

## **Vertragsgestaltung und –verhandlung Der Unternehmenskauf**

Prof. Dr. Oswald van de Loo, Notar  
Hohe Straße 12, 01069 Dresden

16.10.2018

1

### **I. Zur Einführung**

- Claus-Wilhelm Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl., München 2006, § 8;
- Karsten Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2013, § 5

### **II. Begleitend zur Vorlesung**

Seiten 7-15 und 63 – 151 und 153 – 161 aus  
Weigl, Der Unternehmenskauf, Stand 31.12.2016  
[www.notare.bayern.de/fileadmin/files/notarhomepages/Weigl\\_Grob/unternehmenskauf.pdf](http://www.notare.bayern.de/fileadmin/files/notarhomepages/Weigl_Grob/unternehmenskauf.pdf)

### **III. Zur Vertiefung**

Beisel, Klumpp, Der Unternehmenskauf, 7. Aufl. 2015,  
§§ 1 bis 4; 8 bis 10 (S.362); 11; 15 bis 17

16.10.2018

2

## **I . Kurzüberblick - Allgemeines Kaufrecht (nicht Teil der Vorlesung)**

### **II. Der Unternehmenskauf**

16.10.2018

3

## **I. Allgemeines Kaufrecht**

- 1.1 Der Kaufvertrag
- 1.2 Leistungsstörungen auf Seiten des Verkäufers
- 1.3 Die allgemeine Leistungsstörung
- 1.4 Der Sachmangel nach § 434 BGB
- 1.5 Der Rechtsmangel nach § 435 BGB
- 1.6 Der Nacherfüllungsanspruch, §§ 437 Nr. 1; 439 BGB
- 1.7 Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs und Leistungsverweigerungsrechte von Verkäufer und Käufer
- 1.8 Rücktritt, § 437 Nr. 2 BGB
- 1.9 Minderung § 437 Nr. 2 BGB
- 1.10 Ansprüche des Käufers auf Schadens- oder Aufwendungsersatz, § 437 Nr. 3
- 1.11 Ausschluss der Gewährleistung
- 1.12 Garantieübernahme, § 443 BGB
- 1.13 Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen (II. Unternehmenskauf)

16.10.2018

4

## 1.1 Der Kaufvertrag

### 1.1.1. Einigung über wesentlichen Vertragsbestandteile (= „essentialia negotii“)

- Kaufgegenstand wird gegen Zahlung übertragen
- Kaufpreiszahlung in bar durch Übereignung von Geldstücken  
(Angabe von Konto auf der Rechnung = Gestattung bargeldloser Zahlung)
- Festlegung der Vertragsparteien

### 1.1.2. Keine Nichtigkeit nach §§ 104ff; 125; 134; 138; 142 BGB

### 1.1.3. Die Rechtsfolgen vom Kaufvertrag

- Käufer muss zahlen
- Verkäufer muss Eigentum an der Sache frei von Rechts- und Sachmängeln verschaffen
- Nebenleistungspflichten nach § 448 BGB
- Rücksichtnahmepflichten nach § 241 II BGB => Verletzung führt zu SchE

16.10.2018

5

## 1.2 Leistungsstörungen auf Seiten des Verkäufers

### 1.2.1. V kann nicht (mehr) leisten - Unmöglichkeit

- Vertrag bleibt wirksam - § 311 a I BGB
- Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen - § 275 BGB
- Gegenleistungsanspruch (auf Zahlung) geht unter - § 326 I BGB
- Ausnahmen:
  - a) Preisgefahr übergegangen nach §§ 446, 447 – iVm § 269  
Kaufsache übergeben, Käufer hat Einwirkungsmöglichkeit oder Annahmeverzug
  - b) § 326 III: Gläubiger macht Rechte aus § 285 geltend
- Schadensersatz oder nach Wahl des Gläubigers Aufwendungsersatz;  
anfänglich U.: § 311 a II, 284; nachträgliche U.: §§ 280 I, III, 283, 284  
(anfänglich=bei Vertragsschluss; nachträglich=nach Vertragsschluss)
- Rücktrittsrecht, §§ 326 V, 323
- Herausgabe des Ersatzes, § 285 I (z.B. Versicherungsleistung)

16.10.2018

6

#### 1.1.2. V leistet nicht rechtzeitig (**Verzug**)

- Rücktritt § 323 I
- Schadensersatz statt der Leistung, §§ 280 I, III, 281
- Verzögerungsschaden, §§ 280 I, II, 286

#### 1.2.3. V leistet **mangelhaft**

- Nacherfüllung, § 437 Nr. 1
- Rücktritt oder Minderung, § 437 Nr. 2
- Schadensersatz oder nach Wahl des Gläubigers Aufwendungsersatz, § 437 Nr. 3

#### 1.3 Ansprüche des Käufers bei **Versendungskauf**

- wird hier nicht behandelt, da für Unternehmenskauf irrelevant

16.10.2018

7

#### 1.4 **Sachmangel, § 434 BGB**

##### 1. Gewährleistungsrechte bei Sachmangel

- 1.1 Nacherfüllung, § 437 Nr. 1 (=vorrangiger Anspruch!)
- 1.2 Rücktritt oder Minderung, § 437 Nr. 2 (nach Fristsetzung/Entbehrlichkeit)
- 1.3 Schaden- oder Aufwendungsersatz, § 427 Nr. 3  
(wenn Verschulden gegeben, was vermutet wird, §280 I 2)

##### 2. Gesetzliche Anforderungen an Sachmangel / 7 Fälle

- 2.1 Vereinbarte Beschaffenheit (§ 434 I 1)
- 2.2 vom Vertrag vorausgesetzte Beschaffenheit (§ 434 I 2 Nr. 1)
- 2.3 Eignung für gewöhnliche Verwendung/übliche Beschaffenheit (§ 434 I 2 Nr. 2)
- 2.4 Unsachgemäße Montage (§ 434 II 1)
- 2.5 Mangelhafte Montageanleitung (§ 434 II 2)
- 2.6 Lieferung einer anderen Sache (§ 434 III 1. Alt.)

16.10.2018 2:7 Minderlieferung, § 434 III 2. Alt.)

8

#### 1.4 Sachmangel - Beschaffenheit

Jede Angabe des Verkäufers, die einen Bezug zu der verkauften Sache selbst hat  
(=weiter Beschaffenheitsbegriff!)

=> Umsatz und Ertrag einer Sache (z.B. Mieteinnahmen beim Kauf eines MFH) und  
auch eines Unternehmens stellen eine Beschaffenheit dar.

Angaben ohne Bezug zur Kaufsache (# Beschaffenheit)

=> z.B.: Zahlungsfähigkeit des Mieters oder Erstattungsfähigkeit der  
Einfuhrumsatzsteuer begründen ggf. Anspruch aus §§ 280 I; 311 II Nr. 1; 241 II  
(culpa in contrahendo, c.i.c.)

Verwendung bestimmter Begriffe:

z.B. Jahreswagen/Fabrikneu/Fahrbereit

16.10.2018

9

#### 1.4 Sachmangel - Beschaffenheit

Beispiele für Beschaffenheit, die bei einem Unternehmen vereinbart werden kann:

- Beträchtliche Fehlbestände an Material und Arbeitsmitteln (BGH NJW 1979, 33)
- Brauchbarkeit und kaufmännische Verwertbarkeit eines entwickelten Produktes  
(BGH WM 1978, 59)
- die arbeits- und sozialrechtlichen Verhältnisse des Personals
- Nicht aufgearbeitete und nicht mehr vergütungsfähige Rückstände bei  
Steuerberatungspraxis (OLG Karlsruhe BB 1974, 1610)
- Nichtbestehen oder Unübertragbarkeit von Mietverhältnissen (BGH NJW 1970, 556)
- Umsatz und Reinertrag (BGH NJW 1977, 1538)
- Ertragsfähigkeit (BGH NJW 1995, 1547)
- Bewertung in zurückliegenden Jahresabschlüssen (OLG Ddort NJW RR 1993, 377)
- Höhe von bestehenden Verbindlichkeiten (BGH WM 1979, 944)

16.10.2018 - wesentliche Eigenschaft (Fachkompetenz) eines maßgeblichen Mitarbeiters  
(BGH NJW 1991, 1222)

10

#### 1.4 Sachmangel - Beschaffenheit

Vereinbarung der Beschaffenheit (§ 434 I 1)

Vertraglich vorausgesetzte Verwendung (=subsidiär) - § 434 I 2 Nr. 1

- vertragliche Vereinbarung der Verwendung erforderlich
- einseitige Vorstellungen des Käufers fallen hierunter nicht

Eignung zur gewöhnlichen Verwendung/übliche Beschaffenheit - § 434 I 2 Nr. 2

- Verkehrsanschauung wesentlich:
- Gebrauchtwagen hat nicht mehr als Bagatellschäden erlitten (Kotflügel etc.)
- mit zumutbaren Mitteln nicht ausräumbarer Verdacht der Mangelhaftigkeit  
(z.B. Presse berichtet über von V verkauftes Gammelfleisch => K kann seine  
Döner nicht mehr absetzen)
- Mindesthaltbarkeitsdatum abgelaufen!

16.10.2018

11

#### 1.4 Sachmangel – Beschaffenheit

Öffentliche Äußerungen/Werbeaussagen - § 434 I 3

- des Verkäufers/Herstellers/Gehilfen z.B. in der Werbung oder Kennzeichnung  
Gehilfe nicht nur Angestellter, sondern bei Vermarktung auch Werbeagentur
- Adressat der Aussage = unbestimmte Vielzahl
- nachprüfbare Tatsachen, nicht Anpreisungen („Red Bull verleiht Flügel“)
- Ausschluss
  - + V kannte Äußerungen nicht und musste sie auch nicht kennen
  - + in gleichwertiger Weise (in Reichweite und Wirkung) berichtet
  - + Kaufentscheidung konnte nicht beeinflusst werden

Fälle der **Montage** werden nicht behandelt, da für Unternehmenskauf irrelevant

16.10.2018

12

#### 1.4 Sachmangel - Gefahrtragung

Maßgeblicher Zeitpunkt für Sachmangel = Gefahrübergang (§ 434 I 1)

-§§ 446, 447

- Beweispflicht liegt beim Käufer

- + Umkehr der Beweislast bei Verbrauchsgüterkauf (§ 476) oder bei Haltbarkeitsgarantie (§ 443 II)

Bis zum Gefahrübergang gilt bei Mängeln der verkauften Sache das Leistungsstörungenrecht des allgemeinen Schuldrechts

16.10.2018

13

#### 1.5 Rechtsmangel - § 435 BGB

##### Privatrechtliche Rechte Dritter

- Dingliche Belastung (Grundschuld, AV, VKR etc. – vgl. auch § 435 S. 2)
- Obligatorische Rechte, die Dritten berechtigten Besitz verschaffen (z.B. Miete: § 566)
- Immaterialgüterrechte (Patente, Geschmacksmuster, Markenrechte etc.)

##### Öffentliche-rechtliche Beschränkungen (ÖRB)

- Bei Grundstücken gilt § 436
- ÖRB, die nicht auf der Beschaffenheit der Sache, sondern auf andere Umstände Bezug nehmen
- Abgrenzung Rechts-/Sachmangel (RM/SM) bei ÖRB schwierig
  - + ÖRB nach Bauordnungs- od. –planungsrecht und die Benutzbarkeit regeln sind SM
  - + in der Praxis ist Abgrenzung wenig relevant, da Rechtsfolgen bei RM und SM gleich

16.10.2018

14

### 1.6 Der Nacherfüllungsanspruch - §§ 437 Nr. 1, 439

#### Vorrang vor den anderen Rechten:

Diese greifen erst, wenn angemessene Frist zur Nacherfüllung ergebnislos verstrichen ist (vgl. §§ 440, 323 I).

-Wahlrecht des Käufers, ob Nacherfüllung oder Lieferung mangelfreier Sache (§ 439)

### 1.7 Ausschluss Nacherfüllung u. Leistungsverweigerungsrechte (LVR) von V u. K

1.7.1 Unmöglichkeit der Nacherfüllung - § 275 I

1.7.2 §§ 439 III, 275 II, 275 III

1.7.3 Rechtsfolgen der Unmöglichkeit der Nacherfüllung

1.7.4 LVR des Verkäufers nach § 439 III

1.7.5 Rechtsfolgen der Nacherfüllung

16.10.2018

15

#### 1.7.1 Unmöglichkeit der Nacherfüllung - § 275 I

-Muss für beide Arten der Nacherfüllung, also Nachbesserung und Ersatzlieferung festgestellt werden (z.B. unechter Picasso/ ganze Gattung wg. Brand untergegangen)

- auch Stückkauf kann Ersatzlieferung vorsehen:

+ es kommt auf den Parteiwillen an

(Ersatz durch gleichartige und gleichwertige Sache)

+ Nachbesserung unmöglich bei unbehebbarer Mangel

(PKW wurde als unfallfrei verkauft, hat aber Unfallschaden gehabt)

#### 1.7.2 §§ 439 III, 275 II, 275 III

- Einreden, die vom Verkäufer (konkudent) geltend gemacht werden müssen (LVR)

#### 1.7.3 Rechtsfolgen der Unmöglichkeit der Nacherfüllung

- Leistung wird nicht geschuldet, § 275 I bzw. LVR (§ 275 II + III).

16.10.2018 Gegenleistungsanspruch geht zunächst nicht unter § 326 I 2

16



### 1.7.3 Rechtsfolgen der Unmöglichkeit der Nacherfüllung

- Gegenleistungsanspruch erlischt allerdings, wenn Käufer seine weiteren (subsidiären) Ansprüche geltend macht, also
  - + zurücktritt (§§ 437 Nr. 2, 323, 326 V) oder mindert (§§ 437 Nr. 2, 441) oder
  - + Schadensersatz statt der Leistung verlangt (§§ 437 Nr. 3; 280 I, III; 283 bzw. 281) bzw. Aufwendungsersatz (§ 284) – nur bei Verschulden

### 1.7.4 Leistungsverweigerungsrecht (LVR) des Verkäufers nach § 439 III

- Bezieht sich auf die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung
- Kriterien: § 439 III 2
- Relative – im Vergleich zu der anderen Art der Nacherfüllung - und absolute Unverhältnismäßigkeit (hier: Bezugspunkt S. 2 1. und 2. Alt.)
- + BGH: 100% des Wertes der Sache im mangelfreien Zustand  
oder 200% des mangelbedingten Minderwertes (=Faustregel)

16.10.2018

17

### **1.7.5 Rechtsfolgen der Nacherfüllung**

#### - Wahlrechte des Käufers

- § 439 I: Nachbesserung oder Lieferung einer mangelfreien Sache; keine Wahlschuld nach §§ 262, 263 II, sondern elektive Konkurrenz  
=> Käufer kann vor Erfüllung noch wechseln!

