

Lesen Sie in dieser Ausgabe

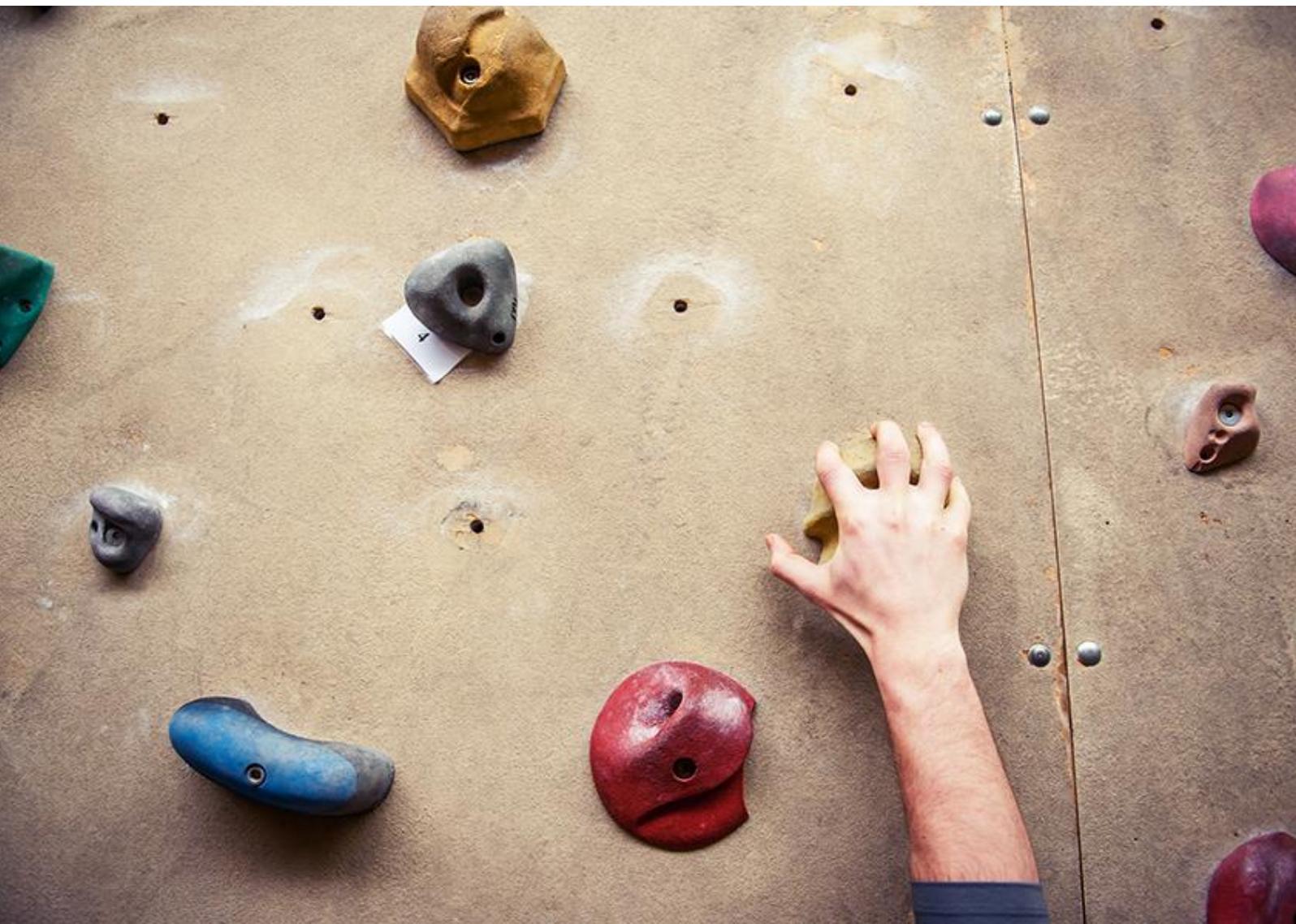
→ Neuerungen in der Fusionskontrolle und der Mittelstand

→ Lohnsteuer und Sozialversicherung als Dealbreaker

→ Schadenersatz bei Verstoß gegen Aufklärungspflichten

→ M&A Vocabulary – Experten verstehen

„Deed“ im Common Law



→ Neuerungen in der Fusionskontrolle und der Mittelstand

Mit dem Entwurf eines „Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz)“ soll mit Blick auf die zunehmende Digitalisierung der Wirtschaft die wettbewerbsrechtliche Aufsicht modernisiert werden. Zugleich wird damit auch die EU-Richtlinie (EU) 2019/1 umgesetzt. Standards sollen bei der Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts in den Mitgliedstaaten angeglichen und die europaweite Zusammenarbeit der Behörden erleichtert werden. Das Gesetz sollte ursprünglich noch im Jahr 2020 in Kraft treten, durch die Auswirkungen der Covid-19-Krise könnte es jedoch zu Verzögerungen kommen.

