



Dr. Alice Broichmann
COUNSEL
P+P PÖLLATH + PARTNERS, München

DR. ALICE BROICHMANN | P+P PÖLLATH+PARTNERS

Beweisführung und Schadensberechnung bei Unternehmenskaufverträgen

Streitigkeiten im Zusammenhang mit Unternehmenstransaktionen (Mergers & Acquisitions) will eigentlich niemand. Aufgrund der doch hohen Kaufpreise kommt es allerdings häufiger als vermutet zu Auseinandersetzungen – von nachvertraglichen Diskussionen über Nachverhandlungen bis hin zu prozessualen Auseinandersetzungen vor einem Gericht oder Schiedsgericht.

Zehn Prozent aller M&A Transaktionen führen im Nachgang zu strittigen Situationen

Neuere Untersuchungen zeigen, dass rund zehn Prozent aller Transaktionen zu Nachverhandlungen führen bzw. in der einen oder anderen Form strittig werden. Rund zwei Drittel der Teilnehmer einer Studie zu M&A-Streitigkeiten gehen für die Zukunft sogar von einer Zunahme von Streitfällen und Nachverhandlungen aus. Hintergrund ist, dass die derzeitigen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen und Compliance-Vorschriften vielen Marktteilnehmern keine Wahl mehr lassen, da sie ansonsten auf meist mehrere Millionen Euro Kaufpreis(-rückforderung) verzichten.

Nach einem langfristigen Erfahrungswert liegt die durchschnittliche Kaufpreisreduktion in der Größenordnung von 5-10%. In der Praxis kommen allerdings auch Kaufpreisanpassungen von 50% und mehr vor. Damit rückt das Thema der Post-M&A-Streitigkeiten immer öfter in den Fokus von Unternehmen, Private Equity-Fonds, Rechts- und Finanzberatern. Auch wenn Streit im Rahmen von M&A-Transaktionen z.B. durch eine intensive Due Diligence und eine ausgezeichnete Rechtsberatung bei der Verhandlung des Kaufvertrags vermindert werden kann, verhindern lässt er sich nicht. – Was tun, damit es nicht zum Streit kommt bzw. wenn es doch soweit kommt?



Kai Schumacher
SENIOR DIRECTOR
ALVAREZ & MARSAL, München

KAI SCHUMACHER | ALVAREZ & MARSAL

Beweisführung bei M&A-Streitigkeiten

Ob man als Kläger in einem Rechtsstreit obsiegt, hängt maßgeblich davon ab, ob man die anspruchsbegründenden Tatsachen darlegen und beweisen kann. Gerade bei komplexen M&A-Streitigkeiten unterschätzen Streitparteien häufig die mit der Beweisführung verbundenen Schwierigkeiten. Wenn der unter Einsatz großer personeller und finanzieller Ressourcen geführte Rechtsstreit nach einem langwierigen Verfahren nur deshalb verloren geht, weil das (Schieds-)Gericht die relevanten Tatsachen nicht als erwiesen erachtet, ist die Enttäuschung groß. Dabei lassen sich schon im Unternehmenskaufvertrag gewisse Weichen stellen, um einem Unterliegen aufgrund von Beweisproblemen vorzubeugen. Hierauf soll nachfolgend näher eingegangen werden.

■ Grundprinzipien der Beweislastverteilung

Nach der allgemein anerkannten Grundregel der Beweislastverteilung trägt der Anspruchsteller die Beweislast für die rechtsbegründenden Tatbestandsmerkmale, und der Anspruchsgegner trägt die Beweislast für die rechtshindernden, rechtsvernichtenden oder rechtshemmenden Merkmale. Dies bedeutet, dass die beweisbelastete Partei

- die Tatsachen so genau vortragen muss, dass sie das Recht als entstanden erscheinen lassen;
- grundsätzlich im Verfahren den Sachverhalt aufklären und die Beweismittel bezeichnen muss;
- im Urteil die Konsequenzen tragen muss, wenn der Sachverhalt an einer Stelle ungewiss bleibt.

