

Share deals i Tyskland i et norsk perspektiv



Partner
Dr. Roland Mörsdorf
Advokatfirmaet Grette DA, Oslo

1. Innledning

Share Deal er en av to alternative måter å erverve en virksomhet på. Den andre ervervsmåten er asset deal. I en share deal erverves (samtlige) aksjer eller andre selskapsandeler i et selskap (target selskapet), mens i en asset deal erverves kun eiendelene¹ i virksomheten. Som regel ønsker selger å selge virksomheten via en share deal for å kvitte seg med virksomheten i sin helhet. Kjøper kan derimot i visse tilfeller ønske å kjøpe virksomheten via en asset deal for å erverve kun de eiendelene som etter kjøperens oppfatning er nødvendige i virksomheten. I tillegg vil kjøper ved asset deal sikre seg mot at skjulte risikoer i virksomheten som ikke er oppdaget under due diligence-

prosessen, erverves.² Avskrivningsmulighetene er også vanligvis bedre ved en asset deal enn ved en share deal. På den annen side krever asset deal ofte samtykke fra tredjepart, eksempelvis av kontraktspartene i de kontraktene som kjøper ønsker å overta. Ettersom slikt samtykke ikke kreves ved en share deal,³ vil share deal ofte være enklere å gjennomføre. Dette er en fordel for både selger og kjøper.

De grunnleggende prinsippene ved en share deal er de samme i Tyskland og Norge. Det finnes imidlertid noen forskjeller som man bør kjenne til for å erverve en virksomhet gjennom en share deal i Tyskland.

1. Fysiske gjenstander (anleggsmidler og/eller omløpsmidler), immaterielle rettigheter, kontraktsforhold og fordringer.
2. Se Mörsdorf, Erverv av fast eiendom i Tyskland: Fordeler og ulemper ved asset eller share deal, Estate Magasin 5/2008, s. 22, 23, 28.
3. Med mindre kontraktene som target selskapet har inngått, inneholder change-of-control klausuler.

2. Selskapsformer

I Tyskland – som i Norge⁴ – finnes både kapital-selskaper og personselskaper.⁵

a) Kapitalselskaper

De vanligste tyske kapitalselskapene er det tyske Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) som kan sammenlignes med det norske aksjeselskapet (AS),⁶ og det tyske Aktiengesellschaft (AG) som tilsvare det norske allmennaksjeselskapet (ASA).⁷ Disse tyske kapitalselskaper har til felles at aksjeeierne ikke er ansvarlige for selskapets forpliktelser.⁸ Som i Norge⁹ er det tilstrekkelig¹⁰ at kun én person eier alle aksjene.¹¹

b) Personselskaper

De vanligste tyske personselskapene er de tyske Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) og Offene Handelsgesellschaft (OHG) som begge tilsvare det norske ansvarlige selskapet (ANS),¹² og det tyske Kommanditgesellschaft (KG) som tilsvare det norske kommandittselskapet (KS).¹³ Alle tyske personselskaper har – som norske personselskaper – minst to deltakere.¹⁴

GbR og OHG har til felles at samtlige deltakere har et ubegrenset og personlig ansvar for selskapets forpliktelser.¹⁵ Forskjellen mellom et GbR og et OHG er at GbRets formål er å oppnå ethvert ikke-økonomisk mål,¹⁶ mens OHGets formål er å utøve

4. Woxholth, Selskapsrett, Oslo, 3. utgave 2010, s. 30.
5. Natterer i Hamann/Sigle, Vertragsbuch Gesellschaftsrecht, München, 2008, § 4, Rn. 1.
6. Mörsdorf, Aksjeeierbok som hjemmel for godtroerverv, NTS 2010:2, s. 63, 70.
7. Mörsdorf, Ledelse og corporate governance i tyske og norske allmennaksjeselskaper, NTS 2008:2, s. 85 flg.
8. Det finnes noen få unntak fra dette prinsippet, utformet gjennom rettspraksis og rettsteori, i tilfelle misbruk av selskapet av aksjeeierne. Se for eksempel den tyske høyesterett i sivilsaker (BGH), avgjørelse datert 9. februar 2009 i saken II ZR 292/07 – Existenzvernichtungshaftung.
9. Bråthen, Selskapsrett, Oslo, 3. utgave 2008, s. 21.
10. Dette gjelder også det tyske Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA). KGaA er et kommandittselskap hvor kapitalen er delt opp i aksjer, med minst én deltaker – komplementaren – som har et ubegrenset – personlig – ansvar for selskapets forpliktelser, og minst én annen deltaker (kommandittaksjonær) som ikke er ansvarlig for selskapets forpliktelser. Etter tysk rett er et slikt KGaA et kapital-selskap, se Hüffer, Aktiengesetz, München, 9. utgave 2010, § 278, Rn. 4. Dette medfører at komplementar og kommandittaksjonær kan være én og samme person, se Hüffer, Aktiengesetz, München, 9. utgave 2010, § 278, Rn.

- 5, og Herfs i Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4 – Aktiengesellschaft, München, 3. utgave 2007, § 76, Rn. 1. Denne selskapsformen spiller likevel ingen vesentlig rolle i Tyskland.
11. Det franske aksjeselskapet (société à responsabilité limitée – S.A.R.L.) skal derimot i utgangspunktet ha to aksjeeiere, men kan også stiftes av kun én aksjeeier og kalles da entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée – E.U.R.L., se Peifer, Gründung und Führung einer Einpersonen-S.A.R.L. französischen Rechts, GmbHR 2009, s. 1145.
12. Mörsdorf, Die norwegische Personengesellschaft, RIW 2011, s. 133, 136.
13. Mörsdorf, Share Deals in Norwegen, RIW 2010, s. 19, 20.
14. Happ/Möhrle i Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1 – BGB-Gesellschaft, OHG, München, 3. utgave 2009, § 5, Rn. 12: GbR. Happ/Möhrle i Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1 – BGB-Gesellschaft, OHG, München, 3. utgave 2009, § 47, Rn. 21: OHG. Happ/Möhrle i Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2 – KG, München, 3. utgave 2009, § 2, Rn. 38: KG.
15. Sprau i Palandt, BGB, München, 68. utgave 2008, § 714, Rn. 12, og HGB § 105 (1).
16. Bürgerliches Gesetzbuch / den tyske privatrettsloven (»BGB«) § 705: »Erreichung eines gemeinsamen Zwecks«.

økonomisk virksomhet.¹⁷ Et GbR omdannes automatisk til et OHG dersom selskapet begynner å utøve økonomisk virksomhet, og et OHG omdannes automatisk til et GbR dersom selskapet avslutter sin økonomiske virksomhet. Dette gjelder selv om deltakerne ikke ønsker en slik omdanning.¹⁸ Slike ulike personselskaper, hvor forskjellen begrunnes i selskapets formål, finnes ikke i norsk rett. Norsk rett sonderer derimot mellom deltakernes ansvarsomfang. I utgangspunktet har deltakerne i et norsk personselskap et ubegrenset og solidarisk ansvar for selskapets samlede forpliktelser.¹⁹ Det kan likevel avtales i selskapsavtalen²⁰ at enhver av deltakerne kun er ansvarlig for en viss del av selskapets forpliktelser.²¹ Et slikt personselskap kalles selskap med delt ansvar (DA).²² Etter tysk rett er en slik ansvarsbegrensning ikke mulig.²³ Dersom deltakerne i et tysk personselskap – GbR eller OHG – ønsker å begrense sitt ansvar overfor selskapets kreditorer, kan dette ikke fastsettes i selskapsavtalen, men må avtales individuelt med den enkelte kreditor.²⁴

