

Funktion und Durchsetzbarkeit eines „Letter of Intent“

Rudolph Houck* Partner at Eaton & Van Winkle LLP

1. Einleitung

► Berichten zufolge konnten bei M&A-Transaktionen zwischen deutschen und US-amerikanischen Firmen seit 2002 mehr als 75 Mrd. US-\$ umgesetzt werden.¹ Viele weitere Geschäftsabschlüsse erscheinen in dieser Statistik allerdings nicht. Wiederum andere haben es nicht über die Verhandlungsphase hinaus geschafft. Obwohl eine Vielzahl dieser Transaktionen von Anfang an von Rechtsanwälten begleitet wird, schließen Geschäftsleute oft auch einen „Letter of Intent“ (LoI) ohne anwaltliche Beratung ab. Geschäftsleute wollen „das Eisen schmieden, solange es heiß ist“ und sich nicht „unnötige“ Anwaltskosten aufhalsen, solange nicht sicher ist, ob das Geschäft überhaupt zu Stande kommt.

Selbst Rechtsanwälte sehen in einem LoI oftmals nicht mehr als einen vorläufigen Schritt im Laufe der Vertragsverhandlungen. Dieser Umstand ist insbesondere bei Verhandlungen zwischen Deutschen und Amerikanern zu beobachten. Die Verpflichtungen, die sich an einen Vorvertrag nach deutschem bzw. LoI² nach US-amerikanischem Recht knüpfen, sind unterschiedlich; aber auch jene Geschäftsleute, denen diese Unterschiede bekannt sind, verkennen mitunter deren Bedeutung. Ein Überblick über mögliche vorvertragliche Verpflichtungen nach US-amerikanischem Recht soll deutschen Geschäftsleuten helfen, überraschende und teure Konsequenzen einer Vorvertragsverletzung zu umgehen.

2. Hintergrund

Verhandlungspartner haben mehrere Gründe für den Abschluss eines LoI. Zunächst indiziert ein LoI, dass die Vertragsparteien ernsthaft an den Vertragsverhandlungen interessiert sind. Er hilft, Missverständnisse und Meinungsverschiedenheiten frühzeitig zu erkennen; wirtschaftliche und juristische Rahmenbedingungen der Vertragsparteien können festgelegt werden. Ein LoI bietet die notwendigen Voraussetzungen für Gespräche mit potenziellen Kreditgebern oder für die Beantragung von entsprechenden behördlichen Genehmigungen (wie etwa eine kartellrechtliche Genehmigung). Darüber hinaus kann ein LoI eine gewisse Sicherheit bieten, bevor die Parteien zu einem endgültigen Vertragsabschluss gekommen sind. Anderer-

seits können US-amerikanische Rechtsvorschriften für Wertpapiere („Securities Act Rules“) unerwünschte Aufdeckungspflichten auslösen, obwohl dieses Risiko durch die jüngste Gesetzgebung („SEC Regulations“)³ eingedämmt wurde.

Die meisten Lols bestehen sowohl aus rechtsverbindlichen wie auch unverbindlichen Bestimmungen. Jeder Vertragspartner wünscht für sich den vollen Verhandlungsspielraum und die Entscheidungsfreiheit, das Geschäft abzuschließen oder ohne jedwede rechtliche Konsequenz platzen zu lassen; gleichzeitig soll die Gegenpartei aber zur hundertprozentigen Einhaltung des LoI verpflichtet werden. Der Käufer möchte einen Höchstpreis als Ausgangspunkt für seine Verhandlungen. Selbstverständlich möchte er sich der Seriosität des Verkäufers versichern, bevor er eine kostenintensive „Due Diligence“ anstrengt. Der Verkäufer wiederum möchte bei seinem Angebot bleiben und gleichzeitig möglichst viele Risiken ausschließen. In der Praxis möchte der Verkäufer ein bindendes Geheimhaltungsabkommen mit dem Käufer, während der Käufer die Zusicherung wünscht, dass sein potenzieller Vertragspartner ausschließlich mit ihm verhandelt.

Während dieser Verhandlungsphase vereinbaren die Parteien mitunter auch eine Kostenteilung und eine Konventionalstrafe für den Abbruch der Vertragsverhandlungen. Diese vorvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten werden in der Folge näher behandelt.

