

AUFSÄTZE

1

Rechtsfragen bei der anwaltlichen Gestaltung des Unternehmenskaufs (Teil 4): Kauf und Prüfung eines Unternehmens (Unternehmenskaufvertrag und Haftung für Altverbindlichkeiten)

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 Phase der Prüfung des Unternehmens dargestellt¹ und jetzt die Phase der Gestaltung des Unternehmenskaufvertrages.²

B. Die Rechtslage

Im Rahmen dieses Beitrages³ wurden unter der Überschrift „Unternehmenskaufvertrag“ bereits Ausführungen zu den Erscheinungsformen und den Formerfordernissen des Unternehmenskaufvertrages gemacht. Die sich hier anschließenden Ausführungen führen diese fort:

I. Unternehmenskaufvertrag

1. Kaufpreis

Der in den jeweiligen Kaufvertrag aufzunehmende Kaufpreis (Purchase Price) ist die Gegenleistung für den Verkehrswert des Unternehmens.⁴ Sowohl beim Asset- als auch beim Share Deal

ist er das Ergebnis der Verhandlungen der Vertragsparteien und stellt regelmäßig einen Kompromiss zwischen ihren verschiedenen Unternehmenswert- und damit Preisvorstellungen dar. Die Einigung über den Kaufpreis ist eine unternehmerische Entscheidung, die von der Einschätzung der mit dem Zielunternehmen verbundenen Chancen und Risiken abhängt.⁵ Der Kaufpreis kann dabei eine einzige Zahl sein oder eine mathematische Formel, in der sich eine Menge von Bewertungen einer Vielzahl von Leistungen und Gegenleistungen als Saldo niederschlagen.⁶

Aufgrund der stark kaufmännisch getriebenen Methoden zur Unternehmensbewertung,⁷ zählt die Berechnung des Kaufpreises in aller Regel nicht zum Betätigungsfeld des M&A-Anwalts. Er hat jedoch meist die Formel zur Kaufpreisberechnung im Kaufvertrag abzubilden.

a) Kaufpreisarten

Der Kaufpreis kann zwischen den Parteien bei Abschluss des Vertrages fix und endgültig oder aber variabel gestaltet sein.⁸

Der Kaufpreis für ein Zielunternehmen ist fix, wenn ihn die Parteien im Vertrag endgültig festlegen, so dass er – mit Ausnahme von den Rechtsfolgen, die sich aus den Vorschriften über Sach- und Rechtsmängelgewährleistung und nicht erfüllten vertraglichen Gewährleistungen und Garantien ergeben – unveränderlich ist. Ein fixer Kaufpreis wird meist in einfach gelagerten Fällen vereinbart.⁹

Der Kaufpreis ist variabel, wenn ihn die Vertragsparteien zunächst vorläufig festlegen und vereinbaren, dass er später zu Gunsten der einen oder anderen Partei an die zukünftige wirtschaftliche Entwicklung des Zielunternehmens anzupassen ist.¹⁰

b) Kaufpreiszahlung und -sicherung

Dem Verkäufer liegt sehr daran, vom Erwerber eine Sicherheit für den Kaufpreis oder – bei Ratenzahlung – den noch ausstehenden Restbetrag zu erhalten. Das gilt vor allem dann, wenn der Veräußerer je nach Transaktionsform das Eigentum an den Vermögensgegenständen oder Anteilen bereits auf den Erwerber übertragen hat. Sein Sicherungsinteresse hängt auch von der Höhe des Kaufpreises oder Restkaufpreises ab und ist umso größer, je länger der Zeitpunkt der Fälligkeit

nach dem Zeitpunkt des dinglichen Rechtsübergangs oder dem Übertragungstichtag liegt.¹¹

Als gängige Sicherungsmittel stehen dem Veräußerer in der Praxis die Bürgschaft eines Kreditinstitutes zu Gunsten des Veräußerers und die Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung für den dinglichen Rechtsübergang zur Verfügung.¹²

Im Gegenzug möchte der Erwerber seine Ansprüche gegen den Veräußerer wegen Sach- und Rechtsmängeln oder nicht erfüllter vertraglicher Gewährleistungen und Garantien sichern. Neben der Bezahlung des Kaufpreises in Raten kommt dafür ein Sicherungseinbehalt (Hold-back) oder die Einzahlung eines Teils des Kaufpreises auf ein Treuhandkonto (escrow account) in Betracht. Gleichzeitig kann sich der Erwerber durch Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechte im Kaufvertrag absichern.¹³

