

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand

Formvorschriften (§ 311 b I BGB):

OLG Oldenburg (Az.: 1 U 68/05)

1. Auch bei einem Unternehmenserwerb (hier Autohaus mit Reparaturbetrieb), über den an verschiedenen Tagen mehrere Verträge mit mehreren Vertragsparteien auf Erwerberseite geschlossen worden sind, kann eine Geschäftseinheit anzunehmen sein mit der Folge, dass wegen der Vereinbarung einer Grundstücksübertragung das gesamte Vertragswerk der notariellen Beurkundung nach § 311b Abs. 1 BGB (§ 313 BGB a.F.) bedarf.
2. Für eine Geschäftseinheit und die dazu erforderliche Feststellung der beiderseitigen Abhängigkeit oder zumindest der einseitigen Abhängigkeit des Grundstücksgeschäfts von den übrigen Vereinbarungen kommt dem tatsächlichen bzw. wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen den Vertragsregelungen eine erhebliche Indizwirkung zu. Von einer Geschäftseinheit ist jedenfalls auszugehen, wenn es dem Veräußerer letztlich darum ging, sein gesamtes Unternehmen zu veräußern, das auch der anderen Vertragsseite erkennbar war und diese sich darauf eingelassen hat.

17.12.2019

158

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand

Formvorschriften (§ 311 b I BGB):

OLG Oldenburg (Az.: 1 U 68/05)

SV: B betrieb als Einzelkaufmann in O... ein Autohaus und war Vertragshändler der Opel AG. Mit privatschriftlichem Kaufvertrag verkaufte B an H-GmbH unter der Voraussetzung, dass die Opel AG der vorzeitigen Aufhebung des Vertragshändlervertrags zustimmt und mit H-GmbH einen neuen Händlervertrag für das Marktverantwortungsgebiet von B abschloss, das im Einzelnen beschriebene Inventar des Autohauses und überließ der H-GmbH den gesamten Kunden- und Datenbestand; weiterhin war die Übernahme vorhandener Kauf- und sonstiger Verträge, der Arbeits- und Anstellungsverhältnisse und des Fahrzeugbestandes vorgesehen. Dieser Vertrag sollte - wie es im letzten Absatz wörtlich heißt - "unter der auflösenden Bedingung geschlossen (sein), dass der Grundstückskaufvertrag über das Betriebsgrundstück in O...wie besprochen und verhandelt, beurkundet wird." 4 Tage später schlossen B und die R-KG einen Kaufvertrag über das zuvor genannte Betriebsgrundstück. Zur Eigentumsumschreibung kam es nicht, da ein Nacherbenvermerk vertragswidrig nicht gelöscht werden konnte. Der Käufer plante eine Betriebsaufspaltung, wonach die H-GmbH das Autohaus führen und die R-KG die Grundstücke an die H-GmbH verpachten sollte.

17.12.2019

159

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand

Formvorschriften (§ 311 b I BGB):

OLG Oldenburg (Az.: 1 U 68/05)

Der Inventarkaufvertrag und der Grundstückskaufvertrag stellen sich bei Würdigung aller Umstände und der durchgeführten Beweisaufnahme als eine Geschäftseinheit dar, die insgesamt der notariellen Beurkundung nach § 311 B I BGB bedurfte, unstreitig aber teilweise, nämlich hinsichtlich der Regelungen des sogenannten Inventarkaufs, nicht beurkundet worden ist und nach der Vorschrift des § 139 BGB dann insgesamt formnichtig ist (§ 125 BGB).

Ein Grundstückskaufvertrag ist nach der Rechtsprechung mit einem anderen Vertrag oder mehreren Verträgen zu einer Geschäftseinheit verbunden, wenn die Vereinbarungen nach dem Willen der Parteien oder zumindest nach dem erkennbaren und von der anderen Seite gebilligten Willen eines Vertragsteils eine rechtliche Einheit bilden sollen, d.h. die Vereinbarungen derart voneinander abhängen sollen, dass sie miteinander stehen und fallen sollen (vgl. BGH NJW 2000, 951; 2004, 3330, 3331). Dabei kommt es auf die nach dem Willen der Parteien hergestellte rechtliche Einheit der Geschäfte an. Ein rein tatsächlicher bzw. wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den Verträgen reicht allein nicht aus; dieser kann aber als ein gewisses Indiz für eine von den Parteien gewollte Vertragseinheit gewertet werden (vgl. BGH NJW-RR 1991, 1031).

Eine zu einer rechtlichen Geschäftseinheit führende Abhängigkeit der Vereinbarungen ist unzweifelhaft gegeben, wenn eine wechselseitige Abhängigkeit besteht, also die erste Vereinbarung nicht ohne die weitere gelten soll und umgekehrt die zweite Vereinbarung nicht ohne die erste. Es reicht auch eine einseitige Abhängigkeit des Grundstückskaufgeschäfts von der anderen Vereinbarung aus. Da deren Abschluss und Inhalt Auswirkungen auf das Grundstückskaufgeschäft hat, ist es gerechtfertigt und geboten, das Erfordernis der Form mit deren Schutzfunktion und der zu gewährleistenden notariellen Beratung auch auf dieses weitere Geschäft zu beziehen (vgl. BGH NJW 2000, 951, 952).

Im umgekehrten Fall, nämlich bei der einseitigen Abhängigkeit der weiteren Vereinbarung vom Grundstückskaufgeschäft ist dagegen mit der Rechtsprechung und h.M. die Formbedürftigkeit auch des weiteren Rechtsgeschäfts zu verneinen (vgl. BGH, a.a.O.; BGH NJW 2001, 226; DnotZ 2002, 944). In Bezug auf das für das Beurkundungserfordernis maßgebende Grundstückskaufgeschäft liegt bei einer solchen Fallgestaltung nämlich eine eigenständige Regelung vor, von der das formbedürftige Geschäft gerade nicht abhängt. Ein hinreichender Grund, dieses weitere Geschäft in das Formerfordernis einzubeziehen, besteht dann mit Blick auf das Grundstückskaufgeschäft nicht. Die aus der Sicht des abhängigen Geschäfts bestehende Vertragseinheit vermag ein Beurkundungserfordernis nicht zu begründen, da diese selbst dem Formgebot nicht unterliegt (vgl. BGH, a.a.O., S. 952).

160

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand

Formvorschriften (§ 311 b I BGB):

OLG Oldenburg (Az.: 1 U 68/05)

Für die Feststellung einer möglichen Geschäftseinheit nach den vorstehend dargestellten Grundsätzen sind alle erkennbaren tatsächlichen Umstände, vor allem aber der Inhalt der Vereinbarungen heranzuziehen. Das Vorhandensein mehrerer Vertragsurkunden begründet eine tatsächliche Vermutung für von den Parteien gewollte mehrere, selbständige Verträge und auch vorhandene zeitliche Unterschiede beim Vertragsschluss - wie im vorliegenden Fall - deuten auf selbständige Verträge hin, während umgekehrt die Niederlegung der Vereinbarungen in einer einzigen Vertragsurkunde für eine gewollte Vertragseinheit spricht (Palandt/Grüneberg, a.a.O.). Entscheidende Bedeutung kommt diesen äußeren, formalen Umständen aber nicht zu, wenn sich der damalige auf eine Geschäftseinheit gerichtete Wille der Vertragsbeteiligten mit hinreichender Eindeutigkeit aus anderen Umständen ergibt.

Auch die Beteiligung unterschiedlicher Personen an den Verträgen, wie sie hier vorliegt, spricht zwar eher gegen eine Geschäftseinheit, schließt eine solche aber ebenfalls nicht aus. Auch insoweit kann ein anderweitig festgestellter Wille der Beteiligten zu einer Vertrags- bzw. Geschäftseinheit führen (vgl. BGHZ 76, 43, 49; 78, 346, 349; BGH MDR 1966, 749).

Im vorliegenden Fall sprechen zwar die Niederlegung der Vereinbarungen in verschiedenen Vertragsurkunden, die unterschiedlichen Zeitpunkte des Vertragsschlusses und die dem Beklagten gegenübergetretenen verschiedenen Vertragspartner gegen eine Geschäftseinheit. Diese Indizien werden jedoch durch eine Reihe erheblicher Umstände, die für eine Geschäftseinheit sprechen, und schließlich vor allem auch durch die Aussagen der vernommenen Zeugen entkräftet und stehen dann der Feststellung der Vertragseinheit nicht entgegen.

Von Bedeutung ist hier zunächst der eindeutig erkennbare wirtschaftliche Zusammenhang des Inventar- bzw. Mobilienkaufvertrags und des Grundstückskaufvertrags. Evident wollten die Erwerber das Autohaus des B auf dem Betriebsgrundstück weiter betreiben, wobei zur damaligen, hier maßgebenden Zeit des Vertragsschlusses eine Betriebsaufspaltung angestrebt war, bei der die H-GmbH (nach Übernahme des Inventars, des Pkw-Bestandes und der Kunden) die Geschäfte des Autohauses führen und die R-KG als Besitzgesellschaft fungieren sollte. Entsprechend diesem Konzept der angestrebten Betriebsaufspaltung ging es darum, sowohl den Grundbesitz als auch die mobilen Güter des Betriebsvermögens sowie die zum Betrieb gehörenden immateriellen Wirtschaftsgüter zu erwerben.

161

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand

Formvorschriften (§ 311 b I BGB):

OLG Oldenburg (Az.: 1 U 68/05)

Der danach vorliegende wirtschaftliche Zusammenhang reicht allerdings allein nicht aus, um getrennte Verträge zu einer Geschäftseinheit zu verknüpfen. Es müssen weitere Umstände in oder außerhalb der Vertragsurkunden hinzukommen. Dass der Mobilienkauf vom Abschluss des Grundstückskaufvertrags abhängig sein und nur zusammen mit diesem wirksam sein sollte, kommt - bei Korrektur eines sich hier aufdrängenden Schreibfehlers - wohl im letzten Absatz des erstgenannten Vertrages eindeutig zum Ausdruck. Die Beurkundung des Grundstückskaufvertrags wird darin zur Bedingung für die Wirksamkeit des Mobilienkaufvertrags gemacht.

Auch von der - nach den obigen Ausführungen - weiterhin notwendigen Abhängigkeit des Grundstückskaufvertrags vom Abschluss und/oder Bestand des Mobilienkaufvertrags ist hier letztlich auszugehen. Dies ergibt sich zwar nicht - zumindest nicht mit hinreichender Eindeutigkeit - aus den beiden Vertragsurkunden selbst. Im Grundstückskaufvertrag wird auf den Mobilienkaufvertrag lediglich insoweit Bezug genommen, als die nach diesem Vertrag veräußerten Inventargegenstände in Nr. II des Grundstückskaufvertrags aus dem mit dem Grundstück verkauften Zubehör herausgenommen werden. Insoweit ist zwar von einer gewissen inhaltlichen Abstimmung der Regelungen des Grundstückskaufvertrages mit denen des Mobilienkaufvertrages auszugehen. Dass der Grundstückskaufvertrag seinerseits mit dem zuvor geschlossenen Mobilienkaufvertrag „stehen und fallen“ sollte, lässt sich daraus noch nicht entnehmen.

Nach vorliegender Rechtsprechung des BGH kommt es aber nicht darauf an, dass der Verknüpfungswille der Parteien in den betreffenden schriftlichen Verträgen selbst seinen Ausdruck gefunden hat oder zumindest angedeutet worden ist (vgl. BGH NJW-RR 1989, 198, 199; BGH NJW 1987, 1069, 1070 WM 1966, 899, 900). Der entsprechende Verknüpfungswille der Parteien kann auch aus Umständen außerhalb der Vertragsurkunden und -erklärungen nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu entnehmen sein.

B wollte danach seinen gesamten Betrieb veräußern, von seinen Schulden frei werden, seine Wohnung behalten und eine Rente bekommen. Das Verlangen nach einer Aufspaltung des gesamten Vertragswerks in zwei verschiedene Vertragsurkunden ist erst im späteren Verlauf der Vertragsverhandlungen seitens der Käuferin gestellt worden.

162

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand

Formvorschriften (§ 311 b I BGB):

OLG Oldenburg (Az.: 1 U 68/05)

Nach den Angaben des Geschäftsführers soll es für „H...“ vor allem darum gegangen sein, den „Standort bzw. den Markt“ in O... zu erwerben und dazu die „assets und das Grundstück“ zu kaufen. Das Unternehmen als Ganzes habe man nicht kaufen wollen, da man eine Haftung für die vorhandenen Verbindlichkeiten des „Autohauses B...“ gefürchtet habe. Man habe die Einzelteile kaufen wollen, um eventuelle Gefahren und Vorteile zu separieren und um eventuelle steuerliche Vorteile bei den Abschreibungen erzielen zu können. Schließlich hat der Geschäftsführer bemerkt, dass man beim Kauf von anderen, weiteren Unternehmen bzw. Autohäusern immer so vorgehe und mehrere Verträge mit dem Veräußerer schließe.

Diese Aufspaltung der Regelungen beim Erwerb eines anderen Standorts bzw. Autohauses in mehreren Verträgen ändert nichts an dem wirtschaftlichen Zusammenhang des Erwerbs der Einzelgegenstände und schließt - was hier entscheidend ist - auch einen rechtlichen Zusammenhang der in verschiedenen Verträgen niedergelegten Regelungen nicht aus. Wenn es „H...“ darum gegangen ist, den betreffenden „Standort bzw. Markt“ zu erwerben, dann dürfte daraus folgen, dass man nicht allein an dem Grundstück als solchem (das Gegenstand des Grundstückskaufvertrags war) interessiert war, sondern insbesondere auch an der Vertragshändlerstellung und dem Kundenstamm, was Gegenstand der „Präambel“ und des § 8 des „Inventarkaufvertrags“ ist. Dies spricht dafür, dass der Geschäftswille auch auf Seiten von „H...“ sich auf beides bezog, insoweit ein einheitlicher Geschäftswille vorhanden war und eine Abhängigkeit der beiden Verträge in der Weise vorlag, dass man die in der einen Vertragsurkunde niedergelegten Regelungen nicht ohne die in der anderen Vertragsurkunde enthaltene Vereinbarung getroffen hätte und auch eine umgekehrte Abhängigkeit vorliegt.

Bei einer danach anzunehmenden Geschäftseinheit hätte aber das gesamte Geschäft der Beurkundung bedurft. Eine solche umfassende Beurkundung des gesamten Geschäfts ist hier jedoch unterblieben. Dies führte zur Formunwirksamkeit des gesamten Geschäfts. Es kann auch nicht entgegen der aus § 139 BGB folgenden Vermutung der Gesamtnichtigkeit anderes angenommen werden. Es ist nach alledem von der Formunwirksamkeit des gesamten, einheitlichen Geschäfts auszugehen.

Zu einer Heilung des Formmangels, die nach § 311 Abs. 1 S. 2 BGB bei Auflassung und Grundbucheintragung der Erwerberin möglich gewesen wäre, ist es unstreitig nicht gekommen. Eine solche Heilung ist nunmehr, nachdem die Eigentumsübertragung hinsichtlich der Grundstücke wegen des vorhandenen Nacherbenvermerks gescheitert ist, auch nicht mehr zu erwarten.

163

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufgegenstand Formvorschrift: § 311b III BGB (OLG Hamm NZG 2010, 1189)

SV: Am 29.09.08 schloss die K-GmbH mit der D - GbR, deren Gesellschafter K-GmbH und B zu je 50 % waren und die am selben Tag gegründet wurde, einen Kaufvertrag, der die Übertragung der Aktiva der Klägerin sowie des "kompletten Ladens ins Q" gegen Zahlung eines Kaufpreises von 150.000,- € zum Gegenstand hatte. § 2 des Vertrages lautete: *"Hiermit verkauft die D ihre gesamten Aktiva und/inkl. den kompletten Laden in Q (Inventar und Inventurgegenstände) an D."* Eine Zahlung des Kaufpreises erfolgte in der Folgezeit nicht.

Zu Recht?

