



Newsletter Gesellschaftsrecht

Ausgabe Q 4 / 2024

Kodifizierung des Rechts des Unternehmenskaufs?	1
Commercial Courts – Verhandlung auf Englisch: Justizstandort-Stärkungsgesetz.....	3
EU-Verordnung über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen („FSR“) – Erste Anwendungspraxis der EU-Kommission	4
Ihre Ansprechpartner bei GÖHMANN	6

Kodifizierung des Rechts des Unternehmenskaufs?

Zur Initiative der 95. Justizministerkonferenz

Hintergrund

Der Wirtschaftsstandort Deutschland und die Steigerung seiner Attraktivität ist ein auch das Unternehmensrecht beherrschender Gedanke. Vielfach ist beschrieben und beklagt worden, dass Wirtschaftsstreitigkeiten zunehmend außerhalb der staatlichen Gerichte und des kodifizierten Rechts geführt werden. Eine Gegenmaßnahme auf prozessualer Ebene ist die Einrichtung von „Commercial Courts“, die neuerdings möglich ist (s. hierzu S. (3) dieses Newsletters).

Auf materiell-rechtlicher Ebene wird seit längerem die Kodifizierung des Unternehmenskaufrechts diskutiert. Die kaufrechtlichen Regelungen der Schuldrechtsmodernisierung 2002 waren vom Verbrauchsgüterkauf geprägt. Die damalige Vorstellung, der Unternehmenskauf könne der Praxis und der Rechtsprechung überlassen bleiben, hat sich nicht in der gewünschten Weise erfüllt. Zwar gibt es eine umfangreiche Kautelarpraxis im Bereich der M&A-Transaktionen. Doch hat sich der Unternehmenskauf hierdurch von der übrigen Rechtsordnung mehr und mehr entkoppelt. Wesentliche Teile des gesetzlichen Kaufrechts (v.a. bezüglich der Gewährleistung) werden abbedungen und einem eigenen Vertragsregime unterstellt. Mitunter „flüchten“ die Vertragsparteien sogar insgesamt in ausländisches Recht. Zudem verweisen Kaufverträge Streitigkeiten oft an Schiedsgerichte, die unter Ausschluss der Öffentlichkeit verhandeln und ihre Entscheidungen nicht publizieren. Ein weiterführender Austausch zwischen Praxis, Gerichten und Rechtswissenschaft findet so nicht statt.

Die 93. Justizministerkonferenz hatte 2022 festgestellt, dass *„der Unternehmenskauf trotz seiner enormen Bedeutung für die Wirtschaft einen nur untergeordneten Stellenwert im kodifizierten Recht besitzt. Weder im Bürgerlichen*

Gesetzbuch noch im Handelsgesetzbuch existieren Normen, die eine verlässliche Grundlage für Fusionen und Übernahmen bilden“, und eine Länderarbeitsgruppe berufen. Deren Bericht liegt seit 2024 vor und wurde von der 95. Justizministerkonferenz im Juni zur Grundlage einer Bitte an das Bundesjustizministerium gemacht, geeignete gesetzliche Vorschriften für den Unternehmenskauf zu entwerfen.

Empfehlungen

Der Bericht der Länderarbeitsgruppe enthält im Ganzen zwölf Empfehlungen zur Änderung bzw. Ergänzung des geltenden Rechts. Hiervon seien fünf aus unserer Sicht besonders relevante Bereiche hervorgehoben:

(1) Definition: Der Unternehmenskauf müsste zunächst definiert werden. Im Falle des sog. Asset Deal (d.h. des Kaufs der relevanten Wirtschaftsgüter) soll es darauf ankommen, dass nicht nur einzelne Gegenstände veräußert werden, sondern ein Inbegriff von Gegenständen, die zur Fortführung des Unternehmens erforderlich sind. Im Falle des sog. Share Deal (d.h. des Kaufs von Gesellschaftsanteilen) stellt sich die Frage nach der notwendigen Erwerbsquote. Der Bericht spricht sich – u.E. nachvollziehbar – dafür aus, bereits den Erwerb einer beherrschenden (Mehrheits-)Beteiligung iSd. § 17 AktG genügen zu lassen.