2. Gewährleistung und Freistellung

a) Gesetzliche Gewährleistung

Im Falle eines Mangels der Kaufsache sind beim Unternehmenskauf in Form des Asset- oder Share Deal für Sach- und Rechtsmängel unterschiedslos die gesetzlichen Rechtsfolgen der Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 1, 439 BGB), des Rücktritts (§§ 437 Nr. 2, 440, 323 Abs. 1 BGB), der Minderung (§§ 437 Nr. 2, 441 Abs. 1 BGB) und des Schadens- oder Aufwendungsersatzes (§§ 437 Nr. 3, 440, 281 BGB) grundsätzlich anwendbar.¹⁴

Da die gesetzlichen Gewährleistungsregelungen jedoch auf einzelne Sachen und Rechte, nicht aber auf Sachgesamtheiten wie ein Unternehmen abstellen, werden sie den Besonderheiten des Asset- und Share Deals nicht gerecht.¹⁵

b) Individualvertragliche Gewährleistung und Garantien

In der M&A-Praxis hat man sich daher weitgehend von den gesetzlichen Gewährleistungsregelungen gelöst. Stattdessen werden die Vertragsparteien ihren Bedürfnissen regelmäßig dadurch gerecht, dass sie die Haftungsvoraussetzungen durch selbstständige Garantien (§ 311 Abs. 1 BGB) regeln und daneben die Rechtsfolgen der Haftung einschließlich der Verjährung privatautonom (§§ 241 Abs. 1, 311 Abs. 1 BGB) festhalten.

Der Käufer hat dabei generell das Bedürfnis nach einem möglichst umfassenden Garantienkatalog und umfassenden Freistellungen. Der Veräußerer hingegen möchte regelmäßig – wenn überhaupt – nur weiche Garantien geben.

Bei Asset- und Share Deal werden daher regelmäßig zum einen umfangreiche Beschaffenheitsmerkmale und sonstige Eigenschaften (Representations and Warranties) des Zielunternehmens in einem Gewährleistungskatalog zusammengefasst als auch darauf aufbauend – abseits dispositiver gesetzlicher Gewährleistungsregelungen – ein eigenständiges Haftungsregime (Independent Guarantees) vereinbart. Des Weiteren werden die Rechtsfolgen für den Fall, dass die Beschaffenheitsmerkmale nicht gegeben sind, fixiert; alles unter Ausschluss oder Einschränkung der gesetzlichen Vorschriften.¹⁶

Je nach Transaktionsform bildet der Gewährleistungskatalog beim Asset- und Share Deal ganz unterschiedliche Themen im Schwerpunkt ab. Beim Asset Deal bilden naturgemäß Vermögensgegenstände, Verbindlichkeiten sowie Verträge und Arbeitsverhältnisse des Zielunternehmens den Schwerpunkt. Beim Share Deal wiederum bezieht sich der Garantienkatalog vor allem auf den Rechtsträger, das heißt die Gesellschaft, die das Unternehmen betreibt. Beim Share Deal – insbesondere bei Kapitalgesellschaften – sind deshalb Garantien von Bedeutung, die den Bestand und die rechtlichen Verhältnisse der Zielgesellschaft betreffen, etwa die vollständige Einzahlung des Stamm- oder Grundkapitals bei Gründung oder Kapitalerhöhung oder das Fehlen von Insolvenzgründen.¹⁷

Daneben können – unbeachtlich der Transaktionsform und je nach der Eigenart des zum Verkauf stehenden Zielunternehmens – Themen wie etwa Jahresabschlüsse, Steuern, Grundbesitz, gewerbliche Schutzrechte, Know-how, Informationstechnologie (geistiges Eigentum), wesentliche Verträge, Genehmigungen und Rechtsvorschriften, Arbeitnehmer, Versicherungen, Rechtsstreitigkeiten, Umwelt, ordentlicher Geschäftsverlauf, wesentliche Verschlechterung und die Vollständigkeit der Informationen Gegenstand des Gewährleistungskataloges sein.¹⁸

Nach Art und rechtlichem Umfang können die selbstständigen Garantien „hart“ oder „weich“ ausgestaltet sein. Harte Garantieerklärungen sind

solche, bei denen der Veräußerer uneingeschränkt für die objektive Richtigkeit der von ihm abgegebenen Garantie einsteht. Bei der weichen Garantieerklärung hingegen will der Veräußerer nur bei subjektiver Kenntnis oder Unkenntnis eines Gewährleistungsfalles eintreten müssen.¹⁹

