

M&A und alternative Streiterledigung

CHRISTIAN DORDA

Dieser Artikel ist *Karl Hempel* gewidmet, einem Experten gleichermaßen für M&A (insb Unternehmenskäufe) und für Schiedsrecht.¹ In diesem Sinne setzt der Autor allgemeines Wissen um diese Materien voraus und begibt sich auf die Suche nach besonderen Querverbindungen.

I. Einleitung

1. Begriffe

M&A lässt sich als Sammelbegriff für den Unternehmenskauf (*acquisition*)² und für den Unternehmenszusammenschluss durch Beteiligung als Mehrheits- oder Minderheitsgesellschafter (die beiden letzteren meist verbunden durch einen Syndikatsvertrag; *merger*) verstehen. Die Literatur konstatiert eine wachsende Zahl von Schiedsklauseln und Schiedsgutachterverträgen in Unternehmenskaufverträgen und lobt die im Streitfall resultierenden Vorteile, aber bedauert die geringe Publizität dieser Art der Streiterledigung und damit deren „intransparente“ Auswirkung auf die Rechtsfortbildung.³

2. Ansatzpunkte für Streitigkeiten

Zu Streitigkeiten⁴ kommt es bei Unternehmenskäufen typischerweise bei

- der Verletzung von Verhaltenspflichten („unredliches Verhalten“)⁵ während des Ablaufs der Transaktion, also vom Beginn der Verhandlungen bis hin zum *closing*,
- einer im Unternehmenskaufvertrag vorgesehenen Anpassung von Leistungen, insb des Kaufpreises,
- bei gestörter Äquivalenz, insb bezüglich der Rechtsfolgen aus dem Titel der Gewährleistung und des Schadenersatzes, oder – noch fundamentaler –
- Nichtigkeit, Anfechtung oder Wandlung des Vertrages, und schließlich
- der Nichterfüllung gesetzlicher Bedingungen, so iVm der Zusammenschlusskontrolle, dem BWG, dem VAG oder – wenn zum Zielunternehmen Immobilien gehören – den Ausländergrunderwerbsgesetzen.

Bleibt der Verkäufer im Unternehmen, verkauft er also nur teilweise an einen („strategischen“ oder „finanzierenden“) Investor, sind mannigfache Streitigkeiten aus dem dann regelmäßig zwischen den Gesellschaftern der Zielgesellschaft geschlossenen Syndikatsvertrag denkbar.

Dr. Christian Dorda ist Rechtsanwalt in Wien mit Arbeitsschwerpunkt M&A sowie Schiedsgerichtsbarkeit.

¹ Vgl nur *Hempel*, Zur Schiedsfähigkeit von Rechtsstreitigkeiten über Beschlussmängel in der GmbH, in FS Krejci (2001) 1769.

² H. Peter, M&A Transactions: Process and Possible Disputes, in *Kaufmann-Kohler/Johnson*, Arbitration of Merger and Acquisition Disputes (2005) 1 (2).

³ *Sachs*, Schiedsgerichtsverfahren über Unternehmenskaufverträge – unter besonderer Berücksichtigung kartellrechtlicher Aspekte, *SchiedsVZ* 2004, 123.

⁴ *Wach*, Taktik in M&A-Schiedsverfahren, in *Wissenschaftlicher Gesprächskreis Schiedsrecht München*, Taktik im Schiedsverfahren (2008) 57 (61); *Dorda*, Knackpunkte bei der Vertragsgestaltung, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions (2007) 581 (583).

⁵ ZB mittels „manipulierter“ oder zumindest „geschönter“ Planzahlen, Inventuren, durch Scheinaufklärungen etc.

II. Streitpunkte entlang dem M&A-Transaktionsablauf⁶

Kommt die Transaktion nicht oder „fehlerhaft“ zustande, steht die Suche nach dem Schuldigen und damit die Forderung nach Schadenersatz im Vordergrund. Kommt sie einwandfrei zustande, sind häufig Auseinandersetzungen rund um die korrekte Abrechnung (variabler Kaufpreis; Preisminderung wegen behaupteter Mängel) zu regeln.

1. Vertragsanbahnung

Ersten Sondierungsgesprächen auf der Basis eines *information memorandum* folgen meist ein *letter of intent* (im Folgenden: LoI) oder *memorandum of understanding* (im Folgenden: MoU), das meistens als Absichtserklärung gedacht ist, aber als verbindlichen Teil stets die Verpflichtung zur Geheimhaltung,⁷ häufig Exklusivität zugunsten des Kaufinteressenten⁸ und bisweilen ein Abstandsentsgelt (*break fee*) vorsehen wird. Sind für den Fall der Verletzung solcher verbindlicher Regelungen feste Beträge als Vertragsstrafe vorgesehen, mag sich der Streit über deren Höhe auf eine gesetzliche Minderung durch den Richter⁹ reduzieren – ohne eine Vertragsstrafe vereinbart zu haben, wird der Kläger den verursachten Schaden nur schwer beziffern können.

Ob auch andere Teile des LoI bzw MoU verbindlich sind, wird sich nur im Einzelfall, oft als Ergebnis diffiziler Auslegung (etwa in die Richtung eines Vorvertrages oder einer Punktation), entscheiden lassen. IdR wird es aber an der – vertragsrechtlich gebotenen – „vollen Einigung“ fehlen oder es wird der herauszulesende Vorbehalt, erst in der Gestalt eines detaillierten Unternehmenskaufvertrages gebunden sein zu wollen, den Ausschlag geben. Umgekehrt wird dann die im Unternehmenskaufvertrag übliche *Entire-agreement-Klausel*¹⁰ einen Rückgriff auf LoI bzw MoU unmöglich machen.

Auch bei fehlender Verbindlichkeit verbleibt der enttäuschten Partei immer noch die – in der Praxis allerdings selten erfolgreiche – Berufung auf *culpa in contrahendo*.¹¹

⁶ *Sachs*, *SchiedsVZ* 2004, 126 (mit interessanten statistischen Angaben); *W. Peter*, Arbitration of Mergers and Acquisitions: Purchase Price Adjustment Disputes, *Arb Int* 2003, 491; *Brodey*, When M&A Transactions Go Wrong: The Resolution of Disputes Arising out of M&A Transactions, in *International Bar Association, Corporate and M&A Law Committee Newsletter* March 2011, 12; *Tschäni/Frey*, Streiterledigung in M&A-Transaktionen, in *Tschäni*, *Mergers & Acquisitions XIII* (2010) 33 (44).

⁷ *Schaefer*, Post M&A Arbitration (2010) 126.

⁸ *H. Peter*, M&A Transactions, 2; *Sachs*, *SchiedsVZ* 2004, 126 (mit Beispiel aus einem ICC-Schiedsverfahren).

⁹ Seit Inkrafttreten des UGB zwingend auch zugunsten von Unternehmern.

¹⁰ In dieser erklären die Parteien ausdrücklich, ohne Rückgriff auf frühere Erklärungen alle Regelungen ausschließlich im vorliegenden Vertrag geregelt zu haben.

¹¹ *H. Peter*, M&A Transactions, 10; *Brodey*, M&A Transactions, 13; siehe auch *Broichmann*, Disputes in the Fast Lane: Fast-Track Arbitration in Merger and Acquisition Disputes, *Int ALR* 2008, 143 (148 – im Kontext mit *Fast-track-Verfahren*); für die Schweiz siehe *Tschäni/Frey*, *Streiterledigung*, 55.

