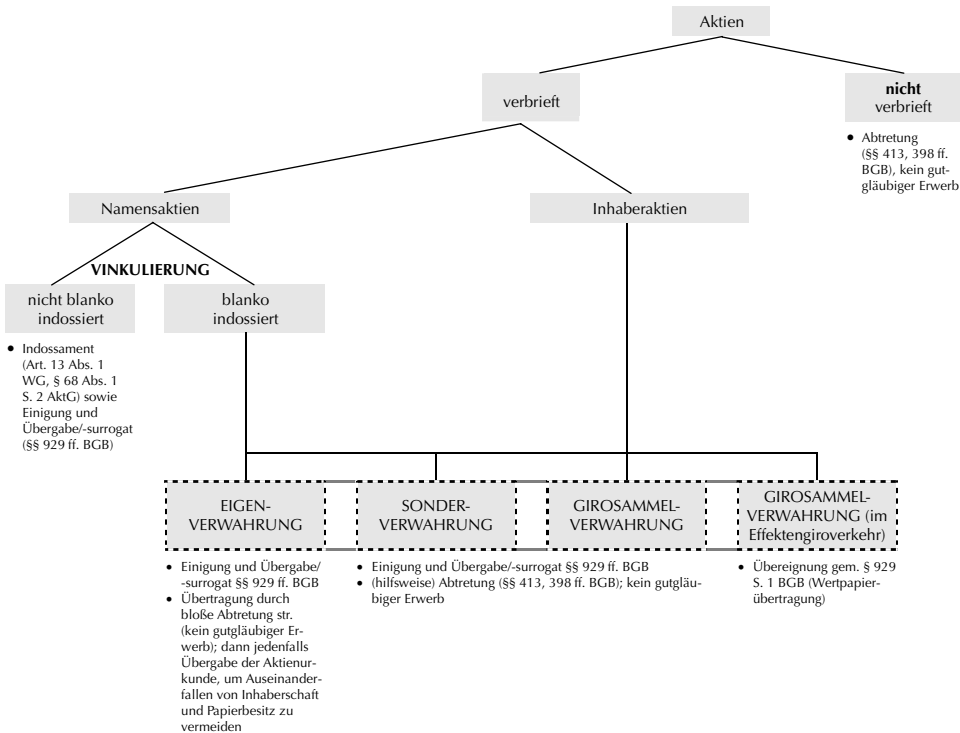
⁴¹ § 41 Abs. 4 AktG.

⁴² Hüffer § 191 Rn. 2.

⁴³ § 191 AktG.

⁴⁴ BGH Urt. v. 5. 4. 1993 – II ZR 195/91 – NJW 1993, 1983, 1985.

Übersicht 3 (Übertragung)



118 Die Übertragung von Aktien, die sich in **Girosammelverwahrung** befinden, ist in der Praxis am häufigsten. Die Verwahrung erfolgt ausschließlich durch die Clearstream Banking AG in Frankfurt/Main als Wertpapiersammelbank. Eine direkte Beziehung des Aktionärs zur Clearstream Banking AG besteht nicht. Zwischengeschaltet ist die Hausbank des Aktionärs, die bei der Clearstream Banking AG ein Wertpapierkonto unterhält. Alle Aktien derselben Gattung werden bei der Clearstream Banking AG ungetrennt in einem einheitlichen Sammelbestand verwahrt. Die Aktionäre verlieren dadurch das Alleineigentum an den eingelieferten Aktien; es besteht „nur“ noch Miteigentum nach Bruchteilen an dem zum Sammelbestand gehörenden Aktien derselben Gattung.⁴⁵

