

Michael Brück | Patrick Sinewe (Hrsg.)

Steueroptimierter Unternehmenskauf

Michael Brück | Patrick Sinewe (Hrsg.)

Steuroptimierter Unternehmenskauf



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<<http://dnb.d-nb.de>> abrufbar.

1. Auflage 2008

Alle Rechte vorbehalten

© Gabler | GWV Fachverlage GmbH, Wiesbaden 2008

Lektorat: RA Andreas Funk

Gabler ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media.

www.gabler.de



Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Umschlaggestaltung: KünkelLopka Medienentwicklung, Heidelberg

Druck und buchbinderische Verarbeitung: Krips b.v., Meppel

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in the Netherlands

ISBN 978-3-8349-0847-6

Vorwort

Die professionelle Strukturierung und Durchführung von Unternehmensverkäufen und Unternehmenskäufen, für die sich über die letzten Jahre standardisierte Abläufe und Muster von Unternehmenskaufverträgen herausgebildet haben, zieht nun vermehrt auch im deutschen Mittelstand bei reinen innerdeutschen Unternehmenstransaktionen ein. Damit werden an die für die laufende Beratung von inländischen Unternehmen beauftragten Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Unternehmensleiter neue Anforderungen gesetzt.

Dem betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Entscheidungsträger in solchen Unternehmen soll hier ein Leitfaden an die Hand gegeben werden, der sich mit den spezifischen gesellschafts- und steuerrechtlichen Besonderheiten eines innerdeutschen Unternehmensverkaufs beschäftigt. Dabei sollen nicht, wie vielfach üblich, die Rechtsgebiete isoliert voneinander dargestellt werden. Vielmehr verfolgt dieses Handbuch den konzeptionellen Ansatz, die beim zeitlichen Ablauf auftretenden steuerlichen Probleme des Unternehmenskaufs zu behandeln und die entsprechenden vertraglichen als auch gesellschaftsrechtlichen Lösungsansätze und Umsetzungsmaßnahmen anzusprechen, die hierbei zu beachten sind. Steuerliche Beratung muss dabei mit zivil- und gesellschaftsrechtlicher Expertise bestenfalls aus einer Hand einhergehen. Aus diesem Grund erfolgt eine rechtsgebietübergreifende Behandlung anhand von einzelnen Themenkomplexen.

Der Fokussierung auf mittelständische Unternehmen wird dadurch Rechnung getragen, dass Fragen des Übernahmegesetzes, des europäischen Kartellrechts und grenzüberschreitende Transaktionen ausgeklammert werden. Die einzelnen Abschnitte behandeln die steuerrechtlichen und zivilrechtlichen Fragen des Unternehmenskaufs sowohl aus Veräußerersicht als auch aus Erwerbersicht. Die hierbei verwendeten Vertragsklauseln und Praxishinweise stammen aus den Erfahrungen der jahrelangen Beratungsarbeit der einzelnen Autoren.

Das Handbuch berücksichtigt die im Kalenderjahr 2007 beschlossenen und im Kalenderjahr 2008 anstehenden Gesetzesänderungen, vornehmlich das Unternehmensteuerreformgesetz 2008¹, das Jahressteuergesetz 2007², das Jahresteuergesetz 2008³ sowie den derzeit vorliegenden Entwurf eines Unternehmensnachfolgesgesetzes vom 10. Dezember 2007 und den Kabinettsentwurf eines Jahressteuergesetzes 2009 vom 5. Juni 2008. Es sollte nicht unterschätzt werden, dass die im Kalenderjahr 2008 verkündeten Steuergesetze zu einer erheblichen Änderung der Schwerpunkte in der Beratungspraxis und bei der steuerlichen Feinjustierung der Durchführung eines Unternehmenskaufs geführt haben.

Wir danken den für ihre Beiträge verantwortlichen Autoren für ihren Einsatz. Für die tatkräftige Unterstützung bei der Erstellung des Handbuchs danken wir Frau Meike Otto, Frau Nina Heine und Frau Dr. Julia Hasselbach.

Frankfurt am Main, im Juli 2008

Dr. Patrick Sinewe

Prof. Dr. Michael Brück

1 Unternehmensteuerreformgesetz 2008 (UStRG 2008) v. 14.08.2007, BGBl. I 2007, 1912.

2 Jahressteuergesetz 2007 v. 13.12.2006, BGBl. I 2006, 2878

3 Jahressteuergesetz 2008 v. 20.12.2007, BGBl. I 2007, 3150

Inhaltsübersicht

Vorwort	5	
Abkürzungsverzeichnis	20	
Literaturverzeichnis	22	
Bearbeiterverzeichnis	25	
§ 1	Das vorvertragliche Stadium des Unternehmenskaufs	27
	A. Ablauf der Unternehmenstransaktion	27
	I. Einleitung	27
	II. Mögliche Verkaufsverfahren	27
	1. Bieterverfahren	28
	a) Ansprache potentieller Erwerbsinteressenten	28
	b) Due Diligence-Phase	28
	c) Verhandlungsphase und Vertragsabschluss	29
	d) Post Merger Integration	29
	e) Weitere Strukturmöglichkeiten	29
	2. Einzelbieter	30
	III. Strukturierung der Transaktion	30
	B. Einzelne Vereinbarungen zwischen den an der Transaktion Beteiligten	31
	I. Geheimhaltungsvereinbarungen	31
	II. Schriftliche Absichtserklärungen (Letter of Intent)	31
	III. Exklusivitätsvereinbarung	32
	C. Unternehmensüberprüfung (Due Diligence)	33
	I. Ursprung der Due Diligence	33
	II. Umfang und Durchführung der Due Diligence	33
	III. Folgen einer unterlassenen Due Diligence	36
	1. Persönliche Haftung der Entscheidungsträger auf Erwerberseite	36
	2. Konsequenzen im Hinblick auf das gesetzliche Gewährleistungsrecht	37
	IV. Bedeutung der Due Diligence	38
	1. Wirtschaftliche Bedeutung der Due Diligence	38
	2. Rechtliche Bedeutung der Due Diligence	38
	V. Folgen einer durchgeführten Due Diligence	39
	1. Ausschluss kaufrechtlicher Gewährleistungsansprüche	39
	2. Konsequenzen für die Aufklärungspflichten des Verkäufers	40
	VI. Auswirkungen auf die Praxis	40
	VII. Rechtliche Due Diligence	41
	D. Steuerliche Motivationslage der Vertragsparteien	43
	I. Fehlende steuerliche Rechtsformneutralität	43
	II. Steuerbelastungsvergleiche	43
	III. Interessengegensätze zwischen Verkäufer und Käufer	45
	IV. Wege „aus“ bzw. „in“ die Besteuerung	46
§ 2	Bewertung des Unternehmens	48
	A. Grundzüge der Unternehmensbewertung	48

I.	Anlässe der Unternehmensbewertung	48
II.	Wert und Preis von Unternehmen(santeilen)	49
III.	Wichtige Prinzipien der Unternehmensbewertung	49
1.	Maßgeblichkeit des Bewertungszwecks	49
2.	Zukunftsorientierung	50
B.	Bewertungsmethoden	51
I.	Unternehmensbewertungsverfahren im Überblick	51
1.	Kategorien von Unternehmensbewertungsverfahren	51
2.	Einzelbewertungsverfahren	51
3.	Gesamtbewertungsverfahren	53
4.	Sonstige Verfahren	53
II.	Übersicht Methoden der Unternehmensbewertung	54
C.	Kalkulationszinssatz	54
D.	Behandlung des Risikos bei der Unternehmensbewertung	55
E.	Steuerliche Aspekte der Unternehmensbewertung	56
I.	Grundlagen	56
II.	Steuerliche Einflüsse auf den Kalkulationszinssatz	57
III.	Steuerliche Situation der Parteien des Unternehmenskaufes	58
IV.	Rechtsform des Bewertungsobjekts und des Veräußerers	58
V.	Ausschüttungsbesteuerung	60
F.	Unternehmensbewertungsverfahren im Lichte des steueroptimierten Unternehmenskaufs	61
I.	Allgemeine Grundlagen	61
II.	Ertragswertverfahren	62
III.	Discounted-Cash-Flow-Verfahren	64
IV.	Integrierte Planungs- und Bewertungsmodelle (Cash-Flow-Modelling)	67
G.	Fazit	67
§ 3	Übergang von Kapitalgesellschaftsbeteiligungen	68
A.	Besteuerung des Veräußerers	68
I.	Veräußerung durch eine Kapitalgesellschaft	68
1.	Steuerfreie Veräußerungsgewinne	68
2.	Veräußerungsverlust	69
3.	Wegfall der Steuerfreiheit (Altanteile)	69
a)	Einbringungsgeborene Anteile	69
b)	Neuregelung nach dem SEStEG	70
II.	Veräußerung durch eine natürliche Person	71
1.	Anteile im Betriebsvermögen	71
2.	Ausnahmen von dem Halb- bzw. Teileinkünfteverfahren	72
3.	Bildung von Rücklagen zur Steuervermeidung	73
4.	Anteile im Privatvermögen	74
a)	Wesentliche Beteiligungen	74
b)	Minderheitsbeteiligungen	75
5.	Steuerbelastung bei privat bzw. betrieblich gehaltenen Anteilen	75
B.	Besteuerung des Erwerbers	77
I.	Abschreibungsvolumen (Step-up)	77

