

## AUFSÄTZE

1

### Rechtsfragen bei der anwaltlichen Gestaltung des Unternehmenskaufs (Teil 3): Kauf und Prüfung eines Unternehmens (Unternehmenskaufvertrag)

von Dr. Birka Stroschein, RA'in und FA'in für Handels- und Gesellschaftsrecht, Thorsten Makowka, LL.M., RA, FA für Handels- und Gesellschaftsrecht und FA für Internationales Wirtschaftsrecht, beide S&M Rechtsanwälte Stroschein & Makowka Partnerschaftsgesellschaft mbB, Düsseldorf

#### A. Einleitung

Beim Erwerb eines Unternehmens sollte vernünftigerweise mithilfe eines hierauf spezialisierten Rechtsanwalts dafür Sorge getragen werden, dass nicht die sprichwörtliche „Katze im Sack“ gekauft wird. Um ungewollte Überraschungen zu verhindern, wird der Erwerber das Unternehmen der Begierde regelmäßig sorgfältig prüfen lassen und die Ergebnisse dieser Prüfung auch in den späteren Unternehmenskaufvertrag einfließen lassen. Dieser Beitrag befasst sich mit den praktischen Rechtsfragen bei der rechtsanwaltlichen Gestaltung des Unternehmenskaufs. Dabei wurde hier im ersten und zweiten Teil zunächst die Prüfung des Unternehmens dargestellt<sup>1</sup> und jetzt die Phase der Gestaltung des Unternehmenskaufvertrages.<sup>2</sup>

#### B. Die Rechtslage

##### I. Der Unternehmenskaufvertrag

##### 1. Erscheinungsformen des Unternehmenskaufvertrages

Beim Unternehmenskauf wird grundsätzlich zwischen zwei Formen von Unternehmenskaufverträgen unterschieden,<sup>3</sup> dem – nach angloamerikanischer Ausdrucksweise üblicherweise sog. – Asset bzw. Share Deal.<sup>4</sup>

Beim Asset Deal findet eine Übertragung des Unternehmens als solches durch Übertragung der Summe seiner einzelnen Wirtschaftsgüter (zum Beispiel Sachen, Rechte, Forderungen, immaterielle Vermögensgegenstände, Arbeitsverhältnisse, Verträge und ggf. Verbindlichkeiten) im Wege der

Einzelrechtsnachfolge ohne den Rechtsträger des Unternehmens statt.

Beim Share Deal wird das Unternehmen durch Veräußerung seines Rechtsträgers (Veräußerung der Gesellschaftsanteile an einer Personengesellschaft oder GmbH sowie Aktien an einer AG und KGaA) übertragen.

Je nach Form wird der Unternehmenskaufvertrag dann entweder Asset oder Share Purchase Agreement (APA/SPA) genannt.

##### a) Unterschiede zwischen Asset und Share Deal

Asset und Share Deal unterscheiden sich zunächst einmal in Bezug auf die beteiligten Vertragspartner.

Beim Asset Deal tritt der jeweilige Unternehmensträger (natürliche Person, Personen- oder Kapitalgesellschaft) selbst als Vertragspartei und Veräußerer seiner Wirtschaftsgüter auf. Beim Share Deal ist dies der bisherige Eigentümer bzw. Gesellschafter (Shareholder) der Zielgesellschaft.

Beim Asset Deal bleibt die Zielgesellschaft ohne ihre Wirtschaftsgüter als leere Hülle (sog. Mantelgesellschaft) zurück, beim Share Deal geht der Rechtsträger mit über.

Beim Asset Deal geht der Zielbetrieb in die Erwerbengesellschaft über, beim Share Deal die Anteilsrechte (Shares) an der Zielgesellschaft, die das Unternehmen betreibt.<sup>5</sup>

Beim Asset Deal wird jedes der Wirtschaftsgüter des zu erwerbenden Zielunternehmens einzeln (Singularsukzession) nach den jeweils für sie maßgeblichen Vorschriften (§§ 398, 873 ff., 929 ff. BGB) übertragen. Dabei bedarf es nach dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz der eindeutigen und zweifelsfreien Festlegung, welche Einzelbestandteile des Zielunternehmens übertragen werden sollen, damit eine mit dem Unternehmenskaufvertrag vertraute Person sie zu dem Zeitpunkt, in dem das Eigentum übergehen soll, leicht von anderen unterscheiden kann.<sup>6</sup>

Beim Share Deal gehen alle Wirtschaftsgüter in einem Akt mit dem Kauf und der Übertragung des Geschäftsanteils (GmbH) bzw. der Aktien (AG)

durch den Anteilsinhaber auf den Käufer über (§ 398 i.V.m. § 413 BGB).<sup>7</sup>

Der Asset Deal ist je nach Gegenstand des Unternehmenskaufvertrages Sachkauf (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder Rechtskauf (§ 453 Abs. 1 BGB) oder – wie regelmäßig – eine Verbindung beider Elemente.

