

# Unternehmensnachfolge

Scherer

6., völlig überarbeitete Auflage 2020  
ISBN 978-3-406-67100-5  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

sich immer darauf berufen, dass er durch das Nachladen von Dokumenten den Käufer am Ende doch noch aufgeklärt hat.<sup>202</sup> Es geht also genau betrachtet nicht um Täuschungsabsicht, sondern allenfalls darum, dem Käufer das Herausfinden von Erkenntnissen oder Zusammenhängen zu erschweren. Vielfach, und dies muss man den Verkäufern im Zweifel zu Gute halten, ist das nachträgliche Aufladen von Dokumenten auch nur die Folge der großen Arbeitsbelastung, welche mit der Aufbereitung von Due Diligence Unterlagen verbunden ist. Der Käufer sollte sich also sicherheitshalber bis zum Schluss auf das Nachladen von Dokumenten und weitere Informationserteilung einstellen.

Täuschungsabsicht kann im Übrigen auch deswegen meist ausgeschlossen werden, weil professionelle Datenraumanbieter seit längerem dazu übergegangen sind, jedes Nachladen von Dokumenten elektronisch zu erfassen und den zur Einsicht in den Datenraum zugelassenen Personen anzuzeigen. Der Inhalt des Datenraumes wird vor Vertragsschluss in der Regel eingescannt und in Form einer Datenraum-CD bei dem beurkundenden Notar hinterlegt. Die Parteien können dann nicht ernsthaft davon ausgehen, dass nachgeladene Dokumente unentdeckt bleiben.

Der Käufer wird sich daher immer den gesamten Inhalt des Datenraumes als bekannt zurechnen lassen müssen. Dies gilt selbst von Dokumenten, die der Käufer nachweislich nicht angesehen hat. Die Nachlässigkeit des Käufers, die ihm angebotene Unterlagen einzusehen, kann dementsprechend zu seinen Lasten gehen.<sup>203</sup> Für Berater des Käufers bedeutet dies, dass sie ihren finalen Due Diligence Report nicht erstellen sollten, bevor der Datenraum offiziell geschlossen wurde.

**c) Zeitfenster für Due Diligence.** In vielen Due Diligence Prozessen sieht man eine knappe zeitliche Befristung, innerhalb deren der Käufer seine Due Diligence abgeschlossen haben muss. Hierbei steht sicherlich manchmal der Gedanke Pate, dass ein zeitlich unter Druck stehender Käufer ggf. auf nachteilhafte Umstände des Zielunternehmens nicht oder nicht in vollem Umfang aufmerksam werden wird. Insbesondere dann, wenn der Käufer dann auch noch die im Datenraum zur Verfügung gestellten Unterlagen weder kopieren noch ausdrucken kann, sollte er gewarnt sein.

Zum Wesen einer vernünftigen Auskunftserteilung gehört auch die Einräumung von ausreichender Zeit zur Erfassung und Auswertung des Informationsmaterials. Enge Zeitschranken werden teilweise mit dem Erfordernis begründet, die Transaktion in bestimmter Zeit abwickeln zu wollen. In Bieterverfahren wird meist behauptet, dass die zeitliche Beschränkung bei der Due Diligence auch der Einhaltung eines für alle Bieter gleichen Bieterprozesses diene. Solche Argumente sind allerdings nur begrenzt nachvollziehbar, denn dem Grundsatz der Gleichbehandlung mehrerer Bieter kann man auch gerecht werden, wenn man den Bietern ausreichend viel Zeit (und nicht ausreichend wenig Zeit) für die Prüfung einräumt. Hier liegt, das sollte jeder Käufer wissen, einfach keine Interessenidentität der Parteien vor.

## VII. Kaufvertrag

### 1. Strukturelle Vorfragen

Der Abschluss eines Unternehmenskaufvertrages setzt Vorbereitungsmaßnahmen auf beiden Seiten voraus. Der Käufer muss entscheiden, ob er das Zielunternehmen unmittelbar oder über eine Tochtergesellschaft erwerben möchte. In vielen Fällen wird zum Erwerb eigens eine neue Gesellschaft gegründet oder eine Vorratsgesellschaft ohne eigenen Geschäftsbetrieb (sog. NewCo<sup>204</sup>) erworben.<sup>205</sup>

<sup>202</sup> BeckHdB Unternehmenskauf/Jaques C Rn. 9 ff.

<sup>203</sup> Wächter M&A Litigation, Kapitel 9, 9.69 ff.

<sup>204</sup> Rotthege/Wassermann, Unternehmenskauf bei der GmbH/Rotthege, 1. Kap. Rn. 24.

<sup>205</sup> Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis/Engelhardt/von Woedtke, Rn. 28.