In der Praxis steht der Haftungsübernahme durch den Veräußerer regelmäßig eine Beschränkung der Rechtsfolgen im Garantiefall gegenüber, etwa hinsichtlich einer Untergrenze für Bagatellgarantiefälle (De minimis-Clause), einer Obergrenze (Cap), hinsichtlich der Zeitdauer der vom Veräußerer geschuldeten Gewährleistung oder betreffend Rücktrittsmöglichkeiten.²⁰

Da die gesetzliche Rechtsfolge (in erster Linie der Erfüllungsanspruch des Käufers) in der Praxis meist weder praktikabel noch interessengerecht ist, werden neben den Garantiefällen regelmäßig auch die konkreten rechtlichen Folgen bei Eintritt eines Garantiefalles im Unternehmenskaufvertrag privatautonom geregelt. In den individuellen Rechtsfolgen wird daher vereinbart, welche vertraglichen Ansprüche dem aus der Garantie begünstigten Vertragspartner (in der Regel der Käufer) im Garantiefall aus der Garantie gegenüber demjenigen zustehen sollen, der die Garantie eingeräumt hat (in der Regel der Verkäufer), und welche gesetzlichen Ansprüche ausgeschlossen sein sollen. Als vertragliche Rechtsfolgen kommen neben Erfüllungs- oder Schadensersatzanspruch auch der Anspruch auf Kaufpreisminderung und – selten – der Rücktritt vom Vertrag in Betracht. Weiterhin können Vertragsstrafen vereinbart werden sowie eine Kombination der vorgenannten Rechte bis hin zu einem Wahlrecht zwischen diesen Rechten.²¹

c) Freistellung

Unter Umständen ist der Veräußerer nicht dazu bereit, gegenüber dem Erwerber bestimmte vertragliche Garantien abzugeben. Kommt es dem Erwerber aber darauf an, sich vor konkreten, im Rahmen der Due Diligence bekannt gewordenen, Risiken (z.B. schwebende Rechtsstreitigkeiten, Umweltrisiken, Altlasten, Steuerverbindlichkeiten) zu schützen, ist dem Käufer zu raten, anstelle vertraglicher Garantien eine Freistellung (Indemnification) von zukünftigen Zahlungspflichten der Zielgesellschaft, deren Höhe bei Vertragsschluss meist noch unbekannt ist, zu vereinbaren. Der rechtliche Unterschied zur vertraglich vereinbarten Garantie ist, dass der Erwerber keinen Erfül-

lungsanspruch gegen den Veräußerer hat, sondern nur einen Anspruch darauf, mit bestimmten Risiken des Zielunternehmens, die ihre Ursachen in der Zeit bis zum Übergangsstichtag haben, wirtschaftlich nicht belastet zu werden. Wie die vertragliche Garantie ist die Freistellungsverpflichtung verschuldensunabhängig.²² Generell gilt, dass abstrakte Risiken in Form selbstständiger Garantien gemäß § 311 Abs. 1 BGB abgefangen werden, während für bereits konkretisierte Risiken eine Freistellungsvereinbarung getroffen wird.²³

3. Vertragsabschluss und -vollzug

Mit Abschluss des Unternehmenskaufvertrages (Signing) wird grundsätzlich die volle rechtliche Bindung der Vertragsparteien herbeigeführt. Entsprechend der anglo-amerikanischen M&A-Rechtspraxis wird jedoch auch in Deutschland zunehmend die eigentliche Vertragsabwicklung bzw. die Erfüllung der sich aus dem Signing ergebenden Übertragungspflichten (Closing) auf einen späteren Zeitpunkt verlegt. Das Closing stellt dabei typischerweise die Lieferung des Unternehmens im Sinne eines zentralen Abwicklungs- und Zäsurpunktes dar, an dem die Unternehmensübertragung vollzogen wird, also der dingliche Rechtsübergang erfolgt, und der Erwerber die Leitungsgewalt und unternehmerische Verantwortung über das Zielunternehmen bekommt.²⁴

Signing und Closing können, müssen aber nicht, zeitlich zusammenfallen. Bei kleineren Transaktionen ist das meist der Fall. Im Falle von bedeutenden Transaktionen, gerade bei solchen mit Auslandsbezug, findet eine Trennung von Signing und Closing jedoch regelmäßig statt.²⁵ Closing bedeutet dabei aber weniger die Festlegung eines Stichtages als vielmehr die zusammenfassende Umschreibung der individuell vereinbarten und an jenem Tag vorzunehmenden Rechtshandlungen (Closing Conditions), ohne deren Eintritt der Vollzug des Unternehmenskaufvertrages nicht stattfindet. Solche Closing Conditions können etwa kartellrechtliche Freigaben, Verzichte oder Nichtausüben von Vorkaufsrechten, Erteilung erforderlicher Zustimmungen, Gremienvorbehalte, Erteilung von Testaten, der Abschluss von Verträgen und die Durchführung sonstiger erforderlicher Maßnahmen zur Vorbereitung und Überleitung des Zielunternehmens sein.²⁶