1. Umwandlungsmodell	77
2. Kombinationsmodell	78
3. Mitunternehmermodell	78
4. Down-Stream-Merger-Modell	78
5. Organschaftsmodell	79
II. Nutzung von Verlustvorträgen	80
1. Einführung	80
2. Der Mantelkauf nach § 8 Abs. 4 KStG a.F.	81
3. Die Neuregelung des § 8c KStG	83
a) Schädlicher Beteiligungserwerb	83
aa) Begriff der Beteiligung	84
bb) Unmittelbarer und mittelbarer Erwerb	84
cc) Kapitalerhöhung	84
dd) Zeitpunkt des Erwerbs	84
ee) Fünf-Jahres-Zeitraum	85
ff) Person des Erwerbers	85
b) Vergleichbarer Sachverhalt	87
c) Verlustuntergang als Rechtsfolge	88
aa) Anteiliger Verlustuntergang	89
bb) Vollständiger Verlustuntergang	90
cc) Untergang von Zinsvorträgen	91
d) Anwendungsvorschriften	92
aa) Erstmalige Anwendung	92
bb) Anwendung des § 8 Abs. 4 KStG a.F. neben § 8c KStG	93
4. Bewertung der Neuregelung durch § 8c KStG	93
a) Verfassungsrechtliche Aspekte	93
b) Weitere Probleme des § 8c KStG	95
aa) Fehlen einer Konzernklausel	95
bb) Fehlen einer Börsenklausel	95
cc) Fehlen einer Sanierungsklausel	96
5. Praktische Auswirkungen und Gestaltungsüberlegungen	97
a) Realisierung von steuerlichen Gewinnen vor dem schädlichen Erwerb	98
b) Erhöhung des Ertragspotenzials bei der Verlustgesellschaft	98
c) Organschaften	99
d) Umwandlungsmaßnahmen	99
e) Strukturierung des Erwerbs	99
f) Vertragsgestaltung	100
6. Verhältnis zu § 10d EStG	100
7. Fazit zur Neuregelung des § 8c KStG	101
C. Gesellschaftsrechtliche Umsetzungsmaßnahmen	102
I. Vorbereitende Umstrukturierungen	102
1. Steuerliche Motive für Umstrukturierungsmaßnahmen	102
a) Zusammenführen einzelner Betriebsteile innerhalb einer Kapitalgesellschaft	102
b) Vorbereitende Abspaltungen und Verschmelzungen	103

c)	Steuerschädliche Anteilsveräußerung innerhalb der Sperrfrist	104
2.	Formwechsel der Zielgesellschaft	104
a)	Beschluss über den Formwechsel	105
b)	Umwandlungsbericht	106
c)	Abfindungsangebot	106
d)	Umwandlungsprüfung	106
e)	Gründungsvorschriften	106
f)	Anmeldung des Formwechsels	107
3.	Einbringung von Unternehmensbereichen in die Zielgesellschaft	107
4.	Verschmelzung zur Schaffung der Zielgesellschaft	107
a)	Verschmelzungsvertrag	107
b)	Verschmelzungsbericht	108
c)	Prüfung der Verschmelzung	108
d)	Zuleitung an den Betriebsrat	109
e)	Zustimmungsbeschlüsse	109
f)	Anmeldung und Eintragung im Handelsregister	109
5.	Separierung von Unternehmenseinheiten	110
II.	Anteilsübergang	111
1.	GmbH-Anteile und Aktien	111
a)	Übertragung von Inhaberaktien	111
b)	Übertragung von Namensaktien	111
c)	Stichtag und Gewinnabgrenzung	112
2.	Verfügungsbeschränkungen, Zustimmungsvorbehalte und Vorkaufsrechte	112
3.	Anzeige, Anmelde- und Mitteilungspflichten	113
D.	Verkehrssteuern	113
I.	Grunderwerbsteuerbarkeit des share deals	113
1.	Grundzüge der gesetzlichen Regelungen	114
a)	Übertragung von Anteilen	114
b)	Einzelfragen zur Ermittlung der relevanten Beteiligungsquote	114
c)	Höhe und Entstehung der Grunderwerbsteuer	116
2.	„94/6 Modell“ als Gestaltungsmöglichkeit	117
a)	Grundfall	117
b)	Abwandlung („0,26% Modell“)	117
3.	Grunderwerbsteuer bei noch nicht feststehenden Erwerbstrukturen	118
a)	Benennungsrecht/Vertragsübernahme	118
b)	Vertreter ohne Vertretungsmacht Lösung	119
II.	Umsatzsteuerpflichtige Beteiligungsveräußerung	119
§ 4	Übergang von Betrieben und Personengesellschaften	121
A.	Besteuerung des Veräußerers	121
I.	Betriebsveräußerung	121
1.	Steuerbegünstigte Veräußerung von Teilbetrieben und Betrieben	121
a)	Vorliegen einer Betriebsveräußerung	121
aa)	Beteiligte Personen	122
bb)	Veräußerung eines ganzen Betriebes	122
cc)	Übertragung aller wesentlichen Betriebsgrundlagen	122

dd) Beendigung der bisherigen gewerblichen Tätigkeit	124
b) Veräußerung eines Teilbetriebs	124
c) Bestimmung des Veräußerungsgewinns	126
d) Besteuerung des Veräußerungsgewinns	126
aa) Abgrenzung laufender Gewinn/Veräußerungsgewinn	127
bb) Freibetrag nach § 16 Abs. 4 EStG	127
cc) Ermäßigter Steuersatz nach § 34 EStG	128
2. Veräußerung gegen wiederkehrende Bezüge	129
II. Veräußerung von Anteilen an Personengesellschaften	129
1. Grundlagen der Besteuerung von Personengesellschaften	130
a) Gewinnermittlung	130
b) Anrechnung der Gewerbesteuer beim Gesellschafter	131
c) Ergänzungsbilanzen	132
d) Sonderbilanzen	135
2. Veräußerung durch eine natürliche Person	136
a) Gleichzeitige Übertragung von Sonderbetriebsvermögen	137
b) Ermittlung des Veräußerungsgewinnes	139
c) Veräußerungsfreibetrag nach § 16 Abs. 4 EStG	142
d) Ermäßigter Steuersatz auf Veräußerungsgewinne nach § 34 Abs. 3 EStG	143
e) Thesaurierungsbegünstigung nach § 34a EStG	145
f) Gewerbesteuer auf den Veräußerungsgewinn	147
3. Veräußerung durch eine Kapitalgesellschaft	148
a) Besteuerung des Veräußerungsgewinnes	148
b) Gewerbesteuer auf den Veräußerungsgewinn	149
4. Untergang von Zinsvorträgen	150
5. Doppelstöckige Personengesellschaften	152
B. Besteuerung des Erwerbers	153
I. Erwerb eines Betriebes	153
1. Abschreibungsvolumen	153
2. Steuerhaftung	155
II. Erwerb von Personengesellschaftsanteilen	156
1. Abschreibungsvolumen (Step-up)	157
a) Verteilung Abschreibungsvolumen auf Wirtschaftsgüter	157
b) Fortschreibung der Ergänzungsbilanz	160
c) Ergänzungsbilanzen bei doppelstöckigen Personengesellschaften	161
2. Nutzung von Verlustvorträgen	162
3. Steuerhaftung	164
C. Vorbereitende Umstrukturierungen	165
I. Steuerliche Motive für Umstrukturierungsmaßnahmen	165
1. Zusammenführen einzelner Betriebsteile innerhalb einer Personengesellschaft	165
2. Gewerbesteuerbelastung	166
II. Vermögensübergang	166
1. Einführung	166
2. Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte	167