Transaktionen, die im Bieterverfahren durchgeführt werden (Auktion), können zu Streitigkeiten führen, wenn der Verkäufer die im *procedure letter* vorgesehenen Auktionsregeln und damit das durch diese begründete Vertragsverhandlungsverhältnis verletzt. Beim Verkauf von staatlich kontrollierten Zielunternehmen stellen überdies EU-rechtliche Normen an die Bietersuche besondere Anforderungen, deren Verletzung Beihilfeverfahren auslösen können.¹²

2. Due Diligence

Während der Besichtigung und Prüfung des Zielunternehmens (Due-Diligence-Prüfung) wird kaum Bedarf nach externer Streiterledigung bestehen – eher würden wohl die Verhandlungen abgebrochen. Auch werden die Parteien zu jenem Zeitpunkt noch keine Schiedsabrede getroffen haben.¹³ Die Due-Diligence-Phase kann aber entscheidenden Einfluss auf Streitigkeiten rund um den Unternehmenskaufvertrag haben, sei es, um den wahren Willen der Parteien zu erforschen, Irrtum oder Arglist auf die Spur zu kommen oder eine explizite Bezugnahme des Unternehmenskaufvertrages auf die Due-Diligence-Phase (Zusicherung, alles Wesentliche verständlich offengelegt zu haben) zu beurteilen. Allerdings mag sich letzteren Falles der Verkäufer von allen bei der Due-Diligence-Prüfung offengelegten (oder vielleicht auch nur erkennbaren) Mängeln des Unternehmens (*general disclosure*) oder nur von einzelnen Eigenschaftszusicherungen (*specific disclosure*), möglicherweise in Gestalt gesonderter *disclosure letters*, freigezeichnet haben.¹⁴ Prozessrechtlich stellen sich iVm Streitigkeiten dieser Art bisweilen interessante Beweis- und auch Beweislastprobleme, die – je nach anwendbarem Recht – nach Prozessrecht oder materiellem Recht zu lösen sein werden.¹⁵

Verpflichtet sich der Verkäufer, nach Vertragsunterfertigung (*signing*), aber vor Vertragsvollzug (*closing*) Veränderungen des Zielunternehmens vorzunehmen (*conditions precedent*), kann das während der Due-Diligence-Phase zum Ausdruck gebrachte Verständnis der Parteien im Streitfall wesentlichen Einfluss auf die Entscheidung haben.

3. Unternehmenskaufvertrag

Für Unternehmenskaufverträge, vor allem solche grenzüberschreitender Art, ist der Abschluss einer Schiedsvereinbarung, meistens mit eingebauter Schiedsgutachterklausel, inzwischen Standard geworden.¹⁶ Hier droht allerdings Gefahr, denn diese Klauseln werden bei M&A-Transaktionen oft stiefmütterlich behandelt und – mit Fehlern behaftet – als „*mid-*

night clause“ eingefügt, wodurch ihr Vorteil (Schnelligkeit) durch langwierige Zwischenstreitigkeiten über die Zuständigkeit ins Gegenteil verkehrt werden kann.¹⁷ So sind Fälle bekannt, bei denen eine (eigentlich ungewollte) Gerichtsstandsklausel aus einem Mustervertrag in den zusätzlich mit einer gewollten Schiedsklausel versehenen Unternehmenskaufvertrag „importiert“ wurde. Der – im Streitfall nicht mehr kompromissbereite – Beklagte kann dann dem Kläger iS einer „Doppelmühle“ sowohl vor dem Schiedsgericht als auch vor dem staatlichen Gericht Unzuständigkeit einwenden und, im guten Fall, dem Kläger Zeit- und Kostenverlust, im schlechten Fall eine Klagsabweisung oder sogar die Verjährung der Forderung „zufügen“.

Klassische Streitpunkte sind die häufig im Unternehmenskaufvertrag vorgesehene Preisableitung¹⁸ und die – meist ebenfalls auf Preisanpassung hinauslaufende – Verletzung von Zusicherungen (Gewährleistung und/oder Schadenersatz).¹⁹ In beiden Fällen bietet sich an, im Unternehmenskaufvertrag die Einschaltung eines Schiedsgutachters vorzusehen. Dadurch lässt sich ein Schiedsverfahren effizienter gestalten²⁰ oder sich schlechthin erübrigen.

So kann der Schiedsgutachter als Experte vorweg preisbestimmende Parameter (Höhe des Eigenkapitals, der Nettofinanzverbindlichkeiten, des Umsatzes, am Markt ablesbare Referenzwerte oder überhaupt den nach den anerkannten Methoden festzustellenden Unternehmenswert)²¹ – für die Parteien verbindlich oder als reines Gutachten auch nur unverbindlich – feststellen. Der Unternehmenskaufvertrag wird eine solche Anpassung des Kaufpreises entweder *ex post* vorsehen, indem Wertveränderungen zwischen dem vom Käufer herangezogenen Bewertungsstichtag (meistens der letzte geprüfte Jahresabschluss) und dem *closing* (meistens anhand der Veränderung des Eigenkapitals) herangezogen werden, oder *ex ante*, indem die künftige Ertragsentwicklung des Zielunternehmens während eines bestimmten Zeitraums nach dem *closing* anhand von Parametern der Gewinn- und Verlust-Rechnung (EBIT, EBITDA oder auch nur Umsatz) durch sog *Earn-out*-Klauseln abgebildet wird. In jedem Fall sollte aber der Kaufpreisanpassungsmechanismus mit dem Bewertungsmodell in Einklang stehen, das die Parteien der Kaufpreisfindung zugrunde legten.

Bei Gewährleistungsmängeln des Zielunternehmens (zB der Umfang und Zustand des Lagers oder einer Liegenschaft, die Leistungsfähigkeit einer Maschine etc) ist der Einsatz eines Sachverständigen als Schiedsgutachter besonders gut geeig-

¹² Vgl. OGH 15.12.2008, 4 Ob 133/08z („Bank Burgenland“): Demnach dürfen nationale Gerichte, und damit wohl auch Schiedsgerichte, die Gültigkeit eines Gemeinschaftsrechtsaktes (hier: vor dem Gericht erster Instanz der EG angefochtene Entscheidung der Europäischen Kommission; der Verkauf der Burgenland Bank komme einer unerlaubten staatlichen Beihilfe gleich) zwar beurteilen, aber seien nicht befugt, die Gültigkeit von Rechtsakten der EG festzustellen; vgl. auch das Generalthema der Vienna Arbitration Days 2012: „Arbitration in Europe – A Framework in the Making“.

¹³ Wach, Taktik, 61.

¹⁴ W. Peter, Arb Int 2003, 492; Tschäni/Frey, Streiterledigung, 68.

¹⁵ Nach Art 14 EVÜ ist das Vertragsstatut heranzuziehen. Ob aber eine Beweislastregel als materiell-rechtliche oder als prozessuale Norm zu qualifizieren ist, ist vertragsautonom zu bestimmen (Rudisch in Czernich/Heiss, EVÜ [1999] Art 14 Rz 4; Spellenberg in MünchKomm BGB³, Art 32 EGBGB Rz 139; Magnus in Staudinger, BGB¹³, Art 32 EGBGB Rz 105). Die Beweisführungslast (subjektive Beweislast) betrifft die Frage, wer den Beweis zu erbringen hat. Sie richtet sich ebenfalls nach dem Vertragsstatut (Magnus in Staudinger, BGB¹³, Art 32 EGBGB Rz 103; Spellenberg in MünchKomm BGB³, Art 32 Rz 140 EGBGB).

¹⁶ Sachs, SchiedsVZ 2004, 124.

¹⁷ Dorda, „Pathologische Schiedsklauseln“; Die IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses, ecolo 2011, 908.

¹⁸ Sessler, Schiedsgutachten in Post-M&A-Streitigkeiten, in Böckstiegel/Berger/Bredow, Schiedsgutachten versus Schiedsgerichtsbarkeit (2007) 97 (98 ff); Tschäni/Frey, Streiterledigung, 78; W. Peter, Arb Int 2003, 491 (mit Beispielen für unklare Regelungen der Preisableitungsparameter und manipulatives Verhalten der Vertragsparteien bei Geltung von *Earn-out*-Klauseln).

¹⁹ I. Welsch/Sieglwart, Die praktische Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen aus Unternehmens- und Anteilskaufverträgen, in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence I (2010): 119; Sessler/Leimert, The Role of Expert Determination in Mergers and Acquisitions under German Law, Arb Int 2004, 151.

²⁰ Zur Möglichkeit von *Fast-track*-Schiedsverfahren siehe Broichmann, Int ALR 2008, 151; Davis/Lagacé/Glain/Volkovitsch, When Doctrines Meet – Fast Track Arbitration and the ICC Experience, J Int Arb 1993, 69 (97); Fiebinger/Gregorich, Arbitration on Acid: Fast Track Arbitration in Austria from a Practical Perspective, in Klausegger ua, Austrian Arbitration Yearbook 2008 (2008) 237.