(2) Form: Ob Unternehmenskäufe notarieller Beurkundung bedürfen, hängt beim Share Deal von der Rechtsform ab. Insbesondere ist die Veräußerung von GmbH-Anteilen nach § 15 GmbHG beurkundungsbedürftig, während z.B. Aktien formfrei veräußert werden können. Beim Asset Deal besteht die Schwierigkeit, dass ein Vertrag über „gegenwärtiges Vermögen“ iSd. § 311b Abs. 3 BGB vorliegen und daher beurkundungsbedürftig sein könnte, die Anwendungsvoraussetzungen der Vorschrift aber sehr umstritten sind. Der Bericht schlägt daher – u.E. ebenfalls zurecht – vor, Unternehmenskäufe generell von § 311b Abs. 3 BGB auszunehmen, während aus anderen Gründen bestehende Formerfordernisse unverändert bleiben sollen.

(3) Gewährleistung: Da die §§ 434 ff. BGB für den Unternehmenskauf nicht passen oder viele Fragen offen lassen, nimmt der Bericht hierzu eingehend Stellung. Er plädiert für die Klarstellung, dass zur geschuldeten Beschaffenheit eines Unternehmens nicht nur „klassische“, etwa körperliche Elemente, sondern jegliche wertbildenden Faktoren zählen können. Sogar ein objektiver Fehlerbegriff könne gebildet werden, indem z.B. die Fortführbarkeit des Unternehmens oder die Richtigkeit vergangener Jahresabschlüsse zur gewöhnlichen Beschaffenheit erklärt werden. Umgekehrt soll ein (Sach-)Mangel nur vorliegen, wenn der konkrete Mangel auf das Unternehmen insgesamt durchschlägt. Auf der Rechtsfolgenseite sollen die Rechtsbehelfe der Nachbesserung und vor allem des Rücktritts nach Vollzug ausgeschlossen sein, so dass im Wesentlichen der Schadensersatz verbleibt. Die haftungsausschließende Kenntnis des Käufers vom Mangel soll von angemessener Offenlegung (z.B. in einem Datenraum) abhängen, dann aber auch unterstellt werden. Insgesamt sollen die Regelungen – wie kaum anders denkbar – dispositiv sein, um den Vertragsparteien Abweichungen oder auch die vollständige Abbedingung zu ermöglichen.

(4) Übergang von Rechtsverhältnissen: Nicht beim Share Deal, wohl aber beim Asset Deal stellt sich in der Praxis das Problem, dass unternehmensbezogene Vertragsverhältnisse mit Dritten (z.B. Liefer- und Leistungsbeziehungen) nicht automatisch auf den Erwerber übergehen, vielmehr ein Übergang die Zustimmung des Dritten voraussetzt. Nur in bestimmten Fällen sieht das deutsche Recht automatische Vertrags- oder Haftungsübernahmen vor (z.B. bei Grundstückveräußerungen bzgl. Mietverhältnissen (§ 566 BGB) oder bei Betriebsveräußerungen bzgl. Arbeitsverhältnissen (§ 613a BGB)). In Österreich und in der Schweiz ist die Rechtslage insoweit anders, denn dort sind mit einem Unternehmensübergang auch der Übergang unternehmensbezogener Rechtsverhältnisse bzw. der Schuldbeitritt des Erwerbers verbunden. In Anlehnung hieran empfiehlt der Bericht – u.E. ein richtiger Denkanstoß – auch für das deutsche Recht den automatischen Übergang unternehmensbezogener Forderungen,

Verbindlichkeiten und Vertragsverhältnisse. Schutzmechanismen zugunsten des dritten Vertragspartners (z.B. ein Recht auf Widerspruch, außerordentliche Kündigung oder Sicherheitsleistung) seien zu diskutieren.

(5) AGB-Kontrolle: Wohl den größten Widerstand aus der Praxis erfährt das deutsche Recht mit Blick auf eine etwaige AGB-Kontrolle. Unternehmenskäufe sind herausgehobene Verträge, die von den Parteien mit viel Aufwand und auch externer unternehmerischer, steuerlicher und rechtlicher Beratung verhandelt werden. Gleichzeitig nimmt die Rechtsprechung allzu schnell an, Vertragsklauseln seien nicht individuell ausgehandelt und unterfielen daher der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB. Der Bericht erwägt daher, Unternehmenskäufe generell der AGB-Kontrolle zu entziehen, kann sich hierzu aber – u.E. zu Unrecht – nicht durchringen. Stattdessen werden, um den Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen nicht zu gefährden, nur Größenschwellen befürwortet, ab denen die AGB-Kontrolle entfallen soll.

