

Bericht der Arbeitsgruppe „Kodifizierung des Unternehmenskaufs“

der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder

unter Mitwirkung der Länder Berlin, Hessen, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen (Federführung)

Inhaltsverzeichnis

Arbeitsauftrag und Ergebnisse	7
I. Einleitung.....	7
II. Wirtschaftliche und rechtspolitische Ausgangslage.....	8
III. Rechtspolitischer Prüf- und Handlungsbedarf	10
IV. Ansatz und Methode der Arbeitsgruppe	13
V. Empfehlungen zur Reform des Rechts des Unternehmenskaufs	14
Kapitel 1: Definition des Unternehmenskaufs	17
I. Einführung	17
II. Entwicklung der Rechtsprechung zum „Share Deal“	18
1. Rechtsprechung des Reichsgerichts	18
2. Rechtsprechung des BGH vor der Schuldrechtsreform	18
3. Rechtsprechung nach der Schuldrechtsreform	20
III. Schrifttum zur Definition und typologischen Einordnung des Unternehmenskaufs beim „Share-Deal“	22
1. Unternehmenskauf nur bei Erwerb aller oder fast aller Anteile ..	22
2. Grenzziehung anhand von Beschaffenheitsvereinbarungen	22
3. Schwellen für die Einordnung als Unternehmenskauf.....	23
IV. Empfehlungen zur Kodifizierung	25
Kapitel 2: Form des Unternehmenskaufvertrags	27
I. Einführung	27
II. Problematik der Anwendung des § 311b Abs. 3 BGB	27
III. Empfehlungen zur Kodifizierung	29
Kapitel 3: Pflichten vor Abschluss des Unternehmenskaufvertrags.....	30
I. Einführung	30
II. Sach- und Streitstand	31
1. Geheimhaltungspflichten	32
2. Abbruch von Vertragsverhandlungen	32

3. Vorvertragliche Aufklärungspflichten	33
III. Empfehlungen zur Kodifizierung	36
Kapitel 4: Kaufpreisbestimmung	38
I. Einführung	38
1. Fester Kaufpreis („Locked-Box“)	38
2. Variabler Kaufpreis („Closing-Accounts“)	39
3. Verfahren zur Feststellung des Abschlusses	39
II. Sach- und Streitstand	40
III. Empfehlungen zur Kodifizierung	41
Kapitel 5: Fälligkeit und Verzinsung des Kaufpreises	42
I. Einführung	42
II. Sach- und Streitstand	43
1. Fälligkeit und Verzinsung bei Einholung von Schiedsgutachten	43
2. Fälligkeit und Verzinsung bei sonstigen Verzögerungen.....	46
III. Empfehlungen zur Kodifizierung	46
Kapitel 6: Pflichten zwischen Vertragsschluss und Vollzug..	48
.....	
I. Einführung.....	48
II. Sach- und Streitstand.....	49
III. Empfehlungen zur Kodifizierung.....	50
Kapitel 7: Mängelrechte	52
I. Einführung	52
II. Beschaffenheit des Unternehmens – subjektiver und objektiver Mangelbegriff.....	53
1. Sach- und Streitstand	53
2. Empfehlungen zur Kodifizierung	57
III. Mangel des Unternehmens – Gesamt- oder Teilerheblichkeit?	59
1. Sach- und Streitstand	59
2. Empfehlungen zur Kodifizierung	60
IV. Rechtsfolgen eines Mangels / Rechte des Käufers	60
1. Sach- und Streitstand	60

2.	Empfehlungen zur Kodifizierung	62
3.	Dispositivität des gesetzlichen Gewährleistungsrechts (§ 444 BGB)	63
V.	Ausschluss der Gewährleistung bei Kenntnis des Käufers (§ 442 BGB).....	66
1.	Sach- und Streitstand	66
2.	Empfehlungen zur Kodifizierung	68
	Kapitel 8: Wissenszurechnung	69
I.	Einführung	69
II.	Sach- und Streitstand	69
1.	Entwicklung der Rechtsprechung	69
2.	Kritik und Ansätze in der Literatur.....	71
III.	Empfehlungen zur Kodifizierung	72
	Kapitel 9: Verjährung	74
I.	Einführung	74
II.	Verjährungsfragen im Einzelnen	74
1.	Verjährung des Erfüllungsanspruchs	74
2.	Verjährung bei Mängelrechten	74
3.	Verjährung bei Kaufpreisanpassung	77
4.	Verjährung bei Garantieansprüchen	78
III.	Empfehlungen zur Kodifizierung	78
	Kapitel 10: Übergang von Rechtsverhältnissen auf den Erwerber (Asset Deal)	79
I.	Einführung	79
II.	Ausgangslage: Grundsatz der Mitwirkung des Vertragspartners.....	80
III.	Gesetzliche Ausnahmen von der Mitwirkung des Vertragspartners .	81
1.	Gesetzlicher Übergang des Mietverhältnisses bei Veräußerung	81
2.	Gesetzlicher Vertragsübergang bei der Sachversicherung	82
3.	Übergang des Arbeitsverhältnisses aufgrund Betriebsübergangs	82
4.	Übertragung von Nutzungsrechten	83

IV. Umwandlungsrechtliche Übertragung ohne Mitwirkung	84
V. Dogmatik zur handelsrechtlichen Firmenfortführung	85
1. Übergang von Verbindlichkeiten und Forderungen	85
2. Verständnis der handelsrechtlichen Sondervorschriften	86
VI. Kritik an der geltenden Rechtslage im Handelsrecht	87
VII. Regelungsansätze in Österreich und der Schweiz	87
1. Österreich - § 38 Unternehmensgesetzbuch	87
2. Überleitung von Rechtsverhältnissen nach Schweizer Recht ...	89
VIII. Empfehlungen zur Kodifizierung	90
1. Übertragung von Rechtsverhältnissen ohne Zustimmung Dritter	90
2. Folgewirkungen	91
Kapitel 11: Übergang öffentlich-rechtlicher Rechtspositionen	94
I. Differenzierung nach Art der Genehmigung	94
II. Rechtsfolgen für den Bestand öffentlich-rechtlicher Berechtigungen bei Umwandlungen	95
III. Begründung der Differenzierung	96
IV. Kritik an der geltenden Unterscheidung	96
1. Anerkennung von Personengesellschaften als Erlaubnisträger	96
2. Grundsätzlicher Übergang von Erlaubnissen bei Umwandlungen	97
V. Empfehlungen zur Kodifizierung	97
Kapitel 12: Unternehmenskauf und Recht der AGB	99
I. Einführung	99
II. Sach- und Streitstand	99
1. Rechtsprechung	100
2. Kritik in der Literatur	102
3. Folgen für die Unternehmenspraxis	103
III. Mögliche Lösungsansätze	103
1. Beschluss der Herbstkonferenz der Justizministerinnen und Justizminister vom 10. November 2022	103
2. Bereichsausnahme für den Unternehmenskauf	104

3. Einschränkung der tatbestandlichen Voraussetzungen	105
4. Größenabhängige Eingrenzung.....	106
IV. Empfehlungen zur Kodifizierung	106

Arbeitsauftrag und Ergebnisse

I. Einleitung

Der vorliegende Bericht enthält die Arbeitsergebnisse einer Länderarbeitsgruppe, die durch Beschluss der Justizministerinnen und Justizminister auf ihrer 93. Konferenz am 10. November 2022 in Berlin eingesetzt worden ist.

Die Justizministerinnen und Justizminister haben sich mit der Bedeutung von Fusionen und Übernahmen für den Wirtschafts- und Innovationsstandort Deutschland und der Frage beschäftigt, ob eine Kodifikation des Rechts des Unternehmenskaufs geeignet sein könnte, um Rechtssicherheit und -transparenz zu erhöhen, die Durchsetzbarkeit von Ansprüchen zu verbessern und so die Attraktivität des Wirtschaftsstandorts Deutschland zu steigern.

In diesem Zusammenhang haben sie unter TOP I. 9. folgenden Beschluss gefasst:

- 1. Die Justizministerinnen und Justizminister unterstreichen die Bedeutung von Fusionen und Übernahmen für den Wirtschafts- und Innovationsstandort Deutschland. Unternehmen schließen sich zusammen oder werden übernommen, um neue Märkte oder Vertriebswege zu erschließen, Kunden oder Fachkräfte zu gewinnen, Know-how zu erwerben und Wachstum sowie Digitalisierung zu beschleunigen. Der Mittelstand steht vor der zusätzlichen Herausforderung, die Unternehmensnachfolge zu gewährleisten. Dafür sind rechtssichere Transaktionen unerlässlich.*
- 2. Die Justizministerinnen und Justizminister stellen fest, dass der Unternehmenskauf trotz seiner enormen Bedeutung für die Wirtschaft einen nur untergeordneten Stellenwert im kodifizierten Recht besitzt. Weder im Bürgerlichen Gesetzbuch noch im Handelsgesetzbuch existieren Normen, die eine verlässliche Grundlage für Fusionen und Übernahmen bilden. Die entsprechend anwendbaren Vorschriften des Sachkaufs werden in der Praxis häufig als untauglich empfunden und abbedungen und durch komplexe Vertragswerke ersetzt. Streitigkeiten werden in privaten Schiedsverfahren beigelegt und erreichen selten die staatlichen Gerichte. Der bisherige Verzicht des Gesetzgebers auf eine grundlegende Regelung des Unternehmenskaufs führt zu Rechtsunsicherheit.*
- 3. Eine Kodifikation des Unternehmenskaufs könnte geeignet sein, um Rechtssicherheit und -transparenz zu erhöhen, die Durchsetzbarkeit von Ansprüchen zu verbessern und so die Attraktivität des Wirtschaftsstandorts Deutschland zu steigern. Gerade kleinen und mittleren Unternehmen könnte die Unternehmensnachfolge erleichtert werden. Zudem würden die Bemühungen der Länder, die Akzeptanz und Bedeutung staatlicher Gerichte durch die Einrichtung von „Commercial Courts“ zu vergrößern, sinnvoll ergänzt.*
- 4. Um etwaigen Regelungsbedarf zu identifizieren und gegebenenfalls Vorschläge für interessengerechte Normen zu erarbeiten, richten die Justizministerinnen und Justizminister eine länderoffene Arbeitsgruppe unter Federführung*

des Landes Nordrhein-Westfalen ein. Sie bitten das Bundesministerium der Justiz, sich an der Arbeitsgruppe zu beteiligen. Diese soll der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister einen veröffentlichungsfähigen Bericht mit Vorschlägen vorlegen, der gegebenenfalls eine geeignete Diskussionsgrundlage für die Beteiligung der Praxis bildet.

In Ausführung des erteilten Arbeitsauftrags enthält der vorliegende Bericht anhand von Rechtsprechung und Literatur eine Analyse möglicher regelungsbedürftiger Rechtsfragen im Zusammenhang mit einem Unternehmenskauf und gibt eine Einschätzung zu Notwendigkeit und Umsetzung einer entsprechenden Kodifizierung ab.

II. Wirtschaftliche und rechtspolitische Ausgangslage

Beim Unternehmenskauf handelt es sich um eine Materie, in der eine – in diesem Umfang nahezu einzigartige – Diskrepanz zwischen der wirtschaftlichen Bedeutung einerseits und der rudimentären positivrechtlichen Regelung des Rechtsgebiets andererseits besteht.

1. Hohe Anzahl an Unternehmensnachfolgen

Im Jahr 2021 fanden weltweit mehr als 20.000 Fusionen und Übernahmen mit einem Gesamtvolumen von 5,9 Bio. USD statt.¹ Trotz aller Hindernisse bei den Verhandlungen durch Corona-Beschränkungen wurden mehr als 2.000 deutsche Unternehmen erworben.² Der Wert von Fusionen und Übernahmen mit deutscher Beteiligung lag bei 238 Mrd. USD. Das Volumen von rein innerdeutschen Übernahmen stieg – vor allem wegen einer Einzelübernahme im Umfang von 18 Mrd. USD – auf 67,5 Mrd. USD.³ Die Spannbreite ist groß – vom Mega-Deal zwischen börsennotierten Gesellschaften bis zur Übernahme eines Ladengeschäfts.

Die Anzahl und das Volumen der Transaktionen dürften in den nächsten Jahren noch deutlich zunehmen: Nach einer Umfrage der Kreditanstalt für Wiederaufbau suchen bis zum Ende des Jahres 2026 rund 560.000 der insgesamt etwa 3,8 Millionen mittelständischen Unternehmen eine Nachfolge, in den nächsten 10 bis 15 Jahren sogar mehr als die Hälfte der Unternehmen. Zwar wünschen sich aktuell 53 % der Altinhaber, das Unternehmen in die Hände eines Familienangehörigen zu legen; allerdings erwägen immerhin 45 % der Altinhaber im Rahmen der Nachfolgeplanung eine externe Übergabe bzw. einen externen Verkauf.⁴

Gerade bei vielen Familienunternehmen in Deutschland steht ein Generationenwechsel bevor. Laut einer Umfrage des Münchner ifo-Instituts und der Stiftung Familienunternehmen gaben 43 % der befragten Firmen an, dass bei ihnen in den kommenden drei Jahren eine Unternehmens- oder Anteilsübertragung ansteht. Bei den größeren

¹ Global M&A Report 2022 von Bain & Company, S. 3.

² „Die größten Übernahmen des Jahres in Deutschland“, Handelsblatt vom 20.12.2021.

³ „Die größten Übernahmen des Jahres in Deutschland“, Handelsblatt vom 20.12.2021.

⁴ KfW Nachfolge-Monitoring Mittelstand 2022 vom 28. März 2023.

Unternehmen mit mehr als 250 Mitarbeitern planen in den nächsten drei Jahren sogar 50 % den Generationenwechsel.⁵

Die Übernahme eines mittelständischen Unternehmens kann dabei eine attraktive Option für externe Käufer darstellen, da diese auf ein bewährtes Geschäftsmodell inklusive Kundenstamm, Lieferanten, Auftragsbestand, Mitarbeiter und Know-how zurückgreifen können. Nicht alle dieser Unternehmerinnen und Unternehmer werden im Rahmen des Unternehmensverkaufs von spezialisierten Anwaltskanzleien begleitet werden.

2. Fehlende Kodifizierung und Rechtsprechung zum Unternehmenskaufrecht

Ein Unternehmenskauf ist ein komplexer Vorgang und mit erheblichen wirtschaftlichen und rechtlichen Risiken verbunden. Die Vertragspartner haben ein hohes Interesse an Rechtssicherheit, Rechtstransparenz und überschaubaren Kosten. Diese wesentlichen Standortfaktoren vermag die deutsche Rechtsordnung derzeit nur eingeschränkt zu bieten. Der wirtschaftlichen Bedeutung des Unternehmenskaufs steht eine nur lückenhafte gesetzliche Regelung im gesetzlichen Kauf- und Schuldrecht gegenüber, die seit der am 1. Januar 2002 in Kraft getretenen „großen Lösung“ der Modernisierung des Schuldrechts (Schuldrechtsreform) vom Leitbild des Verbrauchsgüterkaufs geprägt ist. Der Gesetzgeber hat sich auf die Umsetzung der EU-Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie konzentriert mit der Folge, dass sich der gesetzliche Rahmen für den Unternehmenskauf an Gesichtspunkten des Verbraucherschutzes und am Leitbild einer zu Lasten des Käufers gestörten Vertragsparität orientiert.⁶ Bereits kurz nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ist konstatiert worden, dass die Reform im Hinblick auf das Recht des Unternehmenskaufs zahlreiche neue Rechtsfragen aufwirft. Eine große Anzahl von Publikationen hat sich mit der Materie befasst, wobei das Verständnis der neuen Vorschriften teilweise weit auseinanderliegt.⁷

Zu einer Kodifizierung eines Unternehmenskaufrechts ist es bislang nicht gekommen. Dies dürfte zum einen auf die Komplexität des zu regelnden Rechtsgebiets zurückzuführen sein,⁸ zum anderen aber auch auf den Umstand, dass dieser Bereich – angelehnt an das anglo-amerikanische Recht – Gegenstand einer ausgeprägten Kautelarpraxis ist und die Rechtsprechung bislang nur in verhältnismäßig wenigen Rechtsfällen Gelegenheit für eine Rechtsfortbildung zum Unternehmenskauf hatte. Gelegentlich wird dem Gesetzgeber sogar die Kompetenz zu einer sachgerechten Regelung abgesprochen, da dieses Rechtsgebiet in der Anwaltschaft besser aufgehoben sei.⁹

⁵ Quelle: www.tagesschau.de/wirtschaft/unternehmen/ifo-familienunternehmen-100.html, abgerufen am 23.02.2024.

⁶ Seibt/Reiche, DStR 2002, 1135.

⁷ Büdenbender in Dauner-Lieb/Henssler, Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung (2002), S. 5; Dauner-Lieb/Thiessen, ZIP 2002, 108; Gaul, ZHR 166 (2002), 35 m.w.N.

⁸ S. etwa mit Bezug zum notwendigen Klärungsprozess der §§ 25, 26 HGB: Lieb, Die Haftung für Verbindlichkeiten bei Dauerschuldverhältnissen beim Unternehmensübergang, S. 2.

⁹ Hopt, ZHR 2022, 7 ff. (66); im Ergebnis auch U. Huber, AcP 202 (2002), 179, 210 ff., insb. S. 228.

Die Erwartung von Schuldrechtskommission¹⁰ und Literatur,¹¹ dass die Fortentwicklung des Rechtsgebiets des Unternehmenskaufs der Rechtsprechung überlassen bleiben könne, hat sich jedenfalls in den vergangenen zwei Jahrzehnten nicht erfüllt,¹² auch wenn in jüngster Zeit aufgrund der Bemühungen von Bund und Ländern zur Errichtung von „Commercial Courts“ und spezialisierten Spruchkörpern¹³ wieder mehr Bewegung in die Rechtsprechung kommt.¹⁴ Die Erwägung der Kodifizierung bestimmter Bereiche des Rechts des Unternehmenskaufs dient insofern auch dem Zweck, die Bemühungen der Länder, die Akzeptanz und Bedeutung staatlicher Gerichte durch die Einrichtung von „Commercial Courts“ zu vergrößern, sinnvoll zu ergänzen.

Das Ziel von Bund und Ländern, Wirtschaftsstreitigkeiten aus anderen Rechtsordnungen in den deutschen Rechtskreis zurückzuholen und eine ernsthafte Alternative zur Schiedsgerichtsbarkeit zu bieten, würde durch eine Steigerung der Attraktivität des materiellen deutschen Zivil- und Handelsrechts gestärkt. Die Qualität der Rechtsordnung ist ein entscheidender Faktor für die Wahl des Forums für eine Streitigkeit.¹⁵ Ein akzeptanzfähiges und attraktives Recht des Unternehmenskaufs könnte daher eine geeignete Grundlage für die Fortentwicklung dieses Rechtsgebiets durch die zuständigen staatlichen Gerichte bilden und einen wertvollen Beitrag zur Stärkung des Justizstandorts Deutschland leisten¹⁶.

III. Rechtspolitischer Prüf- und Handlungsbedarf

Beiträge in Veröffentlichungen von Wissenschaft und Praxis belegen, dass zahlreiche für den Unternehmenskauf relevante Fragestellungen gegenwärtig weder durch das Gesetz noch durch die Rechtsprechung angemessen beantwortet werden.¹⁷

Nach wie vor wird beispielsweise offen diskutiert, ob und unter welchen Voraussetzungen bei Abschluss eines Unternehmenskaufvertrags in Form des sog. Asset Deals eine notarielle Beurkundung zu erfolgen hat.¹⁸ Auf dem Gebiet der Mängelgewährleistung herrscht weitgehende Uneinigkeit: So wird seit Inkrafttreten des BGB bis in die

¹⁰ Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 240.

¹¹ Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung, 4. Aufl. 2013, S. 227.

¹² Vgl. auch den Gesetzentwurf der CDU/CSU-Fraktion v. 03.06.2003 (BT-Drs. 15/1096) zum Rechtszustand nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Schuldrechtsmodernisierung vom 01.01.2002: „Schon seit langem hat die Unzulänglichkeit des deutschen Kaufrechts dazu geführt, dass Unternehmenskaufverträge auch in Deutschland nahezu ausschließlich nach anglo-amerikanischen Vertragsvorbildern konzipiert werden. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat diese Tendenz noch verstärkt.“

¹³ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Justizstandortes Deutschland durch Einführung von Commercial Courts und der Gerichtssprache Englisch in der Zivilgerichtsbarkeit (Justizstandort-Stärkungsgesetz) vom 16.08.2023.

¹⁴ Vgl. Pressemitteilungen des Landgerichts Düsseldorf vom 14.03.2023 (M&A-Kammern) und des Ministeriums der Justiz und für Migration des Landes Baden-Württemberg vom 09.05.2023 (Commercial Court Stuttgart).

¹⁵ Göthel in Merkt, Internationaler Unternehmenskauf, 3. Aufl. 2011, S. 176.

¹⁶ Kondring, RIW 2023, I.

¹⁷ Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung, 4. Aufl. 2013, S. 227; J. Vetter, RabelsZ 82 (2018), 266, 281.

¹⁸ S. dazu Kapitel 2 II.

jüngste Zeit darüber gestritten, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Unternehmen mangelhaft sein kann.¹⁹ Auch die Rechtsfolgen des gesetzlichen Gewährleistungsrechts werden nicht für interessengerecht gehalten,²⁰ der Anspruch auf Nacherfüllung und Rücktritt nach vollzogenem Geschäft überwiegend als unpassend betrachtet.²¹ Nicht hinreichend geklärt ist etwa auch die Frage, ob die Klauseln eines Unternehmenskaufvertrags sich an den gesetzlichen Anforderungen für Allgemeine Geschäftsbedingungen messen lassen müssen.²²

Nach Auffassung der Literatur zeigt die Betrachtung des gesetzlichen Gewährleistungs- und Haftungsrechts beim Unternehmenskauf, dass es dem deutschen Gesetzgeber nicht gelungen sei, mit der Schuldrechtsreform über den Verbrauchsgüterkauf hinaus die bis dahin vorhandenen und gravierenden Wertungs- und Interessenwidersprüche zu beseitigen und für die Transaktionspraxis einen tragfähigen gesetzlichen Rahmen zu schaffen.²³

Der unvollständigen bzw. ungeeigneten Gesetzeslage begegnen auf den Bereich „Mergers & Acquisitions“ (M&A) spezialisierte Rechtsanwälte mit der Schaffung eines eigenen vertraglichen Regelungssystems. Auch verbleibende Risiken, die aus zwingenden gesetzlichen Normen folgen, sollen durch eine entsprechende Gestaltung des Verkaufsprozesses, dessen Dokumentation und die Aufnahme von Schiedsklauseln minimiert werden.²⁴

Der Anspruch und die Aufgabe des kodifizierten Rechts, den Vertragsparteien eine interessengerechte und berechenbare Ordnung zur Verfügung zu stellen,²⁵ werden somit offenkundig nicht erfüllt. Dieser Befund bietet – entgegen der aus Anlass des Beschlusses der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister geäußerten Bedenken von Verbänden²⁶ und Stimmen in der Literatur²⁷ – ausreichenden Grund, sich aus Sicht des Gesetzgebers mit der Rechtsmaterie des Unternehmenskaufs zu befassen und zu prüfen, ob Bedarf für eine Verbesserung des Gesetzrechts besteht.

Die Sicherung der Qualität und die Fortentwicklung der materiellen Zivilrechtsordnung sind Aufgaben des Gesetzgebers und der Justiz in Bund und Ländern. Zu diesen Aufgaben zählt es auch, bereits bekannte oder kodifizierte Rechtsmaterien kritisch auf

¹⁹ S. dazu Kapitel 7.

²⁰ S. nur Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung, 4. Aufl. 2013, S. 221 sowie unten Kapitel 7 III.

²¹ S. dazu Kapitel 7 IV.

²² S. dazu Kapitel 12 II.

²³ Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung, S. 138, 221. Vgl. auch S. 5 des Gesetzentwurfs der CDU/CSU-Fraktion v. 03.06.2003 (BT-Drs. 15/1096) vor dem Hintergrund einer notwendigen Änderung des § 444 BGB.

²⁴ J. Vetter, RabelsZ 82 (2018), 266, 281.

²⁵ S. U. Huber in Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1981, S. 775: „Will [der Gesetzgeber] am Kodifikationsgedanken festhalten, muss er das Gesetz - wenn die Abweichung des wirklich geltenden vom geschriebenen Recht ein gewisses Maß überschreitet - auf Stand bringen, und zwar nicht auf den durch die Entwicklung der Rechtsprechung zufällig gerade erreichten Stand, sondern auf den nach seiner eigenen Überzeugen erreichbaren bestmöglichen Stand“; zur Notwendigkeit der Rechtsfortbildung bei §§ 25, 26 HGB s. Lieb, Die Haftung aus Dauerschuldverhältnissen bei Unternehmensübergang, 1992, S. 16; allg. zur Kodifikation auch v. Arnauld, Rechtssicherheit, 2019, S. 211 f.

²⁶ Positionspapier des BDI vom 16.01.2023: „Keine Kodifizierung des Rechts der Unternehmenskäufe“; DIHK-Newsletter Nr. 12/2022, Seite 2: „Diskussion über Kodifizierung des Unternehmenskaufs“.

²⁷ Risse, NJW-aktuell 22/2023, 13; Bert, NJW-Editorial, Dez. 2022.

den Prüfstand zu stellen. Aus rechtspolitischer Perspektive erscheint es prima facie unbefriedigend, dass der Gesetzgeber für einen wichtigen Bereich des Wirtschaftslebens keine ausreichenden oder angemessenen Rechtsnormen bereithält, so dass sich über Jahrzehnte eine Praxis herausgebildet hat, alle relevanten Rechtsvorschriften des dispositiven Rechts abzubedingen und zum Teil sogar die „Flucht“ in eine ausländische Rechtsordnung anzutreten.²⁸

Aus Sicht der Arbeitsgruppe sollte die deutsche Rechtsordnung stattdessen im Kern akzeptanzfähige Normen²⁹ anbieten, die einen angemessenen Interessensausgleich auch für den Fall gewährleisten, dass die Parteien den Übergang eines Unternehmens ohne umfangreiche Inanspruchnahme rechtsberatender Berufe durchführen wollen oder trotz prinzipieller Dispositivität der gesetzlichen Vorschriften das gesetzliche Gewährleistungs- und Haftungsrecht im Einzelfall unausweichlich ist. Letzterer, in der Praxis nicht zu unterschätzender Fall³⁰ kann insbesondere eintreten, wenn ein Haftungsausschluss aufgrund einer vorsätzlichen Pflichtverletzung gemäß § 444 BGB unwirksam ist. Wann von einer entsprechenden Arglist des Verkäufers auszugehen ist und wessen Wissen er sich zurechnen lassen muss, zählt wiederum zu den ungeklärten Rechtsfragen des Unternehmenskaufs.³¹

Im Einklang mit einer Auffassung in der Literatur³² wäre nach Einschätzung der Arbeitsgruppe somit „viel erreicht“, wenn das Gesetz es gerade den Inhabern kleinerer und mittlerer Unternehmen erlauben würde, die Komplexität ihrer Vertragswerke zu reduzieren, weil es interessengerechte Leitlinien in wichtigen Fragen enthält: „Das gesetzliche Haftungssystem hat nämlich zur Folge, dass es vom Gesetzgeber kostenlos zur Verfügung gestellt wird.“³³

Vor allem für kleinere und mittlere Unternehmen könnten akzeptanzfähige und interessengerechte gesetzliche Regelungen daher eine wertvolle Hilfe beim Unternehmenskauf sein. Zugleich wären kodifizierte Rechtsnormen Ausgangspunkte für die Ausbildung einer kohärenten Rechtsprechung und eine daran anknüpfende Diskussion durch die Rechtswissenschaft. Gerade aus der rechtswissenschaftlichen Forschung und Lehre sind von entsprechenden dispositiven Rechtsnormen wichtige Impulse für die Fortentwicklung des Rechts zu erwarten. Gegenwärtig spielt das Recht des Unternehmenskaufs dagegen mangels anknüpfungsfähiger Rechtsnormen in der juristischen Ausbildung keine oder nur eine sehr untergeordnete Rolle.

Letztlich dürfte ein Unternehmenskaufrecht, das als Auffangrecht weitgehend interessengerechte Regelungen bereithält, auch Vorteile für die Kautelarpraxis bieten, indem Risiken in Form von ungewollten oder untauglichen Rechtsfolgen reduziert werden,

²⁸ Graf v. Westphalen, AnwBl 2012, 668, 675.

²⁹ U. Huber in Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1981, S. 775 anlässlich der Überarbeitung des Schuldrechts.

³⁰ U. Huber, AcP 202 (2002), S. 179, 182 f., der zugleich hervorhebt, dass nach seiner Auffassung Informationsfragen das zentrale Rechtsproblem des Unternehmenskaufs darstellen.

³¹ Risse, NZG 2020, 856 ff.; s. dazu unten Kapitel 8 II.

³² Thiessen, Unternehmenskauf und Bürgerliches Gesetzbuch, 2005, S. 171.

³³ Thiessen, Unternehmenskauf und Bürgerliches Gesetzbuch, 2005, S. 171.

den Beteiligten durch geeignete gesetzliche Normen mehr Orientierung geboten und dadurch mehr Berechenbarkeit erreicht wird.³⁴ Dies dürfte sich wiederum positiv auf die Wahl der deutschen Rechtsordnung auswirken und könnte einen Trend verstärken, sich in Teilen wieder stärker auf das kodifizierte Recht mit den im konkreten Fall erforderlichen notwendigen Abweichungen zu konzentrieren.³⁵

IV. Ansatz und Methode der Arbeitsgruppe

In Ausführung des Beschlusses zu TOP I. 9 der 93. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister vom 10. November 2022 konstituierte sich am 2. Februar 2023 in Düsseldorf eine Arbeitsgruppe der Länder Berlin, Hessen, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen (Federführung) unter Teilnahme des Bundesministeriums der Justiz. Zu Beginn der Sitzung gaben zwei Rechtswissenschaftler der Universität zu Köln, Frau Prof. (em.) Dr. Barbara Grunewald und Herr Prof. Dr. Joachim Hennrichs, einen kurzen Überblick über offene und Streitige Rechtsfragen des Unternehmenskaufs. Auf der Grundlage eines vom federführenden Land erarbeiteten Diskussionspapiers wurden die relevanten Themen anhand der Stadien eines Unternehmenskaufs abgegrenzt und ein möglicher Regelungsbedarf in den Folgesitzungen am 31. Mai 2023, 5. September 2023 und 27. Februar 2024 in der Vertretung des Landes Nordrhein-Westfalen in Berlin diskutiert. Das Projektziel der Arbeitsgruppe wurde darüber hinaus Vertretern der Praxis aus dem Gesellschaftsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins (DAV) vorgestellt und in verschiedenen Veranstaltungen diskutiert, u.a. im Rechtsausschuss der IHK Düsseldorf und im Rahmen eines Erfahrungsaustauschs mit den Handelsrichterinnen und Handelsrichtern sowie den Vorsitzenden der Kammern für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf.

Die beteiligten Länder haben in ihrer Arbeit den Schwerpunkt darauf gelegt, etwaige Akzeptanzschwächen und relevante Lücken im dispositiven Gesetzesrecht zu identifizieren und mögliche Lösungsansätze aufzuzeigen. Im Zentrum der Untersuchung standen die kritische Bestandsaufnahme geltender Vorschriften mit Bezug zum Unternehmenskauf und die sich aus Rechtsprechung und Literatur abzeichnenden Streitfragen, deren Klärung zu einem berechenbaren Haftungssystem beitragen kann, das für die Parteien dispositiv, möglichst einfach zu handhaben ist und einen Mindeststandard als Auffangrecht zur Verfügung stellt.³⁶ Eine solche Analyse der Wirkung und Schwächen der geltenden Rechtsnormen kann Anhaltspunkte und Ansätze für die Weiterentwicklung, Normkorrektur oder punktuelle Ergänzung des Rechts liefern.

Die Arbeitsgruppe hat sich auf zwölf Themenfelder des Zivil- und Handelsrechts beschränkt, um Anregungen für eine weitere Vertiefung der Reformüberlegungen unter

³⁴ Vgl. Göthel in Merkt, Internationaler Unternehmenskauf, 3. Aufl. 2011, S. 176.

³⁵ Bergjan in Holzapfel/Pöllath/Bergjan/Engelhardt, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 16. Aufl. 2021, Marktüberblick und Einführung, Rn. 8. Dabei soll nicht verkannt werden, dass sich die Klauselwerke in der Praxis häufig an internationale Standards anlehnen, die insbesondere die Auswirkung des Einflusses anglo-amerikanisch dominierter Finanzmärkte sind, vgl. Merkt, Internationaler Unternehmenskauf, 2011, S. 122, 127.

³⁶ Vgl. auch Thiessen, Unternehmenskauf und Bürgerliches Gesetzbuch, 2005, S. 171.

Einbeziehung der Praxis zu geben. Das Recht des Unternehmenskaufs ist ein Querschnittsgebiet;³⁷ es umfasst neben den kaufrechtlichen und den allgemeinen schuldrechtlichen Normen nicht nur Regelungen des allgemeinen Teils des BGB und des Sachenrechts, sondern weist daneben Verbindungen zu anderen Rechtsgebieten wie etwa dem Arbeits-, Datenschutz-, Kartell-, Steuer-, und Umwandlungsrecht sowie dem Kapitalmarktrecht auf, die nicht vollständig und abschließend in die Betrachtung mit einbezogen werden konnten. Der Bericht der Arbeitsgruppe geht auf diese Rechtsgebiete nur punktuell oder nur dort ein, wo sich unmittelbare Bezüge zu den betrachteten Themenfeldern ergaben. Die abschließenden Schlussfolgerungen und Empfehlungen der Arbeitsgruppe beschränken sich daher auf den Kernbereich der zivil- und handelsrechtlichen Regelungen. In einem weiteren Schritt regt die Arbeitsgruppe an, auf der Grundlage ihrer Empfehlungen Wissenschaft und Praxis in die Diskussion einzubeziehen und ggf. eine Expertengruppe mit dem Ziel der Ausformulierung konkreter Normvorschläge einzusetzen.

In der abschließenden Sitzung am 27. Februar 2024 haben die teilnehmenden Länder die Arbeitsergebnisse der nachfolgenden Kapitel diskutiert und den vorliegenden Bericht verabschiedet. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur wurden bis zum 30. November 2023 berücksichtigt.

V. Empfehlungen zur Reform des Rechts des Unternehmenskaufs

Die Arbeitsgruppe gelangt unter den vorstehenden Prämissen zu der Einschätzung, dass hinreichender Grund besteht, durch den Gesetzgeber bestimmte gesetzliche Vorschriften mit Bedeutung für den Unternehmenskauf anzupassen bzw. diese punktuell zu ergänzen.

Der Beschluss der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister vom 10. November 2022 ist in der interessierten Öffentlichkeit teilweise dahin verstanden worden, dass er ein umfassendes „Unternehmenskaufgesetzbuch“ intendiere. Die Arbeitsgruppe geht nach Abschluss ihrer Tätigkeit davon aus, dass sich eine solche umfassende Kodifizierung des Unternehmenskaufs gegenwärtig nicht empfiehlt. Dies ergibt sich zum einen aus dem Umstand, dass sich die Bandbreite und Vielgestaltigkeit der Sachverhalte mit einem zu detaillierten rechtlichen Rahmen kaum praktikabel erfassen lassen dürften. Soweit ersichtlich hat auch keine Rechtsordnung bislang einen entsprechenden Versuch unternommen. Es geht also nicht darum, eine M&A-Transaktion in all ihren Facetten vom vorvertraglichen Verhandlungsstadium über den Vertragsschluss („Signing“) und den dinglichen Vollzug („Closing“) bis hin zu nachvertraglichen Pflichten detailliert im Gesetz abzubilden, den Unternehmen staatliches Recht aufzuzwingen oder die Möglichkeit zur Wahl der Schiedsgerichtsbarkeit einzuschränken. Nach Einschätzung der Arbeitsgruppe empfiehlt es sich aber, ggf. in einem eigenen Kapitel spezielle, für den Unternehmenskauf geeignete gesetzliche Vorschriften zu schaffen, um dadurch neue, positive Impulse für die Rechtsentwicklung zu setzen.

³⁷ Thiessen in MüKo/HGB, 5. Aufl. 2021, Anh. § 25 Rn. 1; Wilhelmi in BeckOGK/BGB, § 453 Rn. 285.

Diese sollten dispositiven Charakter haben und könnten in einzelnen Aspekten den heutigen Anwendungsbereich zwingenden Gesetzesrechts sogar verringern.

Der Fokus der Empfehlungen liegt dabei auf der Akzeptanz und Anwendbarkeit der verfügbaren Rechtsnormen, die insbesondere der Vielzahl kleinerer oder mittelständischer Unternehmen eine Transaktion erleichtern soll. Ein Verlust der Flexibilität bei der Vertragsgestaltung ist damit für keinen beteiligten Akteur verbunden; im Gegenteil dürften Erleichterungen auch für die rechtsanwaltliche Praxis zu erwarten sein.

Die Arbeitsgruppe hat in ihrer systematischen Analyse zwölf Themengebiete identifiziert, auf die sich die rechtliche Diskussion im Unternehmenskaufrecht zunächst konzentrieren sollte. Sie werden in den Folgekapiteln durch Auswertung von Rechtsprechung und Literatur untersucht und in ihrer rechtspolitischen Relevanz bewertet. In einigen Themenfeldern wird ein punktueller Regelungsbedarf gesehen.

Zusammenfassend lassen sich zu diesen Themenfeldern die folgenden zwölf Empfehlungen zur Änderung bzw. Ergänzung des geltenden Rechts formulieren:

1. Zu Beginn eines Kapitels für den Unternehmenskauf sollte eine gesetzliche Definition des Vertragstyps einschließlich seiner anerkannten Unterfälle (Share und Asset Deal) stehen, die den Anwendungsbereich weiterer Vorschriften für diese besondere Art des Kaufs festlegt.³⁸
2. Der Unternehmenskauf sollte aus dem Anwendungsbereich des § 311b Abs. 3 BGB durch eine klarstellende Regelung ausdrücklich ausgenommen werden und damit nicht einer Beurkundungspflicht unterliegen, soweit nicht weitere gesetzliche Vorschriften eine Beurkundung erfordern.³⁹
3. Soweit die Kaufpreisbestimmung von der Einholung eines Schiedsgutachtens abhängig ist, sollte eine gesetzliche Regelung in Betracht gezogen werden, nach der die Fälligkeit der Leistung im Regelfall erst mit verbindlicher Feststellung durch den Gutachter bzw. bei Übergang des Leistungsbestimmungsrechts auf das Gericht mit dessen rechtskräftiger Entscheidung eintritt.⁴⁰
4. Im Stadium zwischen Vertragsschluss und Vollzug sollte die Aufnahme einer ausdrücklichen Pflicht des Verkäufers, das Unternehmen im Zweifel nach den Grundsätzen eines ordentlichen Kaufmanns fortzuführen, und eine Verpflichtung der Parteien zur Vornahme vereinbarter Mitwirkungshandlungen erwogen werden. Ggf. erscheint es zudem sachgerecht, ein außerordentliches Rücktrittsrecht bei wesentlicher Veränderung des Unternehmens aufzunehmen und dessen Voraussetzungen ausgewogen zu definieren.⁴¹
5. Um die sachgerechte Anwendung des gesetzlichen Gewährleistungsrechts zu vereinfachen, sollte das von der Rechtsprechung entwickelte Verständnis des

³⁸ S. dazu Kapitel Kapitel I1 IV.

³⁹ S. dazu Kapitel 2 III.

⁴⁰ S. dazu Kapitel 5 III.

⁴¹ S. dazu Kapitel 6 III.

Beschaffenheitsbegriffs in seinen subjektiven und objektiven Elementen (§ 434 Abs. 2 und Abs. 3 BGB) für den Unternehmenskauf weiterentwickelt und präzisiert werden. Darüber hinaus sollte die von der herrschenden Meinung angewandte Formel zur Gesamterheblichkeit in den Mangelbegriff einbezogen werden.⁴²

6. Nach Vollzug des Unternehmenskaufvertrags sollte die Ausübung des Rücktrittsrechts wegen Mängeln des Unternehmens (§ 437 Nr. 2 1. Alt. BGB) grundsätzlich ausgeschlossen werden, soweit nicht besondere Konstellationen vorliegen. Auch das Recht der Nacherfüllung (§ 437 Nr. 1 BGB) erscheint bezogen auf das Unternehmen als solches ausschlusswürdig.⁴³
7. Der Ausschluss der Mängelrechte bei Kenntnis des Käufers (§ 442 BGB) könnte präzisierend an eine angemessene Offenlegung von sachmangelrelevanten Informationen durch den Verkäufer anknüpfen.⁴⁴
8. Zur Bestimmung der Reichweite der Wissenszurechnung zu Lasten des Verkäufers (§§ 442, 444 BGB) könnten die in der Rechtsprechung des BGH erarbeiteten Grundsätze zur Wissensorganisation in Unternehmen herangezogen und diese gesetzlich präzisiert werden.⁴⁵
9. Im Recht der Verjährung bietet sich klarstellend die Festlegung einer einheitlichen Verjährungsfrist für Sachmängelansprüche aus einem Unternehmenskaufvertrag an, die an die bestehende gesetzliche Regelung des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB anknüpfen könnte. Außerdem sollte gesetzlich geregelt werden, dass der Anspruch auf Kaufpreisanpassung nach den allgemeinen Vorschriften verjährt.⁴⁶
10. Der Übergang der Rechtsverhältnisse beim Asset Deal sollte erleichtert und auch ohne Zustimmung des Vertragspartners (Dritter) ermöglicht werden. Die Voraussetzungen für den Rechtsübergang und die angemessene Kompensation eines Eingriffs in die Rechte des Dritten sollten gesetzlich festgelegt und zugleich die hoch umstrittenen Rechtsnormen der §§ 25, 26 HGB reformiert werden.⁴⁷
11. Ergänzend zu einem erleichterten Übergang privatrechtlicher Rechtspositionen sollten auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts die Möglichkeiten zur Überleitung von personenbezogenen Berechtigungen erweitert und dadurch Hemmnisse für die Unternehmensnachfolge abgebaut werden.⁴⁸
12. Für das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen empfiehlt sich im Anschluss an die Neuregelung in § 310 Abs. 1a BGB die Prüfung einer beschränkten Bereichsausnahme für große Unternehmen unter Beteiligung der Praxis.⁴⁹

⁴² S. dazu Kapitel 7 II.

⁴³ S. dazu Kapitel 7 IV.

⁴⁴ S. dazu Kapitel 7 V.

⁴⁵ S. dazu Kapitel 8 III.

⁴⁶ S. dazu Kapitel 9 III.

⁴⁷ S. dazu Kapitel 10 VIII.

⁴⁸ S. dazu Kapitel 11 V.

⁴⁹ S. dazu Kapitel 12 IV.

Kapitel 1: Definition des Unternehmenskaufs

I. Einführung

Gemäß dem mit der Schuldrechtsreform geschaffenen § 453 Abs. 1 Satz 1 BGB finden die Vorschriften über den Kauf von Sachen auf den Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen entsprechende Anwendung. Zu den sonstigen Gegenständen zählen nach der Begründung des Gesetzentwurfs⁵⁰ auch Unternehmen. Weder das Gesetz noch die Entwurfsbegründung enthalten aber eine Definition des Unternehmens. Auch sonst kennt das deutsche Recht keinen einheitlichen Unternehmensbegriff.⁵¹

Nach allgemein anerkannten Grundsätzen lassen sich bei Verträgen über die schuldrechtliche Verpflichtung zur Veräußerung eines Unternehmens zwei Grundtypen des Unternehmenskaufs unterscheiden: Ein Unternehmenskauf kann entweder als Kauf der relevanten Wirtschaftsgüter („Asset Deal“) oder als Erwerb der Geschäftsanteile an dem Rechtsträger des Unternehmens („Share Deal“) vereinbart werden.⁵²

Beim „Asset-Deal“ werden die einzelnen Vermögensgegenstände des Unternehmens auf den Erwerber übertragen.⁵³ In diesen Fällen stellt sich auf schuldrechtlicher Ebene die Frage, ob der Kauf eines Unternehmens oder lediglich ein Kauf einzelner Gegenstände vorliegt, also anstelle eines Unternehmenskaufs lediglich ein Inventarkauf.

