

Der Einfluss der Due Diligence auf die Verkäuferhaftung beim  
Unternehmens- und Beteiligungskauf

Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde an der Fakultät für  
Rechtswissenschaft der Universität Hamburg

vorgelegt von Frank Hassel  
aus Leipzig

Hamburg 2009

Erstgutachter: Prof. Dr. Robert Freitag  
Zweitgutachter: Prof. Dr. Heribert Hirte  
Tag der mündlichen Prüfung: 28. Januar 2009

Einleitung .....	1
§ 1. Begriff der Due Diligence.....	3
I. Herkunft des Begriffes.....	3
1. Section 11 des Securities Act 1933 .....	4
a) Ansprüche aus sec. 11 (a) Securities Act.....	5
b) Entlastungsbeweis .....	5
2. Section 12 des Securities Act 1933 .....	6
3. Securities Exchange Act 1934 .....	6
4. Übertragung in das Kaufrecht.....	8
5. Zusammenfassung .....	9
II. Funktion der Due Diligence .....	10
1. vertragliche Gewährleistung.....	10
2. Wertermittlung .....	11
3. Beweisfunktion .....	12
4. Planungsfunktion.....	14
III. Formen der Due Diligence .....	15
1. Financial Due Diligence.....	16
2. Commercial Due Diligence .....	17
3. Legal Due Diligence.....	17
4. Tax Due Diligence .....	19
5. Environmental Due Diligence .....	21
6. Weitere Formen.....	23
7. Zusammenfassung .....	24
IV. Durchführung der Due Diligence .....	25
1. Zeitpunkt .....	25
2. Datenraum.....	27
3. Virtual Due Diligence .....	27
V. Rezeption der Due Diligence.....	28
1. Rezeption in Deutschland.....	28
2. Gründe für die Rezeption .....	29
a) US-amerikanische Schulenburg .....	29
b) Englisch als lingua franca .....	30
c) Law Firms .....	31
d) Besonderheiten bei der Due Diligence .....	31
e) Zusammenfassung .....	33
§ 2 Due Diligence und Verkäuferhaftung .....	35
I. Problemaufriss .....	36
II. Unternehmens- und Anteilskauf .....	37
III. Asset Deal .....	38
1. Unternehmenskauf als Kaufvertrag .....	38
2. Anwendbarkeit der §§ 434 ff. BGB.....	39
3. Der Beschaffenheitsbegriff des § 434 BGB.....	41
a) Der enge Beschaffenheitsbegriff .....	42
b) Mittlerer Beschaffenheitsbegriff .....	43
c) Weiter Beschaffenheitsbegriff.....	48
d) Schlussfolgerung.....	54
4. Beschaffenheitsvereinbarung und Due Diligence .....	54
a) Allgemeine Voraussetzungen .....	55
b) Bisheriger Meinungsstand.....	57

c) Einsicht in die Bilanzen.....	58
d) Due Diligence Report bei Buy-Side Due Diligence .....	63
e) Due Diligence Report bei Vendor-Side Due Diligence .....	64
f) Bereitstellung der Unterlagen im Data Room .....	64
g) Beschaffenhheitsvereinbarung durch eine Due Diligence .....	66
5. Kenntnis von Unternehmensmängeln .....	67
a) Kenntnis durch Due Diligence.....	67
b) Wissenszurechnung .....	70
aa) Wissenszurechnung über § 278 BGB .....	70
bb) Wissenszurechnung über § 166 BGB .....	71
cc) Wissensvertreter .....	72
dd) Prinzip der Wissensverantwortung .....	73
ee) Normbezogene Ansätze .....	75
ff) Wissenszurechnung bei der Due Diligence .....	78
c) Zeitpunkt der Kenntnis .....	80
aa) Meinungsstand .....	81
bb) Bedingter Unternehmenskauf .....	83
cc) Rücktrittsrecht .....	87
dd) Kaufpreisanpassungsklausel .....	91
ee) Relevanter Zeitpunkt der Kenntnis .....	92
6. Grobfahrlässige Unkenntnis .....	92
a) Unterlassene Due Diligence .....	94
aa) Augenfällige Mängel .....	95
bb) Überlegene Sachkunde des Käufers.....	97
cc) Besondere Verdachtsmomente .....	99
dd) Natur der Kaufsache .....	100
(1) Pflicht zur Besichtigung .....	100
(2) Due Diligence als Verkehrssitte .....	102
ee) Vertragliche Vereinbarung einer Due Diligence .....	110
ff) Keine Obliegenheit zur Due Diligence .....	112
b) Unvollständige oder Unorgfältige Durchführung der Due Diligence.....	112
aa) Unvollständige Due Diligence .....	113
bb) Unorgfältige Due Diligence .....	113
(1) Sorgfaltsmaßstab grobe Fahrlässigkeit .....	117
(2) Zurechnung grob fahrlässiger Unkenntnis.....	119
(3) Zeitpunkt der Unkenntnis .....	120
cc) Due Diligence als sorgfaltsbegründende Maßnahme.....	121
7. Due Diligence und Aufklärungspflichten .....	121
a) Haftung aus culpa in contrahendo .....	121
aa) Rechtslage vor der Schuldrechtsreform.....	122
bb) Rechtslage nach der Schuldrechtsreform .....	124
(1) Kumulative Anspruchskonkurrenz .....	126
(2) Strenge Vorrangsregel .....	128
(3) Abgeschwächte Vorrangsregel .....	129
(4) Konkurrenzverhältnis .....	129
b) Umfang der Aufklärungspflichten .....	134
c) Einfluss der Due Diligence.....	138
aa) Bestehen von Aufklärungspflichten .....	139
bb) Erfüllung von Aufklärungspflichten .....	144
d) Due Diligence und Mitverschulden .....	148
aa) Unterlassene Due Diligence.....	148

bb) Unvollständige Due Diligence.....	148
cc) Unorgfältige Prüfung.....	148
8. Due Diligence und Arglisteinrede .....	150
a) Gewährleistungsausschluss gemäß § 444 .....	150
b) c.i.c. Haftung.....	153
aa) Täuschung.....	154
bb) Arglist .....	154
cc) Wissenszurechnung.....	156
dd) Zurechnung arglistigen Verhaltens .....	157
c) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung.....	159
IV. Share Deal.....	160
1. Gleichbehandlung mit dem Unternehmenskauf .....	160
2. Beteiligungskauf .....	161
a) Haftung für Rechtsmängel.....	161
aa) Due Diligence und Rechtsmängelhaftung .....	162
bb) Stimm- oder Dividendenrechte .....	162
b) Haftung für Unternehmensmängel .....	163
aa) Alte Rechtslage .....	163
bb) Geltende Rechtslage .....	164
cc) Einfluss der Due Diligence .....	165
(1) Gesellschafter einer GmbH .....	166
(2) Aktionär .....	168
(3) Konzernverhältnis .....	169
3. Due Diligence und Aufklärungspflichten .....	170
a) Umfang der Aufklärungspflichten .....	170
aa) GmbH .....	171
bb) Aktiengesellschaft .....	172
cc) Geringe Aufklärungspflichten.....	172
b) Einfluss der Due Diligence.....	172
4. Due Diligence und Arglisteinrede .....	173
a) Due Diligence als Verteidigung.....	173
b) Zurechnung arglistigen Verhaltens.....	174
c) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung.....	174
§ 3 Zusammenfassung.....	176
Literaturverzeichnis .....	179



## Einleitung

Die wissenschaftliche Beschäftigung mit dem Instrument der Due Diligence ist aus zwei Gründen äußerst reizvoll. Zum einen zeigt die Verbreitung der Due Diligence auf eindrucksvolle Weise, dass auch zum jetzigen Zeitpunkt eine Rezeption ausländischer Rechtsinstrumente stattfindet. Bei der Due Diligence handelt es sich um ein sogenanntes *legal transplant*, wobei diese Metapher auch schon die Problematik von übernommenen ausländischen Rechtsinstrumenten anspricht. Die Übernahme eines fremden Rechtsinstruments – die Rezeption – muss immer mit einer Assimilation beziehungsweise Anpassung an die aufnehmende Rechtsordnung einhergehen. In dieser Arbeit soll der Versuch unternommen werden, das Konzept der Due Diligence bei dem Unternehmens- und Beteiligungskauf in das deutsche Kaufrecht einzupassen. Diese Aufgabe erhält ihren Reiz aus den Schwierigkeiten, die eine solche An- beziehungsweise Einpassung eines ausländischen Rechtsinstruments mit sich bringt. So stellt die Due Diligence einen völlig anderen Lösungsansatz zur Überwindung der Informationsasymmetrie beim Unternehmenskauf dar, als ihn das deutsche Kaufrecht bereit hält. Mit der Due Diligence soll diese Asymmetrie bereits im vorvertraglichen Stadium überwunden werden, während im deutschen Kaufrecht das Gewährleistungsrecht diese Problematik bewältigen soll. Das Einfügen der Due Diligence in das deutsche Kaufrecht stellt daher eine interessante Aufgabe dar.

Doch nicht allein dieser eher theoretische Aspekt macht die Beschäftigung mit der vorliegenden Problematik lohnend. Ein weiterer Gesichtspunkt ist die hohe praktische Relevanz der Due Diligence bei Unternehmens- und Beteiligungskäufen in Deutschland. Das spiegelt sich auch in der Rechtsprechung wider, welche in letzter Zeit häufiger zu Problemen im Zusammenhang mit der Due Diligence Stellung beziehen musste. Dieser Befund widerspricht der öfter geäußerten Meinung, dass Auseinandersetzungen beim Unternehmens- und Beteiligungskauf fast ausschließlich von der Schiedsgerichtsbarkeit gelöst werden und damit keine große Rolle an den ordentlichen Gerichten spielen. Die Due Diligence scheint in Deutschland mittlerweile einen solchen Verbreitungsgrad zu

haben, dass auch bei kleineren Unternehmens- und Beteiligungskäufen eine solche durchgeführt wird. Daher besteht auch ein praktisches Bedürfnis für die Auswirkungen einer solchen kaufvorbereitenden Prüfung auf die Verkäuferhaftung, welche die häufigste Ursache für gerichtliche Auseinandersetzungen bei einem Unternehmens- und Beteiligungskauf darstellt.

Der Großteil des Schrifttums zu dieser Fragestellung erging vor der Schuldrechtsreform und kann daher nicht auf die durch diese erfolgten Neuerungen eingehen. Insbesondere die notwendige Abkehr von dem engen Eigenschaftsbegriff der Rechtsprechung beim Unternehmen kann daher in diesen Stellungnahmen nicht ausreichend berücksichtigt werden. Obwohl in den einzelnen Beiträgen bestimmte, immer wiederkehrende Probleme behandelt werden, beispielsweise der Rechtsverlust gemäß § 442 BGB, so fehlt die umfassende Stellungnahme zur Einflussnahme auf die Verkäuferhaftung. In diesem Zusammenhang spielen auch Probleme der Wissenszurechnung und der Arglisthaftung eine wichtige Rolle. Stark vernachlässigt wird in der Diskussion die Due Diligence beim Beteiligungskauf, die aufgrund der Konstellation zwischen Käufer, Zielgesellschaft und Verkäufer eine andere Rolle als beim Unternehmenskauf spielt. Die vorliegende Arbeit will den Versuch unternehmen, zu der Problematik der Verkäuferhaftung und Due Diligence umfassend Stellung zu beziehen.

Im ersten Teil wird auf die Herkunft, Funktionen, Arten und die Durchführung der Due Diligence eingegangen. Anschließend wird die Rezeption der Due Diligence in Deutschland dargestellt und die dafür verantwortlichen Gründe.

Der Hauptteil der Arbeit befasst sich mit der Verkäuferhaftung beim Asset Deal. Untersuchungsschwerpunkte sind dabei die Beschaffenheitsvereinbarung durch Due Diligence, die Probleme der Kenntnis und grob fahrlässigen Unkenntnis von mangelbegründenden Umständen des Käufers, der vorvertraglichen Aufklärungspflichten beim Unternehmenskauf und die Haftung wegen arglistiger Täuschung.

Auf diesen Ergebnissen baut der anschließende Teil auf, der sich mit den Besonderheiten beim Share Deal beschäftigt. Hier werden die Unterschiede zur Verkäuferhaftung beim Asset Deal thematisiert.

Die Arbeit schließt mit der Zusammenfassung der gefundenen Ergebnisse.



## § 1. Begriff der Due Diligence

In diesem Teil der Arbeit soll auf die Herkunft des Begriffes der Due Diligence, auf ihre Funktionen und die Gründe für die Rezeption dieses Instruments eingegangen werden. Der Begriff Due Diligence deutet unmissverständlich an, dass dieses Verfahren dem amerikanischen Rechtskreis entstammt. Daher will ich kurz die Herkunft des Begriffs im amerikanischen Rechtskreis skizzieren, die Bedeutung für Unternehmenskäufe darstellen und Gründe für die Verbreitung in Deutschland finden.

### I. Herkunft des Begriffes

*Black's Law Dictionary* definiert due diligence folgendermaßen:

„1. The diligence reasonably expected from, and ordinarily exercised by, a person who seeks to satisfy a legal requirement or to discharge a obligation.“<sup>1</sup>

Diese Definition zeigt, dass es sich bei der Due Diligence nicht um ein genuin aus dem Recht des Unternehmenskaufs stammendes Instrument handelt. Grundsätzlich wird mit Due Diligence ein Sorgfaltsmaßstab bezeichnet, den man im Deutschen als die gebührende, beziehungsweise im Verkehr erforderliche Sorgfalt bezeichnet.<sup>2</sup> Die Due Diligence wird im US-amerikanischen Haftungsrecht an vielen verschiedenen Stellen zum Sorgfaltsmaßstab erhoben,<sup>3</sup> wie im Recht der Stellvertretung,<sup>4</sup> bei der „partnership“<sup>5</sup> oder dem „trust“<sup>6</sup>. Dieser Sorgfaltsmaßstab wird auch *reasonable* oder *common diligence* genannt.

Als weitere Definition gibt *Black's Law Dictionary* für Due Diligence im Bereich des Gesellschafts- und Kapitalmarktsrechts an:

---

<sup>1</sup> Black's Law Dictionary<sup>8</sup> (St. Paul 2004).

<sup>2</sup> Merkt, WiB 1996, 145.

<sup>3</sup> Merkt, WiB 1996, 145 f.

<sup>4</sup> 3 Am Jur 2d, Agency § 215 m. Nachw. aus der Rspr.

<sup>5</sup> 59 A AmJur 2d, Partnership § 681, § 1180 m. Nachw. aus der Rspr.

<sup>6</sup> 76 AmJur 2d, Trusts § 192 m. Nachw. aus der Rspr.

„2. A prospective buyer’s or broker’s investigation and analysis of a target company, a piece of property, or a newly issued security.“<sup>7</sup>

In diesem Zusammenhang wird also die vorbereitende Prüfung des Kaufobjekts als Due Diligence bezeichnet. Im Folgenden soll kurz auf die Entwicklung des Due Diligence - Konzepts als kaufvorbereitende Prüfung eingegangen werden.

Das US-amerikanische Kapitalmarkt- und Anlegerschutzrecht wird als Herkunft dieses Due Diligence Konzepts angesehen.<sup>8</sup> Ausgangspunkt der Überlegungen ist der Securities Act von 1933.<sup>9</sup> Mit diesem Gesetz reagierte der US-Kongress auf die Welle von Betrugsfällen, die Ende der zwanziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts während der Börsenhausse auftraten.<sup>10</sup> Ziel dieses Gesetzes war es, Informationsasymmetrien auf dem Kapitalmarkt abzubauen, um einen besseren Schutz der Investoren zu erreichen.

### *1. Section 11 des Securities Act 1933*

Nach sec. 5 des Securities Act 1933 ist, abgesehen von einigen gesetzlichen Ausnahmetatbeständen, die erstmalige Einführung von und der Handel mit securities unzulässig, wenn bei der Securities and Exchange Commission (SEC) keine Registrierung vorgenommen wurde. Die Legaldefinition von securities in sec. 2 (a) (1) Securities Act beschränkt sich nicht nur auf börsennotierte Papiere, sondern es fallen auch Anteile an einer limited liability company, limited partnership oder general partnership unter den Begriff. Entscheidend für die Eigenschaft als security ist, dass der mögliche Gewinn des Anteilseigners das vollständige Ergebnis der Tätigkeit eines anderen ist,<sup>11</sup> der Anteilseigner also keine Kontrolle über das Unternehmen ausübt. Der Registrierungsantrag bei der SEC schließt gemäß sec. 7 Securities Act Informationen über das betreffende Unternehmen, die Bedingungen des Angebots und eine Analyse etwaiger Risikofaktoren ein.

---

<sup>7</sup> Black’s Law Dictionary<sup>8</sup> (St. Paul 2004).

<sup>8</sup> *Berens/Strauch*, in: *Berens/Brauner/Strauch* (Hrsg.), *Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen*<sup>4</sup> (2005), 3, 6 ff.; *Eggenberger*, *Gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen und Folgen einer due-diligence Prüfung* (2001), 50 ff.; *Angersbach*, *Due Diligence beim Unternehmenskauf* (2002), 22 ff.; *Böttcher*, *Verpflichtung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft zur Durchführung einer Due Diligence beim Beteiligungserwerb* (2005), 30.

<sup>9</sup> *Merkt*, *WiB* 1996, 145, 146.

<sup>10</sup> *Kulms*, in: *Hopt/Voigt* (Hrsg.), *Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung* (2005), 1101, 1102.

<sup>11</sup> *Felts v. National Account Systems Ass’n., Inc.*, D.C.Miss., 469 F.Supp. 54, 63.

a) Ansprüche aus sec. 11 (a) Securities Act

Section 11 des Securities Act von 1933 ist von besonderer Bedeutung für die Frage nach der Herkunft des Due Diligence Konzepts. Section 11 (a) gibt den Erwerbern von securities einen Schadensersatzanspruch, wenn in den Registrierungsunterlagen wesentliche Tatsachen (*material facts*) unrichtig dargestellt werden oder wesentliche Tatsachen im Hinblick auf die security nicht mitgeteilt werden. Als Anspruchsgegner benennt sec. 11 (a) Securities Act vier verschiedene Kategorien: zunächst den Emittenten; weiterhin diejenigen Personen, die die Registrierungsunterlagen unterschrieben haben (zum Beispiel: *principal executive officer* und *principal financial officer* des Emittenten); Direktoren oder Personen in vergleichbaren Positionen wie die vorher genannten oder Partner des securities ausgebenden Unternehmens, sowie in den Registrierungsunterlagen benannte Verantwortliche wie Wirtschaftsprüfer, Ingenieure und andere Experten.

b) Entlastungsbeweis

Mit Ausnahme des Emittenten können sich die in sec 11 (a) genannten möglichen Anspruchsgegner<sup>12</sup> von ihrer Haftung aus sec. 11 (a) Securities Act 1933 befreien. Dies kann entweder durch die so genannte *whistle blowing defense* gemäß sec. 11 (b) (1) oder die *due diligence defense* aus sec. 11 (b) (3) geschehen.<sup>13</sup> Interessant für meine Arbeit ist die *due diligence defense*. Sec. 11 (b) (3) stellt für eine solche Entlastung unterschiedliche Anforderungen an den Beklagten, abhängig von der Art der in den Registrierungsunterlagen gemachten Angaben. Für sogenannte *non-expertized portions*, also Angaben in den Registrierungsunterlagen welche nicht von als solchen ausgewiesenen Sachverständigen stammen, haftet der Beklagte gemäß sec. 11 (b) (3) (A) nicht, wenn er nach einer angemessenen Überprüfung (*reasonable investigation*) berechtigten Grund zur Annahme (*reasonable ground to believe*) hatte und positiv glaubte, dass diese Angaben richtig und vollständig sind. Dies gilt nach sec. 11 (b) (3) (B) auch für eigene Angaben des Beklagten in den Registrierungsunterlagen. Als Standard für die anzuwendende Sorgfalt (*reasonable investigation* und *reasonable ground to believe*) definiert sec. 11 (c):

„In determining, for the purpose of paragraph (3) of subsection (b) of this section, what constitutes reasonable investigation and reasonable ground for belief, the standard of

---

<sup>12</sup> Zu den möglichen Anspruchsgegnern vgl. den vorherigen Absatz.

<sup>13</sup> *Kulms*, in: *Hopt/Voigt* (Hrsg.), *Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung* (2005), 1101, 1123 f.

reasonableness shall be that required of a prudent man in the management of his own property.“

Das Konzept der Due Diligence leitet sich von dem Erfordernis der *reasonable investigation* ab,<sup>14</sup> weshalb die *due diligence defense* der sec. 11 (b) (3) (A) auch als *reasonable investigation defense* bezeichnet wird<sup>15</sup>.

Für die *expertized portions*<sup>16</sup> der Registrierungsunterlagen verlangt sec. 11 (b) (3) (C) keine *reasonable investigation* des Beklagten,<sup>17</sup> so dass diese Entlastungsmöglichkeit nicht als Ursprung des Due Diligence Konzepts angesehen werden kann. Auch sec. 11 (b) (3) (D) verlangt von dem Beklagten bei Angaben aus offiziellen Quellen nicht die Durchführung einer *reasonable investigation* um sich zu entlasten.

Die konkreten Sorgfaltspflichten des Beklagten für die Entlastung nach sec. 11 (b) (3) bemessen sich nach seiner Stellung im Unternehmen, wie der Federal District Court in der Sache *Escott v. Bar Chris Construction Company* feststellte.<sup>18</sup>

## 2. Section 12 des Securities Act 1933

Sec. 12 (a) (2) des Securities Act von 1933 löst eine Haftung des Emittenten für fehlerhafte Angaben in dem Verkaufsprospekt oder in einer *oral communication* aus. Bei der Frage des Verschuldens gilt Ähnliches wie bei der Haftung aus sec. 11: Die Haftung für fehlerhafte Angaben in dem Verkaufsprospekt oder bei mündlichen Aussagen wird ausgelöst, wenn der Beklagte mit *reasonable care* die Fehlerhaftigkeit oder Unvollständigkeit seiner Angaben erkennen konnte. Somit kommt es auch bei der Haftung aus sec. 12 (a) (2) auf einen Sorgfaltspflichtverstoß des Beklagten an.

## 3. Securities Exchange Act 1934

Von *Berens/Strauch*,<sup>19</sup> und ihnen wohl folgend *Pack*<sup>20</sup> und *Gartzke*,<sup>21</sup> wird der Securities Exchange Act von 1934 als weiterer Ursprung des Due Diligence-Konzepts angegeben. Genannt wird dabei der Schadensersatzanspruch aus sec. 10 (b) des Securities Exchange

---

<sup>14</sup> *Johnson/McLaughlin*, Corporate Finance And The Securities Law<sup>3</sup> (New York 2004), 313.

<sup>15</sup> Vgl. *Berens/Strauch*, in: *Berens/Brauner/Strauch* (Hrsg.), Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen<sup>4</sup> (2005), 3, 8.

<sup>16</sup> Zum Begriff vgl. *Johnson/McLaughlin*, Corporate Finance And The Securities Law<sup>3</sup> (New York 2004), 313.

<sup>17</sup> *Johnson/McLaughlin*, Corporate Finance And The Securities Law<sup>3</sup> (New York 2004), 313.

<sup>18</sup> *Escott v. Bar Chris Construction Corp.*, 283 FS 643 (S.D.N.Y., 1968).

<sup>19</sup> *Berens/Strauch*, in: *Berens/Brauner/Strauch* (Hrsg.), Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen<sup>4</sup> (2005), 3, 9.

<sup>20</sup> *Pack*, in: *Picot* (Hrsg.), Handbuch Mergers & Acquisitions<sup>3</sup> (2005), 287, 289 f.

<sup>21</sup> *Gartzke*, Zivilrechtliche Auswirkungen einer Due Diligence auf die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien beim Unternehmenskauf (2003), 13.

Act 1934 in Verbindung mit der zu sec. 10 erlassenen Ausführungsbestimmung Rule 10b-5.

Dabei wird jedoch übersehen, dass der Anspruch wegen Verstößen gegen Rule 10b-5 als Verschuldensmaßstab *scienter* erfordert, das heißt der Beklagte muss mit bedingtem Vorsatz gehandelt haben.<sup>22</sup> Er muss also wissen, dass die von ihm verwendeten Zahlen oder Unterlagen falsch sind oder einen unzutreffenden Eindruck von dem von ihm geprüften Unternehmen vermitteln.<sup>23</sup> Es geht also nicht um die Verletzung eines Sorgfaltsmaßstabes, wie bei dem Schadensersatzanspruch aus sec. 11 des Securities Act von 1933. Der Securities Exchange Act von 1934, der den Handel mit Anteilen nach der Erstemission regelt, kennt die *due diligence defense* gerade nicht.<sup>24</sup> Das ist bei dem Verschuldensmaßstab des bedingten Vorsatzes auch folgerichtig. Es ist selbstverständlich sehr schwer vorstellbar, dass ein Anspruchsgegner, der sich auf die *due diligence defense* der sec. 11 und 12 des Securities Act von 1933 berufen kann, mit bedingtem Vorsatz im Sinne der rule 10b-5 gehandelt hat.<sup>25</sup>

Der Begriff der *due diligence* tritt im Zusammenhang mit Ansprüchen aus sec. 10 (b) und rule 10b-5 als allgemeiner Sorgfaltsmaßstab des Klägers auf.<sup>26</sup> Danach kann als allgemeine Regel für Ansprüche aus sec. 10 (b) und rule 10b-5 nur derjenige Schaden liquidieren, der selber sorgfältig handelt.<sup>27</sup> Die Bedeutung der *due diligence* als allgemeiner Sorgfaltsmaßstab kann aber nicht als Ursprung des Due Diligence-Konzepts in der hier interessierenden Bedeutung herangezogen werden, da sich hieraus keine Untersuchungspflicht ergeben kann.

Insgesamt bleibt daher die Behauptung von *Berens/Strauch*,<sup>28</sup> dass die Due Diligence im Rahmen des Anspruchs aus Rule 10b-5 die Funktion einer vorbeugenden Maßnahme zur Entdeckung und Begrenzung von Risiken im Geschäftsverkehr erhielt, unklar.

---

<sup>22</sup> *Ernst & Ernst v. Hochfelder*, 425 U.S. 185, 96 S.Ct. 1375 1976; *Kulms*, in: *Hopt/Voigt* (Hrsg.), *Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung* (2005), 1101, 1143; jetzt auch *Berens/Strauch*, in: *Berens/Brauner/Strauch* (Hrsg.), *Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen*<sup>4</sup> (2005), 3, 9.; vgl. aber die Voraufgabe: *Berens/Strauch*, in: *Berens/Brauner/Strauch* (Hrsg.), *Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen*<sup>3</sup> (2002), 3, 9.

<sup>23</sup> *Oleck v. Fischer*, 401 FS 651, 657 (S.D.N.Y., 1975).

<sup>24</sup> *Merkt*, WiB 1996, 145, 146.

<sup>25</sup> *Johnson/McLaughlin*, *Corporate Finance And The Securities Law*<sup>3</sup> (New York 2004), 319 f.

<sup>26</sup> Vgl. *Slonim*, 54 *Fordham L. Rev.* 1101, 1115 (1986).

<sup>27</sup> *Slonim*, 54 *Fordham L. Rev.* 1101, 1107 f. (1986) m. w. N.

<sup>28</sup> *Berens/Strauch*, in: *Berens/Brauner/Strauch* (Hrsg.), *Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen*<sup>4</sup> (2005), 3, 9.

#### 4. Übertragung in das Kaufrecht

Zu beachten ist, dass die kapitalmarktrechtliche „*due diligence defense*“ in keinem kaufrechtlichen Zusammenhang steht. Der *Securities Exchange Act* von 1934, der den Handel mit *securities* nach der Erstemission und damit auch den Verkauf von Unternehmen im Wege des *share deal* regelt, kennt, wie oben gezeigt, die „*due diligence defense*“ nicht. Daher ist zu klären, weshalb im Zusammenhang mit Unternehmenskäufen die umfangreiche, systematische Überprüfung der Zielgesellschaft als *Due Diligence* bezeichnet wird.

Ausgangspunkt ist der im *common law* mit immer mehr Einschränkungen geltende kaufrechtliche Grundsatz *caveat emptor* oder *buyer beware*.<sup>29</sup> Dieser Grundsatz besagt, dass der Käufer die Kaufsache gefälligst selbst eingehend prüfen und beurteilen soll, bevor er sie kauft. Der redliche Verkäufer haftet im Normalfall nicht für mögliche Mängel oder Fehler der Kaufsache, es sei denn, er gibt eine Garantie.<sup>30</sup> *Caveat emptor* ist der Grundsatz in allen frühen Rechtssystemen für den Verkauf von Waren.<sup>31</sup> Dass dieses Prinzip auch dem frühen, deutschen Recht nicht fremd war,<sup>32</sup> zeigen Rechtssprichwörter wie „Augen auf, Kauf ist Kauf.“, „Wer da kauft, der lug, wie es läuft.“ oder „Wer die Augen nicht aufmacht, muss den Seckel aufmachen.“. Zugeschnitten ist dieses Prinzip auf den „Kauf vor Augen“ wie zum Beispiel auf dem Markt, wo der Käufer die Ware schnell und einfach untersuchen kann. Solange der Käufer sieht, was er kauft und sich von der Qualität überzeugen kann, solange kann er auch das Risiko etwaiger Mängel tragen. Diese sehr strenge und robuste Regel mag sich auf den antiken und mittelalterlichen Marktplätzen aufgrund der Vermeidung von Beweisschwierigkeiten bewährt haben, sie stößt jedoch bei komplexen Transaktionen an ihre Grenzen.

Das US-amerikanische Gesellschaftsrecht wird im Gegensatz zum US-amerikanischen Verbraucherrecht relativ unverändert von dem *caveat emptor* Prinzip beherrscht.<sup>33</sup> Der Käufer trägt somit das Mangelrisiko, falls er sich nicht mit dem Verkäufer über eine vertragliche Haftung für Sachmängel einigt. Um ein zufriedenstellendes vertragliches Gewährleistungsregime zu erstellen, ist die eingehende Prüfung des Kaufobjektes unabdingbar. Bei dem Unternehmenskauf stellt sich das Problem, dass der Kaufgegen-

---

<sup>29</sup> 67A AmJur 2d, Sales § 701.

<sup>30</sup> *Ferguson v. Koch*, 204 Cal. 342, 268 P. 342, 58 A.L.R. 1176; *Bokenfohr Co., Ltd. v Gross*, 177 A.D. 768, 164 N.Y.S. 887; für England: *Chandelor v Lopus* (1603) Cro Jac 4.

<sup>31</sup> *Zimmermann*, *The Law Of Obligations* (Oxford u.a., 1996), 307.

<sup>32</sup> Vgl. auch RG 15.11.1907, RGZ 67, 86, 88.

<sup>33</sup> Exemplarisch: *Seibert v. Mock*, 510 N.E.2d 1373; vgl. auch: *Merkt*, BB 1995, 1041; *ders.*, WiB 1996, 145, 146; *ders.*, *Internationaler Unternehmenskauf* (2002), 72 Rn. 238; *ders.* FS Sandrock (2000), 657, 664.

stand äußerst komplex ist. Ein „Kauf vor Augen“ ist nicht möglich, so dass ein Instrument beziehungsweise ein Verfahrensablauf gebraucht wird, mit dem der Kaufgegenstand untersucht wird. Als Verfahren zur Prüfung des zu kaufenden Unternehmens und damit mittelbar zur Ausarbeitung des Gewährleistungsregimes bedient man sich der Due Diligence, die in der Praxis durch die so genannten *due diligence checklists* eine gewisse standardisierte Form erreicht hat.

Wieso die Überprüfung des Unternehmens durch den Käufer mit Due Diligence bezeichnet wird, ist nicht vollständig geklärt. Plausibel erscheint die folgende Überlegung: Die meisten Unternehmen werden von anderen Unternehmen gekauft. Das Management des Käuferunternehmens ist gegenüber den Anteilseignern zu einer sorgfältigen Geschäftsführung verpflichtet. Im Falle eines Unternehmenskaufs bedeutet dies, dass das Zielunternehmen eingehend untersucht werden muss, um eine umfassende vertragliche Gewährleistung ausarbeiten zu können. Auch die an der Transaktion beteiligten Anwälte, Berater und Wirtschaftsprüfer sind bei ihren Tätigkeiten zur Sorgfalt (*due diligence*) verpflichtet. Die Prüfung des Zielunternehmens durch den Käufer entspricht wegen des *caveat emptor* Grundsatzes der gebotenen Sorgfalt.<sup>34</sup>

Weiterhin ist unübersehbar, dass das bei der SEC einzureichende *registration statement* (siehe oben) einer *due diligence list* sehr stark ähnelt.<sup>35</sup> Möglicherweise wurde der Begriff auch nur aufgrund dieser Ähnlichkeit auf das Recht des Unternehmenskaufs ausgedehnt.

Ein weiterer Punkt ist, dass die sorgfältige Überprüfung des Emittenten durch externe Experten und Berater nicht nur auf die Entlastungsfunktion für mögliche Schadensersatzansprüche gemäß sec. 11 und 12 reduziert werden sollte. Hauptaufgabe der kapitalmarktrechtlichen Due Diligence ist es, die Voraussetzungen des Geschäfts zu verifizieren, einen möglichen Reputationsverlust der Beteiligten und finanzielle Verluste der Investoren zu verhindern.<sup>36</sup> In diesem Sinne gilt auch für die kapitalmarktrechtliche Due Diligence: Die beste Due Diligence ist die, die ein schlechtes Geschäft verhindert.

## 5. Zusammenfassung

Ausgangspunkt der Überlegungen zur Herkunft ist das Kapitalmarktrecht, wo die sorgfältige Überprüfung (*reasonable investigation*) von Unternehmensdaten einen Entlastungsbeweis (*due diligence defense*) für bestimmte Personen zulässt. Bei einem

---

<sup>34</sup> Angersbach, Due Diligence beim Unternehmenskauf (2001), 24 f.

<sup>35</sup> Barthel, DStZ 1999, 73, 77.

<sup>36</sup> Johnson/McLaughlin, Corporate Finance And The Securities Law<sup>3</sup> (New York 2004), 329.

Unternehmenskauf wird die sorgfältige Überprüfung des Zielunternehmens auch als Due Diligence bezeichnet. Diese Prüfung wird jedoch vorrangig aufgrund des Gewährleistungsrechts vorgenommen und nicht zum Zwecke der Entlastung der Beteiligten.

Festzuhalten bleibt, dass es auch im angloamerikanischen Rechtskreis keine feststehende Definition, noch eine Legaldefinition des Begriffs Due Diligence gibt.<sup>37</sup> Ein englischer Anwalt würde die Due Diligence beim Unternehmenskauf grob folgendermaßen beschreiben:

A process of enquiry and investigation made by a prospective purchaser in order to confirm that it is buying what it thinks it is buying.<sup>38</sup>

## II. Funktion der Due Diligence

Um zu verstehen, welche widerstreitenden Interessen bei einer Due Diligence berührt werden und warum die Due Diligence in Deutschland als fremdes Rechtsinstrument rezipiert wurde, müssen die Funktionen der Due Diligence betrachtet werden. Die zentrale Problematik des Unternehmenskaufs ist ein Informationsproblem.<sup>39</sup> Zwischen dem Käufer und dem Verkäufer eines Unternehmens besteht ein großes Informationsgefälle bezüglich des Kaufgegenstands. Der Käufer besitzt nur wenige Informationen über den Kaufgegenstand und ohne die Hilfe des Verkäufers sind weitere Informationen auch nicht für ihn beschaffbar. Die Due Diligence Prüfung ist ein Instrument, welches das Informationsgefälle nivelliert und damit eine wichtige Funktion beim Ablauf eines Unternehmenskaufs übernimmt.

### 1. Vertragliche Gewährleistung

Aufgrund des oben dargestellten angloamerikanischen Rechtsgrundsatzes *caveat emptor* kommt der Aushandlung individueller, vertraglicher Gewährleistungsregeln eine große Bedeutung in diesem Rechtskreis zu. Dies trifft im besonderen Maße für die Praxis der Unternehmenskäufe zu.<sup>40</sup> Bei der Erstellung der vertraglichen Gewährleistungsregeln bedient man sich der Due Diligence. Die Ergebnisse der Prüfung entscheiden, ob und in

---

<sup>37</sup> Howson, Due Diligence (Aldershot u. a. 2003), 4.

<sup>38</sup> Howson, Due Diligence (Aldershot u. a. 2003), 4.

<sup>39</sup> Ulrich Huber, AcP 202 (2002), 179, 180.

<sup>40</sup> Merkt, FS Sandrock (2000), 657, 664.



welchem Umfang aus Sicht des Käufers eine Gewährleistung erforderlich ist oder aber vom Verkäufer abgelehnt wird.<sup>41</sup>

Im deutschen Kaufrecht sind es vor allem die gesetzlichen, kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte, die die Informationsasymmetrie der Vertragsparteien bewältigen sollen.<sup>42</sup> Vor der Schuldrechtsreform wurden die gesetzlichen Gewährleistungsregeln von der Praxis als wenig passend für den Unternehmenskauf angesehen und durch umfangreiche, vertragliche Gewährleistungsregelungen ersetzt.<sup>43</sup> Die Ausarbeitung eines vertraglichen Gewährleistungsregimes beim Unternehmenskauf wurde vom BGH wiederholt und ausdrücklich angeraten.<sup>44</sup> Auch unter der neuen Rechtslage werden von der Praxis die gesetzlichen Gewährleistungsregeln als wenig geeignet angesehen, da sie den besonderen Interessen der Vertragsparteien und den individuellen Besonderheiten jedes einzelnen Unternehmenskaufes nicht gerecht werden.<sup>45</sup> Daher kann festgehalten werden, dass es auch im deutschen Recht bei Unternehmenskäufen ein starkes Bedürfnis nach einem individualvertraglich gestalteten Gewährleistungsregime beim Unternehmenskauf gibt. Zur Ausarbeitung dieser Regelungen ist die Due Diligence-Prüfung das geeignete Mittel, da sie für die Vertragsparteien die Grundlage für die Entscheidung ist, ob und in welchem Umfang gewährleistungsrechtliche Regelungen in das Vertragswerk aufgenommen werden. Die Due Diligence-Prüfung hat daher eine entscheidende Funktion im Rahmen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf.

## 2. Wertermittlung

Eine weitere wichtige Funktion, die der Due Diligence zukommt, ist die Ermittlung des Wertes des Unternehmens und damit auch die Kaufpreisbestimmung. Zwar unterscheidet man in der Theorie feinsinnig zwischen dem Unternehmenswert und dem Kaufpreis, was griffig mit „Price is what you pay, value is what you get.“ beschrieben wird. In der Praxis ist diese Unterscheidung jedoch zu vernachlässigen, und der Unternehmenswert ist gleich dem am Markt ausgehandelten Kaufpreis (price = value).<sup>46</sup> Dieser Zusammenhang zeigt auch die grundsätzlich gegensätzlichen Interessen der Vertragsparteien bei einer Due Diligence auf. Der Erwerber ist an allen für die Entscheidung relevanten Informationen

---

<sup>41</sup> Merkt, BB 1995, 1041, 1042 f.

<sup>42</sup> Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht (2001), 469.

<sup>43</sup> Münchener Kommentar zum BGB/Emmerich, II: §§ 241-432 BGB<sup>5</sup> (2007) § 311 BGB Rn. 128.

<sup>44</sup> BGH 12.11.1975, BGHZ 65, 246, 252 f.

<sup>45</sup> Holzappel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis<sup>12</sup> (2005), 356 Rn. 467.

<sup>46</sup> Barthel, DStZ 1999, 73.

interessiert, da Informationen über Schwächen der Zielgesellschaft zu einer Reduzierung des Kaufpreises genutzt werden können. Für den Verkäufer stellt sich die Lage umgekehrt dar: Werden positive Sachverhalte bei einer Due Diligence entdeckt, so kann dies zwar den Grenzpreis erhöhen; die Käuferseite wird jedoch kaum freiwillig zu Zugeständnissen beim Kaufpreis bereit sein.<sup>47</sup> Diese Einschätzung deckt sich auch mit der empirischen Studie von *Berens* und *Strauch*. Danach verringerte sich der Kaufpreis bei 67,4% der ausgewerteten Unternehmenskäufe nach einer durchgeführten Due Diligence.<sup>48</sup> Nur in 5,3 % der Fälle wurde der Preis erhöht. Diese Zahlen zeigen, dass die Due Diligence ein wirksames Instrument für den Käufer ist, um den Kaufpreis zu seinen Gunsten zu beeinflussen. Die Käuferseite wird gestärkt, da sie negative Sachverhalte und aufgedeckte Risiken in die Verhandlungen einbringen und so den Kaufpreis reduzieren kann.<sup>49</sup> Für den Verkäufer ist die Offenlegung von Daten im Rahmen einer Due Diligence im Hinblick auf den Kaufpreis wenig vorteilhaft. Er möchte die „Braut schmücken“, was bei einer durchgeführten Due Diligence schwer möglich ist. Um es deutlicher zu sagen: Die Due Diligence stellt für die Käuferseite auch die „Munition“ für die Vertragsverhandlungen bereit.<sup>50</sup>

### 3. Beweisfunktion

Die Due Diligence hat auch eine Beweissicherungsfunktion. Sie dokumentiert den Ist-Zustand des Unternehmens umfangreicher als ein herkömmlicher Zwischenbericht.<sup>51</sup> Weiterhin hält der due diligence report den Informationsfluss zwischen Zielunternehmen/Verkäufer und dem Käufer fest. Das Offenlegungsverfahren von Daten, zu dem der Verkäufer möglicherweise aufgrund vorvertraglicher Informationspflichten angehalten ist, wird formalisiert und dokumentiert. Dies vermeidet spätere Auseinandersetzungen.<sup>52</sup>

Der due diligence report kann aber auch als interne entlastende Dokumentation für die Entscheidungsträger des Käufers dienen, nämlich sich umfassend über die Risiken der Akquisition informiert zu haben.<sup>53</sup> Diese Exkulpationsfunktion soll kurz am Handeln des Vorstandes des kaufenden Unternehmens skizziert werden. Gemäß § 93 I S. 1 AktG hat der Vorstand bei der Geschäftsführung „die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissen-

---

<sup>47</sup> *Berens/Schmitting/Strauch*, in: *Berens/Brauner/Strauch* (Hrsg.), *Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen*<sup>4</sup> (2005), 75, 77.

<sup>48</sup> *Berens/Strauch*, *Wpg* 2002, 511, 522.

<sup>49</sup> *Berens/Schmitting/Strauch*, in: *Berens/Brauner/Strauch* (Hrsg.), *Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen*<sup>4</sup> (2005), 75, 77.

<sup>50</sup> *Howson*, *Due Diligence* (Aldershot u. a. 2003), 13.

<sup>51</sup> *Holzappel/Pöllath*, *Unternehmenskauf in Recht und Praxis*<sup>12</sup> (2005), 15 Rn. 12.

<sup>52</sup> *Merkt*, *WiB* 1996, 145, 147.

<sup>53</sup> *Holzappel/Pöllath*, *Unternehmenskauf in Recht und Praxis*<sup>12</sup> (2005), 15 Rn. 12.

haften Geschäftsleiters anzuwenden“. Nach § 93 II S. 1 AktG sind die Vorstandsmitglieder bei einer Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft schadensersatzpflichtig. § 93 II S. 2 AktG legt den Vorstandsmitgliedern die Beweislast für die fehlende Pflichtwidrigkeit und das Verschulden auf.<sup>54</sup> Die im Rahmen einer Due Diligence durchgeführten Arbeiten und ihre Dokumentation bieten dem zur Rechenschaft Gezogenen die Möglichkeit diesen Entlastungsbeweis anzutreten. So kann der Vorstand der kaufenden Aktiengesellschaft die Grundlage seiner unternehmerischen Entscheidung dokumentieren, insbesondere auf welcher Tatsachengrundlage er die Entscheidung traf, und damit die Einhaltung der Sorgfaltspflichten nachweisen.

In der GmbH gilt ähnliches: Nach § 43 I GmbHG muss der Geschäftsführer in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anwenden, wobei ein Sorgfaltspflichtverstoß zur Schadensersatzpflicht gegenüber der GmbH gemäß § 43 II GmbHG führt. Auch bei § 43 GmbHG liegt die Beweislast für die Einhaltung der Sorgfalt bei dem Geschäftsführer,<sup>55</sup> so dass die Due Diligence für den Geschäftsführer einer kaufenden GmbH die Grundlage einer Entlastung von der Haftung gemäß § 43 II GmbHG sein kann.

Die an einem Unternehmenskauf beteiligten externen Berater, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte etc. haften bei der Verletzung einer vertraglichen Pflicht ihren Vertragspartnern. Je nach Fallgestaltung kommt auch eine Haftung gegenüber Dritten im Zusammenhang mit der beruflichen „Dritthaftung“ in Betracht.<sup>56</sup> Je individueller die Vertragsparteien den Unternehmenskaufvertrag einschließlich von Haftungsausschlüssen ausarbeiten, umso mehr Interesse besteht an der Haftung von Beratern.<sup>57</sup> An die Sorgfaltspflicht eines Beraters bei der Beteiligung an einem Industrieunternehmen stellt der BGH folgende Anforderungen: Der Berater müsse nach Art eines vorsichtigen Kaufmanns die gegen eine Beteiligung an der Firma sprechenden Umstände sorgsam erwägen, Bedenken nachgehen und nicht aufklärbare Zweifel eher gegen eine Beteiligung ausschlagen lassen.<sup>58</sup> Zwar liegt die Darlegungs- und Beweislast für eine Pflichtverletzung des Beraters grundsätzlich bei dem Geschädigten, jedoch hat der BGH zunehmend Substanziierungs- und Beweiserleichterungen unter bestimmten Umständen

---

<sup>54</sup> Hüffer, Aktiengesetz<sup>6</sup> (2004), § 93 Rn. 16; Münchner Kommentar zum Aktiengesetz/ Hefermehl/Spindler, III: §§ 76-117 AktG<sup>2</sup> (2004), § 93 Rn. 86.

<sup>55</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbH-Gesetz<sup>18</sup> (2006), § 43 Rn. 38.

<sup>56</sup> Dazu: Zugehör, NJW 2000, 1601-1609.

<sup>57</sup> Holzappel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis<sup>12</sup> (2005), 380 Rn. 531.

<sup>58</sup> BGH 20.1.1975, WM 1975, 763, 765.

zugelassen.<sup>59</sup> So lässt sich aus der Rechtsprechung insgesamt eine Tendenz zur Verschärfung der Haftung der Berater und Prüfer erkennen.<sup>60</sup> Eine dokumentierte Due Diligence kann für die beauftragten Berater den Nachweis erbringen, dass die den Umständen entsprechende Sorgfalt angewandt wurde und stellt damit eine Entlastungsmöglichkeit in der Beweisführung dar.

Als besonders haftungsträchtig stellen sich Tätigkeiten außerhalb des Bereichs der eigenen Fachkompetenz und Erfahrung dar, für die obendrein kein Versicherungsschutz besteht.<sup>61</sup> Wenn der Käufer Wirtschaftsprüfer, Anwälte, Analysten, Umweltexperten und andere Sachverständige damit beauftragt, die entscheidenden Fakten des Zielunternehmens nicht nur zu erfassen, sondern auch zu bewerten, und daraus die Schlussfolgerungen für die Ausarbeitung der Verträge zu ziehen, so kann damit weit über das übliche Tätigkeits- und Pflichtenfeld der Berufsgruppen hinaus gegriffen werden.<sup>62</sup> Mit der letztendlich im due diligence report vorgenommenen Dokumentation der Tätigkeiten können die beteiligten Berater ihre Verantwortungsbereiche abgrenzen und ihre Pflichten präzisieren. Zusätzlich wird den Beratern der Abschluss einer Haftungsbeschränkungsvereinbarung empfohlen.<sup>63</sup>

#### 4. Planungsfunktion

Unternehmenskäufe erfüllen die hochgesteckten Ziele in einem Großteil der Fälle deshalb nicht, weil das Zielunternehmen nicht schnell und effizient genug integriert wurde.<sup>64</sup> Weiterhin führt die Überschätzung der synergetischen Potentiale sowie der mangelnde „strategische fit“, das heißt der mangelnde Abgleich zwischen den Strategien des erwerbenden und den Möglichkeiten des akquirierten Unternehmens zu der geringen „Trefferquote“ bei Übernahmen, Joint Ventures und Kooperationen.<sup>65</sup> Die aus der Due Diligence gewonnenen Daten stellen aber für den Käufer eine Grundlage dar, mit der er eine effiziente Integration des Unternehmens strategisch sinnvoll planen kann. Mit diesen Daten können auch die Synergiepotentiale definiert und quantifiziert werden und damit

---

<sup>59</sup> BGH 17.10.1996, NJW 1997, 128, 129; *Holzappel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis<sup>12</sup> (2005), 393 Rn. 574 m. w. N.

<sup>60</sup> *Berens/Schmitting/Strauch*, in *Berens/Brauner/Strauch* (Hrsg.), Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen<sup>4</sup> (2005), 75, 93.

<sup>61</sup> *Holzappel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis<sup>12</sup> (2005), 381 Rn. 532.

<sup>62</sup> *Treeck*, in FS Fikentscher (1998) 434, 440.

<sup>63</sup> *Schulte*, DStR 2000, 1437, 1438; für den Steuerberater bei der Tax Due Diligence: *Löffler*, Wpg 2004, 576, 582 f.

<sup>64</sup> *Howson*, Due Diligence (Aldershot u. a. 2003), 13.

<sup>65</sup> *Brauner/Grillo*, in: *Berens/Brauner/Strauch* (Hrsg.), Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen<sup>4</sup> (2005), 347, 356 f.

der strategische Wert des zu erwerbenden Unternehmens festgelegt werden. Der Wert einer durchgeführten Due Diligence erstreckt sich also nicht nur auf die Zeit bis zum Abschluss des Kaufvertrags, sondern sie trägt auch danach zur erfolgreichen Umsetzung der Transaktion bei.

### III. Formen der Due Diligence

Die einzelnen Formen der Due Diligence werden nach den zu überprüfenden Sachgebieten oder dem Auftraggeber unterschieden. So kann eine Due Diligence entweder vom Kaufinteressenten oder von dem zu prüfenden Unternehmen selber initiiert werden. Den letztgenannten Typ unterscheidet man noch in die Vendor Due Diligence, Pre-sale Due Diligence und Vendor Assistance.<sup>66</sup> Bei der Vendor Due Diligence sind die erforderlichen Informationen dem Auftraggeber vollständig zugänglich. Bei der Identität von Auftraggeber und zu prüfenden Unternehmen besteht grundsätzlich keine Informationsasymmetrie. Zwar dienen diese Due Diligence Prüfungen dem Aufdecken von unerkannten Problemen wie organisatorischen Versäumnissen, dies geschieht aber durch die Aufarbeitung eigener, dem Auftraggeber zugänglicher Informationen. Man könnte auch vom „Ausgraben“ eigener Problemstände und Risiken sprechen. Aufgrund dieser Besonderheit fehlt das rechtliche Spannungsfeld zwischen Käufer, Verkäufer und Zielunternehmen, welches die käuferseitige Due Diligence kennzeichnet. Diese auch *buy-side due diligence* genannte Form ist die in der Praxis am häufigsten vorkommende Form der Due Diligence.<sup>67</sup> Diese wird dadurch gekennzeichnet, dass der Auftraggeber gerade nicht im Besitz der zu prüfenden Informationen ist und diese von dem Unternehmen erlangen muss, welches nicht zwangsläufig mit dem Verkäufer identisch ist. Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der rechtlichen Problematik der käuferseitigen Due Diligence, so dass sich nachfolgend der Begriff Due Diligence auf diese Due Diligence bezieht.

Unabhängig vom Auftraggeber unterscheidet man verschiedene Typen der Due Diligence nach den zu prüfenden Sachgebieten. Dabei hängt der Umfang und die Prüfungsintensität der einzelnen Sachgebiete von der Größe, Art und den Besonderheiten

---

<sup>66</sup> Zu den Begriffen und der Abgrenzung: *Nawe/Nagel*, in: *Berens/Brauner/Strauch* (Hrsg.), *Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen*<sup>4</sup> (2005), 757, 759 ff.

<sup>67</sup> *Spill*, DStR 1999, 1786, 1791; *Nawe/Nagel*, in: *Berens/Brauner/Strauch* (Hrsg.), *Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen*<sup>4</sup> (2005), 757, 759.

des Zielunternehmens ab. Auch die von dem Käufer mit der Transaktion verfolgten Ziele bestimmen die Durchführung der Due Diligence. Zu beachten ist aber, dass bei allen verschiedenen Formen der Due Diligence die Zielstellung dieselbe ist. Die Due Diligence soll das Informationsgefälle zwischen Käufer und Verkäufer verringern und die oben dargestellten Funktionen übernehmen. Bei der Due Diligence Prüfung haben sich drei Schwerpunkte herausgebildet: die financial due diligence, die legal und die commercial due diligence. Neben diesen drei wichtigsten Formen haben sich weitere Arten der Due Diligence entwickelt, die größtenteils auf Besonderheiten bestimmter Branchen und Unternehmen eingehen, wie zum Beispiel die environmental due diligence.

### *1. Financial Due Diligence*

Bei der financial due diligence wird die betriebswirtschaftliche Situation des Zielunternehmens untersucht. Überprüft und analysiert wird meist dabei das Rechnungswesen, die finanziellen Verhältnisse und das Geschäft des Unternehmens. Die Basis dieser Prüfung sind dabei gegenwärtige beziehungsweise Daten aus der Vergangenheit, wobei ein Prüfungszeitraum von drei bis fünf Jahren empfohlen wird.<sup>68</sup> Von besonderer Bedeutung bei der financial due diligence ist die Analyse der Vermögenslage des Zielunternehmens. So sollte in diesem Zusammenhang die bisherigen Bilanzierungspraktiken erkannt werden, Bilanzposten auf stille Reserven bzw. nicht bilanzierte Risiken analysiert werden und der Umfang rechtlich gesondert zu bewertender oder behandelnder Vermögensgegenstände festgestellt werden. Die typische Frage hierbei lautet: „Wurde die Braut geschmückt?“<sup>69</sup> Weitere Themenkomplexe der financial due diligence sind die Analyse der Ertrags- und Finanzlage, Identifikation versteckter Risiken im Rechnungswesen und das Cash-Management bei Großunternehmen.<sup>70</sup>

Die Ausrichtung der financial due diligence auf die Vergangenheit beziehungsweise auf den Ist-Zustand des Unternehmens darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Ziel der financial due diligence vorrangig in der Prüfung der zukünftigen Akquisition und der Integration des Zielunternehmens besteht. Die bei der financial due diligence gewonnenen Ist-Daten des Zielunternehmens müssen in Verbindung mit den anderen Due Diligence Prüfungen die Grundlage für die Frage sein, ob der angestrebte Unternehmenskauf strategisch sinnvoll ist. Die financial due diligence wird daher häufig

---

<sup>68</sup> Spill, DStR 1999, 1786, 1788; Krüger/Kalbfleisch, DStR 1999, 175, 175; Holzappel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis<sup>12</sup> (2005), 16 Rn. 18.

<sup>69</sup> Barthel, DStZ 1999, 365, 367.

<sup>70</sup> Ausführlich: Barthel, DStZ 1999, 365, 367 ff.

als der „Fokus“ der Due Diligence Prüfung bezeichnet.<sup>71</sup> Diese Prüfung wird meist durch einen Wirtschaftsprüfer beziehungsweise einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft als sachverständiger Berater durchgeführt.

## 2. Commercial Due Diligence

Die commercial due diligence, welche auch als marketing due diligence bezeichnet wird,<sup>72</sup> ist als Gegenstück zur financial due diligence unerlässlich. Während die financial due diligence doch stark vergangenheitsorientiert ist, wird mit der commercial due diligence versucht, die mit dem Unternehmenskauf verfolgten Ziele und Motive auf deren Realisierbarkeit zu überprüfen. In diesem Prüfungsabschnitt stehen im weiteren Sinne betriebswirtschaftliche Fragen im Vordergrund.<sup>73</sup> Analysiert wird daher die derzeitige Position am Markt des Zielunternehmens, dessen Produkte und Vertriebswege und die künftigen Entwicklungsmöglichkeiten. Hauptaugenmerk der Prüfung sollten die wirtschaftlichen Auswirkungen des Unternehmenskaufs auf das Ziel- und Erwerberunternehmen sein. Die commercial due diligence ist somit zukunftsorientiert und versucht, kommende Entwicklungen zu erkennen.

Neben der unterschiedlichen zeitlichen Orientierung (vergangenheitsbetont/zukunftsbetont) besteht zwischen der financial und commercial due diligence ein weiterer Unterschied in der Methode der Datengewinnung. Bei der financial due diligence werden interne Unternehmensdaten ausgewertet, während die commercial due diligence auch die Analyse der Umwelt des Zielunternehmens einschließt. Daher werden größtenteils Informationsquellen außerhalb des Unternehmens genutzt, wie zum Beispiel Interviews mit Kunden, Zulieferern, Wettbewerbern und derzeitigen oder ehemaligen Beschäftigten. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Daten einer commercial due diligence hauptsächlich aus externen Quellen stammen,<sup>74</sup> während bei der financial due diligence interne Quellen genutzt werden.

## 3. Legal Due Diligence

Bei der legal due diligence werden die rechtlichen Strukturen des Zielunternehmens untersucht. Dabei kann zwischen unternehmensinternen und unternehmensexternen

---

<sup>71</sup> Pack, in: Picot (Hrsg.), Handbuch Mergers & Acquisitions<sup>3</sup> (2005), 287, 298.

<sup>72</sup> So Pack, in: Picot (Hrsg.), Handbuch Mergers & Acquisitions<sup>3</sup> (2005), 287, 301.

<sup>73</sup> Barthel, DStZ 1999, 365, 366.

<sup>74</sup> Howson, Due Diligence (Aldershot u. a. 2003), 77.

Rechtsstrukturen unterschieden werden. Zu den internen Strukturen zählen die gesellschaftsrechtlichen Belange wie die Rechtsform, ordnungsgemäße Gründung der Gesellschaft, interne Vollmachten etc.; sowie die vermögensrechtlichen und internen vertragsrechtlichen Angelegenheiten.

Im Rahmen eines Share Deal ist bei der legal due diligence ein besonderes Augenmerk auf die gesellschaftsrechtliche Historie des Zielunternehmens zu legen, da diese entscheidet, ob und was der Käufer erwerben kann.<sup>75</sup> Abhängig von der Rechtsform der Gesellschaft kann die Vergangenheit der Anteile anhand von registerrechtlichen Eintragungen, Kapitalerhöhungsbeschlüssen und Abtretungsverträgen nachvollzogen werden.

Bei einer Kapitalgesellschaft als Zielunternehmen stellen so genannte verdeckte Sacheinlagen ein zu beachtendes Problem dar. Diese Konstellation ist weniger selten als die Rechtsprechung vermuten lässt.<sup>76</sup> Wurde bei der Gesellschaftsgründung oder einer späteren Kapitalerhöhung das Kapital bar aufgebracht, so sind im Rahmen der legal due diligence die Begleitumstände dieser Kapitalaufbringung zu beachten.<sup>77</sup> Das Risiko von verdeckten Sacheinlagen zeigt beispielsweise die Haftung des Erwerbers von Gesellschaftsanteilen einer GmbH: Der Erwerber haftet gemäß § 16 III GmbHG neben dem Veräußerer für die Erbringung der Bareinlage, da die Verpflichtung zur Einlage von Barmitteln weiter besteht. Für den Erwerber ist das mögliche Haftungsrisiko schwer einzuschätzen, da er mit dem Einbringungsvorgang nichts zu tun hatte und die verdeckte Sacheinlage meist nur mündlich zwischen den ursprünglichen Gesellschaftern verabredet wurde. Eine legal due diligence hat die Aufgabe, solche Risiken zu identifizieren und Lösungen anzubieten.

Bei den unternehmensinternen Verträgen handelt es sich im Wesentlichen um Arbeitsverträge, wobei der Prüfung der Verträge mit Führungskräften eine besondere Wichtigkeit zukommt.<sup>78</sup>

Die externen Rechtsstrukturen beinhalten die Verträge, die das Unternehmen mit der Außenwelt abgeschlossen hat. Dazu zählen Verträge mit Kunden und Lieferanten, Mietverträge, Gewährleistungen und Garantieverträge etc. Für die wichtigsten Verträge mit Kunden ist die Laufzeit, die Gewährleistungsregeln insbesondere in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen aber auch Konkurrenzklauseln zu überprüfen. Ein Schwerpunkt der

---

<sup>75</sup> *Krüger/Kalbfleisch*, DStR 1999, 174, 176

<sup>76</sup> *Fembacher/Walz*, BB 2004, 680, 681.

<sup>77</sup> *Krüger/Kalbfleisch*, DStR 1999, 174, 176.

<sup>78</sup> *Pack*, in: *Picot* (Hrsg.), *Handbuch Mergers & Acquisitions*<sup>3</sup> (2005), 287, 310.



Prüfung der Lieferantenverträge ist, ob diese eine Change-of-Ownership-Klausel enthalten, welche zur vorzeitigen Beendigung des Dauerschuldverhältnisses berechtigen können.

Dabei ist die legal due diligence nicht auf zivilrechtliche Fragen begrenzt. Auch öffentlichrechtliche Probleme wie zum Beispiel behördliche Genehmigungen, Fragen aus dem Subventions-/Beihilfenrecht oder des öffentlich-rechtlichen Warenvertriebsrechts<sup>79</sup> gehören dazu.

#### 4. Tax Due Diligence

Die Tax Due Diligence, das heißt die umfassende Durchleuchtung des Zielunternehmens aus steuerlicher Sicht, hat wie die anderen Formen der Due Diligence zwei Dimensionen: Die Identifizierung von Risiken und von Chancen der geplanten Transaktion. Zwar stehen bei einem Unternehmenskauf strategische Überlegungen im Vordergrund, jedoch darf der steuerrechtliche Aspekt aufgrund seiner Komplexität, Risiken, aber auch wegen seiner Steuerungsfähigkeit, nicht unterschätzt werden.<sup>80</sup>

Ein wichtiger Teil der durchzuführenden tax due diligence ist die Risikoanalyse aus offenen Veranlagungszeiträumen, das heißt von Zeiträumen, die noch nicht verjährt beziehungsweise noch nicht verfahrensrechtlich abgeschlossen sind. Verjäherte oder durch steuerliche Betriebsprüfungen abschließend geprüfte Veranlagungszeiträume können außer Acht gelassen werden, da eine Änderung der Steuerfestsetzung für diese Zeiträume nur noch bei einer Steuerhinterziehung oder leichtfertigen Steuerverkürzung denkbar ist. Ohne Hinweise auf einen solchen Sachverhalt wird sich die tax due diligence nicht auf diese Zeiträume erstrecken.<sup>81</sup> Die Analyse ist vergangenheitsorientiert. Aufgrund der Einzigartigkeit eines jeden Unternehmenskaufs lassen sich die steuerlichen Risiken auch nur individuell bestimmen. Wichtige Faktoren für die Abschätzung der Risiken und damit für den Prüfungsumfang der tax due diligence sind die Anzahl der noch offenen Jahre, der Zustand des Rechnungswesens, die Qualität der steuerlichen Beratung und die allgemeine Risikobereitschaft der Entscheidungsträger.<sup>82</sup> Weiterhin hängt die Intensität der Prüfung

---

<sup>79</sup> Klindt/Swoboda, DB 2005, 1203, 1204 f.

<sup>80</sup> Löffler, Tax Due Diligence beim Unternehmenskauf (2002), 3 m.w.N.; ders., Wpg 2004, 576, 577; Schiffers, GmbHStb 2004, 239.

<sup>81</sup> Welbers, in: Berens/Brauner/Strauch (Hrsg.), Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen<sup>4</sup> (2005), 435, 442; Schiffers, GmbHStb 2004, 239, 240.

<sup>82</sup> Schiffers, GmbHStb 2004, 239, 240.

entgegen der Ansicht von *Böttcher*<sup>83</sup> auch von der Frage ab, ob und wie weit der Verkäufer zur Abgabe von steuerlichen Garantieklauseln im Unternehmenskaufvertrag bereit ist. Solche Garantieklauseln haben die Zusage zum Inhalt, dass das Zielunternehmen keinen weiteren Steuern als denen bis zur Übernahme unterliegt, die in der Übernahmebilanz durch Rückstellungen abgedeckt sind. Für weitere anfallende Steuern verpflichtet sich der Verkäufer zur Nachzahlung. *Böttcher* widerspricht vehement der Ansicht *Löfflers*<sup>84</sup>, dass man im Idealfall bei Garantieverprechen des Verkäufers auf die Prüfung der abgesicherten Besteuerungszeiträume verzichten könne. *Böttcher* argumentiert, dass die tax due diligence nicht nur eine vergangenheitsorientierte Prüfung sei, sondern auch ein Planungsinstrument für die zukünftige Akquisition.<sup>85</sup> Das ist für die tax due diligence insgesamt richtig, jedoch beschränkt *Löffler* seinen Vorschlag nur auf den vergangenheitsbezogenen Teil der Tax Due Diligence.<sup>86</sup> Als Risikobereiche bei dieser vergangenheitsorientierten Prüfung gelten insbesondere: Nicht steuerrechtskonformes Verhalten der Zielgesellschaft, Risiken wegen der rechtlichen oder wirtschaftlichen Struktur des targets und der Änderung der Steuergesetze oder der Rechtsprechung.<sup>87</sup> Wenn diese Risiken durch Garantien eines solventen Verkäufers, Bankbürgschaften oder einer Gewährleistungsversicherung abgedeckt sind,<sup>88</sup> kann auf den vergangenheitsbezogenen Teil der tax due diligence verzichtet werden. Die Funktion dieses Teils der Prüfung, nämlich die Ausschließung steuerlicher Risiken, wird dann von den Garantien übernommen. Aus diesem Grund geht die Argumentation *Böttchers* fehl. Zuzugeben ist ihm jedoch, dass in der Praxis kaum ein Verkäufer solche weitgehenden Garantien abgeben wird, beziehungsweise die Solvenz des Veräußerers nie wirklich zweifelsfrei feststeht. Muss daher der Erwerber das latente Steuerrisiko des Zielunternehmens in seine Investitionsentscheidung einbeziehen, ist der vergangenheitsorientierte Teil der tax due diligence ein wichtiger Bestandteil dieser Entscheidung.

Der zweite wichtige Aspekt einer steuerlichen Due Diligence ist die Herausarbeitung der steuerlich optimalen Gestaltung der Akquisition. Bei dieser Analyse steht nicht die Risikoidentifizierung im Vordergrund, sondern aufgrund der bedeutsamen steuerlichen Unterschiede bei den Durchführungsmöglichkeiten der Transaktion und den damit

---

<sup>83</sup> *Böttcher*, Verpflichtung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft zur Durchführung einer Due Diligence beim Beteiligungserwerb (2005), 39.

<sup>84</sup> *Löffler*, Tax Due Diligence beim Unternehmenskauf (2002), 147.

<sup>85</sup> *Böttcher*, Verpflichtung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft zur Durchführung einer Due Diligence beim Beteiligungserwerb (2005), 39.

<sup>86</sup> *Löffler*, Tax Due Diligence beim Unternehmenskauf (2002), 147.

<sup>87</sup> Vgl. umfassend: *Schiffers*, GmbHStb 2004, 239, 240 f.; *Löffler*, Wpg 2004, 576, 579 f.

<sup>88</sup> Vgl. zu den Gestaltungsmöglichkeiten: *Löffler*, Wpg 2004, 576, 582.

eröffneten Gestaltungsspielräumen ist die Offenlegung von steuerlichen Chancen des Akquisitionsprozess das vorrangige Ziel. Die Steuerwirkungen, mit denen sich die gegenwarts- beziehungsweise zukunftsorientierten tax due diligence beschäftigt, sind die des eigentlichen Akquisitionsvorgangs, der Finanzierung desselben, der Integration und einer möglichen Weiterveräußerung.<sup>89</sup> Bei der Akquisition und der Finanzierung des Unternehmenskaufs werden durch den Käufer neue Sachverhalte angelegt, deren Steuerwirkungen zu beachten sind. Insbesondere bei einem Kauf durch eine Unternehmensgruppe können Steuerwirkungen einen beträchtlichen Anteil an der optimalen Gestaltung der Eingliederung des Zielunternehmens haben. Letztendlich sind besonders bei einem zeitlich befristeten Engagement die Steuerwirkungen eines Verkaufs abzuklären. Dem gegenwarts- und zukunftsbezogenen Teil der tax due diligence kommt daher insgesamt eine Planungsfunktion zu.

### 5. Environmental Due Diligence

Dass die Due Diligence nicht allein auf zivilrechtliche Sachverhalte beschränkt ist, zeigt als Paradebeispiel der öffentlich-rechtlichen Due Diligence die environmental due diligence,<sup>90</sup> die sich mit Fragen aus dem Bereich des Umweltrechts befasst. Die Umwelt Due Diligence beschäftigt sich mit der Aufdeckung und Bewertung von Umweltrisiken eines operierenden Unternehmens. Die Bedeutung der in den USA entwickelten Umwelt Due Diligence wuchs in Deutschland parallel mit der Altlastenproblematik.<sup>91</sup> Heute deckt diese Prüfung jedoch ein wesentlich breiteres Risikospektrum ab.<sup>92</sup> Dabei ist eine Umwelt Due Diligence nicht nur auf die umweltsensiblen Industrien wie zum Beispiel die Chemie- oder Petroindustrie beschränkt. Die ökologischen Probleme von Banken oder Versicherern ergeben sich aus den Umweltrisiken ihrer Kunden.<sup>93</sup>

Ein wichtiger Teil der Umwelt Due Diligence ist die so genannte *legal compliance*. In diesem Zusammenhang wird überprüft, inwieweit das Unternehmen Umweltvorschriften einhält. Besondere Bedeutung erhält diese Thematik, da bei einem vom Genehmigungsumfang nicht gedeckten Betrieb der Anlage die jederzeitige Gefahr einer Untersagungs- oder Stilllegungsanordnung nach § 20 BImSchG droht. Weiterhin kann der Erwerber bei

---

<sup>89</sup> Löffler, Wpg 2004, 576, 580 f.

<sup>90</sup> So Ewer, AnwBl 2002, 309, 311.

<sup>91</sup> Pföhler/Hermann, Wpg 1997, 628.

<sup>92</sup> Betko/Reiml/Schubert, in: Berens/Brauner/Strauch (Hrsg.), Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen<sup>4</sup> (2005), 565, 568.

<sup>93</sup> Pföhler/Hermann, Wpg 1997, 628, 629.

Weiterbetrieb einer nicht vollständig genehmigten Anlage den Straftatbestand des § 327 StGB (Unerlaubtes Betreiben von Anlagen) verwirklichen.<sup>94</sup> Doch nicht nur das derzeitige, sondern auch das in absehbarer Zukunft genehmigungskonforme Betreiben der Anlagen ist ein Prüfungspunkt.<sup>95</sup> Falls für den Betrieb der Anlagen eine befristete Ausnahmeregelung gewährt wurde, werden nach Ablauf dieser Frist möglicherweise hohe Sanierungsinvestitionen nötig. Bei der legal compliance sind auch bevorstehende und damit vorhersehbare Änderungen der Rechtslage zu berücksichtigen, wobei den Rechtsakten der Europäischen Union verstärkt Wichtigkeit zukommt.<sup>96</sup>

Einen weiterhin zentralen Platz nimmt die Altlastenproblematik bei der Umwelt Due Diligence ein. Dem Erwerber drohen bei dem Erwerb eines kontaminierten Grundstücks ganz erhebliche Konsequenzen: Neben der Haftung aus dem Bundesbodenschutzgesetzes kommt möglicherweise auch eine strafrechtliche Verantwortung für den Eigentümer eines gefahrträchtigen Grundstücks in Betracht. Werden Altlasten entdeckt und können sich Erwerber und Veräußerer über die Behandlung dieses Problems nicht einigen, so droht das Scheitern der Transaktion. Dies zeigt das oft zitierte Beispiel der Neuen Maxhütte in Bayern, deren Verkauf an der ungelösten Altlastenproblematik scheiterte.<sup>97</sup> Das Beispiel zeigt auch die „Sprengkraft“ einer Umwelt Due Diligence, welche *deal breaker* zu Tage fördern kann.

Eine Besonderheit der Umwelt Due Diligence bei Unternehmen in Deutschland ist die von der Praxis noch wenig beachtete Möglichkeit, externe Quellen zu nutzen. Zu nennen ist hier das Auskunftsrecht von jedermann gegenüber den Umweltbehörden aus dem Umweltinformationsgesetz (UIG).<sup>98</sup> Danach sind auch unternehmensspezifische Anfragen zulässig, solange sie nicht die Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen bezwecken. Diese Anfrage bei den Umweltbehörden kann notfalls auch über einen „Strohmann“ erfolgen.<sup>99</sup> Die dadurch gewonnenen Informationen bilden eine erste Orientierung für die branchen- beziehungsweise unternehmensspezifischen Umweltrisiken und legen damit die Analyseschwerpunkte der Umwelt Due Diligence fest. Als weitere externe Quellen kommen Altlastenkataster, Bodendatenbanken, die Archive örtlicher Zeitungen in elektronischer Form oder auch die Befragung des Nachbarn in Betracht.<sup>100</sup>

---

<sup>94</sup> Turiaux/Knigge, BB 1999, 913.

<sup>95</sup> Ewer, AnwBl 2002, 309, 312.

<sup>96</sup> Turiaux/Knigge, BB 1999, 913, 914.

<sup>97</sup> Turiaux/Knigge, BB 1999, 913; Böttcher, Verpflichtung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft zur Durchführung einer Due Diligence beim Beteiligungserwerb (2005), 42 in Fußnote 108.

<sup>98</sup> Turiaux/Knigge, BB 1999, 913, 917.

<sup>99</sup> Ewer, AnwBl 2002, 309, 311.

<sup>100</sup> Turiaux/Knigge, BB 1999, 913, 917.

Die Umwelt Due Diligence darf sich jedoch nicht nur auf externe Quellen stützen. So kommt im Rahmen der Umwelt Due Diligence der Betriebsbesichtigung ein hoher Stellenwert zu.<sup>101</sup> Weitere aufschlussreiche Dokumente sind die Versicherungsunterlagen, welche zum einen den Umfang des Versicherungsschutzes zeigen und zum anderen umweltbezogene Schadensfälle der Vergangenheit auflisten. In vielen Fällen muss der Erwerber die Versicherungen übernehmen, so dass die Kenntnis der Versicherungen unentbehrlich ist. Vom Veräußerer können auch Unterlagen über die Nutzung der Betriebsflächen, Schadensfälle, Verarbeitung gefährlicher Stoffe etc. angefordert werden. Gespräche mit dem Umweltbeauftragten oder den für Umweltfragen zuständigen Vorstandsmitglied beziehungsweise Geschäftsführer können auch als Informationsquelle genutzt werden.

Besonders bei der Umwelt Due Diligence ist der Umfang und die Tiefe der Prüfung schwer schematisch festzulegen. Dafür variieren die möglichen Risiken zu sehr zwischen den einzelnen Industriebranchen und den Unternehmen.<sup>102</sup> Eine allgemeine Checkliste mit den zu prüfenden Punkten kann daher nicht erstellt werden, die Prüfung ist für jedes Unternehmen individuell vorzunehmen.

## 6. Weitere Formen

Neben den vier beschriebenen Formen der Due Diligence haben sich noch weitere Arten herausgebildet. Zu nennen ist hier die cultural, human resources und pensions due diligence. Diese Formen der Due Diligence gehören nicht zum Kernbereich einer Prüfung, ihre Durchführung hängt stark von den Umständen der Transaktion ab.

Unternehmenskulturen unterscheiden sich nicht nur sehr stark in verschiedenen Ländern, sondern auch zwischen konkurrierenden Unternehmen in einem Land. Als Beispiel wurden IBM und Microsoft genannt:<sup>103</sup> Beide sind in der gleichen Branche tätig und im gleichen Land beheimatet, jedoch sind die Unternehmenskulturen völlig unterschiedlich. Bei IBM herrscht eine sehr formelle, traditionelle Unternehmenskultur. Dies kommt beispielsweise bei der Kleidung zum Ausdruck, welche traditionell ein dunkelblauer Anzug, weißes Hemd und eine dunkle Krawatte ist. Die Mitarbeiter bei Microsoft sehen sich eher als unorthodox und unbürokratisch, was auch in einer legeren

---

<sup>101</sup> Ewer, AnwBl 2002, 309, 313; Turiaux/Knigge, BB 1999, 913, 917; Betko/Reiml/Schubert, in: Berens/Brauner/Strauch (Hrsg.), Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen<sup>4</sup> (2005), 565, 569.

