

Urs Schenker

Dr. iur., Rechtsanwalt

Unternehmenskauf

Rechtliche und steuerliche Aspekte

Stämpfli Verlag

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	V
Abkürzungen	XXVII
Literaturverzeichnis	XXIX
A. Grundlagen	1
1. Der Unternehmenskauf- Eine Transaktion mit einem komplexen Vertragsgegenstand	1
2. Beweggründe für Kauf und Verkauf von Unternehmen	2
2.1. Motive des Käufers	3
2.1.1. Industrielle Motivation: Wachstum des eigenen Unternehmens	4
2.1.2. Finanziell motivierte Käufer: Kauf zum profitablen Weiterverkauf	5
2.1.3. Der Kauf als Schritt zum Unternehmer: Management Buy Out	6
2.2. Motivation des Verkäufers	7
2.2.1. Strategische Überlegungen	7
2.2.2. Ökonomischer Zwang zum Verkauf.	8
2.2.3. Verkäufe aufgrund hoher Bewertungen	9
2.2.4. Nachfolgeprobleme	9
2.2.5. Anpassung des Angebotes an die Motive des Verkäufers	10
3. Erfolgsfaktoren bei Unternehmenskäufen und Unternehmensverkäufen	10
3.1. Erfolgsfaktoren für den Verkäufer	12
3.2. Erfolgsfaktoren für den Käufer	14
4. Das Recht des Unternehmenskaufs	17
4.1. Gesetzliche Grundlagen	17
4.2. Der Unternehmenskauf als Gegenstand von vertraglicher Regelung	18
5. Transaktionsmodelle: Gesellschafts- oder Betriebskauf Share Deal oder Asset Deal	19
5.1. Betriebskauf (Asset Deal)	19
5.2. Gesellschaftskauf (Share Deal)	21
5.3. Präferenz der Praxis für Gesellschaftskäufe	22
5.4. Der Erwerb von Minderheitsbeteiligungen; die Abgrenzung von Gesellschaftskauf und Finanzinvestment	23
6. Verkaufsverfahren: Individuelle Verhandlungen oder Auktionsverfahren	24
6.1. Der individuell ausgehandelte Unternehmenskauf.	25

6.1.1.	Begriff: Konzentration des Verkäufers auf einen Käufer	25
6.1.2.	Der typische Ablauf eines individuell ausgehandelten Unternehmenskaufs	25
6.2.	Das Auktionsverfahren	27
6.2.1.	Begriff: Mit Wettbewerb zu besseren Ergebnissen für den Verkäufer	27
6.2.2.	Der typische Ablauf eines Auktionsverfahrens	29
B.	Die Akteure bei Unternehmenskäufen und -Verkäufen: -Organe und Berater	33
1.	Organe von Verkäufer und Käufer	33
1.1.	Kompetenz der Organe einer Gesellschaft zum Kauf und Verkauf von Unternehmen	33
1.1.1.	Kompetenzaufteilung zwischen Verwaltungsrat und Generalversammlung	33
1.1.2.	Verwaltungsrat und Geschäftsleitung	35
1.1.2.1.	Kompetenzaufteilung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung	35
1.1.2.2.	Die Rolle des Verwaltungsrates bei Unternehmenskäufen und -Verkäufen	37
1.1.3.	Ausländische Gesellschaften	41
1.2.	Die Verantwortung von Gesellschaftsorganen bei M&A Transaktionen	42
1.2.1.	Treue- und Sorgfaltspflicht der Organe	42
1.2.2.	Treupflicht und Interessenkonflikte	42
1.2.2.1.	Die Treupflicht der Organe von Käufer und Verkäufer	42
1.2.2.2.	Interessenkonflikte der Organe	43
1.2.3.	Sorgfaltspflicht	47
1.2.4.	Die Pflichten des Verwaltungsrates bei Delegation des Kaufs- bzw. Verkaufsprozesses an die Geschäftsleitung	51
1.2.5.	Haftungsrisiken von Geschäftsleitung und Verwaltungsrat	52
1.3.	Spezielle Rahmenbedingungen beim Unternehmensverkauf in einer finanziellen Krisensituation	54
1.4.	Incentive Regelungen für Organe und Mitarbeiter in Verkaufssituationen	55
1.4.1.	Halteprämie / Retention Bonus	56
1.4.2.	Erfolgsprämien	57
1.4.3.	Modifikation bestehender Incentive Programme	59

1.4.4. Einfluss von Verkäufen auf Options- und Beteiligungsprogramme	61
2. Berater im M&A Prozess	62
2.1. M&A Transaktionen sind beratungsintensiv	62
2.2. Berater in unterschiedlichen Sparten – Koordination durch den Auftraggeber	64
2.3. Die Position des Beraters	65
2.3.1. Auftragsrecht als Basis des Beratungsverhältnisses	65
2.3.2. Die Leistungspflicht des Beraters	67
2.3.3. Die Treuepflicht des Beraters	68
2.3.3.1. Vermeidung von Interessenkonflikten	68
2.3.3.2. Geheimhaltungspflicht	70
2.3.3.3. Aufklärungs- und Abmahnpflicht	70
2.3.3.4. Abmahnungspflicht bezüglich des Verhaltens anderer Berater	72
2.3.4. Die Sorgfaltspflicht des Beraters	73
2.3.5. Das Honorar des Beraters	75
2.4. Haftung des Beraters gegenüber dem Auftraggeber	78
2.4.1. Vertragsverletzung	78
2.4.1.1. Nichterfüllung	78
2.4.1.2. Verzug	79
2.4.1.3. Schlechterfüllung	79
2.4.2. Schaden	80
2.4.3. Adäquater Kausalzusammenhang	81
2.4.3.1. Einfluss auf den Vertragsabschluss	81
2.4.3.2. Veränderter Vertragsinhalt	82
2.4.4. Verschulden	83
2.5. Die Haftung gegenüber Dritten	83
2.5.1. Vertragliche Ansprüche (Reliance Letter)	84
2.5.2. Deliktische Ansprüche	85
2.5.3. Vertrauenshaftung	85
2.6. Freizeichnungsklauseln	86
2.6.1. Freizeichnung gegenüber dem Auftraggeber	86
2.6.2. Freizeichnung gegenüber Dritten	88
2.7. Beendigung von Beratungsverhältnissen	89
2.8. Vertretung durch Berater beim Vertragsabschluss	89
C. Die Vorbereitung des Verkaufsobjekts auf die Transaktion	91
1. Abgrenzung des Verkaufsgegenstandes / Carve Out	91
1.1. Abgrenzung bei Gesellschaftskauf	91
1.2. Abgrenzung bei Betriebskäufen	93
2. Ausmerzen von Schwachstellen	94
3. Aufarbeitung der Zahlen	95