Die Definition des Unternehmenskaufs in Form des „Asset Deals“ kann heute als gesichert gelten. Nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH liegt ein Unternehmenskauf vor, wenn nicht nur einzelne Wirtschaftsgüter, sondern ein Inbegriff von Sachen, Rechten und sonstigen Vermögenswerten übertragen werden soll und der Erwerber dadurch in die Lage versetzt wird, das Unternehmen als solches weiterzuführen.⁵⁴ Dass in dem Vertrag die verschiedenen Gegenstände namentlich aufgeführt werden, ist ebenso unschädlich wie der Umstand, dass einzelne Güter von der Übertragung ausgeschlossen sein sollen. Ob nach diesen Kriterien ein Unternehmenskauf vorliegt oder nicht, lässt sich nicht abstrakt, sondern nur auf Grund einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung beurteilen.⁵⁵ Der bloße Inventarkauf hat nach der Rechtsprechung des BGH eine mehr oder weniger zufällige Vielzahl von beweglichen Sachen zum Gegenstand.⁵⁶

⁵⁰ Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, S. 242.

⁵¹ Koch, AktG, 17. Aufl. 2023, § 15 Rn. 9.

⁵² Engelhardt in Holzapfel/Pöllath/Bergjan/Engelhardt, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 16. Aufl. 2021, S. 5.

⁵³ Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 8 I, S. 142

⁵⁴ BGH, Urt. v. 28.11.2001, VIII ZR 37/01, NJW 2002, 1042.

⁵⁵ BGH, Urt. v. 28.11.2001, VIII ZR 37/01, NJW 2002, 1042 m.w.N.

⁵⁶ BGH, Urt. v. 14.06.1989, VIII ZR 176/88, NJW 1990, 44, Rn. 13.

Unklarheit herrscht dagegen hinsichtlich der Definition des Unternehmenskaufs beim „Share Deal“. Durch einen „Share Deal“ soll ein gesellschaftsrechtlicher Anteil vom Verkäufer auf den Käufer übertragen werden. Somit ist zwischen einem Unternehmenskauf und einem bloßen Anteilskauf zu unterscheiden.

In welchem Umfang Anteile vom Veräußerer auf den Erwerber übergehen müssen, damit typologisch von einem Unternehmenskauf gesprochen werden kann, ist in Rechtsprechung und Literatur eng mit der hoch umstrittenen Frage verbunden, ob der Verkäufer der Geschäftsanteile neben Rechtsmängeln auch für Sachmängel des Unternehmens nach den kaufrechtlichen Vorschriften der §§ 434 ff. BGB haftet.⁵⁷

II. Entwicklung der Rechtsprechung zum „Share Deal“

1. Rechtsprechung des Reichsgerichts

Das Reichsgericht hat zunächst den Kauf von Mitgliedschaftsrechten als reinen Rechtskauf angesehen und die Gewährleistung ausschließlich nach den §§ 437 ff. BGB a.F. bemessen.⁵⁸ Diese Normen sahen eine Haftung grundsätzlich nur für den Bestand des Rechts (Verität) vor.

Der Verkäufer von Geschäftsanteilen haftete nach dieser Rechtsprechung grundsätzlich lediglich dafür, dass die Anteile bestehen und die vereinbarten Rechte gewähren. Dazu gehörte, dass die Gesellschaft besteht oder als fehlerhafte Gesellschaft wie eine bestehende behandelt wird. Waren mit der Beteiligung Stimm- oder Dividendenrechte verbunden, so mussten auch diese bestehen. Für die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft wurde eine Haftung dagegen nicht angenommen.

In späteren Entscheidungen zog das Reichsgericht die Vorschriften über die Sachmängelhaftung (§§ 459 ff. BGB a.F.) für die Fälle entsprechend heran, in denen sämtliche Mitgliedschaftsrechte an einer GmbH verkauft werden und sich dabei der Erwerb dieser Rechte bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise als Erwerb des Unternehmens selbst darstellt.⁵⁹

2. Rechtsprechung des BGH vor der Schuldrechtsreform

Der BGH hat diese Rechtsprechung übernommen⁶⁰ und bis zum Inkrafttreten der Schuldrechtsreform am 1. Januar 2002⁶¹ in ständiger Rechtsprechung den Kauf von Anteilen an einer GmbH als Rechtskauf beurteilt und in Gewährleistungsfällen grundsätzlich die §§ 433 Abs. 1 Satz 2, 437 ff. BGB a.F. angewandt. Bei Mängeln des von der GmbH betriebenen Unternehmens hat er aber die Vorschriften über die Sachmängelhaftung (§§ 459 ff. BGB a.F.) herangezogen, wenn sich der Erwerb des Rechts

⁵⁷ S. nur Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 8 II, S. 159.

⁵⁸ RGZ 59, 240; 86, 146.

⁵⁹ RGZ 98, 289; 100, 200; 120, 283; 122, 378; 150, 397; RG HRR 1929 Nr. 6 = LZ 1929, Sp. 396; RG JW 1930, 3740; RG DR 1944, 485.

⁶⁰ BGH, Urt. v. 16.10.1968, I ZR 81/66, NJW 1969, 184.

⁶¹ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl. I 2001, 3138.

sowohl nach der Vorstellung der Parteien als auch objektiv als Kauf des Unternehmens selbst und damit bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise als Sachkauf darstellte.⁶²

Ein solcher Unternehmenskauf, der die Anwendung des Sachmängelrechts rechtfertigte, wurde bei einem Share Deal insbesondere dann bejaht, wenn der Käufer vom Verkäufer sämtliche oder nahezu sämtliche Geschäftsanteile⁶³ erwarb und damit, ohne durch die Befugnisse von Mitgesellschaftern beeinträchtigt zu sein, uneingeschränkt über das Unternehmen verfügen konnte, obgleich formell die GmbH Trägerin des Unternehmens und Eigentümerin der Sachwerte blieb.⁶⁴ In einer weiteren Entscheidung hat der BGH die entsprechende Anwendung der §§ 459 ff. BGB für Fälle gebilligt, in denen ein Rest von 0,2 bzw. 0,25 % der Geschäftsanteile einer GmbH von der Übertragung ausgeschlossen, der Wille der Vertragspartner jedoch auf den Verkauf des Unternehmens gerichtet ist und der Käufer mit dem Erwerb der Mitgliedschaftsrechte die beherrschende Stellung in diesem Unternehmen erlangt.⁶⁵

Die Frage nach der Grenze, jenseits derer der Anteilskauf (Rechtskauf) wie ein Unternehmenskauf (Sachkauf) behandelt wird, hat der BGH in mehreren Entscheidungen ausdrücklich offengelassen. Der Erwerb eines Anteils von 60 % des Stammkapitals reiche jedenfalls nicht aus, dem Käufer eine Stellung wie beim Erwerb des Unternehmens selbst zu verschaffen und damit die Anwendung der §§ 459 ff. BGB zu rechtfertigen. Denn damit verfüge der Käufer nicht einmal über die für satzungsändernde Beschlüsse erforderliche Dreiviertelmehrheit (heute: § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG). Somit fehle ihm die für eine Unternehmensleitung wesentliche Befugnis, zwecks Anpassung an neue wirtschaftliche Anforderungen den Gegenstand des Unternehmens zu ändern. Von einer unternehmerischen Beherrschung könne keine Rede sein, wenn dem Erwerber die Entscheidungsgewalt über den Gegenstand des Unternehmens fehlt.⁶⁶

Ein Unternehmenskauf liege auch dann nicht vor, wenn der Käufer einen Anspruch auf Übertragung lediglich der Hälfte der Geschäftsanteile hat und angesichts der Stimmrechtsvereinbarung zwar nicht überstimmt werden, andererseits aber seine Vorstellung auch nicht gegen den Willen der anderen Gesellschafter durchsetzen kann. In einem solchen Fall – und das sei für die ausnahmsweise zulässige entsprechende Anwendung der Sachmängelhaftung entscheidend – fehle es nach der Parteivorstellung und Verkehrsanschauung an einem auf den Erwerb des Unternehmens insgesamt gerichteten Ziel des Vertrages. Es könne daher dahingestellt bleiben, ob eine Sachmängelhaftung nur dann in Betracht kommt, wenn der nicht betroffene Anteilsbesitz zu einer *quantité négligeable* zusammenschumpft und demgemäß bei der Bemessung des Kaufpreises für das Unternehmen praktisch außer Betracht bleibt, oder

⁶² Vgl. nur BGH, Urt. v. 27.02.1970, I ZR 103/68, WM 1970, 819 unter II; Urt. v. 12.11.1975, VIII ZR 142/74, BGHZ 65, 246, 248 f., 251; Urt. v. 24.11.1982, VIII ZR 263/81, BGHZ 85, 367, 370; Urt. v. 25.03.1998, VIII ZR 185/96, BGHZ 138, 195, 204; Urt. v. 04.04.2001, VIII ZR 32/00, NJW 2001, 2163 unter II 1.

⁶³ Vgl. BGH, Urt. v. 02.06.1980, VIII ZR 64/79, NJW 1980, 2408 unter II 2 a; Urt. v. 04.04.2001, VIII ZR 32/00, NJW 2001, 2163.

⁶⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 16.10.1968, I ZR 81/66, JZ 1969, 336 unter III 3 a; Urt. v. 12.11.1975, VIII ZR 142/74, BGHZ 65, 246, 248, 251.

⁶⁵ BGH, Urt. v. 27.02.1970, I ZR 103/68, WM 1970, 819.

⁶⁶ BGH, Urt. v. 02.06.1980, VIII ZR 64/79, NJW 1980, 2408.

ob darüber hinaus ein verbleibender Fremdanteil an der GmbH schon dann einer entsprechenden Anwendung der §§ 459 ff. BGB nicht entgegensteht, wenn er sich unterhalb einer für die Herrschaftsverhältnisse in der GmbH entscheidenden prozentualen Grenze hält. Zu denken sei hier neben etwaigen, sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Besonderheiten an die für die Ausübung der Minderheitsrechte (§ 50 Abs. 1 GmbHG) maßgebliche Grenze von 10 % der Geschäftsanteile oder an das Vorliegen einer fremden Sperrminorität (über 25 %; § 53 Abs. 2 GmbHG).⁶⁷

Eine Entscheidung des BGH, die den Erwerb von 50 % der Anteile ohne Begründung als Unternehmenskauf qualifiziert hatte,⁶⁸ ist dagegen vereinzelt geblieben.

3. Rechtsprechung nach der Schuldrechtsreform

Der BGH hat seine vor der Schuldrechtsreform entwickelten Grundsätze auf das nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes geltende Kaufvertragsrecht übertragen.⁶⁹ § 453 Abs. 1 Satz 1 BGB sieht zwar die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Sachkauf nicht nur für den Kauf von Rechten (Alt. 1), sondern auch für den Kauf sonstiger Gegenstände (Alt. 2) vor. Darunter soll nach der Gesetzesbegründung⁷⁰ auch der Kauf von Unternehmen oder Unternehmensteilen fallen. Von dieser Regelungssystematik unberührt bleibt nach Ansicht des BGH jedoch der Umstand, dass beim Erwerb von Mitgliedschaftsrechten einer GmbH zunächst allein die betreffenden Geschäftsanteile den Vertragsgegenstand und damit den Anknüpfungspunkt für die Anwendung von Gewährleistungsvorschriften bilden.⁷¹ An dem von der GmbH betriebenen Unternehmen und den von diesem gehaltenen Sachwerten erwerbe ein Anteilskäufer kein unmittelbares Recht. Er könne als Gesellschafter nur im Rahmen der ihm durch Gesetz und Satzung eingeräumten Befugnisse Einfluss nehmen.⁷² Das folge aus dem Wesen der GmbH als juristischer Person und somit aus ihrer personen- und vermögensrechtlichen Verselbständigung gegenüber den sie tragenden Gesellschaftern.⁷³

Nach der BGH-Rechtsprechung ist eine Haftung auch für Mängel des Unternehmens weiterhin sach- und interessengerecht, wenn im Grunde das „gesamte“ Unternehmen verkauft wird, es sich bei dem Anteilskauf also faktisch um einen Kauf des „ganzen“ Gesellschaftsvermögens und damit wirtschaftlich um einen Sachkauf handelt. Der BGH hält somit auch nach der Schuldrechtsreform daran fest, dass bei einem Anteilskauf, der ein Rechtskauf gemäß § 453 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ist, bei Mängeln des Unternehmens die Gewährleistungsrechte der §§ 434 ff. BGB (nur) dann anzuwenden sind, wenn der Käufer sämtliche oder nahezu sämtliche Anteile an dem Unternehmen erwirbt und sich der Anteilskauf somit nach der Vorstellung der Vertragsparteien und

⁶⁷ BGH, Urt. v. 12.11.1975, VIII ZR 142/74, BGHZ 65, 246.

⁶⁸ BGH, Urt. v. 23.11.1979, I ZR 161/77, WM 1980, 284, 287.

⁶⁹ BGH, Urt. v. 26.09.2018, VIII ZR 187/17, BGHZ 220, 19, Rn. 21.

⁷⁰ BT-Drucks. 14/6040, S. 242.

⁷¹ BGH, Urt. v. 12.11.1975, VIII ZR 142/74, BGHZ 65, 246, 248, 250.

⁷² BGH, Urt. v. 26.09.2018, VIII ZR 187/17, BGHZ 220, 19, Rn. 22.

⁷³ BGH, Urt. v. 12.11.1975, VIII ZR 142/74, BGHZ 65, 246.

auch objektiv bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise als Kauf des Unternehmens und damit als Sachkauf darstellt.⁷⁴

Die Gewährleistungsrechte der §§ 434 ff. BGB gelten danach in den Fällen, in denen der Käufer sämtliche Gesellschaftsanteile erwirbt und somit, ohne durch Befugnisse von Mitgesellschaftern beeinträchtigt zu sein, uneingeschränkt über das Unternehmen verfügen kann. Sie greifen außerdem, wenn der Käufer zwar nicht alle Geschäftsanteile erwirbt, die beim Verkäufer oder einem Dritten verbleibenden Anteile aber so geringfügig sind, dass sie die Verfügungsbefugnis des Erwerbers über das Unternehmen nicht entscheidend beeinträchtigen, sofern der Wille der Vertragspartner auf den Kauf des Unternehmens als Ganzes gerichtet ist.⁷⁵

Der Anteilskauf sei einem Unternehmenskauf weiterhin nicht gleichzusetzen. Sei der von den Parteien übereinstimmend und im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit bestimmte Kaufgegenstand keine Sache, sondern ein Recht, treffe den Verkäufer kraft Gesetzes nur eine Gewährleistung für den Bestand des Rechts (Verität), nicht aber für die Einbringlichkeit der Forderung (Bonität) und dementsprechend ebenso wenig für die Güte des Gegenstands, auf welchen sich das Recht bezieht. Eine solche Bonitätshaftung bestehe vielmehr nur, wenn sie vertraglich besonders übernommen ist.⁷⁶

Nach Ansicht des BGH besteht auch kein zwingendes praktisches Bedürfnis für eine Ausweitung der Gewährleistung beim reinen Anteilskauf. Denn es bleibe den Vertragsparteien unbenommen, weitergehende Garantieabreden zu treffen. In Ermangelung solcher Vereinbarungen komme außerdem eine Haftung nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 2, 241 Abs. 2 BGB (culpa in contrahendo) – bei einem Vertretenmüssen des Verkäufers – und eine Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1, 2 BGB in Betracht.⁷⁷

Nach Neufassung der Definition des Sachmangels in § 434 BGB durch das Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags vom 25. Juni 2021⁷⁸ steht eine erneute Befassung der Rechtsprechung mit der Abgrenzung zwischen einem Unternehmens- und einem Anteilskauf bisher noch aus.

In der obergerichtlichen Rechtsprechung ist auch schon der Erwerb von 80 % der Anteile an einer GmbH mit der Begründung für ausreichend gehalten worden, dass der wirtschaftliche Zweck des Vertrags die Verschaffung eines Anteils an dem Unternehmen gewesen sei.⁷⁹ Zum Teil wurde der Erwerb der satzungsändernden Mehrheit von 75 % der Anteile für maßgeblich gehalten.⁸⁰

⁷⁴ BGH, Urt. v. 26.09.2018, VIII ZR 187/17, BGHZ 220, 19, Rn. 23.

⁷⁵ BGH, Urt. v. 26.09.2018, VIII ZR 187/17, BGHZ 220, 19, Rn. 25.

⁷⁶ BGH, Urt. v. 26.09.2018, VIII ZR 187/17, BGHZ 220, 19, Rn. 32.

⁷⁷ BGH, Urt. v. 26.09.2018, VIII ZR 187/17, BGHZ 220, 19, Rn. 37.

⁷⁸ BGBl. I 2021, 2133 ff.

⁷⁹ OLG München, Urt. v. 14.11.1966, 12 U 1738-1739/65, NJW 1967, 1326, 1327.

⁸⁰ OLG München, Urt. v. 25.03.1998, 7 U 4926/97, DB 1998, 1321.

III. Schrifttum zur Definition und typologischen Einordnung des Unternehmenskaufs beim „Share-Deal“

1. Unternehmenskauf nur bei Erwerb aller oder fast aller Anteile

Ein Teil des Schrifttums geht – dem BGH folgend – davon aus, dass beim „Share Deal“ zwar die Gewährleistung für Rechtsmängel, grundsätzlich nicht jedoch die Sachmängelhaftung Anwendung finde, da es sich um einen Rechtskauf der Anteile der unternehmenstragenden Gesellschaft und nicht um einen Kauf des Unternehmens handle.⁸¹ Zum gleichen Ergebnis kommt die Ansicht, dass das Sachmangelkriterium des § 434 Abs. 1 BGB in spezifischer Weise mit der Körperlichkeit des Kaufgegenstands verknüpft sei, sodass beim Share Deal kein Sachmangel vorliegen könne.⁸² Stattdessen komme bei Fehlern des Unternehmens eine Haftung aus Verschulden bei Vertragsanbahnung in Betracht.⁸³ Etwas anderes gelte nur, wenn der „Share Deal“ als Unternehmenskauf zu qualifizieren sei⁸⁴, weil alle oder fast alle Anteile an der unternehmenstragenden Gesellschaft erworben werden.⁸⁵

Ob bei einem Share Deal ein Unternehmen oder nur Mitgliedschaftsrechte verkauft würden, hänge von den Umständen des Einzelfalls ab,⁸⁶ und zwar insbesondere davon, ob der Käufer im Zuge der Abwicklung des Kaufs die Kontrollmöglichkeiten über das Unternehmen erhalte.⁸⁷ Dagegen reiche es für die Annahme eines Unternehmenskaufs nicht aus, dass der Verkäufer irgendwelche Angaben über die Beschaffenheit des Unternehmens mache, da auch beim Rechtskauf Angaben über Sachen, auf die sich das Recht irgendwie beziehe, vorkämen.⁸⁸

2. Grenzziehung anhand von Beschaffenheitsvereinbarungen

Nach anderer Ansicht hängt die Anwendung der Regelungen über die Sachmängelhaftung nicht von der Größe des erworbenen Anteils an dem Unternehmen ab. Gemäß § 453 Abs. 1 Satz 1 BGB seien die Vorschriften der Sachmängelhaftung grundsätzlich entsprechend auch für den Rechtskauf anzuwenden.⁸⁹ Maßgeblich sei allein die von

⁸¹ Büdenbender in NK/BGB, Anh. II §§ 433–480 Rn. 104 f.; Grunewald in Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 453 Rn. 13, 21; Eidenmüller, NJW 2002, 1625, 1627; ders., ZGS 2002, 290 (294); Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 8 Rn. 43 ff., S. 157 ff.; U. Huber AcP 202 (2002), 179, 229 ff.; Weitnauer, NJW 2002, 2511, 2514 f.

⁸² Zu § 434 BGB i.d.F. vor 2002 Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 118 (124 f.).

⁸³ Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 8 Rn. 45; U. Huber AcP 202 (2002), 179, 231; Weitnauer, NJW 2002, 2511, 2515.

⁸⁴ Grunewald in Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 453 Rn. 13, 21.

⁸⁵ Büdenbender in NK/BGB, Anh. II §§ 433–480 Rn. 35, 104; Eidenmüller, NJW 2002, 1625, 1627; ders., ZGS 2002, 290, 294; Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 8 Rn. 47 ff., S. 158 f.; U. Huber AcP 202 (2002), 179, 231; Grunewald, NZG 2003, 372 f.; Faust in BeckOK/BGB, § 453 Rn. 34; Westermann in MüKo/BGB, 8. Aufl. 2019, § 453 Rn. 21 f.; G. Müller, ZIP 2000, 822, fordert den Verkauf aller Anteile.

⁸⁶ Weller in FS Maier-Reimer, 2010, 842.

⁸⁷ Grunewald in Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 453 Rn. 21.

⁸⁸ Grunewald in Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 453 Rn. 21.

⁸⁹ Z.B. Wilhelmi in BeckOGK/BGB, § 453 Rn. 42 ff.; Wolf/Kaiser, DB 2002, 411, 415 ff.; Westermann in MüKo/BGB, 8. Aufl. 2019, § 453 Rn. 14.

Käufer und Verkäufer getroffene Beschaffenheitsvereinbarung über das erworbene Recht.⁹⁰

Auch beim Rechtskauf könne der Verkäufer somit für Mängel an Sachen oder anderen Gegenständen haften, auf die sich das verkaufte Recht bezieht.⁹¹ Anteile an einer unternehmenstragenden Gesellschaft würden nicht um ihrer selbst willen erworben, sondern weil sie die Beteiligung an dem Unternehmen verkörpern, auf das es damit auch gewährleistungsrechtlich primär ankomme.⁹²

Da der Sachmangel nach der neuen Rechtslage als Beschaffenheitsmangel anzusehen sei, sei es ohne Weiteres vorstellbar, dass auch ein Recht nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist, ohne dass es sich dabei um einen Rechtsmangel handeln müsse. Der neue Beschaffenheitsbegriff ermögliche es über den bisher engen Eigenschaftsbegriff hinaus, alle als vertragswesentlich angesehenen Merkmale des Unternehmens – wie z.B. den Ruf oder die Ertragsfähigkeit und Werthaltigkeit des Unternehmens – als Beschaffenheitsmerkmale zu vereinbaren. Als Beschaffenheit eines gekauften Anteils könne daher auch dessen Ertragsfähigkeit und Werthaltigkeit vereinbart werden. Rechts- und Beschaffenheitsmängel einzelner Sachen, Rechte und sonstiger Gegenstände könnten die Ertragsfähigkeit und Werthaltigkeit des Unternehmens insgesamt nachteilig beeinflussen und unter dieser Voraussetzung einen Beschaffenheitsmangel des Anteils selbst begründen.⁹³ Die Beschaffenheit einer Sache bestimme die Beschaffenheit des darauf bezogenen Rechts. Dafür werde nach den Vorschriften über die Sachmängelgewährleistung gehaftet, denn das Recht der Sachmängelgewährleistung diene in erster Linie der Sicherung des Äquivalenzverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung.⁹⁴

3. Schwellen für die Einordnung als Unternehmenskauf

Ausgehend von den vorstehenden Grundansätzen werden in der Literatur für die Einordnung eines „Share Deals“ als Unternehmenskauf, der die Anwendung des Sachmängelrechts rechtfertigt, unterschiedliche Schwellenwerte vertreten:

Nach *U. Huber*⁹⁵ soll ein Unternehmenskauf nur vorliegen, wenn 100 % oder annähernd 100 % der Anteile übertragen werden. Die Anwendung des Sachmängelgewährleistungsrechts auf den Unternehmenskauf sei als Fehlentwicklung der Rechtsprechung zu verstehen, da die Vertragspraxis auf sie niemals zurückgreife. Im Vordergrund stehe dagegen eine Haftung des Verkäufers für unrichtige oder unterlassene Informationen, die nicht über das Sachmängelrecht, sondern über das Rechtsinstitut

⁹⁰ Thiessen in MüKo/HGB, 5. Aufl. 2021, Anh. § 25 Rn. 112; in diesem Sinne zum alten Recht des BGB in der Fassung vom 01.01.1900 schon Flume, Eigenschaftsirrturn und Kauf, S. 187 ff.

⁹¹ Wilhelmi in BeckOGK/BGB, § 453 Rn. 58 ff., 599 ff.; Gronstedt/Jörgens, ZIP 2002, 52, 55; Wolf/Kaiser, DB 2002, 411, 416.

⁹² Wilhelmi in BeckOGK/BGB, § 453 Rn. 58 f., 601; Zimmermann, AcP 213 (2013), 652, 672.

⁹³ Wolf/Kaiser, DB 2002, 411.

⁹⁴ Lieb, FS Gernhuber, S. 258 ff.; Zimmermann, AcP 213 (2013), 652, 672.

⁹⁵ U. Huber, AcP 202 (2002), 179, 231.

der culpa in contrahendo zu lösen sei.⁹⁶ Nach Ansicht von *Canaris* sei die typologische Einstufung als Unternehmenskauf keine Frage des Parteiwillens, sondern des objektiven Rechts, die den Erwerb eines Anteils verlange, der so groß ist, das er dem Erwerber nach der gesetzlichen oder satzungsmäßigen Regelung die alleinige Inhaberschaft über das Unternehmen vermittele.⁹⁷ Dementsprechend soll der Erwerb von 90 % der GmbH- und 95 % der AG-Anteile genügen, da dann keine nennenswerten aktiven Minderheitsrechte (s. § 50 GmbHG) mehr bestehen.⁹⁸ Im Hinblick auf die AG wird argumentiert, jene Größe erlaube die grundlose Ausschließung von Minderheitsaktionären nach § 327a AktG (sog. „squeeze out“).⁹⁹ Als Kriterium wird weiter angeführt, dass der nicht erworbene Anteil als eine *quantité négligeable* bei der Bemessung des Kaufpreises außer Betracht geblieben sei.¹⁰⁰

Ein Teil des Schrifttums hält den Erwerb der satzungsändernden Mehrheit von 75 % der Anteile (s. § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) für ausreichend.¹⁰¹ Mit dem Erwerb der satzungsändernden Mehrheit sei der Käufer letztlich in der Lage, alle unternehmensrelevanten Entscheidungen im Wesentlichen alleine zu treffen.¹⁰²

Manche Stimmen lassen den Erwerb der einfachen Mehrheit genügen, weil der Käufer damit die Leitungsmacht über das Unternehmen erlange.¹⁰³ Laut *Wilhelmi*,¹⁰⁴ der die entsprechende Anwendung der Regelungen über die Sachmängelhaftung auf den Rechtskauf befürwortet, sei der Prozentsatz der verkauften Anteile an der Gesellschaft lediglich ein Indiz für das Vorliegen eines Unternehmenskaufs. Werde eine Mehrheitsbeteiligung verkauft, liege regelmäßig ein Unternehmenskauf vor, denn damit gehe in der Regel eine Beherrschung des Unternehmens im Sinne des § 17 AktG einher. Dies gelte grundsätzlich auch dann, wenn dem verkauften Anteil eine Gesellschafterminderheit gegenübersteht, die substantielle Minderheitsrechte geltend machen kann oder sogar über eine Sperrminorität verfügt. Denn auch wenn ohne Zustimmung der Minderheit eine Satzungsänderung nicht möglich ist und der Unternehmensgegenstand nicht geändert werden kann, ändere dies nichts daran, dass die Mehrheitsbeteiligung maßgeblichen Einfluss auf die Führung des übertragenen Unternehmens vermittele.

⁹⁶ U. Huber, AcP 202 (2002), 179, 211 ff.

⁹⁷ Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 8 II Rn. 48, S. 159.

⁹⁸ Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 8 II Rn. 48, S. 159; Hommelhoff, ZGR 1982, 367, 377 f.; Weitnauer, NJW 2002, 2511, 2515.

⁹⁹ Beckmann in Staudinger, BGB, 2013, § 453 Rn. 101; Westermann in MüKo/BGB, 8. Aufl. 2019, § 453 Rn. 22; Tutt in Mehrbrey, Hdb. Streitigkeiten beim Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2022, § 16 Rn. 6.

¹⁰⁰ Wiedemann in FS Nipperdey, 1965, Bd. I, 815, 836; ähnl. G. Müller, ZIP 2000, 817, 822.

¹⁰¹ Beckmann in Staudinger, BGB, 2013, § 453 Rn. 101; Tutt in Mehrbrey, Hdb. Streitigkeiten beim Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2022, § 16 Rn. 6; Weitnauer, NJW 2002, 2511, 2514 f.; Leible/Müller in Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger in jurisPK/BGB, 10. Aufl. 2023, § 453 Rn. 24.

¹⁰² Beckmann in Staudinger, BGB, 2013, § 453 Rn. 101.

¹⁰³ Hommelhoff, ZGR 1982, 367, 381; Triebel/Hölzle, BB 2002, 521, 523; Zimmermann, AcP 213 (2013), 652, 675.

¹⁰⁴ Wilhelmi in BeckOGK/BGB, § 453 Rn. 345; so auch Beisel/Klump, Unternehmenskauf, 6. Aufl. 2016, § 18 Rn. 24.

Andere Vertreter der Literatur gehen sogar davon aus, dass beim Erwerb von Minderheitsbeteiligungen ein Unternehmenskauf vorliegen könne.¹⁰⁵ Denn im Falle einer börsennotierten AG oder KGaA bedürfe es einer Beteiligung von lediglich 30 %, um nach der gesetzlichen Wertung des § 29 Abs. 2 WpÜG die Kontrolle über die Gesellschaft zu übernehmen.¹⁰⁶ Ähnlich könne bei Publikumsgesellschaften argumentiert werden, dass bereits eine geringere Quote eine unternehmensbeherrschende Stellung vermittele.¹⁰⁷

IV. Empfehlungen zur Kodifizierung

Die Darstellung des Streitstands in Rechtsprechung und Literatur verdeutlicht, dass auch 20 Jahre nach der Schuldrechtsreform weiterhin Unklarheit besteht, in welchen Fällen der Erwerb von Geschäftsanteilen (Share Deal) typologisch als Unternehmenskaufvertrag einzustufen ist und dies die Anwendung des Sachmängelrechts rechtfertigt.

Die Arbeitsgruppe ist der Auffassung, dass im Rahmen einer Kodifizierung des Rechts des Unternehmenskaufs als „Einstieg“ für besondere Regeln zum Unternehmenskauf eine Definition des Vertragstyps stehen sollte, die Grundlage für die Anknüpfung oder den Verweis auf andere Rechtsvorschriften ist.

Um bestehende Unklarheiten zu entschärfen, dürfte es sich anbieten, durch eine gesetzliche Definition von einem Unternehmenskauf zu sprechen, wenn nach der Vereinbarung der Parteien das Unternehmen Objekt des Kaufvertrags ist und an den Erwerber übergeben werden soll. Die Übertragung des Unternehmens in seiner Gesamtheit an den Erwerber kann als Inbegriff von Sachen, Rechten und sonstigen Vermögenswerten erfolgen (Asset Deal) oder durch Erwerb der gesellschaftsrechtlichen Stellung, die dem Käufer die Inhaberschaft an dem Unternehmen vermitteln soll (Share Deal).

Von der gesetzlichen Typologisierung des Share Deals könnten in Anlehnung an die Rechtsprechung zunächst alle Fälle erfasst werden, in denen dem Käufer sämtliche oder nahezu sämtliche Anteile an dem Unternehmen übertragen werden und keine substantiellen Minderheitsrechte verbleiben (§ 50 GmbHG) oder sogar die Ausschließung von Minderheitsaktionären (§ 327a AktG) möglich wird.

Darüber hinaus erscheint es sachgerecht, gesetzlich auch die Fälle einzubeziehen, in denen der Käufer durch den Erwerb der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung die wesentliche Verfügungsbefugnis über das Unternehmen erhält und den Gegenstand des Unternehmens eigenverantwortlich ändern kann. Das Kriterium der Verfügungsbefugnis dürfte bei Kapitalgesellschaften vorliegen, wenn der Erwerber durch den Erwerb mit satzungsändernder Mehrheit den Gegenstand des Unternehmens bestimmen kann.¹⁰⁸ Nach Auffassung der Arbeitsgruppe kann jedenfalls in diesen Fällen aus dem

¹⁰⁵ Wolf/Kaiser, DB 2002, 411, 417; Lange, ZGS 2003, 300, 304.

¹⁰⁶ Lange, ZGS 2003, 300, 304.

¹⁰⁷ Vgl. Hommelhoff, ZGR 1982, 367, 380; Schröcker, ZGR 2005, 63, 68.

¹⁰⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 02.06.1980, VIII ZR 64/79, NJW 1980, 2408; OLG München, Urt. v. 25.03.1998, 7 U 4926/97, DB, 1998, 1321.

Umfang der Beteiligung mit hinreichender Gewissheit auf den Inhalt des Vertrags und den Vertragswillen der Parteien zum Erwerb des Unternehmens geschlossen werden. Dies schließt nicht aus, dass andere Gesellschafter an dem Unternehmen beteiligt sind und dies bei der Berechnung des Kaufpreises für den Erwerb der satzungsändernden Mehrheit Berücksichtigung findet.

Nach Auffassung der Arbeitsgruppe sprechen auch einige Argumente dafür, in den Anwendungsbereich der Regelungen zum Unternehmenskauf die Fälle des Erwerbs einer Mehrheitsbeteiligung aufzunehmen, wenn die entsprechende (gesetzliche) Vermutung für die Beherrschung der Gesellschaft nicht widerlegt werden kann (vgl. § 17 Abs. 2 AktG). Dies würde voraussetzen, dass in den Fällen des Erwerbs einer Mehrheitsbeteiligung der Wert der Gesellschaftsanteile regelmäßig am Wert des Unternehmens bemessen wird, wozu sich eine Diskussion mit der Praxis anschließen sollte.

Unterhalb dieser Schwelle dürfte es sich dagegen in Abgrenzung zum Anteilskauf nicht empfehlen, im Regelfall die besonderen kaufrechtlichen Bestimmungen zum Sachkauf anzuwenden. Dies schließt nicht aus, auch bei einem Anteilskauf gemäß § 453 Abs. 1 BGB die Regelungen für den Sachkauf entsprechend anzuwenden. Dies dürfte dann jedoch eine Frage der Auslegung der Parteivereinbarung im Einzelfall sein, zu der sich eine typologische Erfassung als Unternehmenskauf nicht empfiehlt.

Durch eine einheitliche Definition, die den Anwendungsbereich des Rechts des Unternehmenskaufs eröffnen würde, würden Wertungswidersprüche zwischen Asset und Share Deal, insbesondere bei den Rechtsfolgen eines Mangels, vermieden. Die Gewährleistungsrechte der §§ 434 ff. BGB würden demnach grundsätzlich nicht nur beim Asset Deal, sondern auch im Falle eines Share Deals Anwendung finden, bei dem der Käufer sämtliche Gesellschaftsanteile erwirbt und somit, ohne durch Befugnisse von Mitgesellschaftern beeinträchtigt zu sein, uneingeschränkt über das Unternehmen verfügen kann. Gleiches gilt in dem Fall des Erwerbs einer satzungsändernden Mehrheit. Eine Regelung, die beim Share Deal auf einen höheren Schwellenwert abstellt, erscheint auch zur Anwendung unternehmensbezogener Rechte sachgerecht.

Kapitel 2: Form des Unternehmenskaufvertrags

I. Einführung

Derzeit existiert keine Rechtsnorm, die die Einhaltung einer bestimmten Form für den Unternehmenskauf ausdrücklich anordnet. Dennoch bedarf es häufig einer notariellen Beurkundung, da spezielle Formvorschriften diese vorsehen. Die Formerfordernisse können das Verpflichtungsgeschäft (z.B. § 311b BGB, § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG) und/oder das Verfügungsgeschäft (z.B. § 15 Abs. 3 GmbHG) betreffen. Bei einem „Share Deal“ sind die für die Übertragung von Gesellschaftsanteilen geltenden Formvorschriften zu beachten (wie § 15 GmbHG und § 68 AktG). Beim „Asset Deal“ kommt es darauf an, ob einzelne Gegenstände des Unternehmenskaufs eine bestimmte Form verlangen. So gelten die Maßstäbe des § 311b Abs. 1 BGB für die Verpflichtung zur Übertragung von Grundstücken. Unterliegen einzelne Gegenstände bestimmten Formerfordernissen, erfassen diese den gesamten Unternehmenskaufvertrag.¹⁰⁹ Zudem bedarf ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil davon zu übertragen, der notariellen Beurkundung (§ 311b Abs. 3 BGB).

II. Problematik der Anwendung des § 311b Abs. 3 BGB

§ 311b Abs. 3 BGB soll angesichts der Unbestimmtheit einer Verpflichtung zur Veräußerung des Vermögens Schutz vor Übereilung bieten und die Rechtssicherheit fördern. Die Vorschrift bereitet beim „Asset Deal“ in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten.

Von zentraler Bedeutung für ihre Auslegung sind noch immer Entscheidungen des Reichsgerichts¹¹⁰ und einige ältere Urteile des BGH.¹¹¹ Ist danach eine Übertragung des gesamten Vermögens in „Bausch und Bogen“ gewollt, findet § 311b Abs. 3 BGB auch dann Anwendung, wenn die einzelnen Vermögensgegenstände im Vertrag besonders bezeichnet sind. Andererseits unterfällt die Verpflichtung zur Übertragung von einzelnen oder mehreren Vermögensgegenständen selbst dann nicht der Vorschrift, wenn die Gegenstände tatsächlich das ganze Vermögen ausmachen.

¹⁰⁹ Allg. BGH, Urt. v. 26.11.1999, V ZR 251/98, ZIP 2000, 232, m.w.N.; für Unternehmenskaufverträge z.B. Ruhwinkel in MüKo/BGB, 9. Aufl. 2022, § 311b Rn. 55.

¹¹⁰ RG, Urt. v. 12.11.1908, VI 633/07, RGZ 69, 416; Urt. v. 11.11.1910, II 609/09, RGZ 76, 1; Urt. v. 03.02.1919, IV 323/18, RGZ 94, 314; Urt. v. 09.07.1932, VI 205/32, RGZ 137, 324.

¹¹¹ BGH, Urt. v. 19.6.1957, IV ZR 214/56, BGHZ 25, 1; Urt. v. 05.05.1958, VII ZR 102/57, WM 1958, 756; neuer nur BGH, Urt. v. 30.10.1990, IX ZR 9/90, ZIP 1990, 1541.

Der bis heute herangezogene Begriff der Veräußerung des gesamten Vermögens „in Bausch und Bogen“¹¹² vermag die bestehenden Abgrenzungsprobleme jedenfalls nicht zufriedenstellend zu lösen.¹¹³ In der Literatur wird kritisiert, die Rechtsprechung werde den Erfordernissen des modernen Rechtsverkehrs nicht mehr gerecht.¹¹⁴

Auch die große Meinungsvielfalt im Schrifttum verursacht erhebliche Rechtsunsicherheit. Teilweise wird § 311b Abs. 3 BGB von vornherein für nicht einschlägig gehalten, wenn ein Unternehmen verkauft wird¹¹⁵ oder wenn die Verkäuferin eine natürliche Person¹¹⁶ oder eine Personenhandelsgesellschaft¹¹⁷ ist. Andere wollen umgekehrt die Norm nicht auf das Vermögen von juristischen Personen anwenden.¹¹⁸ Unterschiedlich beurteilt werden zudem Unternehmenskaufverträge, die sog. „Catch-All“-Klauseln enthalten. Dabei handelt es sich um Auffangregelungen, nach denen im Grundsatz z.B. „alle zum Geschäftsbetrieb gehörenden Vermögensgegenstände“ verkauft werden, zur Konkretisierung aber auf besondere Auflistungen („insbesondere“) verwiesen wird. Dieses Vorgehen trägt dem Umstand Rechnung, dass es in der Zeit zwischen Vertragsschluss und -vollzug zu Bestandsveränderungen kommen kann. Zum Teil wird vertreten, Verträge mit „Catch-All“-Klauseln bedürften keiner Beurkundung nach § 311b Abs. 3 BGB, da die Aufführung der (meisten) Aktiva in einer (nahezu vollständigen) Liste dem Verkäufer hinreichend Klarheit über sein Vermögen gebe, so dass keine Notwendigkeit für einen Übereilungsschutz bestehe.¹¹⁹ Die Gegenansicht moniert, der Vorschrift verbleibe kaum noch ein sinnvoller Anwendungsbereich.¹²⁰

Entsprechend werden in Praxishand- und Formularbüchern unterschiedliche Empfehlungen hinsichtlich der Beurkundung eines „Asset Deals“ gegeben. Wegen der weitreichenden Folgen eines Formverstößes – Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gemäß § 125 BGB ohne Heilungsmöglichkeit durch Vollzug – raten viele Autoren, den Unternehmenskaufvertrag im Zweifel beurkunden zu lassen.¹²¹ Aufgrund der hohen Kosten einer notariellen Beurkundung hat die Problematik eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung. Streitigkeiten und gegebenenfalls langwierige gerichtliche Auseinandersetzungen über die (Teil-)Nichtigkeit des Vertrags können auch für das Zielunternehmen

¹¹² RG, Urt. v. 03.02.1919, IV 323/18, RGZ 94, 314; BGH, Urt. v. 30.10.1990, IX ZR 9/90, ZIP 1990, 1541.

¹¹³ Dierksmeier, GmbHR 2021, 908, 910; vgl. auch Ruhwinkel in MüKo/BGB, 9. Aufl. 2022, § 311b Rn. 118 Fn. 467.

¹¹⁴ Böttcher/Grewe, NZG 2005, 950, 954; vgl. zur Widersprüchlichkeit auch Ludwig in jurisPK/BGB, 10. Aufl. 2023, § 311b Rn. 415.

¹¹⁵ Grüneberg in Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 311b Rn. 66.

¹¹⁶ Werner, GmbHR 2008, 1135, 1139.

¹¹⁷ RG, JW 1910, 242 Nr. 30; Grüneberg in Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 311b Rn. 66; Grziwotz in Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 311b Rn. 91; Gehrlein in BeckOK/BGB, § 311b Rn. 44.

¹¹⁸ Kiem, NJW 2006, 2363 ff.; Werner, GmbHR 2008, 1135, 1137; Böttcher/Fischer, NZG 2010, 1332 ff.

¹¹⁹ Biehl/Jost, BB 2021, 2118, 2119; Böttcher/Grewe, NZG 2005, 950, 954; Müller, NZG 2007, 201, 205.

¹²⁰ Morshäuser, WM 2007, 337, 343; Werner, GmbHR 2008, 1135, 1138.

¹²¹ Z.B. Sammet in Beck'sche Online-Formulare Vertrag, 67. Edition 2024, Formular 20.4 (Asset Deal), Anm. Rn. 5; Fortun/Neveling, BB 2011, 2568, 2570; hierzu auch Wiesbrock, DB 2002, 2311, 2315.

einschneidende Konsequenzen haben; von § 311b Abs. 3 BGB betroffen sind vor allem kleine bis mittlere Zielunternehmen.¹²² Hinzu kommt, dass eine Rückabwicklung des Geschäfts je nach Umständen und Zeitablauf praktisch kaum durchführbar ist.¹²³

III. Empfehlungen zur Kodifizierung

Die Arbeitsgruppe hält es für empfehlenswert, den Unternehmenskauf aus dem Anwendungsbereich des § 311b Abs. 3 BGB ausdrücklich auszunehmen.¹²⁴ Der Verkäufer eines Unternehmens verfügt in aller Regel über Erfahrungen im kaufmännischen Verkehr und sichere Vorstellungen vom Umfang der übernommenen Verpflichtungen, sodass eine Beurkundungspflicht entbehrlich erscheint. Auch der Schutzzweck der „Förderung von Rechtssicherheit“ dürfte beim Unternehmenskauf kaum zum Tragen kommen, da regelmäßig umfangreiche Vertragswerke vorliegen. Die durch hohe Gegenstandswerte verursachten Kosten einer Beurkundung sprechen ebenfalls für eine Herausnahme aus dem Anwendungsbereich des § 311b Abs. 3 BGB. Weitere Argumente sind die harte Nichtigkeitsfolge im Falle eines Formverstößes und die komplizierte Rückabwicklung des Geschäfts, wenn der nicht ordnungsgemäß beurkundete Vertrag bereits vollzogen wurde.

Soweit die Parteien auf die Fachkunde einer Notarin oder eines Notars zurückgreifen wollen, bliebe ihnen dies unbenommen.

¹²² Müller, NZG 2007, 201; A. Vollmerhaus/M. Vollmerhaus in Mehrbrey, Hdb. Streitigkeiten beim Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2022, § 9 Rn. 143.

¹²³ A. Vollmerhaus/M. Vollmerhaus in Mehrbrey, Hdb. Streitigkeiten beim Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2022, § 9 Rn. 124.

¹²⁴ Morshäuser, WM 2007, 337, 344; vgl. auch Böttcher/Grewe, NZG 2005, 950, 954; Böttcher/Fischer, NZG 2010, 1332, 1334; Fortun/Neveling, BB 2011, 2568, 2570.