3. Bewegliche Sachen	167
4. Verträge	168
5. Forderungen und Verbindlichkeiten	168
6. Gewerbliche Schutzrechte	169
D. Verkehrssteuern	170
I. Anteilsübertragung immobilienbesitzender Gesellschafter	170
1. Betriebsveräußerung	170
2. Veräußerung von Personengesellschaftsanteilen	170
a) Überblick	170
b) Einzelfragen zu § 1 Abs. 2a GrEStG.	171
c) Einzelfragen zu § 1 Abs. 3 GrEStG	172
d) Begünstigungstatbestände (§§ 5 und 6 GrEStG)	173
II. Erwerbsmodelle unter Nutzung von Personengesellschaften zur Reduzierung der Grunderwerbsteuerbelastung	174
1. Schrittweiser Erwerb bei Vereinbarung von Kauf- und Verkaufsoptionen	174
2. Einbringung einer unter der Zielgesellschaft hängenden Grundstücks GmbH in eine KG, an der ein Dritter beteiligt ist	175
3. Nutzung von atypischen stillen Beteiligungen	176
III. Umsatzsteuerlicher Betriebsübergang im Ganzen	177
IV. Umsatzsteueroption und Umsatzsteueraufteilung	177
1. Übergang von Personengesellschaftsanteilen	177
2. Asset deal bei Personengesellschaften, der sich nicht als Geschäftsveräußerung im Ganzen qualifiziert	178
§ 5 Typische Problemfelder bei der Vertragsgestaltung	179
A. Kaufgegenstand	179
I. Share deal	179
1. Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen	179
a) Gegenwärtige Rechtslage	180
b) Änderung durch das MoMiG	182
2. Übertragung von Aktien	182
a) Inhaberaktien	183
b) Namensaktien	184
3. Gewinnanspruch und Gewinnbezugsrecht	185
4. Change of Control-Klauseln	185
II. Asset deal	186
1. Personengesellschaftsanteile	186
a) Übertragung von KG Anteilen	187
b) Besonderheiten bei der GmbH & Co. KG	188
2. Übertragung von Vermögensgegenständen	188
a) Einzelne Vermögensgegenstände	188
aa) Unbewegliche Wirtschaftsgüter	188
bb) Bewegliche Wirtschaftsgüter	189
cc) Immaterielle Wirtschaftsgüter	189
dd) Forderungen	190
ee) Überleitung von Verträgen	192

(1) Technik der Vertragsüberleitung	192
(2) Bestimmtheit	193
b) Überleitungen von Arbeitsverhältnissen	194
aa) Voraussetzungen des Betriebsübergangs	194
bb) Auswirkungen des Betriebsübergangs	195
cc) Widerspruch der Arbeitnehmer	196
dd) Pensionsansprüche und Betriebsübergang	197
c) Übernahme von Verbindlichkeiten und Schulden	197
III. Formerfordernisse	198
1. Allgemeines/Reichweite	198
2. GmbH/GmbH & Co. KG/AG	198
3. Grundstücke	199
4. Vertrag über gegenwärtiges Vermögen (§ 311b Abs. 3 BGB)	200
5. Transaktionen mit Auslandsbezug	200
6. Beurkundung im Ausland	201
IV. Verfügungsbeschränkungen und Zustimmungserfordernisse	202
1. Gesellschaftsrechtliche Beschränkungen	202
a) GmbH	202
aa) Abtretungsbeschränkungen	
nach § 15 Abs. 5 GmbHG i.V.m. der Satzung	202
bb) Teilung und Veräußerung von Geschäftsanteilen,	
§ 17 Abs. 1 GmbHG	203
cc) Übertragung des gesamten Gesellschaftsvermögens	
§ 179a AktG analog	203
dd) Gremienvorbehalte/Zustimmungskatalog	203
b) Aktiengesellschaft	203
aa) Übertragung des gesamten Gesellschaftsvermögens	
(asset deal)	203
bb) Außergewöhnliche Geschäfte –	
<i>Holz Müller und Gelatine I und II</i>	203
cc) Übertragung vinkulierter Namensaktien	204
dd) Nachgründung	204
ee) Gremienvorbehalte/Zustimmungskatalog	205
c) Personengesellschaften	205
aa) Übertragung des gesamten Gesellschaftsvermögens	205
bb) Außergewöhnliche Geschäfte	205
cc) Übertragung von Geschäftsanteilen	205
dd) Veräußerung der Firma	205
ee) Gremienvorbehalte gemäß Gesellschaftsvertrag	206
2. Öffentlich-rechtliche Beschränkungen/Genehmigungen	206
a) Personenbezogene Genehmigungserfordernisse	206
b) Sachbezogene Genehmigungserfordernisse	206
c) Zustimmung von Aufsichtsbehörden	206
3. Familienrechtliche, vormundschaftsrechtliche	
und erbrechtliche Beschränkungen	207
4. Sachen- und schuldrechtliche Beschränkungen	207
a) Sachenrechtliche Beschränkungen	207

b) Schuldrechtliche Beschränkungen	208
5. Sonstige Beschränkungen	208
B. Kaufpreis	209
I. Kaufpreisermittlung und Kaufpreisanpassung	209
1. Grundlagen	209
2. Festkaufpreis	210
3. Ermittlung des Kaufpreises	
mittels Kaufpreisbemessungs- und Kaufpreisanpassungsklauseln	211
a) Grundlagen der Kaufpreisbemessung	211
b) Bedürfnis nach einer Stichtagsbilanz	212
c) Inhalt der Stichtagsbilanz	213
d) Prüfung der Stichtagsbilanz/Streitbeilegung	213
e) Herleitung der Kaufpreisbemessungsklausel	
(mit Anpassungselementen)	215
aa) Schritt 1: Bestimmung des Basiskaufpreises	215
bb) Schritt 2: Ableitung des sog. Eigenkapitalwertes	216
cc) Schritt 3: Sicherungsmechanismen	219
(1) Nettoumlaufvermögen (Working Capital)-Garantie	219
(2) Nettoeigenkapitalgarantie (Net Equity) Garantie	219
dd) Schritt 4: Abschließende Kaufpreisanpassung	220
f) Weitere Kaufpreisbemessungsklauseln	221
4. Variabler Kaufpreis	
(Earn-out/Besserungsklauseln/Besserungsschein)	222
5. Aufteilung des Kaufpreises (asset deal)	224
6. Umsatzsteuer	224
II. Zahlungsmodalitäten und Kaufpreisabsicherung	224
1. Zahlungsmodalitäten bei Festkaufpreis	224
2. Zahlungsmodalitäten bei Kaufpreisbemessung	225
3. Verzinsung	225
4. Kaufpreisabsicherung	226
a) Treuhandkonto	226
b) Rechtsvorbehalte	227
c) Garantien und Bürgschaften	228
d) Aufrechnung, Zurückbehaltungsrecht, sonstige Sicherungsrechte	229
e) Verbot der Abtretung der Kaufpreisforderung	229
5. Verjährung der Kaufpreisforderung	229
C. Gewährleistungen und Garantien	230
I. Gesetzliche Gewährleistung	230
1. Die Rechtslage bis zum 1. Januar 2002	231
2. Die Rechtslage seit der Schuldrechtsreform	231
3. Bewertung	234
II. Vertragliche Gewährleistung und Garantien	235
1. Allgemeines	235
2. Vertragliche Gewährleistung durch selbständige Verkäufergarantien	235
a) Haftungsgrund bei selbständigen Garantien	235
b) „Harte“ und „weiche“ Garantien	236

c) Maßgebliche Zeitpunkte von Garantien	237
d) Verschuldensunabhängigkeit von Garantien	238
e) Typische Bereiche von Verkäufergarantien („Garantiekataloge“)	238
III. Rechtsfolgen	240
1. Grundsätzliches	240
2. Abschließende Funktion der Rechtsfolgen	240
IV. Haftungsbeschränkungen	241
1. Haftungseingangsschwellen (de-minimis Beträge)	242
2. Haftungszusammenfassung (Baskets)	242
3. Haftungshöchstbeträge (Caps)	243
4. Garantien „nach Wissen“ (Knowledge Qualifier)	244
5. Weitere Instrumente der Haftungsbeschränkung	244
6. Grenzen haftungsbeschränkender Vertragsklauseln	245
7. Versicherung des Risikos aus Verkäufergarantien	246
D. Käufergarantien und umgekehrte Freistellung	246
I. Käufergarantien	246
II. Umgekehrte Freistellung	248
E. Haftung des Käufers	248
I. Gesellschaftsrechtliche Haftung	249
1. Haftung beim Erwerb von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft	249
a) Haftung beim Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen	249
b) Haftung beim Erwerb von Aktien	250
2. Haftung beim Erwerb von Anteilen an einer Personengesellschaft	251
a) Haftung beim Erwerb eines Kommanditanteils	251
b) Haftung bei Übernahme einer Komplementärstellung, OHG oder GbR Gesellschafterstellung	252
II. Haftung auf Grund der Firmenfortführung (§ 25 HGB)	253
III. Umwelthaftung	253
IV. Weitere Haftungstatbestände	255
V. Verjährung	255
VI. Kenntnis des Käufers	257
F. Steuerklauseln	259
I. Spezifische Steuerklauseln beim asset deal	259
1. Haftung des Erwerbers für Betriebssteuern	259
2. Geschäftsveräußerung im Ganzen	260
3. Gewerbesteuerklausel	261
4. Steuerliche Mehrbelastung bei Personengesellschaften	262
5. Gewinnzuweisung bei Personengesellschaften	263
6. Betriebssteuern bei Personengesellschaften	264
II. Spezifische Steuerklauseln beim share deal	264
1. Regelung über die Gewinnzuweisung	264
2. Steuerrisiken beim Wegfall der Organschaft	265
3. Steuergarantie für „verunglückte“ Organschaften	266
4. Steuergarantie für verdeckte Gewinnausschüttungen	267
5. Eigenkapital- und Bilanzgarantien	267
6. Betriebsprüfungsklausel	268

