

Münchener Vertragshandbuch Band 2: Wirtschaftsrecht I

von

Dr. Markus S. Rieder, Rolf A. Schütze, Prof. Dr. Lutz Weipert, Marc Baltus, Dr. Francesco DeMeo, Dr. Stefan Duhnkrack, Dr. Hervé Edelmann, Prof. Dr. iur. utr. Dietmar Ehrlich, Dr. Thomas Hoffmann, Dr. Philipp Hoyenberg, Frhr. von, Prof. Dr. Heribert Johlen, Dr. Thomas Kantenwein, Dr. Matthias Karl, Susanne Kratzsch, Ralf Kuch, Marcus Mayer, Dr. Michael Oerder, Dr. Klaus Rabstein, Dr. Wolfgang Rosener, Prof. Dr. Joachim N. Stolterfoht, Andrea Verpoorten, Dr. Sandra Wagner, Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Dr. Ralf Wojtek

7. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 61292 3

Zu [Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

5. Share Deal (GmbH & Co. KG, Eigenkapital-Kaufpreisanpassung) Anm. 45 I. 5

(4) **Folgen für das Anwartschaftsrecht bei aufschiebend bedingten Abtretungen.** Wenn der Käufer im Unternehmenskauf den Geschäftsanteil aufschiebend bedingt erwirbt, etwa unter der aufschiebenden Bedingung der Kaufpreiszahlung, sind Zwischenverfügungen zu seinen Ungunsten nach § 161 Abs. 1 BGB unwirksam. Als bedingt Berechtigter hat der Käufer ein **Anwartschaftsrecht** am Geschäftsanteil erworben (Palandt/Ellenger, Einf. v. § 158 BGB, Rdnr. 9). Der Gesellschafterliste sieht man das bereits vorgenommene, aufschiebend bedingte dingliche Rechtsgeschäft und das entstandene Anwartschaftsrecht allerdings nicht an. Eine mit der Vormerkung vergleichbare Sicherung kennt die Gesellschafterliste nicht. Nach h. M. ist dies auch nicht notwendig, weil die Gesellschafterliste insoweit ohnehin kein tauglicher Rechtsscheinträger ist; das Anwartschaftsrecht des Käufers wird von § 16 Abs. 3 GmbHG also nicht berührt (BGH, NZG 2011, 1268).

Gutgläubenschutz – Folgerungen für die Due Diligence und Vertragsgestaltung:

- Im Rahmen der Due Diligence ist die Rechtsinhaberschaft des Verkäufers an den Geschäftsanteilen weiterhin umfassend zu prüfen. Insbesondere ist zu überprüfen, dass die übertragenen Geschäftsanteile in der angegebenen Höhe bestehen, dass alle Einlagepflichten erfüllt und dass die Geschäftsanteile frei von dinglichen Rechten Dritter sind. Insoweit hilft der Gutgläubenschutz durch die Gesellschafterliste nicht weiter.
- Der Prüfung der zum Handelsregister eingereichten **Gesellschafterlisten** kommt besondere Bedeutung zu. Dabei ist im Rahmen der Due Diligence insbesondere zu prüfen, ob alle Voraussetzungen für einen gutgläubigen Erwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG vorliegen. Ist dies nicht feststellbar, ist weiterhin der „Stammbaum“ der Anteilsinhaber seit Gründung der Gesellschaft zu überprüfen.

(5) **Erwerb eigener Anteile der GmbH.** Hält die Zielgesellschaft **eigene Anteile** und will der Erwerber diese erwerben, muss überprüft werden, ob sie diese gemäß § 33 Abs. 1 bis 3 GmbHG wirksam erworben hat. Eigene Geschäftsanteile mit nicht voll eingezahlten Stammeinlagen sind unwirksam erworben. Sind für eigene Anteile in der GmbH-Bilanz keine gesonderten Rücklagen gebildet worden, ist zumindest zweifelhaft, ob sie wirksam erworben worden sind.

(6) **Teilung.** Sind mehrere Erwerber beteiligt, wird häufig eine Teilung der zu übertragenden Geschäftsanteile nötig. Hierzu ist regelmäßig ein Gesellschafterbeschluss notwendig (§ 46 Nr. 4 GmbHG). Die gleichzeitige Übertragung von mehreren Teilen von Geschäftsanteilen ist zulässig. Nach vollzogener Teilung ist die Gesellschafterliste von den Geschäftsführern zu korrigieren (§ 40 Abs. 1 GmbHG). Hat ein Notar an einer Teilung mitgewirkt, so ist der Notar zur Berichtigung verpflichtet (§ 40 Abs. 2 GmbHG). Die Teilung von Geschäftsanteilen – auch die Vorratsteilung – ist formfrei möglich. Hierzu Förl, RNotZ 2008, 409 ff.

(7) **Mitteilungspflichten; Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste.** Gegenüber der Gesellschaft gilt derjenige als Gesellschafter, der in der im Handelsregister aufgenommenen **Gesellschafterliste** (§ 40 GmbHG) eingetragen ist (§ 16 Abs. 1 GmbHG). Die Aufnahme in Gesellschafterliste bietet damit die Grundlage für die Ausübung der mit der Beteiligung verbundenen Gesellschafterrechte. Die Gesellschafterliste ist zwar nicht Voraussetzung für die Begründung der Gesellschafterstellung, sie ist hierfür aber der entscheidende Nachweis.