■ Besonderheiten bei komplexen M&A-Streitigkeiten

Bei komplexen M&A-Streitigkeiten offenbart sich oft erst bei näherem Hinsehen, dass ihnen nicht nur ein einziger Lebenssachverhalt, sondern unzählige Lebens-

sachverhalte zugrunde liegen, die alle im Detail dargelegt und bewiesen werden müssen. – Behauptet beispielsweise ein Unternehmenskäufer die Verletzung einer vom Verkäufer im Unternehmenskaufvertrag abgegebenen Bilanzgarantie wegen der Unrichtigkeit einer einzelnen Bilanzposition, kann selbige ihre Ursache in vielen unterschiedlichen Einzelsachverhalten haben, welche sodann im Einzelnen beleuchtet werden müssen. Oder wenn ein Unternehmensverkäufer garantiert, dass das Target über 1.000.000 näher definierte Kunden verfügt, genügt es in der Regel nicht, wenn der Käufer zum Nachweis einer Garantieverletzung einen Datenbankauszug vorlegt, aus dem sich eine geringere Kundenanzahl ergibt. Die Datenbank kann schlecht gepflegt sein. Deshalb müssen unter Umständen 1.000.000 Kundenverträge in körperlicher Form vorgelegt und daraufhin überprüft werden, ob sie die Kundendefinition erfüllen. Besonders Garantien, die sich auf ein Massengeschäft beziehen, können unter Beweisgesichtspunkten also problematisch sein.

Um im Streitfall Überraschungen zu vermeiden, sollte die Parteien vor Vereinbarung einer Garantie einen „Reality-Check“ machen und sich fragen, wie die Verletzung bzw. Einhaltung einer Garantie überhaupt nachgewiesen werden kann. Dies gilt vor allem für besonders hart verhandelte und weniger standardisierte Garantien. Hierfür empfiehlt sich die Hinzuziehung eines Prozessrechtlers, der schnell die Fallstricke solcher Garantien erkennt. Er kann auch Tipps geben, wo sich eine ausdrückliche Vereinbarung über die Umkehr der Beweislast anbietet.

■ Beweislastverteilung und Vertragsformulierung

Materiell-rechtlich ergibt sich die Beweislastverteilung im deutschen Recht neben ausdrücklichen gesetzlichen Anordnungen insbesondere aus der Vertragsformulierung. Wenn sich zum Beispiel in einer Anspruchsnorm, deren Tatbestandsvoraussetzungen grundsätzlich der Kläger darlegen und beweisen muss, Formulierungen wie „*es sei denn, dass...*“ oder „*..., wenn nicht...*“ finden, wird dadurch zum Ausdruck gebracht, dass der Beklagte für die durch eine solche Formulierung eingeleitete Ausnahme bzw. Einschränkung darlegungs- und beweispflichtig ist.

In englischsprachigen Verträgen findet man häufig die Konjunktion „*provided that...*“. Hier wird in streitigen Verfahren bisweilen kontrovers diskutiert, ob da-

durch eine Ausnahme zum Ausdruck gebracht werden soll, oder ob es sich vielmehr um eine zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung bzw. eine Bedingung handelt. Im ersteren Falle läge die Darlegungs- und Beweislast beim Beklagten, im letzteren Falle hingegen beim Kläger. Will man Diskussionen hierüber vermeiden, sollte man anstelle von „*provided that...*“ lieber Formulierungen wählen, die an der Beweislastverteilung keinerlei Zweifel lassen.

Die genannten Beispielfälle zeigen, dass schon kleine Formulierungen die Beweislast umkehren können. Bereits im Stadium der Vertragsverhandlungen sollte auch insoweit wiederum ein Prozessrechtler bei der Vertragsformulierung unterstützen, um die spätere Prozesssituation zu optimieren.