Die am Tag des Closing dann entsprechend vorzunehmenden Rechtshandlungen (Closing Actions)

können dann etwa die Kaufpreiszahlung, die Übergabe (Besitzwechsel), die Anzeige der Anteilsübertragung (§ 16 GmbHG), die Vorlage der Freigabeerklärung des Bundeskartellamts, die Feststellung der Ergebnisse von Zwischenprüfungen und Abschlüssen, die Abgabe von vertraglich vereinbarten Erklärungen der Vertragsparteien sowie die Übergabe von Bürgschaftserklärungen sein.²⁷

Zwischen Signing und Closing werden dem Veräußerer meist noch Handlungspflichten bzw. Beschränkungen (Covenants) auferlegt, die das Wertinteresse des Erwerbers schützen sollen. Typische Covenant ist etwa die Veräußerer-Garantie, das Zielunternehmen nur im gewöhnlichen Geschäftsgang fortzuführen. Daneben wird regelmäßig vereinbart, es etwa - ohne die Zustimmung des Erwerbers - zu unterlassen, das Zielunternehmen zu liquidieren, Anteile daran anderweitig zu veräußern, dessen Gesellschaftsvertrag bzw. Satzung zu ändern oder dessen Gewinne auszuschütten.²⁸

4. Haftung für Altverbindlichkeiten

Da der Abschluss des Unternehmenskaufvertrages grundsätzlich zur Folge hat, dass der Erwerber in die zum Zeitpunkt des Unternehmensübergangs bestehende Rechtsstellung des Veräußerers eintritt, kann sich daraus - vorbehaltlich einer anderen vertraglichen Vereinbarung - ergeben, dass der Erwerber für Altverbindlichkeiten des übernommenen Unternehmens haftet, beziehungsweise eine Haftung des Veräußerers aus gesetzlichen Vorschriften fortbesteht.²⁹

a) Haftung für Altverbindlichkeiten beim Asset Deal

Beim Unternehmenskauf im Wege des Asset Deal kommt eine Haftung des Erwerbers auch für solche Verbindlichkeiten in Frage, die nicht ausdrücklich vertraglich übernommen wurden. Eine solche Haftung kommt vor allem hinsichtlich der Haftung des Erwerbers eines Handelsgeschäfts im Falle der Firmenfortführung (§ 25 Abs. 1 Satz 1 HGB), des Eintritts in die Arbeitsverhältnisse bei Betriebsübergang (§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB) sowie für entstandene Betriebssteuern (§ 75 Abs. 1 Satz 1 AO) in Betracht.³⁰

b) Haftung für Altverbindlichkeiten beim Share Deal

Da beim Share Deal der Erwerber der Zielgesellschaft nur zum neuen Inhaber des Unternehmens wird, während die Zielgesellschaft als Rechtsträger unverändert bleibt, verbleiben auch etwaige Verbindlichkeiten der Zielgesellschaft bei ihr, die der Erwerber jedoch wirtschaftlich zu tragen hat.

Eine Haftung für Altverbindlichkeiten kann sich aber beim Share Deal im Rahmen des Kaufs von Personengesellschaften oder Beteiligungen an Kapitalgesellschaften ergeben, vor allem beim Eintritt eines Gesellschafters in eine OHG (§ 130 Abs. 1 i.V.m. §§ 128, 129 HGB), dem Eintritt eines Komplementärs in eine KG (§ 161 Abs. 2 HGB i.V.m. §§ 130 Abs. 1, 128, 129 HGB), dem Eintritt eines Kommanditisten in eine KG (§ 173 Abs. 1 HGB i.V.m. §§ 171, 172 HGB), dem Eintritt eines Gesellschafters in eine GbR (§ 130 HGB analog), sowie dem Kauf von GmbH-Geschäftsanteilen beziehungsweise ausstehenden Stammeinlagen und anderen rückständigen Leistungen (§ 16 Abs. 2 GmbHG) und dem Kauf von Aktien bzw. ausstehender Einzahlungen der Einlage (§ 54 AktG).