3. Bindende Bestimmungen

Informationen von einem Zielunternehmen einzuholen ist oft ein heikles Thema. Die Unternehmensbewertung basiert zu einem Großteil auf Geschäftsgeheimnissen. Es ist nie sicher, dass die offen gelegten Geschäftsgeheimnisse nicht unangemessen verwendet werden; ein schrift-

* Autorenkontakt: RHouck@alston.com

1 Thompson Financial Securities Data, November 2005, und Robert W. Baird & Company.

2 In diesem Artikel wurde „Letter of Intent“ nicht mit dem Wort „Vorvertrag“ übersetzt, weil ein Vorvertrag bindend ist, ein „Letter of Intent“ aber nicht unbedingt. Es soll damit auch vermieden werden, dass deutsche Leser das Wort „Vorvertrag“ lesen und denken, sie verstehen, was gemeint ist.

3 SEC Release 33-8400, August 2004.

liches, bindendes Geheimhaltungsabkommen kann dem Zielunternehmen etwas Sicherheit bieten und dem Käufer die Ernsthaftigkeit der Angelegenheit unterstreichen. Aufgrund der Empfindlichkeit der Informationen legt das Zielunternehmen seine Geheimnisse oft nur schrittweise offen, wobei die heikelsten Informationen möglichst spät – mitunter erst beim Vertragsabschluss – bekannt gegeben oder gar nur dritten Beratern anvertraut werden. Außerdem hält das Kartellgericht frühe Offenlegungen möglicherweise für eine versteckte Preisabsprache oder unfaultere Marktaufteilung. Die Verpflichtung zur Vertraulichkeit ist normalerweise im Lol enthalten und manchmal auch durch die schrittweise Offenlegung sichergestellt.

Selbstverständlich fordert auch der Käufer die vertrauliche Behandlung seiner Offenlegungen im Rahmen der Verhandlungen. Weiter liegt es im Interesse beider Parteien, Ergebnisse und Inhalt der Gespräche vertraulich zu behandeln, insbesondere falls die Vertragsverhandlungen später scheitern sollten. Ferner liegt es nicht im Interesse des Käufers, dass sein Business-Plan, dessen Errichtung üblicherweise wesentliche Kosten verursacht hat, zum Vorteil von Dritten verwendet wird, sobald keine Ausschließlichkeit mehr gegeben ist.

Ähnlicherweise ist es dem Käufer verboten, die Arbeitnehmer des Zielunternehmens abzuwerben. Solch eine Vorgehensweise käme einer Nutzung der gerade gewonnenen Informationen im Wettbewerb mit dem Zielunternehmen oder dem Kauf von wichtigen Anlagevermögen des Zielunternehmens gleich.

Ein potenzieller Käufer ist sicherlich nicht bereit, eine hohe Summe in Vertragsverhandlungen zu investieren, nur um dann mit anzusehen, wie ein Mitbewerber ihm das Zielunternehmen wegschnappt. Ähnlich ist die Anforderung an den Verkäufer zu werten, dass er Verhandlungen mit Dritten zu unterlassen hat. Manchmal möchte ein Käufer sogar darüber informiert werden, ob Dritte ein Kaufangebot gestellt haben, selbst wenn es sofort abgelehnt wurde. Andererseits möchte das Zielunternehmen auch nicht all zu lange im freien Markt unverfügbar sein. Haben die Verhandlungen einmal eine Eigendynamik erlangt, so kann die Dauer der Exklusivität durch eine einfache Änderung des Lol verlängert werden.

Eine verwandte, wenn auch problematische Verpflichtung ist die Pflicht des Verkäufers, den normalen Geschäftsbetrieb ordnungsgemäß fortzuführen. Anderenfalls könnten Aktienverkäufer durch den Verkauf von wichtigen Maschinen, Grundstücken, IP, usw., die bisherige Exklusivitätspflicht des Käufers bedeutungslos werden lassen.

Lols enthalten eher selten Bestimmungen darüber, wer die Aufwendungen und eine „Break-up Fee“⁴ für den Abbruch der Vertragsverhandlungen zu tragen hat; noch weniger findet man diese bei vertraulichen, strategischen Vertragsverhandlungen. Normalerweise trägt jede Vertragspartei ihre Kosten selbst. Bestimmte Aufwendungen,

wie etwa die „Hart-Scott-Rodino Premerger Notification Fees“⁵, können allerdings Gegenstand anderer Vereinbarungen sein. Werden Vertragsverhandlungen vertraulich behandelt, so ist eine „Break-up Fee“ für den Abbruch der Vertragsverhandlungen eher unwahrscheinlich, da Dritte zumeist gar nicht wissen, dass ein bestimmtes Unternehmen zu verkaufen ist und somit von den letztendlich umsonst gemachten Anstrengungen des ersten Interessenten nicht profitieren können.

