

Das deutsche materielle Recht des Unternehmenskaufs nach der Schuldrechtsreform

von Prof. Dr. *Stephan Lorenz*, München *

I.	Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs	1
II.	Vollzugsformen des Unternehmenskaufs – „ <i>asset deal</i> “ und „ <i>share deal</i> “	2
	1. Der Unternehmenskauf als Inhalt des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts.....	2
	2. Vollzugsform I: Der „ <i>asset-deal</i> “	2
	3. Vollzugsform II: Der „ <i>share-deal</i> “	3
	4. Die Auslegung des schuldrechtlichen Vertrags: Abgrenzung zum Sach- und Rechtskauf	3
III.	Die Gewährleistung beim Unternehmenskauf.....	4
	1. Bisheriges Recht: Marginalisierung des Gewährleistungsrechts im Verhältnis zur Haftung aus culpa in contrahendo und ihr Funktionswandel.....	5
	a) Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Haftung aus culpa in contrahendo	7
	b) Vorgehensweise der Kautelarpraxis	8
	c) Standpunkt der Literatur	9
	2. Die Rechtslage nach der Schuldrechtsreform	9
	a) Das maßgebliche Haftungsregime.....	9
	(1) Die Neuregelung der kaufrechtlichen Gewährleistung: Fahrlässigkeitshaftung und Verlängerung der Verjährung	10
	(2) Die Kodifizierung der culpa in contrahendo	11
	(3) Folgen für das Recht des Unternehmenskaufs.....	12
	(a) Die fortbestehende Konkurrenzproblematik von Gewährleistungsrecht und vorvertraglicher Informationspflichtverletzung	12
	(b) Neuregelung durch § 453 BGB n.F.?.....	13
	(c) Bedürfnis nach einer Neuorientierung?	14
	(d) Möglichkeit einer noch weitergehenden Verdrängung des Gewährleistungsrechts?	15
	(4) Zusammenfassung zum Haftungsregime	15
	b) Das (Schein-)Problem der limitierten Garantien (§ 444 BGB n.F.)	16
IV.	Zusammenfassung.....	18

I. Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs

Auch nach der Schuldrechtsreform des Jahres 2002, welche Wissenschaft und Praxis schon in ihren Vorfeld stark bewegt hat und weiter bewegt, enthält das BGB weder eine gesetzliche Regelung des Unternehmenskaufs noch findet dieser Begriff dort auch nur Erwähnung. Nicht einmal der Begriff des „Unternehmens“ ist dort – anders als derjenige des „Unternehmers“ (§ 14 BGB) – gesetzlich definiert. Gemeinhin wird als „Unternehmen“ ein aus Sachen (z. B. Betriebsanlagen, Warenlager), Rechten (z. B. Geldforderungen, Patente) und sonstigen Beziehungen (z.B. *goodwill*, Organisation, Verbindlichkeiten) bestehender Gegenstand bezeichnet, dessen Träger eine natürliche oder juristische Person bzw. eine Personenvereinigung ist. Das Unternehmen ist damit nicht nur die Summe aller seiner Aktiva und Passiva, sondern gleichsam ein „lebendiger Organismus“¹.

Unbestritten ist seit jeher, daß das so beschriebene Unternehmen selbst Gegenstand des Rechtsverkehrs ist und damit auch Gegenstand eines Rechtsgeschäfts sein kann. Gegenstand

* Erweiterte schriftliche Fassung eines am 17.10.2003 auf dem 4. Symposium der Juristischen Fakultäten der Karls-Universität Prag und der Ludwig-Maximilians-Universität München zum Thema „*Mergers and Acquisitions*“ gehaltenen Vortrags.

¹ *Canaris*, Handelsrecht, 23. Aufl. 2000, § 8 Rn. 24.

eines (schuldrechtlichen) Kaufvertrags können m.a.W. nicht nur diejenigen Sachen und Rechte sein, die das Unternehmen im beschriebenen Sinne bilden (neudeutsch: „*assets*“), sondern auch das Unternehmen als solches. Daran hat sich durch die Schuldrechtsreform nichts geändert. Bereits vorher wurde der Unternehmenskauf nach den Regelungen des Sachkaufs, also den §§ 433 ff BGB behandelt und insbesondere dem Regime der Sachmängelhaftung der §§ 459 ff BGB a.F. unterstellt. Das neue Recht hat allerdings in Gestalt von § 453 Abs. 1 BGB – ohne daß damit in der Sache Änderungen der bisherigen Rechtslage intendiert waren – einen positivrechtlichen „Aufhänger“ für die Anwendung der Regelungen über den Sachkauf sowie der Haftung für Sachmängel des Unternehmens i.S.v. § 434 BGB geschaffen². Nach dieser Norm finden nämlich die Vorschriften über den Kauf von Sachen nicht nur auf den Kauf von Rechten, sondern auch auf den Kauf von „sonstigen Gegenständen“ entsprechende Anwendung. Hierunter fallen ganz zweifellos auch Unternehmen³.

II. Vollzugsformen des Unternehmenskaufs – „*asset deal*“ und „*share deal*“

1. Der Unternehmenskauf als Inhalt des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts

Ob ein Unternehmen Gegenstand eines solchen kaufähnlichen Vertrages sein soll, ist zunächst allein eine Frage des Inhalts des *schuldrechtlichen* Rechtsgeschäfts. Wer nur bestimmte Gegenstände aus einem Unternehmen kaufen will, kauft nicht das Unternehmen selbst, sondern Sachen, Forderungen etc. Wer nur Anteile an einer unternehmenstragenden Gesellschaft kaufen will, kauft Rechte, nicht aber das Unternehmen bzw. Teile hiervon selbst. Wenn sich aber der Verkäufer (der mit dem Unternehmensträger nicht identisch sein muß) dazu verpflichtet, das Unternehmen als „lebendigen Organismus“ auf den Käufer zu übertragen und dieser sich wiederum nicht nur zur Zahlung eines Kaufpreises, sondern eben auch zur Abnahme – die etwa auch Erfüllungs- bzw. Schuldübernahmen beinhalten kann – verpflichtet, liegt *schuldrechtlich* ein Unternehmenskauf vor. Eine besondere Form ist für den schuldrechtlichen Vertrag nicht vorgesehen, aber es sind natürlich die allgemeinen Formvorschriften wie etwa § 311b Abs. 1 BGB zu beachten, wenn ein Grundstück Bestandteil des verkauften Unternehmens ist.

2. Vollzugsform I: Der „*asset-deal*“

Freilich kann „das Unternehmen“ nach deutschem Recht nicht als solches Gegenstand eines dinglichen Erfüllungsgeschäfts sein. Nach dem sog. „Spezialitätsprinzip“ ist vielmehr eine Einzelübertragung aller zum Unternehmen gehörender Gegenstände („*assets*“) nach den hierfür geltenden Regeln erforderlich. Das kann die Übereignung unbeweglicher oder beweglicher Sachen, aber auch die Übertragung von Forderungen und anderen Rechten beinhalten und schließt weiter auch Schuldübernahmen oder bloße Realakte wie etwa die Vermittlung von *know-how*, „Übertragung“ des Kundenstamms durch Empfehlungen, Mitteilung von Betriebsgeheimnissen etc. mit ein⁴. Der sog. „*asset-deal*“ ist damit nichts anderes als entweder ein Kauf von Einzelgegenständen oder aber eine Vollzugsform des Unternehmenskaufs, mithin also ein farbloser weil unpräziser Begriff. In der Praxis bezeichnet man damit freilich ausschließlich den „Unternehmenskauf in Form des *asset-deal*“.

² Zwar enthielt auch das bisherige Recht in § 445 ff BGB eine Verweisung für „kaufähnliche Verträge“, jedoch bezog sich diese lediglich auf das Regime der Rechtsmängelhaftung. In Bezug auf die – wesentlich bedeutsamere – Sachmängelhaftung fehlte es an einer Verweisungsnorm, vgl. etwa *Canaris* (Fn. 1) § 8 Rn. 21.

³ Der Gesetzgeber dachte insoweit auch an Verträge über die Lieferung von Elektrizität und Fernwärme, die Übertragung (nicht geschützter) Erfindungen, technischem Know-how, Werbeideen sowie (Standard-)Software, s. die Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 14/6040 S. 208.

⁴ S. nur *Canaris* (Fn. 1) § 8 Rn. 1.

3. Vollzugsform II: Der „share-deal“

Ist der Unternehmenskauf in der Vollzugsform des „asset-deal“ beim Kauf eines einzelkaufmännischen Unternehmens die einzig mögliche Vollzugsform, so tritt, wenn der Unternehmensträger eine Handelsgesellschaft ist, daneben eine weitere – deutlich einfachere – Möglichkeit, *mittelbar* den wirtschaftlichen Effekt einer Unternehmensübertragung zu erreichen. Erwirbt der Käufer nämlich alle Anteile („shares“) an einer unternehmenstragenden Gesellschaft, folgt dieser vollkommen anderen Regeln als die Übertragung aller zum Unternehmen gehörender „assets“. Es gelten dann nämlich allein die Regeln über die Übertragung der jeweiligen Anteile, also etwa derjenigen über die Übertragung vom GmbH-Anteilen (§ 15 GmbHG) oder über die Übertragung von Aktien (§ 68 AktG). Damit erübrigt sich eine – dem Verkäufer mangels Inhaberschaft unmittelbar gar nicht mögliche – Einzelübertragung der „assets“, da ja nicht *deren* Inhaber, sondern lediglich der Inhaber der Geschäftsanteile (am unveränderten Unternehmensträger) wechselt. Trotz rechtlich unveränderter Unternehmensträgerschaft kann der Anteilserwerber durch die erworbene gesellschaftsrechtliche Stellung in wirtschaftlicher Hinsicht Inhaber des Unternehmens werden.

4. Die Auslegung des schuldrechtlichen Vertrags: Abgrenzung zum Sach- und Rechtskauf

Klarzustellen ist, daß diese Unterscheidung zwischen „share-deal“ und „asset-deal“ nur die „dingliche“ Seite betrifft, während auf schuldrechtlicher Seite in beiden Varianten ein Unternehmenskauf vorliegen *kann*. Die besondere Problematik liegt darin, wann – sei es beim „asset-deal“, sei es beim „share-deal“ – tatsächlich ein Unternehmenskauf und nicht lediglich ein gewöhnlicher Sach- bzw. Rechtskauf vorliegt. Diese Unterscheidung ist alles andere als akademisch, sondern geradezu der eigentliche Kern des Problems in der Praxis, weil sie über das jeweilige Haftungsregime im Falle von Mängeln entscheidet. Insbesondere scheidet bei einem reinen Rechtskauf eine Sachmängelhaftung auch nach neuem Recht trotz § 453 Abs. 1 BGB n.F. aus⁵. Maßgebend ist hierbei die wahre Natur des vom übereinstimmenden Parteiwillen umfaßten tatsächlichen Geschäftsinhalts, nicht aber die von den Parteien gewählte Bezeichnung oder die von ihnen gewünschte Rechtsfolge⁶. Es kommt mit anderen Worten nicht darauf an, ob die Parteien den von ihnen gewollten Vertragsinhalt selbst als „Unternehmenskauf“ bezeichnen⁷ oder als einen solchen gelten lassen wollen, sondern allein darauf, ob der ausschließlich durch den Parteiwillen zu bestimmende Vertragsinhalt *objektiv* auf den Kauf eines Unternehmens gerichtet ist. Das aber ist nur dann der Fall, wenn Ziel des Geschäfts der Übergang des Unternehmens i.S. des beschriebenen „lebendigen Organismus“ ist. Beim „asset-deal“ ist dies nach einer in der Rechtsprechung des BGH gebräuchlichen Formel dann der Fall, „wenn nicht nur einzelne Wirtschaftsgüter, sondern ein Inbegriff von Sachen, Rechten und sonstigen Vermögenswerten übertragen werden soll und der Erwerber dadurch in die Lage versetzt wird⁸, das Unternehmen als solches weiterzuführen“⁹. Die namentliche Bezeichnung der verschiedenen „assets“ in dem Vertrag wird dabei ebenso für unschädlich erachtet wie der Umstand, daß einzelne Güter von der Übertragung ausgeschlossen werden. Die Rechtsprechung betont dabei, daß sich die Frage, ob nach diesen Kriterien ein Unternehmens-

⁵ S.u. III.2.a)(3)(b).

