

# HGB II

Vertragsgestaltung und Haftung  
beim Unternehmenskauf

# Fall 1:

- V betreibt (in der Rechtsform des e.K.) eine Geisterbahn, mit der im Reisegewerbe als Schausteller tätig ist. Er veräußert dieses Unternehmen („mit Sack und Pack“) an K. Wenig später stellt sich heraus, dass
  - a) die Geisterbahn technische Mängel aufweist, so dass der TÜV den Betrieb stilllegt;
  - b) die Bilanz, die V dem K vor dem Kauf gezeigt hatte, zu Unrecht einen Gewinn auswies; tatsächlich wurde seit Jahren Verlust gemacht;
  - c) erhebliche Steuerschulden bestehen, für die K als Betriebsinhaber nach der AO haftet;
  - d) der Mitarbeiter M Alkoholiker ist und regelmäßig Geldbeträge aus der Kasse veruntreut.
- Hat K Ansprüche gegen V?

# Abwandlung:

- V betreibt die Geisterbahn nicht als e.K., sondern Betreiber ist die Ghost Unlimited GmbH, an der V 76% hält. Weiterer Gesellschafter ist der M, der nicht verkaufen möchte. K erwirbt daher von V den Anteil an der GmbH.
- Nachfolgend zeigen sich die im Fall 1 erwähnten Mängel.

# Anspruchsgrundlagen:

- §§ 123 oder 826 BGB denkbar
  - Aber Problem: Setzt Vorsatz voraus
  - Schwer nachzuweisen
- § 119 II?
  - Problem: Wertbildender Faktor?
  - Problem: Subsidiär ggü. Kaufrecht!
- §§ 241 II, 311 II (vulgo c.i.c.)
  - Denkbar, soweit Aufklärungspflicht bejaht werden kann
  - Dann Fahrlässigkeit ausreichend
  - Problem: Subsidiär ggü. Kaufrecht (hM: (+), außer bei Vorsatz)
- §§ 434 ff. anwendbar?

# In der Abwandlung:

- Was hat K erworben?
- Formal: GmbH-Anteil
  - Rechtskauf
- Umfang der gesetzlichen Gewährleistung:
  - Nur Verität, nicht Bonität des Rechts
  - Haftung des V nur für Bestand des Anteils und Freiheit von Rechten Dritter
  - Das liegt vor
- Unterschiedliche haftungsrechtliche Behandlung von „Asset Deal“ (Fall 1) und „Share Deal“ (Abwandlung)
  - Ist das richtig?
  - Wenn nein, Grenzziehung?

# Kernfrage:

- culpa in contrahendo oder Kaufrecht?
- § 311 II i.V.m. § 241 II einerseits oder §§ 434, 437 andererseits?
- Vorteile der c.i.c. für den Verkäufer:
  - Haftung nur bei Verschulden
  - Haftung nur auf das negative Interesse (nicht: auf korrekte Erfüllung)
  - Keine Pflicht zur Nachbesserung (§ 439 Nr. 1)
  - Keine Pflicht zur Rückabwicklung des Vertrages
- Nachteil:
  - Verjährung länger, §§ 195 ff. statt § 438.
- Näher zum Ganzen U.Huber, AcP 2002, 222 ff.

# Rechtsprechung zum Unternehmenskauf

- Alte Rechtsprechung (vor 2002) präferiert die c.i.c.
- Gründe:
- Tatbestand nach a.F.: *Fehler oder zugesicherte Eigenschaft*
  - Beides auf Umstände bezogen, die „*der Sache körperlich anhaften oder ihre Beziehung zur Umwelt betreffen*“.
  - Bei Unternehmen schwierig
- In der Rechtsfolgen:
  - Nur Wandlung (i.E. = Rücktritt) gegeben, daher unflexibel
  - Verjährungsfrist nur 6 Monate
- Ablehnung der §§ 433 ff. macht Weg frei für c.i.c.
  - Einige Kasuistik zu Aufklärungspflichten

# Rechtsprechung zum Unternehmenskauf

- Zahlreiche BGH-Fälle betreffen kleingewerblichen Bereich
- Ansonsten gesetzliche Regelung des BGB fast immer abbedungen
- Scheint für anwaltlich beratene Parteien nicht attraktiv zu sein
- Statt dessen hohe Bedeutung der Vertragsgestaltung
- Herausbildung einer üblichem Praxis der Vertragsgestaltung beim Unternehmenskauf



