

# Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand

Vertragsgestaltung und Steuerliche Strukturierung für Käufer und Verkäufer

VON

Dr. Jochen Ettinger, Dr. Henning Jaques

1. Auflage

[Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand – Ettinger / Jaques](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Unternehmensrecht](#)



Verlag C.H. Beck München 2012

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 63976 0

## C. Phase 2: Vorvertragliche Phase

# beck-shop.de

### Gliederung

	Rz.
<b>I. Rechtliche Rahmenbedingungen der vorvertraglichen Phase</b>	2–44
1. Überblick	2, 3
2. Vorvertragliche Haftungsrisiken kennen und vermeiden	4–8
3. (Vorvertragliche) Pflichten des Verkäufers und Haftung aus c.i.c.	9–22
a) Fahrlässige Aufklärungspflichtverletzung und Falschangaben	10–13
b) Vorsätzliche Culpa in contrahendo/arglistige Täuschung gemäß § 123 BGB	14–17
c) Zurechnung von Wissen und Verschulden Dritter, §§ 278, 166 BGB	18–22
aa) Zurechnung des Verhaltens Dritter über § 278 BGB	18
bb) Zurechnung der Kenntnisse Dritter über § 166 BGB	19, 20
cc) Stellungnahme	21, 22
4. Konkurrenzen zwischen Kaufrecht und culpa in contrahendo	23–41
a) Fahrlässige (Aufklärungs-)Pflichtverletzung	24
b) Vorsätzliche (Aufklärungs-)Pflichtverletzung/arglistige Täuschung	25
c) Beschaffenheiten, Eigenschaften und sonstige Umstände	26–41
aa) Die Eckpfeiler der Rechtsprechung zur Abgrenzung der c.i.c. von §§ 434 ff. BGB	27–31
bb) Insbesondere: Umsatz-, Ertrags- und Bilanzangaben	32–37
cc) Stellungnahme	38–40
dd) Potenzieller Sachmangel	41
5. Konkurrenzen bei selbständigen Garantien und culpa in contrahendo	42, 43
6. Haftungsausschluss- und Haftungsminderungsgründe, §§ 442, 254 BGB	44
<b>II. Rechtsbeziehungen durch Informationsaustausch, Aufnahme von Verkaufsgesprächen etc.</b>	45–69
1. Vertraulichkeitsvereinbarung/NDA	45–50
2. Information-Memorandum/Verkaufs-Exposé	51–56
3. Letter of Intent (LOI) und Exklusivitätsvereinbarung	57–60
4. Vorvertrag	61, 62
5. Optionsvereinbarungen	63–69
<b>III. Due Diligence</b>	70–116
1. Rechtliche Rahmenbedingungen der Due Diligence	72–101
a) Kaufrechtliche Implikationen für den Käufer	73, 74
aa) Aufklärungspflichten auslösen	73
bb) Pflicht zur Durchführung einer Due Diligence?	74
b) Kaufrechtliche Implikationen für den Verkäufer: Erfüllung von Aufklärungspflichten durch Due Diligence?	75
c) Gesellschaftsrechtliche Pflichten und Haftungsrisiken für Vorstände, Geschäftsführer, Aufsichtsräte	76–101
aa) Überblick	76–80
bb) Allgemeiner Haftungsrahmen für Manager	81–88
cc) Unterlassene Due Diligence als Pflichtwidrigkeit des Managements	89–92
dd) Recht bzw. Pflicht zur Informationsweitergabe an gesellschaftsfremde Dritte bei der AG	93–96
ee) Recht bzw. Pflicht zur Informationsweitergabe an gesellschaftsfremde Dritte bei der GmbH und GmbH & Co.	97–99
ff) D&O-Versicherung	100, 101

	Rz.
2. Sinn und Zweck einer Due Diligence, Ziele	102–108
a) Bedeutung der Due Diligence aus Käufersicht	103–105
b) Bedeutung der Due Diligence aus Verkäufersicht	106–108
3. Prüfungsgegenstände der Due Diligence und Verfahren	109, 110
4. Organisatorische Maßnahmen für die Due Diligence	111–113
a) Organisation auf Verkäuferseite	112
b) Organisation auf Käuferseite	113
5. Auswertung und Berücksichtigung der Ergebnisse der Due Diligence	114
6. Besonderheiten im Mittelstand	115, 116