4.	Erarbeitung von Business Plans und Budget	96
5.	Vorbereitung der Due Diligence	97
6.	Information Memorandum und weitere Verkaufsunterlagen	98
D.	Verhandlungsverhältnis, Geheimhaltungsvereinbarung und Absichtserklärung	99
1.	Rechtsverhältnisse während den Verhandlungen	99
1.1.	Verhandlungsführung nach Treu und Glauben	99
1.1.1.	Verpflichtung zu ernsthaftem Verhandeln	100
1.1.2.	Keine Pflicht zum Abschluss eines Vertrages	102
1.1.3.	Keine Täuschungen bei Verhandlungen	103
1.1.4.	Aufklärungspflicht	104
1.2.	Vertragliche Wegbedingung von Ansprüchen aus culpa in contrahendo und Täuschung	106
2.	Geheimhaltungsvereinbarung	106
2.1.	Zweck der Geheimhaltungsvereinbarung	106
2.2.	Inhalt und Formulierung der Geheimhaltungsvereinbarung ...	107
2.2.1.	Die von der Geheimhaltungsvereinbarung erfassten Informationen	107
2.2.2.	Geheimhaltungsverpflichtung	109
2.2.3.	Verbot zur Verwendung von Informationen für Zwecke ausserhalb der Transaktion	110
2.2.4.	Pflicht zur Rückgabe von Dokumenten und zur Vernichtung von Informationen	110
2.2.5.	Beschränkung der Ansprechpartner beim Verkäufer ...	111
2.2.6.	Absicherung durch Konventionalstrafe	111
2.2.7.	Bestimmungen betreffend Streiterledigung	112
2.3.	Abwerbe- oder Anstellungsverbot als Ausdehnung der Geheimhaltungserklärung	112
2.4.	Schriftlichkeitsvorbehalt für die vertragliche Einigung	113
3.	Absichtserklärung/ Letter of Intent	115
3.1.	Zweck der Absichtserklärung	115
3.2.	Rechtsnatur der Absichtserklärung	116
3.3.	Der Inhalt der Absichtserklärung	117
3.3.1.	Rechtlich unverbindliche Bestimmungen	118
3.3.1.1.	Eckpunkte der geplanten Transaktion	118
3.3.1.2.	Strukturierung des weiteren Vorgehens	118
3.3.2.	Rechtlich verbindliche Bestimmungen	120
3.3.2.1.	Geheimhaltungsverpflichtung	120
3.3.2.2.	Abwerbe- oder Anstellungsverbot	120
3.3.2.3.	Exklusivität	121
3.3.2.4.	Ausschluss der Haftung bei Abbruch der Verhandlungen	123

3.3.2.5. Regelung der Kosten des weiteren Vorgehens	124
3.3.3. Klare Abgrenzung von verbindlichen und unverbindlichen Bestimmungen	124
3.3.4. Bestimmungen betreffend Streiterledigung	125
3.3.5. Verzicht auf eine Absichtserklärung	126
E. DueDiligence	127
1. Die Bedeutung der Due Diligence beim Unternehmenskauf	127
2. Der Zugriff des Verkäufers auf die Informationen des Unternehmens als Voraussetzung der Due Diligence	128
3. Die Due Diligence des Käufers	131
3.1. Das Informationsdefizit des Käufers als Ausgangspunkt der Due Diligence	131
3.2. Ziele der Due Diligence des Käufers	132
3.3. Grenzen der Due Diligence, Geheimhaltungsinteresse und Geheimhaltungsverpflichtungen des Verkäufers	135
3.3.1. Geheimhaltungsinteresse des Verkäufers	135
3.3.2. Geheimhaltungsverpflichtungen des Verkäufers	137
3.3.3. Möglichkeiten zur Problemlösung	140
3.4. Der Zeitpunkt der Due Diligence	144
3.5. Umfang und Tiefe der Due Diligence	145
3.6. Bereiche der Due Diligence	147
3.6.1. Operative Due Diligence	148
3.6.1.1. Strategie	148
3.6.1.2. Organisation, Prozesse und Informationssysteme	149
3.6.1.3. Marktposition	149
3.6.1.4. Vertrieb	151
3.6.1.5. Kernkompetenz / Technologie	151
3.6.1.6. Forschung und Entwicklung	152
3.6.1.7. Produkte	152
3.6.1.8. Kostenstruktur	153
3.6.1.9. Anlagevermögen und Produktion	154
3.6.1.10. Umlaufvermögen	155
3.6.1.11. Identifikation von Synergiepotentialen	156
3.6.2. Human Resources Due Diligence	157
3.6.2.1. Qualität und Eignung von Management und Arbeitnehmern	158
3.6.2.2. Personalkosten	158
3.6.2.3. Restrukturierungsbedarf	158
3.6.2.4. Arbeitsverträge	159