Die Kaufpreiszahlung wurde zu Recht verweigert, wenn KV wegen §§ 125; 311b III BGB nicht wirksam wurde. Da die Vorschrift hinsichtlich des Adressatenkreises keine Einschränkung enthält, ist sie nach hM auch anwendbar auf Verpflichtung zur Übertragung des Vermögens einer GmbH, sofern nicht Sondervorschriften z. B. nach UmwG eingreifen (RGZ 76, 1, 3). Die Anwendung von § 311 b Abs. 3 BGB auf den Kaufvertrag vom 29.09.2008 ist nicht auf Grund der Bezeichnung "Inventar und Inventurgegenstände" sowie die in § 4 des Vertrages erfolgte Aufzählung ausgeschlossen. Zwar findet § 311 b III BGB dann keine Anwendung, wenn einzelne Gegenstände übereignet werden sollen, ohne dass die Beteiligten damit stellvertretend das Vermögen in "Bausch und Bogen" bezeichnen wollten, selbst wenn diese Gegenstände in ihrer Summe objektiv das gesamte Vermögen betreffen (BGH WM 1991, 88, 92). Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor. Mit den Sammelbezeichnungen Inventar- und Inventurgegenstände sind allein die Aktiva des Ladengeschäfts in Q bezeichnet. Auch die unter § 4 des Vertrages aufgezählten Forderungen sind nicht abschließend. Die Hauptbezeichnung "Aktiva" geht über diese Aufzählung hinaus und ist mehr als eine "Auffangklausel" mit der einzelne, eher untergeordnete Wirtschaftsgüter erfaßt werden sollen. Der KV ist daher nichtig und die Kaufpreiszahlung wurde zu Recht verweigert. .

166

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Überblick: Kaufpreis

Allgemeines und Unternehmensbewertung

Kaufpreisaufteilung

Kaufpreisanpassung

Sicherung des Leistungsaustausches

Kaufpreisfinanzierung

Sonstiges

17.12.2019

209

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis Allgemeines

➤ Kaufpreismodelle

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

➤ Berechnungsgrundlage/Ermittlung des Werts des Unternehmens

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

17.12.2019

210

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis Allgemeines

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

17.12.2019

211

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis Allgemeines

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

17.12.2019

212

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis Kaufpreisaufteilung

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

17.12.2019

213

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Kaufpreisaufteilung

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

17.12.2019

214

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Kaufpreisanpassung

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

17.12.2019

215

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Kaufpreisanpassung

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

17.12.2019

216

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Kaufpreisanpassung

- § 266 III A HGB - Eigenkapital
 - Gezeichnetes Kapital (= Stammkapital nach GmbHG/AktG)
 - Kapitalrücklage (Agio, freiwillige Zahlungen ins Eigenkapital)
 - Gewinnrücklage
 - gesetzliche Rücklage (§ 150 AktG bis zu 10% vom gezeichneten Kapital)
 - Rücklage für Anteile an Mehrheitsgeschafter
 - satzungsmäßige Rücklagen
 - andere Gewinnrücklagen (Sammelbegriff für Rücklagen, die nicht unter obige Aufzählung passen, z.B. durch Verwaltung nach § 58 II AktG)
 - Gewinnvortrag/Verlustvortrag
 - Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag

17.12.2019

217

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Kaufpreisanpassung

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

17.12.2019

218

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Kaufpreisanpassung

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

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

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

17.12.2019

219

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Einfache Kaufpreisanpassungsklausel bei Bestimmung Kaufpreis über Ertragswert

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

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

17.12.2019

220

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



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

„1. Die vorstehend festgelegte Kaufpreisklausel (10 Mio €) zu a) ist fest (Mindestkaufpreis). Die vorstehend unter b) und c) aufgeführten Kaufpreisklauseln über je 1 Mio € sind abhängig von den Jahresergebnissen vor Zinsen, Körperschaft- und Gewerbesteuer und vor erfolgsabhängiger Vergütung des Verkäufers, der nach besonderer Vereinbarung noch für eine Übergangszeit bis zum Ende des Geschäftsjahres 2016 als Geschäftsführer tätig ist (EBIT).

2. Beträgt der in 2018 erzielte EBIT nicht mindestens 2 Millionen €, so mindert sich die vorstehend unter lit. b) genannte Rate von 1 Million € um das 5 fache der Differenz zwischen dem Soll EBIT von 2 Millionen € und dem tatsächlich erzielten EBIT. Erreicht der EBIT 2019 nicht den Betrag von 2,2 Millionen €, so mindert sich die vorstehend unter lit. c) aufgeführte Kaufpreisklausel von 1 Million € um das fünffache des Differenzbetrages zwischen dem Soll-EBIT und dem tatsächlich erzielten EBIT.

3. Die Kaufpreisanpassung nach Ziff. 2. führt jedoch nicht zu negativen Kaufpreisklauseln.

4. Bei der Berechnung der EBIT's sind jeweils von der Käuferin veranlasste Maßnahmen, wenn und soweit sie die Ergebnisse der Gesellschaft negativ beeinflusst haben, zu eliminieren. Die Jahresabschlüsse und die Buchhaltung 2018 sowie 2019 werden weiterhin von dem bisherigen Steuerberater der Gesellschaft in Übereinstimmung mit den bisherigen Bilanzierungsgrundsätzen der Gesellschaft, die als Anl. 1 zu diesem Vertrag beigelegt sind, erstellt.

5. Wenn und soweit sich die Vertragsparteien über die Jahresabschlüsse 2018 oder 2019 der Gesellschaft oder den jeweils relevanten EBIT nicht einigen können, soll eine bindende Entscheidung von dem Schiedsgutachter gemäß § 7 getroffen werden.“

221

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



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

„ § 3 Kaufpreisanpassung

(1) (Eigenkapitalanpassung)

Der Kaufpreis gemäß § 2 Abs. 1 dieses Vertrages wird um jeweils 1,00 € erhöht für jeden 1,00 €, um den das Eigenkapital der Gesellschaft (nachfolgend »Eigenkapital«) im Sinne des § 266 Abs. 3 A HGB höher ist als 500.000,-- €. Unterschreitet das Eigenkapital diesen Betrag, verringert sich der Kaufpreis um den Differenzbetrag. Maßgeblich für die Höhe des Eigenkapitals ist der gemäß § 4 dieses Vertrages aufzustellende und zwischen den Parteien verbindlich gewordene Zwischenabschluss zum 30.09.2017.

(2) (Anpassung Finanzverbindlichkeiten)

Der Kaufpreis gemäß § 2 Abs. 1 dieses Vertrages wird darüber hinaus um den Betrag reduziert, um den die Finanzverbindlichkeiten der Gesellschaft einen Betrag i.H.v. 200.000,-- € übersteigen. Unterschreiten die Finanzverbindlichkeiten diesen Betrag, erhöht sich der Kaufpreis um den Differenzbetrag. Der Begriff »Finanzverbindlichkeiten« meint dabei alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber Kreditinstituten und sonstigen Darlehensgebern, einschließlich dem Verkäufer und mit ihm im Sinne von § 15 AktG verbundenen Unternehmen. Klargestellt wird, dass Finanzverbindlichkeiten passivierte Leasingverbindlichkeiten einschließen. Finanzverbindlichkeiten umfassen jedoch nicht Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen, sofern deren Fälligkeit um nicht mehr als 90 Tage überschritten worden ist.

(3) (Verzinsung)

Der Gesamtbetrag, um den sich der Kaufpreis gemäß vorstehenden Absätzen 1 und 2 erhöht oder verringert, ist von der jeweils ausgleichspflichtigen Partei zuzüglich Zinsen von 4 % seit dem Übernahmestichtag (30.09.2018) innerhalb von zwei Tagen zu entrichten, nachdem und soweit der Zwischenabschluss gemäß § 4 Abs. 3 dieses Vertrages zwischen dem Verkäufer und dem Käufer verbindlich geworden ist.“

17.12.2019

222

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Sicherung des Leistungsaustausches

➤ **asset deal**

- Eintragung einer Auflassungsvormerkung, wenn ein Grundstück einbezogen ist. (= Sicherung des Käufers)
- Bezüglich beweglicher Gegenstände und Forderungen kann mit einem Eigentumsvorbehalt bzw. einer aufschiebend bedingten Abtretung gearbeitet werden. (=Sicherung des Verkäufers)

➤ **share deal**

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

17.12.2019

223

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Sicherung des Leistungsaustausches

> share deal

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

17.12.2019

224

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Kaufpreisfinanzierung

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

17.12.2019

225

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Kaufpreisfinanzierung

- Beim Einsatz des Vermögens einer **GmbH** als Sicherheit bei der Kaufpreisfinanzierung ergeben sich aus §§ 30 f. GmbHG Schranken. Hier wird eine unzulässige Rückgewähr angenommen, wenn der Rückgriffsanspruch gegen den Gesellschafter im Falle einer Inanspruchnahme der von der GmbH gestellten Sicherheit nicht vollwertig ist.
 - Auf welchen Zeitpunkt bei der Prüfung der Werthaltigkeit abzustellen ist, ist nicht abschließend geklärt (Sicherheitenbestellung oder Inanspruchnahme)
 - Eine unzulässige Sicherheitenstellung durch die GmbH kann sowohl zu einer Haftung des Erwerbers als auch des Veräußerers führen, (BGH Z 173, 1).
 - Ist finanzierender Anteilserwerber (# Erwerber/GF-GmbH; BGH NJW 04, 1111) im Einzelfall zugleich Geschäftsführer der GmbH, folgt aus § 43a GmbHG die Unzulässigkeit der Darlehensgewährung und Sicherheitenbestellung.
 - Zulässig ist eine Sicherheitenbestellung i.d.R. i.R. eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (vgl. § 30 I 2 GmbHG; 291 III AktG). § 43 a GmbHG bleibt hingegen auch dann anwendbar!

17.12.2019

226

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Kaufpreisfinanzierung (BGHZ 173, 1)

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

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

(vgl. zum Ganzen auch BGH NJW 1954, 1157 f.)

17.12.2019

227

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis Kaufpreisfinanzierung (BGHZ 173, 1; vgl. BGH II ZR 93/16)

Anspruch nach §§ 31 I; 30 I 1 GmbHG?

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

17.12.2019

228

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis Aufbauschema zu §§ 30, 31 GmbHG

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

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

17.12.2019

229

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Aufbauschema zu §§ 30, 31 GmbHG

1. ...
2. ...
3. Erlöschen des Anspruchs?
 - a. bei Wiederauffüllen des Stammkapitals?
 - i. Umkehrschluss aus § 31 II GmbHG (Gesellschafter im Bsp. bösgläubig und daher Rückerstattungspflicht unabhängig von Erforderlichkeit zur Gläubigerbefriedigung)
 - ii. Keine Zweckerreichung, da Einlageverpflichtung nicht durch anderweitige Abdeckung des Stammkapitals (z.B. aus erwirtschafteten Gewinnen) erlischt.
 - b. durch Aufrechnung?
 - i. Gebot der realen Kapitalaufbringung
 - ii. Rechtsgedanke des § 19 II 2 GmbHG => Aufrechnung nur in diesen Fällen zulässig!
4. Ausschluss wegen Gutgläubigkeit nach § 31 II GmbHG?
5. Geltendmachung nach § 46 Nr. 2 GmbHG?
 - a. nein, Gesellschafter dürfen es nicht selbst in der Hand haben, ob Anspruch durchgesetzt wird

17.12.2019

230

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreisfinanzierung

BGH, Urteil vom 21. 3. 2017 – II ZR 93/16

I ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der G. GmbH (im Folgenden: Schuldnerin). Die Beklagten A, B und C sind Gesellschafter der Schuldnerin. Zum Betriebsvermögen der Schuldnerin gehörte ein Grundstück. Dieses war seit 2003 zugunsten der S. Bank mit einer Buchgrundschuld belastet, die eine Darlehensforderung der Gläubigerin gegen A sicherte.

Im Juni 2011 kündigte die S. Bank das Darlehen, meldete nach Insolvenzeröffnung eine Forderung von 304.000,-- € zur Tabelle an und verlangte abgesonderte Befriedigung aus der Grundschuld. A gab die eidesstattliche Versicherung ab. I verkaufte das Grundstück im Einvernehmen mit der S. Bank für 74.000 €.

I verlangt von A, B und C Zahlung von 230.000,-- € zur Masse. Zu Recht?

17.12.2019

231

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreisfinanzierung

BGH, Urteil vom 21. 3. 2017 – II ZR 93/16

Anspruch nach §§ 31 I; 30 I 1 GmbHG?

- Unzulässige Auszahlung = Bestellung der Sicherheit im Jahre 2003!
Eine Auszahlung im Sinn von § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zu Lasten des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens liegt mit der Bestellung einer dinglichen Sicherheit für einen Darlehensrückzahlungsanspruch eines Sicherungsnehmers gegen den Gesellschafter vor. Das Auszahlungsverbot betrifft nicht nur Geldleistungen an Gesellschafter, sondern Leistungen aller Art. Auch mit der Überlassung einer Grundschuld für Zwecke der Kreditbeschaffung wird dem Gesellschafter Vermögen der Gesellschaft zur Verfügung gestellt. Zu einer Auszahlung kommt es nicht erst, wenn eine Inanspruchnahme der Sicherheit droht. Würde man auf den Zeitpunkt der Verwertung abstellen, könnte die Gesellschaft nie Sicherheiten wirksam bestellen, was den Zielsetzungen des Gesetzgebers zuwider liefe.
 - Bei Leistungen der Gesellschaft, welche durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind, liegt nach § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG keine Auszahlung vor. Bei der Bestellung einer dinglichen Sicherheit ist dieser Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch der Anspruch der Gesellschaft gegen ihren Gesellschafter, sie von der Inanspruchnahme der Sicherheit bei Fälligkeit des Darlehens freizustellen. Vollwertigkeit liegt vor, wenn der Ausfall des Darlehensrückzahlungsanspruchs des Sicherungsnehmers unwahrscheinlich ist, weil die Bonität des
- 17.12 **Gesellschafters/Darlehensnehmers** ausreichend ist ("bilanzneutraler Aktivtausch"). **232**

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreisfinanzierung

BGH, Urteil vom 21. 3. 2017 – II ZR 93/16

Anspruch nach §§ 31 I; 30 I 1 GmbHG?

- Verboten ist die Auszahlung, wenn der Wert des Vermögensabflusses durch die Bestellung der Sicherheit, der einer unterstellten Verwertung im Zeitpunkt der Bestellung entspricht durch den Freistellungsanspruch **nicht** ausgeglichen wird (zB weil dieser nicht vollwertig ist) und die rechnerische Unterdeckung zu einer Unterbilanz führt oder eine Unterbilanz vertieft.
 - Eine negative Entwicklung lässt die ex ante bestehende Vollwertigkeit des Freistellungsanspruchs nicht rückwirkend entfallen. Daran ändert auch die Pflicht des Geschäftsführers nichts, die Vermögensverhältnisse des Gesellschafters zu beobachten und auf eine sich nach der Sicherheitenbestellung andeutende Bonitätsverschlechterung mit der Anforderung von Sicherheiten oder der Durchsetzung des Freistellungsanspruchs zu reagieren (vgl. BGH [II ZR 102/07](#)). Die Unterlassung solcher Maßnahmen kann allerdings zur Schadenersatzpflicht des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 2 GmbHG führen.
 - Mit der Bestellung und nicht erst mit der Verwertung der Sicherheit beginnt auch die Verjährung der Erstattungsansprüche der Gesellschaft nach § 31 Abs. 5 Satz 2 GmbHG.
 - Hier ist der (wertlose) Anspruch gegen A nicht verjährt, da die Frist von 10 Jahren noch nicht abgelaufen ist, jedoch die Ansprüche gegen B und C nach § 31 II GmbHG, da hier
- 17.12 gemäß § 31 V 2 GmbHG ein 5-jährige Frist gilt. **233**

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreisfinanzierung - BGH NJW 2004, 1111 (sog. "November"-Urteil)

Tatbestand:

Durch Gesellschaftsvertrag vom 4. Dezember 1990 gründeten X und Y die P-GmbH, die sich mit Immobilien- und Bauträrgeschäften befaßte. Am Stammkapital der P-GmbH in Höhe von 50.000,00 EURO war X mit einem Geschäftsanteil von 45.000,00 EURO beteiligt, während Y einen Geschäftsanteil in Höhe von 5.000,00 EURO hielt. Zeitgleich mit der Gründung übertrug X seinen Geschäftsanteil treuhänderisch auf EX, seine Ehefrau, die den Geschäftsanteil durch notariellen Vertrag vom 11. Januar 1995 an X rückabtrat. EX war vom 15. Februar 1993 bis 2. März 1995 neben Y alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführerin der P-GmbH.

