

Investment Banking

Fahrholz / Röver

2. Auflage 2024
ISBN 978-3-8006-7138-0
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

vertraglich vereinbarten Haftungsregelung steht, wird eine entsprechende Freistellung des Verkäufers durch den Käufer nach § 311 Abs. 1 BGB vereinbart, die dem Verkäufer einen Anspruch gegenüber dem Käufer gibt.²¹⁰

Die beschriebenen Regelungen der Parteien werden sich teilweise von der zugrunde liegenden materiellen Rechtslage ablösen. Deshalb ist die genaue Regelung im Unternehmenskaufvertrag wichtig. 352

c) Verkäufer-Wettbewerbsverbot

aa) Begründung

Der Käufer hat ein elementares Interesse daran, dass der Verkäufer nicht unmittelbar nach Veräußerung des Unternehmens ein gleichartiges Unternehmen betreibt und damit mit dem erworbenen Unternehmen in Wettbewerb tritt. Der Veräußerer verfügt über das notwendige Know-how und nach Zahlung des Kaufpreises regelmäßig auch über die nötigen finanziellen Mittel, um unmittelbar nach Unternehmensübernahme in direkte Konkurrenz zu treten. Darüber hinaus verfügt er über die nötigen Kundenkontakte und hat sich bereits am Markt etabliert. Selbst in Geschäftsbereichen, die nicht von einer starken persönlichen Bindung geprägt sind, ist absehbar, welche Folgen diese Konkurrenz für den Erwerber hätte. 353

Im Regelfall werden sich die Parteien deshalb auf ein **ausdrückliches** »nachvertragliches«²¹¹ Wettbewerbsverbot einigen. Es kann sich auch **konkludent** aus dem Parteiwillen ergeben. Es ist heute aber auch anerkannt, dass ein nachvertragliche Wettbewerbsverbot zwischen den Beteiligten eines Unternehmenskaufs auch besteht, wenn es nicht ausdrücklich im Kaufvertrag vereinbart wurde.²¹² Ein solches Wettbewerbsverbot kann als **vertragsimmanent** angesehen werden, da es sich bereits aus Inhalt und Zweck des Kaufvertrags (aufgrund seiner kaufrechtlichen Verschaffungspflichten) oder aus den **Nebenpflichten gemäß § 241 Abs. 2 BGB** ergibt, welche der Schuldner zur Rücksichtnahme auf den anderen Teil hat. Teilweise wird es aber auch über eine **ergänzende Vertragsauslegung** nach §§ 133, 157, 242 BGB begründet.²¹³ Beim Unternehmenskauf ist das Wettbewerbsverbot von so elementarer Bedeutung, dass es fast immer von den Parteien ausdrücklich vereinbart wird. So können die Verpflichtungen konkretisiert und bestmöglich den individuellen Gegebenheiten angepasst werden. 354

Für den Fall einer Verletzung des Wettbewerbsverbots sehen die Parteien typischerweise die Zahlung einer Vertragsstrafe, § 339 BGB vor. Außerdem kann die Verletzung einer vertraglichen Verpflichtung einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB auslösen. 355

210 Statt einer Freistellung des Verkäufers durch den Käufer kann im Einzelfall auch ein Schuldbeitritt nach § 311 Abs. 1 BGB vorliegen. Zum Schuldbeitritt vgl. unten Teil I Rn. 463–466.

211 »Nachvertraglich« deshalb, weil es nach dem (wesentlichen) Abschluss der Unternehmensübernahme durch Übertragung der Vermögensgegenstände wirksam sein soll. Es ist aber vertraglich in dem Sinne, dass es eine vertragliche Grundlage hat.

212 BGH NJW 1955, 337f.; BGH NJW 1979, 1605 (1606); Jauernig/Berger, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Aufl. 2021, § 453 Rn. 13; Leible/Müller, in: juris-PK BGB, 9. Aufl. 2020, § 453 Rn. 28. Ein derartiges vertraglich ungeregeltes Wettbewerbsverbot besteht nach der Rechtsprechung aber nicht, wenn ein fehlgeschlagener Unternehmenskauf rückabgewickelt werden muss; vgl. BGH NJW 2006, 2847 (2850).

