

# M&A REVIEW

MERGERS & ACQUISITIONS • Beteiligungen • Allianzen • Restrukturierungen • Divestments • Private Equity

www.ma-review.de

25. Jahrgang

3/2014

## Standpunkt

M&A in den MOEL – ein Plädoyer für eine nüchterne Betrachtung zukünftiger Investments

## Makro

Jahresrückblick 2013 und Ausblick 2014 im deutschen Small Cap M&A-Markt

## Austria Column

Österreichisches Übernahmekarussell kommt weiter nicht in Schwung: ein schwaches Jahr für den M&A-Markt 2013

## Switzerland Column

Schweizer M&A-Markt 2013: Wo sind die Mega-Deals geblieben?

## Recht und Steuern

Wie unrichtige Darstellung in der Rechnungslegung den Deal gefährdet

## Deal des Monats

Vienna Insurance Group tritt in den moldawischen Versicherungsmarkt ein



Strategien und Visionen

**Distributionsallianzen –  
Mit welchem Partner  
Erfolg versprechend?**

GoingPublicMedia

AKTIENGESELLSCHAFT

# Wie unrichtige Darstellung in der Rechnungslegung den Deal gefährdet – der Grundsatz der Bilanzwahrheit in M&A-Disputes

Dr. Hans Schön, Stratagem GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Berlin

## 1. Einleitung

► In heutigen Unternehmenskaufverträgen (Sale and Purchase Agreement – SPA) werden die im BGB normierten Rechte des Käufers auf Gewährleistung und aus vorvertraglicher Pflichtverletzung bis an die Grenzen der Gesetz- und Sittenwidrigkeit ausgeschlossen. Sie werden ersetzt durch ein geschlossenes System von „Reps and Warranties“ und „Basket and Caps“. Dadurch soll ein Schutzschild für den Verkäufer geschaffen und dessen Haftung überschaubar gestaltet werden. Dies wird von der Kautelarpraxis mit einer „fairen“ Risikoverteilung zwischen den Parteien begründet, die das deutsche Vertragsrecht so nicht leisten könne.

Durch den Erwerb von Unternehmen werden aus Käufersicht jedoch nicht nur Werte geschaffen, sondern auch vernichtet. Viele Käufer müssen nach Erwerb feststellen, ein anderes Unternehmen erhalten zu haben als sie erwartet hatten.<sup>1</sup> Wird eine mögliche Wertvernichtung den Käufern, ihren Gesellschaftern und Financiers post-acquisition bekannt, ist guter Rat teuer. Denn die im Vertrag genannten expliziten Zusicherungen (Representations) und Garantien (Warranties) des Verkäufers treffen entweder nicht den durch den Käufer erst post-acquisition aufgedeckten Schaden oder sind durch enge Haftungsgrenzen (Caps) monetär beschränkt.

Bei Verstößen gegen den Grundsatz der Bilanzwahrheit erwachsen dem Käufer jedoch zentrale schuldrechtliche Ansprüche, die die vertragliche Haftungsbegrenzung durchbrechen. Erforderlich sind Nachweise zu Verstößen gegen grundlegende Rechnungslegungsnormen, zur Kausalität des Kaufentschlusses, zum Einbezug der Rechnungslegung in vorvertragliche Verhandlungen und (bedingter) Vorsatz des Verkäufers. Durch forensische Prüfungen dieser Tatbestände kann der Käufer eine scharfe schuldrechtliche Waffe erlangen, die zur Anfechtung des Vertrages ex tunc oder zur Rückabwicklung berechtigt – unter Umständen „in Trümmern“. Das eröffnet post-acquisition eine neue Verhandlungsposition

für den Käufer und kann zum Hochrisikogeschäft für den Verkäufer werden – trotz aller vertraglichen Schutzvorkehrungen.

## 2. Durch Täuschung verursachter Irrtum des Käufers

Grundsätzlich darf jedermann davon ausgehen, dass sich sein künftiger Vertragspartner selbst über die Umstände, die für dessen Vertragsentscheidung maßgeblich sind, sowie über Art und Umfang seiner Vertragspflichten im eigenen Interesse Klarheit verschafft. Schätzt der Käufer Synergien aufgrund eigenständiger Bewertung ohne Verschulden des Verkäufers zu hoch ein, ist dies ein unbeachtlicher Motivirrtum. Dies gilt entsprechend bei nachweisbar objektiven Fehlern des Käufers, die sich zum Beispiel aus methodisch fehlerhafter Due Diligence, Methodenfehlern in Bewertungsmodellen oder selbst verursachten Kalkulationsirrtümern ergeben.