- 1 Im Zeitraum nach Abschluss der verkäuferseitigen, internen Sachverhaltsermittlung, Zieldefinition, Teambildung sowie der Strukturierung des Verkaufs einschließlich der Unternehmensbewertung und steuerlicher Optimierung sind die nächsten Schritte in Phase 2<sup>1</sup> der Verkaufstransaktion
- Erstellen einer **Long-List**, d.h. einer Liste mit den potenziellen Kaufinteressenten, die auf ein etwaiges Kaufinteresse hin angesprochen werden sollen;
  - Versendung des **1. Procedure-Letters nebst Teaser/Kurzprofil** und Entwurf der Vertraulichkeitsvereinbarung;
  - Auswertung des Rücklaufs sowie Abstimmung innerhalb des Teams zur **Short-List**, also einer Liste mit den möglichen Kaufinteressenten, die mit dem Information-Memorandum detaillierte Informationen erhalten sollen;
  - Vorbereitung des Kaufvertragsentwurfs;
  - Abschluss der Vertraulichkeitsvereinbarung(en);
  - Versenden des **2. Procedure-Letters** und Übermittlung des **Information-Memorandum** an die Interessenten auf der Short-List;
  - **Vorbereitung des** (virtuellen oder physischen) **Datenraums** für die Due Diligence-Prüfungen der Kaufinteressenten sowie Entwurf des 3. Procedure Letters;
  - im Bieter-Verfahren: **Auswertung der indikativen Kaufangebote** und Auswahl derjenigen Kaufinteressenten, die zur Due-Diligence-Prüfung zugelassen werden;
  - Versenden des **3. Procedure-Letters** nebst **Kaufvertragsentwurf** sowie **Öffnung des Datenraums** zu Zwecken der Prüfung des Unternehmens durch die Kaufinteressenten;
  - Einholung und **Auswertung der „bindenden Angebote“** sowie der Änderungswünsche zum Kaufvertragsentwurf;
  - Entscheidung über die **Zulassung** der (oder im Falle des Trade-Sale des einen) Kaufinteressenten **zu Vertragsverhandlungen** über den Verkauf;
  - Im Bieterverfahren: ggf. Abschluss eines **Letter of Intent mit Exklusivität** zu Gunsten eines Kaufinteressenten, ansonsten u. U. auch Verhandlungen mit mehreren Kaufinteressenten parallel;
  - Alternativ zum Letter of Intent: Vereinbarung von **Optionsrechten** oder eines **Vorvertrages**.

## I. Rechtliche Rahmenbedingungen der vorvertraglichen Phase

### 1. Überblick

- 2 Mit Beginn der Phase 2 der Verkaufstransaktion nimmt die Verkäuferseite Kontakt mit potentiellen Käufern auf, wobei sich das Bieter-Verfahren und der Verkauf an nur einen Interessenten (Trade-Sale) sicherlich in den Details unterscheiden, aber sich ansonsten in den rechtlichen Ausprägungen so stark ähneln, dass hier auf eine differenzierte Darstellung beider Verfahrenstypen verzichtet wird.

<sup>1</sup> Siehe auch die Übersicht zum Gesamtablauf eines Unternehmens(ver)kaufs in Teil A. Rn. 21 ff.

Anders als im anglo-amerikanischen Kaufrecht, dessen Denkmuster und vertragliche Regelungsmechanismen stark die deutsche Praxis des Unternehmenskaufs beeinflussen, gilt im deutschen Kaufrecht der sogenannte „**caveat-emptor-Grundsatz**“ nicht<sup>2</sup>. Nach diesem Grundsatz haftet der redliche Verkäufer grundsätzlich nicht für Mängel der Kaufsache; es ist vielmehr Sache des Käufers, sich durch eingehende Prüfung des Kaufgegenstandes über dessen Zustand zu informieren und sich auf dieser Grundlage beim Anteils- wie beim Sachkauf durch vertragliche Gewährleistungsregeln und Garantien abzusichern<sup>3</sup>. Im deutschen Kaufrecht liegt es hingegen so, dass der durch einen verborgenen Mangel des Kaufgegenstandes geschaffene **Interessenkonflikt zwischen Käufer und Verkäufer mittels gesetzlich vorgesehener Gewährleistungsansprüche gelöst** wird, die – bis zum In-Kraft-Treten der Schuldrechtsreform im Jahre 2002 – mit einer kurzen Verjährung von sechs Monaten (vgl. § 477 BGB a.F.) gekoppelt waren, um eine sichere und schnelle Abwicklung des Kaufs zu erreichen<sup>4</sup>. Die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen hat der Gesetzgeber allerdings mit der Schuldrechtsreform zum Nachteil des Verkäufers auf zwei Jahre verlängert.

**Beachte:** Anglo-amerikanisches Denken, das auf dem caveat-emptor-Grundsatz basiert und daher geradezu zwingend eine Due-Diligence-Prüfung erfordert, verträgt sich daher an sich nicht mit dem Gewährleistungsrecht des BGB und den daraus resultierenden Denkstrukturen deutscher Prägung.

Allerdings gilt der Ausschluss des caveat-emptor-Grundsatzes im deutschen Recht nicht strikt. So schadet dem Käufer gemäß § 442 BGB positive Kenntnis sowie ggf. auch grob fahrlässige Unkenntnis von Mängeln der Kaufsache<sup>5</sup>.