²¹ Siehe die einzelnen Definitionen mit Analyse gängiger Preisanpassungsklauseln in Sessler, Schiedsgutachten, 98 und 99.

net, wenn der Mangel auf einzelne Bilanzpositionen eingrenzbar ist.²² Darüber hinaus werden aber in der Praxis die Statuierung von Schadenersatzpflichten bzw Kaufpreisminderungsansprüchen dem Schiedsgericht überlassen.²³

Besonders effizient kann eine Verbindung von Schiedsgutachter und Schiedsgericht sein: Ist zB bereits die Auslegung von Gewährleistungsbestimmungen des Unternehmenskaufvertrages strittig, stößt die Befugnis des Schiedsgutachters an ihre Grenzen.²⁴ Für einen solchen Fall kann die Streiterledigungsklausel des Unternehmenskaufvertrages vorsehen, dass das Schiedsgericht (über Antrag einer Partei) zunächst die Vertragsbestimmung, etwa in Gestalt eines Beschlusses, für die Parteien bindend auslegt, dann der Schiedsgutachter für die Parteien verbindliche Feststellungen trifft und schließlich das Schiedsgericht auf der Grundlage des Sachverständigenbefundes in der Sache mit Schiedsspruch entscheidet.²⁵

Schwierigkeiten kann die – durchaus übliche – Vertragsklausel aufwerfen, der Käufer dürfe vom Vertrag abgehen, wenn es zwischen *signing* (oder einem früher liegenden Stichtag) und *closing* zu einer wesentlich nachteiligen Entwicklung (*material adverse change*) des Zielunternehmens, meist definiert durch eine bestimmte Veränderung des *equity value*,²⁶ komme.

Nicht nur um die Beteiligung mehrerer Parteien an einem Schiedsverfahren (*multi-party proceedings*),²⁷ sondern gleich um die Erfassung mehrerer wirtschaftlich zusammenhängender Verträge in nur einem Schiedsverfahren (*multi-contract arbitration*)²⁸ geht es, wenn der Käufer (oder ein mit ihm verbundenes Unternehmen) anlässlich des Unternehmenskaufes mit der Zielgesellschaft eine Vertragsbeziehung eingeht. Dies kann zB ein Vertrag über die Belieferung der Zielgesellschaft mit Ware des Käufers sein. Eine Verletzung des Unternehmenskaufvertrages mag zur Aufhebung des Liefervertrages berechtigen, *et vice versa*. Für solche Situationen kann eine sachgerecht formulierte *Multi-contract-arbitration-Klausel*²⁹ die „Fragmentierung“ des Rechtsstreits hintanhaltend, wie sie vor einem staatlichen Gericht kaum vermieden werden könnte. Es empfiehlt sich, eine gleichartige Klammer auch zwischen dem Unternehmenskaufvertrag und dem den Kaufpreis abwickelnden Treuhänder (*escrow agreement*) vorzusehen.

²² Betreffend Streitpunkte, deren Erledigung gut für Schiedsgutachter geeignet ist, siehe Sessler, Schiedsgutachten, 108.

²³ Sessler, Schiedsgutachten, 102.

²⁴ Siehe jüngst OGH 27.4.2011, 9 Ob 42/10g, GesRZ 2011, 372 (Reich-Rohrwig): Eine rechtliche Beurteilung des Sachverhalts ist dem Schiedsgutachter verwehrt; hat er diese Befugnis überschritten, indem er eine ergänzende Vertragsauslegung vornahm, entfaltet sein Gutachten nicht die einem Schiedsgutachten sonst zukommende verbindliche Wirkung zwischen den Streitparteien.

²⁵ Vgl Ehle/Scherer, Arbitration of International M&A Disputes, IPBA Journal No 47 (2007), 23 (24, mit Hinweis auf konkrete Schiedsfälle in FN 11 und 12); W. Peter, Arb Int 2003, 501.

²⁶ Sessler, Schiedsgutachten, 101.

²⁷ Vgl Art 7 der neuen Schiedsgerichtsordnung der Internationalen Handelskammer, gültig seit 1.1.2012; Empfehlungen zur zweckmäßigen Formulierung von *Multi-party*-Schiedsklauseln siehe in IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses, Rz 97 bis 105, online abrufbar unter http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx (Stand: 5.1.2012).

²⁸ Dorda, *ecolex* 2011, 912; Empfehlungen zur zweckmäßigen Formulierung von *Multi-contract*-Schiedsklauseln siehe in IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses, Rz 106 bis 112.

²⁹ Anstelle mehrerer aufeinander abgestimmter Schiedsklauseln empfiehlt es sich, eine von den jeweiligen Parteien der einzelnen Verträge unterfertigte Schiedsvereinbarung (*stand-alone dispute resolution protocol*) zu errichten.

4. Streitigkeiten vor dem Closing

Für die Phase zwischen *signing* und *closing* verpflichten sich die Parteien idR, einerseits bestimmte Bedingungen zu erfüllen (behördliche Freigabe des Unternehmenszusammenschlusses; Anpassungen des Unternehmens an Vorgaben des Käufers – sog *conditions precedent*) und andererseits bestimmte Handlungen zu unterlassen (Eingehen von außerordentlichen Geschäften – sog *covenants*). In dieser Phase sind Schiedsverfahren selten, zumal oft die Zielgesellschaft Adressat der Verhaltenspflicht ist und die Verkäufer nur mittelbar eingreifen können.

Kommt es nicht zum *closing*, ist ein Streit geradezu vorgeplant: Strittig kann sein, ob eine vereinbarte Bedingung erfüllt ist (zB eine Finanzierungszusage vorliegt) oder ob der Eintritt einer Bedingung wider Treu und Glauben verhindert wurde. Bezüglich des Zusammenschlussverfahrens kann Streit entstehen, ob es der Käufer pflichtwidrig unterlassen habe, der Zusammenschlussbehörde bestimmte Verhaltensverpflichtungen (sog *undertakings*) anzubieten, um schon im Vorfeld von der Behörde (zB in einem *serious doubts letter*) geäußerte wettbewerbsrechtliche Bedenken der Zusammenschlussbehörde (vor allem der EU-Kommission) auszuräumen, oder ob dann von der Zusammenschlussbehörde erteilte Auflagen der im Unternehmenskaufvertrag vorgesehenen Bedingung, es müsse „eine Bewilligung vorliegen“, widersprechen.³⁰ Da mit der am 1.5.2004 in Kraft getretenen EG-Kartellverfahrensverordnung die frühere Anmeldepflicht durch die sog Legalausnahme ersetzt wurde und folglich Unternehmen nicht mehr anmelden, sondern selbst entscheiden müssen, ob eine Vereinbarung gegen das Verbot verstößt, müssen im Streitfall auch Schiedsgerichte die Voraussetzungen der Legalausnahme selbständig prüfen.³¹

5. Streitigkeiten nach dem Closing

Typische Streitpunkte sind die iVm dem Unternehmenskaufvertrag bereits erwähnten Streitigkeiten über eine vertraglich vorgesehene Preisanpassung und über vom Käufer geltend gemachte Gewährleistungs- und Garantieansprüche (einschließlich etwaiger ergänzender Ansprüche aus der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten³²).

Bleibt der Verkäufer am Zielunternehmen beteiligt (Teilverkauf), sind mannigfache Streitigkeiten aus dem dann zwischen Verkäufer und Käufer idR geschlossenen Syndikatsvertrag denkbar, vor allem iVm wechselseitig eingeräumten Put- und Call-Optionen, wobei sich der Bogen von der Frage, ob diese überhaupt rechtmäßig ausgeübt wurden, bis hin zur Preisableitung erstrecken kann.³³

³⁰ Zur Berücksichtigung des Wettbewerbsrechts bei M&A-orientierten Schiedsfällen siehe Sachs, SchiedsVZ 2004, 128. Laut Urteil des EuGH vom 1.6.1999, Rs C-126/97, *Eco Swiss*, sind das EU-Kartellrecht nicht beachtende Schiedssprüche in den Mitgliedstaaten der Union als ordnungswidrig aufzuheben. Schon 1966 hatte der BGH entschieden, dass die zwingenden kartellrechtlichen Vorschriften des deutschen Rechts Bestandteil des *ordre public* im schiedsrechtlichen Aufhebungsverfahren sind; vgl BGHZ 46, 365 = NJW 1967, 1178 („Schweißbolzen“).

