

ZAKEN DOEN IN DUITSLAND

Duitse rechtsvormen en hun risico's

Een Nederlandse onderneming die een eigen bedrijfsvestiging in Duitsland opricht of overneemt, loopt niet alleen commerciële risico's. Duitsland kent net als Nederland diverse rechtsvormen, elk met hun specifieke aansprakelijkheidsrisico's. Een overzicht van de voor het mkb meest voor de hand liggende rechtsvormen.

TEKST: ATSE VAN DER HOEK* | BEELD: MARJA BROUWER

Duitsland is van oudsher de belangrijkste handelspartner van Nederland. In 2011 exporteerde Nederland voor € 97 miljard naar Duitsland, circa 25 procent van de totale Nederlandse export. Daarnaast zijn veel Nederlandse bedrijven ter plekke actief. Naar schatting achtduizend ondernemingen hadden eind 2011 een Duitse vestiging. De Nederlandse organisatie van exporteurs Fenedex denkt dat nog niet alle exportkansen naar ons grootste buurland zijn benut. Daarom kan worden verwacht dat de Nederlandse aanwezigheid in Duitsland de komende jaren nog zal groeien.

'ONDERNEMINGSBEGRAVERS'

In Duitsland zijn zogenaemde ondernemingsbegravers (*Firmenbestatter*) actief. Vennootschappen die nog verplichtingen hebben tegenover leveranciers of de fiscus, of reeds failliet zijn, worden overgenomen door 'consultants' of 'adviseurs'. De zetel van de vennootschap wordt meermalen verplaatst en als bestuur worden stromannen of fictieve personen benoemd. Ook de naam en de statuten worden veranderd. De boekhouding is óf verdwenen ('opgeslagen' in een magazijn) óf bestaat uit vervalste stukken.

De koper van dit soort vennootschappen loopt het risico dat hij ten minste het betaalde bedrag verliest zodra de autoriteiten het werkelijke verleden van de vennootschap herkennen.

Een onderneming die daarbij kiest voor het oprichten van een eigen vestiging, kan kiezen uit diverse Duitse ondernemingsvormen, met en zonder rechtspersoonlijkheid, en elk met hun eigen aansprakelijkheidskenmerken en -risico's.

ONDERNEMINGSVORMEN ZONDER RECHTSPERSOONLIJKHEID

Naast de *Einzelkaufmann* (eenmanszaak) gaat het bij de ondernemingsvorm zonder rechtspersoonlijkheid om de zogenaemde *Personengesellschaften* (PersG). Hieronder vallen:

1. *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* (GbR, vergelijkbaar met de Nederlandse maatschap);
2. *offene Handelsgesellschaft* (oHG, vergelijkbaar met de Nederlandse vennootschap onder firma);
3. *Kommanditgesellschaft* (KG, de commanditaire vennootschap).

EINZELKAUFMANN

Wordt een eenmanszaak of (een aandeel in) een PersG overgenomen en onder de oude naam voortgezet, dan neemt de koper volgens de wettelijke regels de bestaande schulden van de verkoper over. Dit kunnen ook belastingschulden zijn. Het is daarom van belang bij een overname de volledigheid van de verplichtingen goed te controleren.

Het is mogelijk de overname van de schulden uit te

'EEN NEDERLANDSE ONDERNEMER DIE ZIJN DUITSE ONDERNEMING VERKOOPT LOOPT HET RISICO OOK NA DE VERKOOP NOG AANSPRAKELIJK TE WORDEN GESTELD.'

sluiten in de overnameovereenkomst. Deze voorwaarde moet wel kort na de overname in het handelsregister worden opgenomen en gepubliceerd. Een andere mogelijkheid is de schuldeisers direct te informeren. De verkoper kan onder bepaalde voorwaarden tot vijf jaar na zijn uittreden aansprakelijk worden gesteld voor schulden van de onderneming. Een Nederlandse ondernemer die zijn Duitse onderneming verkoopt loopt dus ook het risico na de verkoop nog aansprakelijk te worden gesteld.

Een groot risico dat een partner in een PersG loopt is de hoofdelijke aansprakelijkheid met het privévermogen voor schulden van de *Gesellschaft*. Als het vermogen van de PersG onvoldoende is om alle schulden te voldoen, wordt het privévermogen van de partners aangesproken. Deze wettelijke verplichting kan niet door een overeenkomst worden uitgesloten (enige uitzondering is de *Kommanditgesellschaft*, zie hierna).

