

M&A REVIEW

MERGERS & ACQUISITIONS • Beteiligungen • Allianzen • Restrukturierungen • Divestments • Private Equity

www.ma-review.de

25. Jahrgang 11/2014

Standpunkt

Ein Vierteljahrhundert Wandel
in der Unternehmensbewertung

Strategien und Visionen

Mediation und M&A-Trans-
aktionen – Zeit zur Teambildung!

Recht und Steuern

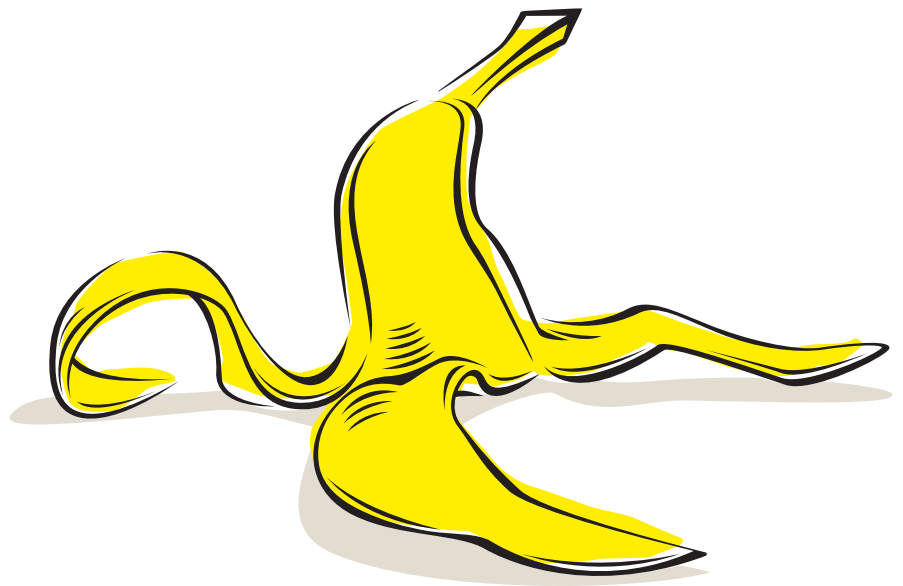
Grenzüberschreitender Form-
wechsel als neue Gestaltungs-
option

International Column

M&A-Markt Q2 2014:
Stagnierende Wirtschaft und
florierender M&A-Markt

Deal des Monats

Bertelsmann übernimmt
Gruner + Jahr vollständig,
das Verlagshaus soll jedoch
erhalten bleiben



Recht und Steuern

**Kartellrechtliche Dos
and Don'ts bei
Unternehmenskäufen**

GoingPublicMedia

AKTIENGESELLSCHAFT

Mediation und M&A-Transaktionen – Zeit zur Teambildung!

Dr. Stephan R. Göthel, Taylor Wessing, Hamburg

1. Einleitung

► M&A und Mediation haben noch nicht zueinander gefunden. Dabei bietet die Mediation nicht nur allgemein im Wirtschaftsleben Chancen, die häufig unerkannt bleiben, sondern auch und insbesondere im M&A-Bereich.

Zentraler Baustein jeder M&A-Transaktion sind die Verhandlungen. Sie beginnen mit der ersten Kontaktaufnahme zwischen den Parteien und enden regelmäßig mit dem Abschluss des Unternehmenskaufvertrags (Signing) oder dem dinglichen Vollzug der Transaktion (Closing). Entsteht anschließend Streit (beispielsweise wegen der Kaufpreisberechnung), verhandeln die Parteien erneut. Und schließlich können bei der möglicherweise nach dem Closing folgenden Integration des Zielunternehmens in das Unternehmen des Käufers Konflikte auftreten, die ebenfalls zum Verhandeln zwingen.

Das Verhandeln ist die Schnittstelle zur Mediation. Denn Mediation ist im Kern verhandeln. Allerdings mit zwei Besonderheiten: Die Verhandlungen werden zum einen von einem besonders geschulten, allparteilichen Dritten begleitet. Und zum anderen folgen sie einem besonderen Verfahren, das der Dritte verantwortet, ohne jedoch am Ende eine Entscheidung in der Sache zu treffen. Die Parteien bleiben Herren des Verfahrens.