³¹ Sachs, SchiedsVZ 2004, 129; siehe auch dort den interessanten Hinweis auf *Blessing*, Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues (2003), laut dem die Kommission in zahlreichen Fusionsfällen Schiedsvereinbarungen insb zur Kontrolle vorsah, ob eingegangene Verhaltenspflichten (*behavioural remedies*) eingehalten werden, mit denen das verpflichtete Unternehmen jedem Dritten, der eine Verletzung geltend macht, anbietet, solche Ansprüche von einem Schiedsgericht entscheiden zu lassen (somit eine Art *Erga-omnes*-Angebot).

³² Fallbeispiele und Hinweis auf die deutsche Rspr bezüglich Aufklärungspflichten siehe bei Sachs, SchiedsVZ 2004, 126.

³³ Ehle/Scherer, IPBA Journal No 47 (2007), 26 (mit Hinweis auf entschiedene Schiedsfälle).

Prozessual interessant ist die Abgrenzung zwischen einem auf Leistung (Zahlung) und auf Feststellung (der Ersatzpflicht dem Grunde nach) gerichteten Begehren des durch einen Mangel des Zielunternehmens geschädigten Käufers,³⁴ je nach dem, ob der Mangel bereits ziffernmäßig geltend gemacht werden kann oder nicht. Sieht der Unternehmensvertrag für die einzelnen Arten denkbarer Mängel unterschiedliche – etwa besonders kurze und besonders lange – Verfallsfristen vor, kann der Käufer gezwungen sein, mehrere aufeinander folgende Schiedsverfahren einzuleiten, um Verfristung zu vermeiden.³⁵

Regelmäßig sichert der Verkäufer dem Käufer zu, dass bestimmte Gruppen von Gläubigern keine gegen das Unternehmen (die Zielgesellschaft) gerichteten Forderungen haben (offene Abgaben, Lieferantenforderungen, Garantie- oder Schadenersatzforderungen Dritter). Besteht eine solche Forderung, wird der Käufer seinerseits Rückgriff beim Verkäufer nehmen wollen (Schadloshaltung; *indemnity*). Ist hierfür ein Schiedsverfahren vorgesehen, mag der Käufer oder der Verkäufer den Dritten als Prozesshelfer am Verfahren beteiligen wollen, um den Ersatzanspruch besser durchsetzen bzw. besser abwehren zu können. Während – wenigstens in Österreich – vor dem staatlichen Gericht das Institut der Nebenintervention existiert, ist dies für Schiedsverfahren nicht so eindeutig.³⁶

III. Vorteile der alternativen Streiterledigung (Alternative Dispute Resolution – ADR)

M&A-Transaktionen erfordern – vom klassischen Kaufvertrag abweichende – Fachkenntnis. Im Unterschied zum staatlichen Gericht können die Parteien bei allen Arten der ADR *Fachleute* (zB aus der einschlägigen Unternehmensbranche, M&A-Anwälte oder Buchsachverständige) bestellen und bei einer Ersatzbestellung mit einer klugen Auswahl durch die benennende Stelle rechnen.

Unternehmenskaufverträge und sonstige entscheidungserhebliche Unterlagen sind häufig in Englisch – und damit nicht in der Amtssprache des zuständigen Gerichts – verfasst. In den Fällen der ADR hingegen können die Parteien die *Verfahrenssprache* der Vertragssprache anpassen, wodurch Kosten gespart werden und das Verfahren beschleunigt werden kann.

Die Streiterledigung kann an einem beliebigen Ort stattfinden, sodass keine Partei einen „Heimvorteil“ der anderen befürchten muss.

IV. Sich anbietende Mechanismen der alternativen Streiterledigung

Die Zahl möglicher ADR-Verfahren ist groß: Mediation, *conciliation*, Schlichtung, Schiedsgutachten, Schiedsgericht, *expert determination*, *adjudication*, (*early*) *neutral evaluation*,

expert opinion, *dispute boards* (mit der Unterteilung *dispute adjudication*, *dispute resolution* und *dispute review board*) und etliche andere. Von der Systematik her kann man zwischen nicht bindenden (und daher voll überprüfbar), vorläufig bindenden Verfahren (somit solchen, die bindend sind bis Klagserhebung oder Aufhebung/Abänderung im Schieds- bzw. Gerichtsverfahren) und bindenden Verfahren unterscheiden. Allen Verfahren gemeinsam ist die Vereinbarung der Parteien, dass ein Dritter oder mehrere Dritte zur Streitfrage ein „Votum“ abgeben sollen.³⁷

1. Mediation

Die Mediation hat zwar mehrere, teils extrem unterschiedliche Felder (Familienmediation, Umweltmediation, strafrechtliche Mediation), aber sie hat beim hier interessierenden Feld der Wirtschaftsmediation relativ geringe Bedeutung. Die für die Streiterledigung entscheidenden Weichenstellungen sind den Parteien meist auch ohne Unterstützung durch einen Mediator bekannt und die Positionen sind in wirtschaftlichen Streitfällen idR durch komplexe *claims* und Gegen-*claims* charakterisiert, liegen daher weit auseinander und sind ohne externe Entscheidung nicht leicht zu überbrücken.³⁸

2. Schiedsgutachter

Seine rechtliche Abgrenzung vom Schiedsverfahren ist nicht einfach, denn der Schiedsgutachter soll gleich dem Schiedsgericht eine streitige rechtliche oder tatsächliche Frage sachverständig und unparteiisch mit bindender Wirkung für die Parteien beurteilen. Dies ließe sich nämlich auch für den Schiedsrichter sagen, dies jedoch auf grundsätzlich anderer Basis: Während Schiedsgerichte dem Verfahrensrecht unterliegen, ist der Schiedsgutachtervertrag, wengleich an der Schnittstelle zum Prozessrecht,³⁹ überwiegend im bürgerlichen Recht beheimatet.⁴⁰ Nach hA beauftragen die Parteien den Schiedsgutachter mit dem Schiedsgutachtervertrag, ein „Votum“ über eine Streitfrage abzugeben, das sich auf die Feststellung einzelner Tatsachen oder Tatbestandselemente (feststellende Schiedsgutachterverträge) oder (darüber hinaus) auf die rechtsgestaltende Ergänzung, Abänderung oder den Ersatz des Parteiwillens (rechtsgestaltende Schiedsgutachterverträge) oder die Klarstellung des Vertragsinhalts (klarstellende Schiedsgutachterverträge) bezieht.⁴¹ Das Votum kann auch „rechtliche Schlüsse“ umfassen und gerät damit so sehr in die Nähe schiedsrichterlicher Tätigkeit, dass es in der Literatur auch als „*kleine Schiedsgerichtsbarkeit*“ bezeichnet wird.⁴² Ob die Parteien ein Schiedsgutachten oder ein Schiedsverfahren vereinbart haben, ist daher nach dem

³⁷ Siehe zu dieser Systematik *Stubbe*, Kombination des Schiedsgutachtensverfahrens mit anderen Verfahrenstypen, in *Böckstiegel/Berger/Bredow*, Schiedsgutachten versus Schiedsgerichtsbarkeit (2007) 75.

³⁸ Bei den in Deutschland untersuchten Fällen kein einziges Mal; vgl. *Sachs*, SchiedsVZ 2004, 125.

³⁹ *Grüneberg* in *Palandt*, BGB⁷⁰ (2011) § 317 Rz 8.

⁴⁰ OGH 26.7.1996, 1 Ob 501/96; jüngst OGH 27.4.2011, 9 Ob 42/10g; kritisch *Aicher* in *Rummel*, ABGB³, § 1056 Rz 13: „*Es mag angehen, die Grundsätze der Leistungsbestimmung durch Dritte auf den Schiedsgutachtervertrag anzuwenden*“; für die Schweiz siehe *Tschäni*, Post-closing Disputes on Representations and Warranties (2005) 50.