Täuscht der Verkäufer jedoch arglistig beziehungsweise (bedingt) vorsätzlich – für die Bejahung von Arglist reicht Eventualvorsatz aus – über den Zustand des Zielunternehmens und führt dies nachweislich zu einer erhöhten und damit falschen Bewertung, ergeben sich für den Käufer Ansprüche auf Anfechtung des Vertrages und/oder Schadensersatz, §§ 123, 812 Abs. 1, 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB. Wenn die durch §§ 263 ff. StGB gezogenen Grenzen zur verbotenen (Verhandlungs-)„Geschicklichkeit“ überschritten sind, drohen zusätzlich strafrechtliche Sanktionen.<sup>2</sup> Die Täuschung kann auch konkludent erfolgen. Dabei schützt der übliche vertragliche Ausschluss von gesetzlichen Gewährleistungsansprüchen den Verkäufer nicht. Der Käufer kann das Rechtsgeschäft anfechten, falls der Nachweis gelingt, dass die erteilte oder verschwiegene Information für

<sup>1</sup> Vgl. Hübner, BB 2010, S. 1483.

<sup>2</sup> Vgl. Fischer, StGB, 60. Aufl., München 2013, § 263 StGB, Rn. 2.

seinen Kaufentschluss kausal und die Täuschung arglistig war, §§ 123, 124, 142 Abs. 1, 143 i.V.m. 276 Abs. 3 BGB.

Die teilweise vertretene Ansicht, dass bei vertraglicher Beschränkung der Haftung auf Vorsatz zunächst der Käufer den Vollbeweis für Vorsatz erbringen muss, ist mit der gesetzlichen Wertung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB nicht vereinbar.<sup>3</sup> Ist der Käufer durch (bedingt) vorsätzlich falsche oder mangelnde Aufklärung zum Abschluss eines nachteiligen Vertrages veranlasst worden, hat der Verkäufer den Käufer so zu stellen, als hätte dieser die nachteilige Disposition nicht getroffen, §§ 311 Abs. 2 u. 3, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 i.V.m. 276 Abs. 3 BGB. Die Grenzen zwischen grober Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz sind in der Praxis fließend, was die Position des Käufers im Rechtsstreit weiter stärkt. Der Gegner wird dagegen versuchen, ein Mitverschulden des Käufers gemäß § 254 BGB (Missachtung der erforderlichen Sorgfalt) zu begründen, was im Zweifel, zum Beispiel bei völlig mangelhafter Due Diligence, zu einem Erlöschen des Schadensersatzanspruchs führen kann.<sup>4</sup>

Eine Aufklärungspflicht setzt voraus, dass zulasten der anderen Partei (hier des Käufers) ein Informationsgefälle besteht. Dies ist beim Unternehmenserwerb gegeben. Fragen der anderen Partei müssen vollständig und richtig beantwortet werden. Besonders wichtige Umstände, die für die Willensbildung der anderen Partei offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind, müssen ungefragt offenbart werden. Folgende Täuschungen sind Eingriffe in die Dispositionsfreiheit des Käufers und begründen einen Anspruch:<sup>5</sup> falsche Angaben zu Gewinn oder Umsatz; Vorlage einer falschen Bilanz; falsche Informationen über Schulden der Gesellschaft; mangelnde Aufklärung über Fehlbeträge vergangener Jahre; Verschweigen einer erheblichen Schuld, insbesondere Steuerschuld; Verschweigen der desolaten Situation der Gesellschaft; Verschweigen, dass ein Dritter aufgrund seines Patentrechts die weitere Produktion verbieten lassen kann. Die Hürden für Arglistanfechtung

und Schadensersatzanspruch wegen (bedingt) vorsätzlicher Täuschung sind niedrig. Schon bei Abgabe des in M&A-Verträgen üblichen Zusicherungsregimes von „Reps and Warranties“ bewegt sich der Verkäufer im Bereich der Arglist, wenn die Zusicherung nicht den Tatsachen entspricht und der Käufer darüber vor Vertragsabschluss (Signing) nicht aufgeklärt wurde.<sup>6</sup>