Kapitel 3: Pflichten vor Abschluss des Unternehmenskaufvertrags

I. Einführung

Bereits im Vorfeld des (möglichen) Abschlusses eines Unternehmenskaufvertrags unterliegen die Verhandlungspartner bestimmten Pflichten. Insbesondere können im vorvertraglichen Stadium Geheimhaltungspflichten, Treuepflichten sowie Aufklärungs- und Informationspflichten bestehen.

Bei Vertragsverhandlungen über einen Unternehmenskauf ist es üblich, möglichst frühzeitig eine Geheimhaltungsvereinbarung (Non-Disclosure-Agreement, kurz: NDA) zu schließen, in der die Verpflichtungen der Beteiligten zur Geheimhaltung und Vertraulichkeit geregelt werden. Solche Geheimhaltungsvereinbarungen dienen dem Interessenausgleich der Parteien. Der Käufer hat einerseits ein Interesse daran, für seine Kaufentscheidung ein möglichst vollständiges Bild des Kaufobjekts zu erhalten; spätestens im Rahmen der Due-Diligence-Prüfung wird er daher die Offenlegung auch nicht öffentlicher Informationen verlangen. Der Verkäufer möchte andererseits sensible Informationen, wie z.B. Geschäftsgeheimnisse oder Einzelheiten bestehender Verträge, möglichst weitreichend schützen und die Weitergabe dieser Informationen so weit wie möglich beschränken.¹²⁵ Zugleich muss er auch Sorge dafür tragen, eigene Verschwiegenheitspflichten und datenschutzrechtliche Verpflichtungen einzuhalten.¹²⁶

Geheimhaltungsvereinbarungen enthalten üblicherweise Regelungen zur Definition der vertraulichen Informationen (Bestimmung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse), zum Umfang der Geheimhaltungspflichten und Ausnahmen (z.B. Weitergabe an berechtigte Personen; gesetzliche Offenlegungspflichten), zu Mitteilungspflichten bei einem Verstoß oder einer Offenlegung wegen Auskunftspflicht o.ä., zur Rückgabe und Vernichtung der vertraulichen Informationen, zur Geltungsdauer der Geheimhaltungsvereinbarung sowie zu Vertragsstrafen und gegebenenfalls weitergehenden Ansprüchen.¹²⁷

Auch wenn bei Aufnahme von Vertragsverhandlungen über einen Unternehmenskauf keine Geheimhaltungsvereinbarung geschlossen wird, werden gemäß §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB regelmäßig Geheimhaltungspflichten in Bezug auf erkennbar vertrauliche Informationen aus dem Bereich des diese offenlegenden Verhandlungspartners begründet. Denn nach § 311 Abs. 2 BGB entsteht ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB auch durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, die

¹²⁵ Alfes in Beck'sche Online-Formulare Vertrag, 67. Edition 2024, Formular 20.2 (Non Disclosure Agreement), Anm. Rn. 1.

¹²⁶ Abedin in Koreng/Lachenmann, Formularhandbuch Datenschutzrecht, 3. Auflage 2021, G. IV. 2. Vertraulichkeitsvereinbarung bei M&A-Transaktionen.

¹²⁷ Zu weiteren möglichen Regelungsgegenständen siehe etwa Thurn/Wiegand, Beck'sches Formularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, D-E, Walz, 5. Auflage 2022, N.1. Vertraulichkeitsvereinbarung – Non-Disclosure Agreement, Anm. 1-20.

Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder durch ähnliche geschäftliche Kontakte.

Aufgrund der in der Vertragsanbahnungsphase bestehenden Treue- und Rücksichtnahmepflichten der Verhandlungspartner können zudem im Falle eines grundlosen Abbruchs der Verhandlungen Schadensersatzansprüche entstehen. Bei Verhandlungen über einen Unternehmenskauf wird mitunter auch eine Vereinbarung über eine „Break-up Fee“ („Abbruchgebühr“) geschlossen, durch die eine Partei, meist der Käufer, zur Zahlung einer bestimmten Summe an die andere Partei verpflichtet wird, wenn der geplante Kauf des Unternehmens aus bestimmten Gründen nicht abgeschlossen wird.¹²⁸ Eine solche Regelung kann in den üblichen Vereinbarungen zu Zwischenstadien (z.B. Letter of Intent, Memorandum of Understanding, Term Sheet oder Non-Binding Offer) aufgenommen werden, in denen auch andere Pflichten der Parteien in Bezug auf die weiteren Verhandlungen, etwa die Reichweite und Dauer etwaiger Exklusivitätsverpflichtungen, geregelt werden können.¹²⁹

Den Verkäufer treffen im Vorfeld des Vertragsschlusses schließlich Aufklärungs- und Informationspflichten in Bezug auf das zu verkaufende Unternehmen. Insbesondere ist er verpflichtet, alle für die Kaufentscheidung wesentlichen Informationen über das Unternehmen offenzulegen.

So hat der Verkäufer bei Verhandlungen über einen Unternehmenskauf den Kaufinteressenten auch ungefragt über solche Umstände aufzuklären, die den Vertragszweck (des anderen) vereiteln können und daher für seinen Entschluss von wesentlicher Bedeutung sind, sofern er die Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwarten konnte¹³⁰. Überdies trifft ihn im Hinblick auf die wirtschaftliche Tragweite des Geschäfts und die regelmäßig erschwerte Bewertung des Kaufobjekts durch den Kaufinteressenten grundsätzlich eine „gesteigerte Aufklärungs- und Sorgfaltspflicht“.¹³¹

II. Sach- und Streitstand

Der konkrete Umfang der Pflichten im vorvertraglichen Stadium eines Unternehmenskaufs und die sich aus einem Verstoß gegen diese Pflichten ergebenden Rechtsfolgen sind oft schwer zu bestimmen.

¹²⁸ Göthel in Göthel, Grenzüberschreitende M&A-Transaktionen, 5. Aufl. 2020, Ablauf und Vertragsgestaltung, Rn. 242; Weber in Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, 10. Auflage 2022, Kap. 9 Vorvertragliches Stadium, Rn. 9.31.

¹²⁹ Siehe hierzu Matyschok/Horstkotte in Kronke/Melis/Kuhn, Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2017, Kapitel 4 Unternehmenskauf, Rn. 940; Rempp in Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, 10. Aufl. 2022, Kap. 1 Mergers & Acquisitions, Rn. 1.130.

¹³⁰ BGH, Urt. v. 28.11.2001, VIII ZR 37/01, juris, Rn. 15.; vgl. ferner BGH, Urt. v. 11.08.2010, XII ZR 192/08, juris, Rn. 22 m.w.N.

¹³¹ BGH, Urt. v. 28.11.2001, VIII ZR 37/01, juris, Rn. 15.; vgl. ferner BGH, Urt. v. 11.08.2010, XII ZR 192/08, juris, Rn. 22 m.w.N.

1. Geheimhaltungspflichten

In Bezug auf Geheimhaltungspflichten sowie Treue- und Rücksichtnahmepflichten im Rahmen der Vertragsverhandlungen stehen insoweit nicht grundsätzliche dogmatische Streitigkeiten, sondern Fragen der Einzelfallwürdigung im Vordergrund.

Im Zusammenhang mit den Rechten und Pflichten aus Geheimhaltungsvereinbarungen sind vor allem Streitigkeiten über die Reichweite der Geheimhaltungspflichten, ihre Durchsetzung sowie über Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche im Zusammenhang mit (drohenden) Pflichtverstößen praxisrelevant. Hier geht es vorrangig um die Vertragsauslegung, die in erster Linie von Inhalt der jeweilig konkret getroffenen Vereinbarungen sowie den Interessen der Vertragsparteien abhängig ist. Die Auslegung ist anhand der bekannten Grundsätze, insbesondere nach Maßgabe der §§ 133, 157 BGB vorzunehmen. Folgen die Pflichten nicht aus einem Vertrag, sondern aus einem zur Geheimhaltung verpflichtenden vorvertraglichen Schuldverhältnis, ist ihre Reichweite gemäß den zu § 311 Abs. 2 BGB entwickelten Grundsätzen zu ermitteln.

Schadensersatzansprüche und sonstige Folgen eines Verstoßes gegen Geheimhaltungspflichten richten sich im Falle einer entsprechenden Vereinbarung in erster Linie nach dieser und im Übrigen insbesondere nach den §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1, 249 ff. BGB. Daneben kann ein Schutz vor einer Weitergabe vertraulicher Informationen gemäß den §§ 823, 826, 1004 BGB analog sowie §§ 6 ff. GeschGehG bestehen.¹³²

2. Abbruch von Vertragsverhandlungen

Der Abbruch der Vertragsverhandlungen durch eine Seite kann nur ausnahmsweise zu Schadensersatzansprüchen führen. Die kautelarjuristische Praxis und die Instanzgerichte orientieren sich insoweit an der ständigen Rechtsprechung des BGH. Hiernach hat jeder Verhandlungspartner im Rahmen der Vertragsfreiheit bis zum Vertragsabschluss grundsätzlich das Recht, von dem in Aussicht genommenen Vertrag Abstand zu nehmen. Nur wenn der Vertragsschluss nach den Verhandlungen zwischen den Parteien als sicher anzunehmen ist und in dem hierdurch begründeten Vertrauen Aufwendungen zur Durchführung des Vertrages vor dessen Abschluss gemacht werden, können diese vom Verhandlungspartner unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen zu erstatten sein, wenn er den Abschluss des Vertrages später ohne triftigen Grund ablehnt. Dies gilt erst recht, wenn die Abschlussbereitschaft von vorneherein nur vorgetäuscht war oder wenn sich im Laufe der Verhandlungen die feste Entschlossenheit des Verhandlungspartners, den Vertrag abzuschließen, verflüchtigt, er jedoch der Gegenseite weiterhin seine unbedingte Bereitschaft vorspiegelt und sie damit täuscht.¹³³ Besteht für den Vertragsabschluss ein Formerfordernis, z.B. nach § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG, sind noch höhere Anforderungen

¹³² Koreng/Lachenmann in DatenschutzR-FormHdB, Form. G. IV. 2. Anm. 1.-23.

¹³³ BGH, Urt. v. 15.01.2001, II ZR 127/99, juris, Rn. 6.

für die Annahme einer Pflichtverletzung zu stellen, da kein indirekter Zwang zum Vertragsschluss begründet werden darf, was regelmäßig dem Schutzzweck der jeweiligen Formvorschrift zuwiderliefe.¹³⁴

Diese Rechtsprechung des BGH ist in der Literatur auf Zustimmung gestoßen.¹³⁵ Bei ihrer Anwendung im Bereich des Unternehmenskaufvertrags kommt es entscheidend auf die Umstände des Einzelfalls an, insbesondere spielen die im Laufe der Verhandlungen vom Käufer gegebenen Bestätigungen des eigenen Interesses am Vertragsschluss (Letter of Intent, Non Binding Offer) oder sogar die privatschriftlich niedergelegte grundsätzliche Einigung über die Bedingungen für den Kauf (Memorandum of Understanding bzw. Term Sheet) eine Rolle;¹³⁶ ferner ist zu berücksichtigen, ob die Verhandlungspartner einen entsprechenden Haftungsausschluss (etwa als Teil eines Letter of Intent oder einer Vertraulichkeitsvereinbarung) vorab vereinbart haben.¹³⁷

Ebenfalls einzelfallbezogen ist die Auslegung von Vereinbarungen über sonstige verhandlungsbezogene Pflichten, wie über eine Break-Up-Fee oder Exklusivität, vorzunehmen; den rechtlichen Rahmen geben insoweit die bekannten allgemeinen Grundsätze.

3. Vorvertragliche Aufklärungspflichten

Streitfragen grundsätzlicher Art werden dagegen im Zusammenhang mit vorvertraglichen Aufklärungspflichten aufgeworfen.

Den Fallgruppen der Verletzung von Aufklärungspflichten und der objektiven Falschinformation – namentlich bei der Beantwortung von Fragen im Rahmen des „Q&A“-Prozesses bei der Due Diligence – kommt beim Unternehmenskauf eine große praktische Bedeutung zu.¹³⁸ Dies hat seinen Grund insbesondere darin, dass § 276 Abs. 3 BGB einem vertraglichen Ausschluss der Haftung für vorsätzlich pflichtwidriges Handeln entgegensteht und der grundsätzliche Vorrang des Mängelgewährleistungsrechts gegenüber Ansprüchen aus culpa in contrahendo nach Gefahrübergang bei vorsätzlichem Handeln nicht zum Tragen kommt.¹³⁹ Die Rechtsposition des Käufers wird dadurch begünstigt, dass bei objektiver Falschinformation Vorsatz bereits bei Angaben

¹³⁴ BGH, Urt. v. 15.01.2001, II ZR 127/99, juris, Rn. 13; Engelhardt/von Maltzahn in Holzapfel/Pöllath/Bergjan/Engelhardt, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 16. Aufl. 2021, Vorvereinbarungen und vorvertragliche Pflichten, Rn. 698.

¹³⁵ Siehe etwa Hertel in Staudinger, BGB, 2023, § 125, Rn. 118; Armbrüster in Erman, BGB, 17. Auflage 2023, § 145 Rn. 20; Kulenkamp in Krieger/Schneider, Handbuch Managerhaftung, IV. Abbruch von Vertragsverhandlungen, Rn. 33.93; Rodewald in Centrale für GmbH, GmbH-Handbuch, 186. Lieferung, 9/2023, E. Rechtsnachfolge in Geschäftsanteile, Rn. 1071.

¹³⁶ Näher hierzu Rodewald in Centrale für GmbH, GmbH-Handbuch, 186. Lieferung, 9/2023, E. Rechtsnachfolge in Geschäftsanteile, Rn. Rn. 1971-1974.

¹³⁷ Kulenkamp in Krieger/Schneider, Handbuch Managerhaftung, IV. Abbruch von Vertragsverhandlungen, Rn. 33.93.

¹³⁸ Stamer in Knott, Unternehmenskauf, 6. Aufl. 2019, Haftung des Verkäufers, Rn. 283.

¹³⁹ BGH, Urt. v. 27.03.2009, V ZR 30/08, juris, Rn. 19 ff.; Stamer in Knott, Unternehmenskauf, 6. Aufl. 2019, Haftung des Verkäufers, Rn. 283; s. dazu auch Kapitel 7 V 1.

des Verkäufers „ins Blaue hinein“ vorliegt und es für die Verletzung von Aufklärungspflichten genügt, dass der Verkäufer die eine solche Pflichtverletzung begründenden Umstände für möglich hält und billigend in Kauf nimmt.¹⁴⁰

Nach der Rechtsprechung des BGH richtet sich die Ermittlung der konkreten Aufklärungs- und Informationspflichten nach dem Informationsbedürfnis des jeweiligen Käufers, für dessen Umfang seine Vorkenntnisse, die Art des verkauften Unternehmens und die geplante Verwendung des erworbenen Unternehmens von Bedeutung sind.¹⁴¹ Geht es um die Beteiligung des Erwerbers an einem lebensfähigen Unternehmen, erstreckt sich die Aufklärungspflicht des Verkäufers namentlich auch auf alle Umstände, welche die Überlebensfähigkeit ernsthaft gefährden, insbesondere also drohende oder bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung.¹⁴² Solche Umstände können z.B. „Change of Control“-Klauseln in Bezug auf wesentliche Verträge – z.B. Liefer- oder Kreditverträge – des zu verkaufenden Unternehmens sein, die dessen Vertragspartner die Kündigung des Vertrages bei einer Veränderung der Beteiligungsverhältnisse an dem zu verkaufenden Unternehmen erlauben. Macht der Verkäufer tatsächliche Angaben, die für den Kaufentschluss des anderen Teils von Bedeutung sein können, so müssen diese richtig und vollständig sein, und zwar auch dann, wenn eine Offenbarungspflicht nicht bestand.¹⁴³

Typischerweise treten die Verhandlungsparteien über die Due Diligence – die eingehende Prüfung eines zum Verkauf stehenden Unternehmens durch den potenziellen Käufer – in ein von gegenseitigen Informations- und Untersuchungspflichten geprägtes Näheverhältnis, im Rahmen dessen der Verkäufer seinen Pflichten zur wahrheitsgemäßen Information und Erfüllung bestehender Aufklärungspflichten und der Erwerbsinteressent seinen auf der anderen Seite bestehenden Untersuchungspflichten bzw. -obliegenheiten im Hinblick auf die vorgelegten Informationen nachzukommen sucht.¹⁴⁴

Bei der Due Diligence stellt sich häufig die Frage, inwieweit der Verkäufer eine im Einzelfall bestehende Aufklärungspflicht durch Offenlegung der betreffenden Umstände im Datenraum erfüllen kann. Dies hängt wesentlich von der Bedeutung der aufklärungspflichtigen Umstände für den potenziellen Vertragspartner ab sowie davon, wie deutlich der Datenraum diese Umstände erkennen lässt; darüber hinaus ist zu berücksichtigen, von welchem Umfang der käuferseitigen Due Diligence der Verkäufer ausgehen darf,¹⁴⁵ was auch Gegenstand entsprechender Vereinbarungen und Bestätigungen der Vertragsparteien sein kann. Über Sachverhalte, die aus Sicht des Verkäufers für den Käufer rechtlich oder wirtschaftlich besonders relevant sind, muss der

¹⁴⁰ Stamer in Knott, Unternehmenskauf, 6. Aufl. 2019, Haftung des Verkäufers, Rn. 283 m.w.N.

¹⁴¹ Vgl. hierzu BGH, Urt. v. 04.04.2001, VIII ZR 32/00, juris, Rn. 19.

¹⁴² BGH, Urt. v. 04.04.2001, VIII ZR 32/00, juris, Rn. 19; Stamer in Knott, Unternehmenskauf, 6. Aufl. 2019, Haftung des Verkäufers, Rn. 284 m.w.N.

¹⁴³ Vgl. BGH, Urt. v. 04.04.2001, VIII ZR 32/00, juris, Rn. 23, 26; Urt. v. 15.09.2023, V ZR 77/22, juris, Rn. 13, vgl. Stamer in Knott, Unternehmenskauf, 6. Aufl. 2019, Haftung des Verkäufers, Rn. 283.

¹⁴⁴ Stamer in Knott, Unternehmenskauf, 6. Aufl. 2019, Haftung des Verkäufers, Rn. 283.

¹⁴⁵ Stamer in Knott, Unternehmenskauf, 6. Aufl. 2019, Haftung des Verkäufers, Rn. 284 n.w.N.

Verkäufer nach der Rechtsprechung des BGH den Käufer in der Regel gesondert aufklären. Wie der BGH zuletzt bestätigt hat, reicht es für die Aufklärung über solche Umstände grundsätzlich nicht aus, Unterlagen und Informationen in den Datenraum einzustellen, es sei denn, der Verkäufer kann die berechtigte Erwartung haben, der Käufer werde durch Einsichtnahme in den Datenraum Kenntnis von dem offenbarungspflichtigen Umstand erhalten.¹⁴⁶ Letzteres hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, etwa davon, wie der Datenraum und der Zugriff hierauf strukturiert und organisiert sind.¹⁴⁷

Dagegen wird in der Literatur teilweise die Auffassung vertreten, der Verkäufer erfülle bereits durch die Gestattung einer Due Diligence seine Aufklärungspflicht oder zumindest treffe den Käufer ein Mitverschulden, wenn er sich anhand des Datenraums nicht selbst über die betreffenden Umstände informiere. Nach anderer Auffassung lässt die Durchführung der Due Diligence die Aufklärungspflichten des Verkäufers grundsätzlich unberührt, da dem Käufer diese nicht zu seinem Nachteil gereichen dürfe und es zur Erfüllung einer Aufklärungspflicht nicht ausreiche, dass die betreffende Information „in einem Dickicht von anderen Informationen enthalten ist“.¹⁴⁸ Ein Teil des Schrifttums differenziert ähnlich wie der BGH danach, auf welche Weise die betreffenden Umstände im Rahmen der Due Diligence offengelegt werden.¹⁴⁹

In der Literatur wird zudem über eine nochmals gesteigerte Aufklärungspflicht auf Verkäuferseite bei Durchführung eines Auktionsverfahren diskutiert. Zur Begründung einer solchen wird angeführt, der Kaufinteressent habe sich im Auktionsverfahren regelmäßig in stärkerem Maße den von dem Verkäufer gesetzten Regelungen im Hinblick auf Prozessablauf und Informationsfluss zu unterwerfen als im Rahmen eines exklusiven rein bilateralen Verkaufsprozesses; ferner bestehe aus Sicht des einzelnen Bieters strukturell die Gefahr, im Verhältnis zu anderen Bietern ungleich behandelt zu werden, z.B. vom Verkäufer weniger oder schlechter verwertbare Informationen über das Zielunternehmen zu erhalten oder gar ohne echte Chance auf einen Vertragsschluss lediglich zur Vortäuschung einer Wettbewerbssituation gegenüber den anderen Bietern „mitgeschleppt“ zu werden.¹⁵⁰

Bei einer Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten des Verkäufers kann sich der Käufer nicht nur auf Ansprüche gemäß dem – wie ausgeführt, im Falle vorsätzlichen Handelns auch bei einem Gewährleistungsschluss anwendbaren – Mängelgewährleistungsrecht berufen, sondern Ersatz des Vertrauensschadens verlangen.

¹⁴⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 15.09.2023, V ZR 77/22, juris, Rn. 33, zu einem Grundstücksverkauf; s. dazu auch Kapitel 7 V 1.

¹⁴⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 15.09.2023, V ZR 77/22, Rn. 34.

¹⁴⁸ Müller, NJW 2004, 2196, 2199.

¹⁴⁹ Zum Meinungsstand Haberstock in Holzapfel/Pöllath/Bergjan/Engelhardt, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 16. Aufl. 2021, Besondere Verkaufsverfahren, Rn. 1358; Möller, NZG 2012, 841, 846; jeweils m.w.N.; vgl. auch Stamer in Knott, Unternehmenskauf, 6. Aufl. 2019, Haftung des Verkäufers, Rn. 283.

¹⁵⁰ Haberstock in Holzapfel/Pöllath/Bergjan/Engelhardt, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 16. Aufl. 2021, Besondere Verkaufsverfahren, Rn. 1357 mw.N.

Der Geschädigte ist danach so zu stellen, wie er bei Offenbarung der für seinen Vertragsentschluss maßgeblichen Umstände stünde.

Ist aufgrund schuldhafter vorvertraglicher Pflichtverletzung ein nachteiliger Kaufvertrag zustande gekommen, kann der Geschädigte nach der Rechtsprechung des BGH zum einen verlangen, diesen Vertrag rückgängig zu machen und dadurch nutzlos gewordene Aufwendungen zu erstatten.¹⁵¹

Daneben wird dem Käufer nach ständiger Rechtsprechung des BGH das Recht eingeräumt, an dem für ihn ungünstigen Vertrag festzuhalten und zusätzlich Ersatz eines Vertrauensschadens zu verlangen. Das geschieht bei einem Kaufvertrag in der Weise, dass der Geschädigte so behandelt wird, als wäre es ihm bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, den Vertrag zu einem niedrigeren Preis abzuschließen. Schaden ist danach der Betrag, um den der Geschädigte den Kaufgegenstand zu teuer erworben hat.¹⁵² Da es nur um die Bemessung des verbliebenen Vertrauensschadens und nicht um die Frage einer Anpassung des Vertrags geht, braucht der Geschädigte nicht nachzuweisen, dass sich der Vertragspartner auf einen Vertragsschluss zu einem niedrigeren Preis eingelassen hätte.¹⁵³

Diese Rechtsprechung eröffnet dem Käufer eines Unternehmens, für den eine Rückabwicklung des Kaufs – etwa wegen der bereits erfolgten Eingliederung des erworbenen Unternehmens in seine sonstigen Geschäftsaktivitäten – nicht sinnvoll ist, einen einfachen Weg, gleichwohl einen Schaden zu liquidieren.

In dem Sonderfall, dass ein Dritter in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch genommen und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst hat, kann sich der Anspruch gemäß § 311 Abs. 3 BGB auch gegen diesen richten.¹⁵⁴

Darüber hinaus kann die Möglichkeit einer Täuschungsanfechtung bestehen, die allerdings regelmäßig keine für den getäuschten Käufer günstigeren Folgen hat als die Geltendmachung des negativen Interesses oder der Gewährleistungsansprüche.

III. Empfehlungen zur Kodifizierung

Für eine spezifische gesetzliche Regelung zum Umfang vertraglicher oder vorvertraglicher Geheimhaltungspflichten bei einem Unternehmenskauf und zu den aus diesen erwachsenden Ansprüchen ist gegenwärtig kein praktisches Bedürfnis zu erkennen. Die derzeitige Rechtslage bietet auch unter dem Gesichtspunkt der Einzelfallgerechtigkeit eine ausreichende Grundlage für eine Handhabung der vielgestaltigen Streitigkeiten, zu denen es im Zusammenhang mit Geheimhaltungspflichten kommen kann.

¹⁵¹ BGH, Urt. v. 25.05.1977, VIII ZR 186/75, BGHZ 69, 53-59 Rn. 17; Urt. v. 04.04.2001, VIII ZR 32/00, juris, Rn. 17.

¹⁵² BGH, Urt. v. 19.05.2006, V ZR 264/05, juris, Rn. 21.

¹⁵³ BGH, Urt. v. 19.05.2006, V ZR 264/05, juris, Rn. 22.

¹⁵⁴ Hierzu etwa BGH, Urt. v. 12.01.2011, VIII ZR 346/09, juris, Rn. 10 ff.

Entsprechendes gilt für die Schaffung zusätzlicher gesetzlicher Regelungen zu verhandlungsbezogenen Pflichten, wie sie etwa im Zusammenhang mit dem Abbruch der Vertragsverhandlungen oder in Bezug auf eine Exklusivitätsvereinbarung bestehen können.

Aufgrund der typischen Besonderheiten des Ablaufs von Vertragsverhandlungen bei Unternehmenskäufen sollte erwogen werden, den Umfang der Aufklärungs- und Informationspflichten des Verkäufers im Falle einer spezifischen Kodifikation des Unternehmenskaufs zu konkretisieren. Gegenstand einer solchen gesetzlichen Konkretisierung könnte insbesondere die Frage sein, unter welchen Umständen der Verkäufer seine Pflichten durch Offenlegung der betreffenden Informationen im Datenraum erfüllen kann und ob und inwieweit er sich durch die Bestätigung einer vollständigen Kenntnisnahme der im Datenraum vorgehaltenen Informationen oder entsprechende Vertragsklauseln von einer Haftung befreien kann. Insoweit liegt es nahe, an die Rechtsprechung des BGH anzuknüpfen. Eine solche vermittelnde Lösung, die in der deutschen Vertragspraxis bereits üblicherweise verwendet wird, sieht vor, dass solche Informationen als bekannt gelten, die dem Käufer von Seiten des Verkäufers in angemessener Weise offengelegt wurden¹⁵⁵ und hinsichtlich derer der Verkäufer die berechnete Erwartung haben kann, dass der Käufer hierdurch Kenntnis von dem offenbarungspflichtigen Umstand erlangt. Hierdurch würden unbillige Härten vermieden, die sich aus den vorgenannten Extremsituationen ergeben.

An dieser Stelle ist ein Gleichlauf mit den Zurechnungsfragen im Rahmen der Sachmängelgewährleistung zu empfehlen.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Schudlo/Kersten, BB 2021, 1154, 1156; Möller, NZG 2012, 841, 844.

¹⁵⁶ S. dazu Kapitel 7 V 2.

Kapitel 4: Kaufpreisbestimmung

I. Einführung

Beim Unternehmenskauf werden hauptsächlich zwei Methoden zur Kaufpreisbestimmung angewandt: Der Locked-Box- und der Closing-Accounts-Mechanismus.

1. Fester Kaufpreis („Locked-Box“)

Beim Locked-Box-Mechanismus wird der Kaufpreis beim Abschluss des Unternehmenskaufvertrags („Signing“) auf der Grundlage von historischem Zahlenmaterial, das den Unternehmenswert zum Zeitpunkt eines festgelegten Referenzstichtags („Locked-Box-Datum“) widerspiegelt, endgültig vereinbart. Referenzstichtag ist regelmäßig das letzte Geschäftsjahresende und damit der letzte Bilanzstichtag. Bei diesem Ansatz wird auch von einem „Festkaufpreis“ gesprochen, da keine weiteren Anpassungen des Kaufpreises vorgenommen werden. Der Käufer übernimmt damit grundsätzlich das wirtschaftliche Risiko des Unternehmens ab dem vereinbarten Referenzstichtag. Um sicherzustellen, dass der Verkäufer ab diesem Stichtag nicht auf das Vermögen des Unternehmens zugreift und dessen Wert durch Liquiditätsabflüsse oder ähnliche wertabschöpfende Maßnahmen nachträglich mindert, werden üblicherweise No-Leakage-Klauseln (auch „Anti-Leakage Covenants“) vereinbart; daneben wird versucht, durch sog. Pre-Completion-Covenants die ordnungsgemäße Weiterführung des Unternehmens in der Übergangsphase bis zum tatsächlichen Abschluss der Transaktion abzusichern.¹⁵⁷

Wegen des feststehenden Bezugspunkts für die Kaufpreisbestimmung – dem durch das Locked-Box-Datum festgelegten Bilanzstichtag – ist die Bestimmung der Höhe des Kaufpreises bei der Locked-Box-Methode in der Regel unproblematisch.

Allerdings können hier die Verwirklichung von Leakage-Risiken bzw. das Eintreten eines Substanzschwunds zu Streit über die Angemessenheit des geschuldeten Kaufpreises führen. Da beim Locked-Box-Mechanismus regelmäßig durch Anti-Leakage-Covenants und Pre-Completion-Covenants Vorkehrungen gegen Mittelabflüsse und Wertverluste zwischen dem Locked Box Date und dem Closing getroffen werden, können die hiervon erfassten Veränderungen (z.B. Abfluss von Geldmitteln, Eintritt von Substanzverlusten, unerwartete Einnahmerückgänge oder Verbindlichkeiten) in erster Linie Sekundäransprüche zur Folge haben. Solche Veränderungen können, je nach Ausgestaltung der entsprechenden Vereinbarungen, unter Umständen auch zu Forderungen nach Kaufpreisanpassungen führen.

¹⁵⁷ Vgl. hierzu etwa von den Steinen in Rotthege/Wassermann, Unternehmenskauf bei der GmbH, 2. Aufl. 2020, 4.11 Garantien im Zusammenhang mit einem „Locked Box-Kaufpreis“ Rn. 80 ff.; Hahn, Ubg 2014, 427.

2. Variabler Kaufpreis („Closing-Accounts“)

Beim Closing-Accounts-Mechanismus (auch als „Completion Accounts“ bezeichnet) wird ein geschätzter vorläufiger Kaufpreis bestimmt, der üblicherweise auf Bezugsgrößen wie Nettofinanzmittel, Nettoumlaufvermögen bzw. Eigenkapital des Unternehmens basiert, die anhand einer Referenzbilanz ermittelt werden. Nach dem Vollzug des Kaufvertrags („Closing“) – also der Übertragung von Anteilen im Falle eines Share Deals oder von Vermögensgegenständen im Falle eines Asset Deals – findet eine Anpassung des Kaufpreises auf der Grundlage einer abschließenden Bilanz statt („Closing Accounts“), welche die tatsächlichen finanziellen Verhältnisse des Unternehmens zum Zeitpunkt des Closings reflektiert. Die Kaufpreisermittlung basiert hierbei üblicherweise auf einer im Kaufvertrag festgelegten Formel.

Bei der Closing-Accounts-Methode sind bei der Formulierung und Auslegung von Kaufpreisanpassungsvereinbarungen eine Vielzahl von Fragen zu berücksichtigen, die Gegenstand von Streitigkeiten bei der Ermittlung des endgültigen Kaufpreises sein können. Dies betrifft insbesondere die Festlegung der Faktoren für die Preisanpassung einschließlich des Verfahrens und der Methode für die Aufstellung des hierfür maßgeblichen Zwischenabschlusses und schließlich die konkrete Ermittlung des Anpassungsbetrags nach Maßgabe der getroffenen vertraglichen Vereinbarungen und gegebenenfalls Schiedsgutachtenabreden.

Als vertragliche Preisanpassungsfaktoren kommen unter anderem in Betracht: Die Erhöhung oder Verringerung des bilanzmäßigen Eigenkapitals im Vergleich zur Referenzbilanz, Änderungen einzelner Bilanzposten (z.B. Vorräte, Verbindlichkeiten), Verkauf „schuldensfrei und ohne Kassenguthaben“ („cash and debt free“, d.h. die entsprechenden Salden sind vom Verkäufer auszugleichen bzw. werden bei der Kaufpreisbemessung berücksichtigt), Anpassungen auf der Basis noch festzustellender Kennzahlen wie Working Capital (Differenz zwischen Umlaufvermögen und kurzfristigen Verbindlichkeiten), Cash-flow (Überschuss der Einzahlungen über die Auszahlungen), Ebit, Ebitda, Wegfall oder die Fortdauer gewisser wichtiger Gewinnfaktoren (z.B. Aufträge) oder bestimmter Verlustursachen, Abweichungen künftiger Erträge von den festgelegten Erwartungen (z.B. Kaufpreiserhöhung aufgrund höherer als erwarteter Erträge; Earn-Out-Vereinbarungen) und Mehrerlösklauseln, wonach der Käufer bei einem Weiterverkauf innerhalb einer bestimmten Frist einen Teil des Mehrerlöses an den Erstverkäufer ausbezahlen muss.¹⁵⁸

3. Verfahren zur Feststellung des Abschlusses

Eng verknüpft mit der Frage, welche Preisanpassungsfaktoren für die Ermittlung des endgültigen Kaufpreises maßgeblich sind, ist die Frage, wie das Verfahren zur Feststellung der hierfür maßgeblichen Abschlüsse ausgestaltet wird (z.B. Frist zur Anbringung von Einwänden gegen den zu erstellenden Zwischenabschluss, sogenannte Notice of Objection) und nach welchen Standards zu bilanzieren ist. Für die Ermittlung

¹⁵⁸ Wiegand in Servatius, Corporate Litigation, 2. Aufl. 2021, Kaufpreisanpassungsstreitigkeiten bei M&A-Transaktionen, Rn. 1237 ff.; Schmidt-Jortzig/Rollin in Wiese, Unternehmensnachfolge, 2020, Verkauf und Verpachtung des Familienunternehmens, Rn. 16.83 ff.

der Kaufpreisanpassung bedarf es einer Vereinbarung dazu, welche Rechnungslegungsgrundsätze (z.B. HGB, IFRS, US-GAAP) gegebenenfalls mit welchen zusätzlichen Maßgaben („Specific Accounting Principles“) heranzuziehen sind; regelmäßig werden dies diejenigen sein, die das zu bewertende Unternehmen in den letzten Jahren angewandt hat.¹⁵⁹

Die Parteien können in der Schiedsgutachtenklausel zudem die Grundsätze des Verfahrensablaufs festlegen und hierbei etwa ganz oder teilweise auf die Verfahrensordnung einer Schiedsinstitution verweisen.¹⁶⁰ Fehlt es an einer vertraglichen Regelung, muss der Dritte im Zweifel das Verfahren nach billigem Ermessen durchführen.¹⁶¹

II. Sach- und Streitstand

Grundlage für die Ermittlung des gemäß § 433 Abs. 2 BGB geschuldeten Kaufpreises nach dem Locked-Box- bzw. dem Closing-Accounts-Mechanismus sind in erster Linie die jeweils getroffenen vertraglichen Vereinbarungen. Die Auslegung dieser Vereinbarungen richtet hierbei sich nach den allgemeinen Grundsätzen (§§ 133, 157 BGB).¹⁶²

Besondere Vorgaben in Bezug auf die Kaufpreisbestimmung sieht das Gesetz für den Unternehmenskauf nicht vor. Grundsätzlich ergeben sich insoweit keine grundlegenden Abweichungen von den für Kaufverträge geltenden Regeln der Erbringung einer Gegenleistung (§ 433 Abs. 2 BGB).

Aus der veröffentlichten Rechtsprechung lassen sich, soweit ersichtlich, keine spezifischen und rechtlich verallgemeinerungsfähigen Streitfragen im Zusammenhang mit der Kaufpreisermittlung bei Locked-Box- bzw. Closing-Accounts-Vereinbarungen entnehmen.

Die Literatur befasst sich im Wesentlichen mit der Darstellung typischer Kaufpreisanpassungsregeln bzw. Kaufpreisformeln sowie Empfehlungen hierzu.¹⁶³ Hinsichtlich der dort zudem erörterten Frage, welche Grundsätze bei der Erstellung der Stichtagsbilanz anzuwenden sind, wird auf die vereinbarten vorrangig anzuwendenden kaufvertragspezifischen Bilanzierungs- und Bewertungsgrundsätze verwiesen und ergänzend auf die handelsbilanziellen Grundsätze und die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung Bezug genommen.¹⁶⁴

Im Mittelpunkt der Streitigkeiten im Zusammenhang mit Preisanpassungsfaktoren stehen häufig Meinungsverschiedenheiten über die zutreffende Anwendung der für die

¹⁵⁹ Wiegand in Servatius, Corporate Litigation, 2. Aufl. 2021, Kaufpreisanpassungsstreitigkeiten bei M&A-Transaktionen, Rn. 1264 f., 1267 ff.

¹⁶⁰ Rieble in Staudinger, BGB, 2020, § 317 Rn. 51 m.w.N.

¹⁶¹ Rieble in Staudinger, BGB, 2020, § 317 Rn. 104 m.w.N.

¹⁶² Siehe nur Schackmann/Mellert, BB 2018, 840, 842.

¹⁶³ Siehe etwa Wiegand in Servatius, Corporate Litigation, 2. Aufl. 2021, Kaufpreisanpassungsstreitigkeiten bei M&A-Transaktionen, Rn. 237 ff.

¹⁶⁴ Matzen in Knott, Unternehmenskauf, 6. Aufl. 2019, Kaufvertragsbedingter Stichtagsabschluss, Rn. 341.

Bilanz maßgeblichen Grundsätze und daneben auch die Frage, ob bestimmte Kennzahlen und Ziele eingetreten sind bzw. gegebenenfalls ob ihr Eintritt mutwillig bzw. treuwidrig verhindert worden ist. Hier geht es vorrangig um die jeweilige Auslegung der im konkreten Einzelfall getroffenen Vereinbarungen sowie um Tatsachenfeststellungen (zutreffende Ermittlung der tatsächlichen Grundlagen für die Bilanzierung und zutreffende Anwendung der nach den vertraglichen Vereinbarungen maßgeblichen Standards, Methoden und Verfahrensregeln), die sich in aller Regel mit Hilfe der bekannten Auslegungsgrundsätze (§§ 133, 157 BGB) sowie mit allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen (z.B. §§ 162, 242 BGB) bewerkstelligen lassen.¹⁶⁵

Streitfragen hinsichtlich des Verfahrens für die Schiedsgutachtenerstellung, insbesondere hinsichtlich der Geltung allgemeiner Verfahrensgrundsätze wie des Anspruchs auf rechtliches Gehör, haben die Rechtsprechung bereits mehrfach beschäftigt.¹⁶⁶ Beispielsweise hat die Rechtsprechung herausgearbeitet, dass auf ein Schiedsgutachten im engeren Sinne die §§ 317 – 319 BGB entsprechend anwendbar sind.¹⁶⁷ Diese Fragen stehen allerdings nicht speziell im Zusammenhang mit Unternehmenskaufverträgen, die nur einen besonderen – wenn auch in der Rechtspraxis sehr wichtigen – Anwendungsfall für Schiedsgutachtenvereinbarungen darstellen.

III. Empfehlungen zur Kodifizierung

Ein dringendes praktisches Bedürfnis für spezifische gesetzliche Regelungen in Bezug auf die Kaufpreisbestimmung bei Unternehmenskäufen ist gegenwärtig nicht zu erkennen.

Sowohl beim Locked-Box- als auch beim Closing-Accounts-Konzept steht bei der Ermittlung des geschuldeten Kaufpreises eine Auslegung der jeweiligen vertraglichen Vereinbarungen gemäß den allgemeinen gesetzlichen Regeln im Vordergrund. Es sind keine Gründe für die Annahme ersichtlich, dass die Schaffung zusätzlicher Auslegungsregeln für den Unternehmenskauf – etwa hinsichtlich der bei der Erstellung der Stichtagsbilanz (Closing Accounts) anzuwendenden Bilanzierungs- und Bewertungsgrundsätze – zu mehr Rechtssicherheit oder zu einer größeren Einzelfallgerechtigkeit führen würde.

Es sollte erwogen werden, im Rahmen einer möglichen Neufassung der bisherigen gesetzlichen Regelungen zu Schiedsgutachten in §§ 317-319 BGB eine Kodifizierung von Verfahrensgrundsätzen vorzunehmen, deren Ausformung – jenseits etwaiger von den Parteien hierzu getroffenen Vereinbarungen – bisher der Rechtsprechung überlassen ist.

¹⁶⁵ Zu Earn-Out-Vereinbarungen und § 162 Abs. 1 BGB vgl. Schulz in Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, 10. Auflage 2022, Kap. E. Kaufpreis, Rn. 9.264 unter Verweis auf BGH Urt. v. 16.09.2005, V ZR 244/04, juris, Rn. 12.

¹⁶⁶ Hierzu ausführlich Rieble in Staudinger, BGB, 2020, § 317 Rn. 52-111 m.w.N.

¹⁶⁷ S. dazu Kapitel 5 II 1 c.

Kapitel 5: Fälligkeit und Verzinsung des Kaufpreises

I. Einführung

Beim Locked-Box-Konzept verständigen sich die Vertragsparteien beim Signing, dem Vertragsschluss, auf einen regelmäßig bereits konkret bezifferten bzw. anhand der vorliegenden Referenzbilanz bezifferbaren Festkaufpreis, an dem keine weiteren Anpassungen mehr vorgenommen werden.

Hinsichtlich der Fälligkeit wird üblicherweise vereinbart, dass der Kaufpreis zum Zeitpunkt des Closings, dem Vollzug des Kaufvertrags, zu zahlen ist. Dieser Zeitpunkt wird im Vertrag meist in Abhängigkeit von einer Erfüllung der Abschlussbedingungen (z.B. behördliche Genehmigungen, Zustimmungen Dritter) festgelegt.

Bei Anwendung des Locked-Box-Konzepts ergeben sich in Bezug auf die Fälligkeit des Kaufpreises und seine Verzinsung im Regelfall keine Besonderheiten im Vergleich zu anderen Arten von Kaufverträgen. So kann wie bei anderen entgeltlichen Verträgen hinsichtlich der Verzugszinsen § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB anwendbar sein, wenn die Fälligkeit des Kaufpreises von Genehmigungen, Zustimmungen Dritter bzw. sonstigen Ereignissen abhängt.

Beim Closing-Accounts-Konzept ist indes zwischen der Fälligkeit des aufgrund der Referenzbilanz ermittelten vorläufigen Kaufpreises und derjenigen des aufgrund des später erstellten Zwischenabschlusses (Closing Accounts) ermittelten endgültigen Kaufpreises bzw. des nach dessen Maßgabe zu zahlenden Anpassungsbetrags zu unterscheiden.

Hinsichtlich des vorläufigen Kaufpreises, der üblicherweise zum vereinbarten Zeitpunkt des Closings zu zahlen ist und regelmäßig bereits im Kaufvertrag beziffert bzw. anhand der vorliegenden Referenzbilanz bezifferbar ist, bereitet die Feststellung des Fälligkeitszeitpunktes und des Verzugseintritts im Regelfall keine besonderen Schwierigkeiten. Etwas anderes gilt allerdings für den später nachzuzahlenden oder zurückzuerstattenden Anpassungsbetrag. Dieser wird oft erst mit erheblicher Verzögerung verbindlich ermittelt, weil zunächst der Zwischenabschluss erstellt werden muss und die endgültige Kaufpreisbestimmung im Streitfall meist erst durch ein Schiedsgutachten bzw. die (rechtskräftige) Entscheidung eines (Schieds-)Gerichts getroffen wird.

Streitanfällig ist insbesondere die Frage, ab wann der Kaufpreis zu verzinsen ist. Je nach Dauer der Verzögerung, Höhe des Anpassungsbetrags und maßgeblicher Zinshöhe kann diese Frage eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung haben.

II. Sach- und Streitstand

1. Fälligkeit und Verzinsung bei Einholung von Schiedsgutachten

Im Mittelpunkt der insoweit geführten Diskussionen steht die Frage, welche Konsequenzen eine Schiedsgutachtenabrede für die Fälligkeit und Verzinsung des Anpassungsbetrags beim Closing-Accounts-Konzept hat.