⁴¹ *Stubbe*, Kombination, 77; zur rechtlichen Einordnung siehe *Ch. Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz², § 581 ZPO Rz 136 und 140.

⁴² *Schlusser*, Der gegenwärtige Entwicklungsstand des Rechts des Schiedsgutachtens, in *Böckstiegel/Berger/Bredow*, Schiedsgutachten versus Schiedsgerichtsbarkeit (2007) 1 (4).

³⁴ Zur Abgrenzung siehe OGH 18.3.2004, 1 Ob 13/04z.

³⁵ Bisweilen beginnen die im Unternehmenskaufvertrag vorgesehenen Verfallsfristen für einen vom Käufer identifizierten Mangel mit der (ebenfalls fristgebundenen) Mitteilung des Mangels (*claim notice*), während andere Mängel dem Käufer noch gar nicht bekannt oder wenigstens der Höhe nach noch nicht bekannt sein müssen.

³⁶ Siehe die ausführliche Darstellung aller denkbaren Varianten bei *Ch. Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz², § 581 ZPO Rz 137 bis 143; *I. Welsler*, M&A Post Closing Issues: Arbitration and Third Party Joinder, in *Klaussegger* ua, Austrian Yearbook on International Arbitration 2011 (2011) 3.

Parteiwillen (und nicht immer nach der Bezeichnung) zu entscheiden; im Zweifel ist laut deutscher Rspr „die für die Parteien weniger gefährliche Schiedsgutachterklausel“ anzunehmen.⁴³

Ob allerdings ein Schiedsgutachten für die Parteien „weniger gefährlich“ ist, lässt sich bezweifeln: Dies beginnt mit dem Schiedsgutachtervertrag, der – im Unterschied zur Schiedsvereinbarung – nicht an besondere Formvorschriften gebunden ist.⁴⁴ Die Person des Schiedsgutachters kann nach hA⁴⁵ auch von nur einer Partei mit bindender Wirkung für beide Seiten bestellt werden. Eine Unabhängigkeit des Schiedsrichters wird daher, soweit aus der deutschen Rspr ersichtlich, nur bei qualifiziert einseitigem Verhalten beanstandet. Dass ein Schiedsgutachter unbefangen und unparteiisch sein müsse, ist nicht abgesichert, auch wenn die deutsche Rspr in diese Richtung geht (nachdem seinerzeit das Reichsgericht die Mitwirkung eines befangenen Mitglieds in einem von einem Gremium zu erarbeitenden Gutachten als unschädlich bezeichnet hatte).⁴⁶ Gem § 88 Abs 2 Z 4 WTBG sind allerdings Wirtschaftstreuhänder verpflichtet, Prüfungs- oder Sachverständigenaufträge abzulehnen, wenn „Befangenheitsgründe im Sinne des § 19 Z 2 der Jurisdiktionsnorm, RGBl. Nr. 111/1895, vorliegen“.⁴⁷ Zum Schiedsgutachter bestellt werden kann – wiederum im Unterschied zum Schiedsrichter – auch eine juristische Person (so für die Überprüfung oder Festsetzung des Preises typischerweise eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft), was bei der Weitergabe des Auftrags an deren einzelne Mitarbeiter zu für die Parteien ungewissen und nicht kontrollierbaren Situationen in die Richtung von Bearbeitungsqualität, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit führen kann. Bei der Sachverhaltsermittlung wiederum wird der Schiedsgutachter mangels einschlägiger Normen „von Amts wegen“ aktiv. Er erforscht daher idR von sich aus den Sachverhalt und erhebt die erforderlichen Beweise ohne einen – den Anforderungen der ZPO an das Schiedsverfahren entsprechenden – substantiierten Tatsachenvortrag der Parteien. Oft wird der Schiedsgutachter, so die Parteien in der Schiedsgutachterklausel keine Vorgaben machen, das Unternehmen besuchen, mit Management und Mitarbeitern sprechen und Unterlagen einsehen⁴⁸ können, ohne dies den Parteien vorher anzukündigen oder ihnen das Ergebnis anschließend mitzuteilen. Im Dunkeln bleibt oft, wie die befragten Manager und in der Folge der Schiedsgutachter selbst mit geschäftlichen oder gesetzlich geschützten Geheimnissen (zB Bankgeheimnis) umzugehen hätten.⁴⁹ Akzeptiert ist allerdings, dass für den Schiedsgutachter die schiedsrichterlichen Verhandlungsgrundsätze, wie die Gleichbehandlung der Parteien und der

Grundsatz rechtlichen Gehörs, gelten.⁵⁰ Für das abschließende Schiedsgutachten wiederum gibt es keine Mindestanforderungen. Fraglich ist insb, ob der Schiedsgutachter das Schiedsgutachten (schriftlich) begründen müsse.⁵¹ Schließlich fehlen auch Normen zur Kostentragung. Die „Haftungsimmunität“ des Schiedsgutachters wiederum geht nicht so weit wie die in den meisten Schiedsordnungen vorgesehen Freizeichnung des Schiedsrichters.⁵²

Alldem mag man entgegenhalten, dass Schiedsgutachten – im Unterschied zu Schiedssprüchen – kein Exekutionstitel sind. Andererseits sind die Parteien aber an das „Votum“ des Schiedsgutachters gebunden und es stellt sich daher die Frage, ob das (verbindliche) Schiedsgutachten einer nachprüfenden richterlichen Kontrolle unterliegt, wie dies für das Schiedsurteil im Hinblick auf die Aufhebungsklage gilt.

Um die Frage zu beantworten, ist – für österreichisches Recht – zunächst auf § 1056 ABGB zu blicken, laut dem „die Festsetzung des Preises auch einer dritten bestimmten Person überlassen“ werden könne, wobei die Lehre unter den Begriff des Preises die „Leistungsbestimmung“ schlechthin subsumiert.⁵³ Auch wenn in § 1056 ABGB keine gerichtliche Kontrolle der Festsetzung vorgesehen ist, wird sie von der hL und Rspr für gravierende Fälle anerkannt.⁵⁴ Darüber hinaus ist für das Schiedsgutachten aus prozessualer Sicht der Zweck anerkannt, einem zeitaufwendigen und kostspieligen Rechtsstreit vorzubeugen. Wegen dieser seiner Nähe zu einem Verfahren mit bindendem Ausgang sollen Schiedsgutachten zwar nicht jeder beliebigen Anfechtung ausgesetzt sein, aber andererseits auch keine absolute Gültigkeit haben.⁵⁵ Demnach darf – wie der OGH erst jüngst ausführlich in einem Schiedsgutachter-Fall mit M&A-Bezug aussprach⁵⁶ – die vom Schiedsgutachter vorgenommene Leistungsbestimmung weder gegen § 879 ABGB verstoßen noch offenbar unbillig sein noch die dem Schiedsgutachter durch den Bestellsvertrag selbst gezogenen Grenzen (eindeutig) überschreiten. „Offenbar unbillig“ ist für den OGH das Ergebnis eines feststellenden Schiedsgutachtens dann, wenn „die Maßstäbe von Treu und Glauben in größter Weise verletzt werden oder die Unrichtigkeit des Schiedsgutachtens einem sachkundigen und unbefangenen Beurteiler sofort erkennbar ist“. Das Ergebnis müsse aber „augenscheinlich“, also „qualifiziert“ unrichtig sein – dass es von anfechtbaren Unterlagen ausging, falsche Methoden angewandt wurden oder Rechenfehler enthält, führe noch nicht notwendig zur seiner Ungültigkeit.

⁴³ OLG München 7.8.2006, 34 SchH 9/05, SchiedsVZ 2006, 286, unter Berufung auf BGH 4.6.1981, III ZR 4/80, BB 1982, 1077.

⁴⁴ Ch. Hausmaninger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze², § 581 ZPO Rz 161 mwN: kein Schriftlichkeitsgebot.