<sup>102</sup> Engelhardt, WiB 1996, 299, 300.

<sup>103</sup> Beispiel von Rankine/Bomer/Stedman, Due Diligence (London u. a. 2003), 66.

Kleidung zum Ausdruck kommt. Die cultural due diligence soll mögliche Probleme bei der Zusammenführung verschiedener Unternehmenskulturen im Voraus erkennen und somit die Integration des Zielunternehmens erleichtern. Besondere Bedeutung hat die cultural due diligence bei transnationalen Transaktionen, da die Unternehmensphilosophien und Ethiken sich selbst innerhalb der EU stark voneinander unterscheiden

Der im Rahmen einer personal (human resources) due diligence durchzuführenden Beurteilung des Managements und der Mitarbeiter der Zielgesellschaft wird in der Literatur ein hoher Stellenwert beigemessen.<sup>104</sup> Neben den harten Fakten wie Arbeitszeitregelungen, betriebsverfassungsrechtlichen Gremien etc., sollten auch die so genannten weichen Fakten wie Führungsqualifikation des Managements, Qualifikation der Mitarbeiter und deren Loyalität gegenüber dem Unternehmen untersucht werden. Die persönliche Einstellung der Beschäftigten zu der geplanten Transaktion sollte in Gesprächen ermittelt werden, um die Fluktuationsgefährdung der Führungskräfte und Mitarbeiter bestimmen zu können.

Die pensions due diligence hängt sehr stark mit der personal due diligence zusammen. Diese Prüfung beschäftigt sich mit den Verpflichtungen aus der betrieblichen Altersversorgung. Bei dieser Prüfung wird der Umfang der betrieblichen Versorgungsverpflichtungen festgestellt und ob diese vollständig in den Büchern des Unternehmens verzeichnet sind. Weitere Punkte sind die Prüfung der Rentenberechnung, Ablösevereinbarungen, Anpassungsentscheidungen, Unterstützungskassen, Direktversicherungen und Pensionskassen.<sup>105</sup>

Abhängig von der Branche, in der das Zielunternehmen tätig ist, wird die Due Diligence auf weitere Sachgebiete ausgeweitet. So kann bei einem produzierenden Unternehmen die Produktsicherheit Untersuchungsgegenstand einer Due Diligence sein.<sup>106</sup> Bei Betrieben mit einem umfangreichen Grundbesitz nimmt naturgemäß eine grundstücksrechtliche Due Diligence den Hauptteil der Prüfung ein.<sup>107</sup>

## 7. Zusammenfassung

Die einzelnen Formen der Due Diligence unterscheiden sich nicht in ihrer Zielsetzung, sondern nur in den Prüfungsgebieten und den angewandten Prüfungsmethoden. Alle Arten

---

<sup>104</sup> Aldering/Högemann, in: Berens/Brauner/Strauch (Hrsg.), Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen<sup>4</sup> (2005), 513, 518; Howson, Due Diligence (Aldershot u.a. 2003), 77.

<sup>105</sup> Umfassend: Höfer/Küpper, DB 1997, 1317-1321.

<sup>106</sup> Klindt/Swoboda, DB 2005, 1203-1207.

<sup>107</sup> Dazu: Scheel, DB 2005, 2799-2804.

der Due Diligence dienen dem Abbau der zwischen Verkäufer und Käufer bestehenden Informationsasymmetrie. Die Methoden der einzelnen Prüfungen unterscheiden sich: Beispielweise werden bei der financial due diligence interne Quellen verwendet, während die commercial due diligence größtenteils auf externe Quellen angewiesen ist. Auch in der zeitlichen Orientierung treten Unterschiede auf, wie die beiden Teilbereiche der tax due diligence exemplarisch zeigen. Während der auf mögliche Steuerrisiken fokussierte Teil stark vergangenheitsbezogen ist, muss derjenige Teil, der die steuerlichen Chancen der Akquisition behandelt, zukunftsbezogen sein.

Insgesamt soll noch einmal betont werden, dass all diese verschiedenen Due Diligence Prüfungen der Informationsgewinnung des Käufers über das Unternehmen dienen und die bereits ausführlich dargestellten Funktionen bei einem Unternehmenskauf erfüllen.

#### IV. Durchführung der Due Diligence

Die Durchführung beziehungsweise der praktische Ablauf einer Due Diligence soll hier nur in der gebotenen Kürze skizziert werden. Zu Einzelheiten und Ratschlägen für den Ablauf einer Due Diligence sei auf die einschlägige Praxisliteratur verwiesen.<sup>108</sup>

##### *1. Zeitpunkt*

Im Zusammenhang mit der Durchführung der Due Diligence stellt sich die Frage des Zeitpunkts, an dem die Prüfung durchgeführt wird. Grundsätzlich lässt sich der Unternehmenskauf in drei verschiedene Phasen unterteilen: Pre-Signing, Post-Signing/Pre-Closing, Post-Closing Phase. Zu jedem dieser Zeitpunkte kann eine Due Diligence durchgeführt werden.

Die Pre-Signing Phase eines Unternehmenskaufs dauert bis zum Abschluss des Unternehmenskaufvertrags. Während dieser Phase werden die Vertragsverhandlungen zwischen dem Verkäufer und Käufer geführt. Da die Due Diligence der Wertermittlung und der Ausarbeitung eines Gewährleistungskatalogs dient, sollte und wird sie in den meisten Fällen in der Pre-Signing Phase durchgeführt.<sup>109</sup> Der Käufer ist in aller Regel an einer frühen Due Diligence interessiert, um die Prüfungsergebnisse in die Verhandlungen

---

<sup>108</sup> Berens/Hoffjan/Strauch, in: Berens/Brauner/Strauch (Hrsg.), Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen<sup>4</sup> (2005), 119-172; Spill, DStR 1999, 1786-1792; Wegmann/Koch DStR 2000, 1027-1032.

<sup>109</sup> Höhn, Einführung in die Rechtliche Due Diligence (2003), 29; Ganzert/Kramer, Wpg 1995, 576, 578.

und den Kaufvertrag einfließen zu lassen. Verdeutlicht man sich, dass nach einer Studie von *Berens/Strauch* eine durchgeführte Due Diligence den Kaufpreis in 67,4 % der Fälle reduziert,<sup>110</sup> so erkennt man das starke Interesse des Käufers an einem möglichst frühen Zeitpunkt. Bei einer nicht in der Pre-Signing Phase durchgeführten Due Diligence kann der Käufer zwar versuchen, sich durch Gewährleistungsregeln und Kaufpreisanpassungsklauseln in dem Vertrag zu schützen. Dieser Weg beinhaltet jedoch für ihn mehr Risiken, da die Gefahr einer rechtlichen Auseinandersetzung über die Ergebnisse der Due Diligence oder der Auslegung des Vertrags hoch ist.<sup>111</sup> Gegen eine Due Diligence vor Vertragsschluss spricht aus der Sicht des Käufers nur der Umstand, dass die Kosten der Prüfung anfallen, obwohl ein Vertragsabschluss noch nicht sicher ist. Im Gegensatz zum Käufer hat der Verkäufer ein sehr geringes wirtschaftliches Interesse an einer frühen Due Diligence. Grundsätzlich haben das Zielunternehmen und der Verkäufer kein Interesse an der Offenlegung von Unternehmensdaten, solange das Unternehmen noch nicht verkauft ist. Dies gilt insbesondere gegenüber Konkurrenzunternehmen. In der Literatur wird als Interesse des Verkäufers angeführt, dass durch eine frühe Offenlegung der Daten der Kaufpreis erhöht werden kann oder aber ein „Unsicherheitsabschlag“ beim Kaufpreis vermieden werden kann.<sup>112</sup> Die empirische Studie von *Berens/Strauch* spricht gegen ein solches Interesse, da sich der Kaufpreis nach der Durchführung einer Due Diligence nur in 5,3% der untersuchten Transaktionen erhöht hat. Daher besteht meines Erachtens in der Praxis nur ein zu vernachlässigendes wirtschaftliches Interesse des Verkäufers an einem frühen Zeitpunkt der Durchführung.

Als Post-Signing/Pre-Closing Phase wird der Zeitraum zwischen Abschluss des Kaufvertrags (Signing) und Vollzug des Vertrages (Closing) bezeichnet. Das „Closing“ stammt aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis und hat sich auch bei deutschen Unternehmenskäufen eingebürgert und bewährt. Es bezeichnet einen nach dem schuldrechtlichen Vertragsabschluss liegenden, zentralen Abwicklungszeitpunkt, an dem die Unternehmensübertragung vollzogen und der Unternehmenskaufvertrag erfüllt wird.<sup>113</sup> Eine Due Diligence in dieser Phase des Unternehmenskaufs hat für den Verkäufer den Vorteil, dass er erst die Informationen dem Käufer zugänglich macht, wenn dieser durch den Kaufvertrag rechtlich gebunden ist. Dem steht das Interesse des Käufers entgegen, der die Ergebnisse der Due Diligence in die Vertragsverhandlungen einfließen lassen will. Die

---

<sup>110</sup> *Berens/Strauch*, Wpg 2002, 511, 522.

<sup>111</sup> *Höhn*, Einführung in die Rechtliche Due Diligence (2003), 30.

<sup>112</sup> *Höhn*, Einführung in die Rechtliche Due Diligence (2003), 31; *Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis<sup>12</sup> (2005), 21 Rn. 17, *Angersbach*, Due Diligence beim Unternehmenskauf (2002), 68.

<sup>113</sup> *Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis<sup>12</sup> (2005), 21 Rn. 17



Ergebnisse einer Due Diligence nützen dem Käufer auch sehr wenig, wenn er nicht die Möglichkeit der Verweigerung des Vertragsschlusses hat. Räumt man dem Käufer daher ein umfassendes Rücktrittsrecht bis zum Closing ein, so besitzt der geschlossene Vertrag eine geringe rechtliche Bindungswirkung. Bei einer solchen geringen rechtlichen Bindungswirkung werden der Verkäufer und das Zielunternehmen erneut sehr zurückhaltend bei der Preisgabe von Interna sein. Daher verlagert die Post-Signing/Pre-Closing Due Diligence den grundsätzlichen Interessenkonflikt zwischen Käufer, Verkäufer und Zielunternehmen nur zeitlich, sie löst ihn aber nicht auf.

Eine Post-Closing Due Diligence wird erst nach Vollzug des Kaufvertrages durchgeführt. Entscheidend ist, dass in diesem Fall der Verkäufer keine Einflussmöglichkeiten auf das Unternehmen mehr hat und das Informationsgefälle nur zwischen dem Unternehmen und dem Käufer besteht. Daher fehlt der bereits skizzierte Interessenkonflikt zwischen Verkäufer, Käufer und Zielunternehmen. Eine Post-Closing Due Diligence hat keinen Einfluss auf die Vertragsgestaltung und dient fast ausschließlich der Integration des gekauften Unternehmens.

## 2. Datenraum

Eine Besonderheit bei einer Due Diligence ist der Datenraum (data room). Einen solchen Datenraum kann das Zielunternehmen bei sich oder bei einem Berater einrichten. In diesem Raum werden die vom Käufer angeforderten Daten zur Einsicht ausgelegt. Weiterhin kann das Zielunternehmen in so genannten *data room procedures* festlegen, welche Personen Einsicht in die Daten erhalten, ob und in welchem Umfang Kopien angefertigt werden können etc. Ein Datenraum gibt dem Verkäufer beziehungsweise dem Zielunternehmen die Möglichkeit, den Umfang der Einsichtnahme in Unternehmensdaten zu begrenzen und zu überwachen. Ein externer Datenraum verhindert auch mögliche Irritationen unter den Mitarbeitern des Zielunternehmens, wenn diese über die geplante Transaktion erst später benachrichtigt werden sollen.<sup>114</sup>

## 3. Virtual Due Diligence

Eine weitere Form, wie die Informationen dem Käufer zugänglich gemacht werden können, stellt die virtual due diligence dar. Dabei werden dem Erwerber die Daten in elektronischer Form zur Verfügung gestellt. Vorteile einer solchen Vorgehensweise sind

---

<sup>114</sup> Holzappel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis<sup>12</sup> (2005), 19 Rn. 14.

die Kontrollmöglichkeiten der Zielgesellschaft über die Daten und das Entfallen der Einrichtung eines Datenraumes. Auch können mehrere Bieter im Rahmen eines *limited auctions*-Verfahrens eine Due Diligence gleichzeitig durchführen. Im Hinblick auf die Beweisfunktion hat ein virtueller Datenraum große Vorteile, da der Inhalt dieses Datenraums einfach und lange gespeichert werden kann.

## V. Rezeption der Due Diligence

Allgemein wird der Begriff der Rezeption für die Übernahme fremder Ideen und fremden Gedankenguts verwendet, wie sie in allen Lebensbereichen vorkommt.<sup>115</sup> In der Rechtswissenschaft wird mit unterschiedlicher Akzentuierung bei der Übernahme und dem Fortwirken anderer Rechtskulturen von Rezeption gesprochen. Der Rezeptionsbegriff würde jedoch zu eng gefasst, wenn man darunter nur die en-bloc Übernahme von Gesetzbüchern, wie zum Beispiel des schweizerischen Zivilgesetzbuches in der Türkei oder ganzen Rechtsordnungen versteht.<sup>116</sup> Vielmehr ist auch die Übernahme einzelner Rechtsideen oder Rechtsinstrumente unter den Begriff der Rezeption fremden Rechts zu fassen.

Als Paradebeispiel für die Rezeption wird in der europäischen Rechtsgeschichte die wohl umfassendste Rezeption, nämlich die Ausbreitung des römisch-kanonischen Rechts als *ius commune* in Europa, genannt. Dieser vergangenheitsbezogene Ansatz versperrt ein wenig den Blick auf die Tatsache, dass fremdes Recht zu allen Zeiten und auch heute übernommen und rezipiert wird.<sup>117</sup> Weiterhin wird bei der hier interessierenden Rezeption amerikanischen Rechts in der Literatur gelegentlich von einer „Amerikanisierung“ gesprochen,<sup>118</sup> ohne den dahinter stehenden Prozess der Rezeption zu erwähnen.

Im folgenden soll die Rezeption amerikanischen Rechts am Beispiel der Due Diligence näher beleuchtet, Gründe für eine Übernahme gesucht und die Konsequenzen für die Behandlung der Due Diligence im deutschen Recht erörtert werden.

### 1. Rezeption in Deutschland

Wie bereits oben ausführlich dargestellt, stammt die Due Diligence aus dem amerikanischen Recht. Bei Unternehmenskäufen in Deutschland ist die Due Diligence

---

<sup>115</sup> Wiegand, FG Zum Schweizerischen Juristentag 1988 (Bern 1988), 229, 231; *ders.*, The American Journal Of Comparative Law (Vol. 39 1991), 229.

<sup>116</sup> Zajtay, AcP 156 (1957), 361, 377.

<sup>117</sup> Stürner, FS Kurt Rebmann (1989), 839 f.

<sup>118</sup> Merkt, FS Sandrock (2000), 657, 658 f.; Triebel, RIW 1998, 1-7.

etabliert und hat einen hohen Verbreitungsgrad.<sup>119</sup> Dieser Befund wird durch die Diskussion in der Literatur, ob die Due Diligence eine Verkehrssitte im Sinne des § 442 I BGB darstellt,<sup>120</sup> gestützt. Ein weiteres Indiz für die starke Verbreitung der Due Diligence sind die veröffentlichten Due Diligence Checklists und Praxisanleitungen,<sup>121</sup> sowie die Beschäftigung der einschlägigen Praxisliteratur mit dem Thema.<sup>122</sup>

Somit ist festzustellen, dass sich die Due Diligence als amerikanisches Rechtsinstrument in Deutschland bei Unternehmenskäufen etabliert hat. Mit anderen Worten: Das Konzept der Due Diligence als kaufvorbereitende Prüfung bei einem Unternehmenskauf wurde in Deutschland rezipiert.

## 2. Gründe für die Rezeption

Im Anschluss an diese Feststellung ergibt sich die interessante aber wenig behandelte Frage nach den Gründen für die Rezeption. Insgesamt hat in Europa und Deutschland eine starke Rezeption von amerikanischen Rechtsinstrumenten und Rechtsdenken in den letzten Jahrzehnten stattgefunden.<sup>123</sup> Als Beispiele seien hierfür neue Rechtsinstrumente wie *Leasing*, *Factoring*, und *Franchising* genannt, während für die Rezeption neuer Methoden und Theorien die ökonomische Analyse des Rechts als Beispiel gelten kann.

Daher sollen zuerst die allgemeinen Gründe für die stattfindende Rezeption amerikanischen Rechts aufgezeigt werden, um im Anschluss auf die Besonderheiten der Due Diligence und ihrer Übernahme einzugehen.

### a) US-amerikanische Schulenburg

Ein Hauptgrund für die Verbreitung amerikanischen Rechtsdenkens ist die Vormachtstellung, welche eine Reihe von US-amerikanischen Universitäten innehat. Junge, europäische Juristen mit dem Streben nach Zusatzqualifikationen suchen sich als Ausbildungsstätte US-amerikanische law schools aus.<sup>124</sup> Nach der Ausbildung besetzt ein Großteil dieser Juristen Schlüsselpositionen in der Anwaltschaft, Wirtschaft und Lehre,

---

<sup>119</sup> Berens/Strauch, Wpg 2002, 511, 525.

<sup>120</sup> Vgl. die Nachweise bei Harm Peter Westermann, ZHR 169 (2005), 248, 263.

<sup>121</sup> vgl. Wegen, WiB 1994, 291-296; Schiffers, GmbHStb 2004, 239-242, 277-281; Höfer/Küpper DB 1997, 1317-1321

<sup>122</sup> Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis<sup>12</sup> (2005), 13 ff. Rn. 12 ff.; Hölter, in: Hölter (Hrsg.), Handbuch des Unternehmens und Beteiligungskaufs<sup>6</sup> (2005), 61 f. Rn. 172-175.

<sup>123</sup> Stürner, FS Rebmann (1989), 839 f.; Wiegand, FG Zum Schweizerischen Juristentag 1988 (Bern 1988), 229-262; ders., The American Journal Of Comparative Law (Vol. 39 1991), 229-248.

<sup>124</sup> Wiegand, FG Zum Schweizerischen Juristentag 1988 (Bern 1988), 229, 236 ff.; Stürner, FS Rebmann (1989), 839, 843.

wobei für einige Positionen ein US-amerikanischer Hochschulabschluss wie der LLM de facto Voraussetzung ist. Diese Ausnahmestellung der US-amerikanischen Universitäten ist vergleichbar mit der Stellung der oberitalienischen Universitäten zur Zeit der Rezeption des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland. Eine Voraussetzung für die Verbreitung des *ius commune* in Europa war die Ausbildung von Juristen des neuen Rechts an den spätmittelalterlichen italienischen Rechtsfakultäten. Eine ähnliche Entwicklung vollzieht sich heute: So werden die US-amerikanischen Hochschulen als das Bologna von heute bezeichnet<sup>125</sup> oder die Reise über den Atlantik mit der des mittelalterlichen Juristen über die Alpen verglichen<sup>126</sup>.

Diese Entwicklung ist Ausdruck einer generellen Orientierung an das amerikanische Recht, insbesondere im Bereich der Wirtschaft. Weiterhin wird die Übernahme und Ausbreitung amerikanischen Rechtsdenkens durch die Ausbildung europäischer Juristen an US-amerikanischen Hochschulen ermöglicht und gefördert.

#### *b) Englisch als lingua franca*

Einen großen Anteil an der Verbreitung und Durchsetzung von anglo-amerikanischen Rechtsbegriffen und Konzepten hat die englische Sprache, welche als Verhandlungs- und Vertragssprache bei internationalen Wirtschaftsbeziehungen,<sup>127</sup> aber auch in der Wissenschaft dominiert.<sup>128</sup> Werden Verträge in englischer Sprache abgefasst, so werden ganz selbstverständlich auch anglo-amerikanische Begriffe verwandt und damit die hinter diesen stehenden Konzepte. Meist sind diese englischen Begriffe plakativer und griffiger und eine sinngemäße Übersetzung in das Deutsche ist kaum möglich. Beispielhaft seien dafür die Begriffe *Letter of Intent*, *Memorandum of Understanding* oder *Heads of Agreement* genannt. Mit der Wahl der englischen Sprache als Vertragssprache geht aber fast immer auch die Wahl des englischen oder amerikanischen Rechts einher. Ein Auseinanderfallen von Sprache und anwendbarem Recht geht mit Rechtsunklarheit einher und diese kann auch nicht durch Übersetzungen überwunden werden.<sup>129</sup> Daher trägt Englisch als die Weltsprache unserer Zeit sehr stark auch zur Ausbreitung des anglo-amerikanischen Rechtsdenkens bei.

---

<sup>125</sup> Stürner, FS Rebmann (1989), 839, 843.

<sup>126</sup> Wiegand, FG Zum Schweizerischen Juristentag 1988 (Bern 1988), 229, 240.

<sup>127</sup> Triebel, RIW 1998, 1, 2.

<sup>128</sup> Wiegand, FG Zum Schweizerischen Juristentag 1988 (Bern 1988), 229, 235.

<sup>129</sup> Triebel, RIW 1998, 1, 7.

### c) *Law Firms*

Besonders im Wirtschaftsrecht ist eine starke Amerikanisierung des Rechtsdenkens feststellbar. Ein Grund dafür ist, dass die Wirtschaftsberatung und Revisionstätigkeit entweder von amerikanischen, weltweit operierenden Ketten durchgeführt wird, oder aber von lokalen Firmen, die deren Stil adaptieren.<sup>130</sup> Die so genannte *Wall Street Law Firm* prägt den Stil und das Erscheinungsbild der führenden Kanzleien in Europa und anderen Teilen der Welt. Die Dominanz amerikanisch geprägter Großkanzleien in diesen Bereichen fördert auch die Rezeption. Als Beispiel seien hier die Vorschriften über Rechnungslegung genannt. So findet die Umstellung der Rechnungslegung von HGB auf US-GAAP auch bei Unternehmen statt, die nicht aufgrund der Börsenzulassungsregeln dazu verpflichtet sind.<sup>131</sup>

### d) *Besonderheiten bei der Due Diligence*

Neben diesen allgemeinen Ursachen für die Rezeption amerikanischen Rechts gibt es für die Rezeption der Due Diligence spezifische Gründe, welche hier herausgearbeitet werden sollen.

Ein wichtiger Grund ist die unterschiedliche Entwicklung der Märkte für Unternehmenskäufe. Die USA ist das Land mit dem größten und aktivsten Markt für Unternehmenskäufe, während Deutschland einen im Vergleich geringen Markt für Unternehmenskäufe hat.<sup>132</sup> Als Konsequenz ist die Kautelarpraxis in den USA gerade beim Recht des Unternehmenskaufs viel höher entwickelt, was sich durch die Vielzahl der Rechtsinstrumente, Gestaltungsformen und Techniken der amerikanischen Praxis beim Unternehmenskauf belegen lässt. Das US-amerikanische Recht musste sich daher im Bereich der Unternehmenskäufe nicht gegen eine gewachsene rechtliche Kultur in Deutschland durchsetzen, sondern füllte ein nahezu bestehendes Vakuum aus.<sup>133</sup>

Die Hauptursache für die Rezeption der Due Diligence findet sich bei den Gewährleistungsregeln des deutschen Rechts beim Unternehmenskauf. Das BGB kennt keine besonderen Regelungen für den Unternehmenskauf. In ständiger Rechtsprechung wurden die Vorschriften über die Sachmängelhaftung auf den Unternehmenskauf

---

<sup>130</sup> *Wiegand*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1998 (1999), 9, 15 f.

<sup>131</sup> *Köhler/Marten/Schlereth/Crampton*, BB 2003, 2615.

<sup>132</sup> *Merkt*, FS Sandrock (2000), 657, 685; *Triebel*, RIW1998, 1, 2.

<sup>133</sup> *Merkt*, FS Sandrock (2000), 657, 658.

angewandt.<sup>134</sup> Der Gesetzgeber hat diese Auffassung im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz bestätigt: Auf Unternehmen finden die Vorschriften über Mängel des Kaufgegenstandes Anwendung, da es sich bei ihnen um „sonstige Gegenstände“ im Sinne von § 453 I BGB handelt.<sup>135</sup> Von der Praxis werden die gesetzlichen Gewährleistungsregeln für den Unternehmenskauf jedoch als unpassend empfunden.<sup>136</sup> So ist die Rückabwicklung eines Unternehmenskaufs praktisch ausgeschlossen, da sich auch nach kürzester Zeit im Umlauf- und Anlagevermögen erhebliche Veränderungen ergeben haben. Das Unternehmen hat als eine durch die unternehmerische Tätigkeit ständig wechselnde Sach- und Rechtsgesamtheit zwar seine Identität nicht geändert, jedoch hat der Käufer möglicherweise Investitionen getätigt, Führungskräfte ausgewechselt etc.<sup>137</sup> Daher ist der Rücktritt bei einem Unternehmenskauf de facto ausgeschlossen. Ein weiteres großes Problem der gesetzlichen Gewährleistungsregeln ist die umstrittene Konkurrenz von Gewährleistungsrecht und Haftung aus culpa in contrahendo. Die Rechtsprechung hat den Fehlerbegriff des § 459 I BGB a. F. beim Unternehmenskauf tendenziell eng ausgelegt und so dem Rechtsbehelf der culpa in contrahendo einen großen Anwendungsbereich eingeräumt.<sup>138</sup> Die Abgrenzung war jedoch unsicher und im Schrifttum umstritten, so dass der BGH aufgrund dieser Meinungsvielfalt und Rechtsunsicherheit eine vertragliche Regelung der Gewährleistung beim Unternehmenskauf empfahl.<sup>139</sup> Auch nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist das Verhältnis zwischen Gewährleistungsrecht und der jetzt gesetzlich normierten culpa in contrahendo umstritten.<sup>140</sup> Insgesamt werden auch die neuen gesetzlichen Regelungen von der Praxis als für den Unternehmenskauf als unpassend empfunden und die einschlägigen Handbücher empfehlen weiterhin eine vertragliche Regelung der Gewährleistung.<sup>141</sup> Eine solche Regelung ist jedoch nur zu bewerkstelligen, wenn der Käufer die Möglichkeit der Prüfung des Unternehmens hatte. Daher besteht in Deutschland für die Due Diligence eine praktische Notwendigkeit. Begreift man die gesetzlichen Gewährleistungsrechte auch als rechtliche Instrumente, welche die zwischen Verkäufer und Käufer bestehende

---

<sup>134</sup> BGH 25.3.1998, BGHZ 138, 195, 204 m. w. N.

<sup>135</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, 242 Zu § 453 BGB-E Abs. 1; *Palandt/Weidenkaff*, Bürgerliches Gesetzbuch<sup>67</sup> (2008), § 453 BGB Rn. 7.

<sup>136</sup> *Holzappel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis<sup>12</sup> (2005), 356, Rn. 467.

<sup>137</sup> *H.-H. Klumpp*, in: *Beisel/Klumpp*, Der Unternehmenskauf<sup>5</sup> (2006), 351 f. Rn. 82.

<sup>138</sup> RG 15.11.1907, RGZ 67, 86, 87; BGH 12.11.1975, BGHZ 65, 246, 252 f.; zusammenfassend: *Ulrich Huber*, AcP 202 (2002), 179, 185 ff.

<sup>139</sup> BGH 12.11.1975, BGHZ 65, 246, 252.

<sup>140</sup> Vgl. zum Streitstand: *Semler* in: *Hölter* (Hrsg.), Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs<sup>6</sup> (2005), 725 Rn. 168.

<sup>141</sup> *Holzappel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis<sup>12</sup> (2005), 356, Rn. 467.

Informationsasymmetrie bewältigen sollen,<sup>142</sup> so wird die Notwendigkeit für die Due Diligence klar. Wie bereits ausgeführt, ist das zentrale Rechtsproblem beim Unternehmenskauf ein Informationsproblem, da zwischen Käufer und Verkäufer bezüglich des Unternehmens ein großes Informationsgefälle besteht. Wenn die gesetzlichen Gewährleistungsrechte aus den genannten Gründen dieses Gefälle nicht ausgleichen können, so müssen andere Instrumente dieses Informationsproblem bewältigen. Können die Gewährleistungsrechte keinen sinnvollen Ausgleich für die unterschiedliche Verteilung der Informationen schaffen, so ist der Abbau der Informationsasymmetrie notwendig. Die Due Diligence ist dafür, wie bereits gezeigt, das geeignete Mittel beim Unternehmenskauf. Daher benutzt die kautelarjuristische Praxis die Due Diligence, um dieses bestehende Informationsproblem in den Griff zu bekommen.<sup>143</sup>

Es ist festzuhalten, dass insbesondere aufgrund der Besonderheiten des deutschen Gewährleistungsrechts die Due Diligence als Rechtsinstrument rezipiert wurde. Der Meinung, dass die Due Diligence in Deutschland kaum eine Gewährleistungsfunktion übernimmt,<sup>144</sup> ist nicht zuzustimmen. Begründet wird diese Meinung mit den im Gegensatz zu den USA in Deutschland bestehenden gesetzlichen Gewährleistungsregeln. Diese werden aber von der Praxis aus den genannten Gründen durch vertragliche Regelungen ersetzt, so dass die Ausgangslage in beiden Rechtskreisen vergleichbar ist. Nur die Gründe für eine vertragliche Regelung der Gewährleistung und der damit unverzichtbaren Prüfung des Unternehmens sind verschieden: In dem US-amerikanischen Rechtskreis herrscht der Grundsatz *caveat emptor*, während in Deutschland die gesetzlichen Gewährleistungsregeln für den Unternehmenskauf nicht richtig passen.

#### *e) Zusammenfassung*

Die Tatsache, dass es sich bei der Due Diligence um ein rezeptiertes Instrument aus einem fremden Rechtskreis handelt, hat auch mittelbare Auswirkungen auf ihre Behandlung im deutschen Recht. Um dieses Instrument sinnvoll in das deutsche Recht einzupassen, müssen die im Ursprungsland übernommenen Funktionen und die rechtliche Bewertung der Due Diligence vergleichend mit einbezogen werden. Eine gelungene Übernahme setzt voraus, dass der im fremden Recht vorgenommene Interessenausgleich erkannt wird und bei der Betrachtung berücksichtigt wird. Sonst besteht die Gefahr, dass ein die Interessen

---

<sup>142</sup> Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht (2001), 239, 469.

<sup>143</sup> Ulrich Huber, AcP 202 (2002), 179, 193.

<sup>144</sup> Fleischer/Körber, BB 2001, 841, 842.

der Beteiligten ausbalancierendes Rechtsinstrument aufgrund der Besonderheiten des übernehmenden Rechts nach der Rezeption die Interessen falsch gewichtet und damit unbillig wird. Die Rechtsvergleichung sollte deswegen als Auslegungsmittel für rezeptiertes Recht heran gezogen werden.<sup>145</sup> Aus diesem Grund geht auch die Ansicht<sup>146</sup> fehl, dass aus der Betrachtung der Due Diligence in den USA sich keinerlei Folgerungen für ihre rechtliche Behandlung in Deutschland ergeben.

---

<sup>145</sup> *Drobning*, *RabelsZ* 50 (1986), 610, 611.

<sup>146</sup> *Eggenberger*, *Gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen und Folgen einer due-diligence Prüfung* (2001), 55.



## § 2 Due Diligence und Verkäuferhaftung

Im Hauptteil dieser Arbeit soll der Einfluss der Due Diligence auf die Verkäuferhaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf untersucht werden. Nach einem kurzen Problemaufriss, insbesondere im Hinblick auf die Neuerungen durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und der Abgrenzung zwischen Unternehmens- und Beteiligungskauf soll auf die Frage eingegangen werden, inwieweit eine durchgeführte Due Diligence die vereinbarte Beschaffenheit des Unternehmens bestimmt. Die Beantwortung dieser Frage setzt notwendigerweise die Untersuchung der Reichweite des Beschaffenheitsbegriffs voraus, der mit der Schuldrechtsreform neu bestimmt wurde. Anschließend wird der Frage nachgegangen, welchen Einfluss die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis von Mängeln auf die Verkäuferhaftung hat. Zentrale Probleme sind dabei die Wissenszurechnung und der Zeitpunkt der Kenntnis beziehungsweise der Unkenntnis. Darauf wird im Hinblick auf die Besonderheiten des Unternehmenskaufs eingegangen.

Die Haftung wegen unterlassener Aufklärung in Bezug auf das Unternehmen oder den Anteil eines Unternehmens nimmt in der Literatur und der zur alten Gesetzeslage ergangenen Rechtsprechung einen breiten Raum ein. In diesem Zusammenhang ist der nach der Schuldrechtsreform verbliebene Anwendungsbereich der culpa in contrahendo-Haftung zu klären und der Einfluss der Due Diligence auf die Aufklärungspflichten des Verkäufers zu untersuchen. Dabei wird zwischen der Entstehung und Erfüllung von Aufklärungspflichten durch eine Due Diligence unterschieden.

Abschließend wird auf die Einrede der Arglist eingegangen und der Frage nachgegangen, inwieweit die Zulassung einer Due Diligence eine wirksame Verteidigung des Verkäufers gegen den Vorwurf der Arglist darstellt.

Die angesprochenen Probleme der Verkäuferhaftung werden anschließend für den Share Deal geklärt und es werden die Unterschiede zum Unternehmenskauf herausgearbeitet.

## I. Problemaufriss

Die Haftung des Verkäufers eines Unternehmens für Mängel desselben war und ist lebhaft umstritten. An dieser Stelle soll das Problem nur kurz aufgerissen werden. In den folgenden Abschnitten werden diejenigen Fragestellungen näher untersucht, welche im Zusammenhang mit der Due Diligence stehen.

Vor dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform war die rechtliche Behandlung des Unternehmenskaufs unklar, was insbesondere auf eine uneinheitliche Rechtsprechung und eine Fülle von verschiedenen Literaturmeinungen zurück zu führen war.<sup>1</sup> Besonders umstritten war der Anwendungsbereich der Sachmängelgewährleistung auf den Unternehmenskauf. Die Rechtsprechung vertrat einen restriktiven Fehlerbegriff beim Unternehmenskauf im Rahmen des § 459 I a. F. BGB um den Anwendungsbereich des Sachmängelrechts zu begrenzen. Aufgrund dieses engen Anwendungsbereichs des Gewährleistungsrechts konnte die Rechtsprechung bei falschen Umsatz- Ertrags- oder Bilanzangaben auf das Rechtsinstrument der culpa in contrahendo zurückgreifen. Die culpa in contrahendo dominierte daher in der Praxis als Rechtsbehelf beim Unternehmenskauf und drängte die Sachmängelhaftung zurück, welche eine untergeordnete Rolle spielte.<sup>2</sup> Das dispositive Gesetzesrecht erlangte praktisch jedoch eine geringe Bedeutung, da die Parteien meist ein autonomes Haftungsregime entwickelten, wozu auch der Bundesgerichtshof<sup>3</sup> geraten hatte.

Mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wollte der Reformgesetzgeber, indem er den Unternehmenskauf explizit den kaufrechtlichen Regeln unterstellte,<sup>4</sup> der Vertragspraxis zumindest das Angebot unterbreiten, in das gesetzliche Haftungssystem zurückzukehren.<sup>5</sup> Die nach der Schuldrechtsreform zahlreich erschienenen Abhandlungen zeigen, dass auch unter der neuen Rechtslage viele Punkte umstritten sind. Besonders kontrovers wird die Frage beantwortet, ob die vom Reichsgericht und Bundesgerichtshof entwickelte Rechtsprechung zur Haftung beim Unternehmens- und Anteilskauf noch aufrechterhalten werden kann. Eine zentrale Rolle in der Diskussion nimmt auch der neue Beschaffenheitsbegriff ein. Entspricht dieser dem Fehlerbegriff und dem der zugesicherten Eigenschaft, wie er von der Rechtsprechung zur alten Rechtslage

---

<sup>1</sup> *Wessing*, ZGR 1982, 455 f.

<sup>2</sup> *Ulrich Huber*, AcP 202 (2002), 179, 189.

<sup>3</sup> BGH 12.11.1975, BGHZ 65, 246, 252 f.

<sup>4</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, 242 Zu § 453 BGB-E Abs. 1.

<sup>5</sup> So *Dauner-Lieb/Thiessen*, ZIP 2002, 108, 110.

entwickelt wurde oder ist der Beschaffenheitsbegriff weiter zu fassen? Diese Fragestellung entscheidet über den Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts beim Unternehmenskauf. Damit ist die Frage verbunden, wann ein Unternehmen einen Mangel hat und welche Sekundärrechte dem Käufer bei Mangelhaftigkeit zustehen. Auf der Rechtsfolgenseite ist fraglich, ob alle Sekundärrechte aufgrund der Besonderheiten des Kaufgegenstands Unternehmen passen. Weiterhin ist zu klären, ob der Beschaffenheitsbegriff auch auf den Rechtskauf übertragbar ist. Zu untersuchen bleibt auch das Konkurrenzverhältnis von kaufrechtlichem Gewährleistungsrecht und Haftung aus culpa in contrahendo.

## II. Unternehmens- und Anteilskauf

Im deutschen Recht existiert kein einheitlicher Rechtsbegriff des Unternehmens; jedoch ist es in der Literatur und Rechtsprechung schon immer anerkannt, dass ein Unternehmen Gegenstand eines Kaufvertrages sein kann. Im Bereich des Unternehmenskaufrechts kann man das Unternehmen als Gesamtheit von Menschen sowie von materiellen und immateriellen Rechtsgütern und Geschäftswerten verstehen, die in einer Organisation zusammengefasst sind und einem einheitlichen wirtschaftlichen Zweck dienstbar gemacht werden.<sup>6</sup> Danach liegt ein Unternehmenskauf vor, wenn nicht nur einzelne Wirtschaftsgüter, sondern das Unternehmen als Ganzes im Sinne eines Inbegriffs von Sachen, Rechten und sonstigen Vermögenswerten als selbstständige Organisationseinheit übertragen und der Erwerber dadurch in die Lage versetzt wird, das Unternehmen als solches weiter zu führen.<sup>7</sup>

Rechtstechnisch ist der Unternehmenskauf in zwei verschiedenen Möglichkeiten denkbar. Der Käufer kann unmittelbar die Sachen, Rechte und sonstigen Wirtschaftsgüter, aus denen sich das Unternehmen zusammensetzt, erwerben. In diesem Fall spricht man vom Einzelrechtserwerb, Singularsukzession oder Asset Deal. Der Käufer kann aber auch die Beteiligungs- und Mitgliedschaftsrechte an dem Unternehmensträger im Wege eines Rechtskaufs erwerben,<sup>8</sup> also beispielsweise die Geschäftsanteile einer GmbH oder die Aktien einer AG. Dies wird als Beteiligungserwerb oder Share Deal bezeichnet.

---

<sup>6</sup> Vgl. RG 16.1.1943, RGZ 170, 292, 297 f.; *K. Schmidt*, Handelsrecht<sup>5</sup> (1999), 65 ff. § 4 I 2; *Semler*, in: *Hölters* (Hrsg.) Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs<sup>6</sup> (2005), 652 Rn. 1.

<sup>7</sup> St. Rspr., vgl. BGH 28.11.2001, NJW 2002, 1042, 1043 m. w. N.

<sup>8</sup> Grundlegend BGH 12.11.1975, BGHZ 65, 246, 248 f.

Beim Beteiligungserwerb stellt sich die Frage, ab welcher Beteiligungsquote – in Abgrenzung zum Anteilskauf – von einem Kauf des Unternehmens ausgegangen werden kann. Diese Abgrenzung hatte unter der alten Rechtslage eine wichtige Konsequenz: Beim Unternehmenskauf im Wege des Beteiligungserwerb wendete die Rechtsprechung nicht die Rechtsmängelhaftung der §§ 437 a. F. BGB an, sondern zog die Sachmängelgewährleistung der §§ 459 ff. a. F. BGB in entsprechender Weise heran.<sup>9</sup> Wenn alle Vermögenswerte oder Anteile an dem Unternehmensträger in einem Vorgang übertragen werden,<sup>10</sup> beziehungsweise nur ein äußerst geringer, zu vernachlässigender Anteilsrest ausgespart bleibt,<sup>11</sup> so geht man einhellig von einem Unternehmenskauf aus. Vieldiskutiert ist das Problem,<sup>12</sup> wie hoch die Beteiligungsquote in den anderen Fällen sein muss oder ob noch auf zusätzliche Kriterien abzustellen ist.

Für die vorliegende Arbeit ist eine Entscheidung dieser Fragestellung nicht notwendig. Wichtig ist nur die Unterscheidung zwischen dem Unternehmenskauf als Asset oder Share Deal, da sich an der Einordnung des Share Deals als Rechtskauf nichts geändert hat. Vom Unternehmenskauf ist der reine Anteilskauf abzugrenzen, bei dem der Käufer eine Beteiligung erwirbt, die ihm keine Kontrolle über das Unternehmen ermöglicht.

### III. Asset Deal

Wie bereits ausgeführt, wird beim Unternehmenskauf als Asset Deal die Gesamtheit der Vermögenswerte, aus denen sich das Unternehmen zusammensetzt, auf den Käufer übertragen.<sup>13</sup> Das Unternehmen wird von seinem bisherigen Rechtsträger, einer natürlichen Person als Einzelkaufmann oder einer Gesellschaft, abgetrennt.<sup>14</sup> Die zentrale Frage beim Asset Deal ist, inwiefern die Rechtsprechung des BGH mit ihrem restriktiven Fehlerbegriff übernommen werden kann.

#### *1. Unternehmenskauf als Kaufvertrag*

Unter der alten Rechtslage wurde der Unternehmenskauf von der Rechtsprechung und dem ganz herrschenden Schrifttum als Kaufvertrag eingeordnet. Hierzu bedurfte es einer erweiternden Auslegung des § 433 BGB a. F. dahingehend, dass nicht nur Sachen und

---

<sup>9</sup> BGH 12.11.1975, BGHZ 65, 246, 248 f.

<sup>10</sup> RG 9.3.1928, RGZ 120, 283, 286 ff.; RG 5.12.1928, RGZ 122, 378, 380 f.

<sup>11</sup> BGH 27.2.1970, WM 1970, 819, 820 f.; *Hiddemann*, ZGR 1982, 435, 438.

<sup>12</sup> *Hommelhoff*, ZGR 1982, 366-390; *Schröcker*, ZGR 2005, 63, 65 ff.

<sup>13</sup> *Semler*, in: *Hölters* (Hrsg.), *Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs*<sup>6</sup> (2005), 654 Rn. 5.

<sup>14</sup> *Holzappel/Pöllath*, *Unternehmenskauf in Recht und Praxis*<sup>12</sup> (2005), 109 Rn. 131.

Rechte, sondern alle verkehrsfähigen Güter Gegenstand eines Kaufvertrags sein können.<sup>15</sup> Diese Erweiterung wurde vom Reformgesetzgeber ausdrücklich bestätigt,<sup>16</sup> indem er in § 453 I BGB bestimmte, dass ein Kaufvertrag auch über „sonstige Gegenstände“ abgeschlossen werden kann. Mit der Verweisung in § 453 I BGB wird klar gestellt, dass auf nahezu alle handelbaren Wirtschaftsgüter, die nicht direkt unter das Kaufrecht fallen, die §§ 433 ff. BGB Anwendung finden. Nach allgemeiner Meinung fällt das Unternehmen unter den Rechtsbegriff des „sonstigen Gegenstandes“ des § 453 I BGB, so dass auf den Unternehmenskauf die § 433 ff. BGB entsprechende Anwendung finden.<sup>17</sup> Dass es sich um Kaufverträge handelt ergibt sich auch aus der Vertragsfreiheit der Parteien, die solche Geschäfte als Kaufverträge auffassen.<sup>18</sup>

## 2. Anwendbarkeit der §§ 434 ff. BGB

Unter der alten Rechtslage wurde kontrovers diskutiert,<sup>19</sup> ob die entsprechende Anwendung der Sachmängelgewährleistung auf den Unternehmenskauf im engeren Sinne durch das Reichsgericht<sup>20</sup> und den BGH<sup>21</sup> gerechtfertigt sei. Die überwiegende Ansicht im Schrifttum stimmte dabei der Rechtsprechung im Ausgangspunkt zu.<sup>22</sup>

Es bleibt zu klären, ob die §§ 434 ff. BGB auch unter dem geltenden Recht entsprechende Anwendung finden sollen. Die Begründung des Regierungsentwurfs geht davon aus und stellt fest:

„Gemäß Absatz 1 sind die Vorschriften über den Sachkauf auch auf den Kauf „sonstiger Gegenstände“ entsprechend anzuwenden. Damit folgt die Vorschrift der Rechtsprechung, die schon heute die Vorschriften des Kaufvertragsrechts, soweit sie passen, z. B. auf die entgeltliche Übertragung von Unternehmen oder Unternehmensanteilen (...) anwendet.“<sup>23</sup>

---

<sup>15</sup> vgl. grundlegend: RG 15.11.1907, RGZ 67, 86, 88 ff.

<sup>16</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, 242 Zu § 453 BGB-E Abs. 1.

<sup>17</sup> *Palandt/Weidenkaff*, Bürgerliches Gesetzbuch<sup>67</sup> (2008), § 453 BGB Rn. 7; *Dauner-Lieb/Thiessen*, ZIP 2002, 108, 110; *Wunderlich*, WM 2002, 981; *Larisch*, Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf (2004), 12 f.

<sup>18</sup> Münchener Kommentar zum BGB/*Westermann*, III: §§ 433-610 BGB<sup>4</sup> (2004) § 453 BGB Rn. 22.

<sup>19</sup> Vgl. *Canaris*, ZGR 1982, 395, 397 ff.; zusammenfassend: *Zimmer*, NJW 1997, 2345, 2347 f.

<sup>20</sup> RG 15.11.1907, RGZ 67, 86, 88 ff.

<sup>21</sup> statt vieler: BGH 14.7.1978, NJW 1979, 33.

<sup>22</sup> *Soergel/Huber*, BGB, III: §§ 433-515 BGB<sup>12</sup> (1991) § 459 Rn. 254 m. w. N.

<sup>23</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, 242 Zu § 453 BGB-E Abs. 1.

Auch in der Literatur zum neuen Schuldrecht geht man im Grundsatz einhellig von einer entsprechenden Anwendung der §§ 434 ff. BGB auf den Asset Deal aus. Die Behauptung,<sup>24</sup> einige Autoren sprächen sich gegen eine generelle Anwendung der §§ 434 ff. BGB auf den Unternehmenskauf im engeren Sinne aus, geht fehl. Kontrovers wird nur der Anwendungsbereich der Sachmängelgewährleistung beim Asset Deal beurteilt. Über diesen Anwendungsbereich bestimmt der im neuen Schuldrecht zentrale Beschaffenheitsbegriff des § 434 BGB.<sup>25</sup> Denn die Funktion des § 434 BGB besteht darin, zu bestimmen, wann der Verkäufer seine Pflicht zur sachmangelfreien Lieferung der Kaufsache verletzt hat.<sup>26</sup> Eine ähnliche Funktion hatte der § 459 a. F. BGB vor der Schuldrechtsreform. Die Rechtsprechung vertrat für den § 459 a. F. BGB einen restriktiven Eigenschaftsbegriff bei Unternehmen und kam daher zu einem sehr engen Anwendungsbereich der gesetzlichen Gewährleistungsregeln. Beispielsweise wurde von der Rechtsprechung und der herrschenden Literaturansicht kein kaufrechtlicher Mangel angenommen, falls die angegebenen Angaben über die Ertragsfähigkeit,<sup>27</sup> den bisherigen Umsatz<sup>28</sup> bzw. Gewinn<sup>29</sup>, die Höhe von Aktiva und Passiva<sup>30</sup> oder sonstige Angaben in der Bilanz<sup>31</sup> nicht mit der tatsächlichen Ist-Beschaffenheit übereinstimmten. Diese wirtschaftlichen Begebenheiten seien von einer Vielzahl außerhalb des Unternehmens liegender Umstände (Marktsituation, allgemeine wirtschaftliche Lage etc.) abhängig und damit nicht als Beschaffenheit der Kaufsache anzusehen. Da sie dem Unternehmen nicht ohne weiteres beziehungsweise unmittelbar anhafteten,<sup>32</sup> beeinflussten sie den Wert des Unternehmens auch nur mittelbar.

Es wird unterschiedlich beurteilt, inwieweit der von der Rechtsprechung vertretene restriktive Fehler- und Eigenschaftsbegriff beim Unternehmenskauf unter der neuen Rechtslage aufrechterhalten werden kann. Beschaffenheitsmängel des Unternehmens lösen primär die Sekundärrechte des § 437 BGB aus, so dass die zentrale Frage ist, wann nun nach dem neuen Recht ein Beschaffenheitsmangel vorliegt. Mit dieser Frage ist

---

<sup>24</sup> Larisch, Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf (2004) 14.

<sup>25</sup> Schröcker, ZGR 2005, 63, 72.

<sup>26</sup> MünchKomm BGB<sup>4</sup>/Westermann, (Fn. 18), § 434 BGB Rn. 1.

<sup>27</sup> RG 15.11.1907, RGZ 67, 86, 87; BGH 14.7.1978, WM 102, 104; BGH 5.10.1988, NJW-RR 1989, 306, 307; BGH 8.2.1995, BB 1995, 1258.

<sup>28</sup> BGH 12.11.1969, NJW 1970, 653, 655; BGH 18.3.1977, NJW 1977, 1538, 1539; Soergel<sup>12</sup>/Huber, (Fn. 22), § 459 BGB Rn. 258, 279.

<sup>29</sup> BGH 18.3.1977, NJW 1977, 1538, 1539.

<sup>30</sup> BGH 12.11.1969, NJW 1970, 653.

<sup>31</sup> Soergel<sup>12</sup>/Huber, (Fn. 22), § 459 Rn. 279.

<sup>32</sup> BGH 12.11.1969, NJW 1970, 653, 655.

verbunden, inwieweit die Regeln der culpa in contrahendo Anwendung finden.<sup>33</sup> Die grundsätzliche Verweisung in § 453 BGB und die Einordnung von Unternehmen als „sonstige Gegenstände“ wird aber von niemanden angezweifelt.<sup>34</sup>

Von großer Wichtigkeit ist jedoch die Einschränkung in der Regierungsbegründung, die eine entsprechende Anwendung der kaufrechtlichen Regelungen nur befürwortet „soweit sie passen“. Dem Gesetzgeber ging es also um eine Vereinfachung der Rechtslage, ohne gleichzeitig die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu konterkarieren.<sup>35</sup> Als Konsequenz ist der Beschaffenheitsbegriff des § 434 BGB teleologisch dahin gehend auszulegen und anzuwenden, inwieweit dieser auf den Unternehmenskauf überhaupt passt.<sup>36</sup>

### 3. Der Beschaffenheitsbegriff des § 434 BGB

Über die Anwendung der gesetzlichen Sachmängelgewährleistung entscheidet der Beschaffenheitsbegriff des § 434 BGB.<sup>37</sup> Daher ist die Bestimmung der Beschaffenheit des Unternehmens – abgesehen von den Fällen des vertraglichen Ausschlusses der gesetzlichen Gewährleistung oder selbständiger Garantien – das zentrale Wertungsproblem der Gewährleistung beim Unternehmenskauf.<sup>38</sup> Wie der alten Regelung ist auch der Neuregelung nicht zu entnehmen, was konkret die Beschaffenheit einer Kaufsache darstellen kann. Der Regierungsentwurf<sup>39</sup> zum neuen Schuldrecht stellt fest:

„Der Begriff der Beschaffenheit soll nicht definiert werden. Insbesondere soll nicht entschieden werden, ob er nur Eigenschaften umfasst, die der Kaufsache unmittelbar physisch anhaften oder ob auch Umstände heranzuziehen sind, die außerhalb der Sache selbst liegen.“

Diese scheinbare Unentschiedenheit des Gesetzgebers hat dazu geführt, dass der Beschaffenheitsbegriff – insbesondere bei dem hier zu interessierenden Unternehmens-

---

<sup>33</sup> Berger, JZ 2004, 276, 277.

<sup>34</sup> Vgl. Erman/Grunewald, I: §§ 1-811 BGB<sup>11</sup> (2004), § 453 Rn. 24; Ulrich Huber, AcP 202 (2002), 180, 224; Peter Huber, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung (2002), 413 (Kapitel 16 Rn. 5); Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 118, 125; Wertenbruch, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.) Das neue Schuldrecht in der Praxis (2003), 493, 496; Wolf/Kaiser, DB 2002, 411.

<sup>35</sup> Schröcker, ZGR 2005, 63, 77.

<sup>36</sup> Peter Huber, in: Huber/Faust Schuldrechtsmodernisierung (2002), 413 (Kapitel 16 Rn. 5).

<sup>37</sup> Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 118, 126 f.

<sup>38</sup> Gronstedt/Jörgens, ZIP 2002, 52, 54.

<sup>39</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, 213 Zu § 434 BGB-RegE Abs. 1 S.1.

kauf – ein umstrittenes Tatbestandsmerkmal im neuen Kaufrecht ist. So wird ein enger, mittlerer und weiter Beschaffenheitsbegriff vertreten.

*a) Enger Beschaffenheitsbegriff*

Von *Huber* wird insbesondere für den Unternehmenskauf der von der Rechtsprechung zum alten Recht entwickelte enge Fehlerbegriff auf das Tatbestandsmerkmal Beschaffenheit übertragen.<sup>40</sup> Danach können nur körperliche Eigenschaften der Sache und außerdem sonstige Umstände wirtschaftlicher, tatsächlicher oder rechtlicher Art, die der Kaufsache als solche auf Dauer anhaften, eine Beschaffenheit der Kaufsache im Sinne des § 434 BGB darstellen.<sup>41</sup> Nach dieser Ansicht wäre ein Sachmangel im Sinne des § 434 BGB nur bei „Mängeln am sachlichen Substrat“ zu bejahen, nicht jedoch bei falschen Angaben über Ertrag, Umsatz oder Bilanzposten.<sup>42</sup> Diese Falschangaben sollen weiterhin über die allgemeine Schadenshaftung nach §§ 280 ff. BGB ausgeglichen werden. Für diese Interpretation der Beschaffenheit wird angeführt, dass der Begriff aus der Rechtsprechung rezipiert wurde und daher nur so verstanden werden kann, wie ihn die Rechtsprechung bisher verstand.<sup>43</sup> Konsequenz eines engen Verständnisses der Beschaffenheit ist ein geringer Anwendungsbereich der gesetzlichen Sachmängelhaftung. Mit dieser Folge wird für die enge Lesart argumentiert: Die Rechtsfolgen des Sachmängelrechts passten nicht auf den Unternehmenskauf, so dass die Anwendung der §§ 437 ff. BGB auf diesen restriktiv zu handhaben wäre.<sup>44</sup> Ein weiterer Grund für eine enge Auslegung soll auf der Tatbestandsebene liegen: Auch der Beschaffenheitsbegriff des § 434 BGB habe noch einen objektiven Kern, wie die § 434 Satz 2 Nr. 1, 2 BGB zeigen, nach denen der Verkäufer auch für den Fall hafte, dass keine Beschaffenheit zwischen den Parteien vereinbart wurde. Unternehmen wiesen jedoch keine Standardbeschaffenheit auf, so dass diese objektive Verkäuferhaftung nicht passe.<sup>45</sup> Die Frage der Haftung beim Unternehmenskauf sei, ob und inwieweit der Verkäufer für Informationen hafte, die er gegeben oder unterlassen hat. Dieses Problem sei

---

<sup>40</sup> *Ulrich Huber*, AcP 202 (2002), 179, 223-229.

<sup>41</sup> *Ulrich Huber*, AcP 202 (2002), 179, 228.

<sup>42</sup> *Peter Huber*, in: *Huber/Faust* Schuldrechtsmodernisierung (2002), 414 (Kapitel 16 Rn. 8); für einen engen Beschaffenheitsbegriff beim Unternehmenskauf: *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 118, 125 f.; zur alten Rechtslage: *Soergel*<sup>12</sup>/*Huber*, (Fn. 22), § 459 BGB Rn. 258, 279.

<sup>43</sup> *Ulrich Huber*, AcP 202 (2002), 179, 228.

<sup>44</sup> *Ulrich Huber*, AcP 202 (2002), 179, 212; *Wertenbruch*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt* (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis (2003), 493, 504.

<sup>45</sup> *Ulrich Huber*, AcP 202 (2002), 179, 212.



sachgerechter über die culpa in contrahendo zu lösen, als über die gesetzliche Gewährleistung.<sup>46</sup>

#### *b) Mittlerer Beschaffenheitsbegriff*

Der mittlere Beschaffenheitsbegriff folgt grundsätzlich der Rechtsprechung zum alten Recht, jedoch gehen der Fehler und die zugesicherte Eigenschaft des § 459 a. F. BGB in dem neuen Beschaffenheitsbegriff auf. Nach dieser Ansicht würden insbesondere Angaben über den Umsatz und Ertrag des Unternehmens unter das Regime der § 434 BGB zu stellen sein. Als Argument wird angeführt, dass sich die Unterscheidung zwischen Fehlern und Eigenschaften nicht mehr im Gesetz findet und diese auch schon zum alten Recht äußerst umstritten<sup>47</sup> und von Einzelfallentscheidungen geprägt war.<sup>48</sup>

Weiterhin ist auf der Rechtsfolgenseite ein Hauptgrund für den engen Beschaffenheitsbegriff und das Ausweichen der Rechtsprechung auf die Haftung aus culpa und contrahendo durch die neu geregelten kaufrechtlichen Verjährungsfristen entfallen.<sup>49</sup> Die kurze Verjährungsfrist des § 477 BGB a. F. wurde als fragwürdig empfunden, da sie für den Unternehmenskauf nicht passte und für den Käufer gefährlich sein konnte.<sup>50</sup> Diesen Befund teilte die Rechtsprechung und die Literatur<sup>51</sup>. Der BGH rechtfertigte seinen engen Beschaffenheitsbegriff und die damit einhergehende Bevorzugung der culpa in contrahendo-Haftung verschiedentlich mit der kurzen Verjährungsfrist des § 477 BGB a. F. Bei einer Anwendung der culpa in contrahendo verbleibe dem Käufer „die Möglichkeit, Ersatz des Vertrauensschadens unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens beim Vertragsschluss zu verlangen, ohne dabei der kurzen Verjährung des § 477 BGB unterworfen zu sein.“<sup>52</sup> Daher stellte *Honsell* auch zutreffend fest: „Zu beachten ist freilich, dass der BGH den Fehlerbegriff oft wohl nur deshalb einengt, um Raum für die c.i.c. zu gewinnen, wenn der die Zubilligung eines Anspruchs gerechtfertigt erscheint, die Sachmängelansprüche aber verjährt oder ausgeschlossen sind.“<sup>53</sup> In diesem

---

<sup>46</sup> *Ulrich Huber*, AcP 202 (2002), 179, 213.

<sup>47</sup> Vgl. Münchener Kommentar zum BGB/*Westermann*, III: §§ 433-606 BGB<sup>3</sup> (1995) § 459 Rn. 18; *Staudinger/Honsell*, BGB, II: §§ 433-534 BGB<sup>13</sup> (1995) § 459 BGB Rn. 33 ff.; *Esser/Weyers*, Schuldrecht<sup>8</sup> (1998), § 5 II 2; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht<sup>6</sup> (1997), Rn. 286 ff.

<sup>48</sup> *Erman*<sup>11</sup>/*Grunewald*, (Fn. 34), § 434 BGB Rn. 3.

<sup>49</sup> *Gronstedt/Jörgens*, ZIP 2002, 52, 55; *Gruber*, MDR 2002, 433, 436; *Häublein*, NJW 2003, 388, 391.

<sup>50</sup> *Karsten Schmidt*, Handelsrecht<sup>5</sup> (1999) 154.

<sup>51</sup> Zur Kritik der Literatur: Münchener Kommentar zum HGB/*Lieb*, I: §§ 1-104 HGB (1996) Anh § 25 HGB Rn. 137 ff.

<sup>52</sup> BGH 18.3.1977, NJW 1977, 1538, 1539.

<sup>53</sup> *Staudinger*<sup>13</sup>/*Honsell*, (Fn. 47) § 459 BGB Rn. 37.

Zusammenhang wurde auch von Normerschleichung gesprochen.<sup>54</sup> In der Tat war die sechsmonatige Verjährungsfrist für den Unternehmenskauf zu kurz. Insbesondere der Verjährungsbeginn ab Ablieferung,<sup>55</sup> d.h. bei dem Unternehmenskauf ab Übergabe des Unternehmens, stand einer sachgerechten Lösung im Wege. So sind die bilanziellen Angaben erst nach einem längeren Zeitraum überprüfbar; eine sofortige bilanzielle Sonderprüfung (Eröffnungsbilanz) ist dem Erwerber ob des Aufwandes unzumutbar und auch nur bei ordnungsgemäßer Buchführung des Veräußerers einigermaßen vielversprechend.<sup>56</sup> § 438 BGB sieht im Gegensatz zu § 477 BGB a. F. eine zweijährige Verjährungsfrist vor, die ab Übergabe beziehungsweise Ablieferung der Sache zu laufen beginnt. Diese Verjährungsfrist ist kürzer als die Frist der §§ 195, 199 für die culpa in contrahendo Haftung, welche ein Jahr länger ist und bei der für den Verjährungsbeginn auf die Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände auf Seiten des Anspruchsinhabers abgestellt wird. Jedoch sind die Unterschiede nicht mehr so gravierend wie unter der alten Rechtslage und zwei Jahre erscheinen als ausreichend,<sup>57</sup> um die Angaben des Verkäufers zu überprüfen. Deshalb ist festzustellen, dass sich die gesetzliche Sachmängelgewährleistung und die culpa in contrahendo Haftung bei der Frage der Verjährung angenähert haben. Mit der zweijährigen Verjährungsfrist bietet der Gesetzgeber für die Frage der Verjährung eine sachgerechte Lösung an, so dass ein enger Beschaffenheitsbegriff und damit ein Ausweichen auf die culpa in contrahendo aus Gründen der Verjährung nicht mehr geboten ist.

In der Regierungsbegründung<sup>58</sup> wird deutlich, dass der Reformgesetzgeber auch davon ausgeht, dass die auf der Rechtsfolgenseite bestehenden Gründe für eine Anwendung der culpa in contrahendo weitgehend entfallen sind:

„Soweit es um den Unternehmenskauf geht, hat der BGH die Haftung des Verkäufers, der unzutreffende Angaben über Umsätze oder Ertrag des verkauften Unternehmens gemacht hatte, zwar nicht nach den Vorschriften über die Sachmängelhaftung, sondern nach den Regeln über das Verschulden bei Vertragsanbahnung beurteilt (BGH, NJW 1970, 653; ferner NJW 1990, 1695; NJW-RR 1989, 307). Die Gründe, die ihn dazu veranlasst haben, sind aber nach den Vorschriften des Entwurfs weithin entfallen, da diese dem Käufer ein Nachbesserungsrecht gewähren, ihm ein Schadensersatzanspruch

---

<sup>54</sup> MünchKomm HGB/*Lieb*, (Fn. 51), Anh § 25 HGB Rn. 140.

<sup>55</sup> Vgl. die Ausführungen von *Hiddemann*, ZGR 1982, 435, 449.

<sup>56</sup> MünchKomm HGB/*Lieb*, (Fn. 51), Anh § 25 BGB Rn. 137.

<sup>57</sup> *Gruber*, MDR 2002, 433, 436.

<sup>58</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, 242 Zu § 453 BGB-E Abs. 1.

auch bei Fahrlässigkeit des Verkäufers zustehen kann, die Berechnung der Minderung erleichtert und auch eine angemessene Regelung der Verjährungsfrage bereitgestellt wird.“

Im Zusammenhang mit diesem Zitat wird hervorgebracht, dass ein Regierungsentwurf die Rechtsprechung nicht *prater legem* an eine Interpretation des Gesetzes binden könne.<sup>59</sup> Das ist zweifelsohne richtig,<sup>60</sup> jedoch erlaubt die Regierungsbegründung Rückschlüsse auf die Motivation, die hinter dem Gesetzentwurf stehen. Dass die Passage aus dem Abschlussbericht der Schuldrechtskommission<sup>61</sup> in die Regierungsbegründung übernommen wurde, spricht nicht gegen die Möglichkeit solcher Rückschlüsse. Indem die Passage übernommen wurde, machte sich der Regierungsentwurf die Argumentation der Schuldrechtskommission zu Eigen. Gewichtiger ist der weitere Einwand, dass von den genannten Gründen, die für eine Sachmängelgewährleistung sprechen, nur die Verjährung Relevanz hat.<sup>62</sup> Richtig ist, dass das endgültige Gesetz im Gegensatz zum Entwurf der Schuldrechtskommission und dem Regierungsentwurf für die Minderung die Berechnungsmethode des § 472 BGB a. F. übernommen hat.<sup>63</sup> Der Verweis auf die Minderung im Regierungsentwurf ist daher gegenstandslos. Der Fortfall dieser Begründung hat jedoch keine weitere Bedeutung, da die Minderung nach § 472 BGB a. F. beim Unternehmenskauf der Rechtsprechung keine Probleme bereitete.<sup>64</sup> Dagegen muss die apodiktische Behauptung<sup>65</sup>, dass das Nachbesserungsrecht des § 437 Nr. 1 BGB für den Unternehmenskauf ein von vornherein ungeeigneter Rechtsbehelf sei, aufgrund der Anzahl von Autoren<sup>66</sup>, die diesem Recht auch einen Anwendungsbereich beim Unternehmenskauf zubilligen, angezweifelt werden. So ist die Nachbesserung der geeignete Rechtsbehelf, falls beispielsweise eine bestimmte Anzahl von Maschinen oder Fahrzeugen als Beschaffenheit des Unternehmens vereinbart wurde. Weicht der Ist-Zustand von dem vereinbarten Soll-Zustand ab, kann der Verkäufer nachbessern. Ist eine

---

<sup>59</sup> *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 118, 126; *Ulrich Huber*, AcP 202 (2002), 179, 231 f.

<sup>60</sup> Zur Bindungswirkung des Willens des Gesetzgebers vgl. *Canaris*, ZIP 1997, 1505, 1508; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft<sup>3</sup> (1995), 164 f.

<sup>61</sup> Vgl. Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (1992), 239 f.

<sup>62</sup> *Ulrich Huber*, AcP 202 (2002), 179, 232 f.

<sup>63</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/7052, 197 Zu § 441 BGB-RegE Abs. 3.

<sup>64</sup> *Ulrich Huber*, AcP 202 (2002), 179, 233 in Fn. 185.

<sup>65</sup> *Ulrich Huber*, AcP 202 (2002), 179, 232.

<sup>66</sup> *Schröcker*, ZGR 2005, 63, 82; *Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis<sup>12</sup> (2005), 348 Rn. 447; *H.-H. Klumpp*, in: *Beisel/Klumpp*, Der Unternehmenskauf<sup>5</sup> (2006), 352 Rn. 84; *Gronstedt/Jörgens*, ZIP 2002, 52, 61; *Knott*, NZG 2002, 249, 252; *Triebel/Hölzle*, BB 2002, 521, 526.

Nachbesserung unmöglich, wie im Falle unrichtiger Ertragsangaben, so kann der Käufer sofort seine Sekundärrechte aus § 437 Nr. 2, 3 BGB geltend machen. Diese Fälle sprechen aber nicht prinzipiell gegen ein Nachbesserungsrecht. Mit der Angleichung der Verjährungsregeln ist tatsächlich ein Grund für das Ausweichen der Rechtsprechung auf die culpa in contrahendo Haftung entfallen. Daher sind die Andeutungen in dem Regierungsentwurf auch nicht gegenstandslos. Aus dem Regierungsentwurf wird die Bestrebung deutlich, das Sachmängelrecht auch auf den Unternehmenskauf umfassend anzuwenden. Das ist aber mit einem restriktiven Eigenschaftsbegriff nicht möglich.

Für § 459 BGB a. F. wurde von der Rechtsprechung ein subjektiv-objektiver Fehlerbegriff vertreten, während die mehrheitliche Literatur<sup>67</sup> den subjektiven Fehlerbegriff vertrat. Der vom Reichsgericht<sup>68</sup> verfochtene objektive Fehlerbegriff hat in der Literatur nur vereinzelte Zustimmung<sup>69</sup> gefunden und galt auch im alten Recht als überholt<sup>70</sup>. Die in der Lehre vertretene subjektive Theorie stellte nur auf das Abweichen der Istbeschaffenheit von der vertraglich vorausgesetzten Sollbeschaffenheit ab. Die Rechtsprechung akzentuierte geringfügig anders. Nach der subjektiv-objektiven Definition ist der Fehler eine dem Käufer ungünstige, nicht unerhebliche Abweichung der tatsächlichen Beschaffenheit von der vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Beschaffenheit, die den Wert der Sache oder die Gebrauchstauglichkeit der Sache aufhebt oder mindert.<sup>71</sup> Die späte Rechtsprechung zu § 459 BGB a. F. stellte primär auf die vertragliche Sollbeschaffenheit ab und führte erst in diesem Zusammenhang das objektive Element ein. In der Entscheidung des BGH<sup>72</sup> vom 22.2.1984 wird der gewöhnliche Gebrauch erst im Rahmen der Beschaffenheitsvereinbarung thematisiert, was dazu führte, dass diese Entscheidung für das Einschwenken der Rechtsprechung auf den subjektiven Fehlerbegriff gewertet wurde.<sup>73</sup> Fest steht jedenfalls, dass die Rechtsprechung weitgehend auch einen subjektiven Fehlerbegriff vertrat.<sup>74</sup>

Eine notwendige Konsequenz dieses subjektiven Fehlerbegriffes ist es, dass § 459 II BGB a. F. keinen eigenständigen Anwendungsbereich hatte, da der subjektive

---

<sup>67</sup> *Staudinger*<sup>13</sup>/*Honsell*, (Fn. 47), § 459 BGB Rn. 19 m. w. N.

<sup>68</sup> RG 15.11.1907, RGZ 67, 86 ff.; RG 13.1.1920, RGZ 97, 351 ff.

<sup>69</sup> *Soergel*<sup>12</sup>/*Huber*, (Fn. 22), Vor § 459 BGB Rn. 32; *Staudinger*<sup>13</sup>/*Honsell*, (Fn. 47), § 459 BGB Rn. 23 jeweils m. w. N.

<sup>70</sup> zusammenfassend: *Soergel*<sup>12</sup>/*Huber*, (Fn. 22), Vor § 459 BGB Rn. 32 ff.

<sup>71</sup> BGH 18.12.1954, BGHZ 16, 54, 55; BGH 16.04.1969, BGHZ 52, 51.

<sup>72</sup> BGH 22.2.1984, BGHZ 90, 198, 202.

<sup>73</sup> Vgl. *Soergel*<sup>12</sup>/*Huber*, (Fn. 22), Vor § 459 BGB Rn. 22.

<sup>74</sup> MünchKomm BGB<sup>3</sup>/*Westermann*, (Fn. 47), § 459 BGB Rn. 11; *Staudinger*<sup>13</sup>/*Honsell*, (Fn. 47), § 459 BGB Rn. 29; *Soergel*<sup>12</sup>/*Huber*, (Fn. 22), Vor § 459 BGB Rn. 23.

Fehlerbegriff alle vertraglich vorausgesetzten Eigenschaften erfasst.<sup>75</sup> Daher war auch schon unter der alten Rechtslage die subtile Unterscheidung der Rechtsprechung zwischen Fehler und zusicherungsfähiger Eigenschaft überholt. Indem die Rechtsprechung diese Unterscheidung aufrechterhielt, verkannte sie den Wandel des Fehlerbegriffs.<sup>76</sup> Die engen Grenzen des Beschaffenheitsbegriffs haben nämlich im Rahmen von vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarungen keine Berechtigung, da sie ein Relikt des objektiven Fehlerbegriffes sind.<sup>77</sup> Nach dem objektiven Fehlerbegriff haftete der Verkäufer für Eigenschaften, die der Kaufgegenstand nach der Verkehrsanschauung gewöhnlich hatte, eine Sachmängelhaftung für andere Eigenschaften konnte nur über eine Zusicherung erreicht werden. Zur Ermittlung der gewöhnlichen Eigenschaften bediente man sich des Kriteriums „der anhaftenden Eigenschaft“, da regelmäßig nur unmittelbar anhaftende Merkmale einer Sache zu deren Beschaffenheit gezählt werden können. Dieses Kriterium diente also der Begrenzung der Verkäuferverantwortlichkeit bei einem objektiven Fehlerverständnis. Diese Sicherungsfunktion wird bei Anwendung des subjektiven Fehlerbegriffs jedoch obsolet, da die Fehlerbestimmung der Parteiautonomie überlassen wird.<sup>78</sup> Wenn aber schon unter der alten Rechtslage die Unterscheidung zwischen Fehler und Eigenschaft nicht haltbar war, so ist dieses Argument nach der gesetzlichen Festschreibung des subjektiven Fehlerbegriffes in § 434 I BGB noch gewichtiger.<sup>79</sup> Im neuen Recht gibt es die Kategorie der zugesicherten Eigenschaft nicht mehr, so dass eine privatautonome Ausweitung der Sachmängelhaftung auf diesem Weg nicht möglich ist. Übertrüge man den engen Beschaffenheitsbegriff des § 459 BGB a. F. auf § 434 BGB, so ginge damit eine Einschränkung der Dispositionsbefugnis der Parteien einher. Diese Folge eines engen Beschaffenheitsbegriffes ist unvereinbar mit den Vorstellungen des Gesetzgebers<sup>80</sup>, der durch § 434 I Satz 2 BGB die Parteivereinbarung in das Zentrum des Sachmängelrechts rückte.<sup>81</sup>

---

<sup>75</sup> *Staudinger*<sup>13</sup>/*Honsell*, (Fn. 47), § 459 BGB Rn. 31.

<sup>76</sup> *Staudinger*<sup>13</sup>/*Honsell*, (Fn. 47) § 459 BGB Rn. 33; MünchKomm HGB/*Lieb*, (Fn. 51), Anh § 25 HGB Rn. 89.

<sup>77</sup> *Immenga*, AcP 171 (1971) 1, 14 ff.; *Staudinger*<sup>13</sup>/*Honsell*, (Fn. 47) § 459 BGB Rn. 33 ff.

<sup>78</sup> *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 118, 122; *Immenga*, AcP 171 (1971) 1, 14 ff.; *Staudinger*<sup>13</sup>/*Honsell*, (Fn. 47) § 459 BGB Rn. 33 ff.

<sup>79</sup> *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt* (Hrsg.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis* (2003), 395, 397.

<sup>80</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, 212 Zu § 434 BGB-E Abs. 1 Satz 1.

<sup>81</sup> *Detlef Schmidt*, BB 2005, 2763, 2765; *Triebel/Hölzle*, BB 2002, 521, 525; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht<sup>7</sup> (2004) Rn. 304; *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt* (Hrsg.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis* (2003), 395, 397.

Der enge Beschaffenheitsbegriff kann weiterhin aufgrund der europarechtlichen Prägung des Beschaffenheitsbegriffes nicht mehr aufrechterhalten werden. Einschränkungen des Beschaffenheitsbegriffs, wie sie die Rechtsprechung zu § 459 I a. F. BGB entwickelte, sind mit der zugrunde liegenden Richtlinie<sup>82</sup> unvereinbar und europarechtlich auch nicht vermittelbar.<sup>83</sup>

Aus den genannten Gründen ergibt sich, dass der enge Beschaffenheitsbegriff des § 459 BGB a. F. für den § 434 BGB nicht aufrechterhalten werden kann.

### *c) Weiter Beschaffenheitsbegriff*

Aus der Ablehnung des engen Beschaffenheitsbegriffs kann jedoch nicht geschlussfolgert werden, dass der Eigenschaftsbegriff aus §§ 459 II, 463 BGB a. F. auf § 434 I übertragen werden kann. Möglicherweise geht der kaufrechtliche Beschaffenheitsbegriff des § 434 BGB über den früheren Eigenschaftsbegriff hinaus. Insbesondere ist zu fragen, ob für die Beschaffenheit besondere Umweltbeziehungen und physische Merkmale der Sache erforderlich sind oder ob jede Beziehung zur Sache genügt. Von der Rechtsprechung wurde weiterhin verlangt, dass die jeweiligen Umstände der Kaufsache nicht nur vorübergehend, sondern für eine gewisse Dauer anhaften. Für den Unternehmenskauf betrifft diese Frage beispielsweise die fehlerhafte Jahresbilanz. Diese sollte nach der Rechtsprechung weder einen Fehler noch eine zusicherungsfähige Eigenschaft darstellen, weil sie dem Unternehmen nur vorübergehend, nämlich bis zur nächsten Jahresbilanz, anhaftet.<sup>84</sup> Für die Vertreter<sup>85</sup> eines weiten Beschaffenheitsbegriffs können dagegen jegliche tatsächliche, wirtschaftliche, soziale oder rechtliche Umstände Bestandteil einer Beschaffenheitsvereinbarung sein, wobei es auf das Merkmal der Dauerhaftigkeit nicht ankommt.