3.6.2.5.	Options- und Beteiligungsprogramme, Finanzielle Leistungen an Arbeitnehmer im Zusammenhang mit dem Unternehmensverkauf.	159
3.6.2.6.	Arbeitsrechtliche Auseinandersetzungen	160
3.6.2.7.	Personalvorsorge	161
3.6.3.	Finanzielle Due Diligence	161
3.6.3.1.	Ermittlung des tatsächlichen betriebswirtschaftlichen Ertrages	162
3.6.3.2.	Die Qualität des Rechnungswesens	164
3.6.3.3.	Die kritische Analyse "normalisierter" Erfolgsrechnungen	165
3.6.3.4.	Budgets und Mittelfristpläne	165
3.6.3.5.	Finanzielle Auswirkung von Integration und Konsolidierung	166
3.6.3.6.	Die Berücksichtigung der Ergebnisse anderer Due Diligence Bereiche	166
3.6.3.7.	Aufbau eines Finanzierungsmodells für den Käufer	167
3.6.4.	Rechtliche Due Diligence	167
3.6.4.1.	Gesellschaftsrecht	168
3.6.4.2.	Gesellschaftsrechtliche Transaktionen und Unternehmenskäufe	169
3.6.4.3.	Verträge	169
3.6.4.4.	Hängige und drohende Gerichtsverfahren	171
3.6.4.5.	Bewilligungen und Konzessionen	171
3.6.4.6.	Rechtliche Rahmenbedingungen der Geschäftstätigkeit; Compliance	172
3.6.4.7.	Arbeitsrechtliche Fragen	174
3.6.4.8.	Grundeigentum und Nutzungsrechte an Grundstücken	174
3.6.4.9.	Versicherungen	174
3.6.4.10.	Immaterialgüterrechte	175
3.6.4.11.	Software	176
3.6.4.12.	Abklärungen der Bewilligungsvoraussetzungen für den Erwerb	176
3.6.4.13.	Verbindungen zwischen der rechtlichen Due Diligence und den weiteren Due Diligence Bereichen	177
3.6.5.	Steuerliche Due Diligence	178
3.6.5.1.	Strukturelle Risiken des Unternehmens	178
3.6.5.2.	Hängige und drohende Steuerverfahren	179

3.6.5.3.	Auswirkungen der Transaktion auf die Steuersituation des verkauften Unternehmens	180
3.6.5.4.	Vorbereitung der Akquisitionsstruktur und der Integrationsplanung	180
3.6.6.	Environmental Due Diligence	181
3.6.6.1.	Bedeutung der Environmental Due Diligence	181
3.6.6.2.	Die konkrete Risikolage des betroffenen Unternehmens	183
3.6.6.3.	Ziele der Environmental Due Diligence	184
3.6.6.4.	Vorgehen bei der Environmental Due Diligence	186
3.6.7.	Koordination zwischen den einzelnen Bereichen der Due Diligence	188
3.7.	Ablauf der Due Diligence	189
3.7.1.	Information Request und Zusammenstellung des Datenraums	189
3.7.2.	Regeln zur Benützung des Datenraums	190
3.7.3.	Die Behandlung von Fragen des Verkäufers	190
3.7.4.	Management-Präsentationen, Expert Meetings und Kontakte mit Mitarbeitern	191
3.7.5.	Aufbewahrung und Sicherung der Due Diligence Dokumentation	192
3.8.	Datenanalyse und Due Diligence-Bericht	193
3.9.	Lösung von Problemen, die in der Due Diligence entdeckt werden	195
3.9.1.	Suspensivbedingungen für den Vollzug des Kaufs	196
3.9.2.	Anpassung des Kaufpreises	197
3.9.3.	Bestimmungen zur nachträglichen Anpassung des Kaufpreises / Selbständige Garantien	198
3.9.4.	Zusicherungen	199
3.9.5.	Verzicht auf den Abschluss eines Kaufvertrages	199
3.9.6.	Unterbrechung der Verhandlungen zur Beseitigung aufgedeckter Probleme	199
3.9.7.	Umstrukturierungen des Kaufobjekts zur Isolation von existenziellen Risiken	200
3.10.	Der Einfluss der Due Diligence auf Ansprüche aus Gewährleistung und Willensmängeln	201
3.10.1.	Gesetzliche Regelung	201
3.10.2.	Vertragliche Regelung der Auswirkungen der Due Diligence	202
4.	Die Due Diligence des Verkäufers	203

4.1.	Informationsdefizite des Verkäufers	203
4.2.	Due Diligence des Verkäufers zur Vorbereitung des Verkaufsprozesses	204
4.3.	Durchführung der Due Diligence durch den Verkäufer	208
4.4.	Vendor Due Diligence: Die Due Diligence des Verkäufers für den Käufer	209
4.4.1.	Vendor Due Diligence im Verkaufsverfahren	210
4.4.2.	Ziel der Vendor Due Diligence	210
4.4.3.	Erstellung des Vendor Due Diligence Berichtes	211
4.4.3.1.	Erstellung des Vendor Due Diligence Berichtes durch Berater	211
4.4.3.2.	Umfang und Detaillierungsgrad der Vendor Due Diligence	213
4.4.3.3.	Umgang mit Geschäftsgeheimnissen	215
4.4.4.	Kritischer Umgang der Kaufinteressenten mit der Vendor Due Diligence	216
4.4.5.	Vertrauensbildende Massnahmen	216
4.4.5.1.	Offenlegung von Auftrag und Informationsbasis	216
4.4.5.2.	Direkte Gespräche zwischen Kaufinteressent und Ersteller der Vendor Due Diligence	218
4.4.5.3.	Reliance Erklärung des Erstellers	218
F.	Unternehmenskaufvertrag	219
1.	Form des Vertrages	219
2.	Gestaltung und Inhalt des Vertrages	221
3.	Präambel	222
4.	Kaufgegenstand	223
4.1.	Kauf einer Gesellschaft	223
4.2.	Kauf eines Betriebs	225
5.	Der Kaufpreis	228
5.1.	Unternehmenswert (Enterprise Value) und Eigenkapitalwert (Equity Value)	229
5.1.1.	Der Unternehmenswert (Enterprise Value) als Ausgangspunkt der Preisbestimmung	229
5.1.2.	Der Eigenkapitalwert (Equity Value)	231
5.2.	Die Verbindung zwischen Preis und Unternehmensbewertung	234
5.3.	Die vertragliche Bestimmung des Kaufpreises	235
5.3.1.	Locked Box: Fixpreis ohne Anpassungen an Veränderungen der Bilanz bis zum Vollzug des Kaufvertrages	236

