

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 Umsatz- 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 (aber nicht unmöglich)
- § 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 (sofern kein Vorsatz)
- §§ 434 ff. am aussichtsreichsten, aber anwendbar?

In der Abwandlung:

- Was hat K erworben?
- Formal: GmbH-Anteil
 - Rechtskauf, siehe BGH, 26.09.2018, VIII ZR 187/17
- Umfang der gesetzlichen Gewährleistung:
 - Nicht Bonität (wirtschaftliche Werthaltigkeit) des Rechts (unstr.)
 - Haftung für Bestand des Anteils und Freiheit von Rechten Dritter
 - Möglichkeit zur Ausübung der daraus fließenden Rechte
 - Keine Nachzahlungspflichten
 - Generelles „Durchschlagen“ von Unternehmensmängeln auf den Anteil lehnt BGH aaO. ab, aA zT die Lit.
 - BGH aaO.: Fall b) (Überschuldung) jedenfalls (-)
 - Ebenso Existenzgefährdung (Fall a)

In der Abwandlung

- Unterschiedliche haftungsrechtliche Behandlung von „Asset Deal“ (Fall 1) und „Share Deal“ (Abwandlung)
 - Ist das richtig?
 - Wenn nein, Grenzziehung?
 - Gleichstellung, wenn alle, oder fast alle (>95%) Anteile erworben werden
 - Lit: Bei Kapitalgesellschaft 75,1% ausreichend, Rspr. dazu fehlt
 - „Hinzuerwerb“ von 50% kein Unternehmenskauf, BGH 26.09.2018, VIII ZR 187/17

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 (Fall 1)
 - 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
 - Ausnahme bei Dringlichkeit hier ausreichend?

Lösungsversuch:

- Soweit Parteien Beschaffenheit vertraglich vereinbaren, haftet Verkäufer dafür nach § 434 I 1.
- Stillschweigend vorausgesetzt wird die Abwesenheit von schweren Mängeln, die die Fortführung des Unternehmens ausschließen (§ 434 I 2 Nr. 1).
- Jenseits dessen erscheint die Haftung aus c.i.c. vorzugswürdig:
 - Haftung ist verschuldensabhängig
 - Berücksichtigt Kenntnismöglichkeiten des Verkäufers
 - Berücksichtigt, ob individuelle Verhältnisse des Unternehmens eine Aufklärung des Käufers erfordern.

Neues Problem:

- culpa in contrahendo und Kaufrecht schließen sich für gewöhnlich aus
- OLG Köln aaO.: Gesamtbetrachtung und Ausschluss der c.i.c.-Haftung
- „Kleine“ Mängel bleiben danach sanktionslos, sofern keine Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt
- M.E. anders zu beurteilen:
 - Kaufrecht nur sinngemäß anwendbar (§ 453)
 - Regelt den Fall nicht abschließend, da gewöhnliche Beschaffenheit bei Unternehmen nicht feststellbar
 - Rückgriff auf c.i.c. auch dogmatisch zulässig

Nochmal Rechtskauf

- Liegt nur Anteilskauf vor, gilt nach BGB 26.09.2018, VIII ZR 187/17 folgendes:
 - Sofern Anteil mangelhaft, gibt Kaufrecht abschließend
 - Ausschluss möglich, soweit nicht § 444 entgegensteht
 - Ist Anteil nicht mangelhaft iSd § 434 (zB Bilanzfehler), drei Ansätze:
 - Selbständige Beschaffenheitsgarantie, § 276
 - C.I.C. uneingeschränkt anwendbar, auch bei Fahrlässigkeit
 - Aufklärung in Bezug auf was? Nur Rechtsmängel ieS oder insgesamt (wie nach Rspr. vor 2001)?
 - § 313 möglich bei gemeinsamer Fehlvorstellung (hier: beiderseitiger Irrtum über Richtigkeit der Bilanz)

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

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?
 - Gläubigerzustimmung bei Schuld- und Vertragsübernahme

Hauptgegenstand, Fortsetzung

- Vertrag formbedürftig?
 - Grundstücke oder GmbH-Anteile enthalten -> ganzer Vertrag formbedürftig!
 - Vermögen des Verkäufers im Ganzen -> § 311b III
- Preis -> fix oder variabel? Wenn variabel: Parameter? 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

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
 - IP wirksam und hinreichend geschützt?
 - Daten rechtmäßig erlangt, Nutzungsrechte gegeben?

Weitere Themen

- Wichtige Verträge
 - Liste wesentlicher Verträge
 - Wirksam, durchsetzbar, keine 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:
 - Geschäftsmodell generell legal? (FinTec/LegalTec?)
 - Erforderliche Genehmigungen?
 - Gewerberecht, Umwelt, Sicherheitsvorschriften beachtet?
 - DSGVO??? Übertragbarkeit der Daten auf Erwerber? Zustimmung nötig?
- Sonstiges:
 - Besondere Geschäftsvorfälle seit letztem Bilanzstichtag?
 - Wesentliche Verschlechterung zu erwarten?
 - MAC-Klausel?

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“

Haftungsregelung, Rechtsfolgen

- Rückabwicklung ausschließen!
 - Aufgrund Einwirkung des Käufers nicht mehr zumutbar
 - Wertersatz für Verbrauch und Verschlechterung kaum berechenbar
 - Begrenzung auf „Extremfälle“
 - 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
- 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!
- Hohe Verantwortung des Managements!

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

Haftungsrechtliche Implikationen der DD

- Kauf ohne Durchführung der DD als Pflichtverletzung des Käufer-GF ggü. seiner Gesellschaft?
- Kauf ohne DD als haftungsausschließende grobe Fahrlässigkeit nach § 442 BGB?
- Schlampige Durchführung der DD als Fall von § 442?
 - Mit Zurechnung nach § 278?
- Lückenhafter Datenraum als Fall des § 444/123
- Gesichert: Keine Pflicht des Käufers zur Nachforschung nach Erwerb
 - Insbesondere kein § 377 HGB
 - Unternehmen keine „Handelsware“

Hausaufgabe:

- OLG Köln, DB 2009, 2259 ff. und BGH BGH 26.09.2018, VIII ZR 187/17 nachlesen
- Zur weiteren Vertiefung:
 - Palzer, Jura 2011, 917 ff.
 - Korch, JuS 2018, 521-526