

Haftung beim Unternehmenskauf

Transaktionsanwälte im Verhandlungsprozess

Einleitung

In Verhandlungen von Unternehmenskaufverträgen ist die Haftung des Veräußerers einer der wichtigsten Verhandlungspunkte. Die Identifikation gegenwärtiger und künftiger Risiken und ihre Allokation zu dieser oder jener Vertragspartei ist Aufgabe spezialisierter Transaktionsanwälte, die schon früh in den Verkaufsprozess einbezogen werden.

Unternehmenskäufe werden entweder als *Share Deal* (Übertragung von Gesellschaftsanteilen) oder seltener als *Asset Deal* (Übertragung einzelner Vermögensgegenstände und Rechte) durchgeführt. Für solche Transaktionen enthält das BGB keine speziellen Regeln, es gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 433 ff. BGB. Das tendenziell käuferfreundlich ausgestaltete gesetzliche Gewährleistungsrecht wird dem Bedürfnis nach Interessenausgleich beim Unternehmenskauf indes nicht gerecht.

Das zeigt sich exemplarisch am Vorrang der **Nacherfüllung**. Die Beseitigung eines gesamterheblichen Mangels eines Unternehmens ist nicht oder nur unter unververtretbarem Zeit- und Kostenaufwand möglich, die Nachlieferung eines mangelfreien Unternehmens scheitert an der Einzigartigkeit des Kaufgegenstandes. Als Nacherfüllungsfrist müsste man eine angemessene Zeit von mehreren Monaten setzen. Eine Rückabwicklung ist wegen der teils erheblichen Veränderungen des Unternehmens in der Zwischenzeit ebenfalls schwierig durchführbar und regelmäßig von den Parteien nicht gewollt.

In der Praxis unterwirft man daher Unternehmenskäufe nach anglo-amerikanischem Vorbild hinsichtlich der Verkäuferhaftung einer abschließenden vertraglichen Regelung. Solche Verträge werden selbst bei Inlandstransaktionen häufig in englischer Sprache abgefasst, insbesondere wenn die Akquisitionsförderung des Käufers durch ausländische Banken gestellt wird. Fundierte, möglichst im Ausland erworbene Englischkenntnisse sind daher für den Berufseinstieg in der M&A Praxis unerlässlich.

1. Garantien

Risiken, die sich bereits realisiert haben, berücksichtigen der Käufer schon im Vorfeld der Verhandlungen

durch einen Kaufpreisabschluss. Für Risiken, die er im Rahmen seiner vorvertraglichen Unternehmensprüfung (**Due Diligence**) identifiziert hat, von denen er aber noch nicht sicher weiß, ob sie sich realisieren werden (z.B. vermutete Umweltverschmutzungen), verlangt er vom Verkäufer eine Freistellung. Der Käufer argumentiert, dass er seinen Kaufpreis für ein mangelfreies Unternehmen bezahle. Wirtschaftlich müsse der Verkäufer das Realisationsrisiko tragen und den Käufer insoweit von jeglicher Haftung freistellen. Gegen unbekannte (abstrakte) Risiken versucht sich der Käufer durch Garantien des Verkäufers abzusichern. Der Käufer argumentiert, da seine Unternehmensprüfung nie allumfassend sein könne, erfahre er erst nach dem Erwerb, ob das gekaufte Unternehmen sein Geld wert sei. Der Verkäufer müsse daher als Gegenleistung garantieren, dass das Unternehmen die festgelegten Eigenschaften habe.