213 Grüneberg/Ellenberger, 83. Aufl. 2024, § 157 Rn. 17, § 138 Rn. 104–106.

bb) Kartellrechtliche Beschränkungen²¹⁴

356 Ein Wettbewerbsverbot ist allerdings kartellrechtlich problematisch, da es ein Kartell begründet und somit gegen § 1 GWB verstößt und damit grundsätzlich wegen Gesetzesverstößes nach § 134 BGB nichtig ist.²¹⁵ Die Parteien können zudem bußgeldpflichtig werden.²¹⁶

357 Allerdings ist nicht jedes Wettbewerbsverbot kartellrechtlich bedenklich. Kein Verstoß liegt vor, wenn das Wettbewerbsverbot hinreichend eingeschränkt wird.²¹⁷ Methodisch wird § 1 GWB bei begrenzten Wettbewerbsverboten teleologisch reduziert.²¹⁸ Wettbewerbsverbote sind als unbedenklich einzustufen, wenn sie zur Erreichung eines kartellrechtsneutralen Hauptzwecks des Kaufvertrages sachlich geboten sind²¹⁹ sowie zeitlich, räumlich und gegenständlich darauf beschränkt sein, den mit dem Austauschvertrag verfolgten Zweck zu erreichen.²²⁰ In zeitlicher Hinsicht liegt die Obergrenze der kartellrechtlichen Zulässigkeit eines Wettbewerbsverbots bei zwei bis drei Jahren.²²¹

cc) Zivilrechtliche Beschränkungen

358 Es besteht auch die Gefahr, dass Wettbewerbsverbote wegen **Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB** nichtig sind. Dies betrifft Wettbewerbsverbote, die den Verpflichteten in seiner Berufsausübung übermäßig stark beschränken. Ein Wettbewerbsverbot darf insbesondere nicht in örtlicher, zeitlicher und gegenständlicher Hinsicht zu einer unangemessenen Beschränkung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit führen.²²² Dies ist aber der Fall, wenn das Verbot über das notwendige Maß hinausgeht. **Sachlich** ist ein Wettbewerbsverbot zu beschränken auf den bisherigen Geschäftsbereich der Zielgesellschaft. In **persönlicher** Hinsicht darf das Wettbewerbsverbot den Verkäufer selbst und seine Tochtergesellschaften sowie seine Handelsvertreter erfassen.²²³ Es darf sich aber nicht gegen dritte Personen richten. Als **zeitliche** Obergrenze eines vertraglich vereinbarten Wettbewerbsverbots sollte

214 Vgl. auch und Teil 2 Rn. 58–60 und *Kübler/Oest*, Wettbewerbsverbote in Veräußerungs-, Management- und Beteiligungsszenarien – ein praktischer Leitfadens, in: *Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht (KSzW)* 2011, S. 47 ff.

215 Europarechtlich kann ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV vorliegen. Die europäischen und die deutschen kartellrechtlichen Rahmenbedingungen ähneln sich – sofern der jeweilige Anwendungsbereich eröffnet ist – und werden daher nicht gesondert dargestellt.

216 § 81 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 81c GWB: Bußgelder bei kartellrechtlichen Verstößen können die Höhe von € 1 Mio. erreichen, gegebenenfalls eine darüber hinaus gehende Summe, sofern diese nicht 10 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Umsatzes übersteigt.

217 Beachte zu Wettbewerbsverboten nach Art. 101 AEUV: Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (2005/C 56/03) (kurz: Bekanntmachung der Kommission), ABLEG 2005 C 56 vom 5.3.2005, S. 24–31, Abschnitt III. A. Nr. 19.

218 Zur Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion siehe sogleich zur Sittenwidrigkeit von Wettbewerbsverboten. Vgl. zur Einschränkung von Wettbewerbsverboten durch §§ 138 Abs. 1 BGB, 74a Abs. 1 HGB: *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 8 Rn. 10 = S. 144 f.

219 BGH NJW-RR 1998, 1508 (1509) – Subunternehmervertrag; *Leible/Müller*, in: *juris-PK BGB*, 9. Aufl. 2020, § 453 Rn. 28.

220 BGH GRUR 2008, 698 (699) – Subunternehmervertrag II.

221 Vgl. für das europäische Kartellrecht: Bekanntmachung der Kommission, A. III. Nr. 20: Drei Jahre für Transaktionen in denen Geschäftswert (*goodwill*) und Know-how übertragen werden und zwei Jahre bei einer Übertragung nur des Geschäftswertes. Im deutschen Kartellrecht wohl eher zwei Jahre: vgl. *Engelhardt/Farkas*, in: *Holzapfel/Pöllath/Bergjan/Engelhardt* (Hrsg.), *Unternehmenskauf in Recht und Praxis*, 16. Aufl. 2021, Nachlaufende Vertragsverpflichtungen, Rn. 1315 ff.