Ist eine Sach- und Rechtsgesamtheit und damit ein Unternehmen (oder Unternehmensteil) Gegenstand eines Asset Deals, steht der Erwerb einem Sachkauf gleich.<sup>8</sup>

Ein Asset Deal kann aber nur dann als Unternehmens- und damit als Sachkauf bezeichnet werden, wenn sämtliche Sachen und Rechte, immaterielle Vermögensgegenstände, Arbeitsverhältnisse und Verträge Gegenstand des Kauf- und Übertragungsvertrages sind, die bei wirtschaftlicher Betrachtung zur Fortführung der bisherigen wirtschaftlichen Aktivitäten erforderlich sind (wesentliche Unternehmens- und Betriebsgrundlagen).<sup>9</sup> Das ist unkritisch, solange ein Unternehmen als Ganzes Gegenstand des Unternehmenskaufvertrages ist und der Veräußerer entsprechend keine wesentlichen Unternehmensbestandteile zurückbehält.

Die Unterscheidung zwischen einem Unternehmenskauf im Wege des Asset Deals und dem Kauf bloß einzelner Wirtschaftsgüter kann sich dagegen problematisch gestalten, wenn Gegenstand des Kauf- und Übertragungsvertrages nur ein bestimmter Unternehmensteil (z.B. Teilbetrieb, Geschäftsbereich, Sparte) ist. Entscheidend für die Wertung, ob es sich um einen Unternehmenskauf handelt oder nicht, ist, ob die wesentlichen Unternehmensgrundlagen auf den Erwerber übergehen, so dass dieser die bisherigen wirtschaftlichen Aktivitäten fortführen kann. Ein bloßer Kauf- und Übertragungsvertrag über einzelne dem Unternehmen zuzuordnende Vermögensgegenstände (Assets) – etwa einzelne Sachen oder Rechte, alle Warenzeichen oder das gesamte Know-how – ist dagegen noch kein Unternehmenskauf.<sup>10</sup>

Der Share Deal ist Rechtskauf, denn die durch ihn vermittelten Anteilsrechte an der Kapital- oder Personengesellschaft als dem Zielunternehmen sind sonstige Rechte gemäß § 453 Abs. 1 BGB.

Ist ein Unternehmen und damit eine Sach- und Rechtsgesamtheit Gegenstand des Share Deals, steht der Erwerb der Anteilsrechte einem Sach-

kauf gleich (§ 453 Abs. 1 BGB).<sup>11</sup> Das gilt jedenfalls dann, wenn der Erwerber von einem Veräußerer durch einen Kauf- und Übertragungsvertrag alle Anteile an dem Zielunternehmen erwirbt oder nur unwesentliche Unternehmensteile nicht erwirbt.<sup>12</sup> Entscheidend ist, ob der Erwerber seinen Willen in dem Zielunternehmen durchsetzen kann und mit dem Erwerb die unternehmerische Leitungsmacht erlangt. Das ist regelmäßig der Fall, wenn der Erwerber in der Lage ist, den Gesellschaftsvertrag oder die Satzung des Zielunternehmens zu ändern. Auf welche Beteiligungs- und Stimmrechtsquote es dabei ankommt, ist nicht abschließend geklärt.<sup>13</sup>

Ob ein Zielunternehmen in seinen Einzelbestandteilen im Wege des Asset Deals oder als juristische Einheit im Wege des Share Deals übergeht, hat Auswirkungen, die sich unter anderem in den nachfolgend dargestellten Bereichen niederschlagen können.

## **b) Folgen der gewählten Transaktionsform**

### **(1) Übergang von Verträgen und öffentlichen Genehmigungen**

Der M&A-Anwalt hat bei seiner Beratung hinsichtlich der Darstellung einer für die Transaktion passenden Form etwa deren jeweilige Auswirkungen auf bestehende Vertragsbeziehungen des Zielunternehmens zu beachten, da die Vertragsbeziehungen des Zielunternehmens regelmäßig einen hohen wertbildenden Faktor darstellen (z.B. Kunden- und Lieferverträge).

