

WHITEPAPER | 2022

UNTERNEHMENS- TRANSAKTIONEN IM MITTELSTAND

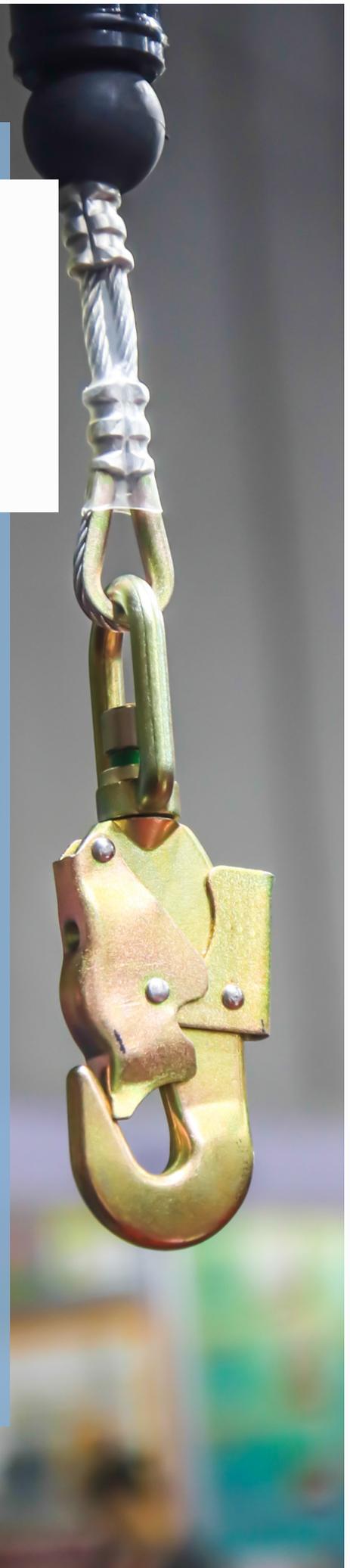
UNÜBERWINDBARE HÜRDE ODER MEISTERBARE HERAUSFORDERUNG?

Schlägt man die einschlägigen (Fach-) Zeitschriften auf, wird über Unternehmenstransaktionen überwiegend im Zusammenhang mit Mergers & Acquisitions (M&A) von oder zwischen Großunternehmen berichtet.

Transaktionen von kleinen oder mittelständischen Unternehmen finden in der Öffentlichkeit jedoch kaum Beachtung.

Sie finden aber dennoch statt und bilden sogar die Mehrzahl. Schaut man auf die Zahlen, wird auch klar warum: Bei 99 Prozent der in Deutschland ansässigen Unternehmen handelt es sich um kleine oder mittelständische Unternehmen. Sie erwirtschaften mehr als die Hälfte der Wertschöpfung, stellen fast 60 Prozent aller Arbeitsplätze und rund 82 Prozent der betrieblichen Ausbildungsplätze bereit. Auch die Politik setzt diese Fakten gerne werbewirksam ein. Wer kennt nicht den vielfach gebrauchten Slogan: „Der Mittelstand ist der Erfolgsfaktor der deutschen Wirtschaft“?!

TIGGES
RECHTSANWÄLTE

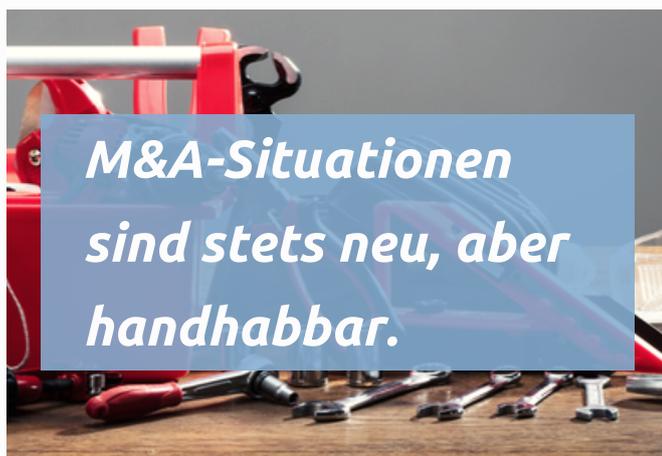


M&A ist im mittelständischen Alltag angekommen

Kleine und mittelständische Unternehmen sehen sich dabei mit den gleichen Herausforderungen konfrontiert, wie die eingangs erwähnten Großunternehmen. Sie müssen eine solide Eigenkapitalbasis, ein stetiges Wachstum sowie den Erhalt der internationalen Wettbewerbsfähigkeit sicherstellen, um nur einige der Faktoren zu benennen. Zudem herrscht starker Digitalisierungsdruck. Den zunehmenden Herausforderungen können (bzw. mitunter müssen) kleine und mittelständische Unternehmen auch durch M&A-Maßnahmen begegnen.

Hinzu kommt, dass diese Unternehmen häufig noch inhaber-/familiengeführt sind und sich die Unternehmensinhaber oftmals (ungeregelten) Nachfolgethemen gegenübersehen. Für die dafür in vielen Fällen notwendigen strategischen Maßnahmen in Form von Unternehmenstransaktionen, existiert – anders als in Großunternehmen – in der Regel keine prozessuale und organisatorische Infrastruktur oder Stabstellen. Zudem sind zeitliche und finanzielle Ressourcen begrenzt.