ZIEL DER GESETZESNOVELLIERUNG

Ziel der Gesetzesnovellierung ist es, „einen Ordnungsrahmen zu gestalten, der den Anforderungen an die Digitalisierung und Globalisierung der Wirtschaft gerecht wird.“

Wesentliche Neuregelungen sind die Modernisierung der Missbrauchsaufsicht, die Beschleunigung von Verfahren, die Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle sowie die Weiterentwicklung des Rechtsrahmens für den Kartellschadensersatz.

Darüber hinaus wurden in dem Gesetzesentwurf formelle Fusionskontrollvorschriften überarbeitet, „um diese effektiver zu gestalten und dem Bundeskartellamt eine Fokussierung auf die wettbewerbslich relevantesten Zusammenschlüsse zu ermöglichen“. Der Entwurf hebt hervor, dass das System der deutschen Fusionskontrolle ein insgesamt gut funktionierendes Instrument einer präventiven Wettbewerbspolitik ist, sich aber dennoch in der Praxis der Bedarf ergibt einzelne Aspekte zu optimieren.

WESENTLICHE ÄNDERUNGEN IM BEREICH DER FUSIONSKONTROLLE

Wesentliche Änderung in dem Bereich der Fusionskontrollvorschriften ist die Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle von EUR 5 Mio. auf

EUR 10 Mio. Zusammenschlüsse von geringerer wirtschaftlicher Bedeutung werden mithin nicht mehr einer Kontrolle unterliegen. Dadurch soll eine um etwa 20 Prozent geringere Anzahl an Anmeldungen von Zusammenschlüssen erreicht werden. Die Heraufsetzung der Schwelle soll zudem der Entlastung der Unternehmen, insb. des Mittelstands, dienen. Die bestehende Inlandsumsatzschwelle führe laut Gesetzesbegründung insb. bei mittelständischen Unternehmen dazu, dass Zusammenschlüsse von geringer wirtschaftlicher Bedeutung anzumelden sind und Transaktionen sich dadurch verzögern.

Folgerichtig ist in der Konsequenz der Wegfall der sog. Anschlussklausel des § 35 Abs. 2 Satz 1 GWB, die bisher Zusammenschlüsse mit kleinen Unternehmen von der Fusionskontrolle ausnahm, wenn, trotz Erreichens der Umsatzschwellen im Übrigen, Zielunternehmen und Veräußerer zusammen weniger als EUR 10 Mio. Umsatz weltweit im letzten abgelaufenen Geschäftsjahr erwirtschafteten.

Zudem soll die sog. Bagatellmarktklausel des § 36 Abs. 1 Nr. 2 GWB geändert werden. Diese sieht - nach derzeitiger Rechtslage - vor, dass Zusammenschlüsse, nicht untersagt werden, wenn die Voraussetzungen für eine Untersagung zwar vorliegen, auf dem betroffenen Markt aber weniger als EUR 15 Mio. im vorangegangenen Kalenderjahr umgesetzt wurden. Die Schwelle soll auf EUR 20 Mio. angehoben werden. Des Weiteren sollen mehrere (Bagatell-)Märkte gebündelt betrachtet werden können. Mittelständische Unternehmen sind erfahrungsgemäß eher auf Bagatellmärkten aktiv als Großkonzerne. Der Gesetzgeber will mithin verhindern, dass Zusammenschlüsse nur aufgrund einer Wettbewerbsbeeinträchtigung auf einem gesamtwirtschaftlich unbedeutenden Markt untersagt werden.

Die Gesetzesnovellierung hebt zwar in ihrer Begründung hervor, dass „ein spezieller Aufgreifbestand für den systematischen Aufkauf wachstumsstarker Unternehmen durch „marktstarke Digitalkonzerne“ nicht als erforderlich erachtet wird, sieht jedoch ein neues Aufgreifinstrument vor. U. a. mit dem neuen § 39a Abs. 1 GWB soll ein Tätigwerden des Bundeskartellamts

ermöglicht werden, auch wenn die - derzeit gültigen - Aufgriffsschwellen nicht erreicht werden. Eine entsprechende Verfügung soll es für einen Zeitraum von drei Jahren ermöglichen Unternehmen in zu benennenden Wirtschaftszweigen aufzufordern auch solche Zusammenschlüsse anzumelden, bei denen das Zielunternehmen Umsätze unterhalb der geltenden Inlandsumsatzschwelle aufweist und Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch künftige Zusammenschlüsse der Wettbewerb im Inland in den genannten Wirtschaftszweigen eingeschränkt werden kann.

Hintergrund ist die Vermeidung von Vormachtstellungen der größeren Unternehmen und/oder Konzerne zu Lasten der mittelständischen Unternehmen. Durch Erwerbsstrategien kann es zu wettbewerbsmäßig problematischen Konzentrationen insb. auf Regionalmärkten kommen, wenn Zusammenschlüsse der Fusionskontrolle entzogen sind. Grund dafür ist, dass die Umsätze des Zielunternehmens die zweite Inlandsumsatzschwelle (künftig EUR 10 Mio.) unterschreiten. Bereits marktmächtige Unternehmen könnten kleine Wettbewerber oder auch potentiell gefährliche Newcomer aufkaufen ohne einer Fusionskontrollprüfung durch das Bundeskartellamt unterworfen zu sein.