#### - Erfüllungsort bei der Nacherfüllung

- h.M.: Belegenheitsort der Sache, Rechtsprechung: § 269 = Erfüllungsort  
Vertragsvereinbarungen entscheiden; bei großen Gegenständen, die Käufer nicht transportieren kann, im Zweifel: Belegenheitsort

#### - Kosten der Nacherfüllung

- § 439 II => trägt der Verkäufer

#### - Rechtsfolgen bei Nachlieferung (also (Nach-)Lieferung mangelfreier Sache

- § 439 IV Rückgewähr der mangelhaften Sache an V (analog §§ 346 -348)  
Nutzungersatz an V? Ja, arg. e contrario aus § 474 V (Verbrauchsgüterkauf)

**Instruktiver Fall – Ein- und Ausbau (OLG Karlsruhe ZGS 2004, 432; Revision: BGH NJW 2008, 2837; EUGH: NJW 2011, 2269 => BGH 2012, 239)**

16.10.2018

18

### 1.8 Rücktritt - § 437 Nr. 2

Rücktritt ist gegenüber Nacherfüllung nachrangig; gleichrangig mit Minderung + SchE

Rücktritt ist Gestaltungsrechte und führt zu Rückgewährschuldverhältnis

#### Prüfungsschema

#### 1. Voraussetzungen des Rücktrittsrechtes

1.1. Wirksamer Kaufvertrag, jedoch Kaufsache mit SM/RM bei Gefahrübergang

1.2. Erfolgloser Ablauf vom K dem V gesetzter angemessener Nachfrist zur

Nacherfüllung, § 323 I, sofern nicht entbehrlich

#### 2. Ausschlussgründe

2.1. § 323 V 2 (Unerheblichkeit des SM/RM – Recht zur Minderung bleibt!) und

§ 323 VI (weit überwiegend Verantwortlichkeit des K oder

Annahmeverzug - §§ 293 ff - des K)

2.2. Kein vertraglicher oder gesetzlicher Gewährleistungsausschluss

3. Erklärung des Rücktritts, einseitige Gestaltungserklärung: § 349

4. Rechtsfolgen des Rücktritts, §§ 346, 347

16.10.5. Unwirksamkeit des Rücktritts, § 438 IV, 218 (Verjährung Nacherfüllungsanspruch)

19

### **Rücktritt - Fristsetzung**

Aufforderung unverzüglich (nach-) zu erfüllen (leisten) reicht aus

Angemessene Frist bestimmt sich am Einzelfall, Interessen von V und K abwägen

### **Rücktritt – Entbehrlichkeit der Fristsetzung**

- ernsthafte, endgültige Leistungsverweigerung des V - § 323 II Nr. 1

- Relatives Fixgeschäft - § 323 II Nr. 2- Klauseln wie „fix“, „genau“, „spätestens“

=> K hat Interesse nur bei Erfüllung zu bestimmter Frist

- besondere Umstände - § 323 II Nr. 3

- Nacherfüllung unmöglich - § 326 V

- Berechtigte Verweigerung/Fehlschlagen der Nacherfüllung gem. §§ 439 III; 440

- Unzumutbarkeit der Nacherfüllung für den Käufer § 440 S. 1 3. Alt.

(Vertrauen des K auf sachgerechte Nacherfüllung nachhaltig gestört – z.B. arglistige

Täuschung des V, Lieferung gesundheitsgefährdender Lebensmittel)

16.10.2018

20



### Rücktritt – Rechtsfolgen

§§ 346 ff. => Umwandlung des KV in ein Rückgewährschuldverhältnis:

- Erlöschen der primären nicht erfüllten Pflichten (Rechtsvernichtung), § 323 I, einschließlich des Nacherfüllungsanspruchs
  - Pflicht zur Rückgewähr empfangener Leistungen in Natur u. gezogener Nutzungen (anders als bei Nachlieferung, §§ 439 IV; 474 V, auch beim Verbrauchsgüterkauf!)
  - Wertersatz gemäß § 346 II Nr. 1 bis 3 (lesen!)
  - Widerruf bei Verbraucherkauf - § 357 VII: Verbraucher haftet auf Wertersatz, soweit er nicht bestimmungsgemäße Nutzungen zieht (i.Ü. nicht!) – neu 6/14
  - Entfallen des Wertersatzes gemäß § 346 III Nr. 1 bis 3 (lesen!)
- Nr. 2: Vertretenmüssen meint hier auch jede mangelbedingte Verschlechterung
- Nr. 3: Privilegierung auf eigenübliche Sorgfalt, § 277, auch bei Verschlechterung nach Kenntnis des K vom Rücktrittsgrund (h.M.: arg. statt Rücktritt könnte K auch Minderung geltend machen)

<sup>16.10.2018</sup> - Verletzt K Pflicht bei Rückgewähr, kann V SchE nach §§ 280-283 verlangen, § 346 IV<sup>1</sup>



### 1.9. Minderung - §§ 437 Nr. 2, 441

1. Voraussetzungen – wie Rücktritt
2. Kein Ausschluss der Gewährleistung
  - wie Rücktritt, aber Minderung auch bei unerheblichen Mangel nicht ausgeschlossen, §§ 441 I 1; 323 V 2
3. Einseitige Erklärung wie bei Rücktritt: § 441 I 1
4. Rechtsfolgen nach § 441 II und IV:
  - +  $x$  ./ . Vereinbarten Preis = wirklicher Wert ./ . Wert ohne Mangel
  - + Vereinbarter Preis –  $x$  = Minderung
  - + Hat der Käufer bereits mehr als den geminderten Kaufpreis bezahlt, so kann er den Mehrerlös nach den Rücktrittsregelungen zurückverlangen: §§ 441 IV; 346
  - + Ein Anspruch aus § 812 I 1 1. Alt. besteht nicht (wirksamer Vertrag)
5. Minderung unwirksam, wenn Anspruch auf Nacherfüllung verjährt, §§ 438 V, 218 I 1

<sup>16.10.2018</sup>

22



## 1.10. Überblick Schadensersatzansprüche wegen Verletzung § 433 I 2

### 1. Schadensersatz **statt** der Leistung

- Anfängliche Unmöglichkeit der Nacherfüllung, §§ 434, 437 Nr. 3, 311 a II
- nachträgliche Unmöglichkeit der Nacherfüllung, §§ 434, 437 Nr. 3, 280 I u. III, 283
- Nichtleistung der Nacherfüllung trotz Fristsetzung, §§ 434, 437 Nr. 3, 280 I u. III, 281
- Ausschließliche Verletzung von Nebenpflichten, §§ 241 II, 282, 280 I

### 2. Schadensersatz **neben** der Leistung

- Verzug mit der Nacherfüllung, §§ 434, 437 Nr. 3, 280 I u. II, 286
- Ersatz sonstiger Schäden, die durch die mangelhafte Leistung entstanden sind, §§ 434, 437 Nr. 3, 280 I

-----  
 Grundlage aller Ansprüche sind – außer bei der Verletzung nur von Nebenpflichten –  
 also stets §§ 434, 437 Nr. 3

16.10.2018

23



### 1.10.1. Schadensersatz **statt** der Leistung

#### Anfängliche Unmöglichkeit der Nacherfüllung, §§ 434, 437 Nr. 3, 311 a II

Bsp.: K hat seine Uhr von Lange&Söhne verloren; X hat sie gefunden und an Händler V verkauft. V verkauft nunmehr diese Uhr an K.

- Erfüllungsanspruch erlischt, § 275 I (Vertrag bleibt aber wirksam, § 311 a I).
- V (=Schuldner) wird vorgeworfen, dass es sich nicht hinreichend über seine eigene Leistungsfähigkeit informiert hat. V muss daher beweisen, dass er Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht kannte und nicht kennen musste (§§ 276, 278 BGB).
- + Haftungsverschärfung bei Übernahme Garantie oder Beschaffungsrisiko

#### Nachträgliche Unmöglichkeit der Nacherfüllung, §§ 434, 437 Nr. 3, 280 I u. III, 283

Bsp.: Vor Übergabe wird der verkaufte (unfallfreie) Porsche bei Unfall beschädigt.

- Erfüllungsanspruch erlischt, § 275 I.
- Berechnungsmethoden für den Schaden:
  - + Käufer behält mangelhafte Sache und verlangt Ausgleich der Wertdifferenz (sog. **kleiner Schadensersatzanspruch**)
  - + Käufer gibt Sache zurück und verlangt Ersatz seines gesamten Schadens, also auch des nutzlos aufgewendeten Kaufpreises. (sog. **großer SchE-Anspruch**)
- beachte: §§ 283 S. 2; 281 I 3 ausgeschlossen, wenn Mangel unerheblich

16.10.2018

24



### 1.10.1. Schadensersatz *statt* der Leistung

#### Nichtleistung der Nacherfüllung trotz Fristsetzung, §§ 434, 437 Nr. 3, 280 I u. III, 281

- Anspruch auf die Leistung (Erfüllung) ist ausgeschlossen, § 281 IV, sobald Gläubiger (=Käufer) SchE statt der Leistung verlangt.
- Ggf. Rückforderung des Geleisteten durch Verkäufer, §§ 281 V, 346 ff.
- Erlöschen des Kaufpreisanspruchs (Gegenleistungsanspruch)?  
H.M.: erlischt ebenfalls nach § 281 IV wegen Synallagma
- außerdem hat die Leistungsstörung der Verkäufer zu vertreten!
- SchE-Anspruch von K
  - + Rspr.: K muss so gestellt werden, wie er gestanden hätte, wenn ordentlich erfüllt worden wäre.
  - + Lit.: es sind nur die Schäden zu ersetzen, die auf dem endgültigen Ausbleiben der Leistung beruhen.
- Wahlrecht des K, ob kleiner oder großer Schadensersatz
- Rücktritt schließt Schadensersatz beim gegenseitigen Vertrag nicht aus - § 325 !

16.10.2018

25



### 1.10.2. Schadensersatz *neben* der Leistung

#### Verzug mit der Nacherfüllung, §§ 434, 437 Nr. 3, 280 I u. II, 286

Voraussetzungen Verzug:

- (i) fälliger, durchsetzbarer Nacherfüllungsanspruch
- (ii) Mahnung – vgl. § 286 I 2; II und III (lesen!) – eindeutige Aufforderung des Gläubigers nach Fälligkeit, geschuldete Leistung zu erbringen
- (iii) Verschuldete Nichtleistung, § 286 IV

Rechtsfolgen:

- Erfüllungsanspruch bleibt bestehen
- Ersatz des Verzögerungsschadens
- tritt Käufer zurück, erlischt Anspruch nach § 281 IV und Verzug endet

#### Ersatz sonstiger Schäden, die durch mangelhafte Leistung entstanden sind, §§ 434, 437 Nr. 3, 280 I

- Schäden an anderen Rechtsgütern des Käufers, also nicht an der Kaufsache selbst.
- Schäden an der Kaufsache selbst werden über §§ 434, 437 Nr. 3, 280 I u. III, 281, 283 ersetzt
- Anspruch tritt neben (i) Anspruch auf Nacherfüllung und (ii) SchE statt der Leistung

16.10.2018

26

### SchE statt der Leistung u.a. BGH NJW 2005, 2852

K kauft in 6/2002 von V, der seit 30 Jahren Hundezucht betreibt, einen Rauhaardackel-welpen für 600 €. Der Hund wird acht Mal tierärztlich untersucht und es werden u.a. eine genetisch bedingte Fehlstellung des Hinterbeines (O-Beine!) festgestellt. K fordert V zur Beseitigung durch operative Behandlung (1100 €) auf. V lehnt ab und bietet an, Hund gegen Kaufpreis zurückzunehmen oder den Kaufpreis zu mindern, was K beides ablehnt. K lässt Hund operieren, wobei eine Platte eingesetzt wird, deren korrekter Sitz 2 x jährlich überprüft werden muss. K verlangt Operationskosten und jährliche Kontrollkosten (60 €) von V. Zu Recht?

§§ 437 Nr. 3, 440, 311 a II oder 280 I und III, 283 BGB?

- Fehlstellung des Sprunggelenks = Sachmangel, §§ 434, 90 a S. 3, wenn bei Gefahrübergang, also Übergabe des Hundes, § 446, bereits vorhanden.
- Nach SVG konnte das nicht geklärt werden. Wer trägt Beweislast? + §§ 474, 476
- Verbrauchgüterkauf, wenn V Unternehmer (zw.)!
- => Pflicht zur Leistung eines mangelfreien Hundes wurde verletzt; § 433 I 2.

16.10.2018

27

### SchE statt der Leistung u.a. BGH NJW 2005, 2852

Unmöglichkeit?

- + behebbarer Mangel? Operation hat Fehlstellung des Sprunggelenkes nicht beseitigt, sondern einen Mangel (O-Beine) durch einen anderen (künstlich veränderter Knochenbau) ersetzt. Keine folgenlose Beseitigung eines körperlichen Defektes. Keine Mangelbeseitigung iSd § 439! Hier kein unwesentlicher verbleibender Fehler, der Mangelbeseitigung nicht hindern würde.
- + Auch Lieferung eines mangelfreien Hundes war nicht möglich, § 275 I, da nach 5 Monaten emotionale Bindung von K und seiner Familie an der gekauften Welpen.
- => Unbehebbarer Mangel, da durch keine der beiden Nacherfüllungsvarianten zu beseitigen (=> auch: Kein Anspruch aus § 281!)
- => Unbehebbarkeit=Unmöglichkeit (+)
- + anfängliche oder nachträgliche Unmöglichkeit?
- Vermutung des § 476 => anfängliche Unmöglichkeit?
- + § 311 a II 2? V kannte Fehlstellung nicht, aber hat der Unkenntnis zu vertreten?

16.10.2018

28

**SchE statt der Leistung u.a. BGH NJW 2005, 2852** HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE

Vertretenmüssen = 280 I 2, 276 => Vorsatz und Fahrlässigkeit, sofern nicht strengere Haftung wegen Garantieübernahme, § 443 – aus Sachverhalt nicht ersichtlich.

+ Haftet Züchter für genetische Mängel seiner Hunde?

+ nur wenn er bei der Zucht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat, § 276 II. V war im Dackelclub als seriös bekannt und war Zuchtwart und betreibt Zucht seit 30 Jahren. Auch die übrigen Welpen des Wurfs hatten keinen Defekt. Auch war im Zeitpunkt der Übergabe die Fehlentwicklung nicht ersichtlich + Röntgen nicht angezeigt.  
=> hier kein Verschulden ersichtlich und im Prozess auch nicht behauptet.

