



Dr. Daniel Wied, M.jur.
RECHTSANWALT UND PARTNER
BEI ARQIS RECHTSANWÄLTE, MÜNCHEN

DR. DANIEL WIED, M.JUR. | ARQIS RECHTSANWÄLTE

6

Praxisfragen bei der Verletzung von Bilanzgarantien

In M&A-Kaufverträgen findet sich standardmäßig eine Bilanzgarantie, wegen der sich häufig langwierige Verhandlungen ergeben. Es stellt sich die Frage, ob eine „subjektiv-weiche“ oder „objektiv-harte“ Bilanzgarantie abgegeben werden soll. Gerade in sog. „locked box“ Kaufverträgen wird der Käufer auf eine „objektiv-harte“ Bilanzgarantie drängen, da der Kaufpreis in diesen Fällen letztlich schwerpunktmäßig auf Grundlage der letzten Bilanz errechnet wurde und keine Kaufpreisanpassung zum Closing durch sog. Closing Accounts vorgenommen wird. Die Auslegung und vor allem die Rechtsfolgen der Verletzung von Bilanzgarantien sind seit Jahren umstritten. Dies ist vor dem Hintergrund der Tendenz, dass immer öfter versucht wird, Bilanzgarantien als Auffanggarantie zu nutzen, problematisch. Eine aktuelle Entscheidung des OLG Frankfurt (Urteil vom 7.5.2015, 26 U 35/12, GmbHR 2016, S. 116) hatte sich mit genau diesen Fragen zu befassen. Dies lädt ein, für die Praxis relevante Erwägungen dieser Problematik zu beleuchten, die schon beim Entwurf von M&A-Kaufverträgen zu beachten sind.

Tatbestand der Bilanzgarantie

Häufig findet sich die Formulierung, dass die Bilanz „(i) mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns und unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften erstellt wurde und (ii) ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft vermitteln“. Die Bezugnahme unter (ii) wird als „harte Bilanzgarantie“ verstanden, was bedeutet, dass eine Garantieverletzung auch dann vorliegt, wenn z.B. Schulden und nicht zurückgestellte Eventualverbindlichkeiten zwar schon bei Aufstellung vorhanden, aber eben auch bei Berücksichtigung der bilanzrechtlich erforderlichen Aufstellungssorgfalt nicht ersichtlich waren. Solche erst später ersichtlichen Sachverhalte

77



Prof. Dr. Christoph von Einem
RECHTSANWALT UND PARTNER BEI ARQIS RECHTSANWÄLTE, MÜNCHEN
SOWIE LEHRBEAUFTRAGTER FÜR ENTREPRENEURSHIP & LAW, TU MÜNCHEN

PROF. DR. CHRISTOPH VON EINEM | ARQIS RECHTSANWÄLTE

werden auch bilanzaufhellende Tatsachen genannt. Sie mussten bei Anwendung ordnungsgemäßer Buchführung auch gar nicht bilanziert werden. Letztlich wird bei einer solchen „harten Bilanzgarantie“ also auf die Fiktion eines allwissenden Bilanzaufstellers abgestellt.

Will der Verkäufer eine „harte Bilanzgarantie“ abwenden, muss der Verkäufer also auf ein subjektives Element bestehen. Dies kann grundsätzlich auf zwei Arten geschehen:

■ Knowledge Qualifier

Der Verkäufer kann eine Formulierung akzeptieren, die die Garantie auf sein Wissen beschränkt. Die Formulierung lautet dann „(ii) nach dem Wissen des Verkäufers ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft vermitteln“. Wie stark diese Einschränkung ist, hängt dann natürlich von der Definition des Wissens des Verkäufers ab. Allerdings hilft diese Einschränkung unabhängig von der Ausprägung der Wissensdefinition bei zum Zeitpunkt der Bilanzaufstellung nicht zu erkennenden Sachverhalten.

■ § 264 Abs. 2 S. 1 HGB

Eine etwas subtilere Möglichkeit ein subjektives Element ins Spiel zu bringen ist die Bezugnahme auf die Wortwahl des § 264 Abs. 2 S. 1 HGB. Die Formulierung lautet dann „(ii) *unter Beachtung ordnungsgemäßer Buchführung* ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft vermitteln.“ Durch diese Bezugnahme auf die Grundsätze der ordnungsgemäßen Buchführung werden ebenfalls nicht ersichtliche Tatsachen und Sachverhalte ausgeklammert, da eine ordnungsgemäße Buchführung auch dann gegeben ist, wenn bei Berücksichtigung der bilanzrechtlich erforderlichen Sorgfalt unbekannte Tatsachen nicht in die Bilanzierung eingeflossen sind.