## 2. Vorvertragliche Haftungsrisiken kennen und vermeiden

In der vorvertraglichen Phase, also bereits vor Unterzeichnung des eigentlichen Kaufvertrages kommt es freilich aufgrund der Ansprache von potenziellen Kaufinteressenten und dem damit verbundenen Austausch von Informationen im Rahmen der Due Diligence zu rechtlichen Beziehungen, die gemäß **§ 311 Abs. 2 und Abs. 3 BGB ein gesetzliches Schuldverhältnis** begründen, aus dem bereits Pflichten zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils als Verhaltenspflichten erwachsen<sup>6</sup>. Vor allem folgende Fallgruppen einer möglichen **vorvertraglichen Haftung** können im Rahmen des Projektes Unternehmensverkauf haftungsrelevant werden<sup>7</sup>:

- **Körper- und Eigentumsschäden** (denkbar z.B. bei Besichtigung des Unternehmens durch Kaufinteressenten oder deren Berater);
- **Abbruch der Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund**<sup>8</sup> (das günstigere Angebot eines anderen Interessenten kann ein triftiger Grund sein);

**Praxishinweis:** Zwar sind die Vertragsparteien bis zum endgültigen Vertragsschluss in ihren Entschlüssen grundsätzlich frei und zwar auch dann, wenn der andere Teil in Erwartung des Vertrages bereits Aufwendungen gemacht hat<sup>9</sup>. Auch ist gerade beim Bieter-Verfahren das Vertrauen in

<sup>2</sup> RG Urteil vom 15.11.1907, RGZ 67, 86, 88; *Schiffer/Bruß*, BB 2012, 847, 848; anders *Hasselbach/Ebbinghaus*, DB 2012, 216, 218.

<sup>3</sup> *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 842.

<sup>4</sup> RG Urteil vom 15.11.1907, RGZ 67, 86, 88 mit Nachweis aus dem römischen Recht; BGH, Urteil vom 16.3.1973 – V ZR 118/71, NJW 1973, 1234, 1235.

<sup>5</sup> Siehe zu den sich im Hinblick auf § 442 BGB ergebenden Fragestellungen im Zusammenhang mit einer Haftung aus culpa in contrahendo Teil C. Rn. 44 f. sowie im Zusammenhang mit Kaufrecht Teil D. Rn. 280 ff.

<sup>6</sup> *Grüneberg* in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 311 Rn. 27; siehe auch ausführlich zur möglichen vorvertraglichen Haftung beim Letter of Intent *Bergjan*, ZIP 2004, 395.

<sup>7</sup> Vgl. *Grüneberg* in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 311 Rn. 29 ff.

<sup>8</sup> Vgl. dazu auch *Picot* in: *Picot*, Unternehmenskauf und Restrukturierung, 3. Aufl. 2004, Teil I. Rn. 33; *Beisel/Klumpp*, Der Unternehmenskauf, 6. Aufl. 2009, 1. Kap. Rn. 49.

<sup>9</sup> BGH, Urteil vom 7.12.2000 – VII ZR 360/98, NJW-RR 2001, 381.

einen erfolgreichen Abschluss der Transaktion von vornherein eingeschränkt, da alle Bieter wissen, dass nur einer von ihnen den Zuschlag erhalten kann<sup>10</sup>. Doch sind gerade bei mittelständischen Unternehmensverkäufen Fälle denkbar, in denen der Verkäufer aus nicht nachvollziehbaren (privaten) Gründen den gesamten Verkaufsprozess abbricht, wobei sodann für einen Schadensersatzanspruch ein Verschulden nicht erforderlich ist; es genügt vielmehr, wenn das enttäuschte Vertrauen in zurechenbarer Weise erweckt worden ist<sup>11</sup>.

- beim Informations-Memorandum<sup>12</sup>: **Ausschreibung durch Privatperson**<sup>13</sup> und Gewährung fehlerhafter Information (im Falle des Unternehmensverkaufs denkbar durch Aufstellung von Verfahrensregularien für den weiteren Verkaufsprozess<sup>14</sup>);
  - Verletzung von **Aufklärungspflichten** oder **Mitteilung unrichtiger oder unvollständiger Informationen**<sup>15</sup> über den Kaufgegenstand (hinsichtlich der Beschaffenheiten des Kaufgegenstandes bilden die §§ 434–441 BGB zwar nach herrschender Meinung grundsätzlich eine abschließende Sonderregelung<sup>16</sup>, doch kommt bei anderen wertbildenden Merkmalen, wie beispielsweise Angaben über den Gewinn oder Umsatz eine Haftung nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB in Betracht<sup>17</sup>);
  - Verletzung von Sorgfalt- und Schutzpflichten.
- 5 Vor diesem Hintergrund sollte der **Verkäufer** darauf bedacht sein, die Rechte und Pflichten der Parteien aus und im Zusammenhang mit der vorvertraglichen Phase klar zu regeln, weil sich andernfalls für ihn nicht nur das *Risiko* der Verbreitung und Nutzung von Informationen über sein Unternehmen zu Wettbewerbszwecken ergibt, sondern sich auch seine Haftungsrisiken aus einer vorvertraglichen Haftung erhöhen. Macht hingegen der **Käufer** Fehler in der vorvertraglichen Phase, erhöht sich sein *Risiko*, ein marodes Unternehmen zu erwerben; zugleich reduziert sich seine *Chance*, für den Fall der durchgeführten Transaktion bei etwaigen Mängeln des gekauften Unternehmens Schadensersatz oder sonstige Rechte geltend zu machen.