Gleichzeitig gehört jedoch das Thema M&A aus den vorgenannten Gründen immer mehr zum mittelständischen Alltag.



Nimmt man dies zusammen, bedeutet eine M&A-Transaktion für kleine und mittelständische Unternehmen oftmals eine große, mit den vorhandenen Ressourcen oftmals kaum zu bewältigende Herausforderung. Es gibt dabei nicht die „typische“ M&A-Transaktion.

Dafür sind die persönlichen und unternehmerischen (Lebens-)Situationen zu vielschichtig. Gleichwohl sollte am Anfang eines solchen Prozesses immer eine sorgsame Planung und Vorbereitung, auch unter Einschaltung von externen (Fach-)Beratern erfolgen, die eine strukturierte Herangehensweise und Durchführung gewährleistet und hilft den Erfolg des Projektes zu optimieren, wenn nicht sogar erst zu ermöglichen.

Dabei bietet es sich an in Zusammenarbeit mit den Gesellschaftern, Geschäftsführern, Fachmitarbeitern und externen (Fach-)Beratern eine Checkliste zu erstellen und den Prozess einer M&A-Transaktion grundsätzlich in folgende Phasen einzuteilen:

- Vorbereitung und Vertragsanbahnung
- Unternehmensprüfung (Due Diligence)
- Vertragsverhandlung und -unterzeichnung (Signing)
- Vollzug
- Integration und Post-Closing-Maßnahmen

Diese Maßnahmen sind zwar anfangs etwas aufwändiger, helfen aber die Komplexität im Gesamtprozess zu reduzieren und Abläufe besser handhabbar zu machen.

Unternehmensprüfung (Due Diligence) – Was ist das? Wofür brauche ich das? Was gilt es zu beachten?

Auch für kleine und mittlere Unternehmen („KMU“) ist eine strukturierte und umfassende Vorbereitung und Planung eines Transaktionsprozesses unerlässlich (siehe auch der Auftaktbeitrag dieser Serie hier). Haben die Verantwortlichen die strategische Entscheidung getroffen, das Unternehmen oder einen bestimmten Unternehmensteil veräußern bzw. erwerben zu wollen, d.h. die (i) Planungs- und Vorbereitungsphase durchlaufen, (ii) das Team der zu beteiligenden Berater gebildet, (iii) ein Transaktionskonzept erarbeitet, (iv) die Verantwortlichkeiten definiert sowie (v) Kontakt zu Interessenten hergestellt, geht es im nächsten Schritt darum die anstehende Phase der Unternehmensprüfung und -analyse (Due Diligence) zu bewältigen.

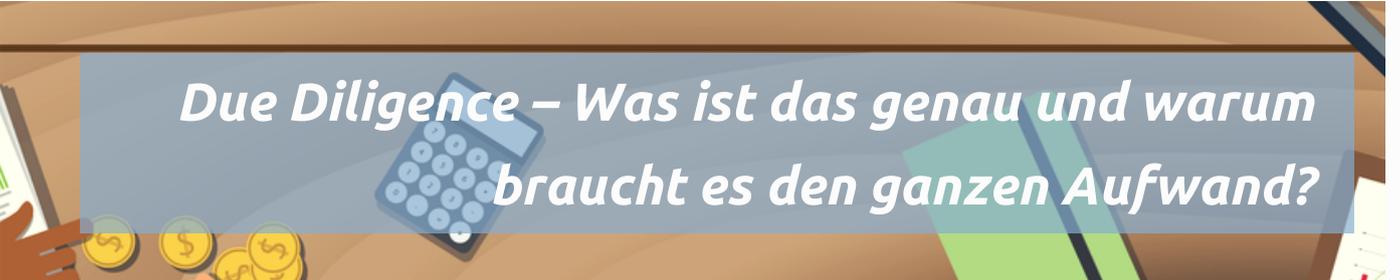
Der Begriff „Due Diligence“ kommt (wie sollte es auch anders sein?!) aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis und bedeutet so viel wie „erforderliche Sorgfalt“. Genau diese gilt es bei der Überprüfung eines Unternehmens als potenzielles Kaufobjekt walten zu lassen.

Oder mit den Worten eines geschätzten Kollegen ausgedrückt: „Man käme wohl auch nicht auf die Idee einen Gebrauchtwagen zu erwerben, ohne nicht zumindest mal geprüft zu haben, ob das Fahrzeug zumindest vier Räder, ein Lenkrad und einen Motor hat!“

Im Rahmen der Due-Diligence-Prüfung wird das/werden die zu erwerbenden bzw. zu veräußernden Unternehmen oder Unternehmensteile durch den/die Interessenten hinsichtlich der wesentlichen Faktoren geprüft. In der Regel ist zu empfehlen, dass man sich zumindest an den Dreiklang aus steuerrechtlicher, finanzieller und rechtlicher Due Diligence hält und in diesen Bereichen eine Prüfung durchführt. Zwingend ist dies jedoch nicht und es kommt hierbei immer auf den Einzelfall an. Gleiches gilt auch hinsichtlich des Umfangs und der Detailtiefe der Due-Diligence-Prüfung. Diese reicht von einer sog. „full-scope“ Due Diligence bis hin zu einer nur auf wesentliche Bereiche beschränkte „red-flag“ Due Diligence.