Wie bereits oben erwähnt, scheint nach der Regierungsbegründung<sup>86</sup> ein offenes Verständnis des Beschaffenheitsbegriffs möglich zu sein. Jedoch drängen sich bei näherer Betrachtung diesbezüglich Zweifel aus. Erwähntes Zitat bezog sich auf ein Gewähr-

---

<sup>82</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, Abl. EG 1999 L 171/12.

<sup>83</sup> *Canaris*, in: *Egon Lorenz* (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung* (2003), 59 f.; *Münchener Kommentar zum HGB/Lieb*, I: §§ 1-104 HGB<sup>2</sup> (2005), Anh § 25 Rn. 65.

<sup>84</sup> BGH 25.5.1977, NJW 1977, 1536, 1537.

<sup>85</sup> *Berger*, JZ 2004, 276, 278 ff.; *Dauner-Lieb/Thiessen*, ZIP 2002, 108, 108; *Mertens*, AcP 203 (2003), 818, 834-839; *Detlef Schmidt*, BB 2005, 2763, 2764-2766; *Schröcker*, ZGR 2005, 63, 78; *Triebel/Hölzle*, BB 2002, 521, 525; *Wolf/Kaiser*, DB 2002, 411, 412; *Weiler*, ZGS 2002, 249, 255; *Jauernig/Berger*, BGB<sup>12</sup> (2007) § 434 Rn. 7; *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt* (Hrsg.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis* (2003), 395, 398 ff.; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht<sup>7</sup> (2004), Rn. 300 ff.

<sup>86</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, 213 Zu § 434 BGB-E Abs. 1 S.1 .

leistungssystem, das den Begriff der zusicherungsfähigen Eigenschaft noch kannte. Im Gegensatz zur Gesetz gewordenen Fassung sprachen die §§ 442 I Satz 1 Alt. 2 und 444 Alt.2 des Regierungsentwurfs von der „Garantie für das Vorhandensein einer Eigenschaft“.<sup>87</sup> Das ist im System des Regierungsentwurfs auch schlüssig, da dieser an der „zugesicherten Eigenschaft“ festhalten wollte und diese nur systemkonform im allgemeinen Schuldrecht als eine Frage des Vertretenmüssens im Sinne des § 276 I Satz 1 RegE regeln wollte.<sup>88</sup> Der Eigenschaftsbegriff der §§ 442 I Satz 1 Alt. 2 und 444 Alt.2 RegE sollte ausdrücklich demjenigen der zugesicherten Eigenschaft entsprechen.<sup>89</sup> Der Regierungsentwurf kannte also noch ein Nebeneinander von Fehler und Eigenschaft: Der Fehlerbegriff ging in der Beschaffenheit auf, während die zugesicherte Eigenschaft der „Garantie für das Vorhandensein einer Eigenschaft“ entsprach. Daraus folgt auch, dass nach dem Regierungsentwurf eine Abgrenzung zwischen beiden Begriffen notwendig war. Im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens wurde jedoch diese Unterscheidung aufgegeben. Die Bundesregierung bestand anfänglich weiterhin auf einen Anwendungsbereich der zugesicherten Eigenschaft,<sup>90</sup> nachdem der Bundesrat eine deutlichere Abgrenzung der Garantie des § 443 RegE von derjenigen des § 276 RegE vorgeschlagen hatte.<sup>91</sup> Da die Zusicherung ein Element der Garantie enthält, wird der separate Gebrauch von Zusicherung und Garantie in § 276 I Satz 1 RegE von den Erläuterungen des Rechtsausschusses als unnötig erklärt. Nach den Erläuterungen soll durch die Streichung auch klargestellt werden, dass sich die Garantie gerade nicht nur auf bestimmte Eigenschaften körperlicher Gegenstände beziehen kann.<sup>92</sup> Aufgrund des Wegfalls der Zusicherung in § 276 RegE wurde vorgeschlagen auch in den §§ 442 und 444 Reg-E auf die Zusicherung von Eigenschaften zu verzichten,<sup>93</sup> wie es dann auch Gesetz geworden ist. Der Gang des Gesetzgebungsverfahrens zeigt also, dass die Unterscheidung zwischen Fehler und Eigenschaft, wie sie noch im Regierungsentwurf beibehalten wurde, letztendlich auf-

---

<sup>87</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, 6, 20.

<sup>88</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, 132 Zu § 276 BGB-RegE Abs.1 Satz 1, 236 Zu § 442 BGB-RegE Abs. 1 Satz 2.

<sup>89</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, 236 Zu § 442 BGB-RegE Abs. 1 Satz 2, 240 Zu § 444 BGB-RegE.

<sup>90</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6857, 61 Zu Nummer 97.

<sup>91</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6857, 28 Zu Art. 1 Abs. 1 Nr. 31.

<sup>92</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/7052, 184 Zu § 276 BGB-RegE Abs. 1.

<sup>93</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/7052, 197 Zu § 442 BGB-RegE, Zu § 444 BGB-RegE.

gegeben wurde.<sup>94</sup> Anknüpfungspunkt für die Einstandspflicht für einen Sachmangel ist allein die Beschaffenheit der Kaufsache, weswegen im BGB auch nur von einem Beschaffenheitsbegriff ausgegangen werden kann. Daher ist es äußerst zweifelhaft, ob man aus der zitierten Regierungsbegründung eine Unentschiedenheit des Gesetzgebers gegenüber den verschiedenen Beschaffenheitsbegriffen ableiten kann<sup>95</sup>.

Auch aus § 434 I Satz 2 Nr. 2 BGB kann kein Rückschluss auf die Vereinbarungsfähigkeit von Umständen gezogen werden.<sup>96</sup> § 434 I Satz 2 Nr. 2 BGB kann zwangsläufig nur objektive Kriterien verwenden, da in dessen Anwendungsfall eine Parteivereinbarung gerade nicht besteht. Besteht eine Beschaffenheitsvereinbarung gemäß § 434 I Satz 1 BGB, so gibt alleine diese Maß. Daher verbietet es sich, aus § 434 I Satz 2 Nr. 2 BGB eine Beschränkung auf objektive Kriterien der Beschaffenheit abzuleiten.

Gelegentlich wird die Anwendung des Gewährleistungsrecht mit dem Hinweis bekämpft, dass es bei einem Unternehmen keine Standardbeschaffenheit im Sinn des § 434 I Satz 2 Nr. 2 BGB gäbe.<sup>97</sup> Die Behauptung einer fehlenden Standardbeschaffenheit von Unternehmen kann richtig sein, sie sagt aber nichts über die Möglichkeit einer Beschaffenheitsvereinbarung aus.<sup>98</sup> Wie gezeigt, verbietet sich ein Rückschluss aus § 434 I Satz 2 Nr. 2 BGB auf den Umfang und die Möglichkeit einer Beschaffenheitsvereinbarung.

Das gewichtigste Argument für einen weiten Beschaffenheitsbegriff ist, dass der Gesetzgeber durch die Festschreibung des subjektiven Fehlerbegriffs in § 434 I Satz 1 BGB den Parteien die Festlegung der Anforderungen an die Kaufsache überlässt. Diese gewonnene Freiheit nähme man den Parteien wieder, wenn man den Beschaffenheitsbegriff unzulässig einengt.<sup>99</sup>

Auch wenn man mit einigen Autoren das Hauptproblem des Unternehmenskaufs als Informationsproblem begreift und daher die Regeln der culpa in contrahendo als passender empfindet,<sup>100</sup> so zwingt dieser Befund nicht zur Einschränkung der Privatautonomie über den Beschaffenheitsbegriff. Meines Erachtens sollte man es der Entscheidung der Parteien überlassen, ob diese den Unternehmenskauf mittels einer

---

<sup>94</sup> *Detlef Schmidt*, BB 2005, 2763, 2764 f.

<sup>95</sup> So aber MünchKomm BGB<sup>4</sup>/*Westermann*, (Fn. 18), § 434 BGB Rn. 8; *Erman*<sup>11</sup>/*Grunewald*, (Fn. 34), § 434 BGB Rn. 2; *Häublein*, NJW 2003, 388, 390; *Gruber*, MDR 2002, 433, 435, alle mit Verweis auf: Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, 213 Zu § 434 BGB-RegE Abs. 1 S.1.

<sup>96</sup> *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht<sup>7</sup> (2004) Rn. 310.

<sup>97</sup> *Ulrich Huber*, AcP 202 (2002), 179, 212.

<sup>98</sup> *Eidenmüller*, ZGS 2002, 290, 295.

<sup>99</sup> *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht<sup>7</sup> (2004) Rn. 310; *Detlef Schmidt*, BB 2005, 2763, 2765.

<sup>100</sup> *Ulrich Huber*, AcP 202 (2002), 179, 215 ff.; *Eidenmüller*, ZGS 2002, 290, 295.



Beschaffenheitsvereinbarung dem Gewährleistungsrecht unterstellen. Der Unternehmenskauf weist nämlich im Gegensatz zum Kauf von anderen Gütern die Besonderheit auf, dass eine Standardbeschaffenheit der Kaufsache fehlt.<sup>101</sup> Deswegen scheidet auch eine Anwendung des § 434 Satz 2 Nr. 1, 2 BGB aus.<sup>102</sup> Diese Besonderheit lässt sich für einen weiten Beschaffenheitsbegriff beim Unternehmenskauf anführen, da ein an körperlichen Merkmalen orientierter Beschaffenheitsbegriff allenfalls beim Sachkauf zu rechtfertigen ist.<sup>103</sup> Lehnt man einen generellen, weiten Beschaffenheitsbegriff ab, so lässt sich doch ein spezifischer Beschaffenheitsbegriff für den Unternehmenskauf mit der Verweisung in § 453 BGB rechtfertigen, der von einer den Besonderheiten der Kaufsache entsprechenden Verweisung spricht. Das Gewährleistungsrecht kann also nur über eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 I Nr. 1 BGB auf einen Unternehmenskauf zur Anwendung gebracht werden. Bei einer fehlenden Vereinbarung und der fehlenden Standardbeschaffenheit eines Unternehmens kommen dann möglicherweise die Regeln der culpa in contrahendo zur Anwendung.<sup>104</sup> Daher handelt es sich beim Unternehmenskauf hauptsächlich um ein Konkurrenzproblem zwischen dem Anwendungsbereich der culpa in contrahendo und dem des Gewährleistungsrechts oder konkreter: Dürfen die Parteien die Beschaffenheit des Unternehmens umfassend festlegen und damit das Gewährleistungsrecht für alle ihnen wichtige Punkte, ohne Rücksicht auf eine schwer nachvollziehbare Differenzierung zwischen dauernden und physischen Merkmalen, zur Anwendung bringen; oder soll diese Möglichkeit mittels eines restriktiven Beschaffenheitsbegriffs eingeschränkt werden und sollten sie auf Garantien oder die culpa in contrahendo verwiesen werden? Wenn man sie aber auf Garantien verweist,<sup>105</sup> so verweist man sie auch auf nur eine mögliche Rechtsfolge, nämlich den verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch. Diese Rechtsfolge muss indes nicht immer gewollt sein und kann dem Parteiwillen nicht gerecht werden.

Der Unternehmenskauf hat also die Besonderheit, dass es sich bei der Vereinbarung einer Beschaffenheit um eine rechtsfolgenbezogene Vereinbarung handelt: Mit dieser

---

<sup>101</sup> *Ulrich Huber*, AcP 202 (2002), 179, 212 f.; *Gaul* ZHR 166 (2002), 35, 41.

<sup>102</sup> *Gaul*, ZHR 166 (2002) 35, 48; *Weitmayer*, NJW 2002, 2511, 2514; *Harm Peter Westermann*, ZHR 169 (2005), 248, 251.

<sup>103</sup> *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt* (Hrsg.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis* (2003), 395, 400.

<sup>104</sup> Vgl. S. 124 [§2 III. 7. a) bb)]

<sup>105</sup> *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 118, 126.

Vereinbarung unterstellen die Parteien den Kauf dem Gewährleistungsrecht. Sieht man den Beschaffenheitsbegriff wirklich als „Tor zum Gewährleistungsrecht“<sup>106</sup>, so werden die Vorzüge eines weiten Beschaffenheitsbegriffs beim Unternehmenskauf deutlich. Dieses Tor kann beim Unternehmenskauf wie gezeigt nur mit einer Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 I Nr. 1 aufgestoßen werden. Falls die Parteien eine solche Vereinbarung treffen, so müssen sie dazu auch umfassend in der Lage sein können. Meiner Meinung nach ist daher eine Beschränkung des Beschaffenheitsbegriffs und der damit verbundenen rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten der Parteien, nur aufgrund der behaupteten Vorzüge der culpa in contrahendo Haftung, nicht zu rechtfertigen.

Diese Bedenken richten sich auch gegen eine Beschränkung des Beschaffenheitsbegriffs über das Merkmal der Gegenwärtigkeit. Dieses Merkmal kann insbesondere beim Unternehmenskauf Probleme bereiten, da Unternehmenskennzahlen grundsätzlich nicht für den Zeitpunkt des Gefahrübergangs sondern nur für jeweils vergangene Zeiträume angegeben werden können. Die Haftung für unrichtige, vergangene Unternehmenskennzahlen sei ein typischer Fall der Willensbeeinflussung und somit der Haftung für culpa in contrahendo:<sup>107</sup> Der Käufer weiß, dass die Zahlen für den Zeitpunkt des Gefahrenübergangs nicht zutreffen, sondern nur die Entwicklung in der Vergangenheit widerspiegeln und er verwendet diese für seine Prognose der zukünftigen Entwicklung, auf die er seine Kaufentscheidung stützt. Etwas anderes soll sich aber ergeben, wenn sich die Vereinbarungen zwar verbal auf die Vergangenheit oder Zukunft beziehen, diese aber Aussagen über die Umstände bei Gefahrenübergang machen. Diese Einschränkung überzeugt nicht. Gleichgültig um welche Art von Angaben es sich handelt beziehungsweise auf welchen Zeitraum sie sich erstrecken, sie konkretisieren die Beschaffenheit des Unternehmens.<sup>108</sup> Wenn die Parteien aufgrund der Rechtsfolge (Haftung auf das positive Interesse) das Gewährleistungsrecht vereinbaren wollen, wird vorgeschlagen, dass sie das mittels gegenwartsbezogener Vereinbarungen tun könnten.<sup>109</sup> Eine solche Vereinbarung, bei der die Bilanz zum vergangenen Stichtag nur die Basis darstellt, soll beispielsweise sein, dass das Geschäft seit dem letzten Bilanzstichtag „in the ordinary course of business“ geführt wurde und nur Verbindlichkeiten in diesem Rahmen begründet wurden. Dieser Weg erscheint jedoch konstruiert. Da beim Unternehmenskauf

---

<sup>106</sup> So Eidenmüller, ZGS 2002, 290, 295.

<sup>107</sup> Bamberger/Roth/Faust, I: §§1-610 BGB<sup>2</sup> (2007) § 434 BGB Rn. 26.

<sup>108</sup> Wolf/Kaiser, DB 2002, 411, 414.

<sup>109</sup> Bamberger/Roth/Faust<sup>2</sup>, (Fn. 107), § 434 BGB Rn. 26; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht<sup>7</sup> (2004) Rn. 312 f.

das Gewährleistungsrecht ohnedies nur über die Beschaffenheitsvereinbarung anwendbar ist, müssen für diese Vereinbarung keine besonderen Voraussetzungen wie der Gegenwartsbezug aufgestellt werden. Wollen die Parteien das Gewährleistungsrecht auf den Unternehmenskauf anwenden, was ihnen aufgrund der Parteiautonomie freistehen sollte, so müssen sie eine Vereinbarung über die Beschaffenheit treffen; sonst werden sie möglicherweise auf andere Rechtsinstitute verwiesen. Den Parteien diese Möglichkeit bei Kennzahlen aus der Vergangenheit zu verwehren, ihnen aber gleichzeitig den Weg über gegenwartsbezogene Vereinbarungen, bei denen die Kennzahlen nur die Basis darstellen zu eröffnen, überzeugt nicht. Es ist kein Grund ersichtlich, für vergangene Umstände eine besondere Vereinbarung mit konkreten Anhaltspunkten zu fordern,<sup>110</sup> da diese Anforderungen durch die Beschaffenheitsvereinbarung bereits erfüllt werden<sup>111</sup>.

Mit einem weiten Beschaffenheitsbegriff geht auch keine unbillige Ausweitung der Verkäuferhaftung einher: Der Verkäufer hat die Möglichkeit, die aus seiner Einflussphäre kommenden Daten zu kontrollieren und das Fehlen bestimmter Eigenschaften kann nur zu einer Haftung führen, wenn diese Bestandteil einer vertraglichen Vereinbarung über die Beschaffenheit wurden.<sup>112</sup>

Gegen eine enge Fassung der Beschaffenheit spricht weiterhin, dass es der Literatur und Rechtsprechung in 100 Jahren nicht gelungen ist, eine praktikable Abgrenzung zu entwickeln. Die Rechtsprechung erscheint mehr oder weniger willkürlich bei dem Versuch, aus der Nähebeziehung zur Kaufsache konkrete Rechtsfolgen abzuleiten.<sup>113</sup> Ein weit verstandener Sachmängelbegriff kann hier Abhilfe schaffen und eine klare und vorhersehbare Rechtsprechung ermöglichen.<sup>114</sup>

Die Einschätzung,<sup>115</sup> dass die Rechtsprechung bei ihrem restriktiven Beschaffenheitsbegriff bleibt, scheint sich nicht zu bewahrheiten. So hat das LG Berlin vergangene Umsatzzahlen, als auch zukünftige Umsatzprognosen als vereinbarungsfähige Beschaffenheitsmerkmale im Sinne des § 434 BGB angesehen.<sup>116</sup> Für Unternehmen läge die Grenze der Beschaffenheitsmerkmale bei Umständen, die den Markt und die allgemeinen

---

<sup>110</sup> So wohl aber: *Bamberger/Roth/Faust*<sup>2</sup>, (Fn. 107), § 434 Rn. 26.

<sup>111</sup> Vgl. S. 55 [§ 2 III. 4. a)]

<sup>112</sup> *Gaul*, ZHR 166 (2002), 35, 48.

<sup>113</sup> *Detlef Schmidt*, BB 2005, 2763, 2765.

<sup>114</sup> *Wolf/Kaiser*, DB 2002, 411, 414; *Berger* JZ 2004, 276, 281.

<sup>115</sup> *Ulrich Huber*, AcP 202 (2004), 179, 223 f.

<sup>116</sup> LG Berlin 1.2.2005 - 5 O 176/04 – juris Rn. 155.

Voraussetzungen betreffen, auf denen das Unternehmen und konkurrierende Unternehmen tätig sind.<sup>117</sup>

#### *d) Beschaffenheitsbegriff beim Unternehmenskauf*

Der Beschaffenheitsbegriff des § 434 I Nr. 1 BGB ist weit zu verstehen. Es werden alle tatsächlichen, rechtlichen und wirtschaftlichen Beziehungen der Kaufsache erfasst. Im Rahmen des Unternehmenskaufs bedeutet dies, dass insbesondere Erträge, Umsätze einzelner Bilanzzeiträume und die Ertragsfähigkeit des Unternehmens als Beschaffenheit vereinbart werden können. Wegen der fehlenden Standardbeschaffenheit eines Unternehmens entscheidet die Vereinbarung einer Beschaffenheit beim Unternehmenskauf über die Anwendung des gesetzlichen Gewährleistungsrechts.

Indem die Parteien eine Beschaffenheit des Unternehmens vereinbaren, erfüllen sie die entscheidende tatbestandliche Voraussetzung des gesetzlichen Gewährleistungsrechts. Das gesetzliche Gewährleistungsrecht gilt dann, eine weitere Parteivereinbarung über die Anwendung ist nicht notwendig. Man könnte die Beschaffenheitsvereinbarung zwar auch als vertragliche Vereinbarung des gesetzlichen Gewährleistungsrechts werten, jedoch ist diese Betrachtung meines Erachtens sehr konstruiert und überfrachtet den Begriff der Beschaffenheitsvereinbarung. Auch können die Parteien, wie im Falle einer vertraglichen Vereinbarung des Gewährleistungsrechts, aufgrund des dispositiven Charakters des Kaufrechts von Voraussetzungen oder Rechtsfolgen abweichen. Die Frage hat daher keine praktische Relevanz.

Im Hinblick auf die Due Diligence bleibt festzuhalten, dass bei einem weiten Beschaffenheitsbegriff die im Rahmen einer solchen Prüfung gesammelten und ausgewerteten Daten Teil einer Beschaffenheitsvereinbarung sein können. Besonders die am häufigsten durchgeführte financial due diligence befasst sich mit Eigenschaften eines Unternehmens,<sup>118</sup> die unter einen weiten Beschaffenheitsbegriff fallen.

#### *4. Beschaffenheitsvereinbarung und Due Diligence*

Die Beschaffenheitsvereinbarung hat also beim Unternehmenskauf eine doppelte Bedeutung: Sie entscheidet wann das Unternehmen mangelhaft ist und wegen der fehlenden Standardbeschaffenheit kann eine gesetzliche Gewährleistung nur über eine solche Vereinbarung gemäß § 434 I Nr. 1 BGB herbeigeführt werden. Damit ist die Frage

---

<sup>117</sup> LG Berlin 1.2.2005 - 5 O 176/04 – juris Rn. 155, mit Verweis auf MünchKomm BGB<sup>4</sup>/Westermann, (Fn. 18), § 453 BGB Rn. 32.

<sup>118</sup> Siehe S. 16 [§ 1 II. 1.].

aufgeworfen, welche Anforderungen an eine solche Vereinbarungen zu stellen sind und ob möglicherweise im Zusammenhang mit der Durchführung einer Due Diligence eine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen wird.

#### *a) Allgemeine Voraussetzungen*

Die Beschaffenheit der Kaufsache muss von den Parteien vereinbart worden sein.<sup>119</sup> Die Beschaffenheitsvereinbarung ist rechtsgeschäftlicher Natur und setzt zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus.

Im Gegensatz zur früheren Zusicherung einer Eigenschaft gemäß § 459 II BGB a. F. wird ein besonderer Einstandswille des Verkäufers nicht mehr vorausgesetzt.<sup>120</sup> Es gibt somit einen gravierenden Unterschied zwischen der Vereinbarung einer Beschaffenheit und der Zusicherung der Eigenschaft nach § 459 II BGB a. F. Dies zeigt auch die klare Unterscheidung zwischen der Beschaffenheitsvereinbarung des § 434 I Satz 1 BGB und der Beschaffenheitsgarantie der §§ 442, 444, 445 BGB. Wie bereits gezeigt, sollte die Zusicherung einer Eigenschaft nach dem Willen des Gesetzgebers in der Beschaffenheitsgarantie aufgehen.<sup>121</sup> Die Beschaffenheitsgarantie ist ersichtlich ein Ausnahmefall zu der vorrangig an der vereinbarten Beschaffenheit anknüpfenden Sachmängelhaftung, so dass sich ein gleichlaufendes Verständnis der Begriffe verbietet.<sup>122</sup> Daher erfasst die Beschaffenheitsvereinbarung Sachverhalte, in denen die Beschaffenheit nicht garantiert und nach Maßgaben des alten Rechts keine Eigenschaften zugesichert wurden.

In der zur Zusicherung einer Eigenschaft gemäß § 459 II BGB a. F. BGB ergangenen Rechtsprechung fand eine Abgrenzung zu der nach dem subjektiven Fehlerbegriff des § 459 I BGB a. F. möglichen Beschaffenheitsvereinbarung kaum statt. Für eine solche Abgrenzung gab es auch keine praktische Notwendigkeit: Die Eigenschaftszusicherung konnte stillschweigend abgegeben werden<sup>123</sup> und an die Annahme durch den Käufer wurden keine hohen Anforderungen gestellt<sup>124</sup>, so dass sich im Falle einer konkreten

---

<sup>119</sup> MünchKomm BGB<sup>4</sup>/Westermann, (Fn. 18), § 434 BGB Rn. 12; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht<sup>7</sup> (2004) Rn. 315; *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt* (Hrsg.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis* (2003), 395, 400.

<sup>120</sup> *Palandt*<sup>67</sup>/Weidenkaff, (Fn. 17), § 434 BGB Rn. 16; MünchKomm BGB<sup>4</sup>/Westermann, (Fn. 18), § 434 BGB Rn. 12; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht<sup>7</sup> (2004), Rn. 315.

<sup>121</sup> Siehe S. 48 [§ 2 I. 2. c) cc].

<sup>122</sup> Ausführlich: *Emmert*, NJW 2006, 1765, 1767.

<sup>123</sup> BGH 25.5.1983, BGHZ 87, 302, 305; 21.04.1993, BGHZ 122, 256, 259; 28.11.1994, BGHZ 128, 111, 114.

<sup>124</sup> *Soergel*<sup>12</sup>/Huber, (Fn. 22), § 459 BGB Rn. 156 f.; zum Streit ob eine einseitige Zusicherung für § 459 II BGB a. F. ausreicht: vgl. MünchKomm BGB<sup>3</sup>/Westermann, (Fn. 47), § 459 BGB Rn. 56.

Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 459 I BGB a. F. sehr leicht auch eine Eigenschaftszusicherung nach § 459 II BGB a. F. annehmen ließ. Wurde eine Eigenschaftszusicherung verneint, konnte der Käufer meist keine Rechte aus einer möglichen Beschaffenheitsvereinbarung herleiten, sei es da er Schadensersatz verlangte<sup>125</sup> oder ein Gewährleistungsausschluss vereinbart war. Die Prüfung einer Beschaffenheitsvereinbarung im Rahmen des § 459 I a. F. war daher obsolet, so dass die Zitierung des § 459 I BGB a. F. als Gegensatz zur Eigenschaftszusicherung zur bloßen Formel verkam.<sup>126</sup> Der Grund für die großzügige Bejahung einer Eigenschaftszusicherung wird im Schutz des Verbrauchers gesehen, denn eine Regelung wie in § 475 BGB existierte nicht.<sup>127</sup> Praktisch bedeutsam wurde also nur die Abgrenzung zwischen Eigenschaftszusicherung und der unverbindlichen Anpreisung auf der anderen Seite.

Zwischen der Eigenschaftszusicherung und der Anpreisung liegt die Vereinbarung über die Beschaffenheit der Kaufsache nach § 434 I BGB, die als zentraler Anknüpfungspunkt für die Sachmängelhaftung vom Gesetzgeber eingeführt wurde. Die bisher erfolgte duale Abgrenzung muss also um eine weitere Stufe erweitert werden.<sup>128</sup> Entscheidend für eine Beschaffenheitsvereinbarung ist die Verbindlichkeit der Verkäuferangaben über die Beschaffenheit der Kaufsache. Dieser Verbindlichkeit entspricht die in der Literatur vorgeschlagene Auslegung, nach der eine Erfüllungspflicht des Verkäufers in der Abmachung enthalten sein muss.<sup>129</sup> Es bedarf aber keinerlei Anzeichen für die Übernahme einer besonderen Gewähr für das Vorhandensein einer Beschaffenheit,<sup>130</sup> da dieser Tatbestand von den Garantien erfasst wird. Die Beschaffenheitsvereinbarung nimmt also eine Mittelstellung zwischen der unverbindlichen Anpreisung und der Eigenschaftszusicherung des § 459 II BGB a. F. ein: Die Angaben zur Beschaffenheit sind verbindlich, aber ein Wille zur Garantieübernahme besteht nicht.

Eine Beschaffenheitsvereinbarung kann auch konkludent getroffen werden, sie kann sich auch aus einem Handelsbrauch<sup>131</sup> oder einer Verkehrsübung ergeben.<sup>132</sup>

---

<sup>125</sup> Vgl. BGH 25.9.1968, NJW 1968, 2238; 2.6.1980, BGHZ 77, 215; 23.05.1984, WM 1984, 1098.

<sup>126</sup> Emmert, NJW 2006, 1765, 1767.

<sup>127</sup> Emmert, NJW 2006, 1765, 1766.

<sup>128</sup> Emmert, NJW 2006, 1765, 1767; schon für eine solche Abgrenzung unter der alten Rechtslage: Soergel<sup>12</sup>/Huber, (Fn. 22), Vor § 459 BGB Rn. 70 ff.

<sup>129</sup> MünchKomm HGB<sup>2</sup>/Lieb, (Fn. 83), Anh § 25 HGB Rn. 79.

<sup>130</sup> Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht<sup>7</sup> (2004), Rn. 315.

<sup>131</sup> Für die Eigenschaftszusicherung des § 459 II BGB a. F.: BGH 13.12.1995, NJW 1996, 836, 837.

<sup>132</sup> Palandt<sup>67</sup>/Weidenkaff, (Fn. 17), § 434 BGB Rn. 17; MünchKomm BGB<sup>4</sup>/Westermann, (Fn. 18), § 434 Rn. 12.

## *b) Bisheriger Meinungsstand*

Der Problematik, ob mit einer Due Diligence eine Beschaffenheitsvereinbarung über das Unternehmen getroffen wird, wurde in der bisherigen Literatur nur sehr wenig Platz eingeräumt. In der älteren Literatur gibt es jedoch Stellungnahmen, die sich mit der Frage beschäftigen, ob die Vorlage einer Bilanz oder Angaben über den Umsatz und Ertrag eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 459 II BGB a. F. darstellen.<sup>133</sup> Da die Einsicht in die Bilanz und Umsatz- und Ertragsangaben zum Standardprogramm einer Due Diligence gehören, kann auf diese Stellungnahmen aufgebaut werden. In der neueren Literatur zur Due Diligence wird nur kurz auf den angesprochenen Aspekt eingegangen.<sup>134</sup> Eine Beschaffenheitsvereinbarung im Zusammenhang mit der Due Diligence wird überwiegend abgelehnt. Einzig *Wolf/Kaiser* wollen, leider ohne Begründung, für den Rechtskauf eine durchgeführte Due Diligence zur Grundlage für die Beschaffenheit der gekauften Beteiligung machen.

Gegen die Möglichkeit einer Beschaffenheitsvereinbarung im Zusammenhang mit der Due Diligence, insbesondere bezüglich der dokumentierten Ergebnisse dieser, wird vorgebracht, dass damit für die nicht von der Due Diligence erfassten Eigenschaften eine so genannte negative Beschaffenheitsvereinbarung getroffen werde.<sup>135</sup> Das entspräche nicht dem Willen der Parteien.

Das Problem der negativen Beschaffenheitsvereinbarung stellt sich, wenn die Beschaffenheitsvereinbarung des § 434 I Satz 1 BGB im Gegensatz zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung des § 434 I Satz 2 Nr. 1 BGB steht.<sup>136</sup> Aufgrund der fehlenden Standardbeschaffenheit eines Unternehmens kann sich dieses Problem beim Unternehmenskauf jedoch nicht stellen. Eine allgemeingültige, vertraglich vorausgesetzte Verwendung, vergleichbar der Fahrtüchtigkeit des Autos beim Gebrauchtwagenkauf, gibt es beim Unternehmenskauf wegen der Vielzahl der möglichen dahinter stehenden Motive gerade nicht. Wird eine bestimmte Verwendung ausdrücklich festgelegt, so ist darin eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 I Satz 1 BGB zu sehen. Eine solche ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung ginge einer konkludenten Vereinbarung im

---

<sup>133</sup> *Mössle*, BB 1983, 2146, 2151; *Prölss* ZIP 1981, 337, 344.

<sup>134</sup> *Harm Peter Westermann*, ZHR 169 (2005), 248, 251; *Barnert*, WM 2003, 416, 423; *Wolf/Kaiser*, DB 2002, 411, 417; *Weitnauer*, NJW 2002, 2511, 2514; *Jagersberger*, Die Haftung des Verkäufers beim Unternehmens- und Anteilskauf (2006), 163-165.

<sup>135</sup> *Harm Peter Westermann*, ZHR 169 (2005), 248, 251.

<sup>136</sup> Vgl. dazu *Schinkels*, ZGS 2004, 226 – 232.

Rahmen einer Due Diligence vor. Die Prämisse,<sup>137</sup> dass mit einer Beschaffenheitsvereinbarung alle nicht von der Due Diligence erfassten Mängel ausgeschlossen werden und es sich dabei um eine negative Beschaffenheitsvereinbarung handele, ist unzutreffend. Die Beschaffenheitsvereinbarung ist für die Bestimmung des Mangels beim Unternehmen unabdingbare Voraussetzung. Ist die fragliche Eigenschaft nicht Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung, so stellt sich die Frage einer möglichen, vorvertraglichen Pflichtverletzung.<sup>138</sup> Mit der Festlegung einer Eigenschaft durch eine Beschaffenheitsvereinbarung wird die Möglichkeit eines Mangels im Sinne des § 434 BGB erst eröffnet; wird nichts vereinbart, so kann wie gezeigt aufgrund der fehlenden Standardbeschaffenheit des Unternehmens kein Mangel iSd. § 434 BGB bestehen. Der behauptete Ausschluss von nicht durch die Due Diligence erfassten Mängeln kann nicht zutreffend sein, da es ohne Beschaffenheitsvereinbarung keine auszuschließenden Mängel gibt. Es könnte sich nur um eine Verletzung von Aufklärungspflichten handeln. Ein Ausschluss von Mängeln durch eine Beschaffenheitsvereinbarung ist somit beim Unternehmenskauf nicht möglich und kann daher auch nicht gegen eine Beschaffenheitsvereinbarung durch eine Due Diligence angeführt werden.

Insgesamt wird pauschal von einer Due Diligence gesprochen, ohne die Unterscheidung zwischen einer käufer- und verkäuferseitigen Prüfung<sup>139</sup> zu treffen. Auch bleibt unklar, wann die mögliche Beschaffenheitsvereinbarung getroffen werden kann: Mit Bereitstellung der geforderten Unterlagen oder aber nach Abschluss der Prüfung mit dem Erstellen des due diligence report. Im folgenden Abschnitt soll zwischen diesen verschiedenen Möglichkeiten unterschieden werden und für jede Konstellation die Möglichkeit einer Beschaffenheitsvereinbarung geprüft werden. Als Ausgangspunkt der Diskussion wurde die Einsicht in die Bilanzen gewählt, da die Einsichtnahme in diese bereits unter der alten Rechtslage als eine mögliche, konkludente Beschaffenheitsvereinbarung diskutiert wurde.

### *c) Einsicht in die Bilanzen*

Die Einsicht in die Bilanzen des Zielunternehmens ist Standardprogramm im Rahmen einer financial due diligence.<sup>140</sup> Für die Rechtsprechung konnten aufgrund des restriktiven Beschaffenheitsbegriffs die durch die Bilanzen erläuterten Abschlussangaben nicht zum

---

<sup>137</sup> Harm Peter Westermann, ZHR 169 (2005), 248, 251 f.

<sup>138</sup> Zum Anwendungsbereich der cic und dem Inhalt von Aufklärungspflichten: Siehe 121 [§ 2 III. 7.]

<sup>139</sup> Vgl. zu dieser Unterscheidung: S. 15 [§ 1 III.].

<sup>140</sup> Vgl. die Checklist bei: Berens/Brauner/Strauch (Hrsg.), Due diligence bei Unternehmensakquisitionen<sup>4</sup> (2005), 829, 837-843.



Inhalt einer Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 459 I BGB a. F. werden. Diese Rechtsprechung wurde zu Recht kritisiert<sup>141</sup> und ist auf Grundlage eines mittleren beziehungsweise weiten Beschaffenheitsbegriffs nicht mehr aufrecht zu erhalten. Bilanzangaben können zur Beschaffenheit des Unternehmens gemäß § 434 I Satz 1 BGB gemacht werden.<sup>142</sup>

Die Vorlage einer Bilanz wurde von einigen Autoren vor der Schuldrechtsreform als konkludente Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 459 BGB a. F. angesehen, wenn sie entweder für den Kaufabschluss und die Preisgestaltung ausschlaggebend ist<sup>143</sup> oder erkennbar den Vertragszweck des Käufers bestimmen<sup>144</sup>. Mit diesen Kriterien sollte die Beschaffenheitsvereinbarung von der bloßen Angabe abgegrenzt werden. Diese Kriterien können für die Bestimmung der für § 434 I Satz 1 BGB geforderten Verbindlichkeit der Beschaffenheitsvereinbarung weiter heran gezogen werden. Praktisch ist der Fall jedoch kaum denkbar, dass es sich bei der Vorlage von Bilanzen während Vertragsverhandlungen um unverbindliche Äußerungen des Verkäufers handelt, die keinen erkennbaren Einfluss auf den Kaufabschluss des Käufers haben. Daher ist unter der Vorlage der Bilanz auch immer eine verbindliche Beschaffenheitsbeschreibung des Verkäufers zu sehen.

Zu klären bleibt aber der Inhalt dieser Beschreibung. Überwiegend wird die durch Vorlage der Bilanzen erklärte Beschreibung dahin gehend ausgelegt, dass der Verkäufer grundsätzlich erklärt, dass das Unternehmen zum Bilanztag die angegebenen Bestände hat, wie sie sich bei Bilanzierung nach ordnungsgemäßen Grundsätzen darstellen.<sup>145</sup> Danach weicht die Ist- von der Sollbeschaffenheit des Unternehmens ab, wenn die tatsächlichen Zahlen von denjenigen abweichen, die sich bei Beachtung der Grundsätze einer ordnungsgemäßen Bilanzierung/Buchführung ergeben hätten. Hinsichtlich unbekannter Schulden wird eine Einschränkung vorgenommen: Aus der Vorlage der Bilanz lässt sich nur die Erklärung entnehmen, dass andere als die in der Bilanz angeführten Schulden bei Beachtung der kaufmännischen Sorgfalt nicht erkennbar waren.<sup>146</sup> Diese Einschränkung entspricht der gebotenen interessengerechten Auslegung der Erklärung. So kann dem die Bilanz vorlegenden Verkäufer nicht die Erklärung

---

<sup>141</sup> Vgl. MünchKomm BGB<sup>3</sup>/Westermann, (Fn. 47), § 459 BGB Rn. 54; MünchKomm HGB/Lieb, (Fn. 51), Anh § 25 HGB Rn. 81 ff.

<sup>142</sup> MünchKomm BGB<sup>4</sup>/Westermann, (Fn. 18), § 453 BGB Rn. 32.

<sup>143</sup> Mössle, BB 1983, 2146, 2151.

<sup>144</sup> MünchKomm BGB<sup>3</sup>/Westermann, (Fn. 47), § 459 BGB Rn. 54

<sup>145</sup> MünchKomm HGB/Lieb, (Fn. 51), Anh § 25 HGB Rn. 81; Mössle, BB 1983, 2146, 2151.

<sup>146</sup> Ulrich Huber, ZGR 1972, 395, 411; ähnlich: MünchKomm HGB/Lieb, (Fn. 51), Anh § 25 HGB Rn. 97.

unterstellt werden, dass das Unternehmen auch nicht solche Schulden hat, die bei ordnungsgemäßer Buchführung unerkennbar waren. Zu bedenken ist, dass der Verkäufer die Sache nur insoweit beschreiben will, als er die Eigenschaften der Sache kennt oder glaubt zu kennen und auch beherrschen kann. Die Darstellung nicht erkennbarer Schulden in der Bilanz liegt außerhalb der Sphäre des Verkäufers, so dass eine Einbeziehung solcher Passiva in die Beschreibung des Unternehmens durch Vorlage der Bilanzen nicht möglich ist. Eine solche weitgehende Erklärung kann ein vernünftiger Kaufinteressent auch nicht erwarten.

Eine weitere Meinung will die Beschreibung in Anlehnung an § 264 II Satz 1 HGB dahingehend auslegen, dass die Bilanzen nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung unter Wahrung der Bilanzierungs- und Bewertungskontinuität erstellt worden sind und ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Finanz-, Vermögens- und Ertragslage des Unternehmens am jeweiligen Stichtag vermitteln.<sup>147</sup> Gleichzeitig soll jedoch für die objektive Richtigkeit der Bilanzen nur bei einer besonderen Abrede gehaftet werden, da der Verkäufer keinen Einstandswillen für bei ordnungsgemäßer Buchführung nicht erkennbare Unrichtigkeiten der Bilanzen habe. Diese Aussage ist insoweit widersprüchlich, als § 264 II Satz 1 HGB verlangt, dass die Bilanz ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild des Unternehmens vermittelt,<sup>148</sup> sie muss also objektiv richtig sein. Dieser Widerspruch kann nur aufgelöst werden, wenn man die vollständige Zitierung des § 264 II Satz 1 HGB als Versehen ansieht und *Larisch* dahin gehend versteht, dass der Verkäufer in seiner Beschreibung nur erklärt, dass andere als die angeführten Schulden bei der Anwendung ordnungsgemäßer Buchführung nicht erkennbar waren. Diese Auffassung entspricht somit im Ergebnis der soeben ausgeführten, vorzugswürdigen Meinung; jedoch unterscheidet sie sich in der Begründung: Die Nichteinbeziehung von nicht erkennbaren Schulden soll sich nicht aus der Auslegung der Erklärungen, sondern aus einem fehlenden Einstandswillen des Verkäufers ergeben.<sup>149</sup> Diese Begründung ist nicht haltbar. Wie oben dargelegt, ist ein besonderer Einstandswille des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache bei einer Vereinbarung gemäß § 434 I Satz 1 BGB nicht notwendig, die verbindliche Beschreibung ist ausreichend.<sup>150</sup> Fordert man einen Einstandswillen für die Beschaffenheit, so grenzt man die Garantie von der Beschaffenheitsvereinbarung ab, eine Beschaffenheits-

---

<sup>147</sup> *Larisch*, Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf (2004) 56.

<sup>148</sup> Vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB<sup>32</sup> (2006) § 264 Rn. 9.

<sup>149</sup> *Larisch*, Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf (2004) 56.

<sup>150</sup> Siehe S. 55 [§ 2 I. 2. d) aa)].

vereinbarung kommt ohne einen solchen Willen aus. Richtig ist, dass in der Vorlage der Bilanzen aufgrund eines fehlenden Einstandswillens keine Garantie gesehen werden kann,<sup>151</sup> auf den Inhalt der Beschaffenheitsvereinbarung hat aber ein möglicher Einstandswille keinen Einfluss. Der Inhalt dieser Vereinbarung kann nur durch die Auslegung der Erklärungen bestimmt werden.

Ein weiteres Problem der Auslegung betrifft die Frage, ob der Verkäufer bei Vorlage der Bilanzen miterklärt, dass sich die aus den Bilanzen ergebende Ertragswertprognose Teil der Beschaffenheit des Unternehmens ist. Eine schwerwiegende Verschlechterung der Geschäftslage nach der letzten Bilanz und das damit verbundene Nichterreichen der Ertragswertprognose würde dann einen Sachmangel im Sinne des § 434 I Satz 1 BGB darstellen.<sup>152</sup> Meines Erachtens lässt der Inhalt der unterstellten Erklärung schon keine Beschaffenheitsvereinbarung bezüglich der Ertragswertprognose zu. Der Verkäufer soll konkludent erklären, dass die Bilanzzahlen eine geeignete Grundlage einer Ertragswertprognose sind.<sup>153</sup> Richtige Bilanzzahlen, und die Richtigkeit der Zahlen erklärt der Verkäufer, stellen immer eine geeignete Grundlage für Ertragswertprognosen dar. Dass die Ertragswertprognose nicht in allen Fällen erreicht wird, ist eine Konsequenz der Zukunftsbezogenheit von Prognosen. Auch wenn der Verkäufer die Geeignetheit der Bilanzzahlen für eine Ertragswertprognose konkludent miterklärte, so erklärt er damit nicht, dass die daraus gezogenen, zukunftsbezogenen Schlüsse auch eintreten. Zukünftige Umsatzprognosen können auf Grundlage des weiten Beschaffenheitsbegriffs auch vereinbarungsfähig im Sinne des § 434 I Satz 1 BGB sein, eine konkludente Erklärung im Zusammenhang mit der Vorlage der Bilanzen würde aber von einer interessengerechten Auslegung nicht mehr gedeckt sein.<sup>154</sup>

Ein konkludente Beschaffenheitsvereinbarung hinsichtlich Abschlussangaben beim Unternehmenskauf wird von einer einzelnen Meinung abgelehnt und eine ausdrückliche Vereinbarung gefordert.<sup>155</sup> Danach könnte durch die alleinige Einsicht in die Bilanzen im Rahmen einer Due Diligence keine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen werden.

---

<sup>151</sup> Für die Eigenschaftszusicherung des § 459 II BGB a. F.: *Ulrich Huber*, ZGR 1972, 395, 411; *Mössle*, BB 1983, 2146, 2151.

<sup>152</sup> MünchKomm HGB/*Lieb*, (Fn. 51), Anh § 25 HGB Rn. 102, 103; seine Meinung jetzt einschränkend: MünchKomm HGB<sup>2</sup>/*Lieb*, (Fn. 83), Anh § 25 HGB Rn. 88.

<sup>153</sup> MünchKomm HGB/*Lieb*, (Fn. 51), Anh § 25 HGB Rn. 103.

<sup>154</sup> So auch *Larisch*, Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf (2004), 56 f.; jetzt auch auf taugliche Anhaltspunkte abstellend: MünchKomm HGB<sup>2</sup>/*Lieb*, (Fn. 83), Anh § 25 HGB Rn. 88.

<sup>155</sup> *Weitnauer*, NJW 2002, 2511, 2514.

Begründet wird das mit dem fehlenden Verwendungszweck bei Unternehmen und der daraus folgenden Nichtanwendung des § 434 I Satz 2 Nr. 1 BGB.<sup>156</sup> Welche Überlegungen hinter dieser Begründung stehen, erkennt man, wenn man sich über das dogmatische Verhältnis der Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I Satz 1 und § 434 I Satz 2 BGB Klarheit verschafft. Die in § 434 I Satz 2 BGB genannten Kriterien sind richtigerweise als gesetzlich typisierte Fälle einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung zu sehen.<sup>157</sup> Für eine Behandlung als aliud gegenüber der Beschaffenheitsvereinbarung des § 434 I Satz 1 BGB fehlt eine sachliche Begründung, da dies auf eine Wiederbelebung der überkommenen objektiven Fehlertheorie hinausläufe. Daher handelt es sich bei den Kriterien des § 434 I Satz 2 BGB um gesetzliche Vorgaben für die Bestimmung des objektiven Empfängerhorizonts, die die allgemeinen Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB weiter konkretisieren. Es handelt sich bei den Fällen des § 434 I Satz 2 BGB um konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen, deren Anknüpfungspunkte in den Erklärungen der Parteien vom Gesetzgeber näher bestimmt wurden. Für die Frage der konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung bezüglich der Abschlussangaben ist daher entscheidend, ob eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung auch möglich ist, wenn § 434 I Satz 2 BGB nicht eingreift. Nach allgemeiner Ansicht ist die Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I Satz 1 vorrangig, was sich aus dem Vorbehalt „soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist“ ergibt.<sup>158</sup> Die Parteien können auch Kriterien, die von § 434 I Satz 2 BGB abweichen, zur Sollbeschaffenheit erheben.<sup>159</sup> Daraus ergibt sich zwangsläufig, dass eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung bei dem Vorliegen konkret- individueller Anhaltspunkte im Verhalten der Parteien nach § 434 I Satz 1 BGB möglich ist, auch wenn die Kriterien aus dem Satz 2 nicht vorliegen.<sup>160</sup> Daher kann aus dem fehlenden Verwendungszweck von Unternehmen und dem damit verbundenen Nichteingreifen von § 434 I Satz 2 BGB nicht das Erfordernis einer ausdrücklichen Beschaffenheitsvereinbarung für § 434 I Satz 1 BGB hergeleitet werden.

Wie bereits festgestellt, erfüllt die Einsichtnahme in die Bilanzen die Anforderungen an eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 I Satz 1 BGB. Eine ausdrückliche Vereinbarung der Beschaffenheit ist beim Unternehmenskauf keine

---

<sup>156</sup> Diese Begründung übersieht *Larisch*, Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf (2004), 55 Fn. 245.

<sup>157</sup> *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 233, 234.

<sup>158</sup> *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 233, 234

<sup>159</sup> *Harm Peter Westermann*, NJW 2002, 241, 243.

<sup>160</sup> *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 233, 234.

zwingende Voraussetzung. Inhaltlich ist diese Beschaffenheitsvereinbarung dahingehend auszulegen, dass das Unternehmen keine anderen als die ausgewiesenen Passiva hat, die bei der Anwendung ordnungsgemäßer Buchführung zu entdecken waren. In welchem Stadium der Vertragsverhandlungen die Einsichtnahme stattfand oder ob dies im Rahmen einer financial due diligence geschah ist unerheblich, da die Vorlage einer Bilanz gegenüber dem Käufer allein der Voraussetzung des § 434 I Satz 1 BGB genügt.

#### *d) Due Diligence Report bei Buy-Side Due Diligence*

Bei einer Due Diligence kommt aufgrund der Menge an Informationen der Dokumentation eine entscheidende Rolle zu. Die Dokumentationshierarchie kann folgendermaßen strukturiert werden.<sup>161</sup> Grundlage für die Erstellung aller weiteren Berichte sind die Arbeitspapiere, die die Informationen formlos und unkomprimiert beinhalten. Zusammenfassende Berichte einzelner Teilreviews werden als Due Diligence Memoranden bezeichnet. Sie stehen zeitlich und inhaltlich zwischen den Arbeitspapieren und dem Abschlussbericht. Dieser Abschlussbericht wird als Due Diligence Kompendium oder due diligence report bezeichnet, wobei insgesamt die Terminologie der einzelnen Dokumentationsformen nicht einheitlich ist.<sup>162</sup> Im abschließenden due diligence report werden die von den durchführenden Personen gesammelten Daten und Empfehlungen zusammengefasst und die gesamte Vorgehensweise bei der Prüfung dokumentiert.

Auf Grundlage des weiten Beschaffenheitsbegriffs ist der Großteil der in diesen Papieren aufgeführten Informationen einer Beschaffenheitsvereinbarung zugänglich. Eine mögliche Beschaffenheitsvereinbarung ist nicht auf Unternehmenskennzahlen und Abschlussangaben beschränkt. So erkannte die Rechtsprechung den Stand der Betriebsgenehmigungen beziehungsweise das Stadium der bereits geführten Verfahren, die für Zuwendungsbescheide betreffenden Angaben und den Stand der geführten Rechtsstreitigkeiten als mögliche Beschaffenheit eines Unternehmens an.<sup>163</sup>

Das Erfordernis einer rechtsgeschäftlichen Einigung in § 434 BGB spricht gegen eine Festlegung der Beschaffenheit des Unternehmens in den Dokumentationspapieren. Arbeitspapiere und Memoranden dienen der Kommunikation innerhalb des Due Diligence Teams und sie werden dem Verkäufer nicht zugänglich gemacht. Der Empfänger des

---

<sup>161</sup> Terminologie nach: *Berens/Hoffjan/Strauch*, in: *Berens/Brauner/Strauch* (Hrsg.), *Due diligence bei Unternehmensakquisitionen*<sup>4</sup> (2005), 119, 161 ff.

<sup>162</sup> Vgl. *D. Beisel*, in: *Beisel/Klumpp*, *Der Unternehmenskauf*<sup>5</sup> (2006), 45 Rn. 46, der den Abschlussbericht als Due Diligence Memorandum bezeichnet.

<sup>163</sup> LG Berlin 1.2.2005 - 5 O 176/04 – juris Rn. 155.

abschließenden due diligence report ist die Käuferseite, die die Prüfung auch in Auftrag gegeben hat. Der Verkäufer hat keinen direkten Einfluss auf den Inhalt des Reports. Die konkludente Festlegung der Beschaffenheit des Unternehmens durch den due diligence report oder die anderen Papiere liefe darauf hinaus, dass die Käuferseite die Vertragsmäßigkeit der Sache einseitig festlegen könnte. Das ist mit § 434 I BGB nicht zu vereinbaren.<sup>164</sup> Bezüglich der Basisdaten hat der Verkäufer beziehungsweise das Zielunternehmen einen mittelbaren Einfluss auf den Report, da es die erforderlichen Daten bereitstellen muss. Auf die Erfassung und Schlussfolgerungen in dem Abschlussbericht hat die Verkäuferseite aber keinen Einfluss. Daher kann möglicherweise bei der Bereitstellung der Daten durch das Zielunternehmen für eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung angesetzt werden, nicht aber bei der Dokumentation der Prüfung. Den Parteien steht es jedoch frei, Teile oder aber den gesamten Report zum Inhalt einer ausdrücklichen Beschaffenheitsvereinbarung zu machen. Dies setzt selbstverständlich voraus, dass der Report beiden Seiten zugänglich ist und sie sich geeinigt haben.

#### *e) Due Diligence Report bei Vendor-Side Due Diligence*

Anders gelagert ist der Fall, wenn der Verkäufer eine Due Diligence Prüfung durchführt und die Ergebnisse in Form des due diligence report dem Käufer zugänglich macht. Hier ist die Parallele zu der Einsichtnahme in die Bilanzen zu ziehen. Für eine Beschaffenheitsvereinbarung reichen nicht die nur einseitigen Erwartungen des Erwerbers aus. Die erforderliche Verbindlichkeit der Angaben des Verkäufers ergibt sich daraus, dass die Ergebnisse der Due Diligence erkennbar den Vertragszweck und den Kaufpreis beeinflussen, da das mit die Hauptfunktionen<sup>165</sup> dieser Prüfung sind. Wenn daher der Verkäufer im Rahmen der Vertragsverhandlungen dem Käufer die Ergebnisse seiner verkäuferseitigen Due Diligence oder Teile davon zugänglich macht, so ist darin eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 I Satz 1 BGB zu sehen.

#### *f) Bereitstellung der Unterlagen im Data Room*

Die Auflistung der Ergebnisse und Schlussfolgerungen einer Due Diligence im Abschlussbericht sind wie gezeigt nicht als konkludente Beschaffenheitsvereinbarung zu deuten. Als vorgelagerter Anknüpfungspunkt für eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung kommt aber möglicherweise die Bereitstellung der Dokumente in dem Data Room

---

<sup>164</sup> Vgl. Looschelders, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis (2003), 395, 400.

<sup>165</sup> Siehe S.10 [§ 1 II.].

durch den Verkäufer in Betracht. In dem Datenraum legt der Verkäufer diejenigen Unterlagen aus, in die er Einsicht gewährt. Dabei handelt es sich um Dokumente, die die Beschaffenheit des Unternehmens konkretisieren können.

Würde man die konkludente Beschaffenheitsvereinbarung auf alle in dem Datenraum befindlichen Dokumente ausdehnen, so stellte sich wie im Falle des due diligence report das Problem der einseitigen Festlegung der Vertragsmäßigkeit des Unternehmens. Der Verkäufer könnte einseitig die Beschaffenheit festlegen, indem er die betreffenden Dokumente in dem Datenraum auslegt. Daher kann der generelle, käuferseitige Wunsch nach einer Due Diligence und das Auslegen von Unterlagen im Datenraum nicht die Erfordernisse einer Beschaffenheitsvereinbarung erfüllen.

Etwas anderes muss aber gelten, wenn der Käufer bestimmte Dokumente, meist auf Grundlage der Due Diligence Checklist, anfordert und der Verkäufer diesem Wunsch nachkommt. Mit der Anforderung der Dokumente zeigt der Verkäufer, dass er bestimmte Eigenschaften des Unternehmens als für den Vertragsschluss und die Preisgestaltung erheblich erachtet. Indem der Verkäufer die geforderten Dokumente im Datenraum bereitstellt, macht er verbindliche Angaben bezüglich dieser Eigenschaften. Die Behauptung,<sup>166</sup> dass der Verkäufer aufgrund der Vielzahl von Angaben nicht weiß, welche Daten der Käufer für wichtig hält und seine Kaufentscheidung abhängig macht, ist bei der gängigen Anforderungen von Dokumenten durch den Käufer bei einer Due Diligence schlicht unzutreffend. Der Käufer macht durch die Anforderung der entsprechenden Unterlagen gerade deutlich, welche Eigenschaften des Unternehmens für den Kaufentschluss oder die Preisbildung für ihn ausschlaggebend sind. Aus der Komplexität eines Unternehmens abzuleiten,<sup>167</sup> dass nur bestimmte, wichtige Beschaffenheitsmerkmale in den Schutz vertraglicher Gewährleistung gelangen, ist verfehlt: Die Parteien allein entscheiden, welche Eigenschaften Teil einer Beschaffenheitsvereinbarung werden sollen und mit der Anforderung der entsprechenden Dokumente durch den Käufer werden diese auch deutlich bezeichnet. Eine ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung oder ein wie immer gearteter Einstands- oder Gewährwillen des Verkäufers ist im Gegensatz zu der

---

<sup>166</sup> *Barnert*, WM 2003, 416, 423, der ohne entsprechende Kennzeichnung die Ausführungen von *Hiddemann*, ZGR 1982, 435, 445 bezüglich der Abgrenzung zur zusicherungsfähigen Eigenschaft des § 459 II BGB a. F. für die Beschaffenheitsvereinbarung wörtlich übernimmt; *Jagersberger*, Die Haftung des Verkäufers beim Unternehmens- und Anteilskauf (2006), 164 übernimmt diese Argumentation.

<sup>167</sup> *Barnert*, WM 2003, 416, 423.

zugesicherten Eigenschaft des § 459 II BGB a. F. nicht erforderlich.<sup>168</sup> In der käuferseitigen Anforderung von bestimmten Dokumenten im Rahmen einer Due Diligence und der Bereitstellung zur Einsichtnahme dieser durch den Verkäufer muss daher eine konkludente Vereinbarung der diesbezüglichen Beschaffenheit des Unternehmens gesehen werden. Werden weitere, nicht angeforderte Dokumente in dem Datenraum ausgelegt, so kann sich die Beschaffenheitsvereinbarung nicht auf die darin enthaltenen Eigenschaften beziehen. Es fehlt an der erforderlichen Vereinbarung.

#### *g) Beschaffenheitsvereinbarung durch eine Due Diligence*

Im Gegensatz zu den wenigen, bisherigen Äußerungen hat die Due Diligence Einfluss auf die vereinbarte Beschaffenheit des Unternehmens. Entscheidend ist die Beschaffenheitsvereinbarung des § 434 I BGB, welche als mittlere Stufe zwischen der unverbindlichen Anpreisung und der zugesicherten Eigenschaft des § 459 II BGB a. F., der jetzigen Garantie, liegt. Auf Grundlage der subjektiven Fehlertheorie war eine solche Beschaffenheitsvereinbarung auch unter der alten Rechtslage möglich, sie besaß jedoch nicht die Relevanz wie im neuen Schuldrecht.

Richtigerweise wurde im alten Recht die Einsichtnahme in die Bilanzen von einigen Autoren schon als eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung gewertet. Mit dem weiten Beschaffenheitsbegriff müssen unternehmerische Kennzahlen als Eigenschaften des Unternehmens angesehen werden. Nimmt der Käufer Einsicht in die Bilanzen, so legt er erkennbar diese seinem Kaufentschluss und der Preisbildung zugrunde; der Verkäufer macht daher verbindliche Angaben über die Beschaffenheit des Unternehmens. Es handelt sich daher um eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung. Die Einsichtnahme in die Bilanzen ist ein Kernstück der financial due diligence. Wenn die Vorlage der Bilanzen während einer solchen erfolgt, so muss auch darin eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung gesehen werden. Daher ist es inkonsequent, falls man einerseits die Einsichtnahme in Bilanzen als Beschaffenheitsvereinbarung wertet,<sup>169</sup> andererseits der Due Diligence jeglichen Einfluss auf die Vereinbarung der Beschaffenheit des Unternehmens abspricht.<sup>170</sup>

Wegen des weiten Beschaffenheitsbegriffs können neben den Bilanzzahlen weitere Daten Teil einer Beschaffenheitsvereinbarung werden. Diese Daten sind meist auch Teil

---

<sup>168</sup> Entgegen *Barnert*, WM 2003, 416, 423; *Jagersberger*, Die Haftung des Verkäufers beim Unternehmens- und Anteilskauf (2006), 164.

<sup>169</sup> MünchKomm BGB<sup>4</sup>/*Westermann*, (Fn. 18), § 453 BGB Rn. 31.

<sup>170</sup> *Harm Peter Westermann*, ZHR 169 (2005), 248, 251 f.



der Due Diligence. Entscheidend ist hierbei das Kriterium der Vereinbarung, da die einseitige Festlegung der Beschaffenheit durch eine Vertragspartei unzulässig ist. Daher scheidet eine Beschaffenheitsvereinbarung durch den due diligence report oder den generellen, käuferseitigen Wunsch nach einer Due Diligence und das Auslegen von Dokumenten im Datenraum aus. Werden jedoch wie üblich bestimmte Dokumente im Rahmen einer Due Diligence angefordert und der Verkäufer kommt diesem Ansinnen nach, so ist darin eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung über die entsprechende Eigenschaft des Unternehmens zu sehen. Dieser Ansatz führt konsequent die Überlegungen<sup>171</sup> zu Ende, nach denen die Due Diligence unabdingbar für die Vereinbarung einer Beschaffenheit des Unternehmens ist. Eine ausdrückliche Vereinbarung der Beschaffenheit ist nicht notwendig. Redliche Parteien vereinbaren keine von den Ergebnissen der Due Diligence abweichende Beschaffenheit, wobei eine abweichende ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung in den meisten Fällen an § 442 I BGB scheitern würde. Selbstverständlich steht es den Parteien jedoch frei, mittels Garantien abweichende Vereinbarungen zu treffen.

### *5. Kenntnis von Unternehmensmängeln*

Der Einfluss der Due Diligence auf die Gewährleistungsansprüche des Käufers wurde im Schrifttum am häufigsten diskutiert. Im Mittelpunkt der Diskussion steht dabei der § 442 BGB, welcher im Aussagegehalt dem § 460 BGB a. F. entspricht. Bei der Due Diligence tritt folgende Streitfrage auf: Kann der Käufer durch eine Due Diligence Kenntnis von Mängeln iSd. § 442 BGB erhalten und wie wirkt sich die Einschaltung von Hilfspersonen aus?

#### *a) Kenntnis durch Due Diligence*

Gewährleistungsansprüche des Käufers scheiden nach § 442 I Satz 1 BGB aus, falls er Kenntnis von dem Mangel hatte. Praktische Relevanz kann diese Vorschrift erlangen, wenn eine Beschaffenheit des Unternehmens ausdrücklich vereinbart wurde, diese jedoch nicht den tatsächlichen Begebenheiten entspricht. Aus diesen Beschaffenheitsvereinbarungen kann der Käufer möglicherweise keine Gewährleistungsansprüche geltend

---

<sup>171</sup> Böttcher, Verpflichtung des Vorstands einer Aktiengesellschaft zur Durchführung einer Due Diligence beim Beteiligungserwerb (2004), 121.

machen, wenn er im Rahmen einer Due Diligence Kenntnis von der entsprechenden Beschaffenheit erlangt hat.<sup>172</sup>

Die ratio legis des § 442 BGB ist wie die der Vorgängernorm § 460 BGB a. F. umstritten. Grundsätzlich lassen sich zwei Ansätze unterscheiden. Nach der herkömmlichen Deutung berührt<sup>173</sup> beziehungsweise ist die Regelung des § 442 BGB eine Ausprägung des Verbots des venire contra factum proprium:<sup>174</sup> Wer eine Sache in Kenntnis der Mangelhaftigkeit kauft, erweckt den Eindruck, dass er auf die Mangelfreiheit der Sache keinen Wert legt. An diesem von ihm hervorgerufenen Tatbestand muss er sich festhalten lassen. Dieser Überlegung nahe stehend ist der Hinweis auf die mangelnde Schutzbedürftigkeit des Käufers. Wer den Kauf trotz der erkannten Mängel gewollt hat, wird in seinen Erwartungen nicht enttäuscht und bedarf nicht des Schutzes durch das Gewährleistungsrecht.<sup>175</sup> In diese Richtung geht auch die Deutung des Gewährleistungsausschluss des § 442 BGB als Folge eines Verzichts.<sup>176</sup> Nach einer weiteren Lehrmeinung ist die Regelung des § 442 eine Sanktion für verkehrswidriges Verhalten: Im Verkehr gelte die Regel, dass jeder aufpassen soll; es bestünde die Pflicht, die Augen offen zu halten.<sup>177</sup> So gesehen stellt § 442 einen Restbestand des caveat emptor Grundsatz im deutschen Recht dar,<sup>178</sup> welcher im Übrigen dem gemeinen deutschen Recht nicht fremd war.<sup>179</sup>

An dieser Interpretation ist unter dem ökonomischen Aspekt Kritik geübt worden. Danach dienen die gesetzlichen Gewährleistungsausschlüsse der Vermeidung unnötiger Kosten und Risiken.<sup>180</sup> Das Gesetz soll den Parteien Anreize zur effizienten Gestaltung ihrer Austauschbeziehungen geben. Dem Käufer, der den Mangel kannte oder kennen musste, ist es zumutbar, seine Interessen schon bei den Vertragsverhandlungen wahr zu nehmen.<sup>181</sup> Ergänzend ist noch die Äquivalenzbewertung anzuführen: Dem Käufer soll es

---

<sup>172</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung LG Berlin 1.2.2005 - 5 O 176/04 – juris Rn. 163, wo diese Problematik behandelt wurde.

<sup>173</sup> So MünchKomm BGB<sup>4</sup>/Westermann, (Fn. 18), § 442 BGB Rn. 1.

<sup>174</sup> Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, §§ 433-487 BGB (2004) § 442 Rn. 1.

<sup>175</sup> BGH 3.3.1989, NJW 1989, 2050.

<sup>176</sup> BGB-RGRK/Mezger, BGB, II 2: §§ 414-610 BGB<sup>12</sup> (1978) 460 Rn. 1; Soergel<sup>12</sup>/Huber, (Fn. 22), § 460 BGB Rn. 3.

<sup>177</sup> Mugdan, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band: Recht der Schuldverhältnisse (Berlin 1899), 125 Rn. 226.

<sup>178</sup> Fleischer/Körper, BB 2001, 841, 844.

<sup>179</sup> Siehe S. 8 [§ 1 I. 4]; vgl. auch RG 15.11.1907, RGZ 67, 86, 88.

<sup>180</sup> Köhler, JZ 1989, 761; zustimmend: Bamberger/Roth/Faust<sup>2</sup>, (Fn. 107), § 442 BGB Rn. 2.

<sup>181</sup> Köhler, JZ 1989, 761, 763.

verwehrt sein, den bereits im ursprünglichen Kaufpreis durch einen Preisnachlass berücksichtigten Mangel mittels der Minderung erneut in Ansatz zu bringen.<sup>182</sup>

Beide Sichtweisen lenken den Blick auf eine Aufgabe des § 442 und schließen sich nicht per se aus. Während die erstgenannte Sichtweise mit dem Gedanken des Selbstwiderspruchs Gerechtigkeitselemente enthält, macht die andere auf die übergeordneten Zusammenhänge des Geschäftsverkehrs aufmerksam.<sup>183</sup> Beide Begründungslinien sind bei der Bestimmung der äußeren Grenzen des Gewährleistungsausschlusses, insbesondere im Hinblick auf den Begriff der groben Fahrlässigkeit in § 442 II BGB, hilfreich.

Nach allgemeiner Ansicht ist es unerheblich, auf welche Weise der Erwerber Kenntnis von dem Mangel erlangt. Daher ist es ohne Belang, wie der Erwerber Kenntnis erlangte, ob durch Information Dritter, des Verkäufers oder aber durch eine Due Diligence.<sup>184</sup> Im Hinblick auf § 442 wird daher behauptet, dass die Durchführung einer Due Diligence rechtliche Nachteile für den Käufer mit sich bringen kann.<sup>185</sup> Diese Behauptung ist aber nur formal richtig, bei näherer Betrachtung relativiert sich dieser Befund, was von den Urhebern dieser Behauptung auch zugegeben wird.<sup>186</sup> Der Befund wird einmal damit eingeschränkt, dass nicht nur die Kenntnis der den Mangel begründenden Umstände für § 442 I BGB ausreicht, sondern dass der Käufer die sich aus den Umständen ergebende Wert- bzw. Brauchbarkeitsminderung und den daraus resultierenden Mangel erkannt haben muss.<sup>187</sup> Dieses Argument ist für den Unternehmenskauf aber nicht zutreffend, da aufgrund der fehlenden Standardbeschaffenheit sich ein Mangel nur aus einer Beschaffenheitsvereinbarung ergeben kann. Daher kann nicht die Wert- oder Brauchbarkeitsminderung entscheidend sein, sondern der Käufer muss Kenntnis von der Diskrepanz zwischen Beschaffenheitsvereinbarung und tatsächlicher Beschaffenheit des Unternehmens haben. Hat der Erwerber davon Kenntnis, so ist auch ein Haftungsausschluss gerechtfertigt: Der Käufer verhält sich widersprüchlich, wenn er trotz besseren Wissens eine vom Ist-Zustand abweichende Beschaffenheit vereinbart. Selbstverständlich steht es jedoch dem Erwerber frei, mittels Garantien eine abweichende

---

<sup>182</sup> *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht (2001), 477 f.

<sup>183</sup> *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht (2001), 474.

<sup>184</sup> *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 847.

<sup>185</sup> Für den § 460 BGB a. F.: *Loges*, DB 1997, 965, 968; *Merkt*, WiB 1996, 145, 148.

<sup>186</sup> *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 847.

<sup>187</sup> *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 847; ähnlich *Fritzen*, Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform (2004) 184; auf Gebrauchstauglichkeit und Beschaffenheitsvereinbarung abstellend: *Harm Peter Westermann*, ZHR 169 (2005), 248, 259.

Beschaffenheit des Unternehmens zu vereinbaren. Dann müssen aber auch die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Garantiezusage erfüllt sein.

Tatsächlich hat der Käufer aber Vorteile von einer durchgeführten Due Diligence, die einen Gewährleistungsausschluss nach § 442 I Satz 1 BGB rechtfertigen. Weiß der Käufer von der Unvereinbarkeit der Sache und der Beschaffenheitsvereinbarung, so ist ihm zuzumuten, dieses Wissen in die Verhandlungen einfließen zu lassen und den Kaufpreis entsprechend zu gestalten. Das entspricht auch der Praxis bei Unternehmenskäufen, da der Kaufpreis in 67,4% der Fälle nach einer Due Diligence gemindert wurde.<sup>188</sup> Die Preisfindung ist eine Hauptfunktion der Due Diligence, so dass es widersprüchlich und mit der ratio des § 442 BGB unvereinbar wäre, würde man die durch eine Due Diligence erlangte Kenntnis des Käufers im Rahmen des § 442 BGB nicht berücksichtigen. Eine teleologische Einschränkung des § 442 BGB für die Kenntniserlangung durch eine Due Diligence wird daher auch nicht vertreten.<sup>189</sup>

#### *b) Wissenszurechnung*

Bei Unternehmenskäufen wirken im Rahmen einer Due Diligence eine Vielzahl von Personen, sowohl auf der Käufer- wie auch auf der Verkäuferseite, mit. Im Zusammenhang mit § 442 BGB stellt sich die Frage, ob der Käufer sich das Wissen von weiteren Personen, wie externen Beratern oder anderen Hilfspersonen, zurechnen lassen muss.

Zweifellos muss sich der Erwerber das Wissen seiner gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertreter gemäß § 166 I BGB zurechnen lassen und zwar ohne Rücksicht auf die Kenntnisse der unmittelbar handelnden Personen.<sup>190</sup> Möglicherweise muss sich der Käufer aber die Kenntnis weiterer beteiligter Personen zurechnen lassen.

#### *aa) Wissenszurechnung über § 278 BGB*

Eine Einzelmeinung im Schrifttum möchte das Kennen oder Kennenmüssen von Hilfspersonen und insbesondere von Beratern und leitenden Angestellten über § 278 BGB dem Käufer zurechnen.<sup>191</sup> Als Nachweis für diese These wird eine Entscheidung des

---

<sup>188</sup> *Berens/Strauch*, Wpg 2002, 511, 522.

<sup>189</sup> Vgl. *Eggenberger*, Gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen und Folgen einer due-diligence Prüfung (2001), 265 ff.; *Fritzen*, Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform (2004), 183 ff.

<sup>190</sup> *Semler*, in: *Hölters* (Hrsg.), Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs<sup>6</sup> (2005), 670 Rn. 34; *Palandt*<sup>67</sup>/*Heinrichs*, (Fn. 17), § 166 BGB Rn. 4; BGH 28.1.2000, NJW 2000, 1405, 1406.

<sup>191</sup> *Merkt*, BB 1995, 1041, 1047; *ders.* WiB 1996, 145, 150; *ders.*, Internationaler Unternehmenskauf (2002), 178 Rn. 534.

BGHs angeführt, die aber in der angegebenen Fundstelle<sup>192</sup> nicht abgedruckt ist. Der Unternehmenskäufer erfüllt keine Verbindlichkeit gegenüber dem Verkäufer indem er eine Due Diligence durchführt.<sup>193</sup> Die Voraussetzungen des § 278 BGB liegen daher nicht vor. Selbst wenn man eine Verkehrssitte der Due Diligence im Rahmen des § 442 I Satz 2 BGB annähme, führte dies nicht zu einer Zurechnung der Kenntnis bestimmter Umstände nach § 278 BGB.<sup>194</sup> Besteht eine Obliegenheit zur Prüfung des Unternehmens in Form einer Verkehrssitte, so könnte man möglicherweise die Nichtvornahme der Due Diligence durch Hilfspersonen dem Käufer gemäß § 278 BGB zurechnen.<sup>195</sup> Für die Frage, ob von Hilfspersonen erlangtes Wissen dem Erwerber bei § 442 I Satz 1 BGB zuzurechnen ist, ist § 278 BGB aber nicht einschlägig. Daran ändert sich auch nichts, wenn man im Falle des § 442 I Satz 2 BGB von einer „Obliegenheit des Käufers“ spricht;<sup>196</sup> denn § 166 I bestimmt, dass, falls bei Vertragsabschluss bestimmte Obliegenheiten bestehen, das Verhalten des Vertreters maßgeblich ist.<sup>197</sup> § 278 BGB hat die Zurechnung von Verschulden und nicht von Wissen zum Inhalt.<sup>198</sup> Die Anwendung des § 278 BGB ist mit der Regel des § 166 I BGB, dem Sinn des § 442 BGB und den praktischen Erfordernissen unvereinbar.<sup>199</sup>

#### *bb) Wissenszurechnung über § 166 BGB*

Die Rechtsprechung und die Literatur<sup>200</sup> gehen davon aus, dass in § 166 I BGB der allgemeine Rechtsgedanke der Wissensvertretung oder der Wissenszurechnung zum Ausdruck kommt. Derjenige, der einem anderen die Erledigung bestimmter Angelegenheiten in eigener Verantwortung übertrage, müsse sich das Wissen dieser

---

<sup>192</sup> Merkt gibt in BB 1995, 1041, 1047 und WiB 1996, 145, 150 die Fundstelle WPg 1954, 51 an. In Merkt, Internationaler Unternehmenskauf (2002) 178 Rn. 534 fehlt der Hinweis auf diese Fundstelle; das Urteil wird auch zitiert von Angersbach, Verpflichtung des Vorstands einer Aktiengesellschaft zur Durchführung einer Due Diligence beim Beteiligungserwerb (2005), 137; Böttcher, Verpflichtung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft zur Durchführung einer Due Diligence beim Beteiligungserwerb (2005), 139.

<sup>193</sup> Angersbach, Verpflichtung des Vorstands einer Aktiengesellschaft zur Durchführung einer Due Diligence beim Beteiligungserwerb (2005), 139.

<sup>194</sup> Insoweit ungenau: Goldschmidt, ZIP 2005, 130, 1306 in Fn. 6.

<sup>195</sup> Vorausgesetzt man wendet § 278 auf Obliegenheiten an: vgl. Staudinger/Löwisch, BGB, II: 255-304 BGB (2004) § 278 Rn. 42 ff.

<sup>196</sup> Soergel/Ballerstedt, BGB, II: §§ 241-610 BGB<sup>10</sup> (1967) § 460 Rn. 3.

<sup>197</sup> Soergel<sup>12</sup>/Huber, (Fn. 22), § 460 BGB Rn. 8.

<sup>198</sup> Dauner-Lieb, FS Kraft (1998), 43, 49.