**=> Ergebnis: Kein Anspruch von K**

+ Wie wäre es, wenn Mangel behebbar war, man also Operation als ausreichende Mangelbeseitigung ansieht?

- dann kommt es auf die Frage an, ob sich das Vertretenmüssen auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs oder auf den Zeitpunkt der Nacherfüllung bezieht.
- bei Gefahrübergang kein Verschulden (s.o. – Ausführungen zum genetischen Mangel)
- bezogen auf Nacherfüllung: §§ 439 III 2 – unverhältnismäßige Kosten?

16.10.2018

Wohl (-) BGH verlangt mindestens den doppelten Wert der mangelfreien Sache (1200€) <sup>29</sup>

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE

**SchE statt der Leistung u.a. BGH NJW 2005, 2852**

- § 275 II und III?

+ jedenfalls die Kontrolluntersuchungen übersteigen den dem V noch zumutbaren Aufwand, weil sie auf Lebensdauer des Hundes erforderlich sind und zudem V die genetische Fehlentwicklung des Hundes nicht zu vertreten hat, § 275 II 2 (s.o.). Grobes Missverhältnis. Interesse des Käufers durch Rücktritt und Minderung gewahrt. Beides hatte V aber angeboten.

+ SchE statt der Leistung auch nicht im Hinblick auf die Verweigerung der Ersatzlieferung  
- § 283 liegt zwar dem Grunde nach vor. Aber V hat Unmöglichkeit nicht zu vertreten. Die emotionale Bindung des K und seiner Familie an den Hund lag nicht in seinem Einflussbereich.

16.10.2018

30

### 1.10.3. Überblick über besondere Themen bei Schadens- und Aufwendungsersatz

- a. Mangelbeseitigung durch den Käufer ohne Fristsetzung zur Nacherfüllung
- a. Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen, §§ 437 Nr. 3, 284
- a. Zum Verschulden des Verkäufers als Voraussetzung der SchE-Haftung
- a. Die verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers auf SchE

16.10.2018

31

#### a. Mängelbeseitigung durch den Käufer ohne Fristsetzung zur Nacherfüllung

Ansprüche des Käufers sind ausgeschlossen,

- auf SchE wg. Unmöglichkeit, da der Käufer diese selbst herbeigeführt hat (§ 283)
- auf SchE wg. Verzug, da der Käufer keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat (§ 281)
- wg. Rücktritt, da er für den Umstand, der zum Rücktritt berechtigt, selbst verantwortlich ist (§§ 346, 326 V, 323 I, 437 Nr. 2 – **323 VI**)
- wg. Minderung, da keine Fristsetzung (§§ 346, 441 IV, 437 Nr. 2)
- aus § 439 II, da Verkäufer hätte Nacherfüllung (Mängelbeseitigung) vornehmen müssen
- auf Ersatz ersparter Aufwendungen (analog §§ 326 II 2, 326 IV, 346), da das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung (Nacherfüllung) unterlaufen würde

Ansprüche aus §§ 637 analog; 684 S. 1, 812 I 1 1. Alt.; 812 I 1 1. Alt. scheitern daran, dass die

16. Gewährleistungsregelungen insoweit abschließen sind (kein Gesetzeslücke!)

32



**Fall: BGH 23. 2. 2005 –VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348**

K erwarb 3/2004 von dem KfZ-Händler H einen Gebrauchtwagen „Skoda“ zu einem Preis von 10.000,-Euro, den V dort in Zahlung gegeben hatte. Bei H schloss K zugleich eine „Garantievereinbarung“ für das Fahrzeug ab. Im September 2004 erlitt das KfZ einen Motorschaden. K wandte sich zunächst an H; dieser erklärte, die Garantie greife im Hinblick auf die fehlenden Eintragungen im Serviceheft über die Durchführung von Inspektionen nicht ein. K ließ den Motor bei der Vertragshändlerin X austauschen. Anschließend wandte er sich wegen der Erstattung der Reparaturkosten an die Skoda-Deutschland GmbH, die das jedoch ablehnte. Im Juni 2005 unterrichtete K erstmals den V über den eingetretenen Schaden und forderte ihn zur Erstattung der Reparaturkosten in Höhe von 2.500,- Euro auf.

V, selbst auch im KfZ-Gewerbe tätig, verweist darauf, dass ihn ein Austausch des Motors lediglich 2.000,-Euro gekostet hätte. Im Übrigen lehnt er auch die Erstattung dieses Betrags ab, da K sich zunächst an ihn hätte wenden müssen.

Ansprüche des K?

16.10.2018

33

**Fall: BGH 23. 2. 2005 –VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348**

A. K gegen V auf SchE i.H.v. 2.500,- Euro (§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281)?

I. Voraussetzungen des § 437 Nr. 3 BGB?

1. Kaufvertrag zwischen K und H (+)

2. Sachmangel i.S.d. § 434 Abs. 1 BGB: Der Motorschaden stellt eine Abweichung von der (konkludent) vertraglich vereinbarten Beschaffenheit dar (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB) bzw. das Fahrzeug eignet sich nicht zur nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB).

3. Vorliegen des Sachmangels bei Gefahrübergang?

Motorschaden lag unstreitig bei Gefahrübergang noch nicht vor. Jedoch könnte aufgrund dieses „Folgemangels“ nach § 476 BGB das Vorliegen eines „Grundmangels“ zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vermutet werden.

aa. § 474 Abs. 1 BGB = Verbrauchsgüterkauf?

K = Verbraucher (§ 13 BGB) und V = Unternehmer (§ 14 Abs. 1 BGB) (+)

Der Mangel zeigte sich innerhalb von sechs Monaten (+)

bb. Anwendung des § 476 BGB bei Vorliegen eines sog. „Folgemangels“?

BGH (NJW 2004, 2299): Vermutung des § 476 BGB entbindet nicht von der Beweislast für Vorliegen eines „Grundmangels“. Nachweis Folgemangel (Motorschaden) ist für die Anwendung des § 476 BGB nicht ausreichend, da dieser nicht notwendig auf einem Grundmangel beruhen muss (z.B. könnte auch ein Fahrfehler den Motorschaden hervorgerufen haben). Str. – hier wird von Mangel ausgegangen

16.10.2018

34

**Fall: BGH 23. 2. 2005 – VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348**

A. K gegen V auf SchE i.H.v. 2.500,- Euro (§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281)?

II. Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB?

1. Schuldverhältnis: Kaufvertrag zwischen K und V (+)
2. Pflichtverletzung (§ 281 Abs. 1 S. 1 BGB): mangelhafte Lieferung als Verstoß gegen § 433 Abs. 1 S. 2 BGB (+)
3. Nachfristsetzung (§ 281 Abs. 1 S. 1 BGB): Eine Nachfrist wurde von K nicht gesetzt und ist auch nicht nach §§ 440 S. 1, 281 Abs. 2 BGB entbehrlich.

III. *Ergebnis: Anspruch K gegen H auf Schadensersatz i.H.v. 2.500 Euro (-)*

B. Anspruch K gegen V auf SchE aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB?

I. Voraussetzungen des § 437 Nr. 3 BGB (s.o.)

II. Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB?

1. Schuldverhältnis: Kaufvertrag zwischen K und H (+)
2. Pflichtverletzung (§ 283 BGB): Durch von K veranlasste Reparatur beide Arten der Nacherfüllung nachträglich gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich geworden durch Zweckerreichung. Nach Lorenz, NJW 2002, 2497 m.w.N. führt Mängelbeseitigung durch Käufer zur Unmöglichkeit der Nacherfüllung gemäß § 275 Abs. 1 BGB. Nach Erman/Grunewald, § 437 Rn. 3 führt Selbstvornahme der Mängelbeseitigung zum Entfallen des Mangels als solchem, d.h. zum Entfallen der Anspruchsvoraussetzungen nach § 437 BGB und nicht zur nachträglichen Unmöglichkeit der Erfüllung der Gewährleistungsansprüche. Ansicht nicht mit

16.10.2018

35

**Fall: BGH 23. 2. 2005 – VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348**

§§ 434 Abs. 1, 437 BGB vereinbar. Sofern ein Mangel bei Gefahrübergang vorliegt, entsteht die Gewährleistungspflicht des Verkäufers, eine spätere Beseitigung durch den Käufer vermag am Vorliegen des Mangels bei Gefahrübergang nichts mehr zu ändern. Der BGH hat diesen Streit ausdrücklich offen gelassen (NJW 2005, 1348, 1349).

3. Vertretenmüssen (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB): Zwar wird das Vertretenmüssen des V vermutet, dieser kann sich jedoch dadurch entlasten, dass allein die von K veranlasste Reparatur zur Unmöglichkeit der Nacherfüllung geführt hat. Diesbezüglich ist V also weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit zur Last zu legen.

III. *Ergebnis: Anspruch K gegen V auf Schadensersatz i.H.v. 2.500 Euro (-)*

C. K gegen V auf 2.000,-Euro aus §§ 326 II 2, 326 I v. 346 I?

I. § 326 II 2: V von Leistungspflicht nach § 275 I bis III befreit? § 326 II 2 nimmt auf S. 1 Bezug nimmt und also darauf, dass Schuldner nach § 326 I 1 von Leistungspflicht befreit ist. Nach § 326 I 2 gilt § 326 I 1 jedoch nicht im Fall der Unmöglichkeit der Nacherfüllung. Gläubiger verbleibt dann einzig das Rücktrittsrecht nach § 326 V.

II. *Ergebnis: § 326 II 2 nicht unmittelbar anwendbar.*

D. K gegen V auf 2.000,-Euro analog §§ 326 II 2, 326 I v. 346 I?

1. Regelungslücke: ja, wenn § 326 II 2 nur Anwendung findet, wenn der Schuldner von Primärleistungspflicht befreit ist (s.o.). Sofern Erfüllung der Nacherfüllungs-

16.10.2018

36

**Fall: BGH 23. 2. 2005 – VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348**

pflichten unmöglich, gilt nicht § 326 II 2 sondern §§ 326 V, 323 VI (s.o.). Vorschriften enthalten keine Regelung, wenn Schuldner hierdurch Aufwendungen erspart.

2. Planwidrigkeit der Regelungslücke?

a. Schrifttum: ja, da der Gesetzgeber zwar ein Recht zur Selbstvornahme, aber nicht jegliche Ansprüche des Käufers ausschließen wollte. Kein Ersatz der Aufwendungen des K, sondern lediglich Ersatz der Aufwendungen, die Verkäufer erspart. Auch § 439 II sagt, dass Verkäufer Kosten der Nacherfüllung tragen muss.

b. BGH/Teile des Schrifttums: Analogie liefe auf ein Recht zur Selbstvornahme hinaus. Das „Recht zur zweiten Andienung“ des V würde umgangen. In § 637 BGB hat Gesetz Recht zur Selbstvornahme ausdrücklich vorgesehen, das erfolglosen Ablauf einer Nachfrist voraussetzt! V habe aufgrund der Selbstvornahme zwar Vorteil, nicht für Nacherfüllung aufkommen zu müssen. Nachteil, dass V Ware nicht darauf prüfen kann, ob tatsächlich Mangel vorliegt. Anders bei ordnungsgemäßen Nacherfüllungsbegehren! *II. Ergebnis BGH: Analoge Anwendung des § 326 Abs. 2 S. 2 BGB nicht gegeben.*

E. § 812 und GoA: Ausgeschlossen, da § 437 lex specialis. Zwar wäre dem Grunde nach ein Anspruch aus unberechtigter GoA gemäß §§ 684 S 1, 812 I S. 1 Alt. 2 gegeben. Gegen Bejahung eines solchen Anspruchs sprechen aus Sicht des BGH und Teilen des Schrifttums dieselben Bedenken wie unter D. I. 2. b.

16.10.2018

37

**b. Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen, §§ 437 Nr. 3, 284**

- Der Anspruch tritt an die Stelle (§ 437 Nr. 3: „oder“) des Schadensersatzes **statt** der Leistung (vgl. § 284)
- Der Anspruch kann neben den SchE neben der Leistung (§§ 437 Nr. 3, 280 I) treten!
- Kein Ausschluss nach § 284 letzter HS (Aufwendungen verfehlen Zweck sowieso)  
Bsp.: Die für die Lieferung einer Einbauküche gemachten Aufwendungen, Trockebau verlegen etc., sind durch einen Wassereinbruch unbrauchbar geworden)
- Vergebliche Aufwendung sind freiwillige Vermögensopfer, die der Gläubiger im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung erbracht hat, die sich aber wegen der Nichtleistung / nicht vertragsgerechten Leistung des Schuldner (=Verkäufers) als nutzlos erweisen.

+ Bsp.: Kosten Übergabe, Versendung, Zölle, Fracht, Einbau- und Montagekosten

16.10.2018

38

- Anspruchskürzung um Wert der tatsächlich gezogenen Nutzung der Sache



### c. Zum Verschulden des Verkäufers als Voraussetzung der SchE-Haftung

- § 280 I 2 => Das Verschulden wird vermutet (=Beweislastumkehr)
- Verkäufer muss behaupten und beweisen, dass kein Verschulden vorliegt
- Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit, § 276 I 1  
Bsp.: mangelnde Untersuchung trotz fehleranfälliger Produkt und besonderer Sachkunde des Verkäufers; unsorgfältige Lagerung oder Verpackung
- Haftung für Erfüllungsgehilfen, § 278  
(=Person, derer sich Verkäufer zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient)  
Bsp.: Steuerberater, dessen Bilanz Verkäufer eines GmbH-Anteils vorlegt
- Abweichender Haftungsmaßstab
  - + Bei Schuldnerverzug wird auch für Zufall gehaftet, § 287 Satz 2
  - + Befindet sich Käufer im Annahmeverzug, haftet der Verkäufer nur für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz

16.10.2018

39



### d. Die verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers auf SchE

#### Übernahme einer (Beschaffens-)Garantie (§§ 276 I 1, 444 2. Alt.)

- Erklärung des Verkäufers für eine bestimmte Eigenschaft der Sache Gewähr zu übernehmen und ohne Verschulden für Folgen ihres Fehlens eintreten zu wollen
- konkludente Garantieübernahme selten und hohe Anforderungen  
Bsp.: Angabe der Laufleistung eines Kfz durch Händler, nicht bei Privatperson
- Besonderheiten bei Kunst- und Gebrauchtwagenhandel
  - + Kunsthandel sehr hohe Anforderungen: Schriftlicher Vermerk des Verkäufers „Ein Original von Hand des Künstlers“ keine Garantie
  - + Gebrauchtwagenhandel niedrige Anforderungen: s.o. – gilt auch für Angaben zu Anzahl der Vorbesitzer, Unfallfreiheit etc.