Der rechtliche Rahmen der Prüfung sowie deren Bedeutung für Veräußerer und Erwerber ist eng mit den vor- als auch kaufvertraglichen Verpflichtungen verknüpft und es bedarf daher auch hier einer Gesamtbetrachtung der verschiedenen Phasen des Transaktionsprozesses.

Nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass die festgestellten Risiken aus der Due-Diligence-Prüfung Auswirkungen auf die sich anschließende Phase der Vertragserstellung und Verhandlung haben oder im Worst-Case sogar zum Abbruch der Transaktion führen können.



**Due Diligence – Was ist das genau und warum
braucht es den ganzen Aufwand?**

Unternehmensprüfung (Due Diligence) – Was ist das? Wofür brauche ich das? Was gilt es zu beachten?

Lässt man das Worst-Case Szenario einmal außen vor, dienen die Ergebnisse der Due-Diligence-Prüfung der besseren Einordnung von Risiken und der Regelung von spezifischen Sachverhalten im Rahmen der sich anschließenden Phase der Vertragserstellung und Verhandlung, insb.:

- die Verletzung von vorvertraglichen (Aufklärungs-)Pflichten und die damit verbundene Frage der Definition von Arglist/Vorsatz beim Verkäufer;
- die Gestaltung der kaufvertraglich vereinbarten Garantien/Freistellungen;
- die Gestaltung und Verhandlung des Kaufpreises;
- die Einordnung und Definition des Haftungsmaßstabs/der Sorgfaltpflichten der Parteien;

Der Due-Diligence-Prüfung kommt eine zentrale Bedeutung im Rahmen des Transaktionsprozesses zu. Neben der richtigen (steuer-)rechtlichen Strukturierung der Transaktion, der Unternehmensbewertung zu Zwecken der Kaufpreisfindung und der richtigen Gestaltung des Kaufvertrags ist die

professionell durchgeführte Due-Diligence-Prüfung die vierte Säule einer erfolgreichen Transaktion. Als erste Orientierungshilfe bieten sich hierbei folgende (grobe) Schritte an:

- Definition und Abstimmung des Umfangs und der Bereiche der anstehenden Due-Diligence-Prüfung bspw. anhand einer Checkliste;
- Zusammenstellung eines Projektteams, bestehend aus Ansprechpartnern auf Seiten der an der Transaktion beteiligten Unternehmen sowie entsprechender (Fach-)Berater und Definition der Verantwortlichkeiten während der Due-Diligence-Prüfung;
- Vorbereitung der zur Verfügung zu stellenden Dokumente sowie des (zumeist virtuellen) Datenraums für die Due-Diligence-Prüfung;
- Planung und Strukturierung des Q&A-Prozesses während der Due-Diligence-Prüfung. Einplanung von personellen Ressourcen der vorgenannten Projektteams zur Beantwortung von Rückfragen der Interessenten im Rahmen des Q&A Prozesses.



Ein strukturierter Ablauf ist unerlässlich!



Der ganze Aufwand auch bei KMU?!

Vor dem Hintergrund der oben beschriebenen Reduzierung von Risiken sowie der Steigerung von Chancen auf einen erfolgreichen Abschluss der Transaktion (Stichwort: professionelle und strukturierte Handhabung des Transaktionsprozesses gegenüber den Interessenten) sollte auch bei Unternehmenstransaktionen unter Beteiligung von KMU nicht auf die Durchführung einer Due-Diligence-Prüfung verzichtet werden.

In welchem Umfang die vorgenannte Prüfung dann stattfindet, hängt von verschiedenen Faktoren, insbesondere der Größe des zu verkaufenden Unternehmens sowie der Qualität und des Inhalts etwaiger in den Vorgesprächen und sonst zur Verfügung gestellter Informationen ab.

Den Bedenken vieler mittelständischer Unternehmer, dass ihre Unternehmen durch „Fremde“, mitunter sogar direkte Wettbewerber durchleuchtet werden, wird

Rechnung getragen, indem man den Due Diligence Prozess entsprechend aufsetzt und die Themen „Vertraulichkeit“ sowie „Daten- und Wettbewerbsschutz“ bei der Planung berücksichtigt.

Führt ein mittelständischer Unternehmer eine Transaktion, wider aller vorherigen Empfehlungen, doch ohne eine Due-Diligence-Prüfung durch, ist dies nicht verboten. Er muss sich dann aber bewusst sein, dass sich der Erwerber deutlich stärker über entsprechende Garantien (insbesondere „harte“ Bilanz- und Eigenkapitalgarantien sowie Garantien mit Blick auf den zukünftigen Cash-Flow) sowie umfangreiche Freistellungen (bspw. Steuern) absichern wird. Ob dieser Preis den vermeintlich ersparten Aufwand durch die ausgelassene Due-Diligence-Prüfung rechtfertigt? – in den überwiegenden Fällen wohl eher nicht!