<sup>199</sup> Soergel<sup>12</sup>/Huber, (Fn. 22), § 460 BGB Rn. 8.

<sup>200</sup> Richardi, AcP 169 (1969), 385, 401; Waltermann, AcP 192 (1992), 181, 198 ff.; Tintelnot, JZ 1987, 795, 796; Koller, JZ 1998, 75.

Hilfsperson zurechnen lassen und zwar unabhängig von einem Vertretungsverhältnis.<sup>201</sup> Für die vorliegende Arbeit ist die Fragestellung dahingehend zu konkretisieren, wann das Wissen von Hilfspersonen auf den Geschäftsherrn projiziert werden darf, wenn das Wissen des Geschäftsherrn ohne Rücksicht auf dessen Verhalten Rechtsfolgen auslöst; bei § 442 I Satz 1 BGB den Verlust der Gewährleistungsrechte. Die Wissenszurechnung für diese Fälle wird in der Literatur mit den Argumenten der „Gleichstellung von Einzelpersonen und arbeitsteiligen Organisationen“, „Schutz vor unzumutbarer Wissensaufspaltung“ und „Vertrauensschutz“ begründet.<sup>202</sup> Diese Argumente stützen den allgemeinen Rechtsgedanken der Wissenszurechnung, fraglich ist nur die Tragweite dieses Rechtsgedankens. Dabei lässt sich die Zurechnung nicht mit logisch-begrifflicher Stringenz vornehmen, sondern lässt sich nur in wertender Beurteilung entscheiden.<sup>203</sup> Anders formuliert: Welche Voraussetzungen muss ein Wissensvertreter des Käufers für § 442 BGB haben? Welches von Hilfspersonen im Zusammenhang mit einer Due Diligence erworbene Wissen muss sich der Erwerber zurechnen lassen?

### *cc) Wissensvertreter*

Einmal wird darauf abgestellt, dass der Dritte als „eigenverantwortlicher Wissensempfangsvertreter“ auftritt.<sup>204</sup> Diese Figur wird auf eine Formulierung des BGH gestützt, nach der derjenige Wissensvertreter ist, der nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn dazu berufen ist, als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und die dabei angefallenen Informationen zur Kenntnis zu nehmen und gegebenenfalls weiterzuleiten.<sup>205</sup> Diese Definition stammt aus einem Urteil, das die Wissenszurechnung beim Verkäufer betraf, es soll aber auch für die Wissenszurechnung auf der Käuferseite einschlägig sein.<sup>206</sup> Danach soll eine Wissenszurechnung für interne Berater abzulehnen sein, während bei der vollständig von externen Experten durchgeführten Due Diligence deren Wissen zugerechnet werden soll. Kritik wird an dieser Auffassung dahingehend geübt, dass die Figur des Wissensempfangsvertreters keine klare Abgrenzung erlaube.<sup>207</sup> Daher empfiehlt ein Vertreter dieser Ansicht die Klarstellung der Rollen der beteiligten Personen bei Beginn der Due

---

<sup>201</sup> BGH 25.03.1982, BGHZ 83, 293, 296.

<sup>202</sup> Zusammenfassend und mit kritischer Würdigung: *Koller*, JZ 1998, 75, 77 ff.

<sup>203</sup> BGH 8.12.1989, BGHZ 109, 327, 331; auf die einzelnen Wissensnormen abstellend: *Koller*, JZ 75, 81.

<sup>204</sup> *Weitnauer*, NJW 2002, 2511, 2516.

<sup>205</sup> BGH 24.1.1992, BGHZ 117, 104, 106 f.; vgl. die Formulierung bei *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 847.

<sup>206</sup> *Semler*, in: *Hölters* (Hrsg.), Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs<sup>6</sup> (2005), 670 Rn. 34.

<sup>207</sup> *Goldschmidt*, ZIP 2005, 1305, 1306.

Diligence Prüfung und darüber hinaus in dem Unternehmenskaufvertrag.<sup>208</sup> Dies läuft aber im Ergebnis auf eine rechtsgeschäftliche „Erteilung“ von Wissensvollmacht hinaus.

Ein anderer Ansatz nimmt die Einordnung von Hilfspersonen als Wissensvertreter stark einzelfallbezogen vor. Ausgehend von der Definition des BGH, soll sich der Käufer das Wissen derjenigen Hilfspersonen zurechnen lassen, die für ihn in einer gewissen Weise in hervorgehobener Funktion tätig sind, also jedenfalls nicht lediglich in ganz untergeordneten Rollen mit bloß mechanischen Tätigkeiten befasst sind.<sup>209</sup> Die Zurechnung wird dahingehend begründet, dass derjenige, der im Interesse des Kaufinteressenten an einer Due Diligence mitwirkt gerade die Aufgabe hat, für den Auftraggeber Wissen zu beschaffen. Diese Meinung wird insofern eingeschränkt, als dass Wissen, das nicht zu dem von der Hilfsperson zu prüfenden Bereich gehört und von ihr nur zufällig zu Kenntnis genommen wird, grundsätzlich nicht zugerechnet werden kann. Eine Zurechnung dieses Wissens wird nur vorgenommen, wenn nach den Umständen zu erwarten ist, dass die Hilfsperson dieses Wissen an den Auftraggeber weiterleitet.<sup>210</sup> Dies sei beispielsweise bei einem mit der Durchführung einer Due Diligence beauftragten Rechtsanwalt oder Wirtschaftsprüfer aufgrund der umfassenden Interessenwahrnehmungspflicht in der Regel zu erwarten. Auch diesem Lösungsvorschlag wird Vagheit und zu große Interpretationsbedürftigkeit vorgeworfen.<sup>211</sup>

#### *dd) Prinzip der Wissensverantwortung*

Eine weitere Meinung stellt ein Urteil des BGHs<sup>212</sup> in den Mittelpunkt der Betrachtung, wonach die Wissenszurechnung ihre Begründung in der Pflicht zur ordnungsgemäßen Organisation der gesellschaftsinternen Kommunikation hat.<sup>213</sup> Die Wissenszurechnung gründet sich im Gedanken des Verkehrsschutzes. Es käme nicht auf die eigenverantwortliche Erledigung bestimmter Aufgaben an, sondern auf die Verfügbarkeit derjenigen Informationen, die „typischerweise aktenmäßig festgehalten werden“.<sup>214</sup> Mit diesem Prinzip der Wissensverantwortung bewirkt man eine Gleichstellung von

---

<sup>208</sup> *Weitmayer*, NJW 2002, 2511, 2516.

<sup>209</sup> *Semler*, in: *Hölter*s (Hrsg.), Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs<sup>6</sup> (2005), 670 Rn. 35.

<sup>210</sup> *Semler*, in: *Hölter*s (Hrsg.), Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs<sup>6</sup> (2005), 670 Rn. 35.

<sup>211</sup> *Goldschmidt*, ZIP 2005, 1305, 1308.

<sup>212</sup> BGH 02.02.1996, BGHZ 132, 30-39.

<sup>213</sup> *Angersbach*, Verpflichtung des Vorstands einer Aktiengesellschaft zur Durchführung einer Due Diligence beim Beteiligungserwerb (2005), 137; *H.-H. Klumpp*, in: *Beisel/Klumpp*, Der Unternehmenskauf<sup>5</sup> (2006), 359 Rn. 120.

<sup>214</sup> BGH 2.2.1996, BGHZ 132, 30, 35 ff.; mit Berufung auf *Bohrer*, DNotZ 1991, 124, 129 f.

verfügbarem Wissen und aktuellem Wissen und das nicht nur bei Subjekten, die in Form der juristischen Person organisiert sind, sondern bei allen Subjekten, die als solche an Rechtsvorgängen beteiligt sind, die auf das Tatbestandsmerkmal „Kenntnis“ abstellen.<sup>215</sup> Danach soll bei der Due Diligence dem Käufer das Wissen zugerechnet werden, das „bei sachgerechter Organisation dokumentiert und verfügbar ist und das zu nutzen ein konkreter Anlass besteht.“<sup>216</sup> Bei der Art der Informationen wird eine Beschränkung dahingehend vorgenommen, als dass die Informationen bewusst und zu Zwecken des Unternehmenskaufs aufgenommen wurden.<sup>217</sup>

An diesen Voraussetzungen einer Wissenszurechnung ist das Merkmal „bei sachgerechter Organisation“ problematisch. Diese Voraussetzung erlaubt es, auch nicht gespeichertes beziehungsweise erfasstes Wissen zuzurechnen. § 442 I Satz 1 BGB stellt aber auf Kenntnis ab. Eine Zurechnung von bloß hypothetischem Wissen verbietet sich daher.<sup>218</sup> Daher können die Voraussetzungen, die *Angersbach* für eine Wissenszurechnung auf Grundlage des Prinzips der Wissensverantwortung aufgestellt hat, zu keinem befriedigenden Ergebnis führen.

Gegen die Zurechnung des Wissens von externen Beratern aufgrund des Verkehrsschutzes und der daran geknüpften Pflicht zur ordnungsgemäßen Organisation der gesellschaftsinternen Kommunikation wird eingewandt, dass diese Pflicht für arbeitsteilige Abläufe innerhalb eines Unternehmens oder einer Organisation entwickelt wurde. Eine Übertragung auf rechtlich und organisatorisch selbstständige Dritte – wie ein externer Berater – sei nicht möglich.<sup>219</sup> Die dafür angeführten Nachweise aus der Rechtsprechung und der Kommentarliteratur können diese Behauptung nicht stützen.<sup>220</sup> Die Prämisse, dass die bei der Durchführung einer Due Diligence beteiligten externen Berater einem rechtlich und organisatorisch selbständigen Dritten gleichzustellen sind, ist unzutreffend. Die externen Berater werden bei der Due Diligence gerade vom Käufer dazu eingesetzt, um an Stelle des Käufers Informationen zu sammeln und in Empfang zu

---

<sup>215</sup> *Bohrer*, DNotZ 1991, 124, 130.

<sup>216</sup> *Angersbach*, Verpflichtung des Vorstands einer Aktiengesellschaft zur Durchführung einer Due Diligence beim Beteiligungserwerb (2005), 137, der dann aber doch wieder auf den Wissensvertreter abstellt.

<sup>217</sup> *Angersbach*, Verpflichtung des Vorstands einer Aktiengesellschaft zur Durchführung einer Due Diligence beim Beteiligungserwerb (2005), 137.

<sup>218</sup> Münchener Kommentar zum BGB/*Schramm*, I/1: §§ 1-240 BGB<sup>5</sup> (2006) § 166 Rn. 30; *Staudinger/Schilken*, BGB, §§ 164-240 BGB (2004), § 166 BGB Rn. 6.

<sup>219</sup> *Goldschmidt*, ZIP 2005, 1305, 1311.

<sup>220</sup> *Goldschmidt* führt in ZIP 2005, 1305, 1311 Fn. 47 die BGH-Entscheidung BGH 22.11.1996, NJW-RR 1997, 270 und Münchener Kommentar zum BGB/*Schramm*, I: §§ 1-240 BGB<sup>3</sup> (1993) § 166 Rn. 32 an. Die Kommentarstelle beschäftigt sich aber mit der Anwendung des Rechtsgedankens aus § 166 I BGB auf den Besitzerwerb durch den Besitztzeiner im Rahmen des § 990 BGB. Die unterstellte Aussage *Schramms* findet sich auch nicht in der restlichen Kommentierung zu § 166 BGB.



nehmen.<sup>221</sup> Die externen Berater treten gegenüber dem Verkäufer als Repräsentanten des Käufers auf, so dass sich keine Parallele zu dem Sachverhalt des erwähnten BGH-Urteils<sup>222</sup> ziehen lässt. Daher bleiben das Argument des Verkehrsschutzes, ausgeprägt in der Pflicht zur ordnungsgemäßen Kommunikation und das Gleichstellungsargument die richtigen Ausgangspunkte zur Lösung der bei Wissensaufspaltung auftretenden Probleme.<sup>223</sup> Die Nachteile einer wertenden Gesamtbetrachtung sind aufgrund der hohen und gewünschten Flexibilität in Kauf zu nehmen.

#### *ee) Normbezogene Ansätze*

Autoren<sup>224</sup>, die den hergebrachten, allgemeinen Begründungsansätzen kritisch gegenüber stehen, versuchen an den Wertungen der entsprechenden Wissensnormen orientierte Grundsätze herauszuarbeiten.

Einmal wird die ratio legis des § 442 I BGB in der Wahrung der subjektiven Äquivalenz gesehen und daraus geschlossen, dass der in Kenntnis des Mangels kaufende Käufer nicht schutzwürdig sei. Dieser Käufer könne sich wirksam vor dem Erwerb der mangelhaften Sache schützen.<sup>225</sup> Aus dem so verstandenen Zweck leitet man ab, dass alleine die Kenntnis von Verhandlungs- und Abschlussvertretern, also Personen die den Vertragsinhalt oder Vertragsabschluss beeinflussen können, dem Käufer zugerechnet werden können.<sup>226</sup> Das Wissen von Mitarbeitern oder Beratern, die nicht über das „Ob“ oder „Wie“ des Vertrages entscheiden, darf nach dieser Ansicht dem Käufer nicht zugerechnet werden, da dieser aufgrund der fehlenden tatsächlichen Kenntnis weiterhin den Schutz der gesetzlichen Gewährleistungsregeln bräuchte.<sup>227</sup> Eine weitergehende Wissenszurechnung würde gegen den Gedanken der Gleichstellung des arbeitsteilig Handelnden mit einer Einzelperson verstoßen und auch nicht die gesetzlichen Beschränkungen des § 442 I BGB berücksichtigen.<sup>228</sup> Die Beschränkung des § 442 I BGB auf Kenntnis und grobe Fahrlässigkeit dürfte nicht durch die Wissenszurechnung aufgegeben werden und contra legem in einen fahrlässigkeits- oder

---

<sup>221</sup> Angersbach, Verpflichtung des Vorstands einer Aktiengesellschaft zur Durchführung einer Due Diligence beim Beteiligungserwerb (2005), 137; Semler, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs<sup>6</sup> (2005), 670 Rn. 35.

<sup>222</sup> BGH 22.11.1996, NJW-RR 1997, 270.

<sup>223</sup> MünchKomm BGB<sup>5</sup>/Schramm, (Fn. 218), § 166 BGB Rn. 28.

<sup>224</sup> Goldschmidt, ZIP 2005, 1305, 1308; Koller, JZ 1998, 75, 81.

<sup>225</sup> Goldschmidt, ZIP 2005, 1305, 1309.

<sup>226</sup> Goldschmidt, ZIP 2005, 1305, 1310.

<sup>227</sup> Goldschmidt, ZIP 2005, 1305, 1311.

<sup>228</sup> Goldschmidt, ZIP 2005, 1305, 1309.

verschuldensabhängigen Tatbestand umgewandelt werden.<sup>229</sup> Diesem Argument liegt die Überlegung zu Grunde, dass die Wissenszurechnung die Gefahr birgt, die Grenzen zwischen Kenntnis und Wissenmüssen zu verwischen. Kenntnis ist eine Tatsache, während die Wissenszurechnung auf normierten Wertungen beruht. Jedoch findet bei der Wissenszurechnung kein Wechsel zum Merkmal „Kennenmüssen“ statt: Zugerechnet wird das tatsächlich vorhandene Wissen, welches sich aber aufgrund der mangelhaften Kommunikation an der falschen, verborgenen Stelle der Organisation befindet.<sup>230</sup> Das Prinzip der Wissensverantwortung führt zu einer Gleichstellung von verfügbarem Wissen mit realer, positiver Kenntnis. Diese Gleichstellung ist durch die Pflicht zur ordnungsgemäßen Wissensorganisation, die auch die Nutzung von verfügbarem Wissen verlangt, gerechtfertigt. Die hier angesprochenen Pflichten fußen im Verkehrsschutz. Derjenige der arbeitsteilig handelt, kann nicht nur die Vorteile der Arbeitsteilung nutzen, sondern muss sich auch auf der Wissensebene die Gleichstellung mit einer Einzelperson gefallen lassen. Der Hinweis<sup>231</sup>, dass es im Falle einer Wissenszurechnung für den Verkäufer günstiger wäre, mit einem arbeitsteilig arbeitenden Käufer zu kontrahieren geht fehl: Der arbeitsteilige Handelnde erlangt in der Tat in größerem Umfang Kenntnis von rechtserheblichen Umständen und verwertet diese bei ordnungsgemäßer Kommunikation. Dies stellt auch den Normalfall dar. Ein Vorteil gegenüber dem Kontrahieren mit einer Einzelperson ist wegen der umfangreicheren Kenntnisgewinnung für mich nicht ersichtlich. Das Prinzip der Gleichstellung erfordert es vielmehr, den arbeitsteilig Handelnden mit einer Einzelperson durch die Wissenszurechnung gleichzustellen. Das durch eine Due Diligence erworbene Wissen stärkt im Regelfall die Position des Käufers. Eine Beschränkung der Wissenszurechnung im Rahmen des § 442 I BGB hätte eine nicht zu rechtfertigende Privilegierung des arbeitsteilig handelnden Käufers zur Folge. Eine gesetzliche Beschränkung der Wissenszurechnung ist dem § 442 I BGB nicht zu entnehmen. Die Beschränkung auf Abschluss- und Verhandlungsvertreter läuft weiterhin auf eine Ausschaltung der Wissenszurechnung im Rahmen des § 442 I BGB hinaus. Es ist nicht vorstellbar, dass Hilfspersonen, die über das „Ob“ und „Wie“ des Vertrages entscheiden, keine Vertretungsmacht haben. In diesen Fällen der Vertretungsmacht kommt es auf eine Wissenszurechnung gar nicht an, da nach allgemeiner Ansicht sich der

---

<sup>229</sup> *Goldschmidt*, ZIP 2005, 1305, 1309.

<sup>230</sup> *MünchKomm BGB*<sup>5</sup>/*Schramm*, (Fn. 218), § 166 BGB Rn. 30.

<sup>231</sup> *Goldschmidt*, ZIP 2005, 1305, 1308 f.

Geschäftsherr das Wissen seiner Vertreter nach § 166 I BGB zurechnen lassen muss und das ohne Rücksicht auf die Person des Handelnden.<sup>232</sup>

Eine andere Ansicht deutet den § 442 I BGB als Verzicht des Käufers auf seine Gewährleistungsregeln. Ausgehend von diesem Befund, soll es für die Wissenszurechnung auf das Wissen des Entscheidungsträgers ankommen.<sup>233</sup> Die Deutung des § 442 I BGB als Gewährleistungsverzicht erweist sich aber als problematisch. Nach § 442 I entstehen keine Gewährleistungsansprüche, so dass ein rechtsgeschäftlicher Verzicht auf diese nicht vorstellbar ist.<sup>234</sup> Der Deutung als vertraglicher Gewährleistungsausschluss scheidet daran, dass die Rechtsfolgen des § 442 I BGB unabhängig von dem Willen der Parteien eintreten sollen. Ein Verzichtswillen wird bei allen Formen des Verzichts als notwendig angesehen.<sup>235</sup> Eine Beschränkung der Wissenszurechnung auf Entscheidungsträger ist daher nicht mit der ratio des § 442 I BGB zu rechtfertigen.

Für Hilfspersonen, die mit dem Erwerb und der Weiterleitung von Faktenwissen beauftragt sind, soll eine Parallele zur Person des Empfangsboten gezogen werden.<sup>236</sup> Begründet wird dies mit dem Bedürfnis des Verkäufers, dem Käufer Wissenserklärunen über die Kaufsache zukommen zu lassen. Es wäre den Vertragsverhandlungen dienlich, falls der Käufer frühzeitig über die Sachlage informiert wird und aufgrund der beiderseitigen Kenntnis eine vertragliche Regelung nicht mehr nötig sei.<sup>237</sup> Dabei soll der Begriff der Wissenserklärung nicht zu eng gefasst werden. Es soll vielmehr genügen, dass der Hilfsperson vom Verkäufer die angelegten Akten zugänglich gemacht werden und ihr damit deutlich gemacht wird, dass sie die Informationen, die gewonnen werden können, zur Kenntnis nehmen möge.<sup>238</sup> Ein solches weites Verständnis der Wissenserklärung verwischt aber die Unterschiede zwischen „Kenntnis“ und „Wissenmüssen“. Bei § 442 I Satz 1 BGB kommt es auf die positive Kenntnis des Käufers an. Falls man richtigerweise das Prinzip der Wissensverantwortung als Grundlage der Wissenszurechnung ansieht, so kann nur tatsächlich vorhandenes Wissen zugerechnet werden.<sup>239</sup> Daher darf bei der Frage nach der Kenntnis von bestimmten Umständen nicht die unterlassene Erfassung und

---

<sup>232</sup> *Semler*, in: *Hölters* (Hrsg.), *Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs*<sup>6</sup> (2005), 670 Rn. 34; *Palandt*<sup>67</sup>/*Heinrichs*, (Fn. 17), § 166 BGB Rn. 4; BGH 28.1.2000, NJW 2000, 1405, 1406.

<sup>233</sup> *Koller*, JZ 1998, 75, 81.

<sup>234</sup> *Köhler*, JZ 1989, 761, 762.

<sup>235</sup> *Staudinger/Rieble*, BGB, §§ 397-432 BGB (2005), § 397 Rn. 101.

<sup>236</sup> *Koller*, JZ 1998, 75, 81.

<sup>237</sup> *Koller*, JZ 1998, 75, 81 f.

<sup>238</sup> *Koller*, JZ 1998, 75, 82.

<sup>239</sup> *MünchKomm BGB*<sup>5</sup>/*Schramm*, (Fn. 218), § 166 BGB Rn. 30.

Speicherung von Informationen als Wissen gewertet werden.<sup>240</sup> Auf eine solche Gleichstellung läuft aber ein weit gefasster Begriff der Wissensklärung hinaus. Auch die Gleichstellung von Hilfspersonen, die auf der Käuferseite Wissen beschaffen sollen und Empfangsboten, ist unzutreffend.<sup>241</sup> Die Due Diligence wird vom Käufer in seinem eigenen Interesse durchgeführt und soll nicht dazu dienen, dass der Verkäufer bestimmte Informationen an den Käufer weiter gibt. Der Käufer will sich gerade selber ein Bild machen und empfängt nicht nur Informationen des Verkäufers. Die bei der Durchführung einer Due Diligence eingeschalteten Hilfspersonen sind daher nicht anhand von Wertungsgesichtspunkten mit Empfangsboten gleichzustellen.

#### *ff) Wissenszurechnung bei der Due Diligence*

Wie in den vorangestellten Abschnitten gezeigt, ist der Ausgangspunkt der Wissenszurechnung bei der Due Diligence das Prinzip der Wissensverantwortung, der Gleichstellung und dem eng damit verbundenen Verkehrsschutz. Bei § 442 I Satz 1 BGB ist zu beachten, dass diese Norm auf „Kenntnis“ abstellt. Als zurechenbares Wissen kommt nur tatsächlich vorhandenes, jedoch an der falschen Stelle in der Organisation befindliches Wissen in Betracht. Nicht gespeichertes beziehungsweise nicht erfasstes Wissen kann nicht zugerechnet werden, da es auf die Kenntnis bei § 442 I Satz 1 BGB ankommt. Grundsätzlich ist daher das typischerweise aktenmäßig festgehaltene Wissen zurechenbar. Die vorzunehmende, wertende Gesamtbetrachtung und insbesondere das Gleichstellungsargument gebietet es jedoch, die am Rechtsverkehr teilnehmende Organisation nicht über Gebühr zu belasten, in dem man das zuzurechnende Wissen als bloße Fiktion begreift.<sup>242</sup> Es muss daher für eine Wissenszurechnung die reale Möglichkeit und ein Anlass bestanden haben, das verfügbare Wissen zu nutzen.<sup>243</sup>

Auf die Due Diligence übertragen, ergibt sich für § 442 I Satz 1 BGB folgendes Bild: Grundsätzlich ist das gesamte bei der Due Diligence durch Hilfspersonen erfasste Wissen dem Käufer zurechenbar. Für dieses Wissen muss aber die Einschränkung gelten, dass für diejenigen, für den die Wissenszurechnung gelten soll, ein Anlass und die reale Möglichkeit der Nutzung des Wissens bestanden haben. Daher hat der abschließende due diligence report eine zentrale Rolle bei der Wissenszurechnung. Das darin erfasste Wissen ist dem Käufer in vollem Umfang zuzurechnen. Aufgrund des beabsichtigten

---

<sup>240</sup> MünchKomm BGB<sup>5</sup>/Schramm, (Fn. 218), § 166 BGB Rn. 30; Staudinger/Schilken, (Fn. 218), § 166 BGB Rn. 6.

<sup>241</sup> So auch Schmitz, Due Diligence beim Unternehmenskauf (2002), 68.

<sup>242</sup> MünchKomm BGB<sup>5</sup>/Schramm, (Fn. 218), § 166 BGB Rn. 29; BGH 2.2.1996, BGHZ 132, 30, 38.

<sup>243</sup> BGH 2.2.1996, BGHZ 132, 30, 38.

Unternehmenskaufs bestand ein Anlass zur Nutzung dieses Wissens und die reale Möglichkeit der Kenntnisgewinnung bestand auch. Der due diligence report wird für den Käufer erstellt und soll ihn über alle relevanten Dinge aufklären. Gegen eine vollumfängliche Zurechnung des due diligence report kann auch nicht dessen Umfang oder seine schwere Verständlichkeit eingewandt werden.<sup>244</sup> Die Pflicht zur internen Wissensorganisation erfasst gerade auch den due diligence report. Wichtige Informationen müssen deutlich gemacht werden und der Umfang des Reportes muss von dem Entscheidungsträger auch noch beherrscht werden können. Ist der Report in diesen Punkten unzulänglich, so ist gerade die Pflicht zur innerorganisatorischen Kommunikation verletzt. Das Wissen in dem due diligence report wurde erfasst und es bestand auch Anlass und Möglichkeit, dieses zu nutzen. Das rechtfertigt eine umfassende Zurechnung dieses Wissens im Rahmen des § 442 I Satz 1 BGB. Auf welche Weise dieses Wissen erfasst wurde, ob es vom Verkäufer oder aus anderen Quellen stammt, ist unerheblich.

Ein weiteres Problem ist die Zurechnung von Wissen, das von Hilfspersonen erfasst wurde, aber in dem due diligence report fehlt. Wenn richtigerweise die mangelhafte Weiterleitung von Informationen, wie bei einem zu umfänglichen oder unverständlichen due diligence report, eine Verletzung der Pflicht zur internen Kommunikation darstellt, so muss dies erst recht auf die unterlassene Weiterleitung zutreffen. Bestimmt der Erwerber Hilfspersonen zur Weiterleitung von Informationen, so muss er sich das Wissen dieser Personen auch zurechnen lassen.<sup>245</sup> Als mit der Weiterleitung an den Käufer beauftragt sind die Verfasser des due diligence report anzusehen, so dass deren Kenntnis dem Käufer zuzurechnen ist. Beim Umfang des Wissens dieser Hilfspersonen ist zu beachten, dass für diese, im Gegensatz zum Auftraggeber, Anlass und Möglichkeit der Nutzung der Due Diligence Memoranden und Arbeitspapiere, also des bei der Due Diligence aktenmäßig erfassten Wissens, bestand.<sup>246</sup> Daher ist dieses Wissen den Hilfspersonen zuzurechnen und damit im Ergebnis auch dem Erwerber.<sup>247</sup> Es ist noch einmal zu betonen, dass von der Zurechnung im Rahmen von § 442 I Satz 1 BGB nur das tatsächlich erfasste Wissen betroffen ist, da diese Norm auf Kenntnis abstellt.

---

<sup>244</sup> So aber: *Goldschmidt*, ZIP 2005, 1305, 1312.

<sup>245</sup> Vgl. *Medicus* in: *Ernst Klingmüller* (Hrsg.), *Karlsruher Forum 1994: Möglichkeiten der Wissenszurechnung* (1994), 5, 10.

<sup>246</sup> Zur Terminologie: S. 63 [§ 2 I 2 e) bb) (6)].

<sup>247</sup> im Ergebnis auch: LG Berlin 1.2.2005 - 5 O 176/04 – juris Rn. 164.

### c) Zeitpunkt der Kenntnis

Gemäß § 442 I Satz 1 BGB muss die Kenntnis des Käufers vom Mangel zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegen. Begründet wird das damit, dass der Käufer zu diesem Zeitpunkt hätte tätig werden müssen,<sup>248</sup> das heißt, entweder Nachverhandeln oder vom Vertrag Abstand nehmen. Umstritten ist das Abstellen auf den Vertragsschluss als maßgeblichen Zeitpunkt wenn Abschluss und Wirksamwerden des Kaufes auseinander fallen.

Bei Unternehmenskäufen hat sich auch in Deutschland das Closing als ein nach dem Vertragsschluss liegender, zentraler Abwicklungszeitpunkt eingebürgert. An diesem Übergangsstichtag soll der Übergang des Unternehmens auf den Käufer stattfinden.<sup>249</sup> Zwischen Vertragsschluss und Vollzug des Vertrages kann ein erheblicher Zeitraum liegen. Diese Vorgehensweise beim Unternehmenskauf wirft bei § 442 I Satz 1 BGB insoweit Fragen auf, da der Vollzug des Closings meist an Bedingungen geknüpft ist, den so genannten closing conditions.<sup>250</sup> Es gibt eine Vielzahl von Bedingungen unter die der Vollzug gestellt werden kann, so beispielsweise kartellrechtliche Freigaben, Gremienentscheide, Amtsniederlegungen oder Erteilung von Testaten. Oft wird der Vollzug des Verpflichtungsgeschäfts auch unter die aufschiebende Bedingung gestellt, dass die zu erfolgende Due Diligence zur Zufriedenheit des Käufers ausfällt.<sup>251</sup> Jedoch sind auch andere vertragliche Regelungen im Zusammenhang mit dem Closing denkbar. So kann dem Erwerber beim Vorliegen bestimmter Umstände oder aber ein generelles Rücktrittsrecht eingeräumt werden.<sup>252</sup> Diese Regelungen werden meist mit einer Due Diligence zwischen Vertragsschluss (signing) und Vollzug (closing) verbunden. Eine weitere vertragliche Gestaltungsmöglichkeit ist die Vereinbarung einer Kaufanpassungsklausel.<sup>253</sup> Wird ein freies und generelles Rücktrittsrecht vereinbart, so ist die rechtliche Bindungswirkung des Vertrags sehr gering. Kann der Erwerber mehr oder weniger frei entscheiden, ob der Vertrag vollzogen wird, so muss geklärt werden, auf welchen Zeitpunkt bei § 442 I Satz 1 BGB abzustellen ist.

---

<sup>248</sup> MünchKomm BGB<sup>4</sup>/Westermann, (Fn. 18), § 442 BGB Rn. 6.

<sup>249</sup> Semler, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs<sup>6</sup> (2005), 684 Rn. 76; H.-H. Klumpp, in: Beisel/Klumpp, Der Unternehmenskauf<sup>5</sup> (2006), 184 Rn. 103.

<sup>250</sup> Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis<sup>12</sup> (2005), 34 Rn. 18b.

<sup>251</sup> Wegen, WiB 1994, 291.

<sup>252</sup> Harrer, DStR 1993, 1673, 1675.

<sup>253</sup> Semler, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs<sup>6</sup> (2005), 699 Rn. 109.

*aa) Meinungsstand*

Die aufgeworfene Problematik wurde im Schrifttum bisher nur im Zusammenhang mit § 464 BGB a. F. diskutiert, wobei der Wegfall der Regelung durch die Schuldrechtmodernisierung eine Stellungnahme entbehrlich machte.<sup>254</sup> Der Reformgesetzgeber bescheinigte § 464 BGB a. F. die Unvereinbarkeit mit der Richtlinie über den Verbraucherschutz und lehnte eine Beibehaltung wegen seines sehr geringen Anwendungsbereichs für die sonstigen Kaufverträge ab.<sup>255</sup> Im Schrifttum wurde der Wegfall des § 464 BGB a. F. als Ausweitung der Verkäuferhaftung angesehen und kritisiert.<sup>256</sup>

Im Gegensatz zu den sonstigen Kaufverträgen wurde § 464 BGB a. F. beim Unternehmenskaufvertrag eine hohe Relevanz zugesprochen.<sup>257</sup> Begründet wird das mit der Ausdehnung<sup>258</sup> des Anwendungsbereichs von § 464 BGB a. F. auf Ansprüche aus culpa in contrahendo und positiver Vertragsverletzung und dem häufigen Auseinanderfallen von Abschluss und Wirksamwerden von Unternehmenskaufverträgen.<sup>259</sup> Der Wegfall des § 464 BGB a. F. soll in der Praxis zu einer mangelnden Kooperationsbereitschaft des Verkäufers bei der Mitwirkung an einer Post-Signing/Pre-Closing Due Diligence führen, da diesem keine Entlastungsmöglichkeit mehr zur Verfügung steht.<sup>260</sup>

Ob diese Befürchtungen berechtigt sind, ist zweifelhaft. Die mangelnde Kooperationsbereitschaft wird damit begründet, dass der Verkäufer bei der Informationsbeschaffung bezüglich bestimmter Umstände bösgläubig werden könnte und dann den Käufer wegen des Gebots von Treu und Glauben darüber aufklären müsste. Die geringe praktische Relevanz dieser Fallkonstellation kann kaum die Kooperationsbereitschaft des Verkäufers beeinflussen: Es ist kaum vorstellbar, dass der Verkäufer erst nach dem Vertragsschluss im Rahmen der Informationsbeschaffung für eine Due Diligence Kenntnis von aufklärungspflichtigen Umständen erlangt. Die Informationen bezüglich dieser Umstände müssen sich dafür in der Hand des Verkäufers befinden; ist er trotzdem selber in Unkenntnis so kommt eine Wissenszurechnung in Betracht.<sup>261</sup> Daher ist es nur in

---

<sup>254</sup> Angersbach, Due Diligence beim Unternehmenskauf (2002), 139.

<sup>255</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, 205 Zur Aufhebung des § 464.

<sup>256</sup> Gronstedt/Jörgens, ZIP 2002, 52, 60; Wunderlich, WM 2002, 981, 986.

<sup>257</sup> Gronstedt/Jörgens, ZIP 2002, 52, 58.

<sup>258</sup> MünchKomm BGB<sup>3</sup>/Westermann, (Fn. 47), § 464 BGB Rn. 7; Staudinger<sup>13</sup>/Honsell, (Fn. 47) § 464 BGB Rn. 9 jeweils m.w.N.

<sup>259</sup> Gronstedt/Jörgens, ZIP 2002, 52, 58.

<sup>260</sup> Gronstedt/Jörgens, ZIP 2002, 52, 59.

<sup>261</sup> Vgl. zur Wissenszurechnung: MünchKomm BGB<sup>5</sup>/Schramm, (Fn. 218), § 166 BGB Rn. 24.

extremen Ausnahmefällen denkbar, dass der Verkäufer zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unwissend bezüglich von aufklärungspflichtigen Umständen ist und bezüglich dieser Umstände bei der Informationsbeschaffung nach Vertragsschluss Kenntnis erlangt. Aus dem geschilderten Szenario und dem Wegfall des § 464 BGB a. F. auf eine mangelnde Kooperationsbereitschaft zu schließen, verbietet sich daher. Ein Verkäufer wird im Gegenteil nach einer vertraglichen Bindung eher bereit sein, sensible Daten im Rahmen einer Due Diligence offen zu legen.<sup>262</sup> Die Kooperationsbereitschaft steigt eher.

Weiterhin wurde immer nur der Fall betrachtet, dass auf die schuldrechtliche Verpflichtung zur Übernahme des Unternehmens nicht mehr eingewirkt werden kann. Wenn sich der Käufer aber von der Verpflichtung nicht mehr lösen kann, ist es auch gerechtfertigt, ihm die Gewährleistungsrechte vorbehaltlos zu erhalten. Eine in dieser Situation vorgenommene Post-Signing/Pre-Closing Due Diligence kann für den Käufer nur noch ihre Planungsfunktion erfüllen.<sup>263</sup> Auf die Wertermittlung kann eine solche Due Diligence keinen Einfluss mehr haben und auch nicht auf das Aushandeln eines vertraglichen Gewährleistungsregimes. Wenn aber die Due Diligence diese Funktionen nicht erfüllen kann, so soll sie auch keinen Einfluss auf die Gewährleistungsregeln haben. In diesem Fall ist der durch Streichung des § 464 BGB a. F. zum Ausdruck gekommene Wille des Gesetzgebers zu respektieren.

Im Schrifttum wurde der Fall angesprochen, dass bei einer Post-Signing/Pre-Closing Due Diligence<sup>264</sup> Mängel des Unternehmens entdeckt werden. Mit Verweis auf den Wegfall des § 464 BGB a. F. wird für § 442 BGB auch in anderen Stellungnahmen auf den Vertragsschluss abgestellt.<sup>265</sup> Aufgrund der vertraglichen Praxis der closing conditions ist es jedoch problematisch, den Regelungsinhalt von § 464 BGB a. F. BGB generell auf die hier aufgeworfene Problematik zu übertragen. § 464 BGB a. F. regelte den Fall, dass der Käufer zwischen Vertragsschluss und Übergabe Kenntnis von der Mangelhaftigkeit der Sache bekam.<sup>266</sup> Das entspricht der Situation, dass der Erwerber bei der Durchführung einer Post-Signing/Pre-Closing Due Diligence Kenntnis von Mängeln bekommt. Der entscheidende Unterschied ist jedoch, dass in der Praxis der Käufer aufgrund der closing conditions Einfluss auf die schuldrechtliche Verpflichtung nehmen

---

<sup>262</sup> *Holzappel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis<sup>12</sup> (2005), 30 Rn. 17a; *Angersbach*, Due Diligence beim Unternehmenskauf (2002), 243 ff.

<sup>263</sup> Vgl. zu den Funktionen: S. 10 [§ 1 II.].

<sup>264</sup> *Angersbach*, Due Diligence beim Unternehmenskauf (2002), 139 spricht fälschlicherweise von einer Post Due Diligence; vgl. zu der Terminologie: S. 25 [§ 1 IV. 1.].

<sup>265</sup> *Semler*, in: *Hölters* (Hrsg.), Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs<sup>6</sup> (2005), 671 Rn. 37.

<sup>266</sup> *Staudinger*<sup>13</sup>/*Honsell*, (Fn. 47), § 464 BGB Rn. 1.



kann. Die closing conditions lassen sich in vertragsanpassende und vertragsausschließende Vorbehaltsvarianten einordnen: Bei einer Kaufanpassungsklausel hat der Käufer Einfluss auf die schuldrechtliche Verpflichtung und bei einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung beziehungsweise einem Rücktrittsrecht kann der Erwerber sich vollständig von der schuldrechtlichen Verpflichtung lösen. Je nach Ausgestaltung der closing conditions mindert sich die rechtliche Bindungswirkung des Kaufvertrages, so dass der Vertragsschluss bei einem freien Rücktrittsrecht des Käufers stellenweise als Paraphierung bezeichnet wird.<sup>267</sup> Entscheidend ist, dass der Erwerber mit den closing conditions noch das „ob“ und das „wie“ des Vertrages beeinflussen kann.

Aufgrund der Besonderheiten des Closings bei Unternehmenskäufen wird in Praxisempfehlungen zur vertraglichen Festlegung des relevanten Zeitpunktes bei § 442 BGB geraten.<sup>268</sup> Das kann einmal der Vertragsschluss (signing) oder der Tag der dinglichen Übergabe (closing) sein.

#### *bb) Bedingter Unternehmenskauf*

Die vertragliche Gestaltung der closing conditions ist vielseitig. Als Bedingungen, die der Käufer nicht beeinflussen kann, kommen unter anderen kartellrechtliche Genehmigungen<sup>269</sup> oder die Erteilung erforderlicher Zustimmungen in Frage.<sup>270</sup> Das Closing kann aber auch unter der aufschiebenden Bedingung stehen, dass die Due Diligence zur Zufriedenheit des Erwerbers ausfällt und an einen Gremienvorbehalt gekoppelt ist.<sup>271</sup> In diesem Fall hängt der Eintritt der Bedingung von der Willensentscheidung des Erwerbers ab, es handelt sich um eine Potestativbedingung<sup>272</sup>.

Auf welchen Zeitpunkt bei § 442 BGB und einem bedingten Kaufvertrag abgestellt wird ist streitig. Zum einen wird nur auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt und nicht auf den Eintritt der Bedingung, so dass die Kenntnis des Mangels bei Bedingungseintritt nicht die Rechtsfolgen des § 442 BGB mit sich zieht.<sup>273</sup> Das soll auch gelten, wenn bei einem Kauf auf Probe gemäß § 454 BGB der Kaufvertrag von der

---

<sup>267</sup> Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis<sup>12</sup> (2005), 31 Rn. 17a.

<sup>268</sup> Vgl. Schmitz, RNotZ 2006, 561, 591.

<sup>269</sup> Vgl. Gronstedt/Jörgens, ZIP 2002, 52, 58 f.

<sup>270</sup> Vgl. Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis<sup>12</sup> (2005), 34 Rn. 18b.

<sup>271</sup> Wegen, WiB 1994, 291.

<sup>272</sup> Vgl. zur Potestativbedingung: MünchKomm BGB<sup>5</sup>/Westermann, (Fn. 218) § 158 Rn. 18-23; Kritisch zur Zulassung der aufschiebenden Wollensbedingung durch die Rechtsprechung: Staudinger/Bork, BGB, §§ 134-163 BGB (2003) Vorbem zu § 158-163 Rn. 14-19 m. w. N.

<sup>273</sup> Staudinger/Matusche-Beckmann, (Fn. 174), § 442 Rn. 17; Staudinger<sup>13</sup>/Honsell, (Fn. 47), § 460 BGB Rn. 5.

Billigung des Käufers abhängt. Begründet wird das mit der Erwägung, dass die Möglichkeit des Käufers den Vertrag durch Billigung zustande zu bringen eine Besserstellung sei und mit dem Sachmangel nichts zu tun hat. Weiterhin sollte der Käufer die Möglichkeit der Billigung und der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen haben. Überzeugend ist diese Ansicht nicht. Der Kauf auf Probe wird vereinbart, damit sich der Käufer ein Bild von der Kaufsache machen kann und danach entscheidet, ob er diese Sache kaufen möchte. Wenn der Käufer die Sache billigt, so gibt er zu erkennen, dass er diese Sache mit den ihm bekannten Eigenschaften erwerben möchte. Ein anderes Verständnis des Wortes Billigung ist schwer möglich. Ein Käufer, der billigt, aber gleichzeitig Gewährleistungsansprüche wegen ihm bekannter Mängel geltend macht, verhält sich widersprüchlich:<sup>274</sup> Missfällt ihm die Kaufsache, so kann er die Wirksamkeit des Vertrages verhindern. Dem Käufer ist es zumutbar, seine Interessen vor dem Bedingungseintritt wahr zu nehmen, indem er den Verkäufer vor die Wahl stellt, beispielsweise im Preis nachzugeben oder den Vertrag scheitern zu lassen.<sup>275</sup> Dass sich der billigende und Gewährleistungsansprüche geltend machende Käufer widersprüchlich verhält, klingt auch bei der hier abgelehnten Meinung an, da dem Käufer in bestimmten Fällen die Billigung versagt sein soll.<sup>276</sup> Ein generelles Abstellen auf den Vertragsschluss als maßgeblichen Zeitpunkt verbietet daher der Normzweck des § 442 BGB.<sup>277</sup>

Eine ältere Meinung stellt bei dem aufschiebend bedingten Kauf generell auf den Bedingungseintritt ab.<sup>278</sup> Diese Meinung geht jedoch auf eine unzulässige Generalisierung einer Reichsgerichtsentscheidung<sup>279</sup> zurück.<sup>280</sup> Der angesprochenen Entscheidung liegt ein Kauf auf Probe zu Grunde, das heißt, der Eintritt der Bedingung war vom Willen des Käufers abhängig. In diesem Fall ist wie gezeigt das Abstellen auf den Bedingungseintritt als maßgeblichen Zeitpunkt gerechtfertigt. Wenn der Eintritt der Bedingung aber nicht vom Käufer beeinflusst werden kann, so kommt es nach dem Grundgedanken des § 442 BGB für die Kenntnis vom Mangel auf den Vertragsschluss als entscheidenden Zeitpunkt an.<sup>281</sup> In diesem Fall kann der Erwerber seine Interessen nicht mehr nach dem Vertrags-

---

<sup>274</sup> *Kanzleitner*, DNotZ 1986, 747, 748.

<sup>275</sup> *Köhler*, JZ 1989, 761, 765.

<sup>276</sup> *Staudinger/Matusche-Beckmann*, (Fn. 174), § 442 BGB Rn. 18; *Staudinger*<sup>13</sup>/*Honsell*, (Fn. 47), § 460 BGB Rn. 5.

<sup>277</sup> Für den Kauf auf Probe: *Staudinger/Mader*, (Fn. 174), § 454 Rn. 31.

<sup>278</sup> *Staudinger/Honsell*, BGB<sup>12</sup>, §§ 433-580 a BGB (1978), § 460 BGB Rn. 5; Münchener Kommentar zum BGB/*Westermann*, III/1: §§ 433-651 k BGB<sup>2</sup> (1988) § 460 Rn. 4; *Erman/Weitnauer*, I: §§ 1-853 BGB<sup>7</sup> (1981), § 460 Rn. 3.

<sup>279</sup> RG 21.1.1919, RGZ 94, 285-288.

<sup>280</sup> *Kanzleitner*, DNotZ 1986, 747, 748.

<sup>281</sup> *Kanzleitner*, DNotZ 1986, 747, 748.

schluss durch Nachverhandlungen wahrnehmen, er verhält sich nicht widersprüchlich bei der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen, noch kann sein Verhalten als Verzicht gewertet werden. Ein generelles Abstellen auf den Bedingungseintritt bei einem bedingten Vertrag verbietet sich daher und wird auch so nicht mehr vertreten.<sup>282</sup>

Nach der heute herrschenden Meinung wird danach differenziert, ob der Eintritt der Bedingung von dem Käufer beeinflusst werden kann.<sup>283</sup> Ist das der Fall, so ist auf den Bedingungseintritt abzustellen und nicht auf den Vertragsschluss. Der Normzweck<sup>284</sup> des § 442 BGB gebiete diese Unterscheidung. Kann der Käufer Einfluss auf den Eintritt der Bedingung nehmen, so handele er widersprüchlich, wenn er trotzdem wegen ihm vor Bedingungseintritt bekannt gewordenen Mängeln Gewährleistungsansprüche geltend mache.<sup>285</sup> Der Käufer habe aus Gründen der Kosten- und Risikominderung seine Interessen für ihm bekannte Mängel nicht mit den Gewährleistungsrechten, sondern mit Nachverhandlungen oder der Abstandnahme vom Vertrag zu wahren.<sup>286</sup> Weiterhin wurde die Potestativbedingung gerade vertraglich vereinbart, um die Interessen des Käufers wahr zu nehmen.

Eine Einzelmeinung will grundsätzlich auf den Bedingungseintritt abstellen, es sei denn, dieser ist vom Willen des Käufers abhängig.<sup>287</sup> Für diese Fälle müsste dann der Vertragsschluss entscheidend sein. Diese Ansicht beruht aber auf einem sprachlichen Versehen, wie die Berufung auf Köhler,<sup>288</sup> der das Gegenteil vertritt,<sup>289</sup> beweist. Bis zur 61. Auflage stellte der Bearbeiter des inhaltlich identischen § 460 BGB a. F. bei bedingten Verträgen grundsätzlich auf den Bedingungseintritt ab, es sei denn, der Eintritt der Bedingung kann vom Käufer nicht beeinflusst werden.<sup>290</sup> Für diese Fälle ist dann der Vertragsschluss entscheidend. Diese Sichtweise entspricht dem angeführten Nachweis<sup>291</sup>. Durch die Schuldrechtsreform wurde die Regelung des § 460 BGB a. F. in dem § 442 BGB

---

<sup>282</sup> Vgl. *Staudinger*<sup>13</sup>/*Honsell*, (Fn. 47), § 460 BGB Rn. 5, der die Meinung aus der Voraufgabe aufgibt; *MünchKomm BGB*<sup>4</sup>/*Westermann*, (Fn. 18), § 442 BGB Rn. 6; *Erman*<sup>11</sup>/*Grunewald*, (Fn. 34), § 442 BGB Rn. 7.

<sup>283</sup> *MünchKomm BGB*<sup>4</sup>/*Westermann*, (Fn. 18), § 442 BGB Rn. 6; *Erman*<sup>11</sup>/*Grunewald*, (Fn. 34), § 442 BGB Rn. 7; *Soergel*<sup>12</sup>/*Huber*, (Fn. 22), § 460 BGB Rn. 18; *Kanzleitner*, DNotZ 1986, 747, 748; *Köhler*, JZ 1989, 761, 765.

<sup>284</sup> Vgl. S. 68 [§ 2 I. 2. e) cc) (1)].

<sup>285</sup> *Kanzleitner*, DNotZ 1986, 747, 748.

<sup>286</sup> Auf diesen Aspekt abstellend: *Köhler*, JZ 1989, 761, 765.

<sup>287</sup> *Palandt*<sup>67</sup>/*Weidenkaff*, (Fn. 17), 442 BGB Rn. 8.

<sup>288</sup> Auf diesen Widerspruch weist *Staudinger/Matusche-Beckmann*, (Fn. 174), § 442 BGB Rn. 17 hin.

<sup>289</sup> Vgl. *Köhler*, JZ 1989, 761, 765.

<sup>290</sup> *Palandt/Putzo*, Bürgerliches Gesetzbuch<sup>61</sup> (2002), § 460 BGB Rn. 7.

<sup>291</sup> *Köhler*, JZ 1989, 761, 765.

verankert.<sup>292</sup> Bei der Kommentierung zu § 442 BGB wird die entsprechende Stelle dahingehend geändert, dass es immer auf den Eintritt der Bedingung ankommen soll, aber nur, wenn das nicht vom Willen des Käufers abhängt.<sup>293</sup> Der sprachlich missglückte Satz bedeutet das Gegenteil zur Voraufgabe, während es bei dem angeführten Nachweis bleibt. Für eine Aufgabe oder Änderung der Meinung gibt es keine Anzeichen, so dass diese Widersprüchlichkeit nur auf einem sprachlichen Versehen beruhen kann.<sup>294</sup> Der jetzige Bearbeiter hat diesen lapsus übernommen.<sup>295</sup> Des Weiteren ist eine auf den Vertragsschluss bei Potestativbedingungen und sonst auf den Bedingungseintritt als Zeitpunkt abstellende Meinung nicht haltbar: Kann der Käufer seine Interessen nach Vertragsschluss nicht mehr wahrnehmen, so sollen ihm bei Bekanntwerden von Mängeln nach Vertragsschluss aber vor Bedingungseintritt die Gewährleistungsrechte versagt werden. Das ist mit der ratio legis des § 442 BGB unvereinbar.

Das gefundene Ergebnis ist auf die vertragliche Praxis der closing conditions beim Unternehmenskauf zu übertragen. Sind die closing conditions so ausgestaltet, dass die schuldrechtliche Verpflichtung mit einem käuferseitigen Gremienvorbehalt und/oder einer zur Zufriedenheit des Erwerbers ausfallenden Unternehmensprüfung aufschiebend bedingt ist,<sup>296</sup> so ist der Eintritt dieser Bedingung der maßgebliche Zeitpunkt für § 442 BGB. Werden also Mängel im Rahmen einer Post-Signing/Pre-Closing Due Diligence vom Käufer entdeckt und lässt der Erwerber die Wollensbedingung eintreten, so verliert er seine Gewährleistungsrechte gemäß § 442 BGB. Die vertragliche Gestaltung einer solchen closing condition entspricht dem Kauf auf Probe gemäß § 454 BGB, bei dem anerkanntermaßen auf den Bedingungseintritt abgestellt wird.<sup>297</sup>

Denkbar ist auch die vertragliche Gestaltung der closing conditions insofern, dass der Unternehmenskaufvertrag unter der auflösenden Bedingung der Missbilligung nach einer käuferseitigen Untersuchung geschlossen wurde. Steht die Missbilligung im Belieben des Erwerbers, so muss das zur aufschiebenden Bedingung Gesagte gelten. In dieser Fallgestaltung ist auf den Zeitpunkt abzustellen, an dem der Käufer letztmöglich die Bedingung eintreten lassen kann. Nach dem Normzweck des § 442 BGB sind dem Käufer

---

<sup>292</sup> MünchKomm BGB<sup>4</sup>/Westermann, (Fn. 18), § 442 BGB Rn. 1.

<sup>293</sup> Palandt/Putzo, Bürgerliches Gesetzbuch<sup>62</sup> (2003), § 442 BGB Rn. 8.

<sup>294</sup> Einen Formulierungsfehler annehmend: Prütting/Wegen/Weinreich/D. Schmidt, BGB<sup>2</sup> (2007), § 442 BGB Rn. 8.

<sup>295</sup> Palandt<sup>67</sup>/Weidenkaff, (Fn. 17), § 442 BGB Rn. 8.

<sup>296</sup> Wegen, WiB 1994, 291.

<sup>297</sup> RG 21.1.1919, RGZ 94, 285, 287; Staudinger/Mader, (Fn. 174), § 454 BGB Rn. 31; MünchKomm BGB<sup>4</sup>/Westermann, (Fn. 18), § 442 BGB Rn. 6; anderer Ansicht: Staudinger/Matusche-Beckmann, (Fn. 174), § 442 BGB Rn. 18.

die Gewährleistungsrechte zu versagen, wenn er trotz Kenntnis von Mängeln die Kaufsache nicht missbilligt oder aber seine Interessen durch Nachverhandlungen wahrnimmt. Es handelt sich um ein *venire contra factum proprium*, wenn ein solcher Käufer wegen ihm bekannter Mängel und trotz fehlender Missbilligung Gewährleistungsrecht geltend macht.

Sind die closing condition so ausgestaltet, dass der Kaufvertrag unter der Bedingung des Erreichens bestimmter Zielerwartungen einer Post-Signing/Pre-Closing Due Diligence steht,<sup>298</sup> so muss bei § 442 BGB auf den Vertragsschluss abgestellt werden. Das gleiche gilt, wenn die uneingeschränkte Vertragsabwicklung bei der formalen Erfüllung genau definierter Closing-Bedingungen, wie dem Erhalt eines Wirtschaftsprüferberichts unabhängig vom Inhalt, eines Testats, einer Genehmigung, vereinbart wurde. In diesen Fällen hängt der Bedingungseintritt nicht vom Willen des Käufers ab, so dass dieser seine Interessen nach Vertragsschluss nicht mehr wahrnehmen kann. Macht der Erwerber nach Bedingungseintritt Gewährleistungsansprüche geltend, so verhält er sich nicht widersprüchlich. Daher behält er auch seine Gewährleistungsansprüche und zwar auch, wenn er im Rahmen der Post-Signing/Pre-Closing Due Diligence Kenntnis von Mängeln erhält.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass im Falle eines bedingten Unternehmenskaufvertrags der Zeitpunkt des (letztmöglichen) Bedingungseintritts für § 442 BGB entscheidend ist, wenn der Eintritt der Bedingung allein vom Willen des Käufers abhängt. Das ist der Fall, wenn dem Käufer die freie Entscheidung darüber eingeräumt wird, ob die Ergebnisse einer Post-Signing/Pre-Closing Due Diligence seinen Erwartungen entsprechen. Diese Konstellation entspricht fast dem Kauf auf Probe des § 454 BGB, so dass sich eine Gleichbehandlung bei § 442 BGB gebietet. § 442 BGB ist dispositiver Natur,<sup>299</sup> so dass der Erwerber die für ihn ungünstigen Rechtsfolgen vertraglich ausschließen kann.<sup>300</sup>

### *cc) Rücktrittsrecht*

Im Zusammenhang mit einer Post-Signing/Pre-Closing Due Diligence wird dem Erwerber bis zur Vertragsabwicklung (closing) häufig ein mehr oder weniger freies Rücktrittsrecht

---

<sup>298</sup> Vgl. *Angersbach*, Due Diligence beim Unternehmenskauf (2002), 244 f.

<sup>299</sup> Für den § 439 BGB a. F., der den Rechtsmangel betraf: BGH 21.05.1987, WM 1987, 986, 988; *Staudinger/Matusche-Beckmann*, (Fn. 174), § 442 BGB Rn. 61; *MünchKomm BGB<sup>4</sup>/Westermann*, (Fn. 18), § 442 BGB Rn. 22.

<sup>300</sup> Zum Vorschlag einer solchen Klausel: *Schmitz*, RNotZ 2006, 561, 590 f.

eingewährt.<sup>301</sup> Diese kann auch an das Vorliegen bestimmter Umstände gekoppelt sein.<sup>302</sup> Ob im Falle eines freien Rücktrittsrechts bis zum Closing für § 442 BGB der Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder aber der des Closings entscheidend ist, wurde bisher nicht thematisiert.

Grundsätzlich ist bei § 442 BGB auf den Vertragsschluss abzustellen, wie es auch dem Wortlaut der Norm entspricht. Das gilt auch, wenn dem Käufer ein vertragliches oder gesetzliches Rücktrittsrecht zusteht. Es gibt grundsätzlich keinen anderen sinnvollen Zeitpunkt, auf den möglicherweise abzustellen ist.

Einen Sonderfall stellt jedoch die vertragliche Praxis des Closing bei Unternehmenskaufverträgen dar. Dabei sollte dieser Begriff aufgrund seines US-amerikanischen Ursprungs im deutschen Recht nicht nur auf einen Übergangstichtag<sup>303</sup> reduziert werden, sondern als zentraler, nach dem Vertragsschluss liegender Abwicklungs- und Zäsurzeitpunkt des Unternehmenskaufs angesehen werden.<sup>304</sup> In der Vertragsgestaltung wird – ganz dem US-Amerikanischen Vorbild folgend – das Closing als zentrales Institut der Vertragsabwicklung ausgestaltet, an dem eine Vielzahl von Rechtshandlungen vorgenommen werden, wie: Übergabe, dingliche Übertragungen, Kaufpreiszahlung etc. Hat der Käufer bis zum Closing ein uneingeschränktes Rücktrittsrecht, so ist die Bindungswirkung des schuldrechtlichen Vertrages sehr gering. Als weitere Besonderheit kommt hinzu, dass es noch zu keinem Austausch der Leistungen gekommen ist: der Verkäufer ist noch Eigentümer des Unternehmens und der Käufer hat noch keinen Kaufpreis gezahlt. Das Problem der Rückabwicklung eines Unternehmenskaufs mit den verbundenen Schwierigkeiten stellt sich bei einem bis zum Closing erfolgten Rücktritt daher nicht.<sup>305</sup>

Für die Rechtslage vor der Schuldrechtsmodernisierung wurde ein Abstellen auf das Ende der Widerrufsfrist bei Haustürgeschäften und Verbraucherdarlehensverträgen für § 460 BGB a. F. diskutiert und vertreten, dass der den Mangel vor Ablauf der Widerspruchsfrist erkennende und den Widerruf unterlassende Käufer keine Gewährleistungsansprüche geltend machen könne.<sup>306</sup> Da der Ablauf der Widerspruchsfrist an die

---

<sup>301</sup> *Holzappel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis<sup>12</sup> (2005), 31 Rn. 17a.

<sup>302</sup> *Harrer*, DStR 1993, 1673, 1675.

<sup>303</sup> In diesem Sinne: OLG Koblenz 22.10.1991, GmbhR 1992, 49, 51; *Semler*, in: *Hölters* (Hrsg.), Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs<sup>6</sup> (2005), 684 Rn. 76.

<sup>304</sup> *Holzappel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis<sup>12</sup> (2005), 33 Rn. 18; *Merkt*, Internationaler Unternehmenskauf (2002), 59 Rn. 190 ff.; *Hilgard*, DB 2007, 595 Fn. 2.

<sup>305</sup> Vgl. zu den Problemen einer Rückabwicklung: *Schmitz*, RNotZ 2006, 561, 567 f.; *Semler*, in: *Hölters* (Hrsg.), Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs<sup>6</sup> (2005), 720 Rn. 155.

<sup>306</sup> *Soergel*<sup>12</sup>/*Huber*, (Fn. 22), § 460 BGB Rn. 18.

ordnungsgemäße Belehrung gekoppelt war, wusste der Käufer von seinem Widerspruchsrecht. Daher könnte diesem Käufer ein widersprüchliches Verhalten unterstellt werden.

Ob diese Diskussion auf die neue Rechtslage übertragen werden kann ist zweifelhaft. Die unter das Verbraucherkreditgesetz oder das Haustürgeschäft fallenden Geschäfte wurden als schwebend unwirksam bis zum Ablauf der Widerspruchsfrist oder der vollständigen Leistungserbringung angesehen. Daher hatte der Käufer bis zum Ablauf der Widerspruchsfrist keine Gewährleistungsansprüche.<sup>307</sup> Die Gewährleistungsrechte setzen einen vollwirksamen Kaufvertrag voraus, so dass die Gewährleistungsrechte erst nach Ablauf der Widerspruchsfrist oder beidseitigen Leistungsaustausch entstanden. Als untragbare Belastung für den Verkäufer wurde es angesehen, dass die Verjährung der Gewährleistungsrechte deshalb möglicherweise erst Jahre nach Vertragsschluss zu laufen begann. Daher sollte für den Zeitraum der schwebenden Unwirksamkeit § 460 BGB a. F. Anwendung finden.<sup>308</sup> Mit der Neuregelung des Widerrufsrechts in § 355 BGB ist ein Großteil dieser Problematik entfallen. Ein Verbrauchervertrag mit Widerrufsrecht ist von Anfang an wirksam,<sup>309</sup> ob es der dogmatischen Kategorie der „schwebenden Wirksamkeit“ bedarf, die die Regierungsbegründung<sup>310</sup> eingeführt hat, wird bestritten,<sup>311</sup> ist jedoch an dieser Stelle unerheblich. Mit der anfänglichen Wirksamkeit dieser Verträge ist also ein Konfliktpotential bei der Anwendung des § 442 BGB auf den Widerruf entfallen.

Wenn man als Hauptgrund für das Abstellen auf das Ende der Widerspruchsfrist bei § 460 BGB a. F. aber das widersprüchliche Verhalten des Käufers sah,<sup>312</sup> so kann man diese Überlegung auch für das hier interessierende freie, vertragliche Rücktrittsrecht fruchtbar machen. Obwohl der durch die Widerrufsmöglichkeit begünstigte Verbraucher schwer mit dem Unternehmenskäufer vergleichbar ist, gibt es einige Gemeinsamkeiten zwischen Widerruf und freiem, in das Belieben einer Partei gestelltem Rücktrittsrecht als closing condition bei einem Unternehmenskauf. Der Systematik des BGB entsprechend sollte man die Widerrufsrechte als besonders gestaltete, gesetzliche Rücktrittsrechte

---

<sup>307</sup> *Soergel*<sup>12</sup>/*Huber*, (Fn. 22), § 459 BGB Rn. 6 m. w. N.

<sup>308</sup> *Kiefer*, NJW 1989, 3120, 3122 f.

<sup>309</sup> *Bamberger/Roth/Grothe*<sup>2</sup>, (Fn. 107), § 355 Rn. 3; *Palandt*<sup>67</sup>/*Grüneberg*, (Fn. 17), § 355 BGB Rn. 4; *Erman*<sup>11</sup>/*Saenger*, (Fn. 34), § 355 BGB Rn. 4; diesen Aspekt übersehend: *Staudinger/Matusche-Beckmann*, (Fn. 174), § 442 BGB Rn. 18.

<sup>310</sup> Entwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drs. 14/2658, 47 Zu § 361a BGB-E Abs. 1.

<sup>311</sup> *Palandt*<sup>67</sup>/*Grüneberg*, (Fn. 17), § 355 BGB Rn. 3; *Bamberger/Roth/Grothe*<sup>2</sup>, (Fn. 107), § 355 BGB Rn. 3.

<sup>312</sup> So wohl: *Soergel*<sup>12</sup>/*Huber*, (Fn. 22), § 460 BGB Rn. 18.

begreifen.<sup>313</sup> Dafür spricht das Übereinstimmen der Rechtsfolgen bei Widerruf und Rücktritt: Der Rücktritt hebt wie der Widerruf die primären Leistungsverpflichtungen auf und begründet ein Rückgewährschuldverhältnis. Auch die Intentionen eines Widerrufsrechts und eines freien Rücktrittsrechts bis zum Closing sind vergleichbar: In beiden Fällen wird der begünstigten Partei die Möglichkeit gegeben, den Vertragsschluss zu überdenken und gegebenenfalls rückgängig zu machen.<sup>314</sup> Weiterhin ähnelt der nicht zu begründende Widerruf dem freien Rücktrittsrecht, welches auch keiner Begründung bedarf. Sieht man das Verhalten eines Verbrauchers, der bei Kenntnis von Mängeln den Widerruf unterlässt als widersprüchlich an, so muss das erst recht für den Unternehmenskäufer gelten, der in Kenntnis von Mängeln trotz seines freien Rücktrittsrechts das Closing vollzieht.

Ein weiterer Grund für das Closing als maßgeblichen Zeitpunkt bei § 442 BGB im Falle eines freien Rücktrittsrechts ist die schwierige Abgrenzung zum bedingten Kaufvertrag. Es ist eine einzelfallabhängige Auslegungsfrage, ob die Parteien einen auflösenden Vertrag unter der Bedingung der Missbilligung durch den Käufer (so genannter *pactum displicentiae*) oder einen Kaufvertrag mit Rücktrittsrecht geschlossen haben. Im letzten Fall ist die Missbilligung die Rücktrittserklärung. Die Interessenlage und die Folgen beider Konstruktionen als closing conditions sind identisch. Aufgrund des fehlenden Leistungsaustauschs bis zum Closing stellt sich auch das Problem der Rückabwicklung nicht. Wie bereits ausgeführt, wird für § 442 BGB auf den Zeitpunkt des Bedingungseintritts abgestellt, wenn dieser vom Käufer zu beeinflussen ist. Das ist bei einem *pactum displicentiae* der Fall. Die identische Interessenlage bei beiden rechtlichen Konstruktionen rechtfertigt eine Gleichbehandlung eines solchen bedingten Vertrags mit einem freien Rücktrittsvorbehalts als closing condition.

Für das Abstellen auf das Closing als maßgeblichen Zeitpunkt bei einem freien vertraglichen Rücktrittsrecht sprechen auch die Besonderheiten eines Unternehmenskaufs. Abwicklungsvorgänge, die normalerweise im deutschen Recht beim Vertragsschluss stattfinden, werden nach hinten verschoben und die Vertragsunterzeichnung dadurch von Ballast befreit.<sup>315</sup> Der Unternehmenskauf wird zeitlich gestreckt.<sup>316</sup> Die rechtliche Bindungswirkung des Vertragsschlusses ist bei einem freien Rücktrittsrecht bis zum

---

<sup>313</sup> BGH 17.03.2004, BB 2004, 1246; *Staudinger/Kaiser*, BGB, §§ 328-359 BGB (2004), § 355 BGB Rn. 18; Münchener Kommentar zum BGB/*Masuch*, II a: §§ 241-432 BGB<sup>5</sup> (2007), § 355 BGB Rn. 32; *Bamberger/Roth/Grothe*<sup>2</sup>, (Fn. 107), § 355 BGB Rn. 3; *Palandt*<sup>67</sup>/*Grüneberg*, (Fn. 17), § 355 BGB Rn. 3 jeweils m. w. N.; *von Koppenfels*, WM 2001, 1360, 1361.

<sup>314</sup> *Staudinger/Kaiser*, (Fn. 313), § 355 BGB Rn. 18.

<sup>315</sup> So *Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis<sup>12</sup> (2005), 35, Rn. 20.

<sup>316</sup> *Merkt*, Internationaler Unternehmenskauf (2002), 59 Rn. 191.



Closing sehr gering, so dass ein Abstellen auf den Vertragsschluss bei § 442 BGB nicht sinnvoll erscheint. Ein solcher Unternehmenskaufvertrag unterscheidet sich aufgrund des Closings sehr stark von den im deutschen Recht üblichen Kaufverträgen, bei denen auf den Vertragsschluss bei § 442 BGB abgestellt wird. Gemeinsamer Nenner der Diskussion um den entscheidenden Zeitpunkt bei § 442 BGB ist die Berücksichtigung der vertraglichen Bindung und der Möglichkeit der Einflussnahme des Käufers auf diese. Diese Überlegung rechtfertigt einen anderen Zeitpunkt bei einem mit einer Wollensbedingung versehenen Kaufvertrag oder aber bei einem Widerrufsrecht. Rechtfertigt die Einflussnahmemöglichkeit des Käufers auf die schuldrechtliche Verpflichtung aber ein Abstellen auf einen anderen Zeitpunkt als den Vertragsschluss, so muss dies konsequenterweise auch für ein ins Belieben des Käufers gestelltes Rücktrittsrecht als closing condition gelten. Auch bei dieser Konstruktion kann der Erwerber wie bei einem bedingten Kaufvertrag seine Interessen nach dem Vertragsschluss wahrnehmen. Weiterhin ist der Käufer zur Wahrung seiner Interessen nicht zum Rücktritt gezwungen. Schließlich kann er seine Interessen auch wahrnehmen, indem er unter Androhung des Rücktritts mit dem Verkäufer einen Preisnachlass oder andere Konzessionen aushandelt. Das ist dem Käufer auch zumutbar und entspricht dem ökonomischen Deutungsansatz des § 442 BGB.<sup>317</sup> Das Abstellen auf das Closing als entscheidender Zeitpunkt bei § 442 ist der Preis, mit dem der Käufer die geringe Bindungswirkung eines solchen Vertrages erkaufte.

#### *dd) Kaufpreisanpassungsklausel*

Klauseln, die die Anpassung des Kaufpreises beim Vorliegen bestimmter Umstände vorsehen, werden in der Praxis auch als closing conditions verwandt. Bei diesen Klauseln kann der Käufer auf die Wirksamkeit der schuldrechtlichen Verpflichtung keinen Einfluss nehmen, nur noch auf deren Inhalt. Weiterhin wird die Kaufpreisanpassungsklausel nur beim Vorliegen bestimmter objektiver Bedingungen eingreifen; eine Klausel, die den Kaufpreis ins Belieben einer Partei stellt, ist schwer vorstellbar. Die Klausel wird dergestalt sein, dass die Ergebnisse einer Post-Signing/Pre-Closing Due Diligence als Grundlage der Kaufpreisbestimmung heran gezogen werden oder bei bestimmten Ergebnissen dieser ein vorab bestimmbarer Ab/Aufschlag gezahlt wird. Auf den Eintritt der Bedingungen hat der Käufer keinen Einfluss. Daher ist die Kaufpreisanpassungsklausel kein Mittel, mit denen der Käufer seine Interessen bezüglich

---

<sup>317</sup> Vgl. Köhler, JZ 1989, 761, 765.

von Mängeln, die bei einer Post-Signing/Pre-Closing Due Diligence nach Vertragsschluss entdeckt werden, wahren kann. Auch kann dem Erwerber kein widersprüchliches Verhalten vorgeworfen werden, wenn er in Kenntnis von Mängeln das Closing vollzieht. Dazu ist er trotz eines Preisanpassungsrechts verpflichtet. Man könnte überlegen, ob einem Käufer, der trotz Kenntnis relevanter Mängel von seinem Preisanpassungsrecht kein Gebrauch macht, das Recht der Minderung oder des Schadensersatzes verwehrt sein sollte. Das ist aber kein Problem der Kenntnis von Mängeln bei § 442 BGB.

#### *ee) Relevanter Zeitpunkt der Kenntnis*

Grundsätzlich ist bei § 442 BGB der Zeitpunkt des Vertragsschlusses der für die Kenntnis von Mängeln relevante Zeitpunkt. Aufgrund der Praxis des Closings beim Unternehmenskauf und den damit verbundenen Besonderheiten, ist in bestimmten Fällen auf das Closing als relevanten Zeitpunkt abzustellen. Das ist der Fall, wenn der Vertrag mit einer Bedingung versehen wurde, deren Eintritt allein vom Käufer beeinflusst werden kann. Dann ist, in Parallele zum Kauf auf Probe gemäß § 454 BGB, auf den Zeitpunkt des möglichen Bedingungseintritts abzustellen. Ist die Bedingung als closing condition zu werten, so ist das Closing der relevante Zeitpunkt. Das gleiche gilt, wenn dem Käufer bis zum Closing ein freies Rücktrittsrecht eingeräumt wird. Dass der entscheidende Zeitpunkt bei § 442 BGB hinter der eigentlichen Abschlusshandlung des Vertrages liegt, ist die Kehrseite der geringen Bindung, die ein solcher Vertrag besitzt.

Hat der Vertrag dagegen eine hohe Bindungswirkung, wie im Falle eines Preisanpassungsrechts, so muss bei § 442 BGB auf den Vertragsschluss abgestellt werden. Der Käufer hat in diesem Fall keine andere Möglichkeit, als seine Interessen mittels der Gewährleistungsrechte wahr zu nehmen.

#### *6. Grobfahrlässige Unkenntnis*

Gemäß § 442 I Satz 2 BGB ist die grob fahrlässige Unkenntnis von Mängeln der Kenntnis nach § 442 I Satz 1 BGB gleichgestellt. Der Käufer verliert in diesem Fall auch seine Gewährleistungsrechte, es sei denn, der Verkäufer verschwieg den Mangel arglistig oder gab eine Garantie ab. Der Unternehmenskäufer kann daher auch bei Unkenntnis aber Wissenmüssen seine Gewährleistungsrechte verlieren.

Grob fahrlässig handelt dabei eingeschlifftem Sprachgebrauch zufolge derjenige, der die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders schwerer Weise vernachlässigt und das

unterlässt, was jedem hätte einleuchten müssen.<sup>318</sup> Um mit dem Begriff der groben Fahrlässigkeit sinnvoll arbeiten zu können, ist eine Betrachtung der ratio legis des § 442 I Satz 2 BGB unumgänglich. Nach den Motiven zum BGB gelte im Verkehr die Regel, dass jeder die Augen aufhalten müsse.<sup>319</sup> Das wird als Überrest des auch im gemeinen deutschen Recht bekannten Grundsatzes „caveat emptor“<sup>320</sup> gedeutet.<sup>321</sup> Dieses rechtspolitische Prinzip wird stellenweise als überholt und überwunden angesehen, so dass § 442 I Satz 2 BGB als Beweiserleichterung gesehen wird.<sup>322</sup> Ob mit der Beschränkung auf grobe Fahrlässigkeit bei § 442 I Satz 2 BGB eine völlige Überwindung des Prinzips „caveat emptor“ einhergeht,<sup>323</sup> erscheint fraglich. Zumindest Reste dieses Grundsatzes sind in § 442 I Satz 2 BGB erkennbar und dieser Grundsatz entspringt der Überzeugung, dass jeder, und somit auch der Käufer, die Pflicht habe, die Augen offen zu halten. Ausweislich der Motive ist das die Grundüberlegung zu dieser Norm und ein völliges Negieren dieser Gedanken erscheint nicht angebracht. Trotzdem ist zur Auslotung der Grenzen der Norm eine Klärung weiterer Zwecke der Norm hilfreich. Würde § 442 I Satz 2 BGB tatsächlich nur der Umsetzung eines im deutschen Recht fragwürdigen Prinzips dienen, so wäre die Anwendung dieser Vorschrift zweifelhaft. Eine Deutung als *venire contra factum proprium* erscheint auf den ersten Blick schwierig, da der Käufer bei § 442 I Satz 2 BGB grob fahrlässige Unkenntnis besitzt, er also gerade nicht in Kenntnis der Mangelhaftigkeit den Vertrag schloss. Trotzdem ist der Vorwurf des widersprüchlichen Verhaltens gerechtfertigt: Es ist anstößig, falls sich der offensichtlichen Mängeln verschließende Käufer später auf Gewährleistungsrechte beruft.<sup>324</sup> Eine weitere wichtige Funktion des § 442 I Satz 2 BGB ist in der Schaffung einer Beweiserleichterung für den Verkäufer zu sehen.<sup>325</sup> Diesem wird es fast immer unmöglich sein, den Nachweis der Kenntnis des Käufers bezüglich Mängel zu führen. § 442 I Satz 2 BGB schafft hier Abhilfe. Unter ökonomischen Aspekten wird § 442 I Satz 2 BGB als Instrument zur Vermeidung unnötiger Vertrags- und Transaktionskosten verstanden: Dem Käufer ist es

---

<sup>318</sup> RG 19.02.1931, RGZ 131, 343, 355; BGH 11.05.1953; BGHZ 10, 14, 16.

<sup>319</sup> *Mugdan*, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band: Recht der Schuldverhältnisse (Berlin 1899), 125 Rn. 226.

<sup>320</sup> Zu diesem Grundsatz: S. 8 [§ 1 I. 4.].