119 Die Übertragung solcher sammelverwahrter Aktien kann im sog. **Effektengiroverkehr** durch Wertpapierübertrag erfolgen. Der Verkäufer erteilt hierzu seiner Depotbank einen entsprechenden Verkaufsauftrag. Diese weist die Clearstream Banking AG dann an, die Aktien auf die Depotbank des Käufers zu übertragen. Die Übertragung kann mit oder ohne Zug-um-Zug-Verrechnung des Gegenwerts erfolgen.⁴⁶ Die Einzelheiten sind in den AGB der Clearstream Banking AG geregelt. Dogmatisch handelt es sich um eine Übertragung nach § 929 S. 1 BGB.⁴⁷

120 Soll die Übertragung von sammelverwahrten Aktien auch **außerhalb des Effektengiroverkehrs** erfolgen, gibt es im Wesentlichen zwei Wege. Der Verkäufer kann seinen Herausgabeanspruch gegen Clearstream Banking AG⁴⁸ an den Käufer abtreten; die Übertragung erfolgt

⁴⁵ Vgl. Eder NZG 2004, 107, 111 m. w. N.

⁴⁶ Zur Abwicklung im Geldverrechnungsverkehr Walz, Anm. 18 zu K. III.

⁴⁷ Kümpel/Wittig/Will Rn. 18.193. Die Rechtsverhältnisse regeln das DepotG und die AGB der Clearstream Banking AG (www.clearstream.com).

⁴⁸ Vgl. §§ 7, 8 DepotG.

so gemäß § 931 BGB.⁴⁹ Zweiter Weg der Übertragung ist die Umstellung des Besitzmittlungsverhältnisses (§ 929 S. 1 BGB). Dies geschieht dadurch, dass der Verkäufer die Clearstream Banking AG über seine Depotbank anweist („Anweisungskette“), künftig der Depotbank des Käufers den Besitz zu vermitteln. Vereinfacht gesagt handelt es sich um eine Umschreibung des Depots.

Für die einzelnen Übertragungsformen gibt es verschiedene Muster.⁵⁰ Besonderheiten gelten bei in **Dauerglobalurkunden** verbrieften Aktien. Da bei diesen Aktien das Recht auf Einzelverbriefung auf Dauer ausgeschlossen ist, wird kontrovers diskutiert, wie die Übertragung „richtig“ zu erfolgen hat: Abtretung des Herausgabeanspruchs, schlichte Einigung, bloße Abtretung.⁵¹ Bis zur höchstrichterlichen Klärung sollten auf die Übertragung von in Dauerglobalurkunden verbrieften Aktien die für die Girosammelverwahrung dargestellten Grundsätze angewandt werden (vgl. in der vorstehenden Übersicht 3 unter „Girosammelverwahrung“).

Im Zusammenhang mit einer vertraglichen Regelung zum **Gewinnbezugsrecht** ergeben sich bei der AG im Vergleich zur GmbH keine Besonderheiten; auf die obigen Ausführungen (Rn. 109 ff.) kann daher verwiesen werden.

Bei ausgegebenen Namenaktien hat die Aktiengesellschaft ein Aktienregister zu führen.⁵² Es hat jedoch nicht die Bedeutung wie die GmbH-Gesellschafterliste. Zwar gilt im Verhältnis zur Aktiengesellschaft als Aktionär nur, wer als solcher ins **Aktienregister** eingetragen ist. Auf die dingliche Übertragung hat das Register jedoch keinen Einfluss; sie erfolgt „außerhalb“ des Aktienregisters.⁵³ Ein Gutgläubenschutz besteht nicht. Die Legitimationswirkung gilt unmittelbar nur gegenüber der Gesellschaft.