- 189** Der Käufer wird sich ferner darüber klar werden müssen, wie er den Kauf finanziert. Eine NewCo wird regelmäßig erst noch mit den entsprechenden Geldmitteln ausgestattet werden müssen und der Käufer muss die Struktur der Finanzierung, insbesondere das Verhältnis von Eigen- und Fremdkapital beim Einsatz der Finanzierungsmittel, sowie die einzelnen Kapitalisierungsschritte vor Abschluss eines Transaktionsgeschäfts klären.<sup>206</sup> Bei Finanzinvestoren ist dies regelmäßig ein komplexer Vorgang, denn hier werden in aller Regel neben Eigenkapital auch Fremdkapital- oder Mezzanine-Tranchen in die Transaktionsfinanzierung aufgenommen.<sup>207</sup> Dabei kommt es darauf an, die Erwartungen an die Verzinsung der verschiedenen Kapitaltranchen zu den erzielbaren Cash-Flows des Zielunternehmens in Beziehung zu setzen.<sup>208</sup> Fremdkapitalzinsen müssen problemlos aus den Cash-Flows finanziert werden können.
- 190** Auch auf Verkäuferseite gibt es strukturelle Überlegungen, vor allem was die Beseitigung einer etwaigen Finanzverschuldung im Zuge des Verkaufs abgeht. Soll diese abgelöst oder vom Käuferübernommen werden?<sup>209</sup> Ferner geht es oft um die Herstellung verschiedener Vollzugsbedingungen. Bei einem Spartenverkauf wird zB die Übertragung von Wirtschaftsgütern aus einem Betriebsvermögen in ein anderes Betriebsvermögen, sei es durch einen vorgezogenen internen Asset-Deal, sei es durch Abspaltung, Aufspaltung oder Ausgliederung nach dem Umwandlungsgesetz, vor dem Vollzug des Unternehmenskaufvertrages erforderlich sein. In vielen Fällen werden auch noch andere Umstrukturierungen, Vertragsabschlüsse oder Vertragskündigungen durchgeführt oder Genehmigungen beschafft werden müssen, um das Unternehmen verkaufsfähig machen zu können.<sup>210</sup>

## 2. Share-Deal bei Kapitalgesellschaften

- 191** In einem Share-Deal bei Kapitalgesellschaften werden die Geschäftsanteile oder Aktien der Kapitalgesellschaft verkauft. Die Abtretung, also der dingliche Vollzug des Verkaufs, vollzieht sich nach §§ 398ff BGB durch Abtretung der Gesellschafterrechte, und zwar meist aufschiebend bedingt auf die Zahlung des Kaufpreises.<sup>211</sup>
- 192** Eine Verbriefung der Gesellschaftsbeteiligung gibt es bei der GmbH nicht. Die Abtretung bedarf daher einfach nur der übereinstimmenden Willenserklärung des Verkäufers und des Käufers, wonach die Geschäftsanteile auf den Käufer übergehen sollen. Die Abtretung bei der GmbH bedarf der notariellen Beurkundung (§ 15 Abs. 3 GmbHG).
- 193** Bei Geschäftsanteilen einer GmbH gilt im Verhältnis zur Gesellschaft derjenige als Gesellschafter, der in der Gesellschafterliste des Handelsregisters als Gesellschafter eingetragen ist. Aber auch wenn die Gesellschafterliste öffentlichen Glauben genießt, ist deren Richtigkeit keinesfalls zwingend. Die Liste muss zB berichtigt werden, wenn ihre materielle Unrichtigkeit nachgewiesen werden kann. Häufig gibt es in der Praxis schwebend unwirksame Anteilsveräußerungen, nicht vollzogene Kapitalerhöhungen oder Rechte Dritter, welche einer Veräußerung entgegenstehen. Diese Umstände müssen vor einer Veräußerung unbedingt geklärt werden.<sup>212</sup> Die Gesellschafterliste begründet am Ende keinen sicheren Gutglaubensschutz.<sup>213</sup>

<sup>206</sup> Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis/Engelhardt/von Woedtke, Rn. 31.

<sup>207</sup> Sog. „Leveraged-Buy-Out“ (hierdurch lassen sich höhere Renditen auf das eingesetzte Eigenkapital erzielen).

<sup>208</sup> Fischer, Besteuerung des internationalen Unternehmenskaufs, 1999, S. 53.

<sup>209</sup> Kein Anspruch auf befreiende Schuldübernahme nach § 415 BGB, BGH NJW-RR 1991, 817; möglich bleibt aber immer die Erfüllungsübernahme (also effektive Rückzahlung durch den Übernehmer).

<sup>210</sup> Mit Blick auf öffentlich-rechtliche Genehmigungen: Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis/Bergjan/Schäfer, Rn. 60.

<sup>211</sup> Zur Verzinsung des geschuldeten Kaufpreises sollte aber an die Vereinbarung eines Fälligkeitszeitpunktes gedacht werden.

<sup>212</sup> Rotthege/Wassermann, Unternehmenskauf bei der GmbH/Kolbeck, 2. Kap. Rn. 19.

<sup>213</sup> Gutgläubiger Erwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG ist nur, möglich, wenn die Gesellschafterliste mehr als 3 Jahre unrichtig ist; außerdem wird der gute Glaube an die Existenz des Anteils und an seine Lastenfreiheit hierdurch nicht geschützt, BGH NZG 2011, 1268.