**Praxishinweis:** Von besonderer praktischer Relevanz mit zum Teil erheblichen wirtschaftlichen Auswirkungen sowohl beim Verkäufer als auch beim Käufer ist insofern eine professionell organisierte und dokumentierte Due-Diligence-Prüfung sowie deren Verzahnung mit den Regelungen des Kaufvertrages<sup>18</sup>.

- 6 Je nach Art und Ausmaß der Verletzung vorvertraglicher Pflichten kommen als **Anspruchsgrundlagen** (vor allem des Käufers) in Betracht:
- §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB („**culpa in contrahendo**“ – Verschulden bei Vertragsschluss), insbesondere auch bei Arglist und Zurechnung des Verhaltens Dritter über §§ 278, 166 BGB<sup>19</sup>;
  - §§ 434 ff. BGB (**gesetzliche Gewährleistung** beim Kauf, die zum Vertragsinhalt wird, wenn sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird)<sup>20</sup>;

<sup>10</sup> Feldmann-Gerber in: Rotthege/Wassermann, Unternehmenskauf bei der GmbH, 2011, Kap. 3 Rn. 40.

<sup>11</sup> Vgl. Grüneberg in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 311 Rn. 33.

<sup>12</sup> Siehe dazu Teil C. Rn. 51 ff.

<sup>13</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 21.2.2006 – X ZR 39/03, NJW-RR 2006, 963 sowie OLG München, Urteil vom 17.1.2007-7 U 2759/06, BeckRS, 04689.

<sup>14</sup> Eine Haftung verneinend Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 14. Aufl. 2010, Rn. 132 f.; vgl. dazu auch Lips/Stratz/Rudo in: Hettler/Stratz/Hörtnagel, Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf, 2004, § 4 Rn. 17 f.

<sup>15</sup> Vgl. dazu speziell auch im Hinblick auf Bieterverfahren Louven/Böckmann, ZIP 2004, 445.

<sup>16</sup> Vgl. Grüneberg in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 311 Rn. 41.

<sup>17</sup> Vgl. insbesondere im Hinblick auf fehlerhafte Angaben zu Umsatz und Gewinn BGH, Urteil vom 18.3.1977 – I ZR 132/75, NJW 1977, 1538; vgl. dazu auch Grüneberg in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 311 Rn. 41 sowie ausführlich zur Abgrenzung der culpa in contrahendo zur kaufrechtlichen Gewährleistung Teil C. Rn. 23 ff. sowie Teil D. Rn. 300 ff.

<sup>18</sup> Siehe dazu ausführlich unten Teil C. Rn. 111 ff.

<sup>19</sup> Siehe dazu Teil C. Rn. 9 ff.

<sup>20</sup> Siehe dazu ausführlich Teil D. Rn. 238 ff.

- § 280 Abs. 1 BGB (positive Vertragsverletzung)<sup>21</sup>;
- § 311 Abs. 1 i. V. m. §§ 280, 281 BGB (aus **vertraglich vereinbarter Garantie**)<sup>22</sup>;
- §§ 123, 142, 812 ff. BGB (**Anfechtung wegen Arglist**)<sup>23</sup>.

Als **Rechtsfolgen** können sich dann ergeben<sup>24</sup>:

- **Schadens- und Aufwendungsersatz** (verschuldensabhängig)<sup>25</sup> aus kaufrechtlicher Gewährleistung;
- **Rücktritt oder Minderung** (verschuldensunabhängig)<sup>26</sup> aufgrund kaufrechtlicher Gewährleistung;
- **Schadensersatz (verschuldensunabhängig)**<sup>27</sup> bei Vereinbarung selbständiger Garantien oder von Beschaffenheitsgarantien;
- **Ersatz des Vertrauensschadens** bei Haftung aus culpa in contrahendo (ggf. auch wegen Abstandnahme von einem anderen Geschäft im Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages<sup>28</sup>) sowie Rücktritt vom Vertrag nebst Rückabwicklung des Kaufvertrages;
- **bereicherungsrechtliche Rückabwicklung**<sup>29</sup> bei Anfechtung des Kaufvertrages wegen arglistiger Täuschung;

Allerdings bestehen hier zahlreiche **Konkurrenzen** der einzelnen Regelungssysteme, vor allem zwischen den Spezialregelungen der kaufrechtlichen Gewährleistung gemäß §§ 434 ff. BGB einerseits und den aus den dadurch grundsätzlich verdrängten Ansprüchen aus culpa in contrahendo, dem Eigenschaftsirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB, dem Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB sowie der positiven Vertragsverletzung nach § 280 Abs. 1 BGB andererseits<sup>30</sup>.