⁶ Zu dieser Abgrenzung zwischen (subjektiver) Vertragsinhaltsfreiheit und (objektiver) Bestimmung des Vertragstypus s. etwa BGH NJW 2002, 3317.

⁷ Wenngleich einer solchen Bezeichnung zweifellos Indizfunktion zukommt, s. BGH NJW 2002, 1042, 1043.

⁸ Auch hier wäre exakter: „... werden *soll*“.

⁹ So zuletzt BGH NJW 2002, 1042, 1043 m.w.N.

kauf vorliegt, nicht abstrakt-formelhaft, sondern nur auf Grund einer *wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung* des jeweiligen Einzelfalls beurteilen lasse¹⁰.

Beim „*share-deal*“ kann damit trotz eines entsprechenden Parteiwillens ein Unternehmenskauf nur vorliegen, wenn der Anteilserwerb im wirtschaftlichen Sinne eine Übernahme des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens mit allen Chancen und Risiken darstellt¹¹. Die Rechtsprechung zieht hier seit jeher enge Grenzen, indem sie – trotz abweichender Stimmen in der Literatur – nur solche Anteilskäufe dem Unternehmenskauf gleichgestellt, bei denen der übernommene Anteil fast 100 % der Gesamtanteile beträgt¹². An dieser bereits durch das RG begründeten Rechtsprechung hält der BGH – allerdings unter dem „alten“ Recht – bis in jüngste Zeit hinein fest¹³. Es steht nicht zu erwarten, daß die Rechtsprechung hiervon allein aufgrund der Schuldrechtsreform, die insoweit nichts Neues gebracht hat, abweichen wird. Sie sollte es auch nicht tun: Denn selbst wer gesellschaftsrechtlich eine beherrschende Stellung an einer unternehmenstragenden Handelsgesellschaft erwirbt, und damit die Geschicke des Unternehmens entscheidend bestimmen kann, ist damit noch nicht sein alleiniger Inhaber im wirtschaftlichen Sinne. Letzteres aber ist der entscheidende Aspekt, wenn man – wie hier vertreten und von der Rechtsprechung des BGH von Anfang so praktiziert – die schuldrechtliche Ebene deutlich von der „Vollzugsebene“ trennt. Dann besteht nämlich keine Veranlassung, von einer entsprechenden Anwendung des Gewährleistungsrechts auf den *Anteilskauf*, d.h. den Rechtskauf zu sprechen, bei welcher die starre „nahezu 100%-Grenze“ in der Tat schwer zu rechtfertigen wäre. Es geht vielmehr – wie dies der BGH auch schon bisher formuliert hat¹⁴ – immer nur um eine (jetzt in § 453 Abs. 1 BGB positivrechtlich verankerte) entsprechende Anwendung des Gewährleistungsrechts auf den *Unternehmenskauf*. Dem ist aber die Frage „vorgesaltet“, wann im Falle eines Anteilskaufs ein Unternehmenskauf vorliegt. Damit bleiben Rechtskauf und Kauf eines „sonstigen Gegenstandes“ dogmatisch streng getrennt, zugleich ist abgesichert, daß es eine *gesetzliche* Bonitätshaftung beim (bloßen) Kauf von Rechten (außerhalb von § 453 Abs. 3 BGB) auch nicht in Ausnahmefällen geben kann¹⁵. Diese dogmatische Klarheit vermeidet es also, allein wegen der Bedürfnisse des Unternehmenskaufs „Dammbrüche“ im Bereich des Rechtskaufs zu verursachen¹⁶.

III. Die Gewährleistung beim Unternehmenskauf

Liegt nach den soeben dargestellten Kriterien ein Unternehmenskauf vor, unterliegt die Haftung für Mängel des Unternehmens nach § 453 Abs. 1 Alt. 2 BGB denjenigen des Sachkaufs. Die praktisch wie wissenschaftlich bedeutenden Fragenkomplexe sind hier der **Begriff des Sachmangels**, die **gesetzlichen Rechtsfolgen**, **konkurrierende Rechtsbehelfe** wie etwa die Haftung für die Verletzung von Aufklärungspflichten sowie – am wichtigsten – die Frage der **Dispositivität** der gesetzlichen Rechtsbehelfe und damit des Spielraums der Privatautonomie. Gerade letzteres – soviel sei vorausgeschickt – hat ja im Zusammenhang mit dem „Sturm im Wasserglas“, der nach der Schuldrechtsreform wegen § 444 BGB n.F. um das Problem der

¹⁰ S. zuletzt BGH NJW 2002, 1042, 1043 m.w.N.

¹¹ Diese Kombination von objektiven und subjektiven Elementen kommt bereits deutlich in der grundlegenden Entscheidung BGH WM 1970, 819, 821 zum Ausdruck. Danach ist für Gleichstellung des Anteilskaufs mit dem Unternehmenskauf entscheidend, ob der Käufer die beherrschende Stellung in dem Unternehmen erlangt „und daß der Wille der Parteien auf einen Verkauf der Unternehmen gerichtet war“; ebenso BGHZ 65, 246, 249.

¹² Grundlegend BGH WM 1970, 819 ff; BGHZ 65, 246 ff.

¹³ S. etwa BGHZ 138, 195, 204; BGH NJW 2001, 2163; 2002, 1042.

¹⁴ S. etwa BGHZ 138, 195, 204.

¹⁵ Dazu unten bei Fn. 81.

¹⁶ Genau umgekehrt etwa der Ansatzpunkt von *Weitnauer* NJW 2002, 2511, 2512, der beim „*share-deal*“ zunächst die Frage stellt, wann ein Mangel des Unternehmens vorliegt und daran die Frage anschließt, „ob und unter welchen Voraussetzungen ein wirtschaftlicher Mangel des Unternehmens zu einem Mangel auch des Anteilsrechts führt“.

„basket“-, „deductable“-, „de minimis“- und „cap-Klauseln“ ausgelöst wurde¹⁷, welche die M&A Praxis bis in die jüngste Zeit hinein stark verunsichert.

1. Bisheriges Recht: Marginalisierung des Gewährleistungsrechts im Verhältnis zur Haftung aus culpa in contrahendo und ihr Funktionswandel

Ob und inwieweit das neue Schuldrecht Änderungen im Bereich der Gewährleistung beim Unternehmenskauf gebracht bzw. Raum für zukünftige Entwicklungen geschaffen hat, läßt sich nur vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtslage beurteilen¹⁸.

Das bisherige Recht des Unternehmenskaufs war durch eine Zweispurigkeit der Haftung geprägt, die sich – stark verkürzt – wie folgt zusammenfassen läßt: Die bereits vom Reichsgericht entwickelte Haftung für „Sachmängel“ des Unternehmens unterlag dem Regime der §§ 459 ff BGB a.F.. Dabei verwendete die Rechtsprechung einen *engen* Sachmangelbegriff. Zunächst einmal kamen als Sachmangel von vorneherein nur solche Eigenschaften in Betracht, die dem Unternehmen selbst „ohne weiteres anhaften“. „Beschaffenheiten“ eines Unternehmens waren damit alle gegenwärtigen Umstände tatsächlicher oder rechtlicher Art, die den Zustand des Unternehmens z.Zt. des Vertragsschlusses bestimmen. In der Vergangenheit liegende Umstände (z.B. frühere Ertrags- oder Umsatzzahlen) hatten nur insoweit Bedeutung, als sie sich auf gegenwärtige Umstände auswirkten. Etwas weiter gezogen hat die Rechtsprechung hingegen den Begriff der zusicherungsfähigen Eigenschaft i.S.v. § 459 Abs. 2 BGB a.F.. Es gab danach also Umstände, die zwar keine Beschaffenheit, wohl aber eine zusicherungsfähige Eigenschaft darstellen konnten¹⁹. So wurde etwa die Ertragsfähigkeit eines Unternehmens nicht als „Beschaffenheit“ im Sinne des Fehlerbegriffs, wohl aber als zusicherungsfähige Eigenschaft aufgefaßt, sofern sich die Zusicherung auf Angaben über Umsatz und Ertrag für einen längeren in der Vergangenheit liegenden Zeitraum bezog²⁰. Im übrigen aber begründeten etwa unrichtige Bilanzangaben, falsche Angaben über Umsätze und Verbindlichkeiten des Unternehmens keinen Sachmangel²¹. Gleiches galt etwa für charakterliche Mängel von Mitarbeitern des Unternehmens²². Selbst wenn es sich aber um „Beschaffenheiten“ im beschriebenen Sinne handelte, lag ein Sachmangel *des Unternehmens* nur dann vor, wenn die Abweichung von der Sollbeschaffenheit eines einzelnen Gegenstandes auf den Wert des Unternehmens oder die Tauglichkeit des Unternehmens im Ganzen durchschlägt²³. Die Tatbestandsvoraussetzungen des Sachmängelgewährleistungsrechts waren damit nur dann gegeben, wenn die Mängel einzelner Gegenstände oder Positionen des Unternehmens dessen Ertragsfähigkeit nachhaltig gefährdeten, also seine wirtschaftliche Grundlage in einer Weise erschütterten, daß die Tauglichkeit des Unternehmens als Ganzes beeinträchtigt war. Damit wurde – und wird – verhindert, Gewährleistungsansprüche bereits bei Sachmängeln einzelner unternehmenszugehöriger Gegenstände zu bejahen, ohne daß diese nennenswerte Auswirkungen auf das Unternehmen als Ganzes haben²⁴. Lag ein Sachmangel des Unternehmens als solchem vor, so konnte freilich nach bisherigem Recht neben der Rückabwicklung des Kaufvertrags durch Wandelung bzw. einer Preisreduktion im Wege

¹⁷ Dazu eingehend unten III.2.b).

¹⁸ S. dazu auch die zusammenfassende Darstellung bei *Weitnauer* NJW 2002, 2511, 2512 f.

¹⁹ Diese kaum noch nachvollziehbaren, diffizilen Unterscheidungen erfolgten nicht nur im Bereich des Unternehmenskaufs, s. dazu *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag (1997) S. 393 f m.w.N.; zu deren Korrektur unter § 434 BGB n.F. siehe insbes. *Canaris*, Karlsruher Forum (2002) S. 5, 59 ff; speziell zum Unternehmenskauf s. *Zimmer* NJW 1997, 2345, 2346 m.w.N.; zur h.M. in der Literatur, die zu Recht für eine Identität beider Begriffe plädierte s. die Nachweise bei *Lorenz* aaO S. 394 m. Fn. 1066.

²⁰ S. etwa BGH NJW 1995, 1547 ff.

²¹ S. zuletzt etwa BGH NJW 1999, 1404, 1405 m. ausf. Nachw. der Rspr.

²² BGH NJW 1991, 1223 (kriminelle Neigungen des Mitarbeiters einer Steuerberatungspraxis).