Zur Anmeldung solcher Zusammenschlüsse können durch das Bundeskartellamt nur solche Unternehmen aufgefordert werden, die im letzten Geschäftsjahr einen Umsatz von weltweit mindestens EUR 250 Mio. erzielt haben. Dies bezieht sich allein auf den Umsatz des Erwerbers.

In diesem Zusammenhang ist kritisch anzumerken, dass solche Verfügungen zur Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse mit der damit einhergehenden tatsächlichen Absenkung der Aufgriffsschwellen für die betroffenen Unternehmen nicht per se mittelstandsfreundlich sind. Es wird vielmehr in ihrer konkreteren Anwendung darauf zu achten sein, dass keine zusätzliche Belastung des Mittelstands entsteht, z.B. wenn sich solche Verfügungen vor allem auf Märkte mittelständischer Unternehmen beziehen. Hier ist darauf zu hoffen, dass die Verfügungen mit Maß und Mitte in Bezug auf den Mittelstand eingesetzt werden.

Gestrichen werden soll die Erfordernis der Vollzugsanzeige durch Neufassung des § 39 Abs. 6 GWB. Entsprechend § 39 Abs.6 GWB musste der Vollzug eines angemeldeten Zusammenschlusses bislang dem Bundeskartellamt angezeigt werden. Zur Entlastung sowohl des Bundeskartellamts wie auch der Unternehmen soll von

einer Pflicht zur Anzeige des Vollzugs abgesehen werden.

Zuletzt soll das bestehende Fristenregime des § 40 Abs. 2 GWB für die Durchführung eines Hauptprüfverfahrens verlängert werden. Die Frist wird von vier auf fünf Monate verlängert. Im Gegenzug soll, um ein zügiges Fusionskontrollverfahren zu gewährleisten, die Möglichkeit zu Verlängerungen der Frist mit Zustimmung der anmeldenden Unternehmen beschränkt werden.

FAZIT

Durch die Gesetzesnovellierung werden die Kompetenzen des Bundeskartellamtes weiter gestärkt. Es soll ein zügiges und effektives Eingreifen, insb. auf Märkten im Bereich der Digitalwirtschaft, ermöglicht werden. Mit der Verdoppelung der im internationalen Vergleich bislang niedrigen zweiten Inlandsumsatzschwelle soll dem Bundeskartellamt eine bessere Fokussierung auf wettbewerbsmäßig relevante Zusammenschlüsse erlaubt werden. Die Anzahl der durch den Mittelstand anzumeldenden Transaktionen soll zurückgehen. Insgesamt bleibt abzuwarten inwieweit die durch die Gesetzesänderung geplante Entlastung des Mittelstands tatsächlich eintritt. Vor allem das neue Instrument der Verfügungen zur Anmeldeungen künftiger Zusammenschlüsse sollte kritisch beobachtet werden.

KONTAKTE FÜR WEITERE INFORMATIONEN



Michael Beder
Rechtsanwalt
Associate Partner

T + 49 89 9287 803 13
michael.beder@roedl.com



Elisabeth Schmidt
Rechtsanwältin
Diplom-Betriebswirtin (BA)
Senior Associate

T + 49 89 9287 803 22
elisabeth.schmidt@roedl.com

→ Lohnsteuer und Sozialversicherung als Dealbreaker

Lohnsteuer und Sozialversicherung bilden in der Regel keinen Schwerpunkt einer Tax Due Diligence. Meist erfolgt nur eine Auswertung des Berichts der letzten Lohnsteuer-Außenprüfung und der Prüfungsberichte der Rentenversicherungsträger bzw. der Krankenkassen. Im Einzelfall können aber erhebliche lohnsteuerliche und sozialversicherungsrechtliche Haftungsrisiken beim Zielunternehmen bestehen. Daher sollte dieser Bereich keinesfalls gänzlich aus einer Tax Due Diligence ausgeklammert, sondern ggfs. – branchenabhängig – sogar in den Fokus genommen werden.

ARBEITGEBERHAFTUNG

Der Arbeitgeber haftet für die vorschriftsmäßig einbehaltene und abgeführte Lohnsteuer der Arbeitnehmer. Soweit Sozialversicherungspflicht besteht, hat der Arbeitgeber auch die Sozialversicherungsbeiträge abzuführen. Aufgrund der langen Fristen, die über die für die steuerliche Verjährung geltenden Grenzen hinausgehen, können insb. Nachzahlungen von Sozialversicherungsbeiträgen ein erhebliches Risikopotential darstellen.

Von der weitgehenden Haftung für Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge des Zielunternehmens bei einem Share Deal kann auch der Asset Deal nicht vollständig befreien. Die Haftung des Betriebsübernehmers für betriebliche Steuern ist bei einem Asset Deal jedoch zeitlich auf nur zwei Jahre und der Höhe nach auf den Kaufpreis des Betriebs oder Teilbetriebs beschränkt. Darüber hinaus kann nur eine Garantie oder Freistellungsklausel im Kaufvertrag von einer Haftung für Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge schützen.