### 3. Die Generalnorm – Grundsatz der Bilanzwahrheit

Der Jahresabschluss einer Kapitalgesellschaft muss unter Beachtung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung ein den „tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild“ der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage vermitteln (Generalnorm – Grundsatz der Bilanzwahrheit), § 264 Abs. 2 S. 1 HGB. Der Grundsatz der Bilanzwahrheit stellt die Hauptzielsetzung der europäischen Bilanzrichtlinien dar.<sup>7</sup> Im Rahmen des Grundsatzes der Bilanzwahrheit kommt dem Grundsatz der Vorsicht eine besondere Bedeutung zu, Art. 6 Abs. 1c) Richtlinie 2013/34/EU und EuGH vom 3.10.2013: Es ist *vorsichtig* zu bewerten.<sup>8</sup>

Die Rechnungslegung muss „wahr“ sein, nicht nur sachlich richtig und intersubjektiv willkürfrei, sondern gemäß §§ 242, 666 BGB wahr im Sinne einer ethischen Dimension von Treuepflicht, Rechenschaft und Verantwortung. Es ist europarechtskonform in Ausnahmesituationen von Einzelfallregelungen zur Bilanz oder GuV abzuweichen, wenn nur dadurch dem Grundsatz der Bilanzwahrheit entsprochen werden kann.<sup>9</sup> Zur getreuen Rechnungslegung im Kontext des Unternehmenserwerbs stellt der BGH klar, dass sich der Käufer ►►

<sup>3</sup> Indizien reichen aus: BGH 12.5.2009 – XI ZR 586/07; NJW 2009, S. 2299.

<sup>4</sup> Vgl. Hasselbach/Ebbinghaus, DB 2012, S. 221.

<sup>5</sup> Vgl. Grüneberg, in: Palandt, BGB, 73. Aufl., München 2013, § 311 BGB, Rn. 13, 42.

<sup>6</sup> Vgl. Wächter, M&A Litigation, Köln 2012, S. 225; Jaques, BB 2002, S. 419.

<sup>7</sup> EuGH 3.10.2013, C-322/12, Rn. 31.

<sup>8</sup> EuGH 3.10.2013, C-322/12, Rn. 33; EuGH 27.6.1996, C-234/94, Rn. 18.

<sup>9</sup> EuGH 27.6.1996, C-234/94; EuGH 14.9.1999, C-275/97; Richtlinie 2013/34/EU, Art. 4 Abs. 4.

ein zutreffendes Bild nur anhand der Bilanzen, der Buchführungsunterlagen und ergänzender Auskünfte des Geschäftsinhabers machen kann. In diesem Sinne „repräsentiert“ die Rechnungslegung das Zielunternehmen. Dies rechtfertigt es, dem Verkäufer eine gesteigerte Aufklärungspflicht mit strengem Sorgfaltsmaßstab aufzuerlegen.<sup>10</sup>

Die Feststellung unrichtiger Angaben in der Rechnungslegung erfolgt im Vergleich mit den objektiven, intersubjektiv prüfbaren Tatsachen, nicht mit der subjektiven Vorstellung des Handelnden. Überbewertung von Vermögen, Unterbewertung von Schulden, Bilanzierung von Vermögensgegenständen, die nicht existieren oder nicht zum Vermögen der Gesellschaft gehören, Nichtbilanzierung von Schulden, Verschweigen von Haftungsverhältnissen und sonstigen finanziellen Verpflichtungen sind unrichtige Angaben. Denn auch der Nichtansatz von Schulden und das Weglassen gesetzlich zwingender Angaben in Anhang oder Lagebericht ist ein Verstoß gegen den Grundsatz der Bilanzwahrheit.

Unrichtige Angaben können nicht nur falsche Tatsachenbehauptungen sein, also unrichtige Erklärungen über wertbildende Maßnahmen des Vertragsgegenstandes, sondern auch auf eventuell zutreffenden Tatsachen aufbauende, aber unrichtige Schlussfolgerungen. Dazu zählen Fehlbewertungen, Fehlschätzungen und Fehlprognosen, wenn die Darstellung aus Sicht sachverständiger Dritter schlechthin unvertretbar ist. Durch Angaben, die die tatsächlichen Verhältnisse so undeutlich oder unkenntlich wiedergeben, dass sich der wahre Tatbestand nur schwer oder überhaupt nicht erkennen lässt, werden die sogenannten „drei Lagen“ der Gesellschaft verschleiert. Diese Angaben können zwar in sich „wahr“ sein, bilden aber den darzustellenden objektiven Tatbestand unrichtig ab. Dahinter steht die Herbeiführung eines Irrtums des Adressaten durch gezielte Verschleierungsmanöver – „suggestive Irrtumserregung“.<sup>11</sup> Schon der Versuch ist strafbar, § 263 Abs. 2 StGB.