Der Erwerb von Aktien führt zu einer Reihe von **Mitteilungs- und Bekanntmachungspflichten**, die sich insbesondere aus §§ 20, 21 AktG und §§ 15, 21, 25, 26, 27a WpHG ergeben.

cc) Personengesellschaften. Der Verkauf und die Übertragung von Anteilen an Personengesellschaften folgen im Wesentlichen demselben Muster wie die Veräußerung von GmbH-Geschäftsanteilen. Ist eine **GmbH & Co. KG** Zielgesellschaft, werden sowohl die GmbH als auch die KG übertragen. Dies gilt freilich nicht bei einer Einheits-KG, bei der die KG sämtliche Anteile an der Komplementär-GmbH hält. Hier müssen nur die KG-Anteile übertragen werden. Bei der Übertragung von Anteilen an Kommanditgesellschaften gibt es jedoch Besonderheiten, die bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen sind:

- **Übertragbarkeit:** Die Übertragbarkeit setzt voraus, dass alle Gesellschafter zustimmen oder aber die Satzung die Übertragung zulässt.⁵⁴
- **Haftung:** Bei einem Wechsel des Kommanditisten durch Eintritt/Austritt besteht die Gefahr der Haftungsverdoppelung. KG-Anteile werden daher aufschiebend bedingt auf die Eintragung des Käufers in das Handelsregister im Wege der Sonderrechtsnachfolge übertragen; auf diese Weise wird für den Rechtsverkehr deutlich, dass kein „zusätzlicher“ Kommanditist in die KG eingetreten ist. Regelmäßig wird formuliert, dass die Abtretungen erst wirksam werden, wenn das Ausscheiden des Verkäufers und der Erwerb der KG-Anteile durch den Käufer im Wege der Sonderrechtsnachfolge in das Handelsregister eingetragen sind. Die Unterzeichnung der entsprechenden Handelsregisteranmeldung (sie sollte im Entwurf als Anlage zum Unternehmenskaufvertrag genommen werden) ist üblicherweise Vollzugshandlung.
- **Was geht über?** Wird im Vertrag nichts anderes geregelt, gehen sämtliche mit dem Gesellschaftsverhältnis verbundenen Rechte und Pflichten auf den Erwerber über, wenn und soweit sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Rechenwerk der Personengesellschaft Nie-

⁴⁹ Kümpel/Wittig/Will Rn. 18.112.

⁵⁰ Etwa bei Mirow NZG 2008, 52 oder Walz, S. 584 (III. Aktienkauf- und Übertragungsvertrag).

⁵¹ Zum Meinungsstand: Menz/Fröbling NZG 2002, 201, 208; Eder NZG 2004, 107, 112 ff.

⁵² § 67 AktG.

⁵³ Hüffer § 67 Rn. 11.

⁵⁴ Vgl. §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 HGB.

derschlag gefunden haben.⁵⁵ Hierzu zählen neben den sog. unselbständigen Rechten und Pflichten aus der Gesellschafterstellung⁵⁶ auch solche, die selbständig übertragbar sind.⁵⁷ Vertraglicher Regelungsbedarf ergibt sich insbesondere bei zwei Positionen: bei den Gesellschafterkonten und bei den höchstpersönlichen Rechten (z. B. Sonderrechte auf Besetzung von Gremien, besondere Geschäftsführungsbefugnisse etc.). Bei den Gesellschafterkonten sollte festgelegt werden, welche Konten mit welchen Salden vom Käufer übernommen werden. Da diese Regelungen kaufpreisrelevant sein können, ist dies entsprechend bei der Kaufpreiskalkulation und/oder einer vertraglichen Anpassung des Kaufpreises zu berücksichtigen.

- **Sonderbetriebsvermögen:** Wird das Unternehmen einer Personengesellschaft übertragen, ist darauf zu achten, ob der Gesellschaft bislang Vermögensgegenstände eines Gesellschafters zur Nutzung überlassen worden sind (steuerliches Sonderbetriebsvermögen), und ob diese Vermögensgegenstände mit übertragen werden sollen, was vielfach aus steuerlichen Gründen zwingend sein wird, etwa um steuerliche Vergünstigungen in Anspruch nehmen zu können.⁵⁸ Bei der Übertragung ist stets der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz zu beachten.
- **Gewinnberechtigung:** Anders als bei GmbH und AG bedarf es bei der Personengesellschaft grds. keines Ergebnisverwendungsbeschlusses; der Gewinnanspruch entsteht bereits mit der Feststellung der Bilanz für das betreffende Geschäftsjahr. Diese Bilanzfeststellung ist anspruchsbegründend.⁵⁹ Regelungsbedarf ergibt sich deshalb bei der Personengesellschaft grds. nur im Hinblick auf den Gewinn des laufenden Geschäftsjahres. Um den schuldrechtlichen Ausgleich nach § 101 Nr. 2 HS 2 BGB zu vermeiden, wird auch hier der Gewinn vollständig dem Käufer zugeordnet.