SCHEINSELBSTÄNDIGKEIT

Freie Mitarbeiter oder in ähnlichen Verhältnissen tätige Personen, z.B. Subunternehmer, können aufgrund der gesetzlichen Regelungen zur Scheinselbstständigkeit lohnsteuer- und sozialversicherungspflichtig sein. Wird dies erst im Nachgang erkannt, muss der Arbeitgeber die Gesamtbeiträge (inkl. Arbeitnehmeranteil) für mindestens die letzten vier Jahre der Dauer des Beschäftigungsverhältnisses nachzahlen. Bei Annahme von Vorsatz kann sich diese Frist auf 30 Jahre erhöhen.

Nur wenn das Beschäftigungs- oder Auftragsverhältnis noch fortbesteht, kann der Arbeitgeber Ansprüche gegen den Scheinselbständigen geltend machen. Dies ist in der Praxis meist jedoch nur in sehr eingeschränktem Umfang möglich. Eine Rückforderungsmöglichkeit für die vom Arbeitgeber zu übernehmenden Arbeitgeberbeiträge ist nicht gegeben.

Zweifelsfälle können in einem Anfrageverfahren zur Statusklärung durch den Deutschen Rentenversicherungsbund geklärt werden. In einer Tax Due Diligence wird die Durchführung solcher Verfahren regelmäßig abgefragt.

ANTEILSOPTIONEN

(Leitenden) Mitarbeitern werden oftmals Optionen eingeräumt, die das Recht vermitteln, Aktien oder Anteile des Arbeitgebers zu einem im Vorhinein bestimmten Preis zu erwerben. Hinsichtlich der steuerlichen Behandlung eines in der Gewährung von Anteilsoptionen liegenden geldwerten Vorteils des Arbeitnehmers gibt insb. die Frage des lohnsteuerlichen Zuflusszeitpunkts immer wieder Anlass zu Streitigkeiten. Die Frage des Zuflusszeitpunkts stellt sich für den Arbeitgeber, da dieser im Zeitpunkt des Zuflusses des geldwerten Vorteils Lohnsteuer einzubehalten und abzuführen hat. Kommt der Arbeitgeber dieser Verpflichtung nicht ordnungsgemäß nach, besteht für ihn das Risiko der Lohnsteuerhaftung.

Im Rahmen der Tax Due Diligence wird üblicherweise abgefragt, ob für solche Fälle eine Anrufungsauskunft beim Finanzamt eingeholt wurde.

BETRIEBSSTÄTTEN

Auch ohne feste Geschäftseinrichtung können Unternehmen bereits aufgrund ihrer Tätigkeit im Ausland eine steuerliche Betriebsstätte begründen. Dies kann zum einen bei Bau- und Montageprojekten, die eine gewisse Dauer überschreiten, der Fall sein. Zum anderen können sog. abhängige Vertreter im Ausland für das deutsche Unternehmen eine steuerliche Betriebsstätte begründen.

International besteht weitgehend Konsens, dass der Betriebsstättenbegriff den heutigen Geschäftsmodellen nicht stets gerecht wird. Denn

in vielen Fällen kann eine Besteuerung mangels physischer Präsenz im Quellenstaat vermieden werden, obwohl ein wesentlicher Teil der Wertschöpfung dort stattfindet. Vor diesem Hintergrund hat die OECD in 2015 unter anderem eine Ausweitung des Betriebsstättenbegriff vorgeschlagen. So soll es bspw. künftig für die steuerliche Betriebsstättenbegründung ausreichen, wenn Vertreter mit faktischer Abschlussvollmacht handeln oder Personen eine wesentliche Rolle beim Abschluss von Verträgen spielen.

Deutschland übt noch Zurückhaltung hinsichtlich der Umsetzung dieses neuen Begriffsverständnisses im deutschen Recht und in den deutschen Doppelbesteuerungsabkommen. International besteht aber eine deutliche Tendenz, zunehmend an die lokale Präsenz, die auch bereits durch einzelne Mitarbeiter aufgrund ihrer Geschäftstätigkeit vor Ort gegeben sein kann, eine Steuerpflicht bspw. im Rahmen von Dienstleistungsbetriebsstätten zu knüpfen.

Dies bedeutet für grenzüberschreitend eingesetzte Mitarbeiter, dass ihre Tätigkeit unter Umständen eine steuerliche Betriebsstätte für den Arbeitgeber begründet. Verbunden damit ist automatisch auch die lokale Steuer- und ggf. Sozialabgabepflicht des Mitarbeiters. Die Sozialversicherungspflicht im Ausland sollte in jedem Einzelfall geprüft werden und kann nur durch entsprechende Beantragung im Vorfeld der grenzüberschreitenden Tätigkeit vermieden werden. Nur in Einzelfällen kann noch rückwirkend eine Bescheinigung erlangt werden.

Im Rahmen der Tax Due Diligence wird daher analysiert, ob der grenzüberschreitende Mitarbeiterereinsatz möglicherweise zu ausländischen Betriebsstätten führt, in deren Folge nicht nur ausländische Unternehmenssteuern, sondern auch Steuern und Abgaben für die Mitarbeiter anfallen.

Wird die Steuer- und Abgabepflicht der Mitarbeiter im Ausland erst im Rahmen einer Tax Due Diligence oder ausländischen Betriebsprüfung erkannt, so droht im Regelfall sogar eine Doppelbesteuerung, wenn der Lohn weiterhin auch in Deutschland dem Lohnsteuer- und Sozialversicherungseinbehalt unterlag.