7. Verjährungsklausel für Ansprüche aus Steuer- und Abgabenangelegenheiten	269
G. Wettbewerbsverbot und Kartellrechtsklausel	269
I. Wettbewerbsverbot	269
1. Beschränkungen beim Abschluss eines Wettbewerbsverbots	270
a) Vertragliche Nebenpflicht	270
b) Rechtliche Schranken	270
2. Klauselgestaltung	271
a) Sachlicher Umfang	271
b) Räumlicher Umfang	271
c) Zeitlicher Umfang	271
d) Personeller Umfang	272
e) Weitere Aspekte	272
f) Abwerbeverbot	273
g) Geheimhaltungsvereinbarung	273
h) Dienstvertragliche Wettbewerbsverbote	273
i) Fehlerhafte Klauseln	274
3. Klauselvorschläge	274
a) Wettbewerbsverbot	274
b) Abwerbeverbot	275
II. Kartellrecht	276
1. Kartellrechtliche Problematik beim Unternehmenskauf	276
2. Kartellrechtliche Vorprüfung	276
a) Unternehmenskäufe im Inland	277
b) Unternehmenskäufe mit europäischem Bezug	277
c) Andere Jurisdiktionen	277
3. Kartellrechtliches Prüfungsverfahren	278
a) Präventive Anmeldepflicht	278
b) Anmeldung	278
c) Marktanteile	279
d) Vollzugsverbot, Freigabe, Auflagen bzw. Bedingungen	279
4. Kartellrechtsklausel	280
a) Aufschiebende Bedingung	280
b) Formulierungsvorschlag	280
H. Übertragungsstichtag und Vollzug (Closing)	282
I. Bestimmung unterschiedlicher Stichtage	282
1. Fester Termin	282
2. Unbestimmter Termin	282
3. Vollzug unter einer aufschiebenden Bedingung	282
4. Handlungen am Übertragungsstichtag	283
a) Übertragung von Gesellschaftsanteile	283
aa) Übertragung von Anteilen deutscher Gesellschaften	283
bb) Übertragung von Anteilen an ausländischen Gesellschaften	283
b) Asset deal	284
II. Zahlung des Kaufpreises/Ausgleich von Forderungen und Verbindlichkeiten	285

1. Kaufpreisregelungen	285
2. Ausgleich von Forderungen und Verbindlichkeiten	285
III. Ablösung von Sicherheiten des Verkäufers	285
IV. Weitere typische Vollzugshandlungen	286
1. Gremienentscheidungen	286
2. Behördliche Genehmigungen	287
3. Ablösung von Verbindlichkeiten	287
4. Sonstiges	287
5. Closing-Bestätigung	287
V. Formulierungsvorschlag	287
VI. Verpflichtungen der Parteien nach dem Übertragungsstichtag	288
1. Aufstellung von Stichtagsbilanzen	288
2. Übertragung/Berichtigung von Genehmigungen/Eintragung	288
a) Behördliche Genehmigungen/Erlaubnisse	288
b) IP-Rechte	289
3. Versicherungen	289
VII. Regelungen für die Zeit zwischen Vertragsschluss und Vollzug	289
I. Mitwirkungspflichten der Parteien	291
I. Drittklagen	291
II. Informations- und Auskunftspflichten	292
J. Kosten- und Steuertragungspflicht	293
K. Schlussbestimmungen	293
I. Anwendbares Recht	293
1. Grundsätzliches Wahlrecht	293
a) Rechtswahl	294
b) Faktoren für die richtige Rechtswahl	294
2. Wahl deutschen Rechts	295
II. Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen	295
1. Wahl zwischen ordentlichen Gerichten und Schiedsgericht	295
a) Zulässigkeit von Schiedsgerichten	295
b) Vor- und Nachteile staatlicher Gerichte bzw. Schiedsgericht	295
aa) Nationale Unternehmenskäufe	295
bb) Internationale Unternehmenskäufe	296
III. Sonstige Schlussbestimmungen	296
1. Mitteilungen	296
2. Kosten	297
3. Abtretungsverbot	297
4. Aufrechnungen bzw. Beschränkungen	297
5. Schriftformklausel	297
6. Vollständigkeitsklausel/Keine Nebenabreden	298
7. Definitionen	298
8. Salvatorische Klausel	298
§ 6 Fremdfinanzierung des Unternehmenskaufs	299
A. Finanzierungsabzugsbeschränkungen beim Erwerbsvorgang	299
I. Erwerb einer Personengesellschaft	299

	II. Erwerb der Anteile an einer Kapitalgesellschaft	300
	1. Erwerb einer Kapitalgesellschaft durch eine Kapitalgesellschaft	300
	2. Erwerb einer Kapitalgesellschaft durch eine natürliche Person	301
	a) Beteiligung im Privatvermögen	301
	b) Beteiligung im Betriebsvermögen	302
	3. „Debt Push Down“-Gestaltungen	303
	a) Begründung einer ertragsteuerlichen Organschaft	304
	b) Verschmelzung von Erwerbsgesellschaft und erworbener Gesellschaft	307
	c) Ausschüttung der offenen Gewinnrücklagen	307
	B. Zinsschranke	308
	I. Anwendungsbereich der Zinsschranke bei Unternehmenskäufen	309
	II. Zinsabzugsbeschränkung	309
	1. Zinsvortrag	311
	2. Ausnahmen von der Zinsschranke	311
	a) Freigrenze	312
	b) Konzernfreie Gesellschaften	313
	c) Eigenkapitalquoten-Test	316
§ 7	Kauf insolventer Unternehmen	319
	A. Einführung	319
	B. Verkauf vor insolvenzrechtlicher Antragstellung	320
	C. Kauf im Eröffnungsverfahren	320
	I. Verkauf durch den Schuldner mit der Zustimmung eines schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters	321
	1. Anfechtung des Rechtsgeschäfts nach den §§ 129 ff. InsO	321
	2. Haftung nach § 25 HGB	322
	3. Haftung nach § 75 AO	322
	4. Haftung nach § 613a BGB	322
	II. Verkauf durch den starken vorläufigen Insolvenzverwalter	323
	1. Zulässigkeit	323
	2. Risiken beim Unternehmenserwerb	324
	D. Kauf nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens	324
	I. Verkauf vor dem ersten Berichtstermin	324
	II. Verkauf nach dem ersten Berichtstermin	325
	III. Haftungsprivilegien	325
	E. Fazit	326
§ 8	Unentgeltlicher Unternehmensübergang	327
	A. Überblick	327
	I. Ertragsteuerlicher Rahmen	327
	II. Erbschaft- und schenkungsteuerlicher Rahmen	330
	B. Ertragsteuerliche Aspekte der Unternehmensnachfolge	332
	I. Übertragung von Gesellschaftsanteilen/Privatevermögen	332
	1. Unentgeltliche Übertragung	332
	2. Teilentgeltliche Übertragung	334

II.	Übertragung von Sachgesamtheiten des Betriebsvermögens	335
1.	Übertragung von Betrieben und Teilbetrieben	336
a)	Unentgeltliche Übertragung	336
b)	Teilentgeltliche Übertragung	337
2.	Übertragung von Mitunternehmeranteilen	338
III.	Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens	340
IV.	Realteilung einer Personengesellschaft	343
V.	Erbengemeinschaft	345
VI.	Erbaueinandersetzung	346
C.	Vorweggenommene Erbfolge/Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen	347
§ 9	Muster	351
A.	Absichtserklärung	351
B.	Geheimhaltungsvereinbarung	354
C.	Checkliste Due Diligence	357
D.	Unternehmenskaufvertrag (share deal)	370
	Stichwortverzeichnis	388

Abkürzungsverzeichnis

a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
ArbG	Arbeitsgericht
AStG	Außensteuergesetz
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Begr RegE	Begründung zum Regierungsentwurf
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DSTRE	Deutsches Steuerrecht Entscheidungen
DStZ	Deutsche Steuerzeitung (Zeitschrift)
EStG	Einkommenssteuergesetz
EStR	Einkommensteuer-Richtlinien
FG	Finanzgericht
FR	Finanz-Rundschau (Zeitschrift)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GewStG	Gewerbsteuergesetz in der Fassung des SEStEG vom 12.12.2006
GmbHR	GmbHR-Rundschau (Zeitschrift)
GmbH-StB	GmbH-Steuerberater
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz vom 26.02.1997, BGBL. I 1997, 1804
HGB	Handelsgesetzbuch
i.d.F.	in der Fassung

