

# Sandbagging: Hintergründe und Handhabung

Die Übernahme Sharps durch einen taiwanesischen Konkurrenten sorgte in den japanischen Medien für einiges Aufsehen. Die Reaktionen zeigen, dass die Strukturen von M&A-Transaktionen in Japan noch nicht ausreichend bekannt sind.

Von Mikio Tanaka

Nach langen Verhandlungen wurde Hon Hai Precision Industry (HHPI) 2016 größter Aktionär von Sharp. Laut Medienberichten legte Sharp noch kurz vor der Unterzeichnung des Übernahmevertrags eine Auflistung seiner Eventualverbindlichkeiten in Höhe von maximal 350 Milliarden Yen vor, woraufhin HHPI eine weitere Due-Diligence-Prüfung (DD) durchführte und Sharp schließlich zu einem um ca. 100 Milliarden Yen niedrigeren Kaufpreis übernahm. In nicht wenigen japanischen Berichterstattungen lautete der Tenor daraufhin: „Die Chinesen haben einen Vorwand gesucht, um den Kaufpreis zu drücken“. Dabei handelt es sich bei DD eigentlich um eine rationale Analyse, die Informationen über bestehende Zusicherungen und Gewährleistungen (Representations and Warranties, „R&W“) des Verkäufers gegenüber dem Käufer offenlegt.

Es ist zu vermuten, dass die japanischen Medien schockiert darüber waren, dass ein namhafter japanischer Hersteller durch ein taiwanesisches Unternehmen übernommen wurde, doch solche Berichte zeigen auch, dass R&W und DD in Japan noch nicht allgemein bekannt sind. Dabei sind die R&W-Klauseln des Verkäufers oft der wichtigste rechtliche Aspekt bei M&A, da der kleinste Fehler zu schwerwiegenden Konsequenzen wie erheblichen Schadensersatzforderungen oder einer Vertragskündigung führen kann. Der Vertragsstil mit R&W-Klausel stammt jedoch aus den USA, so dass die Rechtsnatur im Kontext des japanischen Rechts noch nicht eindeutig geklärt ist.

## Angloamerikanische Rechtsmethoden in Kontinentalrechtsländern

Die modernen Rechtssysteme lassen sich grob dem römisch-germanischen bzw. kontinentaleuropäischen Rechtskreis, zu dem das japanische und das deutsche Recht gehören, und dem Common Law bzw. dem anglo-amerikanischen



Rechtskreis zuordnen, die sich in Bezug auf Rechtssystem, Aufbau und Begriffe wesentlich unterscheiden. Aufgrund der Tatsache, dass sich der amerikanische Vertragsstil mit der *Pax Americana* nach dem zweiten Weltkrieg zum Mainstream entwickelt hat, Englisch zur Weltsprache geworden ist und Finanzprodukte, die komplexe Verträge erfordern, hauptsächlich in den angloamerikanischen Ländern entwickelt wurden, ist heute der angloamerikanische Vertragsstil auch in Ländern des Kontinentalrechts verbreitet.

Auch im Bereich einiger Unternehmenstransaktionen ist der angloamerikanische Vertragsstil inzwischen *de facto* weltweit Standard, unabhängig vom unterliegenden Recht. So kommt es in Kontinentalrechtsländern häufig zu Unklarheiten darüber, wie die angloamerikanischen Vertragsformulierungen zu interpretieren sind. Typische Beispiele hierfür sind die R&W- und Sandbagging-Klauseln.

## R&W- und Sandbagging-Klauseln bei M&A-Transaktionen

Das Phänomen, bei dem der Käufer einen Vertrag abschließt bzw. eine Transaktion ausführt und danach Schadensersatz fordert, obwohl ihm bereits bekannt war, dass ein Verstoß des Verkäufers gegen die R&W-Klausel vorliegt, wird als „Sandbagging“ bezeichnet. Eine Pro-Sandbagging-Klausel erlaubt solche Aktionen, wobei eine Anti-Sandbagging-Klausel diese verbietet. In Japan gibt es auf Regionalgerichtsebene ein Urteil, das die Gültigkeit von Anti-Sandbagging-Klauseln bestätigt. Für



Stock/JP/Gartenberg/UK/td

Pro-Sandbagging-Klauseln liegt jedoch noch kein solches Urteil vor. Anders als bei B2C-Transaktionen tendieren die Gerichte aber dazu, in B2B Fällen eine große Vertragsfreiheit anzuerkennen. Da M&A-Deals typische B2B-Transaktionen sind, ist es eher wahrscheinlich, dass – außer in ungewöhnlichen Umständen – die Gültigkeit der Pro-Sandbagging-Klauseln auch anerkannt wird.