So erfordert der Unternehmenskauf im Wege des Asset Deals, dass jeder vom Veräußerer auf den Erwerber übergehende Vertrag die Zustimmung des fremden Vertragspartners findet; ansonsten geht der Vertrag nicht über.<sup>14</sup> Vor allem, wenn es sich nach Ansicht des Erwerbers um wesentliche und vorteilhafte Verträge handelt, die zum wirtschaftlichen Erfolg der Unternehmung beitragen, kann die Verweigerung einer Zustimmung zum Problem, ja sogar zum Deal Breaker für den Erwerber werden. Daher empfiehlt es sich, bei wesentlichen Verträgen schon vor Closing die Zustimmung einzuholen bzw. diese als Closing Condition ins SPA aufzunehmen. Von einer Gestaltung des Unternehmenskaufes im Wege des Asset Deals wird daher regelmäßig Abstand zu nehmen sein, sofern zu befürchten ist, dass Dritte ihre Zustimmung zur

Übertragung wichtiger Verträge verweigern werden.<sup>15</sup>

Soll daher bei der Übernahme von Verträgen kein Risiko eingegangen werden, wird regelmäßig die Transaktionsform des Share Deals gewählt, weil das Zielunternehmen und grundsätzlich auch seine Vertragsbeziehungen zu Dritten bestehen bleiben.

Allerdings bietet auch der Share Deal keine absolute Sicherheit, dass Verträge ganz unproblematisch übernommen werden können. Manche Verträge enthalten eine Klausel, die bestimmt, dass der entsprechende Vertrag im Falle eines Anteilseignerwechsels (Change-of-Control) seine Gültigkeit verliert. Die Change-of-Control-Klausel durchbricht den Grundsatz des vollumfänglichen Übergangs von vertraglichen Rechten und Pflichten beim Share Deal und kann so den Vorteil des Share Deals bezüglich des leichten Übergangs von Verträgen wieder relativieren.<sup>16</sup>

Neben der Übernahme von Vertragsbeziehungen kann die Übernahme behördlicher Genehmigungen (etwa gemäß BImSchG, GWB, AWG, KWG) dem Erwerber beim Kauf des Zielunternehmens wichtig sein. Je nach Transaktionsform gehen öffentliche Genehmigungen unterschiedlich über: Beim Share Deal bleiben öffentliche Genehmigungen grundsätzlich dem Zielunternehmen erhalten und können so unproblematisch weiter genutzt werden.

Beim Asset Deal verbleiben sie hingegen bei der zurückbleibenden leeren Mantelgesellschaft und müssen vom Erwerber daher neu beantragt werden. Sofern eine Genehmigung nur unter Schwierigkeiten oder gar nicht neu zu erlangen ist, kann das einem wesentlichen Nachteil des Asset Deals darstellen.<sup>17</sup>

## **(2) Übergang von Arbeitnehmern**

Häufig hat der Erwerber ein Interesse daran, wichtige Mitarbeiter (Key Employees) des Zielunternehmens, die Erfahrungen, Fertigkeiten und das erforderliche Know-how besitzen und den Wert des Unternehmens ausmachen, zu übernehmen. Beim Asset und Share Deal erfolgt der Übergang von Mitarbeitern des Zielunternehmens zwar grundsätzlich automatisch, wenn auch in unterschiedlicher Form.

Da sich beim Share Deal nur der Anteilseigner des Zielunternehmens verändert, nicht jedoch das Unternehmen selbst, ergeben sich für die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter durch die Veräußerung keine Änderungen. Ihre Arbeitsverträge bestehen bei dem Zielunternehmen inhaltlich fort.<sup>18</sup>

Beim Asset Deal folgen die Arbeitsverhältnisse gemäß § 613a BGB grundsätzlich dem übergehenden Betrieb mit der Folge, dass der Erwerber zwingend in die personalbezogenen Rechte und Pflichten des Veräußerers eintritt. Der einzelne Mitarbeiter der Zielgesellschaft kann jedoch seinem automatischen Übergang gemäß § 613a Abs. 6 BGB widersprechen. Bei form- und fristgerechtem Widerspruch hätte dies zur Folge, dass der Mitarbeiter in der veräußernden Gesellschaft zurückbleibt. Sofern nur eine leere Mantelgesellschaft nach der Veräußerung des Unternehmens zurückbliebe, müsste der Mitarbeiter jedoch mit einer Kündigung rechnen, da sein Arbeitsplatz weggefallen ist.<sup>19</sup>