# Unternehmenskauf nach BGB

- § 453 I spricht dafür
- Reg.Begr. Schuldrechtsreform auch
- Weiter Beschaffenheitsbegriff in § 434
  - Beschaffenheit kann alles sein, was einer Vereinbarung zugänglich ist
  - „körperlich anhaften oder Beziehung zur Umwelt betreffen“ ist nicht mehr erforderlich
- Grds. also § 434 (+)
  - Sofern nicht abbedungen
  - Abbedingung möglich, da B2B-Geschäft.
  - Auch nach wie vor verbreitet
- Fortgeltung der wirtschaftlichen Betrachtung bei share deal

# Verbleibende Probleme

1. Mangelbegriff: Einzel- oder Gesamtbetrachtung?
  - Gekauft ist eine Sachgesamtheit, § 453 I
  - Kaufrecht gilt sinngemäß, also nicht 1 : 1
  - Macht ein Mangel von Einzelsachen die Sachgesamtheit mangelhaft?
  - Für Gesamtbetrachtung OLG Köln, DB 2009, 2259
  - Mangel danach nur, wenn Einzelmangel auf das Unternehmen „durchschlägt“
    - Betriebsablauf erheblich gestört, Zweckverfolgung beeinträchtigt
    - Hier wohl nur für Mangel 1 klar zu bejahen

# Verbleibende Probleme

2. Rückgriff auf § 434 I 2 Nr. 1 und 2 bei fehlender Beschaffenheitsvereinbarung:
  - Eignung zur *vertraglich vorausgesetzten* Verwendung
  - *Übliche Beschaffenheit* und Eignung zur *gewöhnlichen Verwendung*
- Kernfrage: Gibt es so etwas bei einem Unternehmen?
- Vertraglich vorausgesetzte Verwendung dürfte idR Fortführung sein
- Umstände, die Schließung erzwingen, können daher Sachmangel nach § 434 I 2 Nr. 1 sein
  - zB fehlende (und nicht zu erlangende) behördliche Genehmigung
  - zB objektive technische Untauglichkeit des Produktionsverfahrens

# Verbleibende Probleme

- „Übliche Beschaffenheit“ nach § 434 I 2 Nr. 2 bei Unternehmen schwer feststellbar
- Sehr individuelle Verhältnisse, zB:
  - Betriebsmittel nicht im Eigentum oder belastet
  - Altlasten auf dem Grundstück
  - Angaben zu Umsatz und Ertrag beruhen auf Sonderfaktoren
  - Latente, in der Bilanz nicht ersichtliche Steuerschulden
  - Belastungen aus Produkthaftung
- Lässt sich sagen, dass ein „normales“ Unternehmen solche Defizite nicht aufweist?
- Zudem verschuldensunabhängige Haftung hier problematisch.
  - Mangel muss für den Verkäufer nicht zwingend erkennbar sein.

# Verbleibende Probleme

## 3. Nachbesserungspflicht, § 439

- Wird zT bestritten wegen Leistungsausweitung zu Lasten des Verkäufers
- Aber wohl unvermeidliche Folge des Ansatzes bei § 434
  - Problem: Nachbesserung zT nicht möglich (Steuerschulden), zT nicht zielführend (Bilanz)
  - Problem: Verlust der Käuferrechte bei Selbstvornahme

## 4. Kennen und kennen müssen

- Grob fahrlässige Unkenntnis schadet dem Käufer, § 442
- Vorsatz lässt Haftungsausschluss entfallen, § 444
  - Berücksichtigung von Gehilfenverhalten und Wissenszurechnung
  - Siehe OLG Düsseldorf 16.06.2016, Az I-6 U 20/15, 6 U 20/15

## 5. Rücktritt

- Führt zur „Rückgabe“ des Unternehmens uU nach 2 Jahren
- Erhebliche Wertveränderungen zu erwarten
- Rückabwicklung nach § 346 sehr schwierig

# Gesamtbewertung Teil 1

- Unternehmenskauf nach BGB ist wenig attraktiv
  - Einzel/Gesamtbetrachtung str.
  - Reichweite der „üblichen Beschaffenheit“ bei Unternehmen unklar
  - Verbleibende Bedeutung von Aufklärungspflichten unsicher
- Keine hinreichende Transaktionssicherheit
  - Nachbesserung belastet Käufer und Verkäufer
  - Rücktritt keine angemessene Rechtsfolge
  - Bei SE Berechnungs- und Kausalitätsprobleme
- Keine angemessene Rechtsfolgen
- Anwaltliche Pflicht, davon abzuraten -> Aber was dann?