(Autor: Christian Schon)



Die datenschutzrechtliche Due Diligence

Eine saubere datenschutzrechtliche Struktur verkörpert für Käufer von Unternehmen inzwischen einen relevanten Wert mit Blick auf die Bewertung des zu veräußernden Unternehmens im Vorfeld einer M&A-Transaktion. Spätestens seit Einführung der DSGVO kommt kein Unternehmen mehr am Thema Datenschutz und den sich hieraus ergebenden Vorgaben vorbei. Defizite in diesem Bereich münden schnell in einem rechtlichen Risiko für den Käufer, der um dem Damoklesschwert der behördlichen Bußgelder (bis zu 4 % des Vorjahresumsatzes!) aus dem Weg zu gehen, unter Umständen nicht unerhebliche Ressourcen einsetzen muss, um die Schwachstellen in der datenschutzrechtlichen Organisation der Zielgesellschaft zu beheben.

Daher ist es für einen Unternehmenskäufer von essenzieller Bedeutung bereits im Rahmen der Due Diligence die Risiken zu identifizieren und ggf. zu reduzieren. Ignoriert er datenschutzrechtliche Defizite, besteht die Gefahr, dass er nach der Transaktion hierfür zur Verantwortung gezogen wird.

Diese Kurzeinführung gibt einen Überblick, um für die Bedeutung der datenschutzrechtlichen Due Diligence zu sensibilisieren. Insoweit der Hinweis, dass es hier nicht um personenbezogene Daten, die im Rahmen der Unternehmenstransaktion selbst verarbeitet werden, z.B. die Erhebung und Verarbeitung der personenbezogenen Daten für den Käufer und die Aufbereitung der Dokumente im Datenraum samt der notwendigen Verträge mit dem Datenraumbetreiber, geht. Der Fokus liegt hier auf der Due Diligence der datenschutzrechtlichen Risiken in Bezug auf die Zielgesellschaft und der Frage, mit welcher strukturellen Vorgehensweise der Käufer diese Risiken erkennen und somit reduzieren kann.

Entscheidend ist im Rahmen der Due Diligence die richtigen Fragen zu stellen, um so in den verschiedenen datenschutzrechtlich bedeutsamen Bereichen abzuklopfen, wie der Status Quo und das Datenschutzniveau zu bewerten sind. Hierfür sollte zunächst die bestehende Dokumentation in Augenschein genommen werden.



Datenschutz und Due Diligence gehören zusammen.

- **Datenschutz- und Löschkonzept** – Insbesondere die Löschung von Daten (z.B. kein CRM mit „Uraltdaten“) muss sauber umgesetzt werden; das Datenschutzkonzept ist der Ausgangspunkt und gewissermaßen Herzstück für den Umgang und die Organisation des Themas Datenschutz im Unternehmen. Natürlich müssen die im Konzept festgelegten Prozesse auch tatsächlich so umgesetzt werden, was dann wiederum Teil der Prüfung ist.
- **Verarbeitungsverzeichnis (Art. 20 DSGVO)** – Eine häufige Fehlerquelle, da ein Verzeichnis nicht existiert oder unvollständig ist, mit der Folge, dass sich das Unternehmen nicht aller datenschutzrechtlich relevanten Verarbeitungen bewusst ist.
- **Data-Breach-Konzept** – Hier geht es um den Umgang mit Datenschutzvorfällen und um die Dokumentation von etwaigen Datenschutzvorfällen aus der Vergangenheit; letztlich ist im Rahmen der Prüfung auch sicherzustellen, dass das Unternehmen über entsprechende Prozesse und TOM verfügt, damit Datenverluste festgestellt werden können und um dem Unternehmen zu ermöglichen, angemessen zu reagieren.
- **Unterlagen zu IT-und Cybersicherheit** – z.B. , ob ein Datensicherheitskonzept (technisch-organisatorische Maßnahmen) vorhanden ist, ggf. inklusive ISO-Zertifizierungen.
- **Auftragsverarbeitungsverträge (Art. 28 DSGVO)** – Fast jedes Unternehmen bindet IT-Dienstleister an, die personenbezogene Daten im Auftrag verarbeiten. Hier ist es wichtig zu prüfen, ob entsprechende Vereinbarungen bestehen, mit denen die Dienstleister die Einhaltung gewisser Mindeststandards garantieren und so den Auftraggeber absichern.
- **Datenschutzrechtlich relevante Dokumente im Zusammenhang mit dem Bereich HR** – Ebenfalls ein sehr sensibler Bereich, der sich vom Umgang mit Bewerbern, über die Praxis zum On-Boarding bei neuen Mitarbeitern bis hin zu den vertraglichen Regelungen mit diesen bezieht. Beim Mitarbeiterdatenschutz ist stets darauf zu achten, dass sich die aus Art. 13 DSGVO ergebenden Hinweispflichten erfüllt werden und hier alle Prozess sauber sind (Datenschutzhinweise zur Verarbeitung der Daten der Mitarbeiter existent? Konzept zum Umgang mit besonderen personenbezogenen Daten nach Art. 9 DSGVO? Verschwiegenheitserklärungen der Mitarbeiter vorhanden? Bild-Einwilligung vorhanden, z.B. für Veröffentlichung von Fotos auf Website?)
- **Prüfung Website** – Hier insbesondere die Prüfung, ob die Datenschutzerklärung rechtskonform erteilt wurde und in tatsächlicher Hinsicht alle Verarbeitungen im Zusammenhang mit dem Besuch der Seite erfasst; Prüfung wegen Cookie-Banner/Cookie-Policy.