## **(3) Übergang der Firma**

Die Firma (§ 17 Abs. 1 HGB) des Zielunternehmens kann eine hohe Bekanntheit und damit einen Wert innehaben, das es dem Erwerber darauf ankommen kann, diese in Zukunft im Geschäftsverkehr weiter nutzen zu können. Sowohl Share als auch Asset Deal ermöglichen die Fortführung der Firma, wenn auch unter anderen Voraussetzungen.

Beim Share Deal muss hinsichtlich des Firmenübergangs zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften unterschieden werden.

Werden Personengesellschaftsanteile veräußert, dann geht die Firma nur über, wenn der Veräußerer darin nach § 22 Abs. 1 HGB einwilligt.

Bei der Veräußerung von Kapitalgesellschaftsanteilen, bleibt die Firma dem Zielunternehmen grundsätzlich erhalten. Das gelte nach herrschender Meinung auch dann, wenn die übertragende Kapitalgesellschaft den Personennamen des Veräußerers trägt.<sup>20</sup>

Beim Asset Deal geht die Firma zunächst nicht auf die aufnehmende Gesellschaft über, sondern bleibt grundsätzlich mit der zurückbleibenden Mantelgesellschaft verbunden. Sofern beide Gesellschaften am selben Ort tätig sind, kann der Erwerber die begehrte Firma nach dem Grundsatz

der Firmenunterscheidbarkeit gemäß § 30 Abs. 1 HGB erst dann führen, nachdem sich die Mantelgesellschaft eine andere Firma gegeben hat.

## 2. Formerfordernisse

Der Unternehmenskaufvertrag bedarf zu seiner Wirksamkeit grundsätzlich keiner besonderen Form.<sup>21</sup> Im Einzelfall kann sich jedoch sowohl beim Asset als auch beim Share Deal die Pflicht zur Beurkundung aus gesetzlichen Formvorschriften ergeben.<sup>22</sup> Für die Rechtssicherheit und zu Beweis Zwecken sei dem Mandanten jedoch stets geraten, auch ohne ein gesetzliches Formerfordernis die privatschriftliche Form zu wählen.

### a) Formerfordernisse beim Asset Deal

Verpflichtet sich eine Partei beim Asset Deal, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, bedarf der Unternehmenskaufvertrag gemäß § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB der notariellen Beurkundung. Ein ohne Beachtung dieser Form geschlossener und wegen Formverstößes gemäß § 125 Satz 1 BGB dann nichtiger Unternehmenskaufvertrag wird jedoch seinem ganzen Inhalt gemäß § 311b Satz 2 BGB ex nunc gültig beziehungsweise geheilt, sobald die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen.

Der Asset Deal umfasst typischerweise den Erwerb einer Vielzahl von Vermögensgegenständen (etwa Sachen und Rechte) und ggf. die Übernahme von Verbindlichkeiten, die allein nicht der notariellen Beurkundung bedürfen. Sofern der Erwerb der Vermögensgegenstände und die Übernahme von Verbindlichkeiten jedoch mit einer Grundstücksveräußerung zusammenhängen und ein einheitliches Vertragswerk bilden – das heißt mit dieser „stehen und fallen“ sollen –, bedürfen auch sie der notariellen Beurkundung.<sup>23</sup> Eine Aufspaltung eines typischerweise einheitlichen Vertrages in zwei Verträge hätte die Nichtigkeit beider Verträge nach den §§ 125 Satz 1, 139 BGB zur Folge.

Weil der Asset Deal – rechtlich und wirtschaftlich – das Paradebeispiel eines einheitlichen Vertrages, mit einer Vielzahl untrennbar miteinander verbundener Regelungen ist, wird dem Mandanten regelmäßig dazu geraten, diesen in notariell beurkundeter Form abzuschließen, sofern ein Grundstück Vertragsbestandteil ist. Das verschafft – trotz Heilungsmöglichkeit – Rechtssicherheit und verhindert den unerwünschten Zustand der schweben-

den Unwirksamkeit, bei dem bis zur Eintragung des neuen Grundstückseigentümers im Grundbuch, sich jede Vertragspartei auf den Formmangel berufen könnte und dadurch die Transaktion scheitern lassen könnte.<sup>24</sup>

Weiterhin bedarf ein Asset Deal, bei dem sich eine Vertragspartei ausdrücklich verpflichtet, ihr gegenwärtiges oder einen Bruchteil ihres gegenwärtigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten, der notariellen Form gemäß § 311 Abs. 3 BGB.<sup>25</sup> Unterliegt der schuldrechtliche Teil des Vertrages nicht der notariellen Beurkundung, ist er nach § 125 Satz 1 BGB nichtig.