⁴⁵ Sessler/Leimert, Arb Int 2004, 151 mwN; ohne damit freilich das Schiedsgutachterverfahren anzusprechen Aicher in Rummel, ABGB³, § 1056 Rz 2: „§§ 1056 u 1057 regeln nur den Fall der Preisbestimmung durch Dritte. Die Vereinbarung einer Preisbestimmung durch einen Kontrahenten wird gleichwohl als zulässig angesehen“.

⁴⁶ Zu alledem siehe Schlosser, Entwicklungsstand, 9 (mwN) und 10.

⁴⁷ Vgl § 49 dWPO („wenn ... die Besorgnis der Befangenheit bei der Durchführung des Auftrages besteht“).

⁴⁸ Um Geschäftsgeheimnisse oder ganz allgemein die Vertraulichkeit zu schützen, empfiehlt es sich, Datenräume, ähnlich wie bei einer Due-Diligence-Prüfung, einzurichten und, mehr noch, bezüglich heikler Information den Zugang (zB auf die Person des Schiedsgutachters oder der Parteienvertreter persönlich) abgestuft einzuschränken.

⁴⁹ Zu alledem Sessler, Schiedsgutachten, 102 und 115.

⁵⁰ Ch. Hausmaninger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze², § 581 ZPO Rz 156; OGH 24.9.1981, 7 Ob 623/81 (mit der Anforderung, den Parteien Gelegenheit zur Teilnahme zu geben, an einer Beweisaufnahme teilzunehmen oder zu deren Ergebnissen Stellung zu nehmen); zur deutschen Rechtslage Schlosser, Entwicklungsstand, 8; für die Schweiz vgl den Hinweis auf verfahrensrechtliche Minimalgarantien in Tschäni, Post-closing Disputes, 85 FN 130.

⁵¹ Die Rspr des BGH verlangt, dass ein Schiedsgutachten mit einer nachvollziehbaren Begründung versehen ist; siehe Schlosser, Entwicklungsstand, 6.

⁵² Vgl Art 40 der ICC-Schiedsgerichtsordnung, laut der jegliche Haftung, soweit nach dem anwendbaren Recht zulässig, ausgeschlossen ist.

⁵³ §§ 318 ff BGB sprechen von vornherein von der „Bestimmung der Leistung“.

⁵⁴ § 315 (Leistungsbestimmung durch einen der Vertragsschließenden) und § 319 BGB (Leistungsbestimmung durch einen Dritten) sehen für den Fall, dass die Leistung nach billigem Ermessen zu bestimmen ist (was im Zweifel vermutet wird), bei offenerer Unbilligkeit die Bestimmung durch das Gericht (mittels Urteils) vor. Zu § 1056 ABGB gelangen hL und Rspr zu einem ähnlichen, wenngleich nicht abgesicherten Ergebnis im Wege einer an redlicher Verkehrsstübung orientierten ergänzenden Vertragsauslegung; vgl Aicher in Rummel, ABGB³, § 1056 Rz 10.

⁵⁵ Zur deutschen Rechtslage siehe Sessler/Leimert, Arb Int 2004, 151.

⁵⁶ OGH 27.4.2011, 9 Ob 42/10g.

In seiner Entscheidung löste der OGH den Fall, indem er sich letzten Endes auf die Überschreitung der Befugnis des Schiedsgutachters berief.⁵⁷ Streitpunkt war die Höhe des Honorars, das die (klagende) Beratungsgesellschaft für Vorschläge zur Restrukturierung ihres Kunden, einer Unternehmensgruppe im Textil- und Immobilienbereich, erhalten sollte. Während der Laufzeit des Beratervertrages war es – ohne Einfluss der Beratungsgesellschaft und für diese unvorhergesehen – zur Restrukturierung der Unternehmensgruppe gekommen, als deren Folge ein Tätigkeitsfeld ausschied und sich das Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit (EGT) und damit die auf dem EGT vereinbarungsgemäß aufbauende erfolgsabhängige Honorarkomponente für die Beratungsgesellschaft nennenswert reduzierte. Die Beratungsgesellschaft berief sich in Anbetracht dieser vertraglich nicht geregelten Situation auf den vermutlichen Vertragswillen der Parteien und bestand darauf, den Erlös aus der Veräußerung der Anteile in die Bemessungsgrundlage für die Ermittlung der Variablenvergütung einzubeziehen. Dies lehnte die – schon im Beratervertrag bestimmte – Schiedsgutachtergesellschaft in ihrem Gutachten mit der Begründung ab, dass ein Veräußerungserlös ein „außerordentlicher“ sei und daher keinesfalls in das EGT einzubeziehen sei. Der OGH bejahte zwar diesen – aus dem Blickwinkel des Rechnungswesens wohl zutreffenden – Schluss, aber erblickte in der Veräußerung des Unternehmens aus der Unternehmensgruppe und der damit verbundenen Minderung des EGT eine von den Parteien nicht bedachte Konstellation und ging von einer „Vertragslücke“ aus, die durch Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens zu schließen sei. Zu einer ergänzenden Vertragsauslegung sei aber der Schiedsgutachter nicht berufen und sein Gutachten entfalte, weil der Schiedsgutachter seine Befugnis überschritten habe, in einem solchen Fall keine verbindliche Wirkung.

Mit „*offenbarer Unrichtigkeit*“ wiederum löste der BGH einen Fall, bei dem es um die Anpassung des Kaufpreisanspruchs für einen Geschäftsanteil und in Verbindung damit ebenfalls um die handelsrechtliche Einordnung von Erträgen ging.⁵⁸ Der als Schiedsgutachter eingesetzte Wirtschaftsprüfer meinte, ein (vereinbarter) Ausgleichsanspruch für entgangenen Gewinn aus einem vorzeitig aufgelösten Vertrag sei ein außerordentlicher Ertrag iSd einschlägigen handelsrechtlichen HGB-Normen. Der BGH erklärte das Schiedsgutachten für qualifiziert unrichtig und daher unverbindlich, weil „*jeder, der Grundkenntnisse des betrieblichen Rechnungswesens*“ habe, „*sogleich sehen könne, dass diese Einordnung falsch ist*“.

Bei Bewertungsgutachten hat sich in Deutschland inzwischen ein Grenzwert von „*25%iger Abweichung*“ eingependelt, jenseits dessen Schiedsgutachten „*offenbar unrichtig*“ seien und damit unverbindlich würden.⁵⁹ Der OGH hingegen sah in einer Differenz von 30 % keine grobe Unbilligkeit des Gutachtensergebnisses.⁶⁰

Die in diesem Abschnitt behandelten, im Vergleich zum Schiedsverfahren gegebenen Schwächen der Schiedsgut-

achtervereinbarung lassen sich vermeiden, indem die Parteien die Schiedsgutachterklausel sorgfältig und entsprechend breit formulieren. Dies sollten Vertragsverfasser im Bereich von M&A besonders dort beachten, wo Schiedsgutachterklauseln zum Standardrepertoire gehören, nämlich in Unternehmenskaufverträgen oder bei Put- und Call-Optionen in Syndikatsverträgen. Sie werden jeweils für den Fall vorgesehen, dass sich die Parteien über bestimmte Bezugsgrößen nicht einigen können, die für die Bestimmung des endgültigen Kaufpreises maßgebend sein sollen, seien dies zeitlich zurückliegende Bezugsgrößen, wie etwa das Eigenkapital des verkauften Unternehmens, oder künftige Bezugsgrößen wie bei der sog. *Earn-out*-Klausel.⁶¹

Gut geeignet sind Schiedsgutachterklauseln zur Abklärung rein wirtschaftlicher oder technischer Sachverhalte, wie die Verletzung von Gewährleistungszusicherungen. Häufig werden die Themen allerdings dem Schiedsgericht allein zugeordnet, weil weitere, von einem Schiedsgutachten nicht zu bewältigende Aspekte hinzukommen, wie eine „*Kenntnis*“ auf Käufer- und/oder Verkäuferseite oder die Frage nach dem Verschulden.

Schiedsgutachterklauseln dieser Art sind idR in jene Vertragsbestimmungen eingebettet, die den Gegenstand des Gutachtens, so insb den Kaufpreis, behandeln (parallel dazu enthalten die Unternehmenskaufverträge regelmäßig Schiedsvereinbarungen; zu Abgrenzung und Zusammenspiel siehe Pkt V.).