17. Handelsgesetzbuch /den tyske handelsloven («HGB») § 105 (1): »Betrieb eines Handelsgewerbes«.
18. Hopt i Baumbach/Hopt, HGB, München, 34. utgave 2010, Einl v § 105, Rn. 21.
19. Lov 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper («sel.») § 1-2 første ledd (b).
20. Sel. § 2-4 tredje ledd.
21. Woxholth, Selskapsrett, Oslo, 3. utgave 2010, s. 34.
22. Lov 21. juni 1985 nr. 79 om enerett til foretaksnavn og andre forretningskjennetegn («ftnavnl.») § 2-2 annet ledd.
23. Gummert i Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1 – BGB-Gesellschaft, OHG, München, 3. utgave 2009, § 18, Rn. 83: GbR. HGB § 128: OHG.
24. Gummert i Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1 – BGB-Gesellschaft, OHG, München, 3. utgave 2009, § 18, Rn. 84: GbR. Neubauer/Herchen i Münche-

ner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1 – BGB-Gesellschaft, OHG, München, 3. utgave 2009, § 68, Rn. 26: OHG. Dette gjelder også kommandittistens ansvar i et tysk kommandittselskap, se Gummert i Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1 – BGB-Gesellschaft, OHG, München, 3. utgave 2009, § 18, Rn. 84.

Det tyske KG er et selskap med det formål å utøve økonomisk virksomhet og hvor minst én deltaker – komplementaren – har et ubegrenset ansvar for selskapets forpliktelser.²⁵ Som regel brukes et tysk GmbH med den lovfastsatte minimumsaksjekapitalen på EUR 25.000²⁶ som eneste komplementar.²⁷ Et slikt tysk KG kalles »GmbH & Co. KG«. Fordelen med denne konstruksjonen er at GmbHet har et ubegrenset ansvar for KGets forpliktelser, mens aksjeeierne i GmbHet ikke har noe ansvar for GmbHets forpliktelser. Aksjeeierne i GmbHet har følgelig ikke et indirekte ansvar for KGets forpliktelser. De øvrige deltakerne i KGet, altså kommandittistene som kun har et begrenset ansvar for KGets forpliktelser som faller bort dersom kommandittistene har gjort sine innskudd til KGet,²⁸ eier som regel alle aksjene i GmbHet. Aksjene i GmbHet eies ofte av kommandittistene i samme forhold som de er deltakere i KGet.

25. HGB § 161 (1).
26. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung / den tyske loven om aksjeselskaper («GmbHG») § 5 (1). Se imidlertid Mörsdorf, Minstekrav til aksjekapital og modellvedtekter, TtF 1/2011, s. 16, 21 flg., for muligheten til å stifte et tysk GmbH – som såkalt gründerselskap («Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)») – med en aksjekapital som er lavere enn EUR 25.000.
27. Dette er tilsvarende i Norge hvor man bruker et AS som komplementar, se Bråthen, Selskapsrett, Oslo, 3. utgave 2008, s. 237.
28. HGB § 171 (1). Ansvar for den enkelte deltaker oppstår igjen dersom innskuddet blir tilbakebetalt til deltakeren, se HGB § 172 (4).

Etter tysk rett er det – i motsetning til norsk rett²⁹ – ikke nødvendig at komplementaren innbetaler selskapskapital til KGet. Så fremt det er tale om et vanlig GmbH & Co. KG, eier kommandittistene derfor som regel 100 % av KGets selskapskapital og 100 % av aksjene i GmbH (komplementar). Komplementaren er likevel deltaker i selskapet, men uten å eie en andel i selskapskapitalen. Komplementaren deltar følgelig ikke i KGets overskudd,³⁰ men får eventuelt kun en management fee.³¹

c) Target selskaper

De fleste tyske selskaper, særlig små og mellomstore bedrifter, er organisert som GmbH.³² Derfor handler en share deal i Tyskland ofte om erverv av aksjene i et GmbH. I tillegg finnes det mange selskaper som er organisert som GmbH & Co. KG. GmbH og GmbH & Co. KG er derfor typiske target selskaper både for tyske, norske og andre investorer. AG spiller derimot – som target selskap – kun en underordnet rolle, og GbR og OHG spiller nesten ingen rolle i share deals i Tyskland. I det følgende redegjøres det derfor kun for erverv av GmbH og GmbH & Co. KG.

Aksjekapital i tyske GmbH er som regel – i motsetning til norsk praksis – ikke fordelt på flere aksjer med lave nominelle be-

løp, men på kun én eller få aksjer med relativt høye nominelle beløp. Loven³³ tillater imidlertid at en aksje har en pålydende på kun én euro.³⁴

3. Formkrav

I tysk rett vil erverv av enhver gjenstand – juridisk sett – bestå av to avtaler, nemlig en kjøpsavtale og en overdragelsesavtale.³⁵ Kjøpsavtalen inneholder selgers forpliktelse til å overdra eiendomsretten til gjenstanden til kjøper og kjøpers forpliktelse til å betale kjøpesummen til selger, samt øvrige kjøpsvilkår. Overdragelsesavtalen regulerer kun den egentlige overdragelsen av eiendomsretten til gjenstanden fra selger til kjøper. Inngåelsen av kjøpsavtalen medfører altså ingen endring av eiendomsretten til gjenstanden. Dette skjer først ved inngåelsen av overdragelsesavtalen. I praksis er imidlertid som regel begge avtalene sammenfattet i et felles ervervsavtaledokument.³⁶ I utgangspunktet oppstilles det ikke noen formkrav til hverken kjøps- eller overdragelsesavtalen.

Det samme gjelder i utgangspunktet ved erverv av aksjer og andre selskapsandeler i tyske selskaper. Kjøpsavtalen – som ikke medfører overdragelse av aksjene og andre selskapsandeler – og overdragelsesavtalen

29. Etter norsk rett (sel. § 3-1 tredje ledd) skal komplementaren «skyte inn minst en tidel av selskapskapitalen, eie minst en tidel av selskapets nettoformue til enhver tid og ha minst like stor andel i overskudd og underskudd». Se Bråthen, Selskapsrett, Oslo, 3. utgave 2008, s. 237.

30. Römermann/Passarge, Die GmbH & Co. KG ist tot – es lebe die UG & Co. KG, ZIP 2009, s. 1497, 1498.

31. Dette er en veldig vanlig KG-konstruksjon.

32. Se Natterer i Hamann/Sigle, Vertragsbuch Gesellschaftsrecht, München, 2008, § 4, Rn. 16.

33. GmbHG § 5 (2) 1.

34. Ries, MoMiG und die Folgen: Praktische Probleme bei der GmbH, AnwBl 1/2011, s. 13, 15.

35. Dette prinsippet kalles abstraksjonsprinsipp («Abstraktionsprinzip») og er et vesentlig og grunnleggende prinsipp i tysk privatrett, se for eksempel Ellenberger i Palandt, BGB, München, 68. utgave 2008, Überbl v § 104, Rn. 22.