Damit die Gesellschafterliste diese Funktion erfüllt, ist sie von den **Geschäftsführern** zu unterschreiben und zum Handelsregister einzureichen (§ 40 Abs. 1 GmbHG). Wenn ein Gesellschafter Änderungen an der Liste wünscht, hat er diese der Geschäftsführung mitzuteilen und nachzuweisen (§ 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG). Hat ein **Notar** an Veränderungen mitgewirkt, hat er unverzüglich nach deren Wirksamwerden die Liste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben und zum Handelsregister einzureichen (§ 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG). Der Notar hat die Gesellschafterliste mit der Bescheinigung zu versehen, dass die geänderten Eintragungen den Veränderungen entsprechen, an denen er mitgewirkt hat, und dass die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handels-

I. 5

I. Unternehmenskauf

register aufgenommenen Liste übereinstimmen (§ 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG). Ist die Geschäftsanteilsabtretung unter aufschiebenden Bedingungen erfolgt, wird der Notar die neue Gesellschafterliste erst dann zum Handelsregister einreichen, wenn ihm der **Bedingungseintritt** von einem der Beteiligten mitgeteilt worden ist. Zu weiteren Nachforschungen ist er nicht verpflichtet (ausführlich *Mayer*, MittBayNot 2014, 114, 118 ff.). Auf die Tatsache, dass er erst zu diesem Zeitpunkt die Gesellschafterliste zum Handelsregister einreichen kann, sollte er die Beteiligten hinweisen.

Als in das **Handelsregister aufgenommen** gilt die Gesellschafterliste erst, wenn sie in dem für das entsprechende Registerblatt bestimmten Registerordner gespeichert ist (§ 9 Abs. 1 HRV; hierzu *Mayer*, DNotZ 2008, 404). Dieser Zeitpunkt ist entscheidend für den Lauf der Frist für den gutgläubigen Erwerb nach § 16 Abs. 3 S. 1 GmbHG.

(8) **Bedingte oder befristete Abtretung.** Die Abtretung von Geschäftsanteilen unter (aufschiebender) Bedingung oder Befristung ist zulässig (BGHZ 127, 133). Sie kommt beim Unternehmenskauf regelmäßig vor, z. B. wenn der dingliche Rechtsübergang zu einem bestimmten Stichtag oder mit Zahlung des Kaufpreises erfolgen soll oder von noch ausstehenden Genehmigungen oder sonst künftig eintretenden Ereignissen abhängt oder wenn der gesamte Kaufvertrag unter aufschiebenden Bedingungen abgeschlossen wird.

Folgerungen für die Vertragsgestaltung:

- In den kaufvertraglichen **Abtretungserklärungen** (dazu im Folgenden unter (10)) sollte stets vollständig und präzise angegeben werden, unter welchen aufschiebenden Bedingungen und Befristungen der dingliche Rechtsübergang eintreten soll (Form. I. 5 § 2 (2); zum Formulierung der kartellrechtlichen Freigabe als Stichtagsbedingung siehe Form. I. 6, § 2 (2)). Die Voraussetzungen des Bedingungseintritts müssen aus dem Vertragswortlaut eindeutig feststellbar sein.
- Ist mit **längeren Zeitspannen** zwischen dem wirtschaftlichen Übergangsstichtag und dem Zeitpunkt des dinglichen Rechtsübergangs zu rechnen, können im Einzelfall **Interimsregelungen** angebracht sein, z. B. dahin, dass der Käufer zur Ausübung der vorerst beim Verkäufer verbleibenden Gesellschafterrechte bevollmächtigt wird oder der Verkäufer sich verpflichtet, die Rechte aus dem Geschäftsanteil treuhänderisch für den Käufer auszuüben. Vorsicht ist jedoch angebracht, wenn die Anteilsübertragung dem gesetzlichen Vollzugsverbot der kartellrechtlichen Fusionskontrolle (§ 41 Abs. 1 GWB) unterliegt oder tatsächlich ungewiss ist, ob die Bedingung des dinglichen Rechtsübergangs eintreten wird.

(9) **Abtretung künftiger Geschäftanteile.** Zulässig ist auch die Verpflichtung zur Übertragung erst künftig entstehender Geschäftsanteile, wenn die Anteile bei Eintragung einer bereits gegründeten GmbH (Vor-GmbH) oder aus einer bereits beschlossenen Kapitalerhöhung im Handelsregister entstehen (BGH ZIP 1999, 925; BGH NJW 1995, 128 f.; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 15 Rn. 24). Beim Unternehmenskauf werden künftig entstehende Geschäftsanteile vor allem bei Verknüpfung des Anteilsvertrags mit vorgeschalteten Umwandlungs- und Einbringungsvorgängen übertragen. – Unter der aufschiebenden Bedingung der Entstehung des Geschäftsanteils ist auch die gleichzeitige Abtretung des Anteils möglich, sofern dieser bereits **bestimmbar** ist (Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 15 Rn. 24). Handelt es sich um einen ein Gesellschafterwechsel im Gründungsstadium bei der Vor-GmbH, ist zusätzlich ein einstimmiger Gesellschafterbeschluss notwendig, mit dem der Gründungs-Gesellschaftsvertrag geändert wird (h. M.; *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 11 Rdn. 63 m. w. N.). Übertragung und etwaige Gesellschaftsvertragsänderung bedürfen der **notariellen Beurkundung** (§§ 15, 53 GmbHG).