Unser Kommentar

Das Erfordernis, den Unternehmenskauf zu kodifizieren, wird keineswegs überall gesehen. So wird geltend gemacht, dass die Komplexität und Individualität von Transaktionen sich abstrakt-generellen Regelungen entziehen. Auch trifft sicher zu, dass die M&A-Vertragspraxis bereits gegenwärtig angemessene, an internationalen Standards orientierte und gleichzeitig flexible Lösungen geschaffen hat. Praktiker dürften die Kodifizierung des Unternehmenskaufs daher bisher kaum vermisst haben.

Andererseits mag es der Tat helfen, den Übergang von Rechtsverhältnissen zu vereinheitlichen (oben (4)). Mehr noch besteht ein Bedürfnis, die AGB-Kontrolle bei Unternehmenskaufverträgen auszuschließen (oben (5)). Beides verlangt nach dem Gesetzgeber. Ob und wann dieser tätig wird, ist gegenwärtig allerdings offen. Die Einführung der Commercial Courts sollte nicht das Ende der Diskussion sein.

Dr. Holger Bergbach, LL.M., Rechtsanwalt, Berlin

Commercial Courts – Verhandlung auf Englisch: Justizstandort-Stärkungsgesetz

BGBl. 2024 I Nr. 302 vom 10.10.2024

Inhalt des Gesetzes

Am 10.10.2024 wurde nach einer 13-jährigen Entstehungsgeschichte das Justizstandort-Stärkungsgesetz verkündet, das am 01.04.2025 in Kraft treten wird. Mit der Umsetzung werden an bestimmten Oberlandesgerichten, geplant sind zunächst fünf, „Commercial Courts“ geschaffen, die nach Vorstellung des Gesetzgebers besonderen Verfahrensregeln unterliegen (§§ 606 ff. ZPO-neu). Ersten Medienberichten zufolge soll bereits im Juni 2025 am Oberlandesgericht Frankfurt am Main ein Commercial Court seine Arbeit aufnehmen. Bereits bisher war dieses Oberlandesgericht mit der Einrichtung einer Kammer für internationale Handelssachen und der Möglichkeit der Verhandlung in englischer Sprache ein Vorreiter bei der Förderung der internationalen Attraktivität des Justizstandorts Deutschland.

Unternehmer werden fortan vereinbaren können, ihre Streitigkeiten vor einem Commercial Court am Oberlandesgericht auszutragen (§ 119 Abs. 2 GVG-neu), nach Wahl auch in englischer Sprache. Durch die erstinstanzliche Zuständigkeit des Oberlandesgerichts wird das Verfahren damit auf maximal zwei Instanzen verkürzt. Voraussetzung ist in allen Fällen eine Vereinbarung, Streitigkeiten vor dem Commercial Court auszufechten. Eine automatische Zuständigkeitsbegründung, beispielsweise im Falle eines Rechtsstreits mit Auslandsberührung und bzw. oder bei Englisch als Vertragsstrafe soll es nicht geben. Geschaffen wird damit also kein Automatismus sondern nur eine Wahlzuständigkeit.

Eine derart durch Parteivereinbarung begründete Zuständigkeit des Commercial Court soll allerdings nur bestehen, wenn der Streitwert mindestens 500.000 EUR beträgt und der Streit zivilrechtliche Fragestellungen, Streitigkeiten

aus Unternehmenskäufen sowohl bei Asset Deal als auch bei Share Deal oder zwischen der Gesellschaft und Gesellschaftsorganen, wie der Geschäftsleitung und dem Aufsichtsrat, betrifft. Wichtige gesellschaftsrechtliche Verfahren sind ausgeschlossen, insbesondere Beschlussmängelstreitigkeiten und sonstige, die Gesellschaftsverfassung betreffende Fragen (§ 119 Abs. 1 Satz 3 GVG-neu). Diese Verengung hat bereits im Vorfeld für erhebliche Kritik gesorgt.

Um Geheimhaltungsinteressen Genüge zu tun, wie sie sonst üblicherweise nur die Verhandlung vor einem Schiedsgericht gewährleisten kann, kann das Gericht auf Antrag einer Partei Informationen als vertraulich einstufen und dadurch den Parteien unter Androhung von Ordnungsmitteln die Veröffentlichung oder Verwendung außerhalb des Gerichtssaals untersagen (§ 273a ZPO-neu).

Unser Kommentar

Ausländische Beteiligte nehmen die deutsche Justiz im Geschäftsverkehr mit deutschen Unternehmen offenbar als unattraktiv war (7% ausländische Parteien bei 40% bis 50% Exportquote); der Weg führt häufig in die Schiedsgerichtsbarkeit. Das Gesetz liest sich als Gegenentwurf hierzu und ist ein Schritt in die richtige Richtung, der große Wurf ist allerdings nicht gelungen.