5.3.1.1.	Das Konzept der Locked Box bei Gesellschaftskäufen	236
5.3.1.2.	Keine Locked Box bei Betriebskäufen	238
5.3.1.3.	Formulierung der Locked Box-Klausel'	238
5.3.2.	Closing Accounts: Fixpreis mit Anpassung des Kaufpreises an Veränderungen von Bilanzpositionen bis zum Vollzug des Kaufvertrages	242
5.3.2.1.	Kaufpreisanpassung beim Betriebskauf	243
5.3.2.2.	Kaufpreisanpassung beim Gesellschafts Kauf	244
5.3.2.3.	Die Formulierung des Anpassungsmechanismus	246
5.3.2.4.	Verfahren	247
5.3.3.	Earn-Out-Klauseln: Variabler Kaufpreis in Abhängigkeit vom Ertrag	249
5.3.3.1.	Die Vereinbarung erfolgsabhängiger Kaufpreiszahlungen	249
5.3.3.2.	Die Formulierung von Earn-Out-Klauseln	251
5.3.3.3.	Schutz vor Gewinnmanipulationen durch Art. 156 OR	253
5.3.3.4.	Verfahren	254
5.3.4.	Anpassung des Kaufpreises aufgrund spezifischer Ereignisse	255
6.	Bestimmungen über den Vollzug des Vertrages ("Closing")	256
6.1.	Der Zeitpunkt des Vollzuges	257
6.2.	Ort des Vollzuges	258
6.3.	Bedingungen für den Vollzug	258
6.3.1.	Suspensiv- und Resolutivbedingungen	259
6.3.2.	Schwebezustand des Vertrages bis zur Erfüllung der Bedingung	259
6.3.3.	In der Praxis verwendete Bedingungen	260
6.3.3.1.	Fusionskontrolle	260
6.3.3.2.	Weitere Behördliche Bewilligungen	261
6.3.3.3.	Zustimmung von Behörden zur Übertragung von Bewilligungen und Konzessionen	261
6.3.3.4.	Zustimmung von Drittparteien im Zusammenhang mit der Übertragung von Verträgen und Change of Control-Klauseln....	262
6.3.3.5.	Abschluss von Arbeitsverträgen mit wesentlichen Arbeitnehmern	263
6.3.3.6.	Abwicklung von Vorhand- und Vorkaufsrechtsverfahren	264

6.3.3.7.	Abwicklung von Carve Out- und anderen Vorbereitungstransaktionen	264
6.3.3.8.	Material Adverse Change-Klausel	265
6.3.3.9.	Mängelfreiheit des Kaufobjektes	268
6.3.3.10.	Behördliche oder gerichtliche Vollzugsverbote	268
6.3.3.11.	Gremienvorbehalte	269
6.3.3.12.	Finanzierungsvorbehalt	269
6.3.4.	Die Verpflichtungen der Parteien bezüglich vertraglicher Bedingungen	270
6.3.4.1.	Verpflichtungen aus Treu und Glauben	270
6.3.4.2.	Vertragliche Regelung	271
6.3.4.3.	Das Verhalten bei Auflagen von Behörden	271
6.3.4.4.	Zusammenarbeit der Parteien zur Erfüllung der Bedingungen – kartellrechtliche Schranken des Informationsaustauschs	275
6.3.5.	Zeitablauf und Ausfall von Bedingungen	276
6.4.	Verhalten der Parteien zwischen Vertragsunterzeichnung und Vollzug	277
6.4.1.	Erfüllung der vertraglichen Bedingung, Einholen von Bewilligungen	277
6.4.2.	Pflichten des Verkäufers bezüglich der Führung des verkauften Unternehmens	277
6.4.3.	Informations- und Zugangsrechte, Vorbereitung der Integration	278
6.4.4.	Ausschüttungen	279
6.4.5.	Vorbereitung des Unternehmens auf den Vollzug	279
6.5.	Vollzugshandlungen	280
6.5.1.	Vollzugshandlungen des Käufers	281
6.5.2.	Vollzugshandlungen des Verkäufers	282
6.5.2.1.	Vollzugshandlungen beim Gesellschafts Kauf.	282
6.5.2.2.	Vollzugshandlungen des Verkäufers beim Betriebs Kauf.	283
6.6.	Regelung von Teilleistungen	297
6.7.	Vollzugsprotokoll	297
6.8.	Vorbereitung des Vollzugs	298
6.9.	Vertragliche Regelung der Verzugsfolgen	298
6.10.	Übergang von Nutzen und Gefahr	300
6.10.1.	Regelung beim Gesellschafts Kauf	300
6.10.2.	Regelung beim Betriebs Kauf	301
7.	Zusicherungen und Garantien	302

7.1. Ungenügen der gesetzlichen Gewährleistungsregeln bei Unternehmenskäufen	302
7.2. Risikoallokation durch vertragliche Zusicherungen und Garantien	303
7.3. Die vertraglichen Zusicherungen	305
7.3.1. Die Rechtsnatur von Zusicherungen	305
7.3.2. Der für die Zusicherungen massgebende Zeitpunkt	306
7.3.3. Formulierung der einzelnen Zusicherungen	307
7.3.3.1. Zusicherung des rechtmässigen Bestandes der Gesellschaft und allfalliger Tochtergesellschaften beim Gesellschafts Kauf.	308
7.3.3.2. Zusicherung des rechtmässigen Bestandes und der gültigen Übertragung der übertragenen Beteiligungsrechte beim Gesellschafts Kauf.	309
7.3.3.3. Zusicherung des Eigentums an Tochtergesellschaften	310
7.3.3.4. Zusicherung des Bestandes und der Vollständigkeit der übertragenen Aktiven beim Kauf eines Betriebs	310
7.3.3.5. Zusicherungen betreffend Bilanz und Erfolgsrechnung	311
7.3.3.6. Zusicherung betreffend Änderungen nach dem Bilanzstichtag	313
7.3.3.7. Zusicherung betreffend Vollständigkeit und Zustand der Aktiven	315
7.3.3.8. Zusicherungen betreffend Steuern	315
7.3.3.9. Zusicherungen betreffend Bewilligungen	316
7.3.3.10. Zusicherungen betreffend Verträge mit Dritten	317
7.3.3.11. Zusicherungen betreffend hängige Prozesse und andere Verfahren	318
7.3.3.12. Zusicherungen betreffend Immaterialgüterrechte	319
7.3.3.13. Zusicherungen betreffend Umweltrisiken	321
7.3.3.H. Zusicherung betreffend Einhaltung relevanter Vorschriften/Compliance	322
7.3.3.15. Zusicherungen betreffend Arbeitnehmer	323
7.3.3.1ö. Zusicherungen betreffend Sozialversicherungen	324
7.3.3.17. Zusicherungen betreffend Pensionskassen	324