(10) **Abtretungserklärungen.** Bei der Vertragsgestaltung ist darauf zu achten, dass sich die Abtretung als dinglicher Vollzugsvertrag vom zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft klar unterscheidet. Die Einigung über den dinglichen Rechtsübergang (Ab-

5. Share Deal (GmbH & Co. KG, Eigenkapital-Kaufpreisanpassung) Anm. 45 I. 5

tretung) muss daher von Veräußerer und Erwerber gesondert erklärt werden (vgl. Form. I. 5 § 2 (2)), was auch dadurch erfolgen kann, dass der Verkäufer die Abtretung und der Käufer die Annahme der Abtretung erklärt. – Zur **Formbedürftigkeit** (notarielle Beurkundung) des Verpflichtungs- und Vollzugsgeschäfts (§ 15 Abs. 3, 4 GmbHG) s. Anm. 26.

(11) **Veräußerungsbeschränkungen und Zustimmungserfordernisse.** Die Abtretung (nicht das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft) kann durch den **Gesellschaftsvertrag** (Satzung) beschränkt oder ganz ausgeschlossen sein (vgl. dazu Baumbach/Hueck/Fastrich, § 15 Rdnr. 37 ff. m. w. N.). – Häufigster Fall: Erforderliche Zustimmung der Mitgesellschafter, zumeist durch Gesellschafterbeschluss, gelegentlich auch daneben oder stattdessen erforderliche gesonderte Zustimmung einzelner oder aller Gesellschafter oder Dritter (z. B. Vorkaufs- oder Vorerwerbsberechtigter) oder der Gesellschaft (Geschäftsleitung oder Aufsichtsrat/Beirat). – Zu in Betracht kommenden **speziellen gesetzlichen Veräußerungsbeschränkungen** (insbesondere erforderliche Zustimmung von Ehegatten (§ 1365 Abs. 1 BGB) gesetzlichen Vertretern bei Minderjährigen und beschränkt Geschäftsfähigen, Nacherben, Mitwirkung von Testamentsvollstreckern, vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungen etc.) und sonst zu behebenden Veräußerungs- und Übertragungshindernissen s. Abschnitt F, Anm. 33 ff. – Zu den Vollzugshindernissen (§ 41 GWB) der kartellrechtlichen Fusionskontrolle s. Anm. 99 ff.

Folgerungen für die Vertragsgestaltung:

- Durch gesellschaftsvertragliche oder gesetzliche **Zustimmungsvorbehalte** vinkulierte Abtretungen sind bis zur Erteilung der Zustimmung **schwebend unwirksam**. Die erforderlichen Zustimmungserklärungen oder -beschlüsse sollten daher möglichst vor oder bei Abschluss des Kaufvertrages herbeigeführt und mit diesem im Vertragstext (vgl. Form. I. 5 § 26 (2) bis (4)) oder in Vertragsanlagen verbunden werden. Zur Abtretung erforderliche Zustimmungen der Gesellschafter oder sonstiger Gesellschaftsorgane (Geschäftsleitung, Aufsichtsrat) sind korporative Akte und sollten auch dann formell erklärt oder beschlossen werden, wenn alle Anteile an der GmbH veräußert werden.
- Erforderliche Zustimmungen, die erst **nach Vertragsabschluss** erteilt werden, haben Rückwirkung (§ 184 Abs. 1 BGB). Hier können aber im Einzelfall Interimsregelungen (z. B. vorläufige treuhänderische Verwaltung der abzutretenden Anteile durch den Verkäufer für den Käufer) angebracht sein. Für den Fall, dass die Erteilung der Zustimmung ungewiss ist, kann der Abschluss des gesamten Kaufvertrages unter aufschiebender oder auflösender Bedingung erforderlich sein.
- **Gesellschaftsvertragliche Veräußerungsbeschränkungen entfallen**, wenn **gepfändete** Geschäftanteile durch Verwertung (§§ 844, 857 ZPO) veräußert werden, ebenso bei Veräußerung durch den **Insolvenzverwalter** aus der Insolvenzmasse des Gesellschafters (vgl. dazu Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 15 Rdnr. 63 f.). In beiden Fällen sollte aber beachtet werden, dass Pfändung des Geschäftsanteils und Insolvenz des Gesellschafters häufig gesellschaftsvertragliche Ausschluss- oder Ausscheidensgründe sind. Dann ist die Veräußerung und Abtretung dadurch behindert; dass die übrigen Gesellschafter z. B. die **Einziehung** der Geschäftsanteile beschließen können.
- Ist der abzutretende Geschäftsanteil **verpfändet** oder mit **Nießbrauchsrechten** oder **Unterbeteiligungen** zugunsten Dritter behaftet, kann er – von etwaigen satzungsgemäßen Vinkulierungen abgesehen – zwar auch ohne Zustimmung des Pfandgläubigers, Nießbrauchers oder Unterbeteiligten wirksam abgetreten werden. Der Käufer erwirbt dann den abgetretenen Geschäftsanteil behaftet mit den Rechten des Pfandgläubigers oder Nießbrauchers; die Unterbeteiligung betrifft als Innen-GbR grundsätzlich nur das Innenverhältnis des Anteilsveräußerers (Verkäufer) zum Unterbeteiligten und hat keine Rechtswirkung im Außenverhältnis gegenüber dem Anteilserwerber (Käufer). Für den Veräußerungsfall vereinbarte Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Pfandgläubigers, Nießbrauchers oder Unterbeteiligten verhindern zwar nicht die Wirksamkeit der An-