## 4. Anspruchsbegründung

### 4.1. Bilanz- und Vermögensgarantien

Jahresabschlüsse enthalten Aussagen (Tatsachenbehauptungen) über die rechtskonforme, getreue Abbildung von Geschäftsvorfällen nach einem bestimmten Regelwerk. Jede einzelne Linie in Bilanz, GuV, Kapitalflussrechnung und Eigenkapitalpiegel, jeder einzelne Satz in Anhang, Lagebericht und Segmentbericht ist eine Aussage, die anhand zu prüfender Tatsachen zu verifizieren beziehungsweise zu falsifizieren ist.<sup>12</sup> Durch Vorlage von Jahresabschlüssen erteilt der Verkäufer „Auskünfte in Form von Bilanzen“. Diese Auskünfte sind ihm persönlich zuzurechnen, egal wer die vorgelegten Abschlüsse erstellt oder aufgestellt hat, §§ 278, 276 BGB. Dies kann bei unrichtigen Jahresabschlüssen zur Beja-

hung arglistiger Täuschung und zu Anfechtungsansprüchen des Käufers führen, § 123 Abs. 1 BGB.<sup>13</sup>

Abschlussaussagen garantieren nicht die unmittelbare Existenz von Vermögen und Schulden in der bilanziell ausgewiesenen Höhe. Sie stellen nur die Behauptung auf, dass nach den zum Stichtag gültigen Regeln der anzuwendenden Rechnungslegungsnormen Vermögen und Schulden dem Grunde und der Höhe nach in der Bilanz zum jeweiligen Stichtag regelkonform ausgewiesen sind und ein getreues Bild vermitteln. Mehr sichert auch eine Bilanzgarantie nicht zu. Ein sich geschädigt fühlender Erwerber muss nun einen wesentlichen Regelverstoß zum Bilanzstichtag und Kausalität zwischen diesem Regelverstoß und seiner darauf aufbauenden Disposition – Vertragsschluss beziehungsweise Erwerb zu einem überhöhten Kaufpreis – beweisen. Die Hürde ist niedriger als gemeinhin angenommen, denn der BGH definiert „wesentlich“ als „nicht bedeutungslos aus Sicht des Adressaten“, hier des Käufers.<sup>14</sup> Es muss Beweis erbracht werden über konkrete Geschäftsvorfälle (Tatsachen) und deren regelkonforme und getreue Abbildung (Tatsachenbehauptung) im Jahresabschluss *falsifiziert* werden.

Hat der Käufer allerdings positive Kenntnis von der Unrichtigkeit einer Garantie, ist gemäß § 442 Abs. 1 S. 1 BGB eine Haftung des Verkäufers ausgeschlossen. Dies kann dazu führen, dass der Verkäufer kurz vor Vertragsschluss (Signing) noch schnell eine Datei mit Hinweisen zur Unrichtigkeit der Garantie in den Datenraum legt. Damit wird die Kenntnis des Käufers fingiert. Entsprechendes gilt für Äußerungen in Präsentationen zur Unrichtigkeit einzelner Bilanzposten. Nimmt der Käufer dies hin, ist der Verkäufer exkulpiert. Es ist deshalb dem Käufer zu empfehlen, bei einer Bilanzgarantie § 442 Abs. 1 S. 1 BGB vertraglich auszuschließen. Auch Informationen, die kurz vor Closing zugehen, also nach Vertragsschluss, sollten ausdrücklich nur unter Vorbehalt angenommen werden.<sup>15</sup>

Der Wille der Parteien bei Vertragsabschluss bleibt entscheidend. Es steht den Parteien frei, von anerkannten Bilanzierungsregeln abzuweichen beziehungsweise mögliche Ansatz- und Bewertungswahlrechte einzuschränken. Die Vertragsauslegung hat in erster Linie den von den Parteien gewählten Wortlaut der Vereinbarungen und den diesem zu entnehmenden, objektiv erklärten Parteiwillen zu berücksichtigen.<sup>16</sup> Sämtliche Aussagen zur Rechnungslegung sind daher genau zu dokumentieren.