7.3.3.18.	Zusicherungen betreffend Produkt- und Dienstleistungshaftpflichtfälle	326
7.3.3.19.	Zusicherungen betreffend Versicherungen	326
7.3.3.20.	Zusicherungen betreffend Offenlegung	327
7.3.3.21.	Abschliessender Katalog von Zusicherungen	328
7.3.4.	Verletzung von Zusicherungen	328
7.3.4.1.	Die Ansprüche des Käufers	329
7.3.4.2.	Prüflings- und Rügepflicht, Fristen	332
7.3.4.3.	Schadenminderungspflicht des Käufers	336
7.3.4.4.	Einschränkung einzelner Zusicherungen durch Wesentlichkeit bzw. Wissen des Verkäufers	337
7.3.4.5.	Beschränkung der Gewährleistungsansprüche durch Offenlegung	340
7.3.4.6.	Beschränkung der Gewährleistungsansprüche durch Rückstellung in den massgebenden Bilanzen	344
7.3.4.7.	Beschränkung der Ansprüche bei Ersatzzahlungen Dritter und Steuervorteilen...	345
7.3.4.8.	Betragsmässige Beschränkung der Ansprüche durch Höchst- und Mindestbeträge	347
7.3.4.9.	Ausschluss von Doppelzahlungen	348
7.4.	Garantien des Verkäufers	350
7.4.1.	Die Funktion vertraglicher Garantien: Abdeckung bekannter Mängel	350
7.4.2.	Die Rechtsnatur vertraglicher Garantien	351
7.4.3.	Konsequenzen der rechtlichen Qualifikation	352
7.4.4.	Formulierung von Garantien	354
7.4.4.1.	Umschreibung der Zahlungspflicht	354
7.4.4.2.	Anrechnung von Rückstellungen	354
7.4.4.3.	Die Höhe der Zahlung	355
7.4.5.	Mitwirkungsrechte des Verkäufers bei Ansprüchen	355
7.4.6.	Modalitäten zur Geltendmachung von Ansprüchen	357
7.5.	Sicherung von Gewährleistungs- und Garantieansprüchen	358
7.5.1.	Kaufpreisrückbehalt	359
7.5.2.	Verrechnungsrecht mit späteren Zahlungen des Käufers	359
7.5.3.	Bankgarantie zugunsten des Käufers	360
7.5.4.	Escrow Account	360

7.5.5. Bankbürgschaft	361
7.5.6. Absicherung durch Warranty Insurance	362
7.6. Haftungsverhältnisse bei mehreren Verkäufern	363
7.6.1. Beim Gesellschaftsverkauf	363
7.6.2. Beim Betriebsverkauf	364
7.7. Ausschluss weitere Rechtsbehelfe	365
8. Nebenpflichten des Verkäufers	366
8.1. Übertragung zusätzlicher Aktiven an die verkaufte Gesellschaft	366
8.2. Lizenzverträge und Übertragung von Immaterialgüterrechten	367
8.3. Weitere Mitarbeit des Verkäufers beim gekauften Unternehmen	368
8.4. Übergangsregeln für Dienstleistungen	370
8.5. Bezugs- und Lieferverträge	370
8.6. Konkurrenzverbot	372
8.6.1. Vertragliche Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes	372
8.6.2. Gesetzliche Einschränkung des Konkurrenzverbotes...	374
8.7. Abwerbe- und Beschäftigungsverbot	375
8.8. Geheimhaltungsverpflichtung und Kommunikation	376
8.8.1. Geheimhaltungsverpflichtung des Verkäufers bezüglich Geschäftsgeheimnissen des verkauften Unternehmens	376
8.8.2. Geheimhaltungsverpflichtung bezüglich der Transaktion / Kommunikation	376
9. Nebenpflichten des Käufers	377
9.1. Durchführung von Generalversammlungen und Wahl neuer Organe	377
9.2. Lizenzverträge, Übergangsregeln für Dienstleistungen sowie Bezugs- und Lieferverträge	378
9.3. Unterlassungspflichten bezüglich Firmenbestandteilen und Marken	378
9.4. Teilliquidationsverbot	379
10. Bestimmungen über die Streiterledigung	380
10.1. Rechtswahl	381
10.2. Bestimmung des Zuständigen Gerichtes/Schiedsklausel	382
10.2.1. Staatliches Gericht oder Schiedsgericht als Entscheidungsinstanz	382
10.2.2. Gerichtsstands-bzw. Schiedsklausel	386
10.3. Schiedsgutachten zur Feststellung von Sachverhaltselementen	386

G. Leistungsstörungen im Unternehmenskaufvertrag: Verzug, Unmöglichkeit und Mängel	389
1. Nichterfüllung und verspätete Erfüllung	389
1.1. Zeitpunkt der Fälligkeit der Leistungen aus dem Kaufvertrag	389
1.2. Erfüllungshandlungen der Parteien	390
1.3. Erfüllung durch Teilleistung	391
1.4. Verzug	392
1.5. Verzug des Verkäufers	394
1.5.1. Durchsetzung des Erfüllungsanspruches, temporäre Verweigerung der eigenen Leistung und Forderung des Verzögerungsschadens	394
1.5.1.1. Erfüllungsanspruch und Rückbehalt der eigenen Leistung	394
1.5.1.2. Schadenersatz für Verzögerungsschaden	394
1.5.1.3. Haftung für Zufall	397
1.5.2. Fristansetzung und Wahlrecht	398
1.5.3. Rücktritt vom Vertrag, Forderung des negativen Interesses	402
1.5.4. Festhalten am Vertrag unter Verzicht auf Übertragung des Kaufgegenstandes, Forderung des positiven Interesses	404
1.6. Verzug des Käufers	406
1.6.1. Durchsetzung des Erfüllungsanspruches, temporäre Verweigerung der eigenen Leistung und Forderung des Verzögerungsschadens	407
1.6.1.1. Erfüllungsanspruch und Rückbehalt der eigenen Leistung	407
1.6.1.2. Verzugszinsen	407
1.6.1.3. Schadenersatz für Verzögerungsschaden	407
1.6.2. Fristansetzung und Wahlrecht	409
1.6.3. Rücktritt vom Vertrag; Forderung des negativen Interesses	411
1.6.4. Festhalten am Vertrag, Verzicht auf Leistungen und Forderungen des positiven Interesses	411
1.7. Unmöglichkeit der Erfüllung	412
1.7.1. Ursprüngliche Unmöglichkeit	412
1.7.2. Die nachträgliche Unmöglichkeit	413
1.7.2.1. Tatbestand der nachträglichen Unmöglichkeit	413
1.7.2.2. Rechtsfolge der nachträglichen Unmöglichkeit	414
2. Mängel des Kaufgegenstandes	416