Een koper van een aandeel neemt ook de bestaande schulden over, zelfs als onder een nieuwe naam wordt gehandeld. In tegenstelling tot bij een eenmanszaak kan deze aansprakelijkheid niet worden beperkt. Elke aandeelhouder is hoofdelijk aansprakelijk, ook voor bestaande schulden.

GESELLSCHAFT BÜRGERLICHEN RECHTS

De CbR, vergelijkbaar met de Nederlandse maatschap, kan vormvrij worden opgericht met het sluiten van een overeenkomst tussen vennoten en hoeft niet te worden ingeschreven in het handelsregister. Elke vennoot krijgt een gelijk aandeel van winst en verlies van de CbR, onafhankelijk van de aard en omvang van de inbreng van de partners. Een oprichter of koper van een aandeel moet dus opletten dat dit niet tot een onevenredige verdeling leidt als hij een relatief groot aandeel koopt of een grote inbreng heeft. Volgens de wettelijke regels hebben alle partners, onafhankelijk van de omvang van hun aandeel, een veto over alle (investerings) beslissingen van de CbR. In het contract kunnen afwijkende afspraken worden gemaakt over de winst- en zeggenschapsverdeling.

OFFENE HANDELSGESELLSCHAFT

De aansprakelijkheid voor schulden is bij de oHG dezelfde als bij de CbR. Ook bij de winstverdeling van de oHG moet een koper letten op de regeling in de statuten. Volgens de wet wordt van de winst eerst vier procent op het ingelegde kapitaal van de aandeelhouders betaald. De rest van de winst wordt verdeeld door elke aandeelhouder een even groot deel uit te keren. Verliezen worden per aandeelhouder verdeeld, onaf-



hankelijk van het aandeel in het kapitaal. In de statuten kan van de wettelijke winst-en-verliesdelingsregeling worden afgeweken.

KOMMANDITGESELLSCHAFT

De onbeperkte aansprakelijkheid voor de schulden van de PersG kan voor een deel van de aandeelhouders tot een maximum worden beperkt door het oprichten van een commanditaire vennootschap. De Duitse voorschriften wijken niet veel af van de Nederlandse. Met de beperking van de aansprakelijkheid verliest de commanditair ook invloed; hij mag geen handelingen verrichten in naam van de vennootschap. De maximale aansprakelijkheid moet in het handelsregister worden vermeld. Deze vorm is interessant voor een Nederlandse onder-

nemer die uitsluitend kapitaal ter beschikking wil stellen. Indien de vennootschap zich met rechtshandelingen bindt voordat de beperkte aansprakelijkheid in het handelsregister is opgenomen zijn ook de commanditaire vennoten onbeperkt aansprakelijk. Uiteraard moet de commanditaire vennoot betalen als hij zijn aandeel nog niet heeft volgestort of als een door hem gekocht commanditair aandeel nog niet is volgestort.

Dit betekent dat de koper ook bij het handelsregister moet informeren of er nog betalingsverplichtingen op het aandeel in de KG bestaan.

GMBH & CO. KG

Een in Duitsland veel voorkomende rechtsvorm is de commanditaire vennootschap met als complementair

een GmbH. Er is dus geen natuurlijk persoon die onbeperkt aansprakelijk is voor de schulden van de KG (ook mogelijk, maar veel minder toegepast is de vorm GmbH & Co. oHG). Deze rechtsvorm is een mengvorm van *Personengesellschaft* en GmbH en is niet gereguleerd door de wet maar door jurisprudentie. Oprichters van de KG lopen in het bijzonder aansprakelijkheidsrisico's voor verplichtingen die zijn aangegaan vóór inschrijving (zie hiervoor: *Kommanditgesellschaft*).

ONDERNEMINGSVORMEN MET RECHTS-PERSOONLIJKHEID

Hier beperken wij ons tot de GmbH. De oprichting van een GmbH verloopt in drie fasen: de fase vóór het passeren van de statuten bij de notaris (*Vorgründungsgesellschaft*), de fase na de notaris maar vóór opname van de vennootschap in het handelsregister (de zogenaamde Vor-GmbH) en de fase daarna.

OPRICHTING

Gedurende de eerste fase van de GmbH vormen de oprichters een GbR (vergelijk maatschap; zie hiervoor) met als doel de oprichting. Oprichters/aandeelhouders zijn met hun privévermogen hoofdelijk aansprakelijk voor verplichtingen die worden aangegaan in naam van de op te richten GmbH. Dit is met name van belang als de GmbH uiteindelijk niet wordt opgericht. Na het verlijden van de akte door de notaris ontstaat de zogenoemde Vor-GmbH. De aandeelhouders verplichten zich op de aandelen te storten. Per aandeel moet ten minste een kwart van de nominale waarde worden gestort. Het totale kapitaal moet ten minste € 25.000 bedragen en voor de helft worden volgestort. Indien noodzakelijk kan de GmbH de volstorting tot de statutaire hoogte vorderen. Pas als de aandeelhouders hun betalingsverplichting hebben voldaan kan de GmbH in het handelsregister worden ingeschreven. Activa en passiva die in naam van de op te richten GmbH worden verworven moeten na verlijding van de statuten door de dan ontstane Vor-GmbH door rechtshandelingen worden overgenomen.