Der Sinn und Zweck eines Lol bezieht sich also auf jene Kosten und Risiken, die bereits während der Vertragsverhandlungen anfallen und zwar vor der Abwicklung der tatsächlichen Übernahmevereinbarung. Nur durch diese rechtliche Bindung der Parteien kommt den vorvertraglichen Gesprächen ihre Bedeutung zu.

4. Nicht-bindende Bestimmungen

Andere Bestimmungen in einem Lol sollen üblicherweise keine Bindungswirkung entfalten, wie zum Beispiel grundsätzliche Bedingungen der Transaktion. Ob bindend oder nicht, bilden diese Bestimmungen den Ausgangspunkt, von dem aus Abänderungen aufgrund unvorhersehbarer Umstände zulässig sind. Ein Lol bildet üblicherweise ein Grundgerüst für die Transaktion: die Parteien, die Zahlungsmodalitäten, der Unternehmensumfang (mit welchen Aktiva und Passiva bei einer Firmenübernahme durch Kauf der einzelnen Wirtschaftsgüter gerechnet werden muss oder ob einzelne Aktiva und Passiva ausgegliedert werden sollen, falls der Käufer Aktien kaufen will), Bedingungen für den Vertragsabschluss (etwa das Vorliegen einer kartellrechtlichen Genehmigung oder einer stehenden Finanzierung) sowie für untergeordnete Vereinbarungen bzw. solche mit Dritten, wie etwa nachträgliche Genehmigungen, Beschaffungsvereinbarungen, Immobilienleasing, Vereinbarungen hinsichtlich der Arbeitnehmer und Dienstleistungsvereinbarungen. Muss eine Garantie eines Dritten abgegeben werden, so sollte das bereits im Lol erwähnt werden. Was meistens vergessen – oder umgangen – wird, ist die Vereinbarung zur treuhändischen Hinterlegung eines Teils des Kaufpreises. Wurde dieses letzte Element eines Kaufvertrags nicht bereits in den Lol aufgenommen, so ist eine Einigung darüber äußerst schwierig. Darüber hinaus beinhaltet ein Lol zumeist auch den zu erwartenden Zeitplan und den geplanten Ablauf für die Verhandlungen.

Grundsätzlich ist eine Abweichung der Parteien von vorvertraglich festgelegten Bedingungen auch ohne Änderung der Umstände oder unerwartete Erkenntnisse rechtlich zulässig, allerdings kann eine Abweichung von den ursprünglichen Konditionen ohne Begründung das Vertrauen in die laufenden Verhandlungen erschüttern.

4 Hier haben wir das Wort „Konventionalstrafe“ nicht verwendet, weil nach US-amerikanischem Recht solch eine Strafe nicht durchgesetzt werden kann.

5 Kartellrechtliche Meldegebühren, die gemäß dem Hart-Scott-Rodino-Gesetz vor einer Fusion erforderlich sind. Nach den Vorschriften sind diese Gebühren vom Käufer zu tragen, aber die Parteien können diese Kosten unter sich vertraglich aufteilen.

Lols erklären etwa die Geheimhaltungspflicht und die Exklusivität der Verhandlungen als rechtsverbindlich. Jene Konditionen, die als nicht rechtsverbindlich erklärt werden, sind es in der Regel dann auch nicht. Allerdings ist in einem Lol nicht immer eindeutig, was als rechtsverbindlich gelten soll und was nicht. In solchen Fällen kann es dazu kommen, dass eine Bestimmung verbindlich ist, wobei eine der Vertragsparteien dies nicht erwartet hat. Oder der umgekehrte Fall tritt ein, und eine Partei hält eine Regelung für verbindlich, während sie das in Wahrheit nicht ist. Die einfache Lehre, die Geschäftsleute daraus ziehen sollten, ist, dass bindende und nicht-bindende Vereinbarungen im Lol strikt von einander zu trennen und als solche zu benennen sind.