I. 5

I. Unternehmenskauf

teilsabtretung, führen aber, wenn sie übergeangen werden, zu einer Pflichtverletzung des Verkäufers möglicherweise auch mit Rechtsfolgen für den kollusiv an der Vertragsverletzung mitwirkenden Käufer. – Schon deswegen, aber auch, weil der Käufer in der Regel unbelastete Geschäftsanteile erwerben will, sind **Vereinbarungen mit den Drittberechtigten** zur Aufhebung der bestehenden Rechtsverhältnisse erforderlich; dazu kann im Einzelfall auch angebracht sein, dass der Kaufvertrag unter der aufschiebenden Bedingung der Beseitigung dieser Drittrechte abgeschlossen wird. – Ist über bestehende Verpfändungen, Nießbrauchsrechte oder Unterbeteiligungen nichts bekannt, sollte der Verkäufer entsprechende kaufvertragliche **Garantie- oder Beschaffenheitszusagen** (Negativerklärungen) abgeben (vgl. Form. I. 5 § 10 Ziff. 4., 5.).

(12) **Vor- und Sonderrechte.** Grundsätzlich gehen mit dem Geschäftsanteil alle damit verbundenen Rechte auf den Erwerber über. Anders kann es sich jedoch mit gesellschaftsvertraglich begründeten Vor- und Sonderrechten verhalten, die entweder mit bestimmten Geschäftsanteilen verbunden oder bestimmten einzelnen Gesellschaftern oder Gesellschaftergruppen eingeräumt worden sind, z. B. Mehrstimmrechte, Vorzugsgewinnrechte, Geschäftsführungsberechtigungen etc. – Hier muss im Einzelfall untersucht werden, ob nach den gesellschaftsvertraglichen Regelungen die bestehenden Vor- und Sonderrechte mit dem zu übertragenden Geschäftsanteil als solchem verbunden sind und damit auf den Erwerber übergehen (was z. B. bei Mehrstimmrechten oder Vorzugsgewinnrechten im Zweifel der Fall sein wird) oder ob sie (z. B. bei Geschäftsführungsrechten) höchstpersönliche Rechte des veräußernden Gesellschafters und damit ohne entsprechende Satzungsänderung nicht übertragbar sind.

46. Behandlung der Gewinnbezugsrechte. (1) **Übergang der Gewinnbezugsrechte, Abführung der Gewinnausschüttung.** Gewinnbezugsrechte sind die mit dem Geschäftsanteil als Bestandteil der Mitgliedschaft verbundenen Rechte auf Anteil am Gewinn der Gesellschaft, dessen Ausschüttung noch nicht beschlossen worden ist. Die Gewinnbezugsrechte gehen als Stammrechte (Nebenrechte) mit dem abgetretenen Geschäftsanteil auf den Anteilserwerber (Käufer) über und sind nicht abspaltbar, somit auch nicht gesondert abtretbar (BGH WPM 1995, 577, 578; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 14 Rdnr. 20). – Davon zu unterscheiden ist der aus dem Gewinnbezugsrecht entstehende **Gewinnanspruch** (Gläubigerrecht) auf Auszahlung des entstandenen Gewinns, dessen Ausschüttung bereits beschlossen worden ist oder nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags zu erfolgen hat. Der bereits entstandene oder künftig entstehende Gewinnanspruch ist als Gläubigerrecht (formfrei) abtretbar (Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, a. a. O.).

Andererseits steht beim Beteiligungskauf der bis zum Übergangsstichtag erwirtschaftete, aber noch nicht ausgeschüttete (anteilige) Gewinn dem Verkäufer zu. Dies entspricht der allgemeinen gesetzlichen Regel (§ 101 Nr. 2 BGB), die vertraglich abbedungen werden muss, wenn etwas anderes gewollt ist (BGH NJW 1995, 1027, 1028 f.). Ansonsten ist der Käufer als Anteilserwerber verpflichtet, den auf die veräußerten Anteile entfallenden Jahresgewinn aus dem Geschäftsjahr der Veräußerung bei einem auf das Ende des Geschäftsjahrs folgenden Übergangsstichtag vollständig, bei einem unterjährigen Übergangsstichtag zeitanteilig bemessen an den Verkäufer abzuführen.