In diesem Zusammenhang ist zunächst zu beachten, dass der Begriff „Schiedsgutachten“ sowohl für Schiedsgutachten „im weiteren Sinne“ gemäß § 317 BGB verwendet wird als auch für die im BGB nicht besonders geregelten Schiedsgutachten „im engeren“ Sinne.

a) Schiedsgutachtenvarianten

Wird ein Schiedsgutachten zur rechtsgestaltenden Leistungsbestimmung (billige Bestimmung der Leistung oder Leistungsmodalität) vereinbart, handelt es sich um einen Schiedsgutachtenvertrag im weiteren Sinne,¹⁶⁸ bei dem sich die Entscheidung nach billigem Ermessen richtet. Typische Anwendungsfälle für Schiedsgutachten im weiteren Sinne betreffen die Ausfüllung von Vertragslücken und die Anpassung an geänderte Verhältnisse.¹⁶⁹

Wird dagegen ein Schiedsgutachten zur verbindlichen Feststellung oder Klarstellung der für einen Anspruch maßgeblichen Tatsachen vereinbart (mittelbare Leistungsbestimmung), handelt es sich um einen Schiedsgutachtenvertrag im engeren Sinne.¹⁷⁰

Im Zusammenhang mit Unternehmenskaufverträgen ist die Abgrenzung zwischen beiden Arten von Schiedsgutachten oft schwierig. Denn hier geht es zwar einerseits um die verbindliche Feststellung der tatsächlichen Werte aus der Zwischenbilanz und damit um eine mittelbare Leistungsbestimmung, wie sie für Schiedsgutachten im weiteren Sinne charakteristisch ist. Andererseits enthält der Kaufvertrag aber regelmäßig nähere Vorgaben dazu, wie der Kaufpreis aus der festgestellten Zwischenbilanz herzuleiten ist, was für ein Schiedsgutachten im engeren Sinne sprechen kann.¹⁷¹ Die Abgrenzung kann daher im Einzelfall von „bloßen Formulierungsvarianten“ abhängig sein.¹⁷²

¹⁶⁸ BGH, Urt. v. 25.06.1952, II ZR 104/51, BGHZ 6, 335-341, Rn. 12; Urt. v. 04.06.1981, III ZR 4/80, juris, Rn. 21; Lauber in Fleischer/Hüttemann, Rechtshandbuch Unternehmensbewertung, 2. Aufl. 2019, 36.23; Würdinger in MüKo/BGB, 8. Aufl. 2019, § 317 Rn. 7, 30.

¹⁶⁹ Lauber in Fleischer/Hüttemann a.a.O.; vgl. BGH Urt. v. 03.11.1995, V ZR 182/94, juris, Rn. 28, Grüneberg in Grüneberg, 83. Aufl. 2024, § 317 BGB Rn. 5.

¹⁷⁰ BGH, Urt. v. 26.04.1991 – V ZR 61/90, juris, Rn. 11 m.w.N.; Urt. v. 04.07.2013 – III ZR 52/12, juris, Rn. 27; Urt. v. 26.10.1989 – VII ZR 75/89, juris, Rn. 27; Lauber in Fleischer/Hüttemann, Rechtshandbuch Unternehmensbewertung, 2. Aufl. 2019, 36.23; Würdinger in MüKo/BGB, 8. Aufl. 2019, § 317 Rn. 6, 29 ff.; Grüneberg in Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 319 Rn. 4.

¹⁷¹ Näher hierzu Risse/Keilmann, NZG 2021, 1292 m.w.N.

¹⁷² BGH, Urt. v. 04.07.2013, III ZR 52/12, juris Rn. 36.

b) Anwendung der §§ 317 ff. BGB

Auf Schiedsgutachten im weiteren Sinne (Leistungsbestimmung) finden die §§ 317 bis 319 BGB unmittelbare Anwendung; auf Schiedsgutachten im engeren Sinne (Tatsachenfeststellung) sind diese Vorschriften nach ständiger Rechtsprechung des BGH entsprechend anzuwenden.¹⁷³ Auch die Regel des § 319 Abs. 1 BGB, wonach eine vom Schiedsgutachter getroffene Bestimmung unverbindlich ist, wenn sie offenbar unbillig ist (oder der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder sie verzögert), und in diesem Falle die Bestimmung nach § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB durch Urteil erfolgt, gilt daher für Schiedsgutachten im engeren Sinne entsprechend, allerdings mit der Maßgabe, dass an die Stelle der offenbaren Unbilligkeit die offenbare Unrichtigkeit tritt.¹⁷⁴

c) Meinungsstand

Zur Fälligkeit und Verzinsung des Anpassungsbetrags beim Closing-Accounts-Konzept werden in der Rechtsprechung und im Schrifttum vor diesem Hintergrund unterschiedliche Positionen vertreten.

Im Ausgangspunkt anerkannt ist, dass sowohl Fälligkeits- und Verzugszinsen (§§ 353, 352 Abs. 1 HGB; §§ 286, 288 Abs. 1 und 2 BGB) als auch Prozesszinsen (§ 291 BGB) grundsätzlich die Fälligkeit der Forderung voraussetzen.¹⁷⁵ Ob die verbindliche Ermittlung des Anpassungsbetrags gleichwohl Rückwirkung entfalten kann, wird allerdings unterschiedlich bewertet.

Nach einer Auffassung wirkt bei Schiedsgutachten im weiteren Sinne die Kaufpreisbestimmung auf den Zeitpunkt des Closings zurück. Die Kaufpreisschuld müsse ab diesem Zeitpunkt verzinst werden, da die Verzinsung das typische Entgelt für die vom Verkäufer tatsächlich erbrachte Finanzierungsleistung darstelle und die rückwirkende Verzinsung dem (mutmaßlichen) Willen und den Interessen der Vertragsparteien entspreche.¹⁷⁶ Ein Anspruch auf rückwirkende Fälligkeitszinsen wird dabei auf eine entsprechende Leistungsbestimmung der Vertragsparteien gestützt; ein rückwirkender Schuldnerverzug wäre hiernach ausgeschlossen.¹⁷⁷

Teilweise wird auch vertreten, die Bestimmung der Leistungen durch einen Schiedsgutachter bzw. das Gericht wirke im Zweifel auf den Vertragsschluss¹⁷⁸ bzw. auf den Zeitpunkt zurück, zu dem der Dritte die Bestimmung hätte treffen sollen.¹⁷⁹

¹⁷³ BGH, Urt. v. 04.07.2013, III ZR 52/12, juris, Rn. 27.

¹⁷⁴ BGH, Urt. v. 09.06.1983, IX ZR 41/82, BGHZ 87, 367, 375, Rn. 20.

¹⁷⁵ Vgl. Risse/Keilmann, NZG 2021, 1292, 1293, 1297.

¹⁷⁶ Habersack/Tröger, DB 2009, 44, 46; vgl. auch Rieble in Staudinger, BGB, 2020, § 315 Rn. 496 f., jeweils mit Verweis auf § 159 BGB.

¹⁷⁷ Rieble in Staudinger, BGB, 2020, § 315 Rn. 496 f.

¹⁷⁸ Hierzu sowie zu weiteren Differenzierungen Habersack/Tröger, DB 2009, 44, 45 m.w.N.

¹⁷⁹ Vgl. Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urt. v. 04.12.2008, 5 U 67/05, juris, Rn. 135 m.w.N.

Nach der Rechtsprechung des BGH entstehen dagegen – vorbehaltlich anderer vertraglicher Regelung – bis zur endgültigen Kaufpreisbestimmung durch ein Schiedsgutachten bzw. – bei Übergang der Leistungsbestimmung auf das (Schieds-)Gericht – durch gerichtliche Entscheidung grundsätzlich keine Zinsansprüche in Bezug auf den noch zu zahlenden oder zu erstattenden Kaufpreisanteil.

Nachdem er dieses Ergebnis bei Schiedsgutachten im engeren Sinne zunächst noch auf eine stillschweigende Vereinbarung gestützt hatte, dass der Gläubiger für die Dauer der Erstattung des Gutachtens trotz der Fälligkeit der Forderung gegen den Schuldner nicht vorgehen werde (*pactum de non petendo*),¹⁸⁰ geht der BGH nach seiner neueren Rechtsprechung sowohl bei Schiedsgutachten im weiteren als auch solchen im engeren Sinne davon aus, dass die Forderung bis zur Verbindlichkeit der endgültigen Bestimmung nicht fällig wird.¹⁸¹ Während bei Schiedsgutachtenvereinbarungen im weiteren Sinne bereits allgemein anerkannt sei, dass die Forderung im Falle des Übergangs der Leistungsbestimmung auf das Gericht (§ 319 Abs. 1 Satz 2 BGB) erst mit Rechtskraft des Gerichtsurteils fällig werde, so dass Zinsen – vorbehaltlich anderer vertraglicher Vereinbarungen – vorher nicht verlangt werden könnten, gelte auch für die Schiedsgutachtenvereinbarung im engeren Sinne nichts anderes, da diese eine inzidente Regelung der Leistungszeit nach § 271 BGB dahingehend enthalte, dass die Fälligkeit der Forderung bis zur Vorlage des Gutachtens aufgeschoben werde.¹⁸² Ebenso wie bei Schiedsgutachten im weiteren Sinne stehe auch bei Schiedsgutachten im engeren Sinne die streitige Forderung bis zur Rechtskraft des Urteils nach § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB (analog) zur Bestimmung berufenen Gerichts „noch nicht fest“.¹⁸³

Diese Rechtsprechung ist auch in der Literatur grundsätzlich auf Zustimmung gestoßen.¹⁸⁴ Nach h.M. tritt die Fälligkeit des Anspruchs auf Zahlung des Anpassungs Betrags damit nicht vor Fertigstellung und Verbindlichkeit des Schiedsgutachtens (im weiteren oder engeren Sinne) ein; Letzteres erfordert nach § 318 Abs. 1 BGB dessen Zugang bei einer Vertragspartei.¹⁸⁵

Im Falle der fehlenden Verbindlichkeit der Feststellungen im Schiedsgutachten – etwa weil dieses einseitig unter Verwertung nur von der Klägerin zur Verfügung gestellter Informationen erstellt worden ist¹⁸⁶ – ist die Leistungsbestimmung oder Tatsachenfest-

¹⁸⁰ BGH, Urt. v. 26.10.1989, VII ZR 75/89, juris, Rn. 27.

¹⁸¹ BGH, Urt. v. 04.07.2013, III ZR 52/12, juris, Rn. 32; Urt. v. 05.11.2015, III ZR 41/15, juris, Rn. 40; näher hierzu Risse/Keilmann, NZG 2021, 1292, 1294.

¹⁸² BGH, Urt. v. 04.07.2013, III ZR 52/12, juris, Rn. 28; Urt. v. 05.11.2015, III ZR 41/15, BGHZ 207, 316-334, Rn. 40.

¹⁸³ BGH, Urt. v. 04.07.2013, III ZR 52/12, juris, Rn. 30.

¹⁸⁴ Risse/Keilmann, NZG 2021, 1292, 1294 f. m.w.N.

¹⁸⁵ Rieble in Staudinger, BGB, 2020, § 318 Rn. 2 m.w.N.; Lauber in Fleischer/Hüttemann, Rechtshandbuch Unternehmensbewertung, 2. Auflage 2019, 5. Schiedsgutachten im engeren und weiteren Sinn, 36.27 m.w.N.

¹⁸⁶ BGH, Urt. v. 04.07.2013, III ZR 52/12, juris, Rn. 29.

stellung gemäß bzw. entsprechend § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB durch das Gericht vorzunehmen.¹⁸⁷ Bei einem derartigen Übergang der Bestimmung auf das (Schieds-)Gericht, das gleichsam an die Stelle des Schiedsgutachters tritt, ist für die Fälligkeit der betreffenden Forderung die Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung maßgeblich.¹⁸⁸ Demzufolge können Fälligkeits-, Verzugs- oder Prozesszinsen in einem solchen Fall erst ab diesem Zeitpunkt zugesprochen werden.¹⁸⁹

Den Parteien steht es allerdings auch unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BGH frei, abweichende Regelungen zu einer früheren Verzinsungspflicht zu treffen.¹⁹⁰

2. Fälligkeit und Verzinsung bei sonstigen Verzögerungen

Kommt es darüber hinaus zu weiteren Verzögerungen bei der endgültigen Ermittlung des Kaufpreises – etwa durch Störungen bei der Erstellung des Zwischenabschlusses oder bei der Gutachtenerstellung – kommt ein „Zinsanspruch“ in Bezug auf Fälligkeitszinsen oder Verzugszinsen unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen schuldhafter Pflichtverletzung des verzögernden Vertragspartners (§ 280 Abs. 1 BGB) in Betracht.

Verhindert etwa eine Vertragspartei durch ein schuldhaft pflichtwidriges Verhalten die (einvernehmliche) Bestellung eines Schiedsgutachters oder die zügige Erstellung des Gutachtens, ist die andere Vertragspartei so zu stellen, wie sie bei vertragsgemäßer Durchführung der Schiedsgutachtenvereinbarung gestanden hätte; dies kann auch einen tatsächlich entstandenen Zinsschaden beinhalten.¹⁹¹

Soweit sich das Handeln (auch Unterlassen) der Vertragspartei als treuwidrige Verhinderung des Bedingungseintritts für den Zinslauf darstellt, wird der benachteiligte Vertragspartner zudem durch die §§ 162, 242 BGB geschützt mit der Folge, dass die Bedingung zu dem Zeitpunkt als eingetreten gelten kann, zu dem sie ohne das treuwidrige Handeln eingetreten wäre und Zinsen gegebenenfalls bereits ab diesem Zeitpunkt verlangt werden können.

III. Empfehlungen zur Kodifizierung

Im Hinblick auf die Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen Schiedsgutachten im weiteren Sinne (§ 317 BGB) und solchen im engeren Sinne bietet sich im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit eine gesetzliche Regelung an, mit der klargestellt wird, dass für beide Arten von Schiedsgutachten im Wesentlichen die gleichen rechtlichen Bedingungen gelten.

Speziell im Hinblick auf die Unternehmenskaufverträge wäre es für die Rechtspraxis wünschenswert, wenn der Gesetzgeber die Rechtsprechung des BGH zum Gleichlauf

¹⁸⁷ BGH, Urt. v. 04.07.2013, III ZR 52/12, juris, Rn. 30.

¹⁸⁸ BGH, Urt. v. 04.07.2013, III ZR 52/12, juris, Rn. 32.

¹⁸⁹ BGH, Urt. v. 04.07.2013, III ZR 52/12, juris, Rn. 31.

¹⁹⁰ Vgl. Rieble in Staudinger, BGB, 2020, § 315 Rn. 496 m.w.N.

¹⁹¹ BGH, Urt. v. 04.07.2013, III ZR 52/12, juris, Rn. 39.

der Rechtsfolgen für beide Arten von Schiedsgutachten zum Anlass nähme, die dort entwickelten Grundsätze durch eine entsprechende Kodifizierung zu verstetigen.

Angesichts der erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung, die der Bestimmung des Zeitpunkts der Fälligkeit und der Verzinsung des Kaufpreises bei der Einholung von Schiedsgutachten zukommt, sollte die Schaffung einer dispositiven Regelung in Betracht gezogen werden, nach der die Fälligkeit der Leistung im Regelfall erst mit deren verbindlicher Feststellung durch den Gutachter bzw. bei Übergang des Leistungsbestimmungsrechts auf das Gericht mit dessen rechtskräftiger Entscheidung eintritt. Die überzeugende Rechtsprechung des BGH zu dieser Frage könnte damit als gesetzlicher Standard etabliert werden, was der Rechtspraxis zusätzliche Orientierung und Klarheit bieten würde.

Kapitel 6: Pflichten zwischen Vertragsschluss und Vollzug

I. Einführung

Im Gegensatz zu Geschäften des täglichen Lebens, bei denen ein Kaufvertrag in der Regel zeitnah nach seinem Abschluss erfüllt wird, liegt zwischen dem Abschluss des schuldrechtlichen Unternehmenskaufvertrags (sog. Signing) und dessen dinglichem Vollzug (sog. Closing) häufig eine erhebliche Zeitspanne.

Der Hauptgrund für das zeitliche Auseinanderfallen von Vertragsschluss und Vertragserfüllung können zunächst gesetzliche Vollzugsverbote (§§ 41 Abs. 1 GWB, Art. 7 Abs. 1 Verordnung (EG) 139/2004) aus Anlass des fusionskontrollrechtlichen Freigabeverfahrens durch das Bundeskartellamt oder die EU-Kommission sein, soweit der Geltungsbereich der Zusammenschlusskontrolle eröffnet ist.¹⁹² Daneben sind bei grenzüberschreitenden Sachverhalten auch außenwirtschaftsrechtliche Beschränkungen nach dem Außenwirtschaftsgesetz bzw. der Außenwirtschaftsverordnung bei meldepflichtigen Erwerben zu beachten, die einem unmittelbaren Vollzug entgegenstehen können. Solche Vollzugsvoraussetzungen sind rechtlich zwingend und unterliegen nicht der Dispositionsbefugnis der Vertragsparteien.

Neben diese rechtlich zwingenden Vollzugsvoraussetzungen treten in der Praxis regelmäßig weitere vertraglich vereinbarte Vollzugsvoraussetzungen. Die Übertragung der Vermögenswerte oder Geschäftsanteile wird von den Parteien häufig vom Eintritt bestimmter Vollzugsvoraussetzungen abhängig gemacht, die vor der dinglichen Erfüllung des Kaufvertrags eintreten müssen, wie etwa der Zustimmung bestimmter Gremien der beteiligten Gesellschaften (Gesellschafterversammlung oder Aufsichtsrat), dem Einverständnis von Vertragspartnern mit dem Übergang wichtiger Verträge oder der Durchführung anderer notwendiger Vorbereitungsmaßnahmen bei der Veräußerung konzernangehöriger Gesellschaften („Carve Out“). In den einzelnen Abreden wird regelmäßig eine aufschiebende Bedingung des dinglichen Geschäfts gemäß § 158 Abs. 1 BGB zu sehen sein; ausnahmsweise kann aber auch eine reine Fälligkeitvoraussetzung gemäß § 271 BGB vorliegen.¹⁹³

Das zeitliche Auseinanderfallen von schuldrechtlichem Vertragsschluss und dinglichem Vollzug führt in der Praxis demnach standardmäßig zu einem Regelungsbedürfnis in Unternehmenskaufverträgen.¹⁹⁴ Es wird nach einem Ausgleich der Interessenlagen gesucht, die in diesem Übergangsstadium bestehen. So hat sich der Käufer mit dem Abschluss des Unternehmenskaufvertrags schuldrechtlich verpflichtet, das Un-

¹⁹² S. etwa Mielke/Welling, BB 2007, 277.

¹⁹³ Uhlendorf/Schumacher in Mehrbrey, Hdb. Streitigkeiten beim Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2022, § 10 Rn. 16.

¹⁹⁴ Uhlendorf/Schumacher in Mehrbrey, Hdb. Streitigkeiten beim Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2022, § 10 Rn. 4.

ternehmen zu erwerben, besitzt aber bis zum dinglichen Vollzug noch keine Möglichkeit, auf das operative Geschäft des Unternehmens Einfluss zu nehmen. Denn der Verkäufer bleibt bis zum Closing Inhaber aller Rechte an dem Unternehmen und kann dieses in dem Zeitraum bis zum Closing, sofern keine vertraglichen Beschränkungen vereinbart wurden, grundsätzlich frei steuern und dabei auch noch wesentliche Veränderungen wirtschaftlicher oder gesellschaftsrechtlicher Art vornehmen.¹⁹⁵ Der Käufer hat ein erhebliches Interesse daran, dass der Verkäufer, der insoweit noch „die Zügel in der Hand hält“, derartige Veränderungen unterlässt und sich stattdessen nach besten Kräften bemüht, den Eintritt der Vollzugsbedingungen herbeizuführen. Umgekehrt hat der Verkäufer, der seinen Kaufpreisanspruch durchsetzen möchte, ebenfalls ein Interesse daran, dass der Käufer am Eintritt der Vollzugsbedingungen mitwirkt.

II. Sach- und Streitstand

In dem Zeitraum bis zum Vollzug des Kaufvertrags unterliegt ein Unternehmen, das einen laufenden Geschäftsbetrieb unterhält, regelmäßig Veränderungen, die erheblichen Anlass für Streit geben können. Der Zeitpunkt, an dem die Gefahr auf den Käufer übergeht, tritt auch bei einem Unternehmenskauf erst mit der Übergabe des Unternehmens ein (§ 446 BGB). Das setzt nach der Rechtsprechung voraus, dass sich der Veräußerer aus dem Unternehmen zurückzieht und dem Erwerber die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit einräumt, sich über sämtliche Geschäftsvorfälle zu unterrichten und die Geschicke des Unternehmens selbst in die Hand zu nehmen.¹⁹⁶ Sofern – wie üblich – das Closing den Gefahrübergang nach sich zieht, also nicht ausnahmsweise bereits vorher eine Besitzübergabe stattfindet, geht die Preisgefahr erst in diesem Zeitpunkt auf den Käufer über.¹⁹⁷

Damit liegt die Preisgefahr von nachteiligen Werteinbußen des Unternehmens bis zum Vollzug faktisch beim Käufer. Die Praxis versucht, dem Risiko von nach Abschluss, aber vor Vollzug des Unternehmenskaufvertrags eintretenden nachteiligen Veränderungen durch verschiedene Gestaltungsvarianten gerecht zu werden. So enthalten Unternehmenskaufverträge etwa regelmäßig Bestimmungen über die Verpflichtungen der Parteien für den Übergangszeitraum, die sich mit der Führung des Geschäftsbetriebs des veräußerten Unternehmens befassen (sog. Conduct of Business Covenants). Den Verkäufer trifft insoweit regelmäßig die Pflicht, das Unternehmen im ordentlichen Geschäftsgang fortzuführen, während der Käufer an den notwendigen Freigaben der Transaktion mitzuwirken hat, dafür jedoch seinerseits auf bestimmte Informationen und Auskünfte angewiesen ist.¹⁹⁸ Vor allem beim Share Deal versucht der Käufer sich im Regelfall dagegen abzusichern, dass der Verkäufer die Zielgesellschaft, deren Struktur oder Wert zwischen Unterzeichnung und Vollzug verändert. Dem Verkäufer werden insbesondere gesellschaftsrechtliche Maßnahmen wie eine

¹⁹⁵ Mehrbrey in Mehrbrey, Hdb. Streitigkeiten beim Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2022, § 8 Rn. 11.

¹⁹⁶ BGH, Urt. v. 25.3.1998, VIII ZR 185/96, BGHZ 138, 195.

¹⁹⁷ Wilhelmi in BeckOGK/BGB, § 453 Rn. 573.

¹⁹⁸ Bei der Einflussnahme des Käufers auf das Zielunternehmen sind wiederum die kartellrechtlichen Vollzugsverbote mit in den Blick zu nehmen, s. Mielke/Welling, BB 2007, 277.

anderweitige Veräußerung oder Belastung der veräußerten Geschäftsanteile, Änderungen der Satzung der Zielgesellschaft, Gewinnausschüttungen, die Bestellung oder Abberufung von Geschäftsführern, der Abschluss oder die Beendigung von Anstellungsverträgen mit diesen oder die Vornahme umwandlungsrechtlicher Maßnahmen untersagt oder unter einen Zustimmungsvorbehalt des Käufers gestellt.¹⁹⁹

Sodann werden Regelungen zur Verteilung der Risiken getroffen, die sich aus einer nachteiligen Entwicklung des veräußerten Unternehmens oder der wirtschaftlichen Gesamtsituation nach Vertragsschluss und vor Vollzug des Unternehmenskaufvertrags ergeben. Um nachteilige Veränderungen im Stadium zwischen Vertragsschluss und Vollzug auf den Verkäufer zu verlagern, wird in den Vertragsverhandlungen daher regelmäßig über die Aufnahme von Regelungen gerungen, wonach der Käufer bei wesentlichen nachteiligen Änderungen den Vertrag nicht vollziehen muss (sog. Material Adverse Change) und nach Fristablauf zum Rücktritt berechtigt ist.²⁰⁰ Auch die Rechtsfolgen der Nichterfüllung von anderen Vollzugsvoraussetzungen vor Gefahrübergang werden in Unternehmenskaufverträgen durchgängig eigenständig geregelt; ihre Verletzung löst im Regelfall einen Rücktrittsanspruch des Käufers aus.

III. Empfehlungen zur Kodifizierung

Die denkbaren und durch die Praxis entwickelten vertraglichen Regelungen zur Übergangsphase zwischen Signing und Closing sind äußerst vielgestaltig, so dass sich eine umfassende, ins Detail gehende gesetzliche Regelung nicht empfiehlt. Nach Auffassung der Arbeitsgruppe könnte indes die Aufnahme einiger grundlegender gesetzlicher Regelungen zum Vollzug des Unternehmenskaufvertrags die Vertragsgestaltung erleichtern, indem für den Standardfall auf die Aufnahme ausdrücklicher vertraglicher Vereinbarungen verzichtet werden kann.

Nach gegenwärtiger Rechtslage dürfte es sich bei den Vollzugsbedingungen regelmäßig um Vereinbarungen handeln, durch die die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises aufschiebend bedingt wird (§ 158 Abs. 1 BGB). Um die Mitwirkung des anderen Teils rechtlich abzubilden, kommt gegenwärtig nur ein Rückgriff auf die Regelungen zur Vereitelung des Bedingungseintritts gemäß § 162 BGB in Betracht. Nach § 162 Abs. 1 BGB wird die Partei, die den Eintritt einer Vollzugsbedingung treuwidrig vereitelt, so behandelt, als wäre die Bedingung eingetreten. Die Anforderungen an den Nachweis einer treuwidrigen Vereitelung des Bedingungseintritts sind indes regelmäßig hoch; so obläge beispielsweise dem Verkäufer, der seinen Zahlungsanspruch durchsetzen will, die volle Beweislast dafür, dass der Bedingungseintritt durch den Käufer treuwidrig vereitelt worden ist.

Durch eine gesetzliche Regelung könnte die wechselseitige Pflichtenlage der Parteien zur Mitwirkung am Bedingungseintritt in ihren Grundzügen präzisiert und dadurch der Vollzug des Unternehmenskaufvertrags erleichtert werden.

¹⁹⁹ Uhlendorf/Schumacher in Mehrbrey, Hdb. Streitigkeiten beim Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2022, § 10 Rn. 41.

²⁰⁰ Schrader/Seibt in Beck'sches Formularhdb. Mergers & Acquisitions, C II 2, S. 439 f.

Im Rahmen einer solchen Regelung könnten die Parteien zunächst ausdrücklich verpflichtet werden, die für den Vollzug des Unternehmenskaufvertrags erforderlichen gesetzlichen und vertraglich vereinbarten Mitwirkungshandlungen zu erbringen.

Bis zum Vollzug des Unternehmenskaufvertrags könnte der Verkäufer darüber hinaus gesetzlich verpflichtet werden, das Unternehmen nach den Grundsätzen eines ordnungsgemäßen Geschäftsgangs fortzuführen. Der Verkäufer könnte insbesondere verpflichtet werden, vom Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung bis zum dinglichen Vollzug keine Handlungen vorzunehmen oder Unterlassungen zu begehen, die den Vollzug des Vertrags beeinträchtigen, gefährden oder verhindern oder eine wesentlich nachteilige Änderung des Unternehmens bewirken.

Für den Fall, dass nach Unterzeichnung, aber vor Vollzug Veränderungen, Umstände oder Ereignisse eintreten oder bekannt werden, die eine wesentlich nachteilige Auswirkung auf die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage, den Geschäftsbetrieb oder die Geschäftsaussichten des veräußerten Unternehmens haben, könnte schließlich ein eng umgrenztes Rücktrittsrecht des Käufers in Betracht gezogen werden.

Kapitel 7: Mängelrechte

I. Einführung

Unternehmen werden heute weit überwiegend im Wege des Anteilsverkaufs veräußert.²⁰¹ Auch wenn es sich beim Anteilsverkauf um einen Rechtskauf gemäß § 435 BGB handelt, wendet die h. M. auch auf das Unternehmen die Regelungen der §§ 434 ff. BGB gemäß § 453 Abs. 1 Satz 1 BGB entsprechend an, wenn der Mangel im Unternehmen begründet ist.²⁰²

Denn es herrscht weitgehende Einigkeit, dass es bei der Frage des Vorliegens eines Mangels beim Unternehmenskauf im Ergebnis keinen Unterschied machen kann und darf, ob dieser im Wege des Share oder Asset Deals vollzogen wird. Zwar haftet der Verkäufer im Falle eines Share Deals, mithin eines Rechtskaufs, im Grundsatz nur für das Bestehen des bzw. der Rechte (Verität), nicht aber für deren Werthaltigkeit (Bonität). Beim Unternehmenskauf ist diese formalistische Sichtweise aber schon früh auf Kritik gestoßen, weil es wirtschaftlich keinen Unterschied macht, ob der Käufer das Unternehmen selbst oder die Gesellschaft erwirbt, die das Unternehmen betreibt. Aus diesem Grund nimmt die Rechtsprechung mit Zustimmung der Literatur seit längerem an, dass ein Mangel des Unternehmens vorliegen kann, wenn der Rechtskauf wirtschaftlich einem Kauf des Unternehmens gleichsteht.²⁰³

Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht der §§ 434 ff. BGB wird in der rechtsberatenden Praxis des Unternehmenskaufs dennoch häufig als nicht interessengerecht empfunden. Dies gilt namentlich für die Frage, wann ein Mangel des Unternehmens vorliegt und welche Rechtsfolgen hieraus resultieren.²⁰⁴ Dies hat zur Folge, dass das gesetzliche Gewährleistungsrecht weitgehend abbedungen wird, aber gleichwohl zum Tragen kommt, wenn der Verkäufer den Käufer bei Vertragsschluss arglistig getäuscht hat, § 444 BGB. Dem steht der Fall eines arglistigen Verschweigens gleich, der insbesondere bei der Verletzung von Aufklärungspflichten relevant werden kann.²⁰⁵

Auch wenn in der Literatur zum Unternehmenskauf praktisch einhellig darauf hingewiesen wird, dass die gesetzlichen Rechtsfolgen der Gewährleistungsregelungen für den Unternehmenskauf nicht passen und die Vertragspraxis sich eines eigenständigen Regelungssystems mit selbständigen Garantien gemäß § 311 Abs. 1 BGB bedient, lässt sich hieraus nicht der Schluss ziehen, dass die gesetzliche Gewährleistung beim Unternehmenskauf keine praktische Rolle spielt. Gerade bei kleineren Unternehmensverkäufen, bei denen die mit einer professionellen Beratung verbundenen Kosten gescheut werden, können sich sowohl Käufer als auch Verkäufer auf knapp gehaltene –

²⁰¹ Risse, NZG 2020, 856, 860.

²⁰² S. dazu Kapitel 1 II und III.

²⁰³ BGH, Urt. v. 27.2.1970, I ZR 103/68, BB 1970, 819.

²⁰⁴ Schudlo/Kersten, BB 2021, 1154.

²⁰⁵ Schudlo/Kersten, BB 2021, 1154.

und dann vermeintlich besser verständliche – Verträge beschränken, die nur einzelne Punkte im Wege selbstständiger Garantien unvollständig regeln und dabei die gesetzliche Gewährleistung nicht ausschließen.²⁰⁶

Das Gewährleistungsrecht des Unternehmenskaufs sollte daher für Fälle, in denen die Parteien keinen Ausschluss der gesetzlichen Gewährleistung vereinbart haben, oder für Fälle, in denen der Vorwurf arglistigen Verschweigens eines Mangels im Raum steht, einen interessengerechten Ausgleich bieten. Denn in vielen Fällen werden aufgrund der geltenden Grundsätze der Wissenszurechnung trotz vereinbarten Haftungsausschlusses die Gewährleistungsvorschriften zum Zuge kommen²⁰⁷ oder ihre Anwendung von den Parteien aufgrund der zwingenden Regelung in § 444 BGB zumindest mitgedacht werden müssen.

Aus den vorstehenden Gründen gelangt die Arbeitsgruppe daher zu der Auffassung, dass die gesetzlichen Vorschriften für den Fall des Unternehmenskaufs ein angemessenes Auffangrecht zur Verfügung stellen sollten und die geltende Rechtslage insoweit korrektur- bzw. ergänzungsbedürftig ist.

II. Beschaffenheit des Unternehmens – subjektiver und objektiver Mangelbegriff

1. Sach- und Streitstand

Nach § 434 BGB ist die Sache frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Montageanforderungen dieser Vorschrift entspricht. Da der letztgenannte Punkt der Montageanforderungen auf den Unternehmenskauf offensichtlich unerheblich ist, kommt es für die Beurteilung, ob ein Sachmangel vorliegt, daher auf die subjektiven und objektiven Anforderungen an, die in § 434 Abs. 2 und 3 BGB definiert sind.

Nach der Umsetzung der europäischen Warenkaufrichtlinie²⁰⁸ durch das Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags vom 25. Juni 2021²⁰⁹ besteht eine Gleichrangigkeit zwischen subjektivem und objektivem Fehlerbegriff. Es genügt also nicht, dass eine Sache den subjektiven Anforderungen entspricht, wenn sie hinter den objektiven Anforderungen zurückbleibt. Die Kaufsache ist grundsätzlich nur dann frei von Sachmängeln, wenn sie sowohl den vereinbarten als auch den objektiven Anforderungen genügt. Dieser für das deutsche Recht neue Gleichrang von subjektivem und objektivem Fehlerbegriff wirkt sich allerdings im allgemeinen Kaufrecht nicht aus, weil die Parteien frei sind, auch konkludent vom objektiven Qualitätsstandard durch eine negative Beschaffenheitsvereinbarung eine abweichende Vereinbarung zu treffen, da gemäß § 434 Abs. 3 BGB die objektiven

²⁰⁶ Jaques in BeckHdB Unternehmenskauf im Mittelstand, 3. Aufl. 2021, Kapitel D. Phase 3: Verhandlung und Abschluss des Kaufvertrags Rn. 394.

²⁰⁷ Risse, NZG 2020, 856, 859.

²⁰⁸ RL (EU) 2019/771 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, ABl. 2019 L 136, 28.

²⁰⁹ BGBl. I 2021, 2133.

Anforderungen an die Kaufsache nur gelten, „soweit nicht wirksam etwas anderes vereinbart wurde“.²¹⁰

Die Frage, wie der Beschaffenheitsbegriff im Bereich des Unternehmenskaufs auszu-legen ist, ist umstritten und höchstrichterlich nicht geklärt. Auf eine präzise Definition wurde bei der Neufassung der gesetzlichen Vorschriften im Rahmen der Schuldrechtsreform bewusst verzichtet.²¹¹ Für die Frage der Anwendung des gesetzlichen Gewährleistungsrechts im Bereich des Unternehmenskaufs ist die Frage indes von entscheidender Bedeutung.

Im Wesentlichen existieren zwei Auffassungen zur Reichweite des Beschaffenheitsbegriffs in § 434 BGB:

a) Ausschluss des Gewährleistungsrechts durch ein enges Verständnis des Beschaffenheitsbegriffs

Nach einer älteren, auch in der früheren Rechtsprechung des BGH vertretenen engeren Meinung entspricht der Beschaffenheitsbegriff dem Fehler- und Eigenschaftsbegriff des alten Schuldrechts, der an solche Umstände anknüpft, die dem Kaufobjekt für eine gewisse Dauer anhaften.²¹²

Der BGH hatte vor dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes am 1. Januar 2002 im Ergebnis anstelle der Vorschriften über die Gewährleistung wegen eines Sachmangels gemäß §§ 459 ff. BGB a.F. in weitem Umfang die Regeln über die culpa in contrahendo herangezogen. Danach haftet der Verkäufer, wenn er den Käufer hinsichtlich des Mangels schuldhaft irreführt oder über diesen nicht aufgeklärt hat. Dabei leitete der BGH aus dem Grundsatz der Naturalrestitution gemäß § 249 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Rückgängigmachung des Vertrags ab, da der Käufer so gestellt werden müsse, wie er ohne die Irreführung bzw. bei korrekter Aufklärung stünde.²¹³ Alternativ sprach der BGH dem Käufer – rechtsfortbildend – einen Anspruch auf den Betrag zu, „um den er das Unternehmen zu teuer gekauft hat“.²¹⁴

In Teilen der Literatur wird für den Unternehmenskauf erwogen, das Gewährleistungsrecht sogar vollständig auszuschließen und diejenigen Fälle, die in den Bereich der Sachmängelgewährleistung fallen, vollständig über andere Rechtsinstitute – nämlich über Garantien und culpa in contrahendo (§ 311 Abs. 2 BGB) – zu lösen.²¹⁵

²¹⁰ Weidenkaff in Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 434 Rn. 6; s. schon Lorenz, NJW 2001, 2065.

²¹¹ BT-Drs. 14/6040, S. 213; Tutt in Mehrbrey, Hdb. Streitigkeiten beim Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2022, § 16 Rn. 15.

²¹² BGH, Urt. v. 12.11.1969, I ZR 93/67, NJW 1970, 653, 655.

²¹³ BGH, Urt. v. 11.11.1987, VIII ZR 304/86, WM 1988, 124.

²¹⁴ BGH, Urt. v. 25.05.1977, VIII ZR 186/75, BGHZ 69, 53 (Leitsatz).

²¹⁵ Die Auffassung, wonach das Gewährleistungsrecht im Recht des Unternehmenskaufs ausgeschlossen und die Frage der Mängelgewährleistung ausschließlich über Garantien und die Regeln der culpa in contrahendo gelöst werden sollte, wird in der Literatur beispielsweise von U. Huber, AcP 202 (2002), 179 ff., Baur, BB 1979, 381 ff. und Canaris, Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf, 1982, 395 ff.; AcP 200 (2000), 237 ff. vertreten.

Bei den vertraglich vereinbarten Garantien kommen dabei grundsätzlich zwei Garantietypen in Betracht, die sich dem Grunde nach unterscheiden. Zum einen können die Vertragsparteien eine klassische Garantie, durch die der Verkäufer unbedingt und uneingeschränkt das Vorliegen eines bestimmten Umstands verbindlich zusagt, vereinbaren. Erweist sich die Garantie als unzutreffend, tritt der Garantiefall mit den im Vertrag hierfür vorgesehenen Rechtsfolgen ein. Entscheidend ist damit die vertragliche Vereinbarung; ob der Verkäufer den wirklichen Sachverhalt, also das Nichtvorliegen des garantierten Umstands, kannte, kennen musste oder kennen konnte, ist unerheblich, da die Garantie kein Verschulden voraussetzt (sog. selbständige oder uneingeschränkte Garantie).²¹⁶

Neben einer solchen uneingeschränkten Garantie können die Parteien eine zweite Art von Garantie vereinbaren. Bei dieser Garantie sichert der Verkäufer das Vorliegen eines bestimmten Umstands lediglich „nach bestem Wissen“ zu, wobei das „beste Wissen“ vertraglich noch weiter ausdifferenziert werden kann, und zwar nach Kenntnis und grobfahrlässiger Unkenntnis im Hinblick auf den garantierten Umstand. In diesem Fall nähert sich die Haftung für einen Garantieverstoß einer Verschuldenshaftung an, die letztlich den zu der Haftung aus culpa in contrahendo entwickelten Grundsätzen entspricht. Es handelt sich um eine Haftung des Verkäufers aufgrund von fehlerhaft erteilten Informationen. Die Grundlage der Haftung besteht in der berechtigten Erwartung des Käufers, dass der Verkäufer die für den Vertrag wesentlichen Informationen vorbehaltlos mitteilt und zugleich die Gewähr dafür übernimmt, dass diese Informationen sorgfältig und ohne vermeidbare Fehler ermittelt sind.²¹⁷

Soweit die Parteien über bestimmte Umstände des Unternehmens nicht verhandelt und dementsprechend auch keine vertragliche Vereinbarung getroffen haben, würde nach diesem Vorschlag eine Haftung des Verkäufers nach den Grundsätzen über die Verletzung von Aufklärungspflichten greifen. Die Rechtsprechung hat in der Vergangenheit dem Käufer eines Unternehmens unter gewissen Voraussetzungen auch einen Anspruch aus culpa in contrahendo (§ 311 Abs. 2 BGB i. V. m. § 280 BGB) wegen Verletzung der Aufklärungspflicht zugestanden.²¹⁸ Danach besteht allgemein zwischen Vertragsparteien eine Aufklärungspflicht hinsichtlich all der Umstände, die den Vertragszweck des Anderen vereiteln können und daher für dessen Entscheidung von erheblicher Bedeutung sind, sofern nach der Verkehrsauffassung mit der Mitteilung gerechnet werden kann. Die Aufklärungspflicht wird demnach auf schwerwiegende und eindeutige Fälle begrenzt, was zu einem Nachteil für den Käufer führt. Im Zweifel ist es danach Sache des Käufers, bestimmte Umstände zu erfragen und zum Gegenstand einer ausdrücklichen Regelung zu machen; der Verkäufer ist dagegen nicht verpflichtet, ungefragt über sämtliche Umstände, die nicht den Erwartungen des Käufers entsprechen könnten, aufzuklären.

²¹⁶ Zu den unterschiedlichen Gestaltungsvarianten in der Praxis s. Beisel/Klumpp, Unternehmenskauf, § 16 Rn. 99 ff.

²¹⁷ U. Huber, AcP 202 (2002), 179 ff.; grundlegend kritisch zu dieser Ansicht Lieb in FS Gernhuber, 1993, S. 261, 262 ff.

²¹⁸ BGH, Versäumnisurteil v. 28.11.2001, VIII ZR 37/01, NJW 2002, 1042.

b) Weites Verständnis des Beschaffenheitsbegriffs

Nach wohl überwiegendem Verständnis ist der Beschaffenheitsbegriff demgegenüber weiter auszulegen und kann prinzipiell auch sonstige Umstände und Merkmale mit einer nur mittelbaren Beziehung zum Kaufobjekt erfassen.²¹⁹ Im Bereich des Unternehmenskaufs bedeutet dies, dass sich die Beschaffenheit eines Unternehmens aus den tatsächlichen und rechtlichen Umständen, die den gegenwärtigen Zustand des Unternehmens ausmachen, bestimmt.²²⁰ In diesem Sinne dürfte auch die Rechtsprechung des BGH zu verstehen sein, nach der im Hinblick auf die mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz bezweckte Erweiterung der Möglichkeiten privatautonomer Vereinbarungen jede nach früherem Recht zusicherungsfähige Eigenschaft einer Sache im Sinne von § 459 Abs. 2 BGB a. F. eine Beschaffenheit im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB sein kann.²²¹

Zu den subjektiven Anforderungen gehört gemäß § 434 Abs. 2 Nr. 1 BGB damit zunächst die vereinbarte Beschaffenheit. An einer solchen Beschaffenheitsvereinbarung wird es gerade bei kleineren Unternehmenskäufen jedoch häufig fehlen. In diesem Fall ist die vertraglich vorausgesetzte Verwendung gemäß § 434 Abs. 2 Nr. 2 BGB zu ermitteln, die in der Praxis ebenfalls meist nicht ausdrücklich abgesprochen wird.²²² Nach der Rechtsprechung des BGH²²³ geht es bei der nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung um die konkrete Nutzung der Kaufsache durch den Käufer, die die Parteien zwar nicht vereinbart, aber übereinstimmend unterstellt haben. Bei der Ermittlung dieser Verwendung sind neben dem Vertragsinhalt die Gesamtumstände des Vertragsabschlusses heranzuziehen, wobei das Merkmal der „Eignung zu der nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung“ nicht auf konkrete Eigenschaften der Kaufsache abzielt, die sich der Käufer vorstellt, sondern darauf, ob die Sache für die dem Verkäufer erkennbare Verwendung durch den Käufer geeignet ist.

Es liegt auf der Hand, dass sich daraus für den Unternehmenskauf vielfältige Abgrenzungsprobleme ergeben, etwa worin im konkreten Fall die „nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung“ besteht und wann hat ein Unternehmen die „Eignung für die gewöhnliche Verwendung“ oder die „zu erwartende Beschaffenheit“ hat. Als übliche, regelmäßig als vereinbart angesehene Beschaffenheit eines Unternehmens werden dabei die Einhaltung der einschlägigen Rechtsvorschriften, die Möglichkeit der Fortführung des Unternehmens in der bisherigen Weise, das Vorhandensein eines positiven Eigenkapitals und die damit verbundene Fortführungsfähigkeit der Gesellschaft und spiegelbildlich das Fehlen eines negativen Eigenkapitals und somit auch kein Vorliegen eines Insolvenzgrundes diskutiert.²²⁴

²¹⁹ Tutt in Mehrbrey, Hdb. Streitigkeiten beim Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2022, § 16 Rn. 15.

²²⁰ Weidenkaff in Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 434 Rn. 90.

²²¹ BGH, Urt. v. 05.11.2010, V ZR 228/09, NJW 2011, 1217, 1218.

²²² Korch, JuS 2018, 521, 523.

²²³ BGH, Urt. v. 26.04.2017, VIII ZR 80/16, NJW 2017, 2817, 2818.