Für die Mediation bestehen damit zahlreiche Einsatzmöglichkeiten im M&A-Bereich. Diese aufzuzeigen und Parteien in M&A-Transaktionen zu ermuntern, Mediation als Chance zu begreifen, ist Gegenstand des vorliegenden Beitrags. Hierzu werden nach einer kurzen allgemeinen Einführung in die Wirtschaftsmediation ihre verschiedenen Anwendungsmöglichkeiten für den M&A-Bereich aufgezeigt. Anschließend werden praktische Hinweise für den Weg in die Mediation gegeben.

2. Wirtschaftsmediation

2.1 Anwendungsgebiete

Ein wesentlicher Unterschied der Wirtschaftsmediation zu einem Schieds- oder Gerichtsverfahren besteht darin, dass der Mediator – anders als ein Richter – den Streit nicht entscheidet. Er befindet sich nicht über Rechtsfragen. Vielmehr will er die Parteien zu einer freiwilligen Vereinbarung führen. Hierzu arbeitet er mit ihnen ergebnisoffen ihre Interessen heraus und entwickelt mit ihnen Lösungen. Der Mediator vermittelt lediglich, die Parteien verhandeln.

Bekannt ist die Mediation als Verfahren zur *Konfliktlösung*. So können sich Parteien eines Unternehmenskaufvertrags beispielsweise darüber streiten, ob eine Verkäufergarantie verletzt wurde und der Käufer zum Schadensersatz berechtigt ist. Können sich die Parteien dann nicht einigen, steht ihnen abhängig von der Vertragsgestaltung der Weg zu einem Schieds- oder staatlichen Gericht offen. Die Mediation bietet sich als Alternative an, die sich einem Schieds- oder Gerichtsverfahren vorschalten lässt. In der Praxis wird dieser Weg allerdings selten beschritten. Bezeichnenderweise widmet sich eine aktuelle Studie zu Post-M&A-Streitigkeiten auch nur den Schieds- und Gerichtsverfahren.¹ Aussagen zur Mediation fehlen.

Weniger bekannt ist die Möglichkeit, einen Mediator bereits *bei Vertragsverhandlungen* einzusetzen und damit zu einem Zeitpunkt, zu dem es zwischen den Parteien (noch) keinen Konflikt gibt (sog. Deal Mediation oder präventive Mediation). Damit sollen die Vertragsverhandlungen effizienter gestaltet sowie mögliche Streitthemen früh erkannt und gelöst werden.

¹ Alvarez & Marsal/Baker & McKenzie, Post M&A Dispute Study 2013/2014.

2.2 Vorteile

Die Mediation zur Konfliktlösung vereint viele Vorteile gegenüber einem Schieds- oder Gerichtsverfahren.² Ebenso wie ein Schiedsverfahren ist die Mediation – anders als ein Gerichtsverfahren – vertraulich. Damit lassen sich mögliche negative Folgen einer öffentlichen Verhandlung und Entscheidung vermeiden, wie etwa ein Reputationsverlust im Markt.

Darüber hinaus lässt sich eine Mediation wesentlich zügiger durchführen als ein Gerichtsverfahren, und auch zügiger als ein Schiedsverfahren. Im Durchschnitt dauern Wirtschaftsmediationen einen Tag. Und selbst Mediationen, die mehrere Wochen oder wenige Monate dauern, haben den zeitlichen Vorteil auf ihrer Seite. Damit einher geht ein wesentlich geringerer Aufwand für die Parteien. Im Gegensatz zu Gerichts- und Schiedsverfahren gibt es keine Sachverhaltsermittlungen mit Beweiserhebungen. Auch Schriftsätze und Sachverständigengutachten entfallen. Gerade sie tragen erheblich zur Länge von Schieds- und Gerichtsverfahren bei. Damit entstehen bei der Mediation auch wesentlich geringere Kosten.³

Anders als bei Gerichtsverfahren können sich die Parteien eines Mediationsverfahrens den hinzukommenden Dritten (hier den Mediator, beim Gerichtsverfahren den Richter) frei aussuchen. Sie können damit eine Person mit besonderen, für den Fall erforderlichen Fähigkeiten auswählen (etwa Sprachfähigkeiten oder Marktkenntnis). Ebenso wie bei der Auswahl eines Schiedsrichters kann es sich bei der Auswahl eines Mediators für ein Verfahren im M&A-Bereich anbieten, besonderen Wert auf Erfahrung mit M&A-Transaktionen zu legen. Denn solche Transaktionen sind regelmäßig

komplex und mit Besonderheiten behaftet, deren vertiefte Kenntnis für einen Mediator (insbesondere einen Deal Mediator) hilfreich ist.