Eine Datenschutzprüfung der Zielgesellschaft ist für den Käufer unerlässlich, um nicht unkalkulierbare Risiken einzugehen, die sich zumeist erst nach Abschluss zu seinen Ungunsten verwirklichen, z.B. wenn Produkte und Lösungen der Zielgesellschaft integriert werden, die unter der Geltung der DSGVO nicht oder nur nach Änderung zu vermarkten sind.

(Autor: Sebastian Keilholz, LL.M.)

IP Due Diligence

Noch immer wird das Thema Due Diligence vor allem mit der Überprüfung von Sachanlagevermögen, Geschäftsbeziehungen oder dem Mitarbeiterbestand des zu veräußernden Unternehmens in Verbindung gebracht. Mit der Globalisierung und Digitalisierung hat sich dieser Fokus bei der Ermittlung des Unternehmenswertes verschoben: heute bestimmen vor allem IP-Rechte den Kaufpreis des zu erwerbenden Unternehmens und beeinflussen nicht selten die Kaufentscheidung.

Dies gilt insbesondere, wenn ausländische Käufer deutsche Unternehmen ins Visier nehmen. Von besonderem Interesse sind hier die Patente und das Know-how, um innovative Technologien zu entwickeln oder zu übernehmen oder auch Marken, die (noch immer) für „Made in Germany“ stehen. Für ausländische Investoren sind insbesondere die Sektoren Technologie und Gesundheitswesen interessant, also die Bereiche die durch COVID-19 nochmals stärker in den Fokus geraten sind, das gilt vor allem für Software-Produkte und IT-Systeme. Laut einer PWC-Studie aus dem Jahr 2020 beteiligten sich Private-Equity-Investoren dabei am häufigsten an kleineren und mittleren Transaktionen.

Es geht um die Bestandsaufnahme und fundierte Analyse sämtlicher Schutzrechte – dies sind Patente, Gebrauchsmuster, Marken, Designs, ggf. daran erteilte Lizenzen, aber auch die zumindest in Deutschland einem Registerrecht nicht zuführbaren Urheberrechte, hier etwaige Rechte am Know-How eines Unternehmens.

Die genannten Schutzrechte vermitteln als zeitlich befristete Monopolrechte absolute Verwertungsrechte des Unternehmens – absolut deshalb, weil ein Monopolrecht seinem Inhaber das Recht vorbehält, das geschützte IP-Recht und die zugrundeliegende Innovation allein und unter Ausschluss Dritter zu verwerten. Damit wird auch die Bedeutung solcher immaterieller Rechtsgüter bei der Bewertung des Unternehmenswertes im Rahmen eines Unternehmenserwerbs deutlich.

Mit der IP Due Diligence wird ermittelt

- ob und in welchem Umfang die zu erwerbende Gesellschaft Schutzrechte besitzt,
- ob Lizenzen an diesen erteilt sind oder eine Lizenzabhängigkeit besteht,
- ob Rechtsstreitigkeiten existieren, und
- in welchem Umfang Know-How im Unternehmen verankert ist und welche Maßnahmen zum Schutz des Know-how vorhanden sind.



Der Teufel steckt im Detail...

IP Due Diligence

Naheliegender wird bei einem jungen Unternehmen oder Startup der Schwerpunkt in der Ermittlung des Know-How liegen, da es ggf. noch keine patentierte, vielleicht auch noch keine patentreife Technologie gibt. Handelt es sich um ein etabliertes Unternehmen, das bereits über im Markt eingeführte Technologien und Marken und parallel dazu ein zumindest teilweise registerrechtlich aufgebautes IP-Portfolio verfügt, kann schon eine Recherche in den jeweiligen Schutzrechts-Datenbanken einen schnellen und belastbaren Überblick verschaffen.

Ein Hightech- oder Biotech-Unternehmen oder ein Anbieter komplexer technischer Lösungen erfordert dabei eine intensivere IP Due Diligence als dies bei einem Unternehmen nötig ist, das im Wesentlichen wegen seiner Vertriebskanäle für den Käufer interessant ist.

Mit einer Überprüfung des Datenbestands in den Registern der zuständigen Behörden lässt sich recht schnell der eingetragene Inhaber, der Status des Schutzrechts (ist das Patent oder die Marke noch valide oder die Schutzfrist abgelaufen?), die Laufzeit und der Schutzzumfang des jeweiligen Schutzrechts ermitteln. Allerdings spiegeln Registereintragungen nicht immer die tatsächliche Rechtslage wider. Denn nicht selten sind die Schutzrechte nicht auf die Zielgesellschaft eingetragen, sondern – aus steuerlichen Gründen – auf eine „IP-Holding-Gesellschaft“ innerhalb eines Konzerns oder auf einen unternehmensnahen Dritten, z.B. den ursprünglichen Unternehmensgründer oder einen Gesellschafter.