# Vertragliche Regelung

- BGB wird gänzlich ausgeschlossen
- An dessen Stelle tritt ein ausführlicher Vertrag
  - Regelt Rechte und Pflichten umfassend
  - Auch angepasste Rechtsfolgen und Verjährungsbestimmungen
- Auf das jeweilige Unternehmen zugeschnitten
  - Produktions-, Handels- und IT-Unternehmen stellen unterschiedliche Herausforderungen
  - Vertragsmuster nur bedingt hilfreich
    - Beispiel für den Kauf eines kleinen Handwerksunternehmens  
zB auf: [http://www.hwk-aachen.de/fileadmin/user\\_upload/downloads/mustervertraege/unternehmenskaufvertrag.pdf](http://www.hwk-aachen.de/fileadmin/user_upload/downloads/mustervertraege/unternehmenskaufvertrag.pdf)

# Regelungsbedürftige Punkte, Hauptgegenstand

- Kaufgegenstand
- Share oder Asset?
  - Wenn Asset, detaillierte Beschreibung nötig
  - Auch sachenrechtlich wichtig, da Einzelübertragung -> Bestimmtheitsgrundsatz
  - Nur Assets? Oder auch Verbindlichkeiten?
    - **An § 25 HGB denken**
- Mitwirkung Dritter erforderlich?
  - § 1365 BGB?
  - Gläubigerzustimmung bei Schuld- und Vertragsübernahme



# Hauptgegenstand, Fortsetzung

- Vertrag formbedürftig?
  - Grundstücke oder GmbH-Anteile enthalten -> ganzer Vertrag formbedürftig!
  - Ganzes Vermögen betroffen -> formbedürftig (auch GmbH, siehe OLG Hamm, 26.03.2010, 19 U 145/09, I-19 U 145/09)
- Preis -> fix oder variabel? Wenn variabel: Parameter? Länge des Betrachtungszeitraums? Earn Out? Wer entscheidet?
- Wettbewerbsverbot gegen Verkäufer
  - Bei stark personenabhängigen Unternehmen sinnvoll
    - Aber Problem: § 138 BGB iVm. Art. 12 GG
    - Aber Problem: Art. 1 GWB, Art. 101 AEUV
- Übergabestichtag!
  - Ganz wichtig, da das Unternehmen sich fortlaufend verändert
  - Maßgeblich für die Sollbeschaffenheit
    - Bilanziell (Zwischenbilanz, Übergabebilanz)
    - Warenbestand, Forderungen, Zustand des Inventars
    - Rücktritt im Fall höherer Gewalt (MAC-Klausel)

# Weitere Themen

- Gesellschaft:
  - Wirksam gegründet?
  - HR vollständig eingetragen?
  - Stille Beteiligungen Dritter?
  - Überschuldung, drohende Zahlungsunfähigkeit?
  - Anteile frei verfügbar?
  - Anteile vollständig und wirksam eingezahlt?
  - Verdeckte Ausschüttungen?
  - Ausschüttungen seit letztem Bilanzstichtag?
- Bilanzen:
  - Jahresabschlüsse vollständig und richtig?
  - Angemessene Berücksichtigung wertaufhellender Tatsachen?
  - Berücksichtigung vorhersehbarer Risiken?
  - Unveränderte und konstante Anwendung der Bilanzierungsgrundsätze?

# Weitere Themen

- Steuern
  - Alle Verpflichtungen erfüllt?
  - Alle Erklärungen abgegeben?
  - Vollständig und richtig?
  - Fällige Steuern entrichtet?
  - Keine Sperr- und Haltefristen im Lauf?
  - Keine Pflicht zur Erstattung von Subventionen?
- Vermögen
  - Eigentum an den Betriebsmitteln? Was geleast, gemietet? Was belastet, verpfändet?
  - Ordnungsgemäßer Zustand der Betriebsmittel
  - Umfang des Lagers
  - Grundbesitz: Belastungen, Umfang
  - Keine laufenden Verfügungen
  - Keine wesentlichen Veränderungen zwischen Unterschrift und Übergabe

# Weitere Themen

- Wichtige Verträge
  - Liste wesentlicher Verträge
  - Wirksam, durchsetzbar, Vertragsverletzung?
  - Kündigungsrecht des anderen Teils bei Verkauf? (Change of Control)
  - Zahlungsausfälle?
  - Laufende Gerichtsverfahren?
- Arbeitnehmer
  - Liste
  - Widerspruch gegen Betriebsübergang?
  - Laufende Arbeitsgerichtsverfahren?
  - Tarifbindung?
  - Betriebliche Übungen und Zusagen?
  - Betriebliche Altersversorgung?
  - Arbeitsverhältnisse rechtmäßig vollzogen?