10 BGH 4.4.2001 – VIII ZR 32/00, NJW 2001, S. 2164.

11 Vgl. Fischer, a.a.O., § 263 StGB, Rn. 28.

12 Als verifiziert gilt, was aufgrund freier richterlicher Überzeugung trotz entsprechender Bemühungen der Gegenseite im Prozess nicht falsifiziert wurde, § 286 Abs. 1 ZPO.

13 BGH 5.10.1973 – I ZR 43/72, DB 1974, S. 231 f.

14 BGH 12.1.1998 – II ZR 82/93, WM 1998, S. 510.

15 Vgl. Jaques, BB 2002, S. 422.

16 BGH 15.10.1997 – VIII ZR 89/96; Wächter, a.a.O., S. 135.

Bilanzgarantien bieten gegenüber dem Grundsatz der Bilanzwahrheit keine zusätzliche Sicherheit, aber erleichtern in Form der objektiven („harten“) Garantie den forensischen Nachweis. Aus Erwerbbersicht ist ergänzend die Vereinbarung einer bilanzunabhängigen, selbstständigen Vermögensgarantie anzustreben i.S.v. „Wir garantieren den Wert der Forderungen von 10 Mio. EUR“, § 311 Abs. 1 BGB – mit klarer Rechtsfolgevereinbarung.

#### 4.2. Sachmängelhaftung

Unternehmen sind eine komplexe Gemengelage von Sachen, Rechten, Beziehungen, Marktanteilen, Chancen, Risiken und unter die „sonstigen Gegenstände“ des § 453 Abs. 1 BGB subsumierbar.<sup>17</sup> Der Jahresabschluss enthält eine Vielzahl von Aussagen (Behauptungen) über den Kaufgegenstand, ist aber nicht der Kaufgegenstand selbst. Man erwirbt nicht den Jahresabschluss des Zielunternehmens in einer bestimmten Form, sondern das Unternehmen, über das der Jahresabschluss intersubjektiv prüfbare Aussagen macht. Andernfalls könnte im Wege der Nacherfüllung gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 BGB schlicht ein „richtiger“ Jahresabschluss nachgeliefert werden.<sup>18</sup>

Der Jahresabschluss enthält Aussagen über den Sollzustand des Zielunternehmens nach einem gesetzlichen Normensystem. Rechnungslegung ist ein ziviler Rechtsakt, der festgestellte Jahresabschluss hat Beweiskraft, § 416 ZPO. Der Käufer hat Anspruch auf einen richtigen Jahresabschluss. Wahrheit der Rechnungslegung i.S.d. Generalnorm ist als übliche „Beschaffenheit“ von Unternehmen gemäß § 434 Abs. 1 S. 3 BGB anzusehen. Ein Unternehmen mit einer unrichtigen, unwahren, nicht getreuen Rechnungslegung ist mangelhaft. Damit ist die Sachmängelgewährleistung auf Asset Deals anwendbar mit den Rechtsfolgen der §§ 437 ff. BGB. Bei Share Deals gilt dies ab einem Erwerb von zumindest 75% der Anteile, denn den Parteien ist dann klar, dass sie ein „Unternehmen“ und nicht nur ein „Recht“ erwerben beziehungsweise veräußern.<sup>19</sup> Allerdings gilt der Grundsatz „the map is not the territory“. Der Jahresabschluss hat ein getreues Bild zu vermitteln, aber eben nur ein Bild. 10 Mio. EUR Forderungen in der Bilanz heißt nicht, dass später tatsächlich 10 Mio. EUR erlöst werden. Der „Soll-Zustand“ gilt nur unter den Bedingungen der Rechnungslegungsnormen. Hier sind unter anderem Stichtagsprinzip, Wahlrechte bei der Bewertung und die Abgrenzung zwischen Wertaufhellung und Wertbegründung zu beachten.

Das Sachmängelrecht ist bis auf § 444 BGB dispositiv. Es wird daher in Unternehmenskaufverträgen (fast) immer abbedungen und durch ein geschlossenes Haftungsregime nach US-amerikanischem Muster ersetzt. Über § 444 BGB aber ist diese Phalanx des Verkäufers bei Arglist durchdringbar. Da bei (bedingtem) Vorsatz bzw. Arglist auch vorvertragliche Pflichtverletzung und

Arglistanfechtung greifen, bestehen diese neben den Sachmängelansprüchen.