Zudem gibt die Registerlage nicht wieder, ob die Schutzrechte mit Lizenzen belegt sind. Dies ist für die Verfügbarkeit und Werthaltigkeit des IP-Rechts aber relevant, weshalb ein Blick in die Lizenzvereinbarungen zwingend erforderlich ist. Übernimmt der Erwerber die Zielgesellschaft und tritt er in bestehende Lizenzverträge als Lizenzgeber ein, so wird er regelmäßig an einer schnellen Beendigung des Vertrags interessiert sein, während ihm auf der Lizenznehmerseite naheliegender eher an einer Fortsetzung des Lizenzvertrags gelegen sein dürfte.

Noch unklarer ist regelmäßig die Bestandslage mit Blick auf die nicht-eingetragenen Schutzrechte, wie etwa urheberrechtlich geschützte Werke, hier insbesondere Software-Rechte und Know-how. Diese Rechte sind nicht selten das eigentlich wichtige Asset des Zielobjekts und Informationen darüber lassen sich nur nach Vorlage von Vereinbarungen mit Dritten – etwa F&E-, Kooperations-, und IT-/ Softwareentwicklungsverträge – ermitteln. Hier ist eine vollständige und genaue Dokumentation ausschlaggebend. Dies gilt auch mit Blick auf Arbeitnehmererfindungen, Belastungen von Schutzrechten in Form von Pfandrechten oder auch Abgrenzungsvereinbarungen sowie ggf. anhängige oder abgeschlossene Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit den IP-Rechten.

Potentielle Käufer oder Investoren tun daher gut daran, sich bei der Prüfung des „Targets“ nicht nur auf die materiellen Vermögenswerte zu konzentrieren, sondern auch die gewerblichen Schutzrechte im Blick zu haben.

Der Teufel steckt im Detail

(Autorin: Micaela Schork, LL.M.)

Vertragsverhandlung und Vertragsunterzeichnung (Signing)

Nach Abschluss der Unternehmensprüfung und -analyse (Due Diligence) durch den potentiellen Käufer (bzw. dessen Berater), beginnt die Phase der eigentlichen Vertragsverhandlungen, an deren Ende dann (bestenfalls) der Vertragsabschluss (Signing) steht.

In dieser Phase stehen insbesondere der Entwurf des Anteilskauf- und Übertragungsvertrag (SPA) und gegebenenfalls diesen ergänzende Vertragsentwürfe (z.B. Beratervertrag, Mietvertrag, Dienstleistungsvertrag) im Fokus. Wie bereits erwähnt, dienen die Ergebnisse der Due Diligence der besseren Einordnung von Risiken und der Regelung von spezifischen Sachverhalten im Rahmen der Vertragserstellung und Verhandlung.

Im Zentrum der Vertragsgestaltung und -verhandlung stehen meist die konkrete Ausgestaltung des Kaufpreises, Gewährleistungsrechte / Garantien/Freistellungen des Käufers, die Einordnung und Definition des Haftungsmaßstabs /der Sorgfaltspflichten der Parteien sowie Regelungen zur Auflösung von Rechtsbeziehungen zwischen Verkäufer und Zielunternehmen (z.B. Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen, Mietverträge, etc.).

Aber auch Fragen der Umsetzung werden in dieser Phase der Transaktion konkretisiert: bspw. ob der Erwerb direkt durch den Erwerber oder mittelbar über eine noch zu gründende Gesellschaft (NewCo) als Akquisitionsvehikel erfolgt. Eine entscheidende Rolle spielt auch, wie die Geschäftsanteile übertragen werden sollen.

Die Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils und mithin auch der entsprechende SPA bedürfen der notariellen Form. Ferner sind etwaig bestehende Zustimmungserfordernisse abzuklären. Gängig sind hier Zustimmungserfordernisse aus den Gesellschaftsverträgen der Zielgesellschaften (Vinkulierungen, Zustimmung Ehegatten etc.).

Auch wenn es bei der Gestaltung des SPA kein „richtig“ oder „falsch“ gibt, hat sich in der Praxis ein üblicher Aufbau etabliert:

- Regelung der wesentlichen Vertragsbedingungen: Parteien, Vertragsgegenstand, Kaufpreis und Zahlungsmodalitäten, Stichtag, Rücktritt und Kündigung; Anspruch auf den Gewinn des laufenden Geschäftsjahres
- Vollzug: Grundsätzlich zu einem späteren Stichtag als die Unterzeichnung; Käufer erhält hier die wirtschaftliche Verfügungsgewalt über das Zielunternehmen
- Haftung: Verschiedene Zusicherungen/Garantien der Verkäufer zu den Geschäftsanteilen und der Gesellschaft
- Wettbewerbsverbot
- Steuern: Abgrenzung der Verantwortlichkeit erfolgt grundsätzlich nach dem Stichtagsprinzip (vor dem Stichtag = Verkäufer; nach dem Stichtag = Käufer)
- Kosten: Kostenregelungen hinsichtlich des Abschlusses und der Durchführung des Vertrages sowie hinsichtlich der beteiligten externen Berater.