Wie sich hier schon zeigt, ist beim Entwurf und Verhandeln von Bilanzgarantien sehr genau auf die Wortwahl zu achten. Schon kleine Änderungen können ein völlig anderes Garantiespektrum auslösen.

Rechtsfolgenseite

Noch schwieriger als die Tatbestandsseite der Bilanzgarantie lassen sich die Rechtsfolgen in den Griff bekommen, auch wenn die Bezugnahme auf § 249 ff BGB mit all ihren üblichen Einschränkungen (oft bzgl. entgangenen Gewinns, Folgeschäden, vergeblicher Aufwendungen etc.) in Kaufverträgen auf den ersten Blick unverdächtig erscheint. Auf die beinahe philosophisch anmutenden Diskussionen um den Unterschied zwischen positivem und negativem Interesse wird hier bewusst verzichtet.

■ Bilanzauffüllung

Für die Praxis ist es vielmehr ausreichend zu wissen, dass sich der Bilanzauffüllungsanspruch dogmatisch nicht durchgesetzt hat. Nach diesem Ansatz wäre bei Verletzung der Bilanzgarantie derjenige Posten durch Zahlung desjenigen Betrags aufzustocken, durch den diese Bilanzposition in der Bilanz zu gering ausgefallen ist. Hätte man beispielsweise eine Rückstellung bei Kenntnis einer Eventualverbindlichkeit bilden müssen, hätte sich diese Rückstellung negativ auf den Jahresgewinn ausgewirkt und der Differenzbetrag wäre zu ersetzen. Dieses Ergebnis widerspricht jedoch den Grundsätzen des deutschen Schadensrechts, weil gar kein Schaden vorliegt, der zu ersetzen wäre, wenn sich das Risiko (z.B. Rückstellungen für Gewährleistungspflichten oder Prozesse) gar nicht realisiert.

■ Kaufpreisreduktion

Der Schaden bei der Verletzung einer Bilanzgarantie ist vielmehr im Grundsatz danach zu berechnen, welchen Betrag der Käufer als Kaufpreis zu viel bezahlt hat, weil er auf die Einhaltung der Garantie und damit die Korrektheit der Bilanz vertraut hat. So plausibel sich das zunächst anhört, so schwierig wird das in

der Praxis durch den Käufer zu belegen sein. Die Schlüssigkeitsschwellen legt das OLG Frankfurt nämlich hoch an, wenn es darauf hinweist, dass der bilanziell ausgewiesene Jahresgewinn nur einer von verschiedenen Anhaltspunkten für die Beurteilung des hypothetisch angemessenen Kaufpreises sei. Allerdings wird auch praktisch nur dann ein Schaden zu belegen sein, wenn sich die Verletzung der Bilanzgarantie überhaupt auf die wirtschaftliche Ertragskraft und damit auf den Unternehmenswert ausgewirkt hat.

Daher wird sich ein Gericht im Streitfall mit den Details der Unternehmensbewertung (DCF, Ertragswertmethode, Multiples, etc.) auseinandersetzen müssen. Dass sich die Parteien für diese komplexe Aufgabe an das Gericht wenden wollen, ist eher unwahrscheinlich. Zudem sehen M&A-Kaufverträge bisher oft vor, dass die Schadensberechnung auf Basis eines hypothetischen Kaufpreises verwehrt ist. Das Urteil des OLG Frankfurt gibt den Käufern nunmehr neue Argumente an die Hand, dass dieser Ausschluss nicht gerechtfertigt ist. Zumindest eine Unterscheidung zwischen *recurring* und *non-recurring items*, die auf das EBIT(DA) nachhaltig Einfluss nehmen und daher im Rahmen der üblichen Multiplizierung auf die Kaufpreisfindung einwirken, lässt sich nun durchaus mit mehr Gewicht vertreten.

Im durch das OLG Frankfurt entschiedenen Fall hatte der Käufer die Hürden für eine schlüssige Darlegung des hypothetischen Kaufpreises nicht genommen. Das Gericht half dem Käufer darüber insoweit hinweg, als es auf die Differenz zwischen dem bilanzierten Jahresgewinn und dem bei „richtiger Bilanzierung“ entstandenen Jahresverlust abstellte und einen Abschlag von 20 Prozent im Rahmen einer Mindestschadensschätzung nach § 287 ZPO vornahm. Dabei nahm das Gericht in Kauf, dass der geschätzte Betrag hinter dem wirklichen Schaden zurückbleiben kann.