Im Zeitraum vom 11. Oktober bis 9. November 1994 räumte die P-GmbH dem X zwei Darlehen in Höhe von insgesamt 850.000,00 EURO ein; Y gewährte sie am 11. Oktober 1994 ein Darlehen über 150.000,00 DM. Über das Vermögen der P-GmbH wurde am 4. März 1997 das Insolvenzverfahren eröffnet und der IV zum Insolvenzverwalter bestellt.

17.12.2019

234

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreisfinanzierung - BGH NJW 2004, 1111 (sog. "November"-Urteil)

Gründe:

EX ist wegen der Y aus dem gebundenem Vermögen der P-GmbH gewährten Darlehen zur Schadensersatzzahlung in Höhe von 150.000,00 Euro an IV verpflichtet (§§ 43 Abs. 2 und 3, 43 a, GmbHG).

1. Für Y und das ihm gegebene Darlehen von 150.000,00 EURO folgt dies bereits aus § 43 a GmbHG. Nach dieser Bestimmung ist jede Kreditvergabe aus gebundenem Vermögen an Geschäftsführer und ihnen gleichgestellte Personen "uneingeschränkt" verboten (BT-Drucks. 7/253, S. 124). Das Verbot gilt unabhängig von der Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs. Es erstreckt sich damit ohne weiteres auch auf Kredite, die einem kreditwürdigen, solventen Geschäftsführer gewährt werden oder die anderweit ausreichend besichert werden.

2. Im Blick auf das X eingeräumte Darlehen über 850.000,00 DM ergibt sich ein Verbot der Kreditgewährung nicht bereits aus § 43 a GmbHG. Der Regelungsbereich der Vorschrift beschränkt sich auf Geschäftsführer und die dort genannten weiteren Vertretungspersonen. Die Bestimmung kann entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung (K. Schmidt, Gesellschaftsrecht 4. Aufl. S. 1148 f.) nicht in analoger Anwendung auf Gesellschafter übertragen werden, weil der Gesetzgeber die Einbeziehung dieses Personenkreises in den Tatbestand der Vorschrift ausdrücklich abgelehnt hat (BT-Drucks. 8/1347, S. 74).

17.12.2019

... (folgen Ausführungen, die nach heutiger Gesetzeslage nicht mehr zutreffen)

235

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Kaufpreisfinanzierung

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

17.12.2019

236

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Kaufpreis

Sonstiges

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

17.12.2019

237



Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf

Gesellschaftsrechtliche Haftungsrisiken

Firmen- und Geschäftsführung

Steuerliche Haftungsrisiken

Öffentlich rechtliche Haftungsrisiken (Subventionen/ Umwelthaftung/ Sonstiges)

Arbeitsrechtliche Haftungsrisiken

17.12.2019

238



Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf

> Gesellschaftsrechtliche Haftungsrisiken

- Beim **Erwerb eines GmbH-Anteils** übernimmt der Käufer gem. § 16 II GmbHG die Haftung für im Zeitpunkt der Berichtigung der Gesellschafterliste im HR rückständige Leistungen auf den Geschäftsanteil, insbesondere Haftung für:
 - nicht ordnungsgemäß erbrachte Stammeinlagen gem. § 9 GmbHG (zur Verjährung der Einlageforderungen der GmbH s. § 19 Abs. 6 GmbHG -10 Jahre!)
 - nicht erfüllte Einlageverpflichtungen von Mitgeschaftern (Ausfallhaftung gem. § 24)
 - Rückerstattung verbotener Auszahlungen (§§ 30, 31 I, III, VI GmbHG; BGHZ 173,1)
 - § 26 GmbHG – Haftung für vereinbarte Nachschüsse
 - § 3 II GmbHG – Haftung für übernommene Nebenverpflichtungen des Verkäufers
- Rückzahlung Gesellschafterdarlehen an Veräußerer im letzten Jahr vor Insolvenz
 - Jetzt: § 39 I Nr. 5 InsO => führt nicht mehr zu einer Haftung des Erwerbers (vgl. § 30 I 3 GmbHG), sondern nur zu einer Rückzahlungspflicht des Veräußerers (nach Anfechtung durch Insolvenzverwalter - § 135 I Nr. 2 InsO).
 - Deshalb zum Schutz des Verkäufers: Gesellschafterdarlehen an Käufer im UKV abtreten!
 - Frage: Haftet Verkäufer gesamtschuldnerisch bei Rückzahlung Darlehen an Käufer?
 - BGH vom 21.2.2013 – IX ZR 31/12 => bei isoliertem Verkauf Darlehen: ja!
 - Gilt das auch bei Verkauf Darlehen zusammen mit Geschäftsanteilen?

17.12.2019

239

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf

OLG Köln ZIP 2011. 963

Die kriselnde K-GmbH hatte ein Bankdarlehen (3 Mio €) erhalten, für das sich der Alleingesellschafter X verbürgt hatte. Mit dem Geld aus einer Kapitalerhöhung löste die GmbH das Darlehen ab; X wurde damit von seiner Bürgenverpflichtung befreit. Danach veräußerte X seine Geschäftsanteile an der K-GmbH. Nachdem die K-GmbH in Insolvenz gefallen war, forderte der Insolvenzverwalter von dem Erwerber Y der Geschäftsanteile Zahlung in Höhe des von der Gesellschaft abgelösten Bankdarlehens. Zu Recht?

1. Anspruch nach §§ 30 I 1, 31 I, 16 II GmbHG?

1.1. Auszahlung an den Gesellschafter X: ja Leistung an einen Nichtgesellschafter, Bank, stellt hier objektiv eine mittelbare Leistung an Gesellschafter dar (Befreiung aus Bürgschaft) => Erstattungsanspruch der GmbH gegen X gemäß § 31 I GmbHG.

1.2. Haftet dafür auch Y nach § 16 II GmbHG? => Haftung für rückständige Einlagen.

1.2.1. h.L.: nein, da § 31 I „persönlicher Anspruch“, auf den § 16 II nicht zutrifft.

1.2.2. OLG Köln: Anspruch hat mitgliedschaftsrechtlichen Charakter, Kapitalerhaltung sei die Kehrseite der Kapitalaufbringung („Einlage“). Gegen eine persönliche Schuld des Veräußerers X spreche auch die gesetzliche vorgesehene Ausfallhaftung der Mitgesellschafter nach § 31 III GmbHG => Anspruch (+)!

17.12.2019 Praxis: Dasselbe dürfte für die Ausfallhaftung nach § 31 III GmbHG gelten.

240

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf

Ggf. Alternativlösung durch Insolvenzanfechtung bei Gter-Sicherheiten

- Anspruch nach §§ 135 II i.V.m. 143 III InsO (Achtung: 1-Jahresfrist!):

- Gter Sicherheit für Drittgläubigerforderung, die im letzten Jahr vor Insolvenzeröffnungsantrag befriedigt wird (Tatfrage - SV offen)
- Rechtsfolgen - § 143 III InsO:
Frei gewordener Gesellschafter muss
 - das an den Drittgläubiger zurückgezahlte Darlehen der Gesellschaft im Wert der Sicherheit zur Verfügung stellen und hat selbst nur eine Insolvenzforderung
 - Oder die Sicherheit der Gesellschaft (=Insolvenzmasse) zur Verfügung stellen, im Beispielsfall also Bürgschaft erneut begründen

17.12.2019

241

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Vertragliche Regelung zu gesellschaftsrechtlichen Risiken (GmbH)

Die Verkäufer erklären per Datum des Unternehmenskaufvertrages:

1. **Das Stammkapital der Gesellschaft ist voll eingezahlt. Rückzahlung aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen sind nicht erfolgt.** Auf den Prüfungsbericht zum Jahresabschluss der Gesellschaft zum 31. Dezember 2015 wird verwiesen.
2. **Die Satzung der Gesellschaft gilt unverändert in der der Käuferin vorliegenden Fassung v. 14. März 2015.**
3. **Die verkauften Geschäftsanteile bestehen rechtswirksam und stehen den Verkäufern frei von Rechten Dritter zu. Jeder der Verkäufer ist uneingeschränkt berechtigt, die von ihm verkauften Geschäftsanteile zu veräußern und hierüber zu verfügen. Über die Geschäftsanteile sind keine Zertifikate erteilt.**
4. **Die Gesellschaft ist weder überschuldet noch zahlungsunfähig.** Es bestehen zum Vertragsdatum außerhalb der Geschäftsführer Verträge und der vorgelegten Mietverträge mit den Verkäufern keine Rechtsverhältnisse der Verkäufer mit der Gesellschaft. **Insbesondere haben die Verkäufer der Gesellschaft keine Darlehen gewährt. Den Verkäufern sind auch keine Darlehen im letzten Jahr vor Kaufvertragsabschluss zurückgewährt worden.**
5. **Über das Vermögen der Verkäufer ist weder ein Insolvenzverfahren beantragt oder eröffnet noch die Eröffnung mangels Masse abgelehnt worden. Es liegen keine Umstände vor, die eine Anfechtung der Veräußerung der verkauften Geschäftsanteile nach den Bestimmungen der Insolvenzordnung sowie des Anfechtungsgesetzes rechtfertigen könnten.**
6. **Für die Gesellschaft sind die ordentlichen Gesellschafterversammlung ordnungsgemäß abgehalten worden. Den Verkäufern ist nicht bekannt, dass wesentliche Gesellschafterbeschlüsse nicht ausgeführt worden sein sollten. Es gibt keine Gesellschafterbeschlüsse über die Rückzahlung des Kapitals der Gesellschaft.**

17.12.2019

242

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf

➤ Gesellschaftsrechtliche Haftungsrisiken

- **Kommanditgesellschaft:** Wechsel des **Kommanditisten** durch **Austritt und Eintritt** führt zu Doppelhaftung
 - Alter Kommanditist: §§ 171 I, 172 IV, 161 II, 160 HGB
 - 5 Jahre Nachhaftung für Altverbindlichkeiten
 - Neuer Kommanditist: §§ 171, 173 HGB – für alte und neue Verbindlichkeiten
- Beim **Erwerb eines Kommanditanteils (Rechtsnachfolge)** haftet der Erwerber nur für ausstehende oder zurückbezahlte Kommanditeinlagen
 - Gegenüber der Gesellschaft (§§ 105, 161 II HGB, 705 BGB)
 - Gegenüber Gläubigern (§§ 171 I, 172 IV, 161 II HGB) und
 - generell unbeschränkt für Verbindlichkeiten, die in der Zeit zwischen Erwerb des Anteils und Eintragung als Kommanditist entstanden sind (§ 176 II HGB).
 - Haftung wird vermieden, indem die Anteilsabtretung aufschiebend bedingt durch Eintragung des Erwerbers als Kommanditist in das Handelsregister erfolgt. Sog. Rechtsnachfolgevermerk + negative Abfindungsversicherung aller Gesellschafter (höchstpersönlich und nach § 263 StGB strafbewehrt – KG ZIP 2009, 1571)
 - Beteiligung des Käufers an wirtschaftlichem Erfolg des Unternehmens in der Übergangszeit kann durch atypisch stille Beteiligung erfolgen.

17.12.2019

243

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Fall (Haftung bei Wechsel der Kommanditisten):

SV: Freunde A als Komplementär und B und C als Kommanditisten haben eine Weinhandlung als KG gegründet und die Einlagen einbezahlt. D möchte mitmachen und wird 10/2013 per Vertrag als Kommanditist aufgenommen und leistet seine Einlage in Höhe von 5.000,- € . 8/2013 hatte die KG bereits bei Weinhändler W Wein für 3.000,- € bestellt. Eine weitere Bestellung erfolgte 11/2013 für 7.000,- €. In 12/2013 wird D als Kommanditist eingetragen. Da die KG die Rechnungen nicht bezahlt, obwohl der Wein geliefert ist, möchte W gegen D vorgehen. Mit Erfolg ?

1. §§ 433 II BGB, 173 I, 171, 172 HGB für erste Lieferung (3.000,- €)
 - 1.1. Verbindlichkeit der KG - §§ 433 I BGB; 124 I HGB (+)
 - 1.2. Haftung des D? a) Grundsatz: § 171 I 2. HS HGB => nein, da Einlage bezahlt.
b) §§ 173 I, 171, 172 HGB: Vollzug Beitritt nach außen spätestens mit HR-Eintragung. Vor Beitritt begründete Verbindlichkeit, da diese in 8/2013 begründet. => Haftung (+), aber Einlage geleistet => kein Anspruch.
2. §§ 433 II BGB; 176 II, I 1; 161 II; 128 HGB für die zweite Lieferung (7.000,- €)
 - 2.1. Verbindlichkeit der KG (+, s.o.)
 - 2.2. Haftung des D? Verbindlichkeit zwischen Beitritt (10/2013) und HR-Eintragung (12/2013) - (+)

17.12.2019

244

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Fall (Haftung bei Wechsel der Kommanditisten):

1. Ausnahme: Hat D Geschäftsbeginn zugestimmt? Ist Zustimmung erforderlich? BGHZ 82, 209, 211: nein, da Gründung und Beitritt insoweit nicht vergleichbar (lebendes Geschäft kann anders als bei Beginn nicht unterbrochen werden).

Außerdem kann Beitritt aufschiebend bedingt auf HR-Eintragung erklärt werden.

2. Ausnahme: Keine Haftung, wenn Gläubiger Kenntnis von Beteiligung des D **als Kommanditist** hatte. W hatte überhaupt keine Kenntnis.

=> nach Literatur: unwissender Dritter verdient keinen Schutz.

a.M. BGH (aaO): Zweck der Vorschrift ist, Haftungsbeschränkung von Eintragung im HR abhängig zu machen (Verkehrsschutz). Auf Kenntnis kommt es nicht an.

=> W hat Anspruch gegen D auf Zahlung von 7.000,- €.

Abwandlung des Falles: D ist nicht der KG beigetreten, sondern hat den Kommanditanteil in Höhe von 5.000,- € von C erworben und Kaufpreis an diesen bezahlt. C hatte allerdings nur 3.000,- € auf die Einlage einbezahlt. Austritt des C und Eintritt des D wird im HR eingetragen, jedoch nicht der Rechtsnachfolgevermerk. Kann W Ansprüche wg. der ersten Weinlieferung über 3 T€ Rechte gegen C und D geltend machen?

17.12.2019

245

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Fall (Haftung bei Wechsel der Kommanditisten):

1. §§ 433 II BGB, 161 II, 125, 124 HGB auf Zahlung von 3.000.-- € gegen D?
 § 173 I HGB? – Übertragung KG-Anteil = Eintritt in KG? => analoge Anwendung
 => Haftung nach §§ 171, 172 HGB. D hat keine Einlage geleistet, KP ging an C. Aber
 C hat 3.000.-- € geleistet; wird das D angerechnet? Rechtsnachfolgermerk nicht
 eingetragen. Rechtsverkehr kann auch von Eintritt und damit Erhöhung der KG-
 Einlagen ausgehen. Aber Abtretung KG-Anteil wirkt auch nach außen und D kann
 sich auf Einzahlung des C berufen. D tritt quasi in die Rechtsstellung des C ein.
 Einlageleistung ist gerade keine ins HR eintragungsfähige Tatsache und deswegen
 kann deren Nichteintragung nicht nach § 15 HGB dem D entgegen gehalten werden.
 => Haftung des D in Höhe von 2.000.-- € (= noch offene Kommanditeinlage).

2. §§ 433 II BGB, 171 I, 172 IV HGB analog auf Zahlung von 3.000.-- € gegen C?
 2.1. Haftung ausscheidender Kdtist für Altverbindlichkeit: §§ 161 II, 160 HGB. Hier (+).
 2.2. § 171 I – Einlage nur in Höhe von 3.000.-- € geleistet. Aber: Ist durch die
 Abtretung KG-Anteil (Umbuchung auf D) ohne Rechtsnachfolgermerk eine
 Rückzahlung der Einlage an C erfolgt mit der Folge des § 172 IV 1 HGB?