#### 4.3. Vorvertragliche Pflichtverletzung und Arglistanfechtung

Ansprüche aus vorvertraglicher Pflichtverletzung sind gemäß §§ 311 Abs. 2 u. 3, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1, 278, 249 Abs. 1 BGB ein weiteres Einfallstor in die Phalanx der Gewährleistungsregime und Haftungsbegrenzungen eines Unternehmenskaufvertrages. Unabhängig von Ansprüchen aus kaufrechtlicher Gewährleistung gemäß §§ 434 ff. BGB bestehen bei (bedingtem) Vorsatz Ansprüche aus vorvertraglicher Pflichtverletzung.<sup>20</sup> Dies gilt entsprechend für die Arglistanfechtung gemäß §§ 123 Abs. 1, 142 Abs. 1, 812 Abs. 1 BGB. Der auf die Anfechtung zurückgehende Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung und der Schadensersatzanspruch wegen vorvertraglicher Pflichtverletzung stehen dem getäuschten Käufer nebeneinander zu.

Nicht nur das Verschweigen von für den Käufer entscheidungsrelevanten Tatsachen, sondern auch eine Falschangabe führt zur Verletzung der von Gesetz und höchstrichterlicher Rechtsprechung geforderten Aufklärungspflichten. Es genügt nicht, Jahresabschlüsse und weitere Unterlagen zur internen und externen Rechnungslegung in einen Datenraum zu legen, um seinen Aufklärungspflichten zu genügen. Die dort vorliegenden Unterlagen müssen „wahr“ sein im Sinne einer getreuen Abbildung der Geschäftsvorfälle gemäß § 264 Abs. 2 S. 1 HGB und § 242 BGB. Dies gilt ebenfalls für jede ergänzende oder erläuternde Information, die in Besprechungen, Vorträgen, Telefonaten oder E-Mails dem Käufer vom Verkäufer oder dessen Beratern erteilt wird.<sup>21</sup> Macht ein Verkäufer Angaben, die für den Käufer von Bedeutung sind, so müssen diese Angaben richtig sein.<sup>22</sup> Ein indirekter Hinweis genügt nicht; ein für den Käufer kritischer Umstand muss offen gelegt werden.<sup>23</sup>

Hat der Erwerber Anlass, sich geschädigt zu fühlen, muss er eine kausale vorvertragliche Pflichtverletzung auf Seiten des Veräußerers beweisen und Indizien vortragen, aus denen sich (bedingter) Vorsatz ergibt. Dabei werden dem Veräußerer Kenntnisse und Fehlverhalten seiner Erfüllungsgehilfen zugerechnet, §§ 278, 276 BGB.<sup>24</sup> Dies betrifft auch Fehlverhalten von Wirtschaftsprüfern, soweit ihre Tätigkeit den Tatbestand des § 278 BGB erfüllt. Die Hürden sind unter Bezug auf § 280 ►►

17 Vgl. Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 14. Aufl., Köln 2010, S. 117, 363.

18 Vgl. auch Wächter, a.a.O., S. 221, Fn. 353; wird vor Gericht von Beklagenseite teilweise ernsthaft vorgetragen, vgl. OLG München 30.3.2011 – 7 U 4225/10.

19 Vgl. Holzapfel/Pöllath, a.a.O., S. 372.

20 Ständige Rechtsprechung, z.B. BGH 27.3.2009 – V ZR 30/08, NJW 2009, S. 2120.

21 BGH 4.4.2001 – VIII ZR 32/00, NJW 2001, S. 2163.

22 BGH 4.6.2003 – VIII ZR 91/02, MDR 2003, S. 1248.

23 Vgl. Holzapfel/Pöllath, a.a.O., S. 27.

24 BGH 4.6.2003 – VIII ZR 91/02, allerdings abdingbar wg. § 278 S. 2 BGB.

Abs. 1 S. 2 BGB niedrig. Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit betreffen eine innere Tatsache des Schuldners, die dem Gläubiger verschlossen ist. Der Gläubiger kann lediglich Indizien anführen, aus denen sich der Vorsatz ergibt.<sup>25</sup>

Gelingt dem Käufer durch Sachverständigengutachten gemäß §§ 402 ff. ZPO der Beweis, dass ihm vom Verkäufer zur Verfügung gestellte, entscheidungserhebliche Finanzinformationen objektiv falsch waren, falsche Informationen bis zum Vertragsschluss (Signing) nicht korrigiert oder wesentliche Informationen nicht offenbart wurden, erbringt er hinreichende Indizien für (bedingten) Vorsatz und kann der Verkäufer dies nicht widerlegen, hat er den Erwerber so zu stellen, als hätte dieser die nachteilige Disposition (Vertragsschluss) nicht getroffen.<sup>26</sup> Der Anspruch richtet sich bei vorvertraglicher Pflichtverletzung auf Ersatz des aufgewandten Betrages (Kaufpreis) und Kompensation etwaiger Folgeschäden Zug um Zug gegen die Rückübertragung des Unternehmens<sup>27</sup> – unter Umständen „in Trümmern“ – gemäß §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB. Alternativ auf Rücktritt vom Vertrag gemäß §§ 324, 325, 241 Abs. 2 BGB; bei Arglist auf Anfechtung gemäß §§ 123 Abs. 1, 142 Abs. 1, 812 Abs. 1 BGB.

