

Der Unternehmenskauf nach der Schuldrechtsreform

I. Einleitung

Das Schuldrechtsreformgesetz, das zum 1.1.2002 in Kraft getreten ist, führt zu wesentlichen Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), die sich maßgebend auf die Vorschriften des Allgemeinen Schuldrechts und Teile des Besonderen Schuldrechts, insbesondere auch auf das Kaufrecht und damit auf die Regelungen in Unternehmenskaufverträgen auswirken.

Die nachfolgenden Ausführungen sollen einen kurzen Überblick über die neuen Vorschriften und die wesentlichen Änderungen für die Praxis des Unternehmenskaufs vermitteln.

II. Rechtliche Ausführungen

1. Der Unternehmenskauf nach altem Schuldrecht

Beim Unternehmenskauf wurden nach dem alten Schuldrecht die Übertragung der Wirtschaftsgüter eines Unternehmens im Wege des „Asset Deals“ (Einzelrechtsnachfolge ohne Rechtsträger) die Sachkaufregelungen der §§ 459 ff. BGB a.F. analog angewandt. Bei der Übertragung im Wege des „Share Deals“ (aller oder bestimmter Geschäftsanteile) war hingegen ungeklärt, ab welcher Anteilsquote deren Kauf – wegen der vermittelten Beherrschung – der Kauf des Unternehmens insgesamt gleichkam und deshalb wie ein Sachkauf (wenn nicht: Rechtskaufregelung des § 437 I BGB) zu behandeln war.

Diese und eine Reihe weiterer aus Sicht der Praxis für den Unternehmenskauf unzulänglicher Regelungen des alten Schuldrechts (kein gesetzliches Nachbesserungsrecht, unerwünschte Wandelung, zu kurze Verjährung etc.) führten dazu, dass in Unternehmenskaufverträgen zwischen den Parteien regelmäßig vom Gesetz losgelöste Regelungen getroffen wurden. So wurden insbesondere umfassende, individuell ausgehandelte Gewährleistungsrechte in Form selbständiger Garantien des Verkäufers für wesentliche Verhältnisse des Unternehmens, die vorrangige Verpflichtung des Verkäufers zur Herstellung des garantierten Zustands (Nachbesser-

zung), Haftungsbeschränkungen (keine Bagatellschäden und Beschränkung auf wirtschaftlich vertretbares Höchstmaß) sowie angemessene Verjährungsfristen vereinbart.

2. Der Unternehmenskauf nach neuem Schuldrecht

Auch wenn durch das neue Schuldrecht wesentliche Rechtsfragen für den Bereich des Unternehmenskaufs gelöst wurden, ist aufgrund der bestehenden Praxis nicht damit zu rechnen, dass von den Parteien nunmehr in den Unternehmenskaufverträgen hinsichtlich der Leistungsstörungenrechte auf die neuen gesetzlichen Regelungen verwiesen wird. Vielmehr werden die Parteien – soweit dies rechtlich zulässig ist – wohl auch weiterhin eigene (vom Gesetz abweichende) vertragliche Gewährleistungsregelungen treffen.

- a. In Grundzügen soll an dieser Stelle – weil es für den Fall der Nichtregelung im Unternehmenskaufvertrag bzw. soweit ausnahmsweise Änderungen im Unternehmenskaufvertrag aufgrund der gesetzlichen Neuregelung erforderlich sind – auf die betreffenden Regelungen des neuen Schuldrechts eingegangen werden.
 - (1) Die Unterscheidung zwischen „Asset Deal“ und „Share Deal“ – und damit die Frage, ob hinsichtlich der Gewährleistung die Regelungen des Sach- oder des Rechtskaufs anzuwenden ist – hat nach dem neuen Recht keine Bedeutung mehr, weil gemäß § 453 I BGB die Vorschriften über den Kauf von Sachen auf den Kauf von Rechten und „sonstigen Gegenständen“; unter die auch Unternehmen und Unternehmensteile fallen, entsprechende Anwendung finden.
 - (2) Über § 437 BGB finden nunmehr weitgehend die Grundsätze des allgemeinen Leistungsstörungenrechts und damit als zentraler Begriff die „Pflichtverletzung“ Anwendung. Eine solche ist gegeben, wenn das Unternehmen nicht mangelfrei – also entsprechend der (ausdrücklichen oder konkludenten) Beschaffenheitsvereinbarung insbesondere auf der Grundlage der durchgeführten Due Diligence – übergeben wird (vgl. § 434 I 1 BGB). Beim Unternehmenskauf ist daher wegen der nicht mehr erforderlichen Unterscheidung zwischen Sach- und Rechtskauf (s.o.) nunmehr irrelevant, ob ein fehlerbegründender Umstand dem Unternehmen auf Dauer anhaftet oder – weil bereits kleinste Mängel gewährleistungsbegründend sind – die Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit erheblich ist. Liegt eine Beschaffenheitsvereinbarung nicht vor, ist auf die Tauglichkeit für die vertraglich vorausgesetzte bzw. die gewöhnliche Verwendung abzustellen (§ 434 I 2 Nr. 1 und 2 BGB).