Des Weiteren behalten die Parteien, anders als bei einem Schieds- oder Gerichtsverfahren, die Kontrolle über den Verhandlungsprozess und dessen Ergebnis.⁴ Im Gegensatz zu den genannten Verfahren kann die Mediation zudem helfen, die Beziehung der Parteien zueinander zu erhalten oder wiederherzustellen. Denn eine Mediation verlassen die Parteien nicht als Sieger und Verlierer. Kein Richter entscheidet anstelle der Parteien darüber, wer recht hat. Stets sind es die Parteien, die bei erfolgreicher Mediation das Verhandlungsergebnis finden und freiwillig verbindlich vereinbaren. Die folgende plastische Beschreibung im Vorwort eines Handbuchs zu M&A-Rechtstreitigkeiten will ein Mediationsverfahren gerade vermeiden:

„Der M&A-Vertrag wird zum Schlachtfeld eines geistigen Kampfes. Gesetzesrecht und Rechtsprechung werden bemüht, um Stücke aus ihm herauszubereiten. Es weht ein anderer Wind. Die Fragen stellen sich theoretischer, ‚dogmatischer‘ und schärfer. Die richterlichen Streitbeobachter kommen ins Spiel und die Parteien müssen sich auf ihr Niveau an Komplexitätsbereitschaft und -beherrschung einstellen. Fehler, Irrtümer und Unachtsamkeiten werden zum Faktor.“⁵

Nicht zuletzt sind die guten Erfolgsaussichten von Mediationsverfahren zu nennen. Die Erfolgsquote liegt nach verschiedenen Studien bei etwa 70 bis 90%.⁶

2.3 Fehlende Eignung

Neben den vielen Vorteilen einer Mediation gibt es Situationen, für die ein solches Verfahren ungeeignet 

2 Dazu insgesamt Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, 2. Aufl., 2011, S. 64 f; Risse, Wirtschaftsmediation, in: NJW 2000, 1614, 1618; Monßen, in: Schmidt/Lapp/ Monßen, Mediation in der Praxis des Anwalts, München 2012, Rz. 132 ff.
3 Für einen Kostenvergleich siehe Monßen, a.a.O., Rz. 142 ff.

4 Duve/Eidenmüller/Hacke, a.a.O., S. 64.
5 Wächter, M&A Litigation, 1. Auflage 2012, S. V.
6 Näher dazu und zu den Studien Duve/Eidenmüller/Hacke, a.a.O., S. 64 f.

ist.⁷ So lassen sich keine Sach- und Rechtsfragen klären. Denn die Mediation zielt darauf, die hinter den Positionen stehenden Interessen der Parteien herauszuarbeiten und hieraus Ideen zur Lösung des Konflikts zu entwickeln. Hierzu werden keine Sach- und Rechtsfragen gelöst. Das Ergebnis liegt vielmehr außerhalb von Recht oder Unrecht, Schuld oder Unschuld. Die Mediation ist daher auch kein Verfahren, um eine immer wiederkehrende Rechtsfrage für zukünftige Fälle zu klären (wie etwa ein Musterverfahren nach dem deutschen Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz). Und einen Beitrag zur Rechtsfortbildung kann die Mediation damit ebensowenig leisten. Schließlich lässt sich die Mediation auch nicht einsetzen, wenn Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes erforderlich sind.

2.4 Verfahrensablauf

Eine Wirtschaftsmediation folgt keinem allgemein festgelegten oder anerkannten Ablauf. Diesen zu bestimmen, ist Sache des Mediators. Es gibt aber eine grundsätzliche Struktur,⁸ die in starkem Maße auf dem Harvard-Konzept⁹ fußt. So werden zunächst die Themen der Mediation festgelegt, und es wird jeder Partei ermöglicht, ihre Sicht der Dinge darzustellen. Anschließend werden die Interessen der Parteien herausgearbeitet. Häufig beschränken sich Parteien darauf, ihre Positionen auszutauschen: „Ich fordere 200.000 EUR.“ „Ich bin nur bereit, 75.000 EUR zu zahlen.“ Doch hinter diesen Positionen gibt es Interessen. Und deren Kenntnis kann helfen, den Konflikt zu lösen. Dies zeigt sich gut an folgendem bekannten Lehrbuchbeispiel:

Zwei Kinder streiten um eine Orange. Die Mutter könnte als schnelle und vermeintlich gerechte Lösung wählen, jedem Kind eine Hälfte der Orange zu geben. Doch sie geht einen anderen Weg und versucht herauszufinden, wieso jedes der Kinder die Orange haben möchte. Dabei zeigt sich, dass das eine Kind die Orange essen, das andere Kind die Schale zum Basteln haben möchte. Sind diese Interessen bekannt, liegt die Lösung des Streits auf der Hand und schafft für beide Schwestern ein optimales Ergebnis.