In dem Fall wurde also im Ergebnis ein Bilanzauffüllungsanspruch mit 20-prozentigem Abschlag gewährt. Wirken sich die Bilanzfehler auf den Jahresüberschuss aus, kann man nicht das Hauptargument gegen die Bilanzauffüllung ins Feld führen, dass unter Umständen ein Schadensanspruch besteht, obwohl gar kein Schaden entstanden ist. Ein irgendwie gearteter Schaden liegt dann nämlich sicher vor. Insofern hat das Gericht einen pragmatischen Ansatz gewählt.

Will man sich als Käufer aber nicht auf eine solche pauschale Betrachtungsweise verweisen lassen, gilt es den hypothetischen Kaufpreis unter Zugrundelegung aller für die Kaufpreisermittlung relevanten Umstände darzulegen. Eine Frage bleibt dennoch im Raum: Wie würde ein Gericht den Schaden berechnen, wenn der Kaufvertrag einen Ausschluss der Schadensberechnung auf Basis eines hypothetischen Kaufpreises enthält? Würde ein Gericht dann aufgrund der hier vorgetragenen dogmatischen Einordnung der Schadensberechnung überhaupt einen Schaden annehmen können? Würde es dann doch auf einen Bilanzauffüllungsanspruch (ggf. mit Abschlag) umschwenken, um dem Käufer wenigstens irgendeinen Schadenersatzanspruch zuzusprechen? Letzteres erscheint angesichts der dogmatischen Positionierung zur Schadensberechnung bei Verletzung der Bilanzgarantie schwierig.

Eine Revision wurde leider nicht zugelassen, weshalb in der Praxis weitere Unsicherheiten bestehen bleiben dürften. Dies gilt umso mehr, wenn die Schadensberechnung auf Basis eines hypothetischen Kaufpreises vertraglich ausgeschlossen ist. Die Käuferberater werden diesen Ausschluss kaum (mehr) so pauschal akzeptieren können.

■ **Schadenersatzpflicht der Abschlussprüfer**

Ist die Bilanzgarantie deshalb verletzt, weil die Bilanz nicht unter Beachtung ordnungsgemäßer Buchführung und/oder im Einklang mit den gesetzlichen Vorschriften erstellt wurde (d.h. die Vermögenslage ist nicht aufgrund unbekannter Tatsachen unrichtig dargestellt, sondern wegen falscher Bilanzierung unter Kenntnis aller Tatsachen), wird die Gesellschaft ggf. einen Schadenersatzanspruch gegen die Abschlussprüfer haben. Aber hier ist Vorsicht geboten: Der Schaden der Gesellschaft ist keinesfalls der Schaden des Käufers wegen zur hoher Kaufpreiszahlung.

Ausblick

Abschließend bleibt festzustellen, dass die Vertragsparteien gut daran tun, sich im Rahmen der Vertragsverhandlungen über die Rechtsfolgen der Verletzung der

Bilanzgarantie konkret zu verständigen (ggf. unter Zuhilfenahme von beispielhaften Schadensberechnungen), um nicht später in unklare post-M&A Streitigkeiten vor einem staatlichen Gericht (oder einem Schiedsgericht bei Schiedsklausel im M&A-Kaufvertrag) zu geraten. Allerdings gibt es eine Tendenz, solche komplizierten Fragen mehr oder weniger „sehenden Auges“ in die Zukunft zu verlagern. Es würde daher nicht verwundern, wenn sich in der Praxis weiterhin pauschale Hinweise auf die Schadensberechnung nach § 249 ff BGB finden. Ähnlich wird vorgegangen, wenn man sich nicht auf konkrete Pflichten einigen kann. In diesen Fällen werden einfach „best efforts“ bemüht, obwohl es höchst unklar ist, auf welchen Pflichtenkanon nun Bezug genommen wird. Will man sich jedoch sicher sein, was am Ende als Schaden ersetzt werden soll, kommt man um eine detaillierte Regelung der Rechtsfolgen einer Bilanzgarantieverletzung nicht herum. Zur Vermeidung von späteren unliebsamen Streitigkeiten kann man nur für eine konkrete Regelung zur Schadensberechnung plädieren.

daniel.wied@arqis.com | christoph.voneinem@arqis.com