GRENZÜBERSCHREITENDER MITARBEITEREINSATZ

Im Rahmen des grenzüberschreitenden Mitarbeiterereinsatzes in Betriebsstättenstrukturen kommt regelmäßig die sog. 183 Tage Regelung nicht mehr zum Einsatz. Üblicherweise unterliegen Mitarbeiter im Tätigkeitsstaat nur dann der Besteuerung, wenn

- sie sich insgesamt länger als 183 Tage innerhalb eines Kalender- oder Steuerjahres im Tätigkeitsstaat aufgehalten haben oder
- der Arbeitgeber, der die Vergütung zahlt oder für den die Vergütung gezahlt wird, im Tätigkeitsstaat ansässig ist oder
- der Arbeitslohn nicht von einer Betriebsstätte, die der Arbeitgeber im Tätigkeitsstaat hat, getragen wird.

Da eine steuerliche Betriebsstätte nach internationalen Grundsätzen in der Regel nicht Arbeitgeber sein kann, werden „Mitarbeiter der Betriebsstätte“ ab ihrem ersten Tätigkeitstag im Sitzstaat des Stammhauses steuer- und ggf. sozialversicherungspflichtig. Auch hier sollte in jedem Fall eine Prüfung und Antragstellung vorgenommen werden. Gleiches gilt für den umgekehrten Fall, dass „Mitarbeiter des Stammhauses“ im Betriebsstättenstaat tätig werden; auch sie sind ab dem ersten Tätigkeitstag ungeachtet der sog. 183 Tage Regelung im Betriebsstättenstaat steuerpflichtig. Da der Arbeitgeber für die zutreffende Abführung der Lohnsteuer haftet, bestehen in diesen Fällen nicht unerhebliche Steuer- und Abgabenrisiken sowohl für die Mitarbeiter als auch für die Unternehmen.

FAZIT

Der Arbeitgeber haftet für die Erfüllung von Lohnsteuer- und Sozialabgabepflichten der Arbeitnehmer. In der Praxis können etwaige Mehrbelastungen regelmäßig nicht gegenüber Scheinselbständigen bzw. Subunternehmern geltend gemacht werden. Mehrbelastungen von Mitarbeitern werden vom Arbeitgeber meist über einen Nachteilsausgleich vom Arbeitgeber getragen.

Nachträglich identifizierte Lohnsteuer- und Abgabepflichten führen daher immer zu erhöhten Lohnkosten und Compliance Aufwendungen. Im Idealfall können im Rahmen der Tax Due Diligence bereits erste Ansatzpunkte für einer steuerliche Optimierung identifiziert werden.

KONTAKTE FÜR WEITERE INFORMATIONEN



Dr. Dagmar Möller-Gosoge
Steuerberaterin
Partner

T +49 89 9287 805 51

dagmar.moeller-gosoge@roedl.com



Susanne Hierl
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Steuerrecht
Partner

T +49 911 9193 1081

susanne.hierl@roedl.com

→ Schadenersatz bei Verstoß gegen Aufklärungspflichten

Die Coronakrise stellt Unternehmen, die sich gerade in einem M&A-Prozess befinden, vor zahlreiche Herausforderungen. Besonders kritisch ist, wenn kurz vor der Beurkundung des Kaufvertrages Geschäftspotentiale wegbrechen, die Auftragslage sich deutlich verschlechtert, Lieferketten eingeschränkt sind und/oder ein bereitgestellter Forecast des laufenden Geschäftsjahres nachweislich nicht erreichbar ist. Vor dem Hintergrund etwaiger Haftungsrisiken stellt sich für den Verkäufer immer die Frage, inwieweit er über potentiell wertmindernde Sachverhalte aufklären muss und welche Folgen die Verletzung einer solchen Aufklärungspflicht hat.

GRUNDSÄTZLICHE AUFKLÄRUNGSPFLICHT DES VERKÄUFERS

Eine grundsätzliche Pflicht der Vertragsparteien, auch ungefragt alle Tatsachen offenzulegen, besteht nicht. Allerdings verlangt der Bundesgerichtshof (BGH) in ständiger Rechtsprechung, dass die Vertragsparteien dann über Umstände ungefragt aufklären müssen, wenn diese den Vertragszweck vereiteln können und daher für den Entschluss des Vertragspartners von wesentlicher

Bedeutung sind. Insb. bei Unternehmensverkäufen trifft den Verkäufer eine gesteigerte Aufklärungs- und Sorgfaltspflicht, die der wirtschaftlichen Bedeutung eines Unternehmenskaufs geschuldet ist.

Bei vorsätzlicher bzw. arglistiger Verletzung der Aufklärungspflichten haftet der Verkäufer und ein Ausschluss der Haftung ist nicht möglich. Arglist nimmt der BGH dabei schon dann an, wenn der Verkäufer Fragen, die erkennbar wesentlich für den Käufer sind, „ins Blaue hinein“ unrichtig beantwortet. Ins Blaue hinein bedeutet, dass der Verkäufer trotz seiner Unkenntnis eine Frage beantwortet.