36. U. Jasper i Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3 – GmbH, München, 3. utgave 2009, § 24, Rn. 41, vedr. erverv av aksjene i et tysk GmbH.

kan derfor inngås muntlig, selv om avtalene i forbindelse med erverv av aksjer og andre selskapsandeler i praksis inngås skriftlig. Det oppstilles imidlertid formkrav ved erverv av aksjene i et GmbH.³⁷ I tillegg stilles det formkrav ved erverv av selskapsandeler i et KG³⁸ dersom KGet er organisert som et GmbH & Co. KG og ervervet gjelder både kommandittandelene i KGet og aksjene i GmbHet, altså komplementaren.³⁹

a) GmbH

Etter tysk rett⁴⁰ må signering av både kjøpsavtalen og overdragelsesavtalen i forbindelse med erverv av aksjene i et tysk GmbH gjennomføres ved at en notarius publicus attesterer avtalene. Avtalene er ugyldige dersom disse ikke er attestert. En kjøpsavtale som ikke er attestert og derfor ugyldig, blir likevel gyldig dersom overdragelsesavtalen i etterkant blir attestert av en notarius publicus.⁴¹

Formkravet gjelder også senere avtaler som inngås for å endre den opprinnelige kjøps- eller overdragelsesavtalen dersom endringene ikke kun har en forklarende funksjon.⁴² Slike endringsavtaler må altså attesteres av en notarius publicus.⁴³

Attestasjon av en notarius publicus betyr at hele avtalen, herunder alle bilag og even-

tuelle side agreements,⁴⁴ må leses høyt av notarius publicus selv eller av andre mens notarius publicus er til stede. I tillegg må selgers og kjøpers representanter som skal signere avtalen, være til stede under hele gjennomgangen. Denne signeringsprosessen kan derfor ta flere timer.⁴⁵

I Tyskland er en notarius publicus⁴⁶ en uavhengig jurist som ikke er integrert i tingrettsystemet.⁴⁷ Notarius publicus skal gjennom sin kunnskap og uavhengighet garantere for at visse avtaler og transaksjoner er inngått og gjennomført på riktig måte. Han skal med andre ord være objektiv og kun sørge for at avtalen er juridisk korrekt.

En bekreftelse av underskrift av én eller flere (myndige) vitner som i enkelte tilfelle kreves i norsk lovgivning for signering av ulike dokumenter, oppfyller under ingen omstendighet det tyske kravet om attestasjon av en notarius publicus.

b) KG

I utgangspunktet oppstilles ingen formkrav for erverv av selskapsandeler i et tysk KG.⁴⁸ Det er derfor ikke et krav at erverv

37. Se nedenfor under punkt 3. a).

38. Se nedenfor under punkt 3. b).

39. Et annet viktig unntak fra formfriheten gjelder ved erverv av fast eiendom i Tyskland, se Mörsdorf, Eiendomstransaksjoner i Tyskland: Muligheter og Fallgruver, Estate Magasin 4/2008, s. 22, 23.

40. GmbHG § 15 (4) 1 og (3).

41. GmbHG § 15 (4) 2.

42. Liese, Die Beurkundungspflicht von Änderungsvereinbarungen zu Geschäftsanteilskaufverträgen, GmbHR 2010, s. 1256, 1258.

43. U. Jasper i Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3 – GmbH, München, 3. utgave 2009, § 24, Rn. 47.

44. Stoppel, Reichweite der Heilung bei fehlerhafter Beurkundung von Anteilsverkäufen, GmbHR 2010, s. 225, 226.

45. Dette er vanlig ved signering av store share purchase agreements som gjelder erverv av aksjene i et tysk GmbH.

46. »Notar«.

47. I noen delstater i Tyskland – eksempelvis Hessen – kan advokater få en tilleggstillatelse som notarius publicus. I andre delstater – eksempelvis Rheinland-Pfalz – er dette et eget yrke slik at en jurist får enten tillatelse som advokat eller tillatelse som notarius publicus.

48. Piehler/Schulte i Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2 – KG, München, 3. utgave 2009, § 35, Rn. 26.

av selskapsandeler i et tysk KG må gjennomføres ved en notarius publicus.⁴⁹

Dette gjelder imidlertid ikke ved erverv av et GmbH & Co. KG dersom ervervet gjelder både kommandittandelene i KGet og aksjene i GmbHet, altså KGets komplementar.⁵⁰ Et slikt erverv av hele GmbH & Co. KG-strukturen, dvs. erverv av både KGet som sådan og av GmbHet som forblir komplementar i KGet og ikke erstattes av en ny komplementar etter closing, er en vanlig transaksjonsstruktur i Tyskland. I slike tilfeller må signering av kjøpsavtalen som inngås i forbindelse med kjøp av kommandittandelene gjennomføres ved at en notarius publicus attesterer kjøpsavtalen.⁵¹ Kjøpsavtalen er ugyldig dersom avtalen ikke er attestert. En ugyldig ikke-attestert kjøpsavtale blir likevel gyldig dersom overdragelsesavtalen av aksjene i GmbHet i etterkant blir attestert av en nota-

rius publicus.⁵² I praksis er det vanlig at kjøpsavtalen og overdragelsesavtalen som gjelder både erverv av kommandittandeler og aksjene i GmbHet, er sammenfattet i et felles ervervsavtaledokument som da attesteres av en notarius publicus.

Etter tysk rett må også signering av en kjøpsavtale i forbindelse med kjøp av fast eiendom i Tyskland gjennomføres ved en notarius publicus.⁵³ Det diskutertes derfor om kjøp av selskapsandelene i et KG og andre personselskaper som kun eier fast eiendom i Tyskland, også må gjennomføres ved en notarius publicus. Konklusjonen er at dette ikke er nødvendig⁵⁴ med mindre transaksjonen er strukturert som en share deal, altså som et erverv av selskapsandelene i KGet eller et annet personselskap, for å omgå formkravet som gjelder kjøp av fast eiendom.⁵⁵

c) Erverv etter ikke-tysk rett

Gjennomføring av en share deal ved en notarius publicus medfører at signeringsprosessen er kostbar.⁵⁶ Dette skyldes notargebyret som må betales til notarius publicus. I Tyskland er dette notargebyret uavhengig av notarius publicus' arbeidsinnsats. Gebyret beregnes etter reglene som er fastsatt i tysk lovgivning⁵⁷ og kan ikke nedforhandles med notarius publicus. Notargebyret kan påløpe til flere tusen eller titusen Euro⁵⁸ i

49. Düsseldorf øvre lagmannsrett (Oberlandesgericht), avgjørelse datert 22. februar 2005 i saken I-10 W 92/2004.
50. Kraft/Ulrich, Zielgesellschaft GmbH & Co. KG: Zivil- und steuerrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten bei Veräußerung und Erwerb, DB 2006, s. 711, 712.
51. Begrunnelsen er at GmbHG § 15 (4) 1 som i utgangspunktet kun gjelder kjøp av aksjene i et GmbH, forutsetter at også alle side agreements, altså også kjøpsavtalen som gjelder selskapsandelene i KGet, gjennomføres ved en notarius publicus. Det er imidlertid omstridt om også GmbHG § 15 (3) som i utgangspunktet kun gjelder overdragelse av aksjene i et GmbH, forutsetter at også alle side agreements, altså også overdragelsesavtalen som gjelder selskapsandelene i KGet, gjennomføres ved en notarius publicus, se Düsseldorf øvre lagmannsrett (Oberlandesgericht), avgjørelse datert 22. februar 2005 i saken I-10 W 92/2004. Ettersom overdragelsesavtalen for aksjene i GmbHet som regel også innebærer en overdragelsen av selskapsandelene i KGet, har dette spørsmålet ingen relevans i praksis.