17.12.2019

246

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Fall (Haftung bei Wechsel der Kommanditisten):

Durch Rechtsübergang kraft Abtretung ist die im HR eingetragene Haftsumme nicht
 mehr durch Einlageleistung gedeckt, da mit der Abtretung auch das Recht auf den
 Erwerber übergeht, sich auf die Einlageleistung seines Rechtsvorgängers und die
 Wirkung des § 171 Abs. 1 Halbs. 2 HGB zu berufen. Es können sich nicht beide
 (austretender und eintretender Kdtist) auf Einlageleistung nach § 171 HGB berufen.
 § 172 IV 1 HGB ist analog anwendbar (BGHZ 81, 82, 89).

Letztlich handelt es sich um eine Rechtsscheinhaftung: **Rechtsnachfolge selbst** ist
 wie Eintritt eines Kommanditisten in KG nach § 162 III HGB in das Handelsregister
 einzutragen (=eintragungspflichtige Tatsache - "epflT"). Erweiternde Auslegung der
 Vorschrift. => C kann sich wegen § 15 I HGB gegenüber den Gläubigern nicht darauf
 berufen, dass er gegen Übertragung des KG-Anteils (=epflT) aus der KG ausge-
 schieden ist mit der Folge, dass Einlageleistung gegen Zedent **und** Zessionar wirkt.

17.12.2019

247

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf

➤ Gesellschaftsrechtliche Haftungsrisiken für sog. Altverbindlichkeiten

- Beim **Erwerb eines OHG- bzw. Komplementär- bzw. Partnerschaftsanteils** haften Käufer und Verkäufer gem. §§ 130 I, 160 I 1 HGB für die bis zum Erwerb begründeten Verbindlichkeiten (=Altverbindlichkeiten).
- Beim **Erwerb eines GbR-Anteils**
 - haftet der **Käufer** für bereits bestehende Verbindlichkeiten mit seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen und auch mit seinem sonstigen Vermögen (§ 130 I HGB analog).
 - Diese Haftung kann durch Begründung einer neuen Innengesellschaft, z.B. in Form einer stillen Gesellschaft oder einer Unterbeteiligung vermieden werden (statt des Erwerbs der GbR-Beteiligung).
 - **Verkäufer** haftet gem. §§ 736 I, II BGB; 160 HGB für Altverbindlichkeiten

17.12.2019

248

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf

➤ Gesellschaftsrechtliche Haftungsrisiken für Altverbindlichkeiten

- Beim **Erwerb einer ausgegliederten oder abgespaltenen Gesellschaft** haften sowohl der Verkäufer als auch die Gesellschaft selbst für sämtliche Altverbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers mit der 5-jährigen Nachhaftung (§ 133 I 1; II 1; IV UmwG)!
- Beim **Erwerb einer konzerngebundenen Gesellschaft** droht eine Haftung des Verkäufers, wenn das Zielunternehmen eine abhängige Gesellschaft war. Wenn die Zielgesellschaft ein herrschendes Unternehmen war, droht eine Nachhaftung der Zielgesellschaft selbst. (vgl. z.B. § 303 AktG)

17.12.2019

249

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf – Firmenfortführung (§ 25 HGB)

Erwerber haftet für die im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des bisherigen Inhabers, § 25 I 1 HGB

1. Haftungsvoraussetzungen nach § 25 I 1 HGB:

- Anwendbarkeit:
 - Diese Haftungsvorschrift greift nicht ein, wenn Erwerb im Insolvenzverfahren erfolgt (BGHZ 104, 151); objektive Zahlungsunfähigkeit des fortzuführenden Unternehmens allein steht Anwendung des § 25 I HGB nicht entgegen!
- Firmenfortführung = mindestens prägender Teil der alten Firma wird beibehalten
 - Ratio: Kontinuität des Unternehmens tritt nach außen in Erscheinung (Schutz der Haftungserwartung des Rechtsverkehrs)
 - Einwilligung in Firmenfortführung irrelevant (anders: § 25 I 2 HGB!)

17.12.2019

250

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf – Firmenfortführung (§ 25 HGB)

- Unternehmensfortführung - § 23 HGB (vgl. BGH NZG 2010, 112)
 - z.B. nach Kauf (z.B. Unternehmenskauf - asset deal), Schenkung, aber auch Verpachtung, Nießbrauch
 - Auch nur Teilbetrieb (betriebsfähige Wirtschaftseinheit); rein tatsächliche Fortführung – Mängel des UKV oder der Verfügungen sind irrelevant
 - sofern es sich aus der Sicht des maßgeblichen Rechtsverkehrs um Schwerpunkt des Unternehmens, also den wesentlichen Kernbereich handelt
 - ob der wesentliche Kernbereich zeigt sich in Wert der Unternehmensteile

17.12.2019

251

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf – Firmenfortführung (§ 25 HGB)

2. Rechtsfolgen und Dogmatik des § 25 I HGB

- **§ 25 I 1** => Gläubiger hat Forderung gegen Altgesellschaft und kann diese gegen Neugesellschaft geltend machen
- Haftungserweiterung durch **gesetzlichen Schuldbeitritt** (§§ 414; 415 III BGB)
- **§ 25 I 2** => Schuldner hat Verbindlichkeit gegenüber AltG und leistet befreiend nach seinem Ermessen an NeuG oder an AltG
 - Leistet Schuldner an Neugesellschaft, hat Altgesellschaft gegen diese einen Anspruch nach § 816 II BGB (keine Kondition nach § 812 I 1, da keine Leistung AltG an NeuG - Nichtleistungskondition)
 - Durch Entgegennahme erlischt (Verfügung!) Forderung der AltG
- **Gesetzlich angeordnete Empfangszuständigkeit** für Forderung, § 362 I 1
 - Nur Recht des Schuldners, kein Anspruch der Neugesellschaft (ähnlich: § 1138 BGB)
- **Gegenläufige Parallelvorschrift zu § 407 BGB**
 - Dort: Leistung an Altgläubiger befreit auch gegenüber Neugläubiger

17.12.2019

252

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf – Firmenfortführung (§ 25 HGB)

3. Haftungsausschluss nach § 25 II HGB:

- Ausschluss der Haftung kann in Handelsregister eingetragen werden
- Wirkt nur, wenn Haftungsausschluss vereinbart **und** im Handelsregister eingetragen oder dem Dritten von Verkäufer oder Käufer mitgeteilt!
- Eintragung u. Bekanntmachung grds. mit Übernahme
 - Es genügt aber, wenn Anmeldung unverzüglich nach Geschäftsübernahme (d.h.: nicht länger als ca. 8 Wochen)
 - und Eintragung u. Bekanntgabe in kurzem „angemessenem“ Zeitabstand folgen (großzügig OLG Düsseldorf: 5 Monate - NZG 2003, 774).
- OLG Köln/Stuttgart/Schleswig; NZG 2010, 879; 628 und BeckRS 2010, 15189
 - Die Eintragung eines Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB kann durch das Registergericht nur abgelehnt werden, wenn offensichtlich ist, dass eine Haftung des neuen Unternehmensträgers nach § 25 Absatz I HGB nicht in Betracht kommt.

17.12.2019

253

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf – Firmenfortführung (§ 25 HGB)

- OLG München GmbHR 2010, 1039
 - Für den Eintrag eines Haftungsausschlusses nach § 25 II HGB bedarf es jedenfalls dann keines Nachweises durch Vorlage der Vereinbarung, wenn die Anmeldung der Eintragung des Haftungsausschlusses sowohl von dem Geschäftsführer der übernehmenden GmbH als auch von den Geschäftsführern der übernommenen GmbH unterschrieben ist (im Anschluss an OLG München, GmbHR 2008, 705).

4. Parallelvorschriften:

- §§ 27 (Erbenhaftung), 28 (Eintritt bei Einzelkaufmann) HGB

17.12.2019

254

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf – Firmenfortführung (§ 25 HGB)

4. Haftungsausschluss nach § 25 II HGB – Formulierung Handelsregisteranmeldung:

Die Unterzeichnenden melden zur Eintragung in das Handelsregister an:

Der Unterzeichnende, Herr Alfons Meier, hat das von ihm unter der Firma Alfons Meier e. K. betriebene Geschäft mit dem Recht, die Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz fortzuführen, an den Unterzeichnenden, Herrn Klaus Schmidt, geb. am 1.1.1990, wohnhaft: 01069 Dresden, Schweizer Straße 20, übertragen.

Dieser führt das Geschäft unter der Firma Alfons Meier e. K. Nachfolger Klaus Schmidt fort. In die Firmenfortführung wird hiermit ausdrücklich eingewilligt.

Die Haftung des Erwerbers für die im Bereich des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des bisherigen Inhabers sowie der Übergang der in dem Betrieb begründeten Forderungen auf den Erwerber ist ausgeschlossen (§ 25 Abs. 2 HGB).

Dresden, den 5.1.2015

Alfons Meier

Klaus Schmidt

17.12.2019

255

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf

➤ Steuerliche Haftungsrisiken

- Käufer haftet bei einem asset deal nach § 75 AO für Betriebssteuern (z.B. Gewerbe-, Umsatz- und Lohnsteuer; nicht: Einkommen- und Körperschaftsteuer) ab Beginn des letzten Jahres vor Anmeldung der Übernahme (§ 138 AO).
- Dies gilt nicht bei einem Erwerb im Insolvenzverfahren, § 75 Abs. 2 AO.
- Beim share deal von Kapitalgesellschaftsanteilen ist auf Nachzahlungsrisiken wegen verdeckter Gewinnausschüttungen hinzuweisen.

17.12.2019

256

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf

➤ Subventionsrechtliche Haftungsrisiken

- Wurden dem Zielunternehmen staatliche Subventionen o.ä. gewährt, ist es nicht selbstverständlich, dass diese Förderung nach dem Unternehmenskauf weitergewährt wird.
- Unter Umständen müssen auch früher gewährte Subventionen im Zuge des Unternehmenskaufs zurückbezahlt werden, z.B. bei einer unzulässigen Beihilfegewährung, bei zweckentfremdeter Verwendung u.a.

17.12.2019

257

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf

➤ Umweltrechtliche Haftungsrisiken

- s. hierzu bspw. § 4 Abs. 3 S. 1, 4 BBodSchG

➤ Sonstige öffentlich-rechtliche Haftungsrisiken

- Es ist zu prüfen, ob der Fortbestand betriebsnotwendiger Genehmigungen gesichert ist.

17.12.2019

258

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Fall zu § 613 a BGB

(Arbeitsrechtliche Haftungsrisiken – nachempfunden BAG 8 AZR 1019/08)

SV: Zum Kontra-Konzern gehören der Discounter Elektroworld GmbH, E, und der Markenartikelhändler Mediadream GmbH, D. Frau Auer, A, ist seit 1.6.2000 bei E angestellt und ist gerade bis 2016 in Erziehungsurlaub. E teilt A mit, dass das Arbeitsverhältnis gekündigt wird, da E an D verkauft worden ist und die Betriebsstätte der E geschlossen wird. A könne aber bei D weiterarbeiten. A ist damit nicht einverstanden, da D schlechter zahlt und die Betriebszugehörigkeiten der A bei der E nicht anrechnet.

D hatte von E 14 der insgesamt 24 Arbeitsplätze in ihre 5 Kilometer von E entfernte Filiale übernommen und auch die Hälfte des Warenvorrates. Außerdem waren die Kunden von E über den Wechsel zu D hingewiesen worden. E wendet ein, das Sortiment decke sich nur teilweise mit dem von D und sei höherwertig. Insbesondere sei ein erheblicher Beratungsbedarf gegenüber den Kunden zu erfüllen, denen ein „Einkaufserlebnis“ geboten werde.

Nachdem E ein entsprechendes Schreiben unbeantwortet gelassen hat, fragt A Sie als Rechtsberater, ob zwischen ihr und D ein unbefristetes Arbeitsverhältnis seit dem 1.6.2000 bestehe.

17.12.2019

259

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Fall zu § 613 a BGB – Lösung:

A hat Recht, wenn D in das zwischen A und E am 1.6.2000 begonnene Arbeitsverhältnis (AV) eingetreten ist. § 613 a I 1 BGB setzt hierfür ein bestehendes AV voraus.

1. Wirksame Kündigung des AV? – Verstoß gegen § 18 I 1 BErzGG, da A zum Zeitpunkt der Kündigung in Erziehungsurlaub, führt zur Unwirksamkeit der Kündigung nach § 134 BGB.
2. Betriebsübergang: folgendes Prüfungsschema
 - a) Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes (Discounter Markenartikelhändler)
 - b) Übergang materieller Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter (die Hälfte des Warenbestandes, aber überall und von jedem erhältliche Produkte)
 - c) Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Überganges (kein Wert/Angabe)
 - d) Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber (14 von 24 Angestellten, aber Schulung erforderlich, um Beratung erbringen zu können)
 - e) Übergabe der Kundschaft (wohl nein: unterschiedliche Klientel – vgl. a) - und 5 km Entfernung)
 - f) Grad der Ähnlichkeit zwischen der vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeit (reiner Verkauf Beratung)
 - g) Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit (keine Unterbrechung, ist aber hier nicht entscheidend, da Kriterium nur relevant, wenn Identität der wirtschaftlichen Einheit erhalten bleibt, was hier aber gerade nicht der Fall ist).

3. Ergebnis: D ist nicht in das zwischen A und E begründete AV eingetreten.

17.12.2019

260

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Arbeitsrechtliche Haftungsrisiken (insb. § 613a BGB)

- asset deal -

Anspruch auf Arbeitslohn gegen UKV-Erwerber, §§ 611, 615, 613 I 1 BGB

1. Zweck der Regelung
2. Tatbestand
3. Rechtsfolgen
4. Rechtspolitische Bewertung

1. Zweck der Regelung

- Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses ergänzt durch ein Kündigungsverbot gemäß § 613 a IV BGB
- Gestaltungsoption für Arbeitgeber:
 - + Outsourcing der Arbeitsverhältnisse in eine Beschäftigungsgesellschaft oder
 - + Ausgliederung eines Teilbetriebes und anschließender asset deal;
 - + Übergang der Arbeitsverhältnisse auf Spaltgesellschaft bei Spaltung nach UmwG (aber: Nachhaftung 5 Jahre)

17.12.2019

261

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Arbeitsrechtliche Haftungsrisiken (insb. § 613a BGB)

- asset deal -

2. Tatbestand

- 2.1. Anwendbarkeit: kein Ausschluss durch UKV, da
§§ 613 a I, II, IV 1 BGB zwingendes Recht (BAG NJW 1977, 1168)
- betroffen nur asset deal, bei share deal besteht bisheriger Arbeitgeber sowieso fort
- 2.2. Arbeitsverhältnis: # Dienstverhältnis mit Organen
(= Geschäftsführer, Vorstand, freie Mitarbeiter, Handelsvertreter)
Deklaratorische Bezeichnung im UKV (Anlage)
- 2.3. Betrieb = selbständig abtrennbare, auf Dauer angelegte „wirtschaftliche Einheit“,
ähnliche Abgrenzung wie bei UKV zum Erwerb einer Vielzahl von Wirtschaftsgütern
(BGH NJW 2002, 1042); jetzt auch Definition in RL 2001/23/EG:
„Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer
organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer
wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit“
=> wertende Gesamtbetrachtung aller den Einzelfall kennzeichnenden Umstände!
- 2.4. Übergang = Übergang der tatsächlichen Leitungsmacht beim UK, entspricht meist
dem Übergangsstichtag im UKV (Closing) bzw. dem Gefahrübergang, wobei es auf
die Rechtswirksamkeit des UKV allerdings nicht ankommt (vgl. BGHZ 138, 195).

17.12.2019

262

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Arbeitsrechtliche Haftungsrisiken (insb. § 613a BGB)

- asset deal -

2. Tatbestand

- 2.4. § 613a BGB findet keine Anwendung, wenn der Erwerber oder Veräußerer den
Betrieb stilllegen. Fortführungsmöglichkeit genügt nicht.
 - An das Vorliegen einer Stilllegung sind strenge Maßstäbe anzulegen! Legt Veräußere still
und erfolgt Betriebsübergang innerhalb der Kündigungsfrist des Arbeitsverhältnisses, greift
§ 613 a BGB ein (BAG 8 AZR 766/08 – insolvente Metzgerei)
 - Für den Erwerber besteht das Risiko einer Haftung aus § 613a BGB, wenn Verkäufer den
ihm verbliebenen Betriebsteil nachher in zeitlicher Nähe zum Unternehmenskauf still legt.
 - § 613a BGB findet grundsätzlich auch Anwendung, wenn ein Unternehmen gekauft wird,
über dessen Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, jedoch ist hier eine
Haftung für „Altschulden“ ausgeschlossen.
- 2.5. Mängel im UKV oder den Verfügungsgeschäften sind dafür ohne Relevanz:
arg.: Wortlaut verlangt kein wirksames Rechtsgeschäft
Insbesondere aber Vermeidung einer Unsicherheit für die Arbeitnehmer!
- 2.6. Kein Widerspruch des Arbeitnehmers nach § 613 a VI BGB gegen Übergang des
Arbeitsverhältnisses
 - Widerspruchsrecht besteht für 1 Monat ab vollständiger und umfassender Unterrichtung über
den Betriebsübergang gem. § 613a Abs. 5 BGB.
 - Dies gilt auch bei einer Unterrichtung erst nach Betriebsübergang.