So werden große Teile gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten, die am Modellversuch des Stuttgart Commercial Court mehr als die Hälfte der Verfahren ausmachten, vom Anwendungsbereich ausgenommen. Viele ausländische Beteiligte fürchten zudem eher die strengen Regelungen des materiellen Rechts; eine (abweichende) Rechtswahl wird häufig aus der deutschen Justiz herausführen. Insbesondere aufgrund des Erfordernisses einer Parteivereinbarung wird unabhängig vom Inhalt noch Überzeugungsarbeit zu leisten sein, bevor sich die Commercial Courts als Alternative zur Schiedsgerichtsbarkeit etablieren werden.

Jan-Heinrich Ehlers, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Hannover

EU-Verordnung über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen („FSR“) – Erste Anwendungspraxis der EU-Kommission

Die EU-Verordnung zur Kontrolle drittstaatlicher Subventionen (Foreign Subsidies Regulation, „FSR“ – VO (EU) Nr. 2022/2560, ABl. L 330/1) gilt seit dem 12. Juli 2023. Die FSR regelt Anmeldepflichten der Beteiligten bei der EU-Kommission bez. Investments, Unternehmenszusammenschlüssen, öffentlichen Auftragsvergaben und sonstigen Transaktionen, an denen ein Akteur beteiligt ist, der bzw. dessen Unternehmensverbund aus einem Drittstaat (außerhalb der EU) stammt (vgl. Ausgabe Q 3 / 2023).

I. Prüfinstrumente der Kommission

Im Rahmen des Anwendungsbereichs prüft die EU-Kommission, ob es drittstaatliche Subventionen zu Gunsten der beteiligten Unternehmen gibt, die eine wettbewerbsverzerrende Wirkung haben könnten. Dabei definiert die FSR den Begriff der Subvention deutlich weiter als z.B. das EU-Beihilferecht: Eine FSR-Subvention liegt bereits in jeder Leistung in einem Drittstaat oder in jedem Entgelt dafür, damit bereits in jedem Zahlungsfluss aus oder in dem Drittstaat für Leistungen.

Die Anmeldepflichten greifen, wenn die Transaktion die in der FSR geregelten Schwellenwerte übersteigt. Bei Unternehmenszusammenschlüssen bestehen sie neben (und unabhängig von) denjenigen z.B. nach Fusionskontrollrecht. Die EU-Kommission kann aber auch von Amts wegen („ex-officio“) eine FSR-Prüfung durchführen, z.B. wenn die Schwellenwerte nicht erreicht werden oder die EU-Kommission andere Anhaltspunkte für eine mögliche Wettbewerbsverzerrung aufgrund einer FSR-Subvention sieht.

Während der Prüfung durch die EU-Kommission darf die Transaktion nicht vollzogen werden. Die Prüffristen sind denkbar weit. Die FSR

bestimmt zwar feste Fristen, fasst den Fristbeginn aber sehr vage. Bejaht die EU-Kommission eine wettbewerbsverzerrende Wirkung, kann sie die Transaktion mit Auflagen versehen oder – auch nachträglich – ganz untersagen. Kommt ein Beteiligter seiner Anmeldepflicht nicht nach oder kooperiert er im Prüfverfahren nicht (hinreichend), kann die EU-Kommission Geldbußen und Zwangsgelder verhängen.

II. Konkretisierung in der Praxis

Die EU-Kommission hat ihr Vorgehen in FSR-Verfahren in ihren Auslegungshinweisen vom 26.07.2024 (SWD (2024) 201 final) konkretisiert; zudem gibt es erste praktische Erfahrungen mit ihrer Handhabung der FSR.

Danach hält die EU-Kommission z.B. zinslose oder vergünstigte Darlehen oder Garantien an den Akteur aus oder in dem Drittstaat per se für wettbewerbsverzerrend und legt ihm den Beweis des Gegenteils auf, will er Sanktionen vermeiden.

Dies zeigte sich im Sommer 2024, als die EU-Kommission Finanzierungszusagen als drittstaatliche Subvention ansah und einen Unternehmenskauf durch ein aus den Vereinigten Arabischen Emiraten kontrolliertes Unternehmen nur mit weitreichenden Auflagen genehmigte. Ein völliges Scheitern der Transaktion konnten die Beteiligten allerdings durch weitere Verpflichtungszusagen abwenden. Die Zusagen beinhalteten u.a. Einschränkungen bez. Finanzierungen innerhalb des Binnenmarkts und bestimmte gesellschaftsrechtliche Selbstbindungen.