#### **Rechtsfolgen:**

- SchE verschuldensunabhängig zu leisten (§ 276 I 1, 2. HS)
- Gewährleistung auch bei grober Fahrlässigkeit des Käufers, § 442 I 2
- Verkäufer kann sich nicht auf Gewährleistungsausschluss berufen, § 444
- Keine Haftungsbeschränkung bei öffentlicher Pfandversteigerung, § 445
- Mangel ist stets erheblich i.S.v. §§ 281 I 3 bzw. 323 V 2!

16.10.2018

40

#### d. Die verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers auf SchE

##### Übernahme des Beschaffungsrisikos

- gilt vor allem bei Gattungsschulden (§ 243 I)
- Schuldner (Verkäufer) ist verantwortlich, wenn die Beschaffung an fehlenden finanziellen Mitteln, an mangelnder Geschäftserfahrung, an nicht rechtzeitiger Eindeckung scheitert
  - + keine Haftung bei Krankheit, Streik oder wenn der Hersteller den Lieferanten unvorhersehbarer Weise nicht beliefert
- Inhaltlich wird nur das Risiko der Beschaffung der Sache als solcher, aber nicht von deren Mangelfreiheit übernommen (h.M.).
- Haftung beschränkt sich auf Verschulden, sobald aus der Gattungsschuld durch sog. Konkretisierung (§ 243 II) Stückschuld geworden ist. Wann Konkretisierung eintritt wiederum hängt von der Art der Schuld ab (Bring-, Schick- oder Holschuld).

16.10.2018

41

#### 1.11. Ausschluss der Gewährleistung

##### 1. Durch Individualvertrag

§ 444 => grundsätzlich zulässig

+ aber keine Berufung hierauf, wenn Mangel arglistig verschwiegen oder Garantie

+ bei Verbrauchsgüterkauf gilt § 475 I und III

(=>nur Ausschluss des/ Beschränkung auf SchE-Anspruch zulässig)

##### 2. Durch AGB

Inhaltskontrolle nach §§ 307-309:

- § 309 gilt nicht, wenn Unternehmer=Käufer (§ 310 I 1)

- beim Verbrauchsgüterkauf greifen: §§ 475 III, 309 Nr. 7 a und b, Nr. 8 a

=> Haftungsbeschränkung nur auf grobe Fahrlässigkeit u. nicht bei Körperschäden

(Nr. 7 a, b) kein Rücktrittsausschluss bei Nebenpflichtverletzung (Nr. 8 a)

- im Übrigen hat § 309 Bedeutung insbesondere bei Immobilienkauf und bei Kfz-

16.10.2018

oder ebay-Käufen unter Verbrauchern

42

### 1.11. Ausschluss der Gewährleistung

#### 2. Durch AGB

- § 309 Nr. 8 b) gilt nur bei Lieferung neu hergestellter Sachen  
(wg. § 475 III nur bei Unternehmer)
- § 307 I 1 => Unwirksamkeit bei unangemessener Benachteiligung, § 307 I 2, II  
+ Bestimmung nicht klar und verständlich („Transparenzgebot“)

#### 3. Durch Gesetz: §§ 442, 445, 474 II 2 BGB; 377 HGB

- Käufer kennt den Mangel, § 442.
  - Käufer kennt grobfahrlässig den Mangel nicht: Rechte dann nur, wenn Verkäufer Mangel arglistig verschwiegen hat oder bei Beschaffenheitsgarantie (s.o.)
- §§ 377, 343 bis 345 HGB (beiderseitiger Handelskauf):
- Rügepflicht mit Warenablieferung => unverzüglich untersuchen/ Mängel anzeigen
  - nicht erkennbare Mängel => bei späterer Entdeckung gilt Obiges: § 377 III HGB

16.10.2018- bei Verstoß: Ware gilt als genehmigt (=mangelfrei; Ausnahme: § 377 V HGB) 43

### 1.12. Verstärkung der Käuferrechte:

#### **Die Garantieübernahme, § 443 nF ! -**

##### Arten/Unterscheidungen von Garantien

nach der Person: Verkäufer- oder Herstellergarantie

nach dem Inhalt: Beschaffenheits- oder Haltbarkeitsgarantie

nach der Abhängigkeit von gesetzlichen Mängelrechten: un- und selbständige Garantie

##### Inhalt:

- Beschaffenheitsgarantie: § 276 I 1 (s.o. – Ziff. 5.)
- Haltbarkeitsgarantie: § 443 I – Beschaffenheit wird für gewisse Dauer garantiert  
z.B. Kilometerleistung für Kfz ohne Sachmängel => Umkehr der Beweislast  
nach § 443 II (= Mangel begründet Vermutung für Garantieanspruch)

##### Abhängigkeit von Mängelrechten

- unselbständig: erweitert die gesetzliche Gewährleistung zugunsten des Käufers
- selbständig: Eigene Haftung außerhalb des Kaufrechts, Garantievertrag nach § 443
- Person des Garantiegebers kann für Einordnung entscheidend sein

16.10.2018- ~~+~~ Dritter (# Verkäufer) kann immer nur selbständige Garantie übernehmen 44

### 1.12. Verstärkung der Käuferrechte: Die Garantieübernahme, § 443 nF ! –

Person, die Garantie übernimmt (Verkäufer-/Hersteller):

- **Herstellergarantie** tritt neben die gesetzliche Sachmängelhaftung des Verkäufers
- Verkäufer kann sich nicht entlasten durch Verweis an Hersteller
  - + die Rechte des Käufers ergeben sich aus der Garantie selbst
  - + im Zweifel Recht auf Nacherfüllung nach § 437 Nr. 1
  - + für Leistungsstörungen aus der Garantie gilt allgemeines Schuldrecht!
- **Verkäufergarantie** (im Zweifel keine (Beschaffenheits-)Garantie i.S.d. § 276 I)
- Garantieerklärung muss über vertragsgemäße Erfüllungszusage hinausgehen
- es wird zusätzlicher Erfolg geschuldet: z.B. Maschine erfüllt eine bestimmte vom Verkäufer geforderte Aufgabe, ansonsten kostenlose Lieferung eines anderen Modells
- Geltendmachung der Garantie kann an beliebige Voraussetzungen geknüpft werden
- Rechte aus der Garantie können auch beliebig vereinbart werden

16.10.2018

45

## II. Unternehmenskauf

**Eingangsfall**

**Motive für den Unternehmenskauf**

**Ablauf eines Unternehmenskaufes**

**Gestaltung eines Unternehmenskaufvertrages**

16.10.2018

46

**Fall (Streit unter Investoren):**

V hält 76% des Anteile an der Baumarkt GmbH. K, der selbst ausgezeichnete Kenntnisse in der Baumarktbranche besitzt, ist am Kauf der Anteile interessiert und äußert, dass er auch die restlichen Anteile erwerben will, um mit dem Unternehmen nach eigenen Vorstellungen operieren zu können. V beschreibt das Geschäft als im Wesentlichen gesund und legt die Jahresabschlüsse der letzten beiden Jahre vor. Er rechnet mit einem ungestörten Fortgang. Der Kaufvertrag wird beurkundet. V hatte allerdings verschwiegen, dass den Minderheitsgesellschaftern in der Satzung ein Zustimmungsrecht bei risikoreichen Geschäftsführungsmaßnahmen vorbehalten ist. Diese sind daher auch zum Verkauf ihrer Anteile nicht bereit. Bald muss K auch feststellen, dass gegenüber dem ersten der drei Baumärkte ein Konkurrenzmarkt hochgezogen wird, sodass dieser in Zukunft nicht mehr viel abwerfen wird. Beim zweiten Baumarkt werden Gebäudemängel festgestellt, die zu einer Nutzungsunter-sagung der Baubehörde führen. Schließlich sind auch noch einige Paletten von Badezimmerkacheln fehlerhaft.

K will zwar die Geschäftsanteile behalten, weil er angesichts des derzeitigen Immobilienbooms der Baumarktbranche eine rosige Zukunft voraussagt, fragt aber an, ob er sonst noch Ansprüche gegen den V geltend machen könne.

16.10.2018

47

**Fall (Streit unter Investoren):****A. §§ 437 Nr. 1; 439 I; 453 I – Anspruch auf Nacherfüllung**

*I. Rechtskauf, § 453 I 1. Alt., oder Kauf eines sonstigen Gegenstandes, § 453 I 2. Alt.?*

1. Formal sind Geschäftsanteile verkauft => zunächst Rechtskauf

Beim Rechtskauf wird nur für Verität (=Bestand der Forderung/des Geschäftsanteils), nicht für Zahlungsfähigkeit des Schuldners, also Bonität, gehaftet.

Mangel des Unternehmens # Mangel des Geschäftsanteils!

2. Kauf sämtlicher oder quasi sämtlicher Anteile steht wirtschaftlich dem Kauf eines Unternehmens als Sach- u. Rechtsgesamtheit gleich (wirtschaftliche Gleichwertigkeit). Dazu gehören: Kundenstamm, Ruf, Geschäftsgeheimnisse, Firma, Marken, Know-How. BGH (Urteil vom 28. November 2001 - VIII ZR 37/01 m.w.N.) geht von Unternehmenskauf aus, 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 wird, das Unternehmen als solches weiterzuführen*.

Kauf der Mehrheit reicht dafür trotz § 15 ff AktG nicht! Mindestens mehr als 75/100 – arg. § 53 GmbHG und Umwandlungserfordernisse (zB § 50 I 1 UmwG -3/4 Mehrheit).

Dann V = Träger des Unternehmens mit Entscheidungsmacht => § 453 I 2. Alt.

=> V muss **auch** für Beschaffenheit des Unternehmens einstehen.

*II. Sach-/Rechtsmangel des Unternehmens?*


1. Minderheitenrechte: Rechtsmangel des Geschäftsanteiles, weil die Stimmrechte über das im Verkehr Typische (§ 903 BGB) beeinträchtigt sind.

16.10.2018

(weitere Beispiele für Rechtsmängel: Größe des Anteils, Gewinnbeteiligung)

48



HECKSCHEN & VAN DE LOO  NOTARE


**Fall (Streit unter Investoren):**

Satzungsänderung zu Lasten der Minderheitsgesellschafter wg. § 35 BGB unzulässig.  
Ergebnis: Nacherfüllungsanspruch des K auf Satzungsänderung gegen V!

**2. Fehlerhafte Kacheln**  
Zwar Verkauf einer Sachgesamtheit Unternehmen. Für Mangel der einzelnen Sache haftet V nur, wenn dieser sich auf die Funktionsfähigkeit des Unternehmens, für die er Gewähr übernommen hat, auswirkt. Diese Schwelle jedenfalls dann überschritten, wenn wirtschaftliche Grundlagen des Unternehmens erschüttert. Gegenmeinung gibt Anspruch auch für Mangel eines einzelnen Gegenstandes.  
(vgl. hierzu OLG Köln vom 29.1.2009 – Az.: 12 U 20/08 - unter II 1 b)  
Hier: (-)

**3. Schlechte Ertragsaussichten des ersten Baumarktes wg. Bau der Konkurrenz**  
Sachmangel des Unternehmens nach §§ 434, 453?  
*Kurzfristige* (bis zu 3 Jahre) Umsatz- und Ertragsaussichten beruhen insbesondere auf dem Einsatz und Geschick des Unternehmers => Beschaffenheitsvereinbarung eher (-)  
*Langfristige* Umsatz- und Ertragsaussichten sagen hingegen mehr über das Unternehmen als solches aus => Beschaffenheitsvereinbarung eher (+)  
Hier: Langfristige Ertragsaussichten betroffen, aber mangelnde Ertragsfähigkeit des ersten Baumarktes ergibt sich erst aus Umständen, die nach Gefahrübergang begründet (wenn schon vor Gefahrübergang, dann Beschaffenheit (+)) wurden.  
Wenn V vom anstehenden Bau des Konkurrenzmarktes wusste, dann Haftung c.i.c. => keine verschuldensunabhängige Haftung des V auf Nacherfüllung.  
Ergebnis hier: Anspruch (-)<sup>49</sup>

16.10.2018

HECKSCHEN & VAN DE LOO  NOTARE

**Fall (Streit unter Investoren):**

**A. §§ 437 Nr. 1; 439 I; 453 I – Anspruch auf Nacherfüllung**  
... **4. Gebäudemangel**  
a. Recht der Behörde, Nutzungsuntersagung zu erlassen, ist Sachmangel des Gebäudes. Bestand auch schon bei Gefahrübergang, weil es auf den objektiven Zustand des Gebäudes ankommt, nicht auf den Zeitpunkt des behördlichen Bescheides.  
b. Funktionsrelevanz für Unternehmen?  
Ein Ausfall von ein Drittel des Gesamtumsatzes entspricht nicht den Vereinbarungen (V: "Er rechne mit einem ungestörten Fortgang"). Erschütterung der wirtschaftlichen Grundlagen des Unternehmens hierfür nicht erforderlich; Vereinbarung geht vor.  
=> Sachmangel des Unternehmens (+)  
...5. Kennemüssen nach § 442 BGB?  
Käufer hätte Minderheitenrechte kennen müssen, da über elektronisches Handelsregister Satzung einsehbar (vgl. Parallele zu Art. 28 Abs. 2 EuGüVO, wo bei Eintragung im Güterrechtsregister Verfügungsbeschränkung eines Ehegatten als bekannt unwiderleglich vermutet wird)

Gesamtergebnis: K hat Anspruch auf Nacherfüllung wegen des Gebäudemangels.