17.12.2019

263

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE

Arbeitsrechtliche Haftungsrisiken (insb. § 613a BGB) - asset deal -

2. Tatbestand

- Es ist jeder einzelne Arbeitnehmer in Textform zu unterrichten; den Empfang der Informationserklärung sollte sich der Arbeitgeber schriftlich bestätigen lassen.
- Widerspruch kann auch kollektiv erklärt werden. Dadurch kann Unternehmensverkauf faktisch sogar verhindert werden. Allerdings tragen die Arbeitnehmer dann das Risiko, dass der bisherige Arbeitgeber die Stilllegung des gesamten Betriebs in Betracht zieht.

3. Rechtsfolgen

3.1. Gesetzlicher Übergang der Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis (gesetzlicher Vertragsübergang/-übernahme - „tritt ein“ - § 613 a I 1 BGB).

Beim Erwerb eines Teilbetriebs bzw. eines Konzernteils gehen die Arbeitsverhältnisse auf den Käufer über, die nach dem objektiven Schwerpunkt der Tätigkeit dem Teilbetrieb bzw. Konzernteil zuzuordnen sind => Regelung im UKV = deklaratorische Wirkung

Teilweise Gesamtschuld mit Verkäufer nach § 613 a II 1 BGB für Altverbindlichkeiten

3.2. Es gehen nicht über, da kein Arbeitsverhältnis

- Tarifverträge aber: Kollektivrechte gegenüber dem Veräußerer des Unternehmens werden zu Individualrechten des AN gegenüber dem Käufer (§ 613 a I 2 BGB - mind. 1 Jahr)
- rückständige Sozialversicherungsbeiträge und Lohnsteuer.
- Verpflichtungen gegenüber bereits ausgeschiedenen Arbeitnehmern (z.B. Betriebsrente)

17.12.2019

264

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE

Arbeitsrechtliche Haftungsrisiken (insb. § 613a BGB) - asset deal -

3. Rechtsfolgen

- => Für den Veräußerer kann sich die Ausgliederung der Pensionsverpflichtungen auf eine Pensionsgesellschaft empfehlen.
- Zweifelhaft ist Übergang von Nebenverträgen, z.B. Werkwohnungsmietverträge oder Arbeitnehmerdarlehen. Eine vertragliche Regelung ist ratsam.
- Schwierig ist die Behandlung von Aktienoptionen oder Beschäftigungszeiten beim Betriebsveräußerer, z.B. bei Wartezeiten im Zusammenhang mit Betriebsrenten.
- Rechte aus Arbeitnehmererfindungen sollten explizit auf den Erwerber übertragen werden.

3.3. Gegeneinwendung des AN gegen Kündigung des AG, § 613 a IV 1 BGB

- aber: betriebsbedingte Kündigung nach KSchG, wenn unabhängig vom Betriebsübergang oder Aufhebungsvereinbarung (§ 311 I BGB) zwischen Arbeitnehmer und **Verkäufer**, z.B. bei Sozialplan zulässig
 - Ausgleichszahlungen an Arbeitnehmer sind bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses (= Aufhebungsvereinbarung) nach § 24 Nr. 1 EStG privilegiert

3.4. Pflicht zur Unterrichtung aller übergangsbetroffenen Arbeitnehmer, § 613 a V BGB

3.5. Rechtsfolgen bei Widerspruch des Arbeitnehmers:

- Frist: ein Monat od. bei mangelhafter Unterrichtung zeitlich unbegrenzt (§ 613 a VI)
- Erklärung gegenüber dem bisherigen AG oder dem neuen Inhaber
- Widerspruch wirkt auf Zeitpunkt des Übergangs des Arbeitsverhältnisses zurück

17.12.2019 Behandlung des Lohnanspruchs (§ 611 I Fall 2 BGB) bei Widerspruch?

265

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Arbeitsrechtliche Haftungsrisiken (insb. § 613a BGB)

- asset deal -

3. Rechtsfolgen

3.5.1. Lohnanspruch gegenüber dem UKV- Erwerber:

Lohnzahlungen des Erwerbers an den AN erfolgten rechtsgrundlos, § 812 I 2 Fall 2 Wertersatzanspruch des AN hinsichtlich rechtsgrundlos geleisteter Arbeitsleistung (§ 818 I 2 Fall 2; 818 II), den AN mit Rückzahlungsanspruch des Erwerbers saldieren kann (§ 818 III)

=> im Ergebnis kein Anspruch des Erwerbers auf Lohnrückzahlung

Arbeitsrechtliche Lösung (zutreffend: LAG Köln, ZIP 2005, 591)

=> Rechtsgrund für Lohnzahlung ist faktisches (fehlerhaftes) Arbeitsverhältnis!

3.5.2. Lohnanspruch AN gegenüber Veräußerer?

Leistung von sog. Verzugslohn nach §§ 611 I Fall 2; 615 S. 1 BGB?

- nein, da AN regelmäßig kein Arbeitsangebot ggü. altem Arbeitgeber macht

=> kein Annahmeverzug!

3.6. Rechtsfolgen bei fehlerhaften UKV = Fehler im UKV/dinglichem Rechtsübergang

- Lohnleistungen des Erwerbers erfolgen mit Rechtsgrund (s.o.)

- Erwerber kann von Veräußerer nach § 812 I 2 Fall 1 oder 2 BGB „etwas“

zurückfordern: das kann auch die Befreiung von einer Verbindlichkeit sein, nämlich von der Pflicht zur Zahlung von Arbeitslohn (Palandt/Sprau, § 812 Rn 10)

17.12.2019

266

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Arbeitsrechtliche Haftungsrisiken (insb. § 613a BGB)

- asset deal -

3. Rechtsfolgen

3.7 Kollektivarbeitsrechtliche Folgen

- Transformation der Tarifvertrags- und Betriebsvereinbarungs-Regelungen (kurz: TV/BV-Regelungen) in den Einzelarbeitsvertrag gemäß § 613 a I 2 BGB
- Bei Fortbestand der Identität des Betriebes: BR führt das ihm übertragene Mandat fort; rechtskräftig festgestellte Verpflichtungen zwischen BR und Veräußerer gelten nun auch gegenüber Erwerber.
- Achtung bei Unternehmensübertragungen durch Umwandlung (§§ 324 UmwG verweist auf 613 a I und IV bis VI BGB!)
 - Erhebliches Gestaltungspotential.
 - Verschmelzung eines Unternehmens mit einem „teuren“ Tarifvertrag auf ein Unternehmen mit „billigerem“ Tarifvertrag ist vorzugswürdig.
 - Sozialplanpflichtigkeit kann beim Erwerb durch ein neu gegründetes oder nicht länger als 4 Jahre bestehendes Unternehmen vermieden werden.

17.12.2019

267

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Arbeitsrechtliche Haftungsrisiken (insb. § 613a BGB)

- asset deal -

4. Rechtspolitische Bewertung

- § 613 a BGB problematisch im Zusammenhang mit Insolvenz von Unternehmen, da Übernahme von Arbeitsverhältnissen UKV unattraktiv machen kann
- => Insolvenzverwalter müssen vorab Arbeitsverhältnisse bereinigen und Fortführung des Unternehmens durch Erwerber verzögert sich deshalb, was unerwünscht ist
- Allerdings gilt: Erwerber haftet zumindest nicht für die vor Insolvenzeröffnung entstandenen Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners aus Arbeitsverhältnissen

17.12.2019

268

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Arbeitsrechtliche Haftungsrisiken (insb. § 613a BGB)

- asset deal -

5. Regelungsmöglichkeiten

- Es bestehen u.a. folgende Regelungsmöglichkeiten:
 - Garantien über den Bestand und den Inhalt der Arbeitsverträge;
 - Regelungen bezüglich der Nebenverträge;
 - Kaufpreisreduzierungen bzw. Vereinbarungen bezüglich übernommener Versorgungszusagen.
 - Regelungen zu nachvertraglichen Wettbewerbsverboten
 - Übertragung von Rechten aus Arbeitnehmererfindungen
- In Betracht zu ziehen sind immer auch unmittelbare Vereinbarungen mit dem betreffenden Arbeitnehmer.
- Eine wichtige und nicht von vornherein unzulässige Gestaltung liegt in der Aufhebung von Arbeitsverträgen und – ggf. unter Zwischenschaltung einer Beschäftigungsgesellschaft – im späteren Neuabschluss bestimmter Arbeitsverträge.

17.12.2019

269

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Formulierung wegen Arbeitsrechtliche Haftungsrisiken (insb. § 613a BGB)

Hinsichtlich der Arbeitsverhältnisse erklären die Verkäufer jeweils bezogen auf das Vertragsdatum:

1. Die Liste der Mitarbeiter der Gesellschaft wird als Anl. 7 beigelegt. Sie enthält Namen, Anschrift, Geburtsdatum, Familienstand, Eintrittszeitpunkt, aktuelle Vergütung zusätzlich eventueller Nebenleistungen, alle Sondervereinbarung, Sonderstatus (Behinderung, Schwangerschaft).
2. Es bestehen keine Pensionsverpflichtung der Gesellschaft außer der Pensionsverpflichtung gegenüber dem Geschäftsführer.
3. Die Gesellschaft ist zum Vertragsdatum an folgende Tarifverträge gebunden: ... Betriebsvereinbarung bestehen nicht.
4. Folgende Vollmachten (Prokura, Handlungsvollmacht) sind erteilt: ...
5. Die Gesellschaft hat über die in den Personalakten einschließlich Lohn und Gehaltsabrechnungen und den sonstigen der Käufern übergebenen Unterlagen dokumentierten Ansprüche hinaus Ihren Mitarbeitern keine Extravergütungen, extra Urlaubstage, Lohn- und Gehaltserhöhungen, betriebliche Altersversorgung oder dergleichen zugesagt.

17.12.2019

270

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Überblick: Gewährleistung

Tatbestand

Rechtsfolgen

Vertragliche Garantien

Bilanzgarantien

Schwächen des Gewährleistungsrechts

Konsequenzen für die Vertragsgestaltung

17.12.2019

271

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Gewährleistung

Tatbestand:

- Wirksamer Vertrag; keine Nichtigkeit oder Anfechtung (vgl. BGH NJW 2002, 1042)
- Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit, § 434 I 1 BGB
 - Wert und Funktionstauglichkeit des Unternehmens im Ganzen ist erschüttert
 - Vertragliche Regelung wesentlich, z.B. hinsichtlich Umsatz und Ertrag, Fehlen von Verbindlichkeiten, Richtigkeit der vorgelegten Bilanzen
 - Auch Äußerungen außerhalb des Vertrages können Einfluss haben, z.B. bei der Unternehmenspräsentation
- Rechtsmangel, § 435 BGB
 - Beispiele: Gesellschaft existiert nicht wg. Gründungsmangel; Insolvenz, Liquidation; Geschäftsanteil hat nicht vereinbarte Größe; Einlage ist nicht eingezahlt
- Sachmangel, § 434 BGB
 - Beispiele: Fehlerhafte Umsatz- und/oder Liquiditätsplanung, Ertrag, Verbindlichkeiten, Fehlen von Substanzstücken; schlechte Organisation; Funktionsuntauglichkeit von Maschinen und Ausstattung; Missverhältnis zwischen nicht aufgearbeiteten Auftragsrückständen und den hieraus realisierbaren Vergütungsansprüchen
 - Prognosen und Planungen lassen Schluss auf Unternehmensbeschaffenheit nur zu, wenn sie aus aktuell vorhandenen, sich als fehlerhaft erweisenden, Umständen abgeleitet werden

17.12.2019

272

Fall (BGH VIII ZR 37/01 – NJW 2002, 1042) – Anfechtung und Unternehmenskauf

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



V betreibt einen Getränkegroßhandel und verkauft 1998 die „wesentlichen Betriebsgrundlagen“ (Vorräte und Forderungen, Kundenstamm, Übernahme nur von Verbindlichkeiten gegenüber Brauereien, Lieferverträge und Arbeitnehmer) an K. K betreibt ebenfalls Getränkegroßhandel und erwirbt Betrieb zur Erweiterung des eigenen Kundenstammes und Marktanteils und wegen Synergien. 1995 bis 1997 erwirtschaftete V dem K bekannte Verluste von 2 Mio € wegen mangelhafter Organisation seines Betriebes, die allerdings durch Zahlungen ausgeglichen wurden. K zahlt den Kaufpreis nicht. V verlangt aber ultimatив Zahlung. Zu Recht?

1. § 433 II – Vertrag (+) => Kaufpreisforderung entstanden (+)
 2. Rechtsvernichtende Einwendung: Anfechtung wegen Täuschung, §§ 123 I, 142 I ?
 - 2.1. Täuschung, wenn vorvertragliche Aufklärungspflicht (§ 311 II Nr. 1, 241 II) bestand:
 - nur hinsichtlich Umständen, die für V erkennbar Vertragszweck des K vereiteln können, wesentlich sind und wo Aufklärung erwartet werden kann.
 - über Brauereidarlehen hatte V aufgeklärt
 - aber: Verluste sind durch mangelhafte Betriebsorganisation entstanden, die auch K nach Übernahme trifft und von der er sich nicht sofort lösen kann (Arbeitsverhältnisse u. Kundenbeziehungen) und die Vertragszweck gefährden.
 - V hatte allgemein auf Verlustjahre hingewiesen und musste das nur spezifizieren,
- 17.12.2019 wenn K weiter danach gefragt hätte, was nicht der Fall war. 273

3. => keine weitergehende Aufklärungspflicht, keine Anfechtung, daher § 433 II (+)

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Gewährleistung

Tatbestand:

- § 442 I BGB: => keine Ansprüche bei Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis des Käufers über den Mangel
 - Nichtdurchführen einer due diligence durch geschäftserfahrenen, professionellen Käufer; str. in Literatur z.T. verneint, da es an festen Regeln und Gepflogenheiten fehlt
 - Auf jeden Fall erforderlich (sonst grob fahrlässige Unkenntnis) bei:
 - Ungereimtheiten und Unsicherheiten in betriebswirtschaftlichen Daten
 - Verlustphasen; negativen Prognosen
 - Erwerb aus einer Insolvenz
 - Keine entsprechende Verkehrssitte bei Kleinunternehmen/ Erwerb von freiberuflichen Praxen
 - Wird Due Diligence durchgeführt, werden diese Informationen Käufer zugerechnet
 - Zurechnung von Kenntnis an Verkäufer (=Gesellschaft), soweit im Kaufvertrag zu bestimmender Personenkreis diese Kenntnis hat („Knowledge Qualification“)
 - Rechtsfolge: vgl. § 442 I 2 aE BGB = wenn Aufklärungspflichten folgt daraus Arglist des Verkäufers und Käufer behält Sachmangelrechte
- Verschulden (allerdings nur bei Verlangen von SchE - §§ 280, 281 BGB)

17.12.2019

274

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Gewährleistung

Rechtsfolgen:

- Nacherfüllung, §§ 437, 439
 - Z.B.: Nachschusspflicht bei Unterdeckung des Eigenkapitals oder Ablösung nachträglich bekannt gewordener Verbindlichkeiten
 - Ggf. auch Recht zur Verweigerung der Nacherfüllung nach § 440 I 1 3. Alt., wenn Betriebsinterna offengelegt werden müssten (Unzumutbarkeit der Nacherfüllung für Käufer)
 - Ggf. Verweigerungsrecht des Verkäufers, weil unverhältnismäßiger Aufwand nach § 439 III
- Rücktritt, §§ 437, 346
 - Kein Ausschluss nach § 346 II 1 Nr. 1 BGB, aber dennoch „nur“ Wertersatz wg. § 346 II 1 Nr. 2 BGB („Umgestaltung“) - also keine Rückgabe des Unternehmens
 - Wenn noch keine Umgestaltung, Rückgabe meist nicht interessengerecht, weil Käufer das Geschäft in eigene unternehmerische Aktivitäten bereits integriert hat
 - Investitionen in das Unternehmen durch den Käufer können über § 284 BGB zurückverlangt werden (Ersatz vergeblicher Aufwendungen)
 - schwierige Abgrenzungsfragen!
- Minderung, §§ 437, 441
 - Häufig in der Praxis. Zwischenzeitlich erzielte Erträge bleiben bei der Berechnung des Minderungsbetrages unberücksichtigt (vgl. § 441 III 1 „zur Zeit des Vertragsschlusses“)

17.12.2019

275

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Gewährleistung

Rechtsfolgen:

- Schadensersatz, §§ 437 Nr. 3; 440; 280; 281; 283; 311 a
 - Kleiner Schadensersatz, da Rückabwicklung (großer SchE) nicht sachgerecht - vgl. Rücktritt
 - Käufer erhält Wertdifferenz, also entgangenen Gewinn
 - => Bemessungskriterien sollten im Vertrag festgelegt werden
- Aufwendungsersatz, §§ 437 Nr. 3; 284
 - Hier drohen bei Rückabwicklung erhebliche Kosten für Verkäufer, wenn Käufer (unsinnige) Investitionen ersetzt verlangt. Erwirtschaftete Unternehmensgewinne sind aber anzurechnen (BGH VIII ZR 186/75 unter II 2 c)
 - Begrenzung durch vertragliche Regelungen!
- Verjährungsfrist, § 438 Abs. 1 Nr. 3
 - Zwei Jahre
 - Gesetzliche Verjährung kann vertraglich verlängert oder verkürzt werden.