Sind die Interessen der Parteien herausgearbeitet geht es darum, Lösungsmöglichkeiten zu sammeln. Dies geschieht im Wege des Brainstormings. Erst anschließend werden die verschiedenen Ideen bewertet und eine Gesamtlösung entwickelt. Das Mediationsverfahren schließt dann mit dem Abschluss einer rechtsverbindlichen Vereinbarung.

2.5 Teilnehmer

Vor Beginn der Mediation hat der Mediator nicht nur den Ablauf, sondern auch die Teilnehmer der Mediation zu bestimmen. Sind Unternehmen am Mediationsverfahren beteiligt, ist es wichtig, dass Personen teilnehmen, die für diese Unternehmen vertretungs- und entscheidungsbefugt sind, also beispielsweise bei einer Aktiengesellschaft Mitglieder des Vorstands in vertretungsberechtigter Zahl. Nur so ist es möglich, das Mediationsverfahren mit einer unmittelbar rechtsverbindlichen Vereinbarung zu beenden. Etwaige Zustimmungserfordernisse anderer Gremien, zum Beispiel eines Aufsichtsrats, sollten im Vorfeld erfüllt werden. Darüber hinaus muss der Mediator die geeignete Teilnehmerzahl festlegen. Diese hängt vom Einzelfall ab. Grundsätzlich gilt, dass alle am Konflikt Beteiligten teilnehmen sollten, aber die Personenzahl so klein wie möglich zu wählen ist, um eine möglichst effiziente Mediation zu ermöglichen.

3. Anwendungsbereiche bei M&A-Transaktionen

Die Mediation lässt sich bei M&A-Transaktionen in verschiedener Weise einsetzen. Zum ersten kann zwischen den Parteien der M&A-Transaktion Streit entstehen, und zwar entweder bereits vor dem Closing oder erst danach. Zum zweiten kann ein Mediator die Vertragsverhandlungen unterstützen, ohne dass die Parteien miteinander streiten (Deal Mediation). Und zum dritten kann bei der nach dem Closing erfolgenden Integration des Zielunternehmens in das Unternehmen des Käufers die Mediation zur Konfliktlösung dienen.

3.1 Konflikte bis zum Signing

Die Phase bis zum Signing wird häufig eingeleitet durch den Abschluss einer Vertraulichkeitsvereinbarung und einer Absichtserklärung (Letter of Intent, Memorandum of Understanding).¹⁰ Während Vertraulichkeitsvereinbarungen stets rechtsverbindlich sind, ist ein Letter of Intent regelmäßig überwiegend unverbindlich mit einigen bindenden Verpflichtungen, wie etwa die Einräumung einer Exklusivitätsphase, eine Vertraulichkeitsabrede, das Verbot von Abwerbeversuchen und gegebenenfalls die Vereinbarung einer Schadenspauschale oder Vertragsstrafe für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen (Break-up-Fee).

Zu all diesen Punkten kann Streit entstehen. So kann der Verkäufer dem Kaufinteressenten vorwerfen, einen Mitarbeiter abgeworben zu haben. Oder der Kaufinteressent kann der Ansicht sein, der Verkäufer halte sich

7 Näher dazu Risse/Wagner, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 2. Aufl., 2009, § 23 Rz. 47 ff.

8 Näher dazu Duve/Eidenmüller/Hacke, a.a.O., S. 77 ff.; Risse/Wagner, a.a.O., § 23 Rz. 75 ff. Fisher/Ury/Patton, Das Harvard-Konzept, 24. Aufl., 2013.