#### 4.4. Unerlaubte Handlung

Die Betrugstatbestände des StGB sind im Grundsatz ideal für die Sanktionierung von Täuschungen im Vorfeld von Unternehmenskaufverträgen, aber aufgrund hoher Nachweishürden eine Herausforderung für die forensische Prüfung. Die §§ 263 ff. StGB schützen das Vermögen und sind Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB.

Strafbarkeit gemäß § 263 Abs. 1 StGB setzt voraus, dass eine andere Person (bedingt) vorsätzlich, § 15 StGB, über Tatsachen getäuscht und durch den so hervorgerufenen Irrtum zu einer vermögensmindernden Verfügung veranlasst wird. Personenmehrheiten können nicht Subjekt eines Irrtums sein. Es muss genau nachgewiesen werden, wer auf welcher Grundlage wann, wo und wie die irrtümliche Disposition getroffen und damit die Verfügung vorgenommen hat.<sup>28</sup> Entsprechendes gilt invers für die Bestimmung der (natürlichen) Person des Täters. Dies erfordert die Aufdeckung von Beziehungsgeflechten und aller Kausalketten durch spezielle forensische Prüfungen. Es müssen vom Täter falsche Tatsachen behauptet worden sein, die über Werturteile hinausgehen

und zumindest einen konkreten Tatsachenkern beinhalten.

Der Grundsatz der Bilanzwahrheit wird in Teilen der Literatur als Schutzgesetz gemäß § 823 Abs. 2 BGB qualifiziert.<sup>29</sup> Dies hat sich aufgrund dessen weitgreifenden Schutzzwecks in der Rechtsprechung bislang nicht durchgesetzt. Anders ist es mit § 826 BGB, den der BGH zunehmend, zum Beispiel im Rahmen der Existenzvernichtungshaftung, heranzieht.<sup>30</sup> § 826 BGB setzt analog § 138 BGB eine besondere Verwerflichkeit des Handelns voraus und verlangt im Unterschied zu § 823 Abs. 2 BGB Vorsatz auch bezüglich des Schadens. Die sittenwidrige Herbeiführung eines Vertrages ist eine Schädigung i.S.d. § 826 BGB. Wer i.S.d. § 123 BGB mit unwahren Angaben über vertragswesentliche Umstände bewusst täuscht oder wesentliche, für den anderen entscheidungsrelevante Umstände verschweigt, um ihn zum Vertragsabschluss zu bringen, handelt in der Regel sittenwidrig.<sup>31</sup> Im Rahmen der Restrukturierung von Unternehmensgruppen („hive out“) trägt sogar der Käufer das Risiko einer eigenen Haftung gemäß §§ 826, 830 Abs. 2 BGB, wenn er in Kollusion mit dem Verkäufer handelt.<sup>32</sup>

Die zentrale strafrechtliche Norm zur Sanktionierung von Verstößen gegen die Generalnorm und unstrittig Schutzgesetz ist § 331 Nr. 1 HGB – unrichtige Wiedergabe und Verschleierung der tatsächlichen Verhältnisse im Jahresabschluss, Lagebericht oder Zwischenabschluss. Das von der Norm geschützte Rechtsgut ist die Dispositionsfreiheit der Adressaten des Jahresabschlusses, also auch von Geschäftspartnern und Investoren.<sup>33</sup> Der Verstoß muss „wesentlich“ sein, ein Verstoß gegen den Grundsatz der Bilanzwahrheit ist dies immer. Allerdings sind mögliche Täter nur die in § 331 HGB genannten Personen (Geschäftsführer, Vorstände, Aufsichtsrat). Dritte, zum Beispiel Gesellschafter und Hauptaktionäre, also potenzielle Anteilsverkäufer, können Anstifter gemäß § 26 StGB oder Gehilfe gemäß § 27 StGB sein. Beziehungsgeflecht und Informationsfluss zwischen Verkäufer und Zielunternehmen sind genau zu prüfen. Das erforderliche forensische Wissen kann der Erwerber post-acquisition durch zeitnahe, genaue Befragung der in den Verkaufsprozess eingeschalteten Personen des Zielunternehmens und durch detaillierte Auswertung deren Kommunikation erlangen.