Die Frage der Erheblichkeit bleibt allerdings insoweit relevant, als bei lediglich unerheblichen Pflichtverletzungen der sog. große Schadensersatz (§§ 281 I 3, 280 III BGB) und der Rücktritt (§ 323 V 2 BGB) ausgeschlossen sind. In den Unternehmenskaufverträgen dürften jedoch das Rücktrittsrecht – wie früher die Wandelung wegen

der nicht gewollten Rückabwicklung – sowie der große Schadensersatz wegen der drohenden unbegrenzten Haftung generell ausgeschlossen werden.

- (3) Liegt ein Mangel vor, so muss der Käufer nunmehr dem Verkäufer – wie dies bei den Unternehmenskaufverträgen bereits üblich war (s.o.) – zunächst die Möglichkeit zur Nacherfüllung einräumen (§§ 437 Nr. 1, 439 BGB). Ergänzend können die Parteien die Modalitäten der Nacherfüllung, z.B.

- Einschränkungen und Erweiterungen von Nacherfüllungspflichten und Nacherfüllungsrechten,
- die Festlegung von Fristen für die Nacherfüllung, wobei die Verjährungsfrist – sofern der Unternehmenskaufvertrag keine abweichende Regelung enthält – gemäß § 438 BGB zwei Jahre ab Ablieferung der Sache beträgt; zumindest für den „Share Deal“ sollte im Unternehmenskaufvertrag eine außerdem eine klarstellende Regelung des Beginns der Verjährungsfrist erfolgen, sowie
- Mitwirkungspflichten einer oder beider Parteien

im Kaufvertrag regeln.

Erst wenn die Nacherfüllung (nach zwei erfolglosen Versuchen) fehlgeschlagen ist oder vom Verkäufer verweigert wird, kann der Käufer vom Kaufvertrag zurücktreten bzw. stattdessen den Kaufpreis mindern (§§ 437 Nr. 2, 440, 441 BGB; die früher mögliche Wandelung ist nun nicht mehr vorgesehen). Der Käufer kann auch Schadensersatz oder den Ersatz vergeblicher Aufwendungen geltend machen (§ 437 Nr. 3 BGB). Hierbei ist zu prüfen, ob dem Verkäufer eine Pflichtverletzung (§ 280 BGB) vorgeworfen werden kann.

- (4) Mit der Neuregelung ist die oft schwierige Unterscheidung zwischen Mangelschäden und Mangelfolgeschäden ebenso entbehrlich geworden wie die besonderen Regelungen für die Schadensersatzansprüche des Käufers wegen des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft und wegen arglistigen Verschweigens eines Fehlers sowie der Schadensersatz wegen positiver Forderungsverletzung.

Obwohl die zugesicherte Eigenschaft nunmehr in der Beschaffenheit aufgeht, bleibt sie insoweit von Bedeutung, als es das Erfordernis des Verschuldens betrifft. Denn durch die Zusicherung wird – nach wohl herrschender Ansicht – das Vertrauen des Käufers in die verbindliche Zusage des Verkäufers geschützt, die Kaufsache werde die vereinbarte Beschaffenheit besitzen, weshalb im Falle der Bejahung der Zusicherung einer Eigenschaft der Verkäufer für das Fehlen der Eigenschaft unabhängig vom Verschulden (§ 276 BGB) einzustehen hat.

- b. Die Schuldrechtsreform hat jedoch zumindest eine wesentliche Änderung für die Praxis des Unternehmenskaufs zur Folge. Denn in Unternehmenskaufverträgen ist es – wie oben bereits kurz erwähnt wurde – üblich, vom Verschulden des Verkäufers unabhängige Garantien (representations and warranties) für wesentliche, das Unternehmen betreffende Umstände zu vereinbaren (z.B. rechtmäßige Errichtung und Bestehen des Unternehmens, Angabe über Verbindlichkeiten, Anzahl der Mitarbeiter, Angabe über Beteiligungen, Vorliegen von Genehmigungen, Bestehen von Patent-, Marken- und Urheberrechten, anhängige Verfahren gegen das Unternehmen etc.). In diesem Zusammenhang werden regelmäßig Mindest- und Höchstbeträge festgelegt, bei deren Überschreiten (z.B. Bagatellgrenze von EUR 25.000,00) die Haftung des Verkäufers ausgelöst bzw. (als „Deckelung“ des Haftungsrisikos betragsmäßig nach oben) hinsichtlich des übersteigenden Teilbetrages ausgeschlossen ist.