17.12.2019

276

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Gewährleistung

Vertragliche Garantie, §§ 276 I 1; 443 BGB:

- Garantiehinhalt und Garantiefolgen sind individualvertraglich zu vereinbaren.
 - Z.B.: Bilanzgarantie; Eigenkapitalgarantie; Beschaffenheitsgarantie
 - § 443 BGB: kraft Vereinbarung, Rechtsfolgen sind festzulegen: Erfüllungsanspruch, verschuldensunabhängige SchE-Haftung oder auch Rücktritt oder Minderung
- Haftungsbegrenzung:
 - de minimis-Regelung; Summenbegrenzung der Höhe nach ("Caps"-Regelung)
 - § 444 BGB steht Haftungsbegrenzung nicht entgegen, da Ausschluss nur, „soweit“ die Garantie reicht und Begrenzung definiert Umfang der Garantie.
 - Verjährung ist zu regeln.
- Beispiele aus der Praxis:
 - *OLG München vom 30.3.2011 - 7 U 4226/10*: Anspruch des Käufers von Geschäftsanteilen, dass der Verkäufer bei einer Bilanzgarantie Schadensersatz in der Weise leistet, dass eine in der Bilanz ausgewiesene nicht existente Forderung derart natural restituiert wird, dass er, der Verkäufer, eine Schuld in identischer Höhe gegenüber der Gesellschaft übernimmt.
 - *OLG Frankfurt vom 7. Mai 2015 (Az. 26 U 35/12)*: Anspruch des Käufers bei fehlerhaftem Jahresabschluss in der Wertdifferenz zu dem hypothetisch erzielten niedrigeren Kaufpreis und nicht in der Differenzsumme einzelner unrichtiger Bilanzpositionen (kein Bilanzauffüllungsschaden)

17.12.2019

277

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Gewährleistung

Schwächen des Mängelrechts:

- Käufer wünscht – schon zur Vermeidung von Streitigkeiten und den damit zusammenhängenden Prozessrisiken – eine verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung des Verkäufers = Garantie - §§ 276 I 1; 443
 - vgl. vorheriges Slide und nachfolgende Formulierungsbeispiele
- Verjährungsfrist ist bei Rechtsmängeln zu kurz bemessen.
- Gesetz enthält keine Mindest- und Höchstgrenzen der Haftung des Verkäufers.

Konsequenzen für die Vertragsgestaltung:

- Der Mängelhaftung wird im Grundsatz die gesetzliche Regelung zugrunde gelegt und lediglich in Eckpunkten modifiziert (Beschaffenheitsvereinbarungen).
 - Das Rücktrittsrecht des Käufers sollte in weiterem Umfang ausgeschlossen werden, als es nach der gesetzlichen Regelung der Fall ist.
 - Für Rechtsmängel sollte Verjährungsfrist verlängert werden.
 - Vereinbarung verschuldensunabhängiger Haftungen für Beschaffenheitszusagen.
 - **Praxis:** Dieses Vorgehen eher selten, meist nach der Alternative (s.u.)

17.12.2019

278

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Gewährleistung

Konsequenzen für die Vertragsgestaltung:

Beispiele für Beschaffenheit, die bei Unternehmen vereinbart werden kann:

- Beträchtliche Fehlbestände an Material und Arbeitsmitteln (BGH NJW 1979, 33)
- Brauchbarkeit und kaufmännische Verwertbarkeit eines entwickelten Produktes (BGH WM 1978, 59)
- die arbeits- und sozialrechtlichen Verhältnisse des Personals
- Nicht aufgearbeitete und nicht mehr vergütungsfähige Rückstände bei Steuerberatungspraxis (OLG Karlsruhe BB 1974, 1610)
- Nichtbestehen oder Unübertragbarkeit von Mietverhältnissen (BGH NJW 1970, 556)
- Umsatz und Reinertrag (BGH NJW 1977, 1538)
- Ertragsfähigkeit (BGH NJW 1995, 1547)
- Bewertung in zurückliegenden Jahresabschlüssen (OLG Ddorf NJW RR 1993, 377)
- Höhe von bestehenden Verbindlichkeiten (BGH WM 1979, 944)
- wesentliche Eigenschaft (Fachkompetenz) eines maßgeblichen Mitarbeiters (BGH NJW 1991, 1222)

17.12.2019

279

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag – FV: Gewährleistung

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Der Vertragsgegenstand hat die nachfolgend aufgeführten Beschaffenheitsmerkmale aufzuweisen bzw. nicht aufzuweisen (**vertraglich vereinbarte Sollbeschaffenheit**). Sollten einzelne der nachfolgenden Angaben nicht dem Begriff »Beschaffenheit« unterfallen können, so sollen doch die für eine Beschaffenheitsvereinbarung geltenden Regelungen auch darauf entsprechend anwendbar sein. Im Übrigen wird der Vertragsgegenstand in dem tatsächlichen, rechtlichen und wirtschaftlichen Zustand verkauft, den er gegenwärtig hat. Insgesamt ist dies die hiermit vertraglich vereinbarte Beschaffenheit, die der Verkäufer auch dann nicht zu verändern oder gar zu verbessern hat, wenn sich ergeben sollte, dass sie – gleich aus welchem Grund – den Erwartungen des Käufers nicht entsprechen sollte. Soweit nachfolgend Rechte und Ansprüche des Käufers beschränkt werden, bleibt sein Recht, den Vertrag wegen arglistiger Täuschung durch den Verkäufer selbst oder durch Personen, deren Handeln der Verkäufer zu verantworten hat, anzufechten, unberührt; sein Rücktrittsrecht ist jedoch ausgeschlossen.

a) Jahresabschluss ... (siehe Bilanzgarantien).

b) Das Eigentum an den verkauften Sachen und die verkauften Forderungen gehen frei von Rechten Dritter auf den Käufer über.

c) Über das im Anhang zum Jahresabschluss Aufgeführte hinaus bestehen keine Haftungen für fremde Verbindlichkeiten, auch nicht aus Patronats- und ähnlichen nicht unmittelbar rechtsverbindlichen Erklärungen. Sollten trotz dieser Vereinbarung solche Haftungen bestehen, hat der Verkäufer den Käufer unverzüglich freizustellen; der Käufer kann Sicherheitsleistung fordern. Wird Sicherheit nicht unverzüglich gestellt, stehen dem Käufer ohne weitere Fristsetzung die Rechte wegen nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung zu, wenn die mögliche Verbindlichkeit den Betrag von 5.000,- € übersteigt, sonst nur der Erfüllungsanspruch.

d) Außer den in Anlage der Verweisungsurkunde aufgeführten bestehen keine Dauerschuldverhältnisse mit einer unkündbaren Laufzeit von mehr als 6 Monaten (außer Anstellungsverhältnissen). Sollten solche dennoch bestehen, hat der Verkäufer den Käufer unverzüglich von den Verpflichtungen daraus freizustellen; weitere Ansprüche hat der Käufer nicht. 280

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag – FV: Gewährleistung

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



e) Außer den in Anlage der Verweisungsurkunde aufgeführten bestehen keine Anstellungsverhältnisse mit Arbeitnehmern; die aufgeführten Vergütungen und die Angaben zu rückständigen Urlaubsansprüchen und Ansprüchen auf Freizeitausgleich von Überstunden sind richtig; dem Verkäufer ist nichts von einer Schwangerschaft einer Arbeitnehmerin bekannt; es bestehen keine Pensionszusagen oder ähnliche Vereinbarungen. Soweit diese Angaben unrichtig sein sollten, hat der Verkäufer den Käufer von allen Ansprüchen freizustellen; Urlaub, Überstunden und Lohnfortzahlung während eines auf einer gegenwärtigen Schwangerschaft beruhenden Schwangerschaftsurlaubs sind zu vergüten. Weitergehende Ansprüche hat der Käufer nicht. Sollte einer der Arbeitnehmer dem Übergang seines Anstellungsverhältnisses auf den Käufer widersprechen, wird der Käufer den Verkäufer freistellen, der allerdings den Arbeitnehmer dem Käufer zur Arbeitsleistung zur Verfügung stellen wird. (vgl. auch Formulierungsvorschlag bei "Arbeitsrechtliche Risiken")

f) Das Unternehmen ist nicht in Aktiv- und Passivprozesse verwickelt, es stehen keine Aktivprozesse an; dem Verkäufer sind keine Umstände bekannt, die erwarten lassen, dass Passivprozesse anstehen. Gegen das Unternehmen oder im weitesten Sinn im Zusammenhang mit dem Unternehmen sind dem Verkäufer keine anhängigen strafrechtlichen Ermittlungsverfahren und keine Bußgeldverfahren angezeigt worden; dem Verkäufer sind keine Umstände bekannt, die die Einleitung solcher Verfahren erwarten ließen. Alle für den Betrieb des Unternehmens etwa erforderlichen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Befähigungs-, Zuverlässigkeits- und Gesundheitsnachweise, Genehmigungen und Erlaubnisse sind unanfechtbar und unangefochten erteilt. Entsprechendes gilt für die Anlagen und Einrichtungen des Unternehmens. Der gegenwärtige Betrieb des Unternehmens verstößt weder gegen öffentliches Recht noch gegen private Rechte Dritter, sodass nach gegenwärtiger Rechtslage keine Untersagungsverfügungen, Auflagen oder Unterlassungsansprüche zu erwarten sind. Maßnahmen solcher Art sind weder angekündigt noch liegen sonst Umstände vor, die befürchten ließen, dass solche Maßnahmen eingeleitet werden. Der Käufer kann ohne Fristsetzung die Rechte wegen nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung geltend machen, falls diese Angaben sich ganz oder zum Teil als unzutreffend erweisen sollten. 281

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Gewährleistung Konsequenzen für die Vertragsgestaltung:

- Alternativ können Gewährleistungsgarantien verwendet werden, d.h.
 - Vereinbarung einer verschuldensunabhängigen Haftung für bestimmte Umstände (s.u. Ziff. 1), und
 - vertraglicher Festlegung der Rechtsfolgen, ergänzt mit den üblichen Haftungsbeschränkungen (z.B. Mindest- und Höchstgrenzen) inkl. Verjährung (s.u. Ziff. 2).
 - bei gleichzeitigem Ausschluss des gesetzlichen Mängelrechts (s.u. Ziff. 3)
- **1. Klar regeln, ob Garantie- oder Beschaffenheitsvereinbarungen getroffen sind.**
 - Garantie- bzw. Beschaffenheitsvereinbarungen beziehen sich i.d.R. auf den Übergangsstichtag
 - Bilanzgarantien beziehen sich auf die letzte vorliegende Bilanz, verbunden mit der Versicherung, dass sich zwischen dem letzten Bilanzstichtag und dem Tag des Vertragsschlusses keine wesentlichen (nachteiligen) Änderungen ergeben haben bzw. bis zum Übergangsstichtag ergeben werden.
 - ggf. Prüfungs- und Rügepflichten des Käufers vorsehen; insbesondere hinsichtlich der Informationen, die in einem „virtuellen Datenraum“ zur Verfügung gestellt werden.

17.12.2019

282

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Gewährleistung Konsequenzen für die Vertragsgestaltung:

- Lässt Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers von einem Mangel die diesbezügliche Haftung des Verkäufers entfallen?
- § 442 BGB: ja, außer bei Arglist des Verkäufers oder Garantie. => besser regeln!
- Problematisch ist die Ausgestaltung von Garantien bzw. Beschaffenheitsvereinbarungen in Abhängigkeit von subjektiven Momenten (Wissen) seitens des Verkäufers
 - für den Käufer kaum nachweisbar!
 - Bei der Formulierung „nach bestem Wissen“ dürfte der Verkäufer wohl zumindest für grob fahrlässige Unkenntnis haften.
 - Wissenszurechnung dritter Personen (z.B. Leitende Angestellte) beim Verkäufer regelungsbedürftig („Knowledge Qualification“).
- Ebenfalls regelungsbedürftig:
 - Sicherung der Durchsetzbarkeit der Gewährleistungsansprüche und der Ansprüche aus Garantien (z.B. durch Rückbehalt eines Teils des KP bis zum Ablauf der Garantiefrist)
 - Übergang des Unternehmens und closing sollten möglichst erst zu einem Zeitpunkt erfolgen, zu dem der Eintritt von Rückabwicklungsgründen mit hoher Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen ist.
 - Anwendung des § 377 HGB (Untersuchungs- und Rügepflicht) ausschließen!