222 BGH NJW 1979, 1605 (1606).

223 *Lips*, in: *Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf*, 2. Aufl. 2013, § 3 Rn. 277.

in der Regel die Dauer von zwei Jahren nicht überschritten werden.²²⁴ In besonders gelagerten Fällen kann eine längere Dauer als drei Jahre noch zulässig sein.²²⁵

Wie auch bei kartellrechtlichen Verstößen, führt die Sittenwidrigkeit eines Wettbewerbsverbots zu seiner Unwirksamkeit.²²⁶ Die Nichtigkeit einer Wettbewerbsverbotsklausel in einem Unternehmenskaufvertrag kann gravierende Folgen haben. Stellt sich nämlich heraus, dass ein Teil eines Vertrags – also eine seiner Klauseln – unwirksam ist, so ist im Zweifel der gesamte Vertrag unwirksam, es sei denn es ist anzunehmen, dass er auch ohne die unwirksame Klausel geschlossen worden wäre.²²⁷ Kommt im Einzelfall einem Wettbewerbsverbot also zentrale Bedeutung zu, etwa in besonders personengeprägten Geschäftsbereichen, kann die Nichtigkeit des Verbots dazu führen, dass der **schuldrechtliche Kaufvertrag**, in dem sich typischerweise das Wettbewerbsverbot findet, unwirksam ist.²²⁸ In Fällen, in denen davon auszugehen ist, dass der Vertrag auch ohne das Wettbewerbsverbot geschlossen worden wäre (was bei Unternehmenskäufen kaum je anzunehmen sein wird), ist nicht der gesamte Kaufvertrag, sondern allein die **Wettbewerbsverbots-Klausel nichtig**.

Von der Unwirksamkeit des Kaufvertrags bzw. der Wettbewerbsklausel gibt es jedoch in engem Rahmen Ausnahmen. Unter Umständen ist eine **geltungserhaltende Reduktion** der Wettbewerbsverbots-Klausel möglich.²²⁹ Eine solche geltungserhaltende Reduktion führt dazu, dass ein unwirksames Wettbewerbsverbot nicht unwirksam ist, sondern vom Gericht auf ein zulässiges Maß reduziert wird. Dies ist allerdings nur bei einer **rein zeitlichen Überschreitung** der Grenzen des Zulässigen möglich.²³⁰ Ein Gericht kann also z. B. ein Wettbewerbsverbot, das einzig unwirksam ist, weil es zehn Jahre gelten soll, in ein Wettbewerbsverbot mit einer Dauer von zwei Jahren abändern. Dieses zweijährige Wettbewerbsverbot gilt dann als vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien weiter.²³¹ Ist eine solche Reduktion nicht möglich, etwa weil die Unwirksamkeit des Verbots nicht ausschließlich aus der Dauer des Wettbewerbsverbots resultiert, tritt die Unwirksamkeitsfolge des Kaufvertrags bzw. des Wettbewerbsverbots ein.

Die Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Kaufvertrags (nicht dagegen die bloße Unwirksamkeit des Wettbewerbsverbots) wirkt sich in der Regel **nicht** auf die **dinglichen Übertragungen** von Vermögensgegenständen aus, die deshalb nicht unwirksam (aber gegebenenfalls bereicherungsrechtlich nach §§ 812 ff. BGB rückabzuwickeln) sind. Sittenwidrigkeit kann allerdings dann eine doppelrelevante Tatsache sein, welche Grundgeschäft und Verfügungsgeschäft betrifft, wenn die Unsittlichkeit gerade im Vollzug der Leistung liegt.²³² Dies ist beim Unternehmenskauf nicht der Fall.

224 So für das Ausscheiden eines Gesellschafters: BGH NJW 2000, 2584 ff. Zur Sittenwidrigkeit eines in jeglicher Hinsicht unbegrenzten Wettbewerbsverbots: BGH NJW-RR 1989, 800 ff. – Reinigungsbetrieb. Zu einem sittenwidrigen zehnjährigen Wettbewerbsverbot: BGH NJW 1979, 1605 (1606).

225 Engelhardt/Farkas, in: Holzapfel/Pöllath/Bergjan/Engelhardt (Hrsg.), Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 16. Aufl. 2021, Nachlaufende Vertragsverpflichtungen, Rn. 1315 ff.

226 Lips, in: Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2013, § 3 Rn. 278.

227 § 139 BGB.