Typischerweise wird der Versuch, den Regelungen eines bereits unterschriebenen Lol Geltung zu verschaffen, dann unternommen, wenn der Verkäufer ein besseres Angebot von einem Dritten erhält. Der Käufer versucht also den endgültigen Vertragsabschluss durchzusetzen, um somit die Transaktion zwischen Verkäufer und einem Dritten, dem Besserbieter, zu verhindern. Die daraus resultierende Ungewissheit oder die bevorstehenden Verhandlungen schrecken den Besserbieter möglicherweise ab. Andererseits kann es auch sein, dass der Käufer ein interessanteres Zielunternehmen entdeckt oder schlicht kalte Füße bekommt und somit der Verkäufer versucht, den Käufer an seine vorvertraglichen Pflichten zu binden.

5. Rechtlicher Hintergrund

Grundsätzlich sei gesagt, dass US-amerikanisches Recht hinsichtlich der Verpflichtungen im Laufe von Vertragsverhandlungen, irgendwo zwischen englischem und kontinental-europäischem Recht angesiedelt ist.⁶ Wurde ein Vertrag einmal errichtet, so bürdet einem das englische und US-amerikanische Recht eine Pflicht zur Erfüllung „in good faith“⁷ auf. Diese Pflichten gelten aber nicht für die vorvertragliche Ebene. Eine Pflicht zu einem Handeln „in good faith“ findet sich beispielsweise weder im „Restatement (Second) of Contracts“ ((Zweite) Darstellung der Grundsätze des US-amerikanischen Vertragsrechts), noch im „Uniform Commercial Code“ (Einheitliches Handelsgesetz). Es ist keine leichte Aufgabe, einer Pflicht zum Handeln „in good faith“ für den vorvertraglichen Bereich Hand und Fuß zu geben, und diese Schwierigkeit könnte US-Gerichte möglicherweise davon abhalten, diese Pflicht anzuerkennen.⁸ Der Vorwurf des „Promissory Estoppel“ ist durchaus denkbar: verlangt wird ein berechtigtes Vertrauen auf ein ausdrückliches Versprechen zum Schaden des Versprechensempfängers. Gerichte sind sich allerdings zumeist weder über das Versprechen, noch darüber, ob ein berechtigtes Vertrauen vorliegt, hinreichend klar.⁹

Das andere Extrem ist der Rechtsbegriff *culpa in contrahendo* im deutschen Recht. *Culpa in contrahendo* erlaubt einer Partei, Schadenersatz von der Gegenpartei zu verlangen, wenn diese im Zuge der Verhandlungen das berechnete Vertrauen des Verhandlungspartners miss-

braucht. Dies ist unabhängig davon, ob ein Lol oder ein ähnliches Dokument existiert; gleichgültig, ob die Bestimmungen – unter Gesichtspunkten des US-amerikanischen Rechts – als bindend oder nicht-bindend zu verstehen sind. Wie nachfolgend näher dargestellt, wurden in manchen Fällen im Bundesstaat New York Abmachungen bereits als bindend betrachtet, obwohl noch kein endgültiger, unterschriebener Vertrag vorlag. Allerdings gibt es dennoch kaum oder keine Anzeichen dafür, dass das bundesstaatliche Gericht von New York die Verpflichtung zu Verhandlungen „in good faith“ innerhalb der vorvertraglichen Verhandlungsphase durchsetzt. *Culpa in contrahendo* ist von den bundesstaatlichen Gerichten von New York nicht übernommen worden und ist dementsprechend unter den US-Rechtsanwendern unbekannt.¹⁰

Die Parteien laufen eventuell Gefahr, dass eine Vereinbarung für gültig erklärt wird, obwohl eine Partei dies noch nicht erwartet hat, oder dass die aufgrund vorvertraglicher Schutzpflichten verletzte Partei auf Schadenersatz klagt.