**B. Anspruch auf Minderung §§ 437 Nr. 2; 441 I; 453 I 1 2. Alt.**  
Wenn Fristsetzung zur Nacherfüllung erfolglos bleibt (+)

**C. Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung, §§ 437 Nr. 3, 280 I, 453 I 1 2. Alt.**  
SchE für entgangenen Gewinn (mangelbedingter Betriebsausfallschaden – vgl. BGH NJW 2009, 2674). Kein Verzug erforderlich (so BGH; str.)  
Verschulden würde nach § 280 I 2 vermutet. (+)

16.10.2018 50

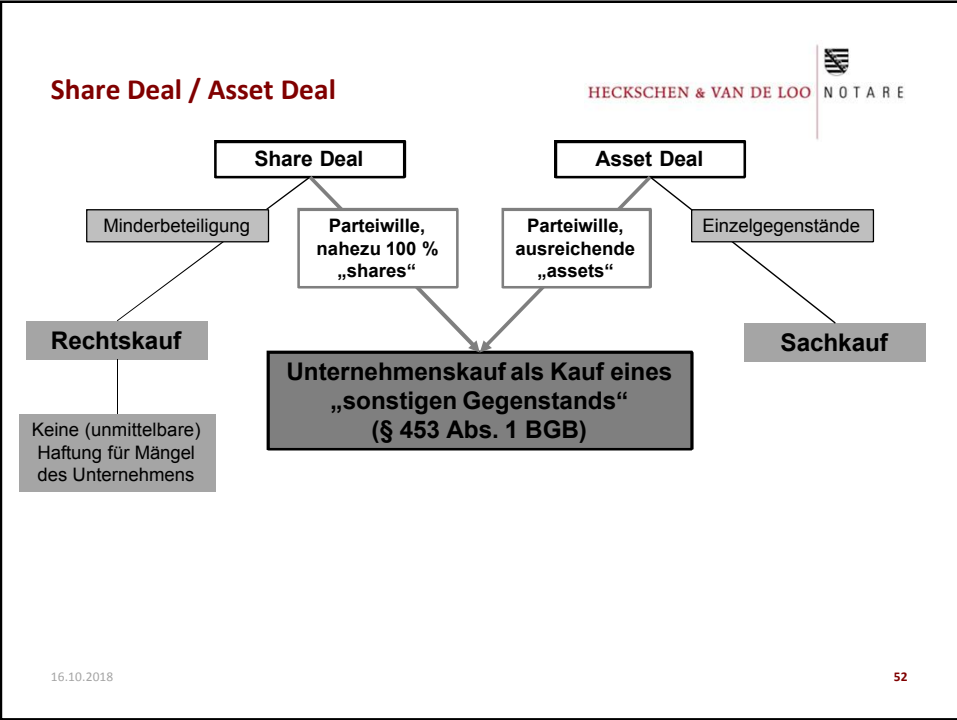
HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE

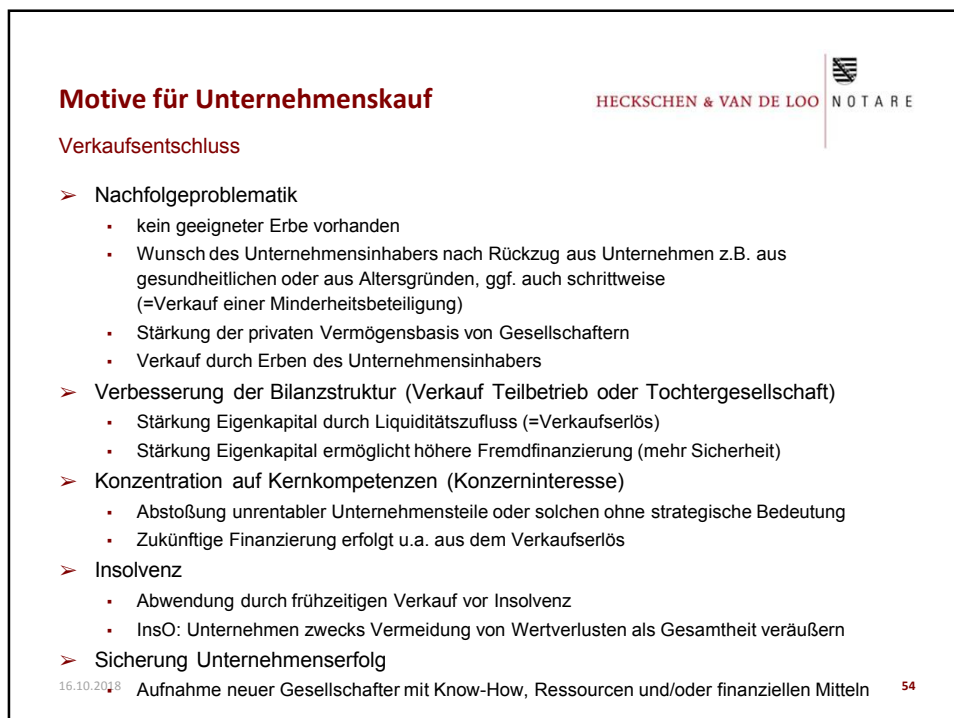
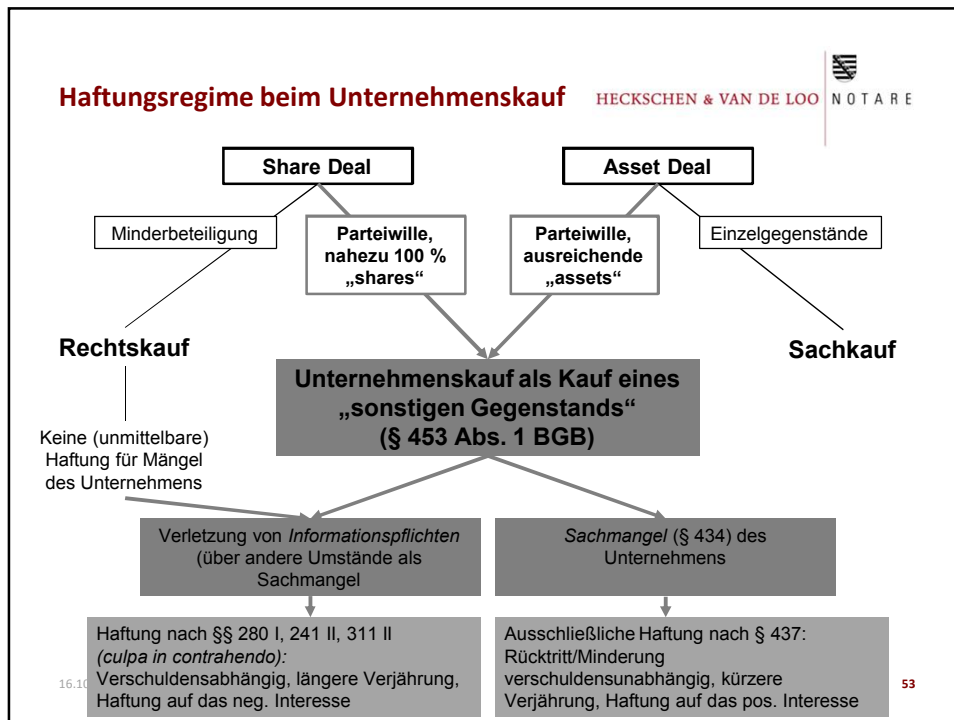
**Fall (Streit unter Investoren):**

*Exkurs: Gefahrübergang beim Unternehmenskauf (BGHZ 138, 195)*

§ 446 BGB gilt auch für Unternehmenskauf – bewegliches Unternehmensvermögen  
 Werden Geschäftsanteile verkauft, ist Rechtsträger die GmbH selbst, nicht der  
 Gesellschafter => dieser muss GF ggf. über GV-Beschluss zur Übergabe anweisen!  
 Verkäufer muss sich zurückziehen und Käufer die tatsächliche und rechtliche  
 Möglichkeit einräumen, sich über sämtliche Geschäftsvorgänge zu unterrichten und die  
 Geschicke des Unternehmens in die Hand zu nehmen  
 => Herrschaft über das Unternehmen, das Kaufgegenstand ist. Erst das rechtfertigt  
dem Käufer die Gefahr zufälligen Untergangs und Verschlechterung aufzuerlegen.  
 Gefahrübergang setzt immer wirksamen Kaufvertrag voraus  
 Bsp.: Verstoß gegen § 15 IV 1 GmbHG (siehe: BGHZ 138, 195 – lesenswert)  
 Die dingliche Rechtsänderung (=Abtretung der Geschäftsanteile) hat mit der Übergabe  
 gemäß § 446 BGB dagegen nichts zu tun. Allerdings kann der Käufer als  
 Gesellschafter dann den (renitenten) GF über GV-Beschluss zur Übergabe anweisen  
 und so selbst durchsetzen. Die Verpflichtung zur Übergabe bleibt aber gemäß  
 § 433 I 1 beim Verkäufer; es reicht also nicht, dass Verkäufer Geschäftsanteile  
 abgetreten hat.

16.10.2018 51






## Motive für Unternehmenskauf

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufentschluss

- Wachstum
    - Umsatzwachstum durch Akquisitionen/Renditesteigerung/zusätzliche Produktionskapazitäten
  - Aufkauf von Mitwettbewerbern
    - Auch Marktberreinigung durch Kauf und anschließende Stilllegung des Unternehmens
  - Erleichterung des Einstiegs in neuen Markt bzw. Branche
    - Geografisch für neue Gebiete (Produktion bzw. Vertrieb)
    - Erwerb neuer Marktanteile/Erweiterter Kunden- und/oder Lieferantenzugang
  - Zugang zu neuem Know-How, Lizenzen, Marken, Patente etc.
    - Zugang zu Forschungsergebnissen und Übernahme von Schlüsselmitarbeitern
  - Diversifikation und Erweiterung Produktprogramm
    - Verringerung von Abhängigkeiten (Branche/Rohstoffe/Saisonalität)
    - Verlagerung von zyklischen zu antizyklischen, stabileren Produkten bzw. Industrien
    - Horizontale und vertikale Produkterweiterung (Wertschöpfungskette)
  - Synergieeffekte und Financial Engineering
    - Cross Selling Potenziale / Kosteneinsparungspotenziale (Vertrieb, Einkauf, Produktion etc.)
- 16.10.2018  Verbesserung finanzieller Kennzahlen (Wertsteigerung) 55

## Motive für Unternehmenskauf

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Sonderfälle

- Management-Buy-Out (MBO)
  - Management des zu kaufenden Unternehmens steht auf der Erwerberseite
- Management-Buy-In (MBI)
  - Management eines fremden Unternehmens steht auf der Erwerberseite
- Finanzierung des MBO und MBI häufig über Darlehen, die durch die Vermögenswerte des übernommenen Unternehmens abgesichert werden  
**(Leveraged-Buy-Out)**  
Problem: Verstoss gegen Kapitalerhaltungsvorschriften?

16.10.2018

56

**HECKSCHEN & VAN DE LOO**  NOTARE


## Ablauf eines Unternehmenskaufs (UK)

### Überblick

- Interne Planung
- Vorgespräche
- Vorvereinbarungen im Vorfeld des UK
- Due Diligence
- Unternehmensbewertung
- Vertragsentwurf und Vertragsverhandlungen
- Vertragsabschluss
- Closing

Vorbereitung

16.10.2018 57

**HECKSCHEN & VAN DE LOO**  NOTARE

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

### Interne Planung

- Benennung eines Projektteams und –leiters
- Aufstellung eines Aktions- und Dokumentationsplans
  - Aufstellung aller erforderlichen Maßnahmen
  - Benennung der verantwortlichen Personen
  - Zeitplanung
  - Aufstellung der nötigen Dokumente
- Finanzierungsfragen
- weitere Vorbereitungen
  - genauer Kaufgegenstand
  - Entscheidung über Asset oder Share Deal

16.10.2018 58

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Interne Planung

- Neustrukturierung des betreffenden Unternehmens durch den Verkäufer, z.B. Abspaltung oder Ausgliederung eines Teilbetriebs
- Rechtzeitige Planung ist wichtig wegen
  - gesellschaftsrechtlicher Nachhaftungsregelungen (z.B. 5-jährige Nachhaftung gem. § 133 I 1; III UmwG)
  - steuerliche Behalte- und Missbrauchsfristen, z.B.
    - § 8b II und III 1 KStG: begünstigte Veräußerung (5%), aber 7-jährige Sperrfrist gem. § 22 I S. 1 bis 4 UmwStG (bei vorheriger Einbringung Unternehmen zu Buchwerten / Abschmelzung)
    - 5 Jahre gem. § 15 II S. 3 bis 5 UmwStG
    - 5 Jahre gem. § 5 III GrEStG (Einbringung Grundstück in Gesamthand - begünstigt - § 5 I; dann Verkauf Grundstück durch Gesamthand vor Ablauf von 5 Jahren)

16.10.2018

59

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Interne Planung

Vorkaufsrecht / Zustimmungspflicht bei Verfügung über Gesellschaftsanteil

Liquidationspräferenz bei Exit/ Verwässerungsschutz/ Pay to Play-Klausel

Vesting-Klausel (Bad and good leaver)

### Verkaufsverpflichtung bei Mehrheit von Verkäufern

- drag along-Klausel
  - Mitverkaufsverpflichtung. Vertragliche Vereinbarung in Beteiligungs- und/oder Gesellschaftsverträgen, die den Gesellschaftern die Pflicht auferlegt, im Falle des Verkaufes des Unternehmens die eigenen Anteile mit zu verkaufen. Hierdurch soll dem Käufer ermöglicht werden, die gesamten Anteile oder zumindest eine kontrollierende Mehrheit zu übernehmen.
- tag-/take along-Klausel
  - Mitverkaufsrecht. Eigene Anteile an einem Rechtsträger können mitverkauft werden, wenn ein Mitgesellschafter die von ihm gehaltenen Anteile veräußert.

16.10.2018

60

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Mitverkaufsverpflichtung (drag along Klausel) \*

- (1) Jeder Gesellschafter kann auf der Grundlage eines mit einer Mehrheit von [60]% aller Stimmen gefassten Beschlusses der Gesellschafterversammlung von allen anderen Gesellschaftern den Verkauf eines Teils oder aller ihrer Geschäftsanteile zu den gleichen Konditionen an einen Erwerber, der mindestens 75% der Geschäftsanteile der Gesellschaft erwerben möchte, verlangen.
- (2) Für den Fall, dass ein Gesellschafter gemäß dem vorstehenden Absatz den Verkauf von 100% der Geschäftsanteile der Gesellschaft verlangt, sind alle Gesellschafter verpflichtet, gemeinschaftlich auf einen Verkauf ihrer Geschäftsanteile oder alternativ einen Unternehmensverkauf des Vermögens der Gesellschaft hinzuwirken. Die Gesellschafter beschließen mit einer Mehrheit von [60]% der abgegebenen Stimmen die Person, die zur Verhandlung der Bedingungen der Übertragung mit dem oder den Erwerbern ermächtigt ist („Verhandlungsführer“). Nach einer solchen Bestimmung gilt der Verhandlungsführer unwiderruflich als ermächtigt, die Bedingungen eines Verkaufs mit dem oder den Dritten zu verhandeln und den Kaufvertrag mit dem oder den Dritten abzuschließen. Die Gesellschafter sind verpflichtet, dem Verhandlungsführer auf Anforderung eine entsprechende, über den Tod hinaus wirkende Vollmacht in gesonderter Urkunde zu erteilen.
- (3) Der Verhandlungsführer muss das Interesse der Gesellschafter an einer angemessenen Gegenleistung berücksichtigen. Der Verhandlungsführer hat den ausgehandelten Vertragsentwurf allen Gesellschaftern zur Kenntnis zu bringen und darf den von ihm ausgehandelten Vertrag rechtsverbindlich erst abschließen, nachdem die Gesellschafterversammlung dem Vertragsabschluss auf der Grundlage des ausgehandelten Vertragsentwurfs mit einer Mehrheit von [60]% der abgegebenen Stimmen zugestimmt hat.