■ Nachweis des Parteiwillens

Streit entzündet sich oft auch an der Frage, was die Parteien bei der Vereinbarung einer Vertragsklausel wirklich gewollt haben. Der rechtlich maßgebliche Sinn der Klausel muss dann durch Auslegung ermittelt werden. Dabei ist zunächst vom Wortlaut der Erklärung auszugehen. Beim Wortlaut bleibt ein Gericht aber nicht stehen, sondern es bezieht in einem zweiten Auslegungsschritt die äußeren Begleitumstände bei Abgabe der Erklärung mit ein.¹ In diesem Zusammenhang sind für das Gericht unter anderem der mit dem Rechtsgeschäft verfolgte Zweck sowie die Entstehungsgeschichte einer Vertragsklausel von Interesse.

Deshalb ist es wichtig, den Verhandlungsverlauf stets sorgfältig zu dokumentieren, etwa durch handschriftliche Notizen, Protokolle von Verhandlungen und Conference Calls und die Aufbewahrung von E-Mails und Vertragsentwürfen (sog. „Mark-Ups“). Solche Unterlagen können im Prozess Gold wert sein, weil sich mit ihnen leichter nachweisen lässt, was gewollt war, welche Vertragspartei eine Klausel vorgeschlagen, verhindert oder modifiziert hat, und welche Bedeutung die Klausel letztlich haben sollte. Sie sollten daher unbedingt aufbewahrt werden.

Insbesondere sollte bei der Abfassung der im Vorfeld der Transaktion verfassten Notizen und E-Mails auf sorgfältige und unmissverständliche Formulierungen

¹ Vgl. BGH NJW-RR 2000, 1002, 1003.

geachtet werden. Gerade E-Mail-Verkehr des Managements während des Transaktionsprozesses kann nach dem Closing rasch in die Hände des Käufers geraten. Wenn darin beispielsweise die Rede davon ist, eine Betriebsstätte des Targets sei eine „tickende Zeitbombe“ oder die Risiken eines bestimmten Produkts existenzbedrohend, könnte der Käufer diese „neue Information“ zum Anlass nehmen, hieraus eine arglistige Täuschung des Verkäufers zu konstruieren – auch, wenn die E-Mail in Wirklichkeit einen ganz harmlosen Hintergrund hatte.

■ Nachweis arglistiger Täuschung

Immer häufiger beobachtet man auch Streitfälle, in denen der Unternehmenskäufer geltend macht, er sei vom Verkäufer arglistig – also vorsätzlich – getäuscht worden. Diese Behauptung ermöglicht es dem Käufer, vertraglich vereinbarte Haftungsbeschränkungen (wie z.B. sog. caps und de-minimis-Klauseln) des Unternehmenskaufvertrages auszuhebeln und sich auf zusätzliche gesetzliche Anspruchsgrundlagen zu stützen, die eigentlich vertraglich ausgeschlossen sind. Besonders praxisrelevant sind insoweit Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen (c.i.c.) wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten sowie die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB). Diese kommen bei Vorsatz ins Spiel, weil die Haftung für Vorsatz vertraglich nicht ausgeschlossen werden kann.²

Die Aushebelung der vertraglichen Haftungsgrenzen gelingt dem Unternehmenskäufer allerdings nur dann, wenn er die den Arglisttatbestand begründenden Umstände nachweist. Er muss also entweder darlegen und beweisen, dass der Verkäufer ihn aktiv durch die Abgabe objektiv falscher Erklärungen getäuscht hat, oder – praktisch häufiger – dass der Verkäufer unter dem Druck des Transaktionsprozesses Fragen des potentiellen Käufers „ins Blaue hinein“ und daher falsch beantwortet hat. Wenn der Verkäufer aufklärungspflichtige Tatsachen verschwiegen hat, greifen zugunsten des Käufers gewisse Beweiserleichterungen. Während der Verkäufer behaupten muss, wann und wie er die erforderliche Aufklärung gegeben hat, ist es Sache des Käufers, dieses Vorbringen zu widerlegen.³

² § 276 Abs. 3 BGB.

³ BGH NJW 2001, 64.

Im Falle des Verschweigens aufklärungspflichtiger Tatsachen durch den Verkäufer muss der Käufer insbesondere nachweisen, dass dem Gegner die zu offenbarende Tatsache im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bewusst war.