6. Rechtsentscheidungen im Bundestaat New York

Eine Vergleichsdarstellung der Verpflichtung des Handelns „in good faith“ in den einzelnen US-Bundesstaaten würde den Rahmen dieses Artikels sprengen. Ein Überblick über die Situation im Staat New York vermag die Problematik jedoch deutlich zu machen. Die Entscheidung im Fall *Teachers Insurance*¹¹ legt den oft zitierten Rahmen für Analyse und Begründung der Existenz einer „rechtsverbindlichen, vorläufigen Vereinbarung“ fest. Als Ergebnis dieses Urteils mussten die Parteien die offenen Punkte „in good faith“ aushandeln. Freilich gibt es keine Verpflichtung, dass ein Vertragsabschluss erzielt werden muss; allerdings sollten die Parteien davon abgehalten werden, 1) auf den Vertragsabschluss zu verzichten, 2) die Vertragsverhandlungen aufzugeben, oder 3) auf Konditionen zu bestehen, die nicht von der vorvertraglichen Vereinbarung gedeckt sind. Laut der *Teachers Insurance*-Entscheidung kann man Vorverträge drei Typen zuordnen:

Typ I – Über alle erheblichen Konditionen ist Einigung erzielt worden und die Parteien müssen hinsichtlich des Lol nur mehr Detailfragen klären. Ist die Transaktion in einem solchen Lol dargelegt, so ist dieser einklagbar. Solche Vorverträge können das Aussteigen einer Partei aus dem Geschäft verhindern oder aber der geschädigten

6 Lake, Ralph und Draetta, Ugo, *Letters of Intent and other Precontractual Documents*, 2. Auflage, 1994, p. 20.

7 Hier haben wir bewusst „Treu und Glauben“ nicht verwendet, weil der US-Begriff wesentlich weniger entwickelt ist als im deutschen Recht. „Good faith“ steht im Gegensatz zu „bad faith“, was schlechten Absichten nahe kommt.

8 *Ibid.*, p. 188.

9 *Ibid.*, p. 193.

10 *Ibid.*, p. 178.

11 *Teachers Insurance & Annuity Association of America v. Tribune Co.*, 670 F. Supp. 491 (S.D.N.Y. 1987).

Partei ein Klagerecht einräumen. Wie bereits erwähnt, kann diese ausgesprochene oder unausgesprochene Gefahr eines Rechtsstreits genug sein, um das Verhältnis zwischen den Parteien zu beeinträchtigen. Da Europäer eine Konfrontation vor US-Gerichten vermeiden möchten, haben sie mehr zu verlieren, wenn sie sich auf ein Lol einlassen. Sie sollten sich daher besonders bemühen, um sicher zu gehen, dass sie sich nicht in diesen Typ von Lol verstricken.

Typ II – Die Parteien konnten sich nur hinsichtlich einzelner erheblicher Konditionen einigen, haben aber darüber hinaus beschlossen, die Verhandlungen „in good faith“ weiterzuführen. In diesem Fall kann die Pflicht, „in good faith“ zu verhandeln, durchgesetzt werden. Kommen die Parteien trotz deren ehrlicher Bemühungen zu keinem Vertragsabschluss, so besteht kein Regressrecht. Nur in wenigen Fällen findet diese Art von Vorvertrag Anwendung. Um für eine Durchsetzbarkeit der Verpflichtung „in good faith“ zu verhandeln, muss ein Lol sehr eindeutig und klar formuliert sein. Bei einer großen Mehrheit der Fälle werden die Verpflichtungen als zu wagen betrachtet, um durchsetzbar zu sein. Dennoch sollte dieser Vorvertragstyp umgangen werden.

Nicht-bindende Vorverträge – Der Lol soll keinerlei Bindungswirkung entfalten. Es besteht für die Parteien keinerlei Verpflichtung, „in good faith“ zu verhandeln. Jede Partei kann die Vertragsverhandlungen ohne Angabe eines Grundes abbrechen. Das ist die am häufigsten verwendete Form von Lol und auch jene, die die meisten Parteien erwarten. Natürlich hat aber auch diese Art des Lol mitunter Bestimmungen, die bindend sind.

Im Folgenden werden einige Faktoren aufgeführt, die erkennen lassen, welche Art von Lol Gegenstand der Verhandlungen ist:

- (1) Eine Sprache, die eine gewisse Verbindlichkeit vermittelt.
 - a. Es wird klar und deutlich ausgedrückt, wozu sich die Parteien verpflichten wollen (selbst wenn es keine formelle Vereinbarung gibt).
 - b. Unterschriftenzeilen – ohne diese ist es wesentlich unwahrscheinlicher, dass es geplant ist oder war, das Dokument zu unterzeichnen und damit durchsetzbar zu machen; sie sind aber keine Voraussetzung für die Rechtsverbindlichkeit eines Dokuments.
 - c. Bestimmte Handlungen müssen umgehend getroffen werden – dieser Aspekt steht im Zusammenhang mit „Promissory Estoppel“ (dazu oben ausführlicher) und mit Punkt 2 unten.
 - d. Gebrauch einer „Zusammenschlussklausel“ (informiert, dass alles Geschriebene alle vorherigen Vereinbarungen ersetzt – allerdings nicht, dass die Transaktion selbst den Zusammenschluss darstellt).