Bei einem Teilverkauf von Anteilen an einer GmbH muss in der Regel eine Neuaufteilung der Geschäftsanteile vorgenommen werden, indem die für den Verkauf passenden Geschäftsanteile gebildet werden.<sup>214</sup> Neue Anteile können nur auf Grund eines satzungsändernden Beschlusses, welcher notarieller Beurkundung bedarf, gebildet werden. Darüber hinaus ist die Durchnummerierung der neuen Geschäftsanteile erforderlich. Es ist Aufgabe des den Unternehmenskaufvertrag beurkundenden Notars sicherzustellen, dass die für den Verkauf benötigten Geschäftsanteile in der entsprechenden Stückelung rechtzeitig gebildet werden. Üblich ist es, diese Anteilsaufteilung erst zwischen Kaufvertragsabschluss und Vollzug (als Erfüllung einer aufschiebenden Bedingung) vorzunehmen, denn nur hierdurch vermeidet man die Gefahr, dass sich die Neuaufteilung der Geschäftsanteile am Ende als völlig unnötig erweisen könnte. Wenn es nämlich nicht zum Vollzug des Unternehmenskaufvertrages kommt, hätte man sich diese Maßnahme und die entsprechenden Kosten für Notar und Registergericht ersparen können.

Auch beim Verkauf von Aktien erfolgt der Vollzug des Rechtsgeschäfts, also die dingliche Übertragung der Aktien, nach §§ 398 ff. BGB einfach durch Abtretung.<sup>215</sup> Die Übertragung bedarf nicht der notariellen Beurkundung oder der Schriftform, sollte aber aus Gründen des Nachweises des Rechtsübergangs schriftlich dokumentiert werden. In aller Regel wird man auch bei einem Unternehmenskauf, der sich durch den Erwerb von Aktien vollzieht, zusätzlich das Wirksamwerden der Abtretung von der aufschiebenden Bedingung der Kaufpreiszahlung abhängig machen.

Sofern bei der Gesellschaft Namensaktien ausgegeben sind, ist der Gesellschaft die Übertragung der Aktien durch Vorlage des Aktienkaufvertrages oder Bestätigung des Verkäufers über die Veräußerung nachzuweisen.<sup>216</sup> Dieser Nachweis ist für den Rechtsübergang nicht konstitutiv, sondern hat nur deklaratorische Bedeutung. Handelt es sich um vinkulierte Namensaktien (§ 68 Abs. 1 AktG), deren Übertragung von der Zustimmung der Gesellschaft abhängt<sup>217</sup>, ist die Zustimmung der Gesellschaft neben der Abtretung der Rechte Wirksamkeitsbedingung.<sup>218</sup>

Nach § 10 Abs. 5 AktG kann die Satzung die Verbriefung eines Anteils an einer Aktiengesellschaft ausschließen oder einschränken. Daraus wird abgeleitet, dass es nach deutschem Aktienrecht nicht vorgeschrieben werden kann, Einzelaktien zu verbrieften. Allerdings kann die Erstellung einer sog. Globalurkunde und deren Hinterlegung nicht durch die Satzung ausgeschlossen werden.<sup>219</sup> Viele Satzungen von Aktiengesellschaften sehen auch ausdrücklich die Verbriefung von Einzelaktion auf Antrag eines Aktionärs vor. Käufer fordern gelegentlich eine solche Verbriefung als vertrauensbildende Maßnahme. Hierdurch soll der theoretischen Möglichkeit begegnet werden, dass vor einem Verkauf die betreffenden Aktien ggf. unerkannt auf einen Dritte übertragen worden sein könnten. Die Verbriefung kann in diesem Fall durch ein von der Aktiengesellschaft herausgegebenes Papier vorgenommen werden. Das Papier (die Aktie) braucht keine besonderen technischen Anforderungen zu erfüllen. Die Übergabe des Papiers ist zum Nachweis des dinglichen Übergangs der Aktien allerdings weder ausreichend ist noch notwendig, vielmehr bedarf es dazu immer zusätzlich der dinglichen Abtretung der Rechte<sup>220</sup>

### 3. Share-Deal bei Personengesellschaften

Anteile an Personengesellschaften werden ebenso wie Anteile an Kapitalgesellschaften grundsätzlich nach den Vorschriften über die Abtretung von Rechten (§ 398 ff. BGB)

<sup>214</sup> Rotthege/Wassermann, Unternehmenskauf bei der GmbH/Rotthege, 5. Kapitel Rn. 25.

<sup>215</sup> Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis/Engelhardt/v. Woedtke, Rn. 20.

<sup>216</sup> § 67 Abs. 3 AktG; RGZ 86, 154 (159); wenn auch keine Verpflichtung, Hüffer/Koch AktG § 67 Rn. 17.

<sup>217</sup> BayOblGZ 1988, 371 (377).

<sup>218</sup> Zustimmungspflichtig ist das dingliche Verfügungsgeschäft, vgl. RGZ 139, 149 (157); Hüffer/Koch AktG § 68 Rn. 11.

<sup>219</sup> Modlich DB 2002, 671; Seibert DB 1999, 267.

<sup>220</sup> Hüffer/Koch AktG § 67 Rn. 18.