In der Praxis nimmt die EU-Kommission verstärkt chinesische Unternehmen in den Blick. So hat sie bereits im Frühjahr 2024 von Amts wegen Durchsuchungen bei einem chinesischen Tochterunternehmen an dessen Standorten in den Niederlanden und in Polen zum Auffinden von Beweismaterial veranlasst. Bei öffentlichen Auftragsvergaben hat die EU-Kommission die Beteiligung von Herstellern von

Photovoltaikanlagen und elektrischen Triebzügen kritisch geprüft; diese haben ihre Angebote daraufhin zurückgezogen.

Allein im Zeitraum Oktober 2023 bis Januar 2024 hat die EU-Kommission von sich aus 14 Unternehmenszusammenschlüsse aufgegriffen; in insgesamt 53 Fällen fanden zudem Vorgespräche zwischen ihr und betroffenen Akteuren zur Klärung von FSR-Sachverhalten statt. Neueres Zahlenwerk liegt noch nicht vor; es steht allerdings zu erwarten, dass die EU-Kommission diese Prüfaktivität beibehält.

III. Fazit

Eine erste Bilanz zeigt, dass die EU-Kommission gewillt ist, von den FSR-Instrumenten umfangreich Gebrauch zu machen.

Angesichts der Komplexität der Maßnahmen und ihrer weitreichenden Wirkungen sollten Unternehmen mögliche Anknüpfungspunkte an FSR-Tatbestände frühzeitig und fortlaufend prüfen. Unternehmen sollten ein entsprechendes „Compliance-Frühwarnsystem“ bei sich einrichten bzw. vorhalten, um Transaktionen nicht zu gefährden. Insbesondere die Erfahrungen mit den Ermittlungen der EU-Kommission von Amts wegen zeigen, dass solche Compliance-Strukturen auch unabhängig von einer bestimmten Transaktion etabliert werden sollten.

Die Beteiligten sollten zudem die konkrete Transaktion wegen des extensiven Verständnisses der EU-Kommission auf mögliche Anknüpfungspunkte zur FSR gewissenhaft prüfen bzw. durch ihren Rechtsberater prüfen lassen. Auch hier zeigen die ersten Erfahrungen, dass ein proaktives Zugehen auf die EU-Kommission (ggf. mit Verpflichtungszusagen) das Projekt hemmende oder gar gefährdende Maßnahmen der EU-Kommission vermeiden kann.

Dr. Wiland Tresselt, Rechtsanwalt, Frankfurt am Main

Lara Herrlich, Rechtsanwältin, Frankfurt am Main

Ihre Ansprechpartner bei GÖHMANN

Informationen zu den Anwältinnen und Anwälten der Arbeitsgruppe Gesellschaftsrecht finden Sie unter <https://www.goehmann.de/kompetenzen/gesellschaftsrecht/>



**Dr. Arnd
Barnitzke**
Berlin



**Dr. Dirk
Beddies**
Braunschweig



**Dr. Holger
Bergbach**
Berlin



**Dr. Stephan
Boese**
Braunschweig



**Jan-Heinrich
Ehlers**
Hannover



**Dr. Jens
Gardewin**
Hannover



**Dr. Holger
Haas**
Frankfurt a.M.



**Dr. Florian
Hartl**
Hannover



**Dr. Ulrich
Haupt**
Hannover



**Dr. Ilka
Heigl**
Frankfurt a.M.



**Dr. Peter
Hoh-Malewski**
Frankfurt a.M.



**Carsten
Lorenz**
Frankfurt a.M.



**Raimund
Mehwald-Hoff-
mann**
Bremen



**Axel
Müller-Eising**
Hannover



**Christian
Muth**
Bremen



**Dr. Corinna
Neumann**
Hannover



**Larissa
Normann**
Frankfurt a. M.



**Prof. Dr. Martin
Notthoff**
Hannover



Dr. Michael Ott
Frankfurt a.M.



**Kristina
Schmittziel**
Braunschweig



**Gregor
Segner**
Frankfurt a.M.



**Dr. Karl von
Hülsen**
Berlin



**Dr. Hilke
Völker**
Hannover



**Dr. Johannes
Waitz, LL.M.**
Braunschweig



**Oliver
Wiethaus**
Barcelona



**Bettina
Zerelles**
Frankfurt a.M.