Probleme bei der Durchführung des Schiedsgutachterverfahrens ergeben sich, wenn sich herausstellt, dass der Schiedsgutachter zur Erledigung seiner Aufgabe rechtliche Vorfragen entscheiden muss, wie die Frage nach einem Verschulden oder nach der konkreten Höhe eines Schadens. Laut der bereits zitierten OGH-Entscheidung⁶² ist nämlich „*eine rechtliche Beurteilung des Sachverhalts dem Schiedsgutachter verwehrt*“, denn er habe „*nur die Grundlage für eine solche Entscheidung oder für eine Streitvereinigung zu schaffen*“ (die deutsche Rspr scheint weiter zu gehen und jede Rechtsfrage als Gegenstand eines Schiedsgutachtens zuzulassen – allein die Möglichkeit, einen vollstreckungsfähigen Titel zu schaffen, bleibe dem Schiedsgericht vorbehalten)⁶³.

In anderer Gestalt kann eine Vorfrage zum Problem werden, wenn bei Unternehmenskaufverträgen die vom Schiedsgutachter zu prüfende Abrechnungsbilanz nicht den vertraglichen Vorgaben entspricht, zB weil sie nicht von der richtigen Seite oder ohne die vertraglich vorgesehene Mitwirkung der anderen Seite erstellt wurde. Auch hier bedarf es der Einschaltung des Schiedsgerichts als „*Ersatzmann*“, um die unanwendbare vertragliche Anordnung durch eine angemessene Entscheidung zu ersetzen.

3. Schiedsgericht

Kommt es nach Vertragsschluss zu Streitigkeiten aus dem Unternehmenskauf, so sind die Herausforderungen an einen mit der Konfliktlösung befassten neutralen Streitentscheider

⁵⁷ OGH 27.4.2011, 9 Ob 42/10g.

⁵⁸ BGH 21.1.2004, VIII ZR 74/03, BB 2004, 488.

⁵⁹ Schlosser, Entwicklungsstand, 6 mwN.

⁶⁰ OGH 17.12.2007, 2 Ob 236/07f.

⁶¹ Sachs, Praktische Durchführung des Schiedsgutachtenverfahrens und Besonderheiten bei internationalen Verfahren, in Böckstiegel/Berger/Bredow, Schiedsgutachten versus Schiedsgerichtsbarkeit (2007) 15 (18).

⁶² OGH 27.4.2011, 9 Ob 42/10g.

⁶³ Schlosser, Entwicklungsstand, 2.

hoch – nicht zuletzt wegen der für den M&A-Bereich typischen Mischung aus Rechtsproblemen, Bilanzierungsfragen und Bewertungsfragen.⁶⁴ Kein Wunder, dass sich die Parteien regelmäßig für die Zuweisung von Streitigkeiten an ein Schiedsgericht entscheiden.

Die Vorteile beginnen bereits bei der – an sich freien – *Rechtswahl*.⁶⁵ Die Parteien können einen Schritt weiter gehen und das Schiedsgericht in Übereinstimmung mit von ihnen vereinbarten „*Rechtsvorschriften oder Rechtsregeln*“ entscheiden lassen (§ 603 Abs 1 ZPO; „Sonderkollisionsrecht“). Es steht somit den Parteien frei, nicht nur die Gesamtrechtsordnung eines bestimmten Staates, sondern auch nur einzelne Rechtsvorschriften einer Gesamtrechtsordnung zu wählen oder – mehr noch – Rechtsvorschriften aus verschiedenen nationalen oder internationalen Rechtsordnungen zu kombinieren. Einbezogen werden können auch „*Rechtsregeln*“,⁶⁶ das sind „*sonstige Systeme von Handlungsanordnungen*“, wie zB die UNIDROIT-Grundregeln der internationalen Handelsverträge 2004, dies alles bis an die Grenze des materiell-rechtlichen *ordre public*.⁶⁷

§ 603 Abs 3 ZPO geht noch einen Schritt weiter, indem die Parteien das Schiedsgericht (ausdrücklich) ermächtigen können, nach *Billigkeit (ex aequo et bono)*⁶⁸ zu entscheiden oder auch einzelne Tatsachen als Schiedsspruch zu statuieren – etwas, was der richterlichen Kognition selbst bei Vereinbarung der Parteien entzogen ist. Gerade bei M&A-Transaktionen kann diese prozessuale Befugnis, die materiell-rechtlich auf Rechtsgestaltung hinausläuft, sich als nützlich erweisen, so bei der Festsetzung eines „*fairen Preises*“ oder bei einer wirtschaftlich nötigen Anpassung einer impraktikablen oder undurchführbar gewordenen Vertragsbestimmung.

Ganz allgemein lassen sich Schiedsverfahren flexibler gestalten. So stellt eine *Beweisaufnahme* im Ausland kein Problem dar. Die freie Wahl des *Schiedsortes* wiederum stellt sicher, dass keine Partei einen – vielleicht auch nur vermeintlichen – „*Heimgerichtsstands Vorteil*“ hat; ein Umstand, auf den auch die Regeln der meisten Schiedsinstitutionen bei der Ersatzbestellung Rücksicht nehmen.⁶⁹ Hinzu kommt die freie Wahl der *Verfahrenssprache*.

Nicht unbedingt einen Vorteil wird manche – insbesondere eine am *civil law* orientierte – Partei in der Möglichkeit erblicken, den Gegner zur *Vorlage von Urkunden* verhalten zu lassen. Auch wenn die ZPO die „*Vorlegung*“ von Urkunden durch den Gegner (§ 303 ZPO) und durch Dritte (§ 308 ZPO) vorsieht, sind vor österreichischen Gerichten die Voraussetzungen strenger und die praktische Handhabung bedeutend zurückhaltender, als es inzwischen *Usance* der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit geworden ist. Andererseits mag es gerade bei Unternehmenskäufen fair sein, dem Käufer, der idR vor dem *closing*, und dem Verkäufer, der oft nach dem *closing* keinen Zugriff auf die Bücher der Zielgesellschaft (mehr) hat, die Beweisführung zu erleichtern.⁷⁰ Jedenfalls

gehen die IBA Rules of Evidence,⁷¹ an denen sich Schiedsgerichte häufig orientieren, einen vermittelnden Weg zwischen kontinentaler Zurückhaltung und US-amerikanischer *discovery*.

Die *Verfahrensdauer* ist schon allein deshalb kürzer, weil das Schiedsverfahren (mit seltenen Ausnahmen) nur eine Instanz kennt (so man das wegen der strengen Aufhebungsgründe seltene – in Österreich allerdings derzeit noch dreinstanzliche⁷² – Aufhebungsverfahren außer Acht lässt).

Darüber hinaus sehen Schiedsordnungen zunehmend *Eilverfahren (fast track proceedings)* vor, die in einer vorläufigen oder auch endgültigen Entscheidung münden können. Dies kann in speziellen Phasen eines Unternehmenskaufes nützlich sein, wie bei der Frage, ob in der Phase zwischen *signing* und *closing* eine bestimmte Maßnahme des Verkäufers laut Vereinbarung zu unterlassen sei, ob die für das *closing* vorgesehenen Erklärungen tatsächlich vertragsgemäß vorlägen, ob vom Käufer behauptete Mängel gegeben seien, für deren Abklärung es vielleicht nur eines Sachverständigengutachtens bedarf, oder ob ein Grund zur Rückabwicklung des Kaufes vorliege⁷³ (im letzteren Fall wäre besondere Eile geboten, weil sich das Unternehmen naturgemäß weiterentwickelt und damit die Rückabwicklung laufend schwieriger wird). Auf einen Sonderfall, den *secondary buy-out*, weist *Broichmann* hin:⁷⁴ Beim Weiterverkauf des Unternehmens an einen nachfolgenden Finanzinvestor werden, wenn überhaupt, sehr beschränkte Zusicherungen zugestanden, die nur beim oder unmittelbar nach dem *closing* geltend gemacht werden können, und es wird außerdem idR ein Festpreis vereinbart – beides Bestimmungen, für die sich ein Eilverfahren anbietet.