²²⁴ Jaques in BeckHdB Unternehmenskauf im Mittelstand, 3. Aufl. 2021, Kapitel D. Phase 3: Verhandlung und Abschluss des Kaufvertrags Rn. 404 f.

Damit kommt der objektiven Anforderung der gewöhnlichen Verwendung gemäß § 434 Abs. 3 Nr. 1 BGB Bedeutung zu, wobei eine Auslegung und Anwendung der Begriffe auf den Unternehmenskauf ebenfalls Schwierigkeiten bereiten kann.

2. Empfehlungen zur Kodifizierung

Aufgrund des in der Literatur und Praxis unstreitigen Befundes, dass das gegenwärtige Gewährleistungsrecht keine interessengerechten Lösungen für den Unternehmenskauf bietet, könnte das bisherige System des Sachmängelrechts für den Unternehmenskauf auf Tatbestandsseite weiterentwickelt werden. Dies würde es den Parteien, die sich bewusst für die lückenfüllende Anwendung des Kaufrechts entscheiden oder die mit der Rechtsfolge des § 444 BGB konfrontiert sind, eine besser vorhersehbare und angemessene Anwendung der Regelungen des Sachmängelrechts ermöglichen.

Rechtsprechung und Literatur gehen davon aus, dass die Vorschriften der §§ 434 ff. BGB auf den Unternehmenskauf entsprechende Anwendung finden.²²⁵ Dies entspricht dem Wortlaut von § 453 Abs. 1 BGB, der allgemein auf „die Vorschriften über den Kauf von Sachen“ und damit auch auf §§ 434 ff. BGB verweist. Nach der Schuldrechtsreform vom 1. Januar 2022 sind die Gründe entfallen, die den BGH zu seiner Rechtsprechung des restriktiven Fehlerbegriffs mit einer ausweitenden Anwendung der Haftung aus culpa in contrahendo veranlasst haben, da dem Käufer ein Schadensersatzanspruch auch bei Fahrlässigkeit des Verkäufers zustehen kann und eine angemessene Regelung der Verjährungsfrage erfolgt ist.²²⁶ Da bestimmte Abweichungen der vertraglichen Ist- von der vertraglichen Sollbeschaffenheit auch bei einem Unternehmen vorkommen können, empfiehlt es sich nicht, die Regelungen des Gewährleistungsrechts vollständig auszuschließen. Der alleinige Rückgriff auf die Grundsätze der allgemeinen Verschuldenshaftung nach der culpa in contrahendo würde das von den Parteien zugrunde gelegte Äquivalenzverhältnis außer Betracht lassen.²²⁷

Stattdessen könnte durch eine gesetzliche Anerkennung des von der Rechtsprechung entwickelten Verständnisses des Beschaffenheitsbegriffs klargestellt werden, dass beim Unternehmenskauf nicht nur klassische „körperliche“ Elemente der Beschaffenheit wie z.B. der Inventarbestand oder die technische Brauchbarkeit der wichtigsten Produktionsmittel vereinbart werden können, sondern auch Umstände, die der Kaufsache nicht unmittelbar physisch anhaften, durch die Vertragsparteien zum Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung gemacht werden können.

Für den Unternehmenskauf wäre hier etwa konkret an Umsatz- und Ertragszahlen, die Angaben in Jahresabschlüssen, die Bewertung einzelner Sachen, die Höhe von Verbindlichkeiten, Erträge und Ertragskraft, Bilanzpositionen, der Bestand von Verträgen,

²²⁵ Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 8 II Rn. 23, S. 148; Grunewald in Erman/, BGB, 17. Aufl. 2023, § 435 Rn. 15.

²²⁶ BT-Drs. 14/6040, 242.; str., a. A. kategorisch U. Huber, AcP 202 (2002), 179, 223 ff.

²²⁷ Lieb in FS Gernhuber, 1993, S. 258, 259 ff.: zweifelhafte Entwicklung von einer an das Leistungsversprechen anknüpfenden Zustandshaftung zu einer reinen Verhaltenshaftung.

Genehmigungen, Schutzrechten oder anderen Rechtsverhältnissen, die als Beschaffenheit des Unternehmens vereinbart werden können, zu denken.²²⁸ Den bisherigen Unsicherheiten, ob und welche Beschaffenheit eines Unternehmens als vereinbart anzusehen ist, ließe sich durch eine gesetzliche Anerkennung bestimmter, regelmäßig relevanter wertbildender Faktoren, die zu einer Beschaffenheit eines Unternehmens zählen können, begegnen.

Jedenfalls dürfte sich gegen die Anwendbarkeit von § 434 BGB auf den Unternehmenskauf nicht einwenden lassen, es gebe bei Unternehmen im Gegensatz zu Sachen keine „Standardbeschaffenheit“.²²⁹ Denn trotz aller Individualität von Unternehmen gibt es durchaus objektiv begründbare Anforderungen, die für ein „normales“ Unternehmen erfüllt sein müssen und deren Nicht-Vorliegen damit den Mangelbegriff erfüllt; auch beim Unternehmenskauf ist insofern eine „gewöhnliche Verwendung“ vorstellbar.²³⁰ Beispielhaft wird in diesem Zusammenhang ein Unternehmen genannt, das zu Fortführungszwecken und Marktpreisen (Ertragswert) erworben worden ist, sich aber als dauerhaft ertragsschwach, wenn nicht sogar illiquide erweist. In einem solchen Fall fehlt dem Unternehmen schon die objektive Eignung zur Fortführung mit dem Ziel der Erwirtschaftung von Erträgen auch dann, wenn bezüglich der Ertragskraft des Unternehmens keinerlei (Beschaffenheits-)Vereinbarungen getroffen worden sein sollten.²³¹ Auch die Frage, ob und in welchem Umfang der Fuhrpark eines Unternehmens reparaturbedürftig ist, seine Rohstoffe oder Maschinen unter Eigentumsvorbehalt stehen, seine Forderungen zur Sicherung abgetreten oder mit Einwendungen des Schuldners behaftet sind, ist grundsätzlich ohne Weiteres einer Beurteilung am Maßstab der Üblichkeit und der Erwartbarkeit zugänglich.²³²

Um die Praktikabilität eines solchen Verständnisses zu erleichtern, könnte es sich in folgedessen anbieten, ergänzend auch den objektiven Fehlerbegriff (§ 434 Abs. 3 BGB) für den Fall des Unternehmenskaufs zu konkretisieren. Danach dürfte im Hinblick auf die gewöhnliche Verwendung (§ 434 Abs. 3 Nr. 1 BGB) bzw. das Vorliegen einer Eigenschaft, die bei Sachen derselben Art üblich ist (§ 434 Abs. 3 Nr. 2 BGB), jedenfalls im Grundsatz davon auszugehen sein, dass jeder Käufer eines Unternehmens die objektive Beschaffenheit erwarten kann, dass er – wenn kein entgegenstehender Hinweis seitens des Verkäufers erfolgt – das Unternehmen ohne größere Schwierigkeiten wird fortführen können.²³³ Zudem wird es als üblich angesehen, dass der Jahresabschluss des Unternehmens im Wesentlichen richtig ist, soweit er von den

²²⁸ Tutt in Mehrbrey, Hdb. Streitigkeiten beim Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2022, § 16 Rn. 17, 18; Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung, 4. Aufl. 2013, § 4 Rn. 221, S. 193; Lieb in FS Gernhuber, 1993, S. 258, 264 ff.

²²⁹ So aber bspw. Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung, § 4 Rn. 227, S. 194 f.; U. Huber, AcP 202 (2002), 179 ff.

²³⁰ Büdenbender in Dauner-Lieb/Henssler, Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung (2002), S. 36.

²³¹ Thiessen in MüKo/HGB, 5. Aufl. 2021, Anh § 25 Rn. 64.

²³² Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 8 II Rn. 24, S. 149.

²³³ Beckmann in Staudinger, BGB, 2013, § 453 Rn. 139.

Parteien in den Vertragsverhandlungen zugrunde gelegt worden ist.²³⁴ Ob darüber hinaus weitere regelmäßige Annahmen möglich erscheinen, sollte unter Einbeziehung von Wissenschaft und Praxis geprüft werden.

III. Mangel des Unternehmens – Gesamt- oder Teilerheblichkeit?

1. Sach- und Streitstand

Unabhängig von der Frage, welche konkreten subjektiven und objektiven Beschaffenheitsmerkmale für ein Unternehmen gelten, besteht in der Literatur seit langem Streit, ob sich der Sachmangel auf das Unternehmen als Ganzes beziehen muss.

Sowohl beim Share Deal als auch beim Asset Deal stellt sich dabei die Frage, ob auch unterhalb der Schwelle eines Mangels an dem ganzen Unternehmen ein relevanter Sachmangel gemäß § 434 BGB an einzelnen zum Unternehmen gehörenden Sachen oder Rechten vorliegen kann, und wie diese zu behandeln sind.²³⁵

In der Literatur wird für die Mängelgewährleistung teilweise auf den einzelnen Gegenstand eines Unternehmens abgestellt.²³⁶ Diese Auffassung wird damit begründet, dass nach der Schuldrechtsreform vom 1. Januar 2002 der Grund für die bisherige Zurückhaltung bei der Annahme eines Mangels des Unternehmens entfallen sei. Während nach früherem Recht sogleich eine (praktisch kaum durchführbare) Wandlung des gesamten Vertrages möglich gewesen sei, sei nunmehr der Nachbesserungsanspruch vorgeschaltet, der vom Verkäufer auch bei einem nur einem einzelnen Gegenstand anhaftenden Mangel unproblematisch erfüllt werden könne.

Die wohl überwiegende Ansicht geht hingegen davon aus, dass ein Mangel an einem einzelnen Vermögensgegenstand nicht ohne Weiteres zur Mangelhaftigkeit des gesamten Unternehmens führt. Wird beispielsweise eine Spedition mit 100 Lkw übertragen, ist auch bei gewöhnlichen Speditionen davon auszugehen, dass sich nicht jedes Fahrzeug in einem neuwertigen Zustand befindet. Ist lediglich ein Fahrzeug bei Gefahrübergang nicht einsatzbereit und bedarf der Reparatur, kann dies nicht die gesamte Spedition mangelhaft machen, es sei denn, die Parteien haben dies ausdrücklich vereinbart.²³⁷ Wo die jeweilige Grenze zu ziehen ist, wird als eine Frage des Einzelfalls angesehen. Der BGH hat in einer älteren Entscheidung verlangt, dass der Mangel des Einzelgegenstands erheblich genug sein müsse, dass er auf das Unternehmen als Ganzes „durchschlägt“; es müsse die „wirtschaftliche Grundlage des Unternehmens erschüttert“ sein.²³⁸ Ergänzend wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung gefordert, dass der normale Betriebsablauf gestört und die Verfolgung der wirtschaftlichen Zielsetzung des Unternehmens beeinträchtigt werden.²³⁹

²³⁴ Jaques in BeckHdB Unternehmenskauf im Mittelstand, 3. Aufl. 2021, Kapitel D. Phase 3: Verhandlung und Abschluss des Kaufvertrags Rn. 402.

²³⁵ Merkt in Hopt, HGB, 43. Aufl. 2024, vor § 1 Rn. 64.

²³⁶ Matusche-Beckmann in Staudinger, BGB, 2023, § 434 Rn. 233; Grunewald in Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 434 Rn. 61.

²³⁷ Korch, JuS 2018, 521.

²³⁸ BGH, Urt. v. 27.02.1970, I ZR 103/68, BB 1970, 819.

²³⁹ OLG Köln, Urt. v. 29.01.2009, 12 U 20/08, DB 2009, 2259.

2. Empfehlungen zur Kodifizierung

Die vom BGH entwickelte Lehre zur Gesamterheblichkeit, nach der ein Sachmangel eines Unternehmens bei Mängeln von Einzelgegenständen nur dann vorliegt, wenn der konkrete Mangel auf das Unternehmen als Ganzes durchschlägt, dürfte sich in der Praxis weitgehend durchgesetzt haben, so dass es sich nach Auffassung der Arbeitsgruppe empfiehlt, sie in die Definition eines mangelhaften Unternehmens einzubeziehen. Von einer solchen Erheblichkeit des Mangels dürfte beispielsweise auszugehen sein, wenn der Gegenstand wirtschaftlich von herausragender Bedeutung für das Unternehmen ist, oder der Mangel an dem Gegenstand die Tauglichkeit als Unternehmen beeinträchtigt.

Dies schließt es nicht aus, dass die Parteien im Rahmen des weiteren subjektiven Beschaffenheitsbegriffs die Sachmängelgewährleistung auch auf einzelne Gegenstände beziehen können. Für den typisierten Fall eines Unternehmenskaufvertrags erschiene eine derartige Regel jedoch zu weitgehend. Bei einer Rechts- und Sachgesamtheit und insbesondere bei einem Unternehmen dürfte nach den Vorstellungen der Parteien – jedenfalls wirtschaftlich – nicht der einzelne Gegenstand des Unternehmens im Vordergrund stehen, da dieser nur als untrennbarer Bestandteil der Sach- und Rechtsgesamtheit mitverkauft wird und aus dieser Verknüpfung nicht herausgelöst werden soll.²⁴⁰ Dagegen spricht außerdem die in der Praxis weitgehend übliche Preisgestaltung, die – von Ausnahmefällen abgesehen – nicht an die Addition des Wertes aller einzelnen Gegenstände (Substanzwertmethode) anknüpft, sondern an einen für das Unternehmen ermittelten Ertragswert (sog. Ertragswertmethode).

IV. Rechtsfolgen eines Mangels / Rechte des Käufers

1. Sach- und Streitstand

Die Rechtsfolgen des gesetzlichen Gewährleistungsrechts, die einheitlich für Sach- wie für Rechtsmängel gelten, sind in den §§ 437 ff. BGB geregelt. Sie sind nicht auf den Unternehmenskauf zugeschnitten, sondern orientieren sich nach der Schuldrechtsreform maßgeblich am Verbrauchsgüterkauf. Danach kann der Käufer unter den jeweiligen Voraussetzungen Nacherfüllung, d.h. die Mangelbeseitigung oder die Lieferung einer mangelfreien Sache gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 BGB verlangen, vom Vertrag gemäß §§ 437 Nr. 2, 440, 323, 326 Abs. 5 BGB zurücktreten, den Kaufpreis gemäß §§ 437 Nr. 2, 441 BGB mindern oder Schadens- bzw. Aufwendungsersatz gemäß §§ 437 Nr. 3, 440, 280, 281, 283, 311a, 284 BGB verlangen.

Es besteht weitgehend Einigkeit in der Literatur, dass diese Rechte im Fall eines Unternehmenskaufs nicht interessengerecht sind.²⁴¹ Dies gilt vor allem für die Ansprüche auf Nacherfüllung und Rücktritt; in der Praxis stehen die Minderung des Kaufpreises

²⁴⁰ Picot, DB 2009, 2587, 2590.

²⁴¹ Jaques in BeckHdB Unternehmenskauf im Mittelstand, 3. Aufl. 2021, Kapitel D. Phase 3: Verhandlung und Abschluss des Kaufvertrags Rn. 508; Weber in Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, 10. Auflage 2022, Rn. 9.249; Weitnauer, NJW 2002, 2511.

und Schadensersatzansprüche im Vordergrund, welche indes regelmäßig mit einem vollständigen Ausschluss des gesetzlichen Haftungssystems einhergehen.²⁴²

a) Nacherfüllung

Eine Nachlieferung scheidet bei Unternehmenskaufverträgen praktisch immer wegen Unmöglichkeit gemäß § 275 Abs. 1 BGB aus. Ein mangelhaftes Unternehmen, das organisatorisch, finanziell oder von den Marktgegebenheiten her nicht wie vorgestellt fortgeführt werden kann, durch ein anderes mangelfreies Unternehmen zu ersetzen, wird weithin als ein Fall von Unmöglichkeit angesehen.²⁴³

Die Nachbesserung des Unternehmens dürfte häufig gegen die Interessen des Käufers verstoßen, da dieser dem Verkäufer erneut Einfluss auf das Unternehmen gewähren müsste. Praktisch denkbar wäre die Nachbesserung deshalb allenfalls bei Mängeln an einzelnen Gegenständen, wenn etwa ein undichtes Dach einer Fabrik zu reparieren ist, soweit dies im konkreten Fall als Sachmangel des Unternehmens zu qualifizieren ist.²⁴⁴

b) Rücktritt

Ebenso wenig praxistauglich wie die Nachbesserung stellt sich das Recht auf Rücktritt dar. Im Fall der Ausübung des Rücktrittsrechts ist der Kaufvertrag nach den §§ 346 ff. BGB rückabzuwickeln, d.h. der Verkäufer muss den Kaufpreis zurückzahlen und der Käufer das Unternehmen oder die Gesellschaftsanteile rückübertragen. Jedenfalls nach dem Vollzug der Transaktion (Closing) ist eine Rückabwicklung häufig weder möglich noch interessengerecht, da der Käufer häufig schon unmittelbar nach der Übernahme des Unternehmens mit dessen Umgestaltung beginnt. Das erworbene Unternehmen wird etwa in den Konzern des Erwerbers integriert, es finden Umstrukturierungen zur Erzeugung von Synergieeffekten statt, einzelne nicht benötigte Unternehmensteile werden weiterveräußert oder geschlossen. In derartigen Fällen würde der Veräußerer ein Unternehmen zurückerhalten, das dem von ihm übertragenen nicht mehr entspricht. Möglicherweise hat der Erwerber auch umwandlungsrechtliche Maßnahmen ergriffen und die erworbene Gesellschaft auf eine bestehende Gesellschaft verschmolzen, so dass eine Rückübertragung der veräußerten Geschäftsanteile nicht mehr möglich ist.

c) Minderung

Im Gegensatz zum Rücktritt erscheint das gesetzliche Minderungsrecht dem Grunde nach für einen gerechten Interessenausgleich im Falle eines Mangels beim Unternehmenskauf geeignet. Der Käufer kann das Unternehmen trotz des Mangels behalten, wobei der Verkäufer einen dem Mangel entsprechenden Abschlag auf den Kaufpreis hinnehmen muss.

²⁴² Westermann in MüKo/BGB, 8. Aufl. 2019, § 453 Rn. 40.

²⁴³ Westermann in MüKo/BGB, 8. Aufl. 2019, § 453 Rn. 41.

²⁴⁴ Korch, JuS 2018, 521, 524.

In der Praxis kann die konkrete Berechnung der Minderung im Einzelfall Probleme bereiten. Nach der Gesetzessystematik ist der Kaufpreis gemäß § 441 Abs. 3 BGB nach dem Wertverhältnis von mangelhaftem Unternehmen zu mangelfreiem Unternehmen herabzusetzen. Es müssten demnach zwei Unternehmensbewertungen vorgenommen werden, wovon eine zudem auf ein hypothetisches Unternehmen abstellen müsste. Dies dürfte in der Praxis nicht nur mit hohen Kosten verbunden sein, sondern birgt vor dem Hintergrund der verschiedenen Möglichkeiten zur Unternehmensbewertung (Substanz- oder Ertragswertmethode, discounted cash-flow-Methode) auch erhebliches Streitpotential.²⁴⁵

d) Schadensersatz

Für den Bereich des Schadensersatzes ist zu differenzieren: Wählt der Käufer Schadensersatz statt der Leistung („großer Schadensersatz“), stellen sich aufgrund der dann gemäß § 281 Abs. 5 BGB vorzunehmenden Rückabwicklung dieselben Probleme wie beim Rücktritt. Hinsichtlich des sog. kleinen Schadensersatzes besteht dieses Problem nicht. Allerdings ist auch hier die Bestimmung der richtigen Höhe äußerst streitanfällig, da sich der Betrag, um den das Unternehmen zu teuer gekauft wurde,²⁴⁶ oder der durch einen Mangel entgangene Gewinn nicht leichter bestimmen lässt als der Wert des Unternehmens im mangelfreien Zustand, so dass sich ein ähnliches Berechnungsproblem wie im Falle der Minderung ergibt.²⁴⁷

2. Empfehlungen zur Kodifizierung

Im Anschluss an die Erweiterung bzw. Konkretisierung der gesetzlichen Voraussetzungen für die Anwendung des Sachmängelrechts würde es sich nach Auffassung der Arbeitsgruppe anbieten, auch die als untauglich empfundenen Rechtsfolgen des Kaufrechts durch spezielle Regelungen für den Unternehmenskauf zu modifizieren.

Die Nacherfüllung gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 BGB wäre – wie nach dem Rechtszustand vor der Schuldrechtsreform – für den Fall des Unternehmenskaufs grundsätzlich auszuschließen. Unbeschadet des Umstands, dass die Nacherfüllung durch Lieferung eines mangelfreien Unternehmens dem Verkäufer regelmäßig unmöglich ist, liegt auch die Nachbesserung zumeist nicht im Interesse der Parteien, da der Verkäufer mit dem veräußerten Unternehmen häufig nichts mehr zu tun haben möchte und der Käufer kein Interesse daran hat, dass der Verkäufer in das veräußerte Unternehmen eingreift.

Ein Rücktrittsrecht erscheint lediglich für den Zeitraum zwischen Signing und Closing interessengerecht. Es sollte daher erwogen werden, den in der Praxis weithin als unangemessen empfundenen Rücktritt gemäß §§ 437 Nr. 2, 440, 323 und 326 Abs. 5 BGB nach Vollzug und Übergabe des Unternehmens im Regelfall ebenfalls auszu-

²⁴⁵ Westermann in MüKo/BGB, 8. Aufl. 2019, § 453 Rn. 43.

²⁴⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 25.05.1977, VIII ZR 186/75, BGHZ 69, 53 (Leitsatz).

²⁴⁷ Korch, JuS 2018, 521, 524.

schließen bzw. auf die Fälle zu beschränken, in denen es ohne wesentliche Veränderungen durch den Käufer an den Verkäufer zurückgegeben werden kann. Dies dürfte vor allem dann nicht der Fall sein, wenn der Käufer bereits umfangreiche Änderungen an dem Unternehmen vorgenommen hat, etwa durch Schließung von einzelnen Unternehmensbereichen, die Eingliederung in den eigenen Konzern oder den Austausch des Managements.

Sofern im Ausnahmefall ein Rücktritt etwa bei gravierenden Leistungsstörungen noch interessengerecht erscheinen vermag, könnte dem durch eine entsprechend enge Formulierung der gesetzlichen Voraussetzungen mit entsprechender Beweislastverteilung Rechnung getragen werden. Auch bei vorsätzlichem Verhalten des Verkäufers (Arglist) erscheint ein Rücktrittsrecht weiterhin angemessen.

3. Dispositivität des gesetzlichen Gewährleistungsrechts (§ 444 BGB)

Grundlage der vorgeschlagenen Änderungen im Gewährleistungsrecht ist weiterhin die Dispositivität der gesetzlichen Regelungen zugunsten abweichender Vereinbarungen der Parteien eines Unternehmenskaufvertrags.

Eine präzisere gesetzliche Fassung des Gewährleistungsrechts und die Begrenzung der Haftungsfolgen, wie sie Gegenstand der vorstehenden Empfehlungen sind, hat insbesondere keine nachteiligen Auswirkungen auf Interpretation oder Anwendungsbereich des § 444 BGB, der durch den Gesetzgeber bereits kurze Zeit nach der Schuldrechtsreform wieder an die Bedürfnisse der Kautelarpraxis angepasst werden musste.

Die Neufassung des § 444 BGB durch die Schuldrechtsreform hatte in der Praxis zunächst zu erheblichen Irritationen geführt. In der Vertragspraxis werden häufig Garantien, die sich auch auf Beschaffenheitsmerkmale beziehen können, mit Haftungsbeschränkungen kombiniert. Für den professionellen Unternehmenskauf ist es bislang sogar üblich, das gesetzliche Gewährleistungsrecht durch ein umfassendes und in sich geschlossenes eigenes Gewährleistungs- und Haftungssystem aus Guarantees, Representations, Warranties und Indemnifications zu ersetzen.²⁴⁸ § 444 BGB steht einem solchen vertraglichen Regelungssystem, das die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der von den Parteien gewollten Haftung definiert, auch weiterhin nicht entgegen, auch wenn die vertraglichen Vereinbarungen Bezug zu einer Beschaffenheit des Unternehmens aufweisen.

Die Vorschrift des § 444 BGB regelt vertragliche Gewährleistungsausschlüsse und -beschränkungen. Sie erfasst Kaufverträge sowie Mängel aller Art. Aus § 444 BGB ergibt sich zunächst, dass die Parteien eines Kaufvertrags die Gewährleistungshaftung des Verkäufers für Mängel der Kaufsache grundsätzlich durch entsprechende vertragliche Vereinbarung beschränken oder ganz ausschließen können. Im Falle einer solchen Vereinbarung stellt sich die Frage nach ihrer Reichweite. Aus der Art des Kaufs

²⁴⁸ Faust in BeckOK/BGB, § 444 Rn. 20; Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung, 4. Aufl. 2013, § 4 Rn. 343 ff., S. 227 ff.

bzw. des Kaufgegenstands können sich im Hinblick auf Zulässigkeit und Grenzen von gewährleistungsbeschränkenden oder -ausschließenden Vereinbarungen Besonderheiten ergeben. Nach § 444 kann sich der Verkäufer nicht auf eine gewährleistungsbeschränkende oder -ausschließende Vereinbarung berufen, soweit er den Mangel arglistig verschwiegen (Alt. 1) oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat (Alt. 2). § 444 BGB ist zwingendes Recht.²⁴⁹

Die Vorschrift des § 444 BGB ist durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zum 1. Januar 2002 ursprünglich mit folgender Fassung in Kraft gesetzt worden: „Auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, kann sich der Verkäufer nicht berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat.“

Das in dieser älteren Fassung des § 444 BGB gebrauchte Wort „wenn“ hatte zu einer ausführlichen und kontroversen Diskussion Anlass gegeben, ob bereits dann, wenn der Verkäufer eine Garantie für das Vorhandensein irgendeiner Beschaffenheit übernommen oder irgendeinen Mangel arglistig verschwiegen hatte, jede Berufung auf eine haftungsbeschränkende Vereinbarung ausgeschlossen war, also auch im Hinblick auf Beschaffenheitsmerkmale, deren Vorliegen der Verkäufer gar nicht garantiert hatte, bzw. auf Mängel, die der Verkäufer nicht arglistig verschwiegen hatte.

Besonders intensiv wurde im Schrifttum die Frage diskutiert, ob und wie sich § 444 Alt. 2 BGB bei einem solchen Verständnis der Vorschrift auf die Vertragspraxis beim Unternehmenskauf auswirken könnte.²⁵⁰ So wurde die Befürchtung geäußert, § 444 BGB in seiner ursprünglichen Fassung („wenn er ... eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat“) könne der üblichen Vertragsgestaltung beim Unternehmenskauf – Übernahme selbstständiger Garantien unter Beschränkung der Haftung auf der Rechtsfolgenseite – entgegenstehen.²⁵¹ Bei Einordnung der beim Unternehmenskauf gebräuchlichen selbstständigen Garantien als „Garantien für die Beschaffenheit der Sache“ i.S.d. § 444 Alt. 2 BGB könnte sich der Verkäufer auf die mit der Garantie verbundene Einschränkung oder Begrenzung der gesetzlichen Haftung nicht berufen und wäre dann doch wieder den beim Unternehmenskauf unerwünschten gesetzlichen Rechtsbehelfen des Käufers ausgesetzt. In seiner ursprünglichen Fassung löste § 444 BGB daher die Besorgnis aus, der Abschluss von Unternehmenskaufverträgen könne durch diese Vorschrift erheblich erschwert werden.²⁵²

Zu dieser älteren Fassung des § 444 BGB hatte die Literatur bereits herausgearbeitet, dass dieser nur eine Berufung des Verkäufers auf eine Gewährleistungsbeschränkung hinsichtlich solcher Beschaffenheitsmerkmale bzw. Mängel untersagen sollte, auf die sich die Garantie bzw. das arglistige Verschweigen bezieht, wohingegen die Haftung

²⁴⁹ Stöber in BeckOGK/BGB, § 444 Rn. 1.

²⁵⁰ Gronstedt/Jörgens, ZIP 2002, 52.

²⁵¹ Stöber, Beschaffenheitsgarantien des Verkäufers, 2006, S. 262.

²⁵² Stöber in BeckOGK/BGB, § 444 Rn. 71.

im Hinblick auf nicht garantierte Beschaffenheitsmerkmale bzw. nicht arglistig verschwiegene Mängel außerhalb des Anwendungsbereichs des § 476 Abs. 1 BGB wirksam ausgeschlossen werden kann. Der Gesetzgeber hat dies durch Art. 1 Nr. 6 des am 8. Dezember 2004 in Kraft getretenen Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen klargestellt, indem er in § 444 BGB das Wort „wenn“ durch das Wort „soweit“ ersetzt hat. Dadurch wird klargestellt, dass der Verkäufer sich nur in Bezug auf solche Beschaffenheitsmerkmale nicht auf eine Gewährleistungsbeschränkung berufen kann, deren Vorliegen er gerade garantiert hat, während § 444 Alt. 2 BGB einem Gewährleistungsausschluss hinsichtlich aller anderen Beschaffenheitsmerkmale nicht entgegensteht. Die selbständige und die unselbständige Garantie stehen dabei – wie in § 443 BGB – gleich.²⁵³ Zugleich sind so auch vereinbarte Haftungsbeschränkungen als Teil des Umfangs der Einstandspflicht zu interpretieren, so dass auch eine Begrenzung der Rechtsfolgen auf den Inhalt einer übernommenen Garantie zurückwirkt, weil die Beschränkung Teil der Garantie ist.²⁵⁴

Eine Beschaffenheitsgarantie steht einem Gewährleistungsausschluss damit nicht entgegen, soweit sie Voraussetzungen und Haftungsfolgen abweichend definiert. Der Verkäufer soll sich nur insoweit nicht darauf berufen können, als der Käufer durch eine unklare Fassung der Erklärung oder durch eine überraschende Einschränkung der Garantie irregeführt wird.²⁵⁵

Vereinbaren die Parteien eine Beschaffenheit und erhält der Käufer hierfür zum Ausgleich einen günstigeren Kaufpreis, liegt bereits kein Haftungsausschluss für eine mangelhafte Vertragserfüllung seitens des Käufers, sondern bereits kein Mangel nach §§ 434, 435 BGB vor. Eine doppelte Berücksichtigung ein und desselben Umstands zugunsten des Käufers kann nicht erfolgen; die Frage käuferseitiger Rechte aus § 437 BGB stellt sich in diesem Fall nicht.

Die Regelung des § 444 BGB steht damit auch dem – von der Arbeitsgruppe bevorzugten – Lösungsansatz einer grundsätzlichen Anwendbarkeit des gesetzlichen Gewährleistungskaufs und einer Ausweitung des Beschaffenheitsbegriffs nicht entgegen. In der Praxis würde ein Haftungsausschluss gemäß § 444 BGB weiterhin – wie auch schon bisher – die gängige Abgrenzung zu einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB erfordern,²⁵⁶ für die das gesetzliche Gewährleistungsrecht zur Anwendung kommen soll.

²⁵³ Westermann in MüKo/BGB, 8. Aufl. 2019, § 444 Rn. 15.

²⁵⁴ Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung, 4. Aufl. 2013, § 4 Rn. 380 ff., S. 236 f.

²⁵⁵ Wilhelmi in BeckOGK/BGB, § 453 Rn. 725.

²⁵⁶ Büdenbender in NK/BGB, 4. Aufl. 2021, § 444 Rn. 2.

V. Ausschluss der Gewährleistung bei Kenntnis des Käufers (§ 442 BGB)

Gemäß § 442 Abs. 1 BGB hat der Käufer einer Sache grundsätzlich keine Gewährleistungsansprüche wegen solcher Mängel, die er bei Abschluss des Kaufvertrags kannte oder in Folge grober Fahrlässigkeit nicht kannte.

1. Sach- und Streitstand

Die Regelung passt nach überwiegender Auffassung in der Literatur nicht ohne Weiteres auf die Praxis des Unternehmenskaufs, da sie ersichtlich nicht für derart komplexe Kaufgegenstände geschaffen worden ist.²⁵⁷ Deshalb wird § 442 Abs. 1 BGB im Unternehmenskaufvertrag in der Regel abbedungen und im Rahmen der Privatautonomie durch andere Klauseln ersetzt. Soweit sie vertraglich abbedungen wurde, kann sie auch dann zur Anwendung kommen, wenn der Ausschluss gesetzlicher Gewährleistungsrechte gemäß § 444 BGB – etwa in Arglistfällen – unwirksam ist.

Diskussionswürdig erscheint bereits der verkäuferfreundliche Charakter der Norm. Im anglo-amerikanischen Rechtsraum ist die gegenteilige sog. „Sandbagging“-Regelung verbreitet. Danach kann der Käufer Ansprüche wegen Garantieverletzungen unabhängig davon geltend machen, ob er die Garantieverletzung kannte oder hätte kennen können. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Verkäufer die Umstände, die zur Geltendmachung der Garantieverletzung berechtigen, offengelegt hat. „Sandbagging“ hat den Vorteil, dass sich die – im deutschen Recht problematischen – Fragen der Wissenszurechnung nicht stellen. Es bietet damit beiden Seiten größere Gewissheit über das Bestehen oder Nichtbestehen von Ansprüchen. Andererseits wird es als ungerecht empfunden, dass der Käufer, obwohl er die Unrichtigkeit der Garantiezusage des Verkäufers kennt, den Vollzug (Closing) des Unternehmenskaufvertrags betreiben und den Verkäufer anschließend verklagen können soll (close and sue). In deutschen Unternehmenskaufverträgen hat sich „Sandbagging“ aus diesem Grund nicht durchgesetzt.²⁵⁸

Zudem sind Anwendungsfragen, die sich um die grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers ranken, mit nicht unerheblichen Schwierigkeiten verbunden. Denn den Käufer trifft grundsätzlich keine Obliegenheit zur Nachforschung. Zwar mögen die Organe der Käufer-Gesellschaft für eine hinreichend informierte Entscheidung dieser gegenüber zur „Due Diligence“²⁵⁹ angehalten sein. Diese organschaftliche Bindung wirkt aber nicht zugunsten Dritter.²⁶⁰ Auch erkennt die h.M. keine Verkehrssitte einer „Due Diligence“

²⁵⁷ Weißhaupt, WM 2013, 782.

²⁵⁸ Dazu Schudlo/Kersten, BB 2021, 1154, 1156; Möller, NZG 2012, 841, 843; Weißhaupt, WM 2013, 782, 783.

²⁵⁹ Bei der „Due Diligence“ handelt es sich um eine wirtschaftliche, finanzielle, steuerliche und rechtliche Analyse des Erwerbsgegenstands mit dem Ziel, kaufpreisrelevante Risiken zu identifizieren. Verkäuferseitig dient der Due-Diligence-Prozess auch der Erfüllung von Aufklärungspflichten, weshalb eine vorgelagerte verkäuferseitige „Due Diligence“ (Vendor Due Diligence) ebenfalls gängig ist.

²⁶⁰ Weißhaupt, WM 2013, 782, 783.

an, deren Unterlassen oder unsorgfältige Durchführung die Annahme grob fahrlässiger Unkenntnis begründen könnte.²⁶¹

Auch im Hinblick auf die positive Kenntnis des Käufers bestehen Auslegungsschwierigkeiten. Insbesondere bei Durchführung einer Due Diligence stellt sich die Frage, wann eine positive Kenntnis vorliegt, die den Garantieanspruch des Käufers zu Fall bringen kann. In der Praxis ist es üblich, im Unternehmenskaufvertrag eine Kenntnisfiktion zu verankern, nach der bestimmte Informationen aus dem Datenraum als dem Käufer bekannt gelten. In der verkäuferfreundlichsten Spielart sind sämtliche im Datenraum befindlichen Dokumente und die mit ihnen im Zusammenhang stehenden Tatsachen als bekannt anzusehen. Problematisch ist hierbei, dass die Datenräume bei größeren Transaktionen immer umfangreicher werden und vielfach ungeordnet sowie unvollständig sind. Zudem räumt der Verkäufer in Auktionsverfahren den Bietern oft nur einen kurzen Zeitraum zur Prüfung der Dokumente ein. Gleichzeitig gehen Käufer nicht nur aus Kostengründen mehr und mehr zu einer fokussierten und auch selektiven „Due Diligence“ über. Angesichts dessen entspricht es vielfach nicht der Realität, dass der Inhalt des Datenraums dem Käufer vollständig bekannt und von diesem bewertbar ist.²⁶²

In der Rechtsprechung und Literatur zum Unternehmenskauf wird sodann mit unterschiedlichem Ergebnis diskutiert, ob die – durch die Einrichtung eines Datenraums ermöglichte – Durchführung einer Due Diligence durch den Käufer Auswirkungen auf die Aufklärungspflichten des Verkäufers hat, und wenn ja, welche. Überwiegend wird davon ausgegangen, dass die Durchführung einer Due Diligence den Umfang der Aufklärungspflichten des Verkäufers zwar nicht generell, aber im Einzelfall reduzieren könne.²⁶³ Dabei nehmen einige Autoren an, dass der Verkäufer mit der Zurverfügungstellung von Unterlagen in einem Datenraum in der Regel seinen Aufklärungspflichten nachkomme, da er im Normalfall die vollständige Durchsicht des Datenraums erwarten könne.²⁶⁴ Nach anderer Ansicht soll die Durchführung einer Due Diligence keine Auswirkungen auf die Aufklärungspflichten des Verkäufers haben.²⁶⁵ In einer aktuellen Entscheidung zu Aufklärungspflichten eines Immobilienverkäufers bei Einrichtung eines

²⁶¹ Saenger in Schulze, BGB, 11. Aufl. 2021, § 442 Rn. 5; Weißhaupt, WM 2013, 782, 783; Müller, NJW 2004, 2196, 2197 f.; Fleischer/Körber, BB 2001, 841, 846 f.; a.A. Vogt, DStR 2001, 2027, 2031 f.

²⁶² Möller, NZG 2012, 841, 844.

²⁶³ Meyer-Sparenberg in Meyer-Sparenberg/Jäckle, Beck'sches M&A-Handbuch, 2. Aufl., § 47 Rn. 88 ff.; Golland/Koch in Mehrbrey, Hdb. Streitigkeiten beim Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2022, § 17 Rn. 28 f.; Weber in Hölter, Handbuch Unternehmenskauf, 10. Auflage 2022, Rn. 9.388; Henssler in FS Hopt, 2010, Bd. 1, S. 113, 135 f.; Knöfler, Rechtliche Auswirkungen der Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 2001, S. 142 f.; Herresthal in BeckOGK/BGB, § 311 Rn. 427; Westermann, ZHR 169 (2005), 248, 258, 261 ff.; Hassel, Der Einfluss der Due Diligence auf die Verkäuferhaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, 2009, S. 141 f.; vgl. auch BGH, Urt. v. 28.11.2001, VIII ZR 37/01, NJW 2002, 1042, 1044.

²⁶⁴ Meyer-Sparenberg in Beck'sches M&A-Handbuch, 2. Aufl., § 47 Rn. 93 f.; Golland/Koch in Mehrbrey, Hdb. Streitigkeiten beim Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2022, § 17 Rn. 30; Weber in Hölter, Handbuch Unternehmenskauf, 10. Auflage 2022, Rn. 9.401; Henssler in FS Hopt, 2010, Bd. 1, S. 113, 136 f.; Hassel, Der Einfluss der Due Diligence auf die Verkäuferhaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, 2009, S. 145 ff.

²⁶⁵ Fietz in Bergau, Praxishandbuch Unternehmenskauf, 2. Aufl., Kapitel 5 Rn. 53; Beisel/Andreas, Beck'sches Mandatshandbuch Due Diligence, 3. Aufl., § 2 Rn. 66 f.; Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 148 ff.; Eggenberger, Gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen und Folgen einer due-diligence Prüfung, 2001, S. 275 ff.; Müller, NJW 2004, 2196, 2198 f.; Stengel/Scholderer, NJW 1994, 158, 164.

Datenraums vertritt der BGH nach Diskussion der vorstehend zitierten Meinungen die Auffassung, dass der Verkäufer eines bebauten Grundstücks, der dem Käufer Zugriff auf einen Datenraum mit Unterlagen und Informationen zu der Immobilie gewährt, hierdurch seine Aufklärungspflicht erfüllt, wenn und soweit er aufgrund der Umstände die berechnete Erwartung haben kann, dass der Käufer durch Einsichtnahme in den Datenraum Kenntnis von dem offenbarungspflichtigen Umstand erlangen wird.²⁶⁶

2. Empfehlungen zur Kodifizierung

Die Offenlegungen des Verkäufers und die Kenntnis des Käufers spielen im Gewährleistungsregime des Unternehmenskaufs somit eine wichtige Rolle. Daher erscheint es im Rahmen eines Reformvorhabens sinnvoll, § 442 BGB für Unternehmenstransaktionen durch eine Norm zu modifizieren, die den spezifischen Anforderungen dieser Geschäfte besser entspricht und eine ausgewogenere Verteilung von Risiko und Aufwand zwischen den Vertragschließenden herstellt.

Nach Auffassung der Arbeitsgruppe empfiehlt sich diesbezüglich eine vermittelnde Lösung, die in der deutschen Vertragspraxis bereits üblicherweise verwendet wird und auch in Einklang mit der Rechtsprechung des BGH steht. Diese Regelung sieht vor, dass solche Informationen als bekannt gelten, die dem Käufer von Seiten des Verkäufers in angemessener Weise offengelegt wurden²⁶⁷ und der Verkäufer die berechnete Erwartung haben kann, dass der Käufer hierdurch Kenntnis von dem offenbarungspflichtigen Umstand erlangt. Hierdurch würden unbillige Härten vermieden, die sich aus den vorgenannten Extremsituationen ergeben.

²⁶⁶ BGH, Urt. V. 15.09.2023, V ZR 77/22, BB 2023, 2573.

²⁶⁷ Schudlo/Kersten, BB 2021, 1154, 1156; Möller, NZG 2012, 841, 844.

Kapitel 8: Wissenszurechnung

I. Einführung

Im Haftungssystem des Unternehmenskaufs spielt die Frage der Kenntnis und deren Zurechnung eine zentrale Rolle. Unbeschadet des zuvor in Kapitel 7 erörterten Falles des gesetzlichen Ausschlusses der gesetzlichen Gewährleistungsrechte des Käufers bei Kenntnis des Mangels gemäß § 442 BGB ist es häufig insbesondere für Garantien, die vorbehaltlich der Kenntnis des Verkäufers abgegeben werden, erforderlich, den Begriff des Verkäuferwissens zu bestimmen und die relevanten Wissensträger festzulegen.

Der Verkäufer sichert im Unternehmenskaufvertrag regelmäßig zu, dass „nach seinem Wissen“ ein bestimmter Umstand bei dem zu verkaufenden Unternehmen vorliegt oder nicht. Die Gutgläubigkeit allein des Vertragsunterzeichners beseitigt allerdings nicht das Haftungsrisiko. Hat ein Mitarbeiter Kenntnis von einem offenbarungspflichtigen Umstand, stellt sich die Frage, ob diese Kenntnis dem Verkäufer als eigene zuzurechnen ist. Dieselbe Problematik entsteht außerdem, wenn die Geschäftsführung des Zielunternehmens oder deren Mitarbeiter eine relevante Tatsache kennen. Gerade im Falle eines Share Deals stellt sich mithin die Frage, ob eine Wissenszurechnung zu Lasten des Verkäufers auch über gesellschaftsrechtliche Grenzen hinweg erfolgen und ggf. eine Haftung des Verkäufers wegen Arglist (§ 444 BGB) begründen kann.

Die Reichweite des zurechenbaren Wissens auf Seiten des Verkäufers ist umstritten und Gegenstand nur weniger Einzelfallentscheidungen des BGH. Das Gros entsprechender Streitigkeiten wird häufig von Schiedsgerichten beigelegt, die ihre Urteile nicht veröffentlichen.²⁶⁸ Die Rechtslage wird vor diesem Hintergrund in der Literatur als „erschreckend unklar“ bezeichnet.²⁶⁹

II. Sach- und Streitstand

Das Gesetz ordnet keine allgemeine Wissenszurechnung innerhalb eines Unternehmens an, geschweige denn über Unternehmensgrenzen hinweg. Maßgebend ist die Kenntnis der den Unternehmenskaufvertrag unterzeichnenden Person (vgl. § 166 Abs. 1 BGB). Einzige Ausnahme ist gemäß § 166 Abs. 2 BGB der Fall, dass der Verkäufer einen „unwissenden“ Vertreter einschaltet, um die eigene Bösgläubigkeit zu verbergen.