- e. Eine Sprache, laut der die offenen Vertragsbestimmungen bloß Formalitäten sind.
- (2) Die Teilleistung durch eine Partei und die Akzeptanz der Vorteile durch die andere.
- (3) Die Vereinbarung (schriftlich oder mündlich) hinsichtlich des wesentlichen Vertragsinhalts (Hauptleistungspflichten).
- (4) Die Art der Vereinbarung – je komplexer die Angelegenheit ist, desto wichtiger wird es sein, die Vereinbarung förmlich zu gestalten. Verlangt eine gängigere Praxis im Geschäftsleben nach formeller gestalteten Vereinbarungen?

US-Gerichte werden versuchen zu erkennen, ob eine echte, korrespondierende Willenserklärung der Beteiligten vorliegt, und sie somit die Absicht hatten, sich vertraglich zu verpflichten. Gemäß dem US-amerikanischen „Statute of Frauds“ muss nicht jede Vereinbarung schriftlich geschlossen werden.¹² Das Gericht wird versuchen zu erwägen, ob die Teilleistung in Bezug auf die gesamte Transaktion bedeutend war oder leicht annulliert bzw. rückgängig gemacht werden kann. Jene Partei, die sich die Rechtsverbindlichkeit des Lol wünscht, beginnt möglicherweise mit der Leistungserfüllung, um das Geschäft zu sichern. Die andere Partei sollte sich dabei nicht zurücklehnen und davon ausgehen, dass sie die Annehmlichkeiten der Teilerfüllung ohne jedwede Konsequenzen genießen kann. Manager der zweiten Führungsebene (oder darunter) sollten diesbezüglich hellhörig sein und eine solche Teilleistung nicht ohne Weiteres akzeptieren.

Wenngleich der Fall *Teachers Insurance* die drei verschiedenen Kategorien von Lols darlegt und somit die Pflicht zum Verhandeln „in good faith“ durchsetzt, kommt der zweite Typus recht selten vor. Dieser zweite „Vorvertragstyp“ vermag Parteien daran zu hindern, dass sie willkürlich auf das Geschäft verzichten oder die Vertragsverhandlungen aufgeben oder aber auf Bedingungen bestehen, die nicht mit dem Lol vereinbar sind. Eine effektive Vertragserfüllung oder Billigkeitsentscheidung ist wohl eine Lösung, aber nicht von Vorteil für das Geschäft. Der zweite „Vorvertragstyp“ kann nicht garantieren, dass es zu einem Vertragsabschluss zwischen den Parteien kommt. Der enttäuschten Partei werden ihre Aufwendungen und eventuell entgangene Gewinne nicht ersetzt. Ungeachtet der Seltenheit dieser Art von Lol und der Forderung nach „good faith“: wann mangelt es Verhandlungen an „good faith“? Am eindeutigsten ist das, wenn:

¹² Das „Statute of Frauds“ bestimmt, dass einige bestimmte Vertragsarten schriftlich festgehalten werden müssen (s. UCC, § 201). Es hat nur wenig mit Betrug an sich zu tun.

- (1) Die Vorstellungen einer Partei unbegründet sind,
- (2) Eine Partei nie vor hatte, den Vertrag abzuschließen,
- (3) Eine Partei die Vertragsverhandlungen ohne Angabe eines Grundes abbricht bzw. aufgrund eines Umstandes, der gegenüber der Gegenseite nicht offen gelegt wurde, etwa
 - a. wegen einem beschränkten Budget,
 - b. in Ermangelung einer Finanzierung,
 - c. wegen gleichzeitiger Verhandlungen über verschiedene Transaktionen, wobei nur wenige zu einem Abschluss gebracht werden können,
 - d. mangels Zulässigkeit zur Unterschriftsleistung,
 - e. mangels Befugnis,
 - f. Verhandlungen ausschließlich zu dem Zweck, einen Preis für andere Zwecke festzulegen,
- (4) Verhandlungen mit dem Lol nicht vereinbar und durch bestimmte Entdeckungen oder eine Änderung der Umstände nicht gerechtfertigt sind,
- (5) Eine Verhandlung nur dazu dient, den Vertragspartner zu schädigen, ihn abzulenken oder ihn davon abzuhalten, andere Möglichkeiten wahrzunehmen.