IDW Standard	Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen des IDW (Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.)
IStR	Internationales Steuerrecht (Zeitschrift)
KStG	Körperschaftsteuergesetz in der Fassung des SEStEG vom 12.12.2006
KStR	Körperschaftsteuerrichtlinien
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NVwZ	Neue Verwaltungsrechtszeitschrift
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
OFD	Oberfinanzdirektion
Rz.	Randziffer (auch Rn.)
SEStEG	Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften vom 12.12.2006 (BGBl. 2006 I, 2782)
StRefG	Steuerreformgesetz
UmwG	Umwandlungsgesetz
UmwStG	Umwandlungssteuergesetz in der Fassung des SEStEG vom 12.12.2006
UStRG	Unternehmenssteuerreformgesetz 2008
vgl.	vergleiche
VZ	Veranlagungszeitraum
WG	Wirtschaftsgut oder Wirtschaftsgüter
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)

Literaturverzeichnis

- Andres, Dirk/Leithaus, Rolf/Dahl, Michael*: Insolvenzordnung, München 2006
- Assmann, Heinz-Dieter/Schneider, Uwe*: Wertpapierhandelsgesetz, 4. Aufl., Köln 2006
- Ballwieser, Wolfgang*: Unternehmensbewertung. Prozess, Methoden und Probleme, Schäffer-Poeschel, 2007
- Baumbach, Adolf/Hopt, Klaus J.*: Handelsgesetzbuch, 33. Aufl., München 2008
- Baumbach, Adolf/Hopt, Klaus/Merkt, Hanno*: Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 33. Aufl., München 2008
- Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred*: GmbH-Gesetz, 18. Aufl., München 2006
- Beisel, Wilhelm/Klumpp, Hans-Hermann*: Der Unternehmenskauf, 5. Aufl., München 2006
- Birkenfeld*: Das große Umsatzsteuerhandbuch, Köln, Loseblatt (Stand: April 2008)
- Blumenberg, Jens/Benz, Sebastian*: Die Unternehmenssteuerreform 2008, Köln 2007
- Boruttau*: GrEStG, 16. Aufl., München, 2007
- Braun, Eberhard*: Insolvenzordnung, 3. Aufl., München 2007
- Dötsch, Ewald/Jost, Werner/Pung, Alexandra/Witt, Georg*: Die Körperschaftsteuer. Kommentar zum Körperschaftsteuergesetz, Umwandlungssteuergesetz und zu den einkommensteuerrechtlichen Vorschriften der Anteilseignerbesteuerung, Stuttgart 2008, Stand: 06/2008
- Drukarczyk, Jochen/Schüler, Andreas*: Fälle zur Unternehmensbewertung: Franz Vahlen Verlag, 2008
- Drukarczyk, Jochen/Schüler, Andreas*: Unternehmensbewertung: Franz Vahlen Verlag, 2007
- Federau, Markus*: Unternehmensbewertung und Steuern. Eine Analyse von Wachstumsprozessen im Rahmen des IDW S 1: VDM Verlag Dr. Müller, 2007
- Frotscher, Gerrit/Maas, Ernst/Herrmann, Joachim*: Kommentar zum Körperschaft- und Umwandlungssteuergesetz, Freiburg 2004, Stand: 92. Ergänzungslieferung (Mai 2008)
- Glutsch, Siegfried/Otte, Ines/Schult, Bernd*: Das neue Unternehmensteuerrecht, 2007
- Helbling, Carl*: Unternehmensbewertung und Steuern -Theorie und Praxis der Unternehmensbewertung, 1998
- Hettler, Stephan/Stratz, Rolf-Christian/Hörtnagl, Robert (Hrsg.)*: Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf, München 2004
- Hofmann*: GrEStG, 8. Aufl., Herne, 2004
- Hölters, Wolfgang*: Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaus, 6. Auflage, Köln 2005
- Holzapfel, Hans-Joachim, Pöllath, Reinhard*: Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 12. Aufl., Köln, Stand März 2006 (zitiert als: *Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf*)

- Holzapfel, Hans-Joachim/Pöllath, Reinhard*: Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 12. Aufl., Köln 2006
- Hommel, Michael/Braun, Inga*: Unternehmensbewertung case by case, UTB, 2005
- Hüffer, Uwe*: Aktiengesetz, 7. Aufl., München 2006
- IDW (Hrsg.): WP Handbuch 2008 -Wirtschaftsprüfung, Rechnungslegung, Beratung, Band II, Düsseldorf 2007
- Kästle, Florian/Oberbracht, Dirk*: Unternehmenskauf/Share Purchase Agreement, Beck'sche Musterverträge, Band 49
- Kneip, Christoph/Jänisch, Christian*: Tax Due Diligence - Steuerrisiken und Steuergestaltungen beim Unternehmenskauf, München 2005
- Knott, Hermann J./Mielke, Werner*: Unternehmenskauf, 2. Auflage, Köln 2006
- Krag, Joachim/Kasperzak, Rainer*: Grundzüge der Unternehmensbewertung, Franz Vahlen Verlag, 2008
- Krolle, Sigrid/Schmitt, Günter/Schwetzer, Bernhard* (Hrsg.): Multiplikatorverfahren in der Unternehmensbewertung. Anwendungsbereiche, Problemfälle, Lösungsalternativen: Schäffer-Poeschel, 2005
- Kropff, Bruno/Semler, Johannes* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 3 §§ 76-117, 2. Aufl., München 2004
- Kup, Alexander*: Methoden der Unternehmensbewertung. Internationaler Vergleich kleiner und mittelgroßer Unternehmen: J. Kovac, 2007
- Landmann, Robert von/Rohmer, Gustav*: Umweltrecht, Band IV, Stand September 2007
- Lüdicke, Jochen/Sistermann, Christian*: Unternehmenssteuerrecht, München 2008
- Lutter, Markus/Hommelhoff, Peter*: GmbH-Gesetz, 16. Aufl., Köln 2004
- Matschke, Manfred Jürgen/Brösel, Gerrit*: Unternehmensbewertung. Funktionen - Methoden - Grundsätze: Betriebswirtschaftlicher Verlag Gabler, 2007
- Meeh, Gunther* (Hrsg.): Unternehmensbewertung, Rechnungslegung und Prüfung. Festschrift für Prof. Dr. Wolf F. Fischer-Winkelmann: J. Kovac, 2006
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, hrsg. v. Rebmann, Kurt/Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland, 5. Aufl., Bd. 1 – Allgemeiner Teil, 1. Hlbbd.: §§ 1-240, ProstG, München 2006
- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*: hrsg. v. Kirchhof, Hans-Peter/Lwowski, Hans-Jürgen/Stürner, Rolf, 2. Aufl., Bd. 1, §§ 1-102, München 2007
- Pahlke, Armin/Koeing, Ulrich*: Abgabenordnung, §§ 1 bis 368, München 2004
- Pahlke/Franz*: GrEStG, 3. Aufl., München, 2005
- Pahlke/König*: AO, München, 2004
- Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Aufl., München 2008

- Peemöller, Volker H.:* Praxishandbuch der Unternehmensbewertung, Herne-Berlin, NWB-Verlag, 2004
- Picot, Gerhard (Hrsg.):* Handbuch Mergers & Acquisitions, 3. Aufl., Stuttgart 2002
- Picot, Gerhard (Hrsg.):* Unternehmenskauf und Restrukturierung - Handbuch zum Wirtschaftsrecht, 3. Auflage, München 2004
- Picot, Gerhard/Mentz, Alexander/Seydel, Eberhard:* Die Aktiengesellschaft bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, München 2003
- Rebmann, Kurt/Säcker, Franz Jürgen:* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, §§ 433-610, 4. Aufl., München 2004
- Rödder, Thomas/Hötzel, Oliver/Müller-Thuns, Thomas:* Unternehmenskauf Unternehmensverkauf, München 2003
- Rotthege, Georg/Wassermann, Bernd (Hrsg.):* Mandatspraxis Unternehmenskauf, Köln 2002
- Schacht, Ulrich/Fackler, Matthias (Hrsg.):* Praxishandbuch Unternehmensbewertung. Grundlagen, Methoden, Fallbeispiele: Betriebswirtschaftlicher Verlag Gabler, 2008
- Schaumburg:* Unternehmenskauf im Steuerrecht, 3. Aufl., Stuttgart, 2004
- Schaumburg, Harald/Rödder, Thomas:* Unternehmensteuerreform 2008 – Gesetze – Materialien – Erläuterungen, München 2007
- Schmidt, Karsten (Hrsg.):* Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 3, §§ 161-237, 2. Aufl., München 2007
- Schmidt, Ludwig:* Einkommenssteuergesetz, 27. Aufl., München 2008
- Scholz,* Kommentar zum GmbH-Gesetz, 10. Aufl., Köln 2006
- Seibt, Christoph H. (Hrsg.):* Beck'sches Formularbuch Mergers & Acquisitions, München 2008
- Semler, Johannes/Volhard, Rüdiger (Hrsg.):* Arbeitshandbuch für Unternehmensübernahmen, Band 1, München 2001
- Triebel, Volker (Hrsg.):* Mergers & Acquisitions, Heidelberg 2004
- Uhlenbruck, Wilhelm:* Insolvenzordnung, 12. Aufl, München 2003
- Versteyl, Ludger-Anselm/Sondermann, Wolf Dieter:* Bundesbodenschutzgesetz, 2. Aufl., München 2005