²³ S. etwa BGH NJW 1979, 33: Erhebliche Fehlbestände von betriebswesentlichen Materialien (fehlende Gerüste beim Kauf eines Gerüstbauunternehmens).

²⁴ Man denke etwa an einen mangelhaften Bürostuhl, ein defektes Fahrzeug eines Fuhrparks etc.

vertrags durch Wandelung bzw. einer Preisreduktion im Wege der Minderung nach § 463 BGB a.F. Schadensersatz nur im Falle arglistigen Verschweigens eines Mangels oder bei Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft verlangt werden. Zudem unterlagen die Mängelrechte sämtlich der kurzen 6-monatigen Verjährungsfrist des § 477 BGB, was – sieht man einmal vom schwer nachweisbaren Fall der Arglist ab – zur einer weitgehenden *Marginalisierung* der Sachmängelhaftung in der Praxis geführt hat.

Diese Marginalisierung hat freilich im Laufe der Rechtsentwicklung einen bedeutenden *Funktionswandel* erfahren: Was unter der Rechtsprechung des Reichsgerichts, auf welches dieser enge Sachmangelbegriff zurückgeht²⁵, noch eine Einschränkung der Haftung war, ist mit der Begründung der „zweiten Spur“ durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in den 70er Jahren des vergangenen Jahrhunderts zu einer Erweiterung der Käuferrechte geworden. Demnach kommt nämlich bei schuldhaften Falschangaben oder Aufklärungspflichtverletzungen über solche Umstände, die *nicht* zugleich einen Sachmangel begründen können oder zusicherungsfähige Eigenschaften darstellen, eine auf *culpa in contrahendo* gestützte Schadensersatzpflicht des Verkäufers in Betracht. Diese unterlag zudem der – damals noch – 30-jährigen Regelverjährung des § 194 BGB a.F.. Die Haftung für *fahrlässige* Falschangaben bzw. Aufklärungspflichtverletzungen über Umstände, die zugleich einen Sachmangel oder – unabhängig von der Zusicherung im Einzelfall – zusicherungsfähige Eigenschaften begründeten, waren hingegen durch den abschließenden Charakter des Gewährleistungsrechts grundsätzlich verdrängt²⁶. Dieses regelte nämlich (und regelt weiter) nach grundsätzlich zutreffender Auffassung nicht nur, wann und wie ein Verkäufer für Sachmängel haftet, sondern auch, wann und wie er für diese *nicht* haftet. Eine Haftungsbegründung über eine vorvertragliche Pflichtverletzung hätte dann aber sowohl die kurze kaufrechtliche Verjährung als auch die Arglistschwelle des § 463 BGB a.F. umgangen²⁷. Die Haftung aus *vorsätzlicher* vorvertraglicher Informationspflichtverletzung wurde hingegen neben dem Gewährleistungsrecht uneingeschränkt zugelassen²⁸. Gleiches galt bei der Verletzung sog. selbständiger Beratungspflichten²⁹.

Mit der Entwicklung dieser Haftungsgrundlage ist die Verengung des Sachmangelbegriffs beim Unternehmenskauf von ihrem ursprünglichen Sinn einer Haftungsbegrenzung *de facto* zu einer Erweiterung der Verkäuferhaftung mutiert: Je enger die Definition des Sachmangels, desto weiter der Anwendungsbereich der *culpa in contrahendo*³⁰. Dies exemplifiziert sich am deutlichsten am Beispiel unrichtiger Bilanzangaben oder Umsatzzahlen: Während für die

²⁵ Grundlegend RGZ 67, 86, 87.

²⁶ S. dazu eingehend S. Lorenz (Fn. 19) S. 393 ff m.w.N.; zur Gegenansicht, die für eine uneingeschränkte Anwendbarkeit der *c.i.c.* neben dem Gewährleistungsrecht plädierte s. nur MünchKomm-Emmerich, 4. Aufl. 2001, Vorbem. zu § 275 BGB a.F. Rn. 108 ff m.w.N.; zum neuen Recht ebenso ders., BGB-Schuldrecht Besonderer Teil (10. Aufl. 2003) § 5 Rn. 5.

²⁷ Kein Konkurrenzproblem wird hingegen – zu recht – im Verhältnis der *c.i.c.* zur Arglistanfechtung gesehen. Nicht nur die Rechtsprechung, sondern vermehrt auch die Literatur sehen – wengleich mit Unterschieden in der Begründung und auch in den Voraussetzungen – die der regelmäßigen Verjährungsfrist unterliegende Haftung wegen bloß fahrlässiger Falschangaben bzw. Aufklärungspflichtverletzungen nicht (mehr) als durch das Arglist-erfordernis und die kurze Verfristung der §§ 123 f BGB als verdrängt an, s. dazu zuletzt *Canaris AcP* 200 (2000) S. 273, 315 ff.

²⁸ BGH NJW 1999, 1404.

²⁹ S. dazu etwa BGH NJW 1997, 3227 ff; 1999, 3192 ff. Bei genauer Betrachtung liegt hier freilich von vorneherein keine Konkurrenzproblematik zur vorvertraglichen Pflichtverletzung vor, denn der Verkäufer haftet hier nicht in seiner Eigenschaft als Verkäufer wegen der Verletzung vorvertraglicher Pflichten aus der Anbahnung des Kaufvertrags, sondern als Schuldner *vertraglicher* Beratungspflichten.

³⁰ Dieses nicht selten ergebnisorientierte, in Randbereichen kaum nachvollziehbare „Spiel“ mit dem Sachmangel- bzw. Eigenschaftsbegriff war übrigens kein Spezifikum des Unternehmenskaufs, sondern genereller Ausdruck der Inkonsistenz des alten Schuldrechts, vgl. hierzu etwa BGH NJW 1979, 160 ff (Alter eines Kfz); BGH NJW 1985, 2472 (Abluft eines Wäschetrockners), BGH NJW 1989, 1793 (Feuertreppe vor dem Fenster eines Appartements); BGH NJW 1991, 1673 ff (schikanöses Nachbarverhalten); BGH NJW 1992, 2564 ff (Ruf einer Gaststätte).

Richtigkeit von Angaben etwa über die Ertragsfähigkeit des Unternehmens wegen des Vorrangs des Gewährleistungsrechts nur im Falle von Arglist oder Zusicherung gehaftet wurde (§ 463 BGB a.F.), kam für fehlerhafte Einzelangaben bereits bei bloßer Fahrlässigkeit eine Haftung aus *culpa in contrahendo* in Betracht. Zu betonen ist hierbei auch, daß dies natürlich *a fortiori* dann galt, wenn gar kein Unternehmenskauf, sondern ein reiner Anteilskauf, d.h. ein bloßer Rechtskauf und nicht eine Unternehmenskauf in Form des „*share-deal*“ vorliegt. Dort kommt eine Haftung wegen vorvertraglicher Informationspflichtverletzungen schon deshalb uneingeschränkt in Betracht, weil ein Anteil keinen Sachmangel aufweisen kann. Auch hier kommt also – indirekt über die Verletzung von Wahrheits- bzw. Aufklärungspflichten – eine Haftung für Mängel „des Unternehmens“ in Betracht, obwohl dieses weder direkt noch indirekt Vertragsgegenstand ist³¹. Eine hiervon streng zu unterscheidende und keineswegs präjudizierte Frage ist freilich diejenige des Tatbestandes einer Aufklärungspflicht. Sachliche Bedenken insbesondere gegen eine Ausdehnung von Aufklärungspflichten sind bei deren Begründung sowie bei Kausalitäts- und Schutzzweckfragen, nicht aber bei der Konkurrenzfrage zum Sachmängelgewährleistungsrechts anzusiedeln³².

a) Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Haftung aus *culpa in contrahendo*

Daß diese Informationshaftung im Gegensatz zu Wandelung und Minderung Vertretenmüssen (§ 276 BGB), d.h. i.d.R. Verschulden durch den Verkäufer voraussetzt, hat sich dabei in der Praxis nicht als tatsächliches Hindernis erwiesen³³. Jedenfalls ist aus der Rechtsprechung des BGH kein Fall bekannt, in welchem eine auf *culpa in contrahendo* gestützte Klage des Unternehmenskäuferers am fehlenden Verschulden des Verkäufers gescheitert wäre³⁴. Auch die Gehilfenhaftung spielt hierbei offenbar keine problematische Rolle³⁵. Gleiches gilt für das Mitverschulden, dem im Zusammenhang mit Aufklärungspflichtverletzungen wenig Bedeutung zukommt: Da bereits das Bestehen einer Aufklärungspflicht voraussetzt, daß der Käufer auf die Richtigkeit einer Information bzw. ihre Vollständigkeit vertrauen darf, kann ein „Mitverschulden“ nur zur Verneinung einer Aufklärungspflicht als solcher und damit zu einem tatbestandsmäßigen Ausschluß der Haftung führen³⁶. Auch in ihren weiteren Voraussetzungen sowie in den Rechtsfolgen ist die Haftung durch die Rechtsprechung im Laufe der Jahre stark ausdifferenziert worden: So wurde – und wird sicher weiter – widerlegbar vermutet, daß der Käufer in Abwesenheit einer Falschangabe bzw. bei gehöriger Information den Vertrag nicht bzw. nicht mit diesem Inhalt abgeschlossen hätte (sog. „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“)³⁷. Über diese Schwelle des „Ob“ der Kausalität hinaus gesteht die Rechtsprechung dem Käufer unabhängig von der hypothetischen Kausalität auf der Rechtsfolgenebene ein Wahlrecht zu, im Wege des Schadensersatzes Rückabwicklung des Vertrages zu verlangen oder vom Verkäufer aber das „zuviel Gezahlte“ zurückzuverlangen. Dabei wird es ausdrücklich für unbeachtlich bezeichnet, ob sich der Verkäufer auf einen Verkauf zu diesem

³¹ S. etwa BGH NJW 2001, 2163 ff (Aufklärungspflicht über die bestehende oder drohende Zahlungsunfähigkeit der GmbH beim Verkauf einer 40-prozentigen Beteiligung).

³² S. dazu Lorenz (Fn. 19) S. 397.

³³ Müller ZIP 1993, 1045, 1047.

³⁴ S. dazu nur U. Huber AcP 201 (2001) 179, 189 f.

³⁵ U. Huber (Fn. 34) S. 190 berichtet von lediglich zwei Entscheidungen, in welchen diese problematisiert (und bejaht) wurde: BGH WM 1974, 51, 52 (Haftung für die fehlerhafte Erstellung der Jahresbilanz durch eigenes Personal) sowie BGH WM 1976, 10, 12 (Haftung für Fehler des Steuerberaters bei der Erstellung des Vermögensstatus einer GmbH).

³⁶ S. Lorenz (Fn. 19) S. 441; ebenso U. Huber (Fn. 34) S.190; aus der Rspr. vgl. etwa BGH LM § 276 (A) BGB Nr. 16.

³⁷ Zu einem Fall des Anteilskaufs s. etwa BGH NJW 2001, 2163, 2165 m.w.N.

niedrigeren Preis eingelassen hätte³⁸. De facto kommt die Rechtsprechung damit über den Umweg der *culpa in contrahendo* ebenso wie im Bereich des Kaufrechts zur Rückabwicklung des Kaufvertrags oder zur Reduktion des Kaufpreises nach Wahl des Käufers.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang allein die Begründung einer Aufklärungspflicht. Doch auch dies ist zunächst in seiner praktischen Relevanz zu relativieren: Der Herleitung einer nicht ohne weiteres gegebenen vorvertraglichen Aufklärungspflicht bedarf es dann nicht, wenn der Verkäufer positive Falschangaben (wie etwa Ertrags- oder Umsatzangaben) gemacht hat. In diesem Fall eines Verstoßes gegen die (zumindest hier) absolut geltende Wahrheitspflicht³⁹ ist die häufig mühsame Herleitung von Aufklärungspflichten unnötig, was in der Rechtsprechung nicht selten übersehen wird⁴⁰. Es ist auch irrelevant, ob der Verkäufer dies Angaben freiwillig, aufgrund einer Nachfrage oder aufgrund einer Aufklärungspflicht gemacht hat⁴¹. Bestandteil dieser Wahrheitspflicht ist auch die Vollständigkeit von Angaben⁴², so daß eine Täuschung durch positives Tun auch dann vorliegt, wenn der Verkäufer Fehlvorstellungen durch Halbwahrheiten provoziert⁴³.