Wenn also der Käufer mit Hilfe des Vorsatzarguments die vertraglichen Haftungsgrenzen durchbrechen will, ist dies für ihn grundsätzlich nur erfolgversprechend, wenn er den Vorsatz des Verkäufers nachweist. Damit wird ihm mehr abverlangt, als wenn er den Beweis wegen einer vorsätzlichen Pflichtverletzung des Verkäufers nur nach den gesetzlichen Regeln führen muss. Danach muss nämlich der Verkäufer darlegen und beweisen, dass er nicht vorsätzlich gehandelt hat (vgl. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB).

■ Beweissicherung zum Closing

Zum Closing verliert der Unternehmensverkäufer typischerweise den Zugriff auf sämtliche Daten des Zielunternehmens sowie den Zugang zu dessen Mitarbeitern. Damit stehen ihm zugleich wichtige Beweismittel für einen etwaigen Prozess nicht mehr zur Verfügung. Ein Verkäufer sollte daher den Status Quo des Zielunternehmens zum Closing bzw. zu anderen relevanten Stichtagen überprüfen und sorgfältig dokumentieren (sog. *Pre-Closing Due Diligence*). Weiter sollte er sich im Unternehmenskaufvertrag Informations- und Betretungsrechte zusichern lassen, um im Streitfall gewappnet zu sein. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Auskunftspflicht des Käufers gleichwohl begrenzt sein kann, etwa weil der Verkäufer die Informationen zu vertragsfremden Zwecken – z.B. zum Wettbewerb – missbrauchen könnte.⁴ Gegebenenfalls sind solche Informationen dann nur einem zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen vorzulegen.⁵

Der Käufer seinerseits hat mit dem Closing erstmals unbeschränkten Zugang auf das Unternehmen. Er sollte sich hiervon unmittelbar ein Bild machen. Insbesondere sollte er die Einhaltung des Garantiekatalogs aus dem Unternehmenskaufvertrag überprüfen und die Situation stichtagsgenau dokumentieren (sog. *Post-Closing Due Diligence* oder *Price Tests*). Besonders genau unter die Lupe nehmen

⁴ BGH NJW 1966, 1117.

⁵ BGH LM § 260 Nr. 6

sollte er darüber hinaus solche Punkte, die in den Vertragsverhandlungen heftig umkämpft waren und für die der Verkäufer vielleicht gar keine Garantie abgeben wollte. Hier sollte der Käufer sich vergewissern, dass der Verkäufer ihn über die tatsächliche Situation korrekt aufgeklärt hat.

■ Dokumente in der Sphäre des Gegners

Trotz entsprechender Vorkehrungen im Unternehmenskaufvertrag und sonstiger Maßnahmen der Beweissicherung ist nicht auszuschließen, dass es im Prozess ausgerechnet auf solche Dokumente ankommt, die sich in der Sphäre des Gegners befinden. Für den Verkäufer nützliche Unterlagen zur Berechnung einer Kaufpreisanpassung können etwa beim Target liegen, oder umgekehrt können sich für den Käufer hilfreiche Unterlagen, die Aufschluss über falsche Angaben des Verkäufers zum Kaufgegenstand geben, beim Verkäufer befinden.

Hier muss man wissen, dass das Prozessrecht Möglichkeiten bereithält, um den Gegner zur Vorlage solcher Dokumente im Prozess zu veranlassen. Während jedoch die Anordnung einer Dokumentenvorlage im staatlichen Gerichtsverfahren nur in relativ engen Grenzen möglich ist⁶, lassen einzelne Schiedsordnungen die Dokumentenvorlage ohne Einschränkung zu⁷. Gerade in internationalen Schiedsverfahren wird daher häufig auf die *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* zurückgegriffen. Diese versuchen, die unterschiedlichen Ansätze des kontinentaleuropäischen Rechtskreises und des Common Law Rechtskreises im Hinblick auf sog. Discovery-Anordnungen in Einklang zu bringen, indem sie die Dokumentenherausgabe an bestimmte Voraussetzungen knüpfen⁸. Dadurch können ausufernde Discovery-Verfahren, wie man sie aus den USA kennt, vermieden werden.