228 BGH NJW-RR 189, 800 (801).

229 Methodisch kann man die geltungserhaltende Reduktion nach einer vom *Verfasser* vertretenen Auffassung als teleologische Addition einordnen, da die geltungserhaltende Reduktion als Rechtsfolge in § 138 Abs. 1 BGB nicht vorgesehen ist und deshalb eine Rechtsfortbildung darstellt, bei der dem Wortlaut der Vorschrift eine neue Rechtsfolgenoption hinzugefügt wird; zur teleologischen Transformation Röver, Rechtsfortbildung durch teleologische Umformung, in: Festschrift für Reuter, 2021, S. 387–412 (insbesondere S. 396–400).

230 BGH NJW 2000, 2584 ff.

231 Beisel, in: Beisel/Klumpp, Der Unternehmenskauf, 7. Aufl. 2016, 12. Kapitel Rn. 69.

232 Grüneberg/Ellenberger, 83. Aufl. 2024, § 138 Rn. 20.

dd) Exkurs: Wettbewerbsverbote in Anstellungs- und Arbeitsverträgen

362 Wettbewerbsverbote werden nicht nur anlässlich eines Unternehmensverkaufs vereinbart. Sie bestehen bereits zwischen dem Zielunternehmen und seinen Mitarbeitern, zumeist ausdrücklich oder konkludent in den Dienst- oder Arbeitsverträgen oder ergeben sich aus einer ergänzenden Vertragsauslegung nach §§ 133, 157, 242 BGB.²³³ Für vertragliche Wettbewerbsverbote gelten die Beschränkungen durch die oben zur Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB dargestellten Grundsätze.

363 Außerdem ist teilweise die Notwendigkeit einer **Karenzentschädigung** nach §§ 74 Abs. 2, 90a Abs. 1 S. 3 HGB zu beachten.²³⁴ Die Vorschriften beziehen sich auf den **Handlungsgehilfen** und den **Handelsvertreter**, werden aber auch analog auf Arbeitnehmer angewendet; ihnen gegenüber ist ein vereinbartes Wettbewerbsverbot nur wirksam, wenn es schriftlich festgehalten und eine Abfindung vorgesehen wurde.²³⁵ Die Zahlung einer Abfindung wird dagegen bei Organmitgliedern einer Kapitalgesellschaft – also bei **Geschäftsführern oder Vorständen** – im Gesetz nicht ausdrücklich verlangt und die §§ 74 Abs. 2, 90a Abs. 1 S. 3 HGB sind auf Vorstände und GmbH-Geschäftsführer nicht analog anwendbar.²³⁶ Gleichwohl ist anerkannt, dass nachvertragliche Wettbewerbsverbote auch von Organmitgliedern nur wirksam sind, wenn eine Karenzentschädigung vereinbart ist. Das Wettbewerbsverbot hat dann besondere Bedeutung, wenn der Erwerber des Unternehmens im Rahmen der Transaktion Mitarbeitern kündigen möchte oder wenn Personen für den Betrieb besonders bedeutsam sind und zu befürchten ist, dass diese das Unternehmen nach der Transaktion verlassen wollen.

d) Kostentragung hinsichtlich der Transaktion

364 Der Kaufvertrag regelt häufig, wer die Kosten der Transaktion zu tragen hat. Eine übliche Kostentragung sieht vor, dass jede Partei die von ihr verursachten Beratungskosten (Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte, M&A-Berater usw.) selbst trägt. Die Beurkundungskosten bei Verpflichtung zur Übertragung eines Grundstücks oder eines GmbH-Anteils²³⁷ bzw. bei dinglicher Übertragung von Grundstücken, GmbH-Anteilen oder Verschmelzung bzw. Spaltung nach UmwG²³⁸ sowie die Grunderwerbssteuer trägt üblicherweise der Käufer. Bestehen in der Sphäre einer Partei besondere Risiken, welche einen Einfluss auf den Fortgang der Transaktion haben können, so muss diese Partei gewöhnlich auch diese Kosten tragen.²³⁹

e) Erklärungen und Veröffentlichungen

365 Die Parteien verständigen sich auch über die Abgabe von Erklärungen (Handelsregisteranmeldungen usw.) und Veröffentlichungen (z. B. Pressemitteilungen) in Bezug auf die Transaktion. Sie werden vorsehen, dass solche Erklärungen und Veröffentlichungen zwischen den Parteien abgestimmt werden.

233 Müller-Glöge, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2023, § 613a Rn. 101 ff.

234 Die Vorschriften enthalten – trotz der etwas ungewöhnlichen Formulierung (»nur verbindlich«) – eine rechtshindernde Einwendung gegenüber einem Wettbewerbsverbot; vgl. Müller-Glöge, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2023, § 613a Rn. 102 ff.