(2) **Ertragsteuerliche Behandlung.** Gewinnausschüttungen auf Anteile an einer Kapitalgesellschaft sind gemäß § 20 Abs. 5 EStG als Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG) von demjenigen zu versteuern, der im **Zeitpunkt des Gewinnverwendungsbeschlusses** i. S. d. § 39 AO **wirtschaftlicher Anteilseigner** ist (Schmidt/Weber-Grellet, EStG, § 20 Rn. 166). – Fällt der kaufvertragliche Übergangsstichtag in ein laufendes Geschäftsjahr (Wirtschaftsjahr) oder auf den Jahreswechsel, so kann über die Verteilung des Gewinns aus dem laufenden oder abgelaufenen Geschäftsjahr erst später beschlossen werden, wenn im Laufe des nachfolgenden Geschäftsjahrs der zugrunde liegende Jahresabschluss für das Gewinnjahr erstellt und festgestellt worden ist. Den nach dem Verteilungsbeschluss auszuschüttenden Gewinn (Dividende) hat daher gemäß

5. Share Deal (GmbH & Co. KG, Eigenkapital-Kaufpreisanpassung) Anm. 47 I. 5

§ 20 Abs. 5 EStG bereits der Käufer zu versteuern, der mit dem kaufvertraglichen Übergangsstichtag wirtschaftlicher Anteilseigner geworden ist. – Zu den steuerlichen Folgen der Gewinnausschüttung und der Gewinnabführung beim Käufer und beim Verkäufer vgl. im Übrigen Anm. 15.

Folgerungen für die Vertragsgestaltung:

- In allen Fällen muss an den Käufer der Geschäftanteil mit allen damit verbundenen und gesellschaftsrechtlich nicht abspaltbaren Gewinnbezugsrechten abgetreten werden (Form. I. 5 § 1 (1) lit. a)), einschließlich des Rechts auf den anteiligen Bezug des vor dem Übergangsstichtag bereits erwirtschafteten Gewinns, falls dessen Ausschüttung am Übergangsstichtag noch nicht möglich und beschlossen worden ist.
- Die an sich (gemäß § 101 Nr. 2 BGB) gebotene und sachgerechte Lösung, dass der Käufer das erworbene Gewinnbezugsrecht auf den bis zum Übergangsstichtag bereits erwirtschafteten Gewinn abgilt oder den darauf ausgeschütteten Gewinn an den Verkäufer abführt, ist für den Käufer regelmäßig steuerlich nachteilig, weil er den Gewinn nach § 20 Abs. 5 EStG zu versteuern hat. Diese steuerlichen Nachteile lassen sich nur durch folgende Gestaltung vermeiden:
 - a) Der Verkäufer veranlasst – was zweckmäßigerweise kaufvertraglich vereinbart werden sollte (vgl. Form. I. 5 § 3) – vor dem Übergangsstichtag eine **Vorabausschüttung** auf den zu erwartenden Gewinn aus dem laufenden Geschäftsjahr (*Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf, Rdnr. 200). Durch den vorab an den Verkäufer ausgeschütteten Gewinn entfällt beim Käufer dessen Besteuerung; durch den Wegfall der Gewinnabführung oder Gewinnabgeltung entfällt die Erhöhung der Anschaffungskosten für den erworbenen Geschäftsanteil. Die Vorabausschüttung ist gesellschaftsrechtlich zulässig, falls bei gewissenhafter Prüfung der vorab auszuschüttende Gewinn hinreichend wahrscheinlich zu erwarten ist, ein ordnungsgemäßer Gewinnverwendungsbeschluss gefasst wird und kein Verstoß gegen das Kapitalerhaltungsgebot aus § 30 GmbHG vorliegt (s. Anm. 50f.); eine Zwischenbilanz ist nicht zwingend notwendig (Baumbach/*Hueck/Fastrich* § 29 Rdnr. 60 f. m. w. N.; h. M.). Bei der Bemessung der Vorabausschüttung ist allerdings Vorsicht geboten: Überschreitet der Ausschüttungsbetrag den ausschüttungsfähigen Gewinn aus dem späteren Jahresabschluss, so kann ein Verstoß gegen § 30 GmbHG vorliegen, der einen Rückzahlungsanspruch nach § 31 GmbHG auslöst.
 - b) Hinsichtlich des nach Abzug der Vorabausschüttung verbleibenden ausschüttungsfähigen **Restgewinns**, der sich aus dem noch auf- und festzustellenden Jahresabschluss (Stichtagsabschluss) ergibt, kann dessen **Abführung** oder **Abgeltung** vereinbart werden, wobei je nach Einzelfall ein Abschlag für die beim Käufer verbleibende steuerliche Belastung angebracht sein kann.
- Ist eine Vorabausschüttung des Gewinns nicht möglich – z. B. bei einem frühen unterjährigen Übergangsstichtag – verbleibt als Lösung nur die (zeitanteilige) **Abgeltung** des käuferseits erworbenen Gewinnbezugsrechts oder – mit jeweils gleichen steuerlichen Folgen – die (zeitanteilige) Abtretung des künftigen Anspruch auf den auszuschüttenden Gewinn oder dessen Abführung an den Verkäufer. Zu vereinbarende Bemessungsgrundlage sollte jeweils der Stichtagsabschluss (bei unterjährigem Übergangsstichtag als gesellschaftsrechtlich nicht wirksamer Zwischenabschluss) sein. Die steuerliche Belastung, die bei dieser Lösung dem Käufer verbleibt, kann durch einen einzelfallbezogen auszuhandelnden Abschlag kompensiert werden.
- Ein sich aus dem Stichtagsabschluss ergebender **Verlust** mindert das vom Verkäufer nachzuweisende bilanzielle Eigenkapital und kann – bei entsprechend vereinbarter Anpassung des Kaufpreises im Rahmen einer **Stichtagsbilanzierung** – sich kaufpreismindernd auswirken (vgl. Anm. 59 ff., 62).