übertragen.<sup>221</sup> Zusätzlich ist bei Personengesellschaften allerdings über das Schicksal der Gesellschafterkonten zu entscheiden.<sup>222</sup> Anders als bei Kapitalgesellschaften wird das Vermögen der Personengesellschaft zivilrechtlich den einzelnen Gesellschaftern zugeordnet, soweit dieses Vermögen nicht einer gesamthänderisch gehaltenen Rücklage der Gesellschaft zugeführt worden ist.<sup>223</sup>

- 199 **a) Gesellschafterkonten.** Bei der Kommanditgesellschaft ist auf jeden Fall das sog. Festkapitalkonto an den Käufer mit abzutreten, denn dieses Konto beinhaltet das vom Gesellschafter eingezahlte oder erbrachte Haftkapital.<sup>224</sup>
- 200 Das Festkapitalkonto repräsentiert zugleich die feste Beteiligung eines Gesellschafters am Kapital der Gesellschaft. Hieraus ergibt sich das Gewinnbezugsrecht und das Stimmrecht in der Gesellschaft. Das Festkapitalkonto ist daher abgesehen von förmlichen Kapitalerhöhungen oder Kapitalherabsetzungen immer unveränderlich. Mit der Abtretung des Festkapitalkontos gehen die Gesellschafterrechte auf den Käufer über.<sup>225</sup>
- 201 Die Verbuchung von Gewinn- und Verlustanteilen, Einlagen und Entnahmen erfolgt bei Personengesellschaften über Darlehenskonten. Während Einlagen und Entnahmen jederzeit erfolgen können, kann die Verbuchung der Gewinn- oder Verlustanteile erst nach Feststellung des jeweiligen Jahresabschlusses<sup>226</sup> und nach Beschlussfassung über die Gewinnverwendung erfolgen.<sup>227</sup> Die jeweiligen Kontenstände auf den Darlehenskonten der Gesellschafter begründen daher im Zeitpunkt des Verkaufs im Verhältnis zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft Forderungen und Verbindlichkeiten.<sup>228</sup> Guthaben auf Darlehenskonten sind das Ergebnis von Darlehen eines Gesellschafters an seine Gesellschaft (Gesellschafterdarlehen), Verbindlichkeiten auf Privatkonten sind das Ergebnis von Darlehensgewährungen der Gesellschaft an den Gesellschafter (Gesellschaftsdarlehen). Der Unternehmenskaufvertrag muss sich damit befassen, was mit diesen Forderungen und Verbindlichkeiten im Zuge des Verkaufs geschehen soll.
- 202 Soweit die Finanzlage der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter dies zulässt, werden die Darlehenskonten vor einem Verkauf in der Regel ausgeglichen. Bestehen aber, wie häufig, hohe Guthaben der Gesellschafter auf den Darlehenskonten, ist eine Rückzahlung bei Vollzug des Unternehmensverkaufs meist nicht möglich, denn die meisten Personengesellschaften verfügen nicht über ausreichende liquide Mittel, um diese Guthaben zurückzahlen zu können. Diese Guthaben werden als Finanzierungsmittel benötigt, um die Eigenkapitalbasis der Gesellschaft zu stärken.<sup>229</sup>
- 203 Der Käufer kann die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen im Wege einer Schuldübernahme an Stelle der Gesellschaft übernehmen (§ 415 BGB). In der Praxis wird in einem Unternehmenskaufvertrag häufig vereinbart, dass der Käufer die Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern aus dem vereinbarten Kaufpreis tilgt.<sup>230</sup> Dies entspricht einer Einlage des entsprechenden Betrages in die Gesellschaft zur Schuldentilgung. Die Schuldübernahme und die Ablösung der auf den variablen Gesellschafterkonten verbuchten Gesellschafterforderungen wird damit im Ergebnis genauso behandelt

<sup>221</sup> BeckHdB Unternehmenskauf/*Jaques* D Rn. 223.

<sup>222</sup> BeckHdB PersGes/*Frey/Brühl* § 26 Rn. 130.

<sup>223</sup> BFH DStR 2009, 212, der die Verbuchung des Eigenkapitals auf bis zu vier Gesellschafterkonten behandelt.

<sup>224</sup> Zum Begriff des Festkapitalkontos vgl. MüKoHGB/*Priester* § 120 Rn. 101 ff.

<sup>225</sup> MüKoHGB/*Priester* § 120 Rn. 102, 104.

<sup>226</sup> Maßgeblich für die Gewinnverteilung ist der Handelsbilanzgewinn; BFH BStBl. II, 1900, 965.

<sup>227</sup> MüKoHGB/*Priester* § 120 Rn. 95.

<sup>228</sup> MüKoHGB/*Priester* § 120 Rn. 96.

<sup>229</sup> BGH NJW 1960, 285; BGH NJW 1980, 1524 zum Begriff des eigenkapitalersetzenden Darlehens, das haftungsrechtlich wie Eigenkapital behandelt wird.