1. Entwicklung der Rechtsprechung

Der BGH hat sich in mehreren Entscheidungen mit Fragen der Wissenszurechnung befasst, teilweise auch im Kontext von Unternehmenskäufen, und zunächst die Figur des „Wissensvertreters“ entwickelt.²⁷⁰ Wissensvertreter ist jeder, „der nach der Arbeits-

²⁶⁸ Risse, NZG 2020, 856, 857.

²⁶⁹ Risse, NZG 2020, 856, 857.

²⁷⁰ BGH, Urt. v. 01.03.1984, IX ZR 34/83, NJW 1984, 1953.

organisation des Geschäftsherrn dazu berufen ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und die dabei angefallenen Informationen zur Kenntnis zu nehmen sowie gegebenenfalls weiterzuleiten“.²⁷¹ Er braucht weder zum rechtsgeschäftlichen Vertreter noch zum „Wissensvertreter“ ausdrücklich bestellt zu sein.²⁷² Der Geschäftsherr muss sich dieses Repräsentanten im rechtsgeschäftlichen Verkehr lediglich wie eines Vertreters bedienen. Hat der Verkäufer etwa Mitarbeiter damit betraut, sich eigenverantwortlich um die Buchhaltung des Unternehmens zu kümmern, wird ihm deren Wissen zugerechnet, auch wenn er selbst gutgläubig ist.

In einem weiteren Schritt hat der BGH das Wissen im Rechtssinne auf das „einmal vermittelte, typischerweise aktenmäßig festgehaltene Wissen“ erstreckt.²⁷³ Was in den Akten steht oder jedenfalls stehen sollte, ist einer Vertragspartei danach als eigenes Wissen zuzurechnen, unabhängig davon, ob die vertragsschließende Person dieses Wissen hat. Nur so ließe sich die strukturelle Besonderheit der organisatorischen Aufspaltung einer juristischen Person in personeller und zeitlicher Hinsicht ausgleichen. Wer einen Vertrag mit einer arbeitsteilig tätigen juristischen Person schließt, darf nicht schlechter stehen, als wenn er es mit einer einzigen natürlichen Person zu tun hat (Gleichstellungsargument).

In einem dritten Schritt wurde die Zurechnung unternehmensweiten Wissens um die Fiktion einer Handlung wider besseren Wissens erweitert (Wollensfiktion).²⁷⁴ Danach nimmt der BGH an, dass die Partei, der gemäß den Grundsätzen der Zurechnung des typischerweise aktenmäßig festgehaltenen Wissens bestimmte Informationen zugerechnet werden, zugleich auch vorsätzlich und arglistig handelt. Zwar setze eine Haftung des Verkäufers grundsätzlich voraus, dass dieser weiß oder doch mit der Möglichkeit rechnet und diese billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragsgegner den Fehler nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt abgeschlossen hätte.²⁷⁵ Sollte aber der mit einer juristischen Person kontrahierende Vertragspartner in seinem Vertrauen geschützt werden und aus der Eigenart der organisatorischen Aufspaltung keinen Nachteil erleiden, so erscheine es interessengerecht, die juristische Person auch hinsichtlich der weiteren Elemente des bedingten Vorsatzes nicht besser als eine natürliche Person zu stellen. Bei einer natürlichen Person könne nach der Lebenserfahrung von der Kenntnis eines Mangels auf die Einsicht und die Billigung geschlossen werden, dass der Vertragspartner den Mangel vielleicht nicht kennt und anderenfalls den Vertrag möglicherweise nicht oder nicht so, wie geschehen, abgeschlossen hätte.

²⁷¹ BGH, Urt. v. 24.01.1992, V ZR 262/90, BGHZ 117, 104.

²⁷² Richardi, AcP 169 (1969), 398; Schultz, NJW 1990, 479, 480.

²⁷³ BGH, Urt. v. 08.12.1989, V ZR 246/87, BGHZ 109, 327.

²⁷⁴ BGH, Urt. v. 08.12.1989, V ZR 246/87, BGHZ 109, 327.

²⁷⁵ BGH, Urt. v. 28.06.1978 - VIII ZR 112/77, NJW 1978, 2240.

Der BGH scheint auch noch einen vierten Schritt zu gehen: Bei Anwendung der Haftungsfigur der „aufgabenbezogenen Handlungs- und Informationseinheit“²⁷⁶ auf eine typische Unternehmenstransaktion müsse auch das Wissen des Managements der Zielgesellschaft dem Verkäufer zugerechnet werden.²⁷⁷ Die gesellschaftsrechtliche Eigenständigkeit von Verkäufer und Zielgesellschaft würde nach dieser Auffassung überwunden. Das OLG Düsseldorf²⁷⁸ hat bereits entsprechend entschieden, die Kenntnisse von Managern des Zielunternehmens analog § 166 Abs. 1 BGB – allerdings unter dem Gesichtspunkt vorzeitig übergegangener Loyalität – dem *Käufer* zuzurechnen.

2. Kritik und Ansätze in der Literatur

Die Praxis²⁷⁹ kritisiert, die Rechtsprechung habe sich fast vollständig vom Gesetz gelöst. Die Rechtsfiguren des „Wissensvertreters“, des „typischerweise aktenmäßig festgehaltenen Wissens“, der „Wollensfiktion“ und der „aufgabenbezogenen Handlungs- und Informationseinheit“ ließen eine normative Anbindung vermissen. Mangels an ihn herangetragenere Fälle habe der BGH auch keine Gelegenheit gehabt, die von ihm gesetzten Maßstäbe zu erproben und argumentativ zu verdichten. Die entschiedenen Fallgestaltungen seien ungewöhnlich und lägen weit außerhalb klassischer M&A-Szenarien. Zudem seien die Entscheidungen von einer typisierenden Schutzbedürftigkeit der Geschäftspartner von Verbänden geprägt, obwohl Unternehmenskäufe von beiden Parteien professionell gesteuert und ausverhandelt würden, so dass beide Seiten ihre Interessen wahrnehmen könnten. Es fehle ein schlüssiges Gesamtsystem, wie Fragen der Wissenszurechnung beim Unternehmenskauf zu beurteilen seien.

Das Schrifttum unterbreitet unterschiedliche Vorschläge, wie die Wissenszurechnung ausgestaltet und dogmatisch gerechtfertigt werden könnte.²⁸⁰ So werden eine Zurechnung in Anwendung von § 166 in entsprechender Anwendung,²⁸¹ § 31 BGB – teils in direkter, teils in analoger Anwendung –,²⁸² nach § 164 Abs. 3 BGB²⁸³ oder unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgedankens²⁸⁴ diskutiert. Dabei erfolgt die Zurechnung zumeist funktionsbezogen anhand der Position des Wissensträgers in dem jeweiligen Unternehmen.

Soweit das Wissen von Organmitgliedern der Gesellschaft nicht bereits nach § 31 BGB zugerechnet wird, sollen Organmitglieder, auch wenn sie nicht unmittelbar an dem Rechtsgeschäft beteiligt sind, als Wissensvertreter zu qualifizieren sein. Des Weiteren

²⁷⁶ BGH, Urt. v. 30.06.2011, IX ZR 155/08, BGHZ 190, 201.

²⁷⁷ Risse, NZG 2020, 856, 860; Pörnbacher/Baur in Mehrbrey, Hdb. Streitigkeiten beim Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 442.

²⁷⁸ OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.06.2016, I-6 U 20/15, DB 2016, 1987.

²⁷⁹ Risse, NZG 2020, 856, 861 ff.; Wächter in M&A Litigation, 4. Aufl. 2022, Rn. 8.53; Weißhaupt, WM 2013, 782, 786 f.

²⁸⁰ Einzelheiten bei Armbrüster/Kosich, ZIP 2020, 1494.

²⁸¹ Schöne in Mehrbrey, Hdb. Streitigkeiten beim Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 427ff.

²⁸² Fleischer in Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. 2019, § 78 Rn. 53; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, S. 287 f.

²⁸³ Koch, ZIP 2015, 1757.

²⁸⁴ Richardi, AcP 169 (1969), 385, 395.

seien Mitglieder des Managements unterhalb der Geschäftsführungsebene sowie Mitarbeiter in zentralen Führungspositionen, wie etwa Abteilungsleiter, ebenfalls als Wissensvertreter zu qualifizieren, da diesen von der Geschäftsführung regelmäßig bestimmte Aufgabenbereiche zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung übertragen werde.

Ob Mitarbeitern unterhalb der Abteilungsleitung, Leiter von Unterabteilungen und einzelnen Einheiten ebenfalls als Wissensvertreter zu qualifizieren sind, sei unklar und eine Frage des Einzelfalls.²⁸⁵ Die Praxis ist aufgrund der Unsicherheiten in Rechtsprechung und Literatur dazu übergegangen, detaillierte Regelungen in den Kaufvertrag aufzunehmen und Kenntnispersonen namentlich zu benennen.²⁸⁶

III. Empfehlungen zur Kodifizierung

Die Situation des Unternehmenskaufs ist typischerweise von einem Wissensgefälle zwischen Verkäufer und Käufer geprägt. Der Verkäufer verfügt über einen erheblichen Wissensvorsprung, während der Käufer nur in dem Maße Zugang zu dem zu verkaufenden Unternehmen hat, wie er von dem Verkäufer gewährt wird. Dem Käufer ist nur das bekannt, was ihm vom Verkäufer im Rahmen einer Due Diligence offenbart wird oder aus öffentlich zugänglichen Quellen bekannt ist. Aus diesem Grund könnte im Anschluss an die Rechtsprechung des BGH ein möglicher Ansatzpunkt für eine ergänzende gesetzliche Regelung beim Unternehmenskauf in den vom Verkäufer zu entwickelnden Anstrengungen an eine ordnungsgemäße Wissensorganisation im Unternehmen bzw. Konzern zu sehen sein, deren Reichweite allerdings noch nicht abschließend geklärt ist.

In der Ergänzung der allgemeinen gesetzlichen Zurechnungsnormen könnte ein gangbarer Weg darin bestehen, die Frage der Wissenszurechnung von der alleinigen Anknüpfung an die handelnden Personen und deren Funktion zu lösen und in komplexen Unternehmensorganisationen ergänzend anhand von Pflichten zur Wissensorganisation zu bestimmen. Soweit ersichtlich knüpfen alle relevanten Lösungsvorschläge in Rechtsprechung und Literatur an die Verletzung einer solchen Pflicht durch den Verkäufer an, wenn er das in seinem Unternehmen vorhandene Wissen nicht hinreichend organisiert und verfügbar gehalten hat.²⁸⁷

Für juristische Personen oder Unternehmen, bei denen aufgrund ihrer arbeitsteiligen Organisationsform typischerweise Wissen bei verschiedenen Personen oder Abteilungen "aufgespalten" wird, geht der BGH im Rahmen der Wissenszurechnung im Ansatz

²⁸⁵ Schöne/Uhlendorf in Mehrbrey, Hdb. Streitigkeiten beim Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 430.

²⁸⁶ Lorz/Pfisterer/Gerber in Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht, Kapitel D III. Unternehmenskaufvertrag über GmbH-Geschäftsanteile.

²⁸⁷ Risse, NZW 2020, 856, 863.

davon aus, dass die Wissenszurechnung ihre Rechtfertigung nicht in der Organstellung oder einer vergleichbaren Position des Wissensvermittlers, sondern im Gedanken des Verkehrsschutzes und der daran geknüpften Pflicht zu ordnungsgemäßer Organisation der gesellschaftsinternen Kommunikation findet.²⁸⁸ Die gesetzlichen Leitlinien könnten daher das Ziel haben, eine Pflicht zur Wissensorganisation im Bereich des Unternehmenskaufs anzuerkennen und ggf. (in Teilen) zu konkretisieren.

Die konkrete Ausprägung einer solchen Pflicht dürfte stets abhängig von Art und Umfang des Unternehmens sein, das Gegenstand des Unternehmenskaufvertrags ist. Ansatzpunkte mögen sich dazu auch aus anderen gesetzlichen Vorschriften entnehmen lassen, die eine Information der Unternehmensleitung über bestimmte systemische oder existenzgefährdende Risiken gewährleisten wollen (vgl. § 91 AktG). Jedenfalls in Unternehmen mit arbeitsteiliger Organisationsform dürfte eine Verpflichtung des Vorstands bzw. der Geschäftsführung anzunehmen sein, geeignete Maßnahmen zu treffen, um Informationen, die für den Geschäftsbetrieb von wesentlicher Bedeutung sind, zu identifizieren und „nach oben“ an die Geschäftsleitung zu berichten.

Unterbleibt die Sicherung, Weiterleitung oder Abfrage einer Information, so könnte dies ein ausreichender Grund für die Annahme einer Verletzung einer solchen Organisationspflicht sein, die durch die Zurechnung der nicht weitergeleiteten Information ausgeglichen wird. Eine solche Regelung würde berücksichtigen, dass der Käufer eines arbeitsteilig organisierten Unternehmens jedenfalls nicht schlechter steht als der Käufer eines Kleinbetriebs. Zugleich kann der Verkäufer sich nicht durch eine kleinteilige Aufspaltung des Unternehmens oder die Schaffung zahlreicher Hierarchieebenen vor der Zurechnung ihm nachteiligen Wissens schützen.

Die bisher bestehende Vertragspraxis, mit Blick auf selbständige Garantien detaillierte Regelungen zu Wissensvertretern in den Kaufvertrag aufzunehmen und Kenntnispersonen namentlich zu benennen, sollte dabei durch die vorliegende Empfehlung nicht eingeschränkt werden. Den Parteien bliebe es daher unbenommen, die Wissenszurechnung bei einem eigenen vertraglichen Regelungsgerüst durch Benennung konkreter Wissensvertreter oder andere vertragliche Regelungen zu beschränken. Soweit Verträge indes Lücken aufweisen, könnten die vorgeschlagenen – dispositiven – gesetzlichen Leitlinien zu größerer Rechtssicherheit und besserer Vorhersehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen beitragen.

²⁸⁸ BGH, Urt. v. 02.02.1996, V ZR 239/94, BGHZ 132, 30.

Kapitel 9: Verjährung

I. Einführung

Bei der Verjährung von Ansprüchen aus einem Unternehmenskauf ist zwischen den allgemeinen Verjährungsvorschriften der §§ 194 ff. BGB und der speziellen kaufrechtlichen Verjährungsvorschrift des § 438 BGB zu unterscheiden. Seit der Schuldrechtsreform im Jahr 2002 ist der Unterschied zwischen der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren gemäß § 195 BGB und der „kaufrechtlichen Regelverjährung“ von zwei Jahren nicht mehr so gravierend wie vor der Reform (30 Jahre bzw. sechs Monate). Die einzelnen Ansprüche im Zusammenhang mit einem Unternehmenskauf sind hinsichtlich ihrer Verjährung unterschiedlich einzuordnen.

II. Verjährungsfragen im Einzelnen

1. Verjährung des Erfüllungsanspruchs

Der Erfüllungsanspruch unterliegt keinen Besonderheiten. Die Verjährung richtet sich nach der regelmäßigen Verjährungsfrist der §§ 195, 199 BGB. Für den Beginn der Regelverjährung ist neben einem objektiven Moment auch ein subjektives Moment (Kenntnis bzw. Kennenmüssen) erforderlich, § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB.

2. Verjährung bei Mängelrechten

a) Verjährungsfrist

(1) Sach- und Streitstand

Bei der Frage der Verjährung findet hier der Streit bei den Mängelrechten hinsichtlich erforderlicher Teil- oder Gesamterheblichkeit seine Fortsetzung.

Nach der Ansicht, wonach bereits das Vorliegen eines Mangels an einer einzelnen, zum Unternehmen gehörenden Sache genügt, um einen Mangel des erworbenen Unternehmens insgesamt anzunehmen,²⁸⁹ ist die Verjährungsregel entscheidend, die den konkreten Sachmangel betrifft: § 438 Nr. 1, 2 oder 3 BGB.

Nach der wohl überwiegenden Ansicht,²⁹⁰ wonach ein Mangel an einem einzelnen Vermögensgegenstand nicht unbesehen zur Mangelhaftigkeit des gesamten Unternehmens führt, ist weiter zu differenzieren:

Nach der Ansicht, wonach die kaufrechtlichen Mängelrechte beim Unternehmenskauf nicht anwendbar sein sollen,²⁹¹ kommt konsequenterweise auch § 438 BGB nicht zur Anwendung. Die Verjährungsregeln bestimmen sich nach denen für Ansprüche aus

²⁸⁹ Matusche-Beckmann in Staudinger, BGB, 2023, § 434 Rn. 233; Grunewald in Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 434 Rn. 61.

²⁹⁰ BGH, Urt. v. 27.02.1970, I ZR 103/68, BB 1970, 819; Picot, DB 2009, 2587.

²⁹¹ U. Huber, AcP 202 (2002), 179 ff.; Baur, BB 1979, 381 ff.

culpa in contrahendo und selbständigen Garantien: Es gilt die allgemeine Verjährungsfrist von drei Jahren, §§ 195, 199 BGB.

Nach der herrschenden Meinung,²⁹² die eine grundsätzliche Anwendung der §§ 434 ff. BGB auf den Unternehmenskauf annimmt, findet folgerichtig auch § 438 BGB Anwendung. Ansprüche auf Nacherfüllung und auf Schadens- bzw. Aufwendungsersatz verjähren nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB grundsätzlich in zwei Jahren. Für Rücktritt und Minderung, die als Gestaltungsrechte unverjährbar sind, gilt dies über §§ 438 Abs. 4 Satz 2, Abs. 5, 218 BGB mittelbar.

(2) Verjährung bei besonderen Einzelgegenständen

Bei Anknüpfung an die Gesamterheblichkeit eines Mangels ist weiter umstritten, ob auch die Verjährungsfristen der § 438 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB (Verjährung in 30 bzw. 5 Jahren) Anwendung finden können, wenn bspw. zum Unternehmen ein Bauwerk gehört und dieses mangelhaft ist.

Die Rechtsprechung und Teile der Literatur gehen davon aus, dass grundsätzlich die zweijährige Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB gilt. Hier wirkt sich die Voraussetzung der Gesamterheblichkeit eines Mangels für die Anwendung des Gewährleistungsrechts aus: Kaufgegenstand ist nicht der Einzelbestandteil, sondern das Unternehmen in seiner Gesamtheit.²⁹³

Nach a. A.²⁹⁴ soll trotz der grundsätzlich erforderlichen Gesamterheblichkeit eines Mangels bei der Frage der Verjährung wiederum auf den einzelnen mangelhaften Gegenstand abgestellt werden. Die 30- bzw. 5-jährige Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 1 bzw. 2 BGB sei dann anzuwenden, wenn und soweit ein derartiger Mangel oder ein Mangel an einem derartigen Kaufgegenstand vorliege.²⁹⁵ Ansonsten bestehe eine ungerechtfertigte Privilegierung des Verkäufers gegenüber dem Verkauf der Einzelgegenstände, für den längere Verjährungsfristen gelten.²⁹⁶

Schließlich wird in der Literatur vereinzelt die Ansicht vertreten, dass bei Mängelrechten im Zusammenhang mit einem Unternehmenskauf immer die 5-jährige Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB Anwendung finden sollte.²⁹⁷ Als Argumente werden angeführt, dass zu Unternehmen regelmäßig auch Bauwerke gehören dürften, Mängel typischerweise erst nach längerer Zeit festzustellen seien und ihre Ursachen nicht selten einer sachverständigen Begutachtung bedürften.

(3) Rechtsmangel im Zusammenhang mit Share Deal

Hinsichtlich der Verjährung bei Rechtsmängeln erhält der vorstehende Streit bei dem speziellen Fall des Share Deals eine weitere Facette. Nach der Schuldrechtsreform

²⁹² Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 8 II Rn. 23; Grunewald in Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 435 Rn. 15.

²⁹³ OLG Köln, Urt. v. 29.01.2009, 12 U 20/08, DB 2009, 2259; Westermann in MüKo/BGB, 8. Aufl. 2019, § 453 Rn. 51, 52; Merkt in Hopt, HGB, 43. Aufl. 2024, Einleitung vor § 1 Rn. 67.

²⁹⁴ Wilhelmi in BeckOGK/BGB, § 453 Rn. 700-705; Picot, DB 2009, 2587.

²⁹⁵ Wilhelmi in BeckOGK/BGB, § 453 Rn. 702.

²⁹⁶ Wilhelmi in BeckOGK/BGB, § 453 Rn. 701.

²⁹⁷ Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 2002, § 5 Rn. 554.

verjähren Ansprüche wegen Rechtsmängeln grundsätzlich wie Ansprüche wegen Sachmängeln nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB, d.h. in zwei Jahren. In § 438 Abs. 1 Nr. 1 a) und b) BGB finden sich hierzu zwei konkrete Ausnahmen. Weitere Ausnahmeregelungen für Rechtsmängel hat der Gesetzgeber ausdrücklich nicht für notwendig erachtet.²⁹⁸ Hinsichtlich des Unternehmenskaufs differenzieren Teile der Literatur²⁹⁹ danach, ob ein vorhandener Rechtsmangel den in § 438 Abs. 1 Nr. 1 a) oder b) BGB geregelten Fällen ähnelt. Dies soll insbesondere bei sog. Rechtsverschaffungsmängeln beim Beteiligungskauf der Fall sein, d.h. das Recht gehört einem Dritten oder das Recht existiert nicht. In diesen Fällen soll die Verjährungsfrist 30 Jahre betragen.

(4) Mögliche Reformansätze

Grundsätzlich ist festzustellen, dass die Weichen für die Entscheidung über die anwendbaren Verjährungsfristen vorgelagert bei der Entscheidung über die anwendbaren Mängelrechte gestellt werden. Wenn mit der herrschenden Meinung die grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 434 ff. BGB und damit auch des § 438 BGB angenommen wird, könnte eine klarstellende gesetzgeberische Entscheidung dahingehend getroffen werden, dass grundsätzlich die Regelung des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB Anwendung findet.

Fraglich ist, ob für die Verjährungsfrist bezüglich Rechtsmängeln beim Share Deal eine gesetzgeberische Korrektur erforderlich sein könnte. Dabei ist allerdings zu beachten, dass der Gesetzgeber sich bislang gegen eine Sonderverjährungsregel bei Rechtsmängeln, die über die Ausnahmen des § 438 Abs. 1 Nr. 1 BGB hinausgehen, entschieden hat.

b) Verjährungsbeginn

Bei grundsätzlicher Anwendbarkeit der §§ 434 ff. BGB und damit auch des § 438 BGB richtet sich der Verjährungsbeginn nach § 438 Abs. 2 BGB („Übergabe/Ablieferung“). Der Verjährungsbeginn wird hier im Gegensatz zu den allgemeinen Verjährungsregeln objektiv bestimmt.

Der hinsichtlich des Unternehmenskaufs insoweit maßgebliche Anknüpfungspunkt der Ablieferung des Unternehmens wird nach wohl überwiegender Ansicht in dem Zeitpunkt gesehen, in dem der Käufer den maßgeblichen Einfluss auf das Unternehmen durch Übernahme der Leitungsmacht erhält.³⁰⁰ Dieser Zeitpunkt dürfte regelmäßig mit dem sog. Closing zusammenfallen. Ab diesem Moment habe der Käufer den erforderlichen leitenden Einfluss auf das Unternehmen und Gelegenheit, das Unternehmen eingehend auf Mängel zu untersuchen.³⁰¹ Das OLG Köln hat abweichend hierzu beim

²⁹⁸ So dargestellt bei Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 3. Aufl. 2021, Rn. 462ff; GesE der Regierungsfractionen v. 14.05.2001, BT-Drs. 14/6040, S. 227.

²⁹⁹ Heerstraßen/Reinhard, BB 2002, 1429; Westermann in MüKo/BGB, 8. Aufl. 2019, § 438 Rn. 7, 13.

³⁰⁰ Grunewald in Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 453 Rn. 26; Arnold in BeckOGK/BGB, § 438 Rn. 141 m.w.N.; vgl. auch GesE der Regierungsfractionen v. 14.05.2001, BT-Drs. 14/6040, 227.

³⁰¹ Arnold in BeckOGK/BGB, § 438 Rn. 141.

Share Deal auf den Zeitpunkt abgestellt, zu dem der Anteilserwerb vollzogen ist.³⁰² Eine gesetzgeberische Klarstellung könnte hier für mehr Rechtssicherheit sorgen.

3. Verjährung bei Kaufpreisanpassung

a) Sach- und Streitstand

Wenn zur Kaufpreisbestimmung die Closing-Accounts-Methode vereinbart worden ist, stellt sich hinsichtlich der anzuwendenden Verjährungsvorschrift die Frage nach der Rechtsnatur der Vertragsklausel über die Kaufpreisanpassung. Das OLG Karlsruhe³⁰³ hat eine Klausel, nach der der Kaufpreis nachträglich reduziert werden sollte, wenn sich bestimmte Kundenforderungen als uneinbringlich herausstellen, als Regelung über die Modalitäten einer Minderung im Sinne von § 437 Nr. 2 BGB eingeordnet. Für die rechtzeitige Geltendmachung der Kaufpreisanpassung wäre danach die Gewährleistungsvorschrift des § 438 Abs. 5 BGB i.V.m. § 218 BGB maßgebend.

In der Literatur wird demgegenüber betont, dass der für Unternehmenskaufverträge typische Mechanismus der Kaufpreisbestimmung in seiner Funktion nicht der Minderung entspreche. Es gehe nicht um eine Frage der Mängelgewährleistung, sondern um die Korrektur beiderseitiger Fehlvorstellungen, die auf einem naturgemäß unzureichenden Kenntnisstand bei Vertragsschluss beruhten.³⁰⁴ Kaufpreisanpassungsklauseln begründeten daher selbstständige vertragliche Ansprüche, die nach §§ 195, 199 BGB verjähren.³⁰⁵

b) Mögliche Reformansätze

Das Urteil des OLG Karlsruhe erging noch zum alten Schuldrecht und ist daher in seinem historischen Kontext zu sehen. Die Entscheidung, ob die speziellen kaufrechtlichen Mängelrechte oder die allgemeinen schuldrechtlichen Regelungen Anwendung fanden, hatte nach altem Schuldrecht gravierende Folgen hinsichtlich der Verjährungsfrist. In dem vom OLG Karlsruhe zu entscheidenden Fall hätte bei Einordnung der Kaufpreisanpassungsklausel als selbstständiger vertraglicher Anspruch die 30-jährige Verjährungsfrist des § 195 BGB a. F. gegolten. Bei Annahme einer Minderungsregelung betrug die Verjährung lediglich sechs Monate. Das Problem hat sich nach der Schuldrechtsreform nunmehr deutlich entschärft. Gleichwohl erscheint eine ausdrückliche gesetzliche Regelung der Verjährung von Ansprüchen auf Kaufpreisanpassung dahingehend, dass es sich hierbei um selbstständige vertragliche Ansprüche handelt, sachgerecht und dürfte mit Blick auf die zitierte Rechtsprechung Rechtssicherheit herstellen.

³⁰² OLG Köln, Urt. v. 29.01.2009, 12 U 20/08, BeckRS 2009, 27644.

³⁰³ OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.08.2008, 4 U 137/06, BeckRS 2009, 12091.

³⁰⁴ Habersack/Tröger, DB 2009, 44, 47 f.

³⁰⁵ Wächter in M&A Litigation, 4. Aufl. 2022, Rn. 13.164.

4. Verjährung bei Garantieansprüchen

Es wird hinsichtlich der Verjährung von Garantieansprüchen differenziert zwischen selbstständigen und unselbstständigen Garantieansprüchen. Allgemein wird vertreten, dass selbstständige Garantien ein eigenes Haftungsregime außerhalb des Gewährleistungsrechts schaffen.³⁰⁶ Diese unterliegen deshalb nicht der kaufrechtlichen Verjährung sondern den allgemeinen Verjährungsregeln der §§ 195, 199 BGB. Unselbstständige Garantien dagegen erweitern die kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte zugunsten des Käufers, die Verjährung soll sich daher grundsätzlich nach § 438 BGB richten. In der Praxis entsprechen diese Verjährungsfristen für selbstständige Garantien oft nicht den Interessen der Parteien eines Unternehmenskaufvertrags.

Häufig werden in Unternehmenskaufverträgen für Garantien, die das Eigentum oder die Lastenfreiheit von Gesellschaftsanteilen und andere wesentliche gesellschaftsrechtliche Verhältnisse betreffen (sog. Title-Garantien), Verjährungsfristen von 15 bis 20 Jahren vertraglich vereinbart. Hinsichtlich der Verletzung anderer Garantien dürften deutlich kürzere Verjährungsfristen (von einigen Monaten) genügen, weil das Fehlen zugesicherter Eigenschaften des Unternehmens alsbald erkennbar ist.³⁰⁷

III. Empfehlungen zur Kodifizierung

Vor dem Hintergrund der bestehenden Differenzen in Rechtsprechung und Literatur empfiehlt sich aus Sicht der Arbeitsgruppe eine klarstellende Regelung, nach der Ansprüche des Käufers wegen Sachmängeln in der Frist von zwei Jahren gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB verjähren.

Des Weiteren sollte gesetzlich ausdrücklich geregelt werden, dass für Ansprüche aus Kaufpreisanpassung die allgemeinen Regelungen gelten.

Für den Bereich der von den Parteien vereinbarten selbstständigen Garantien empfiehlt sich keine eigenständige gesetzliche Regelung.

³⁰⁶ Stöber in BeckOGK/BGB, § 443 Rn. 78, 79 m.w.N.

³⁰⁷ Bisle, DStR 2013, 364, 366 f.; Schniepp/Holfeld, DB 2016, 1738, 1739, 1743.

Kapitel 10: Übergang von Rechtsverhältnissen auf den Erwerber (Asset Deal)

I. Einführung

Der Vollzug des Unternehmenskaufvertrags richtet sich danach, ob der Vertrag durch die Übertragung der Geschäftsanteile an einem Unternehmen (Share Deal) oder durch Übertragung des zu dem Unternehmen zählenden Vermögens (Asset Deal) vollzogen werden soll.³⁰⁸ Die Übertragung von Unternehmensanteilen bereitet in der Praxis in aller Regel keine größeren Schwierigkeiten, da bei Kapitalgesellschaften mit der Übertragung der Unternehmensanteile kein Wechsel des Unternehmensträgers verbunden ist, sich mithin die Zuordnung von Aktiva und Passiva zum Unternehmen nicht ändert.³⁰⁹

Anders liegt dies beim Asset Deal: Nach herrschendem Verständnis stellt das Unternehmen im geltendem Recht kein einheitliches oder selbständiges Rechtsobjekt dar, das als Funktionseinheit in einem Akt vom Verkäufer auf den Käufer übertragen werden könnte. Der erfolgreiche Vollzug eines Unternehmenskaufvertrags hängt vielmehr daher davon ab, das unternehmensbezogene Rechts- und Vertragsverhältnisse, wie etwa Liefer- und Leistungsbeziehungen oder Verträge über Gewerberäumlichkeiten oder Leasingverträge, nach verfügungsrechtlichen Grundsätzen einzeln auf den Käufer übertragen werden.³¹⁰

Die Übertragung eines Unternehmens mit all seinen Vermögenswerten ist kompliziert und kann in der Praxis mit erheblichen Hindernissen verbunden sein.³¹¹ In der Praxis ist ein Bedürfnis zu erkennen, Verbindlichkeiten und Forderungen des Veräußerers auf den Erwerber eines Unternehmen möglichst im Gleichlauf übergehen zu lassen oder entsprechend aufzuteilen.³¹² In diesem Zusammenhang sind zahlreiche Rechtsfragen, die gemäß §§ 25, 26 HGB an die Übertragung von Vermögenswerten anknüpfen, bis heute unklar und umstritten.³¹³ Dies wirft die Frage auf, ob die bisherigen gesetzlichen Anforderungen an die Übertragung unternehmensbezogener Rechtsverhältnisse gesetzlich vereinfacht werden können.

³⁰⁸ S. zu beiden Arten Engelhardt in Holzapfel/Pöllath/Bergjan/Engelhardt, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 16. Aufl. 2021, S. 5.

³⁰⁹ Hier kann die Problematik sog. Change of Control-Klauseln auftreten, wenn sich Vertragspartner für den Fall des Kontrollwechsels an einem Unternehmen Sonderrechte, insbesondere Kündigungsrechte vorbehalten haben: Engelhardt/Farkas in Holzapfel/Pöllath/Bergjan/Engelhardt, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 16. Aufl. 2021, S. 341

³¹⁰ Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 8 I, S. 142; K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 5 Rn. 1, S. 163.

³¹¹ Hennrichs, Formwechsel und Gesamtrechtsnachfolge bei Umwandlungen, S. 15.

³¹² H. P. Westermann in FS Nobbe, 2009, S. 939, 941.

³¹³ S. etwa Merkt in Hopt, HGB, 43. Aufl. 2024, § 25 Rn. 1; Ries in Röhrich/Graf v. Westphalen/Haas, 5. Aufl. 2019, vor §§ 25-28 HGB Rn. 4.

II. Ausgangslage: Grundsatz der Mitwirkung des Vertragspartners

Das Bürgerliche Gesetzbuch sieht das Rechtsinstitut einer Vertragsüberleitung von einer Person auf eine andere nicht ausdrücklich vor. Stattdessen wird zwischen Abtretung von Forderungen (§§ 398 ff. BGB) und Übernahme von Verbindlichkeiten (§§ 414 ff. BGB) unterschieden, das Vertragsverhältnis wird mithin in seine einzelnen Komponenten zerlegt (sog. Zerlegungstheorie). Die Vorstellung, dass das Rechtsverhältnis nur in Teilen, nicht aber als Ganzes auf eine andere Person übertragen werden kann, wurde gleichwohl schon frühzeitig nach Inkrafttreten des BGB überwunden.³¹⁴

Nach ständiger Rechtsprechung und ganz herrschender Auffassung in der Literatur ist ein Vertragsübergang mit allen Rechten und Pflichten heute entweder als dreiseitiger Vertrag oder mit Zustimmung der anderen Vertragspartei (vgl. § 415 Abs. 1 BGB) möglich.³¹⁵ Die Notwendigkeit der Beteiligung des Dritten oder dessen Zustimmung zum Vertragsübergang folgt nach herrschender Meinung aus dem Prinzip der Vertragsfreiheit, wonach sich jede Partei den Vertragspartner selbst aussuchen kann.

Durch die notwendige Mitwirkung beteiligter Dritter entsteht für den Käufer ein nur schwer kalkulierbares Risiko, ob wichtige unternehmensbezogene Verträge auf ihn übergehen oder nicht. Je nach Größe des Unternehmens und Zahl der Vertragsverhältnisse ist es häufig kaum zu bewerkstelligen, vor oder nach einem Verkauf von jedem Vertragspartner eine Zustimmung einzuholen.³¹⁶ Das Gesetz sieht keine Regelungen vor, unter welchen Umständen die Zustimmung als erteilt gilt und welche Voraussetzungen etwa an eine konkludente Zustimmung zu knüpfen sind, was in der Regel eine Frage der Auslegung ist. In der Literatur wird daher vertreten, dass der fehlende Widerspruch, d.h. ein Schweigen auf die Mitteilung des Vertragsübergangs, als konkludente Zustimmung gewertet werden soll.³¹⁷ Diese Schlussfolgerung ist jedoch zweifelhaft, da einem Schweigen im Rechtsverkehr abgesehen von der Vorschrift des § 362 HGB kein eigener Erklärungswert beigemessen werden kann.³¹⁸

Ohne Übergang der wesentlichen Rechts- und Vertragsverhältnisse kann das Unternehmen erheblich an Wert verlieren, sodass der Käufer ohne zugesicherten Übergang der Vertragsverhältnisse oder entsprechende Garantien nicht selten vom Unternehmenskaufvertrag Abstand nehmen wird.³¹⁹ Die Ungewissheit über die Fortführung von Verträgen kann damit sowohl für den Verkäufer als auch den Käufer ein Hindernis für eine erfolgreiche Unternehmensfortführung sein.

³¹⁴ J. Flume, Vermögenstransfer und Haftung, S. 138.

³¹⁵ BGH, Urt. v. 13.1.2013, XII ZR 38/12, NJW 2013, 1083, Rn. 19.

³¹⁶ Engelhardt/Farkas in Holzapfel/Pöllath/Bergjan/Engelhardt, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 16. Aufl. 2021, S. 341.

³¹⁷ Decker, in Knott, Unternehmenskauf, 6. Aufl. 2020, Rn. 2120.

³¹⁸ Vgl. nur Welter in MüKo/HGB, 5. Aufl. 2021, § 362 Rn. 1.

³¹⁹ Auch Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung, 4. Aufl. 2013, § 4 Rn. 35, weist auf die Möglichkeit des Scheiterns der Unternehmensübertragung hin.

Sofern der Unternehmenskauf von der Übernahme wesentlicher Vertragsverhältnisse abhängig ist, verfügen die betroffenen Vertragspartner aufgrund des Zustimmungserfordernisses außerdem über ein nicht unerhebliches Druckmittel, das sie zur Nachverhandlung bestehender Verträge nutzen können. Auch das birgt weitere Unsicherheiten für die Fortführung des Betriebs durch den Erwerber.³²⁰

Um die Unwägbarkeiten, die mit der vereinbarten Vertragsübernahme verbunden sind, zu verringern, wird in der Praxis für den Fall der ausbleibenden Zustimmung häufig von einer nur „internen“ Vertragsübernahme ausgegangen. Nach außen bleibt der bisherige Vertragspartner berechtigt und verpflichtet, während sich Erwerber und Veräußerer intern so stellen, als wäre der Vertrag übertragen worden. Der Erwerber übernimmt die Verpflichtung, den Veräußerer von allen Verbindlichkeiten aus dem Vertrag freizustellen (Erfüllungsübernahme), während dieser die Leistungen der Vertragspartner an den Erwerber weiterleitet.³²¹

Unabhängig von gesetzlichen Sondervorschriften, die dieser Praxis entgegenstehen können (bspw. § 540 BGB), entspricht die bloße Erfüllungsübernahme in der Regel aber nicht den Vorstellungen vom Veräußerer und Erwerber. Der Veräußerer will die Führung seines Unternehmens abgeben und nicht weiterhin in die wesentlichen Verträge des Unternehmens involviert bleiben. Dies birgt weiteres Konfliktpotenzial, welches einer wirtschaftlich sinnvollen Unternehmensfortführung entgegenstehen kann.

III. Gesetzliche Ausnahmen von der Mitwirkung des Vertragspartners

Abweichend vom allgemeinen Grundsatz, dass Schuldverhältnisse nicht ohne Zustimmung des Dritten durch Rechtsgeschäft übertragbar sind, kennt das Gesetz außerhalb des Rechts des Unternehmenskaufs Ausnahmen, in denen ein Austausch einer Vertragspartei als Folge eines Rechtsgeschäfts gesetzlich vorgesehen ist.

1. Gesetzlicher Übergang des Mietverhältnisses bei Veräußerung

Mit der Veräußerung eines Grundstücks tritt der Erwerber gemäß § 566 Abs. 1 BGB in bestehende Mietverhältnisse ein („Kauf bricht nicht Miete“), ohne dass es dazu einer Mitwirkung des Mieters als Vertragspartner bedürfte.

Nach der Rechtsprechung ist die Vorschrift nicht als ein Fall der Rechtsnachfolge zu verstehen, sondern es entsteht kraft Gesetzes ein neues Mietverhältnis zwischen dem Erwerber und dem Mieter, das mit dem alten Mietverhältnis inhaltsgleich ist.³²² Wäh-

³²⁰ Weyland, NZG 2021, 807, 809.

³²¹ Grub/Thiem in Hamann/Sigle/Grub, Gesellschaftsrecht, Finanzierung, Unternehmensnachfolge, 3. Aufl. 2022, § 19 Rn. 270; Schreier/Leicht, NZG 2011, 121, 122.

³²² BGH, Urt. v. 02.06.2010, XII ZR 110/08, NJW-RR 2010, 1309, Weidenkaff in Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 566 Rn. 15.

rend der Erwerber in den bisherigen Vertrag eintritt, scheidet der Veräußerer als Vermieter aus dem Vertrag aus,³²³ sodass die Vermieterpflichten nach Veräußerung des Grundstücks fortan den Erwerber treffen.³²⁴

An die Folge des Wechsels in der Person des Vermieters knüpft das Gesetz in § 566 Abs. 2 BGB eine „selbstschuldnerische“ Haftung des Vermieters für den Fall, dass der Erwerber seine ihm obliegenden Verpflichtungen aus dem Mietvertrag nicht erfüllt. Entgegen § 418 BGB bleiben bereits geleistete Sicherheiten gemäß § 566a BGB bestehen; auch hier tritt der Erwerber kraft Gesetzes in die Sicherungsvereinbarung ein.³²⁵ Ein außerordentliches Kündigungsrecht der Parteien des „neuen“ Mietvertrags ist aufgrund des Vertragsübergangs nicht vorgesehen.

2. Gesetzlicher Vertragsübergang bei der Sachversicherung

Einen „echten“ Übergang kraft Gesetzes sieht hingegen § 95 Abs. 1 VVG für die Sachversicherung vor, wenn die versicherte Sache vom Versicherungsnehmer veräußert wird.

Der Vertragsübergang dient den Interessen des Erwerbers, damit dieser nach der Veräußerung bis zum Abschluss eines eigenen Vertrages nicht ohne Versicherungsschutz ist.³²⁶ Die Rechtsprechung spricht davon, dass das Versicherungsverhältnis auf den Erwerber in der Lage übergeht, in der es sich zurzeit der Veräußerung befindet.³²⁷ Der Versicherer kann dem Erwerber deswegen weiter die Rechte entgegenhalten, die sich aus einer Obliegenheitsverletzung des Veräußerers in der Vergangenheit ergeben.³²⁸

Beiden Vertragsparteien räumt das Gesetz gemäß § 96 VVG ein Kündigungsrecht ein, womit der gesetzliche Eingriff in die Vertragsautonomie kompensiert werden soll.³²⁹

3. Übergang des Arbeitsverhältnisses aufgrund Betriebsübergangs

Ein Unternehmenskauf, der durch Übertragung der Vermögenswerte vollzogen wird, führt in der Regel zu einem Betriebsübergang auf den neuen Inhaber.³³⁰ Für den Betriebsübergang ordnet § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB an, dass der neue Inhaber des Betriebs in alle bestehende Arbeitsverhältnisse mit ihren Rechten und Pflichten eintritt. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB regelt einen Vertragsübergang kraft Gesetzes:³³¹ Durch den Vertragspartnerwechsel erlischt das Arbeitsverhältnis zum bisherigen Betriebsinhaber

³²³ BGH, Urt. v. 19.06.2006, VIII ZR 284/05, NZM 2006, 696, 697.

³²⁴ Weidenkaff in Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 566 Rn. 15

³²⁵ Weidenkaff in Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 566a Rn. 2.

³²⁶ Langheid/Wandt/Reusch, 3. Aufl. 2022, § 96 VVG Rn. 1-4.

³²⁷ BGH, Urt. v. 08.06.1988, IVa ZR 100/87, NJW-RR 1988, 1240; Armbrüster in Prölss/Martin, 31. Aufl. 2021, § 95 VVG Rn. 14 m. w. N. d. Rspr.

³²⁸ Armbrüster in Prölss/Martin, 31. Aufl. 2021, § 95 VVG Rn. 14.

³²⁹ Langheid/Wandt/Reusch, 3. Aufl. 2022, VVG § 96 Rn. 1-4.

³³⁰ Wird der Betrieb vollständig in die eigene Organisation des Erwerbers eingegliedert und damit aufgelöst, stellt dies keinen Übergang dar; vgl. BAG, Urt. v. 06.04.2006, 8 AZR 249/04, NZA 2006, 1039; Urt. v. 04.04.2008, 8 AZR 268/07, NZA 2008, 1314, 1317 f.; Weidenkaff in Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 613a BGB Rn. 11.