#### 5. „Litigation or Negotiation – that is the question“

Niemand kennt den Sachverhalt genauer als die Streitparteien selbst, diese sind die besten Vertreter in eigener Sache. M&A-Disputes sind ideal für direkte Verhandlungen der Kontrahenten. Mediatoren können helfen, sollte der Verhandlungsprozess stocken. Letztlich stehen sich zwei „Dealmaker“ gegenüber und post-acquisition

25 BGH 12.5.2009 – XI ZR 586/07, NJW 2009, S. 2299.

26 Vgl. Grüneberg, a.a.O., § 280 BGB, Rn. 32.

27 Vgl. ebd.

28 BGH 27.3.2012 – 3 StR 472/11, NStZ 2012, S. 699.

29 Vgl. Winkeljohann/Schellhorn, in: Beck Bil-Komm., 8. Aufl., München 2012, § 264 HGB, Rn. 36, 59; Luttermann, AG 2010, S. 342.

30 BGH 23.4.2012 – II ZR 252/10, ZIP 2012, S. 1071.

31 Vgl. Sprau, in: Palandt, BGB, 73. Aufl., München 2013, § 826 BGB, Rn. 20.

32 BGH 11.10.2010 – II ZR 136/09.

33 Vgl. Gratopp, Bilanzdelikte nach § 331 Nr.1, Nr 1a HGB, Berlin 2009, S. 85.

sind Informationsasymmetrien eher ausgeglichen, da ab Closing der Käufer sukzessive die Informationen erlangt, die ihm vorher gegebenenfalls vorenthalten oder verschleiert wurden. Der Käufer steht unter Zeitdruck, da ihm nun die Kenntnisse der Mitarbeiter des Zielunternehmens zugerechnet werden und Verjährungsfristen laufen.<sup>34</sup>

Unternehmenskaufverträge (SPA) sehen standardmäßig Schiedsgerichtsvereinbarungen und Entscheidungen durch Sachverständige vor. Diese Klauseln können im Einzelfall schon nach AGB-Recht unwirksam sein.<sup>35</sup> Aus Sicht eines sich getäuscht fühlenden Käufers sollten alle Forenoptionen offen bleiben. Auf forensischen Gutachten aufbauend wird der Vertrag angefochten und das

„Dealmaking after the Deal“ mit substantiierten Forderungen eröffnet. Der zusätzliche Nachweis strafrechtlich relevanter, vorvertraglicher „Geschicklichkeit“ des Verkäufers fördert dessen Verhandlungsbereitschaft. Praktische Erfahrung in M&A-Disputes zeigt, dass diese durch forensische Prüfungen untersetzte Methodik bei rationalen, sachkundigen Gegnern funktioniert und vor Gericht Bestand hat. ■



**Dr. Hans Schön** ist Wirtschaftsprüfer in Berlin und ehemaliger Geschäftsbereichsleiter Restrukturierung und Forensische Prüfung von KPMG. Dr. Schön ist Alumnus der Universität St. Gallen (Dr. oec.), der Wharton School (MBA) und der Universität Münster (LL.M.). [hs@stratagem.de](mailto:hs@stratagem.de)

<sup>34</sup> Vgl. Hasselbach/Ebbinghaus, DB 2012, S. 222.  
<sup>35</sup> Vgl. Hübner, BB 2010, S. 1483.

ANZEIGE

Institut für Betriebswirtschaft



Universität St.Gallen

# The sky is no limit.

Das Senior Management Programm der Universität St.Gallen eröffnet Ihnen dort neue Perspektiven, wo andere schon das Ziel sehen. Strategische Ausrichtung, Management von Performance, innovative Formen von Customer Value, Leadership und Transformation: Erweitern Sie Ihren Horizont in den relevanten Managementthemen. Und tauschen Sie sich auf Augenhöhe aus mit international anerkannten HSG-Dozenten und hochkarätigen Business Professionals. **Wir setzen Maßstäbe. Mit Ihnen.**

[www.ifb.unisg.ch/management-seminare](http://www.ifb.unisg.ch/management-seminare)