235 Vgl. §§ 74 und 90a HGB.

236 Vgl. für den GmbH-Geschäftsführer BGH NJW 2002, 1875 (1876). Die dauerhafte und entschädigungslose Ausschaltung eines Geschäftsführers ist jedoch regelmäßig nichtig aufgrund Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB; vgl. OLG Düsseldorf ZIP 1999, 311 (312).

237 §§ 311b Abs. 1, 15 Abs. 4 GmbHG.

238 §§ 925 BGB, 15 Abs. 3 GmbHG, 6, 125 S. 1 UmwG.

239 Kästle/Oberbracht, Unternehmenskauf/Share Purchase Agreement, 3. Aufl. 2018, B.III.18.

13. Sonstige und allgemeine Bestimmungen

Der Kaufvertrag schließt mit einer Reihe von sonstigen und allgemeinen Bestimmungen, die größtenteils nicht für den Unternehmenskauf spezifisch sind, sondern sich in den meisten Schuldverträgen finden. 366

a) Rechtswahl

Der Kaufvertrag sollte, jedenfalls bei Involvierung ausländischer Vertragsparteien, eine Wahl des Rechts des Schuldvertrags enthalten (vgl. Art. 3 Rom I-VO, früher Art. 27 EGBGB a. F.). Diese Rechtswahl ist ein internationalprivatrechtlicher Verweisungsvertrag,²⁴⁰ dessen Zustandekommen sich nach den Normen des Internationalen Privatrechts richtet und dem Einwendungen entgegenstehen können, deren Bestehen sich wiederum aus Internationalem Privatrecht ergibt. Zu beachten ist, dass die Bestimmung des anwendbaren Rechts durch das jeweilige zur Entscheidung berufene Gericht erfolgt und das nationale Gericht jeweils sein **eigenes** Kollisionsrecht anwendet. Hinsichtlich der Wahl des anwendbaren Schuldrechts ist dies aber nicht weiter problematisch, da die Rechtswahlfreiheit international weithin anerkannt ist. Weiterhin kann eine gewisse Immunitisierung gegenüber den nationalen Kollisionsrechten erreicht werden durch eine Schiedsklausel, da das Schiedsgericht grundsätzlich das von den Parteien gewählte Recht zugrunde legt. Bei beurkundungspflichtigen Verträgen sollte immer geprüft werden, ob eine Rechtswahl überhaupt erforderlich ist, da sich diese auf die Notargebühren auswirkt. 367

b) Gerichtsstandsklausel oder Schiedsklausel

Hinsichtlich der Zuständigkeit **staatlicher Gerichte** enthält der Kaufvertrag eine Gerichtsstandsklausel. Diese wird häufig die internationale Zuständigkeit der Gerichte einer bestimmten Jurisdiktion festlegen (§ 38 ZPO analog)²⁴¹ und die örtliche Zuständigkeit der staatlichen Gerichte an einem bestimmten Gerichtsort (§ 38 ZPO).²⁴² Die Gerichtsstandsklausel ist nicht privatrechtlicher Natur, sondern ein Prozessvertrag.²⁴³ Er kommt nach den Regeln des bürgerlichen Rechts zustande, die auf den Prozessvertrag analog angewendet werden können; entsprechende Einwendungen können bestehen; zwingende prozessuale Vorschriften dürfen nicht entgegenstehen.²⁴⁴ 368

Insbesondere im Hinblick auf den technischen Inhalt der Unternehmenskaufverträge, die Schnelligkeit der Entscheidung und den grundsätzlichen Ausschluss einer Überprüfung der Entscheidung wählen die Parteien teilweise ein **Schiedsgericht**. Eine Schiedsklausel kann nach § 1029 Abs. 2 Fall 2 ZPO auch in der Urkunde eines Unternehmenskaufvertrags enthalten sein. Zu unterscheiden ist dabei zwischen der Ad-hoc-Schiedsgerichtsbarkeit (eine Einrichtung ohne Hilfe einer externen Stelle; das 369

240 Grüneberg/Thoms, 83. Aufl. 2024, Art. 3 Rom I Rn. 2.

241 Die internationale Zuständigkeit ist in der ZPO nicht (ausdrücklich) geregelt. Es können aber die Gerichtsstandsregeln der ZPO auf die internationale Zuständigkeit angewandt werden (Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2019, Rn. 847, 946–949). Geimer spricht von einer Doppelfunktionalität der deutschen Gerichtsstandsvorschriften. Methodisch genauer wäre eine analoge Anwendung der Vorschriften.