10 Näher dazu Göthel, in: Göthel, Grenzüberschreitende M&A-Transaktionen, 4. Aufl., 2014, § 2 Rz. 17 ff. und 22 ff.

nicht an die Exklusivitätsverpflichtung. Streit in diesem frühen Stadium der Transaktion ist schädlich für das Vertrauen der Parteien zueinander, das gerade in dieser Phase häufig erst aufgebaut wird. Wenn beispielsweise beide Parteien die Transaktion gerade mit der jeweils anderen Partei durchführen wollen, ist für den Erfolg der Transaktion Vertrauen entscheidend. Dieses wird nicht gefördert, wenn die Parteien in ein Schieds- oder Gerichtsverfahren gehen. Und wenn sie stattdessen darauf verzichten, den Konflikt zu lösen und die Verhandlungen abbrechen, wird das ursprüngliche Ziel einer erfolgreichen Transaktion vereitelt.

Die Mediation kann hier helfen, denn sie ist darauf ausgerichtet, die persönlichen und geschäftlichen Beziehungen der Parteien zueinander zu erhalten oder wiederherzustellen. Das Herausarbeiten der Interessen der Parteien schafft Raum dafür, dass jede Partei die andere besser versteht. Die Parteien kommunizieren direkt miteinander und nicht über ihre Anwälte. Und nur sie allein bestimmen, ob und wie die Mediation durchgeführt und mit welchem inhaltlichen Ergebnis abgeschlossen wird. Diese Erfahrung fördert Vertrauen in einer Weise, wie es kein Schieds- oder Gerichtsverfahren leisten kann. Es wird die Grundlage geschaffen, um den Transaktionsprozess vertrauensvoll fortzuführen.

3.2 Konflikte zwischen Signing und Closing

Die Phase zwischen Signing und Closing ist regelmäßig dadurch gekennzeichnet, dass verschiedene Bedingungen eintreten und Handlungen vorgenommen werden müssen, damit die Voraussetzungen vorliegen, um das Closing durchzuführen. Hierzu können etwa die Freigabe der Transaktion durch die zuständigen Kartellbehörden gehören, das Vorliegen von Zustimmungen von Organen der Parteien und Vertragspartnern der Zielgesellschaft, die Durchführung von internen Umstrukturierungsmaßnahmen, die Vorlage eines Finanzierungsnachweises durch den Käufer und der Nichteintritt einer wesentlich nachteiligen Änderung (Material Adverse Change, MAC) bei der Zielgesellschaft.¹¹

Kommt es in dieser Phase zu Streit zwischen den Parteien über die Erfüllung einer Bedingung oder über die treuwidrige Verhinderung der Erfüllung, ist ein Abbruch der Transaktion für die Beteiligten mit weitreichenderen Folgen verbunden als in einem frühen Stadium der Transaktion. Denn bis zu diesem späten Zeitpunkt haben sie bereits viel Zeit und Kosten investiert; gegebenenfalls ist die Transaktion bereits veröffentlicht und damit im Markt bekannt. Das Interesse ist daher regelmäßig darauf gerichtet, die Transaktion

nicht scheitern zu lassen und damit Streitpunkte einvernehmlich zu lösen. Zudem ist das Ziel, zu einer schnellen Lösung zu kommen, um den Schwebezustand dieser Phase möglichst zügig zu beenden. Ein Schieds- oder Gerichtsverfahren hilft also nicht weiter, selbst wenn es das Verfahren ist, das im Kaufvertrag vorgesehen ist. Eine Mediation kann dann der richtige, weil zügigere Weg sein. Die persönlichen und geschäftlichen Beziehungen der Parteien zueinander zu erhalten oder wiederherzustellen, kann ein weiteres Argument für eine Mediation sein. Dies gilt etwa insbesondere dann, wenn die Parteien das Zielunternehmen wegen eines bloßen Teilverkaufs als gemeinsames Joint Venture fortführen wollen.

3.3 Konflikte nach Closing

Streitigkeiten nach dem Closing haben in den letzten Jahren zugenommen. Einer Studie zufolge geht dies auf dem deutschen Markt insbesondere auf den Eintritt von Private-Equity-Investoren als Käufer in den M&A-Markt Mitte der 90er Jahre zurück.¹² Sie brachen mit dem „vom Konsensklima der alten Deutschland AG geprägten M&A-Markt der 80er und frühen 90er Jahre“ und machten potenzielle Ansprüche gegen ihre Verkäufer geltend.