1.1 Inhalt der Garantien

Garantien in Unternehmenskaufverträgen werden meist als selbständige verschuldensunabhängige Garantien (§ 311 Abs. 1 BGB) ausgestaltet. Ihr Gegenstand und Umfang richtet sich nach den jeweiligen Eigenheiten des Zielunternehmens. Häufig anzutreffende Garantien betreffen die Existenz und Lastenfreiheit der verkauften Gesellschaftsanteile, Richtigkeit der Jahresabschlüsse, Inhaberschaft und Lastenfreiheit von gewerblichen Schutzrechten, Eigentum, Lastenfreiheit und Gebrauchsfähigkeit des Sachanlagevermögens, Wirksamkeit wesentlicher Verträge, die ausreichende Versicherung des Zielunternehmens, die Freiheit des Unternehmens von Umweltrisiken, Nichtexistenz von Rechts- oder Verwaltungsstreitigkeiten und das Vorliegen öffentlich-rechtlicher Genehmigungen.

Einen allgemeingültigen Garantienkatalog gibt es nicht. Es ist vielmehr Aufgabe des Transaktionsanwalts, die Risiken des jeweiligen Unternehmens zu identifizieren und durch Garantien abzusichern. Oftmals ist dafür Expertise in rechtlichen Randbereichen erforderlich. So wird ein Transaktionsanwalt zum Beispiel nicht ohne weiteres beurteilen können, ob ein Pharmaunternehmen über alle öffentlich-rechtlichen Genehmigungen für die Erprobung eines neuen Medikaments verfügt. Er wird daher Kollegen aus ande-

Die Autoren

Dr. Frank Thiäner und Christian Rodorff, LL.M. sind Rechtsanwälte im Münchner Büro von P+P Pöllath + Partners. Dr. Frank Thiäner ist Partner im Bereich Mergers & Acquisitions mit Tätigkeitsschwerpunkten im Bereich Private Equity, Joint Ventures und gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen. Christian Rodorff, LL.M. ist Associate im Bereich Mergers & Acquisitions und Venture Capital.

P+P Pöllath + Partners konzentriert sich nur auf die zwei Arbeitsgebiete (nicht: „Rechtsgebiete“), in den wir den „Stand der Technik“ („Best Practice“) kennen – aus eigener Tätigkeit in Beratung, Unternehmen und Verwaltung. Dies sind Transaktionen (Private Equity, M & A, Venture Capital, Immobilien) und Asset Management (Kapitalanleger, Nachfolge, Family Office). Von Venture Capital-Finanzierungen bis zu Buy-Outs mit einem Volumen von mehreren Milliarden Euro arbeiten wir in flexiblen Teams von zwei bis zwanzig Anwälten an den Standorten München, Berlin und Frankfurt am Main.

ren Bereichen konsultieren. Stellt sich dann heraus, dass bestimmte Genehmigungen fehlen, wird dieser Minderwert des Unternehmens in der Regel einen Kaufpreisabschlag rechtfertigen. Die Untersuchungen der beteiligten Anwälte sind also unmittelbar kaufpreisrelevant. Stellt sich heraus, dass die Rücknahme einer Genehmigung droht, zum Beispiel weil ein behördliches Untersuchungsverfahren läuft, wird sich der Käufer gegen dieses Risiko durch eine Freistellung absichern. Findet der Anwalt keinen Mangel und keine konkret drohende Gefahr, besteht gleichwohl das (abstrakte) Risiko, dass das Zielunternehmen nicht über alle erforderlichen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen verfügt. Auch in diesem Fall würde der Käufer einen zu hohen Kaufpreis bezahlen. Daher lässt er sich vom Verkäufer im Beispielsfall garantieren, dass das Unternehmen bei Vollzug des Unternehmenskaufvertrages über alle notwendigen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen verfügt. Stellt sich später die Unrichtigkeit der Garantie heraus, kann der Käufer vom Verkäufer Schadenersatz verlangen – wirtschaftlich ebenfalls eine nachträgliche Kaufpreiskorrektur.