242 Czernich/Geimer (Hrsg.), Streitbeilegungsklauseln im internationalen Vertragsrecht, München 2017; Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2019; Geimer/Schütze (Hrsg.), Europäisches Zivilverfahrensrecht, 4. Aufl. 2020.

243 Thomas/Putzo, ZPO, 44. Aufl. 2023, vor § 38 Anm. 2.

244 Thomas/Putzo, ZPO, 44. Aufl. 2023, Einleitung Anm. III 1 c. Als Prozesshandlungen sind Parteierklärungen zu behandeln, wenn sie im Rechtsstreit vor oder gegenüber dem Gericht abgegeben werden; dann müssen Prozesshandlungsvoraussetzungen vorliegen; aaO.

Verfahrensrecht ergibt sich – abhängig von der Wahl der Parteien – häufig durch die ICC Arbitration Rules oder die UNCITRAL Arbitration Rules) oder institutionellen Schiedsgerichten, die feste Einrichtungen darstellen.²⁴⁵

c) Bestimmung über Störung der Geschäftsgrundlage (*material adverse change*)

370 Gesetliche Bestimmungen zum Wegfall der objektiven oder subjektiven Geschäftsgrundlage finden sich in § 313 BGB. Im Rahmen der Erörterung der Gewährleistungsregelungen im Kaufvertrag wurde bereits darauf hingewiesen, dass diese dispositiven Bestimmungen ausgeschlossen werden. An ihre Stelle treten vertragliche Regelungen zum sog. *material adverse change*.

371 Aufgrund des z. T. langen Zeitraums zwischen Signing und Closing müssen sich die Parteien mit der Frage auseinandersetzen, wie sie mit wesentlichen Veränderungen des Zielunternehmens selbst oder im Umfeld des Unternehmens umgehen wollen, welche die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Zielunternehmens beeinträchtigen. Der Käufer wird häufig eine Bestimmung über die Störung der Geschäftsgrundlage vorschlagen, die im Recht des Unternehmenskaufs englisch »*material adverse change*«- oder MAC-Klausel bezeichnet wird und der Absicherung des Käufers zwischen Signing und Closing dient. Diese regelt die Folgen eines **Umstandes**, der sich in **wesentlichem Umfang nachteilig auf das Zielunternehmen auswirkt** und sich im Zeitraum zwischen Signing und Closing ergibt.²⁴⁶ Bezugspunkt dieser Veränderungen kann sowohl die Zielgesellschaft als auch deren Marktumfeld sein.²⁴⁷ Der Kreis der möglichen MAC-Ereignisse beschränkt sich nicht auf solche, die die Parteien beeinflussen können. Es kommen betriebsinterne ebenso wie marktbezogene Verschlechterungen in Betracht. Der Käufer wird eine weite Formulierung bevorzugen, um sich bei jedweder Verschlechterung vom Kaufvertrag lösen zu können, womit das Transaktionsrisiko vollständig auf der Seite des Verkäufers liegt; der Verkäufer wird dagegen eine enge Formulierung wünschen, um das Transaktionsrisiko zu begrenzen und den Käufer zum Vollzug des Kaufvertrags zwingen zu können, womit nur eine begrenzte Risikoverlagerung auf den Käufer stattfindet. Ein typisches MAC-Ereignis ist das Nichtvorliegen von Insolvenzgründen.²⁴⁸ Aber auch das Scheitern der Finanzierung der Akquisition kann als externes MAC-Ereignis bestimmt werden,²⁴⁹ obwohl dies vom Verkäufer im Regelfall abgelehnt werden wird.

245 Die wichtigsten institutionellen Schiedsgerichte sind: Belgian Centre for Arbitration and Mediation (CEPANI), Brüssel; Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS), Köln; International Chamber of Commerce (ICC), Paris; London Court of International Arbitration (LCIA); früher die Swiss Chambers' Arbitration Institution (SCAI), Zürich/Genf und seit 2021 das Swiss Arbitration Centre; American Arbitration Association (AAA), New York City.

246 Kuntz, Die Auslegung von Material Adverse Change (MAC)-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen, in: DStR 2009, S. 377–383. Je nach Ausgestaltung der Klausel kann es sich auch um eine *material adverse event* (MAE)-Klausel handeln. Hier muss der als nachteilig vereinbarte Umstand keine Auswirkungen auf das Zielunternehmen haben, allein der Eintritt des äußeren Umstandes reicht aus, um die vereinbarte Folge der MAE-Klausel auszulösen; vgl. Hanke/Socher, Fachbegriffe aus M&A und Corporate Finance, in: NJW 2010, S. 1576 (1577). Wohl für eine synonyme Verwendung der Begriffe *Kindt/Stanek*, MAC-Klauseln in der Krise, in: BB 2010, S. 1490.