52. Binz/Mayer, Beurkundungspflicht bei der GmbH & Co. KG, NJW 2002, s. 3054, 3060.
53. BGB § 311b (1) 1. Se Mörsdorf, Erverv av fast eiendom i Tyskland: Fordeler og ulemper ved asset eller share deal, Estate Magazin 5/2008, s. 22, 23.
54. Grub/Thiem i Hamann/Sigle, Vertragsbuch Gesellschaftsrecht, München, 2008, § 16, Rn. 145.
55. Binz/Mayer, Beurkundungspflicht bei der GmbH & Co. KG, NJW 2002, s. 3054, 3059.
56. Og tidkrevende.
57. Kostenordnung.
58. Maksimumsbeløpet er ca. EUR 52.000.

store transaksjonsprosesser. Spørsmålet er derfor om det er mulig å redusere disse omkostningene.

Kravet om at signering av både kjøpsavtalen og overdragelsesavtalen som gjelder aksjene i et tysk GmbH må gjennomføres ved en notarius publicus, gjelder kun dersom tysk rett anvendes. Det samme gjelder ved signering av en kjøpsavtale som gjelder kjøp av kommandittandelene i et tysk KG. Etter tysk internasjonal privatrett kan derimot partene bestemme at et annet lands rett, for eksempel norsk rett, som ikke stiller samme formkrav, skal anvendes.⁵⁹ Dette gjelder imidlertid kun kjøpsavtalen.⁶⁰ Etter tysk internasjonal privatrett kan ikke partene avtale at noe annet enn tysk rett skal anvendes på en overdragelsesavtale av aksjene i et tysk GmbH eller andre selskapsandeler i et tysk selskap. En overdragelsesavtale som gjelder overdragelse av aksjene i et tysk GmbH, må derfor – i henhold til de tyske formkrav – alltid gjennomføres ved en notarius publicus som må attestere avtalen. Overdragelsesavtalen er ugyldig dersom den ikke er attestert. Man kan derfor ikke unngå eller redusere notargebyret i særlig grad ved å avtale at et annet lands rett skal anvendes på kjøpsavtalen. Dette skyldes at overdragelsesavtalen – hvor tysk rett med formkravet om attestasjon ufravikelig kommer til anvendelse – må gjennomføres ved en notarius publicus og at notargebyret ved overdragelsesavtalen er nesten det samme som notargebyret ved ett ervervsavtaledokument som inneholder både kjøpsavtalen og overdragelsesavtalen. I praksis er det derfor vanlig at selger og kjøper inngår kun ett felles ervervsavtaledokument som inneholder både kjøpsavtalen og overdragelsesavtalen og hvor tysk rett kommer til anvendelse.

kument som inneholder både kjøpsavtalen og overdragelsesavtalen og hvor tysk rett kommer til anvendelse.

d) Attestasjon av en ikke-tysk notarius publicus

De tyske lovbestemmelsene om notargebyret gjelder kun for tyske notarius publicus. Ikke-tyske notarius publicus er således ikke bundet av tysk lov. Spørsmålet er derfor om en attestasjon av avtaler, hvor tysk rett og derfor de tyske formkravene kommer til anvendelse, utført av en ikke-tysk notarius publicus – med lavere notargebyr – vil oppfylle de tyske formkravene. Dette spørsmålet er ett av de mest omstridte spørsmålene i tysk internasjonal privatrett.⁶¹

Hovedregelen er at attestasjon av en ikke-tysk notarius publicus kun oppfyller de tyske formkravene om attestasjon dersom både den ikke-tyske notarius publicus og den ikke-tyske attestasjonsprosessen tilsvarende⁶² henholdsvis den tyske notarius publicus og den tyske attestasjonsprosessen.⁶³ Dette er i teorien en klar regel, men det vil i praksis være usikkert om attestasjon av en ikke-tysk notarius publicus og attestasjonsprosessen i det enkelte land opp-

59. Geyrhalter, Internationale Cross Border Transaktionen, RIW 2002, s. 386, 388.

60. Reithmann, Mitwirkung des ausländischen Notars bei der Geschäftsanteilsabtretung nach dem MoMiG, GmbHHR 2009, s. 699, 700.

61. Reithmann, Mitwirkung des ausländischen Notars bei der Geschäftsanteilsabtretung nach dem MoMiG, GmbHHR 2009, s. 699, 701. En attestasjon av en ikke-tysk notarius publicus er derimot som regel uproblematisk dersom attestasjonen gjelder kun bekreftelse av en underskrift, se Wachter, Amtsniederlegung von GmbH-Geschäftsführern, GmbHHR 2001, s. 1129, 1137. Dersom en underskriftbekreftelse gis av en norsk notarius publicus og bekreftelsen skal brukes i Tyskland, behøves det imidlertid i tillegg en apostille.

62. »Ist gleichwertig mit«.

63. Frankfurt a.M. øvre lagmannsrett (*Oberlandesgericht*), avgjørelse datert 25. januar 2005 i saken 11 U 8/2004, vedr. attestasjon i Basel. Reithmann, Mitwirkung des ausländischen Notars bei der Geschäftsanteilsabtretung nach dem MoMiG, GmbHHR 2009, s. 699, 701.

fyller disse forutsetningene. Signering av kjøpsavtalen eller overdragelsesavtalen i tilknytning til aksjene i et tysk GmbH, ved en norsk notarius publicus, oppfyller imidlertid ikke disse forutsetningene og vil derfor være ugyldig.

I utgangpunktet var det likevel enighet om at attestasjon av en sveitsisk notarius publicus i visse kantoner oppfyller forutsetningene.⁶⁴ Fordelen med en attestasjon i Sveits er at notargebyret kan forhandles med notarius publicus. Det har derfor vært veldig vanlig at ervervsavtalene i store transaksjonsprosesser blir signert i Sveits ved attestasjon av en sveitsisk notarius publicus. Det finnes notarius publicus-firmaer i Sveits, spesielt i Basel, som er spesialisert på attestasjon av tyske share deals. Diskusjonen om hvorvidt attestasjon av en sveitsisk notarius publicus oppfyller de tyske formkravene om attestasjon har imidlertid aldri sluttet.⁶⁵ Diskusjonen blusset opp da den nye sveitsiske obligasjonsloven trådte i kraft den 1. januar 2008.⁶⁶ Lovendringen medførte at erverk av aksjene i et sveitsisk GmbH ikke lenger stiller krav om attestasjon av en notarius publicus, men kun om en skriftlig avtale. Basert på denne endringen er argumentasjonen at den sveitsiske rettstilstanden har beveget seg så mye bort fra den tyske – som krever attestasjon for et erverk av aksjene i et tysk GmbH – at at-

tasjonsprosessen i Sveits ikke lenger tilsvarende attestasjonsprosessen i Tyskland.⁶⁷ Attestasjon i Sveits innebærer derfor en viss risiko. Det er fortsatt mulig å signere en ervervsavtale i Sveits og på denne måten redusere notargebyret, men dersom man vil utelukke enhver risiko tilknyttet attestasjonen, bør man altså signere avtalen i Tyskland ved en tysk notarius publicus.⁶⁸

En ny diskusjon om hvorvidt attestasjon utført av en ikke-tysk notarius publicus oppfyller de tyske formkravene om attestasjon av tyske share deals, er basert på reformen av den tyske loven om aksjeselskaper⁶⁹ som trådte i kraft den 1. november 2008.⁷⁰ Denne reformen medførte nemlig at den notarius publicus som attesterer en overdragelsesavtale som gjelder overdragelse av én eller flere aksjer i et tysk GmbH, må utarbeide en oppdatert aksjeeierliste⁷¹ som reflekterer kjøperen som ny

64. U. Jasper i Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3 – GmbH, München, 3. utgave 2009, § 24, Rn. 99: Basel-Stadt og Zürich-Altstadt. Ettinger/Wolff, Veräußerung an einer deutschen GmbH & Co. KG im Rahmen grenzüberschreitender Unternehmenskäufe, GmbHHR 2002, s. 890, 898, fotnote 87: Basel-Stadt, Bern og Genf.
65. Se for eksempel Dignas, Die Auslandsbeurkundung im deutschen GmbH-Recht, GmbHHR 2005, s. 139 flg.
66. Begemann/Galla, Praxisfragen zur Gesellschaftsliste der GmbH nach dem MoMiG, GmbHHR 2009, s. 1065, 1068.