47. Verdeckte Gewinnausschüttungen. Mit Risiken aus verdeckten Gewinnausschüttungen (vGA) ist stets zu rechnen. Der BGH versteht unter einer verdeckten Gewinnaus-

I. 5

I. Unternehmenskauf

schüttung „jede außerhalb der förmlichen Gewinnverwendung vorgenommene Leistung der Gesellschaft aus ihrem Vermögen an einen ihrer Gesellschafter, der keine gleichwertige Leistung gegenüber steht“ (BGH DStR 1996, 271; gesellschaftsrechtliche vGA). Sie kann insbesondere bei überhöhten Geschäftsführervergütungen oder sonstigen Geschäften des Leistungsaustauschs entstehen, die zwischen der Gesellschaft einerseits und Gesellschafter, seinen Angehörigen oder verbundenen Unternehmen andererseits abgeschlossen werden, bei denen der Gesellschaft keine angemessene Gegenleistung zufließt, wie das unter fremden Dritten der Fall wäre. Ist die verdeckte Gewinnausschüttung nicht durch die Zustimmung aller Gesellschafter gedeckt, kann sie mangels Rechtsgrund im Gesellschaftsverhältnis unwirksam sein mit der Rechtsfolge, dass die bei der Gesellschaft eingetretene Vermögensminderung nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen oder auch nach § 31 GmbHG auszugleichen ist (Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 29 Rn. 68 ff.). Hintergrund der verdeckten Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht ist die „Gewährleistung des Kapitalschutzes, die Wahrung der Kompetenzordnung sowie die Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebots“ zwischen Gesellschaftern (MünchKomm GmbHG/Ekkenga, § 29 Rn. 256 m. w. N.).

Die steuerliche vGA geht aber in Anwendungspraxis darüber hinaus (Einzelheiten bei *Rengers*, in: Blümich, EStG – KStG – GewStG, 121. Erg. Lief. 2014, § 8 KStG Rdnr. 220 ff.). Hintergrund der steuerlichen vGA ist die **vollständige Gewinnermittlung** (MünchKomm GmbHG/Ekkenga, § 29 Rn. 253). Unter einer steuerlichen verdeckten Gewinnausschüttung ist bei einer Kapitalgesellschaft danach eine Vermögensminderung zu verstehen, die durch das Gesellschafterverhältnis veranlasst oder mitveranlasst ist, sich auf die Höhe des Gewinns nach § 4 Abs. 1 S. 1 EStG auswirkt und die in keinem Zusammenhang zu einer offenen Ausschüttung steht (*Rengers*, a. a. O., Rdnr. 235). Der Empfänger der verdeckten Gewinnausschüttung (regelmäßig der unmittelbar oder mittelbar begünstigte Gesellschafter) hat den Zufluss als Einkunft aus Kapitalvermögen gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zu versteuern (§ 3 Nr. 40d (EStG) (*Rengers*, a. a. O., Rdnr. 433 ff.). Bei der Gesellschaft ist die vGA auf der Ebene der Gewinnermittlung zu berücksichtigen (*Rengers*, a. a. O., Rdnr. 420 ff.; § 8 Abs. 3 S. 2 KStG).

Das für den **Unternehmenskauf** relevante **Risiko** ergibt sich daraus, dass die Kapitalgesellschaft, bei der die verdeckte Gewinnausschüttung erfolgt ist, nachträglich mit zusätzlichem Aufwand für Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer aus der einkommenserhöhenden Zurechnung der verdeckten Gewinnausschüttung belastet wird.

Folgerungen für die Vertragsgestaltung:

- Wird **ertragsteuerlicher (KSt, GewSt) Mehraufwand**, der für die GmbH aus einer steuerlichen vGA in Veranlagungszeiträumen vor dem Übergangsstichtag entsteht, erst nach dem Übergangsstichtag aufwandwirksam, so wird er durch die Passivierung nachträglichen Steueraufwands in der **kaufvertraglichen Abrechnungsbilanz** (Stichtagsbilanz) kaufpreiswirksam zu Lasten des Verkäufers erfasst (vgl. Form. I. 5 §§ 5 und 7, zu Ergebnissen aus steuerlichen Außenprüfungen siehe Form. I.5, § 21 (3)). – Eine gesellschaftsrechtlich **unzulässige vGA** aus der Zeit vor dem Übergangsstichtag löst Rückerstattungsansprüche der Gesellschaft aus § 812 BGB oder aus § 31 GmbHG aus (Anm. 51). – Die der Gesellschaft, mittelbar dem Käufer nach dem Übergangsstichtag entstehenden Vermögensnachteile aus früheren vGA werden somit bereits auf Grundlage der kaufvertraglichen Abrechnungsregelungen und der entstehenden gesetzlichen Rückerstattungsansprüche ausgeglichen.
- Umgekehrt kann der **Verkäufer benachteiligt** sein, wenn er bei einer gesellschaftsrechtlich **unzulässigen vGA** den rechtswidrig erlangten Betrag oder Vorteil als Einkunft zu versteuern hat, sodann (als Einlage aus seinem versteuerten Vermögen) zurückgewähren muss und zugleich mit dem bei der GmbH aus der vGA entstehenden ertragssteuerlichen Mehraufwand belastet wird. Wenn dieser Nachteil ausgeglichen werden soll, kann vereinbart werden, dass der zurückzuerstattende Betrag in der **Stichtagsbilanz** zu