\* Formulierung aus Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht  
16.10.2018

61

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Mitveräußerungsrecht (take along Klausel) \*

- (1) Veräußert Gesellschafter A (nachfolgend auch kurz „Mehrheitsgesellschafter“ genannt) Geschäftsanteile, deren Nennbetrag insgesamt mehr als [50]% des Stammkapitals der Gesellschaft ausmacht, an einen Erwerber oder eine Erwerbergruppe, so haben Gesellschafter B und C (nachfolgend einzeln und gemeinsam auch kurz „Minderheitsgesellschafter“ genannt) jeweils das Recht, von dem veräußernden Mehrheitsgesellschafter zu verlangen, auch die jeweils von ihnen gehaltenen Geschäftsanteile zu identischen Konditionen mitzuveräußern. Die Minderheitsgesellschafter können die Mitveräußerung auch verlangen, wenn die an den Erwerber veräußerten Geschäftsanteile weniger als [50]% des Stammkapitals der Gesellschaft ausmachen, der Erwerber aber zusammen mit verbundenen Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG oder Angehörigen im Sinne von § 15 AO in Folge dieses Erwerbs mehr als [50]% des Stammkapitals der Gesellschaft halten würde.
- (2) Beabsichtigt der Mehrheitsgesellschafter, Geschäftsanteile in einem das Mitveräußerungsrecht nach Abs. 1 auslösenden Umfang zu veräußern, so hat er dies den Minderheitsgesellschaftern unter Beifügung des mit dem Erwerber ausgehandelten Vertragsentwurfs schriftlich mitzuteilen. Der Vertragsentwurf soll Name bzw. Firma und Sitz des Erwerbsinteressenten, den Kaufpreis und/oder alle sonstigen Gegenleistungen für die beabsichtigte Veräußerung sowie deren Fälligkeit, Garantien, Beschaffensvereinbarungen und sonstige Gewährleistungen sowie Freistellungsverpflichtungen enthalten. Änderungen des mit dem Erwerber zu schließenden Vertrags gegenüber dem der Mitteilung beigefügten Entwurf bedürfen der Zustimmung der ihr Mitveräußerungsrecht geltend machenden Minderheitsgesellschafter.
- (3) Das Mitveräußerungsrecht wird durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Mehrheitsgesellschafter innerhalb von [vier] Wochen nach Zugang einer schriftlichen Mitteilung über den beabsichtigten Verkauf ausgeübt.
- (4) Ist der in der Mitteilung genannte Erwerber nicht bereit, neben den das Mitveräußerungsrecht begründenden Geschäftsanteilen des Mehrheitsgesellschaftern auch die Geschäftsanteile der das Mitveräußerungsrecht ausübenden Minderheitsgesellschafter zu erwerben, hat der Mehrheitsgesellschafter dies den Minderheitsgesellschaftern unverzüglich mitzuteilen. Auf Anforderung eines das Mitveräußerungsrecht geltend machenden Minderheitsgesellschaftern ist der Mehrheitsgesellschafter in diesem Fall verpflichtet, darauf hinzuwirken, dass der Mehrheitsgesellschafter und die das Mitveräußerungsrecht geltend machenden Minderheitsgesellschafter dem Erwerber Geschäftsanteile entsprechend ihrer jeweiligen Beteiligung am Stammkapital veräußern.

\* Formulierung aus Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht  
16.10.2018

62

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Vorgespräche

- Klärung der Verkaufs- bzw. Erwerbsbereitschaft der potentiellen Vertragspartner
- Beschaffung von Informationen über das Zielunternehmen
- Ermittlung der Kauf- bzw. Verkaufsmotive
- ggf. Bonitätsprüfung des Käufers

16.10.2018

63

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Vorvereinbarungen im Vorfeld des Unternehmenskaufs

- Nicht bindende Vorvereinbarungen
  - letter of intent (LOI) = reine Absichtserklärung für Kaufvertragsabschluss
  - In Verhandlungsprotokollen werden bisher erzielte Verhandlungsergebnisse und noch zu klärende Problembereiche festgehalten.
  - Wenn (ausnahmsweise) doch rechtlich bindend, Haftung bei grundlosem Abbruch der Vertragsverhandlungen nach § 311 Abs. 2 BGB möglich
  - OLG Frankfurt vom 31.10.96: *„Haben die Parteien in einem LOI vereinbart, dass sie auch einen Unternehmenskaufvertrag bis zu einem bestimmten Zeitpunkt und zu einem bestimmten Preis für im Einzelnen aufgelistete Unternehmensgegenstände abschließen wollen, haben sie einen rechtlich bindenden Vorvertrag geschlossen“*
- Bindende Vorvereinbarungen – Gesetzliche Regelung
  - zwar bereits Treue- und Geheimhaltungspflichten kraft Gesetzes (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB)
  - Geheimhaltungs- und Nichtverwertungsvereinbarungen dennoch sinnvoll

16.10.2018

64



## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Vorvereinbarungen im Vorfeld des Unternehmenskaufs

#### ➤ Bindende Vorvereinbarungen - Geheimhaltungsvereinbarung

- Zweck: Schutz des Verkäufers gegen Bekanntwerden der Veräußerungsabsicht und Nutzung der erlangten Informationen durch den potentiellen Käufer
- Inhalt:
  - Geheimhaltungsverpflichtung => Definition, wer Geheimhaltungsträger und auch was vertraulichen Information selbst ist und deren Dokumentation
  - Ausnahmen: bereits bekannte/öffentlich zugängliche Informationen, Anforderung durch Gericht oder Verwaltungsbehörde, Wirtschaftsprüfer als Informationsempfänger, schriftliche Zustimmung des Verkäufers
  - Rückgabe/Löschungspflicht des potentiellen Käufers
  - Erfüllungsanspruch bzw. SchE nach § 280 I BGB oder Vereinbarung Vertragsstrafe bei Verletzung (§ 339 BGB)
  - Unbefristet/befristet, §§ 158, 163 BGB
- Nur begrenzter Schutz, z.B. bei Know-How + Weitergabe Info an Wettbewerber
  - => gestuftes Offenlegungsverfahren, sorgfältige Auswahl der potentiellen Käufer (z.B. unter Ausschluss von bestimmten Wettbewerbern)

16.10.2018

65

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Vorvereinbarungen im Vorfeld des Unternehmenskaufs

- Alternative: käuferrelevante Daten werden einem geheimhaltungspflichtigen Dritten, z.B. Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwalt, Steuerberater, mitgeteilt.
- Break-Fee-Vereinbarung = Regelung über Kostentragung und Aufwendungsersatz für den Fall des Scheiterns der Vertragsverhandlungen
- Option
  - Recht, Vertragsabschluss durch einseitige Erklärung herbeiführen zu können
  - Call-Option: zugunsten des Käufers; Put-Option: zugunsten des Verkäufers
- Vorvertrag
  - beinhaltet Verpflichtung zum Abschluss eines Hauptvertrages
  - nur wirksam wenn essentialia negotii hinreichend bestimmt oder bestimmbar
  - Formvorschriften des Hauptvertrages gelten
  - => kaum empfehlenswert (dann gleich Hauptvertrag)

16.10.2018

66

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Geheimhaltungs-(Vertraulichkeits-)Vereinbarung:\*

„Im Zusammenhang mit der Bewertung eines möglichen Erwerbs einer Beteiligung an der Gesellschaft (die „Transaktion“) ist der Erwerber an dem Erhalt bestimmter geheimer und vertraulicher Informationen bezüglich der Gesellschaft einschließlich Informationen bezüglich der Geschäftstätigkeit, der Finanzlage, der Geschäftsabschlüsse, Vermögenswerte und Verbindlichkeiten („Geheime Informationen“) von der Gesellschaft interessiert. Mit Abschluss dieser Vereinbarung beabsichtigen die Parteien, die Vertraulichkeit der Geheimen Informationen, die dem Erwerber den in Zusammenhang mit der Bewertung der Transaktion zur Verfügung gestellt werden, zu wahren. Daher wird hiermit zwischen den Parteien Folgendes vereinbart:

§ 1 Der Erwerber wird die Geheimen Informationen vertraulich behandeln und nur zum Zweck der Bewertung der Transaktion verwenden. Der Erwerber verpflichtet sich, die Geheimen Informationen nicht ohne vorherige schriftliche Zustimmung des Veräußerers oder der Gesellschaft Dritten zugänglich zu machen.

§ 2 Der Erwerber ist berechtigt, die Geheimen Informationen an Mitarbeiter oder Berater weiterzugeben, die mit der Bewertung der Transaktion beauftragt sind. Der Erwerber ist verpflichtet, die vorgenannten Personen über die aufgrund dieser Vereinbarung bestehende Geheimhaltungsverpflichtung vor Bekanntgabe einer Geheimen Information zu informieren. Der Erwerber steht für die Einhaltung der Verpflichtungen gemäß dieser Vereinbarung durch die vorgenannten Personen ein.

§ 3 Die Verpflichtung zur Geheimhaltung, und Nicht-Weitergabe findet nur Anwendung auf Informationen, die

- a) nicht bereits allgemein bekannt sind;
- b) dem Erwerber nicht bereits vorher von der Gesellschaft oder deren Vertretern auf nicht vertraulicher Basis gewährt worden waren;
- c) dem Erwerber nicht von Dritten auf nicht vertraulicher Basis zugänglich gemacht wurden, es sei denn, dass dem Erwerber bekannt war, dass dieser Dritte seinerseits durch die Weitergabe eine Geheimhaltungsvereinbarung mit dem Veräußerer oder der Gesellschaft verletzt hat.

§ 4 Eine Geheimhaltungsverpflichtung besteht nicht, soweit der Erwerber gesetzlich verpflichtet ist, Geheime Informationen in gerichtlichen, behördlichen oder sonstigen Verfahren zu offenbaren.

§ 5 Der Erwerber verpflichtet sich, auf schriftliche Anforderung des Veräußerers sämtliche ihm aufgrund dieser Vereinbarung überlassenen Unterlagen, Daten oder Datenträger sowie sämtliche Kopien oder Teile hiervon, die sich noch im Besitz des Erwerbers befinden, an die Gesellschaft zurückzugeben oder zu zerstören und der Gesellschaft die Zerstörung schriftlich zu bestätigen.

§ 6 Weder das Abhalten der beabsichtigten Verhandlungen noch die Bekanntgabe Geheimer Informationen nach dieser Vereinbarung verpflichtet die jeweils andere Partei zum Abschluss einer Transaktion oder zur Aufnahme von Geschäftsbeziehungen zu der jeweils anderen Partei.

§ 7 Im Falle jedes Verstoßes gegen die vorstehend getroffenen Vereinbarungen ist der Erwerber zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von EUR 500 000 verpflichtet. Je zwei Wochen einer fortgesetzten Verletzungshandlung gelten als selbständiger Verstoß. Die Geltendmachung darüber hinausgehender Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche durch den Veräußerer und die Gesellschaft bleiben hiervon unberührt. Die Vertragsstrafe ist auf Schadensersatzansprüche anzurechnen.“

\* Aus Vertragshandbuch „Recht und Steuern“, Beck-Verlag

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Letter of Intent – Muster\*:

#### I. Kauf- bzw. Verkaufsabsicht

##### 1. Unsere Kaufabsicht

In Abstimmung mit unserem Aufsichtsrat bestätigen wir unsere Absicht, das Unternehmen der Z-GmbH (Gesellschaft), mindestens aber 76% der Geschäftsanteile an der Gesellschaft (durch Kauf von Anteilen oder Zeichnung einer Kapitalerhöhung) zu erwerben. Der Unternehmenswert soll zwischen dem vier- und dem sechsfachen des durchschnittlichen bereinigten Gewinns (vor Zinsen und Ertragsteuern „EBIT“) der Gesellschaft in den Jahren 2011–2014 (abzüglich zinstragender Verbindlichkeiten) betragen; davon soll etwa 1/3 in Aktien unserer Gesellschaft oder in einem mittelfristigen Schuldscheindarlehen erbracht werden. Stichtag soll der 1. Juli des laufenden Jahres sein. Andere wesentliche Punkte des beabsichtigten Unternehmenskaufvertrages ergeben sich aus dem Übersichtsblatt in Anlage A.

Eine spätere, weitergehende Kooperation zwischen uns und der Gesellschaft einerseits und Ihren anderen Unternehmen andererseits wird von Ihnen und uns geprüft, ist aber nicht Gegenstand der laufenden Verhandlungen oder dieses Schreibens.

##### 2. Entwurf, Referenz, Projektleiter

Als erste Schritte sind auf unserer Seite vorgesehen:

- a) Wir werden Ihnen bis zum Ablauf einer Woche nach Rückgabe der gegengezeichneten Kopie dieses Schreibens einen Vertragsentwurf gemäß dem Vorstehenden mit üblichen Gewährleistungen und sonstigen Bedingungen als Grundlage für die weiteren Verhandlungen vorlegen.
- b) Wir werden Ihnen gleichzeitig eine Bankreferenz und einen Kapitalnachweis vorlegen. Weiter werden wir Ihren Wirtschaftsprüfer, A, unseren Jahresabschluss für das letzte abgelaufene Wirtschaftsjahr vorlegen.
- c) Als unseren Projektleiter benennen wir Herrn P. Wir bitten, alle Gespräche bezüglich des Gegenstandes dieses Schreibens ausschließlich mit ihm zu führen, soweit er nicht für bestimmte Arbeitsbereiche ausdrücklich eine bestimmte andere Person benennt.

##### 3. Ihre Verhandlungsabsicht

In Abstimmung mit Ihrer Gesellschafterversammlung beabsichtigen Sie, mit uns auf der Grundlage des Vorstehenden über den Abschluss eines Unternehmenskaufvertrages zu verhandeln. Als Ihren Projektleiter haben Sie Frau Q benannt. Wir werden alle Gespräche ausschließlich mit ihr führen, soweit sie nicht für bestimmte Arbeitsbereiche ausdrücklich eine bestimmte andere Person benennt.

##### 4. Verhandlungen und Abschluss

Die Verhandlungen über den Unternehmenskaufvertrag sollen spätestens eine Woche nach Vorlage des Vertragsentwurfes gemäß vorstehend I.2.a mit einer mindestens eintägigen Sitzung an einem von Ihnen zu bestimmenden Ort beginnen und spätestens am 8. Juli des laufenden Jahres mit Abschluss des notariellen Unternehmenskaufvertrages beendet werden, der der Zustimmung unseres Aufsichtsrates bedarf.

16.10.2018

\* Aus Vertragshandbuch „Recht und Steuern“, Beck-Verlag

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Letter of Intent – Muster:

#### II. Ablauf

Zur Vorbereitung und Durchführung des Vorstehenden dienen die folgenden Schritte.