67. Trendelenburg, Die Beurkundung von Anteilskaufverträgen und gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen nach der Reform des Schweizer Obligationenrechts, GmbHHR 2008, s. 644, 647.
68. Ifølge Düsseldorf øvre lagmannsrett (Oberlandesgericht), avgjørelse datert 2. mars 2011 i saken I-3 Wx 236/2010, er den nye sveitsiske obligasjonsloven ikke til hinder for en attestasjon av en sveitsisk notarius publicus i Basel. Denne avgjørelsen er imidlertid den eneste aktuelle avgjørelsen av en tysk øvre lagmannsrett som konkluderer med at attestasjonen av en sveitsisk notarius publicus oppfyller de tyske formkravene om attestasjon.
69. Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen / Lov om modernisering av GmbH-loven og bekjempelse av misbruk («MoMiG»).
70. Se Mörsdorf, Ledelse og corporate governance i tyske og norske allmennaksjeselskaper, NTS 2008:2, s. 85, 91.
71. Se nedenfor under punkt 4. b).

aksjeeier.⁷² Notarius publicus har deretter ansvar for å sende denne listen til det tyske foretaksregisteret.⁷³ Det blir nå argumentert med at en ikke-tysk attestasjonsprosess kun tilsvarende den tyske attestasjonsprosessen dersom den ikke-tyske notarius publicus utarbeider en oppdatert aksjeeierliste, garanterer riktigheten samt har inngått en ansvarsforsikring.⁷⁴ Ettersom utarbeidelse av den oppdaterte aksjeeierlisten som skjer etter signering av ervervsavtalen ikke har noe å gjøre med den egentlige attestasjonsprosessen, synes denne argumentasjonen ikke å være helt riktig.⁷⁵ Likevel blir det anbefalt i tysk rettsteori å unngå signering av tyske share deals ved en ikke-tysk notarius publicus så lenge det ikke finnes noen klart etablert tysk rettspraksis som godtar en slik signering.⁷⁶

4. Godtroerverv

I tysk privatrett har godtroerverv, altså erverv i god tro av en gjenstand som selger ikke eier, vært mulig i tilfelle av erverv av fysiske gjenstander⁷⁷ og fast eiendom.⁷⁸ Etter tysk selskapsrett var det derimot tidligere ikke mulig å erverve aksjer eller andre selskapsandeler fra en selger som ikke eier aksjene eller selskapsandelene.⁷⁹ Et slikt erverv av en kjøper som er i god tro om at selger eier de aktuelle aksjene, har kun vært mulig dersom det knytter seg til erverv av aksjer i et tysk AG som har utstedt aksjebrev og hvor godtroervervet er knyttet til disse aksjebrevene.⁸⁰ I slike tilfeller er imidlertid godtroervervet ikke basert på selskapsrettslige regler, men reglene om godtroerverv i den tyske privatrettsloven som gjelder godtroerverv av fysiske gjenstander,⁸¹ nemlig aksjebrevene.⁸²

Reformen av den tyske loven om aksjeselskaper som trådte i kraft den 1. november 2008, innebærer at godtroerverv også kan skje i medhold av den tyske loven om aksjeselskaper.⁸³ Godtroervervet etter den endrede tyske loven om aksjeselskaper er likevel begrenset til erverv av aksjer i

72. Mörsdorf, Aksjeeierbok som hjemmel for godtroerverv, NTS 2010:2, s. 63, 73.

73. GmbHG § 40 (2).

74. Frankfurt a.M. lagmannsrett (Landgericht), avgjørelse datert 7. oktober 2009 i saken 3-13 O 46/2009, vedr. attestasjon i Basel. Se også Gerber, GmbHR 2010, 97, 98, og Reithmann, Mitwirkung des ausländischen Notars bei der Geschäftsanteilsabtretzung nach dem MoMiG, GmbHR 2009, s. 699, 701.

75. SeHasselmann, Die Beurkundung von GmbH-Anteilsübertragungen im Ausland, ZIP 2010, s. 2486, 2488.

76. Grub/Thiem i Hamann/Sigle, Vertragsbuch Gesellschaftsrecht, München, 2008, § 16, Rn. 164. Det er kun Düsseldorf øvre lagmannsrett (Oberlandesgericht), avgjørelse datert 2. mars 2011 i saken I-3 Wx 236/2010, som har tatt stilling til denne diskusjonen og som konkluderer med at reformen av den tyske loven om aksjeselskaper ikke er til hinder for at en attestasjon utført av en ikke-tysk notarius publicus oppfyller de tyske formkravene om attestasjon av tyske share deals. Ulrich, GmbHR 2011, s. 420, 422, konkluderer imidlertid med at avgjørelsen fra Düsseldorf øvre lagmannsrett etablerer tilstrekkelig retts-

grunnlag for signering av tyske share deals i Basel.

77. BGB §§ 932 flg.

78. BGB § 892, se Mörsdorf, Erverv av fast eiendom i Tyskland: Fordeler og ulemper ved asset eller share deal, Estate Magazin 5/2008, s. 22, 24.

79. Se Köln lagmannsrett (Landgericht), avgjørelse datert 16. juni 2009 i saken 88 T 13/2009 vedrørende godtroerverv av aksjer i tyske GmbH.

80. Eder, Die rechtsgeschäftliche Übertragung von Aktien, NZG 2004, s. 107, 108.

81. Reglene i BGB §§ 932 flg.

82. Mentz/Fröhling, Die Formen der rechtsgeschäftlichen Übertragung von Aktien, NZG 2002, s. 201, 202.

83. GmbHG § 16 (3) 1.

tyske GmbH. Et godtroerverv av aksjer i tyske AG som ikke har utstedt aksjebrev⁸⁴ og av selskapsandeler i tyske personselskaper, er med andre ord fortsatt ikke mulig.

a) Verneområde

Etter den nye tyske aksjeloven er det altså mulig å godtroerverve aksjer i et tysk GmbH.⁸⁵ Lovens verneområde omfatter likevel kun kjøper som er i god tro med hensyn til at selger eier de aktuelle aksjene.⁸⁶

Kjøpers gode tro med hensyn til at aksjene virkelig eksisterer, er derimot ikke omfattet av lovens verneområde.⁸⁷ Dersom aksjene som kjøper ønsker å erverve ikke eksisterer, erverver kjøper følgelig ikke disse aksjene selv om han var i god tro.

Etter tysk rett⁸⁸ er en overdragelse av aksjer i et tysk GmbH i utgangspunktet ikke betinget av samtykke fra selve selskapet,⁸⁹ selskapets generalforsamling eller tredje-parter.⁹⁰ Det er imidlertid ofte fastsatt i selskapets vedtekter at en overdragelse er betinget av et slikt samtykke. Kjøpers gode tro hva angår at en slik overdragelsesbetingelse ikke er fastsatt i selskapets vedtekter, er heller ikke omfattet av lovens verne-

område.⁹¹ Dersom selskapets vedtekter krever et slikt samtykke, kan kjøper erverve aksjene kun hvis dette samtykket gis.