BESONDERE AUFKLÄRUNGSPFLICHTEN ANLÄSSLICH DER CORONAKRISE

Die Aufklärungspflicht des Verkäufers verschärft sich in der Tragweite aufgrund der derzeitigen Coronakrise. Besondere Umstände, die wegen der Coronakrise eintreten, können immense wirtschaftliche Auswirkungen haben und sich somit auch auf den Kaufpreis auswirken.

Beispielhaft könnten folgende Sachverhalte vorliegen:

- der (potentielle) Kundenstamm bricht aufgrund der wirtschaftlichen Lage bzw. wegen Sparmaßnahmen der Kunden weg,
- es bestehen wesentliche Engpässe in der Belieferung des Unternehmens, da die Lieferketten bzw. Lieferanten nicht mehr die Nachfrage bedienen können,
- die Insolvenz des zu verkaufenden Unternehmens droht bzw. es wurde wegen der suspendierten gesetzlichen Pflicht noch kein Insolvenzantrag gestellt, etc.

Zwar wird der Käufer mittels der Due Diligence selbst ebenfalls die möglichen und schon eingetretenen Risiken/Ausfälle wegen der Coronakrise zu prüfen haben, allerdings wird der Due Diligence-Prozess auch nicht sämtliche Risiken aufdecken können. Z.B. ist für den Käufer nicht immer unmittelbar erkennbar, ob wesentliche Kunden des Unternehmens Insolvenz angemeldet haben. Die Risiken und Ausfälle müssen jedoch regelmäßig vom Käufer eingepreist werden und sind deshalb höchst relevant für die Höhe des Kaufpreises.

Beschönigt der Verkäufer die Auswirkungen bzw. unterschlägt er Informationen, kann es zu einer Haftung kommen. Abgesehen von einer Rückabwicklung des Vertrages ist es bspw. auch denkbar, dass der Käufer den Differenzbetrag zu der Lage, wenn der Verkäufer vernünftig aufgeklärt hätte, als Schadensersatz wählt (Restvertrauensschaden).

BERECHNUNG DES RESTVERTRAUENSCHADENS

Die Berechnung des Restvertrauensschadens erfolgt aus der Differenz des täuschungsbeschönigten Wertes und des täuschungs bereinigten Wertes des Unternehmens. Bei dem täuschungsbeschönigten Wert handelt es sich um den hypothetischen Wert, der sich aus der Täuschung des Verkäufers ergibt. Der täuschungs bereinigte Wert ist hingegen der Wert ohne Berücksichtigung der Täuschung. Im Rahmen der Geltendmachung des Schadenersatzes muss der Käufer in zwei Stufen beweisen, wie hoch die Differenz, also der Täuschungsmehrwert, war.

In **Stufe 1** werden Fragen der Unternehmensbewertung zur Herleitung des Restvertrauensschadens geklärt. Hier kommen üblicherweise Discounted Cash Flow Verfahren zur Ermittlung des täuschungsbeschönigten Wertes und des täuschungs bereinigten Wertes zur Anwendung. Dabei ist üblicherweise der Kenntnisstand zum Signing ausschlaggebend.

Wichtig ist, dass bei der Bewertung der Blickwinkel des Käufers einzunehmen ist. Allerdings können Synergieeffekte oder geplante Konzeptänderungen nicht grenzenlos geltend gemacht werden. Die Wertuntergrenze des Käuferunternehmenswerts ist der Betrag, für den der Käufer das Transaktionsobjekt an Dritte weiter verkaufen hätte können (Marktwert). Besondere Relevanz hat das, wenn bspw. eine Täuschung aufgrund von geplanten Konzeptänderungen den täuschungsbeschönigten Unternehmenswert immens erhöht und bei Nichtumsetzbarkeit der Konzeptänderung der Wert des Unternehmens deutlich unterhalb des Marktwertes sinken würde.

In **Stufe 2** wird der Restvertrauensschaden ausgehend vom Marktwert oder dem höheren täuschungs bereinigten Käuferunternehmenswert hergeleitet. Schiedsgerichte oder ordentliche Gerichte müssen hier Annahmen treffen, wie sich die Parteien in einem hypothetischen täuschungs bereinigten Alternativszenario verhalten hätten. Dabei wird das Verhandlungsverhalten unter den Prämissen der Einhaltung von Treu und Glauben, Fairness im Umgang miteinander und rationalem Verhalten bei der Entscheidungsfindung des Käufers simuliert. Aufgrund der Tatsache, dass ein Zustand herzustellen ist, in dem es von Anfang an keine Täuschung gegeben hätte, darf ein Vertrauensverlusteffekt nicht in die Preisbestimmung miteinfließen.