Basierend auf Erfahrungen und den Ergebnissen der Due Diligence hat der Erwerber eine konkrete Vorstellung davon, über welche Eigenschaften das Zielunternehmen verfügen muss, damit es erfolgreich weitergeführt werden kann. Bei einer Zeitarbeitsfirma mag es etwa auf die Ausgestaltung der Arbeitnehmerüberlassungsverträge ankommen, bei einem Chemieunternehmen hingegen auf das Vorliegen aller umweltrechtlichen Genehmigungen. Oft werden auch erst durch die Due Diligence Mängel des Unternehmens aufgedeckt, die im Vorfeld der Transaktion beseitigt werden müssen. Nicht selten sind beispielsweise Anteilsübertragungen in der Vergangenheit fehlgeschlagen, das heißt, der Verkäufer ist (zu seiner eigenen Überraschung!) gar nicht Inhaber der zum Verkauf stehenden Gesellschaftsanteile. Der Käuferanwalt wird dann darauf bestehen, dass diese Anteilsübertragungen nachgeholt oder geheilt werden.

Oftmals fällt es dem Verkäufer schwer, uneingeschränkte Garantien über bestimmte Verhältnisse seines Unternehmens abzugeben. Er argumentiert damit, dass ihm bis zur Vertragsunterzeichnung jedenfalls nichts Gegenteiliges bekannt geworden ist. Falls dies für den Käufer akzeptabel ist, wird manchmal vereinbart, dass bestimmte Garantien „nach bester Kenntnis“ des Verkäufers abgegeben werden. Zwischen den Parteien ist dann regelmäßig streitig, was „beste Kenntnis“ bedeutet, insbesondere ob sie

nur „positive Kenntnis“ des Verkäufers umfasst oder auch „grob fahrlässige Unkenntnis“. Im Ergebnis geht es dabei wieder um die Allokation von unbekanntem (abstraktem) Risiken zwischen den Parteien und damit um die Angemessenheit des Kaufpreises.

Nach Festlegung der zu garantierenden Eigenschaften ist zu entscheiden, auf welchen Zeitpunkt die Garantien abgegeben werden. In Frage kommen der Abschluss des Kaufvertrages (*Signing*) und der Moment der dinglichen Übertragung der Vermögenswerte (*Closing*). Dazwischen liegen in vielen Fällen, zum Beispiel wegen einzuholender kartellrechtlicher Freigaben, mehrere Monate. Der Verkäufer wird, wenn er auf die weitere Entwicklung keinen Einfluss hat (Beispiel: Rechtsstreitigkeiten), Garantien nur auf den Zeitpunkt des Signing akzeptieren. Der Käufer wiederum wird darauf bestehen, dass für ihn unabdingbare Umstände (z.B. Eigentum des Verkäufers an den zu verkaufenden Gesellschaftsanteilen und ihre Lastenfreiheit) zum Signing und zum Closing garantiert werden.

1.2 Rechtsfolgen von Garantieverletzungen

a. Naturalrestitution

Die Parteien haben zunächst ein Interesse daran, den geschuldeten Zustand herzustellen (Recht des Käufers auf Naturalrestitution). Das ist sachgerecht, weil der Verkäufer dem Geschäftsbetrieb des Unternehmens unmittelbar nach Closing noch recht nahe steht und er Mängel deswegen häufig leicht abstellen kann. Als Frist für die Naturalrestitution werden meistens zwischen 2 Wochen und 4 Monaten vereinbart. Gelingt die Herstellung des geschuldeten Zustands nicht, muss der Verkäufer dem Käufer Schadenersatz in Geld leisten.

b. Schadenersatz in Geld

Aus Sicht des Käufers ist es erstrebenswert, dass der Schadenersatzanspruch umfassend als Haftung auf das positive Interesse ausgestattet ist. Der Verkäufer hingegen möchte möglichst nur eingeschränkt haften. Die Parteien verhandeln daher regelmäßig darüber, ob zum Beispiel mittelbare Schäden, Mangelfolgeschäden, entgangener Gewinn und interne Verwaltungskosten des Käufers und der Zielgesellschaften ersatzfähig sind.

c. Aufgriffsschwelle („De Minimis-Betrag“)