Bearbeiterverzeichnis

Michael Adolf <i>Rechtsanwalt und Steuerberater in Frankfurt am Main und Attorney and Counselor at Law (New York)</i>	§ 4 A, B
Dr. Martin Bouchon <i>Rechtsanwalt in Frankfurt am Main</i>	§ 3 C I, II
Prof. Dr. Michael Brück, LL.M. <i>Rechtsanwalt in Frankfurt am Main</i>	§ 3 B, § 4 A
Prof. Dr. Andreas Dinkelbach <i>Steuerberater in Köln</i>	§ 8
Dr. Ulrich Goebel, LL.M. <i>Rechtsanwalt in München</i>	§ 5 G, H, I, J, § 9 D
Dr. Stefan Gottgetreu <i>Rechtsanwalt in Düsseldorf</i>	§ 1 C, § 5 C, D, E
Dr. Lars Kloster <i>Rechtsanwalt in Frankfurt am Main</i>	§ 3 D, § 4 D
Stefan Münch <i>Rechtsanwalt in München</i>	§ 5 A, B, § 9 D
Moritz Petrikowski <i>Rechtsanwalt in Düsseldorf</i>	§ 1 C, § 5 C, D, E
Anna Reckordt <i>Diplom-Juristin in Frankfurt am Main</i>	§ 3 D, § 4 D
Prof. Dr. Wilfried Ringling <i>Steuerberater in Landau in der Pfalz</i>	§ 2
Dr. Robert Safran <i>Rechtsanwalt in Frankfurt am Main</i>	§ 1 A, B, § 7, § 9 A, B
Dr. Patrick Sinewe <i>Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Steuerberater in Frankfurt am Main</i>	§ 1 D, § 3 A, § 3 C I, § 4 C I, § 5 F, K, § 6, § 9 B, C, D
Dr. David Witzel, LL.M. <i>Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Steuerberater in Frankfurt am Main</i>	§ 1 D, § 3 A, § 5 F, K, § 6

Nähere Informationen über die Autoren sind unter www.gabler-steuern.de zu finden.

§ 1 Das vorvertragliche Stadium des Unternehmenskaufs

A. Ablauf der Unternehmenstransaktion

I. Einleitung

Der Verkauf eines Unternehmens stellt an alle an der Transaktion Beteiligten hohe Anforderungen. Bei dem betroffenen Unternehmen führt der Verkauf regelmäßig zu einem zusätzlichen Arbeitsaufwand, der neben dem üblichen Geschäftsbetrieb hinaus geleistet werden muss. Auf Verkäuferseite bedarf es einer besonders gut durchdachten Organisation und Struktur der Transaktion, um den Verkauf des Unternehmens möglichst effektiv zu gestalten. Der Käufer selbst muss sich im Rahmen einer Due Diligence ein möglichst vollständiges Bild von dem Unternehmen machen und nach einer entsprechenden Unternehmensbewertung ein Kaufpreisangebot abgeben. Auch dieser Aufwand wird in der Regel neben dem üblichen Geschäftsbetrieb geleistet werden müssen.

1

II. Mögliche Verkaufsverfahren

In der Praxis werden Unternehmensverkäufe regelmäßig im Rahmen eines sog. kontrollierten Bieterverfahrens oder aber exklusiv an einen Einzelbieter¹ veräußert. Beide Verfahren haben Vor- und Nachteile:

2

Der Verkauf eines Unternehmens an einen Einzelbieter hat den Vorteil, dass die Unternehmenstransaktion flexibel gestaltet und von anfänglich aufgestellten Zeit- und Maßnahmenplänen gelegentlich abgewichen werden kann. Da der Verkäufer sein Unternehmen letztlich nur einem Bieter zum Verkauf anbietet, ist der Aufwand im Vergleich zu einem Bieterverfahren deutlich geringer. Zu bedenken ist aber auch, dass sich der Verkäufer hierdurch auch von dem einzelnen Bieter abhängig macht. Sollten etwa die Verkaufsverhandlungen scheitern, muss der Verkäufer den Verkaufsprozess erneut mit anderen Bietern einleiten.

3

Die wesentlichen Vorteile eines kontrollierten Bieterverfahrens bestehen vor allem darin, dass die Wahrscheinlichkeit größer ist, einen höheren Kaufpreis zu erzielen. Letztlich wird eine Wettbewerbssituation zwischen den einzelnen Bietern hergestellt. Vor diesem Hintergrund erscheint es wahrscheinlich, dass der Verkäufer einen höheren Kaufpreis für das Unternehmen erzielen wird als bei dem Verkauf an einen Einzelbieter. Darüber hinaus ist der Verkäufer nicht von dem Verhandlungsstand mit einem einzelnen Bieter abhängig, der beispielsweise nach Durchführung einer Due Diligence von einem anvisierten Erwerb Abstand nimmt. Diesen Vorteilen stehen aber auch eine Reihe von Nachteilen gegenüber. So ist etwa ein Bieterverfahren naturgemäß mit hohem Aufwand und somit auch mit hohen Kosten verbunden. Da verschiedene Bieter im Fortgang der Unternehmenstransaktion nach gleichen Grundsätzen zu behandeln sind, gestaltet sich der

4

¹ Der Verkauf an einen Einzelbieter wird oftmals auch als „herkömmliches“ oder „klassisches“ Verfahren bezeichnet.

laufende Prozess auch nicht derart flexibel wie er bei einem Einzelbieter möglich ist. Zu bedenken ist bei einem kontrollierten Bieterverfahren auch, dass die im Rahmen der Due Diligence offen gelegten Tatsachen einem weiten Kreis offen gelegt werden. Inwieweit sich alle Beteiligten des Verfahrens letztlich auch an die Vertraulichkeitsvereinbarung halten, ist von dem Verkäufer nur sehr eingeschränkt kontrollierbar.

- 5 Unabhängig von dem Verkaufsverfahren, für das sich ein Verkäufer entscheidet, durchlaufen beide Verfahrensarten verschiedene typische Phasen, die im Folgenden dargestellt werden.

1. Bieterverfahren

- 6 Das Bieterverfahren ist oftmals bei größeren Unternehmenstransaktionen vorzufinden, da sich dort der höhere Aufwand in der Regel besser rechtfertigen lässt als bei dem Verkauf eines kleineren Unternehmens.

a) Ansprache potentieller Erwerbsinteressenten

- 7 Ein typischer Unternehmensverkaufsprozess beginnt in der Regel mit der Ansprache potentieller Erwerbsinteressenten, die üblicherweise durch einen Berater im Vorfeld der Unternehmenstransaktion ausgesucht werden oder auf dem Markt bekannt sind. Hierzu wird oftmals an die potentiellen Erwerber ein sog. Teaser übersandt, in welchem das zum Verkauf stehende Unternehmen kurz und anonym dargestellt wird. Gleichzeitig erhält der potentielle Erwerbsinteressent die Möglichkeit, ein weitergehendes und inhaltlich umfangreicheres Schreiben, das sog. Informationsmemorandum, zu erhalten. Die Übersendung eines Informationsmemorandums wird in der Regel von der vorherigen Unterzeichnung einer Geheimhaltungsvereinbarung abhängig gemacht. Das Informationsmemorandum beinhaltet in der Regel eine detaillierte Unternehmensbeschreibung, einschließlich Finanzkennzahlen, die dem Erwerbsinteressenten die Entscheidung ermöglichen soll, ob er an dem Verfahren zum Unternehmenskauf teilnehmen möchte.
- 8 Teilweise wird in der Praxis bereits in diesem Stadium der Letter of Intent (Absichtserklärung) abgeschlossen sowie ein erstes „Non-Binding-Offer“, also ein nichtbindendes Angebot, abgegeben. An Hand dieses Non-Binding-Offers entscheidet der Verkäufer, welche Bieter für das weitere Verfahren zugelassen werden.

b) Due Diligence-Phase

- 9 Nach der Ansprache potentieller Erwerbsinteressenten wird das zu veräußernde Unternehmen durch die Erwerbsinteressenten im Rahmen einer Due Diligence geprüft. Hierzu wird durch den Verkäufer oder das Zielunternehmen ein sog. Datenraum eingerichtet, in welchem alle relevanten Unternehmensdaten in kopierter Form enthalten sind. Neuerdings werden solche Daten entsprechend in elektronischer Form bereitgestellt, die die potentiellen Erwerber üblicherweise per Internet einsehen können. In dieser Phase werden teilweise auch Managementpräsentationen abgehalten, in denen das Zielunternehmen den Interessenten vom Management beschrieben wird. Damit sich die Interessenten auch ein „optisches“ Bild vom Zielunternehmen machen können, werden teilweise Unternehmensbesichtigungen durchgeführt.
- 10 Während der Due Diligence-Phase werden mit dem oder den Erwerbsinteressenten Vertragsentwürfe ausgetauscht. Der Entwurf wird in der Regel von dem Verkäufer, in einigen Fällen aber

auch von dem Erwerbsinteressenten, vorgelegt. Gleichzeitig werden die Interessenten aufgefordert², sog. „Mark-Ups“ anzufertigen, also (farblich hervorgehobene) Änderungswünsche in den Vertrag einzufügen und dem Verkäufer zu übersenden. In diese Mark-Ups werden seitens der Interessenten insbesondere Regelungen eingefügt, die diese nach Durchführung der Due Diligence und der darin gefundenen Ergebnisse oder Probleme geregelt sehen wollen. In den „Mark-Ups“ werden daher insbesondere Erkenntnisse aus der Due Diligence eingearbeitet.