247 Hanke/Socher, Fachbegriffe aus M&A und Corporate Finance, in: NJW 2010, S. 1576 (1577).

248 Meyer-Sparenberg, in: Beck'sches M&A Handbuch, 2. Aufl. 2022, § 46 Rn. 48.

249 Kuntz, Die Auslegung von Material Adverse Change (MAC)-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen, in: DStR 2009, S. 377–383.

Haben die Parteien MAC-Klauseln in ihren Vertrag aufgenommen, so sollte genau bestimmt werden, anhand welcher **Schwellenwerte** die wesentliche Nachteiligkeit der geänderten Umstände bemessen wird.²⁵⁰ Ein größeres Problem dürfte die Festlegung der potenziell zum MAC geeigneten Ereignisse und Veränderungen darstellen, sog. **Inclusions**. Offen gefasste Klauseln lassen im Fall eines Rechtsstreits Raum für eine (unvorhersehbare) Auslegung durch die Gerichte oder Schiedsgerichte.²⁵¹ Ist die Klausel zu eng, erfasst sie nicht alle tatsächlich relevanten Ereignisse. Entscheiden sich die Parteien für eine weit gefasste MAC-Klausel, so wird diese oftmals durch Ausnahmen (sog. **Carve-outs**²⁵²) wieder eingeschränkt, um ein Ausufern des Anwendungsbereichs zu vermeiden.

Ebenfalls mit großer Sorgfalt sind die **Rechtsfolgen** des Eintritts eines MAC-Ereignisses zu regeln. Der Eintritt eines Ereignisses, das von den Parteien als *material adverse change*, also als wesentliche, nachteilige Veränderung, festgelegt wurde, berechtigt in der Regel zur **Vertragsanpassung** oder zum **Rücktritt vom Kaufvertrag** bzw. ist eine **rechtsvernichtende Einwendung gegenüber der kaufvertraglichen Verschaffungspflicht**, also zum Vollzug der Transaktion. Sofern die Klausel zum Rücktritt berechtigt, sind unter anderem der Ausgleich von Wertminderungen, Kompensationen für getätigte Investitionen, Schadensersatzansprüche und gegebenenfalls eine gerichtliche Streitbeilegung²⁵³ zu regeln.

Neben der Vertragsanpassung oder dem Rücktritt kann als Folge des Eintritts eines MAC-Ereignisses auch eine Minderung des Kaufpreises, die Zahlung von Schadensersatz oder etwa der Eintritt in Nachverhandlungen vereinbart werden.²⁵⁴ Dagegen wird bei Nichtvorliegen einer Vollzugsbedingung (*closing condition*) die dingliche Übertragung der Vermögensgegenstände nicht vorgenommen. Bei Gewährleistungen greifen hingegen die für Gewährleistungsverletzungen vereinbarten Rechtsfolgen ein.

Im Rahmen eines Unternehmenskaufs ist der Rücktritt eigentlich nur das letzte Mittel, um auf negative Entwicklungen zu reagieren, da beide Parteien im Verlauf der Transaktion einen hohen Einsatz geleistet haben, der im Falle eines Rücktritts regelmäßig vollständig verloren ist. So kann das Unternehmen bis zur endgültigen Feststellung der wirksamen Ausübung eines Rücktritts erheblich an Wert verloren haben oder die Rückgabe des Unternehmens an den Veräußerer dazu führen, dass sämtliche bereits getätigten Investitionen des Erwerbers wertlos werden. Aus diesem Grund werden als MAC-Ereignisse gewöhnlich nur besonders bedeutsame Ereignisse oder Umstände festgelegt, deren Vorliegen oder Nichtvorliegen eine wesentliche Voraussetzung für den Vertragsschluss war.²⁵⁵ Hier zeigt sich deutlich die Parallele zur gesetzlichen Regelung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB.

250 Kindt/Stanek, MAC-Klauseln in der Krise, in: BB 2010, S. 1490, die eine Orientierung am EBITDA oder dem kumulierten Schadensbetrag vorschlagen.

251 Kindt/Stanek, MAC-Klauseln in der Krise, in: BB 2010, S. 1490 (1491).

252 Picot, in: Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung, 4. Aufl. 2013, § 4 Rn. 473. Nicht zu verwechseln mit der ebenfalls als Carve-out bezeichneten Verselbstständigung einer Unternehmenseinheit im Vorfeld einer Transaktion; vgl. Teil I Rn. 194–198.