Hauptthemen für Nachverhandlungen oder Streitigkeiten waren der Studie zufolge der Kaufpreis oder sonstige Bewertungsfragen (38% der Befragten gaben hier „oft/sehr häufig“ an), vertragliche Gewährleistungen (ebenfalls 38%) und Steuerthemen (15%). Die Zusammenarbeit der Parteien nach dem Closing sowie die Verletzung vorvertraglicher Pflichten oder arglistige Täuschung nannten jeweils 7% der Befragten.¹³ Nennenswert sind zudem zwei weitere Ergebnisse: Zum einen sind Unternehmen organisatorisch häufig nicht darauf vorbereitet, Post-M&A-Streitigkeiten zu betreuen. Es fehlt an Mitarbeitern und an Budget. So budgetieren über 60% der Unternehmen keine Mittel für solche Streitigkeiten.¹⁴ Zum anderen werden über 90% aller Post-M&A-Streitigkeiten vor einer förmlichen Entscheidung verglichen, sei es in Schiedsgutachter-, Schieds- oder Gerichtsverfahren.¹⁵

Dieser Befund macht die Mediation für Post-M&A-Streitigkeiten besonders interessant. Dies liegt zunächst an den Themen, die Gegenstand solcher Konflikte sind. So sind Themen wie der Kaufpreis (etwa bei Vereinbarung einer Kaufpreisanpassung oder einer Besserungsabrede (Earn-out-Regelung)) und sonstige Bewertungsfragen stark von Auslegungsfragen geprägt und damit

¹¹ Näher dazu Göthel, a.a.O., § 2 Rz. 120 ff.

¹² Alvarez & Marsal/Baker & McKenzie, a.a.O., S. 7.

¹³ Alvarez & Marsal/Baker & McKenzie, a.a.O., S. 8.

¹⁴ Alvarez & Marsal/Baker & McKenzie, a.a.O., S. 13.

¹⁵ Alvarez & Marsal/Baker & McKenzie, a.a.O., S. 19.

auch ein Einfallstor für zahlreiche Gutachten.¹⁶ Der Ausgang ist ungewiss, und so werden sich die Parteien häufig auf einen Mittelwert einigen. Die Chance einer besseren Lösung, die beiden Parteien gegebenenfalls Vorteile verschafft und in einer Mediation durch das Herausarbeiten der Interessen erreicht werden kann, wird so vertan.

Des Weiteren spricht die fehlende Organisation bei Unternehmen (Mitarbeiter und Budget) für ein Mediationsverfahren. Hierzu sei auf die bereits genannte Zeitersparnis, den geringeren Aufwand sowie die niedrigeren Kosten der Mediation hingewiesen. Schließlich zeigt die hohe Vergleichsquote bei den Schiedsgutachter-, Schieds- und Gerichtsverfahren, dass die Parteien vermutlich schon mit einer hohen Einigungsbereitschaft in diese aufwendigen Verfahren gehen. Wenn diese positive Einstellung besteht, kann es sinnvoll sein, zunächst eine Lösung in der Mediation zu suchen. Denn diese lässt sich schnell einleiten und durchführen. Verläuft sie ergebnislos, ist wenig Zeitverlust entstanden und der Weg in ein Schiedsgutachter-, Schieds- oder Gerichtsverfahren immer noch möglich.

3.4 Deal Mediation

Eine besondere Form der Mediation ist die sogenannte Deal Mediation.¹⁷ Besonders deshalb, weil sie nicht darauf ausgerichtet ist, Konflikte zu lösen, sondern darauf, solche vorn herein zu vermeiden und den Verhandlungsprozess zu strukturieren. Das Ziel ist, den Parteien zu einem besseren Transaktionsergebnis zu verhelfen, indem sie durch aktiven Informationsaustausch ihre Interessen offenlegen. Vielfach scheuen sich Parteien, ihre Interessen mitzuteilen, weil sie fürchten, dadurch ihre Verhandlungsposition zu verschlechtern. Das Gegenteil ist jedoch der Fall: Der Verhandlungspartner kann die Interessen nur dann verstehen und berücksichtigen, wenn sie ihm bekannt sind. Dies gilt umgekehrt genauso. Und auf dieser Grundlage ist es dann möglich, unerkannte Optionen und Vorteile zu entdecken, um ein für alle bestmögliches Ergebnis zu erzielen.