2.1. Das Wertrisiko	416
2.2. Buyer Beware – Ein Grundsatz mit Ausnahmen	416
2.3. Rechtsgewährleistung	417
2.3.1. Grundlagen	417
2.3.2. Konkrete Anwendung auf Unternehmenskäufe	420
2.3.2.1. Gesellschafts Kauf.	420
2.3.2.2. Betriebskauf.	421
2.4. Sachgewährleistung	422
2.4.1. Die gesetzlichen Regeln zur Sachgewährleistung	422
2.4.2. Sachgewährleistung beim Betriebskauf.	423
2.4.2.1. Die Rechtsnatur des Betriebskaufs	423
2.4.2.2. Der Sachmangel beim Betriebskauf	424
2.4.3. Sachgewährleistung beim Gesellschafts Kauf.	427
2.4.4. Voraussetzungen für die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen	428
2.4.4.1. Prüfung des Kaufgegenstandes	428
2.4.4.2. Rügepflicht	429
2.4.4.3. Der Mangel war weder bekannt noch erkennbar	430
2.4.4.4. Der Anspruch muss innert zwei Jahren geltend gemacht werden	432
2.4.4.5. Voraussetzungen der Gewährleistung bei Täuschung	433
2.4.4.6. Auswirkungen der gesetzlichen "Hürden" auf die Ansprüche des Käufers	433
2.4.5. Die Ansprüche aus Gewährleistung	434
2.4.5.1. Wandelung	434
2.4.5.2. Minderung	434
2.4.5.3. Schadenersatzansprüche	438
2.4.5.4. Schadensminderungspflicht des Käufers	440
2.5. Erfüllungsanspruch	441
2.6. Willensmängel	442
2.6.1. Das Verhältnis von Willensmängeln zu Gewährleistungsansprüchen	442
2.6.2. Grundlagenirrtum	444
2.6.2.1. Der Tatbestand des Grundlagenirrtums	444
2.6.2.2. Der fahrlässige Grundlagenirrtum	446
2.6.3. Täuschung	447
2.6.3.1. Der Tatbestand der Täuschung	447
2.6.3.2. Täuschung durch Hilfspersonen und Dritte	447
2.6.3.3. Arten der Täuschung	448
2.6.4. Geltendmachung des Anspruches aus Willensmangel	451

2.6.5. Rechtsfolge der Anfechtung: Ungültigkeit bzw. Teilungültigkeit des Vertrages	453
3. Die Durchsetzung von Ansprüchen aus Leistungsstörungen	454
3.1. Die Position des Käufers als Kläger	454
3.1.1. Behauptungs- und Beweislast	454
3.1.2. Die Konsequenzen von Behauptungs- und Beweislast für den Kläger	456
3.1.3. Die Vorteile des Käufers bei der Vorbereitung des Prozesses	457
3.2. Konkrete Prozessführungssituation des Käufers bei Ansprüchen aus Unternehmenskäufen	459
3.2.1. Ansprüche aus Garantien und Leistungsversprechen...	459
3.2.2. Ansprüche aus Zusicherungen	459
3.2.3. Ansprüche aus Willensmängel	463
3.3. Die Position des Verkäufers als Beklagter	464
3.3.1. Die Bestreitung der vom Kläger behaupteten Tatsachen	464
3.3.2. Behauptungs- und Beweislast des Beklagten	465
3.3.3. Probleme des Beklagten bezüglich Sachverhaltsermittlung und Beweismittelbeschaffung	466
3.4. Die konkrete Prozessführungssituation des Verkäufers bei Ansprüchen aus Unternehmensverkäufen	467
3.4.1. Ansprüche aus Garantien und Leistungsversprechen...	467
3.4.2. Ansprüche aus Zusicherungen	468
3.4.3. Ansprüche aus Willensmängeln	469
3.5. Prozessverfahren verhindern	469
H. Verkauf im Auktionsverfahren	471
1. Ablauf des Auktionsverfahrens	472
2. Die rechtliche Natur des Auktionsverfahrens	474
3. Die einzelnen Verfahrensabschnitte des Auktionsverfahrens	475
3.1. Das Einladungsschreiben (Teaser Letter)	475
3.2. Procedure Letter 1 und Information Memorandum	477
3.2.1. Procedure Letter 1	477
3.2.2. Beschreibung des Verkaufsverfahrens	477
3.2.3. Aufforderung zur Non-binding Offer	478
3.2.4. Vorbehalte des Verkäufers	478
3.3. Information Memorandum	480
3.3.1. Zweck des Information Memorandums	480
3.3.2. Inhalt des Information Memorandums	481
3.4. Das unverbindliche Angebot	484
3.5. Procedure Letter 2 und KaufVertragsentwurf	486