<sup>321</sup> *Soergel*<sup>12</sup>/*Huber*, (Fn. 22), § 460 BGB Rn. 4.

<sup>322</sup> § 442 I Satz 2 BGB im Zusammenhang mit einer Due Diligence als Beweiserleichterung verstehend: LG Berlin 1.2.2005 - 5 O 176/04 – juris Rn. 168; *Soergel*<sup>12</sup>/*Huber*, (Fn. 22), § 460 BGB Rn. 4.

<sup>323</sup> So: *Soergel*<sup>12</sup>/*Huber*, (Fn. 22), § 460 BGB Rn. 4.

<sup>324</sup> *Soergel*<sup>12</sup>/*Huber*, (Fn. 22), § 460 BGB Rn. 4.

<sup>325</sup> Für die Funktion der Beweiserleichterung zustimmend: *Köhler*, JZ 1989, 761, 764; *Soergel*<sup>12</sup>/*Huber*, (Fn. 22), § 460 BGB Rn. 4; *MünchKomm BGB*<sup>4</sup>/*Westermann*, (Fn. 18), § 442 BGB Rn. 2.

zuzumuten, dass er beim Kauf die Augen aufmacht und seine Interessen schon beim Vertragsschluss wahrnimmt. Fragwürdig an dieser Begründung ist, ob es eines solchen Anreizes zur Wahrnehmung eigener Interessen überhaupt bedarf.<sup>326</sup> Trotzdem ist es richtig, dass es Situationen gibt, bei denen eine Abwägung der Käufer- und Verkäuferinteressen ergibt, dass dem Käufer eine Pflicht zur Informationsbeschaffung auferlegt wird.<sup>327</sup> Insgesamt gesehen soll der Käufer zu einer reibungslosen Abwicklung des Verkehrsgeschäftes beitragen,<sup>328</sup> wobei eine Verletzung dieser Pflicht den Gewährleistungsausschluss nach sich ziehen kann.

Im Hinblick auf die Due Diligence stellen sich bei § 442 I Satz 2 BGB zwei Probleme. Einmal muss geklärt werden, ob ein Käufer, der von der Durchführung einer Due Diligence absieht, sich dem Vorwurf der groben Fahrlässigkeit ausgesetzt sieht. Grundsätzlich trifft einen Käufer nicht die Pflicht zur Untersuchung des Kaufgegenstandes, jedoch soll in bestimmten Fällen das Unterlassen einer Untersuchung den Vorwurf der groben Fahrlässigkeit begründen.

Die andere Frage ist, ob eine unsorgfältig durchgeführte Due Diligence die Rechtsfolgen des § 442 I Satz 2 BGB haben kann. Falls dem so wäre, verlöre der Erwerber seine Gewährleistungsrechte beim Übersehen von offensichtlichen Mängeln bei einer Due Diligence. Relevant wird dieses Problem, falls in dem nach der Prüfung geschlossenen Kaufvertrag eine ausdrückliche Beschaffenheit des Unternehmens vereinbart wurde und der Käufer bei sorgfältiger Prüfung die Abweichung von der tatsächlichen Beschaffenheit hätte erkennen müssen.<sup>329</sup>

#### *a) Unterlassene Due Diligence*

Anerkanntermaßen trifft den Käufer keine allgemeine Pflicht zur Untersuchung des Kaufgegenstandes auf etwaige Mängel.<sup>330</sup> Der Gewährleistungsausschluss nach § 442 I Satz 2 BGB ist als Ausnahmetatbestand zu begreifen, eine Untersuchungs- oder Erkundigungsobliegenheit für den Käufer bezüglich der Kaufsache ist nur in besonderen Einzelfällen gerechtfertigt. Begründen bestimmte Umstände eine Untersuchungspflicht des Erwerbers, so rechtfertigt das Unterlassen dieser Untersuchung den Vorwurf der

---

<sup>326</sup> MünchKomm BGB<sup>4</sup>/Westermann, (Fn. 18), § 442 BGB Rn. 1.

<sup>327</sup> Vgl. Köhler, JZ 1989, 761, 767.

<sup>328</sup> MünchKomm BGB<sup>4</sup>/Westermann, (Fn. 18), § 442 BGB Rn. 1.

<sup>329</sup> Vgl. zu einem Fall aus der Praxis: LG Berlin 1.2.2005, Az. 5 O 176/04.

<sup>330</sup> RG 19.02.1931, RGZ 131, 343, 353; MünchKomm BGB<sup>4</sup>/Westermann, (Fn. 18), § 442 BGB Rn. 9; Staudinger/Matusche-Beckmann, (Fn. 174), § 442 BGB Rn. 24; Erman<sup>11</sup>/Grunewald, (Fn. 34), § 442 BGB Rn. 11; Bamberger/Roth/Faust<sup>2</sup>, (Fn. 107), § 442 BGB Rn. 20.

groben Fahrlässigkeit.<sup>331</sup> Dabei soll betont werden, dass man vom Bestehen einer Untersuchungspflicht in Bezug auf das Unternehmen nicht sofort auf eine Pflicht zur Durchführung einer Due Diligence schließen kann. Dieser Schluss verbietet sich aufgrund des nicht feststehenden Umfangs und der Intensität einer Due Diligence, die für jedes Unternehmen unterschiedlich ist. Ob eine Pflicht zur Due Diligence besteht und in welchem Umfang kann erst nach Bejahung einer Untersuchungspflicht geklärt werden.

Es haben sich vier verschiedene Kategorien herausgebildet, bei denen eine Untersuchungspflicht des Käufers angenommen wird.<sup>332</sup>

#### *aa) Augenfällige Mängel*

Ist der Fehler der Kaufsache offensichtlich und liegt offen zu Tage, so werden dem Käufer die Gewährleistungsrechte gemäß § 442 I Satz 2 BGB verwehrt. Augenfällige Mängel erfordern keine komplizierten Untersuchungen, so dass dem Käufer in diesen Fällen eine informationelle Mitverantwortung zugemutet werden kann.<sup>333</sup> Die Beispiele für augenfällige Mängel sind daher solche von offensichtlichen Schäden an der Sachsubstanz oder bei evidenter Funktionsuntüchtigkeit des Kaufgegenstandes. Beispiele könnten die großflächig durchgerostete Karosserie eines Gebrauchtwagens oder das Fehlen wesentlicher Bestandteile der Kaufsache sein, oder auch die offensichtlich fehlende Funktionstüchtigkeit einer Maschine.<sup>334</sup>

Fraglich ist, ob die Fallgruppe der augenfälligen Mängel auf den Unternehmenskauf Auswirkungen haben kann. In einigen Stellungnahmen wird dieser Fallgruppe ein schmaler Anwendungsbereich zugebilligt.<sup>335</sup> So soll sich eine Untersuchungspflicht beispielsweise aus der offensichtlichen Verunreinigung eines Betriebsgeländes mit umweltgefährdenden Stoffen ergeben.<sup>336</sup>

Im Zusammenhang mit dem Unternehmenskauf ist aber zu beachten, dass sich ein Sachmangel des Unternehmens im Sinne des § 434 BGB nur aus einer Beschaffenheitsvereinbarung ergeben kann.<sup>337</sup> Das Unternehmen als solches kann vor

---

<sup>331</sup> *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht (2001), 479.

<sup>332</sup> Die Arbeit folgt der Kategorisierung von *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht (2001), 479-484.

<sup>333</sup> Vgl. *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht (2001), 480.

<sup>334</sup> Beispiele nach *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 844.

<sup>335</sup> Vgl. *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 845; *Fritzen*, Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform (2004) 169 f.

<sup>336</sup> *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 845.

<sup>337</sup> Siehe: S. 54 [§ 2 I. 2. d) gg)].

einer solchen Vereinbarung keinen Mangel haben. Eine Beschaffenheitsvereinbarung kann wie gezeigt von den Parteien durch eine Due Diligence oder aber im Kaufvertrag getroffen werden. Fehlt es aber vor Abschluss des Kaufvertrags und bei unterlassener Due Diligence an einer solchen Vereinbarung, so kann das Unternehmen keine augenfälligen Mängel haben. Die angesprochene Verunreinigung des Betriebsgeländes ist sicherlich ein Sachmangel an einem Vermögensgegenstands des Unternehmens, diese muss aber kein Mangel an dem Unternehmen an sich begründen. Lässt man aber augenfällige Mängel an bestimmten Vermögensgegenständen des Unternehmens wie ein verunreinigtes Betriebsgrundstück, die Fahruntüchtigkeit einiger Fahrzeuge des Fuhrparks oder aber die offensichtliche Funktionsuntüchtigkeit von Maschinen ausreichen, um eine Untersuchungspflicht des Käufers zu begründen, so begibt man sich in die Nähe eines Zirkelschlusses. Voraussetzung für den Vorwurf der groben Fahrlässigkeit bei augenfälligen Mängeln ist, dass der Mangel offen zu Tage liegt. Das ist aber bei dem Kaufgegenstand Unternehmen nicht der Fall. Der Käufer müsste erst das Unternehmen an sich untersuchen, um zu wissen, welche Vermögensgegenstände zu dem Zielunternehmen gehören. Anschließend müsste für ihn eine Pflicht zur Begutachtung dieser Vermögensgegenstände bestehen. Diese Pflicht kann sich aber nicht aus augenfälligen Mängeln solcher Vermögensgegenstände ergeben. Der Vorwurf der groben Fahrlässigkeit bei unterlassener Prüfung auf augenfällige Mängel kann nur erhoben werden, wenn der Käufer ohne größere Anstrengung eine solche Prüfung vornehmen kann. Aufgrund der Besonderheiten des Kaufgegenstandes Unternehmen kann aber diese Fallgruppe nicht einschlägig sein. Ein Unternehmen kann keine augenfälligen Mängel haben, nur dem Unternehmen gehörende Vermögensgegenstände. Eine Prüfung dieser Vermögensgegenstände setzt eine Prüfung des Unternehmens an sich voraus, da der Erwerber Art und Anzahl der Vermögensgegenstände im Normalfall nicht kennt. Eine solche Pflicht zur Untersuchung des Unternehmens lässt sich nicht aus den augenfälligen Mängeln der Gegenstände begründen. Der Informationsaufwand des Käufers ist zu hoch, um ihn bei unterlassener Prüfung als grob fahrlässig einzuordnen. Von der Frage der Begründung einer Untersuchungspflicht ist die Frage zu trennen, ob bei einer durchgeführten Untersuchung grob fahrlässig gehandelt werden kann, indem beispielsweise augenfällige Mängel übersehen werden. Das kann durchaus der Fall sein, zur Begründung einer Untersuchungspflicht ist das Kriterium der augenfälligen Mängel untauglich.

*bb) Überlegene Sachkunde des Käufers*

Besitzt der Käufer eine besondere Sachkunde, die der Verkäufer gerade nicht besitzt, so kommt eine Untersuchungs- beziehungsweise Erkundigungspflicht des Käufers in Betracht.<sup>338</sup> Von der Rechtsprechung wird insbesondere eine solche Untersuchungspflicht beim Kauf eines Gebrauchtwagens durch einen professionellen Autohändler,<sup>339</sup> sowie den Kauf eines Kunstwerkes durch ein renommiertes Kunsthaus angenommen.<sup>340</sup>

Fraglich ist, ob diese Fallgruppe Relevanz für den Unternehmenskauf hat. Vereinzelt werden in der Literatur Nachweise angeführt, die sich nach Ansicht der Autoren für die Begründung einer Untersuchungspflicht wegen überlegener Sachkunde aussprechen.<sup>341</sup> Die angeführten Nachweise beschäftigen sich aber nach meinem Verständnis mit dem bei einer durchgeführten Prüfung anzulegenden Sorgfaltsmaßstab für § 442 BGB und nicht mit der Frage nach der Begründung einer Untersuchungspflicht. Auch die von *Fritzen* angeführte Entscheidung<sup>342</sup> behandelt die Aufklärungspflichten im Rahmen der culpa in contrahendo gegenüber einem sachkundigen Käufer. Nach der Rechtsprechung bestehen gegenüber einem solchen Käufer geringere Aufklärungspflichten,<sup>343</sup> die Begründung einer Untersuchungspflicht lässt sich meines Erachtens daraus aber nicht ableiten. Daher wird eine Untersuchungspflicht für Unternehmen in dieser Fallgruppe, bis auf die nachstehende Ansicht, im Schrifttum und von der Rechtsprechung nicht vertreten. Eine Meinung will jedoch mit Berufung auf das Prinzip des *cheapest cost avoider* Prinzip eine Untersuchungsobliegenheit bei überlegener Sachkunde des Käufers prinzipiell annehmen.<sup>344</sup>

Berechtigerweise wird die Fallgruppe der überlegenen Sachkunde für die Begründung einer Untersuchungspflicht beim Unternehmenskauf nicht heran gezogen. Das *cheapest cost avoider*-Prinzip kann keine Untersuchungsobliegenheit begründen: Die Prämisse, dass der Käufer Informationen über das Zielunternehmen kostengünstiger als der Verkäufer beschaffen kann, ist nicht haltbar. Die Informationsmöglichkeiten des Käufers

---

<sup>338</sup> *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht (2001), 480.

<sup>339</sup> *Staudinger/Matusche-Beckmann*, (Fn. 174), § 442 BGB Rn. 17;

<sup>340</sup> LG Bielefeld 20.9.1988, NJW 1990, 1999; *Erman*<sup>11</sup>/*Grunewald*, (Fn. 34), § 442 BGB Rn. 15.

<sup>341</sup> *Eggenberger*, Gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen und Folgen einer due-diligence Prüfung (2001), 244 und *Fritzen*, Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform (2004), 171 führen MünchKomm BGB<sup>3</sup>/*Westermann*, (Fn. 47), § 460 BGB Rn. 8; *Merkt*, Internationaler Unternehmenskauf<sup>2</sup> (2002) 173 Rn. 519 als Befürworter einer Untersuchungspflicht bei überlegener Sachkunde an.

<sup>342</sup> OLG Hamburg 3.6.1994, WM 1994, 1378-1390.

<sup>343</sup> BGH 28.11.2001, NJW 2002, 1042.

<sup>344</sup> *Angersbach*, Due Diligence beim Unternehmenskauf (2002), 142.

sind in diese Betrachtung mit einzubeziehen.<sup>345</sup> Es ist nicht denkbar, dass der Käufer bei einem Unternehmenskauf die Möglichkeit der effizientesten Untersuchung hat und aus diesem Grund das Mängelrisiko tragen soll. Die Durchführung einer Due Diligence, insbesondere die einer internen Due Diligence, ist nur mit umfangreicher Unterstützung des Verkäufers beziehungsweise des Zielunternehmens möglich. Auch sonst lassen sich keine Argumente für eine Untersuchungspflicht wegen besonderer Sachkunde finden. Die Rechtsprechung ließ sich bei der Begründung der Untersuchungspflicht im Gebrauchtwagen- und Kunsthandel möglicherweise vom Gedanken der Schutzwürdigkeit des Abkäufers leiten.<sup>346</sup> Der soll sich auf die Prüfung des Verkäufers verlassen können. Dieser Gedanke kann beim Unternehmenskauf nicht verfangen.

Die Ablehnung einer Untersuchungspflicht für diese Fallgruppe lässt sich aber nicht damit begründen, dass der Käufer keine überlegene Sachkunde sondern eine überlegene „Unternehmenskunde“<sup>347</sup> besitzen muss. Müsste sich das überlegene Wissen des Käufers auf das konkrete Unternehmen beziehen, so wäre eine Untersuchung oder eine Pflicht dazu unnötig. § 442 I Satz 1 wäre einschlägig. Im Gebrauchtwagen- oder im Kunsthandel hat der professionelle Käufer auch nur eine überlegene Sachkunde und kein Mehrwissen bezüglich des konkreten Wagens oder des Kunstwerkes. Anderenfalls wäre eine Untersuchung auch nutzlos, da der Käufer bereits Kenntnis hätte.

Die Sachkunde eines Gebrauchtwagen- oder Kunsthändlers ergibt sich aus dem Umstand, dass dieser eine Vielzahl von Transaktionen gleichartiger Sachen durchführt. Ein solcher Händler sollte wissen, welche typischen Mängel bei diesen Sachen auftreten können (Fälschung bei Kunstwerken, Durchrostung bestimmter Teile bei Autos etc.) und kann diese auch darauf untersuchen. Aufgrund Besonderheiten des Kaufgegenstandes Unternehmen gibt es keine typischen Mängel und damit auch keine überlegene Sachkunde des Käufers.

Die Fallgruppe kann daher beim Unternehmenskauf keine Untersuchungspflicht begründen.

---

<sup>345</sup> *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht (2001), 483.

<sup>346</sup> MünchKomm BGB<sup>4</sup>/*Westermann*, (Fn. 18), § 442 BGB Rn. 11.

<sup>347</sup> So aber *Eggenberger*, Gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen und Folgen einer due-diligence Prüfung (2001), 244; *Fritzen*, Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform (2004), 171.



### *cc) Besondere Verdachtsmomente*

Eine Pflicht zur Untersuchung der Kaufsache wird auch in den Fällen angenommen, in denen sich eine Untersuchung den Umständen nach direkt aufdrängt.<sup>348</sup> Auch wer auf das Vorhandensein etwaiger Mängel aufmerksam gemacht worden ist und diesen nicht nachgeht, handelt grob fahrlässig im Sinne des § 442 I Satz 2 BGB.<sup>349</sup>

Aufgrund der besonderen Beschaffenheit eines Unternehmens kann sich eine Untersuchungspflicht nicht auf das Unternehmen als Ganzes beziehen. Wie bereits gezeigt, hat vor der Vereinbarung einer bestimmten Beschaffenheit das Unternehmen keine Mängel. Das gilt auch für die Insolvenzureife oder die Insolvenz eines Unternehmens. Die Annahme einer Standardbeschaffenheit „Solvenz“ für Unternehmen verbietet sich. In der Praxis werden in beachtlichen Umfang Krisenunternehmen gekauft, wofür es auch gute Gründe geben kann.<sup>350</sup> Daher ist es unschädlich, falls der Käufer Kenntnis von notorischen Zahlungsschwierigkeiten oder ähnlichem erhält, solange die Beschaffenheit Solvenz nicht vereinbart wurde.<sup>351</sup>

Denkbar ist aber eine Untersuchungspflicht bezüglich einzelner Vermögensgegenstände eines Unternehmens, falls diese für sich Sachmängel im Sinne des § 434 BGB haben. Ein Beispiel ist die Verunreinigung eines Betriebsgeländes mit umweltgefährdenden Stoffen. Bekommt der Käufer Hinweise auf einen solchen Mangel bezüglich einzelner Assets, so muss er diesen Hinweisen auch nachgehen um sich nicht dem Vorwurf der groben Fahrlässigkeit auszusetzen. Diese Hinweise können vom Verkäufer oder Dritten wie der Presse stammen. Den Käufer trifft jedoch nicht die Pflicht sich nach solchen Hinweisen zu erkundigen, da dies auf eine Untersuchungspflicht hinausläuft. Beispielsweise müssen nicht die Pressearchive überregionaler Presseerzeugnisse nach Hinweisen durchsucht werden. Falls der Erwerber aber Kenntnis von besonderen Verdachtsmomenten erlangt, so muss er diesen auch nachgehen. Da sich diese Verdachtsmomente nur auf einzelne Vermögensgegenstände beziehen, trifft den Käufer in diesem Fall aber nur eine eingeschränkte Untersuchungsobliegenheit. Diese nimmt nicht den Umfang einer vollständigen Due Diligence an, da eine Prüfung des ganzen Unternehmens die Untersuchungspflichten des Erwerbers bei weitem überspannen würde. Dabei soll

---

<sup>348</sup> *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht (2001), 482; *Staudinger/Matusche-Beckmann*, (Fn. 174), § 442 BGB Rn. 32.

<sup>349</sup> *Staudinger/Matusche-Beckmann*, (Fn. 174), § 442 BGB Rn. 28.

<sup>350</sup> Zu diesen Gründen: *Lubos*, DStR 1999, 951.

<sup>351</sup> Entgegen *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 845; *Fritzen*, Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform (2004), 170.

betont werden, dass an sich mangelbehaftete assets nicht zu einem Mangel des Unternehmens führen. Für einen gewährleistungsrechtlichen Mangel eines Unternehmens ist eine Beschaffenheitsvereinbarung notwendig.<sup>352</sup> Bezieht sich aber eine solche Beschaffenheitsvereinbarung auf die Mangelfreiheit von assets, so verliert der Käufer seine Rechte gemäß § 442 I Satz 2 BGB, falls er besonderen Verdachtsmomenten bezüglich der assets nicht nachgegangen ist.

#### *dd) Natur der Kaufsache*

Für bestimmte Kaufgegenstände wurden für den Käufer Untersuchungs- und Erkundigungspflichten entwickelt, die sich aus der Natur der Kaufsache ergeben.<sup>353</sup> Im Rechtsverkehr haben sich für bestimmte Geschäftstypen Sonderregeln herausgebildet, die man als Verkehrssitte bezeichnet. Hat sich die Untersuchung des Kaufgegenstandes durch den Käufer als Verkehrssitte herausgebildet, so wirft man diesem bei unterlassener Prüfung grobe Fahrlässigkeit im Sinne des § 442 I Satz 2 BGB vor.<sup>354</sup>

Die Diskussion der Due Diligence als Verkehrssitte hat in der Literatur einen verhältnismäßig großen Umfang angenommen.<sup>355</sup> Der Einfluss einer nicht durchgeführten Due Diligence auf die Gewährleistungsrechte des Käufers wird im Schrifttum kontrovers beurteilt. So wird die Due Diligence aufgrund empirischer Erhebungen auf der einen Seite als Verkehrssitte angesehen oder aber dieser Befund wird wegen des uneinheitlichen Standards der Due Diligence oder der schmalen empirischen Basis bestritten. Diskutiert wird weiterhin, ob selbst bei Annahme einer Verkehrssitte dem eine Due Diligence unterlassenden Käufer der Vorwurf der groben Fahrlässigkeit gemacht werden kann.

#### *(1) Pflicht zur Besichtigung*

Beim Kauf einer Immobilie besteht die Verkehrssitte, diese vor dem Kauf zu besichtigen.<sup>356</sup> Wird das unterlassen, so handelt der Käufer grob fahrlässig im Sinne des § 442 I Satz 2 BGB. Die Intensität der Untersuchungspflicht hängt von weiteren Faktoren ab, wie einer möglichen Sachkunde des Erwerbers oder dem Hinzutreten von Verdachts-

---

<sup>352</sup> Siehe S. 54 [§ 2 III. 3. d)]

<sup>353</sup> *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht (2001), 483.

<sup>354</sup> *Staudinger/Matusche-Beckmann*, (Fn. 174), § 442 BGB Rn. 30; OLG Dresden 24.8.1901, OLGE 4, 32.

<sup>355</sup> Zuletzt *Böttcher*, ZGS 2007, 20-25 m. w. N.

<sup>356</sup> *Palandt*<sup>67</sup>/*Weidenkaff*, (Fn. 17), § 442 Rn. 15; Anwaltkommentar/*Büdenbender*, II/1: §§ 241-610 BGB (2005), § 442 BGB Rn. 17; *Erman*<sup>11</sup>/*Grunewald*, (Fn. 34), § 442 BGB Rn. 12; *Soergel*<sup>12</sup>/*Huber*, (Fn. 22), § 460 BGB Rn. 20.

momenten. Rechtsprechung und Literatur sind sich aber trotz einzelner Kritik einig,<sup>357</sup> dass den Käufer eine Obliegenheit zur Besichtigung beim Kauf eines Grundstücks trifft.

Gehören zu den Vermögensgegenständen eines Unternehmens Grundstücke, so ist bei einem Unternehmenskauf eine Pflicht zur Besichtigung dieser Grundstücke denkbar. Insbesondere bei einem Asset Deal, wo die einzelnen Vermögensgegenstände des Unternehmens an den Erwerber übertragen werden, könnte man an eine solche Pflicht denken.

Eine solche Pflicht besteht aber nicht, da der Kaufgegenstand das Unternehmen ist und nicht die einzelnen Vermögensgegenstände. Der Erwerber müsste vor Vertragsschluss feststellen, welche Grundstücke dem Unternehmen gehören, um seine Obliegenheit zu erfüllen. Das würde die Anforderungen an den Käufer weit überspannen. An dieser Stelle wird auch der Unterschied zur Fallgruppe der besonderen Verdachtsmomente deutlich:<sup>358</sup> In dieser Fallgruppe sind die Obliegenheiten begrenzt und für den Käufer deutlich erkennbar. Das ist bezüglich der im Rahmen eines Asset Deals übertragenen Vermögensgegenstände, bei denen sich aufgrund ihrer Natur eine Prüfungsobliegenheit herausgebildet hat, nicht der Fall. Weiterhin darf es keinen Unterschied machen, ob der Unternehmenskauf im Wege eines Asset oder Share Deal abgewickelt wird: Beim Share Deal erwirbt der Erwerber mit der Übertragung aller Geschäftsanteile die Gesellschaft selbst, ohne dass es zu einer Einzelrechtsübertragung der einzelnen Vermögensgegenstände kommt. Wenn man aber richtigerweise den Unternehmenskauf im Wege des Asset und Share Deal gewährleistungsrechtlich gleichbehandelt,<sup>359</sup> so kann die Pflicht zur Besichtigung von Grundstücken nicht von der Art des Erwerbs abhängen. Daher trifft den Käufer grundsätzlich keine Pflicht zur Besichtigung von Grundstücken, falls diese zu den Vermögensgegenständen des Zielunternehmens gehören.

Ohne nähere Begründung wird in der Literatur stellenweise eine Obliegenheit zur Besichtigung des Unternehmens angenommen.<sup>360</sup> Das erscheint auf den ersten Blick plausibel, wenn man an die Verkehrssitte der Besichtigung beim Grundstückskauf denkt. Bei näherer Betrachtung erscheint diese pauschale Vorgabe aber problematisch. Denn auch bei dieser angenommenen Besichtigungsobliegenheit ist die fehlende, standardisierte Beschaffenheit des Kaufgegenstandes zu bedenken. Konkret ist fraglich, was der Erwerber

---

<sup>357</sup> Kritisch gegenüber einer Untersuchungspflicht: *Bamberger/Roth/Faust*<sup>2</sup>, (Fn. 107), § 442 BGB Rn. 21.

<sup>358</sup> Vgl. S. 99 [§ 2 III. 6. a) aa]

<sup>359</sup> BGH 16.10.1968, NJW 1969, 184; 12.11.1975, BGHZ 65, 246, 248 f; 16.1.1991, NJW 1991, 1223; 4.4.2001, NJW 2163, 2164.

<sup>360</sup> So AnwK/*Büdenbender*, (Fn. 356), § 442 BGB Rn. 19; *Erman*<sup>11</sup>/*Grunewald*, (Fn. 34), § 442 BGB Rn. 14.

als Unternehmen besichtigen soll. Muss der Käufer jede Produktionsstätte eines Industrieunternehmens besichtigen? Ist bei einem Einzelhandelsgroßunternehmen jede einzelne Filiale einer Besichtigung zu unterziehen? Ist es sinnvoll, bei einem Dienstleistungsunternehmen die angemieteten Büroräume zu inspizieren und welcher Kenntnissgewinn ist dabei zu erwarten? Diese Beispiele zeigen die praktischen Probleme, wenn man eine solche Obliegenheit zur Besichtigung des Zielunternehmens annimmt. Ein weiteres Problem ist der Umfang der Besichtigungsobliegenheit. Beschränkt sich diese nur auf eine Besichtigung<sup>361</sup> oder muss der Erwerber auch Einblick in die Buchhaltung in die Buchhaltung nehmen und Geschäftsabschlüsse näher betrachten<sup>362</sup>? All diese praktischen Probleme sprechen gegen die Annahme einer Obliegenheit zur Unternehmensbesichtigung. Erstens ist unklar, was bei einem Unternehmen besichtigt werden muss. Eine Obliegenheit zur Besichtigung einzelner Vermögensgegenstände besteht wie gezeigt nicht. Die Obliegenheit zur Besichtigung des Unternehmens liefe aber auf eine Besichtigungspflicht solcher Vermögensgegenstände des Unternehmens hinaus, wobei möglicherweise auch angemietete oder gepachtete Grundstücke oder Maschinen besichtigt werden müssten. Zweitens ist der Umfang einer solchen Besichtigungsobliegenheit unklar. Beschränkt man die Obliegenheit alleine auf die Besichtigung, so ist der Erkenntnisgewinn für den Käufer auch sehr gering. Erweitert man diese auf die Buchhaltung und Geschäftsabschlüsse, so überspannt man die Untersuchungspflichten des Käufers. Eine solche Prüfungspflicht ist in vielen Fällen nur unter Herbeiziehung von Spezialisten möglich, wozu der Käufer im Rahmen des § 442 I Satz 2 BGB grundsätzlich nicht verpflichtet ist<sup>363</sup>. Weiterhin lässt sich eine solche umfassende Prüfungspflicht kaum noch unter „Besichtigung des Unternehmens“ einordnen. Die Besonderheiten des Kaufgegenstandes Unternehmen sprechen daher klar gegen eine Obliegenheit zur Besichtigung des Unternehmens.

## *(2) Due Diligence als Verkehrssitte*

Das Unterlassen der Untersuchung des Zielunternehmens könnte aber ein grob fahrlässiges Verhalten im Sinne des § 442 I Satz 2 BGB darstellen, wenn man die Due Diligence beim Unternehmenskauf als Verkehrssitte in Deutschland ansieht. Als Verkehrssitte bezeichnet man eine tatsächliche, in den betreffenden Verkehrskreisen

---

<sup>361</sup> So *Erman*<sup>11</sup>/*Grunewald*, (Fn. 34), § 442 BGB Rn. 14.

<sup>362</sup> So *AnwK/Büdenbender*, (Fn. 356), § 442 BGB Rn. 19, wobei eine Obliegenheit zur Due Diligence verneint wird.

<sup>363</sup> *Bamberger/Roth/Faust*<sup>2</sup>, (Fn. 107), § 442 BGB Rn. 20; *Erman*<sup>11</sup>/*Grunewald*, (Fn. 34), § 442 BGB Rn. 11.

herrschende Übung.<sup>364</sup> Fraglich ist, ob die Due Diligence beim Unternehmenskauf eine solche Verkehrssitte darstellt.

Die Due Diligence ist das maßgeschneiderte Instrument zur Untersuchung eines Unternehmens und ist in Deutschland bei Unternehmenskäufen verbreitet. Bereits 1996 behauptete *Merkt*<sup>365</sup>, „dass ein mittlerer oder größerer Unternehmenskauf ohne „due diligence“ in dieser oder jener Form praktisch nicht vorkommt.“ Obwohl sich ein Großteil der Diskussion im Schrifttum auf die empirische Verbreitung der Due Diligence und der damit einhergehenden Ausbildung als Verkehrssitte beschäftigt, ist ein weiterer Punkt zu beachten: Ist der Vorwurf der groben Fahrlässigkeit im Sinne des § 442 I Satz 2 BGB aufgrund der Besonderheiten des Unternehmenskaufs beim Unterlassen einer Due Diligence gerechtfertigt, auch wenn die Prüfung möglicherweise heute zum Standard eines Unternehmenskaufs gehört?

Autoren, die sich für die Due Diligence als Verkehrssitte aussprechen,<sup>366</sup> verweisen auf die tatsächliche Verbreitung dieser bei Unternehmenstransaktionen. Nach der bereits zitierten Studie von *Berens/Strauch* wurde in dem ausgewerteten Zeitraum von 1997-2000 bei 74,1 % der akquirierten Zielunternehmen eine Due Diligence durchgeführt.<sup>367</sup> Inhaltlich wurden am häufigsten bei einer Due Diligence die Teilreviews Financial & Tax mit 94,7 % und Legal mit 89,8 % durchgeführt.<sup>368</sup> Einen hohen Verbreitungsgrad haben auch die Strategy & Market und die Human Resources Due Diligence mit jeweils 84,9 % und 71,1 %. Der gegenüber diesen Teilbereichen niedrigere Verbreitungsgrad anderer Teilreviews wie beispielsweise der environmental due diligence (43,6 %) lässt sich mit den jeweiligen Besonderheiten des Zielunternehmens erklären. Der gezeigte Verbreitungsgrad der einzelnen Teilbereiche deckt sich mit einer älteren Studie.<sup>369</sup> Die Zahlen sprechen dafür, dass die Due Diligence weithin geübte Praxis ist.<sup>370</sup> Jedoch ist zu

---

<sup>364</sup> RG 1.11.1901, RGZ 49, 157, 162; 16.10.1903, RGZ 55, 375, 377; *Palandt*<sup>67</sup>/*Heinrichs*, (Fn. 17), § 133 BGB Rn. 21; *Staudinger/Singer*, BGB, §§ 90-133 BGB (2004), § 133 BGB Rn. 65 m. w. N.

<sup>365</sup> *Merkt*, WiB 1996, 145, 148.

<sup>366</sup> Für den professionellen Unternehmenserwerb durch einen geschäftsgewandten Käufer: *Semler*, in: *Hölters* (Hrsg.), *Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungserwerbs*<sup>6</sup> (2005), 672 Rn. 41; für eine allgemeine Verkehrssitte: *Vogt*, DStR 2001, 2027, 2031; *Böttcher*, ZGS 2007, 20, 24.

<sup>367</sup> *Berens/Strauch*, Wpg 2002, 511, 516, 525.

<sup>368</sup> Die angegebenen Prozentzahlen für die einzelnen Teilreviews beziehen sich auf Unternehmenstransaktionen mit durchgeführter Due Diligence und nicht auf Unternehmenstransaktionen insgesamt, vgl. *Berens/Strauch*, Wpg 2002, 511, 517. Das verkennt *Böttcher*, Verpflichtung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft zur Durchführung einer Due Diligence beim Beteiligungserwerb (2005), 152; *ders.*, ZGS 2007, 20, 21.

<sup>369</sup> *Berens/Strauch*, Wpg 2002, 511, 518.

<sup>370</sup> So auch: *Klaus J. Müller*, NJW 2004, 2196, 2197; *Böttcher*, ZGS 2007, 20, 23.

beachten, dass sich die gefundenen Ergebnisse auf eine eher schmale Datenbasis stützen.<sup>371</sup> So betrug die Rücklaufquote der verschickten Fragebögen 11,3 %, <sup>372</sup> was den Aussagewert der angegebenen Zahlen relativiert. Insgesamt erscheint es schwierig, eine pauschale Aussage über den Verbreitungsgrad der Due Diligence bei Unternehmenskäufen zu treffen. So zeigt die Studie von *Berens/Strauch* auch, dass der Verbreitungsgrad der Due Diligence stark von der Rechtsform des Unternehmens abhängig ist. Der Verbreitungsgrad lag bei der börsennotierten AG (86,3 %) und der GmbH (85,3 %) deutlich über dem Mittelwert von 74,1 %, während andere Rechtsformen deutlich unter dem Mittelwert lagen. Eine generelle Aussage über den Verbreitungsgrad der Due Diligence bei dem Unternehmenskauf fällt daher schwer. *Böttcher*<sup>373</sup> nimmt mit Verweis auf ein bezirksübergreifendes Kammergutachten des Deutschen Industrie- und Handelskammertags (DIHT) aus den Jahren 1973 und 1974, bei dem der Verbreitungsgrad einer Übung von 85,5 % und 92,95 % als für eine Verkehrssitte ausreichend angesehen wurde,<sup>374</sup> auch eine ausreichende, empirisch belegte Verbreitung der Due Diligence für eine Verkehrssitte an. Diese Annahme beruht jedoch auf dem falschen Verständnis der empirischen Studien. *Berens/Strauch* geben einen gewichteten Mittelwert, wobei dieser dem Prozentsatz von Unternehmenstransaktionen mit durchgeführter Due Diligence entspricht, von 74,1 % an.<sup>375</sup> Der immer wieder angeführte,<sup>376</sup> hohe Verbreitungsgrad der financial und legal due diligence von 94,7 % und 89,8 % bezieht sich auf die durchgeführten Due Diligence Prüfungen und nicht auf die Unternehmenskäufe. Dass heißt, bei 94,7 % der durchgeführten Due Diligence Prüfungen wurde als Teilbereich eine Financial & tax due diligence ausgeführt.

Das Kammergericht Berlin hat in einer Entscheidung<sup>377</sup> aus dem Jahr 1998 nach einer Umfrage unter Handelsrichtern, bei denen sich rund 25 % gegen eine bestimmte Übung aussprachen, eine Verkehrssitte abgelehnt. Diese Ablehnung hielt der revisionsrechtlichen Überprüfung durch den BGH stand. Nach dem BGH<sup>378</sup> rechtfertigten die „marginale

---

<sup>371</sup> Für die Studie von *Marten/Köhler: Fleischer/Körper*, BB 2001, 841, 846.

<sup>372</sup> *Berens/Strauch*, Wpg 2002, 511, 515.

<sup>373</sup> *Böttcher*, Verpflichtung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft zur Durchführung einer Due Diligence beim Beteiligungserwerb (2005), 166; *ders.*, ZGS 2007, 20, 23.

<sup>374</sup> *Harald Schaumburg/Heide Schaumburg*, NJW 1975, 1261, 1262.

<sup>375</sup> *Berens/Strauch*, Wpg 2002, 511, 516; so auch *Larisch*, Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungserwerb (2004), 137.

<sup>376</sup> Vgl. *Böttcher*, Verpflichtung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft zur Durchführung einer Due Diligence beim Beteiligungserwerb (2005), 152; *ders.*, ZGS 2007, 20, 23; *Fritzen*, Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform (2004), 174.

<sup>377</sup> KG Berlin, 12. Januar 1999, Az: 27 U 2719/98.

<sup>378</sup> BGH 11.5.2001, NJW 2001, 2464, 2465.

Bereiche deutlich übersteigenden Minderheitsstimmen<sup>379</sup> die Ablehnung einer entsprechenden Verkehrssitte durch das Berufungsgericht, da die Verkehrssitte auf einer gleichmäßigen und einheitlichen Übung beruhen muss. Da bei circa 25 % der akquirierten Unternehmen keine Due Diligence durchgeführt wurde, ist die Annahme einer Verkehrssitte, entgegen einiger Stimmen in der Literatur,<sup>380</sup> durch die Rechtsprechung im Hinblick auf diese Entscheidung nicht zwingend. Vielmehr ist festzuhalten, dass die empirischen Daten zur Verbreitung nicht eindeutig sind. Die Due Diligence ist sicherlich weit verbreitete Praxis bei Unternehmenskäufen, die mit Hilfe von professionellen Beratern durchgeführt werden. Das vorliegende Zahlenmaterial zeigt aber keinen Verbreitungsgrad der Due Diligence bei allen Unternehmenskäufen, der zur Annahme einer Verkehrssitte zwingt. Eine überwiegend befolgte Praxis stellt keine Verkehrssitte dar, wenn auf sie noch häufig verzichtet wird.<sup>381</sup>

Auch wenn die Due Diligence verbreitete Praxis ist, sprechen möglicherweise verschiedene Argumente gegen die Annahme einer Verkehrssitte oder eines grob fahrlässigen Verhaltens im Sinne des § 442 I Satz 2 BGB. In der Literatur wird diese Fragestellung aus zwei verschiedenen Blickwinkeln betrachtet: Einige Stimmen sprechen sich gegen die Ausbildung der Due Diligence als Verkehrssitte aus,<sup>382</sup> während andere Meinungen<sup>383</sup> sich, unabhängig von der Frage der Verkehrssitte, gegen den Vorwurf der groben Fahrlässigkeit im Sinne des § 442 I Satz 2 BGB aussprechen. Eine solche strikte Trennung bringt aber keine Vorteile. Die Frage nach der Ausbildung einer Verkehrssitte und der groben Fahrlässigkeit im Sinne des § 442 I Satz 2 BGB sind stark miteinander verwoben. Einige der vorgebrachten Argumente gegen die Entstehung einer Verkehrssitte, wie der ungeklärte Umfang und Tiefe der Prüfung, scheinen besser zur Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabes des § 442 I Satz 2 BGB zu passen, als zur Frage des Bestehens einer Verkehrssitte. Auf der anderen Seite ist die Bejahung einer Verkehrssitte aufgrund eines rein empirischen Befunds und die gleichzeitige Verneinung von grober Fahrlässigkeit im Sinne des § 442 I Satz 2 BGB mit dem hergebrachten Verständnis des Paragraphen nicht zu vereinbaren. Ein überzeugendes Argument für eine der beiden

---

<sup>379</sup> Circa 25 % der befragten Handelsrichter.

<sup>380</sup> Die zukünftige Annahme einer Verkehrssitte durch die Rechtsprechung für größere Transaktionen befürchtend: *Triebel/Hölzle*, BB 2002, 521, 526.

<sup>381</sup> *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 846.

<sup>382</sup> *Klaus J. Müller*, NJW 2004, 2196, 2197 f.; *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 845 f.

<sup>383</sup> Auf diese Unterscheidung hinweisend: *Böttcher*, Verpflichtung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft zur Durchführung einer Due Diligence beim Beteiligungserwerb (2005), 163 f.; *ders.*, ZGS 2007, 20, 22.

methodischen Herangehensweisen hat sich mir nicht erschlossen. Ausgangspunkt dieser Arbeit soll der Sorgfaltsmaßstab des § 442 I Satz 2 BGB sein. Danach könnte der eine Due Diligence unterlassende Käufer grob fahrlässig handeln, wenn eine Verkehrssitte der Prüfung des Zielunternehmens besteht und der Erwerber diese durch die unterlassene Untersuchung verletzt.

Gegen einen Verlust der Gewährleistungsrechte nach § 442 I Satz 2 BGB bei unterlassener Due Diligence wird angeführt, dass diese keine Verkehrssitte im Verkäuferinteresse darstelle.<sup>384</sup> Der kaufvorbereitenden Prüfung des Unternehmens läge eine „multiple Motivationslage“ zu Grunde: In dem weit verbreiteten Fall, in dem der Käufer eine Gesellschaft ist, veranlasst die Geschäftsleitung des Käuferunternehmens die Due Diligence zur Erfüllung ihrer Geschäftsleitungspflichten gegenüber der eigenen Gesellschaft.<sup>385</sup> Richtig dabei ist, dass die Rechtsprechung die Überprüfung des Zielunternehmens einer geplanten Übernahme als eine Sorgfaltspflicht der Geschäftsleitung gemäß § 93 AktG angesehen hat und in der Literatur eine solche Pflicht des Vorstandes bejaht wird.<sup>386</sup> Daher wird der eine Due Diligence veranlassende Vorstand immer auch zur Erfüllung seiner Sorgfaltspflichten gegenüber seiner Gesellschaft handeln. Unklar bleibt aber, wie die Motivation des Vorstandes der kaufenden Gesellschaft Einfluss auf die Frage der Verkehrssitte im Sinne des § 442 I Satz 2 BGB haben soll. Die Vorschrift des § 93 AktG legt die allgemeine Sorgfaltspflicht des Vorstandes fest und regelt seine Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft,<sup>387</sup> die Verantwortlichkeit und die Obliegenheiten im Rahmen des Kaufrechts sind dieser Norm nicht zu entnehmen.<sup>388</sup> Käufer des Zielunternehmens ist die Gesellschaft und nicht der Vorstand. Der Käufer führt eine Due Diligence generell zur Verringerung der Informationsasymmetrie bezüglich des Zielunternehmens durch. Eine multiple Motivationslage ist auf der Erwerberseite für mich nicht erkennbar, insbesondere sind die Beweggründe für das Handeln des Vorstandes irrelevant. Es kann keinen Unterschied machen, ob auf der Käuferseite eine juristische oder eine natürliche Person auftritt,<sup>389</sup> die Due Diligence erfüllt für den Käufer nur ihre

---

<sup>384</sup> *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 846.

<sup>385</sup> *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 846.

<sup>386</sup> LG Frankfurt am Main 7.10.1997, AG 1998, 488, 490; mit kritischer Anmerkung: *Erwe*, WuB I G 8. – 2.98; *Hemeling*, ZHR 169 (2005), 274, 276 f; *Stoffels*, ZHR 165 (2001), 362; *Werner*, ZIP 2000, 989, 990, 996; *Kiethe*, NZG 1999, 976, 982.

<sup>387</sup> Münchener Kommentar zum Aktiengesetz/*Hefermehl/Spindler*, III: §§ 76-117 AktG<sup>2</sup> (2004), § 93 AktG Rn. 1.

<sup>388</sup> *Tigges*, FB 2005, 95, 104.

<sup>389</sup> *Böttcher*, ZGS 2007, 20, 25.



bereits aufgezeigten Funktionen.<sup>390</sup> Weiterhin erscheint es zweifelhaft, dass die Verkehrssitte im Verkäuferinteresse durchgeführt werden muss. Die von der Rechtsprechung zum Gebrauchtwagen- und Grundstückskauf entwickelten Fallgruppen sprechen nicht für eine solche Annahme. Zuzugeben ist, dass die Annahme grober Fahrlässigkeit beim Unterlassen einer Untersuchungsobliegenheit dem Verkäufer dient, die Untersuchung an sich führt der Käufer jedoch zur Wahrung seiner Interessen durch. Durch die Untersuchung unternimmt der Erwerber Informationsanstrengungen, um sich vor dem Erwerb einer mangelhaften Sache zu schützen. Dass das Unterlassen einer solchen Verkehrssitte dem Verkäufer mit den Rechtsfolgen des § 442 I Satz 2 BGB zugute kommt, führt aber nicht dazu, dass die Untersuchung im Interesse des Verkäufers durchgeführt wird. Erst die Rechtsfolgen des § 442 I Satz 2 BGB entsprechen dem Interesse des Verkäufers. Daher ist die „multiple Motivationslage“ bei der Frage nach der Etablierung einer Verkehrssitte im Sinne des § 442 I Satz 2 BGB unerheblich.<sup>391</sup>

Gegen die Etablierung der Due Diligence als Verkehrssitte wird angeführt, dass es über die Zulassung und den Umfang der Due Diligence heftige Diskussionen zwischen Käufer und Verkäufer gibt.<sup>392</sup> Insbesondere wenn der Käufer ein Konkurrent des Zielunternehmens ist, wird dieses ungern vertrauliche Informationen im Rahmen einer Due Diligence offen legen. Aus diesem Grund gäbe es nicht wenige Fälle, in denen dem Erwerber eine Due Diligence versagt werde, weil die Preisgabe vertraulicher Informationen an ein Konkurrenzunternehmen drohe.<sup>393</sup> Die Vertraulichkeitsvereinbarungen böten in diesen Fällen nur einen begrenzten Schutz. Insgesamt ist die Stichhaltigkeit dieses Arguments zweifelhaft. Selbstverständlich ist eine Due Diligence von der Gestattung des Verkäufers beziehungsweise des Zielunternehmens abhängig. Das ist aber in den anderen Fallgruppen des Gebrauchtwagen- und Grundstückskaufs genau so. In diesen Fällen kann dem Käufer die Verletzung der Verkehrssitte nur vorgeworfen werden, wenn er die Möglichkeit einer Probefahrt oder Besichtigung hatte.<sup>394</sup> Weiterhin spricht das von *Berens/Strauch* zusammengetragene Zahlenmaterial gegen eine solche

---

<sup>390</sup> So auch *Schmitz*, Due Diligence beim Unternehmenskauf (2002), 95; zu den Funktionen: siehe S. 10 [§ 1 II.].

<sup>391</sup> Im Ergebnis auch: *Schmitz*, Due Diligence beim Unternehmenskauf (2002), 95; *Böttcher*, Verpflichtung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft zur Durchführung einer Due Diligence beim Beteiligungserwerb (2005), 161 f.

<sup>392</sup> *Loges*, DB 1997, 965, 968.

<sup>393</sup> *Loges*, DB 1997, 965, 968.

<sup>394</sup> Auf die *angebotene* Probefahrt beim Gebrauchtwagenkauf abstellend: *Erman*<sup>11</sup>/*Grunewald*, (Fn. 34), § 442 BGB Rn. 13; *MünchKomm BGB*<sup>4</sup>/*Westermann*, (Fn. 18), § 442 BGB Rn. 11.

Einschätzung. Der skizzierte Konflikt zwischen Geheimhaltungsinteressen und dem Interesse an einer Due Diligence müsste in den Fällen, in denen der Verkäufer nicht mit dem Zielunternehmen identisch ist, wie im Falle einer Aktiengesellschaft, besonders heftig sein. Die Fallstudie von *Berens/Strauch* zeigt aber ein über dem Durchschnitt liegenden Verbreitungsgrad der Due Diligence von 86,3 % bei börsennotierten Aktiengesellschaften.<sup>395</sup>

Auch dass der Käufer sich das Recht zur Due Diligence möglicherweise durch einen Verzicht auf die Gewährleistungsrechte „erkauft“,<sup>396</sup> ist kein schlagendes Argument gegen die Annahme einer Verkehrssitte. Im Gebrauchtwagenhandel war vor der Schuldrechtsreform der vertragliche Ausschluss der Gewährleistung *usus*,<sup>397</sup> was die Rechtsprechung nicht von der Etablierung einer Verkehrssitte abhielt. Eine erhöhte Schutzbedürftigkeit des meist geschäftsgewandten Unternehmenskäufers ist auch nicht ersichtlich.<sup>398</sup>

Der gewichtigste Einwand gegen eine Verkehrssitte und dem einhergehenden Rechteverlust gemäß § 442 I Satz 2 BGB ist der nicht geklarte Umfang der Prüfungspflichten bei einer Due Diligence. Daher kann aus Praktikabilitätsgründen schon keine Verkehrssitte angenommen werden.<sup>399</sup> Es gibt aufgrund der Besonderheiten des Kaufgegenstandes Unternehmen keine typische Due Diligence, Umfang und Intensität variieren nach Art und Größe, Branche des Zielunternehmens sehr erheblich.<sup>400</sup> Während beim Gebrauchtwagen- oder Grundstückskauf die Prüfpflichten des Käufers klar feststehen (Probefahrt, Besichtigung), können solche Prüfpflichten beim Unternehmenskauf nicht aufgestellt werden. Eine Übertragung der Fallgruppen, in denen sich eine vorvertragliche Prüfungsobliegenheit des Käufers ausgebildet hat, ist daher auf den Unternehmenskauf nicht möglich.

Gegen eine Übertragung der angesprochenen Fallgruppen spricht weiterhin, dass Unternehmen im Gegensatz zu anderen Kaufgegenständen keine typischen Mängel haben.<sup>401</sup> Wie bereits mehrfach betont, können Unternehmen vor einer Beschaffenheitsvereinbarung keinen Mangel im Sinne des § 434 BGB aufweisen. Zum Zeitpunkt der Due Diligence, die in den meisten Fällen vor der Vereinbarung der Beschaffenheit des

---

<sup>395</sup> *Berens/Strauch*, Wpg 2002, 511, 516.

<sup>396</sup> *Loges*, DB 1997, 965, 968.

<sup>397</sup> Vgl. den Fall OLG Köln, NJW 1973, 903-904.

<sup>398</sup> *Semler*, in: *Hölters* (Hrsg.), Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs<sup>6</sup> (2005), 672 Rn. 40; a. A. *Klaus J. Müller*, NJW 2004, 2196, 2198.

<sup>399</sup> MünchKomm BGB<sup>4</sup>/*Westermann*, (Fn. 18), § 453 BGB Rn. 60; *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 846; *Tigges*, FB 2005, 95, 104.

<sup>400</sup> *Erwe*, WuB I G 8. – 2.98; *Klaus J. Müller*, NJW 2004, 2196, 2198.

<sup>401</sup> *Klaus J. Müller*, NJW 2004, 2196, 2198.

Unternehmens im Kaufvertrag durchgeführt wird, weiß der Käufer somit nicht, welchen Mangel er aufspüren soll. Es würde die Prüfpflichten bei weitem überspannen, wenn man dem Erwerber die Obliegenheit zur Informationssammlung aufbürden würde, damit er anschließende ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarungen mit dem Verkäufer verifizieren kann.

An der sehr umfangreichen Diskussion zum Gewährleistungsverlust gemäß § 442 I Satz 2 BGB beziehungsweise § 460 Satz 2 a. F. aufgrund einer unterlassenen Due Diligence verwundert, dass ausnahmslos alle Stellungnahmen<sup>402</sup> davon ausgehen, dass ein Unternehmen objektive Mängel im Sinne des § 434 BGB beziehungsweise des § 459 I BGB a. F. haben kann. Denn nur solche Mängel könnte der Käufer ja vor einer vertraglichen Festlegung der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes im Rahmen einer Due Diligence finden. Es wird behauptet, dass das mangelhafte Unternehmen die Regel sei.<sup>403</sup> Wie bereits aufgezeigt, kann sich ein Mangel eines Unternehmens im Sinne des § 434 BGB nur aus der Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit ergeben. Ohne Due Diligence wird die Beschaffenheit eines Unternehmens in aller Regel im Kaufvertrag vereinbart,<sup>404</sup> also zeitlich nach einer möglichen Prüfung. Doch auch unter der alten Rechtslage, zu der einige Stellungnahmen erschienen, ist die Annahme eines objektiven Fehlers des Unternehmens im Sinne des § 459 I BGB a. F. nicht möglich. Das ist zu einem dem sehr engen Eigenschaftsbegriff der Rechtsprechung geschuldet. Zum anderen war und ist ein objektiver Fehlerbegriff für den Unternehmenskauf nicht praktikabel.<sup>405</sup> Das bestätigt auch die Auswertung der Rechtsprechung, in der ein Unternehmensmangel im Sinne des § 459 I BGB a. F. anerkannt wurde: Verkauf eines der Unzucht dienenden Absteigequartieres als „Pensionat“;<sup>406</sup> weniger als vertraglich vereinbartes Inventar des Unternehmens;<sup>407</sup> selbst bei der Betriebsuntersagung wegen Rechte Dritter wurde auf die Vertragsmäßigkeit des Unternehmens abgestellt;<sup>408</sup> für den Sachmangel entscheidend war der Zweck des

---

<sup>402</sup> *Böttcher*, ZGS 2007, 20-25; *AnwK/Büdenbender*, (Fn. 356), Anhang zu §§ 433-480: Unternehmenskauf-BGB Rn. 122; *MünchKomm BGB<sup>4</sup>/Westermann*, (Fn. 18), § 453 BGB Rn. 60; *Erman<sup>11</sup>/Grunewald*, (Fn. 34), § 442 BGB Rn. 14; *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 846; *Tigges*, FB 2005, 95, 104; *Klaus J. Müller*, NJW 2004, 2196, 2197 m. w. N.

<sup>403</sup> *Klaus J. Müller*, NJW 2004, 2196, 2198 in Fn. 18.

<sup>404</sup> Zur konkludenten Vereinbarung durch eine Due Diligence: S. 66 [§ 2 III. 4. g)].

<sup>405</sup> Zur alten Rechtslage: *MünchKomm BGB<sup>3</sup>/Westermann*, (Fn. 47), § 459 BGB Rn. 49 m.w.N.

<sup>406</sup> RG 15.11.1907, RGZ 67, 86-90; zweifelnd an der Feststellung des RG, dass der Ruf eines Unternehmens eine Beschaffenheit darstellt: BGH 3.7.1992, NJW 1992, 2564, 2565.

<sup>407</sup> BGH 14.7.1978, NJW 1979, 33.

<sup>408</sup> RG 20.11.1908, RGZ 69, 429-432

Unternehmenskaufvertrags, der im Erwerb der Rechte und der wirtschaftlichen Verwertung dieser an einem technischen Gerät, welches sich später als unbrauchbar erwies, bestand.<sup>409</sup> In allen Fällen ergab sich der Mangel aus der Abweichung von der vertraglichen Soll-Beschaffenheit des Unternehmens. Ein Rechtsverlust aus § 442 I Satz 2 BGB beziehungsweise § 460 Satz 2 BGB a. F. wegen unterlassener Untersuchung des Unternehmens liefe in all diesen Fällen auf eine Sanktionierung der unterlassenen Nachprüfung von vertraglichen Angaben des Verkäufers hinaus. Würde man die Prüfungsobliegenheit auch auf subjektive Fehler ausdehnen, so müsste der Käufer präventiv Informationen sammeln, um die Angaben des Verkäufers bei den Beschaffenheitsvereinbarungen zu überprüfen. Eine solche kaufrechtliche Obliegenheit ist undenkbar. Insbesondere in den Bereichen der financial und legal due diligence, bei denen eine Verkehrssitte am häufigsten diskutiert wird,<sup>410</sup> ist ein objektiver Fehler des Unternehmens nicht denkbar. Ein wichtiger Normzweck des § 442 BGB ist die Verhinderung von Streit über Mängel unter den Vertragsparteien, die der Käufer ohne weiteres vertraglich hätte regeln können.<sup>411</sup> Der Vorwurf der unterlassenen Prüfung bei § 442 I Satz 2 BGB macht daher nur bei objektiven Mängeln der Kaufsache Sinn. Wird aber die Beschaffenheit der Kaufsache vertraglich festgelegt, wie das beim Unternehmenskauf geschieht, so kann es keine Prüfungsobliegenheit für die vertraglichen Angaben des Verkäufers geben. Die gesamte Diskussion zur unterlassenen Due Diligence im Rahmen des § 442 BGB leidet daran, dass die Mängel, auf die sich ein möglicher Gewährleistungsausschluss bezieht, nicht benannt werden. Vom Vorhandensein solcher Unternehmensmängel im Sinne des § 434 BGB vor der vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung wird stillschweigend ausgegangen.<sup>412</sup> Wie gezeigt, gibt es solche objektiven Mängel eines Unternehmens aber nicht. Die Diskussion einer Due Diligence als Verkehrssitte im Sinne des § 442 I Satz 2 BGB entfaltet daher keine praktische Relevanz.

#### *ee) Vertragliche Vereinbarung einer Due Diligence*

Der Vollständigkeit halber soll noch die Fallgestaltung betrachtet werden, in der der Erwerber einen vertraglichen Anspruch auf Durchführung einer Due Diligence hat, diese

---

<sup>409</sup> BGH 9.11.1977, WM 1978, 59-60.

<sup>410</sup> Böttcher, ZGS 2007, 20, 22.

<sup>411</sup> Bamberger/Roth/Faust<sup>2</sup>, (Fn. 107), § 442 BGB Rn. 2; PWW<sup>2</sup>/D. Schmidt, (Fn. 294), § 442 BGB Rn. 1; zu § 460 BGB a. F.: Köhler, JZ 1989, 761, 762.

<sup>412</sup> Fleischer/Körber, BB 2001, 841, 846 halten Unternehmen für nicht typischerweise mangelhafte Kaufgegenstände, wogegen Klaus J. Müller, NJW 2004, 2196, 2198 Fn. 18 das mangelhafte Unternehmen als Regelfall annimmt.

aber nicht durchführt. In der Praxis dürfte dieser Fall kaum vorkommen. Es sollen zwei mögliche Konstellationen unterschieden werden: Der Käufer hat einen Anspruch auf Durchführung einer Due Diligence im vorvertraglichen Stadium und der Erwerber hat einen vertraglichen Anspruch aus dem Kaufvertrag auf eine Post-Signing/Pre-Closing Due Diligence<sup>413</sup>.

Im vorvertraglichen Stadium eines Unternehmenskaufs wird in der Praxis oft die Gewährung einer Due Diligence vereinbart. Dies geschieht in einem *Letter of Intent*, einem *Memorandum of Understanding* oder einem *Head of Agreement*, wobei die Terminologie uneinheitlich ist.<sup>414</sup> Hat der Käufer einen vertraglichen Anspruch auf eine Due Diligence,<sup>415</sup> so stellt sich die Frage, ob er bei Nichtdurchführung seine Gewährleistungsrechte gemäß § 442 I Satz 2 BGB verliert. Dagegen spricht, dass in dem vorvertraglichen Stadium noch keine Beschaffenheitsvereinbarungen getroffen wurden und der Käufer daher keine konkreten Prüfungspflichten hat. Das Unterlassen einer solchen vorvertraglich vereinbarten Due Diligence hat daher möglicherweise einen Aufklärungsverzicht zur Folge, nicht aber einen Verlust der Gewährleistungsrechte aus den Beschaffenheitsabreden der Parteien. Vereinbaren die Parteien eine Beschaffenheit im Kaufvertrag, so darf sich der Käufer grundsätzlich auf diese Vereinbarungen verlassen. Er ist im Rahmen von § 442 I Satz 2 BGB nicht verpflichtet, vorab Informationen zu sammeln um solche Abreden zu verifizieren.

Ewas anderes gilt für den Fall, dass der Käufer einen Anspruch aus dem Kaufvertrag auf eine Post-Signing/Pre-Closing Due Diligence hat und der für § 442 I relevante Zeitpunkt der Kenntnis das Closing ist.<sup>416</sup> In diesem Fall ist der relevante Zeitpunkt der grob fahrlässigen Unkenntnis nicht der Vertragsschluss sondern das Closing.

Ist der Unternehmenskauf durch die closing condition aufschiebend oder auflösend bedingt und die Bedingung von dem Willen des Erwerbers abhängig, so ähnelt dieser Kauf einem Kauf auf Probe gemäß § 454 BGB. Bei diesem hat der Verkäufer aber nur die Mängel zu vertreten, die der Käufer zur Zeit der Billigung weder kannte noch kennen musste.<sup>417</sup> Dies ergibt sich aus dem Rechtsgedanken des § 442 BGB und gilt auch, wenn

---

<sup>413</sup> Zur Begriffsbestimmung: S. 25 [§ 1 IV. 1.].

<sup>414</sup> Vgl. die Übersicht bei AnwK/Büdenbender, (Fn. 356), Anhang zu §§ 433-480: Unternehmenskauf-BGB Rn. 111-117.

<sup>415</sup> Zu den Voraussetzungen eines solchen vorvertraglichen Anspruchs: *Liekefett*, Due Diligence bei M&A-Transaktionen (2005), 238-241; *Harm Peter Westermann*, ZHR 169 (2005), 248, 256.

<sup>416</sup> Vgl. S. 80 [§ 2 III. 5. c)].

<sup>417</sup> RG 21.1.1919, RGZ 94, 285, 287.

die Billigung ohne vorherige Besichtigung erklärt wurde.<sup>418</sup> Dieser Gedanke ist auf den mit einer Potestativbedingung versehenen Unternehmenskaufvertrag zu übertragen. Insbesondere sind in diesem Fall möglicherweise im Kaufvertrag Beschaffenheitsvereinbarungen getroffen worden, aus denen sich ein Mangel im Sinne des § 434 BGB ergeben kann. Dem Käufer ist es daher möglich, konkrete Angaben zu überprüfen, das Problem der nicht festgelegten Prüfofliegenheiten stellt sich nicht. Unterlässt der Käufer daher eine Post-Signing/Pre-Closing Due Diligence und vollzieht das Closing mit Eintritt der Willensbedingung, so haftet der Verkäufer nur für die Mängel, die der Erwerber nicht kannte noch kennen musste.

Das gleiche gilt, wenn die closing condition als freies, vertragliches Rücktrittsrecht ausgestaltet ist und der Käufer das Closing ohne Post-Signing/Pre-Closing Due Diligence vollzieht. Das ergibt sich aus der praktisch kaum möglichen Abgrenzung zwischen einem bedingten Kaufvertrag und einem solchen Vertrag und den identischen Interessenlagen bei den zwei vertraglichen Gestaltungen.<sup>419</sup>

#### *ff) Keine Obliegenheit zur Due Diligence*

Trotz der weithin geübten Praxis der Due Diligence erleidet der eine solche Prüfung unterlassende Käufer daher keinen Rechtsverlust nach § 442 I Satz 2 BGB wegen des Bestehens einer Verkehrssitte. Damit ist aber nur geklärt, dass es dem Käufer überlassen bleibt, ob er das Unternehmen prüft.

Der Käufer setzt sich durch das Unterlassen der Due Diligence nur dem Vorwurf der groben Fahrlässigkeit aus, wenn eine solche vertraglich vereinbart wurde, der Zeitpunkt der möglichen Prüfung nach dem Abschluss des Kaufvertrags liegt (Post-Signing/Pre-Closing Due Diligence) und der für § 442 BGB relevante Zeitpunkt das Closing ist. Es ist zugegebenermaßen schwer vorstellbar, dass in einer solchen Konstellation eine Due Diligence unterlassen wird.

#### *b) Unvollständige oder Unsorgfältige Durchführung der Due Diligence*

An diese Überlegungen anschließend stellt sich die Frage, wie sich eine – nach dem Gesagten freiwillige - unvollständige oder unsorgfältige Due Diligence auf die Gewährleistungsrechte des Käufers auswirkt. Zweifelhaft ist, ob dem Käufer, der bestimmte Bereiche von einer Prüfung ausnimmt oder aber bestimmte Punkte nur unzureichend prüft, der Vorwurf der groben Fahrlässigkeit im Sinne des § 442 I Satz 2 BGB gemacht werden

---

<sup>418</sup> Staudinger/Mader, (Fn. 174), § 454 BGB Rn. 31.

<sup>419</sup> Vgl. S. 90 [§ 2 III. 5. c) cc].

kann. In diesem Fall würde der Käufer nur bei einer gegebenen Garantie für den Mangel haften oder gegebenenfalls bei Arglist.

#### *aa) Unvollständige Due Diligence*

Zuerst soll der Fall betrachtet werden, dass der Käufer nur bestimmte Bereiche eines Unternehmens prüft beziehungsweise einer Due Diligence unterzieht. Denkbar ist auch, dass er nur bestimmte Arten der Due Diligence<sup>420</sup> durchführt.

Lehnt man richtigerweise eine Obliegenheit zur Durchführung einer Due Diligence ab, so kann auch eine nur auf Teilbereiche beschränkte Due Diligence nicht grob fahrlässig im Sinne des § 442 I Satz 2 BGB sein. Ob der Käufer den Kaufgegenstand prüft und wie intensiv er das tut, bleibt ihm überlassen.<sup>421</sup> Kann der Erwerber daher die Abweichung von der Beschaffenheitsvereinbarung nicht erkennen, da er den betreffenden Bereich des Unternehmens nicht prüft, so ist er auf keinen Fall dem Vorwurf der groben Fahrlässigkeit ausgesetzt. Über dieses Ergebnis herrscht in der Literatur Einigkeit.<sup>422</sup>

Eine unvollständige Due Diligence hat aber insofern gewährleistungsrechtliche Konsequenzen, als für die nicht geprüften Bereiche keine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung<sup>423</sup> durch die Due Diligence stattfindet.

#### *bb) Unsorgfältige Due Diligence*

Ein differenziertes Meinungsbild besteht bei der Frage, ob eine unsorgfältige Due Diligence den Vorwurf der groben Fahrlässigkeit gemäß § 442 I Satz 2 BGB mit sich bringen kann. Gemeint ist der Fall, dass sich die Prüfung auf den Bereich des Unternehmens bezieht, bei dem später ein Mangel – Abweichung der vereinbarten von der tatsächlichen Beschaffenheit – festgestellt wird. Möglicherweise verliert der Käufer seine

---

<sup>420</sup> Zu den verschiedenen Formen: S. 15 [§ 1 III.].

<sup>421</sup> *Bamberger/Roth/Faust*<sup>2</sup>, (Fn. 107), § 442 BGB Rn. 22.

<sup>422</sup> *Klaus J. Müller*, NJW 2004, 2196, 2198; *Gaul*, ZHR 166 (2002), 35, 64; *Jagersberger*, Die Haftung des Verkäufers beim Unternehmens- und Anteilskauf (2006), 365; *Eggenberger*, Gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen und Folgen einer due-diligence Prüfung (2001), 269 f.; Diejenigen, die die Rechtsfolgen des § 442 I Satz 2 BGB für eine unsorgfältige Prüfung ablehnen, lehnen implizit auch den Vorwurf der groben Fahrlässigkeit für eine unvollständige Prüfung ab: *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 848; *Ulrich Huber*, AcP 202 (2002), 179, 201; *Picot*, in: *Berens/Brauner/Strauch* (Hrsg.), Due diligence bei Unternehmensakquisitionen<sup>4</sup> (2005), 313, 335; *Weitmayer*, NJW 2002, 2511, 2516; *Angersbach*, Due Diligence beim Unternehmenskauf (2002), 143; *Fritzen*, Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform (2004), 191; *Larisch*, Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf (2004), 152

<sup>423</sup> Vgl. S. 66 [§ 2 III. 4. g)].

Gewährleistungsrechte gemäß § 442 I Satz 2 BGB, falls er diese Abweichung hätte kennen müssen.

Nach einer Ansicht kann eine unsorgfältige Due Diligence keinen Gewährleistungsausschluss gemäß § 442 I Satz 2 BGB mit sich bringen.<sup>424</sup> Hauptargument dieser Meinung ist, dass dem Käufer, der „überobligationsmäßige Anstrengungen“ in Bezug auf die Untersuchung der Kaufsache unternimmt, nicht die Sanktion des Gewährleistungsausschluss nach § 442 I Satz 2 BGB drohen soll. Es bestünde ein unauflösbarer Wertungswiderspruch, falls der unsorgfältig prüfende Käufer seine Gewährleistungsrechte gemäß § 442 I Satz 2 BGB verlieren könnte, während dem eine Untersuchung unterlassenden Erwerber ein solcher Verlust nicht droht. Eine solche willkürliche Ungleichbehandlung könne man nur vermeiden, falls man auch dem unsorgfältig vorgehenden Käufer die Gewährleistungsrechte belasse.

Die Gegenmeinung<sup>425</sup> lässt bei einer unsorgfältigen Due Diligence auch den Vorwurf der groben Fahrlässigkeit gemäß § 442 I Satz 2 BGB zu. Es müsse nach den Umständen des Einzelfalls geprüft werden, ob bei der Durchführung der Due Diligence grob fahrlässig gehandelt wurde. Kriterien für eine solche Prüfung sind: Art und Umfang der zugänglich gemachten Unterlagen und Informationen, die Möglichkeit der Mitarbeiterbefragung, Einsatz sachverständiger Berater, die zur Verfügung stehende Zeit und der Sachverstand des Käufers im Vergleich zu der des Verkäufers.<sup>426</sup> Eine andere Stellungnahme spricht vom Übersehen wesentlicher Umstände.<sup>427</sup>

In der Rechtsprechung wurde bisher, soweit ersichtlich, erst ein Fall zu dieser Problematik entschieden. In dieser Entscheidung<sup>428</sup> hat das LG Berlin eine Gewährleistungsverlust wegen grober Fahrlässigkeit gemäß § 442 I Satz 2 BGB bejaht. Wichtiges Kriterium bei der Feststellung grober Fahrlässigkeit in Bezug auf Mängel einer technischen Anlage war für das Gericht, dass die Verkäuferin eine reine Finanzierungsgesellschaft ohne technischen Sachverstand gewesen war, während die Due Diligence von

---

<sup>424</sup> *Fleischer/Körper*, BB 2001, 841, 848; *Ulrich Huber*, AcP 202 (2002), 179, 201; *Klaus J. Müller*, NJW 2004, 2196, 2198 *Picot*, in: *Berens/Brauner/Strauch* (Hrsg.), Due diligence bei Unternehmensakquisitionen<sup>4</sup> (2005), 313, 333 f.; *Weitmaier*, NJW 2002, 2511, 2516; *Angersbach*, Due Diligence beim Unternehmenskauf (2002), 143; *Fritzen*, Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform (2004) 191; *Larisch*, Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf (2004), 152

<sup>425</sup> *MünchKomm BGB*<sup>4</sup>/*Westermann*, (Fn. 18), § 453 BGB Rn. 59; *Erman*<sup>11</sup>/*Grunewald*, (Fn. 34), § 442 BGB Rn. 14; *AnwK/Büdenbender*, (Fn. 356), § 442 BGB Rn. 19; *Tigges*, FB 2005, 95, 103; *Gaul*, ZHR 166 (2002), 35, 64; *Loges*, DB 1997, 965, 968; *Jagersberger*, Die Haftung des Verkäufers beim Unternehmens- und Anteilskauf (2006), 366 f.

<sup>426</sup> *MünchKomm BGB*<sup>4</sup>/*Westermann*, (Fn. 18), § 453 BGB Rn. 59.

<sup>427</sup> *Loges*, DB 1997, 965, 968.

<sup>428</sup> LG Berlin 1.2.2005 - 5 O 176/04 – juris Rn. 168.



einem Fachunternehmen durchgeführt wurden war. Die Umstände des Falles rechtfertigten den Vorwurf der groben Fahrlässigkeit.

Gegen die Möglichkeit des Gewährleistungsverlustes nach § 442 I Satz 2 BGB wird ein angeblicher Wertungswiderspruch angeführt: Der keine Due Diligence durchführende Käufer stünde besser als der eine Prüfung durchführende.<sup>429</sup> Im Zusammenhang mit diesem Argument wird angeführt, dass in diesem Fall jedem Käufer von einer Due Diligence abzuraten sei<sup>430</sup> beziehungsweise in der Praxis aus Angst vor dem Gewährleistungsausschluss eine Prüfung des Unternehmens unterbliebe.<sup>431</sup> Diesen Mutmaßungen kann nicht zugestimmt werden, da die Due Diligence unbestrittene tatsächliche Vorteile für den Käufer bringt. Insbesondere lässt sich das bei der Funktion Wertermittlung sehen: Nach der Studie von *Berens/Strauch* verringerte sich der Kaufpreis in 67,4 % der Fälle nach einer durchgeführten Due Diligence.<sup>432</sup> Weiterhin ist die Due Diligence für die Vereinbarungen der Beschaffenheit des Unternehmens unabdingbar, da diese ohne Analyse des Kaufgegenstandes nicht möglich ist.<sup>433</sup> Im Regelfall wird die Beschaffenheit ausdrücklich vereinbart, wenn beide Parteien Kenntnis von den Eigenschaften haben. Dass die Beschaffenheit von den Parteien ohne Kenntnis vereinbart wird, ist in der Praxis schwer vorstellbar. Ohne Beschaffenheitsvereinbarungen hat der Unternehmenskäufer aber keine Gewährleistungsrechte aus § 437 BGB, so dass die gesamte Diskussion über die Besserstellung des eine Due Diligence unterlassenden Käufers gekünstelt wirkt. Der Käufer, der die Due Diligence unterlässt, trifft keine konkludenten Beschaffenheitsvereinbarungen durch eine solche Prüfung<sup>434</sup> und eine ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung ohne Kenntnis des Unternehmens auf der Käuferseite ist schwer vorstellbar. Daher bleibt unklar, welche Gewährleistungsrechte der nicht das Unternehmen untersuchende Käufer behalten soll.

Gegen einen pflichtenbegründenden Charakter der Due Diligence werden konzeptionelle Gründe angeführt. So sei die Due Diligence als Einwendung gegen Prospekthaftungsansprüche klagender Anleger konzipiert, sie diene der Abwehr fremder

---

<sup>429</sup> Grundlegend: *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 848.

<sup>430</sup> *Jagersberger*, Die Haftung des Verkäufers beim Unternehmens- und Anteilskauf (2006), 366.

<sup>431</sup> *Angersbach*, Due Diligence beim Unternehmenskauf (2002), 143.

<sup>432</sup> *Berens/Strauch*, Wpg 2002, 511, 522.

<sup>433</sup> *Angersbach*, Due Diligence beim Unternehmenskauf (2002), 67 ff.; *Harm Peter Westermann*, ZHR 169 (2005), 248, 251.

<sup>434</sup> Vgl. S. 66 [§ 2 III. 4. g)].

Ansprüche und nicht, wie von § 442 BGB verlangt, der Wahrung eigener Ansprüche.<sup>435</sup> Zweifellos richtig ist, dass der Begriff der Due Diligence aus dem US-amerikanischen Kapitalmarktrecht stammt und dort die Funktion eines Entlastungsbeweises hat.<sup>436</sup> Jedoch fand eine Übertragung des Begriffes in das Kaufrecht statt, welche mit einem Bedeutungswandel der Due Diligence einherging.<sup>437</sup> Im US-Kaufrecht, welches im Bereich der Unternehmenskäufe immer noch vom Grundsatz „caveat emptor“ geprägt ist, wurde die Due Diligence zu der hier interessierenden, kaufvorbereitenden Prüfung. So verstanden, wird die Due Diligence gerade zur Wahrung der eigenen Interessen durchgeführt, da das US-amerikanische Recht im Bereich des Unternehmenskaufs keine gesetzlichen Gewährleistungsansprüche vorsieht. Dass der Ursprung des Begriffes in Section 11 des Securities Act von 1933 des US-amerikanischen Kapitalmarktrechts liegt, kann aufgrund der Übertragung des Begriffes in das Kaufrecht nicht als Argument gelten, dass die Due Diligence grundsätzlich zur Abwehr fremder Ansprüche durchgeführt wird. Im Gegenteil: In einer vom Grundsatz „caveat emptor“ geprägten Rechtsordnung führt der Käufer die Prüfung des Kaufgegenstandes zur Wahrung der eigenen Interessen durch, da ihm gesetzliche Gewährleistungsrechte zur Interessenwahrung nicht zur Verfügung stehen. Begreift man den § 442 I Satz 2 BGB als eine abgeschwächte Form des Prinzips „caveat emptor“ im deutschen Recht,<sup>438</sup> so sprechen konzeptionelle Überlegungen gerade für die Möglichkeit des Gewährleistungsausschlusses, da die Due Diligence als „legal transplant“ aus einer von diesem Grundsatz geprägten Rechtsordnung stammt.