Die Rechtsprechung zu den Voraussetzungen von Aufklärungspflichten, die in der Praxis eine erhebliche Rolle spielen, ist dagegen stark einzelfallsbezogen und läßt – sieht man von allgemeinen, wenig subsumtionsfähigen Formulierungen ab – wenig Schlüsse auf allgemeine Prinzipien zu⁴⁴. Die Rechtsprechung zeigt sich jedenfalls gegenüber der Annahme von Aufklärungspflichten sehr restriktiv, weil von einem in geschäftlichen Dingen erfahrenen Käufer erwartet wird, seine Interessen bei der Informationsbeschaffung über das zu erwerbende Unternehmen selbst wahrzunehmen, insbesondere entsprechende Fragen zu stellen, um dann über die erwähnte absolute Wahrheitspflicht abgesichert zu sein⁴⁵.

b) Vorgehensweise der Kautelarpraxis

Die Praxis des *M&A*-Geschäfts dürfte sich wohl nur in seltenen Ausnahmefällen auf die gesetzliche Haftung verlassen⁴⁶. Sie ist geprägt durch das zweistufige Verfahren der „*due diligence*“ sowie der vertraglichen Garantielisten⁴⁷. Erstere sorgt für eine bessere Information des Käufers und löst damit *de facto* häufig das Informationsproblem sowohl beim Unternehmenskauf als auch beim Anteilskauf. Ihre wesentliche Bedeutung erfährt die *due diligence* in ihrer Funktion als Grundlage der üblicherweise beim Vertragsschluß vereinbarten Garantielisten. Diese geben die im Wege der *due diligence* ermittelten Tatsachengrundlagen und die für den Käufer wesentliche Information wieder und regeln eine in ihren Rechtsfolgen meist durch die

³⁸ Aus der Rspr. vgl. etwa BGH NJW 2001, 2163, 2165 m.w.N.; kritisch zu dieser „Minderung durch *c.i.c.*“ S. Lorenz NJW 1999, 1001 f; unter dem Gesichtspunkt einer analogen Heranziehung von § 251 Abs. 1 BGB hingegen zustimmend *Canaris AcP* 200 (2000) 273, 315.

³⁹ *Fleischer/Körber* BB 2001, 841, 843.

⁴⁰ S. dazu die Nachweise bei nur S. Lorenz (Fn. 19) S. 409 ff.

⁴¹ S. dazu nur S. Lorenz (Fn. 19) S. 409 ff; speziell im Zusammenhang mit dem Unternehmenskauf *Fleischer/Körber* BB 2001, 841, 843.

⁴² S. dazu *Fleischer/Körber* BB 2001, 841, 843 wollen für alle bereitgestellten Informationen verallgemeinernd die in §§ 239 Abs. 2, 238 Abs. 1 S. 2 HGB gestellten Anforderungen ("vollständig, richtig, zeitgerecht und geordnet") als Orientierungshilfe heranziehen.

⁴³ In BGH LM § 123 Nr. 69 hätte es daher wegen des irreführenden Charakters der Angabe (Umsatzzahlen einer Arztpraxis, die zwar zutreffend waren, aber auf der außergewöhnlichen Höhe der Umsätze mit einigen wenigen Patienten beruhten) nicht der Herleitung einer Aufklärungspflicht bedurft, s. dazu S. Lorenz (Fn. 19) S. 409 ff.

⁴⁴ So treffend U. Huber (Fn. 34) S. 183.

⁴⁵ S. dazu im Einzelnen S. Lorenz (Fn. 19) S. 416 ff.

⁴⁶ Nach *Wunderlich* WM 2002, 981 werden angeblich bei kleinen einzelkaufmännischen Unternehmen nicht selten Unternehmenskäufe „per Handschlag“ vereinbart.

⁴⁷ Aus der Fülle der Literatur s. zuletzt die einprägsame Beschreibung der Praxis bei U. Huber (Fn. 34) S. 193 ff sowie etwa Merkt BB 1995, 1041 ff; zum Ablauf der *due diligence* im Einzelnen s. etwa *Vogt* DStR 2001, 2027 ff; zu den Folgen einer *due diligence* bzw. ihres Unterlassens bezüglich der Rechte des Käufers s. etwa *Fleischer/Körber* BB 2001, 841 ff.

bereits erwähnten „*basket*“, „*de minimis*“ bzw. „*cap*“-Klauseln limitierte Garantiehaftung des Verkäufers. Erstere begrenzen die Haftung „nach unten“ für Bagatellmängel durch Freibeträge bzw. Freigrenzen, letztere begrenzen die Haftung „nach oben“ durch Haftungsbeträge bzw. eine Einschränkung der Rechtsfolgen. In bezug auf diese werden regelmäßig der Ersatz des positiven oder negativen Interesses bzw. eine Kaufpreisreduzierung vereinbart. Ein Recht zur Vertragsaufhebung wird zumeist nicht vorgesehen bzw. ausdrücklich ausgeschlossen. Natürlich gibt es eine Reihe weiterer Regelungsdetails, die hier nur angedeutet werden können. Darunter fallen etwa die Bedeutung von Garantien „nach bestem Wissen“ (sog. „*best knowledge*-Klauseln“) sowie die Frage der abschließenden und der offenen Garantielisten, d.h. die Frage, ob die Garantie unter Ausschluß der gesetzlichen Rechtsbehelfe gilt oder neben diese tritt.

c) Standpunkt der Literatur

Das bisher Dargelegte stellt den Stand der Rechtsprechung zum Unternehmenskauf vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes dar. In der Literatur gab es freilich abweichende Konzeptionen. Diese propagieren in jüngerer Zeit in ihrer großen Mehrheit eine Abkehr vom Gewährleistungsrecht mit dem Ziel, unter Aufgabe der Differenzierung von „*asset-deal*“ und „*share-deal*“ die Haftungsfragen beim Kauf von Unternehmen und von Anteilen allein dem Bereich der vorvertraglichen Informationshaftung zuzuweisen, d.h. eine analoge Anwendung von Sachmängelgewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf generell auszuschließen⁴⁸. Neben der – nach neuem Recht zumindest nicht mehr im gleichen Maße gegebenen – Ungeeignetheit der *Rechtsfolgen* des Gewährleistungsrechts insbesondere in Bezug auf die Verjährung wird dabei zunehmend auch auf die Tatbestandsebene verwiesen. Eine objektive, d.h. nicht vom Vertretenmüssen abhängige Haftung des Verkäufers sei insbesondere deshalb untauglich, weil es anders als bei Sachen keine Standardeigenschaften gäbe. Wolle man den gesetzlichen Tatbestand der Sachmängelhaftung hier dennoch anwenden, indem man „Normalbeschaffenheiten“ von Unternehmen bestimme⁴⁹, dann gehe dies nur um den Preis einer „Entstellung“ des Tatbestandes der Gewährleistung, insbesondere des Begriffes der „Beschaffenheit“ bis zur Unkenntlichkeit, die letztlich wieder auf das „normale“ Gewährleistungsrecht zurückzuschlagen drohe mit der Folge, daß diese Begriffe dann auch dort ihre unterscheidende Kraft verlören. Die speziellen Probleme des Unternehmenskaufs dürften aber nicht dazu führen, daß die systematischen Grundbegriffe des Sachmängelrechts preisgegeben und damit sinnlos würden⁵⁰. Weiter drohe durch die teilweise Einbeziehung des *share-deal* in die Sachmängelhaftung die Grenze zwischen Rechts- und Sachkauf zu verwischen und damit systemtragende allgemeine Regeln wie etwa diejenige der Ablehnung einer Bonitätshaftung beim Rechtskauf zumindest in Gefahr zu bringen⁵¹. Befürchtet wird damit kurzgesagt, daß die Ausnahme zur Regel wird, also *hard cases* zu *bad law* führen, wie es ein *Common-Lawyer* ausdrücken würde.

2. Die Rechtslage nach der Schuldrechtsreform

a) Das maßgebliche Haftungsregime

Die Frage, ob das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts eine Änderung der bisherigen Rechtslage gebracht hat, bringen sollte und/oder ob eine solche insbesondere durch die Recht-

⁴⁸ Zuletzt eindrucksvoll U. Huber (Fn. 34) S. 210 ff m.w.N.

⁴⁹ So etwa Lieb Festschrift Gernhuber (1993) S. 259, 264 ff.

⁵⁰ So eindringlich U. Huber (Fn. 34) S. 213; ihm folgend etwa Kindl WM 2003, 409, 411.

⁵¹ U. Huber (Fn. 34) S. 214.

sprechung zu erwarten ist⁵², läßt sich nicht ohne einen kurzen Blick auf die weitreichenden systematischen und insbesondere auch inhaltlichen Änderungen beantworten, welche die Schuldrechtsreform im Bereich des allgemeinen Leistungsstörungenrechts und damit auch im Kaufgewährleistungsrecht mit sich gebracht hat.

(1) Die Neuregelung der kaufrechtlichen Gewährleistung: Fahrlässigkeitshaftung und Verlängerung der Verjährung

Im Gewährleistungsrecht ist zwischen den dogmatisch bedeutsamen systematischen Änderungen und den ebenso weitreichenden inhaltlichen Änderungen zu unterscheiden. Die systematischen Änderungen, deren Darlegung den Rahmen dieses Beitrags sprengen würde, haben ihre gemeinsame Wurzel darin, daß das neue Kaufrecht weitgehend auf ein eigenständiges Gewährleistungsrecht verzichtet. Die Ansprüche des Käufers bei Vorliegen von Sach- und Rechtsmängeln ergeben sich – wie die „Katalognorm“ des § 437 BGB eindrucksvoll zeigt – nahezu ausschließlich aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht, an welches die kaufrechtliche Gewährleistung (wie übrigens auch die werkvertragliche) „andockt“⁵³. Als genuin gewährleistungsrechtliche Rechtsbehelfe kann man allein noch die besondere Ausgestaltung des Anspruchs des Käufers auf sachmangelfreie Leistung in der modifizierten Form des Nacherfüllungsanspruchs (§ 439 BGB) sowie die in § 441 BGB geregelte Minderung bezeichnen. Dieses „Andocken“ an das allgemeine Leistungsstörungenrecht gestattet – und damit ist man schon bei den inhaltlichen Änderungen angekommen – der in § 433 Abs. 1 S. 2 BGB neu eingeführte Anspruch auf sachmangelfreie Leistung. Seine Existenz führt dazu, daß jede Lieferung einer mangelhaften Sache nunmehr dogmatisch einen Fall entweder von Unmöglichkeit oder aber Verspätung der Leistung darstellt und den hierfür jeweils einschlägigen Regelungen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts unterliegt⁵⁴.