Videre vil kjøperens gode tro hva angår at aksjene er heftelsesfrie, ikke være omfattet av lovens verneområde.⁹² Dersom en kjøper erverver aksjer i et tysk GmbH – enten fordi selger eier aksjene eller kjøper erverver dem i god tro fra en selger som ikke eier aksjene – faller heftelsene ikke bort ved ervervet.

Ettersom kjøpers gode tro i ovennevnte tilfeller ikke er omfattet av lovens verneområde, anbefales det fortsatt å gjennomføre en fullstendig corporate due diligence av target GmbHet før signering av kjøps- og overdragelsesavtalen.

b) Aksjeeierliste

For ethvert tysk GmbH finnes en aksjeeierliste som er registrert i foretaksregisteret.⁹³ Aksjeeierlisten inneholder opplysninger om hvem som eier hvilke aksjer i selskapet og kan derfor sammenlignes med aksjeeierboken i norske AS. Enhver ny aksjeeier skal

84. Kort, Offene Fragen zu Gesellschafterliste, Gesellschafterstellung und gutgläubigem Anteilserwerb (§§ 40 und 16 GmbHG n.F.), GmbHR 2009, s. 169, 170.

85. Mörsdorf, Aksjeeierbok som hjemmel for godtroerverv, NTS 2010:2, s. 63, 71.

86. Se nedenfor under punkt 4. b).

87. Zessel, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen nach dem MoMiG, GmbHR 2009, s. 303.

88. GmbHG § 15 (5).

89. I motsetning til norsk rett, se lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (»asl.«) § 4-15 annet ledd: »Erverv av aksje er betinget av samtykke fra selskapet med mindre det er fastsatt i vedtektene at samtykke ikke kreves«.

90. Se nedenfor under punkt 5. a).

91. Wachter, Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen nach dem MoMiG, GmbHR Sonderheft Oktober 2008, s. 51, 59.

92. Kort, Offene Fragen zu Gesellschafterliste, Gesellschafterstellung und gutgläubigem Anteilserwerb (§§ 40 und 16 GmbHG n.F.), GmbHR 2009, s. 169, 174. Omlor, GmbHR 2009, s. 1219. Bakgrunnen for at verneområdet ikke omfatter erververs gode tro hva angår at aksjene er heftelsesfrie, er at panteretter og andre heftelser i aksjene i tyske GmbH – i motsetning til den norske aksjeeierboken – ikke blir innført i den tyske aksjeeierlisten, se München øvre lagmannsrett (Oberlandesgericht), avgjørelse datert 11. mars 2011 i saken 31 Wx 162/2010, og Hueck/Fastrich i Baumbach/Hueck, GmbHG, München, 19. utgave 2010, § 16, Rn. 26. Se i den sammenheng også Mörsdorf, Aksjeeierbok som hjemmel for godtropantsettelse, NTS 2010:3-4, s. 34, 37.

93. Mörsdorf, Aksjeeierbok som hjemmel for godtroerverv, NTS 2010:2, s. 63, 70.

registreres i aksjeeierlisten. Denne registrering er ikke en forutsetning for å overdra aksjene fra selger til kjøper.⁹⁴ I forhold til selskapet regnes imidlertid en kjøper først som aksjeeier etter at vedkommende er registrert som ny aksjeeier i aksjeeierlisten.⁹⁵ I utgangspunktet tilsvarer dette norsk lov hvoretter kjøperen bare kan utøve de rettigheter som tilkommer en aksjeeier når ervervet er innført i aksjeeierboken, eller når ervervet er meldt og godtgjort uten at det hindres på grunn av omsetningsbegrensninger etter vedtektene eller loven.⁹⁶ I motsetning til tysk lov,⁹⁷ har kjøperen etter norsk lov likevel krav på utbytte og andre utdelinger selv om vedkommende ikke er å regne som aksjeeier.⁹⁸

Aksjeeierlisten er av avgjørende betydning for godtroervervet.⁹⁹ Godtroervervet er nemlig utelukkende knyttet til aksjeeierlisten.¹⁰⁰ Lovens verneområde omfatter kjøpers gode tro med hensyn til at en person som er registrert i aksjeeierlisten som eier av de aktuelle aksjene, virkelig eier disse (positiv troverdighet).

Et godtroerverv er likevel ikke mulig dersom opplysningene i aksjeeierlisten har

vært uriktige – altså dersom selger i motsetning til informasjonen som fremkommer av aksjeeierlisten ikke eier aksjene – i mindre enn 3 år og uriktigheten ikke skyldes den som eier aksjene.¹⁰¹ Et godtroerverv er videre ikke mulig dersom opplysningene i aksjeeierlisten ikke er riktige – altså dersom igjen selger i motsetning til informasjonen som fremkommer av aksjeeierlisten ikke eier aksjene – og dersom kjøper kjenner til – eller som følge av grov uaktsomhet ikke kjenner til – denne uriktigheten. Et godtroerverv er heller ikke mulig dersom det har blitt reist en innsigelse mot aksjeeierlisten.¹⁰²

Innenfor disse rammebetingelsene er det imidlertid mulig å godtroerverve aksjer i tyske GmbH basert på opplysningene som er innført i aksjeeierlisten. En kjøper som er i god tro med hensyn til at selger eier de aktuelle aksjene, kan derfor erverve aksjene fra en selger som ikke eier aksjene, dersom selger er innført som aksjeeier i aksjeeierlisten. Et slikt godtroerverv av aksjer i norske AS basert på opplysninger i aksjeeierboken er derimot ikke mulig. Aksjeeierboken i

94. Wachter, Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen nach dem MoMiG, GmbHR Sonderheft Oktober 2008, s. 51, 52. Stadler/Bindl, Gesellschafterliste und finanzielle Eingliederung bei der Organschaft, GmbHR 2010, s. 412, 414.

95. GmbHG § 16 (1).

96. Asl. § 4-2 første ledd, første punktum.

97. Mayer, Aufwertung der Gesellschafterliste durch das MoMiG – Fluch oder Segen? ZIP 2009, s. 1037, 1040.

98. Asl. § 4-2 første ledd, annet punktum, se Aarbakke m.fl., Aksjeloven og allmennaksjeloven, Oslo, 2. utgave 2004, s. 228.

99. Bamberg øvre lagmannsrett (Oberlandesgericht), avgjørelse datert 2. februar 2010 i saken 6 W 40/2009.

100. U. Jasper i Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3 – GmbH, München, 3. utgave 2009, § 24, Rn. 227.

101. For GmbH som var stiftet før reformen av den tyske loven om aksjeselskaper trådte i kraft den 1. november 2008, gjelder forskjellige overgangsforskrifter som er fastsatt i Einführungsgesetz zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung/introduksjonsloven til den tyske lov om aksjeselskaper § 3 (3). Etter denne forskriften er godtroerverv mulig tidligst ved erverv etter 1. november 2011.