Die Deal Mediation ist bislang sowohl in der nationalen als auch in der internationalen Transaktionspraxis wenig verbreitet. Hierfür kann es verschiedene Gründe geben, wie etwa die Sorge vor weiteren Kosten, vor dem Verlust der Vertraulichkeit oder vor einem Abnehmen der Verhandlungsgeschwindigkeit. Auch mögen die Parteien für den Fall eines Scheiterns der Transaktion andere Optionen sehen (etwa wenn der Verkäufer meh-

rere Kaufinteressenten hat); die Parteien sind dann, anders als bei einem Konflikt, nicht zwingend auf eine gemeinsame Lösung angewiesen. Schließlich mögen die Parteien und ihre Berater meinen, selbst ausreichend Verhandlungspraxis zu besitzen und daher nicht die Hilfe eines Dritten zu benötigen.

Denkbar ist natürlich, dass die Parteien allein mit Hilfe ihrer Berater ein zufriedenstellendes Verhandlungsergebnis erreichen. Und es bedarf auch sicher nicht bei allen Verhandlungen eines Deal Mediators, um bessere Ergebnisse zu erzielen. Aber die neutrale Funktion des Deal Mediators kann beispielsweise hilfreich sein, um den Parteien über psychologische Hürden hinweg zu helfen. Denn Vorschläge einer neutralen Person sind eher der für Parteien häufig wichtigen Kategorie „gerecht“ zugänglich als Vorschläge der Gegenpartei. Sie können zudem nicht allein deshalb abgewertet werden, weil sie von der Gegenpartei kommen („Was der vorschlägt, kann nur seinen Interessen dienen“). Und außerdem bewerten Parteien häufig den Wert eigener Vermögensgegenstände über, wie zum Beispiel der Verkäufer den Wert seines Verkaufsgegenstands. Ein neutraler Dritter kann helfen, diese Überbewertung zu erkennen und zu überwinden.¹⁸

3.5 Post Merger Integration

Schließlich ist ein geeignetes Feld für eine Mediation die Integration des Zielunternehmens in das Unternehmen des Käufers, wie etwa die strukturelle oder kulturelle Integration.¹⁹ Hier besteht großes Konfliktpotenzial. Denn die Integration verunsichert Mitarbeiter, weil sich ihr Arbeitsumfeld verändert, etwa indem Arbeitsabläufe angepasst werden, Ansprechpartner und das Führungspersonal wechseln, Abteilungen neu strukturiert und Verantwortlichkeiten verlagert werden. All dies mag einhergehen mit fehlender Mitarbeiterinformation und -beteiligung.²⁰ Viele Unternehmenszusammenschlüsse scheitern daher an misslungener Integration.

Im Konfliktfall drängt sich eine Mediation geradezu auf; ebenso kann sie von Beginn an prozessbegleitend erfolgen. Gerade bei Unternehmensintegrationen spielen Emotionen eine große Rolle und stehen häufig hinter den Konflikten. Und gerade sie werden bei einer Mediation herausgearbeitet, um sie der jeweils anderen Partei verständlich zu machen. Ist dies erfolgreich geschehen und der Konflikt gelöst, ist eine wesentliche

¹⁶ Zu weiteren möglichen Streitthemen Wächter, M&A-Litigation, 2. Aufl., 2014.

¹⁷ Dazu näher Peppet, Contract Formation in Imperfect Markets: Should We Use Mediators in Deals?, in: Ohio State Journal on Dispute Resolution 19 (2004), 283; Peppet, Transactional Mediation: Using Mediators in Deals, in: The Colorado Lawyer (32), 10/2003, 81; Shonewille/Fox, in: Ingen-Housz, ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures, Band II, 2010, S. 81.

¹⁸ Näher zu diesen Gesichtspunkten Peppet, Contract Formation in Imperfect Markets: Should We Use Mediators in Deals?, in: Ohio State Journal on Dispute Resolution 19 (2004), 283, 330 ff.

¹⁹ Näher dazu Rigall/Tarlatt, Strukturelle Integration als Herausforderung des Managements von Post Merger Integrationen, in: Müller-Stewens/Kunisch/Binder, Mergers & Acquisitions, 2010, S. 308, 316 ff.; Stüdlein, Interkulturelle Post-Merger-Integration: Die Kunst, zu einem erfolgreichen Ganzen zusammenzuwachsen, in: M&A 4/2000, 137.

²⁰ Siehe dazu Böning, Übernahmen und Fusionen: Psychologie ist nicht alles – aber ohne Psychologie ist alles nichts, in: Müller-Stewens/Kunisch/Binder, Mergers & Acquisitions, 2010, S. 346.

Voraussetzung für eine gelungene Integration erreicht, nämlich die persönlichen und beruflichen Beziehungen der Parteien als Grundstein einer erfolgreichen Zusammenarbeit herzustellen oder zu verbessern.