3.5.1.	Beschreibung des weiteren Verkaufsverfahrens	486
3.5.2.	Einladung zur Due Diligence	486
3.5.3.	Kaufvertragsentwurf	486
3.5.4.	Aufforderung zur bindenden Offerte	487
3.5.5.	Vorbehalte des Verkäufers	488
3.6.	Due Diligence	488
3.6.1.	Due Diligence als Kostenfaktor für Kaufinteressenten	488
3.6.2.	Die Organisation paralleler Due Diligence Verfahren	490
3.6.3.	Zusammenstellung von Dokumenten und Informationen	491
3.6.4.	Management-Präsentationen	492
3.6.5.	Confirmatory Due Diligence	492
3.7.	Vendor Due Diligence	493
3.7.1.	Allgemeiner Vendor Due Diligence-Bericht	493
3.7.2.	Vendor Due Diligence-Berichte zu spezifischen Themen; Umweltbereich	494
3.7.3.	Vertrauensbildende Massnahmen, Reliance Letters	495
3.8.	Die bindende Offerte	495
3.9.	Schlussverhandlungen und Vertragsunterzeichnung	496
4.	Spezifische Probleme bei Auktionen	497
4.1.	Ungenügendes Interesse der Kaufinteressenten	497
4.2.	„Spionageangebote“	498
4.3.	Angebote mit Ultimatum	500
I.	Fusionskontrolle, Bewilligungserfordernisse und Offenlegungspflichten	501
1.	Kartellrechtliche Fusionskontrolle	501
1.1.	Unterstellung unter die Fusionskontrollregeln	503
1.1.1.	Umsatzgrenzen	504
1.1.2.	Allgemeine Grenzwerte	504
1.1.3.	Grenzwertberechnung bei Versicherungen, Banken und Finanzintermediären	506
1.1.4.	Die in die Umsatzberechnung einbezogenen Unternehmen	507
1.1.5.	Der Einbezug verbundener Unternehmen	509
1.1.6.	Marktmächtige Unternehmen	510
1.2.	Die Meldung an die Wettbewerbskommission	512
1.2.1.	Der Zeitpunkt der Meldung an die Wettbewerbskommission	512
1.2.2.	Der Inhalt der Meldung	514
1.2.3.	Informelle Besprechung des Entwurfs mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission	518

1.2.4. Vereinfachte Meldung	519
1.3. Das Prüfungsverfahren der Wettbewerbskommission	519
1.3.1. Vollständigkeitsprüfung	519
1.3.2. Vorprüfung	520
1.3.3. Die vertiefte Prüfung durch die Wettbewerbskommission	522
1.4. Die materielle Beurteilung von Transaktionen durch die Wettbewerbskommission	523
1.4.1. Definition des sachlich und geographisch relevanten Marktes	524
1.4.2. Feststellung der Marktanteile der beteiligten Unternehmen	526
1.4.3. Die konkreten Auswirkungen der geplanten Transaktion auf den Wettbewerb	527
1.4.4. Der Entscheid der Wettbewerbskommission	533
1.5. Entscheidkompetenz der FINMA	535
1.6. Ausnahmegewilligungen des Bundesrates	536
1.7. Rechtsmittelverfahren	536
1.8. Sanktionen bei Verstössen gegen die Meldepflicht	537
1.9. Ausländische Kartellgesetze	538
2. Bewilligungspflichten beim Unternehmenskauf.	539
2.1. Bewilligungspflicht beim Erwerb von Banken	539
2.1.1. Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung	539
2.1.2. Spezielle Voraussetzungen für Ausländer	541
2.2. Bewilligungspflicht beim Erwerb von Versicherungen	541
2.3. Erwerb von Betrieben mit Immobilien und Immobiliengesellschaften	542
2.3.1. Bewilligungspflicht für den Erwerb schweizerischer Liegenschaften	542
2.3.2. Keine Bewilligungspflicht für betrieblich genützte Grundstücke	543
2.3.3. Bewilligungspflicht beim Gesellschaftskauf	544
2.3.4. Bewilligungspflicht beim Betriebskauf	546
2.3.5. Die Bewilligungsgründe	547
2.3.6. Verfahren	547
2.3.7. Aufschub des Vollzugs / Sanktionen bei unerlaubtem Vollzug	548
2.4. Landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstücke	549
3. Informationspflichten beim Unternehmenskauf	549
3.1. Beteiligungserwerb bei kotierten Gesellschaften	550
3.2. Arbeitsrechtliche Meldepflichten	550
3.3. Fusionsrechtliche Eintragungspflicht im Handelsregister	551
3.4. Bankenrechtliche Meldepflichten	551

3.5.	Versicherungsrechtliche Meldepflicht	552
3.6.	Kartellrechtliche Meldepflichten	552
3.7.	Mitteilungspflichten kotierter Unternehmen: ad-hoc-Publizität	552
3.7.1.	Ziel der Ad-hoc-Publizität	553
3.7.2.	Bekanntgabepflicht	553
3.7.3.	Zeitpunkt und Aufschub der Bekanntgabe	555
3.7.4.	Die Ad-hoc-Publizitätspflicht in den einzelnen Phasen der Transaktion	558
3.7.4.1.	Pläne und Absichten	558
3.7.4.2.	Anfragen von potentiellen Käufern	560
3.7.4.3.	Verhandlungen über die Durchführung einer Transaktion und Due Diligence	561
3.7.4.4.	Abschluss einer Absichtserklärung	563
3.7.4.5.	Abschluss eines Kaufvertrages	563
3.7.5.	Die Formulierung der Ad-hoc-Mitteilung	564
3.7.6.	Die Veröffentlichung der Ad-hoc-Mitteilung	565
J.	Die Arbeitnehmer im Unternehmenskauf	567
1.	Die Position der Arbeitnehmer im Unternehmenskauf	567
1.1.	Arbeitnehmer als wertvolle Ressource des Unternehmens ...	567
1.2.	Die rechtliche Stellung der Arbeitnehmer beim Unternehmenskauf	569
1.2.1.	Gesellschafts Kauf.	569
1.2.2.	Betriebskauf.	570
1.2.3.	Das Vorliegen eines Betriebs oder Betriebsteils; Abgrenzung zum Kauf einzelner Aktiven	572
2.	Information und Konsultation der Arbeitnehmer	574
2.1.	Gesellschafts Kauf	574
2.2.	Betriebskauf	574
2.2.1.	Informations- und Konsultationspflicht	574
2.2.2.	Inhalt der Information	575
2.2.3.	Inhalt der Konsultation	576
2.2.4.	Zeitpunkt von Informationen und Konsultationen	577
2.2.5.	Einbettung in das Informationskonzept des Käufers	578
2.3.	Ausländische Betriebe und Tochtergesellschaften	579
3.	Übertragung von Arbeitsverhältnissen beim Unternehmenskauf ...	580
3.1.	Gesellschafts Kauf	580
3.1.1.	Keine Änderung des Arbeitgebers	580
3.1.2.	Fortbestand der Arbeitsverhältnisse	580
3.2.	Betriebskauf	582
3.2.1.	Zwingende Übernahme der Arbeitsverhältnisse	582
3.2.2.	Ablehnungsrecht der Arbeitnehmer	584