Schiedsverfahren sind *nicht öffentlich* und schaffen daher einen vertraulichen Rahmen. Eine Pflicht zur *Geheimhaltung*⁷⁵ ist auf gesetzlicher Ebene meistens nicht generell vorgesehen, wohl aber für die Beratungen der Schiedsrichter,⁷⁶ darüber hinaus nur, wenn die Schiedsregeln oder die Vereinbarung der Parteien⁷⁷ dies vorsehen oder Geheimhaltung als stillschweigend vereinbart betrachtet werden kann.⁷⁸ Auch in einem solchen Fall bilden aber gesetzliche Offenlegungspflichten, wie *Ad-hoc*-Meldungen und Geldwäschebestimmungen, eine Grenze; diese darf auch mit Hilfe von Schiedsverfahren nicht umgangen werden.

Bei Unternehmenskäufen mit internationalem Bezug ist die zwischenstaatliche *Anerkennung und Durchsetzung* von Entscheidungen ganz wesentlich. Dass Schiedssprüche dank der New Yorker Konvention im Vergleich zu Entscheidungen

⁶⁴ Sessler, Schiedsgutachten, 97.

⁶⁵ Art 3 der Rom I-VO, ABI L 177 vom 4.7.2008, S 6.

⁶⁶ Vgl Art 21 Abs 1 der ICC-Schiedsgerichtsordnung.

⁶⁷ Ch. Hausmaninger in *Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetz*, § 603 ZPO Rz 54.

⁶⁸ Vgl Art 21 Abs 3 der ICC-Schiedsgerichtsordnung 2012.

⁶⁹ Vgl Art 13 Abs 1 der ICC-Schiedsgerichtsordnung 2012.

⁷⁰ Wach, Taktik, 62 (mit dem Hinweis auf das ansonsten gegebene Informationsdefizit des Käufers oder auch eventuell von Garanten und Finanziers); vgl auch *Sachs*, SchiedsVZ 2004, 126.

⁷¹ IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration 2010, online abrufbar unter <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=F60BF16D-29E9-402F-A329-F1C191B174A1> (Stand: 5.1.2012).

⁷² Zu Reformbestrebungen siehe *Rechberger*, Zum Instanzenzug bei der Aufhebung von Schiedssprüchen, *ecolx* 2011, 886.

⁷³ *Sachs*, Praktische Durchführung, 18; *Broichmann*, Int ALR 2008, 143 (mit Hinweis auf „*rasch*“ erzielte ICC-Schiedsfälle in Unternehmenskauf-Streitigkeiten); *Fiabinger/Gregorich*, Arbitration on Acid, 237; *Karrer*, Why Speed is Good for Arbitrators, in *Davis*, Improving International Arbitration (1998) 135.

⁷⁴ *Broichmann*, Int ALR 2008, 152.

⁷⁵ *Öhberger*, How Confidential Is Arbitration in Austria? A Comparative Analysis, in *Klaussegger* ua, Austrian Yearbook on International Arbitration 2011 (2011) 65.

⁷⁶ Vgl Art 1469 französischer Nouveau Code de Procédure Civile; fällt in Frankreich unter den *ordre public*.

⁷⁷ *Kutscherain H. Torggler*, Praxishandbuch Schiedsgerichtsbarkeit (2007) 45; *W. Peter*, Arb Int 2003, 503.

⁷⁸ Lord Justice Parker, Member of the Court of Appeal; Report on Confidentiality as a Purported Obligation of the Parties, in Arbitration at 14th Meeting of Thursday, April 25, 2002, Commission on Arbitration, ICC.

staatlicher Gerichte, so diese nicht gerade innerhalb der EU oder in Island, Norwegen und der Schweiz vollstreckt werden müssen,⁷⁹ begünstigt sind, ist allgemein bekannt und bedarf hier keiner Verbreiterung.

V. Zusammenspiel Schiedsgutachter und Schiedsgericht

Das für Unternehmenskaufverträge typische Nebeneinander von Schieds- und Schiedsgutachtensklauseln kann Abgrenzungsprobleme aufwerfen. Oft entspricht die verwendete Bezeichnung (Schiedsrichter; Schiedsgutachter) bei näherer Betrachtung nicht dem Parteiwillen und der Vertragsverfasser sollte, so er einen Schiedsgutachter vorsehen will, Begriffe wie „final“ oder „endgültig“ tunlichst vermeiden und besser ausdrücklich auf § 1056 ABGB verweisen.

Bedarf nach beiden Arten der ADR besteht für Unternehmenskaufverträge, wie bereits erwähnt, vor allem bei der Verletzung von Zusicherungen und dem daraus resultierenden Minderwert des Unternehmens. Im Zusammenspiel empfiehlt es sich, Vorfragen dem Schiedsrichter zuzuweisen, um die dem Schiedsgutachter von der Rspr gesetzten Grenzen nicht zu verletzen: Besser soll der Schiedsrichter entscheiden, ob der Unternehmenskaufvertrag überhaupt wirksam geschlossen wurde; ob Gewährleistungsansprüche bereits verjährt oder nach vertraglichen *Disclosure*-Regeln ausgeschlossen sind und ob die im Vertrag vorgesehenen Tatbestandsmerkmale der Gewährleistung erfüllt sind. Andererseits ist dann nach Abklärung der Vorfragen der Schiedsgutachter besser geeignet, den Minderwert des Unternehmens und damit die Kaufpreisreduktion festzusetzen.

All dies bedarf sauberer Regelung im Vertrag. Anderenfalls kann es zu unerwünschten Parallelverfahren vor Schiedsgutachtern, Schiedsgerichten oder gar ordentlichen Gerichten kommen. So könnten dann zur selben Zeit bspw der Schiedsgutachter mit der Kaufpreisanpassung, ein Schiedsgericht mit der Verletzung von Garantien und *covenants* sowie ein staatliches Gericht mit Ansprüchen des Verkäufers gegen

die Zielgesellschaft befasst sein (zB wegen – noch in die Ära des Verkäufers fallender – unzulässiger Kapitalrückgewähr oder wegen Verletzung eines zugleich mit dem Unternehmenskaufvertrag mit dem Käufer geschlossenen Liefervertrages).

VI. Zusammenfassung

M&A-orientierte Transaktionen sind Spezialistensache und daher im Streitfall besonders gut in den Händen alternativer Streiterledigung aufgehoben. Diese ermöglicht es, Fachleute einzusetzen, die Verhandlungs- und Vertragssprache als Verfahrenssprache zu wählen und Vertraulichkeit zu wahren.

Typische Anwendungsfälle sind beim Unternehmenskaufvertrag die Ableitung einer variablen Preiskomponente und die Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche bei der Verletzung von Zusicherungen. Weitere Streitpunkte sind entlang dem gesamten Ablauf einer M&A-Transaktion von der Vertragsanbahnung bis hin zu *Post-closing*-Auseinandersetzungen denkbar. Gleichermäßen sinnvoll sind solche Verfahren für Streitigkeiten, die aus einem zwischen den Gesellschaftern der Zielgesellschaft geschlossenen Syndikatsvertrag entstehen.

Mediationsfälle sind selten zu beobachten. Schieds- und Schiedsgutachterklauseln hingegen gehören zum regelmäßigen Repertoire von Unternehmenskaufverträgen. Sorgfältiger Abstimmung bedarf das Wechselspiel dieser beiden Streiterledigungsmechanismen: Um die dem Schiedsgutachter gesetzten Grenzen nicht zu überschreiten, sollten Vorfragen rechtlicher Natur dem Schiedsgericht, die Feststellung einzelner (vor allem rechnerischer und technischer) Tatsachen dem Schiedsgutachter und die abschließende rechtliche Beurteilung des Sachverhalts wiederum dem Schiedsgericht zugewiesen werden.

Dies alles bedarf sorgfältiger vertraglicher Formulierung und lässt es als gefährlich erscheinen, Streiterledigungsklauseln in letzter Minute formularartig in Unternehmenskaufverträge einzufügen.

⁷⁹ EuGVVO, ABl L 12 vom 16.1.2001, S 1; LGVÜ II, ABl L 339 vom 21.12.2007, S 3.