**Vorstände und Geschäftsführer** sowohl von Käufer und Verkäufer als auch gegebenenfalls des zu verkaufenden Zielunternehmens müssen zudem prüfen, 8

- ob sie im Rahmen ihrer Sorgfaltspflichten aus § 43 Abs. 1 GmbHG, § 93 Abs. 1 AktG eine Verpflichtung zur Durchführung einer Due Diligence Prüfung trifft<sup>31</sup>,
- welche Haftungsrisiken sich für ihr Unternehmen ergeben sowie
- welche Haftungsrisiken sie gegebenenfalls dabei persönlich eingehen<sup>32</sup>.

### 3. (Vorvertragliche) Pflichten des Verkäufers und Haftung aus c. i. c.

Beim Unternehmenskauf im Vorfeld des eigentlichen Vertragsschlusses geht es um Informationsgewährung (*Huber* bezeichnet dies als das zentrale Problem des Unternehmenskaufs<sup>33</sup>). Obwohl nach der Auffassung des Bundesgerichtshofes die kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften grundsätzlich eine abschließende Sonderregelung bilden<sup>34</sup>, und zwar insbesondere im Falle der **Nichtangabe oder Angabe von Sacheigenschaften betreffend den Kaufgegenstand** durch den Verkäufer<sup>35</sup>, erlegt die Rechtsprechung dem 9

<sup>21</sup> Siehe dazu Teil D. Rn. 307.

<sup>22</sup> Siehe dazu ausführlich Teil D. Rn. 317 ff.

<sup>23</sup> Siehe dazu Teil C. Rn. 14 ff.

<sup>24</sup> Vgl. dazu auch *Semler* in: Hölters, Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs, 7. Aufl. 2010, Teil VII Rn. 16 m. w. N.

<sup>25</sup> Siehe dazu Teil D. Rn. 274 ff.

<sup>26</sup> Siehe dazu Teil D. Rn. 269 ff.

<sup>27</sup> Siehe dazu Teil D. Rn. 351 ff.

<sup>28</sup> BGH, Urteil vom 17.4.1984 – VI ZR 191/82, NJW 1984, 1950.

<sup>29</sup> Siehe dazu auch Teil D. Rn. 311 ff.

<sup>30</sup> Siehe dazu Teil D. Rn. 299 ff. sowie Teil C. Rn. 42 f.

<sup>31</sup> Siehe dazu ausführlich Teil C. Rn. 73 ff.

<sup>32</sup> Vgl. dazu noch ausführlich unten Teil C. Rn. 76 ff.

<sup>33</sup> Vgl. *Huber*, AcP Bd. 202 (2002), 179, 180.

<sup>34</sup> Siehe zum Konkurrenzverhältnis der kaufrechtlichen Gewährleistung zur culpa in contrahendo ausführlich Teil C. Rn. 23 ff. sowie Teil D. Rn. 300 ff.

<sup>35</sup> BGH, Urteil vom 16.3.1973 – V ZR 118/71, NJW 1973, 1234.

Verkäufer in der vorvertraglichen Phase auch Aufklärungspflichten auf, die sowohl für diese Phase als auch den Inhalt des Vertragsschlusses selbst gelten und somit quasi phasenübergreifend in die kaufvertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien hineinwirken und für den Verkäufer im Hinblick auf eine fahrlässige oder vorsätzliche culpa in contrahendo potenziell haftungsrelevant sind<sup>36</sup>.

beck-shop.de

#### a) Fahrlässige Aufklärungspflichtverletzung und Falschangaben

- 10 Im Grundsatz besteht nach der Rechtsprechung des BGH regelmäßig keine Pflicht einer Partei, von sich aus ungefragt einen anderen vor oder bei Vertragsschluss über das damit verbundene Risiko zu unterrichten. Vielmehr darf jedermann grundsätzlich davon ausgehen, dass sich sein künftiger Vertragspartner selbst über die Umstände, die für dessen Vertragsscheidung maßgeblich sind, sowie über Art und Umfang seiner Vertragspflichten im eigenen Interesse Klarheit verschafft hat<sup>37</sup>.