##### 1. Unterlagen

Ihre Wirtschaftsprüfer, A, werden unseren Wirtschaftsprüfern, B, binnen zehn Tagen nach Eingang dieses Schreibens bei Ihnen

– die testierten Jahresabschlüsse 2010 bis 2013 (Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung, Geschäftsbericht),

– das Budget 2014 und

– die Unternehmens- und Investitionsplanung 2013 bis 2017

der Gesellschaft vollständig zur Prüfung zugänglich machen. Unsere Wirtschaftsprüfer werden uns über das Ergebnis ihrer Prüfung anhand unseres Fragenkatalogs ausschließlich schriftlich (mit Kopie an Sie) und ergänzend in einer mündlichen Besprechung in Anwesenheit Ihrer Wirtschaftsprüfer oder eines anderen von Ihrem Projektleiter Benannten unterrichten. Die Prüfung soll bis spätestens 27.5.2014 abgeschlossen sein.

##### 2. Erstes Management-Gespräch

Nach Abschluss der Prüfung gemäß II.1. werden Sie unserem Vertriebs- und unserem Finanzvorstand Gelegenheit zu mindestens einem ausführlichen Gespräch (in Anwesenheit Ihres und unseres Projektleiters) mit dem für Vertrieb bzw. Finanzen zuständigen Geschäftsführer der Gesellschaft über gemeinsam interessierende Fragen geben, darunter über die Möglichkeit und die Bedingungen einer Fortsetzung der Tätigkeit der beiden Herren für die Gesellschaft nach einem Erwerb durch uns.

Nach Abstimmung mit Ihnen werden wir dem Management von Z unser Modell zur Incentivierung und Beteiligung vorstellen und darüber mit den interessierten Mitgliedern des Managements verhandeln.

##### 3. Weitere Management-Gespräche

Bei planmäßigem Verlauf der Verhandlungen werden Sie je einem Vertreter unserer Seite Gelegenheit zu einem ausführlichen Gespräch (in Anwesenheit Ihres und unseres Projektleiters)

– mit dem Leiter des Forschungslabors, das die Gesellschaft gemeinsam mit der Y GmbH betreibt, und

– mit einem möglichst hoch positionierten Vertreter Ihres Hauptabnehmers, der Firma R AG,

geben, wobei – ohne die Erwähnung des beabsichtigten Unternehmenskaufs – die Möglichkeit einer Kooperation zwischen der Gesellschaft und unseren Unternehmen erörtert werden soll.

##### 4. Rechtspflichten

Aus dem Vorstehenden erwachsen Ihnen und uns Ansprüche weder auf Erfüllung noch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Sollte bis zum 8. Juli kein Vertrag zustande gekommen sein, sind jegliche Ansprüche im Zusammenhang mit dem Vorstehenden ausgeschlossen.

69

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Letter of Intent – Muster:

#### III. Verpflichtungen

1. Geheimhaltung – siehe Muster Geheimhaltungsvereinbarung -

##### 2. Kostenersatz

Sollte der Unternehmenskaufvertrag bis zum Ablauf von drei Monaten nach dem in I.4. genannten Zeitpunkt nicht zu Stande kommen, obwohl Sie den Mitwirkungspflichten gemäß II.1 bis 3 nachgekommen sind, so erstatten wir Ihnen die üblichen Honorare und Reisekosten Ihrer Wirtschaftsprüfer, A, im Zusammenhang mit II.1. bis zum Gesamtbetrag von [...]. Darüber hinaus erstatten wir Ihnen nach Durchführung der Gespräche gemäß II.2 und 3 die üblichen Honorare und Reisekosten Ihrer Anwälte im Zusammenhang mit den Verhandlungen bis zum Gesamtbetrag von [...], ggf. je zzgl. Umsatzsteuer gegen ordnungsgemäße Rechnungsstellung. Eine ggf. auszuhandelnde Optionsgebühr für den Fall der Einräumung der von uns gewünschten Kaufoption, die im Übrigen nicht Gegenstand dieses Schreibens ist, bleibt unberührt.

##### 3. Ausschließlichkeit

Sie werden während des Fortgangs der Verhandlungen und Prüfungen gemäß dem Vorstehenden, mindestens bis zum Ablauf von einem Monat nach dem in I.4. genannten Zeitpunkt des vorgesehenen Vertragsschlusses, keine Gespräche über die Veräußerung, ganz oder teilweise, der Gesellschaft oder Ihres Unternehmens an Dritte bzw. den Erwerb, ganz oder teilweise, einer mit der Gesellschaft räumlich und sachlich konkurrierenden Gesellschaft führen. Bei jeder Verletzung dieser Ausschließlichkeit durch die eine Seite ist die andere Seite von allen etwaigen Verpflichtungen im Zusammenhang mit diesem Schreiben vollständig und endgültig entbunden.

##### 4. Entfallen mit Vertragsschluss

Die vorstehenden Bestimmungen III.1 bis 4 entfallen von Anfang an mit Abschluss des Unternehmenskaufvertrages. Sie entstehen jedoch erneut und von Anfang an mit Wegfall des Unternehmenskaufvertrages, es sei denn, der Wegfall wäre von dem gemäß Ziff. III.1 bis 4 jeweils Berechtigten zu vertreten.

#### IV. Recht, Gerichtsstand

Die Erklärungen und Vereinbarungen dieses Schreibens und alle Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit seinem Gegenstand unterstehen ausschließlich deutschem Recht und der ausschließlichen internationalen und örtlichen Gerichtsbarkeit der für den Sitz der Gesellschaft zuständigen Gerichte.

\*\*\*

Zum Zeichen Ihres Einverständnisses mit dem Vorstehenden bitten wir um Gegenzeichnung und Rückgabe der beigefügten Kopie dieses Schreibens.

16.10.2018

70

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Due Diligence (Unternehmensprüfung) - Funktionen

- **Informationsbeschaffung** im Vorfeld einer Transaktion
  - Kaufinteressent hat Bedürfnis, das Zielunternehmen so genau wie möglich zu analysieren, um die für ihn wichtigen Wirtschaftsgüter und Rechtsbeziehungen festzustellen.
  - Wertbestimmung von Unternehmen
  - Finanzierung von Unternehmen
- **Identifizierung von Risiken und Schwachstellen** einer Transaktion
  - ggfs. durch aufschiebende Bedingungen, Gewährleistungen, Bürgschaften, Garantien und andere Sicherheiten abzufedern
- **Offenlegung und Dokumentation einer Transaktion zu Beweis Zwecken**
  - Vertragspartei kann nicht ohne weiteres reklamieren, sie sei auf bestehende Gegebenheiten und Risiken nicht ausreichend hingewiesen
  - ggfs. haftungsrelevant
    - z.B. Offenlegungsschreiben (disclosure letter) mit entsprechendem Haftungsausschluss

16.10.2018

71

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Due Diligence – Erleichterungen des Verkaufs durch den Verkäufer

#### Investitionsübersicht

- entweder in anonymisierter Form (blind teaser) oder
- mit genauer Identifikation der Investitionsmöglichkeit (executive summary)

#### Verkaufsprospekt (information memorandum)

- ggfs. Unterlagen der Vendor's Due Diligence

#### Managementpräsentation / Bankers' meeting

#### Datenraum (data room)

- Datenraumerklärung ist einseitige Verpflichtung, § 241 I 1 BGB
- physischer Datenraum
- virtueller Datenraum (CD-ROM, Internetzugang)

#### Ortsbesuche, Management- und Mitarbeitergespräche

**Strukturierung dieses Prozesses ist eine Hauptaufgabe einer Investmentbank**

16.10.2018

72

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Arten der Due Diligence - 1

- Due Diligence mit **unterschiedlichen Erkenntnisinteressen**, z. B.
  - **Verkäufer** (vendor's due diligence):  
Identifikation wertmindernder Faktoren, Erhöhung Investoreninteresse
  - **Käufer** (buyer's due diligence)
    - **strategische** Unternehmenserwerber
      - Due Diligence mit Blick auf **Chancen und Risiken**
    - **Finanzinvestoren**
      - Due Diligence mit Blick auf Chancen und Risiken sowie **Veräußerungsmöglichkeiten**
  - finanzierende **Banken**
    - besonderes Schwergewicht auf **Risiken**
- erst Due Diligence dann Vertragsgestaltung
  - in Praxis oft nicht beachtet

16.10.2018

73

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Arten und Unterlagen der Due Diligence - 2

- **finanzielle** (financial) Due Diligence  
= Ermittlung finanzieller Situation des Unternehmens (gestützt auf Rechnungswesen)
  - ❖ Vergangenheitsanalyse
  - ❖ **Jahresabschlüsse**  
(insbesondere Bilanzen sowie Gewinn- und Verlustrechnungen)  
mit Berichten der Wirtschaftsprüfer für die letzten drei Geschäftsjahre
    - sowohl Einzelabschluss als auch ggfs. Konzernabschluss
    - Jahresabschlüsse von etwaigen Beteiligungsgesellschaften
  - ❖ unterjährige, **betriebswirtschaftliche Auswertungen** (BWAs)
  - ❖ **Finanzierung** des Unternehmens (Eigenkapital und Fremdkapital)
  - ❖ Übersicht der **Umsätze** in den letzten drei Geschäftsjahren aufgeteilt nach den Hauptproduktgruppen und Hauptkunden

16.10.2018

74

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Arten und Unterlagen der Due Diligence - 3

- Kostenrechnung des Unternehmens (Betriebskostenstruktur, Kapitalkostenstruktur)
- Liste der Bankkonten
- Aufstellung der Miet- und Leasingverträge über betriebliche Gegenstände und Maschinen unter Angabe der jeweiligen Laufzeit (Beginn und Ende) und der Zahlungsverpflichtungen
- **Zukunftsanalyse**
  - Geschäftsplan
- **wirtschaftliche** (commercial / market) Due Diligence  
= Situation des Markts (insb. Markt, Wettbewerb, Geschäftsmodell, Differenzierung)
- **rechtliche** (legal) Due Diligence  
= Rechtsverhältnisse des Unternehmens (z.B. Lizenzen)

16.10.2018

75

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Arten und Unterlagen der Due Diligence - 4

- **steuerliche** (tax) Due D. = steuerliche Situation des Unternehmens
  - letzter Betriebsprüfungsbericht
- **Umwelt-** (environmental) Due D. - umweltrechtliche Situation des Unternehmens
  - bisherige Nutzung der Grundstücke unter besonderer Berücksichtigung früherer Industrieansiedlungen
  - Auflistung aller im Betrieb vorhandenen umweltgefährdenden Stoffe
  - Umweltschädigungen und deren Beseitigung unter Vorlage
    - **behördlicher** Verfügungen und Gutachten einschließlich etwaiger Umwelt-Audits, die bereits durchgeführt worden sind, und
    - des **betrieblichen** Umweltmanagement-Systems
- **personelle** (management) Due Diligence = Qualifikation der Führungskräfte
  - Arbeitnehmer einschließlich leitender Angestellter unter Angabe des Alters, des Eintrittsjahres, der Funktion und der Vergütung

16.10.2018

76

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Arten und Unterlagen der Due Diligence – 5

- **Versicherungs-** (insurance) Due Diligence = Risikoabsicherung des Unternehmens
- **Due Diligence zur Aufdeckung wirtschaftskrimineller und korrupter Strukturen** (integrity)
- Sonderfälle:
  - technische (technical) Due Diligence = z.B. Zustand der Anlagen
    - technisches Gutachten über Verwendbarkeit und Funktionstauglichkeit der Maschinen, Fahrzeuge, EDV und sonstiger Anlagen und Einrichtungen
  - geologische (geological) Due Diligence = z.B. Reserven eines Rohstoffunternehmens
- **Legal Due Diligence**
  - Informationen über das Zielunternehmen für den Erwerber
  - Aufdeckung der Risiken und Schwachstellen
  - Beweismittel über Zustand des Unternehmens
  - zur (mangelnden) Pflicht des RA Mietverträge auf Einhaltung des Schriftformerfordernisses zu überprüfen (LG Berlin vom 14.9.2012 - 2 O 540/11 - openjur)

16.10.2018

77

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Arten und Unterlagen der Due Diligence – 6

- **Vorbereitung einer Legal Due Diligence in der Regel mit Hilfe einer Checkliste**
  - Unternehmensstruktur (Satzung/HRA/Gesellschafterliste – Abtretungen und Verpfändungen)
    - Einzahlung auf Stammeinlagen/Gesellschaftervereinbarungen/ AR-, Vorstands-, HV-Protokolle
  - Gesellschaftsvermögen
    - Immobilien – GBA, Pläne, Kauf- bzw. Mietverträge
    - gewerbliche Schutzrechte (Patente, Marken, Warenzeichen, Lizenzverträge, AN-Erfindungen)
  - Jahresabschlüsse und Prüfungsberichte
  - Vertragsverhältnisse (Verpflichtungen/Geschäftsbeziehungen/Risikoabsicherung)
    - Kredite und deren Sicherung (Bürgschaft, Garantie, Grundschulden, Sicherungsabtretung); Sicherheiten für und von Dritten
    - Vereinbarungen mit wichtigen Kunden/Lieferanten/ Wettbewerbsbeschränkungen
    - Versicherungsverträge (Umweltrisiken!)

16.10.2018

78

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Arten und Unterlagen der Due Diligence – 6

- Personalwesen  
(Liste AN; Verträge mit GF und Leitungsebene mit Gehalt und Kündigungsfrist)
  - Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen  
(inkl. Interessenausgleichs-/Sozialplanvereinbarungen, § 111 I 1 und 2 BetrVG),
  - Versorgungszusagen + Gutachten wg. Rückstellungen
- Öffentliches Recht/Umweltrecht
  - Genehmigung Betriebsanlage (z.B. BimSchG; Baugenehmigung; B-Plan)
- Prozessrisiken
  - Aufzistung aller schwebenden und drohenden Prozesse und behördlichen Untersuchungen und Verfahren
- Rechtsdokumente für umweltrechtliche Due Diligence (z.B. Genehmigung BImSchG)

#### ➤ Data Room:

- Datenräume mit sämtlichen relevanten Informationen (Daten, Unterlagen)
- Einrichtung durch Verkäufer
- Verhaltens- und Geheimhaltungsregelungen

16.10.2018

79

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Due diligence – Fall: (nach OLG Oldenburg NZG 2007, 434; LG Köln BB 2009, 186)

**Sachverhalt:** Der Mehrheitsgesellschafter (80%) M der A-GmbH, die Rehabilitationskliniken betreibt, will seine Geschäftsanteile wegen der sich in den letzten Geschäftsjahren anhäufenden Verluste, verkaufen. Konkurrenzunternehmen B-GmbH, will die Anteile nach kurzer Prüfung wegen der Verlustsituation zunächst nicht erwerben. Der M senkt daraufhin sein Verkaufsangebot um die Hälfte und die B-GmbH hat jetzt dann doch Interesse. Eine Due Diligence bei der A-GmbH ist durch den Geschäftsführer G der B-GmbH allerdings nicht geplant. Der bei der B-GmbH installierte Beirat bekommt von dem geplanten Erwerb jedoch „Wind“ und verlangt, dass der G eine Due Diligence durchführen lässt, was der G an die A-GmbH weitergibt. Der Minderheitsgesellschafter X in der A-GmbH wehrt sich gegen die Due Diligence, weil er den Verrat von Geschäftsgeheimnissen an die Konkurrenz wittert. Daraufhin entschließt sich G, nachdem der Verwaltungsleiter der A-Kliniken, der diese in den letzten Jahren verantwortlich gemanagt hat, ein „Kurzgutachten“ über die A-GmbH erstellt hatte, auch ohne diese Maßnahme zum Kauf der Mehrheitsbeteiligung an der A-GmbH. Der Beirat stimmte schlussendlich zu, wobei G diesen jedoch über die erste negative Einschätzung nicht informiert hatte. Die A-GmbH macht in der Folgezeit weiterhin Verluste. Der Beirat will nun wissen, ob die B-GmbH Ansprüche gegen G hat und ob X die Due Diligence bei der A-GmbH verhindern durfte. Wie ist die Rechtslage?