4. Der Weg in die Mediation

Die Parteien können den Weg in die Mediation jederzeit beschließen. So können sie eine Mediation nach Ausbruch eines Konflikts ad hoc vereinbaren. Häufig wird dann aber die eine Partei die andere dafür nicht mehr gewinnen können. Daher empfiehlt es sich, für Vertragsstreitigkeiten bereits im Vertrag selbst – sei es im Unternehmenskaufvertrag oder bereits in einer Vorvereinbarung – ergänzend zu einer Schieds- oder Gerichtsklausel ein vorgelagertes Mediationsverfahren vorzusehen.²¹

Es gibt verschiedene institutionelle Anbieter, die helfen, Mediationsverfahren durchzuführen, wie beispielsweise die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) sowie die deutschen Industrie- und Handelskammern. Verfahrensgrundlage ist in diesen Fällen die jeweilige Mediationsordnung. Einigen sich die Parteien auf einen solchen institutionellen Anbieter, kann man die von diesem vorgeschlagene Mediationsklausel verwenden. So lautet beispielsweise die von der DIS empfohlene Standardklausel auf Deutsch:²²

„Hinsichtlich aller Streitigkeiten, die sich aus oder in Zusammenhang mit dem Vertrag (... Bezeichnung des Vertrags ...) ergeben, wird ein Mediationsverfahren gemäß der Mediationsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) durchgeführt.“

Eine etwas ausführlichere, von der International Chamber of Commerce (ICC) empfohlene Mediationsklausel auf Englisch lautet wie folgt:²³

„In the event of any dispute arising out of or in connection with the present contract, the parties shall first refer the dispute to proceedings under the ICC Mediation Rules. If the dispute has not been settled pursuant to the said Rules within [45] days following the filing of a Request for Mediation or within such other period as the parties may agree in writing, such dispute shall thereafter be finally settled under the Rules of Arbitration

of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules of Arbitration.“

Unabhängig davon, für welchen Anbieter und welche Mediationsordnung sich die Parteien entscheiden, ist im Vorfeld stets zu prüfen, ob die vorgeschlagene Mediationsklausel auf den konkreten Fall passt und welche Änderungen erforderlich oder empfehlenswert sind.

5. Zusammenfassung

Die Mediation kann in allen Phasen einer M&A-Transaktion eine wichtige Rolle einnehmen und damit vom Beginn der Verhandlungen bis zur Integration des Zielunternehmens in das Unternehmen des Käufers. Dies gilt nicht nur dann, wenn ein Konflikt auftritt, sondern auch verhandlungsbegleitend, um Konflikte von vornherein zu vermeiden und für alle Parteien ein besseres Verhandlungsergebnis zu erreichen (Deal Mediation).

Die Mediation bietet sich häufig als Alternative zu einem Schieds- oder Gerichtsverfahren an, da sie schneller, günstiger, vertraulich und weniger aufwendig ist sowie eine hohe Erfolgsquote aufweist. Zudem bleiben die Parteien Herren des Verfahrens und des Ergebnisses. Schließlich führt die Konzentration darauf, die hinter den Positionen liegenden Interessen der Parteien herauszuarbeiten, zu einer Lösung des Konflikts, die für die Parteien regelmäßig zufriedenstellender ist.

Die Parteien können eine Mediation ad hoc oder bereits im Vorfeld, wie etwa im Unternehmenskaufvertrag, vereinbaren. Letzteres ist empfehlenswert, um im Streitfall nicht auch diesen Punkt behandeln zu müssen. ■



Dr. Stephan R. Göthel, LL.M. (Cornell) ist Rechtsanwalt, Wirtschaftsmediator und Partner am Standort Hamburg der Sozietät Taylor Wessing sowie Lehrbeauftragter an der Bucerius Law School. Er ist schwerpunktmäßig in den Bereichen M&A, Joint Ventures, Umstrukturierungen und im sonstigen Gesellschaftsrecht tätig. Kontakt: s.goethel@taylorwessing.com.

²¹ Dazu auch Göthel, a.a.O., § 2 Rz. 228 ff.

²² Siehe DIS-Mediationsordnung 10, abrufbar unter www.dis-arb.de.

²³ Siehe die Mediation Rules of the International Chamber of Commerce des ICC International Centre for ADR, abrufbar unter www.iccwbo.org.