253 Zum beschleunigten Schiedsgerichtsverfahren: Borris, Streiterledigung bei (MAC-)Klauseln in Unternehmenskaufverträgen: ein Fall für »Fast-Track«-Schiedsverfahren, in: BB 2008, S. 294–298.

254 Kindt/Stanek, MAC-Klauseln in der Krise, in: BB 2010, S. 1490 (1491).

255 Beispielklausel bei Kästle/Oberbracht, Unternehmenskauf- Share Purchase Agreement, 2. Aufl. 2010, B. III. 7.17.

d) Schriftformklausel

376 Üblich ist die Aufnahme einer Schriftformklausel im Kaufvertrag, nach der Änderungen des Vertrags der (gewillkürten) Schriftform bedürfen. Allerdings bedarf eine Aufhebungsvereinbarung nach § 311 Abs. 1 BGB bezüglich der Schriftformklausel grundsätzlich keiner Form, eben weil das Formerfordernis nicht auf einer gesetzlichen Vorschrift beruht. Die Bindung an das formlos Vereinbarte wird sogar bei Fehlen einer ausdrücklichen Aufhebungsvereinbarung bejaht.

377 In der Praxis ist es jedoch üblich, eine sog. doppelte Schriftformklausel zu vereinbaren, nach der der Vertrag auch für eine Aufhebung der Formabrede ausdrücklich Formzwang vorsieht. Nach h. M. ist diese Klausel wirksam.²⁵⁶ Dies zu zutreffend. Die doppelte Schriftformklausel ist nicht etwa eine Einschränkung, sondern gerade die volle Anerkennung der Privatautonomie.²⁵⁷ Außerdem wäre sonst § 125 S. 2 BGB weitgehend überflüssig.²⁵⁸

e) Salvatorische Klausel

378 Die sog. salvatorische Klausel hat zwei Inhalte: sie bestimmt die Aufrechterhaltung des Vertrags bei Teilnichtigkeit, § 139 BGB und enthält eine Ersetzungsregelung bei nichtigen oder unwirksamen Vertragsbestimmungen. Der erste Inhalt der salvatorischen Klausel, die sog. salvatorische Erhaltungsklausel, kehrt lediglich die Beweislast um; abweichend von § 139 BGB trägt nach dieser Erhaltungsklausel derjenige die Beweislast, der sich auf die Gesamtnichtigkeit des Vertrags beruft.²⁵⁹

14. Unterschriften und Anlagen

379 Abschließend dokumentieren die Parteien ihre Einigung über den, in verschiedenen Verhandlungsrunden entstandenen, Vertragstext durch ihre Unterschriften. Teilweise unternehmen es die Parteien auch, die übrigen Seiten des Vertrags mit ihren Initialen zu versehen, um so die Übereinstimmung mit gerade dieser inhaltlichen Fassung auszudrücken. Bei der Ausfertigung mehrerer umfangreicher Exemplare ist dies eine zeitraubende Tätigkeit.

380 Aus dem Hauptvertragstext werden eine Reihe von Anlagen ausgegliedert, so z. B. die Aufstellung der Vermögensgegenstände, welche die Parteien für den Übergang identifiziert haben. Auch wird mit dem Vertrag häufig der Inhalt des dem Käufer zugänglichen Datenraums dokumentiert, indem dem Vertrag ein Datenträger (z. B. eine CD-ROM) beigelegt wird, auf dem der gesamte Inhalt des elektronischen Datenraums mit dem letzten Stand abgebildet ist.

15. Einwendungen gegenüber dem Kaufvertrag

381 Jedes Rechtsgeschäft des deutschen Rechts kann rechtshindernden, rechtsvernichtenden oder rechtshemmenden Einwendungen ausgesetzt sein. Einwendungen gegenüber Ansprüchen aus dem Kaufvertrag wurden teilweise bereits behandelt. Hierzu gehören insbesondere die rechtshindernde Einwendung der Formnichtigkeit (grundsätzlich § 125 S. 1 BGB) und die rechtshemmende Einwendung der Verjährung (§ 214 Abs. 1 BGB).

256 *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 643; *Grüneberg/Ellenberger*, 83. Aufl. 2024, § 125 Rn. 19.

257 *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 643.

258 *Grüneberg/Ellenberger*, 83. Aufl. 2024, § 125 Rn. 19.

259 *Grüneberg/Ellenberger*, 83. Aufl. 2024, § 139 Rn. 17.