3.2.2.1.	Ablehnungsfrist	584
3.2.2.2.	Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei Ablehnung	585
3.2.2.3.	Wegfall von Konkurrenzverboten	585
3.2.2.4.	Übertrittsvereinbarungen mit einzelnen Arbeitnehmern zur Vermeidung der Ablehnung	586
3.2.3.	Unveränderte Geltung der Arbeitsverhältnisse	586
3.2.4.	Solidarische Haftung für Forderungen der Arbeitnehmer	587
3.2.5.	Weitergeltung von Gesamtarbeitsverträgen	588
3.2.6.	Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen im Zusammenhang mit dem Betriebsverkauf	589
3.2.6.1.	Kündigung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses	589
3.2.6.2.	Änderungskündigungen	590
4.	Bonus-, Beteiligungs- und Optionspläne sowie weitere Incentives zu Gunsten der Arbeitnehmer	591
4.1.	Bestehende Bonus-, Beteiligungs- und Optionsprogramme ...	591
4.1.1.	Bonusprogramme	591
4.1.2.	Beteiligungs- und Optionsprogramme	593
4.2.	Incentive-Programme zur Sicherung der reibungslosen Übertragung des Unternehmens	594
5.	Personalvorsorgeeinrichtungen	596
5.1.	Personalvorsorge durch unabhängige Stiftungen	596
5.2.	Die Personalvorsorgestiftung beim Unternehmenskauf	597
5.2.1.	Unveränderte Zweckbestimmung der Personalvorsorgestiftung	597
5.2.2.	Automatischer "Übergang" der Personalvorsorgestiftung	597
5.2.3.	Anschlussverträge und Teilliquidation bei Verkäufen von Betrieben und Tochtergesellschaften	597
5.3.	Die wirtschaftliche Bedeutung der Stiftungsmittel für den Käufer	599
5.3.1.	Überschüsse der Pensionskasse	599
5.3.2.	Deckungslücke in der Pensionskasse	601
5.4.	Anpassung der Vorsorgeleistungen	602
K.	Steuerliche Aspekte des Unternehmenskaufs	605
1.	Die steuerliche Situation des Verkäufers	605
1.1.	Besteuerung des Verkäufers beim Verkauf einer Gesellschaft	605
1.1.1.	Natürliche Personen als Verkäufer:	605

1.1.1.1.	Der steuerfreie Kapitalgewinn – ein Grundsatz mit Ausnahmen	605
1.1.1.2.	Die Ausnahmen von der Steuerfreiheit des privaten Kapitalgewinns	608
1.1.1.3.	Direkte Teilliquidation	608
1.1.1.4.	Indirekte Teilliquidation	612
1.1.1.5.	Verkauf an eine vom Verkäufer beherrschte Gesellschaft (Transponierung)	628
1.1.1.6.	Verkauf von Aktien aus dem Geschäftsvermögen des Verkäufers	633
1.1.1.7.	Der "Quasi-Effekthändler"	637
1.1.1.8.	Verkauf einer Immobiliengesellschaft	645
1.1.1.9.	Verkauf einer Mantelgesellschaft	646
1.1.2.	Gesellschaften als Verkäufer	647
1.1.2.1.	Die Besteuerung des Kapitalgewinns	647
1.1.2.2.	Beteiligungsabzug auf Kapitalgewinnen	648
1.1.2.3.	Ersatzbeschaffung	651
1.1.3.	Personen mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland als Verkäufer	653
1.1.3.1.	Veräußerungsgewinne	653
1.1.3.2.	Ausschüttungen	654
1.1.3.3.	Besteuerung am Wohnsitz bzw. Sitz des Verkäufers	654
1.1.4.	Umsatzabgabe beim Verkauf von Wertschriften	655
1.1.5.	Mehrwertsteuer	656
1.1.6.	Verrechnungssteuer	656
1.1.6.1.	Direkte Teilliquidation: Rückkauf von Aktien	656
1.1.6.2.	Altreservenpraxis	657
1.2.	Besteuerung des Verkäufers beim Verkauf eines Betriebs mit Aktiven und Passiven	658
1.2.1.	Natürliche Personen als Verkäufer	658
1.2.1.1.	Die Besteuerung des Gewinns als Einkommen / Abzug der Sozialversicherungsabgaben	658
1.2.1.2.	Erleichterung bei der definitiven Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit	660
1.2.1.3.	Vorgängige Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft	662
1.2.2.	Gesellschaften als Verkäufer	663
1.2.2.1.	Besteuerung des Gewinnes	663
1.2.2.2.	Kompensation mit Abschreibungen	664
1.2.2.3.	Ersatzbeschaffung	664

1.2.3. Personen mit Wohnsitz bzw. Sitz im Ausland als Verkäufer	664
1.2.4. Umsatzabgabe auf Wertschriften	665
1.2.5. Mehrwertsteuer	665
2. Die steuerliche Situation des Käufers	666
2.1. Die Ziele des Käufers	666
2.2. Besteuerung des Käufers in der Haltephase	667
2.2.1. Abschreibungen auf dem Kaufpreis	667
2.2.1.1. Abschreibungen beim Kauf einer Gesellschaft	667
2.2.1.2. Abschreibungen beim Kauf eines Betriebs mit Aktiven und Passiven	670
2.2.2. Steuerliche Behandlung des Zinsaufwandes	671
2.2.2.1. Natürliche Personen als Käufer	671
2.2.2.2. Gesellschaften als Käufer	672
2.2.2.3. Verrechnungssteuern	676
2.2.3. Übernahme von Verlustvorträgen	676
2.2.3.1. Kauf einer Gesellschaft	676
2.2.3.2. Kauf eines Betriebs mit Aktiven und Passiven	677
2.3. Besteuerung des Käufers in der Verkaufsphase	677
2.3.1. Gesellschaften als Käufer	678
2.3.2. Natürliche Personen als Käufer	678
Stichwortverzeichnis	681