<sup>230</sup> § 415 Abs. 3 BGB (Erfüllungsübernahme als Verpflichtung des Käufers bedarf nicht der Zustimmung des Gläubigers).

wie die Ablösung einer sonstigen Finanzverbindlichkeit. Der Ablösebetrag wird einfach vom Kaufpreis für die Gesellschaftsanteile abgezogen<sup>231</sup>

Auch im umgekehrten Fall, also im Fall von Schulden eines Gesellschafters bei der Gesellschaft, erfolgt in der Regel Tilgung aus dem Kaufpreis. Es wird dann vereinbart, dass der betreffende Gesellschafter eine entsprechende Einlage zur Rückzahlung seiner Verbindlichkeiten bei der Gesellschaft leisten hat. In Höhe dieser Verbindlichkeiten tritt der betreffende Gesellschafter seinen Kaufpreisanspruch an die Gesellschaft ab, welche dadurch Rückzahlung der Gesellschafterverbindlichkeit am Closing aus Mitteln des Käufers erhält. 204

Problematisch sind negative Kapitalkonten,<sup>232</sup> welche sich nicht aus dem entsprechenden Kaufpreisanteil des verkaufenden Gesellschafters ausgleichen lassen. Zwar lösen negative Kapitalkonten gesellschaftsrechtlich nicht unbedingt eine Nachschusspflicht für den verkaufenden Gesellschafter aus,<sup>233</sup> allerdings wird der Käufer es wohl kaum einsehen, dem verkaufenden Gesellschafter die Rückzahlung überhöhter Entnahmen, welche zum Entstehen eines negativen Kapitalkontos geführt haben, über den Verkaufszeitpunkt hinaus zu stunden. Für den Verkäufer kann damit auch ein negativer Kaufpreis vorliegen, den er am Vollzugstag des Unternehmenskaufs an die Gesellschaft entrichten muss, um seine Gesellschafterkonten glattstellen zu können. 205

**b) Zuweisung des laufenden Gewinns.** Neben dem Ausgleich der Gesellschafterkonten muss bei Personengesellschaften stets die Zuweisung des laufenden Gewinns im Geschäftsjahr der Veräußerung geklärt werden. Im Vergleich zum Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften ergibt sich das Problem, dass der Gewinn- oder Verlustanteil eines verkaufenden Gesellschafters ihm steuerlich grundsätzlich bis zum dinglichen Vollzug des Kaufvertrages zugerechnet wird.<sup>234</sup> Eine Vereinbarung, nach welcher dem Käufer der Gewinn des laufenden Geschäftsjahres zustehen soll, wie sie häufig beim Kauf von Kapitalgesellschaftsanteilen vereinbart wird, ist daher bei der Personengesellschaft steuerlich nicht zu berücksichtigen. Die Rechtsprechung sieht aus Vereinfachungsgründen Ausnahmen allenfalls dann vor, wenn eine Transaktion nur eine steuerliche Rückwirkung von wenigen Wochen hat<sup>235</sup> 206

Möglich wäre es, Closing-Accounts auf den Stichtag des Anteilsübergangs zu erstellen und dem Verkäufer den entsprechenden Gewinnanteil für das laufende Teil-Geschäftsjahr bis zu diesem Closing-Stichtag zuzuweisen. Mit Hilfe des Zwischenabschlusses könnte der vom Verkäufer zu versteuernde Gewinnanteil des laufenden Geschäftsjahres dann exakt erfasst und ihm im Rahmen der einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung für das betreffende Kalenderjahr zugewiesen werden<sup>236</sup> 207

Will man den wirtschaftlichen Übergang des Unternehmens auf den Käufer aber – wie häufig – rückwirkend auf den Beginn des Geschäftsjahres eintreten lassen (sog. Locked Box Transaktion)<sup>237</sup> muss man einen Ausgleich dafür vorsehen, dass der Verkäufer steuerlich noch mit den Ertragsteuern für das laufende Geschäftsjahr bis zum Vollzug der Abtretung belastet werden wird. Zu denken ist hier an eine pauschalierte Erstattung der zu erwartenden Steuerbelastung des Verkäufers durch den Käufer, denn dieser braucht umgekehrt ja keine Steuern für den ihm vertraglich zufließenden, vom Verkäufer aber noch zu versteuernden Gewinnanteil für die Zeit bis zum Vollzug des Kaufvertrages zu zahlen. 208

<sup>231</sup> Üblicherweise werden Gesellschafterdarlehen als kaufpreismindernde Finanzschulden angesehen, vgl. auch § 266 Abs. 3C Nr. 6 HGB.

<sup>232</sup> Zum Begriff des negativen Kapitalanteils vgl. MüKoHGB/Priester § 120 Rn. 88.

<sup>233</sup> MüKoHGB/Priester § 120 Rn. 90 mwN.

<sup>234</sup> BeckHdb PersGes/Frey/Bruhn § 26 Rn. 139.

<sup>235</sup> FG München DStRE 1999, 643 ließ ca. 4 Wochen Rückwirkung zu; vgl. auch Schmidt/Wacker EStG § 15 Rn. 452.

<sup>236</sup> Hierbei erfolgt die exakte Messung des Gewinnanteils bis zum Tag des dinglichen Übergangs, so dass keine rückwirkende Änderung der Gewinnverteilung vorliegt.