Die bedeutendsten inhaltlichen Konsequenzen dieser neuen Systematik bestehen darin, daß eine Haftung auf Schadensersatz „statt der Leistung“ nunmehr – anders als im bisherigen Recht – nicht erst im Falle des arglistigen Verschweigens eines Mangels oder des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft (§ 463 BGB a.F.), sondern bereits bei fahrlässiger Mangelunkennntnis bzw. zu vertretender Nichtbehebung eines behebbaren Mangels eintritt. Selbstverständlich ermöglicht das Gesetz – über die Einbeziehung der Garantien in den Begriff des Vertretenmüssens (§ 276 BGB n.F.) – auch weiterhin eine vertragliche Garantiehafung des Verkäufers. Unabhängig vom Vertretenmüssen seitens des Verkäufers sind weiterhin die Rückgängigmachung des Kaufvertrags (nunmehr Rücktritt anstelle von Wandelung) und die Minderung des Kaufpreises⁵⁵.

Neben der Einführung einer Schadensersatzhaftung für bloße Fahrlässigkeit besteht die zweite „Revolution“ des Gewährleistungsrechts in der Neuregelung der Verjährung. Diese unterliegt zwar weiterhin einem von der regelmäßigen Verjährung abweichenden Regime, ist aber bedeutend verlängert worden. Die Gewährleistungsfrist beträgt nunmehr nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB für Sachmängel an beweglichen Sachen 2 Jahre. Es handelt sich im Gegensatz zur regelmäßigen Verjährung (s. § 199 BGB) um eine objektive, kenntnisunabhängige Frist die mit der Ablieferung der Kaufsache beginnt (§ 438 Abs. 2 BGB).

Beim Begriff des Sachmangels selbst hat sich – sieht man einmal von der im vorliegenden Zusammenhang nicht relevanten Einbeziehung der *aliud*- und Mankolieferung sowie be-

⁵² Eine gegenteilige Prognose spricht U. Huber (Fn. 34) S. 223 aus.

⁵³ S. dazu etwa S. Lorenz JZ 2001, 742 ff; ders. NJW 2002, 2497 ff.

⁵⁴ Eingehend hierzu etwa S. Lorenz NJW 2002, 2497 ff

⁵⁵ Neu ist hingegen, daß das Gesetz nunmehr im Falle eines unerheblichen Mangels zwar nicht Rücktritt und „großen“ Schadensersatz, wohl aber Minderung und „kleinen“ Schadensersatz gewährt. Entgegen Lange ZGS 2003, 300, 305 f hat dies aber keine Auswirkungen auf den Unternehmenskauf, denn geringfügige Mängel einzelner „assets“ stellen in Bezug auf das Gesamtunternehmens nicht etwa nur unerhebliche, sondern gar keine Mängel dar, so daß insoweit auch keine Minderung in Betracht kommt.

stimmter Montagemängel ab – nichts Wesentliches geändert. Durch den Wegfall der Kategorie der zugesicherten Eigenschaft (§ 459 Abs. 2 BGB a.F.) ist hier eher eine begriffliche „Verschlankung“ eingetreten, weil nunmehr für die Frage eines Sachmangels allein auf die vereinbarten oder vom Verkehr objektiv erwarteten „Beschaffenheiten“ einer Sache abgestellt wird. Der vom Gesetzgeber bewußt nicht definierte⁵⁶ Begriff der „Beschaffenheit“ selbst dürfte sich hingegen grundsätzlich mit demjenigen des bisherigen Rechts decken. Er umfaßt, so die hergebrachte Definition, nicht nur die natürlichen (physischen) Eigenschaften einer Sache, sondern auch rechtliche und wirtschaftliche Beziehungen der Sache zur Umwelt, sofern sie nach der Verkehrsanschauung für die Brauchbarkeit oder den Wert der Sache bedeutsam sind und ihren Grund in der Sache selbst haben⁵⁷. Diese grundsätzliche Deckung schließt freilich eine gewisse „Begradigung“ des Fehlerbegriffes nicht aus. Insbesondere wird man diejenigen Merkmale, die bisher zwar nicht als „Beschaffenheit“, wohl aber als zusicherungsfähige Eigenschaft angesehen wurden⁵⁸, nunmehr in den Fehlerbegriff mit einbeziehen müssen⁵⁹. Weiter sollte die Annäherung der Haftungsregimes des Gewährleistungsrechts und des allgemeinen Schuldrechts über den Bereich des Unternehmenskaufs hinaus Anlaß geben, von bisherigen ergebnisorientierten und damit gekünstelten und kaum nachvollziehbaren Differenzierungen⁶⁰ Abstand zu nehmen und den Fehlerbegriff in den Randbereichen großzügiger zu begreifen als bisher, ohne ihn dabei zugleich der Konturlosigkeit preiszugeben⁶¹. Ob man hierin eine „Ausweitung“ des Beschaffenheitsbegriffs gegenüber dem bisherigen Recht⁶² oder eher eine Korrektur von durch Defizite des bisherigen Gewährleistungsrechts bedingten Fehlentwicklungen der Rechtsprechung⁶³ sehen will, ist demgegenüber zweitrangig.

(2) Die Kodifizierung der *culpa in contrahendo*

Hinsichtlich der allgemeinen Voraussetzungen der Haftung für vorvertragliches Verschulden hat sich zumindest keine für den Bereich des Unternehmenskaufs relevante Änderung ergeben. Zwar ist die *culpa in contrahendo* nunmehr durch die ausdrückliche gesetzliche Anerkennung einer vorvertraglichen Sonderverbindung mit nur sekundären Pflichten in die Haftung für Pflichtverletzungen aus § 280 Abs. 1 BGB integriert (s. § 311 Abs. 2, 3 i.V.m. § 241 BGB), jedoch wollte der Gesetzgeber damit grundsätzlich nur den bestehenden Rechtszustand

⁵⁶ S. nur Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 14/6040 S. 213: „Der Begriff „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“.

⁵⁷ S. nur *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht (2002) Rn. 482. Ob, wie im Gesetzgebungsverfahren geäußert, die Abgrenzung zwischen Beschaffenheit und anderen, keinen Sachmangel begründenden Merkmalen angesichts der Eingliederung der Sachmängelhaftung in das allgemeine Leistungsstörungenrecht sowie der Angleichung der Verjährungsfristen tatsächlich an Bedeutung verloren hat (s. Begr. des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 14/6040 S. 213), ist freilich angesichts der verbleibenden Unterschiede, die sich gerade beim Unternehmenskauf bestens exemplifizieren, mehr als fraglich.

⁵⁸ Dazu oben im Text bei Fn. 19.

⁵⁹ S. etwa *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 122; speziell für den Bereich des Unternehmenskaufs *Weitnauer* NJW 2002, 2511, 2513 f; *Kindl* WM 2003, 409, 411; *Eidenmüller* ZGS 2002, 290, 295; wohl a.A. *U. Huber* (Fn. 34) S. 226, der aus dem Wegfall des Begriffs der „Eigenschaft“ offenbar gerade den gegenteiligen Schluß zieht.

⁶⁰ S. dazu oben Fn. 30.

⁶¹ *S. Lorenz/Riehm* (Fn. 57) Rn. 578; *Canaris*, *Karlsruher Form* (2002), S. 5, 59 ff; *Häublein* NJW 2003, 388, 389 f.

⁶² So z.B. *Canaris*, *Karlsruher Form* (2002), S. 5, 59 ff; *Häublein* NJW 2003, 388, 389 f vor dem Hintergrund einer in Bezug auf Art. 2 VerbrGKRl. richtlinienkonformen bzw. richtlinienorientierten Auslegung des Fehlerbegriffs.

⁶³ Genau dies sollte in den etwa von *Canaris*, *Karlsruher Form* (2002), S. 5, 59 Fn. 170 und *Häublein* NJW 2003, 388, 389 Fn. 17 als widersprüchlich empfundenen Rn. 482 und 578 bei *Lorenz/Riehm* (Fn. 57) zum Ausdruck gebracht werden; ebenso, aber deutlicher und unmißverständlicher *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 122.

kodifizieren, ohne dabei Änderungen vorzunehmen, aber natürlich auch ohne die – rasante – Rechtsentwicklung im Bereich der vorvertraglichen Haftung „einzufrieren“⁶⁴. Der Pflichtenmaßstab bleibt weiter offen und entzieht sich – natürlich – einer konkreten gesetzlichen Regelung. Bedeutend ist freilich im vorliegenden Zusammenhang der Paradigmenwechsel im Verjährungsrecht. Ansprüche aus *culpa in contrahendo* unterliegen – wie bisher – der Regelverjährung, jedoch ist diese deutlich verkürzt worden: Diese beträgt nunmehr 3 Jahre (§ 195 BGB) und unterliegt einem subjektiven System, d.h. ihr Anlauf hängt nicht nur vom Entstehen des Anspruchs ab, sondern erfolgt erst mit dem Schluß des Jahres, in welchem der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen mußte.

(3) Folgen für das Recht des Unternehmenskaufs

(a) Die fortbestehende Konkurrenzproblematik von Gewährleistungsrecht und vorvertraglicher Informationspflichtverletzung

Damit sind – soviel ist hier festzuhalten – die Unterschiede zwischen der Haftung für Sachmängel und der Haftung für die Verletzung von Informationspflichten weder auf der Tatbestandsebene noch auf der Ebene der Rechtsfolgen vollständig eingeebnet⁶⁵. Es ist auch mehr als euphemistisch und eher Ausdruck eines Zauderns des Gesetzgebers, wenn in der Begründung des Regierungsentwurfes zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zu lesen ist, daß die Unterschiede, welche den BGH dazu veranlaßt hätten, Haftung für Falschangaben bzw. unterlassene Aufklärung über den Ertrag des verkauften Unternehmens nicht nach den Vorschriften über die Sachmängelhaftung, sondern nach den Regeln über das Verschulden bei Vertragsanbahnung zu beurteilen „weithin entfallen [sind], da diese [i.e. die Vorschriften des Kaufrechts] dem Käufer ein Nachbesserungsrecht gewähren, ihm ein Schadensersatzanspruch auch bei Fahrlässigkeit des Verkäufers zustehen kann ... und auch eine angemessene Regelung der Verjährungsfrage bereitgestellt wird“⁶⁶. Gleiches gilt für die Aussage, daß „nichts Entscheidendes“ davon abhängt, ob der Anspruch des Käufers eines Unternehmens auf Ersatz des Schadens, der ihm dadurch entstanden ist, daß er auf unrichtige Angaben des Verkäufers über Umsatz und Gewinn vertraut hat, auf *culpa in contrahendo* oder auf die Lieferung einer fehlerhaften Kaufsache gestützt wird, weil sich in beiden Fällen die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches nach den §§ 280, 281 BGB richteten⁶⁷. Auf der Tatbestandsebene bleibt es nämlich dabei, daß eine Haftung über das Gewährleistungsrecht in Bezug auf die Rückabwicklung des Vertrags bzw. die Minderung kein Vertretenmüssen voraussetzt, was für den Bereich des Unternehmenskaufs allgemein als unangemessen empfunden wird. Auf der Rechtsfolgenseite bleibt es bei erheblichen Unterschieden in der Verjährungsfrage. Zu beachten ist auch, daß die Anwendung der Regeln über die Sachmängelhaftung auch im Falle eines Vertretenmüssens seitens des Verkäufers gegenüber der Haftung wegen vorvertraglicher Informationspflichtverletzungen zu einer Verschärfung führt, weil sich dann eine Einstandspflicht nicht nur für das negative Interesse, sondern im Rahmen des dann geschuldeten Schadensersatzes „statt der Leistung“ (§ 437 Nr. 3 BGB) auch für das positive Interesse ergibt. Das Gewährleistungsrecht hat damit weiterhin eine haftungsbegrenzende Funktion, es bleibt auch nach neuem Recht (nicht nur in Bezug auf den Unternehmenskauf) bei der bisherigen

⁶⁴ S. dazu etwa *Lorenz/Riehm* (Fn. 57) Rn. 366 ff.