Obgleich dies keine formal anerkannte rechtliche Theorie ist, so kann man doch davon ausgehen, dass ein Gericht oder die Geschworenen einen Lol desto eher als verbindlich anerkennen, je gravierender das „bad faith“ einer Partei ist, um der geschädigten Partei einen Rechtsbehelf zu ermöglichen. Der Wunsch, die Partei, die „in bad faith“ gehandelt hat, zu bestrafen, wird den Tatsachensucher in diese Richtung führen. Die Partei, die die Verhandlungen letztlich abbricht, kann ihre Position dadurch aufwerten, dass sie externe Faktoren, die einen erfolgreichen Vertragsabschluss verhindern könnten, der Gegenpartei frühzeitig bekannt macht. Zumindest sollte im Lol jene Terminologie vermieden werden, welche die geschädigte Partei sich zunutze machen könnte, um den Lol durchzusetzen, sowie Ausdrücke, die eine Verpflichtung zum Handeln „in good faith“ andeuten.

Da es aber sehr schwierig ist, gegen das Einbringen eines „good faith“-Modus zu argumentieren, egal ob durchsetzbar oder nicht, sollte diejenige Partei den Lol verfassen, die den „good faith“-Modus umgehen möchte, und hoffen, dass die Gegenpartei dessen Einbringen nicht vorschlägt. Falls dennoch der „good faith“-Modus von der Gegenpartei verlangt wird, kann die Partei, die die Verhandlungen abbricht, die Position beziehen, dass dieser Modus allzu wagt ist. Ferner soll explizit darauf hinge-

wiesen werden, dass eine Übereinkunft bezüglich der grundsätzlichen Eckdaten nicht besteht und dass der Lol nicht rechtsverbindlich ist (nur in eindeutigen Ausnahmesituationen und dann als ausdrücklich rechtsverbindlich bezeichnet).

Von anderen Gesichtspunkten wie der Bekanntmachung der Unterzeichnung des Lols oder einer vollständigen Auflistung aller Eckdaten sollte am besten abgesehen werden. Ein bloßer Hinweis auf eine weitere, detaillierte, noch zu verhandelnde Vereinbarung reicht nicht aus, um die Rechtsverbindlichkeit des Lols erfolgreich zu unterlaufen. Auf jeden Fall sollte aber diejenige Partei, die die Verhandlungen abbricht, alles daran setzen, nicht den Anschein zu erwecken, als hätte sie „in bad faith“ gehandelt. Diese Partei sollte also einen plausiblen Grund für ihre Positionen haben und davon schriftlich Mitteilung machen.

7. Deutsch-US-amerikanische Überlegungen

Nochmals andere Faktoren kommen dann ins Spiel, wenn die Vertragsparteien Deutsche und Amerikaner sind. In diesem Fall ist es umso unwahrscheinlicher, dass ein deutscher Geschäftsmann durch einen Lol verpflichtet sein will, wo er eine solche Verpflichtung nicht erwartet. Zunächst einmal ist es wahrscheinlich, dass der Lol auf Englisch verfasst ist, da nur wenige Amerikaner Deutsch sprechen. Ein Deutscher wird argumentieren, dass er keine Willenserklärung abgegeben hat und daher keinerlei Verpflichtungen vorliegen; dies ist umso wahrscheinlicher als Englisch nicht seine Muttersprache ist. Auch unterscheiden sich die deutsche „Due Diligence“, die Vertragsgestaltung und -erfüllung durchaus vom US-amerikanischen Recht. In der Phase der Vorverhandlungen ist nicht davon auszugehen, dass die deutsche Partei eben all diese Aspekte der Transaktion versteht, was eine korrespondierende Willenserklärung noch unwahrscheinlicher macht.

Andererseits, wenn ein Lol sowohl auf Deutsch verhandelt als auch abgeschlossen wird, und wenn keine andere Rechtswahl getroffen wurde, so findet deutsches Recht Anwendung, was eine Klage wegen culpa in contrahendo bedeuten kann.