Immer mehr M&A-Verträge in Japan beinhalten Sandbagging-Klauseln. Da hier die Interessen von Verkäufer und Käufer frontal aufeinandertreffen, werden normalerweise entweder sehr detaillierte Regelungen definiert oder absichtlich keine Sandbagging-Regelungen festgelegt. Ob im Falle Sharps eine solche Klausel, oder überhaupt solche Umstände vorlagen, ist nicht bekannt.

Doch was passiert, wenn keine entsprechenden Klauseln definiert wurden? In Südkorea entschied der OGH 2015, dass Sandbagging möglich ist, sofern man sich nicht explizit auf eine Anti-Sandbagging-Klausel geeinigt hat. Im japanischen Recht finden sich keine direkten Regelungen und unter den Wissenschaftlern ist die Rechtsnatur der R&W- und Sandbagging-Klauseln aufgrund ihrer Herkunft aus dem angloamerikanischen Recht umstritten. Es gibt zwar keine etablierte Rechtsprechung, aber eine Leitentscheidung, wenn auch nur auf Regionalgerichtsebene. In einem Urteil von 2006 findet man jedoch folgende nicht eindeutige Formulierung: „Es ist möglich, dass der Verkäufer nicht haftbar gemacht werden kann, wenn dem

Käufer der Verstoß des Verkäufers gegen die R&W bekannt war oder es ihm wegen grober Fahrlässigkeit nicht bekannt war.“ Dabei berief sich das Gericht in seiner Erklärung nicht auf den Gesetzestext, sondern bloß auf den „Standpunkt der Fairness“. In der japanischen Lehre wird mitunter behauptet, dass R&W eine Art der Gewährleistung wegen rechtlichen Mangels ist. Im japanischen Zivilgesetzbuch existiert jedoch keine gesetzliche Regelung, die wie im deutschen §442 BGB regelt, dass keine Gewährleistungspflicht des Verkäufers besteht, wenn ein Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Käufers vorliegt.

### Schwierige Tatsachenfeststellungen – Beispiel Überstunden

Der Vorwurf, dass Käufer durch die Analyse der R&W den Kaufpreis drücken wollen, wird oft damit begründet, dass zuvor bereits eine DD durchgeführt wurde. Die DD kann jedoch nicht alle Aspekte erfassen. So kommt es in Japan nicht selten vor, dass, obgleich der Verkäufer versichert und gewährleistet, dass „keine unbezahlten Überstunden existieren“, sich später herausstellt, dass es doch solche Verbindlichkeiten gibt (Siehe JM3/2011). Grund hierfür sind oft Tricks des Arbeitgebers. Laut dem japanischen Arbeitsstandardgesetz sind Überstundenzahlungen an Führungskräfte bzw. Mitarbeiter mit Personalverantwortung (*kanrikantokusha*) nicht erforderlich. Um Überstundenzahlungen zu reduzieren, werden daher manchmal viele Arbeitnehmer zu *kanrikantokusha* ernannt, die in Wirklichkeit keine entsprechenden Aufgabeninhalte und Befugnisse haben. Eine solche Umgehung des Gesetzes ist illegal und kommt das Unternehmen in vielen Fällen später teuer zu stehen (JM3/2013 – Über *fukakin*, zivilrechtliche Sanktion gegen Arbeitgeber).

Einige Unternehmen haben darüber hinaus ungeschriebene Regelungen oder entsprechende Systemeinstellungen, die dafür sorgen, dass nicht mehr als 80 Überstunden in das System eingegeben werden können. Der mögliche Grund hierfür: Da die Gefahr von *karoshi* (Tod durch Überarbeitung) zunimmt, wenn die Zahl der monatlichen Überstunden 80 Stunden übersteigt, verstärkt das Ministerium für Gesundheit, Wohlfahrt und Arbeit die Aufsicht über Unternehmen, bei denen diese Grenze überschritten wird. Der Mitarbeiter kann jedoch die Bezahlung der Überstunden gerichtlich fordern, wenn er – zum Beispiel anhand von Kalendereinträgen oder E-Mails – nachweisen kann, dass Überstunden geleistet wurden.

Um Sachverhalte wie diesen oder ähnliche zu erkennen, ist eine genaue Untersuchung der Personalangelegenheiten anhand von Interviews erforderlich. Im Rahmen einer DD ist es jedoch so gut wie unmöglich, derartige Probleme aufzudecken, weshalb der Käufer gut beraten ist, eine umfassende und vorsichtiglich formulierte R&W-Klausel zu vereinbaren. ■



**Mikio Tanaka**

ist Partner und Rechtsanwalt mit japanischer Volljuristzulassung bei City-Yuwa Partners in Tokyo.

E-Mail: [mikio.tanaka@city-yuwa.com](mailto:mikio.tanaka@city-yuwa.com)  
[www.city-yuwa.com](http://www.city-yuwa.com)