102. Ries, MoMiG und die Folgen: Praktische Probleme bei der GmbH, AnwBl 1/2011, s. 13, 17. Se Mayer/Färber, Gulgläuber Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen bei aufschließend bedingter Anteilsabtretung, GmbHR 2011, s. 785 fig. vedr. hva som for øvrig ikke er omfattet av lovens verneområde.

norske AS gir ikke hjemmel for godtroer-
verv av aksjer.¹⁰³

5. Samtykke

a) Selskapsrett

I utgangspunktet er erverv av aksjer i tyske kapitalelskaper ikke betinget av samtykke verken fra selve selskapet, selskapets generalforsamling eller eventuelle andre aksjeeiere som ikke selger aksjene sine til kjøper, eller andre tredjeparter. Ved erverv av selskapsandeler i tyske personselskaper kreves derimot samtykke fra samtlige aksjeeiere som ikke selger selskapsandelene sine til kjøper.

Etter tysk rett er altså overdragelsen av aksjer i et tysk GmbH ikke betinget av samtykke fra blant annet selve selskapet¹⁰⁴ med mindre noe annet er fastsatt i selskapets vedtekter.¹⁰⁵ Dette tilsvarer den gamle norske aksjeloven.¹⁰⁶ Derimot vil etter den nye norske aksjeloven ethvert erverv av aksjer i et norsk AS være betinget av samtyk-

ke fra selskapet med mindre det er fastsatt i vedtektene at slikt samtykke ikke kreves.¹⁰⁷

Ofte er det imidlertid fastsatt i vedtektene til et tysk GmbH at overdragelsen av aksjer er betinget av samtykke fra enten selve selskapet, selskapets generalforsamling eller eventuelle andre aksjeeiere som ikke selger aksjene sine til kjøper.¹⁰⁸ Et slikt krav om samtykke er som regel kombinert med forkjøpsrett for eventuelle andre aksjeeiere. Forkjøpsretten følger – i motsetning til etter norsk lov¹⁰⁹ – ikke direkte av loven, og gjelder derfor i utgangspunktet kun dersom en slik rett er fastsatt i selskapets vedtekter.¹¹⁰ Under due diligence-prosessen er det derfor viktig å gjennomgå selskapets vedtekter. Vedtektene kan bestilles fra foretaksregisteret. Ettersom enhver endring i vedtektene først trer i kraft etter at de endrede vedtektene er registrert i foretaksregisteret,¹¹¹ vil vedtektene som følger av foretaksregisteret alltid være gjeldende. Som et alternativ til å fastsette en forkjøpsrett i vedtektene, kan selskapets aksjeeiere fastsette en slik rett i andre avtaler, herunder en shareholders' eller joint venture agreement. Slike avtaler er ikke registrert i foretaksregisteret. Under due diligence-prosessen er det derfor viktig å gjennomgå den selskapsrettslige dokumentasjonen for å undersøke om slike avtaler eksisterer. Dessuten bør selger i kjøpsavtalen garantere at ingen andre aksjeeiere eller tredjeparter har forkjøpsrett. En slik garanti er standard.

103. Mörsdorf, Aksjeeierbok som hjemmel for godtroerverv, NTS 2010:2, s. 63, 74. Norsk rett åpner for å etablere en panterett i aksjer fra en pantsetter som ikke eier de aktuelle aksjene eller som allerede har pantsatt aksjene til fordel for en tredjepart. Aksjeeierboken gir imidlertid heller ikke hjemmel for en slik godtropantsettelse, se Mörsdorf, Aksjeeierbok som hjemmel for godtropantsettelse, NTS 2010:3-4, s. 34, 42.

104. Transfeld, Anteilsübertragung trotz Vinkulierung – ein vermeintlicher Widerspruch? GmbHR 2010, s. 185.

105. GmbHG § 15 (5). Dette gjelder også overdragelse av aksjer i tyske AG, jf. Aktiengesetz/den tyske loven om allmennaksjeselskaper § 68 (2).

106. Lov 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper § 3-2: »Aksje kan fritt overdras og erverves når ikke annet er bestemt i lov eller i selskapets vedtekter [...]«, se Andenæs, Selskapsrett, Oslo, 2007, s. 137.

107. Asl. § 4-15 annet ledd. Se Jenssen, Konsekvensene av samtykkenektelser i aksjeselskap, NTS 2010:2, s. 39 flg.

108. Hueck/Fastrich i Baumbach/Hueck, GmbHG, München, 19. utgave 2010, § 15, Rn. 38.

109. Asl. § 4-19 første ledd. Se Aarbakke m.fl., Aksjeloven og allmennaksjeloven, Oslo, 2. utgave 2004, s. 279.

110. H. Winter/Seibt i Scholz, GmbHG, Köln, 10. utgave 2006, § 15, Rn. 51, 54.

111. GmbHG § 54 (3).

Overdragelsen av selskapsandeler i tyske personselskaper er – som ved overdragelse av selskapsandeler i norske personselskaper¹¹² – alltid betinget av samtykke fra eventuelle andre deltakere.¹¹³ Samtykke kreves derfor ikke hvis kjøper erverver samtlige selskapsandeler i et personselskap. Dersom target selskapet er organisert som et GmbH & Co. KG og ervervet gjelder alle kommandittandeler i KGet og alle aksjene i GmbHet, men ikke GmbHets komplementandel i KGet,¹¹⁴ må GmbHet samtykke i overdragelsen av kommandittandelene til kjøper.

b) Konkurranserett

Reglene om kontroll med foretakssammenslutninger i den tyske konkurranse-loven¹¹⁵ gjelder både share og asset deals dersom europeisk konkurranserett ikke kommer til anvendelse.¹¹⁶

Reglene om kontroll med foretakssammenslutninger etter den tyske konkurranse-loven gjelder i utgangspunktet¹¹⁷ dersom kjøper (og eventuelle konsernselskaper) og target selskapet (og eventuelle datterselskaper) i det siste driftsåret til sammen hadde driftsinntekter på mer enn EUR 500 millioner over hele verden, samt at ett av selskapene hadde driftsinntekter på mer enn

EUR 25 millioner og det andre selskapet på mer enn EUR 5 millioner i Tyskland.¹¹⁸ Slike share deals må meldes til det tyske konkurransetilsynet.¹¹⁹ Konkurransetilsynet skal forby transaksjonen dersom det forventes at transaksjonen vil medføre eller øke den markedsdominerende posisjonen.¹²⁰

Enhver transaksjon som skal meldes til det tyske konkurransetilsynet, må ikke gjennomføres før transaksjonen er godkjent av konkurransetilsynet. Dersom en transaksjon gjennomføres før den er godkjent, kan dette sanksjoneres med en bot på inntil EUR 1 millioner. Botens størrelse kan under visse omstendigheter økes. Dette gjennomføringsforbudet tilsvarer gjennomføringsforbudet som gjelder i Norge¹²¹ fra 1. juli 2008.¹²²

I tillegg vil en transaksjon, i tilfelle av en share deal altså overdragelsen av aksjene eller andre selskapsandeler til kjøper, som gjennomføres før konkurransetilsynet har gitt sin godkjennelse, være ugyldig.¹²³ Dersom konkurransetilsynet har godkjent transaksjonen, blir denne transaksjonen likevel – ex tunc – gyldig.¹²⁴ I praksis er alle overdragelsesavtaler i forbindelse med en share deal hvor selger og kjøper er enige om at overdragelsen skal meldes til det tyske konkurransetilsynet, betinget av godkjennelse fra konkurransetilsynet. Ettersom en kjøpsavtale ikke medfører noen endring av hvem som eier aksjene eller de andre sel-

112. Sel § 2-28: »Når ikke annet er avtalt kan selskapsandel bare gå over til ny eier med samtykke fra alle øvrige deltakere.«

113. Hopt i Baumbach/Hopt, HGB, München, 34. utgave 2010, § 161, Rn. 8, § 105, Rn. 70.

114. Se ovenfor under punkt 3. b).

115. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen / den tyske konkurranse-loven (»GWB«) §§ 35 – 43.