Insbesondere wenn der Verkäufer dem Wunsch des Käufers nach möglichst objektiven (d.h. nicht durch „beste Kenntnis“ qualifizierten) Garantien nachgegeben hat, möchte er sicherstellen, dass der Käufer

Stichworte

Nacherfüllung
Due Diligence
Risikoallokation
De Minimis-Grenze
caveat emptor-Prinzip

nicht wegen jedes kleinen Garantieverstoßes auf den Verkäufer zurückgreift. Aus diesem Grund vereinbaren die Parteien gewöhnlich mehrere Schranken, die entweder auf Tatbestandsseite die Existenz oder auf Rechtsfolgenreise die Geltendmachung von Garantieverletzungen ausschließen.

Zunächst wird eine Aufgriffsschwelle gewählt, die oft auch als „De Minimis-Grenze“ bezeichnet wird. Danach hat der Käufer keine Ansprüche, wenn der durch die Garantieverletzung entstehende Schaden einen bestimmten Mindestbetrag nicht überschreitet. Hier werden je nach Transaktionsgröße oft Beträge zwischen 5.000 und 50.000 Euro vereinbart. In diesem Zusammenhang müssen sich die Parteien dann auch darüber einigen, was passiert, wenn der vereinbarte Betrag überschritten wird: Muss der Verkäufer dann den gesamten Schaden ersetzen (sog. Freigrenze) oder nur den Betrag, der den Schwellenwert überschreitet (sog. Freibetrag)? Letzteres ist wirtschaftlich eine Kaufpreisreduzierung, weil der Käufer den Schaden bis zum De Minimis-Betrag selbst trägt.

d. Threshold oder Basket

Um die Geltendmachung von Garantieansprüchen weiter zu erschweren (und die Abgabe objektiver Garantien zu erleichtern), einigt man sich meistens noch auf einen zweiten Schwellenwert, der als *Threshold* oder *Basket* bezeichnet wird: Der Käufer soll nämlich nur dann Garantieansprüche haben, wenn die Summe aller Ansprüche, die die Aufgriffsschwelle übersteigen, einen zweiten Schwellenwert erreicht. Dieser Schwellenwert kann je nach Transaktionsgröße zum Beispiel zwischen 10.000 und 1.000.000 Euro liegen. Der Verkäufer haftet also nur, wenn ein sehr großer oder mehrere größere Schadensfälle auftreten. Auch hier ist zu regeln, ob der Verkäufer bei Überschreiten des Threshold den vollen Schadenersatz schuldet oder nur den übersteigenden Betrag.

e. Haftungshöchstbetrag („Cap“)

Der Verkäufer möchte naturgemäß die Gewissheit haben, dass seine Verpflichtung zum Schadenersatz betragsmäßig limitiert ist. Bei grundlegenden Garantien, zum Beispiel über die Inhaberschaft und Lastenfreiheit der veräußerten Gesellschaftsanteile, wird die Haftung entweder nicht oder auf den Gesamtkaufpreis begrenzt. Dahinter steht die Überlegung, dass der Käufer bei Unrichtigkeit dieser Garantien die geschuldete Gegenleistung rechtlich oder wirtschaftlich gar nicht erhalten hat und dann seinen Kaufpreis zurückverlangen kann. Hinsichtlich

der Verletzung der übrigen Garantieverprechen vereinbaren die Parteien einen an den Kaufpreis gekoppelten Haftungshöchstbetrag, üblich sind zum Beispiel 10 bis 30 Prozent der Kaufpreissumme. Um Aufgriffsschwelle, Threshold und Haftungshöchstbetrag wird oftmals heftig gerungen.