Sowohl die Auswahl des Streitbeilegungsmechanismus als auch die Ausgestaltung der auf ein Schiedsverfahren anwendbaren Regeln kann daher eine wichtige Weichenstellung sein, um im späteren Verfahren eigene Ansprüche besser darlegen und beweisen zu können und zugleich effizient zu einem Ergebnis zu kommen.

⁶ Vgl. §§ 142, 421 ZPO.

⁷ Vgl. z.B. Art. 27.1 DIS-Schiedsgerichtsordnung; Art. 25.1 ICC-Schiedsgerichtsordnung.

⁸ Vgl. Art. 3 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration.

Der Schadensnachweis in der Praxis

Grundsätzliches Ziel der Schadensermittlung ist es, den Geschädigten so zu stellen, wie er ohne die Schädigung stünde. Dieses relativ einfache Prinzip der Schadensermittlung muss allerdings je nach Jurisdiktion und Kaufvertrag angepasst werden. Und diese Anpassungen können relativ kompliziert sein.

Zudem ist nicht jeder Schaden gleich zu ermitteln und schon gar nicht gleich zu beweisen. Lässt sich beispielsweise eine fehlerhafte Kaufpreisanpassung oder die Verletzung einer Bilanzgarantie noch relativ „problemlos“ anhand der Closing Accounts, Finanzdaten, Jahresabschlüsse und Due Diligence-Unterlagen nachweisen, so wird die Beweisführung bei Verdacht auf Bilanzmanipulation, Betrug oder einer „unrechtmäßig geschönten“ Unternehmensplanung ungleich aufwendiger. In dieser zweiten Kategorie bedarf es neben der regulären Datenuntersuchung zumeist auch investigativer Analysen wie forensischer E-Mail-Reviews und gezielter Interviews der Wissensträger im Transaktionsobjekt. In der Praxis hat schon so manche E-Mail z.B. eines gutgläubigen Buchhalters an einen Kollegen oder eine unbedachte Aussage des Betriebsleiters den Nachweis für eine millionenschwere nachträgliche Kaufpreisreduktion geliefert. Insofern ist es auch aus Verkäufersicht ratsam, die im Rahmen der Transaktion ausgetauschten Dokumente und die damit zusammenhängende Kommunikation möglichst umfassend aufzubewahren.

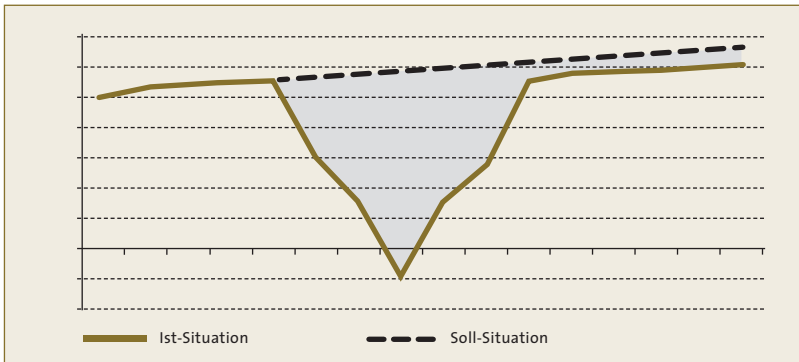
■ Schadensquantifizierung – oftmals falsch berechnet

Ist ein Schaden im Rahmen der M&A-Transaktion entstanden, so stellt sich neben der Beweisführung auch die Problematik der zutreffenden Schadensquantifizierung. Wurde z.B. eine Rückstellungsbildung unterlassen, so gehen selbst einige erfahrene Prozessrechtler noch immer davon aus, dass der Schaden „nur“ die Bilanzunterdeckung darstellt – und zwar Euro-für-Euro. Allerdings führen Zins-effekte, Steuern, Folgeschäden und Schadensminderungen schnell zu tatsächlichen Schäden, die 40% und mehr darüber oder auch darunter liegen können. Gerade bei größeren Bilanzunterdeckungen, die z.B. bei Bilanzierungsfehlern und verletzten Bilanzgarantien in der Praxis sehr häufig anzutreffen sind, ist es ratsam, genauere Ermittlungen im Hinblick auf den Schaden vorzunehmen.