Sofern jedoch alle Kaufgegenstände im Vertrag beziehungsweise seinen Anlagen (Schedules) bezeichnet werden – wozu schon wegen des sachrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes zu raten ist –, bedarf es nach herrschender Meinung keiner notariellen Beurkundung, weil sich die Verpflichtung zur Übertragung hier nicht nur allgemein auf die Übertragung des gesamten Vermögens oder eines Teils des Vermögens bezieht, sondern weil sich aus der Summe der in den Anlagen genau bestimmten Gegenstände das gesamte Vermögen des Veräußerers ergibt.<sup>26</sup>

Enthält der Asset Deal jedoch zusätzlich eine sog. Catch-All-Klausel<sup>27</sup>, dann ist eine notarielle Beurkundung wieder erforderlich.<sup>28</sup>

### b) Formerfordernisse beim Share Deal

Bei der Form des Share Dealw muss zwischen den verschiedenen Rechtsformen der Unternehmen unterschieden werden.

#### (1) Form des Share Deals bei Personengesellschaften

Für den Verkauf und die Abtretung von Gesellschaftsanteilen an Personengesellschaften ist grundsätzlich kein Formerfordernis nach § 311b Abs. 2 und 3 BGB zu beachten, weil Personengesellschaften keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, sondern nur die gesamthänderische Vermögensbindung der Gesellschafter darstellen.<sup>29</sup> Das gilt selbst dann, wenn das Vermögen der Personengesellschaft im Wesentlichen nur Gegenstände beinhaltet, für deren Übertragung eine notarielle Beurkundung erforderliche wäre (z.B. Grundstücke, GmbH-Anteile).<sup>30</sup> Eine Beurkundungspflicht besteht jedoch ausnahmsweise dann, wenn die Vorschrift des § 311b Abs. 1 Satz

1 BGB gezielt durch Errichtung einer Personengesellschaft umgangen werden soll.<sup>31</sup>

Für die Kapitalgesellschaft & Co.<sup>32</sup> gilt dabei eine Besonderheit: Da bei einer Kapitalgesellschaft & Co. der beurkundungspflichtige Kaufvertrag (§ 15 Abs. 4 GmbHG) über die Geschäftsanteile an der Komplementär-GmbH und über die Kommanditanteile nach den Interessen der Vertragsparteien typischerweise miteinander verbunden sind, handelt es sich um einen einheitlichen Vertrag. Deshalb erstreckt sich die Beurkundungspflicht auf das ganze Geschäft und somit auch auf die Verpflichtung zum Kauf bzw. Verkauf und die Übertragung der KG-Beteiligung.<sup>33</sup>

## **(2) Form des Share Deals bei Kapitalgesellschaften**

Bei der Veräußerung von Geschäftsanteilen an Kapitalgesellschaften bedarf sowohl die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung (§ 15 Abs. 4 GmbHG), als auch die Abtretung des Geschäftsanteils selbst (§ 15 Abs. 3 GmbHG) der notariellen Form. Weisen Verpflichtungs- oder Verfügungsgeschäft nicht diese Form auf, ist das jeweilige Geschäft grundsätzlich nichtig (§ 125 BGB).

Eine Nichtigkeit des Kaufvertrages kann jedoch durch die formgerechte, also notariell beurkundete Verfügung über GmbH-Geschäftsanteile durch Abtretung geheilt werden (§ 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG).

Soll die bis zur Beurkundung der Abtretung bestehende schwebende Unwirksamkeit des Kaufvertrages verhindert werden, ist der Mandant dahingehend zu beraten, die notarielle Abtretung zeitgleich mit dem Kaufvertrag abzuschließen, sofern die Vertragsparteien dessen notarielle Beurkundung unterlassen.