B. Auswirkungen für die Praxis

Schon bei den in diesem kurzen Beitrag dargestellten, sich typischerweise beim Unternehmenskauf ergebenden Anforderungen wird klar: Unternehmenskauf ist eine anspruchsvolle Materie, die eine gewisse anwaltliche Spezialisierung erforderlich macht.

Der hohe organisatorische Aufwand, der oft gegebene Auslandsbezug sowie die Zusammenarbeit mit in anderen Rechtsgebieten tätigen Rechtsanwälten und sonstigen M&A-Beratern machen die Prüfung des Unternehmens, den Entwurf des Legal Due Diligence-Berichts sowie des Unternehmenskaufvertrages dabei aber zu einem ebenso interessanten wie abwechslungsreichen anwaltlichen Tätigkeitsgebiet.

C. Literaturempfehlungen

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

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

Seibt, Beck'sches Formularbuch Mergers & Acquisitions, 3. Aufl. 2018.

- 1 Vgl. Stroschein/Makowka, AnwZert HaGesR 21/2018 Anm. 1 (Teil 1) und Stroschein/Makowka, AnwZert HaGesR 22/2018 Anm. 1 (Teil 2), Stroschein/Makowka, AnwZert HaGesR 3/2019 Anm. 1 (Teil 3).
- 2 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.
- 3 Vgl. Stroschein/Makowka, AnwZert HaGesR 3/2019 Anm. 1.
- 4 BGH, Urt. v. 15.03.1995 - IV ZR 25/94 - BB 1995, 1053, 1053 f.
- 5 Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf, Unternehmensverkauf: zivil- und steuerrechtliche Gestaltungspraxis, München 2003, S. 164; Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 15. Aufl. 2017, S. 93.
- 6 Holzapfel/Pöllath, S. 478.
- 7 Vorherrschend werden Zielunternehmen heute nicht aus der Summe der Werte der einzelnen Unternehmensgegenstände (Einzelbewertungsverfahren), sondern nach Ertragswertgesichtspunkten bewertet. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit kann durch verschiedene Gesamtbewertungsverfahren bestimmt werden, etwa durch sog. kapitalwertbasierte Verfahren wie das Ertragswertverfahren oder das bei großen Transaktionen international übliche Discounted Cash Flow-Verfahren bzw. durch sog. Marktvergleichs-Verfahren; vgl. Picot in: Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung, 4. Aufl. 2013, S. 96 ff.; Kästle/Oberbracht, Unternehmenskauf - Share Purchase Agreement, 3. Aufl. 2018, S. 72 ff.
- 8 Holzapfel/Pöllath, S. 483; Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, S. 165.
- 9 Holzapfel/Pöllath, S. 483; Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, S. 165.
- 10 Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, S. 176, Holzapfel/Pöllath, S. 484.
- 11 Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, S. 182; Picot in: Picot, S. 111.
- 12 Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, S. 182; Picot in: Picot, S. 111.
- 13 Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, S. 184; Picot in: Picot, S. 111; Holzapfel/Pöllath, S. 497.
- 14 Holzapfel/Pöllath, S. 364 ff.
- 15 Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, S. 254; Picot in: Picot, S. 154.
- 16 Holzapfel/Pöllath, S. 389; Picot in: Picot, S. 159.
- 17 Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, S. 264.
- 18 Holzapfel/Pöllath, S. 389 ff.; Picot in: Picot, S. 156 f.
- 19 Picot in: Picot, S. 158; Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, S. 261 f., 268 f.
- 20 Holzapfel/Pöllath, S. 389; Picot in: Picot, S. 159; Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, S. 282 ff.
- 21 Picot in: Picot, S. 159 f.
- 22 Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, S. 262 f.
- 23 Elfring, JuS, Beilage 2007, 3; 6.
- 24 Böx in: Hettler/Stratz/Hörtnagl, Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2013, S. 68; Holzapfel/Pöllath, S. 36.
- 25 Böx in: Hettler/Stratz/Hörtnagl, Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf, S. 68; Holzapfel/Pöllath, S. 36.
- 26 Holzapfel/Pöllath, S. 36; Picot in Picot, S. 211.
- 27 Holzapfel/Pöllath, S. 37; Böx in: Hettler/Stratz/Hörtnagl, S. 68 f.
- 28 Kästle/Oberbracht, S. 156, 262 f.; Hanke/Socher in: NJW 2010, 1576, 1577.
- 29 Picot in Picot: S. 167.
- 30 Picot in: Picot, S. 167; Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, S. 292 ff.