Daneben kommt dem § 442 I Satz 2 BGB die Funktion einer Beweiserleichterung zu: Dem Verkäufer wird der Nachweis der Kenntnis des Käufers von Eigenschaften der Sache in der Regel nicht glücken, so dass die Gleichstellung in § 442 I Satz 2 BGB dem Verkäufer in diesem Fall zu Hilfe kommt.<sup>439</sup> Diese Funktion des § 442 I Satz 2 BGB wird auch in der zitierten Entscheidung zum Gewährleistungsausschluss bei unsorgfältiger Due Diligence hervor gehoben: Das Gericht ging von der Kenntnis des Käufers von der Abweichung der tatsächlichen von der vereinbarten Beschaffenheit aus und sicherte das Ergebnis mit der Überlegung ab, dass jedenfalls grob fahrlässige Unkenntnis vorläge.<sup>440</sup> Ließe man den Gewährleistungsausschluss nach § 442 I Satz 2 BGB nicht zu, so würde man dem Verkäufer diese Beweiserleichterung abschneiden. Aufgrund der Schwierig-

---

<sup>435</sup> *Fleischer*, in: Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung (2003), 103, 109 f.

<sup>436</sup> Vgl. umfassend zur Herkunft des Begriffes: S. 3 [§ 1 I.].

<sup>437</sup> Vgl. dazu: S. 8 [§ 1 I. 5.].

<sup>438</sup> Zu den Deutungsversuchen des § 442 I Satz 2 BGB: *Köhler*, JZ 1989, 761, 763 f.

<sup>439</sup> Zu dieser Funktion: *Erman*<sup>11</sup>/*Grunewald*, (Fn. 34), § 442 BGB Rn. 2; MünchKomm BGB<sup>4</sup>/*Westermann*, (Fn. 18), § 442 BGB Rn. 2; *Soergel*<sup>12</sup>/*Huber*, (Fn. 22), § 460 BGB Rn. 4.

<sup>440</sup> LG Berlin 1.2.2005 - 5 O 176/04 – juris Rn. 166 ff.

keiten des Nachweises positiver Kenntnis für den Verkäufer braucht dieser die Beweiserleichterung des § 442 I Satz 2 BGB.<sup>441</sup> Für die Nichtzulassung dieser Erleichterung gibt es keinen sachlichen Grund.

Sieht man den Normzweck des § 442 BGB darin, dass er die Parteien zur Minimierung beziehungsweise zur Vermeidung der Kosten der Vertragsdurchführung anhalten soll,<sup>442</sup> so muss ein Gewährleistungsausschluss nach § 442 I Satz 2 BGB bei unsorgfältiger Due Diligence möglich sein. Danach ist aus Gründen der Kostenminimierung dem Käufer zumutbar, dass er die Augen aufmacht und seine Interessen vor dem Vertragsschluss durchsetzt. Falls der Käufer daher auf seinen Wunsch hin das Unternehmen prüft, so trifft ihn auch eine Sorgfaltspflicht bezüglich dieser Prüfung. Anderenfalls liefe die Funktion der Kostenminimierung leer.<sup>443</sup>

Auch der Hinweis auf den „überobligationsmäßig“ tätig werdenden Käufer verfängt nicht. Richtig ist das Gegenteil: Untersucht der Käufer den Kaufgegenstand und bemerkt er den mangelauslösenden Umstand aufgrund grober Fahrlässigkeit nicht, so führt das zum Ausschluss der Mängelhaftung.<sup>444</sup> Wenn der Käufer den Kaufgegenstand prüft, so darf er dabei seine Augen nicht vor Mängeln verschließen. Das gilt auch für den Käufer, den keine Obliegenheit zur Prüfung trifft.<sup>445</sup>

Der Gewährleistungsausschluss nach § 442 I Satz 2 BGB ist daher bei der unsorgfältigen Durchführung einer Due Diligence zuzulassen. Die gegenteilige Auffassung ist mit dem Normzweck nicht vereinbar.

### *(1) Sorgfaltsmaßstab grobe Fahrlässigkeit*

Mit der Zulassung des Gewährleistungsausschlusses nach § 442 I Satz 2 BGB bei unsorgfältiger Due Diligence ist noch nichts über die vom Käufer zu erwartende Sorgfalt gesagt. Unter grober Fahrlässigkeit versteht man nach eingeschliffenem Sprachgebrauch die Vernachlässigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in besonders schwerem und ungewöhnlich hohem Maße. Dabei ist zuzugeben, dass sich die Grenze zur einfachen

---

<sup>441</sup> Goldschmidt, ZIP 2005, 1305, 1312.

<sup>442</sup> Zum § 460 BGB a. F.: Köhler, JZ 1989, 761, 764; Bamberger/Roth/Faust<sup>2</sup>, (Fn. 107), § 442 BGB Rn. 2.

<sup>443</sup> Jagersberger, Die Haftung des Verkäufers beim Unternehmens- und Anteilskauf (2006), 368.

<sup>444</sup> Erman<sup>11</sup>/Grunewald, (Fn. 34), § 442 BGB Rn. 11; Bamberger/Roth/Faust<sup>2</sup>, (Fn. 107), § 442 BGB Rn. 22.

<sup>445</sup> Der BGH bejaht die Möglichkeit eines Gewährleistungsausschlusses bei grober Fahrlässigkeit gemäß § 539 Satz 2 BGB a. F., obwohl der Mieter keine Prüfpflicht hat: BGH NJW 1980, 777, 778.

Fahrlässigkeit allein mit den bekannten Formeln nicht abstrakt bestimmen lässt,<sup>446</sup> eine Betrachtung der Umstände des Einzelfalls ist immer notwendig. Es ist jedoch nicht überzeugend, grundsätzlich den Gewährleistungsausschluss gemäß § 442 I Satz 2 BGB wegen grober Fahrlässigkeit aufgrund dieser Schwierigkeiten kategorisch abzulehnen und fehlende Rechtssicherheit zu befürchten.<sup>447</sup> Es ist vielmehr der Begriff der groben Fahrlässigkeit im § 442 I Satz 2 BGB zu konkretisieren, indem die relevanten Umstände benannt werden.

Entscheidende Umstände des Einzelfalls können sein: Art und Umfang der zugänglich gemachten Unterlagen und Informationen, die Möglichkeit Mitarbeiterinterviews zu führen, Einsatz eigener, sachverständiger Berater, die zur Verfügung stehende Zeit und der Sachverstand des Käufers im Vergleich zum Verkäufer.<sup>448</sup> All diese Umstände sind in einer Gesamtschau zu würdigen, wobei nicht vergessen werden darf, dass den Käufer keine Prüfungsobliegenheit trifft.

Daher dürfen die Voraussetzungen des Vorwurfs der groben Fahrlässigkeit nicht zu niedrig angesetzt werden. Ein wichtiger, in die Bewertung einfließender Umstand ist die Tatsache, dass eine Due Diligence in der Praxis häufig unter enormen Zeitdruck<sup>449</sup> statt findet. Es ist aber unzutreffend, mit dem Hinweis auf Zeitnot bei einer Due Diligence eine grobe Fahrlässigkeit gemäß § 442 I Satz 2 BGB generell abzulehnen.<sup>450</sup> Vielmehr ist die zugegebenermaßen in der Praxis häufige Zeitnot bei einer Due Diligence, insbesondere bei der Einsichtnahme im Datenraum,<sup>451</sup> ein in die Einzelfallbetrachtung einzubeziehender Umstand. Wenn es ausgeschlossen ist, dass die eine Due Diligence Durchführenden bei größter Konzentration und Sorgfalt jeden Winkel durchleuchten, oder aber „in der Eile im vierzigsten Aktenordner einfach Blatt 3028 aus Versehen überblättern, und da stand dann etwas über die gewaltige Altlastenproblematik des Betriebsgeländes“<sup>452</sup> so handelt der Käufer nicht grob fahrlässig. Niemand handelt sich unter Zugrundelegung des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabes den Vorwurf der groben Fahrlässigkeit ein, wenn er die auf einer Seite, in einem von 40 dicken Ordnern, versteckte Altlastenproblematik in Zeitnot übersieht. Daraus aber auf die generelle Nichtzulassung des Gewährleistungsausschlusses nach § 442 I Satz 2 BGB zu schließen überzeugt nicht.

---

<sup>446</sup> Vgl. BGH 20.3.1995, BGHZ 129, 136, 163.

<sup>447</sup> So aber: *Fritzen*, Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform (2004), 186.

<sup>448</sup> MünchKomm BGB<sup>4</sup>/Westermann, (Fn. 18), § 453 BGB Rn. 59.

<sup>449</sup> Dazu aus anwaltlicher Sicht: *Jaletzke*, FG Döser (1999), 199, 213.

<sup>450</sup> So aber: *Klaus J. Müller*, NJW 2004, 2196, 2198.

<sup>451</sup> Zu den Problemen aus anwaltlicher Sicht: *Jaletzke*, FG Döser (1999), 199, 208 f.

<sup>452</sup> Überzogenes Beispiel von *Klaus J. Müller*, NJW 2004, 2196, 2198.

Ein weiterer, entscheidungserheblicher Umstand kann der unterschiedliche Sachverstand von Käufer und Verkäufer sein. Das kann insbesondere der Fall sein, wenn auf der Verkäuferseite eine reine Finanzierungsgesellschaft auftritt, die über wenig branchenspezifisches Wissen verfügt.<sup>453</sup> In der Praxis kann diese Konstellation aufgrund der gestiegenen Aktivitäten reiner Finanzinvestoren häufiger auftreten.

Dagegen muss bei dem in der Literatur mehrfach erwähnten Beispiel<sup>454</sup> des auf Käuferseite auftretenden, größeren, mit Akquisitionserfahrung auftretenden Unternehmens differenziert werden: Entscheidend ist der Sachverstand für die einzelnen Teilbereiche einer Due Diligence. Hat ein Unternehmen schon viele Transaktionen mit einer Due Diligence durchgeführt, wie das bei einem Finanzinvestor der Fall sein kann, so wird er in den „Kernbereichen“ der Due Diligence, wie Financial, Legal oder Tax durchaus einen höheren Sachverstand haben, als andere Personen. Dagegen ist der Sachverstand eines Finanzinvestors in Bezug auf eine Technical Due Diligence als eher gering einzustufen. Insbesondere bei Private Equity Transaktionen ist davon auszugehen, dass die Finanzinvestoren keine bis geringe Branchenkenntnisse haben, unabhängig davon ob sie auf Käufer- oder Verkäuferseite auftreten. Eine an der Größe oder Erfahrung orientierte, pauschalisierte Aussage verbietet sich daher. Vielmehr ist der Bereich der Due Diligence, zu der der mangelbegründende Umstand gehörte, entscheidend. Daher ist auch der Entscheidung<sup>455</sup> des LG Berlin zuzustimmen, in der auf die branchenspezifischen Kenntnisse des Käufers und Verkäufers bei einem Mangel an technischem Gerät abgestellt wurde.

## *(2) Zurechnung grob fahrlässiger Unkenntnis*

Fast jede Due Diligence wird in der Praxis unter Hinzuziehung von sachverständigen Beratern durchgeführt. Damit stellt sich die Frage, inwieweit die grob fahrlässige Unkenntnis dieser Sachverständigen von bestimmten Umständen dem Erwerber zugerechnet werden kann.

---

<sup>453</sup> Vgl. für diese Fallkonstellation: LG Berlin 1.2.2005 - 5 O 176/04 – juris Rn. 168.

<sup>454</sup> Semler, in: Hölter (Hrsg.), Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs<sup>6</sup> (2005), 672 Rn. 41; Jagersberger, Die Haftung des Verkäufers beim Unternehmens- und Anteilskauf (2006), 367, Fn. 1478.

<sup>455</sup> LG Berlin 1.2.2005 - 5 O 176/04 – juris Rn. 168.

Die Rechtsprechung wendet auf die grob fahrlässige Unkenntnis des Vertreters von Mängeln der Kaufsache bei § 442 I Satz 2 BGB den § 166 I BGB analog an,<sup>456</sup> was in der Literatur auch breite Zustimmung findet.<sup>457</sup>

Bei der Zurechnung des Wissenmüssen des § 442 I Satz 2 BGB gibt es einen strukturellen Unterschied zu der Zurechnung der Kenntnis bei § 442 I Satz 1 BGB.<sup>458</sup> Bei der Zurechnung von Kenntnis im Rahmen des § 442 I Satz 1 BGB wird vorhandenes Wissen einer Person zugerechnet. Bei § 442 I Satz 2 BGB geht es um das Wissenmüssen bestimmter Personen und diese grob fahrlässige Unkenntnis wird dem Käufer zugerechnet. Im Gegensatz zu § 442 I Satz 1 BGB ist das Wissen also nicht nur an der falschen Stelle in der Sphäre des Erwerbers, sondern fehlt ganz.

Entscheidend ist daher, nach wessen Person sich der Fahrlässigkeitsmaßstab bei § 442 I Satz 2 BGB bestimmt. Zieht der Käufer bei der Prüfung einen Sachverständigen hinzu, so ist die Fahrlässigkeit nach dessen Person zu bestimmen.<sup>459</sup> Das ist auch gerechtfertigt, da der Verkäufer bei einer Untersuchung durch einen Sachverständigen davon ausgehen kann, dass entsprechende Umstände, die bei so einer Untersuchung erkannt werden, bekannt sind.<sup>460</sup>

Für die Due Diligence bedeutet dies, dass der konkrete Sorgfaltsmaßstab der des eingeschalteten Sachverständigen beziehungsweise externen Berater ist. So bemisst sich der Fahrlässigkeitsmaßstab beispielsweise an dem eines Rechtsanwalts, eines Wirtschaftsprüfers, Steuerberaters etc. Verletzt eine der eingeschalteten Hilfspersonen diesen Sorgfaltsmaßstab, so gilt auch der Erwerber als grob fahrlässig im Sinne des § 442 I Satz 2 BGB.

### *(3) Zeitpunkt der Unkenntnis*

Bei dem maßgeblichen Zeitpunkt für die grob fahrlässige Unkenntnis gibt es keinen Unterschied zu § 442 I Satz 1 BGB.<sup>461</sup> Aus den bereits im Zusammenhang mit § 442 I Satz 2 BGB dargestellten Erwägungen kann der maßgebliche Zeitpunkt auch noch nach Abschluss des Kaufvertrages liegen.

---

<sup>456</sup> RG 7.12.1920, RGZ 101, 64, 73; 19.2.1931, RGZ 131, 343, 357.

<sup>457</sup> Vgl. MünchKomm BGB<sup>5</sup>/Schramm, (Fn. 218), § 166 BGB Rn. 47 m.w.N.

<sup>458</sup> Vgl. S. 70 [§ 2 III. 5. b)].

<sup>459</sup> Bamberger/Roth/Faust<sup>2</sup>, (Fn. 107), § 442 BGB Rn. 22; Erman<sup>11</sup>/Grunewald, (Fn. 34), § 442 BGB Rn. 17.

<sup>460</sup> Erman<sup>11</sup>/Grunewald, (Fn. 34), § 442 BGB Rn. 17.

<sup>461</sup> Siehe S. 80 [§ 2 III 5. c)].

### *cc) Due Diligence als sorgfaltsbegründende Maßnahme*

Führt der Erwerber keine Due Diligence durch, so handelt er nicht grob fahrlässig gemäß § 442 I Satz 2 BGB. Wenn der Käufer aber eine Due Diligence durchführt, so ist er auch zur sorgfältigen Durchführung der Due Diligence verpflichtet. Verletzt er diese Sorgfaltsanforderungen grob fahrlässig, so verliert er seine Gewährleistungsrechte gemäß § 442 I Satz 2 BGB.

### *7. Due Diligence und Aufklärungspflichten*

Im Hinblick auf eine Due Diligence stellt sich die Frage des Einflusses einer solchen Prüfung auf eine Haftung aus culpa in contrahendo. Insbesondere der Einfluss auf die Aufklärungspflichten und des Mitverschuldens nach § 254 BGB sind ungeklärt. Zur Beantwortung dieser Frage ist der Anwendungsbereich der culpa in contrahendo beim Unternehmenskauf zu klären und die möglichen Aufklärungspflichten herauszuarbeiten.

Ein weiteres Problem im Zusammenhang mit den Aufklärungspflichten stellt die Grenze der Abdingbarkeit des gesetzlichen Haftungsregimes dar. Der Verkäufer wird versuchen, seine Haftung weitgehend vertraglich auszuschließen beziehungsweise zu minimieren. Das kann durch einen Haftungsausschluss, Bagatellgrenzen (so genannte de minimis), Haftungshöchstgrenzen (so genannte caps) oder das Vorliegen bestimmter Umstände wie ein Sachverständigengutachten geschehen.<sup>462</sup> Jedoch endet die Möglichkeit der Freizeichnung von der Haftung aus einer Beschaffenheitsvereinbarung oder der culpa in contrahendo dort, wo der Verkäufer bedingt vorsätzlich eine Aufklärungspflicht verletzt beziehungsweise arglistig handelt.<sup>463</sup> Aufgrund der Rechtsprechungspraxis des BGH zur Arglist sind die Hürden für den Käufer, diesen Einwand geltend zu machen, geringer als man annehmen könnte. In diesem Zusammenhang ist zu betrachten, inwieweit sich der Verkäufer mit einer angebotenen oder zugelassenen Due Diligence gegen den Vorwurf des arglistigen Handelns wehren kann.

#### *a) Haftung aus culpa in contrahendo*

Die Reichweite der Haftung aus culpa in contrahendo war vor der Schuldrechtsreform umstritten und die Stellungnahmen zu der neuen Rechtslage legen nahe, dass dieser Streit

---

<sup>462</sup> PWW<sup>2</sup>/D. Schmidt, (Fn. 294), § 444 BGB Rn. 9; zu den de minimis-Klauseln und caps: Hilgard, BB 2004, 1233-1239.

<sup>463</sup> Rasner, WM 2006, 1425, 1427.

andauert.<sup>464</sup> Überschneidungspunkte mit dem Gewährleistungsrecht der §§ 434 ff. BGB gibt es in den Fällen, in denen der Käufer den Verkäufer wegen einer vorvertraglichen Aufklärungspflichtverletzung in Bezug auf eine Beschaffenheit des Unternehmens in Anspruch nehmen will. In den anderen Fallgruppen der culpa in contrahendo – Schäden unabhängig von einem Vertragsschluss, Schäden durch das Nichtzustandekommen eines wirksamen Vertrages – kommt es zu keiner tatbestandlichen Überschneidung mit dem Gewährleistungsrecht.<sup>465</sup> Daher haftet der Verkäufer aus culpa in contrahendo in diesen Fallgruppen, wie beispielsweise für die Verletzung von Schutzpflichten oder dem unbegründeten Abbruch der Vertragsverhandlungen. Problematisch sind die Fälle, in denen der Käufer Ansprüche aus culpa in contrahendo wegen Umständen geltend macht, die sich auf die Beschaffenheit des Unternehmens beziehen oder einer Beschaffenheitsvereinbarung zugänglich sind.

#### *aa) Rechtslage vor der Schuldrechtsreform*

Die Rechtslage vor der Schuldrechtsreform war geprägt von dem restriktiven Eigenschaftsbegriff der Rechtsprechung und dem damit einhergehenden weiten Anwendungsbereich der Haftung aus culpa in contrahendo im Bereich des Unternehmenskaufs. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH schlossen die Gewährleistungsvorschriften der §§ 459 ff. BGB die Ansprüche aus culpa in contrahendo aus, da es sich um abschließende Sonderregelungen handelte.<sup>466</sup> Danach war die Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts absolut: Handelte es sich um Umstände der Kaufsache die eine Eigenschaft im Sinne des § 459 I BGB a. F. oder eine zusicherungsfähige Eigenschaft im Sinne des § 459 II BGB a. F. darstellten, so war eine Haftung aus culpa in contrahendo wegen fahrlässiger Falschangaben oder fahrlässigen Verschweigens solcher Umstände ausgeschlossen. Das galt grundsätzlich auch in dem Fall, in dem die Eigenschaft gerade nicht im Sinne des § 459 II BGB a. F. zugesichert wurde.<sup>467</sup> Der Ansicht der Rechtsprechung wurde im Schrifttum mehrheitlich gefolgt.<sup>468</sup>

Begründet wurde dieses Konkurrenzverhältnis mit der Erwägung, dass das Gewährleistungsrecht nicht nur Grund der Haftung für eine mangelhafte Kaufsache ist,

---

<sup>464</sup> Vgl. *Staudinger/Beckmann*, (Fn. 174), § 453 BGB Rn. 29 m. w. N.

<sup>465</sup> Zu den einzelnen Fallgruppen vgl. *PWW<sup>2</sup>/Medicus*, (Fn. 294), § 311 BGB Rn. 35 ff.

<sup>466</sup> Grundlegend: RG 11.3.1932, RGZ 135, 339, 346; BGH 16.3.1973 BGHZ 60, 319, 321 ff.; bestätigend: BGH 13.7.1983, BGHZ 88, 130, 134; 26.4.1991, BGHZ 114, 263, 266.

<sup>467</sup> BGH 26.4.1991, BGHZ 114, 263, 266.

<sup>468</sup> Vgl. *Soergel<sup>12</sup>/Huber*, (Fn. 22), Vor § 459 BGB Rn. 213 m. w. N.



sondern gleichzeitig auch Begrenzung einer solchen Haftung.<sup>469</sup> Ließe man die Haftung aus culpa in contrahendo im Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts zu, so hebelte man diese Begrenzung aus. Es käme zu einer Erweiterung und Denaturierung der Sachmängelhaftung.<sup>470</sup> Ein weiteres Argument waren die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches gemäß § 463 BGB a. F. Diese Norm regelte den Schadensersatzanspruch wegen Mängeln der Kaufsache. Er gab dem Käufer einen Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses, falls der Verkäufer die Eigenschaft zugesichert oder arglistig verschwiegen hatte. Daraus schloss die herrschende Meinung, dass es methodisch unzulässig sei, diese Vorschrift zu unterlaufen indem man einen Schadensersatzanspruch mit einer anderen Rechtsfolge (Ersatz des negativen statt des positiven Interesses) und anderen Voraussetzungen (Fahrlässigkeit statt Vorsatz) mit der culpa in contrahendo zulässt.<sup>471</sup>

Beim Unternehmenskauf war die Haftung des Unternehmensverkäufers durch eine „Zweispurigkeit“ geprägt. Die Rechtsprechung verwandte einen sehr engen Sachmangelbegriff, nach dem Eigenschaften nur einen Sachmangel im Sinne der § 459 ff. BGB a. F. begründen konnten, wenn diese dem Unternehmen „als solche unmittelbar anhaften“. Der Kreis der zusicherungsfähigen Eigenschaften im Sinne des § 459 II BGB a. F. wurde etwas weiter gezogen, wobei die diffizile Abgrenzung schwer nachvollziehbar war. Beispielsweise war die „Ertragskraft“ eines Unternehmens eine zusicherungsfähige Eigenschaft, solange sich die Angaben über Ertrag und Umsatz über einen längeren Zeitraum erstreckten.<sup>472</sup> Unrichtige Bilanzsätze, falsche Angaben über Umsätze und Verbindlichkeiten begründeten dagegen keinen Sachmangel im Sinne des § 459 I BGB a. F.<sup>473</sup> Weitere Voraussetzung eines Sachmangels des Unternehmens war, dass die Abweichung von der Sollbeschaffenheit eines einzelnen Gegenstandes auf den Wert oder die Tauglichkeit des Unternehmens als Ganzes durchschlägt. Das alles führte in der Praxis zu einer Marginalisierung der Sachmängelhaftung im Bereich des Unternehmenskaufs.<sup>474</sup>

Diese a prima vista Beschränkung der Käuferrechte führte durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes jedoch zu einer Erweiterung derselben. Falschangaben über Umstände, welche nicht unter die § 459 BGB a. F. fielen, konnten nämlich eine Haftung

---

<sup>469</sup> BGB-RGRK/Mezger, (Fn. 176), § 459 BGB Rn. 3; Soergel<sup>12</sup>/Huber, (Fn. 22), Vor § 459 BGB Rn. 221.

<sup>470</sup> Soergel<sup>12</sup>/Huber, (Fn. 22), Vor § 459 BGB Rn. 222.

<sup>471</sup> Staudinger<sup>13</sup>/Honsell, (Fn. 47), Vorbem zu §§ 459 ff BGB Rn. 57.

<sup>472</sup> BGH 8.2.1995, NJW 1995, 1547 f.

<sup>473</sup> RG 15.11.1907, RGZ 67, 86, 87; BGH 12.11.1969, NJW 1970, 653, 655.

<sup>474</sup> S. Lorenz, FS Heldrich (2005) 305, 310.

aus culpa in contrahendo nach sich ziehen. Fielen die Umstände nicht unter den Begriff des Sachmangels im Sinne des § 459 I BGB a. F. oder dem der zusicherungsfähigen Eigenschaft gemäß § 459 II BGB a. F., so konnten Ansprüche aus culpa in contrahendo wegen dieser Umstände auch nicht durch das Gewährleistungsrecht verdrängt werden. Aufgrund der viel längeren Verjährung (30 Jahre gemäß § 194 BGB a. F. gegenüber 6 Monaten des § 477 BGB a. F.) und dem möglichen Schadensersatzanspruch, stellte sich die culpa in contrahendo als für den Käufer vorteilhafter heraus. Daher führte die Verengung des Sachmangelbegriffs im Ergebnis zu einer Erweiterung der Verkäuferhaftung.

Neben dem Gewährleistungsrecht wurde die Haftung aus culpa in contrahendo wegen vorsätzlicher Informationspflichtverletzung uneingeschränkt zugelassen.<sup>475</sup>

#### *bb) Rechtslage nach der Schuldrechtsreform*

Durch die Schuldrechtsreform wurde die culpa in contrahendo mit der Anerkennung der vorvertraglichen Sonderverbindung in § 311 II BGB in Verbindung mit § 241 BGB kodifiziert. Dabei wollte der Gesetzgeber den erreichten Stand registrieren und keine wesentlichen Streitfragen entscheiden oder die Rechtsentwicklung einfrieren.<sup>476</sup> Mit der Kodifizierung und der Neugestaltung des Gewährleistungsrechts fand eine gewisse Annäherung beider Haftungsgrundlagen in einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen und auf der Rechtsfolgenseite statt.<sup>477</sup>

Eine bedeutende Änderung im Vergleich zum alten Recht fand bei der Verjährung der Ansprüche aus culpa in contrahendo statt. Diese unterfallen immer noch der Regelverjährung gemäß § 195 BGB, diese wurde aber stark auf 3 Jahre verkürzt. Jedoch unterliegt die Verjährung dieses Anspruchs einem subjektiven System gemäß § 199 BGB, das heißt, die Verjährung beginnt erst bei Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis des Gläubigers von den anspruchsbegründenden Umständen zu laufen. Im Gegensatz dazu unterliegen die Gewährleistungsansprüche der Sonderregel des § 438 BGB, welcher für den Regelfall eine Verjährungsfrist von 2 Jahren anordnet. Diese beginnt beim

---

<sup>475</sup> BGH 3.2.1999, NJW 1999, 1404, 1405.

<sup>476</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, 162 Zu § 311 BGB-E Vorbemerkung; PWW<sup>2</sup>/D. Schmidt, (Fn. 294), § 311 BGB Rn. 34; S. Lorenz, FS Heldrich (2005) 305, 317.

<sup>477</sup> Mertens, AcP 203 (2003), 818, 825.

Unternehmenskauf mit dem Betriebsübergang, unabhängig von der Kenntnis des Gläubigers, zu laufen.<sup>478</sup>

Voraussetzung einer Haftung aus culpa in contrahendo ist die schuldhafte Verletzung einer Pflicht, die in den hier interessierenden Fällen eine vorvertragliche Informationspflicht ist. Mit Ausnahme des Schadensersatzanspruches gemäß § 437 Nr. 3 BGB haftet der Verkäufer verschuldensunabhängig wegen Mängeln der Kaufsache. Im Gegensatz zu § 463 BGB a. F. ist aber nicht mehr Arglist oder die Zusicherung einer Eigenschaft Voraussetzung für den gewährleistungsrechtlichen Schadensersatzanspruch, einfache Fahrlässigkeit ist ausreichend.

Auf der Seite der Rechtsfolgen bestehen keine großen Unterschiede zwischen beiden Haftungsgrundlagen. Der Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo ist auf das negative Interesse gerichtet, während der gewährleistungsrechtliche Schadensersatzanspruch auch das positive Interesse umfasst. Wichtige Rechtsfolgen der culpa in contrahendo in der Fallgruppe der vorvertraglichen Informationspflichtverletzungen ist der Anspruch auf Vertragsaufhebung (§ 249 I BGB) oder Anpassung des Kaufpreises. Tatsächlich hat die höchstrichterliche Rechtsprechung im Hinblick auf die culpa in contrahendo nur Fälle entschieden, in der es um die Aufhebung<sup>479</sup> oder Anpassung<sup>480</sup> des Unternehmenskaufvertrags als Inhalt des Schadensersatzanspruches ging.<sup>481</sup> Diese zwei Rechtsfolgen sind auch mittels Gewährleistungsrechts möglich, nämlich als Rücktritt gemäß §§ 437 Nr. 2, 440, 323 BGB oder Minderung gemäß §§ 437 Nr. 2, 441 BGB. Primärer Rechtsbehelf bei Mängeln der Kaufsache ist aber der Nacherfüllungsanspruch. Dieser wird in der Literatur als „von vornherein ungeeigneter Rechtsbehelf“<sup>482</sup> des Unternehmenskäufers eingestuft oder er wurde unter der alten Rechtslage de lege ferenda als zwingend erforderlich beim Unternehmenskauf erachtet<sup>483</sup>.

Diese Annäherung der kaufrechtlichen Gewährleistung und der culpa in contrahendo Haftung nahm der Gesetzgeber zu folgender Äußerung zum Anlass:<sup>484</sup>

---

<sup>478</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, 227 Zu § 438 BGB-E Vorbemerkung; *Bamberger/Roth/Faust*<sup>2</sup>, (Fn. 107), § 438 BGB Rn. 35; *Eidenmüller*, NJW 2002, 1625, 1627.

<sup>479</sup> BGH 12.11.1969, WM 1970, 132, 134; 2.11.1975, BGHZ 65, 246, 253.

<sup>480</sup> BGH 25.05.1977, BGHZ 69, 53, 57; 02.06.1980, NJW 1980, 2408, 2410.

<sup>481</sup> *Ulrich Huber*, AcP 202 (2002), 179, 233 m. w. N.

<sup>482</sup> *Ulrich Huber*, AcP 202 (2002), 179, 232.

<sup>483</sup> *Hommelhoff*, ZHR 140 (1976), 271, 299.

<sup>484</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, 242 Zu § 453 BGB-E Absatz 1.

„Soweit es um den Unternehmenskauf geht, hat der BGH die Haftung des Verkäufers, der unzutreffende Angaben über Umsatz oder Ertrag des verkauften Unternehmens gemacht hatte, zwar nicht nach den Vorschriften über die Sachmängelhaftung, sondern nach den Regeln über das Verschulden bei Vertragsanbahnung beurteilt (BGH, NJW 1970, 653; ferner NJW 1990, 1659; NJW-RR 1989, 307). Die Gründe, die ihn dazu veranlasst haben, sind aber nach den Vorschriften des Entwurfs weithin entfallen, da diese dem Käufer ein Nachbesserungsrecht gewähren, ihm ein Schadensersatzanspruch auch bei Fahrlässigkeit des Verkäufers zustehen kann, die Berechnung der Minderung erleichtert und auch eine angemessene Regelung der Verjährungsfrage bereitgestellt wird.“

Grundsätzlich geht der Gesetzgeber also davon aus, dass die Mängelhaftung beim Unternehmenskauf wieder den allgemeinen kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln unterfallen soll. Dieser gesetzgeberischen Intention wird man zum einen mit einer Neubestimmung und damit einhergehenden Erweiterung des Beschaffenheitsbegriffs gerecht.<sup>485</sup>

Fraglich bleibt jedoch, inwiefern die culpa in contrahendo noch einen Anwendungsbereich neben den Gewährleistungsregeln hat. Dieses Konkurrenzverhältnis wird in der Literatur auch unter der neuen Rechtslage unterschiedlich beurteilt. Die Meinungen reichen von einer kumulativen Anspruchskonkurrenz bis zu der hergebrachten Sperrwirkung der gewährleistungsrechtlichen Vorschriften, wobei die Reichweite der Sperrwirkung unterschiedlich beurteilt wird.

#### *(1) Kumulative Anspruchskonkurrenz*

Nach einer Ansicht stehen Ansprüche aus Gewährleistungsrecht und aus culpa in contrahendo uneingeschränkt nebeneinander.<sup>486</sup> Danach kann der Käufer Ansprüche aus culpa in contrahendo geltend machen, auch wenn ihm für den gleichen Mangel Gewährleistungsrechte zustehen. Hauptargument für diese Meinung sind die strukturellen Unterschiede der beiden Haftungssysteme: Danach soll die culpa in contrahendo Haftung informationelle Defizite bei Vertragsschluss ausgleichen, während das Gewährleistungsrecht die Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit des

---

<sup>485</sup> Vgl. S. 54 [§ 2 III 4. g].

<sup>486</sup> *Bamberger/Roth/Faust*<sup>2</sup>, (Fn. 107), § 437 BGB Rn. 190; *Häublein*, NJW 2003, 388, 391 ff.; *MünchKomm BGB*<sup>5</sup>/*Emmerich*, (Fn. 313), § 311 BGB Rn. 143, 144; für den Unternehmenskauf: *Barnert*, WM 2003, 416, 424 ff.

Kaufgegenstandes als Haftungsgrund hat.<sup>487</sup> Aufgrund dieser unterschiedlichen Haftungsgründe und der damit einhergehenden verschiedenen tatbestandlichen Voraussetzungen verbiete sich ein Ausschluss. Schon die die Verdrängung der culpa in contrahendo Haftung durch das Gewährleistungsrecht unter der alten Rechtslage stellte eine nicht zu rechtfertigende und systemwidrige Privilegierung des eine Aufklärungspflicht verletzenden Verkäufers dar.<sup>488</sup> Nur durch eine freie Anspruchskonkurrenz werde man der Tendenz des neuen Schuldrechts, nämlich der Stärkung der Käuferposition, gerecht.<sup>489</sup> Die Anwendung der culpa in contrahendo soll nicht von den unsicheren Grenzen des Beschaffenheitsbegriffes abhängen, wo doch schon die Abgrenzung unter der alten Rechtslage große Probleme bereitete und die Praxis zu §§ 459 ff. mit ihren Ausnahmen und Gegenausnahmen umstritten war.

Gegen eine freie Anspruchskonkurrenz spricht, dass der Vorwurf der §§ 280 I, 437 Nr. 3 BGB sehr nahe an dem eines Verschulden bei Vertragsschluss liegt, falls es sich um Mängel der Kaufsache handelt, die zum Zeitpunkt des Vertragsschluss vorhanden sind.<sup>490</sup> Insbesondere spricht dagegen, dass die Beschaffenheit durch die Vertragsverhandlungen festgelegt wird, so dass Falschangaben des Verkäufers zur Beschaffenheit und die daraus resultierende Beschaffenheitsvereinbarung zu einem das Gewährleistungsrecht auslösenden Mangel führen. Aufgrund des weiten Beschaffenheitsbegriffes können jegliche Informationen des Verkäufers zu einer solchen Vereinbarung führen, so dass die gesamten Vertragsverhandlungen von dem Gewährleistungsrecht abgedeckt werden können. Da sich beim Unternehmenskauf ein Mangel nur aus einer Beschaffenheitsvereinbarung des § 434 I Satz 1 BGB ergeben kann, haftet der Verkäufer im Falle einer Vereinbarung für jegliche vorvertragliche Falschinformation nach dem Gewährleistungsrecht. Das Interesse des Käufers an einer für das Äquivalenzinteresse notwendigen fehlerfreien Entscheidung wird über die Beschaffenheitsvereinbarung geschützt. Indem das Kaufrecht primär auf die Beschaffenheitsvereinbarung abstellt, nimmt es das Informationsinteresse des Käufers in seine anspruchsbegründenden Voraussetzungen auf.<sup>491</sup> Einer uneingeschränkten kumulativen Haftung nach der culpa in contrahendo bedarf es nicht.

---

<sup>487</sup> *Bamberger/Roth/Faust*<sup>2</sup>, (Fn. 107), § 437 BGB Rn. 190; *Häublein*, NJW 2003, 388, 392.

<sup>488</sup> *MünchKomm BGB*<sup>5</sup>/*Emmerich*, (Fn. 313), § 311 BGB Rn. 137.

<sup>489</sup> *Barnert*, WM 2003, 416, 424.

<sup>490</sup> *PWW*<sup>2</sup>/*D. Schmidt*, (Fn. 294), § 437 BGB Rn. 75.

<sup>491</sup> *Weiler*, ZGS 2002, 249, 254.

Würde man daneben ein weiteres Netz von identischen Verhaltensanforderungen nach den Regeln der culpa in contrahendo ziehen, so wäre der § 438 BGB gegenstandslos.<sup>492</sup> Es wäre wenig einleuchtend, wenn der Gesetzgeber differenzierte Verjährungsvorschriften in § 438 BGB aufstellte und gleichzeitig die allgemeinen Regeln der culpa in contrahendo Anwendung fänden.<sup>493</sup> Ein weiter Beschaffenheitsbegriff verhindert auch die unter der alten Rechtslage auftretenden Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den beiden Haftungsinstrumenten, weil danach jeder Umstand der Kaufsache Inhalt einer Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 I Satz 1 BGB werden kann.

Aus den aufgezeigten Gründen ist eine kumulative Anspruchskonkurrenz zwischen Gewährleistungsrecht und Haftung aus culpa in contrahendo abzulehnen. Treffen die Parteien eines Unternehmenskaufs eine Beschaffenheitsvereinbarung, so ist der Käufer ausreichend über das gesetzliche Gewährleistungsrecht geschützt. Der Anwendungsbereich der culpa in contrahendo in den Fällen, in denen keine Beschaffenheitsvereinbarung beim Unternehmenskauf getroffen wurde, soll in den nächsten drei Abschnitten beleuchtet werden.

## (2) *Strenge Vorrangsregel*<sup>494</sup>

Unter der alten Rechtslage vertrat die Rechtsprechung die so genannte strenge Vorrangsregel, das heißt, der Käufer kann keine Ansprüche aus culpa in contrahendo wegen Umständen geltend machen, wenn sie einer Beschaffenheitsvereinbarung zugänglich sind.<sup>495</sup> In der Literatur wird diese Ansicht auch für die neue Rechtslage vertreten.<sup>496</sup> Der weite Beschaffenheitsbegriff hat nach dieser Ansicht zur Folge, dass es für die culpa in contrahendo keinen Anwendungsbereich wegen fahrlässiger Falschangaben über Merkmale der Kaufsache oder der Verletzung von vorvertraglichen, mangelbezogenen Aufklärungspflichten gibt.<sup>497</sup>

---

<sup>492</sup> PWW<sup>2</sup>/Medicus, (Fn. 294), § 311 BGB Rn. 58.

<sup>493</sup> Semler, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungsaufs<sup>6</sup> (2005), 726 Rn. 168.

<sup>494</sup> Ich folge der Terminologie von Larisch, Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungsaufs (2004), 157 ff.

<sup>495</sup> Vgl. den Leitsatz der Grundsatzentscheidung: BGH 16.3.1973 BGHZ 60, 319-323.

<sup>496</sup> Jauernig<sup>11</sup>/Berger, (Fn. 85), § 437 BGB Rn. 34; ders., JZ 2004, 276, 282 f.; Palandt<sup>67</sup>/Grüneberg, (Fn. 17), § 311 BGB Rn. 14; Palandt<sup>67</sup>/Weidenkaff, (Fn. 17), § 437 BGB Rn. 51 a, jedoch wohl mit Einschränkung beim Unternehmenskauf: Rn. 51 c; für den Unternehmenskauf: Semler, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungsaufs<sup>6</sup> (2005), 726 Rn. 169; S. Lorenz, FS Heldrich (2005), 305, 322; Wertenbruch, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis (2003), 493, 512 f.; Triebel/Hölzle, BB 2002, 521, 533; Wolf/Kaiser, DB 2002, 411, 418.

<sup>497</sup> Berger, JZ 2004, 276, 282.

### (3) *Abgeschwächte Vorrangsregel*

Nach einer im Vordringen befindlichen Meinungen kann die Ausschlusswirkung des Gewährleistungsrechtes nur soweit reichen, wie es auch dem Käufer konkret Schutz gewährt, dieser also konkrete Gewährleistungsansprüche wegen des Mangels gelten machen kann.<sup>498</sup> Das stellt eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung dar, die von einer absoluten Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts ausging. Nach dieser Ansicht können also Ansprüche aus culpa in contrahendo vom Käufer wegen fehlender Aufklärung über mangelbezogenen Umstände der Kaufsache geltend gemacht werden, solange diese nicht Inhalt einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I Satz 1 BGB geworden ist.

### (4) *Konkurrenzverhältnis*

Grundsätzlich ist von einer Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts auszugehen, die uneingeschränkte Anwendung der culpa in contrahendo neben dem Gewährleistungsrecht ist aus den oben genannten Gründen abzulehnen. Problematisch ist aber die Reichweite dieser Sperrwirkung, insbesondere im Fall der vereinbarungsfähigen – und das sind wegen des weiten Beschaffenheitsbegriffes fast alle Umstände der Kaufsache –, aber nicht vereinbarten Beschaffenheiten.

Hauptargument der Vertreter der strengen Vorrangsregel sind die unterschiedlichen tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen der beiden Haftungsinstrumente, die nicht umgangen werden dürfen.<sup>499</sup> Aufgrund der Möglichkeit des Käufers Schadensersatz wegen Mängeln auch bei Fahrlässigkeit gemäß § 437 Nr. 3 BGB verlangen zu können und der Annäherung der Verjährungsfristen könne und müsse am Dogma vom (uneingeschränkten) Vorrang des Gewährleistungsrechtes festgehalten werden.

Nicht zwingend ist der Einwand<sup>500</sup> gegen die strenge Vorrangsregel, dass sich die alleinig tatbestandliche Ausschlusswirkung des Gewährleistungsrechts aus dem Wortlaut des § 437 BGB ergäbe. Danach kann bei Nichtvorliegen der Kriterien des § 434 BGB die Sache nicht mangelhaft sein und somit das Gewährleistungsrecht keine Sperrwirkung

---

<sup>498</sup> MünchKomm BGB<sup>4</sup>/Westermann, (Fn. 18), § 437 BGB Rn. 59; Jauernig<sup>11</sup>/Stadler, (Fn. 85), § 311 BGB Rn. 38, 39; Mertens, AcP 203 (2003), 818, 840; Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 118, 126; Grigoleit, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts (2001), 269, 290 ff.; Weiler, ZGS 2002, 249, 255; Canaris, in: Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruhe Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung (2003), 89 f.; Larisch, Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf (2004), 161.

<sup>499</sup> Vgl. Berger, JZ 2004, 276, 282.

<sup>500</sup> Canaris, in: Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruhe Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung (2003), 90.

entfalten. Das ist aber nur eine Beschreibung der abgeschwächten Vorrangsregel. Weiterhin hat die Rechtsprechung unter der alten Rechtslage bei der Sperrwirkung beispielsweise nur auf die Zusicherungsfähigkeit der Eigenschaft gemäß § 459 II BGB a. F. abgestellt, nicht aber auf die konkrete Zusicherung.<sup>501</sup>

Gewichtiges und zutreffendes Argument für die abgeschwächte Vorrangsregel ist, dass die Ausschlusswirkung des Gewährleistungsrechts nur soweit reichen kann, wie der Haftungsgrund.<sup>502</sup> Wenn gegen eine kumulative Anspruchskonkurrenz richtigerweise angeführt wird, dass das Gewährleistungsrecht über die Beschaffenheitsvereinbarung des § 434 I Satz 1 BGB das Informationsinteresse des Käufers aufnimmt und damit die culpa in contrahendo ausschließt, so muss dieses anerkanntermaßen schützenswerte Informationsinteresse bei Fehlen einer Vereinbarung über die culpa in contrahendo geschützt werden. Stellt man richtigerweise auf den weiten Beschaffenheitsbegriff ab, so entstehen bei der strengen Vorrangsregel große Lücken, in denen das Informationsinteresse des Käufers nicht geschützt wird. Deutlich wird das in dem Fall, in dem der Verkäufer den Käufer durch Irreführung von einer Beschaffenheitsvereinbarung abhält. Dieses Problem sehen auch einige Vertreter der strengen Vorrangsregel, deren Lösungswege sind jedoch schweren Bedenken ausgesetzt.

Zum einen wird die Durchbrechung der strengen Vorrangsregel bei vorsätzlichem Handeln des Verkäufers vorgeschlagen. Danach soll der Käufer den Schutz der culpa in contrahendo genießen, falls der Verkäufer in vorwerfbarer Weise den Käufer vom Abschluss einer Beschaffenheitsvereinbarung abgehalten hat.<sup>503</sup> Gleiches soll gelten, wenn der Verkäufer in pflichtwidriger Weise Umstände nicht offenbart, die den Käufer zu einer vertraglichen Absicherung oder der Abstandnahme vom Vertrag veranlasst hätten. Aufgrund dieser Gleichstellung hat diese Ansicht die völlige Verwässerung der Arglist beziehungsweise des Begriffs des vorsätzlichen Handelns zur Folge. Auch praktisch besteht kaum ein Unterschied zu der abgeschwächten Vorrangsregel, falls man auf das Verschweigen in „pflichtwidriger Weise“ abstellt. Diese Konstruktion läuft auf eine Durchbrechung der Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts beim Vorliegen der Voraussetzungen der culpa in contrahendo hinaus. Dann kann aber von einer absoluten Sperrwirkung keine Rede mehr sein, insbesondere nicht in der Prägung durch die

---

<sup>501</sup> Vgl. BGH 26.4.1991, BGHZ 114, 263, 266.

<sup>502</sup> Weiler, ZGS 2002, 249, 255.

<sup>503</sup> Semler, in Hölters (Hrsg.), Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs<sup>6</sup> (2005), 726 Rn. 170.



Rechtsprechung.<sup>504</sup> Diese Erweiterung wird vorgenommen, da das schützenswerte Interesse des Käufers ansonsten nicht ausreichend berücksichtigt werden könne.<sup>505</sup> Das gleiche Ergebnis erzielt jedoch die abgeschwächte Vorrangsregel, welche nicht dem Vorwurf ausgesetzt ist, den Begriff der Arglist ins Uferlose auszuweiten.

Um die bei einem weiten Beschaffenheitsbegriff bestehende Schutzlücke des Käufers zu schließen, wird auch eine Ausweitung der Beschaffenheitsvereinbarung vertreten.<sup>506</sup> Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Insbesondere kann nicht behauptet werden, dass einseitige, vom Käufer während der Verkaufsgespräche geäußerte Erwartungen nach den allgemeinen Auslegungsregeln Inhalt einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I Satz 1 BGB werden, wenn der Verkäufer diesen nicht widerspricht.<sup>507</sup> Das überdehnt den Begriff der *Beschaffenheitsvereinbarung* sehr stark.<sup>508</sup>

Es ist festzustellen, dass einige Vertreter der strengen Vorrangsregel die entstehende Schutzlücke bei einem weiten Beschaffenheitsbegriff sehen, eine Schließung dieser Lücke ist aber nur durch eine Überdehnung beziehungsweise Verwässerung der Begriffe Arglist oder Beschaffenheitsvereinbarung möglich. Keine wirkliche Schutzlücke entsteht bei der Anwendung der strengen Vorrangsregel, falls man an dem restriktiven Eigenschaftsbegriff der Rechtsprechung festhält.<sup>509</sup> Ein solcher Eigenschaftsbegriff ist aber nicht mehr aufrechtzuerhalten.<sup>510</sup>

Gegen die abgeschwächte Vorrangsregel lässt sich auch nicht vorbringen, dass der Käufer seine Rechte vertraglich wahren muss und bei Unterbleiben einer Beschaffenheitsvereinbarung wegen einer Beschaffenheit des Zielunternehmens keine Ansprüche geltend machen kann.<sup>511</sup> Die Zulassung der culpa in contrahendo bei einer nicht vereinbarten Beschaffenheit präjudiziert nicht das Vorliegen der Voraussetzungen eines solchen Anspruchs.<sup>512</sup> Unzutreffend ist daher das Argument, der Käufer könne über den Umweg der culpa in contrahendo das Erreichen, was er eigentlich nur über die Beschaffenheits-

---

<sup>504</sup> Vgl. zur strengen Vorrangsregel der Rechtsprechung zum alten Recht: BGH 16.3.1973 BGHZ 60, 319-323.

<sup>505</sup> *Semler*, in *Hölter*s (Hrsg.), *Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs*<sup>6</sup> (2005), 727 Fn. 1.

<sup>506</sup> *Berger*, JZ 2004, 276, 283.

<sup>507</sup> So aber: *Berger*, JZ 2004, 276, 283.

<sup>508</sup> Zu den Voraussetzungen einer solchen Beschaffenheitsvereinbarung: *Emmert*, NJW 2006, 1765, 1766 f.; S. 55 [§ 2 III. 4. a)].

<sup>509</sup> So: *S. Lorenz*, FS Heldrich (2005) 305, 322; *Wertenbruch*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt* (Hrsg.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis* (2003), 493, 512 f.

<sup>510</sup> Siehe S. 54 [§ 2 III. 3. d)].

<sup>511</sup> So: *Semler*, in *Hölter*s (Hrsg.), *Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs*<sup>6</sup> (2005), 726 Rn. 169; *Berger*, JZ 2004, 276, 283.

<sup>512</sup> MünchKomm BGB<sup>5</sup>/*Emmerich*, (Fn. 313), § 311 BGB Rn. 144.

vereinbarung erreichen kann. Falls der Käufer eine Beschaffenheitsvereinbarung anstrebt und diese nicht durchsetzen kann, so liegen auch nicht die Voraussetzungen eines Anspruchs aus culpa in contrahendo vor.<sup>513</sup> Die Lösung liegt daher nicht in einer starren Konkurrenzregel, sondern in der Begründung von Aufklärungspflichten über mangelbezogene Umstände, die einer strengen Argumentationslast unterliegen müssen.<sup>514</sup>

Die strenge Vorrangsregel leidet an dem Widerspruch, dass sie an die Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten keine Sanktionen knüpft, obwohl das Gewährleistungsrecht tatbestandlich nicht einschlägig ist. Das ist mit den allgemeinen Haftungsgrundsätzen des Bürgerlichen Rechts nicht vereinbar,<sup>515</sup> gerade auch im Hinblick auf die Zentralnorm des neuen Schuldrechts, den § 280 BGB, der eine Schadensersatzpflicht für jegliche verschuldete Pflichtverletzung anordnet.<sup>516</sup>

Fraglich ist, ob vom Grundsatz der abgeschwächten Vorrangsregel eine Ausnahme bei arglistigen Verhalten des Verkäufers zu machen ist. Diese Ausnahme wurde mit der Erwägung begründet, dass eine Umgehung des Gewährleistungsrechts durch die Zulassung der culpa in contrahendo bei Vorsatz des Käufers nicht vorliege.<sup>517</sup> In diesem Fall sei der Verkäufer nicht schutzwürdig.<sup>518</sup> Da das Gewährleistungsrecht jetzt auch im Falle der fahrlässigen Falschangaben dem Käufer einen Schadensersatzanspruch zubilligt, kann das subjektive Element auf Verkäuferseite keine Relevanz mehr haben.<sup>519</sup> Über § 438 III BGB wird bei Arglist des Verkäufers ein Gleichlauf der Verjährungsfristen mit der culpa in contrahendo hergestellt, sowohl für die Dauer als auch für den Verjährungsbeginn.<sup>520</sup> Eine Zulassung der culpa in contrahendo kann daher nicht auf Unterschiede in der Verjährung gestützt werden, da es diese nicht gibt. Auch entstehen bei der abgeschwächten Vorrangsregeln keine Schutzlücken bei arglistigen Verhalten des Verkäufers: Werden vorsätzliche Falschangaben Inhalt einer Beschaffenheitsvereinbarung, so haftet der Verkäufer aus dieser Vereinbarung und Gewährleistungsrecht. Ein vertraglicher Ausschluss der Gewährleistung ist bei arglistigem Vorspiegeln von Eigenschaften gemäß § 444 BGB nicht möglich.<sup>521</sup> Verschweigt der Veräußerer einen

---

<sup>513</sup> *Canaris*, in: *Egon Lorenz* (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung* (2003), 90.

<sup>514</sup> *Grigoleit*, in: *Schulze/Schulte-Nölke* (Hrsg.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts* (2001), 269, 291.

<sup>515</sup> *Grigoleit*, *Vorvertragliche Informationshaftung* (1997), 226.

<sup>516</sup> *Larisch*, *Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf* (2004), 160.

<sup>517</sup> BGH 10.7.1987, NJW-RR 1988, 10, 11; 23.3.1990, NJW-RR 1990, 970, 971.

<sup>518</sup> *Peter Huber* in *Huber/Faust*, *Schuldrechtsmodernisierung* (2002), 390 (Kapitel 14 Rn. 29)

<sup>519</sup> *Weiler*, ZGS 2002, 249, 254.

<sup>520</sup> PWW<sup>2</sup>/D. *Schmidt*, (Fn. 294), § 438 BGB Rn. 23, mit Nachweisen aus den Gesetzgebungsmaterialien.

<sup>521</sup> Zur Gleichstellung von arglistigen Verschweigen und arglistigen Vorspiegeln: MünchKomm BGB<sup>4</sup>/Westermann, (Fn. 18), § 438 BGB Rn. 29.

Umstand arglistig und dieser Umstand wird deswegen nicht Inhalt einer Beschaffenheitsvereinbarung, so haftet der Verkäufer nach der abgeschwächten Vorrangsregel aus culpa in contrahendo. Bei arglistigem Verschweigen sind die Tatbestandsvoraussetzungen eines solchen Anspruchs gegeben, da Arglist eine Offenbarungspflicht für den entsprechenden Umstand voraussetzt. Die Verjährungsfristen und der Beginn sind gemäß § 438 III BGB gleich. Für die allgemeine Zulassung einer culpa in contrahendo Haftung neben dem Gewährleistungsrecht bei Arglist des Verkäufers besteht somit keine Notwendigkeit.

Aus den genannten Gründen ist der Anwendungsbereich der culpa in contrahendo nach der abgeschwächten Vorrangsregel zu bestimmen. Grundsätzlich kann danach der Verkäufer für Umstände des Unternehmens aus culpa in contrahendo haften, wenn diese nicht zum Inhalt einer Beschaffenheitsvereinbarung gemacht worden sind. Hauptgrund hierfür ist die Schutzbedürftigkeit des Käufers. Nach der strengen Vorrangsregel haftet der Verkäufer nicht für unrichtige Informationen bezüglich der Kaufsache.<sup>522</sup> Das führt aufgrund der fehlenden Standardbeschaffenheit eines Unternehmens zu unbilligen Ergebnissen. Die Rechtsprechung zur Haftung wegen unrichtiger Angaben des Unternehmensverkäufers zeigt,<sup>523</sup> dass in diesen Fällen ein anerkanntes Interesse am Schutz des Unternehmenskäufers besteht. Dabei muss betont werden, dass die Eröffnung des Anwendungsbereichs der culpa in contrahendo nicht mit der Tatbestandserfüllung derselben gleichzusetzen ist. Kann der Käufer in den Vertragsverhandlungen eine Beschaffenheitsvereinbarung nicht durchsetzen, so ist auch eine Haftung des Verkäufers wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht ausgeschlossen. Die konkrete Verletzung einer Aufklärungspflicht ist immer Frage des Einzelfalls und sollte nicht über ein starres Konkurrenzverhältnis gelöst werden. Ob der Verkäufer eine Aufklärungspflicht verletzte muss nach den konkreten Umständen ermittelt werden. Aus der Zulassung der culpa in contrahendo nach der abgeschwächten Vorrangsregel folgt daher nicht, dass der Verkäufer in den Vertragsverhandlungen umfassend mit dem Käufer das Unternehmen errörtern muss.

Für den Unternehmenskauf, mit besonderer Berücksichtigung der Due Diligence-Informationen, ergibt sich folgendes Bild. Der Verkäufer haftet nach Gewährleistungsrecht, wenn der fragliche Umstand Inhalt einer Beschaffenheitsvereinbarung gemäß § 434 I Satz 1 BGB geworden ist. Eine solche konkludente Beschaffenheitsvereinbarung ist in

---

<sup>522</sup> Vgl. *Palandt*<sup>67</sup>/*Grüneberg*, (Fn. 17), § 311 BGB Rn. 14.

<sup>523</sup> Vgl. BGH 12.11.1969, NJW 1970, 653, 655; 5.10.1973, BB 1974, 153; 18.3.1977, 1538; 5.10.1988, NJW-RR 1989, 306; 6.12.1995, NJW-RR 1996, 429.

dem Fall anzunehmen, in dem der Käufer bestimmte Informationen über eine *due diligence request list* anfordert und diese ihm vom Verkäufer zugänglich gemacht werden, üblicherweise in einem Datenraum.<sup>524</sup> Stellt der Verkäufer weitere Informationen in den Datenraum ein, die aufgrund der fehlenden Beschaffenheitsvereinbarung nicht zu einem Gewährleistungsrechtlichen Mangel führen, so haftet er für die Richtigkeit dieser Daten nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo. Bei Verschulden – Vorsatz wie Fahrlässigkeit - haftet er auch, wenn ihn für diesen Umstand keine Offenbarungspflicht traf. Das ist auch sachgerecht, da der Verkäufer auch in diesem Fall für die Richtigkeit seiner Angaben einzustehen hat.<sup>525</sup> Für Umstände, die der Verkäufer nicht offenbart, haftet er nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo nur, soweit ihn für diesen Umstand eine Aufklärungspflicht traf.

#### *b) Umfang der Aufklärungspflichten*

Wie gezeigt, behält die Haftung aus culpa in contrahendo einen Anwendungsbereich beim Unternehmenskauf. Wird die culpa in contrahendo nicht verdrängt, so haftet der Verkäufer aus dieser für jegliche positiven Falschangaben. Macht der Verkäufer Angaben, so trifft ihn eine absolute Wahrheitspflicht, auf das Bestehen einer Aufklärungspflicht kommt es nicht an.<sup>526</sup> Dieser Aspekt wird in der Rechtsprechung stellenweise nicht beachtet, wie das Bemühen von Aufklärungspflichten bei der unkommentierten Übergabe einer Bilanz in der Jurisdiktion zeigt. Danach soll die unkommentierte Übergabe einer unzutreffenden Bilanz nur dann eine vorvertragliche Informationspflichtverletzung darstellen, wenn der Verkäufer erkennen konnte, dass der Kaufentschluss von der Richtigkeit des Abschlusses abhing.<sup>527</sup> Es ist jedoch nicht entscheidend, ob die Angaben freiwillig, auf Nachfrage oder aufgrund einer Pflicht zur Aufklärung erfolgten. Ergo haftet der Verkäufer für erteilte, unrichtige Informationen nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo, soweit das Gewährleistungsrecht nicht eingreift.

Problematisch sind die Fälle, in denen sich die vorvertragliche Pflichtverletzung als eine unterlassene Aufklärung über relevante Umstände des Unternehmens darstellt. Eine unterlassene Aufklärung kann für die Haftung aus culpa in contrahendo nur relevant sein, sofern den Verkäufer bezüglich dieses Umstandes eine Aufklärungspflicht trifft.

---

<sup>524</sup> Zu dieser konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung: S. 66 [§ 2 III. 4. g)].

<sup>525</sup> BGH 20.9.1996, NJW-RR 1997, 144, 145.

<sup>526</sup> S. Lorenz, FS Heldrich (2005), 305, 313.

<sup>527</sup> BGH 5.10.1973, BB 1974, 152-153; OLG Hamburg 3.6.1994, ZIP 1994, 944-948; eine generelle Aufklärungspflichtverletzung durch die unkommentierte Übergabe einer unzutreffenden Bilanz annehmend: BGH 23.11.1979, DB 1980, 679-681.

Grundsätzlich muss derjenige, der einen Vertrag schließt, sich selbst vergewissern, ob dieser für ihn vorteilhaft ist. Darauf darf sich der Vertragspartner einstellen und muss nicht über Umstände aufklären, von denen er annehmen kann, dass nach ihnen gefragt wird, falls die andere Partei Wert darauf legt.<sup>528</sup> Dieser Grundsatz wird durchbrochen, wenn nach der Verkehrssitte oder Treu und Glauben mit einer Information zu rechnen war. Dass soll insbesondere für Umstände gelten, die den Vertragszweck gefährden, für den anderen Teil von wesentlicher Bedeutung sein können und dessen Mitteilung er nach der Verkehrsauffassung erwarten könne.<sup>529</sup> Nach treffender Ansicht<sup>530</sup> ist die Rechtsprechung zu den Voraussetzungen der Aufklärungspflichten beim Unternehmenskauf, wie die vorangestellte Charakterisierung zeigt, insgesamt sehr stark einzelfallbezogen und lässt kaum eine Verallgemeinerung zu.

Einige Autoren<sup>531</sup> sahen in zwei Entscheidungen des BGH aus dem Jahr 2001 eine Trendwende hin zu einer Ausdehnung der Aufklärungspflichten des Unternehmensverkäufers. In dem ersten Urteil führt der BGH zu den Aufklärungspflichten aus:<sup>532</sup>

„Beim Kauf eines Unternehmens oder von GmbH-Geschäftsanteilen ist im Hinblick auf den für den Kaufpreis im Regelfall erheblichen Ertragswert insbesondere zu berücksichtigen, dass der Kaufinteressent - für den Verkäufer erkennbar - sich ein einigermaßen zutreffendes Bild von den wertbildenden Faktoren in erster Linie nur anhand der Bilanzen, der laufenden betriebswirtschaftlichen Auswertungen, sonstiger Buchführungsunterlagen und ergänzender Auskünfte des Inhabers oder Geschäftsführers machen kann. Diese Erschwerung der Bewertung des Kaufobjekts durch einen außenstehenden Interessenten, die auch durch dessen möglicherweise vorhandene Sachkunde nicht ausgeglichen wird, und seine besondere Abhängigkeit von der Vollständigkeit und Richtigkeit der ihm erteilten Informationen vor allem zur Umsatz- und Ertragslage des Unternehmens sowie die regelmäßig weit reichenden wirtschaftlichen Folgen der Kaufentscheidung rechtfertigen es, dem Verkäufer eine gesteigerte Aufklärungspflicht aufzuerlegen und an die hierbei anzuwendende Sorgfalt einen strengen Maßstab anzulegen.“

---

<sup>528</sup> BGH 13.7.1988, NJW 1988, 763, 764.

<sup>529</sup> BGH 6.12.1995, NJW-RR 1996, 429 m.w.N.

<sup>530</sup> *Ulrich Huber*, AcP 202 (2002), 179, 183; *S. Lorenz*, FS Heldrich (2005) 305, 313.

<sup>531</sup> *Wagner*, DStR 2002, 958, 967; *Louven*, BB 2001, 2390, 2391, *Jagersberger*, Die Haftung des Verkäufers beim Unternehmens- und Anteilskauf (2006), 422; zweifelnd: *Larisch*, Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf (2004), 168 f.

<sup>532</sup> BGH 4.4.2001, NJW 2001, 2163, 2164.

In dem zweiten Urteil aus diesem Jahr bestätigt der BGH seine Ausführungen in dem ersten Urteil insoweit, als dass er im Grundsatz eine gesteigerte Aufklärungspflicht des Verkäufers im Hinblick auf die Bewertung des Unternehmens annimmt:<sup>533</sup>

„Überdies trifft den Verkäufer in solchen Fällen, wie der *Senat* in den beiden genannten Urteilen betont hat, im Hinblick auf die wirtschaftliche Tragweite des Geschäfts und die regelmäßig erschwerte Bewertung des Kaufobjekts durch den Kaufinteressenten grundsätzlich eine gesteigerte Aufklärungs- und Sorgfaltspflicht.“

Dieser Grundsatz wurde in dem Urteil dahingehend eingeschränkt, dass sich diese Aufklärungspflicht in bestimmten Fällen vermindern kann. In der zu entscheidenden Fallkonstellation übernahm der Käufer nicht die Schulden des Zielunternehmens und Ziel des Kaufs war die Eingliederung in sein branchengleiches Unternehmen. Folgerichtig musste der Verkäufer den Erwerber nicht über verbliebene Verbindlichkeiten informieren, da diese den Käufer nicht mehr unmittelbar berührten und damit auch nicht für seinen Kaufentschluss entscheidend sein konnten.<sup>534</sup> Dagegen konnte der Vertragszweck – Eingliederung des Unternehmens zur Erzielung von Synergieeffekten – nicht zu einer Verminderung der Aufklärungspflichten führen: Die Fehlbeträge der vergangenen Jahre waren für den Kaufentschluss mitentscheidend, da diese geeignet waren, die geplanten Synergieeffekte zu vereiteln. Trotzdem verneint der BGH eine Haftung aus culpa in contrahendo, da der Verkäufer seine Aufklärungspflichten erfüllt hat.

Umstritten ist die Einordnung dieser Urteile, was sicherlich auch ihren wenig subsumtionsfähigen Aussagen geschuldet ist. Einmal wird darin eine Ausweitung der Aufklärungspflichten des Unternehmensverkäufers gesehen, der über alle maßgeblichen, kaufpreisrelevanten Umstände aufklären müsse,<sup>535</sup> wobei die Erheblichkeitsschwelle für aufklärungspflichtige Informationen bei einer möglichen Schadenshöhe von 5 % bis 10 % der Kaufpreissumme gezogen wird.<sup>536</sup> Andere Stimmen sehen in dem Urteil die Bestätigung einer bekannten Rechtsprechung oder lehnen eine Erweiterung der Aufklärungspflichten beim Unternehmenskauf ab.<sup>537</sup> Diese Analyse stützt sich darauf, dass sich beide Entscheidungen mit insolvenzreifen Unternehmen beschäftigten.<sup>538</sup> Die

---

<sup>533</sup> BGH 28.11.2001, NJW 2002, 1042, 1043.

<sup>534</sup> BGH 28.11.2001, NJW 2002, 1042, 1043.

<sup>535</sup> *Louven*, BB 2001, 2390, 2391; *Jagersberger*, Die Haftung des Verkäufers beim Unternehmens- und Anteilskauf (2006), 422.

<sup>536</sup> *Wagner*, DStR 2002, 958, 964.

<sup>537</sup> *Bärwaldt*, GmbHR 2001, 519, 520; *Larisch*, Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf (2004), 168 f.

<sup>538</sup> Der BGH spricht in NJW 2001, 2163, 2164 von einer desolaten wirtschaftlichen Situation bis hin zur Konkursreife der Gesellschaft.

Insolvenzreife des Unternehmens gefährde immer den Vertragszweck - Erwerb einer lebensfähigen Gesellschaft - so dass der Verkäufer über solche Umstände aufklärungspflichtig ist. Eine Ausdehnung auf sonstige, bewertungsrelevante Umstände, insbesondere bei Gesellschaften, die sich nicht in einer Krise befinden, sei den Urteilen nicht zu entnehmen. Eine solche Ungleichbehandlung von Unternehmen im Vergleich zu anderen Kaufgegenständen sei auch nicht gerechtfertigt.<sup>539</sup>

Meines Erachtens ist eine gesteigerte Aufklärungspflicht des Unternehmensverkäufers aufgrund der Besonderheiten des Kaufgegenstandes Unternehmen gerechtfertigt. Wie der BGH richtigerweise ausführt, ist der Käufer bei seiner Kaufentscheidung auf die wirtschaftlichen Daten des Unternehmens und die Auskünfte des Verkäufers in besonders hohem Maße angewiesen. Seine Kaufentscheidung basiert größtenteils auf diesen Informationen. Dem Käufer eines Unternehmens ist es auch nur schwer möglich, die für seine Kaufentscheidung relevanten Informationen anderweitig zu erhalten. Da jedes Unternehmen ein Unikat darstellt, kann der Käufer auch nicht auf allgemeingültige Informationen zurückgreifen, wie das bei anderen Kaufgegenständen der Fall ist. Daher trifft den Verkäufer eine gesteigerte Aufklärungspflicht bezüglich erheblicher, wertbildender Faktoren des Unternehmens. Sieht man die Besonderheiten des Kaufgegenstandes Unternehmen als Grund für diese gesteigerte Aufklärungspflicht an, so muss das auch für lebensfähige, das heißt sich nicht in der Krise befindende Unternehmen gelten. Für diese Interpretation sprechen auch die vorangestellten, längeren Ausführungen des Gerichts, wonach der Erwerber auf die Informationen des Verkäufers angewiesen ist. Zur Begründung einer Aufklärungspflicht über Verluste eines Betriebes – der nach dem Vertragszweck in das Unternehmen des Erwerbers eingegliedert und nicht fortgeführt werden soll – stellt der BGH auf die Bedeutung für den Kaufabschluss ab.<sup>540</sup> Der gefährdete Vertragszweck kann laut Gericht auch die Erzielung von gewinnbringenden Synergieeffekten sein, so dass eine Aufklärungspflicht nicht auf insolvente beziehungsweise insolvenzgefährdete Unternehmen beschränkt ist. Daher ist mit diesen beiden Urteilen von einer Ausweitung der Aufklärungspflichten des Verkäufers auszugehen, was sich auch in anschließenden Urteilen ablesen lässt. Beispielsweise zitierte das OLG München die angesprochene BGH-Entscheidung<sup>541</sup> aus dem Jahre 2001 und nahm bei einem nicht insolvenzgefährdeten Unternehmen eine Aufklärungspflicht

---

<sup>539</sup> Larisch, Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf (2004), 169 f.

<sup>540</sup> BGH 28.11.2001, NJW 2002, 1042, 1043 f.

<sup>541</sup> BGH 4.4.2001, NJW 2001, 2163, 2164.

bezüglich „aller für die Kaufpreisbildung wesentlichen Umstände“ an.<sup>542</sup> Für die Zukunft wäre eine weitere Konkretisierung der Aufklärungspflichten durch den BGH wünschenswert.

### *c) Einfluss der Due Diligence*

An dieser Stelle soll der Einfluss der Due Diligence auf die Haftung aus culpa in contrahendo näher beleuchtet werden. Im Zuge der Due Diligence werden dem Käufer Informationen über das Unternehmen zugänglich gemacht. Unterschiedliche Auffassungen bestehen darüber, ob die Due Diligence eine Relevanz für die Haftung aus culpa in contrahendo hat.

Die Diskussion dieses Problems leidet darunter, dass dieses, bewusst oder unbewusst, von verschiedenen Blickwinkeln betrachtet wird oder diese sogar vermengt werden. Meiner Meinung nach ist ganz deutlich zwischen dem Bestehen und der Erfüllung von Aufklärungspflichten zu unterscheiden, wie das auch von der Rechtsprechung vorgenommen wird. Deutlich wird diese Unterscheidung in dem bereits angesprochenen Urteil zum Umfang der Aufklärungspflichten.<sup>543</sup> Das ist auch richtig, wird jedoch oftmals nicht ausreichend beachtet. Grund dafür ist die häufig angestellte ex post Betrachtung bei Aufklärungspflichtverletzungen: Nach Eintritt des Schadens beschränkt sich die Prüfung darauf, ob der fragliche Umstand von der Aufklärungspflicht umfasst war. Umstände, über die aufgeklärt wurde – der Aufklärungspflichtige also seine Pflicht erfüllte - und von denen der Aufgeklärte somit Kenntnis hat, kommen für diese Prüfung nicht in Betracht. Diese Betrachtungsweise verstellt ein wenig den Blick darauf, dass zwischen dem Bestehen von Aufklärungspflichten und der Erfüllung dieser unterschieden werden muss. Unrichtig ist daher die Behauptung, bei Kenntnis des Käufers von dem aufklärungspflichtigen Umstand fehle es bereits an der Aufklärungspflicht.<sup>544</sup> Klärt der Verkäufer den Käufer auf, so erfüllt er seine Aufklärungspflicht, an dem vorherigen Bestehen dieser Pflicht besteht aber kein Zweifel. Erlangt der Käufer auf anderen Wegen und nicht vom Verkäufer positive Kenntnis über aufklärungspflichtige Umstände, so fehlt es an der Kausalität zwischen Aufklärungspflichtverletzung und Vertragsschluss beziehungsweise Schaden.

---

<sup>542</sup> OLG München 26.7.2006 – 7 U 2128/06 – juris Rn. 97 = OLGR München, 2007, 198-200 (Leitsatz und Gründe, ohne die zitierte Randnummer).

<sup>543</sup> BGH 28.11.2001, NJW 2002, 1042, 1043 f.

<sup>544</sup> So aber: *Stengel/Scholderer*, NJW 1994, 158, 162.



Diese Unterscheidung wird in der Diskussion des Einflusses der Due Diligence nicht konsequent eingehalten. So wird nicht immer klar, was mit der „Reduzierung“<sup>545</sup> oder der „Abschwächung“<sup>546</sup> von Aufklärungspflichten durch eine Due Diligence gemeint ist: Bestehen gegen einen eine Due Diligence durchführenden Käufer generell geringere Aufklärungspflichten, da dieser Fakt in die Abwägung bei der Entstehung dieser Pflichten mit einzubeziehen ist oder kann der Verkäufer seine vorher bestehenden Pflichten durch eine Due Diligence erfüllen?

Diese Unterscheidung wird beim Einfluss der Due Diligence auf die Haftung des Verkäufers virulent. Lässt die Due Diligence bestimmte Aufklärungspflichten gar nicht erst entstehen, so verlagert sich das Risiko bezüglich dieser Umstände völlig auf den Käufer.<sup>547</sup> Andererseits kann die Durchführung einer Due Diligence auch im Rahmen des Mitverschuldens gemäß § 254 BGB Relevanz bekommen, wenn es um die Haftung des Verkäufers wegen einer von ihm verletzten Aufklärungspflicht geht. Diese Differenzierung hat erhebliche Auswirkungen: Ohne bestehende Aufklärungspflicht ist eine Haftung aus culpa in contrahendo ausgeschlossen, während im Rahmen des § 254 BGB eine Quotelung des Schadens aufgrund einer Abwägung der Verschuldensanteile des Einzelfalles vorgenommen wird. Das Ergebnis der Abwägung kann auch einen völligen Wegfall der Ersatzpflicht zum Ergebnis haben.<sup>548</sup>

In dieser Arbeit soll diese Unterscheidung eingehalten werden und im Fortgang der Arbeit wird zwischen dem Einfluss auf die Entstehung von Aufklärungspflichten und der Erfüllung dieser unterschieden.

#### *aa) Bestehen von Aufklärungspflichten*

Zuerst ist zu fragen, ob gegenüber einem eine Due Diligence durchführenden Erwerber geringere Aufklärungspflichten bestehen, als gegenüber einem diese unterlassenden Käufers. Ausmaß und Umfang der Aufklärungspflichten hängen immer von Umständen des konkreten Einzelfalles ab.<sup>549</sup> Jedoch lassen sich bestimmte Faktoren herausarbeiten, die in unterschiedlicher Gewichtung das Entstehen von Informationspflichten maßgeblich bestimmen. Neben den allgemeingültigen Faktoren<sup>550</sup> kommt beim Unternehmenskauf die

---

<sup>545</sup> Fleischer/Körber, BB 2001, 841, 848.

<sup>546</sup> Harm Peter Westermann, ZHR 169 (2005), 248, 263.

<sup>547</sup> Loges, DB 1997, 965, 967.

<sup>548</sup> Palandt<sup>67</sup>/Heinrichs, (Fn. 17), § 254 BGB Rn. 66.

<sup>549</sup> MünchKomm BGB<sup>5</sup>/Emmerich, (Fn. 313), § 311 BGB Rn. 102.

<sup>550</sup> Vgl. den Überblick bei: MünchKomm BGB<sup>5</sup>/Emmerich, (Fn. 313), § 311 BGB Rn. 102 ff.

bereits angesprochene besondere Abhängigkeit des Käufers von den Informationen des Verkäufers hinzu.