Lässt sich ein Schwebezustand nicht verhindern, etwa weil die Parteien den dinglichen Rechtsübergang unter eine aufschiebende Bedingung<sup>34</sup> (Condition Precedent) gestellt haben, sollte schon der Kaufvertrag notariell beurkundet werden.<sup>35</sup> Hierauf ist der Mandant zumindest hinzuweisen, auch wenn ein solches Vorgehen gerade bei großen, internationalen Transaktionen oft nicht durchsetzbar bzw. praktikabel sein wird.

Der Kauf- und Übertragungsvertrag über Aktien bedarf keiner Form; auch dann nicht, wenn das

Vermögen der AG oder KGaA überwiegend oder vollständig aus Grundstücken besteht.<sup>36</sup>

Wiederum im Falle eines einheitlichen Vertrages, bei dem zusammen mit den Aktien ein der AG oder KGaA gehörendes Grundstück veräußert werden soll, bedarf auch der Kaufvertrag der notariellen Beurkundung (§ 311b Abs. 1 Satz 1 BGB).

### **c) Beurkundung im Ausland**

Um Notarkosten zu sparen, wurde vor Inkrafttreten des MoMiG<sup>37</sup> häufig versucht, Unternehmenskaufverträge, die nach deutschem Recht beurkundungspflichtig sind, im Ausland, insbesondere in Österreich und der Schweiz, dort in den Kantonen Zürich<sup>38</sup> und Basel Stadt<sup>39</sup>, beurkunden zu lassen.

Wenn man davon ausgeht, dass die dingliche Zuordnung eines Geschäftsanteils zu einem Gesellschafter nicht nur im Falle der Gründung einer GmbH, sondern auch im Falle des Kaufes beziehungsweise der Übertragung nach dem Gesellschaftsstatut zu beurteilen ist, so kann die in § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG vorgesehene notarielle Form nicht durch die Wahl anderweitigen ausländischen Rechts umgangen werden. Eine ausländische Beurkundung wäre also nur formwirksam, sofern diese mit der deutschen Beurkundung nach Status und Vorbildung des beurkundenden Notars und dem Verfahren gleichwertig ist.<sup>40</sup> Dies war für österreichische und Schweizer Notare grundsätzlich anerkannt.<sup>41</sup>

Mit Inkrafttreten des MoMiG ist das im Hinblick auf die Neufassung des § 16 Abs. 1 GmbHG (Legitimationswirkung der Gesellschafterliste) und § 40 Abs. 2 GmbHG (Berichtigungszuständigkeit des Notars, Einreichung durch Notar) zweifelhaft geworden. Auch obergerichtlich wurde die Frage der Wirksamkeit von Auslandsbeurkundungen seitdem kontrovers diskutiert.

Das LG Frankfurt (obiter dictum)<sup>42</sup> hegte starke Zweifel, ob eine Beurkundung durch einen Schweizer Notar noch als gleichwertig angesehen werden kann. Ein ausländischer Notar – so das LG Frankfurt – könne mangels Amtsbefugnis die Abtretung des Geschäftsanteils nicht beim deutschen Handelsregister anmelden.

Dagegen hatte das OLG Düsseldorf<sup>43</sup> entschieden, dass die Beurkundung durch einen Baseler Notar formwirksam möglich ist und nicht an § 40 Abs. 2 GmbHG scheitert, da diese Norm nur die Mittei-

lungspflicht des Notars treffe. Des Weiteren sei der ausländische Notar dann berechtigt (nicht verpflichtet), die geänderte Gesellschafterliste (ggf. unter Zuhilfenahme eines Notars in Deutschland als Boten) zum Handelsregister in Deutschland anzumelden.<sup>44</sup>

Durch den Beschluss des BGH vom 17.12.2013<sup>45</sup> wurde die vor Inkrafttreten des MomiG etablierte M&A-Praxis der Beurkundung von GmbH-Geschäftsanteilsabtretungen im Ausland wieder bestätigt. Eine nach dem GmbHG erforderliche Beurkundung könne danach auch durch einen ausländischen Notar vorgenommen werden, wenn die ausländische Beurkundung der deutschen gleichwertig ist. Das sei zumindest bei einer Beurkundung durch einen in Basel Stadt ansässigen Schweizer Notar der Fall.<sup>46</sup>

Der Beitrag wird fortgesetzt.

### C. Literaturempfehlungen

Kästle/Oberbracht, Unternehmenskauf - Share Purchase Agreement, 3. Aufl. 2018.