Letztlich muss das Gericht entscheiden, ob bei der Minderung des vereinbarten Kaufpreises der gezahlte Kaufpreis an der Unternehmenswertminderung orientiert proportional herabgesetzt wird ($\text{Kaufpreis neu} = \text{Kaufpreis alt} \times \frac{\text{täuschungs bereinigter Unternehmenswert}}{\text{täuschungs beschönigter Unternehmenswert}}$) oder ob die Unternehmenswertminderung vom Kaufpreis abgezogen wird. Die proportionale Herabsetzung ist für solche Fälle geeignet, bei denen sich die Täuschung auf Umstände auswirkt, die beiden Parteien nicht gleich viel wert sind (wie z.B. Sachverhalte mit Einfluss auf zukünftige Überschüsse des Unternehmens). Wenn der Käufer für solche Umstände nur einen Mittelwert gezahlt hat und nicht den Käuferunternehmenswert, darf nicht die Differenz zum Käuferunternehmenswert herangezogen werden. Hat der strittige Umstand jedoch für den Käufer als auch für den Verkäufer in etwa den gleichen Wert (bspw. eine verschwiegene Verbindlichkeit oder nicht betriebsnotwendige Immobilien), so handelt es sich um Sachverhalte, die sich zu 100 Prozent im Kaufpreis widerspiegeln. Diese sollten dementsprechend auch vollständig bei der

Ermittlung des Restvertrauensschaden herangezogen werden.

FAZIT

Der Verkäufer hat den Käufer u.a. über den Wegfall von Kunden und/oder Lieferanten oder über das Drohen von Insolvenzreife nicht nur in Zeiten von Corona aufzuklären. Bei Verletzung droht die Rückabwicklung des Kaufvertrages oder ein Schadensersatzanspruch in Höhe des Restvertrauensschadens. Käufer sollten die während der Transaktion erhaltenen Informationen bspw. in Form von Gesprächsprotokollen und Datenrauminhalten aufbewahren. Sie bilden ein zentrales Beweisstück bei M&A Streitigkeiten.

KONTAKTE FÜR WEITERE INFORMATIONEN



Cyril Pregel
EMBA (M&A), Certified
Valuation Analyst (CVA)
Partner

T +49 911 9193 3350
cyril.pregel@roedl.com



André Heuer
Diplom-Kaufmann, Certified
Valuation Analyst (CVA)
Associate Partner

T +49 911 9193 3358
andre.heuer@roedl.com

→ M&A Vocabulary – Experten verstehen

„Deed“ im Common Law

In dieser Fortsetzungsreihe stellen Ihnen wechselnde M&A-Experten der weltweiten Niederlassungen von Rödl & Partner jeweils einen wichtigen Begriff aus der englischen Fachsprache des Transaktionsgeschäfts vor, verbunden mit Anmerkungen zur Verwendung. Hierbei geht es nicht um wissenschaftlich-juristische Exaktheit, linguistische Feinheiten oder erschöpfende Darstellung, sondern darum, das Grundverständnis eines Terminus zu vermitteln bzw. aufzufrischen und einige nützliche Hinweise aus der Beratungspraxis zu geben.

Wenn Verträge dem Recht von England & Wales unterliegen, können sie formlos („under the hand“), schriftlich oder als sog. Deed abgeschlossen werden. Es gelten also nicht alle schriftlichen Verträge auch ohne Weiteres als Deed. Ein Deed ist eine schriftliche Urkunde, die mit der erforderlichen Form ausgefertigt wird und mit der über ein Recht verfügt wird. Man könnte diesen Terminus aus dem englischen Vertragsrecht daher auch als qualifizierte Schriftform mit besonderen Rechtsfolgen bezeichnen.

Jeder Deed muss zunächst die Schriftform einhalten. Allerdings müssen nicht notwendigerweise beide Parteien auf derselben Urkunde unterschreiben, sondern es ist auch jeweils eine Unterschrift auf mehreren identischen Exemplaren möglich (sog. Counterparts). Auch kann es genügen, lediglich die Unterschriftenseite (Signa-

ture Page) auszutauschen. Die weiter einzuhaltende Form hängt beim Deed vom Einzelfall ab. Eine natürliche Person muss grds. im Beisein und mit Bestätigung eines Zeugen unterschreiben. Bei einer Limited nach britischem Recht müssen grds. Entweder ein Director und ein Zeuge oder zwei Directors unterzeichnen, wenn nicht - weniger praxisüblich - von der Möglichkeit eines besonderen Firmensiegels Gebrauch gemacht wird. Für Gesellschaften mit Sitz außerhalb Großbritanniens ist das jeweilige Gründungsrecht zu berücksichtigen, im Falle einer deutschen GmbH kann daher etwa auch lediglich ein alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer einen Vertrag als Deed unterzeichnen. Wenn ein Zeuge notwendig ist, kann dies nach dem Gesetz jede natürlich Person sein, die nicht Vertragspartei ist.

Es ist jedoch gute Praxis, dass der Zeuge zu-
mindest eine gewisse Unabhängigkeit aufweist
und volljährig ist.

Darüber hinaus muss ein Deed aus-
gehändigt („delivered“) werden. Das ist der Fall,
wenn der klare Wille der Parteien hervortritt, an
den Deed gebunden zu sein, ohne dass es not-
wendigerweise auf eine gegenständliche Übergabe
ankäme. Dabei muss auch unzweideutig zum
Ausdruck kommen, dass das Dokument die
Wirkungen eines Deeds haben soll („face value“).
In der Praxis werden hierzu Standardformeln wie
„executed as a deed“ verwendet. Soll ein Deed
nicht sofort wirksam werden, stehen weitere Ge-
staltungsmöglichkeiten zur Verfügung. Man
spricht etwa von einem „Escrow“, wenn ein Deed
zwar unwiderruflich ist, aber noch unter einer auf-
schiebenden Bedingung steht. Alternativ kann
auch die Aushändigung verzögert werden, indem
etwa ein Agent, insb. ein Rechtsanwalt, mit der
Aushändigung des bereits unterschriebenen Deed
zu einem späteren Zeitpunkt beauftragt wird.