³³¹ Müller-Glöße in MüKo/BGB, 9. Aufl. 2023, § 613a Rn. 8.

und wird zwischen dem Arbeitnehmer und dem neuen Betriebsinhaber inhaltlich weitestgehend unverändert (neu) fortgesetzt.³³² Vor dem Inkrafttreten des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB war der Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber nach allgemeiner bürgerlich-rechtlicher Dogmatik von der Zustimmung aller Beteiligten abhängig, was als Lücke im Kündigungsschutz empfunden wurde.³³³

Die Bezugnahme in § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf das „Rechtsgeschäft“ ist in Abgrenzung zur Gesamtrechtsnachfolge und zu einer Übertragung durch Hoheitsakt zu verstehen.³³⁴ Ergänzend stellt § 35a Abs. 2 UmwG klar, dass § 613a Abs. 1, 4 bis 6 BGB auch in den Fällen der übertragenden Umwandlung (Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung) anzuwenden und das für § 613a BGB maßgebliche Rechtsverhältnis insofern im Spaltungs- oder Verschmelzungsvertrag zu sehen ist.³³⁵

Die Norm bezweckt vorrangig den Schutz des Arbeitnehmers, dem der Arbeitsplatz erhalten werden soll.³³⁶ Einer Zustimmungserklärung des Arbeitnehmers bedarf es deswegen nicht, er kann jedoch den Übergang seines Arbeitsverhältnisses durch Ausübung des in § 613a Abs. 6 BGB geregelten Widerspruchs verhindern.³³⁷ Das Widerspruchsrecht wurde richterrechtlich entwickelt, in § 613a Abs. 6 S. 1 BGB kodifiziert und ist heute auch verfassungsrechtlich (Art. 12 Abs. 1 GG) anerkannt.³³⁸

Widerspricht der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses, kann dies eine betriebsbedingte Kündigung durch den alten Betriebsinhaber zur Folge haben.³³⁹

4. Übertragung von Nutzungsrechten

Einen Sonderfall der erleichterten Übertragung von Rechten beim Unternehmenskauf enthält § 34 Abs. 3 Satz 1 UrhG. Ein Nutzungsrecht kann ohne Zustimmung des Urhebers übertragen werden, wenn die Übertragung im Rahmen der Gesamtveräußerung eines Unternehmens oder der Veräußerung von Teilen eines Unternehmens erfolgt. Der Urheber hat gemäß § 34 Abs. 3 Satz 2 UrhG lediglich das Recht, das Nutzungsrecht „zurückzurufen“, wenn ihm die Ausübung durch den Erwerber nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist. Außerdem haftet der Erwerber gemäß § 34 Abs. 4 UrhG gemeinsam mit dem Veräußerer gesamtschuldnerisch für die Erfüllung der sich aus dem Vertrag mit dem Urheber ergebenden Verpflichtungen des Veräußerers, wenn der Urheber der Übertragung des Nutzungsrechts nicht im Einzelfall ausdrücklich zugestimmt hat.

³³² Müller-Glöge in MüKo/BGB, 9. Aufl. 2023, § 613a Rn. 77.

³³³ Müller-Glöge in MüKo/BGB, 9. Aufl. 2023, § 613a Rn. 8.

³³⁴ BAG, Urt. 25. 10. 2007, 8 AZR 917/06, NZA-RR 2008, 367, 369.

³³⁵ Müller-Glöge in MüKo/BGB, 9. Aufl. 2023, § 613a Rn. 63; schon vor der Einführung der Vorschrift allg. M., vgl. Willemsen, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 5. Aufl. 2021, Kap.G Rn. 42, S. 872: anwendbar auf alle Fälle der „gewillkürten“ Gesamtrechtsnachfolge.

³³⁶ Weidenkaff in Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 613a Rn. 2.

³³⁷ Müller-Glöge in MüKo/BGB, 9. Aufl. 2023, § 613a Rn. 77.

³³⁸ BVerfG, Beschl. v. 25. 1. 2011, 1 BvR 1741/09, Rn. 73, NZA 2011, 400, 402.

³³⁹ S. ErfK/Preis, 23. Aufl. 2023, § 613a BGB Rn. 106.

IV. Umwandlungsrechtliche Übertragung ohne Mitwirkung

Anders als das Bürgerliche Recht, das auf die Übertragung der einzelnen Vermögenswerte nach sachen- und verfügungsrechtlichen Grundsätzen abstellt, ermöglicht das Umwandlungsrecht eine rechtsgeschäftliche Übertragung von Vermögenswerten im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge.³⁴⁰ Bei übertragenden Umwandlungen kann so ein bestimmter, abgegrenzter Vermögensbestand durch Gesamtrechtsnachfolge ohne Einzelübertragungsakte auf den Erwerber übergehen.³⁴¹ In diesem Fall können auch bestehende Vertragsverhältnisse von einem Rechtsträger auf einen anderen ohne Zustimmung des betroffenen Vertragspartners übertragen werden (vgl. §§ 20 Abs. 1, 131 Abs. 1 UmwG).³⁴²

Zur Kompensation der Einschränkung der Vertragsfreiheit betroffener Dritter enthält das Umwandlungsrecht verschiedene Sicherungsinstrumente:

Ein zentrales Institut des Gläubigerschutzes ist das Recht auf Sicherheitsleistung (§ 22 UmwG, vgl. auch §§ 125, 204 UmwG): Um eine Verschlechterung der Rechtsposition der Gläubiger zu verhindern, haben diese gemäß § 22 Abs. 1 UmwG die Möglichkeit, Sicherheit für ihre Forderung zu verlangen, soweit sie nicht bereits Befriedigung fordern und glaubhaft machen können, dass durch die Verschmelzung die Erfüllung ihrer Forderung gefährdet wird.³⁴³

Bei der Spaltung tritt für zu übertragende Verbindlichkeiten gemäß § 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG eine gesamtschuldnerische Haftung von übertragendem und übernehmendem Rechtsträger ein. Die Haftung des übertragenden Rechtsträgers³⁴⁴ wird zeitlich gemäß § 133 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 UmwG auf bereits begründete Verbindlichkeiten beschränkt, die nicht vor Ablauf von fünf Jahren fällig und in einer nach § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 BGB bezeichneten Art festgestellt sind.³⁴⁵ Die Norm soll etwaigem Missbrauch des Umwandlungsrechts entgegenwirken.³⁴⁶

Geht die Umwandlung mit einer Neugründung von Gesellschaften einher, sind die Kapitalschutzvorschriften des Gründungsrechts der jeweiligen Gesellschaft anzuwenden (vgl. §§ 36 Abs. 2, 135 Abs. 2, 197 UmwG). In bestimmten Fällen sieht das Gesetz außerdem eine Schadensersatzhaftung der Verwaltungsträger der übernehmenden Rechtsträger vor (vgl. §§ 25 ff. ggf. i. V. m. § 125 UmwG, §§ 205 f. UmwG). Durch die Gesamtrechtsnachfolge beim Formwechsel und der Verschmelzung bleibt den Gläubigern grundsätzlich zudem die ursprüngliche Haftungsmasse erhalten.

³⁴⁰ Vgl. K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 5 I, S. 166.

³⁴¹ Hennrichs, Formwechsel und Gesamtrechtsnachfolge bei Umwandlungen, S. 37.

³⁴² Nur vereinzelt sind hier gesetzliche Ausnahmen vorgesehen wie bspw. in § 34 Abs. 3 Satz 3 UrhG. Vgl. auch Maidl, NZG 2018, 726, 728.

³⁴³ Vgl. Winter in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, 9. Aufl. 2020, § 22 UmwG Rn. 1.

³⁴⁴ Und weiterer an der Spaltung beteiligter Rechtsträger, auf die die Verbindlichkeiten nicht übergehen.

³⁴⁵ Vergleichbare Vorschriften zur Enthftung finden sich bspw. auch in § 160 Abs. 1 Satz 1 HGB oder § 26 Abs. 1 Satz 1 HGB.

³⁴⁶ Limmer in Limmer, Hdb. der Unternehmensumwandlung, 6. Aufl. 2019, Teil 1 Rn. 184.

Daneben ermöglicht das Umwandlungsgesetz die Ausgliederung eines einzelkaufmännischen Handelsgewerbes, bei der die zum Unternehmen zählenden Vermögensbestandteile im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge auf einen anderen Rechtsträger ausgelagert werden (§§ 152 ff. UmwG). Gerade diese Form der Unternehmensnachfolge kann für kleine und mittlere Unternehmen eine mögliche Alternative zur Vorbereitung eines Unternehmenskaufs durch spätere Übertragung der Gesellschaftsanteile darstellen.³⁴⁷

Schließlich kennt das Umwandlungsrecht auch die direkte Vollübertragung oder Übertragung von Vermögensteilen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, wenn aufnehmender Rechtsträger der Bund, ein Land, eine Gebietskörperschaft oder ein öffentlich-rechtliches Versicherungsunternehmen ist (§§ 174, 175 UmwG). Anders als bei den übrigen Umwandlungsvorgängen ist Grundlage für die Vermögensübertragung hier ein klassisches Austauschgeschäft zwischen den beteiligten Rechtsträgern, das dem Asset Deal nahesteht.³⁴⁸

V. Dogmatik zur handelsrechtlichen Firmenfortführung

Ob das Handelsrecht für Rechtsverhältnisse neben dem bürgerlichen Recht eigene Übertragungstatbestände enthält, ist bis heute nicht abschließend geklärt.³⁴⁹ Neben das bisher herrschende Verständnis, das dies grundsätzlich verneint, treten im Schrifttum neuere Stimmen, die die Vorschriften zur handelsrechtlichen Firmenfortführung gemäß §§ 25 f. HGB dogmatisch im Recht der Rechtsnachfolge verankern.

1. Übergang von Verbindlichkeiten und Forderungen

Nach § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB haftet der Erwerber für alle im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers, wenn er ein Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Nachfolgezusatz fortführt. Wird die Firma nicht fortgeführt, haftet der Erwerber für Verbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, wozu durch das Gesetz beispielsweise die Bekanntmachung der Übernahme der Verbindlichkeiten durch den Erwerber gerechnet wird (§ 25 Abs. 3 HGB).

Neben der Haftung des Erwerbers für die Verbindlichkeiten gelten mit der Firmenfortführung nach § 25 Abs. 1 Satz 2 HGB alle im Betrieb des Handelsgewerbes begründeten Forderungen auf den Erwerber übergegangen, falls der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma einwilligen. Eine abweichende Vereinbarung zur Beschränkung der Haftung oder des „Forderungsübergangs“ ist Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie gemäß § 25 Abs. 2 HGB in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist. Für Beteiligte, die das Erfordernis einer Eintragung in das Handelsregister nicht kennen, kann hier eine überraschende Haftungsfolge drohen.³⁵⁰

³⁴⁷ Kallmeyer/Sickinger, 8. Aufl. 2023, § 152 UmwG Rn. 2.

³⁴⁸ J. Flume, Vermögenstransfer und Haftung, S. 85 f.

³⁴⁹ S. etwa H. P. Westermann in FS Nobbe, 2009, S. 939, 942 ff.

³⁵⁰ Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 7 I, S. 104 f.

Ähnlich wie bei der übertragenden Umwandlung (§ 133 Abs. 3 UmwG) sieht das Gesetz in § 26 Abs. 1 HGB eine Nachhaftungsbegrenzung zugunsten des Veräußerers vor: Dieser haftet bei einer Firmenfortführung durch den Erwerber für Altverbindlichkeiten nur, soweit diese innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren fällig geworden sind und die Ansprüche entweder rechtskräftig festgestellt oder vollstreckbar geworden sind.³⁵¹

Je nachdem, ob es sich bei dem veräußerten Unternehmen um ein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB handelt, stellt der Unternehmenskauf den typischen Anwendungsfall dieser handelsrechtlichen Sondervorschriften dar.³⁵²

2. Verständnis der handelsrechtlichen Sondervorschriften

Das Verständnis von Normzweck und Inhalt der handelsrechtlichen Sonderregelungen hat Rechtsprechung und Literatur seit jeher Schwierigkeiten bereitet und zählt bis heute zu den bedeutendsten Kontroversen des Handelsrechts.³⁵³ Nahezu jedes Tatbestandsmerkmal der einzelnen Rechtssätze ist unklar und umstritten. Versuche, die Vorschrift dogmatisch einzuordnen, sind zahlreich und kaum noch überschaubar.³⁵⁴

Unabhängig vom Streit³⁵⁵ zu der dogmatischen Einordnung der Vorschriften und ihren einzelnen tatbestandlichen Voraussetzungen sieht die herrschende Meinung in der Rechtsfolge des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB einen gesetzlichen Schuldbeitritt des Erwerbers für alle unternehmensbezogenen Verbindlichkeiten.³⁵⁶ Dagegen wird in dem Forderungsübergang des § 25 Abs. 1 Satz 2 HGB eine widerlegliche Vermutung zugunsten des Schuldners gesehen, die dem Schuldner ein Wahlrecht einräumt, an den bisherigen oder neuen Firmeninhaber befreiend zu leisten, auch wenn keine echte Abtretung stattgefunden hat.³⁵⁷ Für die Anwendung der Vorschrift sei kein Raum, wenn bereits von Gesetzes wegen oder vertraglich eine tatsächliche Vertragsübernahme kraft Vereinbarung mit dem Dritten erfolgt ist.³⁵⁸

Dieser Deutung der Rechtsfolgen sind in der Literatur neue Erklärungsansätze gegenübergestellt worden: Danach besteht das Zusammenspiel der Vorschriften des § 25 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 HGB nicht darin, Gläubiger oder Schuldner bei einem Übergang der Firma zu schützen. Die Vorschrift leite auch nicht nur einzelne Teile des

³⁵¹ K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 7 IV Rn. 77, 80, S. 274 ff.

³⁵² Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 7 Rn. 1, S. 99.

³⁵³ S. zum Streit Merkt in Hopt, HGB, 43. Aufl. 2024, § 25 Rn. 1; Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 7 Rn. 6 ff.

³⁵⁴ Etwa Lieb, Die Haftung aus Verbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen bei Unternehmensübergang, 1992, S. 5 ff.

³⁵⁵ Thiessen in MüKo/HGB, 5. Aufl. 2021, § 25 Rn. 11 ff.

³⁵⁶ Merkt in Hopt, HGB, 43. Aufl. 2024, § 25 Rn. 10.

³⁵⁷ Merkt in Hopt, HGB, 43. Aufl. 2024, § 25 Rn. 24.

³⁵⁸ Merkt in Hopt, HGB, 43. Aufl. 2024, § 25 Rn. 21.

Schuldverhältnisses auf den Erwerber über, sondern das Vertragsverhältnis als Ganzes.³⁵⁹ Der maßgebliche Übergang des Rechtsverhältnisses erfolge entweder kraft Gesetzes oder kraft Rechtsgeschäfts.³⁶⁰ Nach einer Auffassung in der Literatur lasse daher nicht nur das Umwandlungsrecht, sondern auch das Handelsrecht die Möglichkeit einer partiellen Universalsukzession zu, was das Gesetz durch die gesetzlichen Regelungen der §§ 25, 26 HGB anerkenne.³⁶¹

VI. Kritik an der geltenden Rechtslage im Handelsrecht

Je nach Verständnis der §§ 25, 26, 28 HGB ist an ihnen zum Teil erhebliche Kritik laut geworden: Wer die Regelungen aufschlage, könne kein geschlossenes Bild vom Konzept der Vorschriften erhalten, was ein Fall „eindeutigen Versagens“ des Gesetzgebers sei.³⁶² Nach Ansicht einiger sind die Vorschriften systemfremd und führten zu Ergebnissen „ohne nur annähernd einleuchtenden Gerechtigkeitsgehalt mit widersinnigen und kontraproduktiven Ergebnissen“.³⁶³ § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB führe zu Zufalls-geschenken an die Altgläubiger und Haftungsfallen für Erwerber; dies habe eine sinnlose Vernichtung gesunder Unternehmen und gravierende Hindernisse für die Sanierung angeschlagener Unternehmen zur Folge.³⁶⁴ Gegen die Enthafungsregelung in § 26 HGB werden gar verfassungsrechtliche Bedenken aufgerufen, da ihr Anwendungsbereich bei erst nach Ablauf von fünf Jahren fälligen Forderungen zu einem Schuldnerwechsel ohne Zutun des Gläubigers führt.³⁶⁵

VII. Regelungsansätze in Österreich und der Schweiz

Anders als im deutschen Recht haben die historisch eng verbundenen Vorschriften des österreichischen Rechts und des Schweizer Rechts im Laufe der letzten Jahre eine Anpassung erfahren.³⁶⁶

1. Österreich - § 38 Unternehmensgesetzbuch

Nach § 38 Abs. 1 des österreichischen Unternehmensgesetzbuchs (UGB) gehen bei einer Unternehmensfortführung zum Zeitpunkt des Unternehmensübergangs die unternehmensbezogenen, nicht höchstpersönlichen Rechte mit den bis dahin begründeten Rechten und Verbindlichkeiten auf den Erwerber über. Die Vorschrift ordnet damit einen echten Übergang der Rechtsverhältnisse an, soweit nichts Abweichendes vereinbart ist. Bestellte Sicherheiten bleiben gemäß § 38 Abs. 1 Satz 3 UGB bestehen.

³⁵⁹ K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 7 IV Rn. 80, S. 275; J. Flume, Vermögenstransfer und Haftung, 2008, S. 119.

³⁶⁰ S. K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 7 IV Rn. 80, S. 275.

³⁶¹ J. Flume, Vermögenstransfer und Haftung, 2008, S. 35

³⁶² K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 7 I Rn. 11, S. 246.

³⁶³ Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 7 Rn. 15, S. 104 f.; kritisch zum Gerechtigkeitsgehalt der Regelung auch H. P. Westermann in FS Nobbe, 2009, S. 939, 944.

³⁶⁴ Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 7 Rn. 15, S. 105.

³⁶⁵ Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 7 Rn. 44 ff., S. 115 f.

³⁶⁶ S. etwa für Österreich das am 1. Januar 2007 in Kraft getretene Unternehmensgesetzbuch H. P. Westermann in FS Nobbe, S. 939.

Die rechtsdogmatische Einstufung dieser Regelung ist im österreichischen Recht nach der Neufassung noch nicht abschließend geklärt; auch hier sind Normzweck und einige Details der Vorschrift umstritten. Nach einer Auffassung handelt es sich um einen Tatbestand, der eine Vermögensübertragung durch Einzelrechtsnachfolge ermöglicht, während andere den Tatbestand als Fall einer speziellen Gesamtrechtsnachfolge verstehen.³⁶⁷ Es wird hier diskutiert, ob der Übergang des Rechtsverhältnisses auf gesetzlicher Anordnung beruht oder eine Folge der zwischen den Parteien vereinbarten Vertragsübernahme ist.³⁶⁸ Die neuere Rechtsprechung sieht in der Norm eine „Vertragsübernahme kraft Zustimmungsfiktion“.³⁶⁹ Anders als im deutschen Recht wird § 38 Abs. 1 UGB gleichwohl als Tatbestand eingeordnet, der eine Erleichterung der Unternehmensnachfolge durch Überleitung von Schuldverhältnissen bewirken will.³⁷⁰

Infolge des Rechtsübergangs auf den Erwerber billigt § 38 Abs. 2 UGB dem betroffenen Dritten innerhalb von drei Monaten ein Widerspruchsrecht zu. Dritte sind über den Rechtsübergang zu informieren und auf das Widerspruchsrecht hinzuweisen. Der Dritte kann dem Rechtsübergang sowohl gegenüber dem Veräußerer als auch dem Erwerber widersprechen. Dies gilt auch für den Übergang bestellter Sicherheiten. Im Falle eines wirksamen Widerspruchs besteht das Vertragsverhältnis mit dem Erwerber fort.

Wurde der Dritte nicht ausreichend informiert oder kann er der Übernahme noch widersprechen, kann er gemäß § 38 Abs. 3 UGB gegenüber beiden Vertragsparteien vertragsbezogene Erklärungen abgeben und erfüllend leisten. Gleiches gilt wiederum für den Besteller einer für unternehmensbezogene Verbindlichkeiten des Veräußerers gewährte Sicherheit.

In § 38 Abs. 4 UGB ist außerdem der Fall geregelt, dass bestimmte unternehmensbezogene Rechtsverhältnisse nicht übernommen werden. Der Erwerber haftet dem Erwerber gegenüber für alle aus unternehmensbezogenen Rechtsverhältnissen resultierende Verbindlichkeiten, es sei denn, dass eine abweichende Vereinbarung in das Firmenbuch eingetragen oder dem Dritten mitgeteilt worden ist.

Neben dem Widerspruchsrecht gemäß § 38 Abs. 2 UGB kennt das österreichische Recht außerdem eine gesamtschuldnerische Haftung von Veräußerer und Erwerber für unternehmensbezogene Verbindlichkeiten, soweit sie vor Ablauf von fünf Jahren nach dem Unternehmensübergang fällig werden (§ 39 UGB). Auch hier ist mit einigen Abweichungen eine Parallele zu §§ 25 Abs. 1 Satz 1, 26 HGB als nachgelagertem Gläubigerschutzinstrument erkennbar.³⁷¹

Die Anwendung von § 38 UGB ist nicht auf Handelsgesellschaften beschränkt und findet damit beispielsweise auch auf alle freien Berufe Anwendung. Durch das Gesetz

³⁶⁷ S. zur österreichischen Diskussion ausführlich J. Flume, *Vermögenstransfer und Haftung*, 2008, S. 112.

³⁶⁸ J. Flume, *Vermögenstransfer und Haftung*, 2008, S. 114.

³⁶⁹ OGH, *Beschl. v. 30.09.2022*, 9 Ob 6/22f, IWRZ 2023, 84, 86.

³⁷⁰ OGH, *Beschl. v. 30.09.2022*, 9 Ob 6/22f, IWRZ 2023, 84, 86; Dehn in Torggler, *UGB*, 2019, § 38 Rn. 4 f.

³⁷¹ J. Flume, *Vermögenstransfer und Haftung*, 2008, S. 116; aufgrund eines ähnlich umfangreichen Theorienstreits wurden die Vorschriften der §§ 25 bis 28 HGB in Österreich mit der Handelsrechtsreform 2005 durch die neuen Vorschriften der §§ 38, 29 UGB abgelöst, s. Dehn in Torggler, *UGB*, 2019, § 38 Rn. 4.

zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts ist ab dem 1. Januar 2024 allerdings auch für das deutsche Recht inzident eine Öffnung der §§ 25, 26 HGB für freie Berufe in der Form einer Personenhandelsgesellschaft verbunden, soweit sie in das Handelsregister eingetragen sind; § 107 Abs. 1 HGB.

Trotz der tatbestandlichen Erleichterungen für eine Unternehmensnachfolge gilt § 38 UBG weiterhin als „nicht in jederlei Hinsicht vollständig gelungen“, insbesondere das Widerspruchsrecht steht in der Kritik.³⁷²

2. Überleitung von Rechtsverhältnissen nach Schweizer Recht

Das Schweizer Recht, das an die gleiche Rechtstradition wie das deutsche und österreichische Recht anknüpft, kennt ebenfalls eine Regelung, die die Haftung für Unternehmensverbindlichkeiten bei einer Unternehmensnachfolge regelt. Sie wurde durch das Fusionsgesetz vom 3. Oktober 2003 angepasst.³⁷³

Nach Art. 181 Abs. 1 des Schweizer Obligationenrechts (OR) wird derjenige, der ein Geschäft mit Aktiva und Passiva übernimmt, „den Gläubigern aus den damit verbundenen Schulden verpflichtet, sobald von dem Übernehmer die Übernahme den Gläubigern mitgeteilt oder in öffentlichen Blättern angekündigt worden ist“.

Nach herrschendem Verständnis handelt es sich um einen gesetzlichen Schuldübergang, der an einen Übernahmevertrag anknüpft und ohne Zustimmung des Dritten gesetzlich zugelassen wird.³⁷⁴ Dagegen müssen alle Aktiva (Sachenrechte, Forderungen und sonstige Rechte) auf den Erwerber im Wege der Singularsukzession übertragen werden.³⁷⁵ Wie aus Art. 181 Abs. 2 OR deutlich wird, kommt es durch Art. 181 Abs. 1 OR zu einem kumulativen Schuldbeitritt; maßgeblicher Zeitpunkt für die Rechtswirkung ist die Mitteilung an die Gläubiger.³⁷⁶ Ähnlich wie im Fall des § 25 Abs. 1 S. 1 HGB kann sich der Dritte sowohl an den Veräußerer als auch den Erwerber zur Durchsetzung seiner Forderung wenden.

In Abweichung zum deutschen Recht, bei dem der Erwerber für Verbindlichkeiten haftet, die vor Ablauf von fünf Jahren fällig und festgestellt worden sind, besteht eine Haftung nach Art. 181 Abs. 2 OR zwar nur für die Dauer von drei Jahren, dies jedoch erst ab Eintritt der Fälligkeit. Dies kann gerade bei Dauerschuldverhältnissen zu einer Endloshaftung führen, wie sie auch im deutschen Recht vor Änderung des § 26 Abs. 1 Satz 1 HGB a. F. zu befürchten war.³⁷⁷

Für Handelsgesellschaften verweist Art. 181 Abs. 4 OR außerdem auf das mit dem Fusionsgesetz neu geschaffene und vorrangige Rechtsinstitut der Vermögensübertra-

³⁷² J. Flume, Vermögenstransfer und Haftung, 2008, S. 115 f.

³⁷³ Hunni/Bank Art. 181 OR Rn. 2.

³⁷⁴ Hunni/Bank Art. 181 OR Rn. 3, 5; J. Flume, Vermögenstransfer und Haftung, 2008, S. 103 m. w. Nachw.

³⁷⁵ Hunni/Bank Art. 181 OR Rn. 3.

³⁷⁶ Hunni/Bank Art. 181 OR Rn. 8.

³⁷⁷ J. Flume, Vermögenstransfer und Haftung, 2008, S. 107 f. Beendet durch das deutsche Nachhaftungsbegrenzungsgesetz von 1994.

gung, das eine partielle Universalsukzession im Schweizer Umwandlungsrecht ermöglicht.³⁷⁸ Dieses lässt anders als das deutsche Recht bei Handelsgesellschaften eine Vermögensübertragung oder Teilen davon mit Aktiva und Passiva im Wege der Universalsukzession zu.³⁷⁹

VIII. Empfehlungen zur Kodifizierung

Die heftig geführte Auseinandersetzung zur handelsrechtlichen Firmenfortführung und die Reformansätze in anderen Rechtsordnungen verdeutlichen, dass sich eine Klärstellung und Vereinfachung der geltenden Rechtslage mit dem Ziel der Erleichterung einer erfolgreichen Fortführung eines Unternehmens auch für das deutsche Recht anbieten dürfte.³⁸⁰

1. Übertragung von Rechtsverhältnissen ohne Zustimmung Dritter

In Anlehnung an die Rechtsänderung in Österreich und Vorbilder in Einzelvorschriften des deutschen Rechts (§ 613a BGB, § 34 Abs. 3 UrhG) erscheint es naheliegend und empfehlenswert, bei Fortführung des Unternehmens einen Übergang unternehmensbezogener (schuldrechtlicher) Vertragsverhältnisse sowie aller sonstigen schuldrechtlich begründeten unternehmensbezogenen Forderungen und Verbindlichkeiten auf den Erwerber ohne Zustimmung des Dritten zu ermöglichen.³⁸¹ Rechtstechnisch wäre dies mit einer partiellen Erweiterung der gesetzlichen Möglichkeiten zur Übertragung der einem Unternehmen mit zugewiesenen Schuld- und Rechtsverhältnisse verbunden.³⁸²

Von der gesetzlichen Überleitung der Rechtsverhältnisse auf den Erwerber, die an die Vereinbarung der Parteien und die Fortführung des Unternehmens anknüpfen könnte, wären damit auch „vergessene Verträge“ erfasst.³⁸³ Durch die Voraussetzung einer

³⁷⁸ J. Flume, *Vermögenstransfer und Haftung*, 2008, S. 102 f., 109.

³⁷⁹ Hurni/Bank Art. 181 OR Rn. 2.

³⁸⁰ Etwa K. Schmidt, *Handelsrecht*, 6. Aufl. 2014, § 7 III, S. 261; Thiessen in *MüKo/HGB*, 5. Aufl. 2021, § 25 Rn. 84; Ries in *Röhrich/Graf v. Westphalen, HGB*, 5. Aufl. 2019, § 25 Rn. 23 a. E.

³⁸¹ Vgl. Thiessen in *MüKo/HGB*, 5. Aufl. 2021, § 25 Rn. 84: Die Vertragsüberleitung entspricht den Interessen der Beteiligten, da zwar der Dritte mit dem Veräußerer als damaligem Inhaber des Handelsgeschäfts kontrahiert hat, aber der Veräußerer die Verbindlichkeiten aus einem bei ihm verbleibenden Dauerschuldverhältnis ohne das Unternehmen kaum erfüllen könnte, während der Erwerber gerade auf die Gegenleistungen aus dem unternehmensbezogenen Schuldverhältnis angewiesen ist; Lieb, *Die Haftung für Verbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen bei Unternehmensübergang*, 1992, S. 16; H. P. Westermann in *FS Nobbe 2009*, S. 939, 965, auf eine Gesamtanalogie zu den §§ 566, 613a BGB abstellend, ohne „die zahlreichen Differenzierungen, wie sie § 613a BGB der besonderen Lage des Arbeitsverhältnisses entsprechend vornimmt, nicht unbedingt“ zu wiederholen.

³⁸² S. zu den bereits rechtsdogmatischen Ansätzen J. Flume, *Vermögenstransfer und Haftung*, 2008, S. 67 ff.; aus dem Grundsatz der Unternehmenskontinuität ähnlich K. Schmidt, *Handelsrecht*, § 7 III, S. 260 ff. mit Vorschlägen *de lege ferenda*.

³⁸³ Vgl. zur Problematik im UmwandlungsR § 131 Abs. 3 UmwG.

Unternehmensbezogenheit der Rechtsverhältnisse könnten außerdem höchstpersönliche Verpflichtungen von einem Rechtsübergang ausgenommen werden.³⁸⁴ Die Reichweite der verfügungsrechtlichen Erleichterung wäre in ihrem Umfang zu definieren.³⁸⁵

Die Regelung sollte zugunsten von Veräußerer und Erwerber dispositiv ausgestaltet werden. Dies würde es den Parteien ermöglichen, durch konkrete Zuweisung Rechtsverhältnisse weiterhin vom Rechtsübergang auszunehmen oder durch Einholung einer vorherigen Zustimmung des Dritten die Folgewirkungen des Rechtsübergangs auszuschließen.³⁸⁶

Durch eine gesetzliche Erweiterung der möglichen Übertragungsakte wäre weiter zu bestimmen, wie der gesetzliche Eingriff in die Kontrahentenwahlfreiheit des Dritten angemessenem ausgeglichen werden kann.

Denkbar erscheint zunächst im Anschluss an die genannten Regelungen, dem Dritten innerhalb eines bestimmten Zeitraums ein Widerspruchsrecht nach Übergang des Rechtsverhältnisses einzuräumen³⁸⁷ oder – wie in Umwandlungsfällen – ein außerordentliches Kündigungsrecht, soweit die allgemeinen Voraussetzungen der §§ 313, 314 BGB vorliegen.³⁸⁸ Alternativ oder kumulativ wäre bei einem zustimmungsfreien Rechtsübergang auch zu erwägen, die Rechtsfolgen für Gläubigerschutz und Haftung von Veräußerer und Erwerber allein an den (reformierten) Vorschriften der §§ 25, 26 HGB zu orientieren bzw. an die Transferhaftung des Umwandlungsrechts anzulehnen.³⁸⁹

2. Folgewirkungen

Die vorstehenden Erwägungen verdeutlichen, dass mit dem Ziel der Einführung von Erleichterungen bei der Übertragung von Schuldverhältnissen auch andere Rechtsnormen und Rechtsgebiete anzupassen sind:

³⁸⁴ Insofern kann an die Diskussion zur gesetzlichen Übertragbarkeit von Forderungen gemäß §§ 412, 399 BGB ggf. angeknüpft werden, wobei hier die Wertung des § 354a Abs. 1 HGB zu berücksichtigen wäre. Soweit es sich nicht um Kundendaten besonderer Kategorien handelt, dürften dem Vertrag zugehörige Daten in Einklang mit Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. b) und f) DSGVO auf den Erwerber überleitbar sein, da die Übertragung gesetzlich zugelassen ist und die relevanten Daten der Erfüllung der Verpflichtungen des Erwerbers dienen, vgl. für den Fall der Umwandlung Marsch-Barner/Oppenhoff in Kallmeyer, UmwG, 8. Aufl. 2024, § 20 Rn. 23a; vgl. auch den Beschluss der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom 24.05.2029, Ziffer 2 und 4 zum Asset Deal.

³⁸⁵ Nach Auffassung des BGH (Urt. v. 25.04.2001, XII ZR 43/99, NJW 2001, 2251, 2252) führt der Eintritt eines Einzelkaufmanns in den Betrieb eines Einzelkaufmanns gemäß § 28 HGB wegen der Regelung des § 540 BGB nicht dazu, dass der Mietvertrag kraft Gesetzes auf die Gesellschaft übergeht, was de lege ferenda hinterfragt werden kann, s. etwa K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 7 Abs. IV Rn. 75, 81; H. P. Westermann in FS Nobbe, 2009, S. 939, 953 f.

³⁸⁶ Für die Parteien bestünde damit weiterhin die Möglichkeit, den Unternehmensübergang mit den beteiligten Dritten im Vorfeld auszuhandeln und damit etwaige Haftungsfolgen, die eine Norm an die Rechtsfolgen eines Rechtsübergangs ohne Zustimmung des Dritten zu knüpfen hätte, zu vermeiden; vgl. H. P. Westermann in FS Nobbe, 2009, S. 939, 951.

³⁸⁷ In diese Richtung tendierend Lieb in MüKo/HGB, 2. Aufl. 2005, § 25 Rn. 85; kritisch hingegen mit Blick auf die Regelung in § 38 Abs. 2 UGB, H. P. Westermann in FS Nobbe, 2009, S. 939, 953.

³⁸⁸ Thiessen in MüKo/HGB, 5. Aufl. 2021, § 25 Rn. 86, auch zu weiteren Leistungsstörungen sowie K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 7 IV Rn. 84, S. 276 f.; zum UmwandlungsR s. Lieder/Koch, GmbHR 2022, 389, 390; H. P. Westermann in FS Nobbe, 2009, S. 939, 952 f.

³⁸⁹ Vgl. Thiessen in MüKo/HGB, 5. Aufl. 2021, § 25 Rn. 83.

a) Regelungen zur Firmenfortführung (§§ 25, 26 HGB)

Mit der gesetzlichen Öffnung einer Übertragung von Schuldverhältnissen beim Unternehmenskaufvertrag ohne Zustimmung des Dritten dürfte die Notwendigkeit der Änderung des Inhalts der Rechtsvorschriften der §§ 25, 26 HGB einhergehen, die weithin für reformbedürftig gehalten werden.³⁹⁰ Insbesondere sollten folgende Streitpunkte einbezogen werden.

aa) Handelsgeschäft und Firma

Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist Voraussetzung für die Haftung des Erwerbers gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB ein Handelsgeschäft zwischen Kaufleuten, so dass die Rechtsprechung bislang eine Anwendung auf Unternehmensträger, die keine Kaufleute sind, abgelehnt hat.³⁹¹ Dem steht die Forderung gegenüber, § 25 HGB auch bei nicht-kaufmännischen Unternehmensübertragungen (freie Berufe, Kleingewerbetreibende) entsprechend anzuwenden und auf das Unternehmen als Funktionseinheit abzustellen.³⁹² Auch nach dem Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts dürfte es hier weiterhin an einem Gleichlauf fehlen, wenn sich die Gesellschaften nicht in Handelsregister haben eintragen lassen.

bb) Fortführung des Unternehmens, Zeitpunkt des Rechtsübergangs

Nach herrschender Meinung kommt es für den Eintritt des Erwerbers in die Verbindlichkeiten aus dem Handelsgeschäft nicht auf das interne Vertragsverhältnis, sondern auf die tatsächliche Fortführung durch den Erwerber an.³⁹³ Die Haftung des Unternehmenserwerbers greift dementsprechend auch dann ein, wenn das Erwerbsgeschäft unwirksam ist.³⁹⁴ Demgegenüber setzen andere einen rechtsgeschäftlichen Übergang des Handelsgeschäfts unter Bezugnahme auf den Wortlaut von § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB voraus.³⁹⁵ In Frage gestellt wird im Schrifttum außerdem die Anknüpfung an die Firma und die damit verbundene firmenrechtliche Einordnung der §§ 25, 26 HGB.³⁹⁶

Der maßgebliche Anknüpfungspunkt geht im Ergebnis außerdem mit der Frage einher, was der maßgebliche Zeitpunkt für den Übergang der unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse beim Asset Deal sein sollte.³⁹⁷

³⁹⁰ Für eine Reform der Rechtsvorschriften insbesondere K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 7 III Rn. 41, S. 261.

³⁹¹ Zur GbR BGH, Urt. v. 17.09.1991, XI ZR 256/90, NJW 1992, 112, 113.

³⁹² K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 8 I Rn. 7, S. 295.

³⁹³ Merkt in Hopt, HGB, 43. Aufl. 2024, § 25 Rn 5.

³⁹⁴ St. Rspr., vgl. BGH, Urt. v. 13.10.1955, II ZR 44/54, BGHZ 18, 248, 252; Urt. v. 10.10.1985, IX ZR 153/84, NJW 1985, 581; Urt. v. 04.11.1991, II ZR 85/91, NJW 1992, 911, 912.

³⁹⁵ Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 7 I Rn. 24, S. 108.

³⁹⁶ Ries in Röhrich/Graf v. Westphalen/Haas, HGB, 5. Aufl. 2019, § 25 Rn. 1; K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 7 III Rn. 44, S. 262.

³⁹⁷ S. zum österreichischen Recht Dehn in Torggler, UGB, 2019, § 38 Rn. 33; zu den Voraussetzungen des Betriebsübergangs nach § 613a BGB s. Weidenkaff in Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 613a Rn. 11.

cc) Publizität eines Ausschlusses von Verbindlichkeiten

Ob die Möglichkeit eines Haftungsausschlusses gemäß § 25 Abs. 2 HGB bei einer Firmenfortführung rechtspolitisch wünschenswert ist, ist umstritten.³⁹⁸ Um eine Abgrenzung von Schuldverhältnissen zu ermöglichen, dürfte für den Ausschluss bestimmter Rechtsverhältnisse vom Übergang auf den Erwerber weiterhin ein Publizitätsakt gegenüber Dritten notwendig sein. Die gegenwärtige Form gemäß § 25 Abs. 2 HGB sieht entweder die Registereintragung oder die Mitteilung gegenüber dem Dritten durch Erwerber oder Veräußerer vor. Für BGB-Gesellschaften stünde ab dem 1. Januar 2024 außerdem das neue Gesellschaftsregister zur Verfügung.

dd) Enthftung (§ 26 HGB)

Wird eine Verbindlichkeit nicht vor Ablauf von fünf Jahren fällig, tritt gemäß § 26 Abs. Satz 1 HGB eine Enthftung des Veräußerers ein. Diese Folge wird insbesondere mit Blick auf langfristige Darlehensverbindlichkeiten kritisiert. Gleiches gilt für langfristige Finanzierungsleasing- und Sale-and-lease-back Verträge.³⁹⁹

b) Sicherheiten

Wurden für eine übertragene Forderung Sicherheiten geleistet, wäre zu diskutieren, ob infolge der Übertragung die bestellten Sicherheiten gemäß § 418 Abs. 1 Satz 1 BGB erlöschen⁴⁰⁰ oder wie bei der Gesamtrechtsnachfolge⁴⁰¹ bestehen bleiben sollen. In Anlehnung an § 38 Abs. 2 UGB (Österreich) wäre ggf. auch an eine Widerspruchslösung oder Kündigungslösung zu denken.⁴⁰²

c) Anwendbarkeit besonderer Formvorschriften

Soweit zu den zu übertragenden Rechtsverhältnissen solche zählen, an die das Gesetz besondere Zustimmungsvorbehalte knüpft (etwa § 540 BGB⁴⁰³), wäre zu entscheiden, ob diese ggf. bei Unternehmensveräußerung modifiziert⁴⁰⁴ oder beibehalten⁴⁰⁵ werden sollen.

³⁹⁸ Rechtspolitisch für eine Streichung plädiert demgegenüber K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 7 VI Rn. 110, S. 286 f.

³⁹⁹ Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 7 Rn. 43, S. 114.

⁴⁰⁰ Nach geltendem Recht findet § 418 Abs. 1 Satz 1 BGB bei der Vertragsübernahme entsprechende Anwendung, s. Grüneberg in Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 418 Rn. 1.

⁴⁰¹ Heinig in BeckOGK/BGB, § 418 Rn. 4.

⁴⁰² H. P. Westermann in FS Nobbe, 2009, S. 939, 953, 959 f. u. 963.

⁴⁰³ Verneinend im Rahmen des § 28 HGB s. BGH, Urt. v. 25.04.2001, XII ZR 43/99, NJW 2001, 2251, 2252.

⁴⁰⁴ Für einen Übergang bei § 540 BGB aber anscheinend K. Schmidt, Handelsrecht, § 7 IV Rn. 75, S. 273.

⁴⁰⁵ So die h. M. zum österreichischen Recht, s. Dehn in Torggler, UGB, 2019, § 38 Rn. 32.

Kapitel 11: Übergang öffentlich-rechtlicher Rechtspositionen

Ein deutliches Bedürfnis für eine erleichterte Übertragung von Rechtsverhältnissen ist beim Unternehmenskauf und generell bei der Unternehmensnachfolge in der Rechtsnachfolge auch für öffentlich-rechtliche Erlaubnisse und Genehmigungen zu erkennen, die eine wichtige Vermögensposition des Unternehmens darstellen können.⁴⁰⁶ Während bei anlagen- und betriebsbezogenen Erlaubnissen allgemein anerkannt ist, dass die relevante öffentliche Rechtsposition zusammen mit dem Verfügungsobjekt (Anlage, Betriebsgrundstück) auf den Erwerber übertragen wird,⁴⁰⁷ wird eine freie Übertragbarkeit personenbezogener Erlaubnisse und Genehmigungen oder solcher mit Personenbezug gegenwärtig nicht anerkannt.⁴⁰⁸

I. Differenzierung nach Art der Genehmigung

Sach- und betriebsbezogene Erlaubnisse, die sich auf das jeweilige Grundstück oder die betriebene Anlage beziehen, sind in ihrem Bestand unabhängig davon, ob der Rechtsträger des Unternehmers wechselt.⁴⁰⁹ Beispielsweise geht eine Baugenehmigung nach § 74 Abs. 1 BauO NRW gemäß § 58 Abs. 3 BauO NRW auf den Erwerber des Grundstücks über, da sie nicht mit der Person des einstigen Antragsstellers verbunden ist, sondern mit dem jeweiligen Grundstück.⁴¹⁰ Im öffentlichen Recht gilt dagegen der allgemeine Grundsatz, dass personenbezogene Erlaubnisse nicht übertragbar sind, da dies dem Sinn und Zweck der Erforderlichkeit einer Prüfung der persönlichen Eignung des Erwerbers entgegensteht.⁴¹¹

Erlaubnisinhaber können natürliche oder juristische Personen sein.⁴¹² Bei juristischen Personen ist die Gesellschaft selbst als Rechtssubjekt Gewerbetreibender.⁴¹³ Eine Änderung der Vertretungsbefugnis oder der Gesellschaftsanteile hat hier in der Regel keine Auswirkungen auf den Bestand der öffentlich-rechtlichen Erlaubnisse, auch

⁴⁰⁶ Vgl. Lieder/Koch, GmbHR 2022, 389, zu den Rechtswirkungen bei der Gesamtrechtsnachfolge durch Umwandlung.

⁴⁰⁷ Frey/Fichtner in Beck'sches Handbuch d. Personengesellschaften, § 27 Unternehmenskauf/Unternehmensverkauf bei Personengesellschaften im Wege des Asset Deals Rn. 57.

⁴⁰⁸ Fischer in Bochmann/Kumpan/Röthel/Schmidt, Gesamtrechtsnachfolge in öffentlich-rechtliche Positionen bei Unternehmensübertragungen, S. 93, 96.

⁴⁰⁹ Für § 4 BImSchG VGH München, Beschl. v. 15.02.2006, 22 CS 06.166, NVwZ 2006, 1201; Schmidt-Kötters in BeckOK/UmweltR, § 4 BImSchG Rn. 123 f. (reine Sachkonzession); für § 8 Abs. 1, Abs. 4 WHG Pape in Landmann/Rohmer, UmweltR, § 8 WHG Rn. 66.

⁴¹⁰ Keller in BeckOK/BauordnungsR NRW, § 58 BauO NRW Rn. 62 f.; Gädtke/Wenzel, 13. Aufl. 2019, § 58 BauO NRW Rn. 94.

⁴¹¹ Odenthal, GewA 2005, 132, 133.

⁴¹² BVerwG, Urf. v. 22.01.1971, VII C 60/70, VerwRspr 1971, 880 (881); Beschl. v. 16.12.1992, 1 B 162/92, NJW 1993, 1346; OVG Lüneburg, Beschl. v. 31.07.2008, 7 LA 53/08, NVwZ-RR 2009, 103, 104.

⁴¹³ BVerwG, Beschl. v. 16.12.1992, 1 B 162/92, NJW 1993, 1346; Odenthal, GewA 2005, 132, 134.

wenn diese einen Personenbezug aufweisen.⁴¹⁴ Wird eine Kapitalgesellschaft im Wege des Share Deals übernommen, ändert sich die Person des Gewerbetreibenden nicht. Bei Personengesellschaften sind hingegen die persönlich haftenden Gesellschafter die Gewerbetreibenden,⁴¹⁵ so dass bei der Ausübung eines Gewerbes durch eine natürliche Person auf diese abzustellen ist.⁴¹⁶ Gleiches gilt für das einzelkaufmännische Handelsgewerbe.