Gegenüber einer geschäftsgewandten Partei bestehen grundsätzlich weniger Aufklärungspflichten, da davon ausgegangen wird, dass diese ihre Interessen wahrzunehmen versteht.<sup>551</sup> An diesem Punkt wird von einigen Autoren angesetzt, um das Bestehen von verminderten Aufklärungspflichten gegenüber einem eine Due Diligence durchführenden Erwerber zu begründen. Dieser bringe zum Ausdruck, dass er die für ihn wichtigen Umstände selbst beurteilen kann und will. Er zeigt in der Terminologie der Rechtsprechung, dass er seine „Interessen wahrzunehmen versteht“<sup>552</sup>. Der Käufer bestimmt mit einer Due Diligence ganz maßgeblich die Art und den Umfang der Aufklärung mit. Mittels der *due diligence request list* zeigt der Erwerber von welchen Umständen er seine Kaufentscheidung abhängig macht, auf welche Umstände er erkennbar Wert legt. Diese Bedeutung der *request list* wurde bereits bei der Beschaffenheitsvereinbarung deutlich.<sup>553</sup> Wenn den Fallgruppen, bei denen eine Haftung wegen Aufklärungspflichtverletzung in Betracht kommt, gemein ist, dass es sich um „besondere Umstände“ handelt, „die hinsichtlich des Kaufgegenstandes und seiner Wertschätzung erkennbar für die Entschließung des Käufers erheblich sind“<sup>554</sup>, so könnte man an eine Limitierung der geschuldeten Aufklärung auf diese Bereiche denken. Danach schuldet der Verkäufer keine oder verminderte Aufklärung über Umstände in Bereichen, die der Käufer in seiner Due Diligence nicht prüft.

Diesem Gedanken wird widersprochen und die Due Diligence als „neutral“<sup>555</sup> gegenüber den Aufklärungspflichten des Verkäufers eingeordnet, diese werden nicht durch die Due Diligence reduziert.<sup>556</sup> Der Käufer bringe mit der Durchführung der Due Diligence ein gesteigertes Aufklärungsinteresse zum Ausdruck; die verschiedensten Einzelheiten der Unternehmenssituation oder des Unternehmensvermögen könnten für seine Kauf- beziehungsweise Kaufpreisentscheidung erheblich sein.<sup>557</sup> Weiterhin führe der Käufer die Prüfung in seinem Interesse durch, er wolle sich schützen und seine Rechtsposition nicht verschlechtern.

---

<sup>551</sup> BGH 27.11.1985, BGHZ 96, 302, 311; 16.1.1991, NJW 1991, 1223, 1224.

<sup>552</sup> BGH 27.11.1985, BGHZ 96, 302, 311.

<sup>553</sup> Vgl. S. 66 [§ 2 III 4 g)].

<sup>554</sup> *Stengel/Scholderer*, NJW 1994, 158, 160, der RG 7.7.1925, RGZ 111, 233, 235 zitiert.

<sup>555</sup> *Stengel/Scholderer*, NJW 1994, 158, 164.

<sup>556</sup> *D. Beisel*, in: *Beisel/Klumpp*, Der Unternehmenskauf<sup>5</sup> (2006), 34 Rn. 13; *Larisch*, Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf (2004), 171; *Fritzen*, Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform (2004), 197 f.; *Eggenberger*, Gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen und Folgen einer due-diligence Prüfung (2001), 279 f.

<sup>557</sup> *Stengel/Scholderer*, NJW 1994, 158, 164.

Meines Erachtens verbietet sich bei der Frage des Einflusses der Due Diligence auf die Aufklärungspflichten des Verkäufers eine pauschale Aussage. Richtig ist, dass der Schwerpunktsetzung einer Due Diligence kaum die Aussage entnommen werden kann, dass der Erwerber kein Interesse an der Offenlegung von vertragsgefährdenden Umständen aus nicht geprüften Bereichen hat. Jedoch gilt auch das Postulat, dass mit einer erweiterten Wissensbasis des Käufers eine geringere Gewährleistungslast des Verkäufers korrespondieren sollte.<sup>558</sup> Weiterhin lässt sich fragen, wieso der Käufer Ansprüche wegen Umständen sollte geltend machen können, auf die er in den Vertragsverhandlungen erkennbar keinen Wert gelegt hat. Beschränkt der Käufer die Due Diligence auf bestimmte Bereiche, so kann der Verkäufer erwarten, dass der Erwerber die für ihn relevanten Umstände erkennen und beurteilen kann und gegebenenfalls Fragen stellt.<sup>559</sup> Das steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH, der für Umstände eine Aufklärungspflicht verneint, wenn der Verkäufer davon ausgehen konnte, dass er nach ihnen vom Käufer gefragt wird, falls dieser Wert auf diese Umstände legt.<sup>560</sup> Für eine „Neutralität“ der Due Diligence bezüglich von Aufklärungspflichten wird angeführt, dass sich diese nahtlos in die Rechtsprechung einfüge: Wenn die Redepflicht des Verkäufers nicht einmal entfällt, wenn der Käufer nach Umständen fragt und im Anschluss auf Informationserteilung nicht beharrt, so muss das Nichtfragen des Käufers erst recht unschädlich sein.<sup>561</sup> Dieser Umkehrschluss ist aber nicht gerechtfertigt. Entscheidend ist in dem angesprochenen Urteil, dass der Käufer mit seinen Fragen erkennen lässt, auf welche Umstände es ihm ankommt.<sup>562</sup> Dass macht der eine Due Diligence durchführende Erwerber auch mittels seines Fragenkatalogs beziehungsweise der *due diligence request list*. Legt der Käufer auf Umstände keinen erkennbaren Wert - bezieht er sie nicht in seine Due Diligence ein – so kann der Verkäufer darauf vertrauen, dass der Käufer gegebenenfalls Fragen stellt.<sup>563</sup> Das entspricht auch der Linie des BGH.<sup>564</sup>

Daher führt die Durchführung einer Due Diligence bei der Abwägung, ob in nicht geprüften Bereichen Aufklärungspflichten bestehen, regelmäßig zu einer Reduzierung beziehungsweise Minimierung der Aufklärungspflichten in diesen Bereichen. Der Käufer

---

<sup>558</sup> Götze, ZGR 1998, 202, 203 Fn. 4.

<sup>559</sup> Werner, ZIP 2000, 989, 990.

<sup>560</sup> BGH 13.7.1988, NJW 1989, 763, 764.

<sup>561</sup> Fleischer/Körber, BB 2001, 841, 848, unter Berufung auf BGH 12.11.1969, NJW 1970, 653, 656.

<sup>562</sup> BGH 12.11.1969, NJW 1970, 653, 655.

<sup>563</sup> Treeck, in FS Fikentscher (1998), 434, 438.

<sup>564</sup> BGH 13.7.1988, NJW 1989, 763, 764.

gibt mit der Due Diligence zu verstehen, dass er selbst die für ihn relevanten Informationen bestimmen kann und seine Interessen selber wahrzunehmen versteht. Mit der *due diligence request list* macht der Erwerber erkennbar, welche Umstände er für seine Kaufpreisbildung wesentlich macht. Über diese Umstände schuldet der Verkäufer beim Unternehmenskauf unter Zugrundelegung der BGH-Rechtsprechung hauptsächlich Aufklärung.<sup>565</sup> Der Verkäufer darf aber auch darauf vertrauen, dass die für den Käufer bedeutsamen Punkte in den Fragekatalog (*due diligence request list*) aufgenommen worden sind.<sup>566</sup> Das muss in die Abwägung, ob für nicht geprüfte Bereiche eine Aufklärungspflicht besteht, mit einbezogen werden und führt meiner Meinung nach im Regelfall zum Nichtentstehen von Aufklärungspflichten für diese Bereiche. Grund ist das erkennbar nicht bestehende Informationsbedürfnis des Erwerbers, er macht seinen Vertragsschluss von diesen Umständen nicht abhängig. In bestimmten Fällen kann der streitige, von der Prüfung nicht umfasste Umstand aufgrund seiner Wichtigkeit für die Vertragsdurchführung aufklärungspflichtig sein, falls die Abwägung der Faktoren dies ergibt. Das sollte jedoch die Ausnahme darstellen.

Dieser Befund führt umgekehrt zum vermehrten Bestehen von Aufklärungspflichten in den geprüften Bereichen. Zeigt der Käufer durch die Due Diligence, welche Bereiche er als kaufpreisrelevant einstuft, so schuldet der Verkäufer verstärkt Aufklärung in diesen Bereichen. Eine „Neutralität“ verbietet sich auch hier.

Ein weiterer Topoi in die Abwägung, ob eine Aufklärungspflicht besteht, muss die bei einer Due Diligence übliche Hinzuziehung von Sachverständigen wie Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern sein. Eine Due Diligence ohne Beteiligung dieser Berufsgruppen ist kaum denkbar, eine Due Diligence ist aber nicht auf diese Spezialisten beschränkt. Zieht ein Käufer solche Experten hinzu, so verringern sich auch die Aufklärungspflichten des Verkäufers aufgrund der besonderen Sachkunde der externen Berater. In diesem Fall kann der Verkäufer in besonderem Maße erwarten, dass diese Experten die für sie relevanten Daten anfordern. Werden von einer durch externe, sachverständige Berater durchgeführte Due Diligence bestimmte Bereiche ausgelassen, so kann der Verkäufer in hohem Maße darauf vertrauen, dass Informationen aus diesen Bereichen nicht kaufpreisrelevant und damit regelmäßig nicht aufklärungspflichtig sind.

---

<sup>565</sup> Vgl. BGH 4.4.2001, NJW 2001, 2163, 2164; BGH 28.11.2001, NJW 2002, 1042, 1043; OLG München 26.7.2006 – 7 U 2128/06 – juris Rn. 97 = OLGR München, 2007, 198-200 (Leitsatz und Gründe, ohne die zitierte Randnummer).

<sup>566</sup> Ulrich Huber, AcP 202 (2002), 179, 218.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass eine solche Prüfung in großer Hektik und unter enormen Zeitdruck durchgeführt wird.<sup>567</sup> Den in den Bereichen, in denen der Erwerber eine Due Diligence durchführt, bestehen gesteigerte Aufklärungspflichten, da diese Informationen erkennbar für seine Kaufpreiskalkulation entscheidend sind. Hindert ein hoher Zeitdruck oder Hektik der Durchführung der Due Diligence ein Aufdecken von bestimmten Umständen, so ist das bei der Frage der Erfüllung von Aufklärungspflichten erheblich. Unterlässt der Käufer beziehungsweise seine externen Berater die Prüfung bestimmter Bereiche aus Zeitnot, so ist das auch ein Abwägungsfaktor bei der Frage, ob eine Aufklärungspflicht besteht. Es kann aber aus der in der Praxis häufigen Zeitnot nicht auf eine generelle Unbeachtlichkeit der Due Diligence auf das Bestehen von Aufklärungspflichten geschlossen werden. Insbesondere kann das nicht mit einem „Unbehagen“<sup>568</sup> begründet werden, das einem bei der Beschneidung der Rechte des Käufers befällt, weil dieser die Prüfung unter großem Zeitdruck durchführt. Mit gleicher Berechtigung kann es Unbehagen bereiten, dass der sich offenbarende Verkäufer, welcher die betrieblichen Verhältnisse offen legt, seine Haftung aus culpa in contrahendo nicht reduzieren kann.

Wenig überzeugend ist der Hinweis<sup>569</sup> auf mögliche Regressansprüche des Käufers gegen seine Berater im Falle des Übersehens wichtiger Aspekte bei der Prüfung. Diese angesprochenen Regressansprüche können nur bezüglich von Umständen entstehen, auf die sich die Prüfung auch erstreckte. In diesen Bereichen, auf die der Erwerber erkennbar Wert legt, mindern sich die Aufklärungspflichten aber nicht. Dass der Erwerber einen Regressanspruch gegen seine Berater wegen der unterlassenen Prüfung eines Bereiches des Unternehmens (beispielsweise das Unterlassen einer Technical Due Diligence) hat, ist aufgrund des nicht feststehenden und einzelfallbezogenen Umfangs einer Due Diligence nicht vorstellbar. Daher kann das Argument für die Fragestellung, ob in von der Due Diligence nicht umfassten Bereichen vermindert Aufklärungspflichten bestehen, nicht herangezogen werden. Es kann aber bei der Frage, ob mit der Due Diligence Aufklärungspflichten erfüllt werden, eine Rolle spielen.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Durchführung einer Due Diligence, entgegen den überwiegenden Auffassungen im Schrifttum, in die Abwägung bezüglich des Bestehens von Aufklärungspflichten mit einbezogen werden muss. Regelmäßig führt

---

<sup>567</sup> D. Beisel, in: *Beisel/Klumpp*, Der Unternehmenskauf<sup>5</sup> (2006), 35 Rn. 14.

<sup>568</sup> *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 848.

<sup>569</sup> *Loges*, DB 1997, 965, 969.

die Durchführung der Prüfung dazu, dass für Umstände in nicht geprüften Bereichen keine beziehungsweise nur sehr wenige Aufklärungspflichten bestehen. Grund hierfür ist, dass mit der Due Diligence und insbesondere mit der *due diligence request list* der Käufer für den Verkäufer erkennbar macht, welche Umstände für ihn kaufpreisrelevant sind. Mit der Durchführung und der damit regelmäßig verbundenen Einschaltung von externen Sachverständigen gibt der Erwerber zu erkennen, dass er seine Interessen selber wahrzunehmen versteht. Wird die Due Diligence erkennbar aus Zeitnot auf bestimmte Bereiche beschränkt, so fließt dieser Gesichtspunkt auch in die Abwägung mit ein. Macht der Käufer deutlich, dass er allein aus diesem Grund seine Prüfung auf bestimmte Bereiche beschränkt, so kann das für ein Bestehen einer Aufklärungspflicht angeführt werden. Für die Bereiche, die von der Due Diligence umfasst werden, hat die Prüfung auf das Bestehen von Aufklärungspflichten einen gegenteiligen Einfluss. In diesen Bereichen besteht für den Verkäufer nach der Rechtsprechung eine gesteigerte Aufklärungspflicht für alle kaufpreisrelevanten Umstände.<sup>570</sup> Mit der Due Diligence macht der Käufer deutlich, welche Bereiche für ihn kaufpreisrelevant sind. Hier muss der Verkäufer auch ungefragt Umstände offenbaren, die nicht vom Fragekatalog umfasst sind, aber zu diesem eine sachliche Nähe aufweisen.

Eine pauschale Aussage über den Einfluss der Due Diligence auf die Aufklärungspflichten ist leider nicht möglich. Der Auffassung, dass die Due Diligence überhaupt keinen Einfluss auf das Bestehen von Aufklärungspflichten hat, ist aber entgegenzutreten. Bestand und Umfang der Aufklärungspflichten hängen immer vom Einzelfall ab, auf diese Abwägung hat die Durchführung einer Due Diligence Einfluss, da sie die Informationsbedürftigkeit des Käufers für bestimmte Umstände deutlich macht.

#### *bb) Erfüllung von Aufklärungspflichten*

Die sich anschließende Frage ist, ob mit der Due Diligence bestehende Aufklärungspflichten des Verkäufers erfüllt werden können. Im Normalfall klärt der Verkäufer den Käufer über die aufklärungspflichtigen Umstände auf, er erfüllt somit seine Pflichten. Im Zusammenhang mit der Due Diligence ist zu klären, ob mit der Gewährung einer Due Diligence die Aufklärungspflichten erfüllt werden können. Das praktisch bedeutendste Problem ist, ob der Verkäufer seiner Haftung aus culpa in contrahendo mit dem Einstellen von Informationen über aufklärungspflichtige Umstände in den Datenraum

---

<sup>570</sup> Vgl. BGH 4.4.2001, NJW 2001, 2163, 2164; BGH 28.11.2001, NJW 2002, 1042, 1043; OLG München 26.7.2006 – 7 U 2128/06 – juris Rn. 97 = OLGR München 2007, 198-200 (Leitsatz und Gründe, ohne die zitierte Randnummer).

entgehen kann. Bei diesen Informationen kann es sich nicht um solche handeln, die mittels einer *due diligence request list* vom Käufer angefordert wurde, da diese Merkmale zum Inhalt einer Beschaffenheitsvereinbarung geworden sind und damit aus dem Anwendungsbereich der culpa in contrahendo ausscheiden.<sup>571</sup> Denkbar ist auch, dass der Verkäufer beispielsweise seine Aufklärungspflichten mit der Gewährung einer Besichtigung (*site visit*) oder Mitarbeiterbefragung oder sogar mit einer Management-Präsentationen erfüllt.

Ob Aufklärungspflichten durch die Durchführung einer Due Diligence erfüllt werden, wird selten thematisiert. Die wenigen Auffassungen diesbezüglich unterscheiden sich stark. Auf der einen Seite wird es als zwangsläufig angesehen, dass der Verkäufer seine Aufklärungspflichten erfüllt, wenn er im Zuge einer Due Diligence dem Käufer Informationen über aufklärungspflichtige Umstände zur Verfügung stellt.<sup>572</sup> Die fehlende Nutzung oder Verwertung dieser Informationen soll dem Verkäufer nicht als Verletzung der Aufklärungspflicht angelastet werden. Eine andere Stellungnahme bejaht die Möglichkeit der Erfüllung der Aufklärungspflicht durch die Gewährung einer Due Diligence mit praktischen Erwägungen: Zieht man mit der Rechtsprechung die Aufklärungspflichten des Verkäufers sehr weit, so muss dem Verkäufer auch eine einfache und effektive Art der Informationsweitergabe an die Hand gegeben werden.<sup>573</sup>

Im Gegensatz dazu verlangen andere ausdrückliche Hinweise des Verkäufers. Es reiche nicht aus, falls die aufklärungspflichtigen Umstände „in einem Dickicht von anderen Informationen enthalten“ sind.<sup>574</sup> Selbst gegenüber einem kundigen Erwerber beziehungsweise der von ihm eingeschalteten Experten, soll das unkommentierte Einstellen von Dokumenten nicht zur Erfüllung der Aufklärungspflichten ausreichen.<sup>575</sup>

Meines Erachtens leidet die letztgenannte Meinung unter einem unauflösbaren Widerspruch: Nach einhelliger Ansicht stellt die Due Diligence ein geeignetes Mittel zur Überwindung der Informationsasymmetrie beim Unternehmenskauf dar.<sup>576</sup> Nur im Falle der Erfüllung der Aufklärungspflichten wird diese Funktion nicht berücksichtigt. Hier soll der Verkäufer ausdrücklich aufklären und kann nicht durch Bereitstellung der

---

<sup>571</sup> Vgl. zur Beschaffenheitsvereinbarung: S. 54 [§ 2 III. 4. g)]; zum Anwendungsbereich der c.i.c.: S. 129 [§ 2 III. 7. a) bb) (4)].

<sup>572</sup> Tigges, FB 2005, 95, 101; Vogt, DStR 2001, 2027, 2029.

<sup>573</sup> Wagner, DStR 2002, 958, 965 f.

<sup>574</sup> Klaus J. Müller, NJW 2004, 2196, 2199.

<sup>575</sup> Jagersberger, Die Haftung des Verkäufers beim Unternehmens- und Anteilskauf (2006), 426.

<sup>576</sup> Berens/Schmitting/Strauch, in: Berens/Brauner/Strauch (Hrsg.), Due diligence bei Unternehmensakquisitionen<sup>4</sup> (2005), 75, 77.

Informationen seinen Aufklärungspflichten nachkommen. Als Begründung wird angeführt, dass der Käufer diese Prüfung nur zu seinem Schutz durchführe, er wolle seine Rechtsposition nicht schmälern.<sup>577</sup> Daher dürfe die Due Diligence keinen Einfluss auf die Aufklärungspflichten haben.<sup>578</sup> Dieses Argument betont jedoch die Käuferinteressen zu einseitig. Denn so, wie der Käufer sich durch die Durchführung der Due Diligence schützen möchte, so hat der Verkäufer ein berechtigtes Interesse daran, mit Gewährung der Due Diligence seine Aufklärungspflichten zu erfüllen und damit seine Haftung zu begrenzen. Das einseitige Abstellen auf die Käuferinteressen wird den unterschiedlichen Interessen bei einer Due Diligence nicht gerecht. Werden wichtige Informationen des Zielunternehmens im Rahmen einer Due Diligence offen gelegt, so gebietet eine faire Interessenabwägung die Begrenzung der Verkäuferhaftung. Auch hier sollte eine erweiterte Wissensbasis des Käufers mit einer reduzierten Gewährleistungslast des Verkäufers einhergehen.<sup>579</sup>

In der Vereinbarung zwischen Käufer und Verkäufer, dass eine Due Diligence durchgeführt wird, ist daher immer auch eine Vereinbarung über die Art und Weise der Erfüllung von Aufklärungspflichten zu sehen. Die Vereinbarung über die Durchführung einer Due Diligence ist daher immer dahingehend auszulegen, dass der Verkäufer seine Aufklärungspflichten durch das zur Verfügungstellen der notwendigen Informationen erfüllt. Eine andere Deutung des Parteiverhaltens ist meiner Meinung nach kaum möglich, es würde auch die Käuferinteressen zu stark betonen. Lässt man grundsätzlich die Erfüllung von Aufklärungspflichten durch die Due Diligence zu, so gewichtet man die Käufer- und Verkäuferinteressen angemessen. Damit ist nicht gesagt, dass der Verkäufer seine Aufklärungspflicht mit der Zugänglichmachung jedweder Information erfüllt. Von der Erfüllung kann nur die Rede sein, wenn die zur Verfügung gestellten Informationen den Erwerber objektiv in die Lage versetzen, den aufklärungspflichtigen Umstand voll zu erfassen. Setzen die vom Verkäufer bereitgestellten Informationen den Käufer dazu nicht in die Lage, sei es weil die Informationen nicht vollständig sind oder aber unzureichend aufbereitet, so erfüllt der Verkäufer seine Pflichten nicht. Daher ist auch der Einwand,<sup>580</sup> die Due Diligence dürfe die Aufklärungspflichten nicht beeinflussen, da es für den Käufer schlechtweg unmöglich sei, alle Umstände mit den bereitgestellten Informationen zu

---

<sup>577</sup> *Stengel/Scholderer*, NJW 1994, 158, 164; *Klaus J. Müller*, NJW 2004, 2196, 2199.

<sup>578</sup> *Picot*, in: *Berens/Brauner/Strauch* (Hrsg.), *Due diligence bei Unternehmensakquisitionen*<sup>4</sup> (2005), 313, 339 f.

<sup>579</sup> *Götze*, ZGR 1998, 202, 203 Fn. 4.

<sup>580</sup> *D. Beisel*, in: *Beisel/Klumpp*, *Der Unternehmenskauf*<sup>5</sup> (2006), 35 Rn. 14; *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 848.



erfassen, nicht zutreffend. Neben dem Aufbereitungsgrad der Informationen ist auch die zur Verfügung stehende Zeit für die Frage entscheidend, ob objektiv von einer Erfüllung der Aufklärungspflichten gesprochen werden kann. Je geringer die Zeit ist, die den Prüfern zur Verfügung steht, umso deutlicher müssen die Hinweise auf aufklärungspflichtige Umstände sein, damit von einer Erfüllung der Aufklärungspflicht gesprochen werden kann.

Die hier vertretene Meinung hat den praktischen Vorteil, dass die Erfüllung der Aufklärungspflichten in der Regel dokumentiert wird. Dass die Praxis von einer Erfüllung der Aufklärungspflichten durch die Due Diligence ausgeht, ist daran ersichtlich, dass im Regelfall die zur Kenntnis genommenen oder eingestellten Unterlagen dokumentiert werden. Dies geschieht durch die Abzeichnung von Listen im Datenraum mit dem Inhalt,<sup>581</sup> dass diese Unterlagen zur Kenntnis genommen wurden oder der elektronischen Speicherung der offen gelegten Dokumente bei einer *virtual due diligence*. In der Transaktionspraxis soll es auch vorkommen, dass der Inhalt ganzer Datenräume in einem Notariat eingelagert wird. Ein solches Vorgehen macht nur Sinn, wenn man keine ausdrücklichen Hinweise für die Erfüllung der Aufklärungspflichten verlangt. Davon geht die Praxis aus. So verstanden kann die Due Diligence ihre Beweisfunktion übernehmen und effektiv spätere Rechtsstreitigkeiten verhindern.<sup>582</sup>

Für die Art und Weise, wie die Aufklärungspflichten erfüllt werden müssen ist auch von Belang, wenn der Käufer wie im Regelfall Sachverständige mit der Due Diligence beauftragt. Gegenüber Experten sind die Anforderungen an die Erfüllungshandlung abgesenkt.

Im Gegensatz zu den meisten Stellungnahmen kann der Verkäufer seine Aufklärungspflichten mit einer Due Diligence grundsätzlich erfüllen. Die größte praktische Relevanz dürfte der Fall sein, dass der Verkäufer Dokumente über aufklärungspflichtige Umstände, die nicht vom Fragekatalog des Käufers (*due diligence request list*) umfasst sind,<sup>583</sup> in den Dokumentenraum einstellt. Sind die Informationen ausreichend, so erfüllt der Verkäufer seine diesbezügliche Aufklärungspflicht.

---

<sup>581</sup> Ein solches Vorgehen dem Verkäufer empfehlend: *Jaques*, BB 2002, 417, 423.

<sup>582</sup> Zur Beweisfunktion: S. 12 [§ 1 II. 3.].

<sup>583</sup> Diese Umstände werden Inhalt einer Beschaffensvereinbarung i.S.d. § 434 I Satz 1 BGB: S. 66 [§ 2 III. 4. g)].

#### *d) Due Diligence und Mitverschulden*

Im Rahmen der Schadensersatzansprüche aus culpa in contrahendo wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten wird die Frage aufgeworfen, inwiefern eine unterlassene beziehungsweise auf bestimmte Themenbereiche begrenzte oder aber eine unsorgfältige Due Diligence als Mitverschulden des Käufers im Sinne des § 254 BGB und damit anspruchsmindernd zu berücksichtigen ist.

##### *aa) Unterlassene Due Diligence*

Die Frage, ob eine unterlassene Due Diligence ein Mitverschulden im Sinne des § 254 BGB darstellt, ist eng mit der Problematik des Haftungsausschlusses nach § 442 I Satz 2 BGB verwandt. In diesem Zusammenhang wurde festgestellt, dass es keine Obliegenheit zur Durchführung einer Due Diligence gibt.<sup>584</sup> Ein Mitverschulden kommt nur als eine Verletzung einer Obliegenheit in Betracht. Den eine Due Diligence unterlassenden Käufer trifft eine solche Obliegenheit nicht. Ein Mitverschulden des Erwerbers wegen unterlassener Prüfung scheidet aus.

##### *bb) Unvollständige Due Diligence*

Beschränkt der Käufer die Due Diligence auf bestimmte Bereiche, so ergibt die Abwägung über das Entstehen von Aufklärungspflichten, dass diese nur in Ausnahmefällen bezüglich von Umständen aus nicht von der Prüfung umfassten Bereichen bestehen.<sup>585</sup> Dass der Käufer bestimmte Bereiche aus seiner Prüfung ausklammert ist keine Obliegenheitsverletzung, so dass für ein Mitverschulden im Sinne des § 254 BGB kein Platz ist.

##### *cc) Unsorgfältige Prüfung*

Kontrovers wird die Frage beurteilt, ob eine unsorgfältige Due Diligence dem Käufer als Mitverschulden im Sinne des § 254 BGB zu beachten ist.

Nach einer Ansicht soll für ein Mitverschulden des Käufers bei einer freiwilligen, aber unsorgfältigen Due Diligence kein Raum für Mitverschulden sein.<sup>586</sup> Begründet wird das damit, dass der Käufer nicht schlechter gestellt werden darf, der sich durch die Due

---

<sup>584</sup> S. 112 [§ 2 III. 6. a) ff].

<sup>585</sup> S. 139 [§ 2 III. 7. c) aa)].

<sup>586</sup> *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 848; *Dietzel*, in: *Semler/Volhard* (Hrsg.), *Arbeitshandbuch für Unternehmensübernahmen*, I: *Unternehmensübernahme, Vorbereitung-Durchführung-Folgen* (2001), 355, Rn. 70; *Eggenberger*, *Gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen und Folgen einer due-diligence Prüfung* (2001), 281; *Fritzen*, *Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform* (2004), 199 ff.

Diligence in größerem Maß um vorvertragliche Aufklärung bemüht. Auch wäre eine Überprüfung des Unternehmens „auf Herz und Nieren“<sup>587</sup> in der häufig auftretenden Zeitnot gar nicht möglich. Weiterhin führt der Käufer die Due Diligence ausschließlich im eigenen Interesse und zu seinem Schutz durch, nicht jedoch, um seine Rechtstellung zu verschlechtern.<sup>588</sup>

Andere Stellungnahmen zu diesem Thema gehen von einer Anwendung des § 254 BGB bei einer unsorgfältigen Due Diligence aus.<sup>589</sup> Auch die Rechtsprechung geht selbstverständlich von der Möglichkeit der Berücksichtigung des Mitverschuldens bei einer unsorgfältigen Due Diligence aus.<sup>590</sup> In dem Urteil des OLG München wird die Möglichkeit eines Mitverschuldens des Käufers ohne nähere Begründung angenommen; konkret wird dem Käufer aber dieser Vorwurf nicht gemacht, da er keine Möglichkeit hatte, mit der Due Diligence die anspruchsbegründenden Umstände zu erkennen.

Diese Fallkonstellation und das Urteil, dem an dieser Stelle beizupflichten ist, entkräftet das Argument der Gegenansicht. Hat der Erwerber keine Möglichkeit der Kenntnisnahme von den entscheidenden Umständen, so kann ihm kein Vorwurf des Mitverschuldens gemacht werden. Ein solcher Käufer führt eine sorgfältige Due Diligence durch, eine Obliegenheitsverletzung findet nicht statt. Das Argument, dass bei einer Due Diligence nicht alle Umstände erkannt werden können, kann aber nicht für eine generelle Nichtberücksichtigung des Mitverschuldens gebraucht werden. Der Einwand, dass der Käufer die Due Diligence in seinem eigenen Interesse durchführt, verfängt ebenso wenig: § 254 erfasst gerade auch die Versäumnis im eigenen Interesse stehender Pflichten,<sup>591</sup> man spricht von „Pflichten des Geschädigten gegen sich selbst“<sup>592</sup>. Dass der Käufer, der sich stärker um vorvertragliche Aufklärung bemüht, bei der Anwendung des § 254 BGB schlechter gestellt wird, als derjenige der eine Due Diligence unterlässt, stimmt so nicht. Zum einen sei auf die tatsächlichen Vorteile verwiesen, nicht umsonst gelten die Ergebnisse der Prüfung als „Munition“ der Käuferseite für die Vertragsverhandlungen.<sup>593</sup> Mit der Due Diligence bestimmt der Käufer im Hinblick auf die Rechtsprechung auch den

---

<sup>587</sup> So: *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 848.

<sup>588</sup> *Dietzel*, in: *Semler/Volhard* (Hrsg.), *Arbeitshandbuch für Unternehmensübernahmen*, I: Unternehmensübernahme, Vorbereitung-Durchführung-Folgen (2001), 355, Rn. 70.

<sup>589</sup> *MünchKomm BGB*<sup>4</sup>/*Westermann*, (Fn. 18), § 453 BGB Rn. 59; *Harm Peter Westermann*, ZHR 169 (2005), 248, 262; *Loges*, DB 1997, 965, 968.

<sup>590</sup> OLG München 26.7.2006 – 7 U 2128/06 – juris Rn. 115 = *OLGR München*, 2007, 198-200 (Leitsatz und Gründe, ohne die zitierte Randnummer).

<sup>591</sup> *Harm Peter Westermann*, ZHR 169 (2005), 248, 263; *Tigges*, FB 2005, 95, 105.

<sup>592</sup> *PWW*<sup>2</sup>/*Medicus*, (Fn. 294), § 254 BGB Rn. 8

<sup>593</sup> *Howson*, *Due Diligence* (Aldershot u. a. 2003), 13.

Umfang der geschuldeten Aufklärungspflichten mit.<sup>594</sup> Weiterhin ist die Prämisse, dass der sich um vorvertragliche Informationen Bemühende besonders schützenswert sei, angreifbar. Meines Erachtens sollte auch hier gelten, dass die Gewährleistungslast für den Verkäufer abnehmen sollte, je mehr der Käufer weiß beziehungsweise wissen konnte. Nur mit dem „elastischen“<sup>595</sup> oder „flexiblen Instrument“<sup>596</sup> des Mitverschuldens kann ein optimaler Interessenausgleich bewerkstelligt werden.

Ein Mitverschulden ist daher bei einer unsorgfältigen Due Diligence zuzulassen. Ein Mitverschulden lässt sich beispielsweise in dem Fall annehmen, in dem trotz Hinweise durch eine Due Diligence die Hinterfragung eines aufklärungsbedürftigen Umstandes unterbleibt. Kein Raum für ein Mitverschulden in dem Fall, in dem die durch den Verkäufer bereit gestellten Informationen das Aufklärungsbedürfnis des Käufers objektiv erfüllen, in dieser Konstellation wurde die Aufklärungspflicht vom Verkäufer erfüllt.

### *8. Due Diligence und Arglistenrede*

Ein Problem in der Praxis des Unternehmenskaufs stellt die Rechtsprechung des BGH zur Arglist und die damit einhergehende Aufweichung des Arglisttatbestandes dar. Arglistiges Verhalten auf Seiten des Verkäufers kann an mehreren Stellen bedeutsam werden.

#### *a) Gewährleistungsausschluss gemäß § 444*

Der Verkäufer kann sich gemäß § 444 BGB nicht auf einen Gewährleistungsausschluss berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen hat. In Unternehmenskaufverträgen werden sehr häufig Haftungsausschlüsse oder –beschränkungen vereinbart. Das kann in Form von einer gedeckelten Haftung (Cap) oder Bagatellklauseln (De Minimis) geschehen.<sup>597</sup> Da der Grossteil der Parteien eines Unternehmenskaufs die Haftung vertraglich bestimmen möchte, kommt den Haftungsausschlüssen hierbei eine große Bedeutung zu.

Durch einen vertraglichen Haftungsausschluss kann sich der Verkäufer einmal seiner kaufrechtlichen Gewährleistungshaftung entziehen. Dass bei einem Unternehmenskauf das Kaufrecht nur Anwendung über eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 I Satz 1 BGB findet, steht dem nicht entgegen: Aus der Systematik und den Unterschieden zwischen Garantie und Beschaffenheitsvereinbarung folgt, dass letztere nicht zur

---

<sup>594</sup> Siehe für den Einfluss der Due Diligence auf die Aufklärungspflichten: S. 139 [§ 2 III. 7. c) aa].

<sup>595</sup> Loges, DB 1997, 965, 967.

<sup>596</sup> Harm Peter Westermann, ZHR 169 (2005), 248, 263.

<sup>597</sup> Zu den vertraglichen Haftungsbegrenzungen des Verkäufers: AnwK/Büdenbender, (Fn. 356), Anhang zu §§ 433-480: Unternehmenskauf-BGB Rn. 124; Hilgard, BB 2004, 1233-1239.

Unanwendbarkeit des Haftungsausschlusses führt.<sup>598</sup> Daher kann der Erwerber seine Haftung für Mängel ausschließen, die sich aus einer Beschaffenheitsvereinbarung ergeben. Werden im Rahmen einer Due Diligence Informationen angefordert, welche damit zum Inhalt einer Beschaffenheitsvereinbarung werden,<sup>599</sup> so kann der Verkäufer seine Haftung für die Richtigkeit dieser Informationen über einen Haftungsausschluss verhindern. Stellt der Verkäufer nach Anfrage durch den Käufer unrichtige Informationen in den Datenraum ein, so ergibt die Abweichung der damit vereinbarten Beschaffenheit von der tatsächlichen Beschaffenheit einen Fehler im Sinne des § 434 I Satz 1 BGB. Dieser kaufrechtlichen Gewährleistungslast kann sich der Käufer vertraglich entziehen oder sie auf bestimmte Rechtsfolgen, Freibeträge oder –grenzen etc. beschränken. Typisch ist dabei der Ausschluss der Rückabwicklung beim Unternehmenskauf. Die Grenze für den Haftungsausschluss stellt § 444 BGB auf, wonach sich bei arglistigen Verschweigen (§ 444 Hs. 2, Alt. 1 BGB) der Verkäufer auf diese Vereinbarung nicht berufen kann.

Dem Wortlaut nach ist § 444 BGB auf diese Konstellation unanwendbar, da der Paragraph vom arglistigen Verschweigen eines Mangels spricht. Unter der alten Rechtslage wurde im Rahmen des § 463 Satz 2 BGB a. F. jedoch die Gleichstellung des arglistigen Vorspiegelns einer Eigenschaft mit dem arglistigen Verschweigen eines Mangels entwickelt<sup>600</sup> und diese Gleichstellung ist trotz der sprachlichen Unterschiede zwischen „Fehler“ im Sinne des § 463 BGB a. F. und „Mangel“ des § 444 BGB aufgrund des übereinstimmenden Regelungsgehalts zu übernehmen.<sup>601</sup> Gegen diese Übernahme wird im Zusammenhang mit § 438 BGB angeführt, dass diese nicht notwendig sei, da in dem Vorspiegeln einer Eigenschaft immer auch das Verschweigen eines Mangels läge, wenn das Fehlen der vorgespiegelten Eigenschaft einen Mangel begründet.<sup>602</sup> Im Falle einer Beschaffenheitsvereinbarung bedeutet das: Wer arglistig eine Beschaffenheitsvereinbarung über eine nicht existente Beschaffenheit trifft, verschweigt gleichzeitig das Fehlen der vereinbarten Beschaffenheit und damit den Mangel. Anders dagegen, wenn das Fehlen der vorgespiegelten Eigenschaft nicht zu einem Mangel führt, weil keine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen wurde und der § 434 I Satz 2 BGB nicht einschlägig ist. Das wäre beispielsweise der Fall, wenn der Unternehmensverkäufer

---

<sup>598</sup> PWW<sup>2</sup>/D. Schmidt, (Fn. 294), § 444 BGB Rn. 17; Emmert, NJW 2006, 1765, 1767 f. m. w. N.

<sup>599</sup> Zur Beschaffenheitsvereinbarungen durch Due Diligence: S. 66 [§ 2 III. 4. g)].

<sup>600</sup> Staudinger<sup>13</sup>/Honsell, (Fn. 47), § 463 BGB Rn. 33 mit Nachweisen aus der älteren Rechtsprechung.

<sup>601</sup> MünchKomm BGB<sup>4</sup>/Westermann, (Fn. 18), § 438 BGB Rn. 29; Erman<sup>11</sup>/Grunewald, (Fn. 34), § 438 BGB Rn. 20.

<sup>602</sup> Bamberger/Roth/Faust<sup>2</sup>, (Fn. 107), § 438 BGB Rn. 38.

vorsätzlich Falschinformationen im Datenraum bereit stellt, die nicht von einer Beschaffenheitsvereinbarung umfasst sind. Das Fehlen dieser Eigenschaften würde aufgrund der fehlenden Beschaffenheitsvereinbarung und der nicht vorhandenen Standardbeschaffenheit von Unternehmen nicht zu einem kaufrechtlichen Mangel führen. Für diese Lösung wird angeführt, dass das Gewährleistungsrecht nicht eingreifen dürfte, wenn das Fehlen der vorgespiegelten Eigenschaft keinen kaufrechtlichen Mangel darstellt.<sup>603</sup> Dass § 444 BGB die Anwendung des Gewährleistungsrechts voraussetzt, ergibt sich jedoch schon aus der systematischen Stellung und dem Wortlaut der Vorschrift, die von Rechten des Käufers wegen eines Mangels spricht.

Für die gewährleistungsrechtliche Haftung des Verkäufers beim Unternehmenskauf hat die Streitfrage keine Konsequenzen. Das Gewährleistungsrecht kann beim Unternehmenskauf nur über eine Beschaffenheitsvereinbarung zur Anwendung kommen.<sup>604</sup> Trifft der Verkäufer vorsätzlich eine Beschaffenheitsvereinbarung, die nicht der tatsächlichen Beschaffenheit entspricht, beispielsweise indem er nach Anforderung durch den Käufer eine falsche Bilanz in den Datenraum einstellt, so verschweigt er gleichzeitig das Fehlen der vereinbarten Beschaffenheit und damit den Mangel. Wenn man mit der herrschenden Meinung und der Rechtsprechung für den Arglistvorwurf beim Verschweigen eine Offenbarungspflicht des Verkäufers für den Mangel fordert, so ergibt sich diese aus der von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppe, dass auf Nachfragen richtig und vollständig zu antworten ist.<sup>605</sup> Der Frage ist die für die Beschaffenheitsvereinbarung notwendige Anforderung der Informationen (beispielsweise durch *due diligence request list*) durch den Käufer gleich zu stellen. Das gleiche Ergebnis erzielt man, wenn man das Vorspiegeln von Eigenschaften dem Verschweigen im Sinne des § 444 BGB gleichstellt und auf eine Offenbarungspflicht aufgrund des im Vorspiegeln liegenden positiven Tuns verzichtet.<sup>606</sup>

Nach der Formel der Rechtsprechung handelt der Verkäufer arglistig, der mindestens mit bedingtem Vorsatz bezüglich (1) des Vorhandenseins eines Mangels, (2) der Unkenntnis des Käufers von diesem Mangel und (3) darauf, dass der Käufer bei Kenntnis anders disponiert hätte, handelte.<sup>607</sup> Entscheidend ist daher, ob der Verkäufer gewusst oder damit gerechnet hat, dass seine Angaben falsch sind. Ist das der Fall, so sind auch die

---

<sup>603</sup> *Bamberger/Roth/Faust*<sup>2</sup>, (Fn. 107), § 438 BGB Rn. 38.

<sup>604</sup> Vgl. S. 50 [§ 2 III. 3 c)].

<sup>605</sup> BGH 11.6.1979, BGHZ 74, 383, 392; 29.6.1977, NJW 1977, 1914, 1915.

<sup>606</sup> *Palandt*<sup>67</sup>/*Weidenkaff*, (Fn. 17), § 442 BGB Rn. 18; *PWW*<sup>2</sup>/*D. Schmidt*, (Fn. 294), § 442 BGB Rn. 11.

<sup>607</sup> RG 19.1.1906, RGZ 62, 300, 302; BGH 25.5.1983, BGHZ 87, 302, 308; BGH 8.12.1989, BGHZ 109, 327, 332.

weiteren Voraussetzungen der Arglist des Unternehmensverkäufers gegeben. Der Käufer ist auf die Angaben des Verkäufers angewiesen und hat keine Möglichkeiten, diese Angaben zu verifizieren. Sind diese falsch, kann der Verkäufer nicht davon ausgehen, dass der Käufer die Unrichtigkeit der Angaben erkennen kann. Dass die Angaben entscheidungserheblich für den Käufer sind, macht er durch die Anforderung im Rahmen der Due Diligence deutlich.

Der Verkäufer kann sich daher gemäß § 444 2. HS 1. Alt. BGB nicht auf einen Gewährleistungsausschluss berufen, falls er dem Käufer auf dessen Verlangen falsche Daten im Rahmen einer Due Diligence zur Verfügung stellt und bedingt vorsätzlich handelt. Das fahrlässige zur Verfügungstellen von Daten wird von § 444 BGB nicht erfasst, ein Gewährleistungsausschluss bleibt möglich. Stellt der Verkäufer unwissentlich falsche Daten zur Verfügung, die zum Inhalt einer Beschaffenheitsvereinbarung werden, so begründet die Abweichung dieser Vereinbarung von der wirklichen Beschaffenheit einen Mangel im Sinne des § 434 I Satz 1 BGB. Dieser Haftung kann sich der Verkäufer durch einen vertraglichen Haftungsausschluss entziehen. Dieses Ergebnis ist sachgerecht.

#### *b) c.i.c. Haftung*

Ein vereinbarter Gewährleistungsausschluss erfasst grundsätzlich nicht die Ansprüche aus culpa in contrahendo.<sup>608</sup> Jedoch kann die Auslegung der Abrede ergeben, dass auch Ansprüche aus vorvertraglicher Pflichtverletzung ausgeschlossen sein sollen. Grenze eines solchen Ausschlusses ist dann aber § 276 III BGB und nicht § 444 BGB. Danach kann die Haftung wegen Vorsatzes nicht ausgeschlossen werden. Die Rechtsprechung verwendet die Begriffe „Vorsatz“ und „Arglist“ synonym,<sup>609</sup> so dass auf eine Unterscheidung hier verzichtet wird.

Ein weiteres, praxisrelevantes Haftungsrisiko für den Verkäufer ist die Zulassung von Ansprüchen wegen vorsätzlicher, vorvertraglicher Pflichtverletzung neben dem Gewährleistungsrecht durch die Rechtsprechung.<sup>610</sup> Der Vorrang des Sachmangelrechts stand dem unter der alten Rechtslage nicht entgegen. Ob die Rechtsprechung trotz der gewichtigen Gegenstimmen<sup>611</sup> in der Literatur an dieser Auffassung festhalten wird, bleibt abzuwarten. Falls sie dies tut, so ist der Verkäufer, der seine Aufklärungspflichten

---

<sup>608</sup> BGH 12.12.1980, NJW 1981, 1035 f.; *Staudinger/Matusche-Beckmann*, (Fn. 174), § 444 BGB Rn. 56.

<sup>609</sup> *Jaques*, BB 2002, 417, 419.

<sup>610</sup> BGH 3.7.1992, NJW 1992, 2564, 2565; 17.5.1995, NJW 2159, 2160.

<sup>611</sup> Zu den Gegenstimmen: *Palandt*<sup>67</sup>/*Grüneberg*, (Fn. 17), § 311 BGB Rn. 15 m. w. N.

vorsätzlich verletzt, einem Schadensersatzanspruch auf Ersatz des negativen Interesses ausgesetzt. In der hier einschlägigen Fallgruppe der Belastung mit einem unerwünschten Vertrag richtet sich der Schadensersatz meist auf Vertragsaufhebung. In diesem Fall wäre ein vertragliches Haftungsregime keine Hilfe für den Verkäufer, da die Vorsatzhaftung gemäß § 276 III BGB nicht ausgeschlossen werden kann.

Entscheidende Bedeutung für die Haftungsausschlüsse und die mögliche Haftung aus culpa in contrahendo hat damit der Begriff der arglistigen Täuschung.

#### *aa) Täuschung*

Unter Täuschung versteht man die Vorspiegelung einer falschen Tatsache zur Erregung oder Aufrechterhaltung eines Irrtums zur Erreichung eines bestimmten Zweckes, beispielsweise den Abschluss eines Vertrages. Die Täuschung kann zum einen durch positives Tun erfolgen, wenn beispielsweise falsche Informationen, wie unrichtige Bilanzen,<sup>612</sup> in den Datenraum eingestellt werden. Weit problematischer ist die zweite Möglichkeit, die des Verschweigens. Damit ein Verschweigen den Tatbestand einer vorvertraglichen Pflichtverletzung und damit möglicherweise einer arglistigen Täuschung erfüllen kann, muss für den Umstand eine Offenbarungspflicht bestehen.<sup>613</sup> Beim Unternehmenskauf treffen den Verkäufer eine Vielzahl von Aufklärungspflichten, deren Intensität und Umfang vom Käufer durch die Durchführung einer Due Diligence beeinflusst werden können.<sup>614</sup> Diesen Aufklärungspflichten kann der Verkäufer durch eine Due Diligence nachkommen,<sup>615</sup> erfolgt jedoch keine Aufklärung, so ist der Tatbestand der Täuschung durch Verschweigen erfüllt.

#### *bb) Arglist*

Um dem Verkäufer den Vorwurf der Arglist machen zu können, muss dieser mit Vorsatz gehandelt haben, wobei bedingter Vorsatz genügt. Bei einer Täuschung durch Verschweigen hat der Verkäufer immer Vorsatz bezüglich des Umstandes, da eine Aufklärungspflicht notwendigerweise Kenntnis des Umstandes voraussetzt. Bedeutsam ist das Vorsatzerfordernis bei einer Offenbarungspflicht in der Hinsicht, als dass der Aufklärungspflichtige wissen oder zumindest damit rechnen und billigend in Kauf nehmen muss, dass der andere Teil keine Kenntnis von dem verschwiegenen Umstand

---

<sup>612</sup> Zur Täuschung über die Bilanz: BGH 2.6.1980, NJW 1980, 2408, 2409.

<sup>613</sup> PWW<sup>2</sup>/Medicus, (Fn. 294), § 311 BGB Rn. 57; MünchKomm BGB<sup>5</sup>/Kramer, (Fn. 218), § 123 BGB Rn. 16.

<sup>614</sup> Siehe S. 139 [§ 2 III. 7. c) aa)].

<sup>615</sup> Zu den Voraussetzungen: S. 144 [§ 2 III. 7. c) bb)].



hat.<sup>616</sup> Es kommt nicht darauf an, dass der Gegenüber tatsächlich Kenntnis von dem Umstand hat, entscheidend ist die Annahme des Aufklärungspflichtigen.<sup>617</sup>

An dieser Stelle kann sich der eine Due Diligence gewährende Verkäufer gegen den Arglistvorwurf wirksam wehren. Kann der Verkäufer davon ausgehen, dass der Käufer Kenntnis von den aufklärungspflichtigen Umständen im Zuge der Due Diligence erhält, so scheidet der Vorwurf der Arglist aus. Dafür entscheidend muss das Vorstellungsbild des Verkäufers sein: Glaubt dieser, dass die Umstände bei der Due Diligence entdeckt werden, so kommt es auf die tatsächliche Kenntnis des Käufers nicht an. Geht der Verkäufer davon aus, dass sich die Umstände beispielsweise aus den angebotenen Aktenmaterial, Mitarbeiterbefragungen, Managementpräsentationen oder Betriebsbesichtigungen ergibt, die im Rahmen der Due Diligence durchgeführt werden, so ist kein Platz für den Vorwurf der Arglist. Hat der Verkäufer keinen bedingten Vorsatz bezüglich dieses Merkmals, so scheidet Arglist aus. Auf den Grad der Fahrlässigkeit kommt es nicht an.<sup>618</sup> Sogar wenn der Verkäufer leichtfertig davon ausgeht, dass der Käufer durch die Due Diligence Kenntnis von den Umständen hat, so ist eine arglistige Täuschung ausgeschlossen. Macht der Käufer einen Anspruch wegen arglistigen Verschweigens geltend, so ist er für die Voraussetzungen der Arglist beweispflichtig.<sup>619</sup> Dieser Beweis dürfte praktisch unmöglich sein, falls der Verkäufer eine Due Diligence gewährt hat.

Dieser Befund überzeugt auch insofern, als dass er dem eine Due Diligence gewährenden Verkäufer eine wirksame Verteidigungsmöglichkeit gegen die oftmals als zu hart empfundene Arglisthaftung verschafft. Das entspricht insgesamt auch den Interessen der am Unternehmenskauf Beteiligten, die größtenteils ein individualvertragliches Haftungsregime anstreben, welches nicht durch gesetzliche Ansprüche durchbrochen werden soll. Insofern kommt der Due Diligence im deutschen Recht eine doppelte Bedeutung bei der Ausarbeitung einer individualvertraglichen Gewährleistung zu: Einmal bilden die gewonnenen Daten sozusagen das Gerüst der Vereinbarung und zum anderen schließt sie die Durchbrechung der Individualabrede durch gesetzliche Ansprüche aus. Das ist im Hinblick auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit und der speziellen Interessenlage beim Unternehmenskauf ein sachgerechtes Ergebnis.

---

<sup>616</sup> BGH 26.1.1996, NJW-RR 1996, 690; *Bamberger/Roth/Wendtland*<sup>2</sup>, (Fn. 107), § 123 BGB Rn. 17.

<sup>617</sup> BGH 26.1.1996, NJW-RR 1996, 690.

<sup>618</sup> MünchKomm BGB<sup>5</sup>/Kramer, (Fn. 613), § 123 BGB Rn. 8.

<sup>619</sup> BGH 13.5.1957, NJW 1957, 988.

### cc) Wissenszurechnung

Bei der Frage der Wissenszurechnung ist zuallererst die Konstellation deutlich zu machen, in der eine Wissenszurechnung in Frage kommt.<sup>620</sup> Bei dem in diesem Abschnitt behandelten Asset-Deal fallen Verkäufer und Zielunternehmen nicht auseinander, wie es aber beim Share Deal der Fall ist. Beim Asset Deal stellt sich im Zusammenhang mit der Due Diligence die Frage der Zurechnung insofern, als dass herausgearbeitet werden muss, welches Wissen von aufklärungspflichtigen Umständen dem Verkäufer zugerechnet wird. Eine Haftung wegen vorvertraglicher Informationshaftung setzt zwingend das Wissen oder Wissenmüssen des Verkäufers von aufklärungspflichtigen Umständen voraus. Hat der Verkäufer positive Kenntnis von aufklärungspflichtigen Umständen, so kommt eine Haftung wegen arglistigen Verschweigens in Betracht.

Ist der Unternehmensträger und damit der Verkäufer eine juristische Person, so stellen sich die Probleme der Wissenszurechnung bei einer solchen. Rechtsprechung und Schrifttum nehmen in diesen Fällen § 166 BGB als Grundlage einer Zurechnung.<sup>621</sup> Entscheidend ist hierbei das Gleichstellungsargument, wonach der Vertragspartner einer juristischen Person nicht schlechter stehen dürfe, als derjenige einer natürlichen Person. Aus diesem Grundsatz und der Pflicht zur ordnungsgemäßen Organisation von Information und Kommunikation wird die Wissenszurechnung bei einer juristischen Person abgeleitet.<sup>622</sup> Danach ist der juristischen Person auch das „typischerweise aktenmäßig festgehaltene Wissen“ als eigenes Wissen zuzurechnen.<sup>623</sup> Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung findet daher bei Unternehmen eine umfangreiche Wissenszurechnung statt. Von der neueren Rechtsprechung werden diese Grundsätze auf Personengesellschaften konsequent übertragen.<sup>624</sup>

Gegen eine solche umfangreiche Wissenszurechnung werden im Hinblick auf die Arglisttatbestände vom Schrifttum, insbesondere im Zusammenhang mit dem Unternehmenskauf,<sup>625</sup> Bedenken geäußert. Als problematisch wird dabei angesehen, dass die Rechtsprechung und ein Großteil des Schrifttums mit der Wissenszurechnung gleichzeitig auch den Tatbestand des arglistigen Verschweigens erfüllt sieht.<sup>626</sup> Damit werde der Begriff der Arglist ethisch neutralisiert, eine moralisch vorwerfbare Gesinnung ist nicht

---

<sup>620</sup> Das wird in den Beiträgen nicht immer deutlich. Vgl. *Jaques*, BB 2002, 417-423; *Hartung*, NZG 1999, 524-531.

<sup>621</sup> Siehe S. 71 [§ 2 III 5 b) bb)] m. w. N.

<sup>622</sup> Vgl. zusammenfassend: *Dauner-Lieb*, FS Kraft (1998), 43, 51-53.

<sup>623</sup> BGH 02.02.1996, BGHZ 132, 30, 35 ff.; mit Berufung auf *Bohrer*, DNotZ 1991, 124, 129 f.

<sup>624</sup> MünchKomm BGB<sup>5</sup>/*Schramm*, (Fn. 218), § 166 BGB Rn. 21 m. w. N.

<sup>625</sup> *Jaques*, BB 2002, 417, 421 f.; *Hartung*, NZG 1999, 524, 528.

<sup>626</sup> Vgl. BGH 8.12.1989, BGHZ 109, 327, 333.

mehr erforderlich,<sup>627</sup> was sich aber mit dem Begriff der Arglist nicht vereinbaren lasse. Arglist erfordere ein manipulatives Einwirken auf die Willensbildung des Vertragspartners.<sup>628</sup>

Die Arglisthaftung mit der damit verbundenen langen Verjährungsfrist mag beim Unternehmenskauf besonders schwierig sein und den Parteiinteressen nicht entsprechen.<sup>629</sup> Ansatzpunkt für die Einschränkung der Arglisthaftung beim Unternehmenskauf ist aber nicht die Beschränkung der Wissenszurechnung, sondern das Vorsatzerfordernis. In der grundlegenden Entscheidung zur Wissenszurechnung betont der BGH, dass eine Arglisthaftung zur Voraussetzung hat, dass der Verkäufer weiß oder doch mit der Möglichkeit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragsgegner den Fehler nicht kennt.<sup>630</sup> Wie oben gezeigt, kann sich der eine Due Diligence gewährende Verkäufer an dieser Stelle wirkungsvoll gegen den Vorwurf der Arglist verteidigen.<sup>631</sup>

#### *dd) Zurechnung arglistigen Verhaltens*

Im Zuge einer Due Diligence ist es durchaus üblich, dass der Käufer sich mit Erlaubnis des Verkäufers an Mitarbeiter des Unternehmens wendet und diese befragt. Damit sollen die gewünschten Informationen auf eine besonders vertrauensvolle, offene und faire Weise übermittelt werden.<sup>632</sup> Dabei ist die Interessenlage bei den Befragten meist unklar, möglicherweise sind diese in ihrer Loyalität verunsichert. Wird das Unternehmen verkauft, sind möglicherweise Stellen vom Abbau bedroht. Allein diese Möglichkeit kann zu Verunsicherung führen. Aufgrund dieser Problematik sind neben dem Normalfall der ordnungsgemäßen Information zwei Möglichkeiten denkbar: Der Mitarbeiter beschreibt das Unternehmen überaus kritisch um einen Kaufentschluss zu verhindern oder die Aussagen werden aus Sorge um den Arbeitsplatz schön gefärbt. In diesem Abschnitt soll untersucht werden, inwiefern sich der Verkäufer eine arglistige Täuschung durch die Mitarbeiter der Zielgesellschaft zurechnen lassen muss.

Beim Asset Deal sind der Verkäufer und die Zielgesellschaft identisch. Als mögliche Zurechnungsnorm für arglistiges Verhalten kommt § 278 BGB in Frage, falls die befragten Mitarbeiter als Erfüllungsgehilfen des Verkäufers einzustufen sind.

---

<sup>627</sup> BGH 8.12.1989, BGHZ 109, 327, 333; MünchKomm BGB<sup>5</sup>/Kramer, (Fn. 613), § 123 BGB Rn. 9.

<sup>628</sup> Dauner-Lieb, FS Kraft (1998), 43, 54 f.

<sup>629</sup> Jaques, BB 2002, 417, 421 f.

<sup>630</sup> BGH 8.12.1989, BGHZ 109, 327, 333.

<sup>631</sup> Siehe S. 154 [§ 2 III. 8. b) bb)].

<sup>632</sup> Hartung, NZG 1999, 524.

Erfüllungsgehilfe ist dabei derjenige, der mit Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer Schuldnerverbindlichkeit tätig wird.<sup>633</sup> Entscheidendes Kriterium ist also die Einschaltung eines Dritten in die Erfüllung einer Schuldnerverbindlichkeit. Dabei ist der Begriff der Verbindlichkeit sehr weit gefasst, es fallen auch Offenbarungspflichten darunter.<sup>634</sup> Fraglich ist, ob der Verkäufer seine Mitarbeiter zur Erfüllung seiner Pflichten einsetzt.<sup>635</sup> Da die Due Diligence ein geeignetes Mittel ist,<sup>636</sup> mit dem der Verkäufer seine Aufklärungspflichten erfüllen kann, setzt dieser seine Mitarbeiter zur Erfüllung einer Verbindlichkeit im Rahmen der Due Diligence ein. Da es auf die Art der Begründung des vorauszusetzenden Schuldverhältnisses nicht ankommt,<sup>637</sup> ist § 278 BGB auch auf ein hier einschlägiges vorvertragliches Schuldverhältnis anwendbar. Einschränkendes Merkmal der Rechtsprechung für die Zurechnung arglistigen Verhaltens ist, dass der Erfüllungsgehilfe gerade mit der Erfüllung einer Offenbarungspflicht betraut wurde.<sup>638</sup> Dass ist bei einer Mitarbeiterbefragung im Rahmen einer Due Diligence ohne Einschränkung zu bejahen. Aus diesem Grund ist dem Verkäufer jegliche Pflichtverletzung seiner Mitarbeiter im Rahmen einer Due Diligence über § 278 BGB zuzurechnen, einschließlich von arglistigen Verhalten. Das gilt sowohl für arglistiges Verhalten durch positives Tun, sowie für das arglistige Verschweigen von Umständen. § 278 BGB ist umfassend abdingbar, auch für die Vorsatzhaftung und damit auch für die Arglistkonstellation.<sup>639</sup>

Das Gleiche gilt, wenn es sich bei dem Dritten nicht um einen Mitarbeiter des Zielunternehmens, sondern um einen Dritten handelt, der vom Verkäufer zur Auskunftserteilung ermächtigt wurde. In Frage kommen Selbstständige wie Steuerberater, Rechtsanwälte etc. Die Stellung als selbstständiger Unternehmer steht einer Qualifizierung als Erfüllungsgehilfen nicht entgegen.<sup>640</sup> Der am Anfang geschilderte Interessenkonflikt ist bei diesen Personen im Gegensatz zu den Mitarbeitern des Zielunternehmens schwer vorstellbar, gegebenenfalls erfolgt aber auch bei ihnen eine Zurechnung über § 278 BGB.

---

<sup>633</sup> BGH 21.4.1954, BGHZ 13, 111; 27.3.1968, BGHZ 50, 32, 35; 8.2.1974, BGHZ 62, 119, 124.

<sup>634</sup> MünchKomm BGB<sup>5</sup>/Grundmann, (Fn. 313), § 278 BGB Rn. 22.

<sup>635</sup> Der Käufer erfüllt mit dem Einsatz seiner Hilfspersonen keine Verbindlichkeit: S. 70 [§ 2 III. 5. b) aa)].  
<sup>636</sup> S. 144 [§ 2 III. 7. c) bb)].

<sup>637</sup> MünchKomm BGB<sup>5</sup>/Grundmann, (Fn. 313), § 278 BGB Rn. 16.

<sup>638</sup> BGH 20.12.1973, BGHZ 62, 63, 66.

<sup>639</sup> MünchKomm BGB<sup>5</sup>/Grundmann, (Fn. 313), § 278 BGB Rn. 50.

<sup>640</sup> MünchKomm BGB<sup>5</sup>/Grundmann, (Fn. 313), § 278 BGB Rn. 44.

Für den Fall des arglistigen Verschweigens von Umständen erreicht man ein ähnliches Ergebnis über die Wissenszurechnung gemäß § 166 BGB.<sup>641</sup> Vom Verkäufer zu einer Mitarbeiterbefragung zugelassene Personen sind gleichzeitig auch als Wissensvertreter des Verkäufers anzusehen.<sup>642</sup> Daher wird deren Wissen dem Verkäufer gemäß § 166 BGB zugerechnet und dieses Wissen kann nach der Rechtsprechung einen Arglistvorwurf begründen.<sup>643</sup> Hierbei geht es aber um eine Haftung des Verkäufers wegen eigener Arglist und nicht um eine Zurechnung der Arglist Dritter. Gegen diesen Vorwurf der eigenen Arglist kann sich der Verkäufer wirksam verteidigen, da er eine Due Diligence gewährt hat.<sup>644</sup> Wird ihm das arglistige Verhalten eines seiner Mitarbeiter über § 278 BGB zugerechnet, so ist ihm diese Verteidigung versperrt. Einzig denkbarer Ausweg ist die Abdingung des § 278 BGB, was aber eine sehr starke Verhandlungsposition voraussetzt. Bei einer arglistigen Täuschung des Mitarbeiters durch positives Tun ist der Weg über § 166 BGB nicht möglich. Über diese Norm kann nur Wissen zugerechnet werden,<sup>645</sup> nicht aber arglistiges Verhalten Dritter.

Kommt es im Rahmen einer Due Diligence zu einer Täuschung des Käufers durch mit der Due Diligence betraute Mitarbeiter des Verkäufers, so wird deren Verhalten dem Verkäufer gemäß § 278 BGB zugerechnet. Das gilt auch im Falle von arglistigen Verhalten.

### *c) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung*

Ein weiteres praxisrelevantes Problem beim Unternehmenskauf ist die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 BGB. Nach einem Urteil des BGH kann dieses Anfechtungsrecht im Voraus nicht vertraglich ausgeschlossen werden.<sup>646</sup> Dem ist auch zuzustimmen, da ein im Voraus vereinbarter Ausschluss mit dem Schutzzweck des § 123 BGB nicht zu vereinen ist. Daher ist eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, wenn die Täuschung von jemanden begangen wurde der nicht Dritter im Sinne des § 123 II BGB ist, immer möglich.

Begeht der Verkäufer die arglistige Täuschung, so ergibt sich kein Unterschied zu dem bereits Ausgeführten. Wird die Täuschung nicht vom Verkäufer begangen, so stellt sich

---

<sup>641</sup> Für § 634a BGB beide Normen (§ 278 und § 166 analog) in Betracht ziehend: Staudinger/Peters, BGB, §§ 631-651 (2003), § 634a Rn. 45.

<sup>642</sup> So wohl auch: Hartung, NZG 1999, 524, 527; zur Person des Wissensvertreters: MünchKomm BGB<sup>5</sup>/Schramm, (Fn. 218), § 166 BGB Rn. 41.

<sup>643</sup> S. 156 [§ 2 III. 8. b) dd)].

<sup>644</sup> S. 154 [§ 2 III. 8. b) bb)].

<sup>645</sup> MünchKomm BGB<sup>5</sup>/Grundmann, (Fn. 313), § 278 BGB Rn. 6.

<sup>646</sup> BGH 17.1.2007, NJW 2007, 1058.

die Frage, wer als Dritter im Sinne des § 123 BGB zu gelten hat. Ganz eindeutig sind Personen, die vom Verkäufer zur Auskunftserteilung bei einer Due Diligence ermächtigt wurden, keine Dritten im Sinne des § 123 BGB. Wenn diese Personen schon als Erfüllungsgehilfen im Sinne des § 278 BGB einzustufen sind,<sup>647</sup> sind sie zwangsläufig nicht als Dritte im Sinne des § 123 BGB einzuordnen.<sup>648</sup>

#### IV. Share Deal

Ein Unternehmenskauf kann nicht nur in der Form des Asset Deal vollzogen werden. Möglich ist auch der Erwerb der Beteiligungsrechte an dem Unternehmensträger, der so genannte Share Deal. Dabei bleibt die Zuordnung des Vermögens der Gesellschaft unberührt, es ändert sich die Inhaberschaft an den Gesellschafterrechten.<sup>649</sup> Diese Konstellation birgt einige rechtliche Probleme im Hinblick auf die Due Diligence. Im Gegensatz zum Asset Deal fallen Verkäufer und Zielunternehmen auseinander. Über die Gewährung einer Due Diligence entscheidet grundsätzlich das Zielunternehmen und nicht der Verkäufer.<sup>650</sup> Das Auseinanderfallen von Zielunternehmen und Verkäufer hat aber auch Einfluss auf die hier behandelte Problematik, insbesondere im Hinblick auf die Wissenszurechnung. In diesem Abschnitt sollen die Probleme der Due Diligence beim Share Deal geklärt werden, wobei der Schwerpunkt auf dem Beteiligungskauf liegt.

##### *1. Gleichbehandlung mit dem Unternehmenskauf*

Nach allgemeiner Meinung handelt es sich bei dem Anteilskauf um einen Rechtskauf gemäß § 453 BGB.<sup>651</sup> Vor der Schuldrechtsreform traf den Verkäufer eines Rechts nur eine Veritätshaftung.<sup>652</sup> Für den Fall, dass alle Anteile an dem Unternehmen erworben wurden, kamen nicht die Regeln des Rechtskaufs, sondern die Gewährleistung des Unternehmenskaufs zur Anwendung.<sup>653</sup> Das ist auch folgerichtig, da der Anteilskauf in diesem Fall nur Mittel zum Zweck, nämlich dem Erwerb des durch den Unternehmensträger betriebenen Unternehmens, ist. Über dieses Ergebnis herrschte Einigkeit, auch über

---

<sup>647</sup> S. 157 [§ 2 III. 8. b) dd].

<sup>648</sup> Für den Maßstab des § 278 BGB bei der Bestimmung des Dritten: MünchKomm BGB<sup>5</sup>/Kramer, (Fn. 613), § 123 BGB Rn. 23.

<sup>649</sup> Semler, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs<sup>6</sup> (2005), 654 Rn. 5.

<sup>650</sup> Vgl. zu dieser Problematik: Hemeling, ZHR 169 (2005), 274-294; Zumbansen/Lachner, BB 2006, 613-619.

<sup>651</sup> MünchKomm HGB<sup>2</sup>/Lieb, (Fn. 83), Anh § 25 HGB Rn. 120; Ulrich Huber, AcP 202 (2002), 229.

<sup>652</sup> MünchKomm HGB/Lieb, (Fn. 51), Anh § 25 HGB Rn. 155.

<sup>653</sup> St. Rspr.: RG 9.3.1928, RGZ 120, 283 ff.; 5.12.1928, RGZ 122, 378, 381; 19.4.1928, RGZ 124, 164 ff.; BGH 16.10.1968, NJW 1969, 184; 8.1.1975, BB 1975, 1180; 9.11.1977, WM 1978, 59; 25.3.1998, BGHZ 138, 195, 204.

die Behandlung des Anteilskaufs als Unternehmenskauf, falls fast alle Anteile übertragen wurden. Wo genau die Grenze für die Gleichbehandlung des Rechts- mit dem Unternehmenskauf liegt ist umstritten.<sup>654</sup> Für meine Arbeit ist die Grenzziehung nicht von Bedeutung. Entscheidend ist, dass ein Anteilskauf bei Erreichen eines bestimmten Quorums als Unternehmenskauf behandelt wird. Grundsätzlich kann für diesen Fall auf die vorherigen Ausführungen verwiesen werden.

## 2. *Beteiligungskauf*

In diesem Abschnitt sollen die Probleme behandelt werden die sich bei einem Beteiligungskauf an einem Unternehmen ergeben. In diesem Fall reicht die Höhe des gekauften Anteils nicht aus, um von vornherein eine Gleichbehandlung mit dem Unternehmenskauf zu rechtfertigen.

Beim Beteiligungskauf können sich gewährleistungsrechtliche Probleme in zwei Hinsichten stellen. Der Käufer kann in seinen Erwartungen bezüglich der verkauften Beteiligungsrechte selbst oder im Hinblick auf das vom Unternehmensträger betriebene Unternehmen enttäuscht sein.

### *a) Haftung für Rechtsmängel*

Gemäß §§ 453 I, 435, 437 BGB haftet der Verkäufer für Rechtsmängel der Unternehmensbeteiligung. Ein Recht ist mangelhaft, falls es nicht dem vertraglich festgelegten Umfang entspricht oder ihm andere Rechte entgegenstehen.<sup>655</sup> Einige mögliche Konstellationen, wie beispielsweise offene Einlageschulden oder das Nichtbestehen des verkauften Rechts werden in der Literatur unterschiedlich bewertet.<sup>656</sup> So wird bestritten, dass die offene Einlageschuld oder das Nichtbestehen des Rechts einen Rechtsmangel darstellt.<sup>657</sup> Hat das Recht einen Mangel und kommt das Gewährleistungsrecht zur Anwendung, so ist auch die Anwendung des § 442 BGB eröffnet.<sup>658</sup>

---

<sup>654</sup> MünchKomm BGB<sup>4</sup>/Westermann, (Fn. 18), 453 Rn. 23 m. w. N.

<sup>655</sup> Bamberger/Roth/Faust<sup>2</sup>, (Fn. 107), § 453 BGB Rn. 10.

<sup>656</sup> Vgl. Bamberger/Roth/Faust<sup>2</sup>, (Fn. 107), § 453 BGB Rn. 11, 12; Larisch, Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf (2004), 182-189.

<sup>657</sup> Für die offene Einlageschuld: Grunewald, NZG 2003, 372, 373; für die Nichtexistenz: Heerstraßen/Reinhard, BB 2002, 1429, 1430; vgl. zusammenfassend zum Streitstand: Bamberger/Roth/Faust<sup>2</sup>, (Fn. 107), § 453 BGB Rn. 11, 12 m. w. N.

<sup>658</sup> AnwK/Büdenbender, (Fn. 356), Anhang zu §§ 433-480: Unternehmenskauf-BGB Rn. 102.

### *aa) Due Diligence und Rechtsmängelhaftung*

Die Übertragbarkeit des Beteiligungsrechts oder dessen Belastung sind Prüfungspunkte einer legal due diligence.<sup>659</sup> Im diesem Zusammenhang hat § 442 BGB seine Wirkung. Danach hat die Nichtdurchführung einer legal due diligence grundsätzlich keinen Verlust der Gewährleistungsrechte zur Folge, eine unsorgfältige schon. Weiterhin kann der Käufer Kenntnis von Rechtsmängeln erlangen und daher gemäß § 442 BGB seine Gewährleistungsrechte verlieren. Zu dem Themenkomplex des § 442 BGB kann auf die Ausführungen beim Asset Deal verwiesen werden.<sup>660</sup>

### *bb) Stimm- oder Dividendenrechte*

Bei fehlenden Stimm- oder Dividendenrechten ist von einem Rechtsmangel auszugehen,<sup>661</sup> sodass der Käufer seine Rechte nach §§ 453 I, 435, 437 BGB geltend machen kann. Für den Fall von fehlenden Stimm- oder Dividenden wird für größere Beteiligungskäufe eine Prüfungsobliegenheit bezüglich der Satzung vorgeschlagen. Den Käufer, der ein umfassendes Paket an Anteilen erwirbt, soll eine Prüfungsobliegenheit bezüglich der Satzung treffen.<sup>662</sup> Ergibt sich das Fehlen der Stimm- oder Dividendenrechte aus der Satzung, so soll der gegen diese Obliegenheit verstoßende Erwerber seine Rechte gemäß § 442 BGB verlieren. Grund dieser Prüfungsobliegenheit gemäß § 442 BGB soll die Bedeutung des Unternehmenskauf sein, so dass den Käufer singulärerer Beteiligungen keine solche Prüfobliegenheiten haben soll.

Gegen die Annahme einer solchen Prüfobliegenheit spricht die unklare Abgrenzung des umfassenden Pakets an Anteilen und die Verneinung einer generellen Prüfungsobliegenheit des Käufers eines Unternehmens. Eine Ausnahme bezüglich der Prüfung der Satzung ist beim Beteiligungskauf auch nicht mit der Bedeutung des Unternehmenskaufs zu rechtfertigen. Eine Obliegenheit zur Prüfung des Unternehmens konnte beim Asset Deal nicht mit der Bedeutung des Unternehmenskaufs gerechtfertigt werden. Dass für den Beteiligungskauf, der gerade keinen Unternehmenskauf darstellt, anderes gelten soll, ist nicht überzeugend.

Relevanz entfaltet die Problematik bei einer durchgeführten Due Diligence. Der Käufer kann wie gezeigt seine Rechte durch eine unsorgfältige kaufvorbereitende Prüfung gemäß

---

<sup>659</sup> Zu dieser Form der Due Diligence: S. 17 [§1 III. 3.]

<sup>660</sup> Vgl. S. 67 [§2 III. 5.] bis S. 121 [§2 III. 6.].

<sup>661</sup> *Palandt*<sup>67</sup>/*Weidenkaff*, (Fn. 17), § 453 BGB Rn. 23.

<sup>662</sup> *AnwK/Büdenbender*, (Fn. 356), Anhang zu §§ 433-480: Unternehmenskauf-BGB Rn. 102.



§ 442 BGB verlieren.<sup>663</sup> Der Gedanke, der hinter der Etablierung einer Prüfungsobliegenheit bezüglich der Satzung steht, kann meines Erachtens zur Konkretisierung des Maßstabs der groben Fahrlässigkeit bei § 442 BGB herangezogen werden. Wird eine legal due diligence durchgeführt, so muss der Erwerber die Satzung im Hinblick auf die Stimm- und Dividendenrechte prüfen. Tut er das nicht, so handelt er grob fahrlässig im Sinne des § 442 BGB. Für eine Einstufung als grobe Fahrlässigkeit spricht auch die Verfügbarkeit der Satzung, welche im Handelsregister einsehbar ist (vgl. § 8 I Nr. 1 GmbHG, § 37 IV Nr. 1 AktG). Eine Mitarbeit der Zielgesellschaft ist nicht notwendig. Führt der Erwerber daher eine legal due diligence durch und wird die Prüfung der Satzung unterlassen, so verliert der Käufer seine Gewährleistungsrechte gemäß § 442 BGB wegen fehlender Stimm- oder Dividendenrechte, sofern sich das Fehlen dieser aus der Satzung ergibt.