Solche Klauseln sind möglicherweise nach dem neuen Schuldrecht nicht mehr wirksam. Denn neben der Neuregelung der Garantie für die Beschaffenheit und Haltbarkeit der Kaufsache in § 443 BGB wurde auch die Regelung des § 444 BGB eingeführt, wonach sich der Verkäufer u.a. auf eine Vereinbarung nicht berufen kann, durch welche die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden soll, wenn der Verkäufer eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat.

In der Literatur und der Beratungspraxis ist nun ein heftiger Streit darüber entstanden, welche Auswirkung die Regelung des § 444 BGB auf die üblicherweise in Unternehmenskaufverträgen getroffenen Garantiebeschränkungsklauseln hat.

- (1) Zunächst wird die Meinung vertreten, dass die Regelung des § 444 BGB generell nicht auf die bis ins Einzelne ausgehandelten Unternehmenskaufverträge anzuwenden sein soll. Dies wird damit begründet, dass es dieser dem Verbraucherschutz dienenden Vorschrift für den Unternehmenskauf nicht bedarf, sondern § 444 BGB nach dem Willen des Gesetzgebers lediglich den Rechtsgedanken der §§ 443, 476 BGB a.F. und des „venire contra factum proprium“ zum Ausdruck bringe, weshalb die gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen (außer beim für den Unternehmenskauf nicht relevanten Verbrauchsgüterkauf) grundsätzlich vertraglich ausgeschlossen oder beschränkt werden können.

Obwohl sich diese Überlegung teilweise auch der Gesetzesbegründung entnehmen lässt, kann man jedenfalls als Berater des Verkäufers wegen des insoweit entgegenstehenden eindeutigen Wortlauts des § 444 BGB (der keine entsprechende Ausnahme vorsieht) bis zur Vorlage höchstrichterlicher Rechtsprechung oder einer entsprechenden Klarstellung durch den Gesetzgeber nicht bestätigen, dass solche Haftungsbeschränkungen wirksam sind.

- (2) Andere vertreten die Auffassung, dass es sich bei den Garantievereinbarungen in Unternehmenskaufverträgen um „selbständige Garantien“ und nicht um „Beschaffenhheitsgarantien“ im Sinne des § 443 BGB handeln würde, weshalb die Vorschrift des § 444 BGB auf die Garantiebeschränkungsklauseln nicht anzuwenden sei. Dieser Ansicht steht jedoch entgegen, dass sich die Garantieerklärungen gerade auf Beschaffenheitsmerkmale des Unternehmens beziehen und die Differenzierung zwischen „selbständiger Garantie“ und „Beschaffenhheitsgarantie“ kaum nachvollziehbar erscheint.
- (3) Eine weitere Meinung in der Literatur stützt sich darauf, dass in den Unternehmenskaufverträgen tatsächlich keine Einschränkung der Garantieerklärungen stattfinden würde, sondern vielmehr lediglich – wenn auch in zwei oder mehr Klauseln im Vertrag – von vornherein eingeschränkte Garantien abgegeben würden, weshalb die Regelung des § 444 BGB nicht anwendbar sei. Sicherlich wird man – solange sich die Garantieerklärung/en und die Garantiebeschränkungsklausel/n wie bisher üblich in verschiedenen Paragraphen im Unternehmenskaufvertrag wiederfinden – formal einwenden können, dass es sich um eine Einschränkung der (zuvor in der vorstehenden Klausel abgegebenen) Garantie und nicht um eine bereits eingeschränkt abgegebene Garantieerklärungen handelt. Es ist daher zu überlegen, ob man die Garantiebeschränkung nicht bereits in die Garantieerklärung selbst einbauen sollte. Ob jedoch die Gerichte diesem – zugegebenermaßen interessanten – Ansatz folgen würden, kann nicht mit Bestimmtheit vorhergesagt werden.
- (4) Die Mehrheit der Berater versucht derzeit, eine Lösung der rechtlichen Unklarheit durch eine Vereinbarung der Beschaffenheitsmerkmale zu erreichen.

Allerdings enthalten beispielsweise entsprechende verschuldensabhängige Beschaffenheitsvereinbarungen zur Begrenzung der Haftung des Verkäufers im Unternehmenskaufvertrag für den Käufer den Nachteil, dass er nicht sicher sein kann, ob er auf Grund der Zusage von allen Risiken befreit ist, die mit dem zugesagten Umstand verbunden sind. Der Verkäufer könnte nämlich erfolgreich den Nachweis führen, dass ihn kein Verschulden an der Nichteinhaltung der Zusage treffe (z.B. bei Beschaffenheitsvereinbarungen im Hinblick auf bilanzielle Verhältnisse könnte sich der Verkäufer auf das Testat des Abschlussprüfers berufen).