# Weitere Themen

- Versicherungen:
  - Umfang?
  - Wirksamkeit? Bestand bei Verkauf?
  - Schadensfälle in der Abwicklung?
- Produkte:
  - Einhaltung technischer Normen?
  - Produktsicherheit, Compliance?
  - Ansprüche Dritter wegen Mängeln oder Produkthaftung?
- Verwaltungsrecht:
  - Erforderliche Genehmigungen?
  - Gewerberecht, Sicherheitsvorschriften beachtet?
  - Datenschutz in Bezug auf Kundendaten!
- Sonstiges:
  - Besondere Geschäftsvorfälle seit letztem Bilanzstichtag?
  - Wesentliche Verschlechterung zu erwarten?

# Haftungsregelung

- Ziel des Käufers ist, für alle genannten Punkte eine verschuldensunabhängige Haftung zu erreichen!
- Als Garantie (§ 444) oder Beschaffenheitszusage (§ 434)
  - Das „alles oder nichts- Problem“ bei § 444 ist durch Gesetzesänderung seit 2004 behoben (Ersetzung von „wenn“ durch „soweit“)
  - Warnung vor Garantie (so zT noch die Kommentare) unbegründet
- Wenn möglich auch mit Vergangenheitsbezug („war und ist“)
  - Auf Zusagen für Zukunft wird der Verkäufer sich nicht einlassen
  - Risikobereich des Käufers (dazu OLG SAH v. 24.4.12, 12 U 184/11) zu § 313
- Weigert sich der Käufer, verbleibt Garantie „nach bestem Wissen“
  - Verschuldensabhängige Zusage nach Art § 311
  - Besser als nichts
- Verhandlung über den Katalog als „Stunde der Wahrheit“

# Speziell: Bilanzgarantie

- Schwierig in der Formulierung, Beispiel:
- Harte/weiche bzw objektive/subjektive Garantie
  - JA muss nur vorhersehbare Risiken und Verluste berücksichtigen, § 252 I Nr. 4 HGB
  - „Bilanz ist richtig“ ist daher als Aussage nur bedingt verlässlich
- Weitergehende Garantien schwer formulierbar
  - Siehe OLG Frankfurt, BB 2016, 16 ff
- Problem auch: Rechtsfolge
  - Bilanzauffüllung?
  - Auch, wenn Position bei der Kaufpreisfindung nicht relevant?
  - Beahlt wird für den Ertrag, nicht für die Substanz!

# Die Bilanzgarantie

- Bilanzgarantie im Kaufvertrag lautet:
  - „Der Jahresabschluss 2014 ist mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes und unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften erstellt worden und vermittelt ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft“.
- Problem: Pflicht zur Bildung einer Rückstellung bereits im JA 2014?
  - Objektiv geboten:
    - Das Problem war da, objektiv drohte ein erheblicher Verlust (§ 249 I HGB)
  - Gegenargument: §§ 264 II, 249 I, 246 , 347 HGB
    - Wer auf den Jahresabschluss Bezug nimmt, will nicht mehr garantieren als die Einhaltung der Pflichten des HGB
    - Rückstellungen setzen aber Erkennbarkeit voraus
    - Bilanzgarantie umfasst nur Umstände, die bei Anwendung der kaufmännischen Sorgfalt erkennbar waren
    - Bei Wahlrechten und unklarer Rechtslage vertretbare Entscheidung des Bilanzerstellers
    - Normativ-Subjektiver Standard
- Bilanzgarantie normalerweise „weich“



# Weitergehende Garantie?

- Vertraglich natürlich möglich
  - Objektive Richtigkeit des JA
  - Übereinstimmung mit der wirklichen Sachlage
  - Unabhängig von Erkennbarkeit
- Hier gewollt?
  - OLG Frankfurt BB 2016, 16 ff.
    - Indiz Wortlaut: „den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild“
    - Indiz Vergleich mit § 264 II 1 HGB

# Wortlautvergleich

- Klauseltext:
  - „... vermittelt ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft“
- Gesetzestext:
  - „Der Jahresabschluss der Kapitalgesellschaft hat *unter Beachtung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung* ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Kapitalgesellschaft zu vermitteln.“
- OLG Frankfurt: Gotcha!
  - Abweichung vom Wortlaut des HGB indiziert weitergehenden Garantiewillen
  - Wesentliches subjektivierendes Merkmal fehlt
  - Garantieverletzung ist zu bejahen
- Fehlende sechs Worte kosten die Verkäufer Millionen
- Ist das richtig?