⁶⁵ Zu weitgehend daher insoweit *Weitnauer* NJW 2002, 2511, wonach „die Antinomie zweier unterschiedlicher Haftungssysteme, der Kaufgewährleistungsregeln einerseits und der allgemeinen schadensersatzrechtlichen Ansprüche, insbesondere aus positiver Vertragsverletzung oder *culpa in contrahendo*, andererseits, ... entfallen“ ist.

⁶⁶ Begründung des Regierungsentwurfes BT-Drucks. 14/6040 S. 242.

⁶⁷ aaO S. 94.

„Sperrwirkung“ des Gewährleistungsrechts gegenüber fahrlässigen *vorvertraglichen*⁶⁸ Informationspflichtverletzungen⁶⁹.

(b) Neuregelung durch § 453 BGB n.F.?

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz enthält weder spezifische Regelungen über den Unternehmenskauf als solchen noch über die Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Einziger gesetzlicher Anhaltspunkt für eine Einbeziehung des Unternehmenskaufs in den Bereich der Sachmängelgewährleistung ist die bereits erwähnte Regelung des § 453 Abs. 1 BGB, die – anders als bisher⁷⁰ – nicht nur die Rechtsmängelhaftung, sondern das gesamte Kaufrecht für den Kauf sonstiger Gegenstände für entsprechend anwendbar erklärt. In der Gesetzesbegründung hierzu findet sich lediglich die Bemerkung, daß der Gesetzgeber damit der bisherigen Rechtsprechung folgen will, „die schon heute die Vorschriften des Kaufvertragsrechts, soweit sie passen, z. B. auf die entgeltliche Übertragung von Unternehmen oder Unternehmensteilen ... anwendet“. Aus dieser Kodifizierung wird nun teilweise geschlossen, daß der Unternehmenskauf sowie jeder Anteilskauf auch unterhalb der „fast 100%-Grenze“ insgesamt, d.h. unter Verdrängung der Haftung für vorvertragliches Verschulden dem Sachmängelgewährleistungsrecht zu unterstellen sei⁷¹. Das ist – wie insbesondere *Ulrich Huber* überzeugend nachgewiesen hat – unzutreffend⁷². Zwar erfaßt § 453 Abs. 1 BGB den Unternehmenskauf und erklärt – übereinstimmend mit dem bisherigen Recht – die Sachmängelvorschriften für entsprechend anwendbar, jedoch hat sich – wie oben dargelegt⁷³ – durch die Neuregelung des Fehlerbegriffs in § 434 BGB am Begriff der „Beschaffenheit“ als solches nichts geändert. Dies zieht dem Anwendungsbereich des Sachmängelrechts weiter eine feste Grenze. Die Regelung sagt damit nichts anderes, als daß wie im bisherigen Maße ein Unternehmen „Sach“-Mängel aufweisen *kann*, indem etwa Mängel von Einzelgegenständen auf die Funktionsfähigkeit des Unternehmens als solches „durchschlagen“. Sie entscheidet aber weder die Frage, ob und wann bei einem „*share-deal*“ ein Unternehmenskauf oder ein bloßer Anteilskauf vorliegt noch ordnet sie an, das Gewährleistungsrecht bei Unternehmenskäufen auch dann anzuwenden, wenn gar kein Mangel des verkauften Unternehmens vorliegt⁷⁴. § 453 Abs. 1 BGB gibt also keinen Anlaß, den Beschaffenheitsbegriff für den Kauf von sonstigen Gegenständen und Rechten zu modifizieren oder gar der befürchteten Konturlosigkeit⁷⁵ preiszugeben. Lediglich die hier befürwortete „Begradigung“ des Beschaffenheitsbegriffes in den Randbereichen unter Einbeziehung der „zusicherungsfähigen Eigenschaften“ des bisherigen Rechts sollte dazu führen, Umstände wie etwa die Ertragsfähigkeit eines Unternehmens, die von der früheren Rechtsprechung zwar nicht als Beschaffenheiten i.S.v. § 459 Abs. 1 BGB a.F., wohl aber als „zusicherungsfähige Eigenschaften“ i.S.v. § 459 Abs. 2 BGB definiert wurden⁷⁶, nunmehr in

⁶⁸ Anders weiterhin für die Verletzung „selbständiger“ Beratungspflichten (s. dazu oben bei Fn. 29), so auch *Canaris*, *Karlsruher Forum* (2002) S. 5, 62 (Fn. 181), 90 f.

⁶⁹ *Canaris*, *Karlsruher Forum* (2002) S. 5, 61 ff; *Lorenz/Riehm* (Fn. 57) Rn. 576 f; aus der Rspr. zum neuen Recht s. OLG Hamm ZGS 2003, 394. A.A. etwa *Häublein* NJW 2003, 388 ff; *Emmerich* aaO (oben Fn. 26); speziell im Bereich des Unternehmenskaufs für eine freie Anspruchskonkurrenz zwischen Gewährleistungsrecht und *c.i.c.* jüngst *Barnert* WM 2003, 416, 424 f.

⁷⁰ s.o. Fn. 2.

⁷¹ So etwa *Gronstedt/Jörgens* ZIP 2002, 52, 53.

⁷² *U. Huber* (Fn. 34) S. 223 ff; ebenso *Bamberger/Roth-Faust*, BGB, § 453 Rn. 21; *Weitnauer* NJW 2002, 2511, 2514 f; *Eidenmüller* ZGS 2002, 290, 294.

⁷³ S.o. im Text bei Fn. 56.

⁷⁴ *Kindl* WM 2003, 409, 410 f.

⁷⁵ S.o. III.1.c).

⁷⁶ S. etwa BGH NJW 1995, 1547 sowie grundlegend RGZ 63, 57 ff.

den Beschaffenheitsbegriff des § 434 Abs. 1 BGB n.F. einzubeziehen⁷⁷. Das aber führt nicht zur in der Tat zu vermeidenden Konturlosigkeit des Beschaffenheitsbegriffs. Insbesondere bedeutet es nicht, daß künftig sämtliche Angaben des Verkäufers über Umsatz, Ertrag und Bilanz des Unternehmens Sachmängelgewährleistungsansprüche unter Verdrängung der Haftung aus vorvertraglicher Informationspflichtverletzung auslösen⁷⁸. Man wird vielmehr mit der bisherigen Rechtsprechung zum Begriff der zusicherungsfähigen Eigenschaft verlangen müssen, daß sich solche Angaben über einen bestimmten längeren Zeitraum erstrecken⁷⁹. Für den bloßen Anteilskauf gilt auch weiterhin, daß ein Recht schon begrifflich keinen Sachmangel aufweisen kann, die Regelungen über die Sachmängelhaftung beim Rechtskauf also gegenstandslos sind⁸⁰ und es somit ohne besondere vertragliche Vereinbarung nur eine *Veritätshaftung* für den Bestand des verkauften Rechts, nicht aber eine Bonitätshaftung i.w.S. für dessen Werthaltigkeit gibt⁸¹. Die oben zitierte Einschätzung in der Gesetzesbegründung, daß die Gründe für die Nichtanwendung des Gewährleistungsrechts durch die Neuregelung entfallen seien⁸², steht dem als bloße Einschätzung nicht entgegen⁸³.

(c) Bedürfnis nach einer Neuorientierung?

Ist damit klar, daß § 453 BGB n.F. zumindest nicht zu einer Neuorientierung im Sinne einer Ausweitung der Sachmängelgewährleistung zwingt, so stellt sich – sofern man dies mit den Gesetzesmaterialien zumindest für möglich hält⁸⁴ – weiter die Frage nach dem praktischen Nutzen einer solchen. Die gerade im Bereich des Unternehmenskaufs besonders bedeutsame Frage des Spielraums der vertraglichen Gestaltungsfreiheit der Parteien gebietet jedenfalls keine solche Ausweitung. Auch außerhalb des Bereichs des Gewährleistungsrechts bleibt es den Parteien unbenommen, für bestimmte Umstände vertraglich im Wege eines sog. „selbständigen Garantievertrages“ verschuldensunabhängig zu haften. Im übrigen, d.h. außerhalb einer vertraglichen Garantieübernahme hat sich an der höheren rechtsethischen Überzeugungskraft einer verschuldensabhängigen Haftung des Verkäufers nichts geändert: Der Unternehmenskauf ist ebenso wie ein reiner Anteilskauf ein Chancen- und Risikogeschäft, es geht also im Kern um ein *Informationsproblem*. Der typischen Interessenlage der Parteien entspricht es daher – wie *Canaris* das ausdrückt – daß der Käufer die Nachteile etwaiger Fehleinschätzungen grundsätzlich ebenso zu tragen hat, wie ihm deren Vorteile zugute kommen, was eine generelle verschuldensunabhängige Haftung konterkarieren könnte. An der Richtigkeit dieser Grundsatzermägung zugunsten einer *culpa*-Haftung hat auch die Neuregelung der kaufrechtlichen Gewährleistung trotz der (überfälligen) Verlängerung der Gewährleistungsfrist und der Einführung einer Schadensersatzhaftung bei bloßer Fahrlässigkeit nichts geändert⁸⁵. Für die Rechtsfolgenebene kommt nun mehr noch die Unangemessenheit eines Nacherfüllungsanspruchs sowie die Rigidität eines auf das positive Interesse gerichteten Schadensersatzanspruches hinzu. Gegen eine Neuorientierung spricht auch die weitgehende Gleichbehandlung, die *share-deal* und *asset-deal* erfahren, wenn man beide Geschäfte weitestgehend

⁷⁷ *Canaris*, Karslsruher Forum (2002) S. 5, 60; *Gaul* ZHR 166 (2002) 35, 46 ff; *Kindl* WM 2003, 409, 411; *Gronstedt/Jörgens* ZIP 2002, 54 f.; *Eidenmüller* ZGS 2002, 290, 295; wohl a.A. *U. Huber* (Fn. 34) S. 226, der aus dem Wegfall des Begriffs der „Eigenschaft“ gerade den gegenteiligen Schluß zieht.

⁷⁸ *Kindl* WM 2003, 409, 411; *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 125 (zu unrichtigen Bilanzangaben).

⁷⁹ S.o. Fn. 20.

⁸⁰ *U. Huber* (Fn. 34) S. 229.

⁸¹ S. dazu etwa *Lorenz/Riehm* (Fn. 57) Rn. 485; *Eidenmüller* ZGS 2002, 290 ff.

⁸² S.o. im Text bei Fn. 66.

⁸³ S. dazu zutreffend *U. Huber* (Fn. 34) S. 232, wonach es sich dabei „um kaum mehr als um einen Diskussionsbeitrag zu einer Frage“ handelt, „die im Gesetz gerade nicht beantwortet werden, sondern weiterhin der Rechtsprechung überlassen bleiben sollte“.

⁸⁴ S.o. im Text zu Fn. 66. Pointiert a.A. *U. Huber* (Fn. 34) S. 228, der es für möglich hält, den Anwendungsbe- reich des Sachmängelrechts „bis auf Null“ zu reduzieren, nicht aber, ihn auszudehnen.