<sup>237</sup> Hölters, Hdb Unternehmenskauf/Gröger, Rn. 5.99.

Die vom Verkäufer zu zahlende Steuer kann in aller Regel im Schätzwege ermittelt und zum Kaufpreis hinzu addiert werden.

- 209 Die Ermittlung der Steuerbelastung von Käufer und Verkäufer kann allerdings in manchen Fällen auch recht kompliziert sein, insbesondere wenn auf Verkäuferseite mehrere Gesellschafter (mit unterschiedlichen Steuersätzen) betroffen sind oder wenn Verlustausgleichungen das Ergebnis komplizieren. In Betracht kommt dann auch ein nachträglicher Ausgleich der Verkäuferbesteuerung nach Vorlage der entsprechenden Steuerbescheide.
- 210 Komplex ist die steuerliche Auseinandersetzung beim Verkauf von Personengesellschaftsanteilen, wenn auf Verkäuferseite eine Kapitalgesellschaft vorhanden ist, von welcher die Personengesellschaftsanteile gehalten werden. Der Verkauf von Personengesellschaftsanteilen durch eine Kapitalgesellschaft löst anders als der Verkauf von Personengesellschaftsanteilen durch eine Privatperson Gewerbesteuer aus, welche von der verkauften Gesellschaft selbst zu tragen ist (§ 7, S. 2 GewStG)<sup>238</sup> Hier muss also der Käufer dafür sorgen, dass ihm die von der Gesellschaft auf den Verkauf der Anteile zu zahlende Gewerbesteuer erstattet wird. In der Regel wird er den zu zahlenden Betrag im Schätzwege ermitteln und vom Kaufpreis, soweit dieser auf die Anteile der verkauften Kapitalgesellschaft entfällt, abziehen. Lösbar ist das Thema auch hier über einen nachträglichen Steuerausgleich.
- 211 **c) Besonderheit bei GmbH & Co KG (Mitveräußerung der GmbH-Anteile).** Bei der GmbH & Co KG ist regelmäßig nicht nur die Übertragung der Anteile an der Kommanditgesellschaft, sondern auch der Anteile an der Komplementär GmbH erforderlich<sup>239</sup> Besonderheiten ergeben sich bei der sog. Einheitsgesellschaft, deren Struktur davon gekennzeichnet ist, dass die Kommanditgesellschaft selbst alleinige Inhaberin ihrer Komplementär GmbH ist.<sup>240</sup> Hier reicht es aus, die Anteile an der Kommanditgesellschaft zu übertragen, weil damit automatisch auch die Anteile an der Komplementär-GmbH (wenn auch nur wirtschaftlich betrachtet) auf den Erwerber übergehen.
- 212 Während die Übertragung der KG-Anteile ohne notarielle Beurkundung, theoretisch sogar formfrei, erfolgen könnte, bedarf die Übertragung der GmbH-Anteile immer der notariellen Beurkundung (§ 15 Abs. 3 GmbHG). Bei Übertragung der Anteile an einer GmbH & Co KG ist dies sehr ärgerlich wegen der Notarkosten, die trotzdem anfallen, weil auch die Übertragung der KG-Anteile mit beurkundet werden muss, wenn sowohl die GmbH-Anteile als auch die KG-Anteile zeitgleich auf den Käufer übergehen sollen. In diesem Fall stehen die Abtretungen nach herrschender Meinung in einem untrennbaren Zusammenhang zueinander, weil das eine Rechtsgeschäft nicht ohne das andere Rechtsgeschäft Wirksamkeit erlangen soll. Eine isolierte Beurkundung der GmbH-Anteilsveräußerung wäre dann ein unheilbaren Formfehler.<sup>241</sup>
- 213 In Betracht kommt allerdings zur Vermeidung der Notarkosten, zunächst formfrei den Verkauf und die Übertragung der Kommanditanteile zu vereinbaren und dann die (formbedürftige) Abtretung der GmbH-Anteile als aufschiebende Bedingung für den Vollzug der Abtretung der Kommanditanteile nachzuholen<sup>242</sup> Hierbei entsteht allerdings zwischen dem Abschluss des Kaufvertrages über die Kommanditanteile und der Abtretung der GmbH-Anteile (in notarieller Urkunde) zwangsläufig ein Schwebezustand, während des-

<sup>238</sup> BFH DB 2010, 2259, der die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift trotz der Ungleichbehandlung der Gesellschafter anerkannt hat.

<sup>239</sup> Es sei denn, der Käufer oder eine eintretende Gesellschaft übernehmen die Stellung des Komplementärs; ggf. kann auch zur Vermeidung eines Kaufs der GmbH-Anteile die formwechselnde Umwandlung der GmbH & Co KG in eine Kapitalgesellschaft erfolgen (zB durch Formwechsel, Verschmelzung auf neue GmbH oder sog. erweiterte Anwachsung mit Austritt der Kommanditisten).

<sup>240</sup> Muster bei Münchner Vertragshandbuch Gesellschaftsrecht/Götze III. 9.