**Beachte:** Diesen Grundsatz zur vorvertraglichen Haftung darf man allerdings im Hinblick auf eine etwaige Haftung des Verkäufers nicht fehlinterpretieren: Der Verkäufer haftet nämlich grundsätzlich (Ausnahme: § 442 Abs. 1 S. 2 BGB) unabhängig von einer etwaigen vorvertraglichen Haftung nach der gesetzlichen Gewährleistung völlig losgelöst von einer etwaigen Aufklärungspflichten oder einer Untersuchung des Kaufgegenstandes durch den Käufer. Nur bei einem beiderseitigen Handelskauf und erst bei Übergabe des Kaufgegenstandes muss der Käufer den Kaufgegenstand gemäß § 377 HGB untersuchen und etwaige Mängel rügen.

Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang den Verkäufer Aufklärungspflichten treffen, kann nicht generell beantwortet werden<sup>38</sup>. Die Rechtsprechung entscheidet auf Grundlage der Umstände des Einzelfalles<sup>39</sup>. Gleichwohl können **Leitlinien** aufgezeigt werden, anhand derer ein Verkäufer seine Haftungsrisiken zu reduzieren vermag<sup>40</sup>. Nach der Rechtsprechung bestehen für den Verkäufer bei einem Verkauf – also unabhängig vom Kaufgegenstand Unternehmen – **Aufklärungspflichten**, wenn

- der **Käufer** im Hinblick auf einen Sachverhalt **Fragen stellt**<sup>41</sup>,
- bei Umständen, die **offensichtlich für den Käufer von ausschlaggebender Bedeutung** sind<sup>42</sup>, wobei den **Verkäufer eines Unternehmens gesteigerte Aufklärungspflichten** treffen<sup>43</sup> und der BGH für die Frage der Wesentlichkeit des Mangels (dann Aufklärungspflicht des Verkäufers) nicht auf die subjektiven Vorstellungen des Käufers abstellt, sondern **rein objektiv** darauf, ob ein verständiger Verkäufer damit rechnen muss, dass der verschwiegene Mangel Einfluss auf die Entscheidung des Käufers hat<sup>44</sup> oder
- der Verkäufer **besonderes Vertrauen** in Anspruch genommen hat.

<sup>36</sup> Vgl. auch zur vorvertraglichen Pflichtverletzung *Hasselbach/Ebbinghaus*, DB 2012, 216.

<sup>37</sup> BGH, Urteil vom 24.3.2010 – VIII ZR 122/08, NJW-RR 2010, 1436, 1437.

<sup>38</sup> Vgl. zu den Pflichten aus § 311 Abs. 2 BGB ausführlich im Zusammenhang mit dem Letter of Intent *Berjjan*, ZIP 2004, 395 sowie im Hinblick speziell bei der Veräußerung von Altlastengrundstücken *Lang/Hunke*, NJOZ 2009, 2508.

<sup>39</sup> Vgl. die exzellente Zusammenstellung von Urteilen zur Haftung wegen Aufklärungspflichtverletzungen bei *Wächter*, M&A Litigation – Transaktionsstreitigkeiten, 1. Aufl. 2012, Rn. 498 ff.

<sup>40</sup> Vgl. zum Umfang der Aufklärungspflichten beim Unternehmenskauf auch *Elfring*, JuS-Beilage 2007, 3, 13 ff.

<sup>41</sup> BGH, Urteil vom 15.7.2011 – V ZR 171/10, NJW 2011, 3640, 3641; BGH, Urteil vom 27.3.2009 – V ZR 30/08, NJW 2009, 2120; vgl. auch *Elfring*, JuS-Beilage 2007, 3.

<sup>42</sup> Vgl. dazu BGH, Urteil vom 5.10.1988 – VII ZR 222/87, NJW-RR 1989, 306; BGH, Urteil vom 28.11.2001 – VIII ZR 37/01, NJW 2002, 1042.

<sup>43</sup> BGH, Urteil vom 4.4.2001 – VIII ZR 32/00, NJW 2001, 2163; BGH, Urteil vom 28.11.2001 – VIII ZR 37/01, NJW 2002, 1042.

<sup>44</sup> BGH, Urteil vom 15.7.2011 – V ZR 171/10, NJW 2011, 3640, 3641; vgl. auch die Anmerkung dazu von *Wéber*, NJW 2011, 3642.



Bezogen auf den Unternehmenskauf hat sich der Bundesgerichtshof wiederholt mit der Fallgruppe der offensichtlich für den Käufer wesentlichen Umstände befasst, also mit Fällen, in denen den Verkäufer auch **ohne Fragen des Käufers Aufklärungspflichten** treffen:

- Fehlen einer wesentlichen behördlichen Genehmigung<sup>45</sup>;
- den Verkäufer eines Computerunternehmens trifft eine Aufklärungspflicht, wenn kurz vor Vertragsschluss 40% des vorher übliche Umsatzes durch Kündigungen entfallen ist<sup>46</sup>;
- Offenlegung sämtlicher Verbindlichkeiten bei finanziell angespannter Lage einer GmbH, insbesondere dann, wenn diese erst in ihrer Gesamtheit die Insolvenzzureife der Gesellschaft begründen<sup>47</sup>;
- Aufklärungspflicht darüber, dass das Zielunternehmen in den vergangenen Geschäftsjahren Verluste erwirtschaftet hat<sup>48</sup>;
- Schwierigkeiten hinsichtlich der Ertragslage bzw. drohende oder bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung des Zielunternehmens<sup>49</sup>.