⁸⁵ Zutreffend *U. Huber* (Fn. 34) S. 215.

aus dem Bereich der Gewährleistung verbannt und einheitlich nur auf die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten bzw. (selbständige) vertragliche Garantieabreden abstellen würde. Insbesondere wäre damit die Frage, ab welcher Anteilsquote ein *share-deal* einem Unternehmenskauf gleichzustellen ist, letztlich irrelevant. Für eine Ausweitung des Sachmangelbegriffs über das bisherige Maß bzw. die jetzt mögliche „Begradigung“ hinaus spricht damit lediglich eine Vereinheitlichung aller Haftungsfälle unter dem Dach des Gewährleistungsrechts. Die Vorteile lägen allenfalls in einem einheitlichen Verjährungsregime, der bereits dargelegte Nachteil ist eine dann eben nicht mehr auf den Unternehmenskauf reduzierbare Konturlosigkeit des Beschaffenheitsbegriffs.

(d) Möglichkeit einer noch weitergehenden Verdrängung des Gewährleistungsrechts?

Aber auch der gegenteilige Schluß einer insbesondere vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes propagierten noch weitergehenden Verdrängung des Gewährleistungsrechts⁸⁶ dürfte, wenn man ihn denn für möglich hält, nicht notwendig und daher auch von der Rechtsprechung nicht zu erwarten sein. Erkennt man das Unternehmen als solches als Gegenstand des Rechtsverkehrs an, so kann nicht verleugnet werden, daß dieses – unabhängig davon ob es in der Form des *share-deal* oder des *asset-deal* übertragen wird – Träger bestimmter „Beschaffenheiten“ i.S. der hergebrachten Definition sein können muß und daß diese Beschaffenheiten das Unternehmen als solches und nicht etwa einzelne zu ihm gehörende Gegenstände zum Bezugspunkt haben. Dies gilt unabhängig von der Streitfrage, ob ein Unternehmen „Normbeschaffenheiten“ im Sinne des objektiven Fehlerbegriffs aufweisen kann⁸⁷. Denn selbst wenn man dieses – zu Unrecht⁸⁸ – verneinen wollte, schließt dies nicht aus, solche Umstände als möglichen Gegenstand von Beschaffenheitsvereinbarungen im Sinne des subjektiven Fehlerbegriffs anzuerkennen⁸⁹. Dies zu leugnen würde nicht weniger als dessen Ausweitung die Gefahr der Konturlosigkeit des Beschaffenheitsbegriffs mit sich bringen. Bezüglich der dann relevanten Fragen, wann überhaupt ein Unternehmenskauf vorliegt, ob ein Unternehmen in Abwesenheit einer Parteivereinbarung einen Sachmangel im Sinne eines *objektiven* Fehlerbegriffs haben kann und wann Mängel einzelner zugehöriger Gegenstände, die für sich genommen nie einen Mangel des Unternehmens darstellen, auf das Unternehmen als solches „durchschlagen“ und damit mittelbar einen Sachmangel des Unternehmens begründen, bleibt die Rechtslage unverändert. Ein Rückgriff auf die Haftung aus *culpa in contrahendo* ist dann wie bisher aus Konkurrenzgründen ausgeschlossen. Das Konkurrenzproblem ist damit nicht vom Tisch, aber in der Tat erheblich entschärft, weil – wie dargelegt – auch das Gewährleistungsrecht nunmehr Schadensersatzansprüche bereits bei bloßer Fahrlässigkeit gewährt und in der Verjährung erheblich käuferfreundlicher geworden ist.

(4) Zusammenfassung zum Haftungsregime

Eine Änderung der bisherigen Rechtslage in Bezug auf das Haftungsregime des Unternehmenskaufs in Form einer Ausweitung des Gewährleistungsrechts ist durch die Schuldrechtsmodernisierung jedenfalls nicht präjudiziert. Es ist auch weder wünschenswert noch steht zu erwarten, daß die Rechtsprechung vom bisher eingeschlagenen Weg abweichen wird. Es bleibt damit bei einer Zweispurigkeit der Haftung aus Gewährleistungsrecht einerseits und

⁸⁶ S.o. III.1.c).

⁸⁷ Strikt verneinend etwa U. Huber (Fn. 34) S. 212 f; Gaul ZHR 166 (2002) 35, 48; Kindl WM 2003, 409, 412; Weitnauer NJW 2002, 2511, 2514; a.A. etwa Lieb Festschrift Gernhuber (1993) S. 259, 264 ff; Eidenmüller ZGS 2002, 290, 295.

⁸⁸ Man denke etwa an Substratmängel, die sich auf die Funktionsfähigkeit des Unternehmens und damit die „gewöhnliche Verwendung“ i.S.v. § 434 Abs. 1 Nr. 2 BGB auswirken (so im Fall BGH NJW 1979, 33: Fehlende Baugerüste des Verkauften Gerüstbauunternehmens).

⁸⁹ Zutr. Eidenmüller ZGS 2002, 290, 295

vorvertraglichen Pflichtverletzungen andererseits sowie der dazu bereits im bisherigen Recht etablierten Konkurrenzlehre. In der Praxis ist diese dogmatisch unbefriedigende Zweispurigkeit weitestgehend unschädlich, weil die „erste Spur“ durch eine enge Definition des Unternehmenskaufs beim *share-deal* (Erfordernis des Ankaufs von „fast 100 %“ aller Anteile“) und eine ebenso enge Definition des Beschaffenheitsbegriffs *de facto* wohl annähernd tot war. Wenngleich diese Spur durch jetzt mögliche und wünschenswerte „Begradigungen“ des Beschaffenheitsbegriffs ein wenig weiter geworden ist, sollte man sie nicht über das notwendige Maß hinaus „wiederbeleben“, denn die Haftung aus *culpa in contrahendo* trifft, wie *Huber* es zuletzt treffend ausgedrückt hat, „die richtige Mitte“⁹⁰: Sie erlaubt der Kautelarpraxis ebenso die käuferfreundliche Lösung einer Garantiehafung wie die verkäuferfreundliche Lösung des Haftungsausschlusses, die gesetzliche *culpa*-Haftung bleibt als vermittelnde Lösung übrig. Grundlage der Haftung ist die berechnete Erwartung des Käufers, daß Informations- und Wahrheitspflichten sorgfältig wahrgenommen, d.h. nicht schuldhaft verletzt werden.

b) Das (Schein-)Problem der limitierten Garantien (§ 444 BGB n.F.)

Die bisherigen Ausführungen zum Haftungsregime waren weitgehend von der gesetzlichen, vom Parteiwillen unmodifizierten Haftung des Unternehmensverkäufers ausgegangen. Das ist freilich im Bereich des Unternehmenskaufs eine praktisch wohl kaum relevante Vorstellung. Wie bereits oben dargelegt, hat sich in der M&A-Praxis vielmehr das Verfahren der meist von einer *due diligence* vorbereiteten gegenständlich und summenmäßig limitierten Garantien eingebürgert⁹¹. Erhebliche Irritationen hat in der Praxis in diesem Zusammenhang eine vielleicht etwas unbedachte formulierte, im übrigen aber (teilweise wohl absichtlich) mißverständliche Neuregelung im Bereich des Gewährleistungsrechts in Gestalt von § 444 BGB n.F. ausgelöst. Die weniger durch das Gesetz als durch seine Exegeten herbeigeführte Verunsicherung der Kautelarpraxis hat dabei sogar zu dem wohl beispiellosen Vorgang einer (freilich unverbindlichen) „Interpretationshilfe“ des Bundesministeriums der Justiz zur Auslegung der Regelung gegenüber dem Bundesverband der Deutschen Industrie geführt⁹²:

Nach § 444 BGB kann sich der Verkäufer „auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, ... nicht berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat.“ Mit dieser Regelung hatte der Gesetzgeber lediglich eine Zusammenführung von § 476 BGB a.F. und § 11 Nr. 11 AGBG a.F. beabsichtigt. Bereits nach früherem Recht war ein Haftungsausschluß unwirksam, *soweit* eine Eigenschaft zugesichert wurde. Das Gesetz regelte zwar in §§ 476 BGB a.F. lediglich die Unwirksamkeit des Haftungsausschlusses im Falle des §§ 463 S. 2 BGB a.F. (arglistiges Verschweigen eines Mangels), nicht aber für den Fall des §§ 463 S. 1 BGB a.F. (Eigenschaftszusicherung). Der Vorrang der Eigenschaftszusicherung ergab sich aber bereits aus ihr selbst heraus, d.h. aus dem darin zum Ausdruck kommenden Willen, verschuldensunabhängig für alle Folgen des Fehlens der Eigenschaft einstehen zu wollen⁹³. Die Neuregelung in § 444 hat insoweit keinen neuen Aussagegehalt. Sie drückt - ebenso wie die nunmehr überflüssige Regelung von § 11 Nr. 11 AGBG - lediglich die Selbstverständlichkeit aus, daß sich ein Haftungsausschluß nicht mit dem Inhalt der Garantie in Widerspruch setzen darf, daß also der Verkäufer "nach Treu und Glauben nicht das, was er im Vertragsangebot versprochen hat, durch Beifügung einer Freizeichnungsklausel ... zunichte machen" darf⁹⁴. In der Literatur wurde der Regelung aber unterstellt, möglicherweise in einer Art „Alles oder Nichts-Prinzip“ nunmehr limitierte Garantien zu ver-

⁹⁰ So eindrucksvoll *U. Huber* (Fn. 34) S. 215.

⁹¹ S.o. III.1.b).

⁹² Wiedergegeben in ZGS 2003, 307 ff.

⁹³ S. etwa BGH NJW 1999, 3481 f.

⁹⁴ BGHZ 50, 200, 207 (zu AGB-Klauseln).

bieten. Hieran schloß sich eine überaus fruchtlose und an der Sache vorbeigehende Diskussion über die Frage an, ob die Regelung „unselbständige“ oder „selbständige“ Garantien erfaßt⁹⁵. Die Aufsatzliteratur hierzu ist kaum noch zu übersehen. Die Verunsicherung ging soweit, daß die Kautelarpraxis wohl bis heute in Unternehmenskaufverträgen das Wort „Garantie“ um jeden Preis zu vermeiden versucht und statt dessen umfangreiche Beschaffenheitsvereinbarungen trifft.

Tatsächlich handelt es sich hier geradezu um ein Paradebeispiel eines Scheinproblems, bei dem sich der Verdacht aufdrängt, daß es bewußt geschaffen worden ist⁹⁶, um anschließend eine Lösung präsentieren zu können⁹⁷. Es läßt sich auch der weitere Verdacht nicht vermeiden, daß hier „Nachzugsgefechte“ des erbitterten Streites über Sinn und Unsinn der Schuldrechtsreform geführt werden. Es besteht bei manchen Autoren eine evidente Tendenz, gleichsam „à tout prix“ dem Gesetzgeber grobe Fehler nachzuweisen. So sinnvoll und wichtig es ist, das neue Schuldrecht gerade auch nach seinem Inkrafttreten genau „abzuklopfen“, sollte dies jedoch nicht zu einer stark begriffsjuristisch geprägten Verzerrung des Gesetzes führen:

Ganz selbstverständlich ist die Regelung nach der im Gesetzgebungsverfahren deutlich hervorgetretenen Intention des Gesetzgebers⁹⁸ nicht so zu verstehen, daß ein Verkäufer nicht in Tatbestand wie Rechtsfolgen (z.B. etwa auf bestimmte Schadenshöchstsummen) beschränkte Garantien geben könnte. Die von § 444 BGB intendierte Einschränkung reicht daher auch rechtsfolgenbezogen nur soweit, wie die vertraglich übernommene Garantie, deren Inhalt auch in Bezug auf die Rechtsfolgen⁹⁹ weiterhin vollständig der Parteiautonomie unterliegt. Die Regelung besagt nur die Selbstverständlichkeit, daß *soweit* eine Garantie gegeben wurde, diese nicht zugleich vertraglich eingeschränkt werden darf. Kurz: Das Versprochene ist zu halten, was aber versprochen wird, bleibt vollständig der Privatautonomie überlassen¹⁰⁰.