# Rechtsfolge Bilanzgarantie

- Rechtsfolge: Betrag der fehlenden Rückstellung als SE für den Käufer?
- Bilanzauffüllung als Naturalrestitution?
  - Eher nicht, gerade bei Rückstellungen nicht zielführend
- Oder Schadensersatz
  - In Gestalt einer Differenz zum hypothetischen Kaufpreis
  - In Gestalt einer Differenz zum objektiven Unternehmenswert
- Auch hier klare vertragliche Regelung sinnvoll.

# Haftungsregelung, Rechtsfolgen

- Rückabwicklung ausschließen!
  - Aufgrund Einwirkung des Käufers nicht mehr zumutbar
  - Wertersatz für Verbrauch und Verschlechterung kaum berechenbar
  - Begrenzung auf „Extremfälle“ ist Marktstandard
- Bei Verschuldenshaftung:
  - Beweislast regeln (§ 280 I 2), üblich ist Nachweis durch Käufer
  - Wissen Dritter → reicht § 278? Oder besser Namensliste?
- Ausschluss von § 442 und § 377 HGB
- Vorschaltung einer Nacherfüllung vor weitergehenden Rechtsbehelfen

# Haftungsregelung, Rechtsfolgen

- Hauptsächlicher Rechtsbehelf: Ausgleichsbetrag
  - Kosten der Mangelbeseitigung
  - Ersatz weiterer Schäden, einschl. entgangenen Gewinns?
  - Schadensberechnung substanz- oder ertragsbezogen?
- Rechte Dritter werden abgelöst
  - Mehraufwand
- Behördliche Auflagen werden erfüllt
- Für ein unwirksames Patent wird Ersatz beschafft
- Unter Berücksichtigung erlangter Vorteile
  - Pauschalierungen
  - Höchstbetrags- und Bagatellregelungen
  - Verjährung verkürzen (Vorschlag: 18 Monate ab Übergabe)

# Due Dilligence

- In der Praxis heute üblich
- Hintergrund des amerikanischen Kaufrechts:
  - Grds. keine Veräußerhaftung (caveat emptor)
  - Haftung nur für „Representations and Warranties“
- Legt Untersuchung des Kaufgegenstands nahe
- Übliche Praxis seitdem:
  - Detaillierte Untersuchung des Unternehmens durch den Käufer (Due Dilligence)
  - Darauf aufbauend Garantie- und Zusicherungsliste durch den Käufer („Wunschliste“)
  - Verhandlung über Umfang, Verschuldensabhängigkeit und Rechtsfolgen

# Sonderfragen bei Due Dilligence

- Problem dabei: Geheimhaltung
  - Interessent erfährt wesentliche Interna des Unternehmens
  - Was, wenn Vertrag dann doch nicht geschlossen wird?
  - Gefahr erheblicher Schäden!
- Käufernachteil bei unsorgfältiger oder unterlassener DD?
  - Nichtdurchführung schon grob fahrlässig?
  - Übersehen von zur Verfügung gestellten Informationen als grobe Fahrlässigkeit?

# Sonderfragen bei Due Dilligence

- In OHG; KG und GmbH Entscheidung der Gesellschafter einholen
- In AG nicht möglich (Aufwand, Zeit)
  - Vorstand muss in eigener Verantwortung entscheiden (§ 76 AktG)
  - Risiken und Chancen gegeneinander abwägen
  - Ggf. Vorsichtsmaßnahmen ergreifen
    - zB Zurückhalten besonders sensibler Informationen, Absichtserklärung, Geheimhaltungsvereinbarung (mit Vertragsstrafe).
- Zulässigkeit der Due Dilligence ist gegenüber jedem Erwerber getrennt zu prüfen
- Letzte Entscheidung über Zugang zum Data Room muss bei der Geschäftsleitung der Zielgesellschaft bleiben



# Hausaufgabe:

- OLG Köln, DB 2009, 2259 ff. und OLG Ffm. BB 2016, 16 ff nachlesen
- Zur weiteren Vertiefung:
  - Kleinhenz/Junk, JuS 2009, 787 ff.
  - Hönig, ZGS 2010, 302 ff.
  - Palzer, Jura 2011, 917 ff.
- Zum Üben: Becker, JuS 2015, 1098-1105 (Examensklausur!)