Ist mit der neuen Vermögenszuordnung beim Unternehmenskauf eine Änderung der Person des Gewerbetreibenden verbunden, was beim Asset Deal regelmäßig der Fall ist, liegt hierin nach gegenwärtiger Rechtsauffassung ein Wechsel in der Person des Gewerbetreibenden und eine Neuaufnahme des Gewerbes.⁴¹⁷ Dies macht bei personenbezogenen Berechtigungen einen Neuantrag und die neue Erteilung der Erlaubnis erforderlich, was zu einer zeitlichen Verzögerung führen und den Übergang des Unternehmens behindern kann.

Diese Beschränkungen in der Übertragbarkeit gelten in der Regel auch für sog. Mischformen von Erlaubnissen und Genehmigungen, die sowohl persönliche Merkmale als auch betriebsbezogene Eigenschaften voraussetzen. Auch soweit solche Mischtatbestände inhaltlich abgrenzbar sind, gehen diese nicht auf den Erwerber über.⁴¹⁸

II. Rechtsfolgen für den Bestand öffentlich-rechtlicher Berechtigungen bei Umwandlungen

Komplexer ist die Rechtslage im Umwandlungsrecht, die sich zivilrechtlich auf das Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge stützt: Nach herrschender Auffassung gehen personenbezogene öffentlich-rechtliche Erlaubnisse bei Umwandlungen im Wege der Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung auch bei einer Gesamtrechtsnachfolge nicht vom übertragenden Rechtsträger auf den neuen Rechtsträger über.⁴¹⁹ Die Erlaubnisse des aufnehmenden Rechtsträgers im Fall der Verschmelzung bleiben hingegen unberührt, soweit es sich um eine Kapitalgesellschaft handelt.⁴²⁰

Differenzierter ist der Fall der formwechselnden Umwandlung zu bewerten. Soweit eine Personengesellschaft in eine juristische Person oder umgekehrt umgewandelt wird, ändert sich der Erlaubnisinhaber und die persönlichen Voraussetzungen können gänzlich andere sein, sodass eine vollständige erneute Prüfung erfolgen muss.⁴²¹ Dies ist sogar dann der Fall, wenn der Inhaber einer Einzelfirma sein Gewerbe in der

⁴¹⁴ BVerwG, Urt. v. 30.09.1976, I C 32/74, NJW 1977, 1250; Odenthal, GewA 2005, 132, 133.

⁴¹⁵ Beschl. v. 16.12.1992, 1 B 162/92, NJW 1993, 1346; Odenthal, GewA 2005, 132, 135.

⁴¹⁶ Brüning in BeckOK/GewO, § 35 Rn. 26.

⁴¹⁷ Marcks in Landmann/Rohmer § 14 GewO Rn. 45; Dieners/Reese, Handbuch des Pharmarechts, § 21 Kauf und Verkauf von pharmazeutischen Unternehmen Rn. 100.

⁴¹⁸ Für den Fall der Gesamtrechtsnachfolge Fischer in Bochmann/Kumpan/Röthel/Schmidt, Gesamtrechtsnachfolge in öffentlich-rechtliche Positionen bei Unternehmensübertragungen, S. 93, 99.

⁴¹⁹ OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.05.2015, 7 ME 1/15, BeckRS 2015 ,45766; Eckert, ZIP 1988, 1950, 1951; Odenthal, GewA 2005, 132, 133.

⁴²⁰ Odenthal, GewA 2005, 132, 133.

⁴²¹ OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.05.2015, 7 ME 1/15, BeckRS 2015, 45766; Reeckmann in BeckOK/GewO, § 33i Rn. 19 (für den Fall, dass eine Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft umgewandelt wird).

Rechtsform der GmbH fortführen will und er dazu Alleingeschäftsführer und Alleingesellschafter der GmbH wird.⁴²² Erlaubnisse sollen nur dann erhalten bleiben, wenn die Umwandlung von einer juristischen Person in eine andere erfolgt.⁴²³

III. Begründung der Differenzierung

Die unterschiedliche Beurteilung der Person des Gewerbetreibenden im Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht beruht nach der Rechtsprechung auf der gesetzlichen Fiktion, nach der juristische Personen in ihrer Rechtsfähigkeit natürlichen Personen gleichgestellt werden. Bei Personengesellschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit fehle es gerade an dieser Fiktion, so dass ein Wechsel in der Zuordnung eintrete.⁴²⁴ Ergänzend greifen Rechtsprechung und Schrifttum auf den Gedanken der Höchstpersönlichkeit der erteilten personenbezogenen Genehmigung zurück, der eine Nachfolgefähigkeit in solche öffentlich-rechtliche Positionen ausschließe.⁴²⁵

IV. Kritik an der geltenden Unterscheidung

Die geltende strikte Trennung zwischen sach- und personenbezogenen Genehmigungen begegnet zunehmender Kritik in der Literatur.⁴²⁶ Der Gesetzgeber hat außerdem bereits vereinzelte Tatbestände geschaffen, in denen eine Berechtigung trotz Wechsel des Gewerbetreibenden für einen vorübergehenden Zeitraum fortbesteht.

1. Anerkennung von Personengesellschaften als Erlaubnisträger

In seiner Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts hat der DIHK gefordert, Personen- und Kapitalgesellschaften zukünftig gleich zu behandeln.⁴²⁷ Die unterschiedliche Rechtsnatur von juristischen Personen und Personengesellschaften und damit die Anknüpfung an die einzelnen Gesellschafter bei Personengesellschaften erscheint rechtlich nicht zwingend. Nach der Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2001⁴²⁸ werden Personengesellschaften im Zivilrecht als selbständige Träger von Rechten und Pflichten anerkannt,⁴²⁹ was zu einer Reform des Personengesellschaftsrechts zum 1. Januar 2024 durch den Gesetzgeber geführt hat. Auch die differenzierte Behandlung von Asset und Share Deal erscheint

⁴²² OVG Hamburg, Beschl. v. 20.01.2004, 1 Bf 387/03, NVwZ-RR 2004, 744.

⁴²³ Odenthal, GewA 2005, 132, 134.

⁴²⁴ OVG Lüneburg, Beschl. v. 31. 7. 2008, 7 LA 53/08, NVwZ-RR 2009, 103.

⁴²⁵ Marsch-Barner/Oppenhoff in Kallmeyer, UmwG, 8. Aufl. 2024, § 20 Rn. 26; Winter in Schmitt/Hörtnagl, UmwG, 9. Aufl. 2020, § 20 Rn. 89.

⁴²⁶ Zuletzt Lieder/Koch, GmbHR 2022, 389; dies. in Bochmann/Kumpan/Röthel/Schmidt, Gesamtrechtsnachfolge in öffentlich-rechtliche Positionen bei Unternehmensübertragungen, S. 107, 116 ff.

⁴²⁷ Stellungnahme DIHK zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) S. 16.

⁴²⁸ BGH, Urt. v. 29.01.2001, II ZR 331/00, NJW 2001, 1056.

⁴²⁹ Retzlaff in Grüneberg, 83. Aufl. 2024, Einf. v. § 705 Rn. 2.

für die Übertragbarkeit öffentlich-rechtlicher Erlaubnisse – abgesehen von der rechtstheoretischen Unterscheidung durch das Rechtsträgerprinzip – in seiner materiellen Wertung nicht vollkommen schlüssig.⁴³⁰

Ein Ansatz könnte deshalb darin bestehen, Personengesellschaften selbst als Gewerbetreibende anzuerkennen.⁴³¹ In der Folge hätte ein Hinzutreten oder ein Austausch von Gesellschaftern, wie bei Kapitalgesellschaften, keine Auswirkungen auf den Fortbestand der öffentlich-rechtlichen Erlaubnis. Auch das Gesetz erkennt Personengesellschaften bereits ausnahmsweise als Erlaubnisträger an, indem Personengesellschaften mit zulassungspflichtigen Handwerksbetrieben in die Handwerkerrolle eingetragen werden, § 1 Abs. 1 Satz 1 HwO.⁴³²

Allerdings würde eine solche Lösung keine Abhilfe für Unternehmensübernahmen im Wege des Asset-Deals schaffen. Auch bei der Übernahme eines Gewerbes von einem Einzelkaufmann bestünde weiterhin für den Erwerber die Notwendigkeit, selbst eine Erlaubnis zu beantragen, bevor das Gewerbe weiterbetrieben werden kann.

2. Grundsätzlicher Übergang von Erlaubnissen bei Umwandlungen

Die Annahme, dass personenbezogene öffentlich-rechtliche Erlaubnisse nicht übertragungsfähig seien, wird im Umwandlungsrecht mit dem Hinweis auf die zivilrechtliche Gesamtrechtsnachfolge in Frage gestellt. Aufgrund des Prinzips umwandlungsrechtlichen Sukzessionsfreiheit seien Rechtsvorschriften, die die freie Übertragbarkeit von Rechtspositionen einschränkten, in hohem Maße rechtsfertigungsbedürftig.⁴³³ Wie eine Vielzahl von Hinterbliebenenprivilegien (etwa in § 46 GewO, § 4 Abs. 1 HandwO, § 7 Abs. 2 S. 1 PostG, § 10 Abs. 1 GastG, 13 Abs. 1 ApoG, § 19 Abs. 1 PBefG) zeigten, sei der Gesetzgeber in der Gestaltung der Nachfolgefähigkeit aber frei, ohne dass dem die Höchstpersönlichkeit einer Rechtsposition entgegenstehe. Insbesondere für das Recht der Umwandlung empfehle es sich, den Übergang aller öffentlich-rechtlichen Positionen grundsätzlich zuzulassen. Es sei dann Aufgabe der zuständigen Behörde, nach einer bloßen Anzeige der Rechtsnachfolge einen Widerruf der Erlaubnis zu erwirken, wenn die erforderlichen Voraussetzungen nicht mehr vorliegen.⁴³⁴

V. Empfehlungen zur Kodifizierung

Das Erlöschen der personenbezogenen Erlaubnis kann im Fall eines Wechsels des Gewerbetreibenden schutzwürdigen, öffentlichen Belangen dienen, wie der öffentli-

⁴³⁰ Vgl. allgemein zum Übergang der Rechtsverhältnisse H. P. Westermann in FS Nobbe, 2009, S. 939, 965.

⁴³¹ Stellungnahme DIHK zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) S. 16.

⁴³² Stellungnahme DIHK zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) S. 16.

⁴³³ Lieder/Koch, GmbHR 2022, 389.

⁴³⁴ Lieder/Koch, GmbHR 2022, 389, 393 ff.

chen Sicherheit und Ordnung, darunter vor allem der Sicherstellung der Zuverlässigkeit der gewerbetreibenden Person.⁴³⁵ Um das Vorliegen der personenbezogenen Voraussetzungen sicherzustellen, soll im Fall der Übernahme grundsätzlich eine Neuüberprüfung stattfinden. Gleichwohl erscheint über die bereits gesetzlich anerkannten Ausnahmen in den Hinterbliebenenfällen auch bei Übertragungen unter Lebenden ein Vereinfachungspotential denkbar. So enthält § 11 Abs. 1 GastG⁴³⁶ bereits eine beispielhafte Regelung, die beabsichtigt, den Inhaberwechsel nicht durch ein langwieriges Erlaubnisverfahren zu erschweren und einen kontinuierlichen Betrieb zu ermöglichen.⁴³⁷

Zur Erleichterung eines Unternehmenskaufs könnte es sich nach Auffassung der Arbeitsgruppe daher empfehlen, ab dem Zeitpunkt des Unternehmensübergangs für einen gewissen Zeitraum (von bspw. sechs Monaten) eine Fortgeltung von unternehmensbezogenen Erlaubnissen und anderen Berechtigungen anzuerkennen, soweit keine zwingenden öffentlich-rechtlichen Belange entgegenstehen. Dies setzt eine Analyse des jeweiligen Fachrechts voraus, indem diejenigen Rechtsnormen zu identifizieren wären, bei denen – von der generellen Idee abweichend – ein solcher Übergang grundsätzlich ausgeschlossen werden soll. Im Übrigen wäre zu erwägen, ob und in welchen Fällen eine Anzeige des Unternehmensübergangs mit Widerrufsmöglichkeit der Behörde für die Fortgeltung der Erlaubnis ausreichend sein könnte⁴³⁸ oder ob weiterhin ein bestimmtes Prüfungsverfahren durchlaufen werden sollte.

Soweit aufgrund einer starken Personenbezogenheit der erteilten Genehmigung ein entsprechendes behördliches Prüfungsverfahren erforderlich sein sollte, könnte während eines Übergangszeitraums eine Frist eingeführt werden, innerhalb derer die Neuerteilung zu beantragen ist. Bis zum bestandskräftigen Abschluss könnte die bestehende Genehmigung fortgelten, vorbehaltlich der Notwendigkeit sog. Stellvertreterregelungen, mit denen die notwendige Sachkunde im Betrieb sichergestellt wird. Eine Mitwirkungspflicht der Anzeigenden wäre zu regeln.

Ob sich eine allgemeine Vorschrift, die die Übertragbarkeit öffentlich-rechtlicher Berechtigungen auf den Erwerber zulässt, oder letztlich eher bereichsspezifische Regelungen umsetzbar sind, hängt von einer ausführlichen Betrachtung der relevanten öffentlich-rechtlichen Regelungsmaterien und Einzelvorschriften ab, die an dieser Stelle nicht erfolgen kann und ggf. anderen Arbeitsgruppen vorbehalten ist.⁴³⁹

⁴³⁵ Eckert, ZIP 1998, 1950, 1952.

⁴³⁶ § 11 Abs. 1 GastG hat die folgende Fassung: „Personen, die einen erlaubnispflichtigen Gaststättenbetrieb von einem anderen übernehmen, kann die Ausübung des Gaststättengewerbes bis zur Erteilung der Erlaubnis auf Widerruf gestattet werden. Die vorläufige Erlaubnis soll nicht für eine längere Zeit als drei Monate erteilt werden; die Frist kann verlängert werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.“

⁴³⁷ Metzner/Thiel, 7. Aufl. 2023, § 11 GastG Rn. 1.

⁴³⁸ Dafür etwa Lieder/Koch in Bochmann/Kumpan/Röthel/Schmidt, Gesamtrechtsnachfolge in öffentlich-rechtliche Positionen bei Unternehmensübertragungen, S. 107, 116 ff.

⁴³⁹ Mit Beschluss der Ministerpräsidentenkonferenz vom 2. Dezember 2020 ist unter der Federführung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz eine Bund-Länder-Taskforce eingesetzt worden, die den öffentlich-rechtlichen Regulierungsrahmen für Unternehmensnachfolgen untersucht. Insbesondere sollen Potentiale und Umsetzungsmöglichkeiten einer Gesamtrechtsnachfolge für öffentlich-rechtliche Berechtigungen ermittelt werden. Ein Abschlussbericht liegt dazu bislang nicht vor.

Kapitel 12: Unternehmenskauf und Recht der AGB

I. Einführung

Unternehmenskaufverträge beruhen in der Praxis häufig auf international üblichen Standardverträgen oder Standardvertragsklauseln, die aus Musterbüchern oder internen Mustern der jeweiligen Berater stammen.⁴⁴⁰ Es werden sowohl käufer- als auch verkäuferfreundliche Varianten bereitgehalten, die durch eine weitgehende Loslösung vom dispositiven Recht gekennzeichnet sind.⁴⁴¹ Auf der Grundlage der Vertragsmuster wird eine – aus Sicht der Praxis – detaillierte und passgenaue Ordnung geschaffen, was sich typischerweise bereits am Vertragsaufbau, der inhaltlichen Sprache und dem Umfang der getroffenen Regelungen zeigt.⁴⁴²

Nach dem weitgehenden Import einer im anglo-amerikanischen Rechtsraum üblichen Vertragsgestaltung werden etwa die Voraussetzungen und die Rechtsfolgen der Nichterfüllung vertraglicher Absprachen durch vertragliche Klauseln vollständig autonom geregelt.⁴⁴³ Die Regelungen des Gewährleistungsrechts werden standardmäßig abbedungen, da sie als unzureichend und unterentwickelt empfunden werden, und durch ein eigenständiges Haftungssystem aus Garantien abgelöst.⁴⁴⁴

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang die Regelungen in Unternehmenskaufverträgen der AGB-Kontrolle der §§ 305 ff. BGB unterliegen. Da die Regelungen des AGB-Rechts dem Schutz strukturell unterlegener Vertragspartner dienen, sind sie als zwingendes Recht einzustufen und können vertraglich nicht ohne Weiteres abbedungen werden.

II. Sach- und Streitstand

Während ein Teil der Literatur es als fernliegend ansieht, dass komplexe das dispositive Recht weitgehend verdrängende Unternehmenskaufverträge, die das Ergebnis eines regelmäßig zeitintensiven Verhandlungsprozesses unter beiderseitiger Begleitung hoch spezialisierter Rechtsanwälte darstellen, als Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.v. § 305 Abs. 1 BGB qualifiziert werden⁴⁴⁵, vertritt ein anderer Teil der Literatur die Auffassung, dass auf Grundlage der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein Großteil der – häufig formularmäßig verwendeten – vertraglichen Regelungen in Unternehmenskaufverträgen AGB-Charakter aufweist, auch wenn teleologische Erwägungen

⁴⁴⁰ Merkt, Internationaler Unternehmenskauf, 3. Aufl. 2011, S. 129.

⁴⁴¹ Wilhelmi in BeckOGK/BGB, § 453 Rn. 789.

⁴⁴² Merkt, Internationaler Unternehmenskauf, 3. Aufl. 2011, S. 123, 129.

⁴⁴³ Merkt, Internationaler Unternehmenskauf, 3. Aufl. 2011, S. 12.

⁴⁴⁴ Merkt, Internationaler Unternehmenskauf, 3. Aufl. 2011, S. 129, 141.

⁴⁴⁵ Kästle, NZG 2014, 288; Maier-Reimer/Niemeyer, NJW 2015, 1713, wohl auch J. Vetter, RabelsZ 82 (2018), 266, 279 f.

gegen eine Anwendbarkeit der Inhaltskontrolle auf Unternehmensverträge sprechen mögen.⁴⁴⁶

1. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat über einen möglichen AGB-rechtlichen Charakter von Vertragsmustern oder Standardklauseln in Unternehmenskaufverträgen bislang nicht entschieden. Sie hat sich vornehmlich mit Verfahren mit kleineren Streitwerten beschäftigt, die sich nicht ohne Weiteres auf Fälle der Großindustrie übertragen lassen müssen.⁴⁴⁷

Ausgehend vom gesetzlichen Normtext des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB sind allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrags stellt. Das Stellen vorformulierter Vertragsbedingungen ist nach der Rechtsprechung von der Frage des individuellen Aushandelns einzelner Vertragsklauseln zunächst zu trennen.⁴⁴⁸ Wesentliches Charakteristikum für das Stellen oder Verwenden allgemeiner Geschäftsbedingungen sei die Einseitigkeit der Auferlegung und der Umstand, dass der andere Vertragsteil, der mit einer solchen Regelung konfrontiert wird, auf ihre Ausgestaltung gewöhnlich keinen Einfluss nehmen kann.⁴⁴⁹

Nach einer jüngeren Entscheidung des BGH zum Gebrauchtwagenkauf fehlt es an dieser Einseitigkeit der Auferlegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, wenn der andere Vertragsteil in der Auswahl der in Betracht kommenden Vertragstexte frei ist und insbesondere die Gelegenheit erhält, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen.⁴⁵⁰

In der Literatur zum Unternehmenskauf ist daraus vereinzelt der Schluss gezogen worden, dass in den Fällen des Unternehmenskaufs bereits nicht von einem Stellen einer Partei auszugehen sei, wenn der Entwurf eines Unternehmenskaufvertrags der anderen Partei übersandt und als „Diskussionsgrundlage“ zur Verfügung gestellt werde.⁴⁵¹ In M&A-Transaktionen sind jedoch zahlreiche Fallgestaltungen denkbar, in denen eine solche Diskussionsbereitschaft eher fraglich ist, wie etwa in Auktionsverfahren, in denen ein Vertragsmuster vom Verkäufer zur Verfügung gestellt wird. Das Recht auf den „First Draft“ gilt in der Unternehmenspraxis außerdem regelmäßig als besonders bedeutsam, um bereits Linien für den Vertragsschluss einzuziehen. Schon die Frage,

⁴⁴⁶ Wittuhn/Quecke, NZG 2014, 131; differenzierend Schiffer/Weichel, BB 2011, 1283 ff.

⁴⁴⁷ Graf v. Westphalen, AnwBl. 2012, 668 ff.

⁴⁴⁸ BGH, Urt. v. 20.01.2016, VIII ZR 26/15, NJW 2016, 1230, 1231.

⁴⁴⁹ BGH, Urt. v. 17.02.2010, VIII ZR 67/09, juris Rn. 18, BGHZ 184, 259. In der Literatur wird hier verschiedentlich nicht in gleicher Weise scharf getrennt: „Gestellt“ seien Vertragsbedingungen immer dann, wenn es an den Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB fehle, der Verwender die Bedingungen also fertig in den Vertrag eingebracht und sie dem Kunden einseitig auferlegt habe, s. Fornasier in MüKo/BGB, 9. Aufl. 2022, § 305 Rn. 21.

⁴⁵⁰ BGH, Urt. v. 17.02.2010, VIII ZR 67/09, juris Rn. 18, BGHZ 184, 259.

⁴⁵¹ Schiffer/Weichel, BB 2011, 1283, 1287.

wer den „First Draft“ erstellt, kann damit Ausdruck entsprechender Verhandlungsmacht sein.⁴⁵²

In einer Folgeentscheidung hat der BGH klarstellend betont, dass dem vorgenannten Rechtsstreit (zum Gebrauchtwagenkauf) besondere Umstände zugrunde lagen, die eindeutig gegen eine Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht sprachen.⁴⁵³ Grundsätzlich reiche es gerade nicht aus, wenn die Verwenderin uneingeschränkt bereit gewesen sei, auf Änderungswünsche einzugehen, solange der anderen Partei nicht eine tatsächliche Gelegenheit eröffnet worden sei, alternativ eigene Textvorschläge mit einer effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlung einzubringen. Die Übertragung der vorgenannten Entscheidung⁴⁵⁴ auf den unternehmerischen Rechtsverkehr erscheint insofern fragwürdig.⁴⁵⁵

Im Ergebnis ist die Rechtsprechung des BGH im unternehmerischen Rechtsverkehr im Hinblick auf die indizielle Wirkung der Klauselverbote mit oder ohne Wertungsmöglichkeit (§§ 308, 309 BGB) eher streng und tendiert deutlich dazu, die vertraglichen Regelungen der AGB-Kontrolle zu unterwerfen.⁴⁵⁶ Insbesondere das Tatbestandsmerkmal des „Aushandelns“, das nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB zur Nichtanwendbarkeit des AGB-Rechts führt, wird durch den BGH restriktiv ausgelegt. Danach setzt das „Aushandeln“ mehr als ein „Verhandeln“ voraus. Der Verwender muss den in seinem Vertragsentwurf enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellen und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumen, was in der Praxis eher selten der Fall sein dürfte.⁴⁵⁷ So hat die Rechtsprechung beispielsweise Klauseln verworfen, die im geschäftlichen Verkehr summenmäßige Haftungsbeschränkungen,⁴⁵⁸ Haftungsbeschränkungen für grob fahrlässige⁴⁵⁹ oder fahrlässige Pflichtverletzungen vorsahen, soweit es sich um wesentliche Vertragspflichten („Kardinalpflichten“) handele.⁴⁶⁰

Unter Zugrundelegung der in der Rechtsprechung des BGH entwickelten Grundsätze dürfte die Anwendung des AGB-Rechts für erhebliche Teile von Unternehmenskaufverträgen daher naheliegen, wenn diese von einer Vertragspartei gestellt werden.⁴⁶¹

⁴⁵² J. Vetter, *RabelsZ* 82 (2018), 267, 295.

⁴⁵³ BGH, *Urt. v. 20.01.2016*, VIII ZR 26/15, *NJW* 2016, 1230, 1232.

⁴⁵⁴ BGH, *Urt. v. 17.02.2010*, VIII ZR 67/09.

⁴⁵⁵ Ebenso kritisch mit Blick auf die Verallgemeinerungsfähigkeit Leuschner, *NJW* 2016, 1222.

⁴⁵⁶ K. Schmidt, *Handelsrecht*, 6. Aufl. 2022, Rn. 84 ff. S. 661 ff.; *Wilhelmi in BeckOGK/BGB*, § 453 Rn. 794.

⁴⁵⁷ *Wittuhn/Quecke*, *NZG* 2014, 131, 133.

⁴⁵⁸ BGH, *Urt. v. 11.11.1992*, VIII ZR 238/91, *NJW* 1993, 335, *juris* Rn. 14 ff.

⁴⁵⁹ BGH, *Versäumnisurteil v. 19.09.1997*, VIII ZR 141/06, *BGHZ* 174, 1, *juris* Rn. 11 ff.

⁴⁶⁰ BGH, *Urt. v. 11.11.1992*, VIII ZR 238/91, *NJW* 1993, 335, *juris* Rn. 16.

⁴⁶¹ *Schiffer/Weichel*, *BB* 2011, 1283, 1290, die bereits ein „Stellen“ vorformulierter Vertragsbedingungen bei Übersendung des vollständigen Entwurfs, der zur Disposition gestellt wird, verneinen wollen.

2. Kritik in der Literatur

Die strenge, indizielle Handhabung des AGB-Rechts durch die Rechtsprechung wird in der Praxis als nicht sachgerecht empfunden, da die Beteiligten eines Unternehmenskaufvertrags in der Regel über unternehmerische Erfahrung verfügen⁴⁶² und exportstarke Unternehmen infolge des weiten Verständnisses des Anwendungsbereichs der AGB-Kontrolle das deutsche Recht innerhalb der internationaler Verträge zugunsten eines anderen Rechts aufgeben müssten.⁴⁶³

In der Literatur wird vorgeschlagen, bei Unternehmenskaufverträgen auch dann, wenn einzelne vorformulierte Klauseln unverändert bleiben, von einem im Einzelnen ausgehandelten Vertrag auszugehen, wenn sich etwa gleich starke Parteien nach ausführlichen Verhandlungen einigen, bei diesen Verhandlungen grundsätzlich über alle Bestimmungen gesprochen wird und die Gegenseite auch die unveränderten Klauseln im Hinblick auf die Änderung anderer Bestimmungen im Rahmen einer Paket-Lösung akzeptiert. Soweit danach trotzdem AGB vorlägen, etwa weil es an einer Änderung anderer Bestimmungen fehle, sei im Rahmen der Inhaltskontrolle die spezifische Interessenlage beim Unternehmenskauf zu berücksichtigen.⁴⁶⁴ Die vertragliche Regelung soll jedenfalls als ausgehandelt gelten, wenn die Vertragsparteien über sie im Einzelnen oder im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen desselben Vertrags in einer dem Gegenstand des Vertrags und den Umständen des Vertragsschlusses angemessenen Weise verhandelt haben.⁴⁶⁵ Darüber hinaus solle den §§ 308, 309 BGB (Klauselverbote mit und ohne Wertungsmöglichkeit) nur in solchen Konstellationen Indizwirkung zukommen, bei denen auch ein Kontrollbedürfnis bestehe, das demjenigen zwischen Unternehmern und Verbrauchern gleichkomme.⁴⁶⁶

Des Weiteren sei im unternehmerischen Geschäftsverkehr zu berücksichtigen, dass es regelmäßig an einer situativen oder strukturellen Unterlegenheit des betroffenen Unternehmers fehle. Großvolumige oder komplexe Verträge würden in aller Regel mit rechtlicher Unterstützung abgeschlossen. Selbst ohne rechtliche Unterstützung sei ein erforderliches Erfahrungswissen im Umgang mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorhanden.⁴⁶⁷ Schließlich gehe es beim Unternehmenskauf in aller Regel um einen individuellen Vorgang und nicht um ein verbrauchertypisches Massengeschäft. Unternehmenskaufverträge, insbesondere die größeren Umfangs, würden als Gesamtpakete verhandelt und dabei nach Auffassung des Geschäftsverkehrs jede Klausel entsprechend zur Disposition gestellt.⁴⁶⁸ Ob dies für ein „Aushandeln des Vertrags“ im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB ausreichend ist, wurde durch die Rechtsprechung allerdings noch nicht entschieden.

⁴⁶² Berger, NJW 2010, 465.

⁴⁶³ Finkelmeier, ZIP 563, 564.

⁴⁶⁴ Wilhelmi in BeckOGK/BGB, § 453 BGB Rn. 794.

⁴⁶⁵ Berger, NJW 2010, 465.

⁴⁶⁶ Fornasier in MüKo/BGB, 9. Aufl. 2022, § 310 BGB Rn. 12.

⁴⁶⁷ Finkelmeier, ZIP 2022, 563, 567.

⁴⁶⁸ Hopt, ZHR 2022, 7, 60.

3. Folgen für die Unternehmenspraxis

Die mit der AGB-rechtlichen Problematik verbundenen Unsicherheiten können dazu führen, dass in der internationalen M&A-Praxis versucht wird, der deutschen AGB-Kontrolle prozedural durch Ausweichen auf Schiedsgerichte oder einer kollisionsrechtlich zulässigen Rechtswahl zugunsten einer anderen Rechtsordnung (bspw. Schweiz) auszuweichen.⁴⁶⁹ Gerade in der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle wird ein maßgeblicher Grund für die Flucht in die Schiedsgerichtsbarkeit gesehen.⁴⁷⁰ Diese gilt auch deswegen als reizvoll, da eine Abbedingung des AGB-Rechts selbst bei reinen Inlands-sachverhalten – wie etwa bei einem rein inländischen Unternehmenskauf – bei Vereinbarung eines Schiedsverfahrens gemäß § 1051 Abs. 1 Satz 1 ZPO für zulässig erachtet wird.⁴⁷¹ Bezüglich der bestehenden Rechtsunsicherheit bei der Anwendung des AGB-Rechts wird in Teilen der Literatur daher eine entsprechende (klarstellende) Bereichsausnahme für Unternehmenskaufverträge gefordert.⁴⁷²

III. Mögliche Lösungsansätze

1. Beschluss der Herbstkonferenz der Justizministerinnen und Justizminister vom 10. November 2022

Die Notwendigkeit einer Reform des AGB-Rechts im unternehmerischen Rechtsverkehr wird seit mehreren Jahren kontrovers diskutiert. Die Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister hat dazu zuletzt mit Beschluss vom 10. November 2022 (TOP I. 15) Stellung genommen und – ohne Bezug zum Unternehmenskauf – hervorgehoben, dass gerade unter dem Gesichtspunkt der Digitalisierung und der damit einhergehenden Bedeutung innovativer Geschäftsmodelle, aber auch im Hinblick auf Vorgaben der Europäischen Union ein Bedürfnis bestehe, das deutsche AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen zu überarbeiten.

Ziel der Überarbeitung soll nach Auffassung der Justizministerkonferenz die Verbesserung von Rechtssicherheit im unternehmerischen Geschäftsverkehr, die Steigerung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Rechts und damit letztlich auch die Attraktivität des Wirtschaftsstandorts Deutschland sein. Der angemessene Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen bleibe gleichwohl ein wichtiges Anliegen. So sei bei der konkreten Ausgestaltung der nötigen Reformschritte zu gewährleisten, dass für kleine und mittlere Unternehmen durch das reformierte AGB-Recht ein hohes Schutzniveau erhalten bleibe.

Der Bundesminister der Justiz wurde gebeten, konkrete Vorschläge für eine Reform des AGB-Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr zu erarbeiten, die insbe-

⁴⁶⁹ Hopt, ZHR 2022, 7, 66; Finkelmeier, ZIP 2022, 563, 564; J. Vetter, RabelsZ 82 (2018), 266, 280.

⁴⁷⁰ Finkelmeier, ZIP 2022, 563, 572; vgl. auch referierend Demuth, SchiedsVZ 2012, 271, 274.

⁴⁷¹ Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1170, str. s. dort m. w. N.; kritisch zur Wahl ausländischen Rechts aufgrund des höheren Beratungsaufwands J. Vetter, RabelsZ 82 (2018), 266, 280 f.

⁴⁷² Referierend Demuth, SchiedsVZ 2012, 271, 275; Risse, NZG 2023, 721.

sondere Wettbewerbsnachteile innovativer deutscher Unternehmen minimiert und dabei den Interessen kleiner und mittlerer Unternehmen angemessen Rechnung trägt. Zu diesem Zweck könne sich die Einsetzung einer Expertengruppe unter Einbeziehung der Länder mit dem Ziel der Erstellung eines Diskussionsentwurfs anbieten.

Für eine grundlegende, den Unternehmensbereich betreffende Reform des AGB-Rechts hat sich auch der 69. Deutsche Juristentag von 2012 ausgesprochen.⁴⁷³

2. Bereichsausnahme für den Unternehmenskauf

Als ein möglicher, zugleich aber sehr weitreichender Ansatz käme eine Bereichsausnahme für Unternehmenskäufe durch Ergänzung von § 310 Abs. 4 S. 1 BGB in Betracht:

„Dieser Abschnitt findet keine Anwendung bei Verträgen auf dem Gebiet des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts, *den Unternehmenskaufvertrag* sowie auf Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen.“

Die vorstehende Bereichsausnahme würde Verträge zwischen Unternehmen jeder Rechtsform und Größe und die Beteiligung von Verbrauchern einschließen. Überträgt beispielsweise der Allein-Gesellschafter einer GmbH seine gesellschaftsrechtliche Beteiligung an einen Dritten macht ihn dies nicht zwangsläufig zu einem Unternehmer.⁴⁷⁴

Die bereits vorhandene Bereichsausnahme für Verträge auf dem Gebiet des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts sowie des Rechts der Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen geht auf die Erwägungsgründe der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen zurück, die den Schutz für alle Verträge zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern bezweckt. Der Verkauf eines Unternehmens oder einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung ist dagegen nicht Regelungsziel der Richtlinie, die auf ein einheitliches Schutzniveau bei Verträgen über den Kauf von Waren oder das Angebot von Dienstleistungen gerichtet ist.

Gleichwohl dürfte mit Blick auf die unter den Ländern geführte Diskussion zum Schutz von kleinen und mittleren Unternehmen, die Äußerungen von Verbänden zur Anwendung im unternehmerischen Verkehr und Stimmen in der Literatur eine solch weitgehende Ausnahme nicht empfehlenswert sein. Auch wenn heute viele Unternehmenskaufverträge mit rechtlicher Beratung einhergehen, sind Konstellationen denkbar, in denen weiterhin von einem AGB-typischen Machtgefälle zwischen den Vertragsparteien auszugehen ist,⁴⁷⁵ unabhängig von der Einbeziehung eines Verbrauchers.

⁴⁷³ Verhandlungen des 69. DJT II, 2012, S. I 90.

⁴⁷⁴ Ellenberger in Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 13 Rn. 3 mit Verweis auf BGH NJW 2007, 759 Rn. 13. Anderes dürfte in der Regel für die persönlich haftenden Gesellschafter einer OHG oder KG gelten, da sie selbst Gewerbetreibende sind.

⁴⁷⁵ Zu denken wäre beispielsweise an einen professionellen Aufkauf von kleineren Unternehmen durch professionelle Private Equity Investoren.

In der Literatur wird außerdem darauf hingewiesen, dass die durchaus vorhandenen Streitigkeiten der Großindustrie oder Verfahren mit gewichtigeren Streitwerten in der Vergangenheit vor allem der Schiedsgerichtsbarkeit zugewiesen worden seien, so dass sich bislang keine relevante, ggf. auch zu den bisherigen Entscheidungen abweichende Rechtsprechung in Großverfahren durch staatliche Gerichte habe herausbilden können.⁴⁷⁶

3. Einschränkung der tatbestandlichen Voraussetzungen

Um einer Differenzierung zwischen den beteiligten Rechtsträgern und einem Machtgefälle in Einzelfällen stärker Rechnung zu tragen, könnte sich eine Regelung anbieten, die an die in der M&A-Praxis typische Verhandlungssituation anknüpft und für den Regelfall den individuellen Charakter einer Transaktionssituation anerkennt. Im Anschluss an die bereits in der Literatur unterbreiteten Lösungsvorschläge⁴⁷⁷ könnte für den Unternehmenskauf etwa folgender differenzierter Ansatz vorgesehen werden:

„Wird eine Vertragsbedingung gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet, so gilt sie als ausgehandelt, wenn die Vertragsparteien über sie im Einzelnen oder im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen des Unternehmenskaufvertrags in einer dem Gegenstand des Vertrags und den Umständen des Vertragsschlusses angemessenen Weise verhandelt haben.“

Der entsprechende Vorschlag würde den bei Unternehmenskaufverträgen üblichen Verhandlungscharakter anerkennen und auch sog. Paketlösungen ermöglichen, gleichwohl aber auf die individuelle Verhandlungssituation Rücksicht nehmen.

Neben einer Modifikation von § 305 Abs. 1 BGB wird außerdem eine verbindlichere Verankerung geschäftlicher Praktiken in § 310 Abs. 1 Satz 2, 2. HS BGB vorgeschlagen.⁴⁷⁸ Nach dieser Vorschrift ist bei der Frage einer unangemessenen Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 1 und 2 BGB bislang auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche lediglich „angemessen Rücksicht zu nehmen“. Denkbar wäre hier die Vorgabe, dass die Gegebenheiten des unternehmerischen Geschäftsverkehrs zu beachten sind.⁴⁷⁹

Zur Herausbildung eines bestimmten Handelsbrauchs bedarf es jedoch eines gewissen Zeitraums, der Zustimmung der Beteiligten und die tatsächliche Übung. Nach Art des Gegenstands kann die Zahl der festzustellenden Anwendungsfälle hier sehr verschieden sein,⁴⁸⁰ so dass die Feststellung vorhandener Standards auf absehbare Zeit Schwierigkeiten bereiten dürfte, soweit sie sich überhaupt rechtsfest herausbildet.

⁴⁷⁶ Graf v. Westphalen, AnwBl. 2012, 668, 675.

⁴⁷⁷ Vgl. Berger, NJW 2010, 465, 467.

⁴⁷⁸ Berger, NJW 2010, 465, 469.

⁴⁷⁹ Berger, NJW 2010, 465, 469.

⁴⁸⁰ Leyens in Hopt, HGB, 43. Aufl. 2024, § 346 Rn. 12 m. w. Nachw. d. Rspr.

4. Größenabhängige Eingrenzung

In der Begründung des Gesetzentwurfs zur Finanzierung zukunftssichernder Investitionen (Zukunftsfinanzierungsgesetz - ZuFinG) wird in Bezug auf großvolumige Verträge im Finanzdienstleistungsbereich hervorgehoben, dass nach dem Vorbringen aus der Rechtspraxis erhebliche Rechtsunsicherheit bestehe, inwieweit die in der Praxis üblichen, auch im Hinblick auf Aufsichtsbestimmungen erstellten Standardvertragsklauseln den AGB-rechtlichen Anforderungen entsprechen, wenn es dazu noch keine Rechtsprechung gibt. Dies könne bei inländischen und bei grenzüberschreitenden Verträgen zwischen erlaubnispflichtigen Finanzunternehmern den Finanzmarkt verunsichern.⁴⁸¹

Die neue Vorschrift des § 310 Absatz 1a BGB in der Fassung des Zukunftsfinanzierungsgesetzes⁴⁸² sieht daher eine beschränkte Bereichsausnahme von der AGB-Kontrolle für Verträge vor, die erlaubnispflichtige Finanzgeschäfte zum Gegenstand haben. Erfasst werden Verträge zwischen Unternehmern, die in Bezug auf diese Verträge aufgrund ihrer speziellen Sachkunde oder ihrer allgemeinen Sachkunde für Finanzgeschäfte und ihrer Größe nicht des Schutzes durch die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle bedürfen, weil sie die Vertragsbedingungen typischerweise mitgestalten können.

Nach § 310 Abs. 1a Satz 3 BGB ist großer Unternehmer, wer in jedem der beiden Kalenderjahre vor dem Vertragsschluss zwei der drei folgenden Merkmale erfüllt hat:

- (1) er hat im Jahresdurchschnitt nach § 267 Abs. 5 des Handelsgesetzbuchs jeweils mindestens 250 Arbeitnehmer beschäftigt,
- (2) er hat jeweils Umsatzerlöse von mehr als 50 Millionen Euro erzielt, oder
- (3) seine Bilanzsumme nach § 267 Abs. 4a des Handelsgesetzbuchs hat sich jeweils auf mehr als 43 Millionen Euro belaufen.

Die in § 310 Abs. 1a Satz 3 BGB genannten Schwellenwerte zu Arbeitnehmerzahl, Umsatzerlösen und Bilanzsumme orientieren sich an der Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (2003/361/EG). Die im Bilanzrecht weitgehend anerkannte Unterscheidung zwischen kleinen, mittleren und größeren Unternehmen könnte so auch für die AGB-rechtliche Eingrenzung relevanter Verträge fruchtbar gemacht werden.

IV. Empfehlungen zur Kodifizierung

Aufgrund der bisherigen Rechtsprechung des BGH dürfte die grundsätzliche Anwendbarkeit des AGB-Rechts auf den Unternehmenskauf nicht fernliegend sein, so dass sich im konkreten Fall die Frage stellt, ob die Voraussetzungen der §§ 305 ff. BGB jeweils erfüllt sind. Dies führt in der rechtsberatenden Praxis zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit und ist ein Hauptgrund für die Abwahl deutschen Sachrechts. Ge-

⁴⁸¹ BR-Drs. 362/23, S. 97, 98.

⁴⁸² BGBl. I 2023, Nr. 354, S. 1 ff.

rade bei Transaktionen mit grenzüberschreitendem Bezug ist eine rechtssichere Orientierung an internationalen Standards jedoch verständlich und wird häufig eingefordert. Das Ziel der Anpassung der AGB-rechtlichen Bestimmungen für den Unternehmenskauf sollte daher sein, etwaige Hindernisse zugunsten der deutschen Rechtswahl im Rechtsverkehr zwischen Unternehmern oder Kaufleuten zu beseitigen, soweit dies nach Sinn und Zweck des Rechtsgebiets angemessen ist.

Werden Unternehmenstransaktionen durch erfahrene Marktteilnehmer durchgeführt, kann es aus Sicht der Arbeitsgruppe aufgrund der Art des Geschäfts sinnvoll und vertretbar erscheinen, im Anschluss an die Entscheidung des Gesetzgebers zur Einführung des neuen § 310 Abs. 1a BGB eine weitere beschränkte Bereichsausnahme auch für Unternehmenstransaktionen zwischen großen Unternehmen zu erwägen. Bei Transaktionen zwischen entsprechend großen Marktteilnehmern dürfte es an der AGB-typischen strukturellen Gefahr fehlen, dass der AGB-Verwender die Vertragsfreiheit für sich allein in Anspruch nimmt. Der Verkaufsprozess folgt hier internationalen Regeln oder Gebräuchen, in denen die Anwendung der deutschen AGB-Kontrolle in aller Regel weder als angemessen noch sachgerecht betrachtet wird. Die Vertragspartner verfügen aufgrund ihrer Größe über eine hinreichende Geschäftserfahrung und sind nicht auf den Schutz der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle angewiesen, weil sie die Vertragsbedingungen typischerweise (auch unter Beteiligung einer Vielzahl externer Berater) mitgestalten können.

Damit könnten für eine beschränkte Bereichsausnahme sachgerechte und hinreichend differenzierte Gründe vorliegen, die den Erwägungen des Gesetzgebers für die Befreiung von Finanzdienstleistungsgeschäften entsprechen.⁴⁸³

§ 310 Abs. 1a Satz 3 BGB orientiert sich für die beschränkte Bereichsausnahme an den Schwellenwerten zu Arbeitnehmerzahl, Umsatzerlösen und Bilanzsumme an den Empfehlungen der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (2003/361/EG). Inwieweit diese Kriterien relevant und in gleicher Weise auf Unternehmenstransaktionen übertragen werden können oder ggf. modifiziert werden müssten, bedarf einer näheren Diskussion unter Einbeziehung der Praxis.

Jedenfalls sollte eine beschränkte Bereichsausnahme dem Bedarf kleinerer und mittlerer Unternehmen Rechnung tragen, die sich ggf. je nach Verhandlungsposition und Verhandlungssituation auf den Schutz des AGB-Rechts zurückziehen können.

⁴⁸³ Dies entspricht einer nahezu identischen Interessenlage wie sie dem Entwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen entnommen werden kann, s. BR-Drs. 362/23, S. 97 f.