In bestimmten Fällen ist die Ausferti-
gung als Deed gesetzlich vorgeschrieben. Dazu
gehören bspw. die Übertragung von Grundstücken,
bestimmte Mietverträge, Stellung von bestimmten
Sicherheiten (Mortgages, Charges), die Bestellung
eines Treuhänders oder Vollmachten (Power of
Attorney). Für manche Vertragsarten ist auch
lediglich die Schriftform vorausgesetzt, ohne die
besondere Form des Deeds einhalten zu müssen,

so zum Beispiel für bestimmte Rechtsübertragun-
gen oder persönliche Sicherheiten (Guarantees).
Wird die vorgeschriebene Form nicht eingehalten,
kommt ein Vertrag möglicherweise nicht rechts-
wirksam zu Stande.

Die Ausfertigung als Deed ist aber nicht
nur Wirksamkeitsvoraussetzung in bestimmten
Fällen, sondern zieht auch besondere Rechtsfol-
gen nach sich. Dazu gehört insb., dass Ansprüche
aus einem Deed auch ohne Erbringung einer Ge-
genleistung durchgesetzt werden können. Außer-
dem verdoppelt sich grds. die gesetzliche Verjäh-
rungsfrist von sechs auf zwölf Jahre. Es kann daher
auch zweckmäßig sein, einen Vertrag fakultativ als
Deed auszufertigen.

KONTAKT FÜR WEITERE INFORMATIONEN



Jan Eberhardt
Rechtsanwalt
Partner

Birmingham, Großbritannien

T + 44 121 2278 963
jan.eberhardt@roedl.com

Rödl & Partner
Morning Talks
LEGAL, TAX, FINANCIAL
TOPICS
19. Juni 2020
8. und 15. Juli 2020
9. und 16. September 2020
Jeweils von 9:00 bis 10:00 Uhr



Webinaren aus den Bereichen M&A, Kapitalmarkt-recht, Finanzierung, Compliance, Arbeitsrecht, Steuerrecht und Wirtschaftsprüfung ein. Profitieren Sie vom Know-how unserer Experten aus erster Hand. Das detaillierte Programm für unsere Webinarreihe sowie nähere

Informationen zur Anmeldung finden Sie unter www.roedl.de/morningtalks.

Unsere Experten aus verschiedenen Standorten von Rödl & Partner laden Sie herzlich zu den Live-

Wir würden uns freuen, Sie in einem oder in mehreren LIVE-Webinar(en) begrüßen zu dürfen. Alle Termine sind für Sie kostenfrei.

Impressum

M&A Dialog |
Ausgabe Juni 2020

Herausgeber
Rödl GmbH Rechtsanwalts-gesellschaft
Steuerberatungsgesellschaft
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft
Denninger Straße 84
81925 München
Deutschland
T +49 89 9287 800
www.roedl.de

Verantwortlich für den Inhalt
Michael Beder, Dr. Dagmar Möller-Gosoge,
Cyril Pregel, Jan Eberhardt

michael.beder@roedl.com
dagmar.moeller-gosoge@roedl.com
cyril.pregel@roedl.com
jan.eberhardt@roedl.com

Layout/Satz
Franziska Stahl
franziska.stahl@roedl.com

Dieser Newsletter ist ein unverbindliches Informationsangebot und dient allgemeinen Informationszwecken. Es handelt sich dabei weder um eine rechtliche, steuerrechtliche oder betriebswirtschaftliche Beratung, noch kann es eine individuelle Beratung ersetzen. Bei der Erstellung des Newsletters und der darin enthaltenen Informationen ist Rödl & Partner stets um größtmögliche Sorgfalt bemüht, jedoch haftet Rödl & Partner nicht für die Richtigkeit, Aktualität und Vollständigkeit der Informationen. Die enthaltenen Informationen sind nicht auf einen speziellen Sachverhalt einer Einzelperson oder einer juristischen Person bezogen, daher sollte im konkreten Einzelfall stets fachlicher Rat eingeholt werden. Rödl & Partner übernimmt keine Verantwortung für Entscheidungen, die der Leser aufgrund dieses Newsletters trifft. Unsere Ansprechpartner stehen gerne für Sie zur Verfügung.

Der gesamte Inhalt des Newsletters und der fachlichen Informationen im Internet ist geistiges Eigentum von Rödl & Partner und steht unter Urheberrechtsschutz. Nutzer dürfen den Inhalt des Newsletters nur für den eigenen Bedarf laden, ausdrucken oder kopieren. Jegliche Veränderungen, Vervielfältigung, Verbreitung oder öffentliche Wiedergabe des Inhalts oder von Teilen hiervon, egal ob on- oder offline, bedürfen der vorherigen schriftlichen Genehmigung von Rödl & Partner.