Die am häufigsten angewendete Form der Schadensermittlung ist die „but-for-Analyse“. Sie stellt die Ist-Situation (mit Schädigung) der Soll-Situation (ohne Schädigung) gegenüber. In der nachfolgenden Grafik entspricht der Schaden z.B. der Differenz der Cash-Flows mit und ohne Schädigung (graue Fläche).

But-for-Analyse

Abb. 1



Schaden entspricht der Differenz der Cash-Flows mit und ohne Schädigung (graue Fläche).

Im Zuge dieser Differenzbetrachtung können auch schadenserhöhende und -mindernde Bestandteile wie Steuereffekte, Zinsen, Schadensminderungen oder ähnliches Berücksichtigung finden. Gerade bei größeren Schadenssummen lohnt sich die „but-for-Analyse“ aufgrund ihrer erhöhten Genauigkeit.

Eine Sonderstellung bei M&A-Streitigkeiten nehmen Kaufpreismultiplikatoren ein. Betrifft der Schaden z.B. das EBIT oder EBITDA des Normjahres, mit welchem die Parteien den Kaufpreis mittels EBIT-/EBITDA-Multiplikator abgeleitet haben, so stellt sich immer die Frage, ob der Schaden nur einfach oder gleich mehrfach (in Höhe des Multiplikators) ersetzt werden soll. Nicht nur aus der juristischen Perspektive ist dies eine äußerst spannende Fragestellung. Soweit die Datenlage für einen mehrfach zu vergütenden Schaden spricht, ergibt sich für den Käufer ein nicht zu verachtender Hebeleffekt. Auch relativ unbedeutende EBIT-/EBITDA-Anpassungen haben plötzlich große Schadensersatzsummen zur Folge. Gerade Verkäufer sollten im Kaufvertrag darauf achten, dass sie im Fall der Fälle Schäden nicht gleich mehrfach ersetzen müssen.

Tipps aus der Praxis

Zunächst einmal kann gar nicht genug betont werden, wie wichtig es ist, einen erfahrenen Rechtsberater und Prozessrechtler zur Seite zu haben, der nicht nur Textbausteine zusammenkopiert, sondern vor allem auch die Wechselwirkungen bedenkt und die Weichen für eine bestmögliche Beweislastverteilung im späteren Prozess oder Schiedsverfahren stellt.

Aus Sicht des Käufers schafft es zudem Transparenz, die Ermittlung des Kaufpreises im Kaufvertrag offenzulegen. Aus der Verkäufersperspektive ist der Zugang zu Unterlagen im Streitfall immer wieder ein lästiges Thema. Hier sollte ein guter Unternehmenskaufvertrag bereits entsprechende vorausschauende Vorkehrungen für den Eventualfall enthalten.

Aufgrund der zunehmenden Auseinandersetzungen nach dem Closing ist der Aufbewahrung von Dokumenten und vor allem auch der im Rahmen des Transaktionsprozesses geführten Kommunikation eine immer größere Bedeutung beizumessen. Schließlich scheitern einige Post-M&A-Klagen ausschließlich an den notwendigen Beweisen.

Bei größeren Streitsummen sollten Käufer und Verkäufer immer auch prüfen, ob der Schaden überhaupt zutreffend ermittelt wurde. Wurden Steuereffekte, Zinsen, Schadensminderungen und -erhöhungen einbezogen? – Die Praxis zeigt, dass hier noch ein großer Aufklärungsbedarf besteht.

Es ist davon auszugehen, dass sich der Trend der Wahrnehmung von Rechten aus M&A-Verträgen und der damit verbundenen Streitigkeiten zukünftig weiter verstärken wird. Aufgrund der immensen wirtschaftlichen Bedeutung, die mit vielen dieser Auseinandersetzungen einhergeht, ist dies nur nachvollziehbar und sollte wenig überraschen.

Alice.Broichmann@pplaw.com | kschumacher@alvarezandmarsal.com