Vielfältige Regelungen rund um den Kaufpreis denkbar!

Die Regelungen zum Kaufpreis sind vielfältig und reichen von einem Festkaufpreis bis hin zu einer variablen Gestaltung unter Einbeziehung eines Earn-Outs. Welche sinnvoll ist, kommt auf den konkreten Einzelfall an und sollte insbesondere auch mit den Beratern aus den Bereichen Finanzen und Steuern abgestimmt werden. Rechtlich ist es empfehlenswert in diesem Zusammenhang Sicherheiten vorzusehen, um zu gewährleisten, dass (i) man auch tatsächlich die Geschäftsanteile mit Kaufpreiszahlung erhält oder (ii) durch bspw. Einbehalt eines Teils des Kaufpreises etwaige Garantieansprüche absichert.

Hinsichtlich der Haftung gilt, dass für gewöhnlich die gesetzliche Haftung und Gewährleistung im Rahmen des SPA ausgeschlossen und durch ein eigenständiges Garantie- und Haftungsregime ersetzt werden. Hintergrund ist hierbei, dass es oft schwer nachzuweisen ist, wann falsche Abschlussangaben im Einzelfall als Sachmangel zu Gewährleistungsansprüchen führen. Hinzu kommt, dass sich der Verkäufer vielfach vom Verschuldensvorwurf entlasten könnte.

Vor diesem Hintergrund werden in der Regel selbständige Garantieverprechen vereinbart. Die Abgabe solcher Garantien stellt sicher, dass der Verkäufer für fehlende oder falsche Angaben verschuldensunabhängig haftet. Diese Garantien können alle zum Gegenstand der Due Diligence (sofern durchgeführt) gemachten Fragenbereiche oder Bereiche des Unternehmens erfassen.

Das bedeutet sowohl die rechtlichen Verhältnisse des Unternehmens als auch die wirtschaftlichen Verhältnisse, wie bspw.

- Richtigkeit und Vollständigkeit der Unternehmensinformationen
- Rechtsgarantien bzgl. Eigentümerstellung und Verfügungsberechtigung über die Geschäftsanteile
- die Richtigkeit und Vollständigkeit der Jahresabschlüsse (Bilanzgarantie)
- das Vorhandensein eines bestimmten Eigenkapitals (Eigenkapitalgarantie)
- den gesicherten Bestand der Schutzrechte
- das Vorhandensein aller für den Betrieb des Unternehmens erforderlichen Genehmigungen
- den Vertragsbestand (bspw. Miet- und Anstellungsverträge einschl. etwaiger Ansprüche aus Mitarbeiterbeteiligungsmodellen)
- Arbeitnehmer



Vertragsverhandlung und Vertragsunterzeichnung (Signing)

Auch die Rechtsfolgen einer Garantieverletzung werden abweichend und unter Ausschluss der gesetzlichen Regelungen geregelt. Grundsätzlich wird auf Schadenersatz gehaftet. Die Höhe der Garantieansprüche kann begrenzt werden (Cap oder Vereinbarung einer de mini-mis-Grenze). Genauso werden häufig vom Gesetz abweichende Verjährungsregelungen getroffen.

Gleiches wie zur Haftung gilt grundsätzlich auch für das Thema Steuern. Hier empfiehlt es sich im SPA umfassende Steuergarantien und eine Steuerfreistellungsklausel vorzusehen, um sich gegen etwaige Risiken aus diesem Bereich abzusichern. Hier erfolgt die Abgrenzung grundsätzlich nach dem Stichtagsprinzip.

Das heißt alle steuerrechtlichen Sachverhalte (begonnen und abgeschlossen) und damit einhergehende Steuerrisiken vor dem Stichtag liegen in der Verantwortung des Verkäufers. Alle nach dem Stichtag liegen dann folgerichtig beim Käufer.

Zusammengefasst zeigt sich auch hier, dass eine umfassende Planung und ein strukturierter Ablauf unerlässlich sind. Dies erfordert einigen Aufwand, der sich aber in jedem Fall lohnt, insbesondere dann, wenn er zum erfolgreichen Abschluss der geplanten Transaktion beiträgt.

(Autor: Christian Schon)



Vollzug & Integration

Ist die Unterzeichnung des Kaufvertrags erfolgt und sind die vorherigen Phasen des Prozesses erfolgreich abgeschlossen, ist ein wesentlicher Teil des Transaktionsprozesses geschafft, der Gesamtprozess aber noch nicht beendet. Nach der Unterzeichnung des Kaufvertrags beginnt nun die Phase des „Vollzugs“ sowie der „Integration des Zielunternehmens in die bestehenden Strukturen des Erwerbers“.

Bei vielen Unternehmenskaufverträgen fallen der schuldrechtliche Kaufvertrag (Signing) und der Vertrag über die dingliche Erfüllung (Closing) auseinander. Ein solches Auseinanderfallen ist aus Sicht des Verkäufers zumeist nicht wünschenswert, weil der Eintritt der Vollzugsvoraussetzungen zumeist in die Risikosphäre des Erwerbers fällt und somit von ihm beeinflusst werden kann.