Een oprichting met storting op de aandelen in natura is mogelijk, bijvoorbeeld kan een bedrijf of een voordeuring worden ingebracht. Deze moeten vóór inschrijving in het handelsregister ter beschikking staan van de GmbH. De GmbH kan het tekort van de oprichter/aandeelhouder vorderen als door aanloopverliezen of te lage waardering het kapitaal ten tijde van de inschrijving van de GmbH of kort daarna lager is dan het nominale bedrag van de aandelen waarop wordt gestort.

Dit kan zich voordoen als de GmbH failliet gaat. De curator moet dan controleren of bovenstaande van toepassing is en eventueel tot navordering overgaan. De ingebrachte goederen of vorderingen zijn dan in het faillissement als normale vordering terug te eisen. De risico's die hiermee samenhangen kan men beperken door in deze fase nog geen rechtshandelingen te verrichten in naam van de GmbH.



'ALS EEN AANDEELHOUDER NIET AAN DE STORTINGSVERPLICHTING VOLDOET, MOETEN DE ANDERE AANDEELHOUDERS HET TEKORT NAAR RATO VAN HUN AANDEEL BIJBETALEN.'

RESTEREND RISICO: STORTINGSVERPLICHTINGEN

Met de inschrijving in het handelsregister is de oprichting juridisch volbracht en gaan activa en passiva van de Vor-GmbH automatisch over op de GmbH. Met de volstorting van de aandelen is een aandeelhouder echter niet altijd vrij van verdere verplichtingen.

Als aandeelhouders niet (volledig) aan hun stortingsverplichting voldoen, dan kan de GmbH de aandelen terugvorderen en verkopen. Voor een resterend verschil met de nominale waarde is de desbetreffende aandeelhouder aansprakelijk. Echter, als deze niet kan betalen, moeten de andere aandeelhouders het tekort naar rato van hun aandeel bijbetalen.

Dit geldt ook voor het geval dat een niet-volgestort aandeel noch door de actuele aandeelhouder noch door één van zijn rechtsvoorgangers wordt volgestort. Hier bestaat dus een risico voor de aandeelhouder die denkt met de storting op (of koop van) zijn aandeel alle financiële verplichtingen te hebben voldaan.

Deze regels houden verband met het primaat van de bescherming van derden-schuldeisers voor wie ten allen tijde het kapitaal als borg voor hun vorderingen ter beschikking moet zijn.

Als de statuten hierin voorzien, kan de aandeelhoudersvergadering ook besluiten een extra storting te verlangen. Deze kan statutair tot een maximum beperkt zijn, maar dit hoeft niet. Ook hier geldt dat wanneer een aandeelhouder deze verplichting niet nakomt, een eventueel tekort door de overige

LENINGEN ACHTERGESTELD

Als een aandeelhouder van een GmbH naast eigen vermogen ook leningen aan de vennootschap ter beschikking stelt, ontstaan een aanvullend risico. Bij faillissement worden alle vorderingen (uit leveringen en leningen) namelijk achtergesteld ten opzichte van de overige schuldeisers.

Aflossingen van leningen die een jaar voor het faillissement aan de aandeelhouder zijn betaald, kunnen worden teruggevorderd door de curator.

aandeelhouders moet worden opgebracht.

Als een ondernemer aandelen in een bestaande GmbH overneemt, dan doet hij er dus goed aan om de bovenstaande mogelijke stortingsverplichtingen te inventariseren. Om te zien of de verkoper van de aandelen wel echt de eigenaar van de aandelen is, kan het handelsregister worden geraadpleegd. Elke GmbH is verplicht daar de lijst van aandeelhouders en mutaties daarin ter vrije inzage te deponeren. Omgekeerd moet de koper na aankoop controleren of hij zelf op de aandeelhouderslijst is opgenomen. □

Noot

** Atse van der Hoek RA en Wirtschaftsprüfer (de Duitse RA) is zelfstandig werkzaam als belastingadviseur en managementconsultant en woonachtig in Hannover, Duitsland.*