17.12.2019

283

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Gewährleistung Konsequenzen für die Vertragsgestaltung:

- 2. Rechtsfolgen nicht eingehaltener Zusagen:
 - Pflicht zur Nacherfüllung? Wenn ja, was heißt das genau!
 - Nachteilsausgleich (erfolgt i.d.R. über verschuldensunabhängigen Schadensersatz) → Obergrenzen Verkäuferhaftung vereinbaren; hiervon sollte vorsätzliches Handeln des Verkäufers ausgenommen sein.
„de minimis“ und „caps“ (<25%>10% des KP) und „Basket“ als Freibetrag oder Freigrenze
 - Rücktrittsrecht nur für Extremfälle vorsehen, z.B. für den Fall der Nichterteilung einer für die Betriebsfortführung erforderlichen Genehmigung
 - Garantie- und Gewährleistungsfrist:
 - nicht länger als ca. 2-3 Jahre für Sachmängel (Gesetz: 2 Jahre, § 438 I Nr. 3)
 - längere Gewährleistungsfristen (5 Jahre) für Rechtsmängel
- 3. Ausschluss des gesetzlichen Mängelrechts
 - vollständiger Ausschluss aller sonstigen gesetzlichen Gewährleistungs-, Schadensersatz-, Aufwendungsersatz-, Kaufpreisminderungs-, Verzugs-, Rückabwicklungs-, Anfechtungs- und c.i.c.-Ansprüche und des Anspruchs wg. Wegfall der Geschäftsgrundlage
 - des Käufers;
 - ggf. auch Ausschluss der Ansprüche Dritter sowie Ansprüche der Zielgesellschaft

17.12.2019

▪ **Ausnahme:** Arglist und vorsätzliches Handeln, § 444 BGB

284

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



§ 6 Garantien der Verkäufer (verkäuferfreundlich)

1. Jeder Verkäufer übernimmt nur nach näherer Maßgabe dieses Vertrages eine selbstständige Einstandspflicht im Sinne des §§ 311 Abs. 1 BGB dafür, dass die nachfolgenden Angaben am Tag der Unterzeichnung dieses Vertrages zutreffend sind und auch am Vollzugstag zutreffend sein werden:
 - a) der Verkäufer ist alleiniger Inhaber des von ihm verkauften Geschäftsanteils, wie in § 1 Abs. 1 beschrieben, und zur freien Verfügung über diesen berechtigt. Alle zur Veräußerung dieses Geschäftsanteils auf Seiten dieses Verkäufers erforderlichen Zustimmungen von Gesellschaftsorganen liegen vor. Der von dem betreffenden Verkäufer verkaufte Geschäftsanteil ist nicht mit Rechten Dritter belastet, und es bestehen hinsichtlich dieses Geschäftsanteils keine Vorkaufs- oder sonstigen Erwerbsrechte Dritter.
 - b) über das Vermögen der Gesellschaft ist kein Insolvenzverfahren eröffnet worden und es liegen auch keine Umstände vor, die einen Antrag auf Eröffnung eines solchen Verfahrens erfordern würden.
 - c) dem Käufer wurde vor Abschluss dieses Vertrages eine vollständige Abschrift des Jahresabschlusses der Gesellschaft zum Stichtag einschließlich des Prüfungsberichts mit Bestätigungsvermerk des Wirtschaftsprüfers übergeben. (zu a) bis c) vgl. auch FV bei Gesellschaftsrechtl. Risiken, Slide 251)
 - d) In der Zeit zwischen dem 1. Januar dieses Jahres und dem Vertragsschluss ist der Geschäftsbetrieb der Gesellschaft im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb entsprechend der bisherigen Praxis geführt und es sind keine außergewöhnlichen Geschäfte getätigt worden.
2. Im Falle der Unrichtigkeit eine der in Abs. 1 a) bis d) enthaltenen Garantien stehen dem Käufer ausschließlich Schadenersatzansprüche gegen den betreffenden Verkäufer nach Maßgabe des § 7 zu.
3. Andere Garantien oder Gewährleistungen als die in Abs. 1 enthaltenen Garantien oder irgendwelche Aufklärungspflichten in Bezug auf die Gesellschaft oder das Unternehmen übernimmt der Verkäufer nicht. Der Käufer bestätigt, dass ihm vor Vertragsschluss die Gelegenheit zu einer umfassenden Unternehmensprüfung betreffend die Gesellschaft und ihr Unternehmen gegeben wurde.

17.12.2019

285

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



§ 7 Haftung des Verkäufers

1. Jeder Verkäufer haftet nach diesem Vertrag nur für die Einhaltung der ausdrücklich von ihm selbst übernommenen vertraglichen Verpflichtungen (einschließlich der Garantien in Bezug auf den von ihm verkauften Geschäftsanteil gemäß § 6 Abs. 1 Buchst. a). Jede gesamtschuldnerische Haftung der Verkäufer untereinander nach diesem Vertrag ist ausgeschlossen. Wegen Unrichtigkeit einer der in § 6 Abs. 1 Buchst. b) bis d) enthaltenen Garantien haftet jeder Verkäufer nur anteilig im Verhältnis der von ihm gemäß diesem Vertrag veräußerten Beteiligungen.
2. Alle nach dem Vertrag bestehenden Schadensersatzansprüche des Käufers (einschließlich Ansprüche wegen Unrichtigkeit der Garantien der Verkäufer oder der Verletzung vertraglicher Verpflichtungen) sind auf Ersatz des sich hieraus ergebenden unmittelbaren Schadens beschränkt, unter Ausschluss von entgangenen Gewinn, Folgeschäden und mittelbaren Schäden, Wertminderung der verkauften Geschäftsanteile oder des Unternehmens der Gesellschaft, vergeblichen Aufwendungen sowie internen Verwaltungs- u. ähnlich Kosten.
3. Ansprüche des Käufers nach diesem Vertrag wegen Unrichtigkeit der Garantien der Verkäufer sind ausgeschlossen, sofern
 - a) vor Abschluss dieses Vertrages der betreffende, die Unrichtigkeit und die Garantie begründende Sachverhalt dem Käufer oder seinen Beauftragten offengelegt wurde (insbesondere in dem zur Verfügung gestellten Datenraum) oder einem von ihnen sonst bekannt war oder bei Anwendung kaufmännischer Sorgfalt hätte bekannt sein müssen oder
 - b) der Käufer den Erwerb gemäß diesem Vertrag in Kenntniss des seine Ansprüche begründenden Sachverhalts vollzieht, ohne sich seine Ansprüche aus dem Vertrag vor dem Vollzug ausdrücklich vorzubehalten. (folgen „de minimis und caps-Klausel“ – siehe folgende Folie)
4. Alle nicht ausdrücklich in diesem Vertrag enthaltenen Ansprüche des Käufers im Zusammenhang mit diesem Vertrag, gleichgültig aus welchem Rechtsgrund (einschließlich von Ansprüchen aus §§ 434 ff. BGB, aus Vertragsverletzungen (§§ 280 ff. BGB), Verschulden bei Vertragsschluss (§ 311 Abs. 2 und 3 BGB), Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) oder Delikt, sind ausgeschlossen. Dies gilt insbesondere für alle Rechte des Käufers, diesen Vertrag rückgängig zu machen. Ansprüche wegen vorsätzlichen Verhaltens des betreffenden Verkäufers, die nach den zwingenden gesetzlichen Regel nicht ausgeschlossen werden können, bleiben vorbehalten. (folgt noch „Verjährungsregelung“ – siehe folgende Folie) 286

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Gewährleistung Konsequenzen für die Vertragsgestaltung:

„de minimis- und caps-Regelung“

Die Käuferin ist nur berechtigt, Käuferansprüche gemäß diesem Vertrag geltend zu machen, sofern (i) jeder einzelne Käuferanspruch einen Betrag von EUR (nachfolgend „De-Minimis Schwelle“) übersteigt und (ii) die einzelnen die De-Minimis Schwelle übersteigenden Beträge insgesamt den Betrag von EUR übersteigen (nachfolgend „Freibetrag“). In diesem Fall haftet die Verkäuferin in Höhe des den Freibetrag übersteigenden Betrages. Die Haftung der Verkäuferin für Käuferansprüche ist insgesamt begrenzt auf EUR (=20% des Kaufpreises) (nachfolgend „Haftungshöchstgrenze“). Eine über die Haftungshöchstgrenze hinausgehende Einstandspflicht der Verkäuferin für Ansprüche der Käuferin gemäß der §§ 6 und 7 dieses Vertrages besteht nicht. Die vorgenannten Haftungsbegrenzungen in Form von De-Minimis Schwelle, Freibetrag und Haftungshöchstgrenze finden keine Anwendung auf Ansprüche der Käuferin, die auf Arglist oder Vorsatz der Verkäuferin beruhen.

„Verjährungsregelung“

Vorbehaltlich der Ausnahmen gemäß der Sätze 2 und 3 verjähren sämtliche Ansprüche der Käuferin nach oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag innerhalb von 12 Monaten nach dem dinglichen Übertragungstichtag. Ansprüche der Käuferin im Zusammenhang mit Garantieverletzungen gemäß § 6 I a) –Rechtsmängel - verjähren 3 Jahre nach dem dinglichen Übertragungstichtag. Ansprüche der Käuferin nach § 6 I c) im Zusammenhang mit Steuern oder Mehrsteuern verjähren nach Ablauf von sechs Monaten nach Zugang eines endgültigen bestandskräftigen Steuerbescheides bei der Gesellschaft. Die Verjährung etwaiger Ansprüche der Käuferin nach diesem Vertrag wird durch Rechtsverfolgung gemäß § 204 Abs. 1 BGB gehemmt. § 203 BGB ist ausgeschlossen. 287

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Gewährleistung

Fall: BGH – VIII ZR 186/75 (lesenswert!)

SV (vereinfacht): X ist Alleingesellschafter an der Tiefbau GmbH und verkauft in 2/2003 seine Anteile an die HuT AG zu einem Kaufpreis von 1 Mio. €. Grundlage ist ein konsolidierter Status zum 31.8.02, der einen Gewinn von 10 T€ ausweist. Zum Jahresende hin erwirtschaftet die GmbH allerdings knapp 1 Mio. € Verlust, was der X aber verschweigt. Zu 8/02 errechnet ein Sachverständiger später bereits einen Verlust von 1 Mio. € und zu 12/02 einen solchen von 1,5 Mio. €. Die HuT AG versteht es allerdings mit Geldspritzen von 8 Mio. € einen Turn around zu bewerkstelligen, der die genannten Verluste und auch die Geldspritzen bei weitem ausgleicht.

Lösung:

Schadensersatzanspruch aus c.i.c. (+) – soll hier nicht vertieft werden

Frage: in welcher Höhe? Bilanzauffüllungsschaden = 1.010.000,- €? OLG: ja, BGH: nein

Es kommt auf Kausalität an: AG hätte Vertrag nicht abgeschlossen. Das führt hier nicht weiter, weil AG zulässigerweise an Vertrag dann tatsächlich festgehalten hat.

Geldspritzen (§ 284 BGB) sind schon deshalb nicht erstattungsfähig, weil diese durch die nachfolgenden Gewinne, die auf den Schaden anzurechnen sind, da sie in innerem Zusammenhang mit diesen stehen, mehr als ausgeglichen worden sind.

(Keine Vergeblichkeit der Aufwendungen)

17.12.2019

288

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Gewährleistung

Fall: BGH – VIII ZR 186/75 (lesenswert!)

„ In einem solchen Fall muss der am Vertrag festhaltende Käufer, soll der Schaden überhaupt sinnvoll erfassbar sein, so behandelt werden, als wäre es ihm bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, den Kaufvertrag zu einem günstigeren Kaufpreis abzuschließen (vgl. dazu auch RGZ 103, 47, 51; 132, 76, 79), ohne dass es auf den - hypothetischen und ohnehin kaum zu führenden - Nachweis ankommt, ob auch der Verkäufer sich damals mit einem Vertragsschluss unter diesen Bedingungen einverstanden erklärt hätte. Schaden ist also hier der Betrag, um den die Klägerin im enttäuschten Vertrauen auf die Richtigkeit der Bilanzangaben des Beklagten dessen Anteile an der KG überhöht gekauft hat

...

Das Berufungsgericht hätte daher - und zwar ausgehend davon, dass die Klägerin unter Berücksichtigung des ihr vorliegenden konsolidierten Status der KG per 31. August 2002 einen Kaufpreis von 1 Mio. € für angemessen hielt - durch Schätzung nach § 287 ZPO ermitteln müssen, welcher Kaufpreis bei einem bilanzmäßig ausgewiesenen Verlust von 1 Mio. € für die vom Beklagten zu erwerbenden Anteile angemessen wäre. ... Die Differenz zwischen dem so zu ermittelnden Betrag und dem vereinbarten Kaufpreis ist der erstattungsfähige Schaden. Eine Anrechnung der mit der GmbH tatsächlich später erzielten Erträge auf den Schaden im Wege der Vorteilsausgleichung kommt deswegen nicht in Betracht, weil es insoweit an dem erforderlichen "inneren Zusammenhang" zwischen dem Gewinn, den die Klägerin bei fortbestehendem Vertrag in jedem Fall und aufgrund eigenen unternehmerischen Einsatzes erzielt hätte, und dem schadenstiftenden Ereignis - der Erzielung eines überhöhten Kaufpreises durch unrichtige Bilanzangabe - fehlt....., wobei andererseits aber der Kaufpreis von 1 Mio. € die Höchstgrenze des erstattungsfähigen Schadens darstellt.“

17.12.2019

289

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Gewährleistung

Bilanzgarantien

- betreffen im Wesentlichen die Richtigkeit, Rechtmäßigkeit und Vollständigkeit der letzten Bilanz
- Vor allem sind Punkte aufzunehmen, die von der Bilanzgarantie nicht umfasst sind; so z.B.
 - Auftragsbestand,
 - Bürgschaften,
 - Arbeitnehmersversorgungszusagen,
 - Einhaltung von Publizitätspflichten,
 - Fehlen bestimmter Haftungsrisiken

17.12.2019

290

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Gewährleistung

Bilanzgarantien

Typische Bilanzgarantie (objektive oder harte Bilanzgarantie)

„Der Jahresabschluss ist mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften und den GoB unter Wahrung der Bilanz- und Bewertungskontinuität und nicht im Hinblick auf gegenwärtige Veräußerung erstellt und vermittelt ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft. Die Angaben zu den Bewertungsmethoden und die sonstigen gesetzlich geforderten Erläuterungen sind im Anhang enthalten.“

Postenbezogene Bilanzgarantien (Bilanzsumme/Jahresüberschuss/Eigenkapital)

*„Die Bilanzsumme per beträgt [...] x EUR. Der Jahresüberschuss per beträgt [...] x EUR.“
Oder: „Der Verkäufer garantiert, dass das bilanzielle Eigenkapital der Gesellschaft i.S. des § 266 Abs. 3 Buchst. A HGB zum Stichtag mindestens x EUR beträgt.“*

Typische Haftungsklausel

„Ist eine der in § x enthaltenen Garantien ganz oder teilweise unrichtig, hat der Verkäufer dem Käufer den sich daraus ergebenden Schaden [nach Maßgabe der §§ 249 ff. BGB] zu ersetzen. Der Käufer kann nach seiner Wahl Naturalrestitution oder Schadensersatz in Geld verlangen. Der Verkäufer haftet nicht, soweit der Käufer die Umstände, welche die Unrichtigkeit der Garantie begründen, bei Vertragsschluss kannte.“

17.12.2019

291

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Gewährleistung

Bilanzgarantien

Eigenkapitalgarantie (ausführlicher):

Der Verkäufer garantiert, dass das im Jahresabschluss angegebene Eigenkapital i.S. des § 266 Abs. 3 Buchst. A HGB in der im Anhang erläuterten Gliederung zum Bilanzstichtag ordnungsgemäß ermittelt war. Insbesondere garantiert er, dass die Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten und für drohende Verluste vollständig und nach den Erfahrungen der Vergangenheit unter Berücksichtigung bekannter Umstände nicht zu niedrig angesetzt worden sind. Darüber hinaus garantiert er, dass Steuerverbindlichkeiten und solche gegenüber Sozialversicherungsträgern objektiv richtig angesetzt sind, wozu unwiderleglich vermutet wird, dass Festsetzungen, die von den zuständigen Stellen rechtsbeständig getroffen worden sind oder künftig getroffen werden, objektiv richtig sind.

Rechtsfolgen bei Verstoß:

Sollte sich erweisen, dass das Eigenkapital im Sinne der vorstehenden Vereinbarungen zu hoch angesetzt war, mindert sich der Kaufpreis um den Minderbetrag; dasselbe gilt, wenn Eigenkapital mit latenten Steuern belastet sein sollte, die aus dem Anhang nicht zu erschließen sind. Weitere Rechte stehen dem Käufer wegen zu hoch angesetzten Eigenkapitals nicht zu. War das Eigenkapital zu niedrig angesetzt, erfolgt kein Ausgleich.

17.12.2019

292

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Gewährleistung

Bilanzgarantien (Gewinn- und Verlustrechnung)

Gewinn- und Verlustrechnung - Ertragsprognose (ausführlich):

Der Verkäufer garantiert insbesondere, dass die in den Jahresabschlüssen 2014, 2015 und 2016 angegebenen Gewinne aus gewöhnlicher Geschäftstätigkeit (§ 275 II Nr. 14 HGB) im vorstehend angegebenen Sinn ordnungsgemäß ermittelt sind. Sollten sich in einzelnen oder allen maßgeblichen Jahren die Gewinne wegen nicht ordnungsgemäßer Ermittlung als niedriger denn angegeben erweisen, so ermäßigt sich der Kaufpreis wie folgt: Der in den Anlagen ausgewiesene Gewinn des Vorjahres ist mit 3, der des Jahres zuvor mit 2 und der des diesem vorangehenden Jahres mit 1 zu multiplizieren. Die drei Produkte sind zu addieren und die Summe ist durch 6 zu teilen (durchschnittlicher Buchgewinn). In gleicher Weise ist mit den ordnungsgemäß ermittelten Gewinnen zu verfahren (durchschnittlicher wahrer Gewinn). Bleibt der durchschnittliche wahre Gewinn hinter dem durchschnittlichen Buchgewinn zurück, so mindert sich der Kaufpreis um das 5,8-fache der Differenz. Nur wenn sich dadurch ein negativer Kaufpreis ergeben würde, kann der Käufer vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz statt der Leistung fordern. Ist umgekehrt der durchschnittliche wahre Gewinn höher als der durchschnittliche Buchgewinn, so hat es dabei sein Bewenden.