Typische Vollzugsvoraussetzungen:

- die kartellrechtliche Freigabe
- Restrukturierungsmaßnahmen, um das Zielunternehmen „veräußerbar“ zu machen
- Verzicht auf Vorkaufsrechte und Erklärungen zu etwaigen satzungsmäßigen Mitverkaufsrechten und -pflichten
- Erteilung von gesellschaftsrechtlichen Zustimmungen und Gremienvorbehalten
- Erteilung von Testaten zu den Jahresabschlüssen des Zielunternehmens
- Abschluss bestimmter Verträge

- Zustimmung Banken, Fördergremien, Bürgschaftsgemeinschaften u.ä.
- Eintragung der Haftungsbeschränkungen nach § 176 Abs. 2 HGB oder § 25 Abs. 2 HGB im Handelsregister oder Eintragung des Erwerbers in der Gesellschafterliste (§§ 16 Abs. 1, 40 GmbHG)

Je komplexer die vertragliche Struktur ist und je umfangreicher die Bedingungen und Zustimmungserfordernisse für einen wirksamen Anteilsübergang und Vollzug des Kaufvertrages sind, umso eher empfiehlt sich dennoch die eingangs erwähnte Trennung zwischen Signing und Closing. In diesem Fall sollten zum einen die Vollzugsvoraussetzungen (d.h. was muss passieren, damit es überhaupt zum Closing kommt) und die Vollzugshandlungen (d.h. welche Handlungen sind beim Closing selbst vorzunehmen) bereits im Kaufvertrag möglichst präzise definiert werden.

Übliche Regelungsbereiche im Rahmen von Vollzugshandlungen:

- Abschluss notwendiger Verträge (bspw. Mietvertrag Betriebsimmobilie, Dienstleistungs-, Lizenzverträge, etc.)
- Erfüllung von Bedingungen (bspw. Nachweis Finanzierung; Zustimmung Gremien, etc.)
- Feststellung von Bilanzen oder Zwischenabschlüssen
- Abberufung/Neubestellung Geschäftsführer
- Nachweis Zahlung Kaufpreis



Integration des Zielunternehmens in die bestehenden Strukturen des Erwerbers ist Kernelement des Erfolgs!

Zu Dokumentationszwecken wird dann zumeist ein Closing- und Abnahmeprotokoll erstellt, das von den Vertragsparteien unterzeichnet wird. Mit erfolgreicher Beendigung des Closings ist das Geschäft vollzogen, d.h. das Eigentum an den Geschäftsanteilen am Zielunternehmen geht auf den Erwerber über. Oder kurz gesagt: der Erwerber wird ab diesem Zeitpunkt rechtmäßiger Inhaber.

Das Zusammenführen und die Integration von vormals unabhängigen Unternehmen zu einer funktionierenden Einheit führt zum eigentlichen Abschluss des Transaktionsprozesses. Damit dies auch zufriedenstellend gelingt, gilt es auch hier ein besonderes Augenmerk auf eine strukturierte Planung und Umsetzung zu legen.

Am Anfang steht dabei die Entwicklung und stetige Überprüfung der Integrationsstrategie unter Einbeziehung der im Rahmen des Transaktionsprozesses zuvor gewonnen Erkenntnisse. Hierzu gehört unter anderem:

- Die Festlegung der optimalen Übernahme- und Integrationsstruktur (z.B. Umwandlung, Asset Deal, Share Deal)
- Die Anpassung der Strukturen beim Erwerber (nationale und internationale Verschmelzungen und andere Umwandlungsmaßnahmen)

- Der Umgang mit (steuer-)rechtlichen Themen, wie bspw. bestehenden Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge
- Die Vereinheitlichung der Corporate-Governance-Struktur (z.B. im Hinblick auf konzernweit einheitliche Zustimmungsvorbehalte oder die Implementierung von Führungsstrukturen der Erwerberorganisation)
- Die Zusammenführung der Compliance-Organisationen und IT-Infrastruktur

Hieran schließt sich dann eine möglichst zeitnahe und effizient gestaltete Umsetzung der zuvor erarbeiteten Integrationsstrategie an, um den Zustand des normalen Geschäftsbetriebs schnellstmöglich wiederherzustellen. Die Herausforderung ist hierbei, anstehende Integrationsaufgaben während des laufenden Tagesgeschäfts in die Geschäftsprozesse zu integrieren.

Hier ist, wie eingangs bereits erwähnt, eine strukturierte Planung und Umsetzung unerlässlich, so dass der Erwerb und die Integration des Zielunternehmens im Ergebnis ein Erfolg wird, die an der Umsetzung beteiligten Personen nicht über Gebühr belastet werden, so dass sie sich anschließend wieder motiviert neuen Aufgaben und Projekten widmen können.

(Autor: Christian Schon)

ANSPRECHPARTNER FÜR DIESE PUBLIKATION



Christian Schon
Rechtsanwalt
+49 211 8687 284
schon@tigges.legal

**Alle Autoren sowie Ihre gewohnten Ansprechpartner bei TIGGES
stehen Ihnen für Fragen gern zur Verfügung!**

TIGGES
RECHTSANWÄLTE

© TIGGES Rechtsanwälte Partnerschaft mbB
Zollhof 8 | 40221 Düsseldorf

www.tigges.legal