f. Verjährung

Für Garantien, die Eigentum und Lastenfreiheit der Gesellschaftsanteile und andere elementare gesellschaftsrechtliche Verhältnisse betreffen (sog. Title-Garantien), sind Verjährungsfristen von 15 bis 20 Jahren nicht ungewöhnlich. Für Ansprüche wegen der Verletzung der meisten anderen Garantien werden normalerweise Verjährungsfristen von 12 bis 36 Monaten vereinbart. Als Daumenregel gilt, dass der Erwerber nach zwei Bilanzstichtagen weiß, ob das von ihm erworbene Unternehmen über die geschuldeten Eigenschaften verfügt. Wenn er dem Verkäufer bis dahin keine Garantieverletzung anzeigt, ist es gerechtfertigt, den Verkäufer aus seiner Haftung zu entlassen.

g. Weitere Ausschlussgründe

Der Verkäufer argumentiert, der Käufer soll sich auf eine tatbestandsmäßige Garantieverletzung nicht berufen dürfen, wenn ihm oder seinen Beratern die Garantieverletzung bei Vertragsschluss positiv bekannt war, bzw. wenn er die Umstände, die zu einer Garantieverletzung geführt haben, kannte oder aus den im Rahmen der Due Diligence vorgelegten Unterlagen hätte erkennen können.

Während sich der erste Haftungsausschlussgrund (positive Kenntnis von einer Garantieverletzung bei Vertragsschluss) schon aus dem Grundsatz *venire contra factum proprium* ergibt, sind die anderen Ausschlussgründe Ausfluss des anglo-amerikanischen *caveat emptor-Prinzips*. Danach ist der Käufer selbst dafür verantwortlich, sich über die Umstände und Eigenschaften des Zielunternehmens zu informieren. Das deutsche Gewährleistungsrecht sieht dagegen vor, dass der Verkäufer einen mangelfreien Kaufgegenstand schuldet. In diesem Spannungsfeld müssen die Parteien festlegen, welche Bedeutung die Offenlegung von Unternehmensinformationen im Vorfeld des Vertragsschlusses für die Haftung des Verkäufers hat.

Basierend auf dem Gedanken der Schadensminderungspflicht wird der Erwerber außerdem regelmäßig dazu verpflichtet, sich zur Schadensregulierung zunächst an ersatzpflichtige Dritte (z.B. Versicherungen) zu wenden.

Teilweise kann es sachgerecht sein, die Haftung des Verkäufers auszuschließen, soweit für bestimmte Risiken in der letzten Bilanz des Zielunternehmens Rückstellungen gebildet wurden. Ob ein solcher Haftungsausschluss gerechtfertigt ist, hängt von der Kaufpreiskalkulation ab.

2. Freistellungen

2.1 Inhalt von Freistellungen

Bei der Risikoallokation zwischen Verkäufer und Käufer gibt es risikoträchtige Sachverhalte, die eindeutig der einen oder anderen Seite zugeordnet werden können. Soweit diese Risiken eindeutig dem Verkäufer zuzuordnen sind, stellt dieser den Käufer frei.

a. Steuerfreistellung

Zu den genannten Risiken gehört bei fast jedem Unternehmenskauf die Gefahr, dass das Zielunternehmen für Veranlagungszeiträume, in denen der Verkäufer das Unternehmen noch geführt hat, Steuern nachzahlen muss. Diese Nachzahlungspflicht ergibt sich zumeist erst aus Betriebsprüfungen, die nach dem Closing durchgeführt werden. Die Parteien vereinbaren, dass der Verkäufer den Käufer von allen Steuern und steuerlichen Nebenleistungen (§ 3 AO) freistellt, die Veranlagungszeiträume betreffen, die wirtschaftlich dem Verkäufer zuzurechnen sind. Verkauft der Verkäufer sein Unternehmen z.B. mit wirtschaftlicher Wirkung zum 01.01.2010 (0.00 Uhr), dann gehören die zuvor erzielten Gewinne dem Verkäufer, der dementsprechend auch bis zu diesem Zeitpunkt die Ertragssteuern auf diese Gewinne zu entrichten hat. Ab dem 01.01.2010 gehören die Gewinne dem Käufer, der ab diesem Zeitpunkt die Steuerlast zu tragen hat. Diese wirtschaftliche Abgrenzung wird nach Closing durch eine entsprechende Steuerfreistellung des Verkäufers umgesetzt.