Ertragsprognose (kurz):

Bei der Kaufpreisbemessung gehen die Vertragsteile davon aus, dass im laufenden Geschäftsjahr ein Gewinn aus gewöhnlicher Geschäftstätigkeit (§ 275 II Nr. 14 HGB) von nicht weniger als EURO 280 000,00 erzielt werden wird. Sollte dies nicht erreicht werden, so hat der Verkäufer für je volle EURO 1 000,00 Mindergewinn EURO 5 800,00 des Kaufpreises (ohne Zinsen) zurückzuzahlen. Dies gilt entsprechend auch im Falle eines Verlusts aus gewöhnlicher Geschäftstätigkeit.

17.12.2019

293

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Gewährleistung

Bilanzgarantien

- Bilanz ist nach h.M. nur fehlerhaft, wenn
 - Bilanzansätze objektiv gegen gesetzliche Vorschriften (einschließlich GoB und von der EU übernommene IFRS/IAS) verstoßen und
 - subjektiv ein ordentlicher Kaufmann diesen Verstoß nach den im Zeitpunkt der Bilanzerstellung bestehenden Erkenntnismöglichkeiten bei pflichtgemäßer Prüfung erkennen konnte (*subjektive Bilanzgarantie*) - also keine Berücksichtigung sog. wertaufhellender Tatsachen, die erst nach Bilanzerstellung bekannt werden, aber bereits zu diesem Zeitpunkt bestanden und
 - der Fehler „wesentlich“ ist
 - Ausnahme: „*objektive Bilanzgarantie*“ - Formulierungsfrage!
- Eine vertretbare Bilanzierung ist nicht falsch und begründet daher keine „unrichtige“ Garantie
- Praxis:
uneingeschränktes Testat des gemeinsam bestimmten WP entscheidet

17.12.2019

294

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Gewährleistung

Bilanzgarantien

Schadensersatz in Geld und Kausalität bei unrichtigen Bilanzgarantien

Beispiel: Der Verkäufer verbucht in der Handelsbilanz Gewinn aus dem Verkauf von am Bilanzstichtag bereitgestellten, aber noch nicht abgeholten Waren. Nach den Vereinbarungen mit dem Abnehmer ist unklar, ob die Preisgefahr am Bilanzstichtag übergegangen ist. Der Abschlussprüfer testiert ohne Einwendungen. Der Käufer des Unternehmens meint, der Gewinnausweis sei rechtswidrig vorverlagert worden, der Verkäufer habe ihn über Umsatz und Gewinn des Geschäftsjahres getäuscht.

- Was ist der aus der Unrichtigkeit der Bilanzgarantie entstehende Schaden?
- Ist dies der „Preisdifferenzschaden“ (der Betrag, um den der Käufer das Unternehmen zu teuer gekauft hat) oder der „Transaktionsschaden“ (Schaden durch die Investition als solche)?
- War die Unrichtigkeit der Bilanzgarantie überhaupt ursächlich für die Transaktion oder zumindest für eine fehlerhafte Preisbildung und damit für einen Preisdifferenzschaden?

17.12.2019

295

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Gewährleistung

Bilanzgarantien

- Es ist auf den „**Preisdifferenzschaden**“ abzustellen (so BGH - VIII ZR 186/75)
 - Eine Rückabwicklung der Transaktion ist in den Verträgen regelmäßig ausgeschlossen (vgl. auch BGH, VIII ZR 186/75); für Rücktrittsrecht als Teil des Schadens („Totalreparation“) wäre Kausalität zwischen fehlerhafter Bilanzgarantie und Vertragsabschluss konkret nachzuweisen (BGH, XI ZR 51/10 – IKB); Rücktrittsrecht als Teil des Schadenersatzes (Vertragsabschluss als zur restituierender Schaden) liegt außerhalb Schutzzweck der verletzten Garantie!
 - Keinesfalls: SchE durch Bilanzauffüllung (=Differenz zwischen garantiertem Eigenkapital und tatsächlichem Eigenkapital) – siehe BGH a.a.O und OLG Ffm vom 7.5.2015 (Az.: 26 U 35/12).
- Voraussetzung für Schadenersatz ist, dass der **Bilanzfehler** überhaupt **für die Preisbildung relevant** war, d.h. bei der Unternehmensbewertung des Käufers eine Rolle gespielt hätte
- Bloße Periodenabgrenzungsfragen (wie im Beispielsfall): Umsatzerlös in 01 oder in 02 sind i.d.R. irrelevant für die Preisbildung, weil die Unternehmensbewertung auf die nachhaltige Ertragskraft des Unternehmens und nicht auf einzelne Periodenergebnisse abstellt

17.12.2019

296

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Gewährleistung

Bilanzgarantien

Fall: (OLG München v. 30.3.2011 – 7 U 4226/10) – Ansprüche bei falscher Bilanzgarantie

SV: Der Verkäufer garantiert: „Der Jahresüberschuss per beträgt [...] x EUR.“ Nach Übernahme des Zielunternehmens „überprüft“ der Käufer die Bilanz und kommt aufgrund anderer Einschätzungen zu einer anderen Bewertung der Vorräte und deshalb zu einem niedrigeren Jahresüberschuss.

- Bisher h.L. (vgl. Wächter, NJW 2013, 1270, 1274 ff.): Naturalrestitution bei Bilanzgarantien unmöglich, insoweit nur Schadenersatz in Geld
- OLG München: Naturalrestitution im Wege der „Bilanzauffüllung“ i.H. des Bilanzfehlers, d.h. Käufer kann vom Verkäufer verlangen, die veräußerte Gesellschaft so auszustatten, wie es der Garantie entspricht (= Zahlung des Fehlbetrags an die Zielgesellschaft)
- Stellungnahme: Im konkreten Fall (OLG München) vielleicht richtig entschieden. Garantieklausel sah Verpflichtung des Verkäufers vor, „den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn die Aussage zutreffend wäre“. Im Allgemeinen aber wohl Überdehnung des Parteiwillens (gegen „Bilanzauffüllung“ auch BGH VIII ZR 186/75) => Empfehlung: Rechtsfolgen im Vertrag klarstellen

17.12.2019

297

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Abwicklung und Überleitungsregelungen, einschl. Wettbewerbsverbot

1. Wettbewerbsverbot

„Dem Verkäufer ist es im weitesten Sinne untersagt, mit dem verkauften Unternehmen unmittelbar oder mittelbar in Wettbewerb zu treten, Wettbewerber in irgendeiner Weise zu fördern, zu betreuen oder zu beraten – sei es auch in Bereichen, in denen unmittelbar kein Wettbewerb stattfindet – oder sich an einem Unternehmen, das mit dem verkauften Unternehmen in Wettbewerb steht oder künftig geraten könnte, unmittelbar oder mittelbar zu beteiligen. Er hat verschuldensunabhängig dafür zu einzustehen, dass auch alle Personen, mit denen er in häuslicher Gemeinschaft lebt, Wettbewerb mit der Gesellschaft in diesem Sinne unterlassen.

Das Wettbewerbsverbot gilt bis 31.12.20 . . Es beschränkt sich räumlich auf die Länder Bayern und Baden-Württemberg der Bundesrepublik Deutschland und auf Österreich. Die Vergütung für das Wettbewerbsverbot ist im Kaufpreis enthalten.

Sollte der Verkäufer gegen das Wettbewerbsverbot verstoßen, so hat er dem Käufer ohne Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen alles herauszugeben, was er aus der verbotenen Tätigkeit erlangt; in der Höhe, in der Personen, mit denen er in häuslicher Gemeinschaft lebt, etwas aus der missbilligten Wettbewerbstätigkeit erlangen, hat der Verkäufer eine verschuldensabhängige Vertragsstrafe zu zahlen. In jedem Fall schuldet er auch selbst eine Vertragsstrafe in Höhe von EURO 5 000,00 für jede Verletzungshandlung; bei fortgesetzter Verletzung gilt die Wettbewerbstätigkeit in jedem Kalendermonat als eine Verletzungshandlung. Was der Verkäufer nach vorstehender Vereinbarung herauszugeben hat, wird auf die Vertragsstrafe angerechnet.“

17.12.2019

298

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Abwicklung und Überleitungsregelungen, einschl. Wettbewerbsverbot

1. Wettbewerbsverbot

- Nach h.M. ist Verkäufer auch ohne besondere vertragliche Vereinbarung verpflichtet, im sachlich (= gegenständlich), räumlich und zeitlich gebotenen Umfang eine Wettbewerbstätigkeit zu unterlassen und auch Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zu wahren. Diese Pflicht leitet sich aus den Nebenpflichten des Verkäufers her.
- Es empfiehlt sich, das Wettbewerbsverbot vertraglich näher zu regeln.
 - Gesetzliche Schranken (§ 1 GWB und § 138 BGB und EG-Recht) sind zu beachten.
 - Vertragliches Wettbewerbsverbot ist nur insoweit zulässig, als es zur Sicherstellung der Übertragung der Unternehmenswerte erforderlich ist.
 - In zeitlicher Hinsicht dürfte ein Zeitraum bis zu 2 Jahren unbedenklich sein; ein längerer Zeitraum (max. 5 Jahre) nur bei Vorliegen besonderer Gründe.
- Ausdehnung des Wettbewerbsverbots auf Dritte
 - problematisch bei Familienangehörigen des Veräußerers, wenn sie mit dem Unternehmen nichts zu tun haben;
 - bzgl. des (mit dem Unternehmensverkauf ausscheidenden) Geschäftsführers oder mit dem Verkäufer verbundener Unternehmen (§§ 15 ff. AktG) wohl zulässig.

17.12.2019

299

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Abwicklung und Überleitungsregelungen, einschl. Wettbewerbsverbot

1. Wettbewerbsverbot

- Wettbewerbsverbot kann mit einem Verbot der Mitarbeiterabwerbung durch Verkäufer verbunden werden.
- Bei Veräußerung von Freiberuflerpraxen finden oft sog. Mandantenschutzklauseln Anwendung, die dem Veräußerer nur untersagen, seine bisherigen Mandate weiter zu betreuen (Höchstdauer: 2 Jahre – BGH Urteil v. 20.01.2015 - Az.: II ZR 369/13).
- Rechtsfolgen des Verstoßes gegen Wettbewerbsverbot:
 - Ansprüche auf Unterlassung und Schadensersatz
 - Herausgabe des unter Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot erzielten Gewinns (vgl. § 113 HGB)
 - Vertragsstrafen (wohl nur bei verschuldensabhängiger Ausgestaltung interessengerecht)
 - Aufnahme einer Konkurrenztaetigkeit durch den Verkäufer kann Steuervergünstigungen der §§ 16, 34 EStG (Begünstigung wegen Betriebsaufgabe) in Frage stellen
→ Veräußerungsgewinn wäre dann als laufender Gewinn zu versteuern.

17.12.2019

300

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Abwicklung und Überleitungsregelungen, einschl. Wettbewerbsverbot

2. Regelungen zum closing

- Neben der Festlegung des Kaufgegenstands und des Übertragungstichtags bedarf es noch ergänzender Regelungen zum Vollzug des Unternehmenskaufs.
- Bei Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen hat der Notar/Geschäftsführer eine neue Gesellschafterliste beim Handelsregister einzureichen und deren Richtigkeit zu bescheinigen. Die Vertragsteile müssen daher dem Notar alle für die Wirksamkeit des Vertrages erforderlichen Zustimmungen und Genehmigungen vorlegen.
- Übertragung der verkauften Gegenstände, Rechte, Verträge. Hier sind zu regeln:
 - Zeitpunkt des dinglichen Vollzugs
 - Wer muss erforderliche Zustimmungen einholen?
(z.B. beim share deal die Zustimmung der Mitgesellschafter, beim asset deal die Zustimmung von Gläubigern bzw. Vertragspartnern überzuleitender Verträge)
 - Überleitung von D & O-Versicherungen

17.12.2019

301

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Abwicklung und Überleitungsregelungen, einschl. Wettbewerbsverbot

2. Regelungen zum closing

- Begründung, Aufhebung und Änderung von Rechtsverhältnissen:
 - Beim asset deal ergeben sich hier kaum Probleme. Ausnahme: § 613a BGB
 - Beim share deal können zahlreiche Verträge bestehen, die der Käufer nicht übernehmen möchte. Z.B.
 - Anstellungsverträge mit den Organmitgliedern
 - Verträge mit nahen Angehörigen des Verkäufers
 - Verträge mit konzernverbundenen Unternehmen
 - Geordnete Überleitung der Geschäftsführung auf neue Organe. Verkäufer sollte verpflichtet sein, ggf. für eine Aufhebung des Anstellungsvertrages einschließlich Amtsniederlegung des bisherigen Geschäftsführers zu sorgen.
 - Aufhebung von Unternehmensverträgen steuerschädlich, wenn hierdurch die steuerliche Mindestdauer eines Unternehmensvertrages unterschritten wird.
 - => Beendigung des Unternehmensvertrages durch eine außerordentliche Kündigung, gestützt auf die Betriebsveräußerung.

17.12.2019

302

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Abwicklung und Überleitungsregelungen, einschl. Wettbewerbsverbot

2. Regelungen zum closing

- Beim Kauf von Kapitalgesellschaftsanteilen sind verschleierte Sacheinlagen zu vermeiden.
- Oft wird eine Garantie des Verkäufers vorgesehen, dass außer den ausdrücklich genannten Verträgen keine weiteren Verträge dieser Art bestehen.
- Es sollte klargestellt werden, wann Registeranmeldungen zu bewirken sind. Dies ist vor allem bei der Übertragung von Einzelkaufmännischen Unternehmen sowie von Personengesellschaftsanteilen relevant, wenn eine Haftung nach § 25 HGB vermieden werden soll.
- Geregelt werden sollte ferner:
 - für Unternehmensfortführung erforderliche Genehmigungen
 - Unterrichtung von Geschäftspartnern; sonstige Informationspflichten
 - Mitwirkungspflichten des Verkäufers bei der Überleitung des Unternehmens
 - laufende Gerichtsprozesse

17.12.2019

303

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

Abwicklung und Überleitungsregelungen, einschl. Wettbewerbsverbot

3. Regelungen für die Zeit zwischen Vertragsschluss und Übergang des Unternehmens

- Auskunfts- und Kontrollrechte zugunsten des Käufers
- beiderseitige Verschwiegenheitspflichten
- Ausübung von Gesellschafterrechten (z.B. Stimm-, Auskunfts- und Einsichtsrechte)

4. Regelungen für die Zeit nach der Unternehmensübertragung

- Vereinbarung von Wettbewerbsverboten
- Mitwirkungsrechte des Verkäufers (z.B. Teilnahme an Betriebsprüfungen)
- MAC-Klauseln (Material-Adverse-Change-Klauseln)

17.12.2019

304

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

Ergänzende Hinweise

1. Schiedsgutachterklausel, Schiedsvertrag

- Schiedsgutachterklausel vor allem bei streitanfälligen Bewertungsfragen sinnvoll.
- Eine Schiedsgutachterabrede sollte insb. enthalten:
 - genaue Bezeichnung des Schiedsgutachtergegenstands
 - Bestimmung des Schiedsgutachters
 - Kostenverteilung für Schiedsgutachten
 - Überprüfbarkeit des Schiedsgutachtens (vgl. §§ 317, 319 BGB)
- Schiedsvertrag bezweckt hingegen die Verlagerung der Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit von einem staatlichen Gericht auf einen einvernehmlich bestimmten Schiedsrichter. Eher zu vermeiden, da es Streitigkeiten verteuert.

2. Rechtswahl, Gerichtsstandsvereinbarung

- Regelung der örtlichen Gerichtszuständigkeit ausschließlich zwischen Kaufleuten (§§ 38, 29 Abs. 2 ZPO)

17.12.2019

305

Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

Ergänzende Hinweise

3. Sonstiges

- Verteilung der anfallenden Kosten
- Salvatorische Klausel
- Schriftformklausel
- Aufhebung aller bisher im Vorfeld des Unternehmenskaufs zwischen den Vertragsteilen geltenden Rechtsbeziehungen
- Zustellungsbevollmächtigte