Nach der Due Diligence-Phase kann sich der potentielle Erwerber im Idealfall ein komplettes Bild über das Unternehmen machen. Aus diesem Grunde gibt der Interessent nach dem Ende der Due Diligence-Phase in der Regel ein sog. Binding Offer ab. Dieses ist in dem hier beschriebenen Bieterverfahren in der Regel rechtlich nicht bindend. Es ermöglicht dem Verkäufer vielmehr zu entscheiden, mit welchem Interessenten er die Unternehmenstransaktion weiter betreiben möchte. Das Binding Offer beinhaltet bei größeren Unternehmenstransaktionen zudem auch eine Finanzierungsbestätigung (Commitment Letter), wonach eine Bank bereit ist, den Unternehmenskauf zu finanzieren. Der Verkäufer erlangt hierdurch zusätzlich die Sicherheit, dass der Bieter auch wirtschaftlich in der Lage ist, die Transaktion durchzuführen.

11

c) Verhandlungsphase und Vertragsabschluss

Nach Auswertung der Binding Offers trifft der Verkäufer eine Auswahl, mit welchem potentiellen Erwerber er in weitere Vertragsverhandlungen treten möchte. Teilweise wird auch erst in diesem Stadium ein Letter of Intent abgeschlossen. Sollten die Parteien Einvernehmen über alle Vertragspunkte erzielen, erfolgt die Unterzeichnung des Unternehmenskaufvertrages, das Signing. Da der Kaufvertrag zunächst nur die schuldrechtlichen Verpflichtungen der Parteien begründet, wird der Vertrag im Rahmen des sog. Closings vollzogen. Signing und Closing fallen in der Praxis oftmals auseinander, da der Vertrag vielfach unter aufschiebenden Bedingungen steht (sog. Closing Conditions). Hierzu zählen klassischerweise die kartellrechtliche Freigabe, die Amtsniederlegung einzelner Organmitglieder oder auch die Beendigung konzerninterner Verträge (bspw. Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge).

12

d) Post Merger Integration

Nach dem Vollzug des Unternehmenskaufvertrages erfolgt auf Seiten des Erwerbers die Integration der erworbenen Einheit in das bestehende Unternehmen (sog. Post Merger Integration). Hierbei werden vielfach Kunden und Lieferanten von dem erfolgten Unternehmenskauf in Kenntnis gesetzt. Beabsichtigt der Käufer, Synergien zu heben, indem das gekaufte Unternehmen in das eigene Unternehmen oder eine Unternehmensgruppe integriert wird, erfolgt dies ebenfalls im Rahmen der Post Merger Integration.³

13

e) Weitere Strukturmöglichkeiten

Der Verkäufer kann die einzelnen Verfahrensabschnitte nochmals individuell strukturieren, um das Verkaufsverfahren dynamischer zu gestalten oder um den Informationsfluss vom Zielunternehmen an die Bieter zu steuern. Zudem kann er versuchen, den Druck auf die Bieter zu erhöhen, um auf diese Weise die Wettbewerbssituation zwischen diesen zu steigern.

14

² Bzw. der Verkäufer, wenn der Vertragsentwurf von dem Erwerbsinteressenten vorgelegt wird.

³ Siehe hierzu im Einzelnen § 3 C. I. und § 4 C. I.

! Praxishinweis:

Bei der Ansprache potentieller Käufer kann der Verkäufer von vornherein die Zahl der Bieter auf eine bestimmte Anzahl beschränken oder aber bewusst eine große Anzahl in eine Liste aufnehmen, die nach dem Non-Binding-Offer aussortiert werden.

Die Due Diligence-Phase selbst kann nochmals in mehrere Phasen unterteilt werden. In einem ersten Schritt werden den Bietern dabei zwar Informationen in einem Datenraum zur Verfügung gestellt, vertrauliche Unternehmensdaten werden dabei aber nur geschwärzt und anonymisiert offen gelegt. Nach einem weiteren Angebot entscheidet der Verkäufer, ob dem Bieter weitere Daten zur Verfügung gestellt werden.

In der Verhandlungsphase kann mit dem Bieter, der das höchste Angebot abgegeben und gleichzeitig einen akzeptablen Mark-Up des Vertragsentwurfs vorgelegt hat sowie eine Finanzierung des Kaufs nachweisen kann, eine Exklusivität vereinbart werden. Um den Prozess auch weiterhin dynamisch zu gestalten, sollte die Dauer dieser Exklusivität so kurz wie möglich bemessen sein.⁴

2. Einzelbieter

- 15 Soweit das Unternehmen an einen Einzelbieter veräußert werden soll, findet der gesamte Transaktionsprozess exklusiv mit diesem Bieter statt. Hierdurch sind die Beteiligten zunächst einmal in der Lage, den Prozess wesentlicher flexibler zu gestalten als im Rahmen eines Bieterverfahrens. Die Einzelbieter werden auch bei dieser Verfahrensart zunächst einmal angesprochen und mit ersten Informationen über das zum Verkauf stehende Unternehmen versorgt. Hieran schließt sich in der Regel der Abschluss eines Letter of Intent an, bevor dem Bieter dann im Rahmen der Due Diligence die zur Bewertung und Einschätzung notwendigen Informationen zur Verfügung gestellt werden. Da der Verkäufer anders als bei einem Bieterverfahren keine Binding Offers auszuwerten hat, werden bereits gegen Ende der Due Diligence Phase die Vertragsverhandlungen geführt, die im Idealfall zum Signing und Closing führen, an das sich dann wiederum die Post Merger Integration anschließt.

III. Strukturierung der Transaktion

- 16 Ebenso wie bei der Frage des Verkaufsverfahrens, ist die richtige Struktur der Unternehmensverkaufs im Vorfeld zu überdenken, also wie das Unternehmen verkauft und an den Erwerber übertragen wird. Hierbei kommen insbesondere folgende Möglichkeiten in Betracht:
- Bei einem steuerlichen asset deal werden einzelne oder auch alle Vermögenswerte eines Unternehmens vom Verkäufer an den Käufer veräußert und übertragen. Der Unternehmensträger selbst verbleibt bei dem bisherigen Anteilsinhaber.⁵ Der Käufer übernimmt nur die Vermögenswerte und zahlt hierfür den Kaufpreis an den Unternehmensträger selbst.
 - Im Rahmen eines steuerlichen share deals erwirbt der Käufer die Anteile an der Zielgesellschaft. Hier wird der Unternehmensträger vom Verkäufer an den Käufer veräußert und übertragen. Der Kaufpreis wird an den verkaufenden Anteilsinhaber bezahlt.
 - Darüber hinaus kann das Unternehmen aber auch durch Maßnahmen nach dem Umwandlungsgesetz veräußert und übertragen werden. So können etwa das Unternehmen oder Un-

⁴ Siehe Muster „Geheimhaltungsvereinbarung“, § 9 B.

⁵ Eine Ausnahme gilt beim Übergang von Personengesellschaften.

ternehmensteile im Rahmen einer Spaltung (Aufspaltung, Abspaltung, Ausgliederung) oder auch Verschmelzung auf den Erwerber übertragen werden.⁶

B. Einzelne Vereinbarungen zwischen den an der Transaktion Beteiligten

I. Geheimhaltungsvereinbarungen

Im Rahmen einer Unternehmensveräußerung werden zwischen dem Verkäufer und dem oder den potentiellen Erwerbern Unternehmensdaten ausgetauscht, an deren Geheimhaltung die Verkäufer und insbesondere das zu verkaufende Unternehmen naturgemäß ein besonderes Interesse haben. Sollten bei einer Unternehmenstransaktion ferner eine hohe Anzahl an Beratern und Erwerbsinteressenten beteiligt sein, wie etwa in einem Bieterverfahren, so ist der Kreis derer, die sensible Unternehmensinformationen erhalten, besonders groß und oftmals auch nicht mehr überschaubar und nur sehr begrenzt kontrollierbar. Unabhängig von der Frage, inwieweit die an einer Transaktion Beteiligten bereits rechtlich zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, unterwerfen sich die Erwerbsinteressenten einer Geheimhaltungsvereinbarung, die unter anderem folgende Bereiche regelt:

17

- Kurze Beschreibung der Transaktion, auf die sich die Geheimhaltung bezieht;
- Informationen, die der Geheimhaltung unterliegen;
- konkrete Bezeichnung von Informationen, die nicht einer Geheimhaltung unterliegen;
- Personen, die der Geheimhaltung unterliegen, sowie Ausnahmen hiervon;
- Rückgabe von Informationen für den Fall, dass die Transaktion zwischen den Beteiligten nicht durchgeführt wird;
- teilweise Abwerbeverbot von Angestellten oder Kunden des Zielunternehmens;
- Vertragsstrafe;
- Dauer der Geheimhaltungsvereinbarung.