#### *b) Haftung für Unternehmensmängel*

Neben der Haftung für Rechtsmängel stellt sich die praktisch relevantere Frage nach der Haftung für Mängel des vom Unternehmensträger betriebenen Unternehmens. Denn auch in Hinblick auf dieses Unternehmen können die Erwartungen des Beteiligungskäufers enttäuscht werden. Wann in solchen Fällen die kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln Anwendung finden, ist stark umstritten.

#### *aa) Alte Rechtslage*

Wie bereits erwähnt, wandte die Rechtsprechung das Sachmängelgewährleistungsrecht nur beim Erwerb aller oder fast aller Anteile auf den Share Deal an. Dieser Anwendung kam jedoch aufgrund des restriktiven Eigenschaftsbegriffs nur wenig Bedeutung zu. In den Fällen, in denen die Angaben sich nicht auf eine zusicherungsfähige Eigenschaft bezogen oder eine arglistige Täuschung vorlag, zog sie die Regeln der culpa in contrahendo heran. Dasselbe galt, wenn nicht alle Anteile durch den Käufer erworben wurden und sich daher eine Gleichbehandlung mit dem Unternehmenskauf verbat.

In der Literatur wurde auch unter der alten Rechtslage vertreten, dass es alleinig auf die Parteivereinbarung ankäme, unabhängig von der Höhe der Anteile. Lag eine Beschaffenheitsvereinbarung, welche auf Grundlage der subjektiven Fehlertheorie auch unter der alten Rechtslage möglich war, vor, so stellte eine Abweichung des Ist-Zustandes

---

<sup>663</sup> Siehe S. 113 [§1 III. 6. b) bb)].

des Unternehmens von der Vereinbarung einen gewährleistungsrechtlichen Sachmangel dar.<sup>664</sup> Es kam nicht auf den beherrschenden Einfluss des Käufers auf den Unternehmensträger für eine Anwendung des Gewährleistungsrechtes an, sondern allein auf die Beschaffenheitsvereinbarung. Vereinbarungsfähig waren für das Recht danach auch Eigenschaften des Unternehmens.

#### *bb) Geltende Rechtslage*

Auch unter der geltenden Rechtslage ist die Anwendung des Gewährleistungsrechts auf den Share Deal nicht geklärt. Umstritten ist insbesondere die Frage, ob Eigenschaften des vom Unternehmensträger betriebenen Unternehmens Inhalt einer Beschaffenheitsvereinbarung sein können und somit das Gewährleistungsrecht eröffnen. Aufgrund der fehlenden Standardbeschaffenheit von Unternehmen ist die Anwendung des Gewährleistungsrechts beim Asset Deal nur über eine Beschaffenheitsvereinbarung möglich.<sup>665</sup> Das muss auch für den Share Deal gelten.

Gegen die generelle Anwendung des Gewährleistungsrechts bei Unternehmensmängeln beim Beteiligungskauf – auch über eine Beschaffenheitsvereinbarung – wird angeführt, dass der Kaufgegenstand das Recht und nicht die Sache ist. Die Sachmängelhaftung der §§ 433 I, 434 BGB bezieht sich nur auf die gekaufte Sache und nicht auf andere Sachen.<sup>666</sup> Daher könne § 434 BGB nicht für Mängel des vom Unternehmensträger betriebenen Unternehmens herangezogen werden, auch nicht über die Verweisung des § 453 I BGB. Dieser Befund ergebe sich auch aus einem Gegensatz zu § 453 III BGB. In den Fällen die nicht von § 453 III BGB erfasst werden käme eine Sachmängelgewährleistung des Verkäufers für die Sache, auf die sich das Recht bezieht, nicht in Frage.<sup>667</sup>

Gegen diese Überlegungen spricht - wie schon bei der Ablehnung des restriktiven Beschaffenheitsbegriffs – der Vorrang der Parteiautonomie. Den Parteien sollte es nicht grundsätzlich verwehrt werden, das Gewährleistungsrecht mittels einer Beschaffenheitsvereinbarung auch beim Beteiligungskauf zur Anwendung zu bringen. Die Beschränkung der Sachmängelhaftung durch § 453 III BGB beim Rechtskauf stellt auch keine zwingende Rechtslage dar, sondern steht zur Disposition der Parteien.<sup>668</sup> Daher muss

---

<sup>664</sup> MünchKomm HGB/Lieb, (Fn. 51), Anh § 25 HGB Rn. 159 ff.; *Ulrich Huber*, ZGR 1972, 395, 401 ff.; *Westermann*, ZGR 1982, 45, 55 f.; *G. Müller*, BB 1980, 1393, 1394 f.

<sup>665</sup> S. 54 [§ 2 III. 3. d)].

<sup>666</sup> *Ulrich Huber*, AcP 202 (2002), 179, 229.

<sup>667</sup> *Ulrich Huber*, AcP 202 (2002), 179, 230 f.

<sup>668</sup> *AnwK/Büdenbender*, (Fn. 356), Anhang zu §§ 433-480: Unternehmenskauf-BGB Rn. 106.

aufgrund des subjektiven Fehlerbegriffs, der der geltenden Rechtslage entspricht, eine Beschaffenheitsvereinbarung bezüglich des Unternehmens beim Beteiligungskauf möglich sein.<sup>669</sup> Diejenigen, die eine gewährleistungsrechtliche Haftung für Sachmängel beim Beteiligungskauf ablehnen, weichen auf die Haftung aus culpa in contrahendo aus, um die enttäuschten Erwartungen des Rechtskäufers zu bewältigen.<sup>670</sup> Für eine solche Bevorzugung der vorvertraglichen Haftung gibt es aber aufgrund der Angleichung der Rechtsfolgen zwischen culpa in contrahendo und Gewährleistungsrecht keine hinreichenden Gründe. Da wie beim Asset Deal allein die vereinbarte Beschaffenheit über die Anwendung des Gewährleistungsrechts entscheidet, gibt es keinen Grund, den Parteien diese Möglichkeit mit Hinweis auf die Unterscheide zwischen Rechts- und Sachkauf zu versperren. Aus diesen Gründen können die Parteien eines Beteiligungskaufs auch die Beschaffenheit des Unternehmens für den gekauften Anteil vereinbaren.<sup>671</sup>

#### *cc) Einfluss der Due Diligence*

Wie bereits beim Asset Deal festgestellt, werden im Rahmen einer durchgeführten Due Diligence Umstände des Zielunternehmens zum Inhalt einer Beschaffenheitsvereinbarung gemäß § 434 I Satz 1 BGB.<sup>672</sup> Daher hat die Due Diligence einen Einfluss bei der Frage, ob die Beschaffenheit des Zielunternehmens für den Anteil vereinbart wurde.

Diese Rolle der Due Diligence wurde bisher nur von zwei Meinungen in der Literatur angedeutet. Einmal wird bei der Bestimmung der Beschaffenheit des Anteils auf die Ergebnisse einer Due Diligence zurückgegriffen, soweit diese zur beiderseits akzeptierten Verhandlungsgrundlage gemacht wurden.<sup>673</sup> Das scheint den Fall einer ausdrücklichen Beschaffenheitsvereinbarung zu betreffen, da von der beiderseits akzeptierten Verhandlungsgrundlage gesprochen wird. Eine ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung steht den Parteien immer frei und die Ergebnisse einer Due Diligence können Inhalt einer solchen Vereinbarung sein. Zu klären bleibt, ob wie beim Asset Deal die Durchführung der Due Diligence bereits zu einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung führen

---

<sup>669</sup> Auf den subjektiven Fehlerbegriff abstellend: *Holzapfel*, in: Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung (2003), 87, 95.

<sup>670</sup> *Ulrich Huber*, AcP 202 (2002), 179, 231; *Jagersberger*, Die Haftung des Verkäufers beim Unternehmens- und Anteilskauf (2006), 252 f.

<sup>671</sup> MünchKomm HGB<sup>2</sup>/*Lieb*, (Fn. 83), Anh § 25 HGB Rn. 121; *AnwK/Büdenbender*, (Fn. 356), Anhang zu §§ 433-480: Unternehmenskauf-BGB Rn. 106; *Gaul* ZHR 166 (2002), 35, 39; *Wolf/Kaiser*, DB 2002, 411, 416 ff.; *Holzapfel*, in: Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung (2003), 87, 95; *Larisch*, Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf (2004), 193 ff, m. w. N.

<sup>672</sup> S. 54 [§ 2 III. 4. g)].

<sup>673</sup> *Wolf/Kaiser*, DB 2002, 411, 417.

kann. Eine weitere Stellungnahme schreibt der Durchführung der Due Diligence pauschal eine Rolle bei der Auslegungsfrage, ob konkludent eine Beschaffenheit des Anteils vereinbart wurde, zu.<sup>674</sup>

Aufgrund der Besonderheiten des Share Deal können die Ausführungen zu der Beschaffenheitsvereinbarung durch eine Due Diligence beim Asset Deal nicht vollständig übernommen werden. Problematisch ist, dass die Zielgesellschaft und der Verkäufer nicht identisch sind. Über die Durchführung, den Umfang und die Modalitäten einer Due Diligence entscheidet der Vorstand der Aktiengesellschaft und nicht der Verkäufer. Die Beschaffenheit der Kaufsache gemäß § 434 I Satz 1 BGB muss aber zwischen den Parteien des Kaufvertrages vereinbart werden.<sup>675</sup> Parteien des Kaufvertrages über die Gesellschaftsanteile sind der Anteilskäufer und –verkäufer, nicht jedoch die Zielgesellschaft.

Daher ist zu klären, in welchen Fällen von einer konkludenten Vereinbarung der Beschaffenheit bei einer Due Diligence beim Beteiligungskauf ausgegangen werden kann. Richtiger Ausgangspunkt für diese Frage muss die Stellung des Verkäufers im Zielunternehmen sein.<sup>676</sup> Entscheidend müssen dabei die Möglichkeiten der Einflussnahme auf das Leitungsorgan bei der Durchführung der Due Diligence sein, da ansonsten in keiner Weise von einer Vereinbarung gesprochen werden kann.

#### *(1) Gesellschafter einer GmbH*

Fraglich ist, ob allein die Gesellschafterstellung in einer GmbH ausreicht, um das Vorliegen einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung bei einer Due Diligence zu bejahen. Anknüpfungspunkte einer solchen Überlegung könnte das Weisungsrecht der Gesellschafter nach § 37 I GmbHG oder § 51 a GmbHG sein, das ein umfangreiches Auskunfts- und Einsichtsrecht des Gesellschafters statuiert.

Die erste mögliche Fallkonstellation, die betrachtet werden soll, ist die einer wirksamen Weisung des Geschäftsführers durch einen Gesellschafterbeschluss zur Durchführung einer Due Diligence. Die Gesellschafter einer GmbH können dem Geschäftsführer spezielle Weisungen erteilen.<sup>677</sup> Mit diesem Weisungsrecht können die Gesellschafter die Entscheidungskompetenz über die Zulassung einer Due Diligence durch

---

<sup>674</sup> Holzappel, in: Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung (2003), 87, 95.

<sup>675</sup> Statt aller: Palandt<sup>67</sup>/Weidenkaff, (Fn. 17), § 434 BGB Rn. 13.

<sup>676</sup> Darauf bei der Beschaffenheitsvereinbarung hinweisend: Larisch, Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf (2004), 197 f.

<sup>677</sup> Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz<sup>16</sup> (2004), § 37 GmbHG Rn. 17.

einen außenstehenden Käufer an sich ziehen.<sup>678</sup> Die verkaufswilligen Gesellschafter können daher einen Gesellschafterbeschluss mit dem Inhalt herbeiführen, dass der Geschäftsführer dem Käufer eine Due Diligence zu gestatten hat. Die Entscheidung über die Durchführung einer Due Diligence durch einen kaufwilligen Dritten ist aber auch keine Angelegenheit der laufenden Geschäftsführung. Daher müssen die Gesellschafter einen Beschluss über die Informationsherausgabe an Gesellschaftsfremde herbeiführen, an den die Geschäftsführer gebunden sind.<sup>679</sup>

In der Praxis ist es nicht vorstellbar, dass ein solcher Gesellschafterbeschluss vor hinreichend fortgeschrittenen Verkaufsverhandlungen und/oder eines Letter of Intent<sup>680</sup> von den Gesellschaftern herbeigeführt wird. Für die Frage der Vereinbarung einer Beschaffenheit des Anteils ist ausschlaggebend, wie detailliert die Weisung durch den Gesellschafterbeschluss ist. In einer generellen Weisung an den Geschäftsführer, dem Käufer eine Due Diligence zu gestatten, kann aufgrund des nicht feststehenden Programms einer Due Diligence keine Beschaffenheitsvereinbarung gesehen werden. Der Käufer könnte die Beschaffenheit der Kaufsache einseitig bestimmen, indem er bestimmte Bereiche in seine Prüfung einbezieht und andere auslässt. Die Voraussetzungen einer Vereinbarung der Beschaffenheit bestünden nicht. Etwas anderes muss gelten, wenn der Umfang und die Art und Weise der Prüfung feststehen. Übergibt der Erwerber den Gesellschaftern eine *due diligence request list*, welche die zu prüfenden Unterlagen auflistet, und weisen die Gesellschafter den Geschäftsführer der GmbH an, diese dem Käufer im Rahmen einer Due Diligence zugänglich zu machen, so treffen die Parteien konkludent eine Vereinbarung über die Beschaffenheit des zu verkaufenden Anteils. In dieser Konstellation gibt es keine Unterschiede zum Asset Deal:<sup>681</sup> Es darf keinen Unterschied machen, ob der Verkäufer selber die angeforderten Unterlagen bereit stellt oder ob er einen Dritten wirksam dazu verpflichten kann.

Eine weitere zu betrachtende Konstellation ist die, in der der Geschäftsführer durch den verkaufswilligen Gesellschafter nicht angewiesen werden kann. Der Veräußerer kann keinen Gesellschafterbeschluss gegen den Willen der anderen Gesellschafter herbeiführen oder er möchte die Due Diligence ohne das Wissen der anderen Gesellschafter durchführen lassen. Für diesen Fall könnte dem verkaufswilligen Gesellschafter sein

---

<sup>678</sup> Körber, NZG 2002, 263, 268.

<sup>679</sup> Lutter/Hommelhoff<sup>16</sup>, (Fn. 677), § 43 GmbHG Rn. 12; Rittmeister, NZG 2004, 1032, 1036; Körber, NZG 2002, 263, 268; Oppenländer, GmbHR 2000, 535, 539; Bremer, GmbHR 2000, 176.

<sup>680</sup> Dazu AnwK/Büdenbender, (Fn. 356), Anhang zu §§ 433-480: Unternehmenskauf-BGB Rn. 112-115.

<sup>681</sup> Vgl. S. 66 [§ 2 III. 4. g)].

Informations- und Auskunftsrecht gemäß § 51 a GmbHG helfen. Dabei ist aber zu beachten, dass § 51 a GmbHG nur dem Gesellschafter selbst ein Auskunftsrecht einräumt, nicht aber zur Herleitung eines Anspruchs auf Durchführung einer Due Diligence taugt.<sup>682</sup> Das Auskunftsrecht muss nicht höchstpersönlich wahrgenommen werden, es können auch geeignete Dritte, wie beispielsweise von dem Gesellschafter beauftragte Wirtschaftsprüfer, tätig werden. Jedoch muss die Geheimhaltung der Gesellschaftsinterna gewährleistet sein, was der Gesellschafter bei einer möglichen Weitergabe der Informationen an den Käufer zu beachten hat.<sup>683</sup> Eine vom Käufer durchgeführte Due Diligence in der GmbH kann der Gesellschafter über § 51 a GmbHG nicht erzwingen. Daher kann in dieser Konstellation auch nicht eine Beschaffenheit konkludent vereinbart werden. Möglich ist eine ausdrückliche Vereinbarung, wenn der Verkäufer bestimmte Informationen, die er über § 51 a GmbHG erhalten hat, an den Käufer weiter gibt.

Weitere Konstellationen, in denen eine Beschaffenheitsvereinbarung im Zusammenhang mit einer Due Diligence bei einer GmbH denkbar wären, sind nicht ersichtlich.

## (2) Aktionär

Im Gegensatz zur GmbH steht dem Aktionär grundsätzlich nur das allgemeine Auskunftsrecht gemäß § 131 I AktG zur Verfügung. Dieses gilt nur in der Hauptversammlung und ist sachlich stark eingeschränkt, so dass sich aus diesem Auskunftsrecht kein Anspruch auf Erteilung der für eine Due Diligence relevanten Informationen ableiten lässt.<sup>684</sup> Weiterhin können Auskünfte über vertrauliche Daten vom Vorstand gemäß § 131 III Nr. 1 AktG verweigert werden.

Auch ein Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand steht dem Aktionär nicht zu. Im Gegensatz zur GmbH ist der Vorstand nicht den Weisungen der Kapitaleigner unterworfen, er handelt eigenverantwortlich.<sup>685</sup> Aufgrund dieser fehlenden Weisungsgebundenheit kann zwischen den Parteien mit der Durchführung einer Due Diligence keine Beschaffenheit bezüglich der AG konkludent vereinbart werden. Der Vorstand hat im Rahmen der §§ 76 I, 93 I AktG allein über den Umfang und die Art und Weise einer zu gewährenden Due Diligence zu entscheiden. Daher kann auch in dem Fall, in dem der Vorstand einer AG eine Due Diligence gewährt, von einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung zwischen Anteilseigner und Käufer keine Rede sein.

---

<sup>682</sup> Vgl. *Krömker*, NZG 2003, 418, 422.

<sup>683</sup> Zu den Grenzen der Informationsweitergabe: vgl. *Körber*, NZG 2002, 263, 271 f.

<sup>684</sup> *Hemeling*, ZHR 169 (2005), 274, 286.

<sup>685</sup> *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> (2002), 805 § 28 II 1. a).

Gleiches gilt, wenn man mit einer Einzelmeinung in der Literatur dem verkaufswilligen Paketaktionär einen Anspruch auf eine Due Diligence zubilligt.<sup>686</sup> Es wäre mit §§ 76 I, 93 I AktG unvereinbar, falls man, selbst bei Bestehen dieses in Hinblick auf § 53 a AktG fragwürdigen Anspruchs, von einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung zwischen Käufer und Aktionär ausgeht.

### (3) Konzernverhältnis

Ein beherrschender Aktionär hat bei bestehenden Konzernverhältnissen möglicherweise ein Weisungsrecht, mit dem er den Vorstand der beherrschten Gesellschaft zur Informationserteilung zwingen kann. Falls die Weisung darin besteht, Informationen an den beherrschenden Aktionär herauszugeben, die dieser dann weitergibt oder wenn der beherrschende Aktionär selber eine Due Diligence durchführt kann es zu keiner konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung zwischen Käufer und Verkäufer kommen.<sup>687</sup> Zu einer solchen Vereinbarung kann es nur dann kommen, wenn die Weisung die Gewährung einer Due Diligence, welche vom Kaufinteressenten durchgeführt wird, zum Inhalt hat.<sup>688</sup>

Für den Fall eines Beherrschungsvertrages gibt § 308 I AktG dem beherrschenden Aktionär ein Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand der abhängigen Aktiengesellschaft. Die Weisung kann unstreitig die Offenbarung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen zum Inhalt haben.<sup>689</sup> Bei der Informationserteilung im Zuge einer Due Diligence soll eine solche Weisung innerhalb von Konzernverhältnissen jedoch außerhalb des Bereichs der einheitlichen Leitung liegen.<sup>690</sup> § 308 AktG diene der einheitlichen Leitung der verbundenen Unternehmen und nicht den Eigentums- und Veräußerungsinteressen des Großaktionärs. Eine Due Diligence zum Verkauf der Anteile sei keine Maßnahme der Konzernleitung, sondern gerade zur Beendigung des Beherrschungsverhältnisses und somit nicht mehr vom Weisungsrecht umfasst. Nach einer anderen Ansicht steht auch die geplante Beendigung der Konzernverbindung im Zusammenhang mit der beherrschenden Stellung und betrifft das Konzernverhältnis unmittelbar.<sup>691</sup>

---

<sup>686</sup> *Krömker*, NZG 2003, 418-424; ablehnend: *Hemeling*, ZHR 169 (2005), 274, 286.

<sup>687</sup> Diese Konstellation behandeln wohl *Ziemons*, AG 1999, 492, 496 f.; *Lutter*, ZIP 1997, 613, 616 ff.

<sup>688</sup> Diese Konstellation behandelt wohl *Treeck*, in FS Fikentscher (1998) 434, 448 ff.; ohne diese Unterscheidung *Hemeling*, ZHR 169 (2005), 274, 287.

<sup>689</sup> *Lutter*, ZIP 1997, 613, 616; *Treeck*, in FS Fikentscher (1998) 434, 448; *Hemeling*, ZHR 169 (2005), 274, 287.

<sup>690</sup> *Lutter*, ZIP 1997, 613, 616; *Ziemons*, AG 1999, 492, 496 f.

<sup>691</sup> *Treeck*, in FS Fikentscher (1998) 434, 449.

Zutreffend ist eine vermittelnde Ansicht, welche ein Weisungsrecht zur Gewährung einer Due Diligence nicht grundsätzlich ausschließt.<sup>692</sup> Danach kann das Verkaufsinteresse des beherrschenden Aktionärs an sich kein Weisungsrecht begründen, jedoch kann die Prüfung des Einzelfalls ein Konzerninteresse an der Durchführung der Due Diligence ergeben, womit die Weisung von der weit auszulegenden Weisungsbefugnis umfasst wäre.

Gibt das beherrschende Unternehmen wirksam die Weisung zur Gewährung einer Due Diligence durch den Kaufinteressenten, kommt bei einer detaillierten Weisung bezüglich der zu offenbarenden Informationen eine Beschaffenheitsvereinbarung zustande. Ein Unterschied zum Weisungsrecht der GmbH-Gesellschafter besteht nicht.<sup>693</sup>

### *3. Due Diligence und Aufklärungspflichten*

Bei dem Beteiligungskauf gibt es bezüglich des Konkurrenzverhältnisses zwischen Sachmängelgewährleistung und culpa in contrahendo keine Unterschiede zum Asset Deal.<sup>694</sup> Die Regeln der vorvertraglichen Informationshaftung sind einschlägig, falls die tatbestandlichen Voraussetzungen – beim Unternehmenskauf die für den Mangel unabdingbare Beschaffenheitsvereinbarung - der Sachmängelgewährleistung fehlen. Da wie gezeigt in den meisten Fällen keine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung getroffen wird, ist die Haftung aus culpa in contrahendo beim Beteiligungskauf der dominierende Rechtsbehelf.

#### *a) Umfang der Aufklärungspflichten*

Bevor der Einfluss der Due Diligence auf die Aufklärungspflichten abgeklärt werden kann, ist auf den Umfang der Aufklärungspflichten beim Beteiligungskauf einzugehen. Hierbei ist erneut zu beachten, dass Zielgesellschaft und Verkäufer beim Share Deal nicht personenidentisch sind. Voraussetzung einer Haftung wegen unterlassener Aufklärung ist, dass die möglichen aufklärungspflichtigen Umstände einer Partei bekannt sind.<sup>695</sup> Nachforschungs- und Untersuchungspflichten des potentiell Auskunftspflichtigen können nur in deutlich engeren Grenzen anerkannt werden, als Aufklärungspflichten über bekannte Umstände.<sup>696</sup> Eine Aufklärungspflicht kann für den Verkäufer daher nur bestehen, falls er Kenntnis von besonderen und zusätzlichen Umständen der Zielgesellschaft hat. Daneben

---

<sup>692</sup> Hemeling, ZHR 169 (2005), 274, 287.

<sup>693</sup> Vgl. S. 166 [§ 2 IV. 2. b) cc) (1)].

<sup>694</sup> Vgl. S. 129 [§ 2 III. 7. a) bb) (4)].

<sup>695</sup> MünchKomm BGB<sup>5</sup>/Emmerich, (Fn. 313), § 311 BGB Rn. 101.

<sup>696</sup> Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht (2001), 450 ff., 584 f.



können aber Zurechnungstatbestände für Wissen bestehen, die in der gesellschaftsrechtlichen Konstellation zwischen Verkäufer und der Zielgesellschaft einschlägig sind.<sup>697</sup>

#### *aa) GmbH*

Fragt man nach dem Umfang der Aufklärungspflichten des Anteilsverkäufers einer GmbH, so stellt sich die Frage der Wissenszurechnung zwischen GmbH und Gesellschafter. Im Gegensatz zu den meist im Schrifttum behandelten Fällen<sup>698</sup> geht es um eine Zurechnung des Wissens der Gesellschaft bei dem Gesellschafter. Der Gesellschafter und damit der Anteilsverkäufer kann nur aufklärungspflichtig sein, wenn er Kenntnis von den Umständen hat.

Grundsätzlich ist bei der GmbH das Wissen der Vertretungsorgane, im Normalfall der Geschäftsführer, maßgeblich.<sup>699</sup> Grob gesprochen entspricht das Wissen der Gesellschaft daher dem Wissen der Vertretungsorgane. Das bedeutet, dass der geschäftsführende Gesellschafter Kenntnis von den Umständen hat. Aufgrund der Identität zwischen Geschäftsführer und Gesellschafter hat in diesem Fall der Anteilsverkäufer auch Kenntnis von den Umständen in der Zielgesellschaft und ist bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen auch aufklärungspflichtig. Die zur culpa in contrahendo beim Beteiligungserwerb ergangene Rechtsprechung behandelt daher auch größtenteils die Fallkonstellation des geschäftsführenden Gesellschafters als Verkäufer.<sup>700</sup>

Ist der Gesellschafter nicht an der Geschäftsführung beteiligt, so ist die Gleichsetzung vom Wissen der Gesellschaft mit dem Wissen des Gesellschafters fragwürdiger. Als möglicher Zurechnungstatbestand käme möglicherweise § 52 a GmbHG in Betracht. Dieser gibt dem Gesellschafter jedoch nur ein Auskunftsrecht und stellt keine Zurechnungsnorm wie § 166 BGB dar. Nimmt der Gesellschafter sein Auskunftsrecht gemäß § 52 a GmbHG vor dem Verkauf nicht wahr, so verbietet sich eine Zurechnung von Umständen der Zielgesellschaft über diese Norm. Für den Verkäufer bestand keine Pflicht, sich über bestimmte Umstände der Zielgesellschaft zu informieren. Eine solche Pflicht liefe auf eine Nachforschungs- und Untersuchungspflicht hinaus, welche dem

---

<sup>697</sup> Diese Frage aufwerfend: *Jaques*, BB 2002, 417, 422.

<sup>698</sup> Vgl. *Ellers*, GmbHR 2004, 934-940; *Kieser/Kloster*, GmbHR 2001, 176-181.

<sup>699</sup> *Ellers*, GmbHR 2004, 934, 935.

<sup>700</sup> Vgl. BGH 4.4.2001, NJW 2001, 2163-2165; OLG München 26.7.2006, OLGR München 2007, 198-200; für die Arglist: BGH 17.1.2007, NJW 2007, 1058-1059; 4.3.1998, NJW-RR 1998, 1406-1407.

deutschen Recht fremd ist.<sup>701</sup> Sind dem Gesellschafter aber aufklärungspflichtige Umstände positiv bekannt, so schuldet er auch Aufklärung über diese.

#### *bb) Aktiengesellschaft*

Aufgrund der geringen Informationsrechte des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft ist eine Wissenszurechnung über aufklärungspflichtige Umstände grundsätzlich nicht denkbar. Die in einem Konzernverhältnis mögliche Weisung zur Herausgabe von Unternehmensinterna kann wie bei § 52 GmbHG keine Zurechnung begründen.

#### *cc) Geringe Aufklärungspflichten*

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Beteiligungsverkäufer im Normalfall kaum Aufklärungspflichten bezüglich der Zielgesellschaft gegenüber dem Käufer hat. Das ergibt sich aus der meist fehlenden Kenntnis des Verkäufers von den Umständen der Zielgesellschaft. Eine Wissenszurechnung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter scheidet aus. Eine Aufklärungspflicht kann den Verkäufer nur im Falle der positiven Kenntnis treffen.

#### *b) Einfluss der Due Diligence*

Treffen den Beteiligungsverkäufer Aufklärungspflichten bezüglich des Zielunternehmens, so kann die Due Diligence Einfluss auf die Aufklärungspflichten wie beim Unternehmenskauf haben.<sup>702</sup> Insbesondere kann der Käufer Kenntnis von aufklärungspflichtigen Umständen durch eine Due Diligence erhalten. Dabei ist aber wieder zu beachten, dass im Normalfall das Leitungsorgan der Zielgesellschaft - das für die Durchführung der Due Diligence zuständig ist - und Verkäufer auseinander fallen und der Verkäufer möglicherweise keinen Einfluss auf das Leitungsorgan hat. Daher kann die Durchführung einer Due Diligence nicht als Erfüllungshandlung von Aufklärungspflichten gewertet werden, wenn der aufklärungspflichtige Verkäufer die Due Diligence nicht beeinflussen kann. Ausnahmen von diesem Grundsatz stellen die Konstellationen dar, in denen der Verkäufer Einfluss auf das Leitungsorgan nehmen kann. Praktisch am relevantesten wird dies beim geschäftsführenden GmbH-Gesellschafter sein, da diesen umfangreiche Aufklärungspflichten treffen können und er als Gesellschafter der GmbH über die Zulassung und Durchführung der Due Diligence (mit-)entscheidet. Die Erfüllung von Aufklärungspflichten durch den Verkäufer findet auch in den Fällen statt, bei denen

---

<sup>701</sup> MünchKomm BGB<sup>5</sup>/Emmerich, (Fn. 313), § 311 BGB Rn. 105.

<sup>702</sup> Vgl. S. 138 [§ 2 III. 7. c)].

das Leitungsorgan desselben wirksam vom Verkäufer angewiesen werden kann, bestimmte Informationen im Rahmen einer Due Diligence dem Käufer zur Verfügung zu stellen: Das kann durch eine Weisung des Geschäftsführers mittels eines Gesellschafterbeschlusses in der GmbH oder durch eine Weisung im Konzernverhältnis geschehen. Voraussetzung für eine solche Erfüllungshandlung ist weiterhin, dass die Information nicht vom Verkäufer angefordert wurde; in diesem Fall läge eine Beschaffensvereinbarung vor.<sup>703</sup>

#### *4. Due Diligence und Arglistenrede*

Auch beim Share Deal stellt sich die Frage nach einer Haftung des Verkäufers wegen arglistigen Verhaltens. Dabei ist insbesondere zu untersuchen, ob sich der Verkäufer nach einer durchgeführten Due Diligence wirksam gegen den Vorwurf der Arglist verteidigen kann. Weiterhin sind die Konstellationen herauszuarbeiten, in denen eine Zurechnung arglistigen Verhaltens anderer stattfindet. Bei der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung ist der Dritte im Sinne des § 123 BGB zu bestimmen.

##### *a) Due Diligence als Verteidigung*

Beim Asset Deal kann sich der eine Due Diligence gewährende Verkäufer wirksam gegen den Vorwurf der Arglist verteidigen, da es ihm am notwendigen Vorsatz fehlt.<sup>704</sup> Konnte der Verkäufer davon ausgehen - auch leichtfertig -, dass der Käufer durch die Due Diligence Kenntnis von den aufklärungspflichtigen Umständen erhält, so scheidet der Vorwurf arglistigen Verschweigens aus. Eine Übertragung dieses Befunds auf den Beteiligungskauf ist aber problematisch, da der Verkäufer im Regelfall nicht weiß, in welchem Umfang dem Käufer Informationen im Rahmen der Due Diligence im Zielunternehmen zugänglich gemacht werden. Entscheidendes Problem ist hierbei erneut die mangelnde Einflussnahme des Käufers auf das Leitungsorgan der Zielgesellschaft. Kann der Verkäufer den Umfang und die Art und Weise der Untersuchung nicht beeinflussen, so kann er auch nicht davon ausgehen, dass der Käufer Kenntnis von bestimmten Umständen bei einer Due Diligence erlangt. Im Umkehrschluss gilt, dass der Verkäufer sich mit der Gewährung einer Due Diligence gegen den Vorwurf der Arglist verteidigen kann, wenn er Einfluss auf deren Durchführung nimmt. Das ist der Fall der wirksamen Weisung aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses in der GmbH oder einer

---

<sup>703</sup> Vgl. S. 165 [§ 2 IV. 2. b) cc)].

<sup>704</sup> Siehe S. 154 [§ 2 III. 8. b) bb)].

Weisung im Konzern. Denn nur in diesen Fällen kann der Verkäufer davon ausgehen, dass der Käufer Kenntnis von bestimmten Umständen in der Zielgesellschaft erlangt. Ob der Käufer das auch tatsächlich tut, ist für die Frage des Verkäufervorsatzes irrelevant.

#### *b) Zurechnung arglistigen Verhaltens*

Verübt ein Organ oder ein Mitarbeiter der Zielgesellschaft eine arglistige Täuschung gegenüber dem Käufer, so stellt sich die Frage der Zurechnung dieses Verhaltens beim Verkäufer. Von einer Einzelmeinung in der Literatur wird als weiterer Zurechnungsbestand neben § 278 BGB das Weisungsrecht der Gesellschafter und die Organisationshoheit der beherrschenden Gesellschaft im Falle eines Beherrschungsvertrags gemäß § 291 AktG angeführt.<sup>705</sup> Auf welcher konkreten gesetzlichen Grundlage eine solche Zurechnung erfolgen soll, wird nicht ausgeführt. Das alleinige Bestehen eines Weisungsrechts kann aber allgemein keine Zurechnung begründen. Einzige mögliche Zurechnungsnorm ist § 278 BGB. Danach ist die Erfüllung einer Schuldnerverbindlichkeit Voraussetzung, welche auch die Erfüllung einer Aufklärungspflicht im vorvertraglichen Stadium sein kann.<sup>706</sup> Wie oben gezeigt, kann die Erfüllung von Aufklärungspflichten durch die Gewährung einer Due Diligence nur im Falle einer wirksamen Weisung durch Gesellschafterbeschluss oder einer Weisung des beherrschenden Unternehmens erfolgen.<sup>707</sup> Aus diesem Grund kann eine Zurechnung von Fehlverhalten der Zielgesellschaft beziehungsweise deren Mitarbeiter oder Organe nur in diesen Fällen der Einflussnahme durch den Verkäufer gemäß § 278 BGB erfolgen.<sup>708</sup> Denn in diesen Fällen bedient sich der Verkäufer der Zielgesellschaft als Erfüllungsgehilfe bei der Erfüllung seiner vorvertraglichen Aufklärungspflichten. Bestehen solche Aufklärungspflichten und eine wirksame Weisung nicht, so scheidet auch eine Zurechnung des Verhaltens der Zielgesellschaft bei dem Verkäufer aus.

#### *c) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung*

Begeht die Zielgesellschaft bei der Durchführung der Due Diligence gegenüber dem Käufer eine arglistige Täuschung, so stellt sich beim Anfechtungsrecht die Frage,<sup>709</sup> ob das Target für den Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Käufer als Dritter im Sinne des

---

<sup>705</sup> Jaques, BB 2002, 417, 422.

<sup>706</sup> Vgl. S. 157 [§ 2 III. 8. b) dd)].

<sup>707</sup> Siehe S. 172 [§ 2 IV. 3. b)].

<sup>708</sup> So wohl auch Jaques, BB 2002, 417, 422, der am Ende des Absatzes 6. auf die Erfüllung von Aufklärungspflichten abstellt.

<sup>709</sup> Zu den Gründen für eine solche Täuschung: Hartung, NZG 1999, 524 f.

§ 123 II BGB gilt. Die Zielgesellschaft ist kein Dritter im Sinne des § 123 II BGB in den Fällen, in denen sie gleichzeitig Erfüllungsgehilfe des Verkäufers ist, also dann, wenn sie durch Gesellschafterbeschluss oder konzernrechtlicher Weisung angewiesen wurde.<sup>710</sup>

In allen anderen Fällen ist zu fragen, ob die Beziehung zwischen Verkäufer und Zielgesellschaft so eng ist, dass der Verkäufer eine Täuschung bei der Due Diligence wie eine eigene zu vertreten hat.<sup>711</sup> Das ist meiner Meinung nach zu verneinen. Die Zielgesellschaft ist nicht als ein Verhandlungsführer oder -gehilfe des Verkäufers anzusehen, da die Due Diligence den eigentlichen Vertragsverhandlungen vorgelagert ist und möglicherweise nur die faktische Grundlage für diese darstellt.<sup>712</sup> Weiterhin wird die Due Diligence auf Wunsch des Käufers durchgeführt und zwischen diesem und der Zielgesellschaft vertraglich geregelt, der Verkäufer hat darauf keinerlei Einfluss. Daher ist im Normalfall die Zielgesellschaft Dritter im Sinne des § 123 II BGB und eine Zurechnung einer arglistigen Täuschung beim Verkäufer findet nicht statt.

---

<sup>710</sup> Zur Stellung als Erfüllungsgehilfe: S. 174 [§ 2 IV. 4. b)].

<sup>711</sup> Vgl. zu den einzelnen Ansätzen zur Bestimmung des Dritten: *Erman*<sup>11</sup>/*Palm*, (Fn. 34), § 123 BGB Rn. 34.

<sup>712</sup> Für den Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen als maßgeblichen Zeitpunkt bei der Bestimmung des Dritten: *Sebastian Martens*, JuS 2005, 887, 889.

### § 3 Zusammenfassung

In diesem Abschnitt sollen die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit nochmals zusammengefasst werden.

Due Diligence ist die Bezeichnung für eine kaufvorbereitende Prüfung im US-amerikanischen Recht, welche eine besondere Bedeutung bei Unternehmenskäufen erlangt hat. Ursache dafür ist der caveat emptor Grundsatz im US-amerikanischen Recht. Der Prüfung kommt besondere Bedeutung bei der Gestaltung eines vertraglichen Gewährleistungsregimes und der Wertermittlung zu, weiterhin erfüllt sie Beweis- und Planungsfunktionen bei Abwicklung des Kaufes und der anschließenden Integration des Unternehmens.

Die Due Diligence stellt ein sogenanntes legal transplant im deutschen Recht dar, da es vom deutschen Recht aus verschiedenen Gründen rezipiert wurde. Einer der wichtigsten Gründe dafür war das deutsche Kaufrecht, welches von der Praxis als unpassend für den Unternehmens- und Beteiligungskauf empfunden wurde. Dabei stellt die Due Diligence eine Möglichkeit dar, die zwischen den Vertragsparteien - insbesondere beim Unternehmenskauf – bestehende Informationsasymmetrie zu beheben. Im deutschen Recht werden diese Informationsasymmetrie und die damit verbundenen enttäuschten Käufererwartungen grundsätzlich mit dem Gewährleistungsrecht behoben.

Der Beschaffenheitsbegriff des § 434 BGB ist weit zu verstehen. Daher können alle Umstände, die nicht den Markt und die allgemeinen Voraussetzungen betreffen, auf denen das betreffende Unternehmen und konkurrierende Unternehmen tätig sind, zum Inhalt einer Beschaffenheitsvereinbarung gemacht werden. Aufgrund der fehlenden Standardbeschaffenheit des Unternehmens als Kaufgegenstand entscheidet die Beschaffenheitsvereinbarung über die Anwendung des Kaufrechts. Für die Due Diligence bedeutet dies, dass alle Informationen, die Gegenstand der Prüfung sind, auch Teil einer Beschaffenheitsvereinbarung gemäß § 434 I Satz 1 BGB werden können.

Für die Frage der konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung bei einer Due Diligence ist von der Literaturmeinung auszugehen, die schon unter der alten Rechtslage auf Grundlage des subjektiven Fehlerbegriffs eine Beschaffenheitsvereinbarung bei der

Vorlage von unternehmerischen Kennzahlen annahm. Dieser Befund ist für die Due Diligence und die neue Rechtslage auszubauen: Fordert der Käufer bestimmte Informationen im Rahmen einer Due Diligence an und erhält er diese vom Verkäufer, so vereinbaren die Parteien konkludent diese Beschaffenheit des Unternehmens.

Der Käufer kann durch eine Due Diligence davon Kenntnis erlangen, dass die tatsächliche Beschaffenheit des Unternehmens von der vereinbarten abweicht. In diesem Fall verliert er seine Gewährleistungsrechte gemäß § 442 BGB. Dabei wird das bei der Due Diligence gesammelte Wissen dem Käufer gemäß § 166 BGB zugerechnet.

Der für § 442 BGB relevante Zeitpunkt ist aufgrund der häufigen vertraglichen Regelung eines closing und signing beim Unternehmenskauf nicht immer der Abschluss des Kaufvertrages. Ist die closing condition als Potestativbedingung oder freies Rücktrittsrecht ausgestaltet, so ist der maßgebliche Zeitpunkt für die Kenntnis bei § 442 BGB das Closing. Daher kann der Käufer durch eine Post-Signing/Pre-Closing Due Diligence Kenntnis von der Beschaffenheit des Unternehmens erlangen und damit seine Gewährleistungsrechte gemäß § 442 BGB verlieren.

Unterlässt der Käufer eine Due Diligence, so handelt er nicht grob fahrlässig im Sinne des § 442 BGB. Eine Obliegenheit zur Durchführung besteht nicht.

Die Durchführung einer Due Diligence stellt aber eine sorgfaltsbegründende Maßnahme dar und ist entgegen von Literaturstimmen nicht als „rechtlich neutral“ einzuordnen. Führt der Erwerber eine Prüfung durch, so verliert er seine Gewährleistungsrechte gemäß § 442 BGB, falls er grob fahrlässig mangelbegründende Umstände übersieht.

Die vorvertragliche Informationshaftung des Verkäufers ist nur für den Bereich anwendbar, in dem die konkreten Voraussetzungen des Gewährleistungsrechts nicht bestehen. Daher haftet der Verkäufer für unrichtige Due Diligence-Informationen, die nicht konkludent Teil einer Beschaffenheitsvereinbarung geworden sind.

Die Durchführung einer Due Diligence durch den Erwerber indiziert, welche Bereiche dieser als kaufpreisrelevant einstuft. Das muss bei der Einzelfallabwägung über das Bestehen von Aufklärungspflichten einbezogen werden.

Der Verkäufer kann seine Aufklärungspflichten durch die Gewährung einer Due Diligence erfüllen, falls die herausgegebenen Informationen objektiv ausreichend sind. In der Vereinbarung einer Due Diligence ist gleichzeitig eine Vereinbarung über die Art der Erfüllung der Aufklärungspflichten zu sehen.

Führt der Käufer eine Due Diligence unsorgfältig durch, so kann ihn ein Mitverschulden gemäß § 254 BGB treffen.

Von der Haftung wegen fahrlässiger Falschinformation im Rahmen einer Due Diligence kann sich der Verkäufer wirksam durch einen vertraglichen Haftungsausschluss befreien. Die Grenze für einen solchen Ausschluss ist gemäß § 444 BGB arglistiges Verhalten.

Durch die Gewährung einer Due Diligence kann sich der Verkäufer beim Asset Deal wirksam gegen den Vorwurf der Arglist verteidigen. Der Verkäufer, der eine Due Diligence gewährt, handelt bei unterlassenen Aufklärungspflichten ohne bedingten Vorsatz bezüglich der Täuschung.

Beim Asset Deal wird eine durch einen Mitarbeiter des Zielunternehmens gegenüber dem Käufer begangene Täuschung im Rahmen einer Due Diligence dem Verkäufer über § 278 BGB zugerechnet, da sich der Verkäufer seiner Mitarbeiter zur Erfüllung seiner Aufklärungspflichten bedient.

Täuscht beim Asset Deal ein an der Due Diligence Beteiligter den Käufer, so ist der Täuschende nicht Dritter im Sinne des § 123 II BGB.

Beim Share Deal ist der Sorgfaltsmaßstab des § 442 BGB bei einer durchgeführten legal due diligence dahingehend zu konkretisieren, dass die Satzung auf bestehende Stimm- und Dividendenrechte der Anteile zu untersuchen ist. Eine Nichtprüfung führt zum Vorwurf der groben Fahrlässigkeit.

Bei der Haftung für Unternehmensmängel beim Beteiligungskauf entscheidet grundsätzlich die Abrede der Parteien über die Anwendung des Gewährleistungsrechts. Die Durchführung einer Due Diligence kann aber aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Konstellation beim Share Deal nur in bestimmten Fällen konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen herbeiführen: Im Fall des geschäftsführenden Gesellschafters, der Weisung durch die Gesellschafterversammlung oder des beherrschenden Unternehmens.

Nur in diesen Fällen ist beim Share Deal eine Erfüllung von Aufklärungspflichten durch eine Due Diligence möglich.

Die Zurechnung des Verhaltens der Zielgesellschaft bei der Due Diligence findet beim Share Deal nur statt, wenn sich der Verkäufer dieser zur Erfüllung seiner Aufklärungspflichten bedient.

Die Zielgesellschaft ist beim Share Deal Dritter im Sinne des § 123 II BGB, es sei denn, sie ist als Erfüllungsgehilfe des Verkäufers einzuordnen.



## Literaturverzeichnis

### A

*Aldering, Christoph/Högemann, Bernd*, Human Resources Due Diligence, in: *Berens, Wolfgang/Brauner, Hans U./Strauch, Joachim* (Hrsg.), Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 4. Auflage (Stuttgart 2005), 513-539

American Jurisprudence, A Modern Comprehensive Text Statement Of American Law

Volume 3: Advancements To Agriculture (Rochester, San Francisco 1986)

Volume 59A: Partition To Passports (Rochester, San Francisco 1987)

Volume 67A: Sales §§ 690-1380 (Rochester, San Francisco 1985)

Volume 76: Trial §§ 1041-1270 To Unemployment Compensation (Rochester, San Francisco 1975)

*Angersbach, Carsten J.*, Due Diligence beim Unternehmenskauf (Baden-Baden 2002)

### B

*Bamberger, Heinz Georg/Roth Herbert* (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: §§ 1-610 BGB, CISG, 2. Auflage (München 2007)

*Barnert, Thomas*, Mängelhaftung beim Unternehmenskauf zwischen Sachgewährleistung und Verschulden bei Vertragsschluss im neuen Schuldrecht, WM 2003, 416-425

*Barthel, Carl W.*, Unternehmenswert-Ermittlung vs. Due-Diligence-Untersuchung – Teil I-, DStZ 1999, 73-81; *ders.*, Unternehmenswert- und Kaufpreisfundierung mittels Schwerpunktanalysen im Rahmen einer Due Diligence, DStZ 1999, 365-376

*Bärwaldt, Roman*, Anmerkung zu BGH 4.4.2001 (GmbHR 2001, 516), GmbHR 2001, 519-520

*Baumbach/Hopt*, Handelsgesetzbuch, 32. Auflage (München 2006)

*Baumbach/Hueck*, GmbH-Gesetz, 18. Auflage (München 2006)

*Beisel, Wilhelm/Klumpp, Hans-Hermann*, Der Unternehmenskauf – Gesamtdarstellung der zivil- und steuerrechtlichen Vorgänge, 5. Auflage (München 2006)

*Berens, Wolfgang/Hoffjan, Andreas/Strauch, Joachim*, Planung und Durchführung der Due Diligence, in: *Berens, Wolfgang/Brauner, Hans U./Strauch, Joachim* (Hrsg.), Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 4. Auflage (Stuttgart 2005)

*Berens, Wolfgang/Schmitting, Walter/Strauch, Joachim*, Funktionen, Terminierung und rechtliche Einordnung der Due Diligence, in: *Berens, Wolfgang/Brauner, Hans U./Strauch, Joachim* (Hrsg.), Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 4. Auflage (Stuttgart 2005), 75-118

*Berens, Wolfgang/Strauch, Joachim*, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen – Eine empirische Untersuchung, Wpg 2002, 511-525.

*Berens, Wolfgang/Strauch, Joachim*, Herkunft und Inhalt des Begriffes Due Diligence, in: *Berens, Wolfgang/Brauner, Hans U./Strauch, Joachim* (Hrsg.), Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 4. Auflage (Stuttgart 2005), 3-24

*Berger, Christian*, Der Beschaffenheitsbegriff des § 434 Abs. 1 BGB, JZ 2004, 276-283

*Betko, Hans/Reiml, Dieter/Schubert, Peter*, Environmental Due Diligence, in: *Berens, Wolfgang/Brauner, Hans U./Strauch, Joachim* (Hrsg.), Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 4. Auflage (Stuttgart 2005), 565-584

Black's Law Dictionary, 8. Auflage (St. Paul 2004)

*Bohrer, Michael*, Anmerkung zu BGH 8.12.1989 (DNotZ 1991, 122), DNotZ 1991, 124-131

*Böttcher, Lars*, Verpflichtung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft zur Durchführung einer Due Diligence beim Beteiligungserwerb - Due Diligence als Verkehrssitte (Baden-Baden 2005); *ders.*, Due Diligence beim Unternehmenskauf als Verkehrssitte, ZGS 2007, 20-25

*Brauner, Hans U./Grillo, Ulrich*, Strategic Due Diligence, in: *Berens, Wolfgang/Brauner, Hans U./Strauch, Joachim* (Hrsg.), Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 4. Auflage (Stuttgart 2005), 349-370

*Bremer, Jürgen*, Herausgabe von Informationen im Rahmen einer Due Diligence, GmbHR 2000, 176-180

## C

*Canaris, Claus-Wilhelm*, Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf, ZGR 1982, 395-434; *ders.*, Die Neuregelung des Leistungsstörungs- und des Kaufrechts – Grundstrukturen und Problemschwerpunkte, in: *Lorenz, Egon* (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung (Karlsruhe 2003), 5-100; *ders.*, Anm. zu BGH 12.3.1997 (ZIP 1997, 1505): JZ 1997, 1507-1509

## D

Das Bürgerliche Gesetzbuch – mit besonderer Berücksichtigung des Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, Band II 2. Teil: § 414-610 (Anhang nach § 455: Abzahlungsgesetz), 12. Auflage (Berlin 1978)

*Dauner-Lieb, Barbara*, Wissenszurechnung im Gewährleistungsrecht. Ethische Neutralisierung der Arglist, FS für Alfons Kraft zum 70. Geburtstag (Neuwied u. a. 1998) 43-57

*Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner* (Hrsg.), Anwaltkommentar, Band II/1: §§ 241-610 BGB (Bonn 2005)

*Dauner-Lieb, Barbara/Thiessen, Jan*, Garantiebeschränkungen in Unternehmenskaufverträgen nach der Schuldrechtsreform, ZIP 2002, 108-114

*Drobning, Ulrich*, Rechtsvergleichung in der deutschen Rechtsprechung, *RabelsZ* 50 (1986), 610-630

## E

*Eggenberger, Jens*, Gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen und Folgen einer due-diligence Prüfung (Frankfurt a. M. 2001)

*Eidenmüller, Horst*, Rechtskauf und Unternehmenskauf, *ZGS* 2002, 290-296; *ders.*, Die Verjährung beim Rechtskauf, *NJW* 2002, 1625-1627

*Ellers, Holger*, Die Zurechnung von Gesellschafterwissen an die GmbH - insbesondere beim gutgläubigen Erwerb eines Sacheinlagegegenstandes, *GmbHR* 2004, 934-940

*Emmert, Reinhold*, Vereinbarte Beschaffenheit der Kaufsache und Haftungsausschluss des Verkäufers, *NJW* 2006, 1765-1768

*Engelhardt, Helmut A.*, Environmental Due Diligence, *WiB* 1996, 299-300

*Erman*, Bürgerliches Gesetzbuch

Handkommentar mit EGBGB, ErbbauVO, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG, Band I: §§ 1-811 BGB, 11. Auflage (Münster 2004)

Handkommentar mit EGBGB, VerbKreditG, Gesetz zur Regelung der Miethöhe, ProdhaftG, HTWG, AGB-Gesetz, ErbbauVO, WEG, Schiffsrechtgesetz, Ehegesetz, HausratsVO, Beurkundungsgesetz, Band I: §§ 1-853 BGB, AGBG, AbzG, 7. Auflage (Münster 1981)

*Erwe, Peter*, Anmerkung zu LG Frankfurt 7.10.1997 (WuB I G 8. Prospekthaftung 2.98):  
WuB I G 8. Prospekthaftung 2.98

*Esser, Josef/Weyers, Hans-Leo*, Schuldrecht, Band II/1: Besonderer Teil, 8. Auflage  
(Heidelberg 1998)

*Ewer, Wolfgang*, Environmental Due Diligence als anwaltliches Betätigungsfeld, AnwBl  
2002, 309-316

## **F**

*Fembacher, Tobias/Walz, Robert*, Mehr Haftung als Haftungsbeschränkung? Eine  
Gesamtschau zu den Risiken der GmbH-Anteilsabtretung, BB 2004, 680-683

*Fleischer, Holger*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht – Eine rechtsvergleichende  
und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlussbezogener  
Aufklärungspflichten (München 2001); *ders.*, Due Diligence und Best Knowledge beim  
Unternehmenskauf, in: Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung – Fachtagung  
der Bayer-Stiftung für deutsches und internationales Arbeits- und Wirtschaftsrecht am 6.  
und 7. Juni 2002 (München 2003), 103-123

*Fleischer, Holger/Körber, Torsten* Due diligence und Gewährleistung beim  
Unternehmenskauf, BB 2001, 841-849

*Fritzen, Roland*, Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechts-  
reform (München 2004)

## **G**

*Ganzert, Siegfried/Kramer, Lutz*, Due Diligence Review – Eine Inhaltsbestimmung, WPg  
1995, 576-581

*Gartzke, Ulrich*, Zivilrechtliche Auswirkungen einer Due Diligence auf die Recht und  
Pflichten der Vertragsparteien beim Unternehmenskauf (Hamburg 2003)

*Gaul, Björn*, Schuldrechtsmodernisierung und Unternehmenskauf, ZHR 166 (2002), 35-71

*Goldschmidt, Christof-Ulrich*, Wissenszurechnung beim Unternehmenskauf – Ausschluss  
von Gewährleistungsansprüchen des Käufers aufgrund arbeitsteiligen Handelns bei der  
Due Diligence und den Vertragsverhandlungen?, ZIP 2005, 1305-1313

*Götze, Cornelius*, Auskunfterteilung durch GmbH-Geschäftsführer im Rahmen der Due  
Diligence beim Beteiligungserwerb, ZGR 1998, 202-223

*Grigoleit, Hans Christoph*, Reformperspektiven der vorvertraglichen Informationshaftung,  
in: *Schulze, Reiner/Schulte-Nölke* (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund  
des Gemeinschaftsrechts (Tübingen 2001), 269-294

*Grigoleit, Hans Christoph/Herresthal, Carsten*, Grundlagen der Sachmängelhaftung im Kaufrecht, JZ 2003, 118-127 *dies.*, Die Beschaffenheitsvereinbarung und ihre Typisierung in § 434 I BGB, JZ 2003, 233-239

*Gronstedt, Sebastian/Jörgens, Stefan*, Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht, ZIP 2002, 52-65

*Gruber, Urs Peter*, Neues Kaufrecht – Umsatz- und Ertragsangaben beim Unternehmenskauf, MDR 2002, 433-437

*Grunewald, Barbara*, Rechts- und Sachmängelhaftung beim Kauf von Unternehmensanteilen, NZG 2003, 372-374

## **H**

*Harrer, Herbert*, Die Bedeutung der Due Diligence bei der Vorbereitung eines Unternehmenskaufs, DStR 1993, 1673-1675

*Hartung, Manfred M. A.*, Wissenszurechnung beim Unternehmenskauf, NZG 1999, 524-531

*Häublein, Martin*, Der Beschaffenheitsbegriff und seine Bedeutung für das Verhältnis der Haftung aus culpa in contrahendo zum Kaufrecht, NJW 2003, 388-393

*Heerstraßen, Frank/Reinhard Thorsten*, Die Verjährung von Rechtsmängelansprüchen beim Beteiligungskauf nach der Schuldrechtsreform, BB 2002, 1429-1437

*Hemeling, Peter*, Gesellschaftsrechtliche Fragen der Due Diligence beim Unternehmenskauf, ZHR 169 (2005), 274-294

*Hiddemann, Hans-Joachim*, Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf aus der Sicht der Rechtsprechung, ZGR 1982, 435-451

*Hilgard, Mark C.*, Cash-free/Debt-free-Klauseln beim Unternehmenskauf, DB 2007, 559-564

*Höfer, Reinhold/Küper, Peter*, Due Diligence für Verpflichtungen aus der betrieblichen Altersversorgung, DB 1997, 1317-1321

Höhn, Jakob, Einführung in die Rechtliche Due Diligence – Mit Musterdokumenten für die vorvertragliche Phase des Unternehmenskaufs (Zürich 2003)

*Hölters, Wolfgang* (Hrsg.), Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs, 6. Auflage (Köln 2005)

*Holzappel, Hans-Joachim*, Die Behandlung des share deal, in: Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung – Fachtagung der Bayer-Stiftung für deutsches und

internationales Arbeits- und Wirtschaftsrecht am 6. und 7. Juni 2002 (München 2003), 87-101

*Holzappel, Hans-Joachim/Pöllath, Reinhard*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis – Rechtliche und Steuerliche Praxis, 12. Auflage (2005)

*Hommelhoff, Peter*, Zur Abgrenzung von Unternehmenskauf und Anteilerwerb, ZGR 1982, 366-390; *ders.*, Die Sachmängelhaftung beim Unternehmenskauf durch Anteilerwerb, ZHR 140 (1976), 271-300

*Hopt, Klaus J./Voigt, Hans-Christoph* (Hrsg.), Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung - Recht und Reform in der Europäischen Union, der Schweiz und den USA (Tübingen 2005)

*Howson, Peter*, Due Diligence – The Critical Stage In Mergers And Acquisitions (Aldershot u. a. 2003)

*Huber, Peter/Faust, Florian*, Schuldrechtsmodernisierung – Einführung in das neue Recht (München 2002)

*Huber, Ulrich*, Die Praxis des Unternehmenskaufs im System des Kaufrechts, AcP 202 (2002), 179-242; *ders.*, Mängelhaftung beim Kauf von Gesellschaftsanteilen, ZGR 1972, 395-420

*Hüffer, Uwe*, Aktiengesetz, 7. Auflage (München 2006)

## **I**

*Immenga, Ulrich*, Fehler oder zugesicherte Eigenschaft?, AcP 171 (1971), 1-18

## **J**

*Jagersberger, Barbara*, Die Haftung des Verkäufers beim Unternehmens- und Anteilskauf (Baden-Baden 2006)

*Jaletzke, Matthias*, Legal Due Diligence – Unternehmen auf dem Weg zum anwaltlichen Testat?, in: FG für Wulf H. Döser (Baden-Baden 1999), 199-223

*Jaques, Henning*, Haftung des Verkäufers für arglistiges Verhalten bei Unternehmenskauf - zugleich eine Stellungnahme zu § 444 BGB n.F., BB 2002, 417-423

*Jauernig*, Bürgerliches Gesetzbuch – Mit Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), 12. Auflage (München 2007)

*Johnson Jr., Charles J./McLaughlin, Joseph*, Corporate Finance And The Securities Law, 3. Auflage (New York 2004)

## **K**

*Kanzleitner, Rainer*, Anmerkung zu OLG Hamm 21.1.1985 (DNotZ 1986, 745), DNotZ 1986, 747-749

*Kiefer, Thomas*, Gewährleistungsrechte ohne Vertrag? - Zu den Gewährleistungsansprüchen des nicht belehrten Abzahlungskäufers, NJW 1989, 3120-3126

*Kieser, Timo/Kloster, Lars*, Wissenszurechnung bei der GmbH, GmbHR 2001, 176-181

*Kieth, Kurt*, Vorstandshaftung aufgrund fehlerhafter Due Diligence beim Unternehmenskauf, NZG 1999, 976-983

*Klindt, Thomas/Swoboda, Jörg*, Unternehmenskauf: Produktsicherheit als Teil der juristischen Due Diligence, DB 2005, 1203-1207

*Knott, Hermann J.*, Unternehmenskauf nach der Schuldrechtsreform, NZG 2002, 249-256

*Köhler, Anette G./Marten, Kai-Uwe/Schlereth, Dieter/Crampton Adrian*, Praxisbefragung: Erfahrungen von Unternehmen bei der Umstellung der Rechnungslegung von HGB auf IAS/IFRS oder US-GAAP, BB 2003, 2615-2621

*Köhler, Helmut*, Zur Funktion und Reichweite der gesetzlichen Gewährleistungsausschlüsse, JZ 1989, 761-776

*Koller, Ingo*, Wissenszurechnung, Kosten und Risiken, JZ 1998, 75-85

*Körber, Torsten*, Geschäftsleitung der Zielgesellschaft und due diligence beim Paketerwerb und Unternehmenskauf, NZG 2002, 263-272

*Krömker, Michael*, Der Anspruch des Paketaktionärs auf Informationsoffenbarung zum Zwecke der Due Diligence, NZG 2003, 418-424

*Krüger, Dirk/Kalbfleisch, Eberhard*, Due Diligence bei Kauf und Verkauf von Unternehmen – Rechtliche und steuerliche Aspekt der Vorprüfung beim Unternehmenskauf, DStR 1999, 174-180

## **L**

*Larisch, Tobias*, Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf (Köln 2004)

*Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*; Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage (Berlin u.a. 1995)

*Liekefett, Kai H.*, Due Diligence bei M&A-Transaktionen (Berlin 2005)

*Löffler, Christoph*, Tax Due Diligence beim Unternehmenskauf (Teil 1), Wpg 2004, 576-583; *ders.*, Tax Due Diligence beim Unternehmenskauf – Analyse und Berücksichtigung steuerlicher Risiken und Chancen (Düsseldorf 2002)

*Loges, Rainer*, Der Einfluss der „Due Diligence“ auf die Rechtsstellung des Käufers eines Unternehmens, DB 1997, 965-969

*Looschelders, Dirk*, Beschaffenheitsvereinbarung, Zusicherung, Garantie, Gewährleistungsausschluss, in: *Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten* (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis - Akzente, Brennpunkte, Ausblicke (Köln 2003), 395-410

*Lorenz, Stefan*, Der Unternehmenskauf nach der Schuldrechtsreform, in: FS für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag (München 2005), 305-326

*Louven, Christoph*, Gesteigerte Aufklärungspflicht des Verkäufers von GmbH-Anteilen, BB 2001, 2390-2392

*Lubos, Günter*, Besonderheiten bei der Übernahme von Krisenunternehmen – Praxisprobleme bei Due Diligence, Risiko- und Kaufpreisermittlung, DStR 1999, 951-956

*Lutter, Marcus*, Due diligence des Erwerbers beim Kauf einer Beteiligung, ZIP 1997, 613-620

*Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter*, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 16. Auflage (Köln 2004)

## **M**

*Martens, Sebastian*, Wer ist Dritter? - Zur Abgrenzung der §§ 123 I und II 1 BGB, JuS 2005, 887-890

*Medicus, Dieter*, Probleme der Wissenszurechnung, in: *Ernst Klingmüller* (Hrsg.) Karlsruher Forum 1994 – Möglichkeiten der Wissenszurechnung (Karlsruhe 1994)

*Merkt, Hanno*, Rechtliche Bedeutung der "due diligence" beim Unternehmenskauf, WiB 1996, 145-150; *ders.*, Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, BB 1995, 1041-1048; *ders.* Internationaler Unternehmenskauf, 2. Auflage (Köln 2003); *ders.*, Grundsatz- und Praxisprobleme der Amerikanisierungstendenzen im Recht des Unternehmenskaufs, FS Otto Sandrock zum 70. Geburtstag (Heidelberg 2000), 657-688

*Mertens, Bernd*, Culpa in contrahendo beim zustande gekommenen Kaufvertrag nach der Schuldrechtsreform, AcP 2003 (2003), 818-854

*Mössle, Klaus*, Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf – Neue Tendenzen, BB 1983, 2146-2153

*Mugdan, Benno* (Hrsg.), Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II: Recht der Schuldverhältnisse (Berlin 1899)

*Müller, Gerd*, Anmerkung zu BGH 2.6.1980 (BB 1980, 1392), DB 1980 1393-1397



*Müller, Klaus J.*, Einfluss der due diligence auf die Gewährleistungsrechte des Käufers beim Unternehmenskauf, NJW 2004, 2196-2199

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz

Band III: §§ 76-117 AktG, MitBestG, § 76 BetrVG 1952, 2. Auflage (München 2004)

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

Band I/1: §§ 1-240 BGB, ProStG, 5. Auflage (München 2006)

Band II: §§ 241-432 BGB, 5. Auflage (München 2007)

Band III/1: §§ 433-651 k BGB, AbzG, HTWG, Gesetz zur Regelung de Miethöhe, 2. Auflage (München 1988)

Band III: §§ 403-606 BGB, Finanzierungsleasing, Verbraucherkreditgesetz, Haustürwiderrufgesetz, Erbschaft- und Schenkungssteuergesetz, Gesetz zur Regelung der Miethöhe, HeizkostenV, 3. Auflage (München 1995)

Band III: 433-610 BGB, Finanzierungsleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG, 4. Auflage (2004)

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch

Band I: §§ 1-104 HGB (München 1996)

Band I: §§ 1-104 HGB, 2. Auflage (München 2005)

## N

*Nawe, Dirk/Nagel, Frank*, Vendor Due Diligence, in: *Berens, Wolfgang/Brauner, Hans U./Strauch, Joachim* (Hrsg.), Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 4. Auflage (Stuttgart 2005), 757-784

## O

*Oppenländer, Frank*, Grenzen der Auskunftserteilung durch Geschäftsführer und Gesellschafter beim Verkauf von GmbH-Geschäftsanteilen, GmbHR 2000, 535-541

## P

*Pack, Heinrich*, Due Diligence, in: *Picot, Gerhard* (Hrsg.), Handbuch Mergers & Acquisitions - Planung, Durchführung, Integration, 3. Auflage (2005 Stuttgart)

*Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Auflage (München 2008); Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Auflage (München 2002); Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Auflage (München 2003)

*Pföhler, Martin/Hermann, Markus*, Grundsätze zur Durchführung der Umwelt-Due-Diligence, WPg 1997, 628-635

*Picot, Gerhard*, Due Diligence und privatrechtliches Haftungssystem, in: *Berens, Wolfgang/Brauner, Hans U./Strauch, Joachim* (Hrsg.), Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 4. Auflage (Stuttgart 2005), 313-348

*Prölss, Jürgen*, Die Haftung des Verkäufers von Gesellschaftsanteilen für Unternehmensmängel, ZIP 1981, 337-346

*Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd* (Hrsg.), BGB Kommentar, 2. Auflage (Neuwied 2007)

## **R**

*Rankine, Denzil/Stedman, Graham/Bomer, Mark*, Due Diligence – Definitive Steps To Successful Business Combinations (London u. a. 2003)

*Rasner, Andreas*, Zur Bedeutung von Parteiwissen für die Gestaltung von Unternehmenskaufverträgen, WM 2006, 1425-1432

*Reinicke, Dietrich/Tiedtke, Klaus*, Kaufrecht, 7. Auflage (München 2004)

*Richardi, Reinhard*, Die Wissensvertretung, AcP 169 (1969), 385-403

*Rittmeister, Maximilian*, Due Diligence und Geheimhaltungspflichten beim Unternehmenskauf – Die Zulässigkeit der Gestattung einer Due Diligence durch den Vorstand oder Geschäftsführer der Zielgesellschaft, NZG 2004, 1032, 1037

## **S**

*Schaumburg, Harald/Schaumburg, Heide*, Kurzer Beitrag – Umsatzsteuer und Handelsbrauch, NJW 1975, 1261-1262

*Scheel, Jochen*, Unternehmenskauf: Kernfragen einer grundstücksrechtlichen Due Diligence, DB 2005, 2799-2804

*Schiffers, Joachim*, Tax Due Diligence beim Unternehmenskauf, GmbHStb 2004, 239-242

*Schinkels, Boris*, Zum Vorrang der nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB) vor damit unvereinbaren Beschaffenheitsangaben – Ausschlachtfahrzeuge und Bastlerfahrzeuge nur auf besonderen Verbraucherwunsch, ZGS 2004, 226-232

*Schmidt, Detlef*, Die Beschaffenheit der Kaufsache, BB 2005, 2763-2767

*Schmidt, Karsten*, Handelsrecht, 5. Auflage (Köln 1999); *ders.*, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage (Köln 2002)

*Schmitz, Christian*, Due Diligence beim Unternehmenskauf – Eine Betrachtung ihrer sekundärrechtlichen Auswirkungen nach deutschem Recht sowie ihrer bürgerlichrechtlichen Bezugspunkte (Göttingen 2002); *ders.*, Mängelhaftung beim Unternehmenskauf nach der Schuldrechtsreform, RNotZ 2006, 561-602

*Schröcker, Stefan*, Unternehmenskauf und Anteilskauf nach der Schuldrechtsreform, ZGR 2005, 63-100

*Schulte, Knut*, Rechtliche Due Diligence Untersuchungen über Internet-Anbieter, DStR 2000, 1437-1442

*Semler, Johannes/Volhard, Rüdiger/Cordes, Eckhard* (Hrsg.), Arbeitshandbuch für Unternehmensübernahmen, Band I: Unternehmensübernahme: Vorbereitung – Durchführung – Folgen, Ausgewählte Drittländer (München 2001)

*Soergel*, Bürgerliches Gesetzbuch,

Band II: §§ 241-610 BGB, 10. Auflage (Stuttgart u. a. 1967)

Band III: §§ 433-515 BGB, AGB-Gesetz, AbzG, EAG, EKG, UN-KaufAbk, 12. Auflage (Stuttgart u. a. 1991)

*Slonim, Michael*, Customer Sophistication And A Plaintiff's Duty Of Due Diligence: A Proposed Framework For Churning Actions in Nondiscretionary Accounts Under Sec Rule 10b-5, 54 Fordham L. Rev. 1101-1122 (1986)

*Spill, Joachim*, Due Diligence – Praxishinweise zur Planung, Durchführung und Berichterstattung, DStR 1999, 1786-1792

*Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

Buch I – Allgemeiner Teil 3: §§ 90-133 BGB, §§ 1-54, § 63 BeUrkG, Neubearbeitung 2004 (Berlin 2004)

Buch I – Allgemeiner Teil 4: §§ 134-163 BGB, Neubearbeitung 2003 (Berlin 2003)

Buch I – Allgemeiner Teil 5: §§ 164-240 BGB Neubearbeitung 2004 (Berlin 2004)

Buch II – Erlass, Abtretung, Schuldübernahme, Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern: §§ 397-432 BGB Neubearbeitung 2005 (Berlin 2005)

Buch II – Leasing (Kaufrecht und Leasing): §§ 433-487 BGB, Neubearbeitung 2004 (Berlin 2004)

Buch II – Leistungsstörungenrecht 1: §§ 255-304 BGB, Neubearbeitung 2004, (Berlin 2004)

Buch II - Recht der Schuldverhältnisse: §§ 433-534 BGB, 13. Bearbeitung (Berlin 1995)

Buch II – Recht der Schuldverhältnisse: §§ 433-580 a BGB, 12. Auflage (Berlin 1978)

Buch II – Vertrag zugunsten Dritter, Rücktritt und Widerruf: §§ 328-359 BGB, Neubearbeitung 2004 (Berlin 2004)

Buch II – Werkvertragsrecht: §§ 631-651 BGB, Neubearbeitung 2003 (Berlin 2003)

*Stengel, Arndt/Scholderer, Frank*, Aufklärungspflichten beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, NJW 1994, 158-164

*Stoffels, Markus*, Grenzen der Informationsweitergabe durch den Vorstand einer Aktiengesellschaft im Rahmen einer „Due Diligence“, ZHR 165 (2001), 362-382

*Stürner, Rolf*, Die Rezeption U.S.-amerikanischen Rechts in der Bundesrepublik Deutschland, FS für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag (München 1989), 839-860

## T

*Tigges, Michael*, Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, FB 2005, 95-106

*Tintelnot, Albrecht*, Gläubigeranfechtung kraft Wissenszusammenrechnung – Insbesondere zu Lasten Minderjähriger, JZ 1987, 795-803

*Treack, Joachim*, Die Offenbarung von Unternehmensgeheimnissen durch den Vorstand einer Aktiengesellschaft im Rahmen einer Due Diligence: FS Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag (Tübingen 1998), 434-455

*Triebel, Volker*, Anglo-amerikanischer Einfluss auf Unternehmenskaufverträge in Deutschland – Eine Gefahr für die Rechtsklarheit?, RIW 1998, 1-7

*Triebel, Volker/Hölzle, Gerrit*, Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge, BB 2002, 521-537

*Turiaux, Andre/Knigge, Dagmar*, Umweltrisiken bei M & A Transaktionen – Risikominimierung durch Environmental Due Diligence Auditing, BB 1999, 913-920

## V

*Vogt, Gabriele*, Die Due Diligence - Ein zentrales Element bei der Durchführung von Mergers & Acquisitions, DStR 2001, 2027-2034

*von Koppenfels, Katharina*, Das Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen im BGB – eine Untersuchung des § 355 Abs. 1 BGB-RegE, WM 2001, 1360-1369

## W

*Wagner, Franz*, Informationspflichten des Verkäufers bei M+A Transaktionen nach neuerer BGH-Rechtsprechung unter Berücksichtigung von altem und neuem Schuldrecht, DStR 2002, 958-967

*Waltermann, Raimund*, Zur Wissenszurechnung – Am Beispiel der juristischen Personen des privaten und öffentlichen Rechts, AcP 192 (1992), 181-226

*Wegen, Gerhard*, Due Diligence-Checkliste für den Erwerb einer deutschen Gesellschaft, WiB 1994, 291-296

*Wegmann, Jürgen/Koch, Wolfgang*, Due Diligence - Unternehmensanalyse durch externe Gutachter - Ablauf und Technik, Folge - Due Diligence als neuer Analysestandard, DStR 2000, 1027-1032

*Weiler, Frank*, Culpa in contrahendo, Anfechtung und Kaufrecht – Alte Konkurrenzfragen in neuem Licht, ZGS 2002, 249-256

*Weitnauer, Wolfgang*, Der Unternehmenskauf nach neuem Kaufrecht, NJW 2002, 2511-2517

*Welbers, Hartwig*, Tax Due Diligence, in: *Berens, Wolfgang/Brauner, Hans U./Strauch, Joachim* (Hrsg.), Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 4. Auflage (Stuttgart 2005), 435-456

*Werner, Rüdiger*, Haftungsrisiken bei Unternehmensakquisitionen – Die Pflicht des Vorstands zur Due Diligence, ZIP 2000, 989-996

*Wertenbruch, Johannes*, Gewährleistung beim Unternehmenskauf, in: *Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten* (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis – Akzente, Brennpunkte, Ausblicke (Köln 2003), 493-514

*Wessing, Kurt*, Vertragsklauseln beim Unternehmenskauf, ZGR 1982, 455-471

*Westermann, Harm Peter*, Due Diligence beim Unternehmenskauf, ZHR 169 (2005), 248-273; *ders.*, Neuere Entwicklungen der Verkäuferhaftung beim Verkauf von Unternehmensbeteiligungen, ZGR 1982, 45-62

*Wiegand, Wolfgang*, Die Rezeption Amerikanischen Rechts, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1988 (Bern 1988), S. 229-262; *ders.*, The Reception of American Law in Europe, The American Journal Of Comparative Law (Vol. 39 1991), 229-249; *ders.*, Europäisierung – Globalisierung – Amerikanisierung, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1998 (Stuttgart 1999), 9-17

*Wolf, Manfred/Kaiser, Jochen*, Die Mängelhaftung beim Unternehmenskauf nach neuem Recht, DB 2002, 411-420

*Wunderlich, Nils-Christian*, Die kaufrechtliche Haftung beim asset deal nach dem SchuldRModG, WM 2002, 981-990

## **Z**

*Zajtay, Imre*, Die Rezeption fremder Rechte und die Rechtsvergleichung, AcP 156 (1957), 361-381

*Ziemons, Hildegard*, Die Weitergabe von Unternehmensinterna an Dritte durch den Vorstand einer Aktiengesellschaft, AG 1999, 492-500

*Zimmer, Daniel*, Der Anwendungsbereich des Sachmängel-Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf – Plädoyer für eine Neubestimmung, NJW 1997, 2345-2351

*Zimmermann, Reinhard*, The Law Of Obligations – Roman Foundations Of The Civilian Tradition (Oxford u. a. 1996)

*Zugehör, Horst*, Berufliche „Dritthaftung“ - insbesondere der Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Notare - in der deutschen Rechtsprechung, NJW 2000, 1601-1609

*Zumbansen, Peer/Lachner, Constantin M.*, Die Geheimhaltungspflicht des Vorstands bei der Due Diligence: Neubewertung im globalisierten Geschäftsverkehr, BB 2006, 613-619