5. Share Deal (GmbH & Co. KG, Eigenkapital-Kaufpreisanpassung) Anm. 48, 49 I. 5

aktivieren ist oder (falls keine Stichtagsbilanz erstellt wird) das für die Kaufpreisbemessung maßgebliche Eigenkapital nachträglich erhöht wird.

48. Behandlung von Rücklagen und Gewinn- und Verlustvorträgen. Ob, gegebenenfalls in welcher Höhe Rücklagekapital (aus Kapital- und Gewinnrücklagen, auch kontinuierlich aufgelaufenen Gewinnvorträgen in erheblicher Höhe) bei der Zielgesellschaft gebildet worden ist oder Verlustvorträge bestehen, muss zunächst im Rahmen der Due Diligence durch Einsichtnahme in die Jahrsabschlüsse geklärt werden.

Das Rücklagekapital gehört zum Eigenkapital der GmbH (§ 266 Abs. 3 HGB), das regelmäßig in die Unternehmensbewertung des Käufers einfließt und daher mit dem Kaufpreis abgegolten wird. Kaufvertraglich gesichert wird dies zumeist durch die einzelfallbezogene Festsetzung des zum Übergangsstichtag **nachzuweisenden Eigenkapitals**, das mit dem im Stichtagsabschluss (oder der ergänzenden kaufvertraglichen Abrechnungsbilanz) ausgewiesenen Ist-Eigenkapital verglichen wird; Überschreitungen des nachzuweisenden Eigenkapitals durch das Ist-Eigenkapital führen zu Erhöhung, Unterschreitungen zur Ermäßigung des Kaufpreises (Form. I. 5 § 7 (5), § 8; Anm. 62). Beste hende **Verlustvorträge** haben bereits das vor Vertragsabschluss vorhandene bilanzielle Eigenkapital verringert und sind daher grundsätzlich bei der Bemessung des kaufvertraglich nachzuweisenden Eigenkapitals abzuziehen. Ob bei der Kaufpreisfindung ein Abschlag für bestehende Verlustvorträge angesetzt werden soll, ist Vereinbarungsfrage des Einzelfalls.

49. Einlagenhaftung. Für die bei Anmeldung des Anteilsübergangs rückständigen (fälligen) Leistungen auf die übertragenen Geschäftsanteile haften gemäß §§ 14, 16 Abs. 2 GmbHG **Verkäufer** (Anteilveräußerer) und **Käufer** (Anteilserwerber) als Gesamtschuldner. Wenn ein anderer Gesellschafter als der Veräußerer seine Einlage nicht geleistet hat, haftet der Erwerber u. U. gemeinsam mit den anderen Gesellschaftern auf diesen Betrag (§ 24 GmbHG; BGHZ 132, 390 ff.; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 16 Rdnr. 23). Wenn eine Stammeinlage zwar ordnungsgemäß geleistet, aber in **unzulässiger Weise zurückgewährt** wird, so haftet der Erwerber – neben allen anderen Gesellschaftern und ggf. dem Veräußerer – für die Rückzahlung dieses Betrages, wenn der Betrag von dem betreffenden Gesellschafter „nicht zu erlangen ist“, wenn dieser Gesellschafter also nicht mehr zahlungsfähig ist (§ 31 Abs. 3 GmbHG).

Für bei Anmeldung des Anteilsübergangs **noch nicht fällige** Leistungsverpflichtungen aus dem übergehenden Gesellschaftsverhältnis haftet allein der **Käufer**, so insbesondere aus § 19 GmbHG auf erst künftig fällige Einlageleistungen. Die Haftung des ausscheidenden Verkäufers für erst künftig fällige Leistungsverpflichtungen entfällt, kann aber – befristet auf 5 Jahre ab Anmeldung des Anteilsübergangs – unter den Voraussetzungen gemäß §§ 21, 22 GmbHG für beim Käufer oder dessen Rechtsnachfolgern nicht beitreibbare Einlageleistungen wieder auflieben.