Diese Erkenntnis dürfte sich mittlerweile allgemein durchgesetzt haben¹⁰¹. Es existiert auch ein Gesetzesentwurf der CDU/CSU-Fraktion des Deutschen Bundestags mit dem bezeichnenden Titel „Gesetz zur Beseitigung der Rechtsunsicherheit beim Unternehmenskauf“¹⁰², der eine Streichung des die Garantie betreffenden Satzes aus § 444 BGB vorschlägt und – ganz im Sinne der h.M. – in einem neuen Absatz 3 von § 477 BGB folgende Regelung einzufügen vorschlägt: „*Soweit* eine Garantie nach § 443 Rechte des Käufers begründet, können diese nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden.“ Der Gesetzesentwurf schießt freilich deutlich über das Ziel der Klarstellung hinaus, indem er die Vorrangregel der Garantie in unnötiger Weise auf den Bereich des Verbrauchsgüterkaufs beschränkt. Das kann wiederum zu dem – freilich ebenfalls unrichtigen – Fehlschluß führen, daß außerhalb des „B2C-

⁹⁵ *Canaris*, *Karlsruher Form* (2002), S. 85 sieht zu Recht „keine tragfähigen Anhaltspunkte“ dafür, daß § 444 BGB nur für eine „unselbständige“ und nicht auch für eine „selbständige“ Garantie gilt.

⁹⁶ Zuerst wohl von *Graf v. Westphalen* ZIP 2001, 2107.

⁹⁷ S. dazu auch den Redebeitrag des Abgeordneten *Montag* in der Parlamentarischen Debatte über den Gesetzesentwurf der CDU/CSU-Fraktion, BT-Plenarprotokoll 15/56 S. 4740 („Sie blasen eine sehr eng begrenzte Fachdebatte zu angeblichen Ungereimtheiten des neuen § 444 BGB erst richtig auf, um sich dann mit dem selbst geschaffenen Scheinproblem wichtigtuertisch zu beschäftigen“).

⁹⁸ S. dazu bereits *Lorenz/Riehm* (Fn. 57) Rn. 563 sowie *Canaris* (oben Fn. 95) S. 85 f; *Dauner-Lieb/Thiessen* ZIP 2002, 111 ff; *Weitnauer* NJW 2002, 2511, 2516.

⁹⁹ Vgl. dazu sehr deutlich die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats BT-Drucks. 14/6857 S. 61.

¹⁰⁰ S. dazu bereits *Lorenz/Riehm* (Fn. 57) Rn. 563.

¹⁰¹ S. etwa – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – *Lorenz/Riehm* (Fn. 57) Rn. 563; *Canaris*, *Karlsruher Forum*, 2002, S. 84 ff.; *Dauner-Lieb/Thiessen*, ZIP 2002, 108, 114; *Gaul* ZHR 166 (2002) 62 f.; *Faust* ZGS 2002, 271, 274; *Eidenmüller* ZGS 2002, 296; *Gronstedt/Jörgens*, ZIP 2002, 52, 56 ff; *U. Huber* (Fn. 34) S 238ff.; *Müller*, NJW 2002, 1026, 1027; *Palandt/Putzo*, BGB, 62. Aufl. 2003, § 444 Rn. 3; *Seibt/Raschke/Reiche*, NZG 2002, 256; *Triebel/Hölzle*, BB 2002, 521, 530 ff; *Wolf/Kaiser*, DB 2002, 411, 419; beharrend wohl nur noch der Urheber des Scheinproblems, s. *Graf v. Westphalen* ZIP 2003, 1179. Fast schon grotesk ist dabei seine Bemerkung in Bezug auf die h.M., die Literatur habe „mit reichlich viel Pulverdampf das erzeugt, was man eine herrschende Meinung nennt“.

¹⁰² BT-Drucks. 15/1069; s. dazu etwa *Thiessen* ZRP 2003, 272 ff.

Bereichs“ eine Garantieübernahme mit gleichzeitigem Haftungsausschluß innerhalb der Reichweite der Garantie zulässig wäre. Festzuhalten bleibt aber, daß der Gesetzgeber diese Irrungen freilich von vorneherein durch die Verwendung des Wortes „soweit“ in § 444 BGB hätte vermeiden können¹⁰³.

IV. Zusammenfassung

1. Das Unternehmen als solches ist nach wie vor Gegenstand des Rechtsverkehrs. Es ist ein „sonstiger Gegenstand“, auf dessen Kauf nach § 453 Abs. 1 Alt. 2 BGB die Regeln über den Sachkauf entsprechende Anwendung finden.
2. Unternehmenskauf, Sachkauf und Rechtskauf sind auf schuldrechtlicher Ebene streng zu unterscheiden. Werden nur Einzelgegenstände gekauft, liegt ein gewöhnlicher Sachkauf vor. Werden nur Anteile erworben, liegt ein gewöhnlicher Forderungskauf vor, für welchen es eine gesetzliche Sachmängelhaftung ebensowenig gibt wie eine Bonitätshaftung. Daran hat auch § 453 Abs. 1 BGB n.F. nichts geändert.
3. Ein Unternehmen kann – wie bisher – in Form des „*asset-deal*“ Gegenstand eines Kaufvertrages sein, wenn nicht nur einzelne Wirtschaftsgüter, sondern ein Inbegriff von Sachen, Rechten und sonstigen Vermögenswerten übertragen werden und der Erwerber dadurch in die Lage versetzt werden soll, das Unternehmen als solches weiterzuführen.
4. Ein Unternehmen kann in Form des *share-deal* weiterhin nur dann Gegenstand eines Kaufvertrages sein, wenn annähernd 100 % der Beteiligung an der unternehmenstragenden Gesellschaft Gegenstand des Kaufvertrages sind. Auch insoweit hat § 453 Abs. 1 BGB n.F. keine Änderung der bisherigen Rechtslage bewirkt. Die Ausgliederung des „*share-deal*“ unterhalb der „nahezu 100%-Grenze“ aus dem Unternehmenskauf bewirkt aber wegen der unter 10. dargelegten Haftung keine wesentliche Schutzlücke.
5. Wird hingegen ein Unternehmen gekauft, kommt eine Gewährleistungshaftung für Mängel „des Unternehmens“ nach §§ 453 Abs. 1, 434 BGB in Betracht. Die Mangelhaftigkeit einzelner „*assets*“ begründet aber erst dann einen Mangel des Unternehmens als solchen, wenn sie auf dieses als Ganzes „durchschlägt“.
6. Im Grundsatz unverändert geblieben ist auch der Beschaffenheitsbegriff des Gewährleistungsrechts (§ 434 Abs. 1 BGB), wengleich die Annäherung des Gewährleistungsrechts an die Haftung wegen vorvertraglicher Pflichtverletzungen Korrekturen von Fehlentwicklungen der Vergangenheit zuläßt. Auch § 453 Abs. 1 BGB n.F. bietet keinen Anlaß, diesen im Bereich des Unternehmenskaufs grundsätzlich auszuweiten. Dies gilt unabhängig von der strittigen, richtigerweise aber zu bejahenden Frage, ob ein Unternehmen in Ermangelung besonderer Beschaffenheitsvereinbarungen „Normalbeschaffenheiten“ i.S. des objektiven Fehlerbegriffs (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB) aufweisen kann.
7. Liegt ein Unternehmenskauf (gleichviel ob in Form des *share-deal* oder des *asset-deal*) vor, so ist eine Haftung wegen der fahrlässigen Verletzung vorvertraglicher Wahrheits- und Aufklärungspflichten nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB aus Konkurrenzgründen weiterhin ausgeschlossen, soweit die Haftung auf das Fehlen von „Beschaffenheiten“ des Unternehmens gestützt wird. Dies gilt unabhängig davon, ob diese Beschaffenheiten im konkreten Einzelfall vereinbart wurden. Daneben kommt eine Haftung wegen fahrlässiger Verletzung vorvertraglicher Wahrheits- und Aufklärungspflichten nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB in Betracht, soweit sich diese auf Umstände stützt, die nicht zugleich eine (potentielle) Beschaffenheiten des Unternehmens darstellen. Der weiterhin relativ enge Begriff der „Beschaffenheit“ eröffnet daher der „zweiten Spur“ der vom Vertretenmüssen abhängigen Haftung aus vorvertraglicher Pflichtverletzung einen relativ weiten Anwendungsbe- reich. Das ist rechtspolitisch zu begrüßen.

¹⁰³ Zu dieser Präzisierung ist die Regierungskoalition offenbar bereit, s. dazu Montag (oben Fn. 97); kritisch dazu Thiessen ZRP 2003, 273, 274.

8. Ob ein Unternehmen oder nur Einzelgegenstände bzw. Anteile an einer unternehmenstragenden Gesellschaft Gegenstand des Vertrages sind, worüber primär der Parteiwille entscheidet, ist damit auch weiterhin weichenstellend für die Frage des maßgeblichen Haftungsregimes. Dieses wird auch in Zukunft von einer „Zweispurigkeit“ aus Gewährleistungsrecht und Haftung für vorvertragliches Verschulden geprägt bleiben.

9. Der praktische Unterschied zwischen beiden Haftungsregimes ist durch die Schuldrechtsreform zwar deutlich vermindert worden, gleichwohl aber weiterhin vorhanden. Auf der Tatbestandsseite besteht er darin, daß das Gewährleistungsrecht in Bezug auf die Rückabwicklung des Vertrags und die Minderung der Gegenleistung vom Vertretenmüssen unabhängige Rechtsbehelfe zur Verfügung stellt, während die Haftung wegen vorvertraglicher Pflichtverletzungen Vertretenmüssen voraussetzt. Auf der Rechtsfolgenseite besteht der Unterschied insbesondere in einer zwar angenäherten, aber weiterhin unterschiedlichen Verjährungsregelung sowie in der Reichweite einer Schadensersatzhaftung (positives oder negatives Interesse).

10. Liegt kein Unternehmenskauf, sondern ein reiner Anteilskauf vor, so führt die Nichtanwendung von Sachmängelgewährleistungsrecht freilich nicht zur Schutzlosigkeit des Käufers in Bezug auf Mängel des Unternehmens. Für schuldhaft falschangaben bzw. die schuldhaft Verletzung von Aufklärungspflichten kommt vielmehr eine von Konkurrenzerwägungen uneingeschränkte Haftung wegen vorvertraglicher Pflichtverletzungen nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB in Betracht.

11. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat durch die materiellen Änderung des Gewährleistungsrechts sowohl tatbestandlich als auch in Bezug auf die Rechtsfolgen zu einer Annäherung der beiden „Spuren“ der Haftung beim Unternehmenskauf bzw. Anteilskauf geführt. Praktisch bedeutender und auch angemessener als die Sachmängelgewährleistung ist weiterhin diejenige einer vom Vertretenmüssen abhängigen vorvertraglichen Informationshaftung. Es besteht daher trotz § 453 Abs. 1 BGB n.F. kein Anlaß, die „erste Spur“ des Gewährleistungsrechts weiter auszubauen. Sie kann aber wohl angesichts der Regelung in § 453 Abs. 1 BGB auch nicht weiter eingeschränkt werden.

12. Für die Kautelarpraxis ist dies freilich bei einem richtig verstandenen § 444 BGB und der in beiden Bereichen bestehenden weitgehenden Gestaltungsfreiheit der Parteien letztlich irrelevant. Der Streit um § 444 BGB war ein „Sturm im Wasserglas“, der sich längst gelegt hat. Die Kritik an der Regelung fällt auf ihre Exegeten zurück.