II. Schriftliche Absichtserklärungen (Letter of Intent)

Für die schriftlich fixierte Absichtserklärung hat sich auch im deutschen Sprachgebrauch der aus dem Englischen stammende Begriff des „Letter of Intent“ durchgesetzt. Hierbei handelt es sich im Wesentlichen um eine Absichtserklärung, in der die Parteien schriftlich ihr Interesse an der Durchführung der Unternehmenstransaktion darlegen. Eine rechtliche Bindung entsteht hierdurch zunächst einmal nicht, worauf im Letter of Intent in der Regel auch nochmals ausdrücklich hingewiesen wird. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Unterzeichnung eines Letter of Intent keinerlei rechtliche Konsequenzen haben kann. Ein Letter of Intent kann grundsätzlich einen Schadensersatzanspruch nach § 311 Abs. 2 BGB auslösen, sollte eine der Parteien beispielsweise von vornherein keinen Vertragsabschluss wollen⁷ oder aber gegen Aufklärungspflichten verstoßen.⁸

18

⁶ Hierzu ergänzend § 3 C. I. und § 4 C. I.

⁷ *Kramer*, in MünchKomm-BGB, Vorb. § 145, Rn 48.

⁸ Vgl. hierzu ausführliche Nachweise zur Rechtsprechung bei *Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf, Rn 7.

Regelmäßig werden folgende Punkte in einem Letter of Intent schriftlich niedergelegt:

- Beschreibung des Zielunternehmens;
 - Struktur der Unternehmenstransaktion;
 - Höhe des Kaufpreises bzw. Beschreibung, wie sich der Kaufpreis zusammensetzen soll, sowie Zahlungsmodalitäten;
 - Zeitplan;
 - Vertraulichkeit;
 - Exklusivität.
- 19 Die Parteien legen in der Regel großen Wert auf die Formulierung des Letter of Intent, da im Rahmen einer Unternehmenstransaktion zum ersten Mal die Eckpunkte und Zugeständnisse beschrieben werden, zu denen die Parteien bereit sind. Zudem wird es für die Parteien nur sehr schwer begründbar sein, von den Vereinbarungen im Letter of Intent im Laufe des Unternehmenskaufs abzuweichen, so dass an dieser Stelle bereits die ersten „Weichen“ gestellt werden können.
- 20 Da der Inhalt des Letter of Intent im Ermessen der Vertragsparteien liegt, können sämtliche Punkte aufgenommen werden, die die Parteien für regelungswürdig halten. Aus diesem Grunde steht es den Parteien auch frei, Regelungen aufzunehmen, die zu einer rechtlichen Bindung führen und hierfür auch Rechtsfolgen vereinbaren. Welche Bindungswirkung von einem Letter of Intent ausgehen soll, können die Parteien daher je nach Bedarf selbst festlegen.

III. Exklusivitätsvereinbarung

- 21 Sowohl bei einem kontrollierten Bieterverfahren als auch bei dem Verkauf an einen Einzelbieter kommt der Abschluss einer sog. Exklusivitätsvereinbarung in Betracht. In einer solchen Vereinbarung regeln die Parteien, dass die Verkäufer für einen fest definierten Zeitraum ausschließlich mit dem Erwerber verhandeln, dem dabei Exklusivität zugesichert wird. Dies erfolgt teilweise im Rahmen einer gesonderten Vereinbarung, kann aber auch im Letter of Intent geregelt werden.

Der Erwerbsinteressent hat an einer solchen Vereinbarung naturgemäß großes Interesse, da er ab dem Wirksamwerden der Exklusivitätsvereinbarung alleine mit den Verkäufern in Verhandlung steht, ohne dass konkurrierende Erwerbsinteressenten parallel mit den Verkäufern verhandeln. Angesichts der hohen Kosten, die mit einer Unternehmenstransaktion verbunden sind, werden Exklusivitätsvereinbarungen oftmals von Erwerbsinteressenten gefordert, bevor diese den Transaktionsprozess weiter vorantreiben, da bei einem Scheitern der Verhandlungen Kosten entstanden sind, ohne dass dem ein Ertrag gegenüber steht. Die Verkäufer wiederum erfahren durch den Abschluss einer Geheimhaltungsvereinbarung, ob der Erwerbsinteressent auch tatsächlich ein nachhaltiges Interesse an dem Erwerb des Unternehmens hat.

C. Unternehmensüberprüfung (Due Diligence)

I. Ursprung der Due Diligence

Mit dem Begriff Due Diligence bezeichnet man heute generell die Untersuchung der einem Unternehmen zu Grunde liegenden rechtlichen, wirtschaftlichen und tatsächlichen Verhältnisse und Unternehmensaktivitäten, insbesondere anlässlich einer das Unternehmen betreffenden Transaktion, sei es im Wege eines share deals oder asset deals. 22

Der Begriff Due Diligence entstammt dem anglo-amerikanischen Rechtskreis und bedeutet wörtlich übersetzt soviel wie „gebührende oder erforderliche Sorgfalt“. Entsprang das Due Diligence Konzept ursprünglich dem US-amerikanischen Kapitalmarktrecht⁹, hat sich die Due Diligence (besser: die Due Diligence-Untersuchung) inzwischen auch in Deutschland als fester Bestandteil der Planung und Durchführung eines Unternehmenskaufs etabliert. 23

Neben der klassischen Due Diligence, die von einem potentiellen Käufer im Vorfeld einer Unternehmensakquisition durchgeführt wird, gibt es eine Vielzahl weiterer Anlässe, zu denen Due Diligence Untersuchungen in verschiedensten Ausprägungen durchgeführt werden. So tritt neben die vom Käufer veranlasste Due Diligence neuerdings immer häufiger die sog. Verkäufer Due Diligence (Vendor Due Diligence). Auch stellen Unternehmenskäufe heute zwar immer noch den Hauptanwendungsbereich der Due Diligence dar, das Konzept findet aber zunehmend auch Abseits des klassischen Unternehmenskaufs in Zusammenhang mit anderen Transaktionsformen, wie beispielsweise Börsengängen, Finanzierungen oder etwa Unternehmensumstrukturierungen, Anwendung. Die Due Diligence hat sich in den vergangenen Jahren zu einem wichtigen Teil des M&A-Prozesses etabliert, zu dem eine Vielzahl von Publikationen und Abhandlungen erschienen sind. 24

II. Umfang und Durchführung der Due Diligence

Je nach Art und Struktur der durchzuführenden Transaktion kann die Due Diligence vor (übliche Vorgehensweise) oder nach (seltener anzutreffen) Abschluss des Unternehmenskaufvertrags durchgeführt werden und sich auf unterschiedliche Bereiche des Kaufobjekts erstrecken. Eine umfassende Due Diligence erfasst dabei regelmäßig die betriebswirtschaftlichen Aspekte des potentiellen Akquisitionsobjekts (Commercial und Financial Due Diligence) sowie die Bereiche Recht (Legal Due Diligence)¹⁰, Steuern (Tax Due Diligence) und Umwelt (Environmental Due Diligence). Neben diesen regelmäßig vertretenen Bereichen gibt es noch weitere eher „exotische“ Bereiche, wie etwa die sog. Cultural Due Diligence, bei der die Kompatibilität der Unternehmenskulturen von Käufer und Kaufobjekt untersucht werden soll.¹¹ Es liegt auf der Hand, dass der Umfang der Due Diligence maßgeblich von der Art des zu erwerbenden Unternehmens oder 25

⁹ Nach Section 11 des US Securities Act of 1933 konnten sich Makler, denen vorgeworfen wurde, Investoren wesentliche Informationen vorenthalten zu haben, durch die Due Diligence Einrede von der persönlichen Haftung befreien. Sie mussten dazu u.a. nachweisen, infolge einer angemessenen Untersuchung vernünftigerweise der Ansicht gewesen zu sein, dass alle veröffentlichten Informationen wahr und keine wesentlichen Informationen ausgelassen worden seien. Vgl. hierzu *Picot*, Handbuch Mergers & Acquisitions, 2. Aufl. 2002, S. 269 f.

¹⁰ Der Bereich Legal Due Diligence unterfällt dabei wiederum in verschiedene Teilbereiche, wie etwa Gesellschaftsrecht, Gewerbliche Schutzrechte, Arbeitsrecht etc.

¹¹ Vgl. *Ferrari/Rothgärtel*, M&A Review 2003, S. 63 ff. und S. 120 ff.; *Blöcher*, M&A Review 2008, S. 234 ff.