Den Verkäufer trifft allerdings **keine uneingeschränkte Aufklärungspflicht** über alle für den Käufer erheblichen Umstände, schon weil dies mit Rücksicht auf die stets widerstreitenden Interessen zwischen Käufer und Verkäufer nicht verlangt werden kann<sup>50</sup>.

Des Weiteren differenziert der Bundesgerichtshof – bei Aufklärungspflichten ganz allgemein – danach, ob bei einer Besichtigung **ohne weiteres erkennbare Mängel** auch dem Käufer ins Auge springen (dann keine gesonderte Aufklärung erforderlich) und den Konstellationen, in denen dem Käufer auf andere Weise die **Möglichkeit** gegeben wird, **sich Kenntnis von einem Mangel des Kaufobjekts zu verschaffen**. Mit Blick auf **übergebene Unterlagen**, aus denen sich die Mangelhaftigkeit der Sache ergibt, ist nach Auffassung des Bundesgerichtshofs eine Gleichstellung mit den ohne weiteres erkennbaren Mängeln nur dann gerechtfertigt, wenn ein Verkäufer **aufgrund der Umstände die berechnete Erwartung haben kann, dass der Käufer die Unterlagen als Grundlage seiner kaufmännischen Entscheidung durchsehen wird**<sup>51</sup>. Diese – zum Erwerb eines Hausgrundstücks ergangene – Entscheidung könnte für einen Unternehmenskauf durchaus dahingehend aufzufassen sein, dass der Verkäufer mit Offenlegung der für die Kaufentscheidung relevanten Unterlagen an den Käufer **im Rahmen einer Due-Diligence-Prüfung seine Aufklärungspflichten erfüllt**, vorausgesetzt freilich, dass er keine wesentlichen Umstände verheimlicht oder den Käufer aktiv täuscht<sup>52</sup>. Auch finden sich in der Rechtsprechung Aussagen dazu, dass bei einem sachkundig unterstützten Käufer Aufklärungspflichten des Verkäufers entfallen oder zumindest aber reduziert sein können<sup>53</sup>.

Macht der Verkäufer oder eine Person, derer er sich zur Erfüllung seiner vorvertraglichen Pflichten bedient<sup>54</sup>, Angaben (und zwar ggf. auch ohne dazu verpflichtet gewesen zu sein<sup>55</sup>), die für den Kaufabschluss des anderen Teils von Bedeutung sein können, müssen darüber hinaus auch **die erteilten Auskünfte** des Verkäufers, gleich ob freiwillig oder auf Nach-

<sup>45</sup> BGH, Urteil vom 8.12.1989 – V ZR 259/87, NJW 1990, 1661.

<sup>46</sup> BGH, Urteil vom 6.12.1995 – VIII ZR 192/94, NJW-RR 1996, 429.

<sup>47</sup> BGH, Urteil vom 4.3.1998 – VIII ZR 378/96, NZG 1998, 506.

<sup>48</sup> BGH, Urteil vom 28.11.2001 – VIII ZR 37/01, NJW 2002, 1042.

<sup>49</sup> BGH, Urteil vom 4.4.2001 – VIII ZR 32/00, NJW 2001, 2163.

<sup>50</sup> BGH, Urteil vom 12.11.1969 – I ZR 93/67, NJW 1970, 653, 655.

<sup>51</sup> BGH, Urteil vom 12.11.2010 – V ZR 181/09, MittBayNot 2011, 133.

<sup>52</sup> Siehe zu einer etwaigen Pflicht zur Due-Diligence-Prüfung bzw. der Pflicht, eine solche zu ermöglichen Teil C. Rn. 74.

<sup>53</sup> OLG Koblenz: Urteil vom 18.11.2009-1 U 159/09, Beck RS 2010, 18844 zum Erwerb eines Hausgrundstücks.

<sup>54</sup> Siehe zur Zurechnung nach §§ 278, 166 BGB Teil C. Rn. 18 ff.

<sup>55</sup> Vgl. dazu *Wächter*, M&A Litigation – Transaktionsstreitigkeiten, 1. Aufl. 2012, Rn. 494 ff.



fragen erteilt, in jedem Fall **zutreffen**; anderenfalls verletzt der Verkäufer Sorgfalts- und Aufklärungspflichten<sup>56</sup>. Zudem müssen die Auskünfte **vollständig** sein<sup>57</sup>.

Die vorstehenden Maßstäbe der Richtigkeit und Vollständigkeit gelten auch, wenn der Verkäufer freiwillig Angaben macht, wobei er sich später dann nicht darauf berufen kann, er sei ja gar nicht zur Aufklärung verpflichtet gewesen<sup>58</sup>. Freiwillige Angaben erhöhen damit das Haftungsrisiko.