b. Sonstige Freistellungen

Eine häufig anzutreffende Freistellung betrifft Umweltverschmutzungen. Der Käufer ist nicht bereit, Risiken, die sich aus vermuteten oder bekannten (aber zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht beseitigungspflichtigen) Umweltverschmutzungen ergeben, zu tragen. Tritt später tatsächlich der Freistellungsfall ein, ergibt sich faktisch eine erhebliche Kaufpreisanpassung zugunsten des Käufers. Die Verhandlung solcher Freistellungen gehört wegen ihrer potentiell weitreichenden Konsequenzen zu den anspruchsvollsten Teilen von Kaufvertragsverhandlungen.

2.2 Rechtsfolgen von Freistellungsfällen

Bereits aus dem Wortsinn resultiert, dass Freistellungen im Gegensatz zu Garantien keine Beschränkungen zugänglich sind. Die Risikoverteilung ist eindeutig: Der Verkäufer hat den Käufer von dem betreffenden Risiko freizustellen, das heißt, der Verkäufer hat alles zu tun, damit es erst gar nicht zu einem Schaden kommt. Aufgriffsschwellen, Freigrenzen oder Freibeträge sind in diesem Zusammenhang nicht sachgerecht, vorgesehen werden jedoch Haftungshöchstbeträge. Des Weiteren werden auch für Freistellungen je nach Einzelfall besondere Verjährungsfristen vereinbart. Bei Steuerfreistellungen betragen diese Verjährungsfristen gewöhnlich 3 bis 6 Monate, beginnend mit dem Eintritt der materiellen Bestandskraft des jeweiligen Steuerbescheides.

3. Absicherung von Garantie- und Freistellungsansprüchen

Der Käufer hat ein besonderes Interesse daran, dass jedenfalls ein Teil des Kaufpreises nach Closing für den Ausgleich von Garantie- und Freistellungsansprüchen zur Verfügung steht. Aus diesem Grund wird der Käufer einen Teil des Kaufpreises bis zum Ablauf der Regelgewährleistungsfrist (z.B. 12 bis 36 Monate) einbehalten, auf ein gemeinsames Treuhandkonto von Käufer und Verkäufer einzahlen oder vom Verkäufer eine Bankgarantie zur Absicherung etwaiger Käuferansprüche verlangen. Der Ausgestaltung solcher Sicherungsmechanismen sind kaum Grenzen gesetzt und es ist nicht selten die Kreativität der beratenden Anwälte, die zu einer tragfähigen Lösung für beide Parteien führt.

4. Fazit

Bei Unternehmenskäufen gehört die Haftung des Verkäufers zu den wichtigsten und gleichzeitig streitigsten Punkten der Vertragsverhandlungen. Wirtschaftlich geht es um eine nachträgliche Kaufpreisanpassung. Hier ist ein tiefes Verständnis der marktüblichen Regelungsmechanismen erforderlich, um für den Mandanten einen möglichst guten Kaufpreis zu erzielen. Der Anwalt ist in den Verhandlungen in besonderem Maße als unternehmerisch denkender Berater gefragt. Wer juristisch sorgfältig arbeitet, Interesse an wirtschaftlichen Zusammenhängen hat und bereit ist, sich für seinen Mandanten über das übliche Maß hinaus einzusetzen, könnte daher sein Berufsziel möglicherweise in der Transaktionspraxis einer größeren Wirtschaftskanzlei finden.



Dr. Frank Thiäner und
Christian Rodorff, LL.M., München

Ansprechpartner:
Dr. Frank Thiäner
T 089 / 24 240 322
frank.thianer@pplaw.com

Dr. Christoph Philipp, LL.M.
T 089 / 24 240 223
christoph.philipp@pplaw.com

P+P Pöllath + Partners
Kardinal-Faulhaber-Straße 10
80333 München
www.pplaw.com