Folgerungen für die Vertragsgestaltung:

- Die vollständige Leistung der Stammeinlagen durch den Verkäufer und die Erfüllung aller sonstigen Verpflichtungen zu Leistungen auf die veräußerten Geschäftsanteile vor dem Anteilsübergang liegt nicht nur im Interesse des Käufers, sondern auch des Verkäufers, schon um Nachhaftungsrisiken zu vermeiden. Der Verkäufer sollte die Tatsache, dass die Stammeinlagen vollständig geleistet sind, im Kaufvertrag **garantieren** (Form. I. 5 § 10 Ziff. 1). Damit ist zugleich dem Regelungsbedarf genügt, der für das Innenverhältnis aus einer etwaigen gesamtschuldnerischen Haftung des Verkäufers und Käufers für rückständige Leistungen auf den Geschäftsanteil (§ 16 Abs. 2 GmbHG) entsteht (Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 16 Rdnr. 22 f.).
- Auch wenn die vorliegende (zuletzt erstellte) Bilanz der Zielgesellschaft ein durch Eigenkapital gedecktes Stammkapital ausweist, steht damit noch nicht weiteres

I. 5

I. Unternehmenskauf

- fest, dass die Stammeinlagen auf die vom Käufer zu erwerbenden Geschäftsanteile **vollständig und wirksam** erbracht worden sind und dass für Käufer und Verkäufer keine Haftungsrisiken aus dem **Gesellschaftsverhältnis** bestehen, das mit den veräußerten Geschäftsanteilen verbunden ist. – Ob Haftungsrisiken bestehen oder durch den Abschluss des Beteiligungskaufvertrages entstehen, sollte vor allem überprüft werden, – ob die veräußerten Geschäftsanteile aus einer im Vorfeld des Beteiligungskaufs erfolgten **Bar- oder Sachgründung, Bar- oder Sachkapitalerhöhung** stammen. Insbesondere dann ist stets überprüfungsbedürftig, ob die Regeln des **Kapitalaufbringungsgebots** eingehalten worden sind (Anm. 50);
- ob die Zielgesellschaft bei Abschluss des Beteiligungskaufvertrages eine **Unterbilanz** aufweist. Dann ist besonders überprüfungsbedürftig, ob die Regeln des **Kapitalerhaltungsgebots** (§ 30 GmbHG) eingehalten worden sind (Anm. 51) und dass keine **Insolvenzantragspflicht** (§ 15a InsO) besteht.
 - Werden vom Käufer **nicht alle Geschäftsanteile** an der Zielgesellschaft erworben, sollte geklärt werden, ob die Stammeinlagen auf die Geschäftsanteile der **verbleibenden Mitgesellschafter** vollständig erbracht sind. Ist dies nicht der Fall, können – jedenfalls bei zweifelhafter Bonität der Mitgesellschafter – zum Schutz des Käufers gegen Haftungsrisiken aus § 24 GmbHG kaufvertragliche Regelungen (z. B. Begründung von Einstandspflichten des Verkäufers) angebracht sein.

50. Praktisch relevante Risiken aus dem Kapitalaufbringungsgebot

Übersicht

- (1) Überbewertung oder Wertverlust von Sacheinlagen
- (2) Vorbelastungshaftung
- (3) Verdeckte Sacheinlage
- (4) Weitere Verstöße gegen das Kapitalaufbringungsgebot

(1) **Überbewertung oder Wertverlust von Sacheinlagen.** Häufig werden im Zusammenhang mit dem Beteiligungskauf in die Zielgesellschaft vorweg Vermögensgegenstände eingebracht, die wirtschaftlich zum Unternehmen, bisher aber nicht zum Gesellschaftsvermögen gehörten, z. B. Betriebsgrundstücke und andere Gegenstände des Anlagevermögens aus bisher bestehender Betriebsaufspaltung, außerhalb der GmbH selbständig geführte Geschäftsbetriebe, Beteiligungen an Betriebsgesellschaften etc. und Unternehmensanteile (vgl. auch Anm. 56). Die Einbringung erfolgt – auch unter dem steuerlichen Aspekt der Buchwertverknüpfung – dabei häufig im Wege der **Sachkapitalerhöhung**; die für die Sacheinlagen gewährten Geschäftsanteile werden an den Käufer mitveräußert.

Dabei kann es zu **Überbewertungen** oder – zwischen den Zeitpunkten der Übertragung auf die GmbH und der Anmeldung der Sachkapitalerhöhung zum Handelsregister – zu **Wertverlusten** der eingebrachten Vermögensgegenstände (Wirtschaftsgüter) kommen, z. B. durch Ausfall eingebrachter Forderungen oder sinkende Marktpreise eingebrachter Vorräte. Für die daraus entstehende Einlagenunterdeckung haften Verkäufer und Käufer (als Anteilswerber) gemäß § 9 Abs. 1 GmbHG auf Bareinzahlung in Höhe der Differenz zwischen Einlagebetrag und Einlagewert.

Folgerungen für die Vertragsgestaltung:

- Haftungsrisiken aus einer etwaigen **Überbewertung** der Sacheinlagen lassen sich dadurch vermeiden oder jedenfalls verringern, dass im Kapitalerhöhungsbeschluss der Nennbetrag der (auf das erhöhte Haftkapital) zu leistenden Stammeinlage deutlich unter dem tatsächlichen Verkehrswert der Sacheinlagen festgesetzt und zugleich beschlossen wird, dass der den Einlagebetrag übersteigende Einbringungswert den (außerhalb des Stammkapitals = Haftkapital) stehenden Kapitalrücklagen der GmbH gutzubringen ist.