Hingegen besteht bei Zusicherungen im Unternehmenskaufvertrag, auf Grund derer der Verkäufer für das Vorliegen einer solchen Beschaffenheit verschuldensunabhängig einstehen soll, ebenso wie bei der Garantievereinbarung das Risiko, dass die Gerichte diese unter Hinweis auf die Regelung in § 444 BGB (und der drohenden Umgehungsgefahr) für unwirksam erklären. Denn die in der Zusicherung enthaltene Abrede über die verschuldensunabhängige Haftung ist der Garantieerklärung im Ergebnis so ähnlich, dass sich eine Differenzierung kaum begründen lässt.

- (5) Zum Teil wird auch empfohlen, ein ausländisches Recht als auf den Unternehmenskaufvertrag anwendbar zu vereinbaren, nach dem solche Haftungsbeschränkungen zulässig sind. Einer solchen Lösung dürfte aber aus Sicht des deutschen internationalen Privatrechts – beim Unternehmenskauf zwischen Deutschen in Deutschland – die Regelung des Art. 27 III EGBGB entgegenstehen. Nach dieser Vorschrift darf durch die Wahl eines ausländischen Rechts nicht von den zwingenden Regelungen derjenigen Rechtsordnung abgewichen werden, zu welcher der Sachverhalt die einzige Verbindung hat.

Ebenso dürfte – was teilweise überlegt wird – wegen des zwingenden Charakters des § 444 BGB die Vereinbarung der alten Schuldrechtsregelungen nicht möglich sein.

- c. Eine dem § 444 BGB gegenüberstehende Regelung enthält § 442 I BGB. Danach sind – vergleichbar mit §§ 439 I, 460 BGB a.F. – die Gewährleistungsrechte des Käufers ausgeschlossen, wenn er den Mangel bei Abschluss des Kaufvertrages kannte. Bei Nichtkenntnis infolge grober Fahrlässigkeit kann der Käufer Gewährleistungsrechte nur geltend machen, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat (§ 442 I 2 BGB). Führt der Unternehmenskäufer eine Due Diligence durch und/oder vermutet er, dass die vertragliche Leistung nicht vereinbarungsgemäß erbracht werden wird, muss er sich gegebenenfalls entgegenhalten lassen, das Unternehmen gleichwohl grob fahrlässig gekauft zu haben.

Eine nicht sorgsam durchgeführte Due Diligence kann dem Käufer daher unter Umständen mehr schaden als nützen. Der Käufer sollte daher in jedem Fall auf eine vertragliche Haftungsübernahme des Verkäufers drängen, wenn bestimmte Beschaffenheitsmerkmale im Rahmen der Due Diligence nicht aufklärbar sind. Dies gilt insbesondere für die von der Praxis bevorzugte Lösung der § 444 BGB-Problematik über die – verschuldensabhängige oder verschuldensunabhängige – Vereinbarung von Beschaffenheitsmerkmalen (siehe hierzu die Ausführungen in der vorstehenden Ziffer II. 2. b. (4) auf Seite 5), weil die Nichtkenntnis infolge grober Fahrlässigkeit nur in jenen (hier nicht gegebenen) Fällen unbeachtlich ist, in denen der Verkäufer eine Garantie für die Beschaffenheit abgegeben hat.

III. Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass sich an der Praxis des Unternehmenskaufs und am Inhalt der Unternehmenskaufverträge auch nach der Schuldrechtsreform nur wenig ändern wird. Eine nennenswerte Änderung wird sich in den Unternehmenskaufverträgen allerdings wegen der neu im Gesetz geregelten §§ 442 bis 444 BGB im Zusammenhang mit der Beschränkung von Garantieerklärungen des Verkäufers für bestimmte Verhältnisse des zu veräußernden

Unternehmens ergeben. Insoweit ist klarzustellen, dass wohl keine der derzeit in der Literatur und Beratungspraxis vertretenen Auffassungen und propagierten Lösungsansätze zu rechtssicheren und für beide Parteien des Unternehmenskaufs befriedigenden Lösungen führt.

Vorzugswürdig erscheint in diesem Zusammenhang die Gestaltung der Garantieklausel dahingehend, dass diese in Form einer von vornherein (nach unten und oben) eingeschränkt erklärten, selbständigen Garantie gemäß §§ 311, 241 BGB abgegeben wird. Allerdings besteht auch bei einer solchen Klausel ein gewisses Risiko, dass die Beschränkung der Garantie von den Gerichten unter Hinweis auf die Regelung des § 444 BGB für unwirksam erklärt wird.