8. Zusammenfassung

Um eine gefährliche Grauzone zu vermeiden, sollten zumindest nachfolgende Schritte beachtet werden:

- (1) Differenzieren Sie im Lol klar und deutlich zwischen rechtsverbindlichen und unverbindlichen Bestimmungen, üblicherweise mit Bezug auf den entsprechenden, nummerierten Absatz im Lol. Machen Sie deutlich, dass ausschließlich jene Regelungen Bindungswirkung entfalten, die als solche benannt wurden. Manche Anwälte errichten für bindende und nicht-bindende Regelungen sogar zwei verschiedene Dokumente.

- (2) Machen Sie deutlich, dass jene Punkte, über die noch keine Einigung erzielt werden konnte, Gegenstand weiterer Verhandlungen sind. Wenn möglich, sollten Sie schriftlich und rechtsverbindlich festhalten, dass nur jene Vereinbarung, die von beiden Vertragsteilen unterzeichnet wurde, die endgültige ist und somit nur deren Inhalt Bindungswirkung entfalten kann.
- (3) Lassen Sie nicht bewusst zu, dass die Gegenseite beginnt, substantielle Leistungen zu erbringen, die Gegenstand des Geschäfts sind.
- (4) Geben Sie die Transaktion solange nicht bekannt, bis der Vertrag voll und ganz abgeschlossen ist.
- (5) Legen Sie das anzuwendende Recht fest, um die Anwendung des Rechtsbegriffs *culpa in contrahendo* zu verhindern. Je geringer bei den Vertragsverhandlungen und der Unterzeichnung der Dokumente der Bezug zu Deutschland ist, desto unwahrscheinlicher wird die Anwendung der *culpa in contrahendo*.
- (6) Vermeiden Sie im Lol den Bezug auf ein Handeln „in good faith“.
- (7) Entwerfen Sie den Lol selbst; dadurch können Sie verhindern, in die Verlegenheit zu kommen, Bestimmungen, die Ihnen unerwünschte Pflichten auferlegen würden, heraushandeln zu müssen.

Ausgestattet mit diesen Informationen sollte ein deutscher Geschäftsmann davor bewahrt werden, durch die Unterzeichnung eines Lol, der unerwartete Pflichten auslöst, in eine Falle zu tappen. Ebenso sollte es ihm möglich sein, sich in einer Verhandlung erfolgreich gegen eine Vertragspartei durchzusetzen, wenn diese ihn an den Verhandlungstisch zu binden versucht.

Vielen Dank an Mathew Gerber (Columbia University Law School), Henning von Soden (Referendar), Sarah Smith-Tatuepa und Renauld Clarke (beide Tulane University Law School) für ihre Recherchen über die Rechtslage im Bundesstaat New York und in Deutschland sowie an Doris Niedersüss (Haslinger/Nagele & Partner), Carmen Candia und Ellen Löffler (beide Alston + Bird LLP) für ihre Übersetzung aus der englischen Fassung. ■

Literaturhinweis

Umstrukturierungen

Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes

Dr. Lukas Glanzmann
 Stämpfli juristische Lehrbücher SJL, 366 Seiten, broschiert
 ISBN 3-7272-0794-9, Preis: 114 SFr / 75.30 Euro

Das Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003 (Fusionsgesetz, FusG) bezweckt, Umstrukturierungen von Gesellschaften, Vereinen und Stiftungen zu erleichtern. Was ursprünglich als eine Art «Kochbuch», d.h. als ein für Juristen und Laien gleichermaßen verständliches Gesetz, konzipiert war, erweist sich in der Praxis als Regelwerk mit Lücken, Widersprüchen und Unklarheiten. Einzelne Umstrukturierungsformen bergen für die daran Beteiligten gar erhebliche Risiken. Das vorliegende Buch enthält eine systematische Darstellung des Fusionsgesetzes. Darin wird aufgezeigt, wie dessen Unklarheiten beseitigt, Lücken gefüllt und Widersprüche aufgelöst werden können. Zudem wird praxisnah erläutert, wie die mit einzelnen Umstrukturierungsformen verbundenen Risiken vermieden werden können. Das Buch richtet sich sowohl an Studierende als auch an Praktiker, namentlich an Anwälte, Richter, Revisoren und Treuhänder. Ein Sachregister erleichtert den Zugang zu diesem Werk.