<sup>241</sup> Roth/Altmeppen/Altmeppen GmbHG § 15 Rn. 96.

<sup>242</sup> Binz/Rosenbauer NZG, 2015, 1136.

sen der Verkauf der KG-Anteile wegen des fehlenden Eintritts der aufschiebenden Bedingung noch nicht wirksam ist.

**d) Sonderbetriebsvermögen.** Beim Verkauf von Personengesellschaften bleibt in vielen Fällen das Vorhandensein von steuerlichem Sonderbetriebsvermögen zu prüfen. Dabei handelt es sich um Vermögen eines Gesellschafters, welches der Gesellschaft zur Nutzung überlassen worden ist.<sup>243</sup> Dieses Vermögen gilt steuerlich auf Grund der Nutzungsüberlassung an die Gesellschaft als Teil des Betriebsvermögens, wenngleich das Sonderbetriebsvermögen zivilrechtlich eben Eigentum des überlassenden Gesellschafters steht. 214

Wird Sonderbetriebsvermögen, welches eine wesentliche Betriebsgrundlage darstellt, im Zuge einer Veräußerung der Gesellschaftsanteile nicht mitveräußert, muss der betreffende Gesellschafter die in diesem Sonderbetriebsvermögen angesammelten stillen Reserven versteuern.<sup>244</sup> Dies ist regelmäßig eine unerwünschte Nebenfolge bei der Veräußerung der Gesellschaftsanteile, wenn dem Verkäufer für die Aufdeckung der stillen Reserven kein gesonderter Kaufpreis zugeflossen ist. Als Musterbeispiel gilt die von dem verkaufenden Gesellschafter an das Unternehmen vermietete oder verpachtete Betriebsimmobilie, die nicht an den Käufer der Gesellschaft mitverkauft wird. Hier kommt es steuerlich zur Entnahme des Grundstücks in das Privatvermögen und damit zur Aufdeckung der stillen Reserven in dem Grundvermögen<sup>245</sup> 215

Als Alternative kommt neben dem Mitverkauf des Grundstücks, welcher vom Käufer aus Kostengründen oft gescheut wird,<sup>246</sup> die vorherige Einbringung des Sonderbetriebsvermögens in ein anderes Betriebsvermögen in Betracht<sup>247</sup>, zum Beispiel die Einbringung in eine gewerblich geprägte GmbH & Co KG des Veräußerers, so dass ihre steuerliche Verstrickung als Betriebsvermögen auch nach dem Verkauf der Gesellschaftsanteile aufrechterhalten bleibt. Möglich, in der Regel aber nicht gewollt, wäre auch der Rückbehalt einer geringen Gesellschaftsbeteiligung an dem verkauften Unternehmen, weil dann die Eigenschaft des Betriebsgrundstücks als Sonderbetriebsvermögens nicht verloren geht. 216

**e) Betriebsaufspaltung.** Vorsicht ist in steuerlicher Hinsicht auch geboten, wenn eine sog. Betriebsaufspaltung vorliegt. Von Betriebsaufspaltung spricht man, wenn das Unternehmen aus einem Besitzunternehmen und einem Betriebsunternehmen besteht und zwischen beiden eine sachliche und personelle Verflechtung gegeben ist<sup>248</sup> Derartige Gestaltungen finden sich gerade bei Familienunternehmen häufig. In diesem Fall sind die Anteile des Besitzunternehmens wesentliche Betriebsgrundlagen des Betriebsunternehmens und umgekehrt.<sup>249</sup> 217

Steuerlich kann es zur Beendigung der Betriebsaufspaltung kommen, wenn nur die Anteile an dem Betriebsunternehmen an einen Dritten verkauft werden. Die Konsequenz ist die Aufdeckung sämtlicher stiller Reserven in beiden Unternehmen und damit eine unbeabsichtigte Gewinnrealisierung ohne Zufluss des entsprechenden Kaufpreises für das Besitzunternehmen.<sup>250</sup> 218

Die Auflösung der Betriebsaufspaltung lässt sich steuerlich vermeiden, wenn neben dem Betriebsunternehmen auch das Besitzunternehmen an den Käufer veräußert wird. In Betracht kommt auch hier, das Besitzunternehmen rechtzeitig in eine gewerblich gepräg-

<sup>243</sup> Zum Begriff des Sonderbetriebsvermögens vgl. auch BeckStB-Hdb 2017/2018/Zwirner/Tippelhofer A. Rn. 115.

<sup>244</sup> Schmidt/Wacker EStG § 6, 501; BeckHdB Unternehmenskauf/Ettinger B Rn. 172.

<sup>245</sup> BFH DSStR 2007, 21; BFH DSStRE 2008, 432; Schmidt/Wacker EStG § 6 Rn. 675.

<sup>246</sup> Verteuert den Unternehmenskauf erheblich und ist in der Regel aus Käufersicht nur dann sinnvoll, wenn Grundstück auf Dauer unverzichtbar ist für das Unternehmen.

<sup>247</sup> BeckHdB Unternehmenskauf/Ettinger B Rn. 173.

<sup>248</sup> BFH DSStR 1998, 200.