126 *dd) Konzerninterne Finanzierung.* Ist die Zielgesellschaft in eine konzerninterne Finanzierung (**Cash Pool**, **Gesellschafterdarlehen**) eingebunden, müssen die sich daraus ergebenden Salden bei Verkauf der Zielgesellschaft abgerechnet werden (*netting*). Der Unternehmenskaufvertrag muss hierzu entsprechend regeln. Im Wesentlichen geht es dabei um zwei Regelungsbereiche: die Beendigung der entsprechenden Finanzierungsvereinbarungen sowie die Frage, wie mit Forderungen/Verbindlichkeiten, die sich aus der Beendigung ergeben, umgegangen wird. Es gibt mehrere Möglichkeiten.⁶⁰ Üblicherweise werden Forderungen des Verkäufers gegen die Zielgesellschaft an den Käufer zum Nennwert mit verkauft und abgetreten. Ergeben sich Forderungen der Zielgesellschaft gegenüber dem Verkäufer, stellt der Käufer den Verkäufer im Wege der befreienden Schuldübernahme gegen Zahlung des Nennwerts der Forderung frei. Um die Anzahl der Zahlungen zwischen Verkäufer und Käufer auf ein Mindestmaß zu reduzieren, wird der entsprechende Betrag entweder dem Kaufpreis hinzugerechnet oder von diesem abgezogen.

127 Beim **Netting** ist auf die Synchronisierung mit dem Mechanismus der Kaufpreisanpassung zu achten. Wird der (endgültige) Kaufpreis auf der Basis *cash-/debt free* ermittelt, kommt den Positionen Forderungen und Verbindlichkeiten entscheidende Bedeutung zu. Eine Forderung des Verkäufers ist zugleich auch eine Verbindlichkeit der Zielgesellschaft. Erhält der Verkäufer vom Käufer die Forderung gegen die Zielgesellschaft vergütet, muss – damit der Verkäufer nicht doppelt profitiert – die korrespondierende Verbindlichkeit bei der Zielgesellschaft im Rahmen der Berechnung der Nettofinanzverbindlichkeiten berücksichtigt werden, sonst würde sich der Kaufpreis entsprechend erhöhen.

128 *ee) Unternehmensverträge.* Ist die Zielgesellschaft⁶¹ Partei eines Ergebnisabführungsvertrages mit dem Verkäufer, sind dessen Beendigung und Folgen zu regeln⁶². Idealerweise soll-

⁵⁵ BGH Urt. v. 25. 4. 1966 – II ZR 120/64 – BGHZ 45, 221, 223.

⁵⁶ § 717 S. 1 BGB: Mitgliedschafts- und Vermögensrechte.

⁵⁷ § 717 S. 2 BGB: Sozialverbindlichkeiten und -ansprüche.

⁵⁸ Dazu § 8 Rn. 84 ff.

⁵⁹ §§ 161 Abs. 2, 120, 121 BGB; Sieker ZIP 1990, 1455.

⁶⁰ Vgl. Kästle/Oberbracht S. 50 ff.

⁶¹ Im Regelfall AG oder GmbH, vgl. Hüffer § 291 Rn. 6, 7 m. w. N.

⁶² Zur Beendigung bei der GmbH MünchHdbGesR III/Decker/Kiefner § 70 Rn. 35 ff.