Rödter/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf, Unternehmensverkauf: zivil- und steuerrechtliche Gestaltungspraxis, München 2003.

Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung, 4. Aufl. 2013.

<sup>3</sup> Daneben gibt es auch die Mischform des Asset and Share Purchase Agreement (ASPA), vgl. Kästle/Oberbracht, Unternehmenskauf, 3. Aufl. 2018, S. 8 f.

<sup>4</sup> Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 15. Aufl. 2017, S. 116 f.; Kästle/Oberbracht, S. 3 f.

<sup>5</sup> Rödter/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf, Unternehmensverkauf, 2003, S. 9 ff.; Beck/Klar, DB 2007, 2819, 2819.

<sup>6</sup> Picot in: Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung, 4. Aufl. 2013, S. 82; Beisel in: Beisel/Klumpp, Unternehmenskauf, 7. Aufl. 2016, S. 90; Holzapfel/Pöllath, S. 513.

<sup>7</sup> Picot in: Picot, S. 82; Beisel in: Beisel/Klumpp, S. 90; Holzapfel/Pöllath, S. 513; Rödter/Hötzel/Mueller-Thuns, S. 10.

<sup>8</sup> Rödter/Hötzel/Mueller-Thuns, S. 9, Picot in: Picot, S. 33.

<sup>9</sup> BGH, Urt. v. 28.11.2001 - VIII ZR 37/01 - NZG 2002, 298, 299; Picot in Picot: S. 33.

<sup>10</sup> Picot in: Picot, S. 33; Rödter/Hötzel/Mueller-Thuns, S. 10 f.

<sup>11</sup> Westermann in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl., 2016, § 453 Rn. 20 ff.; Putzo in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 453 Rn. 1, 23.

<sup>12</sup> BGH, Urt. v. 24.11.1982 - VIII ZR 263/81 - BGHZ 85, 367, 370; Westermann in MünchKomm: § 433 Rn. 14; Putzo in: Palandt, § 453 Rn. 7.

<sup>13</sup> Rödter/Hötzel/Mueller-Thuns, S. 11, 202 f.

<sup>14</sup> Die Vertragsübertragung ist nämlich nicht nur bloße Forderungsübertragung, sondern gleichfalls Übertragung der gesamten Rechte und Pflichten aus dem Schuldverhältnis, was gesetzlich nicht geregelt, aber nach st. Rspr. zulässig ist; vgl. BGH, Urt. v. 05.06.1996 - VIII ZR 151/95 - BGHZ 133, 71, 71.; BGH, Urt. v. 15.08.2002 - IX ZR 217/99 - ZIP 2002, 1897, 1899.

<sup>15</sup> Picot in: Römermann, Münchner Anwalts-Handbuch GmbH-Recht, 4. Aufl. 2018, S. 1012; Beck/Klar, DB 2007, 2819, 2821.

<sup>16</sup> Picot in: Römermann, Münchner Anwalts-Handbuch GmbH-Recht, S. 1012; Beck/Klar, DB 2007, 2819, 2821.

<sup>17</sup> Picot in: Römermann, Münchner Anwalts-Handbuch GmbH-Recht, S. 1012; Beck/Klar, DB 2007, 2819, 2821.

<sup>18</sup> Picot in: Römermann, Münchner Anwalts-Handbuch GmbH-Recht, S. 1012; Beck/Klar, DB 2007, 2819, 2821.; Klumpp in: Beisel/Klumpp, S. 225 ff.; Holzapfel/Pöllath, S. 456.

<sup>1</sup> Vgl. Stroschein/Makowka, AnwZert HaGesR 21/2018, Anm. 1 und AnwZert HaGesR 22/2018, Anm. 1.

<sup>2</sup> Unsere Aufsatzreihe beschränkt sich auf die Darstellung des Unternehmenskaufs durch die Übertragung einzelner Vermögensgegenstände (Asset Deal) und die Anteilsübertragung (Share Deal). Weiter wird nur die Arbeit des den Unternehmenskauf gesellschaftsrechtlich beratenden M&A-Anwalts dargestellt. Rechtliche Fragestellungen, etwa aus den bei einer Unternehmenstransaktion regelmäßig zu berücksichtigenden Bereichen des Steuer-, Kartell-, Arbeits- und Wettbewerbsrechts oder anderer, im Einzelfall relevanter Rechtsgebiete, enthält diese Reihe nicht.