116. GWB § 35 (3).

117. Det finnes noen unntak i GWB § 35 (2). Ett av disse unntakene er at selger og target selskap i det siste driftsåret hadde mindre enn EUR 10 millioner i omsetninger over hele verden, se Bechtold i Bechtold, GWB, München, 4. utgave 2006, § 35, Rn. 29.

118. GWB § 35 (1).

119. Bundeskartellamt.

120. GWB § 36 (1).

121. Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (»krrl.«) §§ 19 og 30.

122. Se lov 20. juni 2008 nr. 43 om endringer i lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

123. GWB § 41 (1) 2.

124. Bechtold i Bechtold, GWB, München, 4. utgave 2006, § 41, Rn. 5.

skapsandelene,¹²⁵ vil denne som regel ikke være betinget av godkjenning fra konkurransetilsynet.

c) Utenriksøkonomirett

Etter endringen av den tyske utenriksøkonomiloven som trådte i kraft den 24. april 2009, kan det tyske næringsdepartementet¹²⁶ forby erverv av tyske foretak (asset deal) og aksjer eller andre selskapsandeler i tyske selskaper (share deal),¹²⁷ dersom dette er nødvendig for å garantere orden eller sikkerheten i Tyskland.¹²⁸

Kjøpsavtalen er i utgangspunktet gyldig, men blir ugyldig dersom næringsdepartementet forbyr ervervet.¹²⁹ Overdragelsesavtalen blir derimot ikke ugyldig dersom næringsdepartementet forbyr ervervet.¹³⁰ Ettersom kjøpsavtalen kjennes ugyldig grunnet at næringsdepartementet forbyr ervervet, bortfaller hjemmelen for overdragelsen av aksjene eller de andre selskapsandelene. Selger kan derfor kreve at kjøper tilbakefører aksjene eller de andre selskapsandelene som var gjenstand for ervervet.¹³¹ Ettersom denne overdragelsen etter de alminnelige reglene¹³² krever attestasjon av

en notarius publicus, vil dette medføre nye notargebyr.

I utgangspunktet kan det tyske næringsdepartementet forby slike transaksjoner kun dersom kjøper ikke kommer fra en EF/EFTA-medlemsstat.¹³³ Erverv av en tysk virksomhet ved en asset eller share deal av en norsk kjøper kan derfor ikke forbys. Dette gjelder imidlertid ikke dersom den norske kjøperen¹³⁴ er en juridisk person og dersom minst 25 % av andelene i dette rettssubjektet eies av personer som ikke kommer fra en EF/EFTA-medlemsstat.¹³⁵ Så fremt man står ovenfor en slik norsk kjøper, anbefales det at hele ervervsavtalen, altså både kjøps- og overdragelsesavtalen, er betinget av at næringsdepartementet ikke forbyr ervervet innen den lovfastsatte fristen. I tillegg er det mulig å søke om godkjenning¹³⁶ av ervervet,¹³⁷ noe som særlig anbefales dersom risikoen for at næringsdepartementet vil forby ervervet er lav.¹³⁸ I slike tilfeller burde ervervsavtalen betinges av at næringsdepartementet enten ikke forbyr eller godkjenner ervervet.¹³⁹

125. Se ovenfor under punkt 3.

126. Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie.

127. Seibt/Wollenschläger, Unternehmenstransaktionen mit Auslandsbezug nach der Reform des Außenwirtschaftsrechts, ZIP 2009, s. 833, 836.

128. Außenwirtschaftsgesetz / den tyske utenriksøkonomiloven (»AWG«) § 7 (1) nr. 4, (2) nr. 6.

129. AWG § 31 (3).

130. Seibt/Wollenschläger, Unternehmenstransaktionen mit Auslandsbezug nach der Reform des Außenwirtschaftsrechts, ZIP 2009, s. 833, 841.

131. Hasselbrink, Beteiligungserwerbe an GmbH durch ausländische Investoren, GmbHR 2010, s. 512, 516.

132. Se ovenfor under punkt 3.

133. Inklusive Jersey, Sark, Guernsey, Alderney, Herm og Isle of Man. Cayman Islands, British Virgin Islands og Bermuda gjelder derimot for eksempel som EF/EFTA-utland.

134. Eller enhver annen kjøper som kommer fra en EF- eller EFTA-medlemsstat.

135. Verordnung zur Durchführung des Außenwirtschaftsgesetz / forskrift om gjennomføring av den tyske utenriksøkonomiloven (»AWV«) § 53 (1) 6.

136. Unbedenklichkeitsbescheinigung.

137. AWV § 53 (3).

138. Hasselbrink, Beteiligungserwerbe an GmbH durch ausländische Investoren, GmbHR 2010, s. 512, 517.

139. Seibt/Wollenschläger, Unternehmenstransaktionen mit Auslandsbezug nach der Reform des Außenwirtschaftsrechts, ZIP 2009, s. 833, 840.

6. Oppsummering

De grunnleggende prinsippene ved en share deal er de samme i Tyskland og Norge. En vesentlig forskjell er imidlertid signeringsprosessen av en share deal dersom target selskapet er et tysk GmbH eller et tysk GmbH & Co. KG. I slike tilfeller må signering gjennomføres ved en notarius publicus som må attestere avtalene. Tidligere var det uproblematisk å gjennomføre signering ved en sveitsisk eller en annen ikke-tysk notarius publicus for å redusere notargebyret. Etter de siste endringer i sveitsisk og tysk rett er det tvilsomt om attestasjon av en ikke-tysk notarius publicus oppfyller de tyske formkravene som stilles ved signering av slike share deals.

Etter den nye tyske loven om aksjeselskaper som trådte i kraft den 1. november 2008, er det mulig å erverve aksjer i et tysk GmbH i god tro, dvs. av en selger som ikke eier aksjene. Lovens verneområde omfatter likevel ikke kjøpers gode tro hva angår at aksjene eksisterer, at ervervet ikke er betinget av samtykke fra selve selskapet, selskapets generalforsamling eller tredjeparter og at aksjene er heftelsesfrie. En fullstendig corporate due diligence anbefales derfor fortsatt.

Ved erverv av aksjer eller andre selskapsandeler kreves i noen tilfeller samtykke fra selve selskapet, selskapets generalforsamling eller tredjeparter. I utgangspunktet gjelder dette ikke ved erverv av aksjer i et tysk GmbH med mindre noe annet er fastsatt i selskapets vedtekter, men kun ved erverv av selskapsandeler i et tysk KG og andre tyske personselskaper hvor det kreves samtykke av de deltakerne som ikke selger selskapsandelene til kjøper.

Enhver share deal krever godkjenning fra det tyske konkurransetilsynet dersom visse driftsinntekter er oppnådd. Overdragelse av aksjene eller andre selskapsandeler til kjøper, som gjennomføres før konkurransetilsynet har godkjent transaksjonen, er ugyldig. Dessuten kan en slik gjennomføring sanksjoneres med en bot. Videre kan enhver share deal forbys av det tyske næringsdepartementet dersom kjøper ikke kommer fra en EF/EFTA-medlemsstat, eller dersom kjøper som kommer fra en EF/EFTA-medlemsstat, er en juridisk person og dersom minst 25 % av andelene i dette rettssubjektet eies av personer som ikke kommer fra en EF/EFTA-medlemsstat.