16.10.2018

80



## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE

**Due diligence – Fall: (nach OLG Oldenburg NZG 2007, 434; LG Köln BB 2009, 186)**

§ 43 II iVm I GmbHG – Anspruch der B-GmbH auf SchE gegen G?

- Vertretung der GmbH durch GV, § 46 Nr. 8 GmbHG (ggf. kraft Satzung durch Beirat)
- Obliegenheitsverletzung:
  - fehlerhafte Vorbereitung des Geschäftsanteilerwerbs (=Unternehmenskaufes)?
  - Klinikerwerb = typische unternehmerische Entscheidung, wobei der GF erheblichen Ermessensspielraum hat, der auch bewusstes Eingehen unternehmerischer Risiken mit der Gefahr von Fehlbeurteilungen einschließt (vgl. § 93 I 2 AktG). Die Grundlagen der unternehmerischen Entscheidung sind jedoch in geschäftsüblicher, sorgfältiger Weise aufzuklären (BGH NJW 2003, 358).
  - Die nachhaltige Verlustlage der Klinik (starke Abhängigkeit von Saisonbelegung; fehlende Eignung als AHB-Einrichtung – krankenversicherte Anschlussrehabilitation nach Krankenhausaufenthalt) hatten sich bis zur Kaufentscheidung nicht geändert. Kurzgutachten mit Wirtschaftlichkeitsberechnung wurde vom Klinikleiter erstellt, der die Verluste zu verantworten hatte und waren mit erster Einschätzung von G nicht in Einklang zu bringen.
  - G hätte externe Sachverständige hinzuziehen müssen.
  - Due Diligence ist gängige Praxis beim Unternehmenskauf und Pflicht des G jedenfalls dann, wenn das zu kaufende Unternehmen in Verlustsituation. => Obliegenheitsverletzung (+)

16.10.2018

81

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE

**Due diligence–Fall: (nach OLG Oldenburg NZG 2007, 434; LG Köln BB 2009, 186)**

§ 43 II iVm I GmbHG – Anspruch der B-GmbH auf SchE gegen G?

- Kann sich G auf Weigerung des X zur Due Diligence berufen?
  - GF ist gegenüber der A-GmbH zur Geheimhaltung verpflichtet (vgl. § 93 I 3 AktG zur AG)
  - § 51 a I GmbHG
    - => umfassendes Informationsrecht des einzelnen Gesellschafters, also hier von M
    - aber § 51 a II GmbHG: gesellschaftsfremde Zwecke? Nein, vgl. § 15 I GmbHG
    - jedoch Treuepflicht, also keine Weitergabe der Info an Konkurrenten (OLG Köln-13.10.13; 18 W 66/13); ebenso bei Vinkulierung/ Wettbewerbsverbot in Satzung und Info vor Zustimmung der Mitgesellschafter
    - Lösung: Dispens davon durch GV, aber nur einstimmig! (LG Köln a.a.O. - str.: ¾)
    - Anspruch auf diesen Beschluss, wenn veräußernder Gesellschafter vorsorgt:
      - VertraulichkeitsV; Anonymisierung der Info; gestufte Info-Weitergabe (s.u.)
  - Ergebnis = Faktische unzulässige Vinkulierung der Anteile?
    - Nein: Einschaltung eines neutralen Wirtschaftsprüfers (WP), der alle Daten erhält und auswertet, jedoch nur das Ergebnis dem Käufer mitteilen darf. Aus der Sicht der B-GmbH hatte deren G auch diesen Versuch unterlassen
  - G kann sich auf berechnigte Weigerung des X jedoch nicht berufen: Entweder hätte er auf Verfahren der Due Diligence über WP bestehen oder, wenn auch dies verweigert worden wäre, vom Kauf Abstand nehmen müssen

16.10.2018

82

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



**Due diligence–Fall: (nach OLG Oldenburg NZG 2007, 434; LG Köln BB 2009, 186)**

§ 43 II iVm I GmbHG – Anspruch der B-GmbH auf SchE gegen G?

- Weitere Pflichtverletzung, dass G Beirat über erste Einschätzung nicht informierte?
  - §§ 52 I GmbHG; 90 IV AktG  
(unbedingte Offenheit hinsichtlich des für die Entscheidung Wesentlichen!)
  - Unterlassen kausal für Schaden?  
Ja, da bewertende Betrachtung und kein Empirie  
(=> das neuere Gutachten ist nicht automatisch das Bessere!)

16.10.2018

83

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Due Diligence und Gewährleistung

- Käufer hat grob fahrlässige Unkenntnis bzgl. der Umstände, die er bei einer sorgfältigen Due Diligence hätte erfahren können, zu vertreten, **§ 442 I 2 BGB**
  - Maß seiner Sorgfalt bestimmt sich nach den Umständen (Geschäftsgewandtheit)
  - Zumindest, wenn Erkenntnisse über zu erwerbendes Unternehmen nicht ausreichend gesichert sind, ist umfassende due diligence durchzuführen (**OLG Oldenburg NZG 2007, 434**)
  - z.B.: Unsicherheiten bei betriebswirtschaftlichen Daten/Verlustphasen/negative Prognosen oder Kauf aus einer Insolvenz  
anders: bei Erwerb von Kleinunternehmen/freiberuflichen Praxen
- Grundlage von detaillierten Haftungs- und Gewährleistungsregelungen im Unternehmenskaufvertrag

16.10.2018

84

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Due Diligence – Rechtliche Schranken – 1 Geheimhaltungspflichten bei der GmbH

- GmbH-Geschäftsführer bedürfen für Informationsweitergabe an Dritte eines zustimmenden, einstimmigen Beschlusses der Gesellschafterversammlung
- ggf. Weisung der Gesellschafterversammlung
- GmbH-Gesellschafter haben ggü. GmbH umfassendes Einsichtnahme- und Auskunftsrecht, § 51 a I GmbHG
  - Verweigerung der Einsichtnahme und Auskunft (vgl. § 51 a II GmbHG)
    - berechtigt bei geplanter Weitergabe an Konkurrenten
    - str. bei geplanter Weitergabe an sonstige Dritte
    - Informationsverweigerung bedarf eines Beschlusses der Gesellschafter (§ 51a II 2 GmbHG)
  - Erlangte Informationen müssen vertraulich behandelt werden, insbes. Weitergabe an Konkurrenten ist ohne Einverständnis der Mitgesellschafter verboten

16.10.2018

85

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Due Diligence – Rechtliche Schranken – 2 Geheimhaltungspflichten bei der GmbH

#### LG Köln vom 26.3.2008 (BB 2009, 186)

- Über die Gestattung einer Due Diligence entscheidet bei einer GmbH die Gesellschafterversammlung durch einstimmigen Beschluss
- Keine unbillige Benachteiligung, keine faktische Vinkulierung
- Weitergabe umfassender gesetzlicher Informationsrechte (§ 51 a GmbHG) durch Treuepflicht des Gesellschafters ggü. Gesellschaft und Gesellschaftern begrenzt
  - Insbesondere, wenn der Kaufinteressent ein Wettbewerber

Lösung: Due Diligence durch neutralen Wirtschaftsprüfer, der Daten auswertet und nur Ergebnis mitteilt

16.10.2018

86

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Due Diligence – Rechtliche Schranken – 3 Geheimhaltungspflichten bei der AG

- Geheimhaltungspflicht des Vorstandes gemäß § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG
  - Nicht gegenüber Aufsichtsrat, § 90 AktG
  - Nicht gegenüber WP, soweit § 320 I und II HGB reicht
  - Gegenüber Aktionär im Rahmen des § 131 AktG (vgl. dort III Nr. 1) bei Gleichbehandlung; Aktionäre haben – anders als GmbH-Gesellschafter (§ 51 a GmbHG) - kein umfassendes Einsichtnahme- und Auskunftsrecht, sondern nur Fragerecht auf der Hauptversammlung
  - Nicht gegenüber herrschendem Unternehmen, §§ 15, 17, 18, 311 AktG – einheitliche Leitung
- kein Weisungsrecht des Aufsichtsrates oder der Aktionäre
- Pflicht des Vorstandes, die Gesellschaftsinteressen wahrzunehmen
  - Unternehmensverkauf kann im Interesse der Gesellschaft liegen
  - Aber nur bei Vertraulichkeitsvereinbarung und eindeutiger Vorteilhaftigkeit des UK's
  - Vorstandsbeschluss zwingend erforderlich
  - bei Börsennotierung Insiderregeln beachten (§ 14 I WpHG); nur bei außerbörslichen Erwerb ist Zulässigkeit der Due Diligence sowohl für Verkäufer wie für Käufer anerkannt
    - Arg.: Andernfalls wären Unternehmenskäufe nicht mehr durchführbar

16.10.2018

87

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Due Diligence – Rechtliche Schranken - 4 Geheimhaltungspflichten wegen datenschutzrechtlicher Bestimmungen

- Grenzen der Übermittlung von Arbeitnehmerdaten
  - §§ 1 I; 4 I BDSG: Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten verboten, soweit nicht gesetzlich oder durch Betroffenen erlaubt (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt)
  - hier:
    - Arbeitnehmerzustimmung unrealistisch, da UnternVK regelmäßig geheim
    - aber: § 28 I 1 Nr. 2 iVm II Nr. 1 BDSG => nur gestufte Info nach Verhandlungsfortschritt
    - sensible Daten nach § 3 IX BDSG (Gewerkschaftszugehörigkeit; Krankheiten) nur anonymisiert
    - nach Verkauf auch beim asset Deal wegen Betriebsübergang (§ 613 a BGB) zulässig
    - bei Verstoß gegen BDSG: keine Nichtigkeit des UnternK-Vertrages
    - aber: Bußgeld bis zu 300 T€

16.10.2018

88

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Due Diligence – Rechtliche Schranken - 5

#### Geheimhaltungspflichten wegen datenschutzrechtlicher Bestimmungen

- Verkauf von Arzt-, Rechtsanwalts-, Steuerberatungspraxen
  - damit verbunden ist zwangsläufig Übergabe der Akten
- Themen
  - Übernahme des Mandatsverhältnisses = Vertragsübernahme (§§ 414 ff BGB analog) => Zustimmung Mandant **zwingend**
    - => bei fehlender Zustimmung Nichtigkeit des Praxiskaufvertrages nach § 134 BGB i.V.m. § 203 StGB
  - Abtretung nur der Honorarforderung nach § 398 BGB
    - hier Probleme:
      - Selbstbestimmungsrecht der Mandanten und Patienten
      - berufsrechtliche Geheimhaltungspflichten
    - Lösung: Zustimmung aller betroffenen Mandanten oder Patienten zur Abtretung

16.10.2018

89

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Due Diligence – Rechtliche Schranken - 6

#### Geheimhaltungspflichten wegen datenschutzrechtlicher Bestimmungen

#### Rechtsfolgen fehlender Zustimmung zur Datenweitergabe

- BGH NJW 1995, 2026 (Rechtsanwaltskanzlei);
- BGH NJW 1996, 2087 (Steuerberaterpraxis): Unternehmenskaufvertrag nichtig
- BGH NJW 1992, 737 (Arztpraxis): Verpflichtung zur Aktenübergabe nichtig

#### Abtretung ärztlicher oder anwaltlicher Honorarforderungen

- BGH NJW 1992, 2348: Abtretung ohne Zustimmung der Mandanten oder Patienten unwirksam
  - Arg.: Recht auf informationelle Selbstbestimmung Art. 2 I; 1 I GG
  - § 402 BGB => Offenbarungspflicht => Verstoß gegen § 203 I Nr. 1 od. 3 StGB => § 134 BGB
- Heute für RAe: BGH NJW 2007, 1196: Abtretung anwaltlicher Forderungen an Rechtsanwalt ohne Zustimmung des Mandanten wirksam (arg.: § 49 b BRAO)

16.10.2018

90

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Due Diligence – Rechtliche Schranken - 7 Geheimhaltungspflichten wegen datenschutzrechtlicher Bestimmungen

#### § 49 b Abs. (4) BRAO:

Die Abtretung von Vergütungsforderungen oder die Übertragung ihrer Einziehung an Rechtsanwälte oder rechtsanwaltliche Berufsausübungsgemeinschaften ist zulässig. Im Übrigen sind Abtretung oder Übertragung nur zulässig, wenn eine ausdrückliche, schriftliche Einwilligung des Mandanten vorliegt oder die Forderung rechtskräftig festgestellt ist. Vor der Einwilligung ist der Mandant über die Informationspflicht des Rechtsanwalts gegenüber dem neuen Gläubiger oder Einziehungsermächtigten aufzuklären. Der neue Gläubiger oder Einziehungsermächtigte ist in gleicher Weise zur Verschwiegenheit verpflichtet wie der beauftragte Rechtsanwalt.

- ⇒ Erlaubnisnorm i.S.d. § 203 StGB (Verletzung von Privatgeheimnissen) = Rechtfertigungstatbestand, da Verschwiegenheitspflicht des Zessionars
- ⇒ Unterschiedliche Behandlung von Ärzten und Rechtsanwälten kein Verstoß gegen Art. 3 GG, denn Gesundheit betrifft Intimsphäre (= Arzt), während Rechtsanwaltsmandate nur wirtschaftliche Interessen betreffen (typisierende Betrachtung ist ausreichend für Differenzierungsgrund nach Art. 3 GG)

16.10.2018

91