**Praxisinweis:** Aus Sicht des **Käufers** empfiehlt sich eine Garantieerklärung dahingehend, dass alle gewährten Auskünfte „richtig, vollständig und nicht irreführend“ sind, weil dadurch für einen etwaigen Schadensersatzanspruch das Verschuldenserfordernis entfällt. Ist eine solche Regelung nicht im Kaufvertrag enthalten, könnte sich der Verkäufer gegebenenfalls gemäß § 280 Abs. 1 S.2 BGB von einer Haftung befreien, wenn er nachweist, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Andererseits kann eine solche Garantie für den **Verkäufer** zu einer nicht unerheblichen und nur schwer kontrollierbaren Ausweitung seiner Haftung führen, weil diese generalklauselartige Erklärung für ihn das Risiko mit sich bringt, die an anderer Stelle verhandelte Eingrenzung der Garantieverprechen zu konterkarieren<sup>59</sup>.

**Formulierungsvorschlag (Käufersicht):** „Alle dem Käufer und seinen Beratern seitens des Verkäufers vor der Unterzeichnung dieses Vertrages zur Verfügung gestellten Informationen sind in jeder Hinsicht richtig, vollständig und nicht irreführend. Sie verschweigen keine Tatsachen in Bezug auf den Kaufgegenstand oder die übernommenen Verbindlichkeiten, Eventualverbindlichkeiten, Verpflichtungen, sonstigen Risiken oder Vertragsverhältnisse, die für die konkret gegebene Information bedeutsam sind oder die der Käufer für seine Kaufentscheidung kennen sollte. Es liegen nach bestem Wissen des Verkäufers sowie von Herrn [...] und Frau [...] keine wesentlichen Tatsachen oder Umstände vor, die in Zukunft einen wesentlichen nachteiligen Einfluss auf den Kaufgegenstand haben könnten, mit Ausnahme von allgemeinen konjunktur- oder marktbedingten Entwicklungen.“

Werden Aufklärungspflichten verletzt oder Falschangaben gemacht, bedarf es für einen Schadensersatzanspruch des Käufers eines **Verschuldens** des Verkäufers oder eines seiner Erfüllungsgehilfen. Hierfür genügt bereits einfache Fahrlässigkeit.

**Praxisinweis:** Werden im Unternehmens- bzw. Anteilskaufvertrag keine selbständigen (verschuldensunabhängigen) Garantien vereinbart, sondern lediglich Beschaffenheitsvereinbarungen getroffen, sollte der Verkäufer versuchen, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB abzubedingen oder als abgemilderten (rein subjektiven) Verschuldensmaßstab die „eigenübliche Sorgfalt“ i. S. v. § 277 BGB zu vereinbaren.

Hinsichtlich der Beweislastverteilung ist aus Verkäufersicht zu beachten, dass zwar der Käufer die **Darlegungs- und Beweislast** für etwaige Falschangaben des Verkäufers trägt, dass aber er bei einer vom Käufer behaupteten unterlassenen Aufklärung die sekundäre Darlegungslast für die konkrete räumliche, zeitliche und inhaltliche Aufklärung des Käufers trägt<sup>60</sup>.

#### b) Vorsätzliche culpa in contrahendo/arglistige Täuschung gemäß § 123 BGB

- 14 Im Hinblick auf das an sich abgeschlossene Haftungssystem eines Unternehmenskaufvertrages erscheint folgender Aspekt für das Haftungsrisiko des Verkäufers bzw. die Chance des

<sup>56</sup> BGH, Urteil vom 15.7.2011 – V ZR 171/10, NJW 2011, 3640, 3641; BGH, Urteil vom 26.9.1997 – V ZR 29/96, NJW 1998, 302 m. w. N. aus der Rechtsprechung; vgl. auch zur Haftung des Verkäufers für falsche Auskünfte über den Wert des Unternehmens Müller, ZIP 2000, 817; Picot in: Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung, 3. Aufl. 2004, Teil I. Rn. 48.

<sup>57</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 27.3.2009 – V ZR 30/08, NJW 2009, 2120.

<sup>58</sup> Vgl. Wächter, M&A Litigation – Transaktionsstreitigkeiten, 1. Aufl. 2012, Rn. 496.

<sup>59</sup> Vgl. auch Brück/Sinewe, Steueroptimierter Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2010, § 5 Rn. 235; vgl. dazu auch Huber, AcP Bd. 202 (2002), 179, 209.

<sup>60</sup> BGH, Urteil vom 15.7.2011 – V ZR 171/10, NJW 2011, 3640, 3641 f.; vgl. dazu auch Wächter, M&A Litigation – Transaktionsstreitigkeiten, 1. Aufl. 2012, Rn. 587 f.