<sup>249</sup> BFH NJW-RR 1997, 1462; BFH BeckRS 1992, 22010502.

<sup>250</sup> Die stillen Reserven im Betriebsunternehmen werden über den zu versteuernden Kaufpreis aufgedeckt.

te Gesellschaft umzuwandeln oder einzubringen (meist GmbH & Co KG). In diesem Fall bleibt die gewerbliche Verstrickung des Besitzunternehmens erhalten.

#### 4. Asset-Deal

- 220 Beim Asset Deal, also beim Verkauf sämtlicher oder ausgewählter Wirtschaftsgüter eines Unternehmens, ist die Konkretisierung des Verkaufs-Substrates regelmäßig schwierig.<sup>251</sup> Es gibt eine Vielzahl steuerlicher und zivilrechtlicher Fragen, welche für die Abwicklung eines Asset-Deals von Bedeutung sein können.
- 221 **a) Vorüberlegungen.** Käufer und Verkäufer stehen zunächst ganz praktisch vor der Frage, wie sie die zu übertragenden Gegenstände des Anlage- und Umlaufvermögens oder auch nicht bilanzierte Vermögensgegenstände, wie etwa das Know-How oder gewerbliche Schutzrechte, die zum Stichtag des wirtschaftlichen Übergangs auf den Käufer übergehen sollen, rechtlich wirksam auf diesen übertragen können. Ein Unternehmen schließt täglich Verträge und Vereinbarungen ab, erwirbt und veräußert täglich Wirtschaftsgüter. Alles unterliegt einem ständigen Fluss und wird nicht, wie beim Anteilsverkauf, automatisch mit den Gesellschafts- oder Geschäftsanteilen des Unternehmens „mitgekauft“. Es gilt daher erst einmal, die vom Käufer gewünschte Ausstattung des Zielunternehmens mit Betriebsmitteln, Rechten und Vertragsbeziehungen vertraglich festzulegen und dann einen juristisch gangbaren Weg zu finden, um den dinglichen Übergang dieser Wirtschaftsgüter auf den Käufer sicherzustellen.
- 222 Eher untypisch für Asset-Deals sind Verkäufe des gesamten Betriebsvermögens. In diesem Fall ist der Share-Deal meist für alle Beteiligten vorzugswürdig, vermeidet er doch die bei einem Asset-Deal notwendige exakte Erfassung dessen, was von dem Betriebsvermögen verkauft werden soll. Lediglich der Umstand, dass der Käufer den Kaufpreis für die meisten Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens beim Asset-Deal abschreiben kann<sup>252</sup>, während der Kaufpreis für Geschäftsanteile nur bei einer verlustbringenden Veräußerung abschreibungsfähig ist, begründet aus Käufersicht ein gewisses Argument für den Asset-Deal. Für den Verkäufer bleibt hingegen die Frage, was er mit dem verbleibenden, von seinen Assets befreiten Unternehmen anfangen soll. Es muss unter Umständen durch Liquidation abgewickelt werden.
- 223 Dementsprechend sieht man in der Praxis Asset-Deals in der Regel nur bei sog. Spartenverkäufen, das heißt bei Teilverkäufen von Unternehmen. In jedem Fall muss bei einem Asset-Deal geklärt werden, ob die bei der Aufteilung des Unternehmens entstehenden Betriebsteile für sich genommen lebensfähig sind oder jedenfalls geordnet liquidiert werden können. Käufer und Verkäufer müssen ausschließen, dass sie im Fall der Insolvenz eines Betriebsteils nach dem Vollzug des Asset-Deals nach den Grundsätzen über die Existenzvernichtungshaftung in Regress genommen werden können.<sup>253</sup>
- 224 Durch den Asset-Deal lässt sich für den Verkäufer in der Regel auch keine vollständige Enthftung gegenüber Vertragspartnern des verkauften Unternehmens erreichen, denn diese können mit ihren Forderungen nach wie vor an das verkaufende Unternehmen herantreten, solange sie dieses nicht aus seinen vertraglichen Verpflichtungen entlassen haben. Zur Klarstellung der Haftung zwischen Käufer und Verkäufer empfiehlt sich eine Freistellungsverpflichtung des Verkäufers gegenüber dem Käufer für nicht vom Käufer übernommene Altlasten aus Vereinbarungen mit Vertragspartnern<sup>254</sup>, aber auch eine Freistellungsverpflichtung des Käufers gegenüber dem Verkäufer für alle neu entstehenden

<sup>251</sup> Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis/*Engelhardt/von Woedtk*e, Rn. 34 ff.; *Rotthege/Wassermann*, Unternehmenskauf bei der GmbH/*Rotthege*, 1. Kap. Rn. 50.

<sup>252</sup> *BeckHdB* Unternehmenskauf/*Eitinger* B Rn. 82.

<sup>253</sup> Vgl. zur Rechtsfigur der Existenzvernichtungshaftung ausführlich *MüKoGmbHHG/Liebscher* Anh. § 13 Rn. 518 ff.

<sup>254</sup> *Hölters*, *HdB* Unternehmenskauf/*Weber*, Rn. 9.105.